عبد المجيد الزّرّوقي

الأموال

(الحقوق العينيّة الأصليّة)

طبعة ثالثة

تونس

1443 هـ/ 2022 م

عبد المجيد الزّرّوقي

الأموال

(الحقوق العينيّة الأصليّة)

طبعة ثالثة

تونس

1443 هـ/ 2022 م

عنوان الكتاب: الأموال (الحقوق العينيّة الأصليّة)
المؤلّف: عبد المجيد الزّرّوقي
النّاشر: المؤلّف
الطّبعة: الثّالثة
مكان النّشر: تونس
سنة النّشر: 1443 هـ/ 2022 م
التّصميم الفنّيّ للكتاب وللغلاف: المؤلّف

ISBN 978-9938-72-624-4

ر.د.م.ك: **ISBN :**

9 789938 726244

جميع الحقوق محفوظة للنّاشر

الكتاب

إنّ المطلوبٌ من طالب القانون أن يحصّل كفايتين (أو مهارتين): الكفاية الأولى تتمثّل في معرفة موادّ قانونيّة معيّنة؛ أي بالأساس معرفة جملة من القواعد القانونيّة (ولأنّ كلّ قاعدة قانونيّة تتكوّن من فرض ومن حكم، فيتمحّض الأمر إلى كون المطلوب هو معرفة جملة من الفروض ومعرفة أحكام هذه الفروض). كلُّ هذا، وبالخصوص، في إطار القانون السّاري المفعول وقت دراسته. الكفاية الثّانية: معرفة قواعد التّفكير القانونيّ نظريّاً وممارسةً.

والكفاية الأولى يمكن أن تصبح خالية من كلّ فائدة إلّا التّاريخيّ منها، وذلك في صورة حصول تغيير في نصوص القانون. أمّا الكفاية الثّانية، فباقية، بمعنى أن بالإمكان الاستفادة منها أيّاً كان القانون الذي نعمل داخله.

والدّروس الجامعيّة – ومن ثمّ الكتب التي تُنشَر فيها هذه الدّروس – تركّز على الكفاية الأولى، ولا تركّز بما فيه الكفاية على الكفاية الثّانية. وهنا بالضّبط تكمن الغاية من هذا الكتاب: تناول مادّة قانون الأموال لا لنفسها، بل لأجل إعمال قواعد التّفكير، وإراءة هذا الإعمال للقارئ. هذا يعني أنّ هذا الكتاب يُقرَأ بجدوى أكبر، لو يُقرأ بعد كتب منهجيّة التّفكير.

الكاتب

أستاذ تعليم عالي، متحصّل على دكتوراه دولة في العلوم القانونيّة وعلى التّبريز في القانون الخاصّ وعلوم الإجرام. له عدد من الكتب المنشورة في تونس وخارجها. يدرّس حاليّا في جامعة قرطاج (كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس).

أ د عبد المجيد الزّرّوقي

abdelmagidzarrouki@gmail.com

www.abdelmagidzarrouki.com

إلى أمّي وأبي رحمهما الله

المخطّط العامّ

الجزء التّمهيديّ: تعريف المال

الفصل الأوّل: تعريف المال من زاوية كونه حقّا عينيّا أصليّا

المبحث الأوّل: الشّيء

المبحث الثّاني: الشّيء موضوع الحقّ أو المال

المبحث الثّالث: الحق العينيّ الأصليّ

الفصل الثّاني: تعريف المال من زاوية تقسيماته

المبحث الأوّل: المال من زاوية تقسيمه الرّئيس (المالُ العقّارُ والمالُ المنقول)

المبحث الثّاني: المال من زاوية تقسيماته الثّانويّة

الجزء الأوّل: المال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ الكامل (حقّ الملكيّة)

الفصل الأوّل: حقّ الملكيّة في عموم صوره

المبحث الأوّل: تعريف حقّ الملكيّة

المبحث الثّاني: أسباب اكتساب حقّ الملكيّة

الفصل الثّاني: حقّ الملكيّة في صورة الشّيوع

المبحث الأوّل: الشّيوع في عموم صوره

المبحث الثّاني: الشّيوع في صوره الخاصّة

الجزء الثّاني: المال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص (الحقّ المتفرّع عن حقّ الملكيّة)

الفصل الأوّل: الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص المقرَّر للشّخص

المبحث الأوّل: حقّ الانتفاع

المبحث الثّاني: حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى

الفصل الثّاني: الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص المقرَّر للعقّار (حقّ الارتفاق)

المبحث الأوّل: أنواع الارتفاق

المبحث الثّاني: ممارسة الارتفاق

المبحث الثّالث: انقضاء الارتفاق

بسم الله الرحمن الرحيم

والصّلاة والسّلام على سيّدنا محمّد وعلى آله وصحبه أجمعين

المقدّمة

1 عنوان الكتاب ◊ يتركّب عنوان الكتاب من جملتين:

فأمّا الجملة الأولى فهي "الأموال". في هذه الجملة لا يوجد إلّا الخبر أو المحمول، أي أنّ المبتدأ أو الموضوع محذوف. وتمام الجملة أن نقول: "هذه هي الأموال" (أو نقول بعبارة أدقّ: هذا هو القانون الذي موضوعه الأموال، أو القانون الذي ينظّم الأموال).

وأمّا الجملة الثّانية فهي "الحقوق العينيّة الأصليّة". هنا أيضا ثَمّ حذفٌ؛ إذْ تمام الجملة، وبعد أن يُعاد إليها المبتدأ أو الموضوع المقدّر، "هذه (هي) الحقوق العينيّة الأصليّة" (أو نقول بعبارة أدقّ: هذا هو القانون الذي موضوعه الحقوق العينيّة الأصليّة، أو القانون الذي ينظّم الحقوق العينيّة الأصليّة).

والجملة الثّانية أتي بها في العنوان بين قوسين. والقوسان هما لجملة (أو لجزء من جملة أو لمجموعة جمل) مستقلّة تماما من النّاحية النّحويّة عن الجملة الأساسيّة، توضع

وسطها أو في نهايتها لكي تدقّق أو تعدّل أو تضيّق من معناها[1]. فعبارة "الحقوق العينيّة الأصليّة" في عنوان الكتاب هي إذن لتدقيق وتعديل وتضييق معنى عبارة "الأموال":

هي أوّلاً للتّدقيق والتّعديل لأنّ الأموال في هذا الكتاب ليست — كما قد يذهب إلى ذلك من لا يعرف اصطلاحات القانون — النّقود أو العملة سواء كانت ورقيّة أو معدنيّة (أو رقميّة)، بل الأموال أوسع من ذلك[2].

---

[1] انظر:

لويس غيلبار ورينيه لاغان وجورج نيوباي (تحت إدارة)، معجم لاروس الكبير للّغة الفرنسيّة، مكتبة لاروس، باريس، 1989، ج 5، ص 4371.

Louis Guilbert, René Lagane et Georges Niobey (sous la dir. de), *Grand Larousse de la langue française*, Librairie Larousse, Paris, 1989, T. V, p. 4371.

... نعم هذا المعجم كُتب حول اللغة الفرنسيّة، لكنّ الرّوابط الضّمنية (ومنها الأقواس) واستعمالها في معاني محدّدة يهمّ أيضا اللغة العربيّة (حول هذه الرّوابط انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، المنهجيّة القانونيّة. الجزء الثّاني. الموضوع النّظريّ والتّطبيقيّ. مذكّرة الماجستير وأطروحة الدّكتوراه، النّاشر: المؤلّف، تونس، ط 2، 2022، الفقرة 48).

انظر أيضا وتحت عبارة قوس Parenthèse: باتريك شارودو ودومينيك منغنو (بإشراف)، معجم تحليل الخطاب، ترجمه عن الفرنسيّة عبد القادر المهيري وحمّادي صمّود، المركز الوطني للتّرجمة، تونس، 2008، ص 410 وما بعدها.

[2] الأموال في الكتاب أوسع من النّقود والعملة من وجهٍ، لأنّها تشمل ما يُتبادل بالنّقود وبالعملة. وإنّا سنرى لاحقا أنّ من أقسام المال: المال المنقول المادّيّ، والمال القابل للاستهلاك من أوّل استعمال، والمال المثليّ. ولقد جاء عند أحد الفقهاء الفرنسيّين أنّ النّقود والعملة يمكن أن تكون موضوع حقّ ملكيّة (وعموما: موضوع حقّ عينيّ)، وأنّها تدخل في تصنيفات الأموال: فالنّقود منقول مادّيّ، وشيء قابل للاستهلاك من أوّل استعمال، وهي متماثلة فيما بينها.

جون كاربونييه، القانون المدنيّ. الأموال: النّقود — العقّارات — المنقولات، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 18، 1998، الفقرة 35، ص 54 وما بعدها.

هي ثانيا للتّضييق لأنّ الأموال في هذا الكتاب ليست –كما قد يذهب إلى ذلك من يعرف اصطلاحات القانون –كلّ الأموال بل بعضها فحسب، وهو الحقوق العينيّة الأصليّة (droits réels principaux). بتعبير آخر: هذا الكتاب –ككلّ الكتب المعنونة بـ"قانون الأموال"[3] (Droit des biens)[4] أو التي تختصر فتقول "الأموال" (Les biens)[5] – لا يتناول جميع الأموال (أي ما سنجده لاحقا تحت

Jean Carbonnier, *Droit civil. Les biens : Monnaie, immeubles, meubles*, PUF, Paris, 18e éd., 1998, n° 35, p. 54 s.

[3] انظر في تونس: حاتم محمّدي، دروس في القانون المدنيّ. الجزء الأوّل: قانون الأموال، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2012؛ يوسف الكناني وفوزي بالكناني، قانون الأموال، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2003. انظر أيضا (وإن كان الأمر لا يتعلّق بكتب بل بدروس مرقونة): محمّد كمال شرف الدّين، قانون الأموال (درس مرقون)، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، السّنة الجامعيّة 2002/ 2003؛ محمّد العربي هاشم، قانون الأموال (درس مرقون)، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، السّنة الجامعيّة 1989/ 1990.

[4] انظر مثلا:

جيرار ميميتو، قانون الأموال، لارسييه، بروكسال، ط 11، 2018.

Gérard Mémeteau, *Droit des biens*, Larcier, Bruxelles, 11e éd., 2018.

سيريل غريمالدي، قانون الأموال، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 2016.

Cyril Grimaldi, *Droit des biens*, LGDJ, Paris, 2016.

جون-لويس بارجال، قانون الأموال، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 2، 1990.

Jean-Louis Bergel, *Le droit des biens*, Presses Universitaires de France, Paris, 2e éd., 1990.

[5] انظر مثلا:

فرانسوا تيري وفيليب سيملر، قانون مدنيّ. الأموال، دالوز، باريس، ط 10، 2018.

François Terré et Philippe Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 10e éd., 2018.

إيف ستريكلر، الأموال، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 2، 2017.

Yves Strickler, *Les biens*, PUF, Paris, 2e éd., 2017.

كريستيان أتياس، قانون مدنيّ. الأموال، ليكسيس نيكسيس، باريس، ط 12، 2014.

هذه الأسماء: "الحقوق العينيّة الأصليّة"، "حقوق الدّائنيّة"، "حقوق الملكيّة الأدبيّة"، إلخ) بل فقط الأموال المسمّاة بـ"الحقوق العينيّة الأصليّة"[6].

Christian Atias, *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, Paris, 12e éd., 2014.

ماري-لور ماتيو، قانون مدنيّ. الأموال، سيراي، باريس، ط 3، 2013.

Marie-Laure Mathieu, *Droit civil. Les biens*, Sirey, Paris, 3e éd., 2013.

فريديريك زيناتي-كاستانغ وتييري ريفي، الأموال، المنشورات الجامعيّة الفرنسيّة، باريس، 2008.

Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, PUF, Paris, 2008.

جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، الأموال، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1999.

Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi et Sylvie Cimamonti, *Les biens*, LGDJ, Paris, 1999.

باتريس جوردان، الأموال، دالوز، باريس، 1995.

Patrice Jourdain, *Les biens* (*Droit civil*, Gabriel Marty – Pierre Raynaud), Dalloz, Paris, 1995.

هنري وليون وجون مازو، دروس في القانون المدنيّ، ج 2، مجلّد 2، الأموال. حقّ الملكيّة وأجزاؤه، ط 8 عن طريق فرانسوا شاباس، مونكريستيان، باريس، 1994.

Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil, T. II, 2e vol., Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8e éd. Par François Chabas, Montchrestien, Paris, 1994.

غابريال مارتي وبيار رينو، الأموال، سيراي، باريس 1980.

Gabriel Marty et Pierre Raynaud, *Les biens*, Sirey, Paris, 1980.

(6) زيادة على ما جاء في المتن ينبغي تقديم ثلاث ملاحظات:

الأولى أنّ عبارة الأموال قد استعملت كعنوان لبعض كتب الفقه الإسلاميّ. مثال ذلك كتاب ابن زنجويه (حميد بن زنجويه: 251 هـ، كتاب الأموال، تحقيق ذيب فياض، مركز الملك فيصل للبحوث والدّراسات الإسلاميّة، ط 1، 1986). وحين نتصفّح هذا الكتاب نجده تناول المواضيع التّالية: الفيء والخمس والصّدقة والزّكاة (إلخ). انظر كتابا آخر من كتب الفقه الإسلاميّ جاءت في عنوانه عبارة الأموال: أحمد ابن نصر الداودي (ت 402 هـ/ 1011 م)، كتاب الأموال، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1429 هـ/ 2008 م.

الثّانية أنّ ما تدرجه الكتب التّونسيّة والفرنسيّة من مادّة قانونيّة تحت اسم "الأموال" هي نفسها المادّة التي تسمّى في القانون الإسلاميّ: "الملكيّة". انظر ما سيأتي في الفقرة 24. وانظر مادّة "الملكيّة" في القانون الإسلاميّ عند الإمام أبو زهرة مثلا: محمّد أبو زهرة، الملكيّة ونظريّة العقد في الشّريعة الإسلاميّة، دار الفكر العربيّ، د م، د ت، ص 51 وما بعدها.

الثّالثة أنّ المادّة القانونيّة المشار إليها أعلاه تسمّى في الكتب الأنجلوسكسونيّة "الملكيّة". انظر على سبيل المثال:

مايكل بريدج، قانون الملكيّة الشّخصيّة، منشورات جامعة أكسفورد، المملكة المتّحدة، ط 4، 2015.

Michael Bridge FBA, *Personal Property Law*, Oxford University Press, United Kingdom, Fourth Edition, 2015.

وارين بار، دراسات معاصرة في قانون الملكيّة، بلومسبوري، الولايات المتّحدة الأمريكيّة، 2015.

Warren Barr, *Modern Studies in Property Law*, Bloomsbury, USA, 2015.

روجيه س سميث، قانون الملكيّة، بيرسون، المملكة المتّحدة، ط 8، 2014.

Roger S. Smith, *Property Law*, Pearson, United Kingdom, Eighth Edition, 2014.

جايمس بينر وهنري أ سميث، الأسس الفلسفيّة لقانون الملكيّة، منشورات جامعة أكسفورد، المملكة المتّحدة، 2013.

James Penner and Henry E. Smith, *Philosophical Foundation of Property Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013.

آلان روميرو، قانون الملكيّة للمبتدئين، جون ويلي وأبناؤه، نيوجرسي، 2013.

Alen Romero, *Property Law for Dummies*, John Wiley and Soons Inc., New Jersey, 2013.

غريغوري س ألكسندر وإدواردو م بينالفر، مقدّمة لنظريّة الملكيّة، منشورات جامعة كمبريدج، نيويورك، 2012.

Gregory S. Alexander and Eduardo M. Penalver, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge University Press, New York, 2012.

توماس و ميريل وهنري أ سميث، الملكيّة، منشورات جامعة كمبريدج، نيويورك، 2010.

Thomas W. Merill and Henry E. Smith, *Property*, Cambridge University Press, New York, 2010.

أليسون كلارك وبول كوهلر، قانون الملكيّة، منشورات جامعة كمبريدج، نيويورك، 2005.

Alison Clarke and Paul Kohler, *Property Law. Commentary and Materials*, Cambridge University Press, New York, 2005.

وهكذا يوجَد سببان جعلا العنوان لا يقتصر على جملة "الأموال"، بل يضيف – لتدقيق وتعديل وتضييق معنى هذه الجملة الأساسيّة – جملةً بين قوسين هي جملة: "الحقوق العينيّة الأصليّة"[7].

سامانتا هيبورن، مبادئ قانون الملكيّة، منشورات كافينديش، لندن، ط 2، 2001.

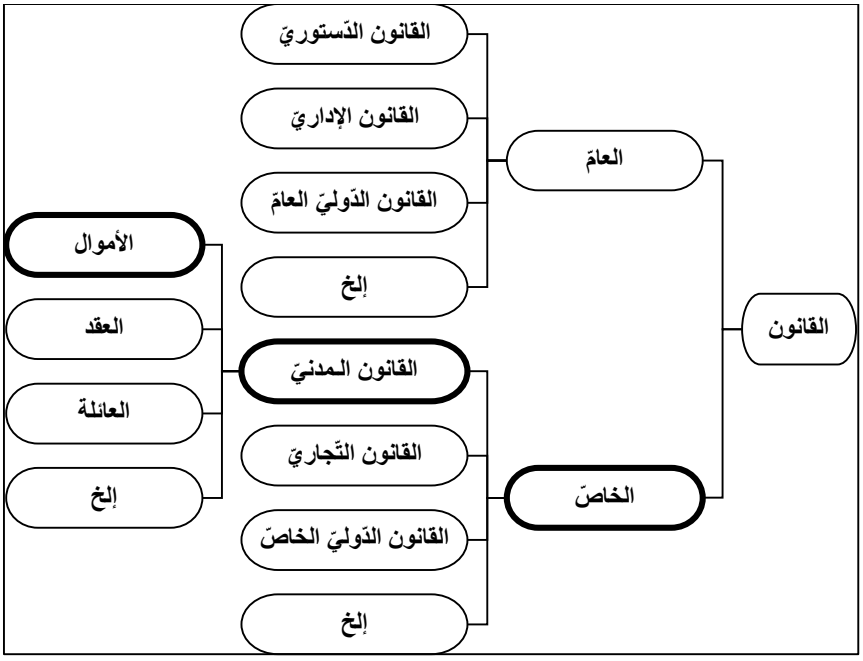
Samantha Hepburn, *Principles of Property Law*, Cavendish Publishing, London, Second edition, 2001.

ستيفن ر مونزر، نظريّة الملكيّة، منشورات جامعة كمبريدج، نيويورك، 1990.

Alison Clarke and Paul Kohler, *A Theory of Property*, Cambridge University Press, New York, 1990.

[7] في المنظومة القانونيّة "الرّومانيّة – الجرمانيّة" والمنظومات المتأثّرة بها، مثل منظومة القانون التّونسيّ الحاليّة، ينقسم القانون إلى قانون عامّ وقانون خاصّ.

وفي القانون التّونسيّ وغيره نجد داخل القانون العامّ القانون الدّستوريّ والقانون الإداريّ (إلخ). ونجد داخل القانون الخاصّ القانون المدنيّ والقانون التّجاريّ (إلخ). ثمّ إنّه وداخل القانون المدنيّ نجد قانون العقد وقانون العائلة وغير ذلك من القوانين، ومنها قانون الأموال أو قانون الحقوق العينيّة الأصليّة.



2 **الغاية من الكتاب** ◊ هذا عن عنوان الكتاب. أمّا الغاية المرجوّ تحقيقها من ورائه، فليست الإتيان بمادّة قانونيّة تتمثّل في فروض وفي أحكام هذه الفروض، إذْ على

انظر حول التّفرقة بين القانون العامّ والقانون الخاصّ، وحول فروع كلّ واحد من القانونين:

باتيست بونيه وباسكال دومييه، جدوى التّفرقة بين القانون العامّ والقانون الخاصّ، دالوز، باريس، 2010.

Baptiste Bonnet et Pascale Deumier, *De l'intérêt de la* summa divisio *droit public-droit privé*, Dalloz, Paris, 2010.

مارك فريدلاند وجون-برنار أوبي، التّفرقة بين القانون العامّ والقانون الخاصّ. نظرات فرنسيّة وبريطانيّة، منشورات هارت، أوكسفورد وبورتلاند، 2006.

Marc Freedland et Jean-Bernard Auby, *La distinction du droit public et du droit privé*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.

هنري كابيتون، مقدّمة لدراسة القانون المدنيّ، بيدون، باريس، ط 5، 1929، الفقرة 12، ص 39 وما بعدها.

Henri Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, Pedone, Paris, 5e éd., 1929, n° 12, p. 39 s.

ن م كوركونوف، درس النّظريّة العامّة للقانون، ف جيار وأ بريار، باريس، 1903، الفقرة 32، ص 253 وما بعدها.

N. M. Korkounov, *Cours de théorie générale du droit*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1903, n° 32, p. 253 s.

فرانسوا تيري، مقدّمة عامّة للقانون، دالوز، باريس، ط 10، 2015، الفقرة 99 وما بعدها.

François Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 10e éd., 2015, n° 99 s.

صلاح الدّين الملّولي، مقدّمة لدراسة القانون، منشورات الأطرش، تونس، 2017، الفقرة 157 وما بعدها، ص 54 وما بعدها.

Slaheddine Mellouli, *Introduction à l'étude du droit*, Latrach Edition, Tunis, 2017, n° 157 s., p. 57 s.

محمّد الشّرفي، مقدّمة لدراسة القانون، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، تونس، 1983، الفقرة 212 وما بعدها، ص 134 وما بعدها.

Mohamed Charfi, *Introduction à l'étude du droit*, CERP, Tunis, 1983, n° 212 s., p. 134 s.

هذا المستوى سبقت كتابات عديدة: بعضها خاصٌّ[8] وبعضها عامٌّ[9]؛ بعضها تونسيّ[10] وبعضها غير تونسيّ[11]. بل إنّ غير التّونسيّ تمكن الاستعانة به لبلورة مادّة القانون التّونسيّ[12].

لكن ما يُرجى بلوغه هو استغلال مادّة موجودة حاليّا في نصوص القانون التّونسيّ من أجل تحقيق هدف هو تعليم مهارة التّفكير القانونيّ.

بتفصيل أكبر: مطلوبٌ من طالب القانون أن يحصّل كفايتين (أو مهارتين): الكفاية الأولى تتمثّل في معرفة موادّ قانونيّة معيّنة؛ أي بالأساس معرفة جملة من القواعد القانونيّة (ولأنّ كلّ قاعدة قانونيّة تتكوّن من فرض ومن حكم، فيتمحّض الأمر إلى كون المطلوب هو معرفة جملة من الفروض ومعرفة أحكام هذه الفروض)[13]. كلُّ هذا، وبالخصوص، في إطار القانون السّاري المفعول وقت دراسته. الكفاية الثّانية: معرفة قواعد التّفكير القانونيّ نظريّاً وممارسةً[14].

---

[8] انظر مختلف المراجع الخاصّة التي سترد على طول صفحات الكتاب.

[9] انظر مختلف المراجع العامّة التي وردت والتي سترد على طول صفحات الكتاب.

[10] انظر مختلف المراجع المتعلّقة بالقانون التّونسيّ التي وردت والتي سترد على طول صفحات الكتاب.

[11] انظر مختلف المراجع المتعلّقة بالقانون الأجنبيّ التي وردت والتي سترد على طول صفحات الكتاب.

[12] مثلا: تأثّر القانون التّونسيّ للأموال في جانب منه بالقانون الفرنسيّ. لذا ينبغي، فيما يخصّ فهم هذا الجانب، أن نستعين بما كتبه الفقه الفرنسيّ حول قانون بلاده (سنترك جانبا مسألة هل الأخذ من القانون الفرنسيّ وترك القانون الإسلاميّ كان موفّقا وانتهى فعلا إلى وضع مجلّة عصريّة كما تقول الأعمال التّحضيريّة، وتحديدا المذكّرة الإيضاحيّة للائحة مجلّة الحقوق العينيّة: القضاء والتّشريع، 1964، ص 475. فمثل هذه المسألة – وإن كانت مهمّة – إلّا أنّها تتجاوز نطاق عمل كالذي نحن بصدده).

[13] حول الفرض والحكم، انظر: الفقرة 82.

[14] إضافة إلى التّفكير، تتكوّن الكفاية الثّانية من جزء ثانٍ هو التّعبير عن التّفكير. حول هذا الجزء انظر: عبد المجيد الزّروقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الثّاني. الموضوع النّظريّ والتّطبيقيّ. مذكّرة الماجستير وأطروحة الدّكتوراه)، الفقرة 32 وما بعدها.

والكفاية الأولى يمكن أن تصبح خالية من كلّ فائدة إلّا التّاريخيّ منها، وذلك في صورة حصول تغيير في نصوص القانون. أمّا الكفاية الثّانية، فباقية، بمعنى أن بالإمكان الاستفادة منها أيّاً كان القانون الذي نعمل داخله.

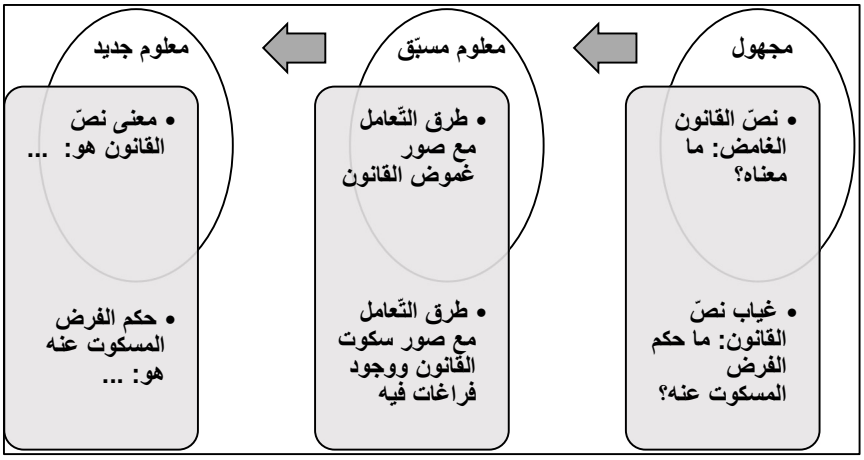
والدّروس الجامعيّة – ومن ثمّ الكتب التي تُنشَر فيها هذه الدّروس – تركّز على الكفاية الأولى، ولا تركّز بما فيه الكفاية على الكفاية الثّانية. وهنا بالضّبط تكمن الغاية من هذا الكتاب: تناول مادّة قانون الأموال لا لنفسها، بل لأجل إعمال

قواعد التّفكير، وإراءة هذا الإعمال للقارئ[15]. هذا يعني أنّ هذا الكتاب يُقرَأ بجدوى أكبر، لو يُقرأ بعد كتب منهجيّة التّفكير[16].

---

[15] هذه الإراءة ستتمّ بالطّبع في المتن. لكنّنا سنضيف هوامش خاصّة (نرمز لها بالعلامة: •) تنبّه القارئ إلى أنّه أمام تفكير يتمّ في إطار صورة غموض للقانون أو أمام تفكير يتمّ في إطار صورة فراغ وسكوت في القانون.

والمقصود بالتّفكير: الانطلاق من مجهول، ثمّ الذّهاب إلى معلوم مسبّق (طرق التّعامل مع صور الغموض والسّكوت كما تقول بها المنهجيّة القانونيّة) من أجل تحويل ذاك المجهول إلى معلوم.



للتّفصيل في صور الغموض والسّكوت وطرق التّعامل معها، وعموما للتّفصيل في مسألة التّفكير القانونيّ، انظر: عبد المجيد الزّروقي، المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، النّاشر: المؤلّف، تونس، ط 2، 2022، الفقرة 265 وما بعدها.

[16] وخاصّة بعد قراءة كتابنا المشار إليه أعلاه، لأنّ هذا الكتاب مبنيّ على ما ورد في ذاك الكتاب.

زيادة على كتابنا، انظر أيضا حول المنهجيّة القانونيّة:

جون-لويس بارجال، المنهجيّة القانونيّة، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 2، 2016.

Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Paris, 2e éd., 2016.

ستيفان غولتزبرغ، الحِجاج القانونيّ، دالوز، باريس، ط 2، 2015.

Stefan Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Dalloz, Paris, 2e éd., 2015.

بول ديلنوا، عناصر من المنهجيّة القانونيّة، لارسييه، بروكسال، 2006.

Paul Delnoy, *Éléments de méthodologie juridique*, Larcier, Bruxelles, 2006.

3 **تقسيم الكتاب** ◊ والكتاب، كما قيل، هو للقانون الذي موضوعه الأموال؛ بل إنّه – كما يُفهم ممّا جاء منذ قليل – للقانون الذي موضوعه الأموال التي هي حقوق عينيّة أصليّة.

والحقوق العينيّة الأصليّة (وهذا سنراه لاحقا) قسمان: حقّ عينيّ أصليّ كامل، أي حقّ الملكيّة؛ وحقّ عينيّ أصليّ ناقص، أي حقّ متفرّع عن حقّ الملكيّة.

ماري–لور ماتيو–إيزورك، التّفكير القانونيّ، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، 2001.
Marie-Laure Mathieu-Isorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, Paris, 2001.

أوتو فيرسمان وجيرار تيمسيت، التّفكير القانونيّ والتّأويل، منشورات السّوربون، باريس، 2001.
Otto Pfersman et Gérard Timsit, *Raisonnement juridique et interprétation*, Publications de La Sorbonne, Paris, 2001.

نيل ماكورميك، التّفكير القانونيّ ونظريّة القانون، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، 1996.
Neil Maccormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, Paris, 1996.

جرزي ستلماخ وبرتوز بروزاك، مناهج التّفكير القانونيّ، سبرينغر، هولاندا، 2006، ص 159.
Jerzy Stelmach and Bartosz Brozek, *Methods of Legal Reasoning*, Springer, The Netherlands, 2006.

انظر أيضا ما كتبناه حول نقاط مختلفة تدخل في منهجيّة التّفكير وفي المنهجيّة القانونيّة:

«الحجّة العقليّة ومجلّة الالتزامات والعقود. دراسة تحليليّة للعلاقة بين القواعد القانونيّة»، منشور في: كتاب مائويّة مجلّة الالتزامات والعقود، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2006 (ص 59 – ص 133)؛

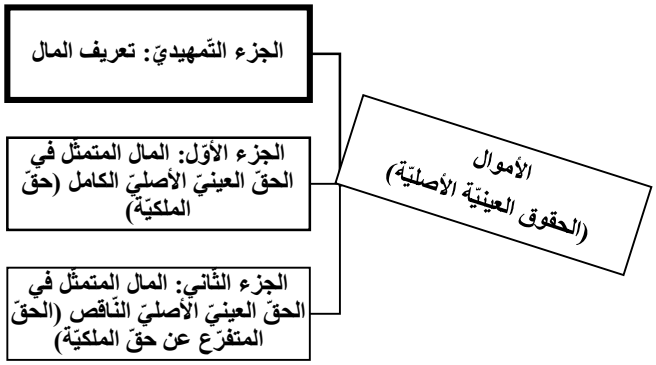
«المسار التّأويليّ: العقد والقانون نموذجا»، منشور في كتاب: خمسون عاماً من فقه القضاء المدنيّ. 1959 – 2009، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2010، (ص 733 – ص 894)؛

«التّفكير العكسيّ. دراسة في المنهجيّة القانونيّة المقارنة»، مجلّة القانون الدّولي والقانون المقارن، 2012، العدد 4، ص 555 – 613.

« Le raisonnement *a contrario*. Étude de méthodologie juridique comparée », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2012, n° 4, p. 555 – 613.

وإنّا سنخصّص الجزء الأوّل من الكتاب لذاك القسم الأوّل (أي للمال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ الكامل أو حقّ الملكيّة)، والجزء الثّاني لهذا القسم الثّاني (أي للمال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص أو الحقّ المتفرّع عن حقّ الملكيّة).
وهذان الجزءان يحتاجان لجزء يمهّد لهما يتمثّل في تعريف المال[17].

(17)

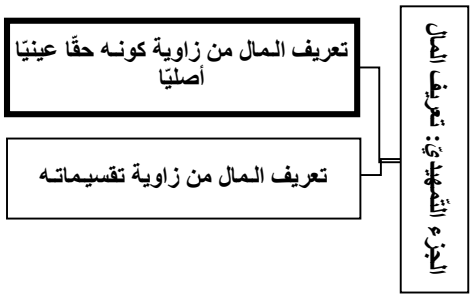


نعم يجب، بحسب المنهجيّة القانونيّة، أن يكون كلّ جزء قسيما للآخر ... نعم هذا يتوفّر فقط فيما يخصّ الجزء الأوّل والثّاني ... نعم كلّ هذا صحيح ... ولكنّ النّصوص المنظّمة للإجازة تضع درسا للحقّ العينيّ الأصليّ (تسمّيه الأموال) وتدرج داخله محتوى يتمثّل في تعريف المال. هذا المحتوى هو في حقيقته بمثابة درس ما قبليّ وتمهيديّ لذاك الدّرس للحقّ العينيّ الأصليّ (بل ولدروس أخرى كثيرة تتبع القانون المدنيّ وتتبع غيره من فروع القانون). هذا المعطى هو ما دعانا إلى وضع التّخطيط الوارد أعلاه ودعانا أيضا إلى اختيار تسمية "التّمهيديّ" فيما يخصّ الجزء الفاقد لوصف القسيم.
ملاحظة أخرى: لأنّنا أمام مؤلّف مرتبط بتكوين الطّلبة، فإنّنا أطلنا حيث رأينا الإطالة أفضل للتّكوين، واختصرنا حيث رأينا الاختصار أفضل، وإن كان ما سبق على حساب التّوازن بين القسيم وقسيمه.

الجزء التّمهيديّ:
تعريف المال

4 **تقسيم العنوان** ◊ ينبغي – لكي ندخل إلى الجزأين الأوّل والثّاني الذين أعلنّا عنهما منذ قليل – أن نعرّف المال من زاوية كونه حقّا عينيّا أصليّا. لكن ينبغي أيضا – ولكي نفهم ما سيرد في الجزأين المذكورين – أن نزيد ونعرّف المال من زاوية تقسيماته[18].

(18)



الفصل الأوّل

تعريف المال من زاوية كونه حقّا عينيّا أصليّا

5 تقسيم العنوان ◊ هنالك الأشياء، وقد تكون مادّيّة أو غير مادّيّة[19].

والأشياء لا تكون أموالا إلّا متى كانت موضوعًا لحقوق[20].

من هذه الحقوق الحقّ العينيّ الأصليّ[21].

---

[19] في اللغة الشّيء هو "كلّ موجود من الذّوات والمعاني". المعجم العربيّ الحديث (لاروس).

بل ثمّ من يرى أنّ المعدوم شيء. انظر ابن رشد حين يقول إنّ لفظة الشّيء: "تقال على كلّ ما تقال عليه لفظة الموجود، وهو معنى متصوّر في النّفس سواء كان خارج النّفس كذلك أو لم يكن كقرايل وعنقاء مغرب، وبذلك يصحّ قولنا هذا الشّيء إمّا موجود وإمّا معدوم". ابن رشد، رسائل ابن رشد الفلسفيّة، تقديم وضبط وتعليق: رفيق العجم وجيرار جهامي، دار الفكر اللبناني، بيروت، ط 1، 1994، ج 6: رسالة ما بعد الطّبيعة، ص 43.

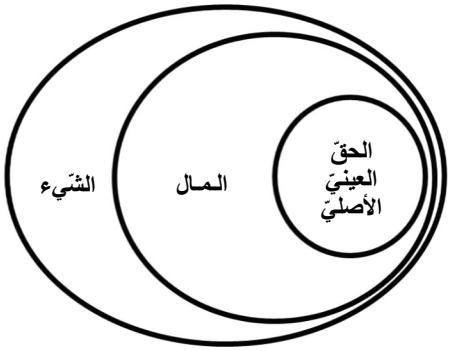
انظر أيضا:

مارتن هايدغر، ما الشّيء؟ ترجمه من الألمانية إلى الفرنسيّة جون ريبول وجاك تامينيو، غاليمار، باريس، 1971، ص 16 وما بعده.

Martin Heidegger, *Qu'est-ce qu'une chose*? Traduit de l'allemand par Jean Reboul et Jacques Taminiaux, Gallimard, Paris, 1971, p. 16 s.

[20] انظر هذا القول وقد أتي به في إطار القانون الفرنسيّ: باتريس جوردان، م س، ص 1.

[21]

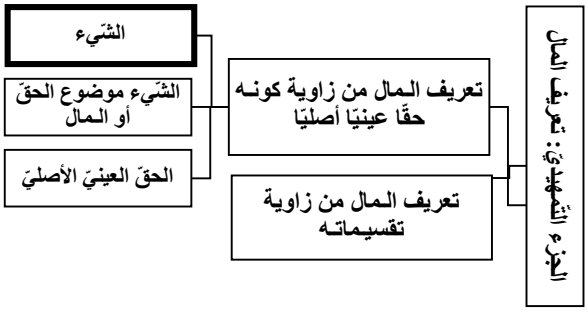


لذا سنتناول تباعا النّقاط الآتية: الشّيء، والشّيء حين يكون موضوعا للحقّ (المال)، والحقّ العينيّ الأصليّ (وهو قسم من المال)[22].

المبحث الأوّل: الشّيء

6 ما الشّيء؟ ◊ طرح "هايدغر"[23] سؤالا: ما الشّيء؟ وانطلق للجواب عليه من الأشياء التي تعترضنا في الحياة اليوميّة، فقال: إذا أخذنا حجرا (شيء أوّلٌ)، وأردنا

(22)



[23] ملاحظة 1: لا تعتني كتب قانون الأموال بما قيل عن الشّيء في اختصاصات غير اختصاص القانون. لكن هنالك استثناء، بل واستثناء يشير إلى "هايدغر" وإلى كتابه الذي أوردناه منذ قليل. يتمثّل الاستثناء في كتاب فرانسوا تيري وفيليب سيملر (م س، الفقرة 3).

في المقابل نجد هذه العناية في بعض المقالات المنشورة في مؤلّف خاصّ بفلسفة القانون هو:

أرشيف فلسفة القانون، ج 24: الأموال والأشياء، سيراي، باريس، 1979.

Archives de philosophie du droit, T. 24 : *Les biens et les choses*, Sirey, Paris, 1979.

ملاحظة 2: عملنا في كتابنا هذا على مؤلَّف "هايدغر" المترجم إلى الفرنسيّة، وهو الذي أشرنا إليه في الهامش منذ قليل، كما أنّه هو الذي سنستعمله لاحقا ومن ثمّ سنشير إليه في الهوامش. لكن لمؤلَّف "هايدغر" هذا ترجمة إلى العربيّة: مارتن هايدغر، السّؤال عن الشّيء: حول نظريّة المبادئ الترنسندنتالية

أن نتقيّد بما نراه، قلنا إنّه صلبٌ وذو لون رماديّ وسطحه ليس بناعم، أمّا شكله فغير متّسق، وهو ثقيل ويتركّب من هذه المادّة أو تلك؛ وإذا أخذنا نبتة (شيء ثان)، وجدنا أنّ لها جذرا وجذعا وأوراقا خضراء (إلخ)؛ وإذا أخذنا حيوانا (شيء ثالث)، وجدنا له عينين وأذنين، كما وجدناه يتنقّل من مكان إلى آخر وله جهاز هضميّ (إلخ)؛ أخيرا، إذا أخذنا ساعة (شيء رابع)، وجدنا فيها "تروس" (Rouages) و"زنبرك" (Ressort) و"ميناء" (Cadran) وغير ذلك.

7 **شيئيّة الشّيء** ◊ فإذا تركنا هذه الأشياء الواقعيّة واهتممنا بالشّيء المجرّد، إذا تركنا هذه الحجرة وهذه النّبتة وهذا الحيوان وهذه السّاعة واهتممنا بالهيئة التي بُنيت عليها هذه الأشياء بل وجميع الأشياء، إذا تركنا ما هو فرديّ، قلنا إنّ ما تشترك فيه الأشياء كلّها أنّها "دائما شيء له هذه الميزات وتلك، ودائما شيء مكوَّن بهذه الكيفيّة وتلك. هذا الشّيء [...] يسكن [...] في هيئات وجود. وهو الدّائم الذي نرجع إليه في عمليّة تثبيت الميزات كما نرجع إلى ما هو نفسه. هكذا إذن هي

عند كنت، ترجمة إسماعيل المصدق ومراجعة موسى وهبة، المنظّمة العربيّة للتّرجمة، بيروت، ط 1، تشرين الأوّل (أكتوبر) 2012.

وتوجد أيضا ترجمة إنجليزيّة:

Martin Heidegger, *What Is a Thing*? Gateway Editions, South Bend/ Indiana, United States of America, 1967.

الأشياء بعينها. ما الشّيء إذن؟ نواةٌ حولها الكثير من الخصائص المتغيّرة؛ ركيزةٌ لصفات؛ شيءٌ يملك شيئا آخر، ويحمله فوق ذاته"[24].

انطلاقا من هذا الكلام يخلص "هايدغر" إلى أنّه يمكن وضع التّحديد الأساسيّ لـ"شيئيّة الشّيء" (choséité de la chose) تحت عنوانين موروثين شائعين معروفين جدّا:

العنوان الأوّل	العنوان الثّاني
1- ما يرقد (أو يسكن) في التّحت ce qui gît dessous	ما هو دائما متّصل به (مضموم إليه) بعدُ، ويظهر معه ce qui toujours y est joint et s'est présenté avec lui
2- الماهية substance	العرض accident
3- الرّكيزة support	الخصائص propriétés
4- الموضوع sujet	المحمول prédicat[25]

"ما الشّيء إذن؟ الجواب: الشّيء هو ركيزة دائمة لكثير من الخصائص [...]

---

[24] النّصّ الأصليّ:

"toujours quelque chose qui a telles et telles propriétés, toujours quelque chose qui est constitué de telle et telle manière. Ce quelque chose […] repose […] sous les manières d'être ; ce quelque chose est le durable auquel nous revenons comme au même, lors de la fixation des propriétés. Ainsi sont donc les choses mêmes. Qu'est-ce par conséquent qu'une chose ? Un noyau, autour duquel se tiennent beaucoup de propriétés changeantes, ou un support sur lequel se tiennent ces propriétés, quelque chose qui possède autre chose, qui l'a sur soi".

مارتن هايدغر، م س، ص 43.

[25] انظر: مارتن هايدغر، م س، ص 45.

وقارن مع ما جاء عند علي الحسيني السّيستاني (الرّافد في علم الأصول، تقرير بحث علي السّيستاني لمنير السّيّد عدنان القطيفي، دار المؤرّخ العربيّ، بيروت – لبنان، ط 1، 1414 هـ/ 1994 م، ص

95 وما بعدها): "إنّ الموضوع يطلق على أربعة معاني: الأوّل: الموضوع مقابل المحمول: فإنّ المناطقة ذكروا أنّ القضيّة – لفظيّة كانت أم ذهنيّة – إن كانت شرطيّة، فهي مركّبة من مقدّم وتالي له؛ وإن كانت حمليّة، فهي مركّبة من موضوع ومحمول، سواء كانت ثبوتيّة أو سلبيّة. والثّبوتية، كما تحتاج لموضوع مقرّر في الوعاء اللفظيّ أو الذّهنيّ، تحتاج أيضا لوجود الموضوع في ظرفه المحكيّ عنه، فإنّ ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له لا الثّابت، ولكن إذا كانت سلبيّة كما في قولنا زيد ليس بقائم فقد ذهب المعظم إلى كفاية تقرّر الموضوع في الوجود اللفظيّ والذّهنيّ من أجل تأليف القضيّة بلا حاجة لوجود المسلوب عنه في الواقع، بينما قد يستفاد من كلام المحقّق النّائيني في بحث استصحاب العدم الأزليّ احتياج السّالبة المحصّلة لوجود الموضوع في وعائه المناسب ممّا يترتّب عليه إنكار جريان استصحاب العدم الأزليّ.

"وبيان ذلك: أنّ هناك مسلكين في باب القضايا.

"1 القول بالوجود الرّابط.

"2 القول بعدمه.

"فالقول الأوّل يعني تركّب القضيّة من ثلاثة أطراف موضوع ومحمول ورابط، باعتبار أنّ هناك وجودين محمولين: وجود الجوهر، ووجود العرض. فإذا لم يكن بينهما وجود رابط، لا يتمّ ارتباطهما واقعا ولا يصحّ حمل أحدهما على الآخر. فإذا كانت القضيّة موجبة – نحو زيد قائم –، فلابدّ فيها من وجود الموضوع واقعاً، لأنّ الإيجاب يعني الرّبط بين الموضوع والمحمول، والرّبط يحتاج لطرفين يتقوّم بهما، فلابدّ من وجود الموضوع حينئذٍ ليتقوّم به الوجود الرّبطيّ؛ بينما إذا كانت القضيّة سالبة، والسّلب يعني عدم الرّبط، فلا يجب حينئذٍ وجود رابط حتّى يحتاج لموضوع موجود يتقوّم به، فلا تحتاج السّالبة المحصّلة لوجود الموضوع.

"والقول الثّاني – وهو مختار المحقّق النّائيني – هو القول بعدم الوجود الرّابط، وذلك لأنّ الارتباط الواقعيّ بين الموضوع والمحمول حاصل بنفس عرضيّة المحمول. فإنّ معنى عرضيّة المحمول هو كون وجوده في نفسه عين وجوده لغيره بلا حاجة لوجود رابط بينه وبين الموضوع. وحينئذٍ إن كانت القضيّة موجبة، فتارة يلاحظ وجود المحمول العرضيّ في نفسه وهذا هو الوجود المحموليّ، وتارة يلاحظ وجوده للموضوع وهو معنى عرضيّته، وبهذا اللحاظ يحتاج لوجود الموضوع لأنّ ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له. وإن كانت القضيّة سالبة، فالمسلوب أمر عرضيّ يلاحظ تارة عدمه في نفسه ويعبّر عنه بالسّلب التّامّ، وتارة يلاحظ سلبه عن الموضوع وحينئذٍ يكون مفاده مفاد ليس النّاقصة وهو العدم

"هذه الإجابة هي جدّ «طبيعيّة» حتّى أنّها تحكم الفكر العلميّ. وهي لا تحكم الفكر «النّظريّ» فقط، بل كلّ تعامل مع الأشياء وكلّ حساب وتقييم لها"[26].

بعبارة أخرى: كلّ شيء بالنّسبة إلينا هو ماهية ومعها مجموعة من الخصائص، موصوفٌ ومعه مجموعة من الأوصاف.

لكنّ هذه الفكرة مجملة وتستدعي شيئا من التّفصيل. والتّفصيل يقتضي البدء بملاحظة أن هنالك تنوّعا في الأشياء. فالبعض منها طبيعيّ (شجرة، إلخ) والبعض

النّعتيّ، وهو بهذا يحتاج للموضوع أيضا لأنّ ثبوت شيء – ولو كان سلبا – لشيء فرع ثبوت المثبت له.

"إذن فالتّفريق بين القضيّة الموجبة والسّالبة – في الحاجة لوجود الموضوع وعدمه – راجع للاعتراف بالوجود الرّابط المتحقّق في الموجبات فيحتاج لوجود الموضوع وعدم تحقّقه في السّوالب فلا حاجة لوجود الموضوع لعدم تقوّم شيء به، وأمّا مع إنكاره فلا فرق بين الموجبة والسّالبة في كون المحمول عرضيّا، والعرض متقوّم بموضوع جوهريّ بمقتضى عرضيّته فيحتاج لوجود الموضوع على كلّ حال. وبناءً على هذا، فالقضايا السّالبة ترجع كلّها لحمل العدم النّعتيّ على الموضوع، فلا يمكن الاستصحاب العدميّ حينئذٍ، لأنّ استصحاب العدم المحموليّ لا يثبت العدم النّعتيّ، والعدم النّعتيّ ليست له حالة سابقة حتّى يستصحب [...]

"الثّاني: الموضوع في مقابل العرض: ذكر الحكماء في بيان العرض والجوهر أنّ العرض ماهية لو وجدت كان وجودها في نفسها عين وجودها لموضوعها، والجوهر ماهية لو وجدت وجدت لا في موضوع، فالجوهر في غنىً عن أعراضه وإن لم يكن في غنىً عن جوهر آخر، فالمادّة مع كونها جوهرا لا تستغني في وجودها عن الصّورة النّوعيّة المحصّلة لها".

[26] النّصّ الأصليّ:

"Qu'est-ce donc qu'une chose ? Réponse : une chose est le support subsistant de beaucoup de propriétés […]

"Cette réponse est si « naturelle » qu'elle régit aussi la pensée scientifique, et non seulement la pensée « théorique », mais tout commerce avec les choses, leur calcul et leur évaluation".

مارتن هايدغر، م س، ص 45.

الآخر غير طبيعيّ (حاسوب، إلخ). زيادة على التّنوّع في الأشياء، هنالك تنوّع داخل الأشياء (شجرة برتقال وشجرة رمّان، حاسوب من نوع كذا وآخر من نوع آخر، إلخ)[27].

ثمّ إنّ بعض الأشياء حسّيّ والبعض الآخر لا (الفكرةُ مثلا هي شيءٌ).

فإذا اكتفينا بالأشياء التي ندركها بحواسّنا، قلنا إنّ بعضها ثابت (الحاسوب وغيره لا تزيده الأيّام حجما أو وزنا أو ما شاكل ذلك) وبعضها ديناميكيّ (النّبتة وغيرها تتطوّر على مستوى الأوصاف بمرور الأيّام)[28]. وسواء كان ثابتا أو ديناميكيّا، فالشّيء الحسّيّ هو كذلك لأنّه مصدر مجموعة من الأحاسيس. بعبارة أخرى، إذا كان لدينا شيء حسّيّ «أ» من الأشياء التي تعترضنا في الكون، فـ «أ» مصدر مجموعة من الأحاسيس: الإحساس1، الإحساس2، الإحساس3، إلخ[29].

---

(27) انظر: مارتن هايدغر، م س، ص 16 وما بعدها. انظر أيضا:

جيرار سنو، الأموال. عموميّات – الأموال الشّخصيّة، منشورات إيفون بلاز، كندا، 1998، ص 5.

Gérard Snow, *Les biens. Généralités – Biens personnels*, Collection de la common law en poche. sous la direction de Jacques Vanderlinden, Centre international de la common law en français. École de droit. Université de Moncton, Les éditions Yvon Blais Inc., Canada, 1998, p. 5.

(28) انظر: جون بيتيتو، «الشّكل»، منشور في: الموسوعة الكلّيّة، 2016، DVD-ROM.

Jean Petitot, « Forme », in: *Encyclopædia Universalis*, 2016, DVD- ROM.

(29) انظر: جون ستيوارت ميل، نظام المنطق الاستنباطيّ والاستقرائيّ. عرض مبادئ الحجّة ومناهج البحث العلميّ، ترجمة لويس بايس، المكتبة الفلسفيّة للادرانج، 1866، الكتاب 1: الأسماء والقضايا، الفصل 3، الفقرة 7.

John Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive. Exposé des principes de la preuve et des méthodes de recherche scientifique*, Traduit de la sixième édition anglaise, 1865, par Louis Peisse, Librairie philosophique de Ladrange, 1866 : Livre I : Des noms et des propositions, Ch. III, § 7.

انظر أيضا: جون بيتيتو، م س.

وثمّ طريقة أخرى ممكنة لرؤية الأمور، وهي أن نقول إنّ «أ» له أوصاف حسّيّة: الوصف$_1$، الوصف$_2$، الوصف$_3$، إلخ (مثلا هو: أخضر اللون، إلخ)[30].

إضافة إلى ما سبق يمكن لـ«أ» أن يكون مصدرا لا لأحاسيس بل لأفكار وعواطف، كأن نقول عن «أ» إنّه جميل. لكنّ الجمال (وعموماً أفكارنا عن الشّيء ومختلف عواطفنا نحوه) ليس مكوِّنا لـ«أ» ومن ثمّ لا يُعَدّ وصفا (طبعا الجمال مصدره أوصاف)[31].

ممّا تقدّم يمكن القول عن شيءٍ «أ» إنّه تجمّع أحاسيس أو تجمّع أوصاف.

8 أقسام أوصاف الشّيء ◊ وتنقسم أوصاف الشّيء إلى قسمين: أوصاف أساسيّة (يقال أيضا: ذاتيّة، جوهريّة، إلخ. كما يقال ماهية ثانية، نوع، إلخ) وأوصاف غير أساسيّة (يقال أيضا: عرضيّة، إلخ)[32].

والأوصاف الأساسيّة لشيء – لنقل إنّ اسمه «أ» مثلا – هي الأوصاف التي إن حذفناها صرنا أمام شيء آخر لا يُسمّى «أ»[33]. مثال ذلك الماء: إذا حذفنا الهيدروجين أو الأوكسيجين، صرنا أمام شيء ليس الماء.

أمّا أوصاف الشّيء (نبقى مع المثال نفسه: الشّيء اسمه «أ») غير الأساسيّة فهي الأوصاف التي إن حذفناها صرنا أمام شيء آخر؛ لكنّ هذا الشّيء الآخر يُسمّى

---

[30] جون ستيوارت ميل، م س، الكتاب 1، الفصل 2، الفقرة 9.

[31] م س، الكتاب 1، الفصل 3، الفقرة 14.

[32] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، «الغلط. طريقة الاستعمال أو الغلط بلا نَصَب»، مجلّة البحث القانونيّ، 2008–4، ص 1906 وما بعدها، الفقرة 39 وما بعدها.

Abdelmagid Zarrouki, « L'erreur, mode d'emploi ou l'erreur sans peine », R. R. J., 2008-4, p. 1906 s, n° 39 s.

[33] جون ستيوارت ميل، م س، الكتاب 1، الفصل 6، الفقرة 2. انظر أيضا: عبد الجبّار الرّفاعي، مبادئ الفلسفة الإسلاميّة، دار الهادي، بيروت، ط 1، 1422 هـ/ 2001 م، ج 1، ص 385.

بدوره «أ»[34]. مثال ذلك: برودة الماء أو سخونته، كونه ماء بحر أو ماء نهر، كونه ماء شرب أو ماء سقي، إلخ. فلو أزلنا عن ماءٍ باردٍ برودته، لا نكون أمام الماء نفسه الذي كان لدينا؛ لكنّ ما نصير أمامه يسمّى بدوره ماء. كذا الشّأن مع بقيّة الأوصاف غير الأساسيّة.

بعبارة أخرى:

إذا كان لدينا شيئان «أ» و «ب»، وكان اختلافهما لا يمكن استنفاده وليس له سبب واحد، فهذا يعني أنّ «أ» و «ب» نوعان مختلفان، أي هما شيئان، أي أنّ الأوصاف الذّاتيّة (جميعها أو على الأقلّ بعضها) لـ: «أ» لا توجد في «ب» والعكس بالعكس[35].

أمّا إذا كان لدينا شيئان «أ» و «ب»، وكان اختلافهما قابلا ليُرجَع إلى بعض الأسباب (درجة الحرارة، اللون، إلخ)، فهذا يعني أنّ «أ» و «ب» ليسا نوعين مختلفين، أي ليسا شيئين، أي أنّ الأوصاف الذّاتيّة (جميعها) لـ: «أ» توجد في «ب» والعكس بالعكس[36].

وهكذا إذا كنّا أمام شيء، كنّا أمام الشّيء وأوصافه الذّاتيّة وغير الذّاتيّة. وما يتّفق معه في الأوصاف الذّاتيّة (في جميعها)، لا يُعَدّ شيئا آخر. أمّا الذي يختلف معه على مستوى هذه الأوصاف (على مستوى جميعها أو على الأقلّ على مستوى بعضها)، فيعتبر شيئا آخر.

---

[34] جون ستيوارت ميل، م س، الكتاب 1، الفصل 6، الفقرة 2. انظر أيضا: عبد الجبّار الرّفاعي، م س، ج 1، ص 385.

[35] انظر: جون ستيوارت ميل، م س، الكتاب 1، الفصل 7، الفقرة 3. وقرّب من: علي الحسيني السّيستاني، م س، ص 214 وما بعدها.

[36] انظر: جون ستيوارت ميل، م س، الكتاب 1، الفصل 7، الفقرة 3.

9 ما تختلف به الأشياء ◊ فالأشياء إذن تختلف فيما بينها بالأوصاف الذّاتيّة. فإذا استقرّ في الأذهان ما جاء الآن، أمكن أن يُزاد: إذا وجدنا أوصافا ذاتيّة واحدة، فإمّا أن نجد معها أوصافا عرضيّة مختلفة وإمّا أوصافا عرضيّة واحدة.

في الصّورة الأولى نحن أمام شيء واحد (الأوصاف الذّاتيّة واحدة)، بمعنى نوع واحد (الحاسوب، الشّجرة، إلخ)؛ لكن نحن أمام شيئين (الأوصاف العرضيّة مختلفة)، بمعنى موجوديْن اثنين (حاسوب سعة القرص الصّلب فيه كذا، وحاسوب آخر سعة القرص فيه كذا أخرى؛ شجرة برتقال، وشجرة رمّان).

في الصّورة الثّانية نحن أمام شيء واحد، بمعنى نوع واحد (الحاسوب)، لكن قد نكون إمّا أمام موجود واحد وإمّا أمام موجوديْن اثنين.

وأن نكون أمام موجودٍ واحدٍ حالةٌ واضحة لا تحتاج بيانا.

أمّا أن نكون أمام موجودين اثنين، فحالة حاصلها أن يتوفّر اتّفاق في جميع الأوصاف، لكن مع اختلاف في الإطار الزّمانيّ والمكانيّ. بتعبير مفصّل: قد يعترضنا شيء أوّل له أوصاف (هذا الحاسوب الذي أرقن عليه هذا الكتاب) وشيء ثان له الأوصاف نفسها (حاسوب آخر له الشّكل نفسه، واللون نفسه، والوزن نفسه، و... ، إلى أن نأتي على جميع الأوصاف ونجدها متماثلة). هنا يجعل الزّمان والمكان هذين الشّيئين مختلفين عن بعضهما البعض (إذا كان الشّيء الأوّل في الزّمان$_1$ يملأ المكان$_1$، فإنّ الشّيء الثّاني في الزّمان نفسه سيملأ مكانا غير المكان$_1$)[37].

---

[37] والزّمان والمكان، كما هو معلوم، إطارٌ، أي أمورٌ خارجة عن الشّيء (مارتن هايدغر، م س، ص 29. انظر إلى آثار هذه النّقطة في مادّة الحوز والملكيّة: جون-لويس غارديس، دراسة حول الأسس الماقبليّة للعقلانيّة الأخلاقيّة والقانونيّة، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1972، ص 206 وما بعدها. Jean-louis Gardies, *Essai sur les fondements a priori de la rationalité*

من جميع ما تقدّم يخلص:

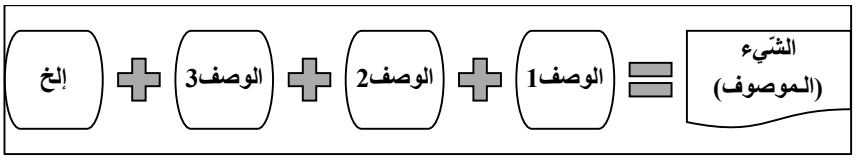
أوّلاً أنّ هنالك من جهة الشّيء أو الموصوف، ومن جهة أخرى الأوصاف.

ثانيا أنّ الشّيء أو الموصوف هو تجمّع لأوصاف[38].

morale et juridique, LGDJ, Paris, 1972, p. 206 s)، أي تحديداتٌ لا تنتمي إليه (مارتن هايدغر، م س، ص 38)، أي أنّها ليست أوصافا له (مارتن هايدغر، م س، ص 27 وما بعدها). فإذا افترضنا أنّنا وضعنا اليوم الشّيء الأوّل في المكان$_1$ والشّيء الثّاني في المكان$_2$، وجاء أحدُهم ليلا ووضع الشّيء الأوّل في المكان$_2$ والشّيء الثّاني في المكان$_1$، لم نستطع نحن الذين سنعود في الغد ونقف أمام المكان$_1$ أن نقول إنّا لم نعد أمام الشّيء (وهو الأوّل) الذي تركناه بالأمس وإنّنا صرنا أمام شيء أخر. على هذا يمكن القول إنّ "غير الشّيء" قد نأخذه – نحن البشر – على أنّه "الشّيء"، والسّبب عدم وجود تفاوت بين أوصاف "الشّيء" وأوصاف "غير الشّيء".

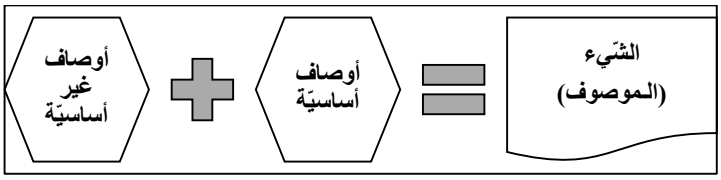
بعبارة أخرى، نحن البشر، لكي نأخذ وعلى الدّوام الشّيء على أنّه الشّيء وغيره على أنّه غيره، أي لكي نقول وعلى الدّوام عن شيئين إنّهما مختلفان، أي لكي نقول وعلى الدّوام عن شيئين إنّهما شيئان، لا بدّ من أن نكون أمام تفاوت بين الأوصاف (حول جميع ما سبق بخصوص الشّيء، انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، أحكام الغلط. دراسة في المنهجيّة التّشريعيّة، دار الكتب العلميّة، بيروت، 2010، ص 63 وما بعدها [انظر أيضا الطّبعة الثّانية لهذا الكتاب: نور للنّشر، ألمانيا، 2017، الفقرة 26 وما بعدها، ص 45 وما بعدها]. انظر كذلك: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: الغلط. طريقة الاستعمال، ص 1885 وما بعدها).

(38)



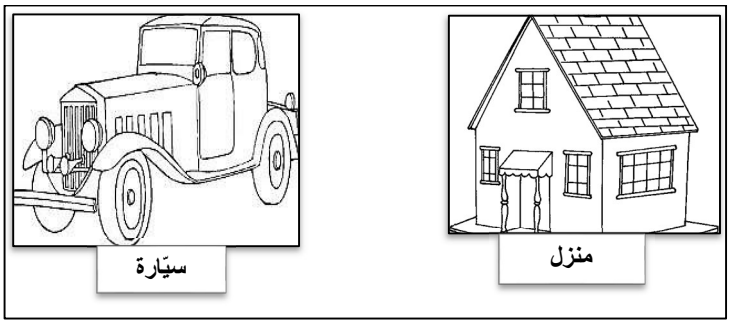
ثالثا أنّ الأوصاف أساسيّة وغير أساسيّة[39].

(39)

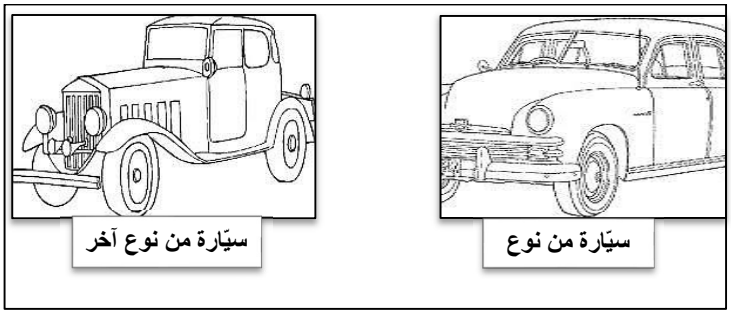


رابعا أنّ الأشياء تتميّز فيما بينها: إمّا بالأوصاف الأساسيّة[40]؛ وإمّا بالأوصاف العرضيّة[41]؛ وإمّا بالزّمان والمكان، إذا وُجد اتّحاد في الأوصاف الأساسيّة وغير الأساسيّة[42].

(40)



(41)



وينبغي إتمام وتدقيق ما جاء في المتن بهذا الكلام لـ: علي الحسيني السّيستاني (م س، ص 214 وما بعدها): "لا ريب أنّ شيئيّة الشّيء – التي بها يمتاز عن غيره ويكون حقيقة منفصلة عن الحقائق الأخرى – بصورته لا بمادّته. ولكن ما هو المعيار في الصّورة الفاصلة للحقيقة هل هو النّظر العرفيّ أم النّظر الفلسفيّ؟

"المعيار الفلسفيّ: ويرى الفلاسفة أنّ الصّورة المقوّمة للحقيقة هي الصّورة النّوعيّة المعبّر عنها بالفصل، فالإنسان مثلاً بناطقيّته لا بجسمه، فلو تحوّل الجسم إلى تراب فالإنسان باق باعتبار عدم تغيّر صورته الإنسانيّة وهي روحه النّاطقة.

"المعيار العرفيّ: وهو الذي يرى تمايز الأشياء بالصّورة الشّكليّة والآثار الملموسة عند العرف [...]

لكن ينبغي، إذا عدنا إلى الخلاصة الأولى من الخلاصات الأربعة الواردة للتّوّ، التّنبيه إلى أنّ التّغاير بين الشّيء وأوصافه تغاير مفهوميّ ليس إلّا، أمّا في الوجود فثمّ اتّحاد. فالقول مثلا إنّ (شيئاً ماَ) له (الوصف$_1$) و(الوصف$_2$) و ... لا يُراد به "أنّ لـ (الوصف$_1$) وجودا ولـ (الوصف$_2$) وجودا آخر وقد صارا موجودين معا في (الشّيء)، إنّما المراد بمعيّة (الوصف$_1$) و(الوصف$_2$) [إلخ] أنّ الذّهن عند تحليل (الشّيء) وملاحظة حَدِّه (تعريفه) اعتبر معنيين أحدهما مبهم والآخر معيَّن محصِّل

"(وهكذا فـ) الحليب واللبن المصنوع منه حقيقتان عرفاً، وذاتٌ واحدةٌ فلسفةً، لاتّحاد الصّورة النّوعيّة فيهما.

"وبعد البيان المذكور نقول: بأنّ المعتبر في الصّورة الفاصلة للحقيقة هو النّظر العرفيّ لا النّظر الفلسفيّ لعدّة أسباب: أوّلاً: أنّ الرّؤية الفلسفيّة لا دليل على واقعيّتها وصحّتها، فربّما يكون المعيار الواقعيّ في الفصل بين الأشياء هو الفصل بالعوارض والآثار [...] ولا دليل على لزوم كون الفاصل بالصّور النّوعيّة والفصول، ولعلّ الاتّجاه الفلسفيّ في جعل معيار التّمييز مبنيًّا على الصّور النّوعيّة والفصول تعبير عن عرف خاصّ في المجتمع اليونانيّ الذي نشأت فيه بذرة الفلسفة، ومن الواضح أنّ الأعراف والمجتمعات تختلف في معيار التّمييز كما نلاحظ اختلاف المجتمعات في جعل بعض الفواكه أو الحيوانات تحت عنوان واحد أو عناوين متعدّدة. فمن المحتمل جدّا كون الفلسفة اليونانيّة في اعتمادها على الصّور النّوعيّة كمعيار للتّمييز بين الحقائق تعبّر عن عرف خاصّ ورؤية إنسانيّة معيّنة لا أنّ ذلك هو المعيار الواقعيّ المعتمد".

(42)



سيّارات لا تختلف الواحدة عن الأخرى إلّا بسبب المكان الذي تقف فيه لحظة التّصوير

له، فهما موجودان بوجود واحد، فالوجود واحد والمعنى اثنان"[43]. بتعبير بسيط: علينا أن نميّز بين ما يوجد في الذّهن وما يوجد في الواقع الخارجيّ. في الذّهن هنالك أمران: أمرٌ أوّلٌ مجمَلٌ هو الشّيء أو الموصوف؛ وأمرٌ ثانٍ هو تفصيل للمجمل، وهذا الأمر الثّاني هو الأوصاف. المسألة مختلفة في الواقع الخارجيّ، فهنا لا يوجد إلّا أمر واحد[44].

---

[43] بتصرّف عن: كمال الحيدري، المذهب الذّاتيّ في نظريّة المعرفة، دار فراقد، إيران. قم، 2005، ص 24. الهامش 1. انظر أيضا: عبد الجبّار الرّفاعي، م س، ج 1، ص 400. وانظر كذلك علي الحسيني السّيستاني (م س، ص 280)، وهو يقول: "للحمل نوعان:

"1 – الحمل الذّاتيّ الأوّليّ، وهو ما كان متقوّما بالاتّحاد المفهوميّ بين الموضوع والمحمول والتّغاير الاعتباريّ، ولو بالإجمال والتّفصيل نحو الإنسان حيوان ناطق أو بإبهام سلب الشّيء عن نفسه ثمّ إثباته له نحو النّاطق ناطق.

"2 – الحمل الشّائع الصّناعيّ، وهو ما كان متقوّما بالتّغاير المفهوميّ بين الموضوع والمحمول والاتّحاد الوجوديّ في أيّ وعاء من أوعية الوجود ذهنا أو خارجا، نحو الإنسان ناطق والإنسان كلّيّ".

بتعبير آخر:

"الحمل (أو "الهوهويّة") يعني الاتّحاد من جهة والاختلاف من أخرى، وهو نوعان:

"الحمل الذّاتيّ الأوّليّ: وهو أن يكون بين المحمول والموضوع اتّحاد مفهوميّ ومصداقيّ (المتّحدان مفهوما متّحدان مصداقا) من جهة واختلاف في التّفصيل والإجمال (الإنسان حيوان ناطق. "الإنسان" موضوع، وهو مجمل. و"حيوان ناطق" محمول، وهو تفصيل للإنسان) من جهة أخرى. ولقد سمّي حملا [...] لأنّه حمل للذّاتيّ (حيوان وناطق وصفان ذاتيّان) على الذّات (الإنسان). وسمّي أوّليّا لأنّه من البديهيّات الأوّليّة، أي التي لا يتوقّف التّصديق به على أكثر من تصوّر الموضوع والمحمول.

"الحمل الشّائع الصّناعيّ: وهو أن يختلف الموضوع والمحمول مفهوما، ولكنّهما يتّفقان مصداقا (زيد قائم). وسمّي هذا الحمل شائعا لأنّه كثير ومنتشر في المحاورات. وسمّي صناعيّا لأنّه مستعمل في الصّناعات والعلوم والفنون". انظر: عبد الجبّار الرّفاعي، م س، ج 2، ص 149 وما بعدها.

[44] لمزيد التّعمّق في كلّ ما جاء أعلاه، انظر الجزء الأوّل والثّاني من كتاب الفلسفة لعبد الجبّار الرّفاعي (م س). في هذا الكتاب نجد ما يلي (ملاحظة: نقلنا سيكون حرفيّا في أغلب الأحيان):

هنالك المادّة (الجوهر الذي يحمل استعداد الأشياء) وهنالك الصّورة (الصّورة قسمان: صورة جسميّة، وهي التي تعطي الفعليّة للمادّة من حيث الطّول والعرض والعمق؛ وصورة عنصريّة. فلكي تكون مادّةٌ مَا ماءً تحتاج بالإضافة إلى الصّورة الجسميّة إلى الصّورة العنصريّة أو إلى الصّورة المائيّة).

والمادّة والصّورة العلميّتين اللتين تحكيان المادّة والصّورة الخارجيّتين هما الجنس والفصل. بتعبير آخر: إذا لاحظ العقل مفهوم المادّة (الحيوان) والصّورة (النّاطق) بنحو لا يحمل أحدهما على الآخر ولا يحملان على الكلّ (الإنسان)، يسمّيان مادّة وصورة. وإذا لاحظهما العقل بنحو يحمل أحدهما على الآخر أو يحملان على الكلّ، يسمّيان جنسا وفصلا.

فإذا لوحظ الجنس (حيوان) بالنّسبة إلى الكلّ أو المجموع (الإنسان)، أسمي علّة مادّيّة. وإذا لوحظ الفصل (ناطق) بالنّسبة إلى الكلّ، أسمي علّة صوريّة.

وتُعَدّ العلّة المادّيّة والصّوريّة علل قِوام. أمّا العلّة الفاعليّة والعلّة الغائيّة، فتُعَدّ علل وجود.

وعلل القِوام تكون في الأجسام فقط. أمّا علل الوجود، فتكون في كلّ موجود في عالم الإمكان جسما كان أو ليس بجسم.

وهكذا فالفرق بين المادّة والجنس والعلّة المادّية هو فرق اعتباريّ بنحو اللحاظ. كذا الشّأن فيما يخصّ الفرق بين الصّورة والفصل والعلّة الصّوريّة.

ويمكن القول إنّ الذّهن حين يحلّل ماهية البياض مثلا، يرى أنّها مركّبة ممّا به الاشتراك مع الألوان الأخرى وممّا به الامتياز عن بقيّة الألوان.

فيعتبر الذّهن ما به الاشتراك جنسا، وما به الامتياز فصلا.

ثمّ يلاحظ ما به الاشتراك بشرط لا (من الحمل)، فيكون مادّة.

ويلاحظ ما به الامتياز بشرط لا (من الحمل)، فيكون صورة.

وحقيقة النّوع (الإنسان) ليست في جنسه (الحيوان) بل في فصله الأخير (نفس ناطقة). فلو فرضنا أنّ الإنسان تحوّل جنسه (مثلا: احترق جسمه وتحوّل إلى رماد)، فلا تضمحلّ بذلك إنسانيّته لأنّ فصله (نفس ناطقة) ما زال قائما إذ الفصل أمر مجرّد غير مادّيّ. وهكذا إذا احترق الإنسان، تجرّدت صورته عن مادّته أو فصله عن جنسه. وما دام الفصل موجودا، فالإنسان موجود لأنّ حقيقة الإنسان بفصله الأخير. ففي الموت إذن تتجرّد النّفس الإنسانيّة عن البدن، ومع ذلك يبقى الإنسان على إنسانيّته. كلّ ما في الأمر أنّ روحَه تُستوفى من بدنه.

10 الشّيء والقانون ◊ والقانون يهتم بالشّيء وبأوصافه. مثال ذلك قانون الالتزامات. في هذا القانون نجد الغلط في الشّيء، والغلط في الأوصاف الأساسيّة للشّيء، والغلط في الأوصاف غير الأساسيّة للشّيء (الفصل 45 من مجلّة

فإذا اهتممنا الآن بالأنواع المادّيّة، قلنا إنّها مركّبات حقيقيّة (المركّب يكون حقيقيّا إذا كان بين أجزائه فقر وحاجة: الأوكسيجين والهيدروجين كلاهما محتاج إلى الآخر ليوجد الماء). والمركّب الحقيقيّ فيه وحدة حقيقيّة مغايرة لأجزائه. فالماء غير الهيدروجين أو الأوكسيجين وآثاره مختلفة عن آثارهما.

والنّوع المادّيّ –كما تقدّم– يتألّف من مادّة وصورة. والمادّة محتاجة إلى الصّورة. والصّورة محتاجة إلى المادّة ليتحقّق النّوع التّامّ.

ثمّ إنّ الماهية النّوعيّة توجد أجزاؤها في الخارج بوجود واحد.

فإذا عدنا الآن إلى مسألة الذّاتيّ وإلى ما يقابله وهو العرضيّ، قلنا إنّ ما يُحمل على الماهية (أو الذّات) إمّا ذاتيّ وإمّا عرضيّ. والذّاتيّ هو الذي تنتفي الماهية بانتفائه، أي هو مقوِّم للماهية، كالنّاطقيّة بالنّسبة إلى الإنسان، والأوكسيجين بالنّسبة إلى الماء. أمّا العرضيّ، فهو ما لا تنتفي الماهية بانتفائه. وهو ينقسم إلى قسمين: فتارة يكون لازما كلزوم الزّوجيّة للأربعة، وأخرى يكون غير لازم.

كما أنّ المحمول تارة يكون محمولا بالضّميمة وتارة لا يكون كذلك وهو المسمّى بخارج المحمول.

والمحمول بالضّميمة هو ما لا يُحمل على الماهية إلّا إذا انضمّ أمر آخر للماهية. فعندما نقول "زيد عالم" أو "هذا الماء حارّ"، ينضمّ العلم إلى زيد وتنضمّ الحرارة إلى الماء. أمّا الخارج المحمول أو المحمول من صميمه، فهو ما لا يكون منضمّا من خارج الشّيء إلى الشّيء، وإنّما يكون منتزعا من نفس الشّيء ومن صميمه، مثل: "الإنسان شيء".

قارن جميع ما ورد أعلاه حول الشّيء مع: بلغيث عون، الإسلام فلسفة أخيرة. الله اليوم الآخر بترجمة راهنة، منشورات ضفاف، بيروت، ط 1، 2012، ص 17 وما بعدها. انظر أيضا صفحة 862 وما بعدها حين يتحدّث مثلا عن "القلم" ثمّ عن "القلم الأزرق" ثمّ عن "القلم الأزرق الذي فوق الطّاولة" ليقول إنّ عبارة "القلم الأزرق الذي فوق الطّاولة" ليست تحديدا نهائيّا إذ يمكن أن نكون أمام طاولات كلّ واحدة عليها قلم أزرق أو نكون أمام أقلام زرقاء فوق طاولة واحدة. فالشّيء إذن لا يمكن أن يوجد على شكل حضور محدّد متناه نستطيع تحصيله والإحاطة أنطولوجيّا به وإنّما الممكن هو الإحاطة المنطقيّة. بعبارة أخرى يلتئم الشّيء ككائن واحد التئاما منطقيّا لا أنطولوجيّا، لأنّ الأنطولوجيّ غير متناه.

الالتزامات والعقود)[45]. في قانون الالتزامات نفسه نجد المسؤوليّة النّاتجة عن فعل الشّيء (الفصل 96 من مجلّة الالتزامات والعقود)[46]. إلى جانب هذه المسؤوليّة نجد المسؤوليّة عن فعل الحيوان (الفصلان 94 و95 من مجلّة الالتزامات والعقود)[47]. والحيوان شيء، لأنّ الشّيء كما تقدّم نواة تدور حولها مجموعة من الأوصاف. صحيحٌ أنّ الحيوان ليس كبقيّة الأشياء[48]؛ فالنّصوص الدّوليّة تقرّ له بمجموعة من الحقوق (اليونسكو، إعلان 15 أكتوبر 1978؛ المجلس الأوروبيّ،

---

[45] حول الشّيء والأوصاف الذّاتيّة وغير الذّاتيّة، وحول الفصل 45، انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط. دراسة في المنهجيّة التّشريعيّة)، ص 65 وما بعدها.

[46] حول المسؤوليّة عن الأشياء، وحول الفصل 96 من مجلّة الالتزامات والعقود، انظر مثلا: سامي الجربي، شروط المسؤوليّة المدنيّة في القانون التّونسيّ والمقارن، النّاشر: المؤلّف، تونس، ط 2، 2015، ص 256 وما بعدها.

[47] حول المسؤوليّة عن الحيوان، وحول الفصلين 94 و95 من مجلّة الالتزامات والعقود، انظر مثلا: سامي الجربي، م س، ص 330 وما بعدها.

[48] انظر حول الحيوان في القانون المقارن:

جون-كلود نوويه وجون-ماري كولون، حقوق الحيوان، دالوز، باريس، 2018.

Jean-Claude Nouët et Jean-Marie Coulon, *Les droits de l'animal*, Dalloz, Paris, 2018.

جون-بيار مارغينو، الحيوان في القانون الخاصّ، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، 1992.

Jean-Pierre Marguénaud, *L'animal en droit privé*, PUF, Paris, 1992.

بيار-جيروم ديلاج، وضعيّة الحيوان. بحث قانونيّ حول المواقع التي تنبغي للإنسان والحيوان، أطروحة، ليموج، 2013.

Pierre-Jérôme Delage, *La condition animale. Essai juridique sur les justes places de l'homme et de l'animal*, Thèse, Limoges, 2013.

غاري ل فرانسيون، الحيوانات والملكيّة والقانون، منشورات تامبل الجامعيّة، فيلادلفيا، 1995.

Gary L. Francione, *Animals, Property and Law*, Temple University Press, Philadelphia, 1995.

إعلان 1982)[49]. نعم هذا صحيح، لكنّ الصّحيح أيضا أنّ الأمر لم يبلغ إلى الحدّ الذي يكون فيه للحيوان حقّ أن يوجد قانونٌ للحيوان[50]، وهو إلى الآن يدخل في القانون المدنيّ المتعلّق بالشّيء[51]. وهكذا فإنّ وضعيّة الحيوان ككائن له

---

[49] فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 5.

انظر اليوم، وفي أوروبا، مجموعة المقالات الصّادرة حول رفاهيّة الحيوان، وذلك في:

مجلّة الاتّحاد الأوروبي، العدد 651، سبتمبر 2021، ص 539 وما بعدها.

Revue de l'Union Européenne, n° 651, septembre 2021, p. 539 s.

وفي التّشريع الإسلاميّ للحيوان أهليّة وجوب، فتثبت له حقوق. ولقد عدّد أحدهم (جعفر مرتضى العاملي، حقوق الحيوان في الإسلام، المركز الإسلاميّ للدّراسات، بيروت، 1425 هـ/ 2004 م) هذه الحقوق وأرجعها إلى ما يزيد عن مائة حقّ، منها: أن لا توقف وعليها أحمالها؛ أن لا يكلّف الدّابّة من المشي ما لا تطيقه؛ أن يكون أوّل ما يبدأ به حين وصوله إلى المنزل هو أن يقدّم الماء والعلف للدّابة؛ أن ينظّف مرابضها؛ مسح رعام الغنم، أي: ما يخرج من أنوفها؛ إماطة الأذى عنها؛ أن لا تطرق الطّيور ليلاً، فإنّ الليل أمان لها؛ أن لا تؤخذ فراخ الطّير من أوكارها حتّى تنهض، أو حتّى يريش ويطير، فإنّ الفرخ في ذمّة الله ما لم يطر؛ أن يأمن الطّير ما دام في وكره؛ أن يُقلِّم الذي يحلب الحيوان أظافره، حتّى لا يؤذي ضرع الحيوان بأظافره حال الحلب؛ أن لا يجرّ الحيوان بأذنه، وإنّما برقبته؛ أن لا يفرّق بين النّاقة وبين ولدها في أخذ الزّكاة؛ أن لا يلحّ عليها بالحلب، حتّى لا يتضرّر ولدها؛ أن لا ينفِّر بهيمة، ولا يفزعها؛ أن لا يجهدها بركوبه؛ أن يوردها المياه التي تمرّ بها؛ أن لا يعدل بها عن مواضع النّبات إلى جوادّ الطّرق فإنّ جادّة الطّريق لا نبات فيها؛ أن يمهلها عندما تمرّ بالمياه القليلة أو بالأعشاب؛ أن لا يركبها إلّا إذا كانت صحيحة سالمة؛ أن تكون الأحمال على ظهور الدّواب متعادلة غير مائلة؛ أن لا يشتُمها؛ إلخ.

[50] إيليزابيث دي فونتيناي، «لماذا لا يكون للحيوانات حقّ في قانون للحيوانات؟» الحوار، عدد 109، مارس – أفريل 2000، ص 138 وما بعدها.

Élisabeth de Fontenay, « Pourquoi les animaux n'auraient-ils pas droit à un droit des animaux ? » *Le Débat*, n° 109, mars – avr. 2000, p. 138 s.

[51] في القوانين التي تقوم على التّقسيم الكبير *summa divisio*: أشخاصٌ personnes/ أشياءٌ choses (انظر القانون الفرنسيّ عند: م دورانتون، درس في القانون الفرنسيّ من خلال المجلّة المدنيّة،

غ تورال وجيلبار، باريس، ط 4، 1844، ج 4، الفقرة 1، ص 2. M. Duranton, Cours de droit français suivant le code civil, G. Thorel et Guilbert, Paris, 4e éd., 1844, T. IV, n° 1, p. 2. انظر أيضا: ناداج ريبول–موبان، «من أجل تجديد التّقسيم الكبير أشخاص أشياء»، المعلّقات الصّغيرة، ديسمبر 2016، العدد 259، ص 6. Nadège Reboul-Maupin, « Pour une rénovation de la *summa divisio* des personnes et des biens », *Petites affiches*, 28/12/2016, n° 259, p. 6.)، يقع الحيوان في هذا القسم الثّاني. رغم ما جاء للتّوّ، انظر من يسأل في القانون الفرنسيّ (وهو من القوانين التي تقوم على التّقسيم الكبير المشار إليه) هل الحيوان شيء؟: أنطوان، «هل الحيوان شيء؟»، جريدة القصر، 1994، 1، فقه، ص 594. Antoine, « Un animal est- il une chose? », Gaz. Pal., 1994, 1, doctr., p. 594

وثمّ من اقترح – في إطار القانون نفسه، ولتفادي الاتّجاه الذي يريد تشبيه الحيوان بالإنسان (هنا نحن أمام تشبيه وتجسيم anthropomorphisme، إلّا أنّه ليس تشبيها لله تعالى بالإنسان كما نجد ذلك عند بعض الفرق والتّيّارات)، لكن دون البقاء مع الموقف الذي يدرج الحيوان في صنف الأشياء – إحداث "الشّخصيّة الحيوانية" (personnalité animale)، وذلك قصد الوصول إلى حماية للحيوان ليس فيها إفراط (في إدخاله في صنف الأشخاص إفراط) أو تفريط (في إبقائه في صنف الأشياء تفريط، لأنّ الحيوان كائن له إحساس). انظر حول هذه المسألة:

أ–م سوم–بورجوا، «شخصنة الحيوان: إغواء ينبغي صدّه»، دالوز 1990، أخبار، ص 33 وما بعدها. A.-M. Sohm-Bourgeois, « La personnification de l'animal, une tentation à repousser », D. 1990, chron. p. 33 s.

انظر حول القانون الفرنسيّ وتطوّره:

ميشال ليس–شال، «هل للحيوانات حقوق؟»، المعلّقات الصّغيرة 30 سبتمبر 2021، ص 6.
Michèle Lis-Schaal, « Les animaux ont-ils des droits ?», Petites affiches 30 septembre 2021, p. 6.

وفي القانون السّويسري – وتحديدا في الفصل الجديد "614 أ" من المجلّة المدنيّة – قيل: "الحيوانات ليست أشياء. وإذا لم يوجد تنصيص مخالف، فالأحكام المنطبقة على الأشياء تنطبق أيضا على الحيوانات".

ملاحظة: لقول القانون إنّ الحيوان الأهليّ ليس شيئا آثار: منها أنّ حضانته تعطى لمن له عاطفة أقوى تجاهه في صورة انفصال زوجين كان الحيوان يعيش عندهما. انظر:

روح جعلته يتميّز عن الشّيء الجامد الذي لا روح له وإن لم يصل هذا التّميّز إلى أن تستقلّ أحكام الحيوان عن أحكام الشّيء[52]. في مقابل ما سبق ثمّ من تساءل عن الأشياء الجامدة إن لم تكن فيها روحٌ، ومن ثمّ حياة[53]. هذا يعيدنا إلى المربّع الأوّل وإلى عدم تمييز الحيوان عن الشّيء.

آن-كلير لوميليني-ديريكلان وكاترين ميرسييه، قانون الحيوان، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 2007.

Anne-Claire Lomellini-Dereclenne et Catherine Mercier, *Le droit de l'animal*, LGDJ, Paris, 2017.

صوفي شيلر، قانون الأموال، دالوز، باريس، ط 6، 2013، ص 12.

Sophie Schiller, *Droit des biens*, Dalloz, Paris, 6e éd., 2013, p. 12.

وللتّوسّع، انظر:

جون-بيار مارغينو، الحيوان في القانون الخاصّ، المنشورات الجامعيّة لليموج، ليموج، 1993.

Jean-Pierre Marguénaud, *L'animal en droit privé*, Presses universitaires de Limoges, Limoges, 1993.

انظر أيضا "دابان" (Dabin) وهو يعرض خلافه مع "دوموغ" (Demogue) الذي يرى أن من الأفضل اعتبار الحيوان صاحب حقوق:

جون دابان، الحقّ، دالوز، باريس، 2008.

Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2008.

[52] يدخل الحيوان ضمن عدّة عناوين في قانون الأموال (المال، كما سيأتي بعد قليل، بعضٌ من الشّيء): المنقول، والعقّار الحكميّ، والاستيلاء، إلخ.

[53] طرح هذا السّؤال "جون كاربونييه" (Jean Carbonnier) في محاضرة ألقاها يوم 17 ماي 1994، وعنوانها: الرّوح في الأشياء الجامدة" (L'âme dans les choses inanimées)، وذلك في كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس (انظر نسخة بالصّورة والصّوت عن هذه المحاضرة، وذلك في العنوان الإلكتروني: < www.youtube.com/watch?v=7NvD1g5Eub8&t=341s >، تاريخ آخر اطّلاع: 9 جانفي 2022).

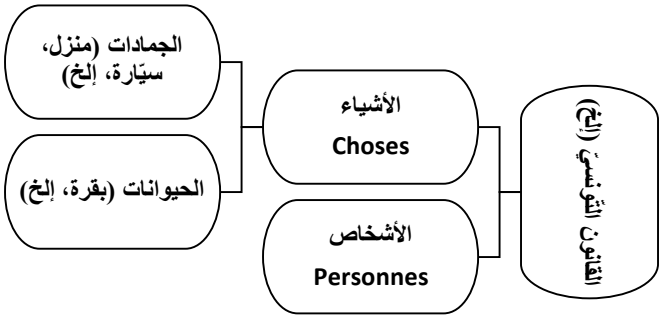
ثمّ أعاد طرح السّؤال نفسه، لكن هذه المرّة في مقالة مكتوبة هي:

بقي الإنسان: هل هو شيء؟ الجواب: نعم، فالإنسان كما الشّجر أو الحجر نواةٌ تدور حولها مجموعة من الأوصاف[54].

جون كاربونييه، «هل للأشياء الجامدة روح؟»، دراسات مهداة لبيار بروم، ليموج 1998، ص 135 وما بعدها، ورد ذكر المقالة عند: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 5.

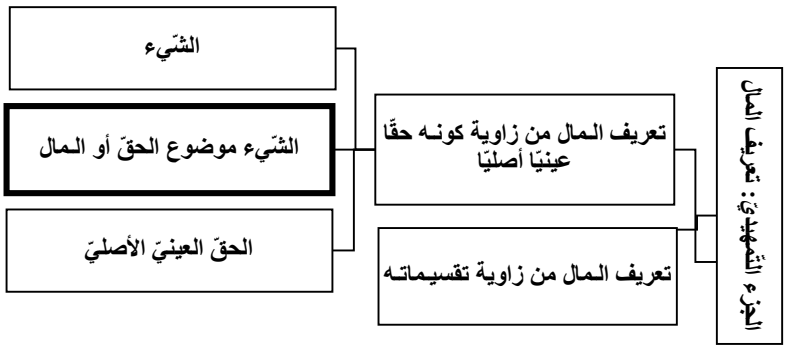
Jean Carbonnier, « Les choses inanimées ont-elles une âme ? », Mélanges Pierre Braum, Limoges 1998, p. 135 s., cité par : François Terré et Philippe Simler, op. cit., p. 5.

[54] طبعاً الجواب بأنّ الإنسان شيء مرتبط بالسّبب الوارد في المتن (نواة تدور حولها مجموعة من الأوصاف). لكن من المعلوم (كما أشير إليه منذ قليل في الهامش) أنّ هنالك قوانين (ومنها القانون التّونسيّ) تقوم على تقسيم كبير هو التّقسيم بين الأشخاص والأشياء.



هذا عن عموم الشّيء. لكن قيل أعلاه إنّ الشّيء حين يكون موضوع حقّ يسمّى مالا[55].

(55)



المبحث الثّاني: الشّيء موضوع الحقّ أو المال

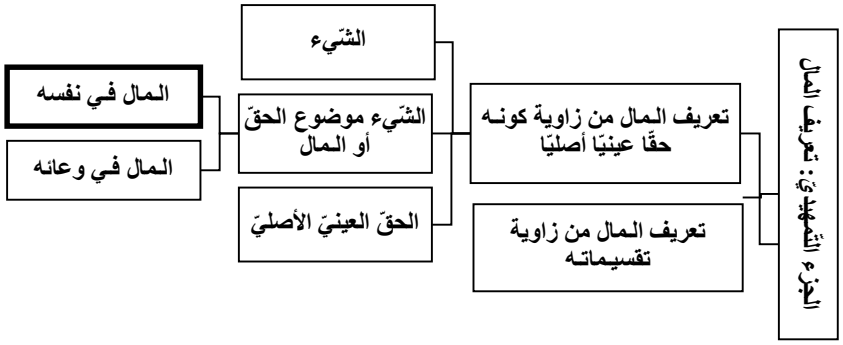
11 **تقسيم العنوان** ◊ ينبغي التّعرّف على المال. بعد ذلك، ولتكتمل الصّورة، ينبغي إلقاء نظرة على الوعاء والظّرف الذي يحمل المال. لذا سنتناول في مرحلة أولى المال في نفسه، وفي مرحلة ثانية المال في وعائه(56).

الفقرة الأولى: المال في نفسه

12 **القانون الفرنسيّ والإسلاميّ والتّونسيّ** ◊ في فرنسا تعطى عبارة المال معنى أوّلا هو الأشياء المادّيّة القابلة للتّملّك (إذن المال بهذا المعنى مادّيّ)(57).

كما تعطى معنى ثانيا أوسع يشمل الأوّل ويزيد عليه مجموع الحقوق التي لها صاحبٌ معيّن(58). والحقوق يمكن أن يكون موضوعها أشياء مادّيّة (الحقّ غير مادّيّ

(56)



(57) انظر:

جيرار كورنو (تحت إدارة)، المعجم القانونيّ، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 11، 2016، تحت عبارة: "مال" Bien.

Gérard Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 11e éd., 2016, sous : « Bien ».

وموضوعه مادّيّ، إذن نحن أمام مال مادّيّ نسبيّا أو غير مادّيّ نسبيّا) أو أشياء غير مادّيّة (الحقّ غير مادّيّ وموضوعه غير مادّيّ بدوره، إذن نحن أمام مال غير مادّيّ بصفة مطلقة)[59].

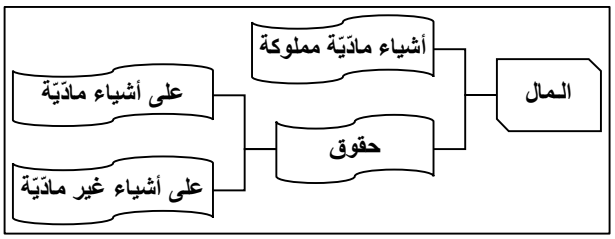
ومن يرجع إلى الفقيهين "أوبري" و"رو"[60]، يجد حول تعريف الأموال، وحول موقف المجلّة المدنيّة الفرنسيّة منه التّفصيل التّالي:

تنقسم موضوعات الحقوق المدنيّة إلى: أشياء مادّيّة وأشياء غير مادّيّة[61].

---

(58) انظر: جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "مال" Bien.

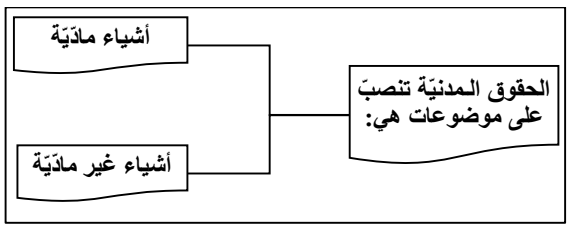
(59)



(60) ش أوبري و ش رو، دروس في القانون المدنيّ من خلال كتاب الألماني زكاريه، المطبعة والمكتبة العامّة لفقه القضاء، باريس، ط 3، 1863، ج 2، الفقرة 162، ص 1 وما بعدها.

C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S Zachariæ*, Imprimerie et Librairie générale de Jurisprudence, Paris, 3e éd., 1863, T. II, § 162, p. 1 s.

(61)



وبعض هذه الموضوعات يختلط بالشّخص نفسه، كالجسم والحرّيّة والشّرف. أمّا البعض الآخر، فيوجد خارج الشّخص صاحب الحقوق، وهو مستقلّ عنه؛ وتسمّى هذه الموضوعات موضوعات خارجيّة[62].

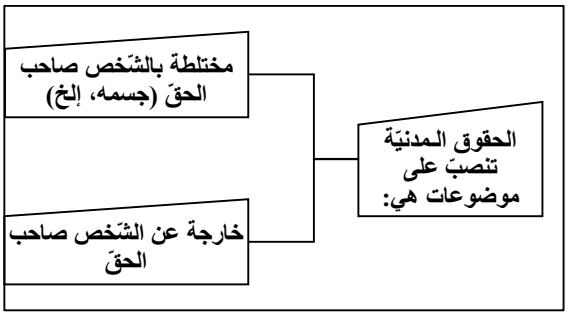
والحقوق المتعلّقة بالموضوعات من النّوع الأوّل لا تكون محلّ مطالبة إلّا متى ألحق بها ضرر ناتج عن جنحة أو شبه جنحة[63]. وتتحوّل هذه الحقوق – فيما يخصّ آثارها – إلى حقوق على موضوعات خارجيّة.

والموضوعات الخارجيّة للحقوق المدنيّة تتمثّل في الأشخاص وفي الأشياء.

والعلائق القانونيّة بين الأشخاص ضربان:

في الضّرب الأوّل نجد شخصا قد وضع في حالة تبعيّة لشخص آخر، أي نجد شخصا خاضعا لسلطة شخص آخر. هنا الشّخص في ذاته محلّ للحقّ (يتعلّق الأمر هنا بالعبوديّة والرّق).

(62)



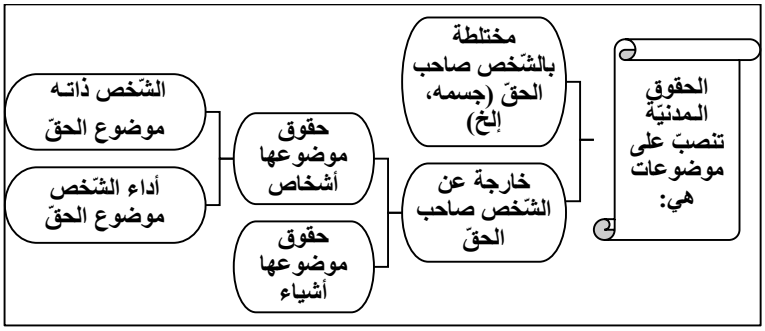
(63) الجنحة هي إلحاق ضرر بالغير عن عمد، وشبه الجنحة هي إلحاق ضرر بالغير عن غير عمد. انظر في القانون الفرنسيّ الفصلين 1382 و1383 من المجلّة المدنيّة (والآن، وبعد التّغييرات التي أدخلت على هذه المجلّة سنة 2016، أصبح رقم الفصلين هو: 1240 و1241. وفي القانون التّونسيّ نجد تعريف الجنحة في الفصل 82 وتعريف شبه الجنحة في الفصل 83 من مجلّة الالتزامات والعقود).

وفي الضّرب الثّاني نجد شخصا ملزما تجاه آخر بالقيام بأداء (prestation). هنا موضوع الحقّ ليس الشّخص الملزَم بل أداؤه(64).

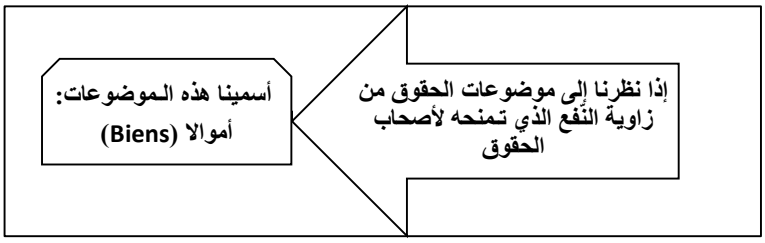
ويمكن أن ننظر إلى موضوعات الحقوق المدنيّة: إمّا في ذاتها ومن زاوية طبيعتها والشّكل المكوِّن لها؛ وإمّا من زاوية النّفع التي تمنحه للأشخاص الذين لهم حقّ يُمارَس على هذه الموضوعات. من هذه الزّاوية، تسمّى هذه الموضوعات أموالا (biens)(65).

وفي العرف تسمّى "أموالا فطريّة" (biens innés) الموضوعات التي تختلط بوجود الشّخص، وذلك حين ننظر إليها: إمّا من زاوية المنافع المادّيّة أو المعنويّة التي تمنحها؛ وإمّا من زاوية دعوى التّعويض التي تنجرّ عن إلحاق ضرر بهذه الموضوعات.

(64)



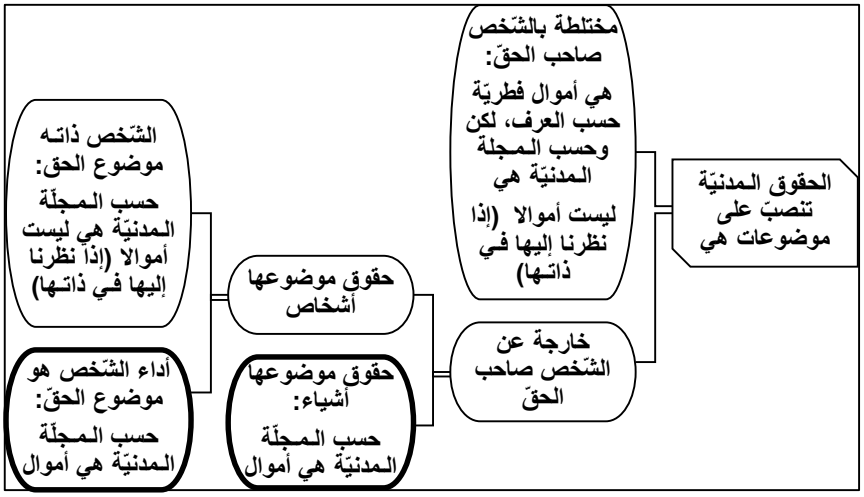
(65)



وفي اصطلاح المجلّة المدنيّة لا تشمل عبارة الأموال: لا "الأموال الفطريّة" ولا حتّى حقّ شخص في السّلطة على آخر، وذلك حين يؤخذ هذا الحقّ في ذاته وبصفة منفصلة عن المنافع ذات القيمة النّقديّة المرتبطة به[66].

وينبغي أن نزيد على "أوبري" و"رو" فقيها آخر كتب في الفترة نفسها[67]، وتساءل: ما المال؟ ثمّ أجاب: هو أوّلا وبصفة طبيعيّة الشّيء المادّيّ الصّالح لاستعمال الإنسان بحيث يمكن أن يكون له عليه حقٌّ هو حقُّ الحصول على المنافع النّاتجة عنه. هذا الحقّ سيسمّى حقّ ملكيّة أو حقّ انتفاع أو حقّ استعمال (إلخ). في مرحلة لاحقة، وتيسيرا في التّعبير، صنّفت الحقوق نفسها ضمن الأموال باستثناء حقّ الملكيّة (وهو أهمّها) الذي لم يُر أن من الضّروريّ جعله مالا على حدة، مستقلاّ عن الموضوع الذي ينصبّ عليه. والحقوق الواردة للتّوّ هي حقوق عينيّة[68]. قبالتها

(66)



(67) أ فاليت، في الملكيّة والتّفرقة بين الأموال، أ ماريسك، باريس، 1879، ص 2 وما بعدها.

A. Valette, *De la propriété et de la distinction des biens*, A. Marescq Ainé, Paris, 1879, p. 2 s.

(68) انظر تعريف الحقّ العينيّ في الفقرة 19.

توجد حقوق الدّائنيّة أو الالتزامات[69]. وقد اعتبرت أيضا داخلة في الذّمّة ومالاً. نعم ما هو مستوجب للدّائن هو في الغالب شيء مادّيّ (مبلغ من النّقود)، لكنّ حقّ الدّائنيّة في ذاته هو شيء غير مادّيّ وتجريد قانونيّ. وهكذا فالمال هو الشّيء المادّيّ، وهو أيضا حقوق، أي أشياء غير مادّيّة[70].

فإذا أردنا الآن خلاصة حول ما جاء في إطار القانون الفرنسيّ من قبل الفقهاء المذكورين أعلاه، وإذا أضفنا إليهم كلام فقهاء آخرين[71]، أمكن قول ما يلي:

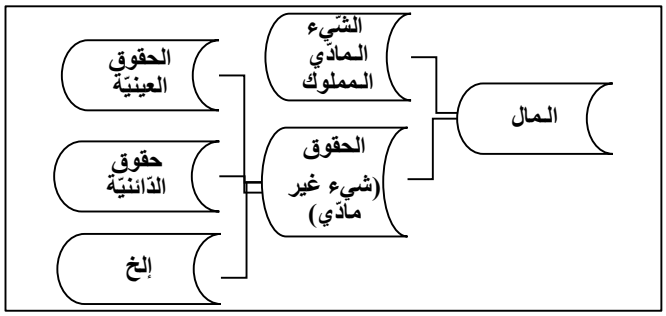
---

[69] انظر تعريف حقّ الدّائنيّة والالتزام في الفقرة 19.

[70] انظر من يقول إنّ الأموال غير المادّيّة هي غير موجودة في الواقع، وهي من خلق واعتبارات العقلاء، أي هي تجريدات، ويقول إنّها تسمّى حقوقا، ومن أمثلتها الانتفاع والارتفاق والدّيون:

أكولمي دي سانتار، الوجيز الأساسيّ في القانون المدنيّ، مكتبة بلون، باريس، 1885، ج 1، ص 153.

E. Colmet de Santerre, *Manuel élémentaire de droit civil*, Librairie Plon, Paris, 1885, T. 1, p. 153.



[71] انظر مثلا:

غ بودري-لاكونتينري، الوجيز في القانون المدنيّ، لاروز وفوسال، باريس، 1882، ج 1، الفقرة 1010، ص 647.

G. Baudry-Lacantinerie, *Précis du droit civil*, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, T. 1, n° 1010, p. 647.

لويس جوسران، دروس في القانون المدنيّ الوضعيّ الفرنسيّ، مكتبة مصنَّف سيراي، باريس، ط 3، 1938، ج 1، الفقرة 1317 وما بعدها، ص 733 وما بعدها.

هنالك الشّيء وهو مادّيّ وغير مادّيّ (الشّيء غير المادّيّ هو الفكرة. والفكرة قد تتمثّل في اكتشاف علميّ أو صناعيّ أو في إنتاج فنّيّ، إلخ. وقد يمكن حتّى هنا أن نتحدّث عمّا هو مادّيّ. ففي هذا الموضعِ، المقصودُ ليس الفكرة التي بقيت في ذهن صاحبها، بل الفكرة التي خرجت إلى العلن وحملها وعاء مادّيّ كالكتاب ونحو ذلك).

Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 3e éd., 1938, T. 1, n° 1317 s., p. 733 s.

بول أورلياك وج مالوفوس، تاريخ القانون الخاصّ. 2. الأموال، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 2، 1971، ص 16.

Paul Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé. 2. Les biens*, Presses Universitaires de France, Paris, 2e éd., 1971, p. 16.

توليبه، القانون المدنيّ الفرنسيّ وفق ترتيب مجلّة نابليون، مطبعة فاتار، ران، 1811، ج 3، الفقرة 3 وما بعدها والفقرة 7 وما بعدها، ص 7 وما بعدها وص 11.

M. C. B. M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code Napoléon*, L'imprimerie de J. M. Vatar, Rennes, 1811, T. 3, n° 3 s. et n° 7 s., p. 7 s. et p. 11.

والشّيء المادّيّ وغير المادّيّ، إذا كان مملوكا، عُدّ مالا[72]. وهكذا فبعض الشّيء لا كلّ شيء هو مال (لذلك يُقال إنّ كلّ مال هو شيء، لكن ليس كلّ شيء هو مال[73])، أي موضوع حقوق.

---

[72] في الحقيقة مملوكيّة الشّيء معيار من المعايير التي قال بها البعض في فرنسا من أجل عدّ ذاك الشّيء مالا. انظر من يبدأ بتعريف سلبيّ للمال قائلا إنّه ليس الشّخص (ثمّ يقول إن ثمّ مشكلا هنا يتعلّق بتصنيف الحيوان والجنين). بعد ذلك ينتقل إلى التّعريف الإيجابيّ. وهنا نجد زيادة على المعيار المذكور أعلاه من يتحدّث عن معايير أخرى هي النّفع للإنسان (بعد قليل سنجد في القانون الإسلاميّ من يتحدّث بدوره عن النّفع) والقيمة النّقديّة (سنجد مجلّة الحقوق العينيّة تستعمل هذا المعيار). ويختم من نحن بصدده بالقول إن ثمّ صعوبة تعترض عمليّة وضع معيار واحد يضبط مفهوم المال.

صوفي شيلر، قانون الأموال، دالوز، باريس، ط 6، 2013، الفقرة 8 وما بعدها، ص 11 وما بعدها.

Sophie Shiller, *Droit des biens*, Dalloz, Paris, 6e éd., 2013, n) 8 s., p. 11 s.

انظر أيضا معيار النّفع والمملوكيّة والقيمة النّقديّة في تعريف المال عند:

ناداج ريبول–موبان، قانون الأموال، دالوز، باريس، ط 5، 2014، الفقرة 3 وما بعدها، ص 9 وما بعدها.

Nadège Reboul-Maupin, *Droit des biens*, Dalloz, Paris, 5e éd., 2014, n° 3 s., p. 9 s.

وللتّفصيل في مفهوم المال في القانون الفرنسيّ انظر:

بيار بارليوز، مفهوم المال، مكتبة القانون الخاصّ – الجزء 489، المكتبة العامّة للقانون ولفقه القضاء، باريس، 2007.

Pierre Berlioz, *La notion de bien*, Bibliothèque de droit privé. T. 489, LGDJ, Paris, 2007.

[73] انظر هذا القول مثلا عند:

م دورنتون، دروس في القانون المدنيّ الفرنسيّ وفق المجلّة المدنيّة، مكتبة توريل ومكتبة جيلبار، باريس، 1844، ج 4، ص 4.

M. Duranton, *Cours de droit français suivant le code civil*, G. Thorel Librairie et Guilbert Librairie, Paris, 1844, T. 4, p. 4.

هذه الحقوق – وهي شيء غير مادّيّ – اعتبرت بدورها مالا (إذن هي مال غير مادّيّ)[74].

ومن ينتقل إلى القانون الإسلاميّ، يجد أن ثمّ – فيما يخصّ تعريف المال – اتّجاهين: "الاتّجاه الأوّل: عرّفه (أي المال) فقهاء الحنفيّة بأنّه «ما يميل إليه الطّبع ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة». وقريب من هذا «ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة منقولا أو غير منقول». وعرّفه ابن نُجَيْم بأنّه «اسم لغير الآدميّ خلق لمصالح الآدميّ، وأمكن إحرازه والتّصرّف فيه على وجه الاختيار».

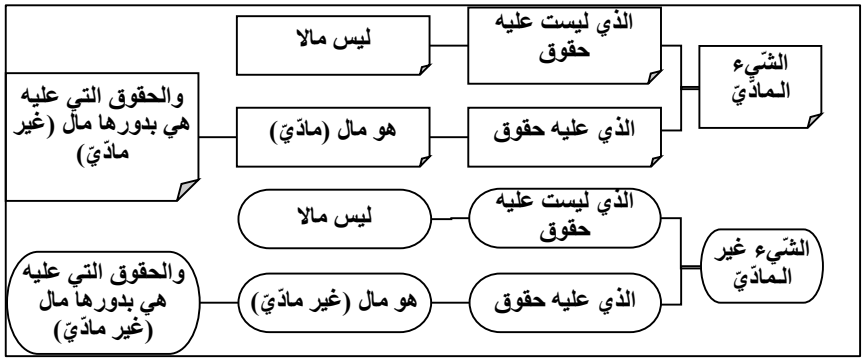
"من مجموع هذه التّعاريف يمكن استخلاص عناصر الماليّة عند أصحاب هذا الاتّجاه التي إذا اجتمعت في شيء عُدّ مالا عندهم، وإن تخلّف منها واحد لم يُعتبر مالا وهي:

"1 – أن يكون الشّيء منتفعا به عرفا وعادة بأن يميل إليه طبع النّاس فلا تعافه النّفوس كالمَيْتة والأشياء الفاسدة أو جعل لمصالح الآدميّ كما عبّر بعضهم.

ك-س زكاريه، القانون المدنيّ الفرنسيّ، أوغست دوران المكتبي والنّاشر، باريس، 1855، ج 2، الفقرة 251، ص 4.

K.-S. Zacharæ, *Le droit civil français*, Auguste Durand Libraire-Editeur, Paris, 1855, T. 2, n° 251, p. 4.

(74)



"2 – أن يكون للشّيء قيمة مادّيّة بين النّاس ممّا يجري فيه التّصرّف والبذل والمنع والشّحّة والضّنّة.

"3 – أن يكون الشّيء عينا مادّيّة موجودة بأن يكون قابلا للادّخار لوقت الحاجة، وهذا قيد يخرج المنافع والحقوق.

"الاتّجاه الثّاني: عرّفه جمهور الفقهاء بتعريفات مختلفة في الألفاظ لكنّها متقاربة من حيث المعنى. فعرّفه ابن العربيّ المالكيّ بأنّه «ما تمتدّ إليه الأطماع ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به». وعرّفه الشّافعيّة بأنّه «ما كان متموّلا محترما». وبعبارة أوضح «ما يكون فيه في حدّ ذاته منفعة مقصودة يُعتَدّ بها شرعا بحيث تقابل بمتموّل عرفا في حال الاختيار». وعرّفه الحنابلة بأنّه «ما يباح نفعه مطلقا أو اقتناؤه بلا حاجة». من مجموع هذه التّعاريف يمكن استخلاص عناصر الماليّة عند أصحاب هذا الاتّجاه وهي:

"1 – أن يكون الشّيء له قيمة مادّيّة بين النّاس. فما ليس له قيمة مادّيّة لا يُعَدّ مالا، لأنّه لا تمتدّ إليه الأطماع ولا يتموّله أحد في العادة مثل: حبّة قمح أو قطرة ماء أو شمّ رائحة شيء كالتّفّاح فإنّه لا يُعَدّ مالا.

"2 – أن تكون فيه منفعة مقصودة.

"3 – أن يكون ممّا يُباح الانتفاع به شرعا في حال السّعة والاختيار. ولذا فكلّ شيء له قيمة مادّيّة بين النّاس، ولكن لا يُنتفع به انتفاعا مشروعا في حال السّعة والاختيار لا يُعَدّ مالا، كالخمر والخنزير وآلات اللهو وكتب الإلحاد وغير ذلك.

"ممّا سبق يُتبيّن أنّ محلّ الاختلاف بين أصحاب الاتّجاهين يتحدّد في أنّ جمهور الفقهاء جعلوا من عناصر الماليّة في الشّيء أن تكون منفعة مقصودة مباحة شرعا في حال السّعة والاختيار دون الضّرورة والحاجة. في حين أنّ الحنفيّة لم يجعلوا من عناصر الماليّة إباحة الانتفاع به شرعا. وكذلك انفرد الحنفيّة بجعل كون الشّيء عينا

مادّيّة عنصرا من عناصر الماليّة. في حين أنّ الجمهور لم يجعلوا من عناصر الماليّة كون الشّيء عينا مادّيّة، فتدخل فيه الأعيان والمنافع والحقوق"[75]. وهكذا إذا

---

[75] محمّد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات الماليّة. المال/ الملكيّة/ العقد، دار النّفائس، عمان – الأردن، ط 2، 1430 هـ/ 2010 م، ص 68 وما بعدها.

انظر أيضا الإمام محمّد أبو زهرة (م س، ص 51 وما بعدها) حين يقول: "المال في اللغة هو كلّ ما ملكته من جميع الأشياء، فكلّ ما يقبل الملك فهو مال سواء كان عينا أم منفعة [...] وأحسن تعريف (اصطلاحيّ) في نظري ما نقله صاحب البحر عن الحاوي، وهو أنّ المال اسم لغير الآدميّ خلق لمصالح الآدميّ، وأمكن إحرازه والتّصرّف فيه على وجه الاختيار. وهذا التّعريف كامل صحيح، وإن كان فيه نقص فهو أنّه لم يشمل الإنسان المسترَقّ، وهو نقص فيه كمال، لأنّ الإنسان لا يعتبر مالا في أصله، والماليّة أمر عارض للعبيد [...] والشّارع الإسلاميّ لا يعتبر كلّ مال صالحا للانتفاع مباح الاقتناء والاستعمال والاستغلال، بل من الأموال ما لا يباح الانتفاع به للمسلم ولا يجوز له اقتناؤه وادّخاره، ومنها الخمر والخنزير، فإنّ المسلم غير مباح له الانتفاع بهما، وملكيّته لهما ملكيّة غير محترمة، لا غرم على من أتلفها في يده، ويسمّى هذا النّوع من المال مالا غير متقوّم، لأنّ الشّارع لا يعترف له بقيمة، إذ لا يبيح الانتفاع به في حال السّعة والاختيار، ولا يبيح الانتفاع به إلّا في حال الاضطرار، كمن لا يجد ماءً، وهو في حال ظمأ شديد يخشى معها هلاكه، ووجد خمرا ساغ له أن يشرب منها غير طالب لها راغب فيها، وغير مجاوز حدّ الضّرورة وما تدفع به. ويسمّى النّوع الذي يُباح الانتفاع به مالا متقوّما، لأنّ الشّارع اعترف بقيمته الذّاتيّة، وأباح الانتفاع به بكلّ طرق الانتفاع، وهو محترم مصون، من تعدّى عليه غرم، وألزم بقيمته أو مثله على حسب الأحوال، وقد نقل ابن نجيم في بحره عن الكشف الكبير جملة موجزة توضّح العلاقة بين التّقوّم والماليّة، فقال «وفي الكشف الكبير [...] الماليّة إنّما تثبت بتموّل النّاس كافّة أو بتموّل البعض، والتّقوّم يثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعا، فما يكون مباح الانتفاع بدون تموّل النّاس لا يكون مالا كحبّة حنطة، وما يكون مالا بين النّاس، ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوّما كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدّم». وترى من هذا أنّ الماليّة تلازم التّقوّم، فحيثما كان تقوّم فلابدّ أن تصحبه ماليّة. وقد تكون الماليّة من غير أن يثبت تقوّم، ويكون حينئذ مالا غير متقوّم لا يعترف الشّرع له بقيمة ذاتيّة، ولا يضفي عليه قيمة شرعيّة، وإن شئت فقل إنّ المال غير المتقوّم مال في عرف مستحلّيه، ولكنّه غير مال في نظر الشّرع، لأنّه سُلب احترام المال، وسُلب القيمة التي يسير بها في الأسواق، والانتفاع الذي هو الثّمرة

الأولى من ثمرات الماليّة. وقد انبنى على سلب الشّارع القيمة من المال غير المتقوّم أنّ متلفه لا يضمن لصاحبه المسلم شيئا، لأنّه غير مصون، وإذا كان المال غير المتقوّم عِوضا في البيع أو في أيّ عقد من العقود لم يصحّ العقد، ولم يكن له احترام العقود الواجبة الوفاء التي يظلّلها الشّرع بحمايتها. ولكن هذا إنّما هو خاصّ بالمسلمين، أمّا غير المسلمين فإن كان المال غير المتقوّم عندنا يتعاملون هم به، وينتفعون به في ديانتهم، فقد أمرنا باحترامه، لأنّا مأمورون باحترام كلّ ما يتديّنون به، إذ أمرنا بتركهم وما يدينون، فالخمر والخنزير عند أهل الذّمّة أموال متقوّمة لا يجدون عندهم حريجة دينيّة في الانتفاع بها، فحقّ علينا أن نحترمها، فإذا أتلف شخص لذمّيّ خمرا أو خنزيرا وجب عليه أن يضمن ما أتلف".

انظر كذلك هذا التّفصيل الوارد عند الشّيخ محمّد الحبيب ابن الخوجة (الأعمال الكاملة، ج 4: بين علمي أصول الفقه ومقاصد الشّريعة الإسلاميّة، الدّار العربيّة للكتاب، تونس، 2008، ص 358 وما بعدها):

"□ تعريف المال:

[...] جاء في تعريف المال عند اللغويّين والمحدّثين والفقهاء عبارات مختلفة كثيرة تضيق وتتّسع بحسب تصوّرهم له، وبحسب ما يمليه الحال في كلّ عصر.

"– قال ابن الأثير: المال في الأصل ما يُملك من الذّهب والفضّة، ثمّ أطلق على ما يُقتنى ويملك من الأعيان [...]

"– وفي اصطلاح الفقهاء من الحنفيّة عرّفه ابن عابدين بما يميل إليه الطّبع ويمكن ادّخاره لوقته. وشرطه أن يكون عينا مادّيّة لها وجود خارجيّ بحيث يمكن إحرازها وحيازتها وادّخارها. وبهذا الوصف لا يطلق المال عندهم على المنافع خلافا للجمهور.

"– وهو عند الشّافعيّ فيما نقل عنه لا يقع إلّا على ما له قيمة يُباع بها وتلزم بتلفه.

"– وذهب الشّاطبي من المالكيّة إلى أنّ المال هو ما يقع عليه الملك ويستبدّ به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه.

"– وتوسّع جمهور الفقهاء فأطلقوه على ما يشمل الحقوق المقوّمة والمنافع جميعا. فهو يُطلَق على كلّ ما له قيمة مادّيّة بين النّاس، وجائز الانتفاع به انتفاعا مشروعا حال السّعة والاختيار. وهذا احترازا من الخمر والنّجاسات والخنزير [...]

"□ أنواع المال:

"○ (النّوع الأوّل) [...] ما تحصل به إقامة نظام المعاش بذاته دون توقّف على شيء آخر من غيره. وهذا كالحبوب والأطعمة والثّمار. وكذلك الحيوان فيما أذن لنا بأكله، والانتفاع به: بصوفه وشعره ولبنه وجلوده [...] وهذا النّوع من الرّزق هو أعلى أنواع الأموال وأثبتها. ومنافعه حاصلة به من غير توقّف على أحوال المتعاونين على كسبه، ولا على ما جرى به اصطلاح التّنظيم له بين النّاس.

"○ والنّوع الثّاني: ما يحصل ويكمل به نظام العيش. وهذا كالأرض للزّرع وللبناء عليها، والنّار للطّبخ والإذابة، والماء لسقي الأشجار، وآلات الصّناعات لصنع الأشياء من الخشب والصّوف ونحو ذلك. وهذه الأشياء التّكميليّة [...] هي دون شكّ ذات أهمّيّة بالغة. وإليها يرجع موردان من الموارد الماليّة هما الفلاحة والصّناعة.

"○ والنّوع الثّالث: هو ما تحصل به إقامة العيش به ممّا اصطلح البشر على جعله عوضا عمّا يراد تحصيله. وهذا كالنّقد والعملة ممّا هو متوافر اليوم، وكالمعاوضات التي كان يحصل بها التّبادل [...] قديما، كما تبرز صورة ذلك في أنواع التّجارات والمعاوضات التي ضبطتها الشّريعة الإسلاميّة [...]

"□ أقسام المال في الملكيّة:

"قسّم علماؤنا المال إلى أقسام أربعة مختلفة:

"○ القسم الأوّل: تقسيم المال بالنّسبة إلى الملكيّة. وهو ثلاثة أنواع:

"– ما لا يجوز تمليكه ولا تملّكه بحال. وهذا كالطّرق والجسور والحصون والسّكك الحديديّة ونحوها. فهذه أموال عامّة ليس لأحد أن يمتلكها لتعلّق حقّ النّاس جميعهم بها.

"– ما لا يقبل التّمليك إلّا عند وجود المسوّغ الشّرعيّ. وهو الأعيان الموقوفة والعقّار المملوك لبيت المال. والوقف لا ملك فيه لأحد عند أكثر الفقهاء، وهو عند غيرهم مملوك للواقف أو للمستحقّين لريعه. وملكيّتهم له ليست ملكيّة مطلقة. وأمّا المملوك لبيت المال فإنّه ملك لجماعة المسلمين.

"– ما يقبل التّمليك بلا شرط دائما وفي كلّ حال. وهو ما هو حقّ في متناول الأفراد والجماعات كلّهم كالصّيد.

"○ القسم الثّاني: كون المال من الثّوابت كالعقّار من أرض ومبان، أو كونه من المنقول. وهو على نوعين: إمّا سلعة كالنّبات والجماد والحيوان، وإمّا ثمن.

"○ والقسم الثّالث: يشمل الأموال الخاصّة مضافة إلى أصحابها، وكذلك الأموال العامّة، وما يتجمّع في بيت المال من مختلف الموارد فهي أموال المسلمين [...]

"○ والقسم الرّابع للمال: هو ما اختلف بين نقديّ وعينيّ.

"ويحتاج النّاس في معاملاتهم إلى التّفريق بين الثّمن والقيمة.

"أمّا الثّمن فهو إمّا أن يكون ثمنا بالخلقة كالذّهب والفضّة، وإمّا أن يكون ثمنا بالاصطلاح كسائر النّقود من غير النّقدين، سواء أكانت ورقيّة أم من المعادن.

"وأمّا القيمة فهي ما يقوّم به المقوّمون الشّيء استنادا إلى ما بذل في تحصيله من جهد ومال مع إضافة ربح معقول تعارف النّاس عليه [...]

"الفوارق بين الأموال العينيّة والنّقديّة

"ومن الفوارق بين الأموال العينيّة والأموال النّقديّة أنّ الأولى يلحقها العرض والطّلب، بخلاف الثّانية وهي النّقود فإنّها لا تعرَض إلّا نادرا.

"وممّا يفرّق به بين الأعيان والنّقود ما رواه البراء بن عازب وزيد بن أرقم من سؤال تاجرين النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم عن الصّرف فقال: «إن كان يدا بيد فلا بأس، وإن كان نَساءً فلا يصلح».

"وحديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في ابتياع التّمر الجنيب بالجمع.

"وممّا ورد من نهيه صلّى الله عليه وسلّم أن تكسر سكّة المسلمين إلّا من بأس.

"ونهيه صلّى الله عليه وسلّم عن استعمال الرّجال للذّهب والفضّة لحكمة هي عدم تعطيل رواج النّقدين بكثرةِ الاقتناء المفضي إلى قلّتهما.

"وفي المقايضة تختلف أموال المعاوضات فيها بناء على تقابل إرادة العرض والطّلب في زمن معيّن وبطريق محدّد [...]

"المقايضة

"كان التّعامل بين النّاس في القديم قائما على المقايضة. وهي تبادل سلعة بسلعة، أو خدمة بخدمة، أو سلعة بخدمة. وقلّما وجد التّعاوض بالنّقود، إلّا أن تعتبر هي نفسها سلعة. وكانت أنواع المتموّلات في أموال المعاوضات من حبوب وفواكه وألبان ولحوم وسمك وعسل وأنعام ونحو ذلك. ولم تكن الغاية من الإنتاج في العصور الأولى الإثراء وجمع الثّروات بل هي على العكس من ذلك تكاد تنحصر في إشباع الحاجات وتحقيق الاكتفاء الذّاتيّ. وبناء على هذا لم تكن أموال المعاوضات تحتاج إلى وسيط نقديّ وفقا لظروف كلّ حالة من أحوال التّبادل. ومتموّلات المعاوضات مختلفة متباينة، بحسب أنواعها في التّمييز بين مبيع وثمن.

"فالأعيان القيميّة هي غير التي من ذوات الأمثال وتعتبر مقابلتها بالمثليّات المعيّنة كالمبيع ومثال القيميّة والمثليّ هو الثّمن مطلقا وهو الثّياب والدّور والعقّارات، والعدديّات المتفاوتة كالغنم والبطّيخ إذا بيع بالعدد لا بالوزن.

"وإذا قوبلت الأعيان القيميّة بالأموال غير المعيّنة، أي الملتزم بها في الذّمّة، فالعبرة في الثّمنيّة بمقارنة حرف الباء مثل بعتك قنطارا من السّكّر بهذا المشاع.

"والمثليّات هي أنواع من المكيلات والموزونات والذّرعيّات والعدديّات متقاربة، إذا قوبلت أفرادها بالنّقود فهي المبيعة، وإذا قوبلت بأمثالها كبيع قمح بزيت: فما كان منها معيّنا يكون مبيعا، وكلّ ما كان منها موصوفا في الذّمّة يكون ثمنا. وإذا بيعت القيميّات ببعضها يكون كلّ من العوضين مبيعا من وجه وثمنا من وجه آخر.

"وهذه الأنواع من التّصرّف، ما عدا ما كان أحد عوضيه نقدا، كانت أكثر دورانا بين النّاس، جارية بها معاملاتهم. وقد عرفت هذه الظّاهرة كما قدّمنا في الأزمان الخالية وبخاصّة في المناطق التي غلبت عليها البداوة والبساطة. ولمّا تطوّرت المجتمعات في أكثر البلاد وامتدّت الحضارة إليها، أصبح طلب النّاس في تصرّفاتهم الماليّة منصبّا في الغالب على أهمّ أنواع المتموّلات وهي النّقود.

"النّقود

"اصطلح النّاس في نظام حضارتهم الماليّة على اعتبار النّقدين أعواضا للتّعامل. وهي في واقع الأمر نوع من المتموّلات استبدلت بالتّعامل بالأعيان [...]

"(و) النّقود من الذّهب والفضّة عوضان صالحان بغالب أحوال البشر، وخاصّة في حالات الأمن واليسر والخصب. وبهما يكون التّعامل أيسر من التّعامل بالأعيان من سائر الجهات، وبخاصّة من جهة سهولة تجزئة القيمة وسهولة التّعاوض في الأمور الثّقيلة في التّسليم كالمقادير الكثيرة، وفيما يعسر فيه تعاوض الأعيان. وأضاف الشّيخ هنا ملاحظة دقيقة هي أنّ النّقدين عند حالة الاضطرار في مثل حالات الحصار والجدب والمجاعة لا تغني عن أصحابها شيئا. وتبدو المزيّة الواضحة في التّعامل بالنّقدين في حالات أخرى منها:

"أوّلاً إمكان تمييز البائع من المشتري. فباذل المال مشترٍ، وباذل العوض بائع.

"ثانياً أنّ النّقدين يُطلبان ولا يُعرضان بخلاف بقيّة المتموّلات فإنّه يلحقها العرض والطّلب. ولا يلحق العرض بالنّقدين إلّا نادرا.

"ثالثاً وضع صاحب النّقد مقدارا من ماله لمن يرغب في المعاملة به معه مثل وضع رأس مال السّلم، ورأس مال القراض، وترويج أوراق البنوك.

"وتختلف النّقود بعامّة بين ذهب وفضّة وفلوس معدنيّة مسكوكة رائجة وأوراق نقديّة كالتي يُتعامل بها في العصر الحاضر [...]

"من النّقود السّلعيّة إلى النّقود المعدنيّة

"ولمّا تطوّرت المعاملات انتقل التّجّار في الأسواق والمزارعون والفلّاحون وأرباب الصّنائع وغيرهم من اعتماد النّقود السّلعيّة في مبادلاتهم إلى النّقدين: الذّهب والفضّة، طلبا لتيسير المعاملات، وتخلّصا من الصّعوبات، ولكونها أثبت قيمة من غيرها من السّلع.

"وقد عرف العرب الجاهليّون والمسلمون من بعدهم هذين المعدنين النّفيسين [...] واعتبر الفقهاء هذين المعدنين أثمانا بأصل الخلقة. وإثر ذلك ولمواجهة البيوعات والمبادلات البسيطة أو المهينة أحدثوا أثمانا دون الدّينار والدّرهم. فضربوا القيراط والدّانق وهي الفلوس، وجعلوا قيمة الدّانق سدس الدّرهم، والقيراط نصف الدّانق. فإذا كانت هذه الفلوس نافقة وأقبل عليها النّاس فهي الرّائجة، وإلّا فهي فلوس كاسدة [...] (و) نوّه الغزالي شديد التّنويه بثمنيّة النّقدين في قوله: إنّ الله تعالى خلق الدّنانير والدّراهم حاكمين ومتوسّطين بين سائر الأموال حتّى تقدّر بهما ... وخلقهما لحكمة أخرى هي التّوسّل بهما إلى سائر الأشياء لأنهما عزيزان في أنفسهما، ولا غرض في أعيانهما، ونسبتهما إلى سائر الأموال واحدة. فمن ملكهما فكأنّما ملَك كلّ شيء [...]

"أنواع النّقود

"ظهرت بعد السّلعة الوسطيّة التي كانت تستخدم في المقايضات النّقود المعدنيّة. فاستعملوا لهذا الغرض الحديد، ثمّ النّحاس، ثمّ المعدنين النّفيسين، ثمّ البرونز [...] لكنّ تميّز المعدنين: الذّهب والفضّة ببريقهما جعلهما يقدّمان على غيرهما من المعادن. وكان من أهمّ خصائصهما رغبة النّاس فيهما وشغفهم المتزايد بالزّينة والتّحلّي، وسهولة حملهما، وسلامتهما من التّلف، وقابليّتهما للتّجزئة، والتّشابه والتّجانس بين القطع المسكوكة من الذّهب والفضّة، وصعوبة تزييفهما، وثبات قيمتهما. كلّ ذلك قضى لهذين النّقدين على سائر المعادن. فكان لهما بذلك الرّواج والادّخار.

"ولهذين النّقدين قيمتان حقيقيّة ومعدنيّة. فالأولى هي قيمة المعدن في ذاته، والثّانية القيمة الاصطلاحيّة التي تحدّدها الدّولة للتّعامل بذلك النّقد.

"وقد تتساوى القيمة الحقيقيّة للنّقود مع قيمتها الاسميّة فتعتبر النّقود في هذه الحالة جيّدة. وإن كانت القيمة الحقيقيّة للنّقود أكثر من قيمتها الاسميّة وصفت النّقود بالقويّة. وإن نزلت القيمة الحقيقيّة لهما دون قيمتهما الاسميّة فهي نقود ضعيفة [...]

"النّقود المساعدة

"اتّخذ النّاس نقودا أخرى مساعدة، حين عمّت أطراف العالم قُطراً فقُطراً موجةٌ جديدة اقتصاديّة قامت المعاملات فيها على النّقود الورقيّة. وهذا ابتداءً من منتصف القرن السّابع عشر. وعزّزت هذه النّقود الورقيّة تزايد نشاط التّجارة الخارجيّة. وبدأ الصّيارفة والتّجّار من القساوسة يجمعون النّقود المعدنيّة حريصين على حفظها خوفا من مخاطر السّرقة والضّياع، ومحافظة منهم على عملة ذات قيمة عينيّة لا تشاركها فيها النّقود الورقيّة.

"وظهرت البنكنوت أو النّقود النّائبة أو المثيلة. وهذه الأوراق لا تعتبر نقودا في حقيقة الأمر، وإنّما هي أوراق تنوب عن نقود حقيقيّة مودعة في البنوك. وبسبب هذه النّيابة أو التّمثيل أطلق عليها اسم نقود، وإن لم تكن كذلك. وهي تقوم مقامها على الوجه الكامل لكونها مغطّاة 100 ٪. فإذا قدّمت هذه الأوراق إلى البنك، اعتبرت بمثابة دين عليه، فيتلقّى الوديعة ويدفع ما بذمّته من المعادن.

"وظهرت بعد هذه النّقود الورقيّة الائتمانيّة التي أصدرتها البنوك حين رأت أن ليس من الضّروريّ أن تغطّي ما صدر من الأوراق النّقديّة بغطاء معدنيّ مقداره 100 ٪ من قيمتها. وجريا وراء الرّبح أصدرت من الأوراق النّقديّة ما يتجاوز قيمة المعادن المحتفظ بها كغطاء أو ضمان لطلبات التّحويل. وتمّ ذلك بالفعل عن طريق منح البنوك قروضا تجاريّة وخاصّة. وبدأ يظهر هذا في صورة عمليّات الخصم أو صكوك الائتمان التي كثر إصدارها. وتدفّقت الأوراق النّقديّة في التّداول بجانب النّقود التي سبق إصدارها بغطاء. وبذلك أصبحت في أيدي الأفراد كمّيات من أوراق النّقد لا تقابلها أرصدة نقديّة.

"وتتولّى هذه العمليّات البنوك التّجاريّة التي آلت إلى بنوك مركزيّة تشرف عليها الحكومات.

"واطّردت عمليّات الإصدار هذه، وارتفعت أثمان السّلع والخدمات، وزاد الشّعور بعدم الثّقة. واصطلحوا على تسمية هذه النّقود الجديدة بالنّقود الورقيّة الإلزاميّة أو القانونيّة. وأصبحت أوراق البنكنوت مجرّد أوراق تستمدّ قوّتها الشّرائيّة من قوّة القانون، ومن ثقة المتعاملين بها. ولا بدّ من ملاحظة أنّ هذه النّقود الإلزاميّة تنسحب على كافّة المسكوكات فضّيّة كانت أو برونزيّة. وهي لا تحتوي من المعادن إلّا ما يقلّ في قيمته عمّا تمثّله من قيمة نقديّة.

أخذنا نتاجات الفكر المعروفة اليوم والتي انفصلت عن أصحابها وحواها حامل مادّيّ (نتاج شاعر يتمثّل في ديوان شعر، أو نتاج فيلسوف يتمثّل في كتاب فلسفة، أو نتاج تاجر يتمثّل في علامة تجاريّة، أو نتاج مخترع، أو نتاج مبرمج معلوماتيّ، إلخ)، لم نعتبر هذه النّتاجات مالا على قول بعض الفقه، أمّا على قول البعض الآخر فمال.

ممّا تقدّم يمكن القول إنّ القانون الفرنسيّ والقانون الإسلاميّ (من خلال موقف جزء منه) لا يختلفان في كون المال يمكن أن يكون شيئا مادّيّا ويمكن أن يكون شيئا غير مادّيّ.

بقي القانون التّونسيّ، وفيه نجد مجلّة الحقوق العينيّة[76]، ونجد فصلها الأوّل يقول إنّ "المال هو كلّ شيء غير خارج عن التّعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حقّ ذي قيمة نقديّة".

"ثمّ استقلّت البنوك المركزيّة الموزّعة على الدّول عامّة بإصدار تلك الأوراق النّقديّة. وتعامل النّاس بها في تصرّفاتهم الماليّة، وسعوا إلى تحصيلها بمساعٍ شتّى، أو حملوا على السّعي إليها امتثالا".

[76] إنّ مادّة الأموال موضوع هذا الكتاب تحكمها بالأساس مجلّة الحقوق العينيّة (انظر حول هذه المجلّة وحول تقنين مادّتها: أحمد بن طالب، «تقنين مادّة الحقوق العينيّة»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 13 وما بعدها).

ومن المعلوم أنّه شُكِّلت لجان ثلاث أفضى عملها إلى صدور هذه المجلّة: اللجنة الأولى سنة 1958، وقد أعدّت ما أسمي مشروع المجلّة الاستحقاقيّة؛ اللجنة الثّانية سنة 1960، وقد نظرت في المشروع الأوّل وأعدّت ما أسمي السّلكة الأولى لمشروع المجلّة الاستحقاقيّة؛ اللجنة الثّالثة سنة 1962؛ "ومن أشغال هذه اللجنة الثّالثة نشأ ما عُبِّر عنه باللائحة الأولى لمجلّة الحقوق العينيّة، وهي التي وُزِّعت بداية من أوت 1963 على نخبة من القضاة ورجال القانون لاستطلاع رأيهم فيها، وظلّت قيد الدّرس والتّمحيص والموازنة والتّنسيق إلى أن عُرِضت في صيغة لائحة نهائيّة على الحكومة ثمّ على مجلس الأمّة، فكان ميلاد مجلّة الحقوق العينيّة الصّادر بها القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرّخ في 12 فيفري

ولقد جاء في المذكّرة الإيضاحيّة للائحة هذه المجلّة ما يلي: "تشتمل اللائحة على كتابين [...] ومن مصادر الكتاب الأوّل مجلّة الالتزامات والعقود (خاصّة الشّيوع) والفقه الإسلاميّ (التّقادم والقسمة والشّفعة على الخصوص) والقانون المقارن (تقسيم الأموال والحقوق وترتيب الحقوق العينيّة)"[77].

1965". الهادي سعيد، تطوّر الملكيّة العقّاريّة وأثره في تونس، مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة بوزارة العدل، تونس، 1996، ص 257.

ملاحظة: قال الهادي سعيد أنّ اللاّئحة وزّعت بداية من أوت 1963 على عدد من المختصّين في القانون. أكثر من ذلك: نشرت اللائحة في مجلّة القضاء والتّشريع في جوان 1964 (القضاء والتّشريع، 1964، ص 475 وما بعدها) حتّى يطّلع عليها أكبر عدد ممكن ويُبدوا رأيهم فيها: "ننشر فيما يلي لائحة مجلّة الحقوق العينيّة حتّى يطّلع عليها السّادة القضاة والمحامون وأساتذة الحقوق وجميع رجالات القانون طلبا للبحث والدّرس وزيادة في التّثبّت. ونهيب بالهمم أن توجّه لكتابة الدّولة للعدل جميع ما يعنّ لهم من آراء فيها حتّى نعمل على إخراج هذه المجلّة في ثوبها القانونيّ المتين بتظافر الجهود وتكتّل الهمم القانونيّة. وإنّنا نرحّب بكلّ اقتراح أو بحث أو نقد أو توجيه أو تصويب يحوم حول المشروع ونرجو من وراء ذلك خدمة البلاد والله هو الملهم للسّداد".

[77] لائحة مجلّة الحقوق العينيّة، القضاء والتّشريع، 1964، ص 476 (عدد 6، محرّم 1384 هـ/ جوان 1964، ص 32).

وجاء عند أحد الذين أسهموا في وضع مجلّة الحقوق العينيّة: "وقد اعتمدت [...] اللجنة الأولى في إعدادها لمشروعها عدّة مصادر تونسيّة مثل القانون العقّاريّ القديم، ومجلّة الالتزامات والعقود، ولائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة (لائحة مجلّة الشّيخ محمّد العزيز جعيّط)، والأمر المؤرّخ في 19 فيفري 1957 [...]، ومصادر أجنبيّة مثل المجلّة المدنيّة الفرنسيّة، والقانون المصريّ، والقانون المدنيّ السّوريّ، والتّشريع اللبنانيّ، والتّشريع السويسريّ، والإيطاليّ، والألمانيّ. وتبوّأ فقه قضاء المحكمة العقّاريّة الصّدارة، كما احتلّت أحكام الفقه الإسلاميّ مكانة مرموقة في أشغالها المتعلّقة خاصّة ببعض أوجه الوصيّة، وبالحوز، والتّقادم، والقسمة". الهادي سعيد، م س، ص 262.

انظر حول علاقة مجلّة الحقوق العينيّة بالفقه الإسلاميّ: عبد السّتّار العمري، الفقه الإسلاميّ ومجلّة الحقوق العينيّة، أطروحة دكتوراه، جامعة الزّيتونة، 2009، ورد ذكر الأطروحة عند: محمّد بوزغيبة،

تأسيسا على هذا الكلام – وكلّما ارتبط الأمر بأقسام الأموال والحقوق، ومن ثمّ كلّما ارتبط بمفهوم الأموال والحقوق – من المشروع أن نعطي عبارات مجلّة الحقوق العينيّة المعنى الموجود في القانون المقارن، أي المعنى الموجود في القانون الفرنسيّ بالخصوص[78].

ومن هذه العبارات عبارة الفصل الأوّل "الشّيء غير الخارج عن التّعامل"، وعبارته "الشّيء غير الخارج عن التّعامل بطبيعته"، وعبارته "الشّيء غير الخارج عن التّعامل بحكم القانون"[79].

«مكانة الفقه الإسلاميّ في مجلّة الحقوق العينيّة»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 87، الهامش 98.

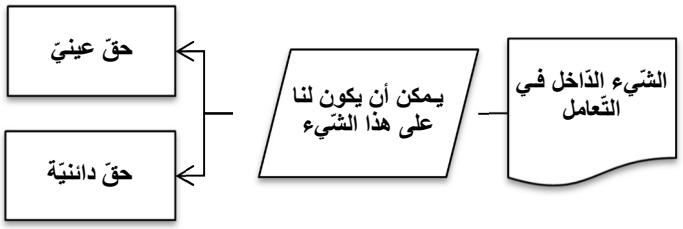
[78] جاء أعلاه عند الهادي سعيد أنّ القانون المقارن يتمثّل في المصريّ والسّوريّ واللبنانيّ والسّويسريّ والإيطاليّ والألمانيّ والفرنسيّ. لكنّ استقراء فصول مجلّة الحقوق العينيّة المتعلّقة بأقسام المال يجعلنا نقول إنّ القانون المقارن يتمثّل في القانون الفرنسيّ. لهذا الكلام انعكاسات على عمليّات التّأويل. هذا النّوع من الانعكاسات تعرّضت له محكمة التّعقيب حين قالت في أحد قراراتها إنّ القاعدة: "تقتضي بأنّه عند غموض النّصّ أو إجماله (ينبغي) الرّجوع إلى أهمّ المصادر التّشريعيّة التي قام عليها ذلك النّصّ [...] ليستنار به في استجلاء ما غمض أو توضيح ما أجمل". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 51346، 26 نوفمبر 1996، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 228.

[79] يمكن القول إنّ ما جاء في مجلّة الحقوق العينيّة من بدء بتعريف المال على أنّه الشّيء الدّاخل في التّعامل، ثمّ من حديث عن حقّ الملكيّة وبقيّة الحقوق العينيّة قريب جدّا ممّا جاء في كتاب الفقيه الفرنسيّ "بوتييه" Pothier حول الملكيّة:

بوتييه، أعمال بوتييه، ج 10، بحث في الملكيّة والحوز والتّقادم الذي ينجرّ عن الحوز، طبعة جديدة نشرها م سيفران، باريس، 1840، ص 1.

Pothier, *Œuvres de Pothier. T. X : Traité du droit de domaine de propriété, de la possession, de la prescription qui résulte de la possession*, Nouvelle édition publiée par M. Siffrein, Paris, 1840, p. 1.

لقد شرع بوتييه بالحديث عن الشّيء الدّاخل في التّعامل. بعد ذلك قال إنّه وفيما يخصّ هذا الشّيء يوجد نوعان من الحقوق: حقوق في الشّيء (*jus in re*) أو حقوق عينيّة، وحقوق بالنّظر إلى الشّيء (*jus ad rem*) أو حقوق شخصيّة (ما يسمّى إن نظرنا إليه من زاوية المدين: الالتزامات).



ثمّ ختم "بوتييه" ما سبق بالقول إنّه سيخصّص كلامه ويتناول الحقّ العينيّ فحسب.

حول الأشياء الخارجة عن التّعامل في القانون الفرنسيّ، انظر:

ج لوازو، «تصنيف الأشياء الخارجة عن التّعامل»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ، 2000، ص 47 وما بعدها.

G. Loiseau, « Typologie des choses hors commerce », RTD civ., 2000, p. 47 s.

إيزابيل موان، الأشياء الخارجة عن التّعامل، مكتبة القانون الخاص. ج 271، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1977.

Isabelle Moine, *Les choses hors commerce*, Bibliothèque de droit privé. T. 271, LGDJ, Paris, 1997.

ف بول، الأشياء الدّاخلة في التّعامل حسب الفصل 1128 من المجلّة المدنيّة، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 2002 (ملاحظة: بعد تغيير المجلّة سنة 2016، أصبح الفصل 1128 يحمل مضمونا مختلفا هو: الشّروط الأساسيّة لنشأة العقد: الرّضا، الأهليّة، والموضوع المباح والمعيَّن).

F. Paul, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ, Paris, 2002.

أمّا في القانون التّونسيّ، فانظر: نوال الحنّاشي، الأشياء الخارجة عن التّعامل في المادّة المدنيّة، مذكّرة، المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 2000/ 2001.

13 تحديد معنى "الشّيء غير الخارج عن التّعامل" ◊ فإذا بدأنا بالعبارة الأولى (وهي جملة ناقصة)•، وجب التّذكير بمحتوى الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود. يقول هذا الفصل إنّ نصّ القانون يُعطى معناه الوضعيّ أو معناه العرفيّ أو معناه المراد من المشرّع(80).

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون (وتحديدا غموض جملة ناقصة).

والعبارة الغامضة هي التي لها معاني تختلف باختلاف السّياق الذي ترد فيه. انظر حول صور غموض العبارة: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 274 وما بعدها.

(80) حرفيّا يقول الفصل 532: "نصّ القانون لا يحتمل إلّا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة، وعرف الاستعمال، ومراد واضع القانون".

هذا النّصّ محوريّ، وسنجده في صور التّأويل التي سنتناولها، لأنّها تحيلنا: من جهة على ما تكلّم عنه هذا النّصّ، وهو المعنى المراد من المشرّع؛ ومن جهة أخرى على المعنى الوضعيّ أو العرفيّ، وهما ما نفترض أنّ أحدهما مراد من المشرّع.

بعبارة أخرى:

قد يكون للتّعبير (لفظ مفرد – جملة ناقصة – جملة تامّة سواء كانت خبريّة أو إنشائيّة) معنى وضعيّ ويثبت لنا من وجه مباشر (سياق، أعمال تحضيريّة، إلخ) أنّ المشرّع أراد هذا المعنى أو أراد غيره. هنا نعطي المعنى المراد بسبب ما ثبت لنا من الوجه المذكور. أي هنا نعطي للتّعبير المعنى الذي تعضده القرينة المتمثّلة في السّياق (إلخ). هذه القرينة خاصّة بالمتكلّم الذي نحن بصدده (أي بالمشرّع)، وسنسمّيها لأجل هذا السّبب قرينة خاصّة.

فإذا لم نجد هذه القرينة الخاصّة، أعطينا التّعبير المعنى الوضعيّ، لأنّنا نفترض أنّ المشرّع –ككلّ متكلّم عاقل – يريد المعنى الموجود في اللغة التي استعملها إذا لم ينصب قرينة خاصّة به على خلاف ذلك. وإعطاؤنا التّعبير المعنى الوضعيّ ينبني على قرينة لفائدته تتمثّل في الافتراض المذكور. وسنسمّي هذه القرينة قرينة عامّة لأنّها تشمل المتكلّم الذي نحن بصدده (المشرّع) وكلّ متكلّم عاقل.

الآن إذا كان للتّعبير معنى عرفيّ زيادة على الوضعيّ: هنا نأخذ بالقرينة الخاصّة إن وجدت (قد تكون لفائدة المعنى العرفيّ أو الوضعيّ أو معنى ثالث). وإذا لم توجد، نعطي المعنى العرفيّ، لأنّنا نفترض أنّ

وعليه – وانطلاقا من الأعمال التّحضيريّة لمجلّة الحقوق العينيّة ومن كلامها الوارد أعلاه – يمكن أن نخرج بالمعنى المراد من المشرّع التّونسيّ لعبارة الفصل الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة (الشّيء غير الخارج عن التّعامل)، وذلك بالرّجوع إلى ما قيل في الوسط القانونيّ الفرنسيّ.

فهذا الوسط حدّد بصفة غير مباشرة معنى عبارة "الشّيء غير الخارج عن التّعامل"، وذلك حين حدّد معنى العبارة النّقيض لها، فقال (عن معنى هذه العبارة النّقيض، أي عن "الشّيء الخارج عن التّعامل") إنّه ما لا يمكن أن يمثّل موضوع عقد بين

المشرّع – ككلّ متكلّم عرفيّ – يريد المعنى الموجود في العرف الذي ينتمي إليه هو وينتمي إليه من يخاطبهم إذا لم ينصب قرينة خاصّة به على خلاف ذلك. وإعطاؤنا التّعبير المعنى العرفيّ ينبني على قرينة لفائدته تتمثّل في الافتراض المذكور. وسنسمّي هذه القرينة قرينة عامّة لأنّها تشمل المتكلّم العرفيّ الذي نحن بصدده (المشرّع) وكلّ متكلّم عرفيّ.

هذا عن التّعبير ومن ثمّ عن غموضه. ولا يختلف الأمر إذا كنّا أمام غياب للتّعبير، أي أمام فرض مسكوت عنه. فهنا نبحث عن مراد المشرّع من وجه مباشر (السّياق، إلخ). فإذا وجدنا إثباتا لهذا المراد، أعطينا المسكوت عنه ما وجدناه. وهنا نحن أمام قرينة خاصّة. فإذا لم نجد المراد من الوجه المباشر، مررنا إلى قياس الأولى أو المثل إن أمكنا، وإلّا فإلى قياس العكس. وفي هذه الصّور، نكون قد أخذنا بقصد مفترض للمشرّع. وهو قصد نفترضه أيضا عند كلّ متكلّم عاقل، لذلك نحن أمام قرينة عامّة.

انظر تفاصيل ما جاء أعلاه في: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 265 وما بعدها.

الأفراد[81]، أي ما لا يمكن مثلاً أن يُباع أو يُقرَض؛ كما أنّه ما لا يمكن أن يُكتسب بالتّقادم[82].

[81] أخذنا هذا المعنى من معجم فرنسيّ للمصطلحات القانونيّة، أي من معجم ينقل المعاني العرفيّة. هذا المعجم هو: جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "شيء" chose. ومن المفروض علميّا أن نعطي المعاني الموجودة في العرف الفرنسيّ وقت وضع مجلّة الحقوق العينيّة (صدرت المجلّة بمقتضى القانون عدد 5، لسنة 1965، المؤرّخ في 11 شوّال 1384 الموافق لـ: 12 فيفري 1965: الرّائد الرّسميّ عدد 10، مؤرّخ في 19 و23 فيفري 1965، ص 200)، أي من المفروض أن لا نستعمل طبعة المعجم التي استعملناها (2016). لكن – لأنّنا أمام ما لم يحصل في شأنه تغيير – استعملنا (وسنستعمل) ما استعملنا.

[82] هنا نحن أمام كلام لفقه فرنسيّ (فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 14). ولأنّ الظّاهر أنّ هذا الفقه هو بصدد نقل معنى عرفيّ، ففي الإحالة على هذا الفقه إحالة على العرف الفرنسيّ (هذا العرف تكوّن على أساس محتوى فصول المجلّة المدنيّة: 1128 و1598 و1878 و2226. ملاحظة: الآن، وبعد التّغييرات التي أدخلت سنة 2016 على المجلّة، لم يعد الفصل 1128 بمحتواه السّابق موجودا). فإذا وصلنا إلى العرف الفرنسيّ، وجب عندها نقل الملاحظة السّابقة التي مفادها أنّ استعمالنا لمراجع جديدة سببه أنّ العرف الآن هو نفسه العرف في وقت وضع مجلّة الحقوق العينيّة.

وهكذا فالشّيء غير الخارج عن التّعامل هو "ما يمكن أن يمثّل موضوع عقد[83] ... وما يمكن أن يُكتسب بالتّقادم"[84]. ويعبّر أحد الفقهاء، الذين كتبوا حول القانون

[83] إذا وصلنا إلى هذا المعنى لعبارة الفصل الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة، فينبغي عندها ربط هذا النّصّ بنصّين آخرين أوّلهما يتعلّق بموضوع العقد والثّاني بسببه. يقول النّصّ الأوّل، وهو الفصل 62 من مجلّة الالتزامات والعقود، "لا يسوغ التّعاقد إلّا فيما يصحّ فيه التّعامل من الأشياء [...]". ويقول النّصّ الثّاني، وهو الفصل 67 من المجلّة نفسها: "الالتزام المبنيّ [...] على سبب غير جائز لا عمل عليه [...]". كما ينبغي ربط هذه النّصوص جميعا بالفصل الأوّل من مجلّة الالتزامات والعقود القائل: "أركان العقد: [...] هي [...] ثالثا: أن يكون المقصود من العقد مالا [...] يجوز التّعاقد عليه. رابعا: أن يكون سبب الالتزام جائزا".

[84] تناولنا في كتابنا للمنهجيّة التّفكير (م س: المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، الفقرة 9)، وقلنا إنّه عمليّة تمرّ "بمراحل خمس:

"المرحلة الأولى: مواجهة المشكل أو المجهول [...]

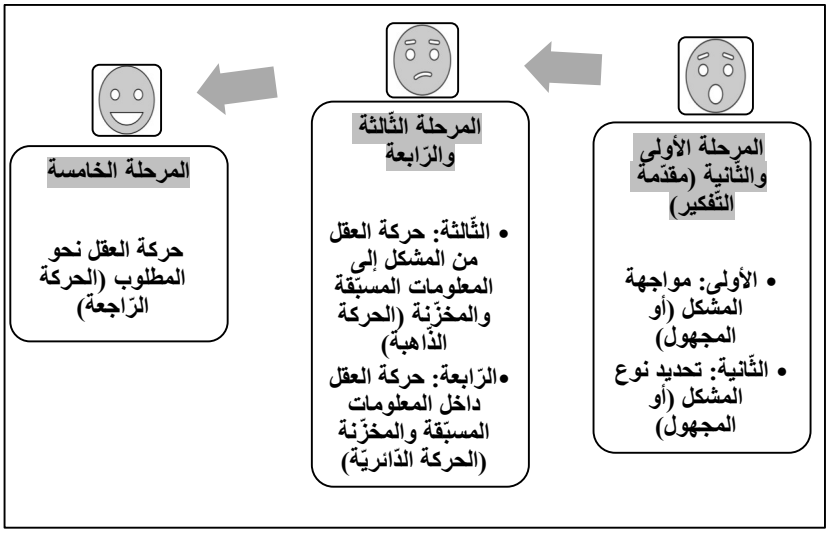
"المرحلة الثّانية: معرفة نوع المشكل أو المجهول. في هذه المرحلة يُحدّد القائم بعمليّة التّفكير النّوع الذي ينتمي إليه سؤاله: أهو سؤال في الفلسفة أم في القانون أم في الرّياضيّات (إلخ)؟ أم هو سؤال يتكوّن من أجزاءٍ واحدٌ فلسفيّ والآخر قانونيّ والثّالث منطقيّ (إلخ)؟

"المرحلة الثّالثة: حركة العقل من المشكل إلى المعلومات المخزَّنَة عنده، وتسمّى الحركة الذّاهبة. فإذا كان السّؤال فلسفيّا، فالعقل يتحرّك نحو المعلومات الفلسفيّة المخزّنة عنده. وإذا كان قانونيّا، فهو يتحرّك إلى المخزّن من المعلومات القانونيّة. وإذا كان خليطا من قانون وفلسفة ونحو ذلك، تحرّك العقل إلى القانون وتحرّك إلى الفلسفة وإلى غيرهما.

"المرحلة الرّابعة: حركة العقل وانتقاله بين المعلومات وفحصها وانتقاء ما يصلح منها لحلّ المشكل والتّأليف بين تلك المعلومات، وتسمّى الحركة الدّائريّة.

"المرحلة الخامسة: حركة العقل ممّا تمّ تأليفه في المرحلة السّابقة إلى المطلوب، وتسمّى الحركة الرّاجعة.

"والمرحلة الأولى والثّانية هي مقدّمات للتّفكير. أمّا البقيّة، فهي ما يمثّل التّفكير حقّا:



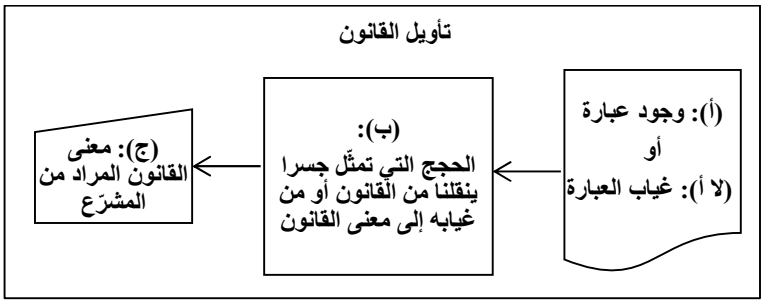
"ملاحظة:

"تعبّر الصّورة الأولى عن شخص مندهش بسبب كونه أمام المجهول.

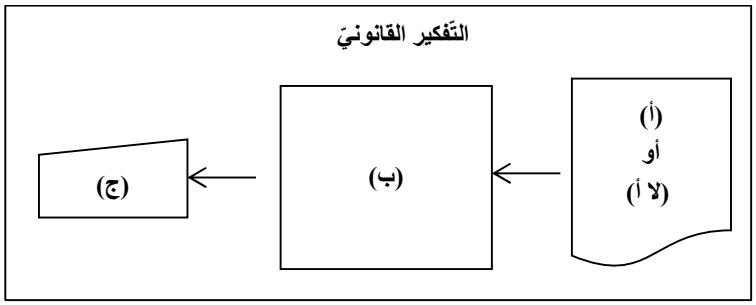
"أمّا الثّانية، فعن الشّخص نفسه وهو بصدد اعتصار ما في ذهنه لتحويل المجهول إلى معلوم.

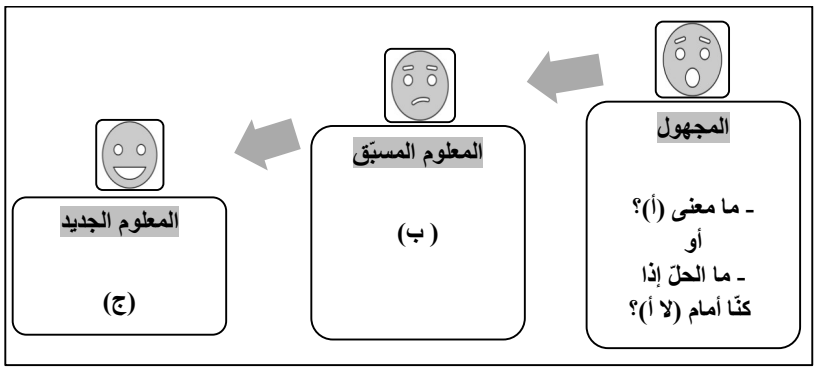
"والثّالثة، عن الشّخص عينه وقد انفرجت أسارير وجهه، لأنّه حصل على ما يطلبه من اعتصار ذهنه، وهو التّحويل المذكور أعلاه".

بعد الملاحظة السّابقة ينبغي القول إنّا نزّلنا ما تناولناه حول مطلق التّفكير على التّفكير في صورة وجود غموض في القانون وفي صورة وجود فراغ في القانون. فهنا لدينا القانون أو غياب القانون، والعقل يقوم بالحركة الذّاهبة والدّائريّة – أي يتحرّك وسط حجج (بعضها خاصّ بالمسألة التي يشتغل عليها وبعضها عامّ يهمّ هذه المسألة وما هو من قبيلها) – لينتهي إلى معنى القانون (عبد المجيد الزّرّوقي، م س: المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، الفقرة 247 وما بعدها):



وعمليّة التّأويل هي عمليّة تفكير:





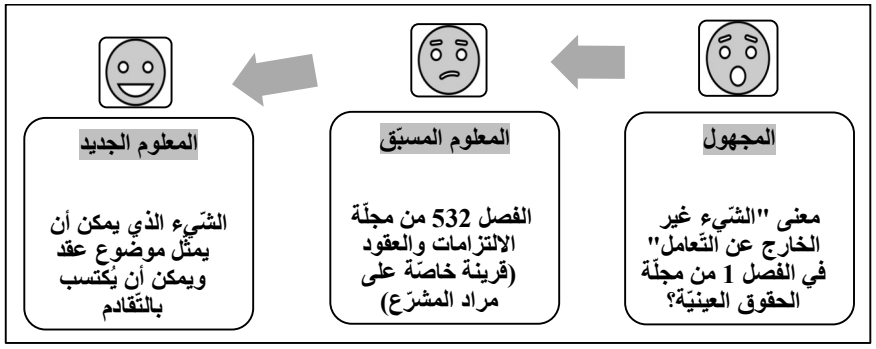
وفيما يخصّ ما نحن بصدده من عبارة للفصل الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة، فإنّ ما وصلنا إليه في المتن يمكن رسمه – على ضوء ما جاء أعلاه – كما يلي:

الفرنسيّ، عن هذه الفكرة بالقول: ما إن يكون الشّيء له مالك، ويمكن أن يتغيّر مالكه، حتّى يكون داخلا في التّعامل[85].

وقد ينبغي أن نعيد ما سبق بعبارات أخرى:

إذا تعلّق الأمر بنقطة خاصّة تدخل في مادّة "أقسام المال"، من المشروع تبنّي التّفكير التّالي: لو أنّ المشرّع في هذه النّقطة الخاصّة (معنى عبارة "الشّيء غير الخارج عن التّعامل") قد أراد الخروج عن الخطّ العامّ الذي قال إنّه سار عليه وهو استقاء تلك المادّة من القانون الفرنسيّ بالأساس [يسمّى هذا الجزء من الجملة الشّرط أو المقَدَّم antécédent]، لصرّح بذلك (العاقل يصرّح في موضع كهذا الموضع)[86] [يسمّى هذا الجزء من الجملة المشروط أو التّالي conséquent]؛

ولكنّه لم يصرّح [أي التّالي غير صحيح]؛



[85] ف لوران، مبادئ القانون المدنيّ الفرنسيّ، أ دوران وبيدون لوريال، باريس/ برويلون كريستوف وشركاؤه، بروكسال، 1871، ج 6، الفقرة 2، ص 7.

F. Laurent, *Principes de droit civil français*, A. Durand et Pedone Lauriel, Paris/ Bruylant-Christophe et Comp., Bruxelles, 1871, T. 6, n° 2, p. 7.

[86] هنالك مبدأ تأويليّ مفاده أنّ المشرّع ليس مهملا (Le législateur n'est pas négligent). انظر حول هذا المبدأ وحول مبدأ الإفادة (principe de l'effet utile) ومبدأ الملاءمة أو المناسبة (principe de pertinence): ستيفان غولتزبرغ، م س، ص 38 وما بعدها وص 111.

ويمكن القول إنّ القول بالمبادئ المذكورة هو أخذ بما نفترض أنّه نيّة للمشرّع.

فإذن لم يرد المشرّع في هذه المسألة الخاصّة الخروج عن الخطّ العامّ الذي قال إنّه سار فيه [لأنّ التّالي غير صحيح، فالنّتيجة أنّ المقدّم هو أيضا غير صحيح].

وطريقة التّفكير التي جاءت الآن لا تعدو أن تكون إلّا إعطاءً للقانون المعنى المراد من المشرّع (كما يدعو إلى ذلك الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود)، وهي تفضي إلى القول إنّ عبارة "الشّيء غير الخارج عن التّعامل" الواردة في الفصل الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة قُصِدَ بها "الشّيء الذي يمكن أن يمثّل موضوع عقد بين الأفراد والذي يمكن أن يُكتسب بالتّقادم"، أي قُصِدَ بها "الشّيء المملوك، والذي يمكن أن يتغيّر مالكه".

14 تحديد معنى "الشّيء غير الخارج عن التّعامل بطبيعته". الشّيء غير المشترك ◊

لكنّ هذا الفصل الأوّل تحدّث لا فقط عن "الشّيء غير الخارج عن التّعامل"، بل أضاف قائلا: "بطبيعته". فما معنى عبارة "الشّيء غير الخارج عن التّعامل بطبيعته"•؟

لمرّة أخرى نجدنا أمام عبارة لها معنى في الوسط والعرف القانونيّ الفرنسيّ (ومن ثمّ من المشروع القول إنّ هذا المعنى هو المراد من المشرّع التّونسيّ)، ولمرّة أخرى نجد في هذا العرف ضبطا غير مباشر، أي ضبطا لمعنى العبارة النّقيض. حاصل ما نجده هو أنّ الشّيء الخارج عن التّعامل بطبيعته – والمسمّى بالشّيء المشترك (chose commune – *res communes*)[87] – هو ذاك الذي لا يملكه أحدٌ والذي

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[87] حول هذه الأشياء في القانون الفرنسيّ انظر:

ماري-آليس شاردو، الأشياء المشتركة، مكتبة القانون الخاصّ. الجزء 464، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 2006.

Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, Bibliothèque de droit privé. T. 464, LGDJ, Paris, 2006.

يُعَدّ استعماله متاحا لكلّ أحد[88]. ببيان مغاير: الشّيء المشترك هو الذي إن استعمله شخصٌ لم يَحُل ذلك دون استعماله وفي الوقت نفسه من طرف بقيّة النّاس؛ لذا لا معنى لأن يكون موضوع حقّ ملكيّة وموضوع تعامل (بل لا يمكن أن يكون موضوع تعامل). والمثال الذي يُعطى هو الهواء الذي نتنفّسه ومياه البحر[89]ويضيف بعضهم[90]: المطر وضوء الشّمس وحرارتها[91].

---

[88]جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "شيء" chose.

[89] ورد هذا المثال عند محكمة التّعقيب: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 31375، 19 أفريل 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 197.

[90] انظر:

فيليب مالوري ولوران أيناس، الأموال، ديفرينوا، باريس، 2007، ص 49.

Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les biens*, Defrénois, Paris, 2007, p. 49.

انظر أيضا:

دوما، القوانين المدنيّة في نظامها الطّبيعيّ، بيار أوبوين وشارل كلوزييه، باريس، 1697، ط 2، ج 1، ص 35.

Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Pierre Auboüin et Charles Clouzier, Paris, 1697, Seconde éd., T. I, p. 35.

شارل كونت، دراسة في الملكيّة، شاميرو ودوكوليت، باريس، 1834، ص 63.

Charles Compte, *Traité de la propriété*, Chamerot et Ducollet, Paris, 1834, p. 63

[91] فهذه الأشياء يستحيل أن تكون موضوع عقد شراء مثلا لأنّ المشتري يحصّل حاصلا، وتحصيل الحاصل ممتنع.

وينبغي تمييز الأشياء المشتركة عن الأشياء الطّبيعيّة أو الفنّيّة التي توصف بكونها تراث شعب أو حتّى تراثا إنسانيّا (يوصف الجينوم البشريّ بأنّه تراث إنسانيّ). فالأشياء الأولى لا يملكها أحد. انظر مزيدا من التّفصيل عند:

أ سوريو، «مصطلح الأشياء المشتركة. تأمّلات قانونيّة جديدة حول فعل مَلَكَ»، منشور في: القانون والبيئة. قول متعدّد الاختصاصات حول قانون بصدد البناء، المنشورات الجامعيّة لآكس-مرسيليا، 1995، ص 23 وما بعدها.

بناءً على ما جاء الآن، يكون "الشّيء غير الخارج عن التّعامل بحكم طبيعته" هو "الشّيء غير المشترك"[92].

A. Sériaux, « La notion de choses communes. Nouvelles réflexions juridiques sur le verbe avoir », in : *Droit et environnement. Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, P.U. Aix-Marseille, 1995, p. 23 s.

انظر أيضا:

ف تيري، الإنسانيّة: «ذمّة دون شخص»، منشور في: القانون والسّياسة على مفترق الثّقافات. دراسات مهداة إلى فيليب أردون، 1999، ص 339.

F. Terré, « L'humanité, un patrimoine sans personne », in: *Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, Paris, 1999, p. 339.

ج-ش غالو، «رهانات إعلان دوليّ حول حماية الجينوم البشريّ»، دالوز 1996، أخبار، 141.

J.-Ch. Galloux, « Les enjeux d'une déclaration universelle sur la protection du génome humain », D. 1996, chron. 141.

إ فاكاري وم غوري، «الوراثة»، القانون والمجتمع 1994، 406.

I. Vacarie et M. Goré, « L'hérédité », *Droit et société* 1994. 607.

ملاحظة: وردت هذه المراجع عند:

ألان سوريو، «الذّمّة»، الموسوعة المدنيّة دالوز، ديسمبر 2002، الفقرة 3.

Alain Sériaux, « Patrimoine », *Rép. Civ. Dalloz*, décembre 2002, n° 3.

[92] أورد أحدهم (جون-لويس غارديس، م س، ص 241) كلاما لـ: "برودون" (برودون، نظام التّناقضات الاقتصاديّة، ج 2، مارسال ريفيار، 1923، الفصل 12، ص 260. Proudhon, *Système des contradictions économiques*, Tome II, Marcel Rivière, 1923, chap. XII, § II, p. 260) يقول فيه إنّ الشّمس والهواء والبحر أشياء مشتركة. والانتفاع بها يمثّل أعلى درجة ممكنة من الشّيوعيّة. فلا أحد يستطيع أن يغرس فيها علامات تخوم، وأن يقتسمها، وأن يحدّدها.

وفي الهامش يعلّق على هذا الكلام قائلا (سنترجم الكلام بصفة حرفيّة أو تكاد):

أن تكون الشّمس بالأساس مشتركة، فهذا صحيح إجمالاً؛ على الأقلّ حين لا نعتبر أنّ من يحوز أرضا تبزغ فيها الشّمس ويطرد منها الآخرين لا يتملّك بهذه الطّريقة جزءًا من الشّمس؛ وحين لا

نعتبر أنّ جاري، حين يبني حائطا وسط ملكيّتي، لا يأخذ نصيبي من الشّمس. إنّ كلمة «ديوجين» لـ: «الإسكندر» تبيّن جيّدا أن بالإمكان أحيانا أن نتحدّث عن «شمسي».

وحين تكلّم علماء الاقتصاد في بداية القرن التّاسع عشر عن الهواء والماء، مبرزين أنّ حالتهما (كون الماء سائلا، وكون الهواء هواء) تسحبهما من كلّ تملّك، لم يعتقدوا أنّهم مجبرون على تحديد هل أنّهم يأخذون هذه الأشياء كمنقولات أو كعقّارات. فالمشكل يُطرح بطريقة مختلفة في الحالتين: فامتلاك مجرى ماء أو جزء من مجرى ماء، بل جزء من سطح البحر لا يشبه في شيء امتلاك كمّيّة من الماء. وإذا كان «برودون» في النّصّ يعطي عبارة الهواء معناها العقّاريّ – وهذا ما توحي به موازاته مع البحر – فيمكن أن نجيبه بأنّ الهواء قابل للتّملّك، حتّى أنّ الأنظمة القانونيّة التي توسّع الملكيّة إلى جملة العلوّ تنظّم هذا التّملّك. وليس من الضّروريّ أن نغرس علامات تخوم لنعرّف الملكيّة بل تكفي مؤشّرات. هذه المؤشّرات يمكن أن تكون:

أ – نقطة الأرض الواقعة على الخطّ العموديّ للهواء.

ب – نقطة الضّفّة الأقرب للبحر. وتقليديّا تحدّد الدّول البحريّة إلى ثلاثة أميال في عرض البحر امتداد مياهها الإقليميّة. ويمكن أن نعتبر أمرا تعسّفيّا، لا أمرا مستحيلا، أن تقرّر دولة كما حدث ذلك منذ سنوات قليلة أن تمدّ من مياهها الإقليميّة إلى مائة وثلاثين ميلا.

ج – نقطة انقطاع الجرف القارّي (plateforme continentale) بشرط أن يكون هذا الانقطاع دقيقا.

د – عمقا محدّدا، كعمق مائتي متر الذي تذكره اتّفاقيّة جينيف لـ: 29 أفريل 1958 فيما يتعلّق بالمياه الإقليميّة.

وكتبت باحثة: "لا وجود لقائمة حصريّة للأشياء المشتركة، ولكن اكتفى الفقه بإيراد أمثلة متّفق على اشتراك جميع النّاس في الانتفاع بها بحيث لا يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر، كأشعّة الشّمس والهواء الذي نستنشقه ومياه البحار والمحيطات. وقد لاحظ فقهاء القانون الرّومانيّ بشأن هذه الأشياء أنّه يجب أن يبقى الانتفاع بها مشتركا بين جميع النّاس، وأنّه لا يحقّ لأحد أن يشاغب غيره في الانتفاع بها، ويعتبر الفصل 714 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة في هذا المعنى مستوحى من النّصوص الرّومانيّة.

"وعموما يمكن أن نستنتج من خلال التّعرّض لهذه الأشياء خضوعها لنظام قانونيّ خاصّ يتمثّل أساسا في عدم القابليّة للتّملّك والانتقال من يد إلى يد، فلا ينعقد فيها البيع حينئذ، ولا ينجرّ عنها التزام في ذمّة أحد المتعاقدين، ولا يجوز تبعا لذلك المطالبة بالتّعويض.

"إنّ هذه الأشياء لا تصلح أن تكون محلّا للالتزام لأنّها معتبرة من الأشياء المستحيلة. غير أنّه، واستثناء من هذه القاعدة، إن زالت الاستحالة أمكن التّعامل فيها من بعض النّواحي. فأشعّة الشّمس يحصرها المصوّر الفوتوغرافيّ، والهواء يستعمله الكيميائيّ في أغراضه، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلّا للامتلاك. فعند ذلك تصبح الشّمس والهواء والبحر قابلين للتّعامل فيهم من هذه النّواحي الخاصّة، علماً وأنّ القانون هنا لا يتدخّل – والمقصود [...] بالقانون [...] القانون الإداريّ لا المدنيّ – في مجال الأشياء المشتركة إلّا لتنظيم استعمال النّاس لها حتّى لا يضرّ بعضهم بعضا، ولا يرتّب القانون حقوقا للأفراد على هذه الأشياء لأنّها غير قابلة لترتّب حقوق عليها إذ هي خارجة عن التّعامل". نوال الحنّاشي، م س، ص 17 وما بعدها.

وفي القانون الفرنسيّ، هنالك فصل خاصّ بالشّيء المشترك هو الفصل 714 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. يقول النّصّ: "هنالك أشياء لا يملكها أحد واستعمالها مشترك بين الجميع. تنظّم القوانين طريقة الانتفاع بها".

"Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir".

وفي مقالة حول هذا النّصّ (جون دوفو، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 714، كرّاس وحيد. Jean Dufau, J. –cl. Civ. Code, art 714, fasc. unique)، كتب أحدهم:

في المقدّمة أنّ من بين الأشياء المشتركة الهواء وماء البحر، كما كتب أنّ الأمر مختلف مع مياه الأنهار والأودية والأمطار. من باب أولى ينبغي رفض اعتبار المياه التي تنتمي للملك العموميّ أشياء مشتركة. وفي الفقرة الأولى، التي عنونها بـ: الهواء، ذكر أنّه يفقد صفة الشّيء المشترك إذا وقع تملّكه خاصّة من أجل بيعه في شكلٍ معقّم. بعد ذلك تناول المجال الجوّيّ الموجود فوق تراب الوطن وكيف قال البعض إنّه ملك عموميّ وكيف رفض فقه القضاء السّير في هذا الاتّجاه. ثمّ قال المؤلّف إنّ استعمال المجال الجوّيّ يخضع لسلطة الدّولة.

في فقرة ثانية عنونها بالمجال الجوّيّ "الهرتزي" قال إنّ هذا المجال، الذي تتوزّع فيه الموجات "الرّاديوكهربائيّة"، ليس على ملك أحد ولا يمكن اعتباره ملكا عموميّا وإن كان استعمال التّردّدات "الرّاديوكهربائيّة" يخضع لرخصة من الدّولة.

15 تحديد المعنى الثّاني لـ "الشّيء غير الخارج عن التّعامل بطبيعته" ◊ زيادة على ما سبق، يدرج العرف الفرنسيّ في قائمة الأشياء الخارجة عن التّعامل بطبيعتها أشياء أخرى. هذه الأشياء هي غير مملوكة، لكنّها تقبل أن تكون مملوكة وإن بقيت على أصلها.

بتعبير أوضح، نحن أمام أشياء (للتّيسير، سنخصّها باسم المباحة، رغم أنّ هذا الاسم قد يُستعمل لها وللشّيء المشترك) تتكوّن من قسمين:

القسم الأوّل، الأشياء التي لم تكن في أيّ وقت مملوكة لأحد. وتتمثّل أساسا في الحيوانات الوحشيّة في الغابات والبراري، وفي الطّيور في السّماء، وفي الأسماك في البحر أو في النّهر[93]. وتمتلك هذه الأشياء بواسطة الصّيد[94] (الحيوان الوحشيّ

وفي الفقرة الثّالثة – وعنوانها ماء البحر – قال صاحب المقالة إن لا أحد يملك ماء البحر، ولا حتّى الدّولة. هذا الكلام تعلّق بالمياه الإقليميّة. لكنّ قانون 1963 ضمّ إلى أملاك الدّولة أرض البحر وما تحت أرض البحر. وحين ندرج في الملك العموميّ الخلجان وغيرها، فالمقصود سطح الأرض المغمورة بالمياه لا المياه. وهكذا فمياه البحار شيء مشترك واستعمالها حرّ ومجانيّ إلّا إذا كان هذا الاستعمال لغرض هو إنتاج الطّاقة.

في الفقرة الرّابعة تناول مياه الأنهار والأودية.

أمّا الفقرة الخامسة، فتناول فيها مياه الأمطار.

وفي الفقرة السّادسة تعرّض المؤلّف إلى النّظام الخاصّ لبعض المياه.

[93] هنا نحن أمام موضوع غير مقدور على تسليمه. انظر الفصل 571 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي يقول: "ما لا يمكن تسليمه للمشتري بناءً على طبعه أو حاله كالحوت في الماء والطّير في الهواء والحيوان الشّارد لا يجوز بيعه".

[94] انظر الفصل 26 من مجلّة الحقوق العينيّة.

وانظر الفقرة الثّالثة من الفصل 165 من مجلّة الغابات وهي تعرّف الصّيد (البرّيّ) بأنّه "[...] البحث والمطاردة والرّماية والقبض على الحيوانات التي تعيش طليقة [...]".

يبقى على أصله وحشيّا، حتّى وإن تمّ صيده ومن ثمّ امتلاكه. في هذا اختلاف مع الشّيء المشترك. فالهواء مثلا – إذا بقي في الفضاء، أي على أصله – لا يقبل أن يمتلك)[95].

وانظر الفصل 2 من القانون عدد 13 لسنة 1994 المؤرّخ في 31 جانفي 1994 والمتعلّق "بممارسة الصّيد البحريّ" (الرّائد الرّسميّ عدد 11، الصّادر في 8 فيفري 1994، ص 227) وهو يقول: "حسب مفهوم هذا القانون تطلق عبارة [...] الصّيد البحريّ على كلّ نشاط يهدف إلى صيد أو جمع أو اقتلاع أو تربية كائنات يشكّل الماء وسط تواجدها المستمرّ والغالب [...]".

[95] في الفقه الإسلاميّ كتب أحدهم (محمّد أبو زهرة، م س، ص 158 وما بعدها) قائلا: "الأشياء المباحة كالماء، والكلأ، وأحطاب الجبال وفواكهها التي لا مالك لها وأحجارها ما دامت غير مملوكة لأحد، هذه كلّها مباحة وحيازتها سبب لملكيّتها. فأوّل مُحتاز لها هو المالك الأوّل لها، أنشأت ملكيّته تلك الحيازة.

"هذه قاعدة عامّة لكلّ الأشياء المباحة تطبّق على ما ينطوي عليه عمومها من جزئيّات. وقد فصّل الفقهاء في نوعين من المباحات بعض التّفصيل وهما الكلأ والآجام [...]

"فأمّا الكلأ فهو ما ينبت من الأعشاب بغير بذر، وهو مباح سواء أنبت في أرض غير مملوكة أم في أرض مملوكة، لعموم قوله عليه الصّلاة والسّلام هي شركة النّاس أجمعين، وشركة النّاس جميعا هي الإباحة للكافّة من غير تخصيص أحد، ولذلك اتّفق فقهاء الحنفيّة من غير خلاف بينهم على أنّ الكلأ إذا نبت ولم يُسق بفعل أحد، ولو في أرض مملوكة، يكون على الشّركة العامّة الطّبعيّة، وهي الإباحة، ولكن اختلفوا في العشب الذي ينبت في أرض مملوكة من غير فعل أحد، ولكن يُسقى بفعل صاحب الأرض، فقال بعضهم إنّه ملكه، لأنّه أحياه بالسّقي، فخرج بذلك عن أصل إباحته، وقال الأكثرون، وهو رواية ظاهر الرّواية، أنّه باق على الإباحة الأصليّة لعموم الحديث، ولأنّ النّبات نماء البذر، والبذر لم يكن مملوكا لأحد، فنماؤه وهو الزّرع باق على حالة الإباحة الأصليّة. وإذا كان الكلأ مباحا، ولو كان في أرض مملوكة، فهو لا يعتبر مملوكا لصاحب الأرض، وإنّما هو مملوك لمن يحتشّه، ولو كان غير صاحب الأرض. وليس لصاحب الأرض أن يمنع أحدا من قطعه، ولكن له أن يمنع النّاس من دخول أرضه، إذا كانوا يجدون الكلأ في غير أرضه. أمّا إذا كانوا لا يجدونه في غير أرضه

وهم في حاجة إليه، خيّروه بين أن يخرجه إليهم ليأخذوا حاجتهم منه، أو يمكّنهم ليدخلوا الأرض، وينالوا منه مقدار ما يسدّ حاجتهم [...]

"أمّا الآجام، فهي مباحة إذا كانت في أرض غير مملوكة، وذلك لبقائها على الشّركة الطّبعيّة إذ لا مالك لها. وأمّا في الأراضي المملوكة، فهي ملك لأصحاب الأراضي، وليست بمباحة، إذ الغابات تنبت على ملك صاحب الأرض، وإن لم يوجد منه الإنبات. والفرق بينها وبين الكلأ أنّ الأراضي لا تقصد بالملكيّة لما فيها من الكلأ أو لما عساه ينبت فيها منه، بل تقصد بالزّراعة، والكلأ يجيء على غير رغبة المالك، أو على غير مقصوده، فهو باق على الإباحة، لأنّه لم يقصد قصدا أصليّا في الانتفاع بالأراضي، ولم ينبت بفعل صاحب الأرض، فلا وجه لخروجه عن أصل الإباحة. أمّا الآجام فهي المنفعة المقصودة من اقتناء الأراضي المشتملة عليها، فالأراضي تقتنى لأجل القائم فيها من أشجار وما عساه يقوم فيها. وإذا كانت شيئا مقصودا بملكيّة الأراضي، وهو من أوجه الانتفاع المقصودة في الملكيّة، كانت تابعة للأرض، فهي ملك لصاحبها، وليست باقية على الإباحة الطّبعيّة".

هذا عن الفقه الإسلاميّ، أمّا القانون التّونسيّ فمختلف: مختلفٌ لأنّه لا يمكن القول فيه إنّ الكلأ الموجود في أرض مملوكة للخواصّ هو ملك للجميع (هو ثمرة طبيعيّة، والثّمرة للمالك. انظر الفقرة 92 وما بعدها)؛ مختلفٌ لأنّ الدّولة، كما سنرى ذلك بعد قليل، مالكة لكلّ أرض لا مالك لها، وفي هذه الصّورة يمكن القول إنّ الكلأ ملك للدّولة لأنّها من يملك الأرض، لكن ثمّ تسامح منها إذ هي لا تمنع من يريد أن يحتشّ من فعل ذلك.

القسم الثّاني، الأشياء المنقولة التي كانت مملوكة ثمّ تنازل عنها صاحبها بقصد التّخلّي عن ملكيّتها[96]. مثال ذلك قطعة ثياب أو قطعة أثاث (إلخ)[97] يتركها صاحبها في الشّارع بنيّة التّخلّي عن ملكيّتها وفتح إمكانيّة تملّكها لمن يريد ذلك. عن هذه الأشياء يقول الفصل 24 من مجلّة الحقوق العينيّة: "من وضع يده بنيّة التّملّك على منقول لا مالك له، صار مالكا له. ويصبح المنقول لا مالك له، إذا تخلّى عنه مالكه بقصد التّنازل عن ملكيّته". هنا نحن أمام فرض وحكم: الفرضُ منقولٌ تخلّى عنه مالكه بقصد التّنازل عن ملكيّته[98]، والحكم أن يصبح من يضع يده عليه بنيّة التّملّك مالكا له. فإذا نظرنا إلى الفرض، وجدنا حديثا عن المنقول،

---

[96] في القانون الفرنسيّ، يسمّى القسم الأوّل: *Res nullius*/ Chose sans maître (الشّيء الذي لا مالك له). أمّا القسم الثّاني فيسمّى *Res derilectae*/ Chose abondonnée (الشّيء المتروك). لكن هنالك من يرفض التّمييز بين الشّيء الذي لا مالك له والشّيء المتروك، لأنّ الشّيء المتروك هو أيضا شيء لا مالك له. انظر:

كريستيان لاروميه، القانون المدنيّ، ج 2، الأموال. الحقوق العينيّة الأصليّة، إيكونوميكا، باريس، ط 3، 1997، الفقرة 962.

Christian Larroumet, *Droit civil, T. 2, Les biens. Droits réels principaux*, Economica, Paris, 3e éd., 1997, n° 962.

[97] نجد اليوم في تونس من يقتات من البحث في صناديق الفضلات عن القوارير البلاستيكيّة الفارغة (قوارير المياه المعدنيّة، إلخ) التي يلقيها النّاس وذلك لبيعها إلى المصانع التي تعيد رسكلتها. انظر من أشار إلى الظّاهرة نفسها في غير تونس: مروان كركبي وسامي بديع منصور، الأموال والحقوق العينيّة العقّاريّة الأصليّة، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، 2009، ص 18.

[98] حول التّنازل عن الحقّ العينيّ انظر: حاتم محمّدي، التّنازل عن الحقّ العينيّ، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، ط 2، 2015.

وحول عموم التّنازل عن الحقّ انظر في القانون الفرنسيّ:

فريديريك درفوس-ناتير، التّنازل، الموسوعة المدنيّة دالوز، جانفي 1989.

Frédérique Dreifuss-Netter, « Renonciation », *Rép. Civ. Dalloz*, Janvier 1989.

أي وجدنا ما يسمّى تخصيصا باللقب (خُصّ الكلام بما له اسم ولقب المنقول)[99]. والسّؤال الذي يطرح أمام هذا التّخصيص: ما حكم ما له اللقب النّقيض (أي: العقّار)[100]، أهو الحكم النّقيض أم حكم آخر؟

ينبغي في المنهجيّة القانونيّة، وللجواب على كلّ سؤال يتعلّق بتخصيص أمر والسّكوت عن نقيضه (حيث ثمّ تخصيص، ثمّ في المكان نفسه فراغ lacune يتعلّق بنقيض ما تمّ تخصيصه)•، قطع المراحل التّالية[101]:

---

[99] حول التّخصيص باللقب انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 340 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، أصول الفقه: مسار عمليّة استنباط القانون الإسلاميّ (منهجيّة الفقه) وفلسفته، النّاشر: المؤلّف، تونس، ط 2، 2022 م، الفقرة 307 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، «التّفكير العكسيّ. دراسة في المنهجيّة القانونيّة المقارنة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 17 و25 و41 و44 وما بعدها.

[100] سنرى لاحقا المنقول والعقّار (الفقرة 32 وما بعدها)، وسنجد أنّ ما ليس منقولا هو عقّار، أي سنجد أنّ العلاقة بين المنقول والعقّار هي علاقة تناقض بالمعنى الاصطلاحيّ للتّناقض (نقول عن شيئين إنّهما متناقضان حين لا يمكن أن يكونا صحيحين معا ولا خاطئين معا).

• إذن – وخلافا لما سبق (صورة غموض في القانون) – نحن هنا، وكما قيل في المتن، أمام صورة فراغ وسكوت في القانون (وتحديدا في موطن التّخصيص).

توضيح ذلك:

لنفرض الفصل الأوّل من القانون يقول: "إذا كان (أ)، كان (ب).

في هذا الفصل بالذّات ثمّ سكوت عن (لا أ) وثمّ فراغ.

لنفرض الآن أنّ الفصل الثّاني قال: "إذا كان (لا أ)، كان (ج)".

هنا سدّ الفصل الثّاني الفراغ الموجود في الفصل الأوّل.

[101] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 319 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، «التّفكير العكسيّ. دراسة في المنهجيّة القانونيّة المقارنة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 44 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أصول الفقه)، الفقرة 296 وما بعدها.

المرحلة الأولى البحث عن نيّة المشرّع. فإذا وجدنا هذه النّيّة (متجسّدة مثلا في فصل آخر في مجلّة الحقوق العينيّة)، أخذنا بما يطابقها[102].

فإذا لم نجد نيّة للمشرّع، استدعى الأمر عندها المرور إلى مرحلة ثانية. في هذه المرحلة نقرّب المسكوت عنه من المنطوق به. فإذا وجدنا الأوّل أوْلى بالحكم من الثّاني، أو إذا وجدنا الأوّل مثل الثّاني، في هاتين الحالتين (الحالة الأولى هي لقياس الأوْلى، والثّانية لقياس المثل) نجري حكم المنطوق به على المسكوت عنه[103].

فإذا لم نجد ما سبق، وجب – لكوننا ما زلنا لم نجد للمسكوت عنه حكما (ما زلنا أمام فراغ) – أن نمرّ إلى مرحلة ثالثة. في هذه المرحلة، ينبغي أن نبحث عن نوع التّقييد الذي نحن أمامه:

فإذا كان القيد في الجملة قد دخل على الحكم (مثال ذلك التّقييد في الجملة الشّرطيّة[104])، وجب أن نقول إنّ للجملة مفهوما، أي وجب أن نقول إنّ حكم المسكوت عنه هو نقيض حكم المنطوق به[105].

---

[102] هنا نحن أمام قرينة خاصّة على النّيّة، وأخذنا بها فيه إعمال للفصل 532 القائل إنّ عبارة القانون تعطى المعنى المراد من المشرّع.

[103] هنا نحن أمام قرينة عامّة على النّيّة، وأخذنا بها فيه إعمال للفصل 532 القائل إنّ عبارة القانون تعطى المعنى المراد من المشرّع. كيف نحن أمام قرينة عامّة على النّيّة؟ إنّ المشرّع ككلّ متكلّم عاقل يريد (طالما لم ينصب قرينة خاصّة على غير ذلك) لما هو مساوي لما تكلّم به الحكم نفسه. كذا الشّأن مع ما هو أعلى ممّا تكلّم به، إذ هو يريد له على الأقلّ الحكم نفسه.

[104] "إذا عملت، نجحت". هنا لدينا حكم هو النّجاح، ولدينا قيد هو العمل. هذا القيد دخل على الحكم.

[105] "إذا لم تعمل، لم تنجح".

أمّا إذا كان القيد قد دخل على شيء آخر في الجملة (مثال ذلك التّقييد في الجملة الوصفيّة[106])، فهنا ينبغي أن نقول إنّ الجملة ليس لها مفهوم. هكذا يظلّ المسكوت عنه دون حكم (أي هكذا نبقى أمام فراغ)، وهكذا لا يبقى أمامنا – لسدّ الفراغ – إلّا أن نطبّق (على المسكوت عنه) ما يمثّل حكما أصليّا وما يُعدّ مبدأ وقاعدة قانونيّة عامّة[107].

يخلص ممّا جاء أعلاه أن هنالك مراحل متراتبة ينبغي أن نقطعها لكي نقول عن العقّار المتخلّى عن ملكيّته هل يصبح أو لا يصبح ملكا لمن يضع يده عليه.

---

[106] "نجح الطّالب المجتهد". هنا لدينا حكم هو النّجاح، ولدينا قيد (يسمّى وصفا) هو المجتهد. هذا القيد دخل على "الطّالب"، و"الطّالب" ليس الحكم في الجملة.

[107] فيما يخصّ المثال الذي نعمل عليه، ينبغي أن نبحث ما الأصل والمبدأ: أن ينجح الطّلبة، أو أن لا ينجحوا.

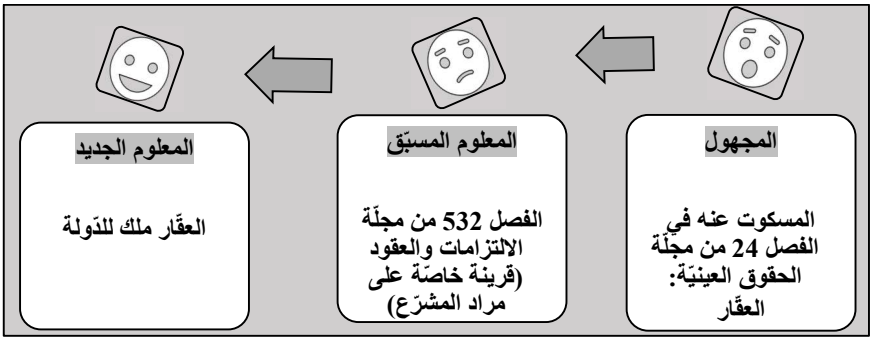
ويمكن القول في صورة الجمل التي لها مفهوم إنّنا أمام قرينة عامّة على النّيّة، وأخذنا بها فيه إعمال للفصل 532 القائل إنّ عبارة القانون تعطى المعنى المراد من المشرّع. كيف نحن أمام قرينة عامّة على النّيّة؟ إنّ المعنى المفهوم هو معنى وضعيّ. وثمّ قرينة تحمّ كلّ متكلّم (إذن هي عامّة) على أنّه يريد المعنى الوضعيّ طالما لم ينصب قرينة على خلاف ذلك.

أمّا في صورة الجمل التي ليس لها مفهوم، فيمكن القول إنّ في إعمال ما هو أصلٌ ومبدأ أخذًا بإرادة المشرّع لأنّه وضع المبادئ والأصول في إطار اعتبارٍ وفرض قال به هو، وحاصله كمال النّظام القانونيّ. وأكثر من ذلك يمكن القول إنّ قصد ما هو أصل في الأمور هو عمل العقلاء طالما لم ينصبوا قرينة (خاصّة) على خلاف ذلك. وعليه فنحن هنا أمام قرينة عامّة.

لكن يمكن القول هنا إنّنا لن نتجاوز المرحلة الأولى. فنيّة المشرّع موجودة في الفصل 23 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي يقول: "العقّارات التي لا مالك لها ملكُ الدّولة"[108].

فإذا اهتممنا الآن بهذا النّصّ لوحده، وجدناه مطلقا• لم يزد على حديثه عن العقّارات التي لا مالك لها قيدا حاصله أن لا مالك لها ابتداءً أو لا مالك لها بعد أن تخلّى عنها مالكها. ومنهجيّاً[109] المطلق يُبحث عن المقصود منه. فإن وجد، أجري على المعنى الموافق للمقصود. أمّا إذا لم يعثر على المقصود من المطلق، عندئذ ينبغي إجراؤه على معناه الوضعيّ، وهو الإطلاق. ويمكن القول، في صورة الفصل 23، إنّنا أمام مطلق لا توجد قرينة (في أعماله التّحضيريّة) على المقصود منه؛ لذا

(108)

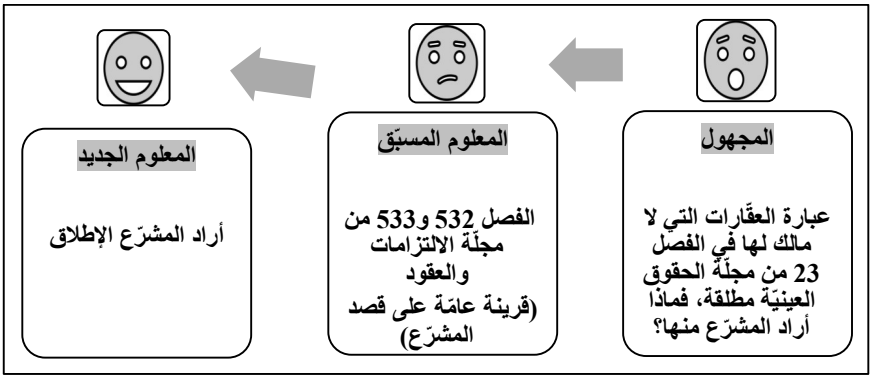


• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون (التّعبير المطلق هو صورة من صور التّعبير الغامض. انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، الفقرة 287 وما بعدها).

(109) ما تقضي به المنهجيّة القانونيّة يقضي به الفصل 532 (حين قال بإعطاء التّعبير المعنى الوضعيّ والمعنى المراد من المشرّع) ويقضي به الفصل 533 من مجلّة الالتزامات والعقود (حين قال: إذا كانت عبارة القانون مطلقة، جرت على إطلاقها). انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 287 وما بعدها.

ينبغي إعطاؤه المعنى المطلق[110]. فإذا فعلنا، دخل في فرض هذا النّصّ العقّار المملوك والذي تخلّى عنه صاحبه بعد ذلك. وحكم فرض الفصل 23 كما قال هذا

(110)



ينبغي القول:

أوّلاً: إنّ المطلق ظاهر في الإطلاق (أي هنالك احتمال راجح – أي ظنّ بلغة المناطقة – أنّ المتكلّم بتعبير مطلق أراد المعنى المتمثّل في الإطلاق).

ثانيا: إذا وجدت قرينة (خاصّة) على أنّ قصد المتكلّم هو عدم الإطلاق، صرنا أمام ظهورين: ظهور القرينة (أي احتمال أنّ المتكلّم أراد المعنى غير المطلق. هذا ما أسميناه سابقا القرينة الخاصّة) وظهور ذي القرينة (أي ظهور التّعبير المطلق في الإطلاق. وهذا ما أسميناه سابقا القرينة العامّة). وظهور القرينة أقوى من ظهور ذي القرينة (أي احتمال أنّ المتكلّم بالمطلق لم يرد الإطلاق أقوى من احتمال إرادته الإطلاق)، وإن شئتَ قلتَ: القرينة الخاصّة أقوى من القرينة العامّة.

ثالثا: إنّ النّصّ القانونيّ يدخل ضمن دائرة النّصوص التي من عادة صاحبها نصب القرينة منفصلة عن ذي القرينة. لذلك لا ينبغي للمؤوّل (وهو الذي دوره إعطاء المعنى المراد من المتكلّم) أن يطمئنّ إلى ظهور ذي القرينة (أي ينبغي أن لا يطمئنّ إلى القرينة العامّة)، بل عليه أن يبحث هل ثمّ أم لا قرينة (خاصّة). فإذا لم يجد القرينة (الخاصّة)، عندها فقط يمكن أن يطمئنّ إلى ظهور ذي القرينة (أي يطمئنّ إلى أنّ الإطلاق هو مراد المتكلّم).

ملاحظة: هنالك اختلاف، إذِ البعض يرى أنّ المطلق يفيد بحسب الوضع اللغويّ الإطلاق وهنالك من يقول إنّه لا يفيد الإطلاق وضعا بل بمقتضى آخر يسمّونه "قرينة الحكمة". انظر حول هذه المسائل مبحث الألفاظ في: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أصول الفقه)، الفقرة 262 وما بعدها. انظر

النّصّ أن تكون الملكيّة للدّولة (الملكيّة حكم ينظّم الأفعال بصفة غير مباشرة)[111].

ممّا جاء الآن يُفهَم أنّ الأشياء التي تقبل أن تملك وإن بقيت على أصلها سواء كانت من القسم الأوّل أو من القسم الثّاني لا يمكن أن تكون إلّا منقولات.

أيضا: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 287 وما بعدها.

[111] وهكذا لا يوجد عقّار في تونس دون مالك. فما لا يملكه الخواصّ، تملكه الدّولة. وملك الدّولة يدخل ضمن ما سنجده لاحقا تحت اسم ملك الدّولة الخاصّ. هذا الملك قابل، وهذا سنراه أيضا، لأن يكتسبه الخواصّ بالحوز الذي تتوفّر شروطه، أي قابل لأن تفقد الدّولة ملكيّتها له.

ولقد كتب أحدهم في إطار الحديث عن الأرض الموات – وبعد ملاحظة أنّها تشكّل مساحات واسعة (تلال، جبال، صحاري، إلخ)، وأنّها تنتمي للملك الخاصّ للدّولة، وأنّ تمليكها للأفراد حسب بعض المذاهب يخضع لرخصة الدّولة – أنّ التّشريع التّونسيّ تبنّى حلاّ تأثّر فيه: "برأي الإمام مالك الذي لا يرى في التّملّك بالإحياء بالنّسبة لما بَعُدَ عن العمران وجوب التّرخيص من الإمام [...] (كما تأثّر التّشريع التّونسيّ) في الوقت نفسه برأي ابن عاصم الذي يرى جواز التّملّك بالتّقادم حتّى في حال حضور المالك الأصليّ وسكوته بلا مانع مدّة عشر سنين [...] (ويتمثّل الحلّ التّشريعيّ التّونسيّ فيما يلي:) نصّت المادّة 45 من مجلّة الحقوق العينيّة [...] على أنّ «من حاز عقّارا أو حقّا عينيّا على عقّار مدّة خمسة عشر عاما بصفة مالك حوزا بدون شغب مشاهَدا مستمرّا وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكيّة العقّار أو الحقّ العينيّ بوجه التّقادم»، وذلك بالرّغم عن كون هذه المجلّة نصّت بمادّتها 23 على أنّ «العقّارات التي لا مالك لها ملكٌ للدّولة»، أي أنّ التّشريع التّونسيّ شذّ عن غيره من التّشريعات التي ظهرت في عهد النّهضة في الأقطار الإسلاميّة بكونه لا يخضع التّملّك بالإحياء لرخصة الدّولة، وهو من صور التّملّك بالحوز متى توفّرت العلنيّة والنّيّة في التّملّك دون شغب واستكمل نصاب المدّة المعيّنة". الهادي سعيد، م س، ص 85 وما بعدها.

كما يُفهم أنّ القسم الثّاني لا بُدّ فيه من نيّة التّخلّي عن حقّ الملكيّة[112]. هذا ما يجعل هذا القسم من الشّيء لا يختلط بالشّيء المهمَل (ما يتركه مالكه دون استعمال لكن دون قصد أن ينزع عن نفسه وصف المالك) أو بالشّيء الضّائع[113] أو بالكنز[114] أو بالتّركة التي يخلّفها شخص لا وارث له[115].

---

[112] يتمّ إثبات هذه النّيّة بجميع الوسائل. والمعلوم أنّ النّيّة أمر باطنيّ؛ لذا هي تخفى ولا تعرف إلّا بأمور خارجيّة؛ من هذه الأمور نوع الشّيء وقيمته.

[113] حول الشّيء الضّائع انظر الفقرة 239.

[114] حول الكنز انظر الفقرة 240.

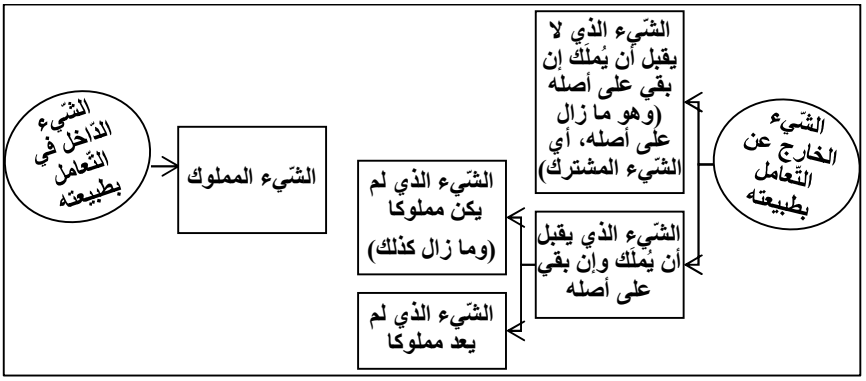
[115] حين يموت شخص ويترك منقولات (أو عقّارات) ولا يترك وارثا، فإنّ ما يتركه يصبح ملكا للدّولة. انظر حول هذه المسألة الشّيخ يوسف بن الحاج فرج بن يوسف (المواريث الشّرعيّة والوصيّة ومجلّة الأحوال الشّخصيّة، دار الميزان للنّشر، سوسة – تونس، 1996، ص 122 و123) وهو يقول: "إنّ الوارث الذي ينتقل إليه الميراث بسبب القرابة أو الزّوجيّة يمكن أن يكون متعدّدا، ولكلّ وارث حكمه، وعلم الفرائض كاد ينحصر في تلك الأحكام. ولكن ما الحلّ عند عدم وجود هذا الوارث؟ [...] يرى المالكيّة أنّ بيت المال، وهو ما يسمّى الآن بصندوق الدّولة، عاصب لمن لا وارث له، تُجمع به الأموال كيفما كان مأتاها [...] ويرى بعض الأئمّة الآخرين أنّ بيت المال ليس بعاصب، وإنّما هو مجرّد حائز لمال ضائع. والمشرّع التّونسيّ ساير ما عليه النّاس في أمور توارثهم المستمدّة أحكامها من المذهب المالكيّ، فأبقى الحالة على ما هي عليه، وأكّد بالنّصّ أنّ الحقّ لصندوق الدّولة في الحلول محلّ المورّث يستحقّ كلّ المال المتروك إن لم توجد حقوق موظّفة على التّركة، ولم يوجد مستحقّ بالوصيّة أو بالإرث، ولم تصرف مصاريف في سبيل التّجهيز والدّفن كمن مات في حوادث لا تسمح بالعثور على جثّته أو كمن حكم بتمويته، أو يستحقّ ما يبقى من المال بعد استيفاء حقوق المصارف التي وجدت، وهذا ما تعنيه الفقرة الأخيرة من المادّة 87 المذكورة. وباعتبار صندوق الدّولة عاصبا أو في حكم العاصب، فله معارضة كلّ إقرار بنسب مباشر أو بما فيه تحميل على الغير، ومعارضة مدّعي الزّوجيّة أو مدّعي قرابة هي في الواقع مفقودة، وبالتّالي فله المنازعة المطلقة في أسباب الميراث وشروطه وموانعه وبطلان الوصيّة وما عقده المورّث من عقود تفويت صوريّ في مكاسبه إضرارا بالصّندوق".

من كلّ ما تقدّم يخلص أنّ الشّيء الخارج عن التّعامل بطبيعته قسمان: الشّيء الذي لا يَقبل، إن بقي على أصله، أن يملك (الشّيء المشترك)؛ والشّيء الذي يقبل، وإن بقي على أصله، أن يملك. كما يخلص أنّ الشّيء الثّاني فرعان: شيء لم يكن مملوكا، وشيء لم يعد مملوكا.

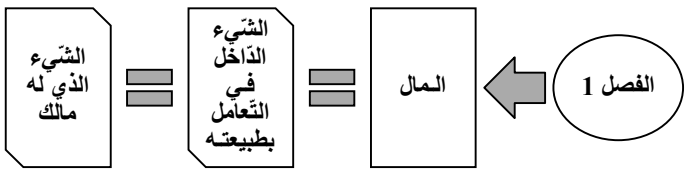
هذا عن الشّيء الخارج عن التّعامل بطبيعته. فإذا أخذنا نقيضه قلنا إنّه الشّيء المملوك(116).

على هذا الأساس يكون الفصل الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة قد قال إنّ المال هو الشّيء الذي له مالك(117).

(116)



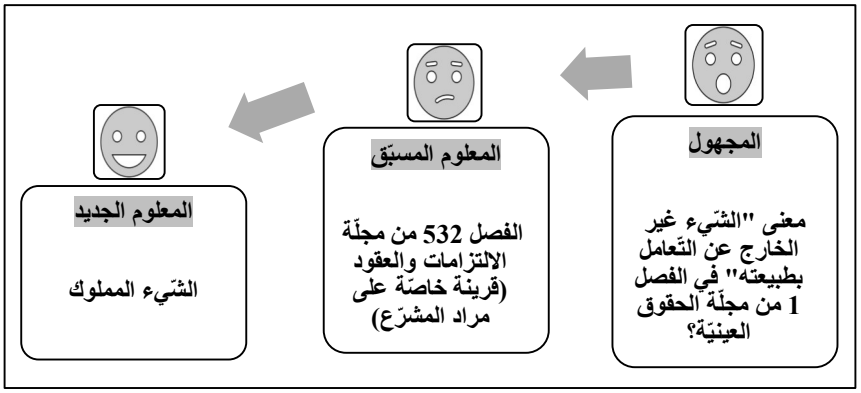
(117)



16 تحديد معنى "الشّيء غير الخارج عن التّعامل بحكم القانون" ◊ زيادة على ما سبق قال الفصل الأوّل إنّ المال هو "الشّيء غير الخارج عن التّعامل بحكم القانون".

على هذا المستوى – مستوى ما أخرجه القانون – نحن أمام أشياء متنوّعة:

منها ما يسمّى "الملك العامّ للدّولة"[118] (ملاحظة: نحن أمام أشياء خارجة عن التّعامل بحكم القانون، ومن ثمّ لا تعدّ – انطلاقا من الفصل الأوّل من مجلّة الحقوق



[118] تنبغي ملاحظة أنّ الشّيء المملوك ملكا عامّا للدّولة مختلف عن الشّيء المشترك. فذاك مملوك وإن أتيح استعماله للجميع كالطّرق. وهذا لا مالك له.

وإنّ للدّولة ملكا عامّا (انظر حول كون هذا الملك العامّ ليس قابلا للتّعامل بحكم القانون: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 31375، 19 أفريل 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 197) وملكا خاصّا:

والملك العامّ، أحدث في تونس بمقتضى الأمر المؤرّخ في 24 سبتمبر 1885. ويقضي الفصل الأوّل من هذا الأمر "أنّ ملك الدّولة العامّ، ويعبّر عنه أيضا بالملك العموميّ، يشمل ما يلي:

"ساحل البحر والبحيرات إلى الحدّ الذي يصل إليه الماء في منتهى فيضانه [...]، والسّباخ، والمرافئ والمراسي وملحقاتها والمنابر والنّواظير والعلامات المقامة لهداية السّفن [...]، ومجاري المياه أيّا كانت مع الأراضي الواقعة ضمن حدودها، والأراضي والأبنية التّابعة لمعابر الماء والبطّاحات المعدّة لخدمة عامّة، وينابيع الماء على اختلافها، والحنايا والآبار والحياض العموميّة وملحقاتها. والملاحظ أنّ جميع المياه تابعة مبدئيّا لملك الدّولة العامّ، لكنّها في الوقت ذاته قابلة للتّملّك الخاصّ. فما كان منها قبل صدور

الأمر محلّ حوز خاصّ من قِبل الأفراد حوزا هادئا مشاهدا مستمرّا مدّة طويلة بنيّة الملكيّة ودون شغب، فإنّه يخرج عن الملك العموميّ [...] وتخرج عن نظام الملك العموميّ أيضا العيون الكائنة بالأملاك الخاصّة [...] (ومن الملك العامّ أيضا) الطّرق (انظر حول كون الطّرق ملكا عامّا ليس قابلا للتّعامل بحكم القانون: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 31375، 19 أفريل 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 197) والأسواق وسكك الحديد [...] وقد اقتضى الفصل 3 من نفس الأمر أنّ الأملاك العموميّة لا يصحّ التّفويت فيها ولا تملُّكُها بالتّقادم [...] ونضيف إلى ذلك ما اقتضاه التّطوّر من إحداث لمنشآت يتعيّن إلحاقها بنظام ملك الدّولة، ونعني بذلك منشآت الدّفاع الوطنيّ [...] (و) الأراضي الغابيّة (التي كانت) [...] في ظلّ الأمر المؤرّخ في 16 جوان 1918 جزءًا من ملك الدّولة الخاصّ، لكنّ الفصل الأوّل من أمر 8 سبتمبر 1948 أدخلها ضمنيّا [...] في الملك العموميّ لـمّا صيّرها غير قابلة للتّفويت ولا لإمكانيّة اكتساب الملكيّة فيها بالتّقادم [...]

"(أمّا ملك الدّولة الخاصّ، فيتكوّن) من أموال منقولة وأموال غير منقولة [...] (أي) ما يكون بيد الدّولة في وقت معيّن من الرّيع والعقّار والحقوق العينيّة العقّاريّة [...] وكذلك ما يمكن أن تسترجعه من يد الغير الذي لا حقّ له فيه أو ما يمكن أن يؤول إليها بالإرث أو بأيّة طريقة قانونيّة [...] ويتألّف ملك الدّولة الخاصّ الآن من: 1- الرّباع والعقّارات المرتسمة بدفاتر تضمين أملاك الدّولة مع مراعاة الحقوق التي يمكن أن يدّعيها الغير بموجب التّقادم. 2 – الرّباع والعقّارات التي اقتنتها الدّولة بصفة قانونيّة لفائدتها ولم تكن تقصد إدخالها ضمن الأملاك العموميّة. وهذه المقتنيات تحصل بموجب الإحالة الاختياريّة أو الانتزاع للمصلحة العموميّة أو التّقادم المكسب. 3 – الرّباع والعقّارات المحكوم بملكيّتها للدّولة قضائيّا سواء بموجب حكم عدليّ اتّصل به القضاء أو بموجب التّسجيل العقّاريّ. 4 – ما وقع إخراجه من نظام الأملاك العموميّة. 5 – حصون القلاع وما يلحق بها من المراكز والبناءات والمخازن غير المرتّبة في الملك العسكريّ للدّفاع الوطنيّ. 6 – الحقوق العينيّة العقّاريّة الثّابتة للدّولة على الأراضي التي لا حقّ لحائزيها عليها سوى الانتفاع. 7 – العقّارات التي لا مالك لها على معنى الفصل 23 من مجلّة الحقوق العينيّة [...] (سواء أكانت) رباعا متروكة أم أراضي مهملة أو مواتا. 8 – ما يؤول إليه عموما من التّركات الشّاغرة تطبيقا لأحكام الأمر المؤرّخ في 15 فيفري 1932 المتعلّق باللقطة البرّيّة وغيرها والقرار المؤرّخ في 28 ماي 1932 المتعلّق بإدارة المخلّفات التي لا وارث لها. 9 – ما يؤول إليه خصوصا عن طريق الإرث بالتّعصيب تطبيقا لأحكام الفصلين 114 و115 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة. 10 – ما ضُمّ إليه وأدمج فيه من الأوقاف العامّة المنحلّة تطبيقا لأحكام

الأمر المؤرّخ في 31 ماي 1956. 11 – ما آل إليه من تصفية بيت المال بموجب الأمر المؤرّخ في 30 مارس 1957. 12 – ما ضُمّ إليه وأدمج فيه من أوقاف الزّوايا وأوقاف الرّؤوس المنحلّة تطبيقا لأحكام الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957. 13 – ما وقعت إحالته إليه من الأراضي الفلاحيّة التي كانت بيد الأجانب والشّركات تطبيقا لأحكام القانون عدد 5 لسنة 1964 المؤرّخ في 12 ماي 1964 المتعلّق بملكيّة الأراضي الفلاحيّة بتونس. 14 – ما أحيل إليه من الأراضي الموضوعة تحت الائتمان تطبيقا للقانون عدد 48 لسنة 1959 المؤرّخ في 7 ماي 1959. 15 – ما رفض تسجيله من الغابات وعُدّ بمجرّد الرّفض خارجا عن نظام الغابة وداخلا في ملك الدّولة الخاصّ بشرط إتمام تسجيله باسمه. 16 – ما رجع إليه من العقّارات المنتزعة للمصلحة العموميّة والتي لم يقع استخدامها وتعذّر بيعها. 17 – ما اكتسبته الدّولة من أملاك الأجانب المبنية في نطاق الاتّفاقيّات المبرمة بين الحكومة التّونسيّة والحكومة الفرنسيّة والتي كانت راجعة بالنّظر إلى وزارة التّجهيز والإسكان. 18 – المناجم التي لها نظام خاصّ.

"(و) خلافا للملك العموميّ، فمن ميزات ملك الدّولة الخاصّ أن يكون قابلا للتّفويت بالبيع والإحالة والإسناد دون الرّهن، وللتّصرّف بالكراء والمعاوضة، وقابلا لكي تجري في شأنه قواعد التّقادم سواء كانت له أو عليه". الهادي سعيد، م س، ص 289 وما بعدها.

وفي صفحة 287، تحدّث المؤلّف فيما يخصّ الملك العامّ قائلا: "غير أنّ هنالك استثناءً يجعل للنّاس على بعض أملاك الدّولة العامّة حقوقا خاصّة في التّصرّف كنظام المياه بواحات الجنوب بڤفصة وتوزر وڤابس وڤبلّي مثلا، ونظام الشّرفيات في امتلاك البحر بقرقنة".

وحول ما يوجد في جزيرة قرقنة، انظر قرار محكمة التّعقيب (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 61130، 5 فيفري 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 235) الذي قالت فيه: "لا جدال في كون البحر يعتبر من أملاك الدّولة العامّة (ملاحظة: ماء البحر، كما رأينا، شيء مشترك وليس ملكا لأحد بما في ذلك الدّولة. أمّا الأرض التي عليها الماء وباطن هذه الأرض، فهما المملوكان للدّولة ملكا عامّا) التي لا تكتسب بأيّ وجه من أوجه اكتساب الملكيّة وأنّه بالرّجوع إلى الدّعوى المرفوعة من طرف الطّاعنين يتبيّن أنّها لا تهدف أساسا إلى ملكيّة جزء من البحر وإنّما تهدف أساسا إلى إثبات حقّ الانتفاع بمخزونه من الأسماك، وهو حقّ اعتبره الفصل 12 من مجلّة الحقوق العينيّة من الحقوق العينيّة العقّاريّة وذلك باستحقاق مناب على الشّياع من المصائد المقامة بمكان محدّد من البحر التي يمكن بواسطتها صيد الأسماك، وهو حقّ أقرّه الأمر المؤرّخ في 5/ 2/ 1931 الذي لم يتضمّن إلغاء ملكيّة البحر اعتبارا أنّ

تلك الملكيّة لا وجود لها مثلما سلف بيانه وإنّما جاء منظّما لكيفيّة استغلال مياه البحر بجهة صفاقس وقرقنة وإقرار أصحاب المصائد ممّن لهم رسوم صحيحة في ملكيّتهم لها ونظّم كيفيّة إسناد الرّخص الإداريّة في التّصرّف الوقتيّ في حرم الأملاك العامّة البحريّة، وجاء الأمر عدد 392 المؤرّخ في 18/ 3/ 1989 منظّما استغلال مصائد الشرافي بقرقنة ممدّدا بفصله الخامس في صلوحيّة التّراخيص الوقتيّة في استغلال الملك العامّ البحريّ المقامة عليه مصائد الشرافي بجزر قرقنة المسندة بمقتضى الأمر الصّادر في 5/ 2/ 1931 المشار إليه بحيث أنّ محكمة الحكم المطعون فيه لمّا اعتبرت الدّعوى تهدف إلى الملكيّة في البحر وأنّ تلك الملكيّة ألغاها الأمر المذكور تكون قد أساءت تأويل وتطبيق أحكامه وبالتّالي حرّفت وقائع القضيّة وأساءت فهم الدّعوى وما ترمي إليه".

انظر كذلك: أحمد بن طالب، التّفويت في ملك الغير، دار الميزان للنّشر، سوسة – تونس، 2009، ص 546 و547، الهامش 1606. وقد جاء عند هذا الفقيه "أنّ الملك العموميّ [...] مجاله متّسع فيه ما نصّ عليه أمر [...] 1885 المتعلّق [...] (بالأملاك العموميّة) وكمّلته نصوص خاصّة وهو: الملك العموميّ للمياه [...] (مجلّة المياه) والملك العموميّ للطّرقات [...] (قانون 9 مارس 1986) والملك العموميّ البحريّ [...] (قانون 24 جويلية 1995) والملك العموميّ للسّكك الحديديّة [...] (قانون 19 أوت 1998).

"وفيه ما نصّت عليه ونظّمته نصوص مستقلّة ويشمل: الملك العموميّ العسكريّ [...] (أمر 8 أكتوبر 1906) والمناجم [...] (مجلّة المناجم) والمناطق الاقتصاديّة الحرّة [...] (قانون 3 أوت 1992) والمساجد [...] (قانون 3 ماي 1988) والأرشيف الوطنيّ [...] (قانون 2 أوت 1988) والموانئ البحريّة التّجاريّة [...] (المجلّة الصّادرة بقانون 18 مارس 1999) وموانئ الصّيد البحريّ [...] (قانون 14 ماي 2002) والملك العموميّ الجوّي وللمطارات [...] (مجلّة الطّيران المدنيّ) والتّراث الأثريّ والتّاريخيّ والتّقليديّ [...] (مجلّة حماية التّراث الأثريّ والتّاريخيّ والفنون التّقليديّة) والآثار [...] (قانون 9 ماي 1986) والمنتزهات الحضريّة [...] (قانون 3 أكتوبر 2005). انظر كذلك مجلّة الغابات الصّادرة [...] (بقانون 3 أفريل 1988) ومجلّة الاتّصالات الصّادرة [...] (بقانون 15 جانفي 2001) ومجلّة المحروقات الصّادرة [...] (بقانون 17 أوت 1999)".

ملاحظة: ينبغي أن نضيف القانون المتعلّق بالملك العموميّ البحريّ: القانون عدد 73 لسنة 1995، المؤرّخ في 24 جويلية 1995، المتعلّق بالملك العموميّ البحريّ (الرّائد الرّسميّ عدد 61، الصّادر في

العينيّة – مالاً[119]، ولا يصحّ الحديث فيما يخصّها عن "مِلْك". لكن، لأنّ القوانين، ومنها النّصّ المشار إليه في الهامش، بل والفصل 16 من المجلّة، تتحدّث عن مال وملك "عموميّ"، فينبغي – إذا استعملنا هذه التّسمية – الانتباه إلى أنّنا أمام مالٍ جامد وأمام مِلك لا يتغيّر مالكه)[120].

1 أوت 1995، ص 1708) والمنقّح بالقانون عدد 33 لسنة 2005، المؤرّخ في 4 أفريل 2005، (الرّائد الرّسميّ عدد 27، الصّادر في 5 أفريل 2005، ص 901).

انظر أيضا حول بعض ما جاء أعلاه: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، ص 6 وما بعدها؛ علي كحلون، التّعليق على مجلّة الحقوق العينيّة وقانون التّحيين، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، ط 2، 2011، ص 57 وما بعدها. انظر أيضا هذا المؤلّف الجماعيّ الذي يتناول جوانب مختلفة من الملك العموميّ: مساهمة في دراسة الملك العموميّ، منشورات كلّيّة الحقوق والعلوم الاقتصاديّة والسّياسيّة بسوسة، 2006.

[119] رأينا سابقا – وفي الفقه الإسلاميّ – من يعتبر أنّ من عناصر الماليّة (أي ممّا يجعل شيئا مالا) إباحة الانتفاع به شرعا. انظر الفقرة 12.

[120] انظر حول مفهوم المال العامّ في القانون الفرنسيّ وحول الفرق بينه وبين المال الخاصّ:

كارولين شامار، التّفرقة بين الأموال العامّة والأموال الخاصّة. مساهمة في تعريف الأموال العامّة، المكتبة الجديدة للأطروحات: ج 33، دالوز، باريس، 2004.

Caroline Chamard, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Nouvelle bibliothèque des thèses. Vol. 33, Dalloz, Paris, 2004.

ومنها الأشياء الخطيرة كالأسلحة النّاريّة[121] والكيميائيّة[122] أو الموادّ السّامّة[123] أو المخدّرات[124].

ومنها ما منع الشّرع الإسلاميّ التّعامل فيه (نتناول هنا هذه الأشياء على أنّها خارجة عن التّعامل بحكم القانون التّونسيّ). فعلى سبيل المثال قال الفصل 575 من مجلّة الالتزامات والعقود: "لا يصحّ بين المسلمين ما حجّر الشّرع بيعه [...]"، وقال الفصل 1253 من المجلّة نفسها: "تبطل الشّركة بين المسلمين إذا كان متعلّقها ممنوعا شرعا [...]".

ومن الأشياء الخارجة عن التّعامل بحكم القانون التّونسيّ نجد أيضا التّركة المستقبَلة. في هذا الإطار يقول الفصل 66 من مجلّة الالتزامات والعقود في فقرته الثّانية: "لا يسوغ التّسليم في ميراث قبل وفاة المورّث ولا التّعاقد عليه أو على أيّ شيء من جزئيّاته ولو برضى المورّث. فالتّعاقد فيما ذكر باطل مطلقا". هكذا يكون النّصّ

---

[121] القانون عدد 33 لسنة 1969، المؤرّخ في 12 جوان 1969، المتعلّق بضبط توريد الأسلحة والاتّجار فيها ومسكها وحملها (الرّائد الرّسميّ عدد 23، الصّادر في 17 جوان 1969، ص 764).

[122] القانون عدد 22 لسنة 2007، المؤرّخ في 24 أفريل 2007 (الرّائد الرّسميّ عدد 34، الصّادر في 27 أفريل 2007، ص 1404).

[123] القانون عدد 54 لسنة 1969، المؤرّخ في 26 جويلية 1969، المتعلّق بتنظيم المواد السّمّيّة (الرّائد الرّسميّ عدد 29، الصّادر في 5 أوت 1969، ص 990).

[124] القانون عدد 52 لسنة 1992، المؤرّخ في 18 ماي 1992، المتعلّق بالمخدّرات (الرّائد الرّسميّ عدد 33، الصّادر في 26 ماي 1992، ص 621) [وقع إتمامه بالقانون عدد 6 لسنة 2009، المؤرّخ في 26 جانفي 2009 (الرّائد الرّسميّ عدد 9، الصّادر في 30 جانفي 2009، ص 340)].

قد منع التّصرّف في التّركة المستقبَلة، أي منع مثلا من يعتقد أنّه سيكون وارثا من التّعامل في أموالٍ صاحبها لا يزال على قيد الحياة[125].

17 وضعيّة الإنسان ◊ والسّؤال الآن: هل الإنسان شيء خارج عن التّعامل؟ وإن كان كذلك، هل هو خارج عن التّعامل بحكم طبيعته أم بحكم القانون[126]؟

قبل الجواب على هذا السّؤال تنبغي الإشارة إلى أنّ هنالك عقودا مرتبطة بطريقة أو بأخرى بالإنسان، سواء كان حيّا أو كان جثّة[127]. وبعض هذه العقود غير

---

[125] انظر هذه الصّورة وغيرها عند: نوال الحنّاشي، م س، ص 43 وما بعدها. وانظر أيضا: عبد الرّزّاق السّعيدي، منع التّعاقد على التّركة المستقبلة، القضاء والتّشريع، جويلية 1970، ص 21.

وفي القانون الفرنسيّ انظر:

هيبوليت بايرون، في منع الاتّفاقات حول التّركة المستقبَلة، أرتور روسو، باريس، 1887.

Hyppolyte Beyrand, *De la prohibition des pactes sur succession future*, Arthur Rousseau, Paris, 1887.

[126] تحدّثنا سابقا (الفقرة 10، الهامش) عن التّقسيم الكبير: شيء (أو مال) وشخص (طبيعيّ، أي الإنسان/ أو معنويّ، أي الشّركات ونحوها).

وللإنسان حقوق على شخصه (الحقّ في الشّرف، في احترام حياته الخاصّة، إلخ). وهي ليست ماليّة. ومن هذه الحقوق الحقّ المتعلّق بجسمه. هنا – ورغم أنّنا أمام ما ليس مالا كما جاء للتّوّ – إلّا أنّه يمكن أن يمثّل موضوع تبرّع (بعض الأعضاء، الخلايا، إلخ).

وعليه فالمقصود من السّؤال الوارد في المتن ليس هل الإنسان مال (أي ليس في المحصّلة: هل هو شيء لأنّنا ميّزنا بعدُ بين الشّيء والشّخص)، بل هل هو وفي كلّ الصّور مختلف عن المال، أي هل هو وبصفة مطلقة لا يمكن أن يمثّل موضوع عقد؟ وحين لا يمثّل موضوع عقد هل لأنّه يدخل ضمن صنف "الشّخص"؟ أي: هل لأنّ القانون قضى بذلك؟

[127] حول النّظام القانونيّ لجثّة الإنسان انظر:

منال مفتاح، النّظام القانونيّ لجثّة الإنسان، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2009 – 2010.

Manel Meftah, *Le régime juridique du cadavre humain*, Mémoire, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2009 - 2010.

جائز بمقتضى القانون. لكنّ البعض الآخر جائز وفق المقتضى نفسه. من هذه العقود الجائزة عقد قديم جدّا هو عقد الشّغل (إجارة قوّة العمل[128]).

فإذا مررنا إلى العقود التي لا يجيزها القانون، وأردنا إعطاء أمثلة من القانون التّونسيّ، أمكن إيراد ما يلي:

المثال الأوّل يهمّ أمر 1846 وأمر 1890. في هذين الأمرين منع الرّقّ، أي منع عقد البيع الذي موضوعه إنسان حيّ[129].

وقد ينبغي هنا تقديم ملاحظة نستقيها من مقتطف سبق في أحد الهوامش ويتعلّق بالجثّة. في هذا المقتطف قيل إنّه وفي النّظر الفلسفيّ الجثّة إنسان. أمّا في العرف، فيمكن القول أيضا إنّ جثّة الإنسان تبقى إنسانا.

حول عموم جسم الإنسان انظر:

رشيدة الجلاصي، الجسم الإنسانيّ في القانون المدنيّ، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2013.

Rachida Jlassi Belkhiria, *Le corps humain en droit civil*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2013.

[128] من لا يملك إلّا قوّة عمله يسميّه "كارل ماركس" العامل. بتعبير آخر: العامل هو الذي يحصل على المال (النّقود) مقابل جهده البدنيّ. انظر: جيمس فولتشر، مقدّمة قصيرة عن الرّأسماليّة، ترجمه من الإنجليزيّة: رفعت السّيّد علي، دار الشّروق، مصر، ط 1، 2011، ص 19.

[129] مَنع الرّقّ في تونس الأمرُ العليّ الصّادر في 23 جانفي 1846 والأمر العليّ الصّادر في 28 ماي 1890 والمنشوران الصّادران عن الوزير الأكبر إلى قضاة مجلس الشّرع بتونس وإلى القضاة (المنشوران لا يحملان تاريخا لكنّهما منشوران بالرّائد التّونسيّ الصّادر في 26 جوان 1890). انظر: محمّد كمال شرف الدّين، م س (قانون الأموال)، ص 3.

و"قبل إلغاء الرّقّ وعتق العبيد بالمملكة أصدر أحمد باي الأوّل في 6 سبتمبر 1841 أمرا يقضي بمنع الاتّجار في الرّقيق وبيعهم في أسواق المملكة كما أمر بهدم الدّكاكين التي كانت معدّة في ذلك الوقت لجلوس العبيد بالبركة (سوق الصّاغة حاليّا) ثمّ أصدر أمرا في ديسمبر 1842 يعتبر من يولد بالتّراب التّونسيّ حرّا ولا يباع ولا يشترى" (موقع بوابة وزارة العدل، <www.justice.gov.tn/index.php?id=423>، تاريخ آخر اطّلاع: 9 جانفي 2022).

ولقد تضمّن أمر 23 جانفي 1846 ما يلي:

"إلى علماء (و) مشايخ ومفتيي تونس يتضمّن إعلامهم بإلغاء الرّق وعتق العبيد:

"الحمد لله، حفظكم الله تعالى، ورعاكم، ونوّر هداكم، الفضلاء الأعيان الأخيار العلماء الكمّل هداة الأمّة ومصابيح العليّ أحبابنا: الشّيخ سي محمّد بيرم شيخ الإسلام، والشّيخ سي إبراهيم الرّياحي باش مفتي المالكيّة، والمفتيين الشّيخ سي محمّد بن الخوجة والشّيخ سي محمّد بن سلامة والشّيخ سي أحمد اللابي والشّيخ سي محمّد المحجوب والشّيخ سي حسين البارودي والشّيخ سي الشّاذلي بن المؤدّب والشّيخ سي علي الدّرويش والشّيخ سي محمّد الخضّار، والقضاة الشّيخ سي محمود بن باكير والشّيخ سي محمّد البنّا والشّيخ سي محمّد النّيفر بباردو والشّيخ سي فرج التّميمي بالمحلّة، أكرمهم الله، السّلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

"وبعد، فإنّه ثبت عندنا ثبوتا لا ريب فيه أنّ غالب أهل أيالتنا في هذا العصر لا يحسن ملكيّة هؤلاء السّودان الذين لا يقدرون على شيء، على ما في أصل صحّة ملكهم من الكلام بين العلماء إذ لم يثبت وجهه وقد أشرق بنظرهم صبح الإيمان منذ أزمان وأنّ من يملك أخاه على المنهج الشّرعيّ الذي أوصى به سيّد المرسلين آخر عهده بالدّنيا وأوّل عهده بالآخرة حتّى أنّ من شريعته التي أتى بها رحمة للعالمين عتق العبد على سيّده بالإضرار وتشوّف الشّارع إلى الحرّيّة فاقتضى نظرنا والحالة هذه رفقا بأولئك المساكين في دنياهم وبمالكيهم في أخراهم أن نمنع النّاس من هذا المباح المختلف فيه والحالة هذه خشية وقوعهم في المحرّم المحقّق المجمع عليه وصدّ إضرارهم بإخوانهم الذين جعلهم الله تحت أيديهم وعندنا في ذلك مصلحة سياسيّة منها عدم إلجائهم إلى حرم ولّاة غير مِلّتهم فعيّنّا عدولا بسيدي محرز وسيدي منصور والزّاوية البكريّة يكتبون لكلّ من أتى مستجيرا حجّة في حكمنا له بالعتق على سيّده وترفع إلينا لنختمها.

"وأنتم حرسكم الله إذا أتى لأحدكم المملوك مستجيرا من سيّده واتّصلت بكم نازلة في ملك على عبد وجّهوا العبد إلينا وحذار من أن يتمكّن له مالكه لأنّ حرمكم يأوي من التجأ إليه في فكّ رقبته من ملك ترجّح عدم صحّته ولا نحكم به لمدّعيه في هذا العصر واجتناب المباح خشية الوقوع في المحرّم من الشّريعة لاسيما إذا انضمّ لذلك أمر اقتضته المصلحة فيلزم حمل النّاس عليه والله يهدي للّتي هي أقوم ويبشّر المؤمنين الذين يعملون الصّالحات أنّ لهم أجرا كريما.

"والسّلام من الفقير إلى ربّه تعالى عبد المشير أحمد باشا باي وفّقه الله تعالى آمين. كتب في 23 جانفي 1846" (موقع بوابة وزارة العدل، <www.justice.gov.tn/index.php?id=423>، تاريخ آخر اطّلاع: 9 جانفي 2022).

وجاء في أمر 28 ماي 1890:

"وبعد، فلا يخفى أنّ المقدّس المنعّم ابن عمّنا سيدي أحمد باشا باي أصدر أمره المؤرّخ في 25 محرّم الحرام سنة 1262 (23 جانفي 1846) بإبطال العبوديّة من المملكة مراعاة لما تهمّ مراعاته من المصالح الدّينيّة والإنسانيّة والسّياسيّة وأنّه ومن خلفه من أسلافنا المقدّسين حكموا بإبطال الأسواق التي كان يقع بها بيع العبيد وعتق كلّ من يفد للمملكة على حالة الملكيّة وأصدروا الإذن للعمّال أن ينهوا إلى الوزارة ما يبلغهم من المخالفات المتعلّقة بالملكيّة وحذّروهم من طائلة التّغافل.

"كما لا يخفى أنّ جناب وزيرنا الأكبر كان أصدر للعمّال بمقتضى إذن من حضرتنا مكتوبا مؤرّخا في 5 رجب 1304 (29 جوان 1887) يتضمّن لزوم العمل بمقتضى الأحكام المشار إليها. ولمّا كانت المقاصد الجليلة التي بني عليها الأمر المؤرّخ في 25 المحرّم سنة 1262 (23 جانفي 1846) ممّا يهمّنا إدراكها وكان من المفيد أيضا أن نجمع في أمر واحد جميع الأحكام المتعلّقة بإبطال العبوديّة بمملكتنا ومعاقبة من يخالفها، أصدرنا أمرنا هذا بالفصول الآتية:

"الفصل 1: لا عبوديّة بمملكتنا ولا يجوز وقوعها فيها. فكلّ إنسان حرّ مهما كان جنسه أو لونه. ومن يقع عليه ما يمنع حرّيته أو يخالفها، فله أن يرفع أمره للمحاكم.

"الفصل 2: مستخدمو السّودان أو السّودانيّات في مملكتنا يلزمهم في مدّة ثلاثة أشهر من تاريخ صدور أمرنا هذا أن يعطوا من لم يعط إلى الآن ممّن ذكر حجّة بالعدالة مكتوبة عن إذن القاضي بالمكان أو العامل أو نائبه تقتضي أنّه حرّ غير مملوك ومصروف الحجّة المذكورة على المخدوم.

"الفصل 3: من خالف أحكام الفصل السّابق تعاقبه المحاكم الفرانساويّة إن كان أجنبيّا أو المحاكم التّونسيّة إن كان تونسيّا بخطيّة قدرها من ريالات 200 إلى ريالات 2000.

"الفصل 4: من يثبت عليه أنّه اشترى إنسانا أو باعه أو حازه بوجه الملكيّة يعاقب بالسّجن من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنين.

"الفصل 5: الفصل 463 من قانون الجنايات الفرنساوي تجري أحكامه على المخالفات المبيّنة بأمرنا هذا، والفصل 58 من القانون المذكور تجري أحكامه على من تكرّرت منه المخالفات المذكورة" (موقع

المثال الثّاني يتعلّق بالقانون المؤرّخ في 25 مارس 1991[130]. في هذا القانون نجد الفصل 6 يقول: "يحجّر أخذ الأعضاء بمقابل ماليّ [...]".

بوابة وزارة العدل، <www.justice.gov.tn/index.php?id=423>، تاريخ آخر اطّلاع: 9 جانفي 2022).

بعد النّصوص القديمة الواردة أعلاه صدر قانون جديد، وتحدّث ضمن ما تحدّث عنه عن منع "الاسترقاق"، وعرّفه بأنّه "وضع تمارس فيه على الشّخص السّلطات النّاجمة عن حقّ الملكيّة أو بعضها". القانون الأساسيّ عدد 61 لسنة 2016، المؤرّخ في 3 أوت 2016، المتعلّق بمنع الاتّجار بالأشخاص ومكافحته (الرّائد الرّسميّ عدد 66، الصّادر في 12 أوت 2016، ص 2852).

هذا عن تونس، أمّا في الغرب فقد منع الرّقّ في فرنسا مثلا سنة 1848 (حول فرنسا انظر مثلا: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 5).

(130) القانون عدد 22 لسنة 1991، المؤرّخ في 25 مارس 1991، المتعلّق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها (الرّائد الرّسميّ عدد 22، الصّادر في 29 مارس 1991، ص 474).

انظر حول هذا القانون:

شاكر المزوغي، أخذ الأعضاء، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1991 – 1992.

Chaker Mzoughi, *Les prélèvements d'organes*, Mémoire DEA, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1991 - 1992.

شاكر المزوغي، «الإرادة الفرديّة في أخذ الأعضاء»، منشور في: ما أخلاقيّات علم الأحياء؟ ملتقى انعقد في 12 و13 جانفي 1996، مجموعة منتدى القانونيّين، ج 5، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1997، ص 93 وما بعدها.

Chaker Mzoughi, « La volonté individuelle dans les prélèvements d'organes », in : *Qu'est-ce que la bioéthique* ? Actes du colloque international tenu le 12 – 13 janvier 1996, Collection Forum des juristes, Vol. 5, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Tunis, 1997, p. 93 s.

المنصف بوسكاية، «زراعة الأعضاء البشريّة: حكم الشّرع والتّشريع»، القضاء والتّشريع، العدد 10، ديسمبر 2010، ص 67 وما بعدها.

المثال الثّالث يهمّ القانون المؤرّخ في 7 أوت 2001[131]. هذا القانون منع كراء الأرحام، أي منع أن تحمل امرأة في رحمها جنين امرأة أخرى (الفصل 15).

يخلص ممّا سبق أنّ الإنسان يدور على نوعين من الأحكام: أحكامٌ تجعله خارجا عن التّعامل، وأحكامٌ تجعله داخلا في التّعامل[132].

فإذا أخذنا الأحوال التي يخرج فيها الإنسان عن التّعامل، طُرِح السّؤال: هل خروجه هذا بسبب حكم القانون بذلك (النّصوص التي منعت الرّقّ، إلخ) أم بسبب طبيعة الإنسان فيه؟

في تونس، يرى أحد الفقهاء أنّ "حرمة الفرد وواجب احترام جسمه يقتضيان اعتبار المنع واردا لطبيعة الشّيء"[133]. لكن ثمّ فقهاء آخرون يرون أنّ المنع مردّه القانون[134].

---

[131] القانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرّخ في 7 أوت 2001، المتعلّق بالطّب الإنجابيّ (الرّائد الرّسميّ عدد 63، الصّادر في 7 أوت 2001، ص 2573).

وانظر حول الوضعيّة القانونيّة للطّفل الذي سيولد:

سنية العشّ ملّاك، «الوضعيّة القانونيّة للطّفل الذي سيولد»، منشور في: دراسات مهداة إلى كلثوم مزيو، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2012، ص 479 وما بعدها.

Sonia El Euch Mallek, « Le statut juridique de l'enfant à naître », in : *Mélanges en l'honneur de M^me^ Kalthoum Méziou*, CPU, Tunis, 2012, p. 479 s.

[132] انظر حول هذه المسائل:

أعمال جمعيّة هنري كابيتون، الجسم الإنسانيّ والقانون، دالوز، باريس، 1975، ج 26.

Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le corps humain et le droit*, Dalloz, Paris, 1975, T. XXVI.

دلفين تيسييه، حماية جسم الإنسان، لارماتون، باريس، 2013.

Delphine Tissier, *La protection du corps humain*, L'Harmattan, Paris, 2013.

[133] محمّد كمال شرف الدّين، م س، ص 3.

[134] يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، ص 9؛ نوال الحنّاشي، م س، ص 74 وما يليها.

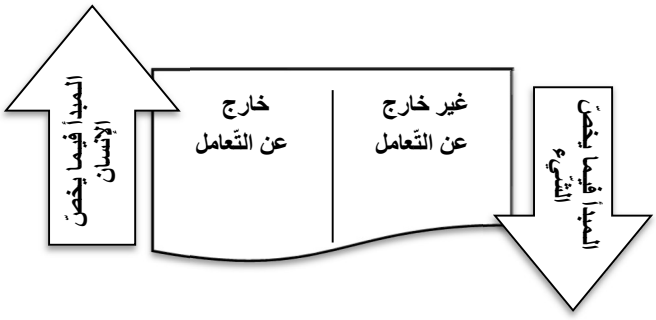
ومن يتبنّى هذا الرّأي أو ذاك، ينبغي له أن يضيف أنّ المبدأ فيما يخصّ الإنسان أنّه خارج عن التّعامل، والاستثناء أن يأتي قانون ويبيح هذا العقد أو ذاك، المرتبط بهذا الجانب أو ذاك من الإنسان الحيّ أو الميّت (مثلا إجازة قانون 25 مارس 1991 الوارد أعلاه، وفي فصله الثّاني، التّبرّع بالأعضاء لغايات طبّيّة). هذا يعني أنّ وضعيّة الإنسان مناقضة لوضعيّة الأشياء حيث المبدأ – كما نجد ذلك في الفصل 62 من مجلّة الالتزامات والعقود – دخولها في التّعامل والاستثناء خروجها[135].

ويمكن أن نحوصل ونقول في شأن الإنسان:

إنّ جسمه خارج عن التّعامل (وهذا، وكما تقدّم، بسبب طبيعته في رأيٍ، وبحكم القانون في رأيٍ ثان)، سواء كان هذا الجسم حيّا أو كان جثّة. لهذا القول بعض الاستثناءات تتعلّق بأخذ أجزاء من الجسم في حالات خاصّة.

إنّ قوّة العمل عند الإنسان داخلة في التّعامل. لكن يمنع التّصرّف فيها بصفة نهائيّة لأنّ هذا شكل مقنّع للعبوديّة[136].

(135)



(136) يقول الفصل 833 من مجلّة الالتزامات والعقود: "الإجارة على مدّة حياة الأجير أو على مدّة طويلة جدّا بحيث يموت فيها الأجير باطلة".

انظر أيضا حول قوّة العمل ومسألة اعتبارها أو عدم اعتبارها بضاعة:

آلان سوبيو، العمل ليس بضاعة. محتوى ومعنى العمل في القرن 21، معهد فرنسا، باريس، 2019.

إنّ ما يسمّى "الحقوق على الشّخص" (droits sur la personne) أو "حقوق الشّخصيّة" (droits de la personnalité)[137] لا تدخل في التّعامل (الحقّ في الحياة، الحقّ في احترام الحياة الخاصّة، الحقّ في الاسم، الحقّ في الصّورة[138]، إلخ).

Alain Supiot, *Le travail n'est pas une marchandise. Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, Collège de France, Paris, 2019.

آلان سوبيو، نقد قانون الشّغل، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، 2011.

Alain Supiot, *Critique du droit du travail,* PUF, Paris, 2011.

وقد يمكن أن نتحدّث اليوم – وبشيء من المبالغة – عن أشكال جديدة للعبوديّة وللملكيّة إنسان لإنسان آخر. فإذا فهمنا الملكيّة (وهنا موطن المبالغة) على أنّها يمكن أن تتمثّل في حقّ واحد من الحقوق المكوّنة لها (سنرى لاحقا أنّ الملكيّة تتكوّن من ثلاثة حقوق: الاستعمال والاستغلال والتّفويت)، عندها يمكن أن نَعُدّ من تُسوّغ رحمها محلّ حقّ استعمال صاحبُه المتسوّغ. كما يمكن أن نعتبر من يبيع كليته (أو من تبيع بويضتها) أو يهبها محلّ حقّ استغلال صاحبه المشتري (أخذ المشتري منتوج جسم البائع بالمعنى الذي سنراه للمنتوج) أو الموهوب له. أمّا من يبيع أو يهب شعره أو منيّه ونحو ذلك، فيمكن اعتباره محلّ حقّ استغلال صاحبه المشتري (أخذ المشتري غلّة جسم البائع بالمعنى الذي سنراه للغلّة) أو الموهوب له. قرّب من: ناداج ريبول–موبان، م س (قانون الأموال)، ص 199.

(137) ينبغي التّنبيه إلى أنّ "الحقوق على الشّخص" أو "حقوق الشّخصيّة" مفهوم مختلف عن مفهوم آخر سنراه بعد قليل هو "الحقّ الشّخصيّ" (droit personnel).

حول حقوق الشّخصيّة في القانون الفرنسيّ انظر على سبيل المثال:

جون–ميشال بروغويار وبيرانجار غليز، حقوق الشّخصيّة، إليبس، باريس، 2015.

Jean-Michel Bruguière et Bérengère Gleise, *Droits de la personnalité*, Ellipses, Paris, 2015.

(138) حول الصّورة انظر:

سنية العشّ ملّاك، «حماية الحقّ في الصّورة»، منشور في: خمسون عاما من فقه القضاء المدنيّ 1959 – 2009، مركز النّشر الجامعيّ، 2010، ص 55 وما بعدها.

Sonia El euch Mallek, « La protection du droit à l'image », in: *Cinquante ans de jurisprudence civile 1959-2009*, CPU, Tunis, 2010, p. 55 s.

وفي القانون المقارن انظر مثلا:

ويمكن القول هنا، إذا عدنا إلى كلام "أوبري" و"رو"، إنّنا أمام "أموال فطريّة" وإنّنا، بسبب كون القانون التّونسيّ تأثّر بالقانون الفرنسيّ، لسنا أمام أموال[139]. ويمكن أن تُلحَق بـ: "الحقوق على الشّخص" ما يسمّى بـ: "الحقوق المصبوغة بالشّخصيّة" (droits marqués d'*intuitus personae*). من أمثلة هذه الحقوق: الحرفاء المدنيّون (حرفاء الأطبّاء مثلا)[140]. هنا –كما في "الحقوق على الشّخص" – ليس ثمّ خروج مطلق[141].

مارك إيسكور، الحقّ في الصّورة، لارسيبه، بروكسال، ط 2، 2014.

Marc Isqour, *Le droit à l'image*, Larcier, Bruxelles, 2e éd., 2014.

جمعيّة هنري كابيتون، الصّورة، دالوز، باريس، 2005.

Association Henri Capitant, *L'image*, Dalloz, Paris, 2005.

بينجار غليز، حماية صورة الأموال، ديفرينوا، باريس، 2008.

Béengère Gleize, *La protection de l'image des biens*, Defrénois, Paris, 2008.

جاك رافاناس، حماية الأشخاص ضدّ إنتاج ونشر صورهم، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1978.

Jacques Ravanas, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, LGDJ, Paris, 1978.

(139) انظر كلام "أوبري" و"رو" في الفقرة 12.

(140) الأمر مختلف مع الحرفاء التّجاريّين "باعتبارهم عنصرا أساسيّا من العناصر المكوِّنة للأصل التّجاريّ حسب صريح الفصل 189 من المجلة التّجاريّة. وكذلك لأنّه من الممكن قانونا إحالتهم مع الأصل التّجاريّ طبقا لمقتضيات القانون المؤرّخ في 25 ماي 1977 المنظّم للأصل التّجاريّ". نوال الحنّاشي، م س، ص 59.

انظر في القانون الفرنسيّ حول الحرفاء:

إيف شابوت، الحرفاء المملوكون، ليكسيس نيكسيس، باريس، 2005.

Yves Chaput, *La clientèle appropriée*, Lexis Nexis, Paris, 2005.

(141) انظر في القانون الفرنسيّ:

ريمي ليبشابير، «الأموال»، الموسوعة المدنيّة دالوز، سبتمبر 2002، الفقرة 86 والفقرة 92.

Rémy Libchaber, « Biens », *Rép. Civ. Dalloz*, Septembre 2002, n° 86 et n° 92.

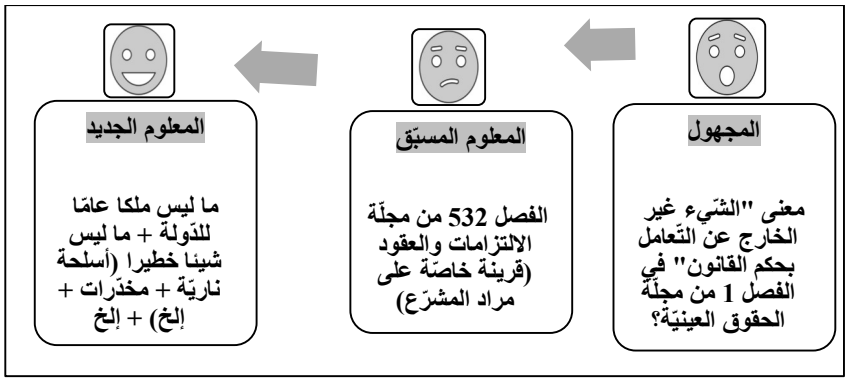
ممّا تقدّم ينبغي الاحتفاظ بأنّ الفصل الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة عرّف المال واعتبره متمثّلا في الأشياء الدّاخلة في التّعامل، أي في الأشياء التي يمكن أن تكون موضوع عقد بين الأفراد ويمكن أن تكتسب بالتّقادم.

وتكون هذه الأشياء على النّحو المذكور إمّا بسبب (استعمل الفصل الأوّل حرف الباء، وهو للسّببيّة•) طبيعتها (الأشياء المشتركة، والأشياء التي أسميناها مباحة) أو بسبب حكم القانون (ما ليس مخدّرات، إلخ)[142].

ويمكن القول إنّ ما هو مال بسبب طبيعته قد يتركه القانون مالا، وقد ينزع عنه صفة الماليّة. هذا يعني أنّ ما هو مال بسبب قرار من القانون هو قبل ذلك مال بسبب طبيعته. لكن هل أنّ ما ليس مالا بسبب طبيعته يمكن أن يحوّله القانون إلى مال؟ إنّ الجواب ينبغي أن يكون بنعم على الأقلّ عند الذين يرون أنّ الإنسان ليس مالا بسبب طبيعته. ففي أيّامنا هنالك قوانين تبيح مثلا التّبرّع ببعض

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون. فالباء حرف من حروف المعاني. وهو يفيد – ضمن ما يفيد – السّببيّة (مجمّع اللغة العربيّة، المعجم الوسيط، مكتبة الشّروق الدّوليّة، القاهرة، ط 4، 1425 هـ/ 2004 م، ص 35). هذا المعنى ينبغي الأخذ به لأنّه لا قرينة خاصّة تعارض ذلك.

(142)



الأعضاء، أي هنالك قوانين تجعل من الإنسان (وللدّقّة: تجعل بعضا معيّنا من الإنسان) موضوعا لعقد.

فإذا تركنا ما جاء أعلاه، ورجعنا إلى الاهتمام بما قاله الفصل الأوّل، وجدناه، وبعد أن نصّ على أنّ المال هو كلّ شيء غير خارج عن التّعامل بسبب طبيعته أو بسبب حكم القانون، قد أضاف: ومن شأنه أن يكون موضوع حقوق ذات قيمة نقديّة. والسّؤال هنا: هل هنالك من هذه الأشياء ما شأنه أن لا يكون موضوع حقوق ذات قيمة نقديّة؟ قد يمكن القول إنّ الأشياء التي لم تخرجها طبيعتها ولم يخرجها القانون عن التّعامل قسمان: ما لها قيمة نقديّة عند النّاس وما هي خلو من هذه القيمة (حبّة قمح، قطرة ماء، إلخ[143]).

والأشياء التي لها قيمة نقديّة هي أشياء تحلّ كموضوع لحقوق (ما يهمّ القانون ليس الأشياء في نفسها، بل علاقتها بالأشخاص، أي ما يهمّه هو أنّها موضوع لحقوق، ومن ثمّ لسلطات ينبغي تنظيمها). هذه الحقوق لها بدورها قيمة نقديّة (لأنّ موضوع الحقوق له قيمة نقديّة، فالحقوق نفسها تكون لها هذه القيمة). وفي الفقه الفرنسيّ قيل إنّ المال له وجهان: أوّلا أنّه مال، بمعنى أنّ من ملك مالا فقد ملك مالا. ثانيا أنّ له قيمة نقديّة، بمعنى أنّ من ملك مالا فقد ملك نقودا. فكلّ مال يساوي مبلغا معيّنا من النّقود. فهذه بديل لذاك أو هي وجهه الآخر[144]. وكما أنّ للمال وجهين، للنّقود أيضا وجهان: أوّلا أنّها نقود، وأنّ من ملكها ملك نقودا؛ وثانيا أنّها بدل للمال وأنّ من ملكها ملك مالا (بالتّدقيق: من ملك مائة دينار، فقد ملك مثلا الطّاولة التي قيمتها مائة دينار أو ملك الثّوب الذي قيمته مائة دينار

---

[143] انظر الفقرة 12.

[144] جون كاربونييه، م س (الأموال)، الفقرة 9 وما بعدها.

وهكذا. أمّا من ملك طاولة، فقد ملك الطّاولة ولم يملك مثلا الثّوب الذي له القيمة النّقديّة نفسها إلّا بعد أن يبيع الطّاولة ويملك ثمنها من النّقود)[145].

زيادة على مسألة ارتباط المال بالقيمة النّقديّة، تحدّث الفصل الأوّل من مجلّة الحقوق العينيّة عن "كلّ شيء" موضوع "حقّ". وعبارة "كلّ شيء" عامّة تشمل الأشياء المادّيّة وغير المادّيّة•. أمّا عبارة "حقّ" فمطلقة وتشمل الحقّ على الأشياء الأولى والحقّ على الأشياء الثّانية•. لكنّ المجلّة لن تنظّم، في الفصول التي ستأتي بعد الفصل الأوّل، إلّا الحقوق العينيّة، أي الحقوق على الأشياء المادّيّة.

هذه الحقوق – إلى جانب غيرها – مالٌ كما سلف. والمالُ يوجد في وعاء اعتباريّ يسمّى الذّمّة الماليّة[146].

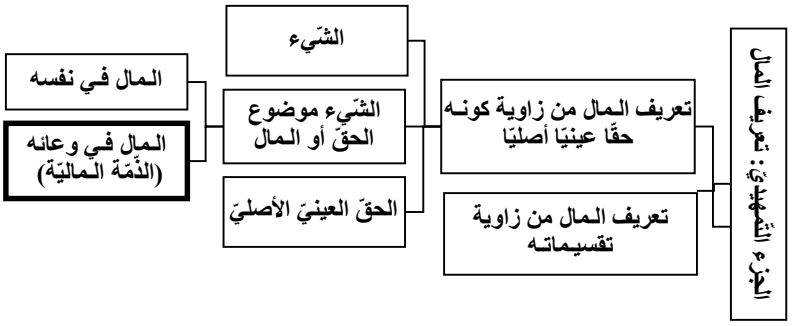
---

(145) انظر حول النّقود ما سبق من مقتطف في هامش من الفقرة 12، وانظر ما سنورده في هامش من الفقرة 62.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(146)



الفقرة الثّانية: المال في وعائه (الذّمّة الماليّة)

19 المال والحقّ الماليّ ◊ يعرّف الحقّ (droit subjectif) بأنّه سلطات معترف بها ومحميّة من القانون يُمَكِّنُ منها شخصٌ وتسمح له بأن يفعل شيئا أو يطالب بشيء أو يمنع شيئا لمصلحته وأحيانا لمصلحة غيره[147].

بعبارة أخرى: الحقّ هو إمكانيّة معطاة لشخص لأن يأتي فعلا معيّنا أو لا يأتيه. وهذه الإمكانيّة (أو التّخيير) معترف بها من القانون صراحة أو ضمنا (ضمنا، لأنّ ما ليس ممنوعا في القانون هو مباح، أي يمكن فعله أو عدم فعله). ولأنّها معترف بها من القانون، فهي محلّ حماية منه.

ولقد رأينا – ضمن ما رأينا – أنّ المال هو الشّيء المادّيّ وغير المادّيّ، وهو أيضا الحقّ على هذين الشّيئين. هذا الحقّ يسمّى الحقّ الماليّ (droit patrimonial).

---

[147] جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "الحقّ" Droit subjectif.

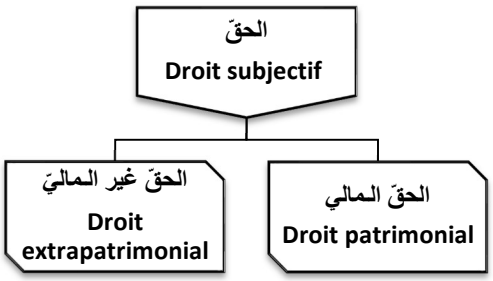
ملاحظة: هذا هو العرف في فرنسا. لكن أشرنا سابقا إلى أنّنا أمام مفاهيم نقلت إلى تونس وليس ثمّ دليل على أنّها نقلت بمعاني جديدة.

وللتّوسّع في تعريف الحقّ وفي مختلف المواقف التي وجدت في فرنسا وغيرها حول هذا التّعريف انظر: جون دابان، م س، ص 55 وما بعدها.

قبالته يوجد قسم آخر للحقّ يسمّى الحقّ غير الماليّ (droit extrapatrimonial)[148].

والحقّ غير الماليّ هو حقّ لا يقيّم بكمّ من النّقود، بل هو ينتمي إلى منظومة قيميّة أخرى. هذا لا يمنع من أنّ الاعتداء عليه (أي تعطيل إمكانيّة الفعل أو إمكانيّة عدم الفعل) من طرف الغير موجب للتّعويض النّقديّ. من أمثلته: حقّ حضانة وحقّ تربية الأبناء، والحقّ في الاسم[149]، وحقّ الانتخاب، وحقّ التّرشّح إلى المجالس

(148)



(149) جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "غير مالي" Extrapatrimonial.

ملاحظة: هذا هو العرف في فرنسا. لكن أشرنا سابقا إلى أنّنا أمام مفاهيم نقلت إلى تونس وليس ثمّ دليل على أنّها نقلت بمعاني جديدة.

السّياسيّة، والحقّ في الحياة، والحقّ في السّلامة الجسديّة، والحقّ في التّعبير[150]، إلخ[151].

كلّ هذه الحقوق وما شابهها ليست مالا ولا تحويها ما سنجده بعد قليل تحت اسم الذّمّة الماليّة. قبالتها نجد الحقوق الماليّة التي تحملها هذه الذّمّة، أي نجد الحقوق التي لها في ذاتها قيمة نقديّة، فضلا على كون الاعتداء عليها يوجب التّعويض النّقديّ[152].

ويُقسّم الحقّ الماليّ إلى ثلاثة أقسام:

---

[150] من ينظر إلى أمثلة الحقوق الواردة أعلاه – أو إلى غيرها – يجد أن من البيّن في بعضها أنّه يتمثّل في إمكانيّة فعل وعدم فعل (حقّ التّرشّح مثلا هو إمكانيّة التّرشّح وعدم التّرشّح). لكن في البعض الآخر لا نستطيع من الوهلة الأولى أن نتحدّث عن فعل وعدم فعل (مثلا حقّ تربية الأبناء ليس إمكانيّة تربية وعدم تربية الأبناء)، بل ينبغي أن نتقدّم أكثر لنجد إمكانيّة الفعل وعدم الفعل (من مقتضيات التّربية التّدريس. إذن الإمكانيّة هي إمكانيّة تدريس الأطفال في هذه المدرسة أو عدم تدريسهم فيها، أي تدريسهم في مدرسة أخرى. وهكذا الأمر مع بقيّة المقتضيات).

[151] انظر حول الحقوق غير الماليّة: صلاح الدّين الملّولي، م س (مقدّمة لدراسة القانون)، ص 184 وما بعدها.

[152] انظر: جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "مالي" Patrimonial. ملاحظة: هذا هو العرف في فرنسا. لكن أشرنا سابقا إلى أنّنا أمام مفاهيم نقلت إلى تونس وليس ثمّ دليل على أنّها نقلت بمعاني جديدة.

وفي القانون الفرنسيّ قيل: لأنّ الحقوق غير الماليّة لا تدخل في الذّمّة، فهي لا تنتقل بسبب الموت، ولا تمكن عقلتها من الدّائنين. فصاحب الحقّ فقط هو الذي يمارس الحقّ لا دائنوه. لكنّ التّمييز بين الماليّ وغير الماليّ نسبيّ، فالماليّة درجات، أعلاها الماليّة التّامّة التي تتضمّن ثلاث خصائص: أن يقبل الحقّ تقديره نقديّا، والإحالة بين الأحياء، والإحالة بسبب الموت. على هذا الأساس حقّ الملكيّة حقّ ماليّ تامّ، لأنّ فيه الخصائص الثّلاث. لكنّ الحقّ في النّفقة قابل للتّقدير النّقديّ إلّا أنّه لا يقبل الإحالة. انظر: فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، ص 13.

القسم الأوّل: حقّ الدّائنيّة droit de créance (سنرى لاحقا أنّه يُعدُّ مالا غير مادّيّ نسبيّا[153]). هو سلطة (معترف بها ومحميّة من القانون) بمقتضاها يمكن لشخص يسمّى الدّائن أن يطالب شخصا آخر يسمّى المدين بأداء (يتمثّل الأداء

[153] انظر الفقرة 63.

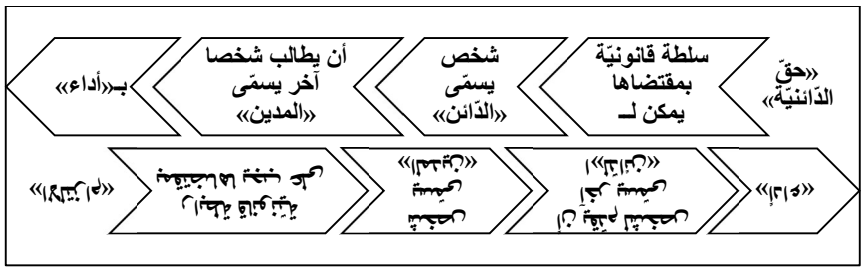
في: إعطاء – عمل – عدم عمل)[154]. مثال ذلك المقرض: فهو له سلطة على المقترض تمكّنه من مطالبته بالقيام بعمل يتمثّل في ردّ ما اقترضه[155].

---

[154] جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "دين" Créance.

ملاحظة 1: هذا هو العرف في فرنسا. لكن أشرنا سابقا إلى أنّنا أمام مفاهيم نقلت إلى تونس وليس ثمّ دليل على أنّها نقلت بمعاني جديدة.

ملاحظة 2: حقّ الدّائنيّة يسمح لشخص يسمّى الدّائن بأن يطالب شخصا آخر يسمّى المدين بأداء. فإذا سرنا في الاتّجاه المعاكس، أي إذا سرنا من المدين إلى الدّائن، صرنا أمام "الالتزام" (obligation)، الذي يعرّف بأنّه رابطة قانونيّة بمقتضاها يجب على شخص يسمّى المدين أن يقدّم أداءً لشخص آخر يسمّى الدّائن. والأداء يتمثّل في عمل أو في عدم عمل أو في إعطاء. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "التزام" Obligation.



ملاحظة 3:

في الالتزام بعمل، هنالك تعهّد بالقيام بأمر إيجابيّ (مثلا تعهّد المشتري بدفع الثّمن).

في الالتزام بعدم العمل، هنالك تعهّد بأمر سلبيّ (مثلا تعهّد بائع أصل تجاريّ بعدم الانتصاب في مكان قريب من الأصل الذي باعه).

في الالتزام بإعطاء، هنالك تعهّد بنقل الملكيّة (نقل الملكيّة مختلف عن تسليم المبيع، فذاك في القانون إعطاءٌ، وهذا عملٌ). وفي فرنسا اختلف حول وجود الالتزام بإعطاء. فنقل الملكيّة فوريّ، أي يتمّ بمجرّد التّراضي ونشأة العقد. لذا فإنّ العقد لا يولّد التزاما بإعطاء. لكن ثمّ من يقول إنّنا أمام التزام يولد ويُنفّذ (ومن ثمّ يموت) في اللحظة نفسها.

انظر مثلا:

فيرونيك ويستر–ويس، «انتقال الملكيّة بالتّراضي لوحده: مبدأ أم استثناء؟»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ، أفريل – جوان 2013، ص 300.

القسم الثّاني: الحقّ العينيّ droit réel (سنرى لاحقا أنّه إمّا مال مادّيّ [حقّ الملكيّة] وإمّا مال غير مادّيّ نسبيّا [الحقوق المتفرّعة عن حقّ الملكيّة، الحقوق العينيّة التّبعيّة][156]). هو سلطة (معترف بها ومحميّة من القانون) تنصبّ مباشرة على شيء (من معاني العين في اللغة الشّيء[157]، لذلك وصف هذا الحقّ بالعينيّ *jus in re*)، وتحديدا على "شيء مادّيّ" chose corporelle؛ وتخوّل هذه السّلطة لصاحبها كلّ (هذا حال حقّ الملكيّة) أو بعض (هذا حال الحقوق المتفرّعة عن حقّ الملكيّة وحال الحقوق العينيّة التّبعيّة) المنفعة الاقتصاديّة للشّيء[158].

Véronique Wester-Ouisse, « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », RTD civ., avril – juin 2013, p. 300.

حول هذه المسألة في الفقه التّونسيّ انظر: خليفة الخرّوبي، «نقل الملكيّة في البيع، أثر أم التزام؟»، المجلّة القانونيّة التّونسيّة، 1999، ص 11.

ملاحظة 4: قيل أعلاه إنّا سنرى لاحقا أنّ حقّ الدّائنيّة يُعدّ مالا غير مادّيّ نسبيّا. لكن حين نتأمّل، نجد أنّنا أمام حقّ، أي أمام ما هو غير مادّيّ. وموضوع الحقّ قد يكون عملا، أي شيئا مادّيّا. هنا يمكن الحديث عن مال مادّيّ نسبيّا (الحقّ غير مادّيّ وموضوعه مادّيّ، إذن نحن أمام ما هو مادّيّ نسبيّا). أمّا إذا كان موضوع الحقّ عدم عمل أو إعطاء، فعدم العمل والإعطاء أشياء غير مادّيّة. هنا لا يمكن أن نتحدّث عمّا هو مادّيّ نسبيّا بل عمّا هو غير مادّيّ بصفة مطلقة.

(155) قرّب من: جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "شخصيّ" Personnel.

(156) انظر الفقرة 63.

(157) انظر المعجم العربيّ الحديث. عبارة: "العين".

(158) جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "عينيّ" Réel.

ملاحظة: هذا هو العرف في فرنسا. لكن أشرنا سابقا إلى أنّنا أمام مفاهيم نقلت إلى تونس وليس ثمّ دليل على أنّها نقلت بمعاني جديدة.

انظر حول التّفرقة بين الحقّ الشّخصيّ والحقّ العينيّ:

طارق لقسيمي، التّقسيم العامّ للحقوق العينيّة وللحقوق الشّخصيّة، دالوز، باريس، 2016.

من هذا التّعريف ومن الذي سبقه نفهم أنّ حقّ الدّائنيّة يربط شخصا بآخر، لذلك يوصف بالحقّ الشّخصيّ (droit personnel). أمّا الحقّ العينيّ فيربط شخصا بعين، لذلك يسمّى حقّا عينيّا[159]. وحسب "لوران" (Laurent) نبّه "بوتييه"

Tarik Lakssimi, *La* summa divisio *des droits réels et des droits personnels*, Dalloz, Paris, 2016.

س جينوسار، «من أجل تعريف أفضل للحقّ العينيّ وللحقّ الشّخصيّ»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ 1962، 573.

S. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », RTD civ. 1962, 573.

[159] قسّم أحدهم الحقوق إلى عامّة (حقوق الفرد على الجماعة، وحقوق الجماعة على الفرد، وحقوق الجماعات على بعضها البعض)، وحقوق خاصّة.

ثمّ قسّم الحقوق الخاصّة إلى:

الحقوق الشّخصيّة (الحرّيّات العامّة: التنقّل، التّعبير، إلخ)، وهي حقوق لا تقوّم بالمال، ولا تقبل أن يُتعامل فيها ولا التّنازل عنها ولا نقلها من شخص إلى آخر. لكنّ الاعتداء عليها يولّد التزاما بالتّعويض ضدّ المعتدي.

حقوق الأسرة، وهي الحقوق التي تنظّم العلاقات التي تنشأ عن علاقة الزّوجيّة أو القرابة (حقّ تربية الأبناء، إلخ)، ثمّ هي أيضا حقوق غير مقدّرة بالنّقود (ملاحظة: ثمّ بين الأزواج والأقارب حقوق أخرى هي ماليّة، كحقّ النّفقة والإرث).

الحقوق الماليّة، وهي "الحقوق التي تقوّم بالمال، فيكون محلّها مالا أو مقوّما بالمال، وتنظّم العلاقات الماليّة بين الشّخص وغيره، وتتميّز عن سائر الحقوق الأخرى بأنّها تقبل التّنازل كما تقبل الانتقال من شخص إلى آخر، فصلحت لأن تكون محلّا للتّعامل، وأمكن لذلك الحجز عليها إذا لم يمنع من ذلك كلّه قانون، ومن هذه الحقوق يتكوّن الجانب الإيجابيّ للذّمّة، وقد يكون محلّها مادّة وقد يكون غير مادّة. وهي إمّا حقوق عينيّة، وإمّا حقوق شخصيّة، وإمّا حقوق معنويّة [...] (والفرق بين الحقوق العينيّة والحقوق الشّخصيّة) يظهر في ناحيتين: أولاهما أنّ الحقّ العينيّ بجميع أنواعه سلطة يختلف مداها ومقتضاها باختلاف طبيعة الحقّ، وتنصبّ مباشرة على عين معيّنة بالذّات دون حاجة إلى توسّط شخص آخر، في حين أنّ الحقّ الشّخصيّ ليس إلّا رابطة أو التزاما قائما بين طرفين. ثانيتهما: أنّ محلّ الحقّ العينيّ مال ماديّ، ومحلّ الحقّ الشّخصيّ فعل خارجيّ أو فعل نفسيّ، أي امتناع عن

(Pothier) إلى أنّ تقسيم الحقوق إلى عينيّة وشخصيّة هو تقسيم يهمّ الأشياء الدّاخلة في التّعامل؛ أمّا الحقوق المتعلّقة بالحالة الشّخصيّة والحقوق السّياسيّة وغير ذلك[160] فهي خارجة عن التّعامل[161].

القسم الثّالث: الحقّ الذي يتمثّل في سلطة (معترف بها ومحميّة من القانون) مخوّلة لشخص على "شيء غير مادّيّ" chose incorporelle. لأجل ذلك – وهذا سنراه لاحقا[162] – نحن هنا أمام مال غير مادّيّ مطلقا (الحقّ غير مادّيّ وموضوعه غير مادّيّ بدوره). من أمثلة هذا الحقّ الحقّ في الحرفاء (التّجاريّين)[163]

عمل، يمكن تقويم كلّ منهما بالمال. ومن هنا كان الأصل في الحقّ العينيّ الأصليّ أن يكون دائما غير مؤقّت بمدّة، لأنّه متعلّق بعين معيّنة، لاصق بها، باق ببقائها. أمّا الحقّ الشّخصيّ فعلى خلاف ذلك إذ أنّ وضعه وتعلّقه بمحلّه يقتضي أن يكون مؤقّتا، لأنّه متعلّق بالأشخاص وأفعالهم، ووجودهم مؤقّت". علي الخفيف، الملكيّة في الشّريعة الإسلاميّة مع المقارنة بالشّرائع الوضعيّة. معناها – أنواعها – عناصرها – خواصّها – قيودها، دار الفكر العربيّ، مدينة نصر – مصر، 1416 هـ/ 1996 م، ص 8 وما بعدها.

وللمقارنة بين ما يوجد في القانون الغربيّ من تقسيم بين الحقّ الشّخصيّ والحقّ العينيّ وما يوجد في القانون الإسلاميّ من تقسيم بين الدّين والعين انظر: أحمد محمود الخولي، نظريّة الحقّ بين الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ، دار السّلام، القاهرة، ط 1، 1423 هـ/ 2003 م، ص 107 وما بعدها.

[160] انظر ما أسميناه سابقا بالحقّ على الشّخص droit sur la personne (الفقرة 17).

[161] ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 72، ص 93.

[162] انظر الفقرة 63.

[163] هذا الحريف وذاك وذاك (إلى آخر حريف) موجودون في الواقع الخارجيّ. ومجموعة الحرفاء (أي ما هو كلّ) موجودة في الخارج. أمّا الحريف (ما هو كلّيّ) – وهو المقصود أعلاه – فلا وجود له إلّا في الاعتبار والذّهن (قرّب ممّا سيأتي في الفقرة 78). لذا فنحن أمام ما هو غير مادّيّ.

جاء في أحد كتب المنطق: "الفرق بين الكلّيّ والكلّ، والجزئيّ والجزء:

أنَّ بين الكلّ والجزء، والكلّيّ والجزئيّ فروقاً هي:

وحقّ التّأليف وغير ذلك (موضوع هذا القسم من الحقّ يتمثّل في أفكار فلسفيّة مضمّنة في كتاب فلسفة، أو أفكار معلوماتيّة مضمّنة في برنامج معلوماتيّ، أو أفكار صناعيّة تجسّدها آلة، أو أفكار طبّيّة وصيدليّة تتجسّد في تركيبة دواء، وغير ذلك من الأفكار. كما يتمثّل موضوع هذا القسم من الحقّ الماليّ فيما هو اعتباريّ وموجود في الأذهان لا في الأعيان كالحرفاء). ويُطلق على هذا القسم الثّالث من الحقّ الماليّ اسم حقّ الملكيّة غير المادّيّة(164).

وهكذا فالحقّ قسمان: ماليّ وغير ماليّ. والحقّ الماليّ ثلاثة أقسام: الحقّ الذي موضوعه أداء (أي شيء مادّيّ أحيانا وغير مادّيّ في أحيان أخرى) والحقّ الذي موضوعه عين (أي شيء مادّيّ) والحقّ الذي موضوعه أفكار واعتباريّات (أي شيء غير مادّيّ). بعبارة أخرى: المال هو حقوق لها قيمة نقديّة وتتمثّل (هذه

"1 – الكلّ من حيث هو كلّ موجودٌ في الخارج والعين، وأمّا الكلّيّ من حيث هو كلّيّ لا وجودَ له في الخارج، إنّما هو موجود في الذّهن.

"2 – الكلّ يعدّ بأجزائه والكلّيّ لا يعدّ بجزئيّاته. فيقال مثلاً الورق والخطّ والغلاف كوّنت الكتاب حيث أنَّ لكلٍّ منها دورا في تكوينه، ولا يقال زيد وحسن وعليّ يكوّنون الإنسان، بل حتَّى لو انعدموا جميعاً ولم يبق إلّا فردٌ واحد منهم، بل حتّى لو انعدم هذا الفرد أيضاً، فالإنسان باق على ما هو عليه، غاية ما هناك أنَّه لا فرد له في العين والخارج ولا ضير في ذلك". إبراهيم الأنصاري، دروس في علم المنطق، ص 47، <www.abdelmagidzarrouki.com>، تاريخ آخر اطّلاع 9 جانفي 2022.

(164) ما قلناه سابقا حول الحقّ غير الماليّ من أنّ إمكانيّة الفعل وعدم الفعل في إطاره قد تبدو للوهلة الأولى وقد لا تبدو يصحّ كذلك فيما يخصّ الحقّ الماليّ. ففي حقّ الدّائنيّة من البيّن أنّ صاحبه له إمكانيّة المطالبة بالأداء أو عدم المطالبة به. أمّا في حقّ الملكيّة، فينبغي أن نتقدّم أكثر لنجد إمكانيّة الاستعمال وعدم الاستعمال ونحو ذلك ممّا سنراه لاحقا والذي يجعلنا نقول بوجود إمكانيّة فعلٍ ومعها إمكانيّة عدم إتيان هذا الفعل.

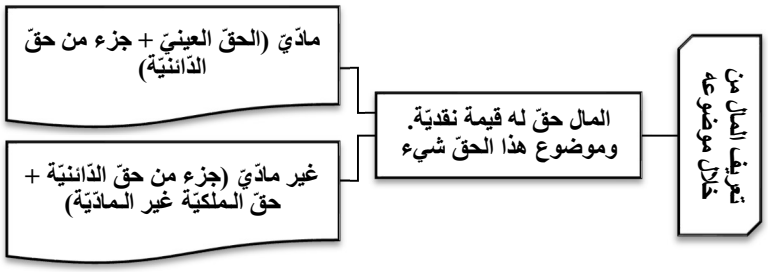
الحقوق) في الحقّ الشّخصيّ والحقّ العينيّ وحقّ الملكيّة غير المادّيّة[165]. ويمكن أن نقول أيضا إنّ المال هو حقّ له قيمة نقديّة وموضوعه أشياء مادّيّة (الحقّ العينيّ وبعض حقّ الدّائنيّة) وأشياء غير مادّيّة (البعض المتبقّي من حقّ الدّائنيّة ومعه حقّ الملكيّة غير المادّيّة)[166].

20 قانون الأموال ◊ نصل الآن إلى قانون الأموال. موضوع هذا القانون قسم المال المسمّى بالحقّ العينيّ (سنرى لاحقا أنّ موضوعه بعض هذا الحقّ لا جميعه). أمّا المال المتمثّل في حقّ الدّائنيّة فيحكمه بالأساس قانون الالتزامات والعقود. بقي

(165)



(166)

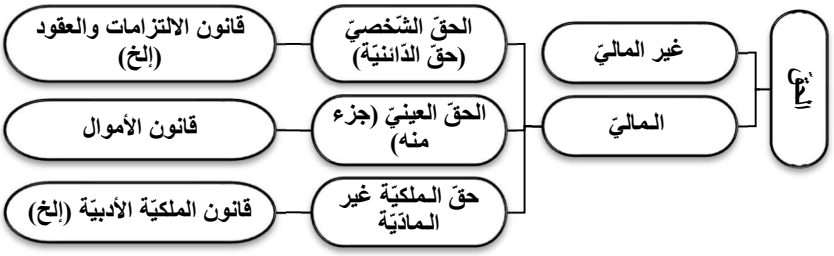


المال المتمثّل في الحقّ على الأفكار ونحوها (حقّ الملكيّة غير المادّيّة). هذا المال يحكمه قانون الملكيّة الأدبيّة وغيره من فروع القانون[167].

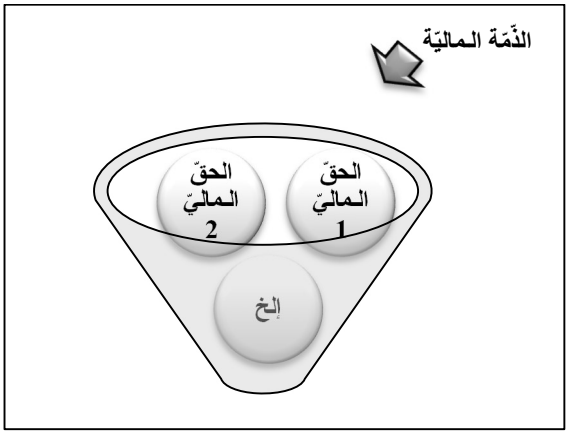
والحقّ الماليّ بجميع أقسامه يضمّه وعاء وظرف اعتباريّ يسمّى الذّمّة الماليّة[168].

21 تعريف الذّمّة الماليّة ◊ والذّمّة الماليّة في العرف هي "مجموعة أموال biens والتزامات obligations شخص واحد (أي ما له من حقوق droits وما عليه من أعباء charges تقدّر نقديّا[169])، أو هي ما له son actif وما عليه son

(167)



(168)



(169) في القانون الإسلاميّ يُتَحدّث عن الذّمّة، ويُقال إنّها وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه (عبد الوهّاب خلاّف، علم أصول الفقه، مكتبة الدّعوة الإسلاميّة، د م، د ت، ص 136). وعليه فالذّمّة هنا أوسع من "الذّمّة الماليّة"، لأنّ هذه لا تحوي إلّا ما له قيمة نقديّة.

passif منظورٌ إليه على أنّه «كلٌّ قانونيّ» universalité de droit[170]. هذا «الكلّ» يشمل في جانبه الإيجابيّ لا الأموال الحاضرة فحسب بل الأموال المستقبلة أيضا"[171].

---

[170] هكذا ترجم معجم المنهل العبارة الفرنسيّة (سهيل إدريس، المنهل. قاموس عربيّ فرنسيّ، منشورات دار الآداب، بيروت، 2005).

[171] جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "ذمّة ماليّة" Patrimoine.

ملاحظة: هذا هو العرف في فرنسا. لكن أشرنا سابقا إلى أنّنا أمام مفاهيم نقلت إلى تونس وليس ثمّ دليل على أنّها نقلت بمعاني جديدة.

فإذا عدنا إلى "أوبري" و"رو" وجدناهما، بعد تعريفهما للمال الذي سبق معنا (انظره في الفقرة 12)، يقولان إنّ مجموعة أموال شخص تمثّل ذمّته. وعليه فمكوّنات الذّمّة تتمثّل في موضوعات الحقوق المدنيّة المعتبرة من حيثيّة وصفها بالمال. ولأنّ هذه الموضوعات لا تكسى بالوصف إلّا بسبب الحقوق التي يُخضَع لها تجاه شخص، فيمكن أيضا – بوضع السّبب مكان الأثر – أن تعرّف الذّمّة بكونها مجموعة الحقوق المدنيّة لشخص على موضوعات تمثّل مالا. أوبري ورو، م س، ج 2، الفقرة 162، ص 2 وما بعدها.

للتّفصيل في الذّمّة في القانون الفرنسيّ انظر:

غ بلاستارا، المفهوم القانونيّ للذّمّة، أطروحة، أرتور روسو، باريس، 1903.

G. Plastara, *La notion juridique de patrimoine*, Thèse, Arthur Rousseau, Paris, 1903.

دافيد هياز، دراسة نقديّة لمفهوم الذّمّة في القانون الخاصّ الرّاهن، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 2003.

David Hiez, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, Paris, 2003.

سارج غينشار، تخصيص الأموال في القانون الخاصّ الرّاهن، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1976.

Serge Guinchard, *L'affèctation des biens en droit privé actuel*, LGDJ, Paris, 1976.

ر غراي، مفاهيم الكلّ الواقعيّ والكلّ القانونيّ في القانون. مساهمة في دراسة علم القانون المدنيّ الرّاهن، مكتبة مجموعة سيراي، باريس، 1932.

على هذا تتكوّن الذّمّة الماليّة من جانب إيجابيّ وآخر سلبيّ[172].

R. Gray, *Les notions d'universalité de fàit et d'universalité de droit. Contribution à l'étude de la science du droit civil dans son état actuel*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1932.

وحول الذّمّة في الفقه الإسلاميّ كتب أحدهم: "قال الفقهاء إنّها أمر معنويّ فرضيّ جعلوه محلاّ لإثبات العهود والدّيون، ولذا عرّفها صاحب البحر في أوّل كتاب البيع بأنّها أمر شرعيّ مقدّر في المحلّ يقبل الإلزام والالتزام، وقال العزّ بن عبد السّلام هي معنى مقدّر في المحلّ يصلح للإلزام والالتزام. والتّعريفان متقاربان في الألفاظ والمعاني ومرماهما أنّ الذّمّة ليست سوى أمر معنويّ فرضه الفقهاء لتحمّل الواجبات ولزوم أدائها". محمّد أبو زهرة، م س، ص 57. وفي الهامش عدد 2 من الصّفحة نفسها، وبعد أن قدّم تعريف القانون الوضعيّ للذّمّة، قال الإمام أبو زهرة: "وهذا التّعريف في جملته قريب من تعريف علماء الشّريعة". وفي الحقيقة ينبغي القول إنّ مفهوم "الذّمّة" في الفقه أوسع من مفهوم "الذّمّة الماليّة" في القوانين الوضعيّة. ففي الأوّل نجد جميع أنواع الحقوق والواجبات، وفي الثّاني لا نجد إلّا الحقوق والواجبات الماليّة (انظر من يقول في إطار القانون الإسلاميّ إنّ الذّمّة هي وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه: حسين خلف الجبوري، عوارض الأهليّة عند علماء أصول الفقه، جامعة أمّ القرى، ط 2، 1428 هـ/ 2007 م، ص 95).

قارن مع: محمّد باقر الصّدر، محاضرات تأسيسيّة، مركز الأبحاث والدّراسات التّخصّصيّة للشّهيد الصّدر، د م، 1430 هـ ق، ص 219 وما بعدها. انظر بالخصوص تمييزه بين الذّمّة والعهدة (ص 222 وما بعدها) وتأكيده على أنّ تصوّر الذّمّة في الفقه الإسلاميّ مختلف عن تصوّر الفقه الغربيّ والرّومانيّ لها (وهو موقف يخالف ما جاء عند عبد الرّزّاق السّنهوري في كتابه: مصادر الحقّ في الفقه الإسلاميّ).

[172] حين نعود إلى القانون الرّومانيّ، وتحديدا إلى "جوستنيان"، نجده تبنّى كتقسيم أساسيّ: الأشياء الدّاخلة في الذّمّة الماليّة والأشياء الخارجة عنها.

في القسم الأوّل نجد الأشياء المملوكة، والتي تسمّى أحيانا *bona* أو تسمّى *pecunia*.

وفي القسم الثّاني نجد الأشياء المشتركة والملك العامّ للدّولة (لا الملك الخاصّ) والأشياء التي لم يكن لها من قبل مالك والأشياء التي كان لها مالك وتخلّى عنها (إلخ).

انظر:

أوغست–فرانسوا دوتريو، حول أهمّيّة تقسيم الأموال إلى منقولات وعقّارات، أطروحة دكتوراه، كلّيّة الحقوق بباريس، مطبعة دي موكي، باريس، 1859، ص 9 وما بعدها.

22 التّفصيل في تعريف الذّمّة الماليّة ◊ فإذا بدأنا بالجانب أو المكوِّن الإيجابيّ، وجدنا الحقوق التي تعرّضنا إليها منذ قليل تحت اسم الحقوق الماليّة، أي وجدنا: أوّلا حقوق الدّائنيّة، وثانيا الحقوق العينيّة، وثالثا الحقوق على الأشياء غير المادّيّة كحقّ التّأليف. أمّا بقيّة الحقوق التي يمكن أن يتمتّع بها شخصٌ ما، فخارجة عن الذّمّة، وهي حقوق غير ماليّة: بعضها عامّ وسياسيّ، كحقّ الانتخاب؛ وبعضها فرديّ كالحقوق العائليّة (الحقّ في الحضانة، إلخ)، وحقوق الشّخصيّة droits de la personnalité[173] (الحقّ في احترام الحياة الخاصّة، الحقّ في الصّورة، إلخ[174])، والدّعاوى التي تحمي الحالة المدنيّة، والحقوق المعنويّة التي يتمتّع بها الكاتب أو الفنّان[175]، إلخ[176].

فإذا عدنا إلى الحقوق التي تدخل في الذّمّة، وجب أن نشير إلى أنّها لا تتماهى مع هذه الذّمّة. فهي تدخل فيها وتخرج منها، والذّمّة على حالها ثابتة لا تتغيّر. بل إنّ

Auguste-François Doutriaux, *De l'importance de la distinction des biens en meubles et immeubles*, Thèse pour le Doctorat, Faculté de droit de Paris, Imprimerie De Moquet, Paris, 1859, p. 9 s.

[173] أو كما أسميت سابقا (الفقرة 17): الحقوق على الشّخص (droits sur la personne).

[174] انظر حول هذه الحقوق مقالة وضعت في إطار القانون الفرنسيّ:

دينيس تالون، «الشّخصيّة (الحقوق على)»، الموسوعة المدنيّة دالوز، أكتوبر 1996.

Denis Tallon, « Personnalité (Droits de la) », *Rép. Civ. Dalloz*, octobre 1996.

[175] ينبغي تمييز حقّ الكاتب (إلخ) المعنويّ عن حقّه الماليّ الذي تعرّضنا إليه منذ قليل. انظر الفرق بين الحقّين في الفقرة 63 (الهامش).

[176] انظر: جون كاربونييه، م س (الأموال)، الفقرة 2، ص 4. ويضيف المؤلّف، وهو يتحدّث داخل القانون الفرنسيّ، إنّ هنالك حقوقا لا ينبغي إخراجها من الذّمّة لمجرّد كونها لا تقبل العقلة (مثال: الحقوق على الأموال التي عدّدها الفصل 2092–2 من المجلّة المدنيّة: الأموال الضّروريّة لحياة المدين المعقول عليه والضّروريّة لحياة عائلته، إلخ. ملاحظة: الآن، وفي المجلّة، لا نجد هذا الفصل لأنّ العنوان

الذّمّة قد تكون خالية من أيّ حقّ (طفل وُلِد الآن وليست له حقوق ذات قيمة مقدّرة بالنّقود). ينتج عن عدم تماهي الذّمّة بالحقوق أنّ الدّائنين ليس لهم ضمان خاصّ، أي ليس لهم استيفاء ما لهم من مالٍ معيّن موجود بالذّمّة؛ بل إنّ ضمانهم عامّ، أي هم يستوفون ما لهم من أيّ مال وإن لم يكن موجودا بالذّمّة وقت نشأة دينهم.

هذا يعني أنّ الذّمّة تتكوّن من أموال حاضرة وأموال مستقبلة. والأموال الحاضرة هي الأموال التي توجد في الذّمّة بمقتضًى قانونيّ صحيح. هذا المقتضى قد يتمثّل في واحد من هذه الأمور التي ذكرها الفصل 22 من مجلّة الحقوق العينيّة: العقد والميراث والالتصاق والاستيلاء (إلخ)[177]. أمّا الأموال المستقبلة، فتشمل كلّ ما لا يملكه الشّخص اليوم ويمكن أن يملكه في قادم حياته بالمقتضيات السّابقة نفسها. زيادة على ما تقدّم من مكوّن إيجابيّ، نجد في الذّمّة مكوّنا سلبيّا. يتمثّل هذا المكوّن في جملة الدّيون أو الالتزامات المحمولة على صاحب الذّمّة[178]. ويمكن

الذي يندرج تحته قد تمّ نسخه) أو لكونها لصيقة بالشّخص على معنى الفصل 1166 (الحقّ في الرّجوع في الهبة من أجل الجحود. ملاحظة: الفصل 1166 الحاليّ يتضمّن أحكاما مختلفة). كما أنّ قوّة العمل في ذاتها لا تبدو داخلة في الذّمّة (تبنّينا قولا مخالفا وذلك في الفقرة 17) خلافا للأجرة النّاتجة عنها. نعم لقوّة العمل بعد اقتصاديّ والإضرار بها يوجب تعويضا ماليّا، لكنّها شديدة الارتباط بالشّخص ومن ثمّ هي خارجة عن الذّمّة.

(177) حول العقد والميراث (إلخ) انظر الفقرة 158 وما بعدها.

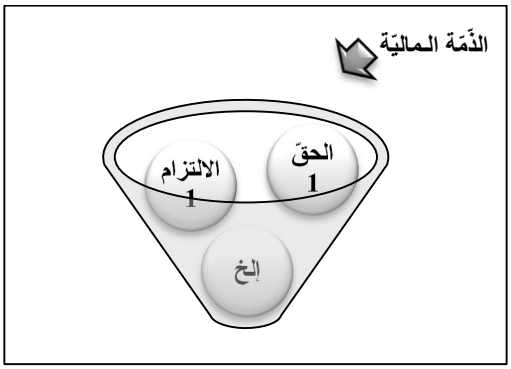
(178) انظر هذا التّأكيد في القانون الفرنسيّ عند:

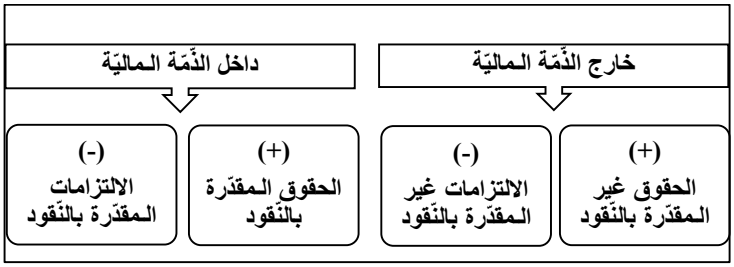
كريستيان أتياس، القانون المدنيّ. الأموال، ليتاك، باريس، ط 5، 2000، ص 19.

Christian Atias, *Droit civil. Les biens*, LITEC, Paris, 5e éd., 2000, p. 19.

للدّائن بهذه الالتزامات عقلة[179] أيّ مال من أموال المدين الموجودة في ذمّته الماليّة سواء كان هذا المال موجودا عند نشأة دينه أم اكتسبه المدين إثر ذلك.

ووجود الدّيون في الذّمة الماليّة هو الذي يجعلها «كلاّ قانونيّا» (universalité de droit) لا «كلاًّ واقعيّاً» (universalité de fait).





[179] العقلة في العرف (الفرنسيّ ومن ثمّ التّونسيّ) وسيلة تجمّد مال المدين وتحول دونه والتّفويت فيه، كلّ ذلك لفائدة الدّائن الذي يستطيع مثلا بيع ذاك المال واستيفاء حقّه منه. انظر: جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "عقلة" Saisie.

ومن المعلوم أنّ الوسط القانونيّ يفرّق بين «كُلَّيْن»: «كلٌّ قانونيّ»[180]، ومثاله الذّمّة الماليّة[181]؛ و«كُلٌّ واقعيّ»، ومن أمثلته مكتبة أو أصل تجاريّ أو قطيع غنم[182].

وفي «الكلّ القانونيّ»، ثمّ في الوقت نفسه جانب إيجابيّ وجانب سلبيّ. هذان الجانبان لا ينفصلان. وممّا يترجم الالتحام بين الجانبين أنّ الإيجابيّ منهما يسدّ عن السّلبيّ. بعبارة فنّيّة: تضمن الأموالُ الدّيونَ. في هذا المعنى يقول الفصل 192 من مجلّة الحقوق العينيّة: "مكاسب المدين ضمان لدائنيه [...]". معنى ذلك أنّ الدّائن الذي لم يحصل على دينه يستطيع عقلة مال مدينه وبيعه بيعا جبريّا واستيفاء حقّه من ثمن ذلك البيع.

أمّا في «الكلّ الواقعيّ»، فلا نجد إلّا الجانب الإيجابيّ؛ أي لا نجد إلّا مجموعة من الأموال أخِذت في مجملها، أي أخِذت على أنّها مال واحد. فالمكتبة تتكوّن من ألف كتاب مثلا. لكنّ هذه الكتب أخذت كمجموعة، أي أخذت كمالٍ واحدٍ هو المكتبة.

---

[180] جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "كلّ" Universalité.
ملاحظة: هذا هو العرف في فرنسا. لكن أشرنا سابقا إلى أنّنا أمام مفاهيم نقلت إلى تونس وليس ثمّ دليل على أنّها نقلت بمعاني جديدة.

[181] مثال آخر لـ: "كلّ قانونيّ" ورد في القانون الفرنسيّ: الأموال الخاضعة لحقّ الرّجوع في الصّور التي تعرّضت إليها الفصول 351 و352 و747 و766 من المجلّة المدنيّة. انظر هذا المثال ومثالا آخر عند: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، ص 3.

[182] ما أسمي في المتن "كلّا قانونيّا" يسمّيه "بوتييه" "كلّا في الأموال" (universalité de biens)، وما أسمي "كلّا واقعيّا" يسميّه "كلّا في الأشياء" (universalité de choses): بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 283، ص 159.

وفي القانون الفرنسيّ، تنتقل إلى الوارث ذمّة المورّث بجانبيها الإيجابيّ والسّلبيّ. الأمر مختلف في القانون التّونسيّ. فهذا تأثّر بالقانون الإسلاميّ. وفي القانون الإسلاميّ لا ينتقل إلى الوارث إلّا الجانب الإيجابيّ من ذمّة المورّث[183].

23 خاصّيّات الذّمّة الماليّة ◊ وللذّمّة الماليّة خاصّيّة أساسيّة وخاصّيّتان فرعيّتان:

والخاصّيّة الأساسيّة أنّ الذّمّة مرتبطة بالشّخص. ينجرّ عن هذا الارتباط:

أوّلا أنّ كلّ شخص له ذمّة ماليّة. فالفقير الذي لا يملك حتّى الثّوب الذي يرتديه (استعاره مثلا) له ذمّة ماليّة. ببيان آخر: كلّ إنسان له ذمّة وإن كانت فارغة من الجانب الإيجابيّ، بل وإن كانت فارغة من الجانبين الإيجابيّ والسّلبيّ. هذا الكلام ممكن إذا اعتبرنا مع الفقه أنّ الذّمّة هي القدرة على اكتساب الحقوق وتحمّل الالتزامات[184] (إذن القول إنّ الإنسان له ذمّة يساوي القول إنّ له أهليّة وجوب[185]).

---

[183] انظر الفقرة 178.

[184] انظر: جون كاربونييه، م س (الأموال)، الفقرة 5، ص 7.

[185] الأهليّة قسمان: أهليّة الوجوب، وهي الصّلاحيّة لأن تثبت الحقوق وتجب الواجبات؛ وأهليّة الأداء، وهي الصّلاحيّة لأن تُعتبَر قانوناً أقوالُنا وأفعالُنا. على هذا – إذا تركنا الأهليّة في إطار الحقوق السّياسيّة وما شاكلها، وإذا تركنا الشّخص المعنويّ – لا فرق بين أن يقال إنّ للإنسان ذمّة أو يُقال إنّ له أهليّة وجوب إلّا في التّعبير. والذّمّة يُقال إنّها متأتّية من الشّخصيّة، أمّا أهليّة الوجوب فيُقال إنّها تنجرّ لمن له وصف الإنسان. وكلّ هذا اختلاف في التّعبير ليس إلّا. ملاحظة: أهليّة الأداء تثبت لمن له وصف العاقل. ومن كان له عقل ناقص (من له ثلاث عشرة سنة) أهليّة أدائه ناقصة، ومن له عقل كامل (من له ثماني عشرة سنة) أهليّة أدائه كاملة.

ويمكن القول، لكون أهليّة الوجوب تمتلك بوصف الإنسان ولكون حدّ الإنسان أنّه حيوان عاقل، إنّ توفّر أهليّة الوجوب هو توفّر العقل بالقوّة.

ومن يملك عقلا بالقوّة، قد يملك عقلا بالفعل وقد يملك نصف عقل بالفعل وقد لا يملك عقلا بالفعل. ولأنّ امتلاك العقل بالفعل (أو امتلاك عقل ناقص أو عدم امتلاك عقل) أمر باطنيّ، فإنّه لا

يُعرف إلّا بأمر خارجيّ. يتمثّل هذا الأمر في القانون التّونسيّ في بلوغ سنّ الثّامنة عشر (الأمر الخارجيّ الذي يُعرف به عدم امتلاك عقل بالفعل هو عدم بلوغ سنّ الثّالثة عشر، والأمر الخارجيّ الذي يُعرف به امتلاك عقل بالفعل ناقص هو بلوغ سنّ ما بين الثّالثة عشر والثّامنة عشر). والعقل بالفعل هو ما يصطلح على تسميته بأهليّة الأداء.

ومن لا يملك عقلا بالفعل أو أهليّة أداء لا تُعتبر أقواله ولا أفعاله (قد توجد استثناءات في القوانين). فإذا أبرم عقدا كان كـ"لاعقد" (الوليّ ومن يقوم مقامه هو الذي يبرم العقود) وإذا فعل (مثلا أضرّ بملك الغير) كان فعله كـ"لافعل".

أمّا من يملك عقلا بالفعل ناقصا، وفيما يخصّ العقود، ننظر:

فإذا كانت هذه العقود نافعة نفعا محضا (ناقص العقل قبِل هبة، إلخ)، كانت صحيحة ولو لم يجزها الوليّ. والسّبب أنّ نقص العقل هنا لم يكن له تأثير سلبيّ على الذمّة الماليّة لناقص العقل.

أمّا إذا كانت العقود ضارّة ضررا محضا (ناقص العقل أعطى هبة، إلخ)، كانت باطلة ولو أجازها الوليّ. والسّبب أنّ نقص العقل هنا كان له تأثير سلبيّ على ذمّة ناقص العقل.

أخيرا إذا كانت العقود دائرة بين النّفع والضّرر (ناقص العقل باع مثلا. هنا لا نعرف – من مجرّد كوننا أمام بيع – أنّنا أمام عقد نافع له أو ضارّ به)، كانت صحيحة إذا أجازها الولي وباطلة إذا رفض إجازتها. لكن، وحسب الفصل 61 من مجلّة الالتزامات والعقود، تبطل هذه العقود إذا تجاوز الغبن الثّلث ولو أجازها الوليّ (انظر هذه التّفاصيل وغيرها وقد تمّ تناولها في القانون الإسلاميّ: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أصول الفقه)، الفقرة 141 وما بعدها. قرّب ما جاء أعلاه من: عبد الرّزّاق السّعيدي، أحكام الأهليّة في القانونين التّونسيّ واللبناني، القضاء والتّشريع، جانفي 1967، ص 7.

فإذا عدنا إلى عديم أهليّة الأداء ذكّرنا بأنّ عقوده يبرمها عنه الوليّ. فإذا أخذنا القانون التّونسيّ – وهو متأثّر على هذا المستوى بالقانون الإسلاميّ – وجدنا أنّ لعقود الوليّ ثلاث حالات: أن تكون ضارّة ضررا محضا، وهي باطلة (الفصل 16 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ أن تكون نافعة نفعا محضا، وهي صحيحة؛ أن تكون دائرة بين الضّرر والنّفع، وبعض هذه العقود (البيع والمعاوضة والكراء لمدّة تتجاوز الثّلاث سنوات والإنزال والشّركة والمقاسمة والرّهن وغير ذلك ممّا هو مصرّح به في القانون. هذا ما يقوله الفصل 15 من مجلّة الالتزامات والعقود. ويمكن القول – انطلاقا من كلام "دوبلا" عن الفصل 10 – إنّ المقصود بالقانون هو القانون الإسلاميّ: دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود.

ثانيا أنّ الأشخاص وحدهم هم الذين لهم ذمّة ماليّة. والمقصود بالأشخاص لا الطّبيعيّين فقط بل والمعنويّين أيضا. والشّخص الطّبيعيّ هو الإنسان. أمّا الشّخص المعنويّ فالشّركات مثلا. هنا لدينا أشخاص طبيعيّون لكلّ واحد منهم أموال داخلة في ذمّته. ثمّ هم ينشئون شركة. بهذا يخرج مال من ذممهم ويدخل في الذّمّة الماليّة للشّركة. هذه الذّمّة مستقلّة عن ذمم الشّركاء[186]. ينجرّ عن هذا أنّ دائني أولئك الأشخاص لا يمكنهم استيفاء ما لهم ممّا يوجد في ذمّة الشّركة. وبالعكس لا يمكن لدائني الشّركة أن يستوفوا ما لهم من ذمم أولئك الأشخاص. هذا الكلام مجمل، وثمّ تفصيلات واستثناءات ينبغي للقارئ أن يطلبها من مظانّها، أي من الكتب التي تتناول قانون الشّركات.

هذا عن الخاصّيّة الأساسيّة التي مفادها أنّ الذّمّة مرتبطة بالشّخص. وثمّ خاصّيّتان تتفرّعان عن الخاصّيّة الأساسيّة:

أولاهما أنّ الذّمّة لا تقبل الانتقال لا بسبب الموت ولا بين الأحياء:

تعريب محمّد المالقي، ط 1، تونس، 1367 هـ – 1948 م، ج 1، ص 50) يحتاج إلى إذن القاضي ليكون صحيحا.

حول الأهليّة في القانون التّونسيّ انظر مثلا:

منير العيّاري، إدخال مؤسّسة الحجر في القانون الوضعيّ التّونسيّ، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2009.

Mounir Ayari, *L'intégration de l'institution « Hadjr » dans le droit positif tunisien*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2009.

محمّد الزّين، النّظريّة العامّة للالتزامات. العقد، د ن، تونس، ط 2، 1997، الفقرة 83 وما بعدها.

(185) المقصود بالنّافع نفعا محضا، العقد أو التّصرّف الذي ينبئ من اسمه بأنّ فيه نفعا. فبمجرّد القول "موهوب له" نحن نقول "حاصل على نفع" دون النّظر إلى واقع المعاملة.

(186) جاء في قرار لمحكمة التّعقيب: "الذّمّة الماليّة للشّركة مستقلّة عن ذمّة الشّركاء". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 29286، 17 مارس 1993، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 266.

لا تقبل الانتقال بسبب الموت. هذا ما رأينا أنّه موقف للقانون التّونسيّ. الأمر مختلف في القانون الفرنسيّ.

لا تقبل الانتقال بين الأحياء. هنا لا فرق في الموقف بين القانون التّونسيّ والفرنسيّ. فإذا افترضنا شخصا يهب إلى آخر كلّ ما يملك، فهذا الفعل لا يعني نقل الذّمّة الماليّة للأوّل إلى الثّاني. فالذّمّة لا يمكن أن يفقدها حيّ ويكتسبها منه حيّ آخر.

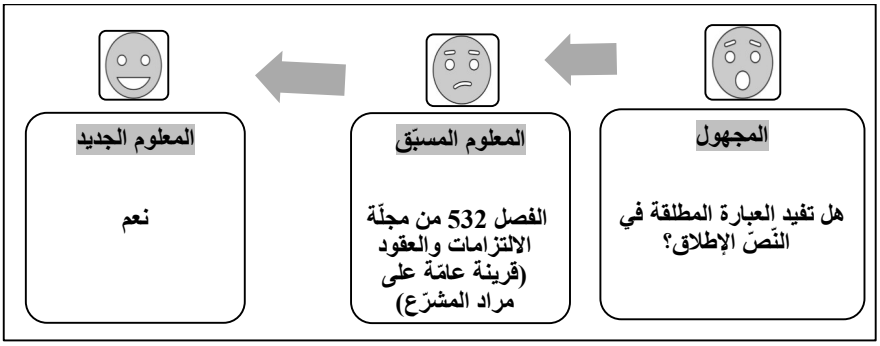
ثانيهما أنّ الذّمّة لا تنقسم؛ فهي متأتّية من الشّخصيّة؛ وإذا كانت الشّخصيّة لا تتجزّأ، فالذّمّة بالتّبع لا تقبل أن تتجزّأ. وهكذا فالشّخص الذي له أموال خصّص بعضها للتّجارة لا تصبح له ذمّة ثانية لهذا البعض من المال إلى جانب ذمّته الأولى التي وُلدت حين نزل من بطن أمّه حيّا. يترتّب عمّا جاء الآن أنّه يمكن لأصحاب الدّيون النّاشئة عن ممارسة التّجارة استيفاء ديونهم من أيّ مال من أموال المدين. فالفصل 192 من مجلّة الحقوق العينيّة – حين قال مكاسب المدين ضمان لدائنيه – مطلق• . وهو يفيد – لعدم وجود قرينة مخالفة (في الأعمال

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

التّحضيريّة) – الإطلاق؛ أي يفيد أنّ أيّ مال للمدين يضمن أيّ دين من ديونه(187).

ممّا تقدّم يخلص أنّ الذّمّة واحدة. لكنّ هذا القول تعرّض إلى النّقد وظهرت، منذ بداية القرن العشرين وتحت تأثير المدرسة الألمانيّة، نظريّة الذّمة الماليّة بالتّخصيص (patrimoine d'affectation). تعني هذه النّظريّة أن بالإمكان أن يفرد الشّخص بعضا من ماله للقيام بنشاط معيّن، كالتّجارة. عندئذ يرتبط هذا البعض من المال بهذا النّشاط لا بالشّخص، أي يكون هذا البعض فقط من المال ضامنا للدّيون المترتّبة عن ممارسة ذاك النّشاط. هكذا تكون للشّخص، بالإضافة إلى ذمّته الأولى، ذمّة مستقلّة مخصّصة لتحقيق غرض معيّن(188).

(187)



(188) في القانون التّونسيّ، يُقال إنّ المبدأ هو وحدة الذّمّة الماليّة (الفصل 192 من مجلّة الحقوق العينيّة: "مكاسب المدين ضمان لدائنيه [...]"). ويُقال إنّ لهذا المبدأ استثناءات، إذ هنالك نصوص قبل فيها المشرّع الذّمّة الماليّة بالتّخصيص. من هذه النّصوص: الفصل 90 من مجلّة الشّركات التّجاريّة ([...] يمكن أن تتكوّن الشّركة المحدودة المسؤوليّة من شريك واحد وتسمّى "شركة الشّخص الواحد ذات المسؤوليّة المحدودة" [...])، الفصل 100 من مجلّة التّجارة البحريّة (تجري العقلة التّحفّظيّة على السّفن التّونسيّة أو الأجنبيّة غير القابلة للرّهن حسب الشّروط والصّيغ الواردة بمجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. أمّا السّفن التّونسيّة أو الأجنبيّة القابلة للرّهن، فلا تجوز عقلتها إلّا لأصحاب الدّيون

مما جاء أعلاه ندرك أن ثمّ قولين: قول بالذّمّة الواحدة، وآخر بالذّمّة بالتّخصيص. والقول الأوّل تبعٌ للقول بارتباط الذّمّة بالشّخص[189].

البحريّة [...])، الفصل 308 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة (لا يقبل العقلة :1– ما يلزم للمعقول عنه وعائلته من الفراش والملابس وأواني الطبخ، 2– الآلات والكتب اللازمة لمهنة المعقول عنه إلى حدّ ما قيمته مائة دينار حسب اختياره، 3– الكتب والأدوات المدرسيّة اللازمة لتعلّم من هو في كفالة المعقول عنه من الأولاد، 4– ما يكفي من طعام المعقول عنه وعائلته مدّة خمسة عشر يوما [...]).

حول مظاهر وجود ذمّة بالتّخصيص في القانون التّونسيّ انظر:

صلاح الدّين الملّولي، «هل توجد ذمّة بالتّخصيص في القانون التّونسيّ؟»، الأحداث القانونيّة التّونسيّة، 1990، ص 9 وما بعدها.

Slaheddine Mellouli, « Ya-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien ? », *Actualités juridiques tunisiennes*, 1990, p. 9 s.

صلاح الدّين الملّولي، م س (مقدّمة لدراسة القانون)، ص 225 وما بعدها.

انظر أيضا: حاتم بن عبد الحميد الرّواتبي، الحماية القانونيّة للدّائن العاديّ، دار الميزان للنّشر، تونس، 2008، ص 348 وما بعدها، الفقرة 320 وما بعدها؛ سامي الزديني، الذّمّة الماليّة وشركة الشّخص الواحد، مذكّرة، المعهد الأعلى للقضاء، 2000 – 2001؛ جويدة قيقة، «تطوّر شركة الشّخص الواحد»، القضاء والتّشريع، فيفري 1998، ص 9؛ رضا عبد الصّادق، «شركة الشّخص الواحد ذات المسؤوليّة المحدودة»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 2001، ص 147؛ الحبيب كامل البنّاني، «شركة الشّخص الواحد ذات المسؤوليّة المحدودة»، القضاء والتّشريع، نوفمبر 2001، ص 11.

انظر في القانون المقارن: فيروز بن شنوف، الاتّجاهات الحديثة في نظريّة الذّمّة الماليّة. مبدأ وحدة الذّمّة الماليّة. شركة الشّخص الواحد. التّصرّف الائتمانيّ، دار الفكر الجامعيّ، الإسكندريّة، 2011.

(189) كتب أحدهم قائلا إنّ النّظريّة الجرمانيّة أو الموضوعيّة لا تجعل الشّخص أساس الذّمّة، بل الفكرة أو الهدف أو التّخصيص. فالرّابط بين عناصر الذّمّة (أي الحقوق والدّيون) ليس وحدة صاحبها، بمعنى أنّ هذه العناصر لا تُجمَع مع بعضها بسبب ارتباطها بشخص واحد، بل ما يجمع العناصر هو تخصيصها لإنجاز هدف واحد:

جيرار كورنو، مقدّمة. الأشخاص. الأموال، مونكريستيان، باريس، ط 11، 2003، ص 382.

وأيّا كان القول الذي نتبنّاه، فما يعنينا في نهاية المطاف هنا هو أنّ الذّمّة الماليّة وعاء يحوي نوعا من الحقوق هي الحقوق الماليّة. بل إنّ ما يعنينا أنّها وعاء يحوي الحقّ العينيّ. بل إنّ ما يهمّنا أكثر أنّها ظرف يحوي مظروفا هو الحقّ العينيّ الأصليّ(190).

المبحث الثّالث: الحق العينيّ الأصليّ

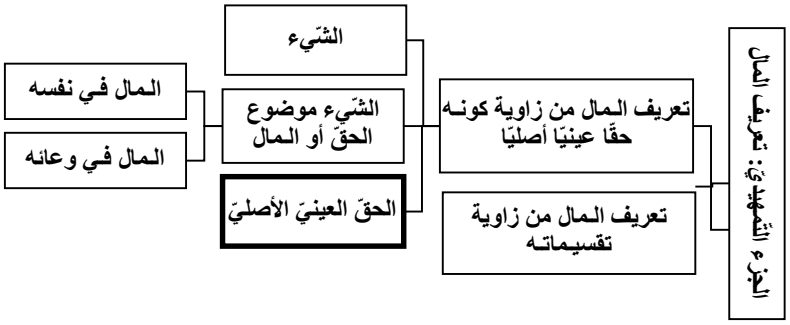
24 الحقّ العينيّ قسمان: أصليّ وتبعيّ ◊ رأينا منذ قليل الذّمّة الماليّة.

والذّمّة تحوي المال أو الحقوق التي لها قيمة نقديّة.

وتسمّى هذه الحقوق الحقوق الماليّة، وتتمثّل في: الحقّ العينيّ (droit réel)، وفي الحقّ الشّخصيّ (droit personnel) أو حقّ الدّائنيّة، وفي الحقّ الفكريّ أو حقّ الملكيّة غير المادّيّة(191).

Gérard Cornu, *Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, Paris, 11e éd., 2003, p. 382.

(190)



(191) قارن مع ما قيل حول الفقه الإسلاميّ في مسألة الحقّ الشّخصيّ والعينيّ والذّمّة ونحو ذلك: محمّد باقر الصّدر، م س (محاضرات تأسيسيّة)، ص 163 وما بعدها وص 255 وما بعدها.

فإذا اهتممنا بالحقّ العينيّ، أي بالحقّ الذي رأينا سابقا أنّه ينصبّ مباشرة على شيء مادّيّ[192]، وجدناه ينقسم إلى قسمين: حقّ عينيّ أصليّ (droit réel principal) وحقّ عينيّ تبعيّ (droit réel accessoire).

والحقّ العينيّ الأصليّ – حسب العرف – هو الحقّ الذي يقوم بذاته مستقلاّ، فلا يستند على حقّ شخصيّ (حقّ دائنيّة)، ولا يكون تابعا في وجوده لوجوده.

أمّا الحقّ العينيّ التّبعيّ، فعلى عكس ما سبق، إذْ هو لا يقوم بذاته مستقلاّ، بل يستند في وجوده لحقّ شخصيّ، أي هو يوجد ليضمن هذا الحقّ الشّخصيّ[193].

ولأنّه تابع في وجوده، أسمي حقّا عينيّا تبعيّا. ولأنّه يضمن، أسمي تأمينا (sûreté).

ولأنّه حقّ عينيّ ووظيفته أن يضمن، أسمي تأمينا عينيّا (sûreté réelle)[194].

والحقّ العينيّ الأصليّ يتكوّن من قسمين: قسمٌ نجد فيه حقّ الملكيّة، وقسمٌ نجد فيه حقوقا متفرّعة عن حقّ الملكيّة.

وحقّ الملكيّة (droit de propriété) يخوّل لصاحبه ثلاث سلطات (أو ثلاثة حقوق، لأنّ الحقّ هو سلطة كما تقدّم) على الشّيء: استعماله (user/ *usus*) واستغلاله (jouir/ *fructus*) والتّصرّف فيه (disposer/ *abusus*)[195]

---

[192] انظر الفقرة 19.

وللتّفصيل في معنى الحقّ العينيّ انظر: رابحة الغندري، «مفهوم الحقّ العينيّ»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 143 وما بعدها.

[193] انظر مثلا: صلاح الدّين الملّولي، م س (مقدّمة لدراسة القانون)، ص 195؛ يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، ص 13.

[194] عرّف الفصل 193 من مجلّة الحقوق العينيّة التّأمينات العينيّة فقال إنّها أسباب قانونيّة في تفضيل بعض الدّائنين على بعض.

[195] حول الأسماء الفرنسيّة واللاتينيّة انظر: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 121.

(ملاحظة: في اللّغة العاديّة لا فرق بين الاستعمال والاستغلال والتّصرّف. لكن في العرف القانونيّ لكلّ تعبير معنى مختلف عن التّعبير الآخر[196]). هذه السّلطات أو الحقوق هي كلّ ما يمكن أن يوجد من سلطات وحقوق على الشّيء المادّيّ[197]. لذا يوصف حقّ الملكيّة بأنّه حقّ عينيّ أصليّ كامل.

إلى جانب حقّ الملكيّة توجد حقوق عينيّة أصليّة أخرى. تتمثّل هذه الحقوق في حقّ الانتفاع (usufruit)[198]، وحقّ الاستعمال (droit d'usage)[199]، وحقّ السّكنى (droit d'habitation)[200]، وحقّ الارتفاق (servitude)[201]،

---

[196] انظر ما سيرد في الفقرة 89 وما بعدها.

[197] انظر هذا التّأكيد في القانون الفرنسيّ عند: فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، ص 87.

[198] حسب الفصل 142 من مجلّة الحقوق العينيّة (وهذا سنراه مفصّلا في وقت لاحق: انظر الفقرة 304 وما بعدها): الانتفاع = الاستعمال + الاستغلال.

فإذا أخذنا المعنى اللغويّ، لم نجد فرقا بين الاستعمال والانتفاع من جهة والاستغلال والانتفاع من جهة أخرى لكي نعدّ (كما فعل الفصل 142) الانتفاع تعبيرا جامعا للاستغلال والاستعمال. لكنّ المشرّع قرّر أن يجعل من عبارة الانتفاع حاملة لمعنى عبارتي الاستعمال والاستغلال، بعد أن شحن كلّ واحدة من هاتين العبارتين بمعنى خاصّ.

وفي الوسط القانونيّ الفرنسيّ نجد كمقابل لعبارة الانتفاع عبارة usufruit. وبيّنٌ أنّها نتاج دمج بين كلمة usus (الاستعمال) وكلمة fructus (الاستغلال).

[199] حول معنى الاستعمال، انظر الفقرة 344 وما بعدها.

[200] حقّ السّكنى هو نوع داخل حقّ الاستعمال، أي أنّ السّكنى ضرب من الاستعمال. انظر الفقرة 344.

[201] جاء في الفصل 165 من مجلّة الحقوق العينيّة أنّ "الارتفاق حقّ مرتّب على عقّار لمنفعة عقّار آخر يملكه شخص غير مالك العقّار الأوّل". حول الارتفاق انظر الفقرة 352 وما بعدها.

ولقد كتب في إطار القانون الفرنسيّ (فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، الفقرة 367، ص 95) عن الحقوق الواردة للتّوّ وعن الفرق بينها وبين وضعيّات أخرى معروفة أكثر لدى النّاس كالكراء، فقيل: إنّ العلاقات القانونيّة التي تنشأ يمكن تنظيمها في شكل حقّ عينيّ أو في شكل حقّ شخصيّ (حقّ

دائنيّة). مثال ذلك: حقّ الاستفادة (jouissance) بشيء على ملك الغير يمكن إنشاؤه إمّا كحقّ انتفاع (usufruit)، أي كحقّ عينيّ، وإمّا كحقّ مكتر، وهو حقّ شخصيّ. مثال آخر: حقّ المرور على أرض يمكن تنظيمه كحقّ ارتفاق، أي كحقّ عينيّ، كما يمكن تنظيمه كحقّ دائنيّة. ونعرف أنّنا أمام حقّ عينيّ حين يكون صاحب الحقّ (صاحب حقّ الانتفاع أو الارتفاق) له سلطة الاستفادة من الشّيء مباشرة. ونعرف أنّنا أمام حقّ شخصيّ، إذا كان صاحب الحقّ (المتسوّغ) ينبغي عليه المرور عبر شخص آخر (المسوّغ) للحصول على المنفعة المنتظرة من الشّيء. واختيار التّنظيم الأوّل له آثار تختلف عن اختيار التّنظيم الثّاني. فالحقّ العينيّ كما سنرى ذلك أقوى من الحقّ الشّخصيّ.

وفي القانون نفسه، أي القانون الفرنسيّ، قيل (فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 778) إنّ حقّ المنتفع عينيّ أمّا حقّ المكتري فشخصيّ. فالكراء لا ينتج إلّا التزامات متبادلة والمسوّغ ليس لديه إلّا حقّ دائنيّة ضدّ المتسوّغ الذي وعده بتمكينه من الانتفاع بالشّيء. الأمر مختلف فيما يخصّ علاقة مالك الرّقبة بالمنتفع. فبين هذين الشخصين لا توجد علاقة لا عقديّة ولا حتّى قانونيّة. والاختلاف بين الوضعيّتين يؤدّي إلى عدّة نتائج. أوّلا: أنّ المنتفع، كصاحب حقّ عينيّ، يمكنه أن يعارض بحقّه الجميع. مثال ذلك أن يعارض الغير الذي يدّعي الملكيّة أو الذي عمد إلى الحوز سواء كان حسن أو سيّئ النّيّة. ويمكنه لأجل هذا أن يقوم بالدّعاوى الحوزيّة بل وأيضا بدعوى عينيّة استحقاقيّة خاصّة هي دعوى الاعتراف بحقّ الانتفاع (action confessoire d'usufruit). في المقابل لا يمكن للمتسوّغ، باعتباره مجرّد دائن للمسوّغ، أن يعارض بحقّه الغير الذي ينازع في ممارسته له. لكن يمكن للمتسوّغ إذا شاغبه الغير أن يقوم على المسوّغ لأنّه ضامن للانتفاع الهادئ والنّافع. ثانيا: أنّ حقّ المنتفع بعقّار حقّ عقّاريّ، أمّا حقّ متسوّغ العقّار فمنقول. ثالثا: المنتفع يأخذ الشّيء على الحال التي هي عليها عند بداية الانتفاع، أمّا المتسوّغ فيمكنه أن يطالب بتسليمه الشّيء في حالة جيّدة. رابعا: لا يلزم مالك الرّقبة بإصلاح الشّيء طيلة الانتفاع ولا يضمن الانتفاع الهادئ، وكلّ ذلك بخلاف المتسوّغ.

لكن من المعلوم أنّ المشرّع، بزيادته في حقوق المتسوّغ، أنقص من الاختلافات بين الانتفاع والكراء.

والإجارة الطّويلة (emphytéose) [الحقّ الذي هو الإجارة الطّويلة أو الكراء الأمفتيوزي][202]، وحقّ الهواء (droit de superficie)[203]، والإنزال [الحقّ الذي هو الإنزال][204] والكردار [الحقّ الذي هو الكردار][205].

---

[202] في معجم المصطلحات القانونيّة الفرنسيّة، "الأمفتيوز" حقّ عينيّ على عقّار مادّيّ (في العادة عقّار ريفيّ، لكن ليس هذا ضروريّا) يولد من كراء أمفتيوزيّ (bail emphytéotique) ويتميّز بطول مدّته (من 18 إلى 99 سنة) وبضآلة ما يُدفع لقاءه من مرتّب وبإمكانيّة التّفويت فيه ورهنه. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "الإجارة الطّويلة" Emphytéose.

كما جاء في المعجم نفسه أنّ الكراء الأمفتيوزيّ هو كراء يعطي بمقتضاه المالك عقّارا لمدّة تتراوح بين 18 و99 سنة وبمقابل زهيد على أن يلتزم الطّرف المقابل بغرس وبتحسين العقّار المكترى. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "الإجارة" Bail.

انظر أيضا حول الأمفتيوز:

هنري-روبير-فيليب فوش، الأمفيتيوز في القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ، الإخوة شارل دي مورغ ورثة دي فانشون، باريس، 1885.

Henri-Robert-Philippe Fauche, *De l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Charles De Mourgue frères, Successeurs de Vinchon, Paris, 1865.

ليون جوفري، الأمفيتيوز، طباعة لاهور، باريس، 1875.

Léon Geoffray, *De l'emphytéose*, Typographie Lahure, Paris, 1875.

جورج ج توسيليسكو، دراسة تاريخيّة وقانونيّة عن الأمفيتيوز في القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ وقانون رومانيا، ألفونس ديرين، باريس، 1883.

Georges G. Tosilesco, *Etude Historique et juridique sur l'emphytéose en droit romain, en droit français et en droit roumain*, Alphonse Derenne, Paris, 1883.

ليون لاباسيت، دراسة للأمفيتيوز في القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ، المطبعة الإداريّة م كليدير، تولوز، 1900.

Léon Lapasset, *Etude de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Imprimerie Administrative M. Cléder, Toulouse, 1900.

جون-لوك تيكسييه، الكراء الأمفيتيوزي، الموسوعة المدنيّة دالوز، أكتوبر 1997.

Jean-Luc Tixier, « Bail emphytéotique », *Rép. Civ. Dalloz*, octobre 1997.

وفي القانون التّونسيّ قيل: "من الحقوق التي أدخلها القانون العقّاريّ (المؤرّخ في 1885) في أحكامه ولم يُكتَب لها الرّواج المنتظر في التّعامل بين الأفراد، وإنّما اقتصر في التّطبيق على اعتمادها خاصّة في نظام اللزمات، حقّ الامفتيوز. وقد عرّفه هذا القانون بفصله 147 (هنا ثمّ خطأ، إذ الفصل هو 146) بأنّه «حقّ مِلْكِيّ عقّاريّ يقتضي التّصرّف في عقّار بشرط دفع راتب سنويّ لصاحبه اعترافا بملكيّته. والرّاتب المذكور يكون إمّا نقودا أو غلّة». كما بيَّن من جهة أخرى (هنا ثمّ خطأ إذ يتعلّق الأمر بالفصل الموالي لا بالفصل نفسه، والفصل الموالي – بعد إصلاح الخطأ الأوّل الذي أشرنا إليه منذ حين – هو الفصل 147) أنّ مدّته لا تقلّ عن عشرين عاما ولا تزيد على تسعة وتسعين عاما. ولم يقبل المشرّع زمن إحداث هذا الحقّ أن يكون لمدّة ثلاثة أجيال مثلما كان الأمر بفرنسا القديمة. وقد أضاف القانون العقّاريّ في أحكامه أنّ كلّ إجارة مدّتها 20 عاما أو أكثر تُحمل على أنّها إجارة أمفيتيوزيّة، ما لم يشترط المتعاقدان خلاف ذلك صراحة بالعقد أو بعقد منفرد.

"واستمدّت أحكام الأمفيتيوز من القانون البلجيكيّ المؤرّخ في 10 جانفي 1824 الذي اعتبر مدّتها الدّنيا 27 عاما. وقبِل المشرّع تطبيق هذه الأحكام بالبلاد التّونسيّة زمن وضعه للقانون العقّاريّ عام 1885 لتوافقها مع أحكام الشّريعة الإسلاميّة التي ترى في الإجارة بيع منفعة بعوض غير ناشئ عنها، ولانسجامها مع الهدف الذي كان يرمي إليه مشروع التّسجيل العقّاريّ. وقد اعتبرت إجارة الأمفيتيوز نوعا من الحكر المعروف في البلاد المصريّة لانتشال أراضي الوقف أو الأراضي المملوكة من الخراب والتّلف، فتُكرى لمدّة طويلة بمقابل زهيد لقاء إصلاحها وإزالة الرّكام عنها وغرس الشّجر أو إقامة البناء فيها. وبعد انتهاء المدّة التي يمكن تحديدها جزئيّا بما لا يرهق الأصل ترجع العين لمالكها.

"وقد عرفت هذه الإجارة بالإجارة الطّويلة، فهي وقتيّة وليست أبديّة.

"وهي تتضمّن تجزئة الملكيّة إلى رقبة ومنفعة. فالرّقبة يمثّلها الرّاتب السّنويّ (أي المؤجِّر). والمنفعة تكون بيد المستأجر، يتصرّف فيها تصرّف المالك في ملكه بالإحالة، والكراء الثّاني، والرّهن، وكذلك بتوظيف أيّة حقوق ارتفاقيّة ما دامت الإجارة قائمة، بحيث ينبغي على المستأجر إجارة طويلة فحسب ألّا يفعل شيئا بالعين المأجورة ينقص من قيمتها". الهادي سعيد، م س، ص 252 و253.

وجاء في "مطلع الدّراري بتوجيه النّظر الشّرعيّ على القانون العقّاريّ" (هذا العنوان هو لـ: محمّد بن عثمان السّنوسي. وهو تعليق على ما يعرف بالقانون العقّاريّ الصّادر في غرّة جويلية 1885. وإذا شئنا أن نكون أكثر دقّة، قلنا هو بحث في مدى تطابق هذا القانون مع القانون الإسلاميّ. فلقد وجد في نهاية القرن التّاسع عشر للميلاد مفهوم "توجيه النّظر الشّرعيّ" على القوانين التي كانت

تصدر حينذاك مثل عهد الأمان ومثل ما سيصبح بعد ذلك مجلّة الالتزامات والعقود. بعبارة واحدة: وجدت أعمال غايتها تحديد مطابقة ما استحدث من قوانين مع القانون الإسلاميّ، وأسميت هذه الأعمال بـ: توجيه النّظر الشّرعيّ. فإذا عدنا إلى عمل محمّد بن عثمان السّنوسي، قلنا إنّ قطعة منه موجودة الآن في شكل مخطوط في المكتبة الوطنية التّونسيّة، ورقم ترفيفها هو: A-MSS 20631-. ثمّ إنّ هذا العمل قد نقل في كتاب من جزأين لـ: محمّد الطّاهر السّنوسي: دائرة التّشريع التّونسيّ. القانون العقّاريّ، المطبعة العصريّة، تونس، ط 1، 1377 هـ/ 1957 م. ومن هذا الكتاب لـ: محمّد الطّاهر السّنوسي سنأخذ ما سيحتاجه عملنا من "مطلع الدّراري" لـ: محمّد بن عثمان السّنوسي):

"الامفتيوز، وهو الكراء لمدّة أقلّها عشرون سنة وأكثرها تسع وتسعون سنة. وهذا أخذ من القانون الرّومانيّ. وقد جرى الرّومانيّون في العقّارات التي يعجز مستحقّها عن القيام بوجه عمارتها. واعتبره القانون الفرنسيّ القديم إشارة (هكذا وردت، وهو خطأ مطبعيّ، والتّعبير الصّحيح: إجارة) طويلة، لكن انفرد عن المنفعة بسبب طول المدّة وسعة التّصرّف حتّى جعله فقهاء القوانين حقّا عقّاريّا يصحّ رهنه. وحيث أنّ مدّته لا محالة محدودة فهو مخالف للإنزال الذي هو أبديّ عندنا. نعم الأمفتيوز يوافق الاحتكارات التي توجد بمصر في الأراضي المحبّسة لمدّة تسعين سنة وأفتى فيها علماء المالكيّة هنالك منذ عصور على ما يأتي من إيضاح وتعليق على الأمفتيوز". مطلع الدّراري، في: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 37 و38 (الإيضاح والتّعليق سيأتي في: ج 1، ص 233 وما بعدها).

(203) جاء في مطلع الدّراري: "هواء الأرض [...] نوع من الملك موجود في الأحكام الرّومانيّة. واعتبره قانون البلجيك. ويوجد في الأملاك التّونسيّة من عدّة أبواب منها صحّة بيع الهواء عندنا. ومنها بيع الخلوّ دون الرّقبة فتكون الأرض لمالكها يأخذ كراءها ما دام بناءه قائما عليها؛ فإذا اندرس، خلصت الأرض لصاحبها. وأرى من هواء الأرض أحكام المغارسة، أي كون المالك يعطي أرضه لمن يغرس فيها شجرا على وجه الاشتراك في المنفعة فيترتّب عليه اشتراك في العين. وهذه الوجوه صحيحة شرعيّة في مذهبنا المالكيّ، وجرى عليها حكم كثير من الأملاك التّونسيّة، ولذلك قرّرها القانون العقّاريّ". مطلع الدّراري في: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 38. وجاء في صفحة 238 وما بعدها، أي تحت الفصول 150 وما بعدها المتعلّقة بحقّ الهواء، تفصيل أكبر فقيل إنّ هذا الحقّ لا يوجد في المجلّة المدنيّة الفرنسيّة "وقد اعتبره القانون العقّاريّ نظرا لأحوال الأملاك التّونسيّة إذ يوجد فيها أنّ الأرض تكون ملك شخص ومشمولاتها من بناء أو شجر ملكٌ لآخر. وهذه الطّريقة في التّملّك شرعيّة جرت على المذهب المالكيّ من صحّة بيع الهواء.

"وهنا نذكر تفصيله الشّرعيّ إذ يجوز عندنا بيع هواء تحت بناء، وبيع هواء فوق بناء، وبيع هواء فوق هواء إن وصف البناء، وأولى من جميع ذلك بيع هواء الأرض الخاصّة.

"أمّا بيع الهواء تحت البناء، ففيما إذا كان علوّ لرجل، فيبيع أسفله إلى آخر يتصرّف في هوائه إلى حدّ السّقف الذي عليه العلوّ فقط.

"وأمّا بيع الهواء فوق البناء، ففيما إذا كان سفل لرجل فيبيع أعلاه لآخر على أن يبني فوقه. وهذا يلزم فيه عند التّعاقد وصف البناء الذي يريد إحداثه، لأنّ هذا المالك الجديد قد ملك جميع الهواء الذي فوق الأسفل من سطح الأسفل إلى عنان السّماء. لكن مع كونه ملكا له، لا يجوز له الارتقاء فيه إلّا برضى صاحب الأسفل لأنّ ضرر ذلك يعود على بنائه.

"وأمّا بيع الهواء فوق الهواء، فهو فيما إذا كانت أرض لرجل، وأراد أن يبني فيها سفلا، فيقول له آخر بعني عشرة أذرع فوق ما تبنيه بأرضك. وهذا يلزم فيه وصف البناءين بأن توصف قوّة الحائط الأسفل بمقدار عرضه وكيفيّة بنائه وارتفاعه، ويوصف بناء الأعلى بقدر الارتفاع وبكونه من حجر أو آجر، وهذا الوصف يكون بالعادة ويكون باللفظ للخروج من الجهالة والغرر لأنّ صاحب الأسفل يرغب في خفّة بناء الأعلى وصاحب الأعلى يرغب في ثقل بناء الأسفل وعظمه، فاختلفت رغبتهما، وعلى كلّ حال مع تحديد ارتفاع بناء الأعلى فأصل الهواء الذي فوقه صار ملكا له لا يجوز للأسفل أن يرفع البناء فوق ما فوقه ولا أن يرتفق بسطحه لأنّه ليس من الأفنية، كما أنّه لا يجوز لصاحب الأعلى أن يزيد عليه بناء آخر لما فيه من الضّرر للأسفل، وإنّما له الانتفاع بسطحه بغير البناء، وهذا التّفصيل مذكور في شرح قول خ (أي: خليل). وجاز بيع هواء فوق هواءان [...]

"وأمّا هواء فوق أرض، كأن يقول إنسان لصاحب الأرض بعني عشرة أذرع من الفراغ الذي فوق أرضك أبني فيها بيتا، فيجوز ولا يتوقّف الجواز على وصف البناء إذ الأرض لا تتأثّر بذلك، ويملك المشتري باطن الأرض كما هو المعتمد، وتحديد الفراغ بعشرة أذرع هو الذي جعل البيع من بيع الهواء دون الأرض لأنّ مالك الأرض يملك جميع الفراغ الذي فوقها.

"وهذه الصّور الشّرعيّة في الملك أكثرها جار في المملكة التّونسيّة [...]".

ودائما عن حقّ الهواء، جاء في كتاب آخر (الهادي سعيد، م س، ص 275 وما بعدها): "كانت مؤسّسة هواء الأرض كثيرة التّطبيق في تونس سواء في العقّارات أو في الرّباع (الرّبع عقّار مبنيّ). وكانت تظهر في مظاهر مختلفة على أساس التّفريق بين الأرض وهوائها، أي التّجزئة بين الرّقبة والمنفعة.

"ففي العقّارات تجد الأرض على ملك شخص وما يُغرس فيها من شجر ويُقام عليها من بناء على ملك شخص آخر.

"وفي الرّباع تجد شخصا يملك السّفل وآخر يملك العلوّ فوقه وثالثا يملك الأعلى فوقهما.

"كما تجد في صور أخرى نظام الخلوّ (هو كراء مؤبّد يمكن عقده في الرّباع، وموضوعه «فضاء المحلّ أو هواؤه المنحصر بين أرضه وجدرانه وسقفه. فالأرض والجدران والسّقف يعبَّر عنها بالرّقبة وتبقى ملكا خالصا للمالك. أمّا الفضاء والهواء المعبّر عنهما بالخلوّ فهو نطاق وحيِّز المنفعة التي يتصرّف فيها المكتري لقاء دفع معلوم الكراء المؤبّد». الهادي سعيد، م س، ص 236) وما يتفرّع عنه من خلوّ المفتاح (هو نوع من الخلوّ، ويهمّ الملك والوقف معا. «وله صفة من صفات الإنزال من حيث أبديّة المدّة وأداء معلوم الكراء والقرار دون التّفويت، لكنّه لا يرقى إلى مرتبة الحقّ العينيّ. وقد عرّفته مجلّة الالتزامات والعقود بفصلها 984 بأنّه عقد يسوّغ به مالك عقّار أو ناظر وقف لغيره حقّ القرار بذلك العقّار على وجه الكراء المؤبّد على أن يقوم صاحب الخلوّ بإصلاحه وحفظه وبأداء كراء معيّن». الهادي سعيد، م س، ص 236) وخلوّ النّصبة (هو نوع آخر من الخلوّ. وقد عرّف الفصل 991 النّصبة بأنّها حقّ القرار بدكّان ونحوه ممّا هو معَدّ لصناعة أو تجارة يلتزم المكتري بأن يؤدّي للمالك في مقابلته كراء معيّنا لا يتغيّر، ويستقرّ هذا الحقّ للمكتري بإدخال آلاته ومواعين خدمته للمحلّ، ويدوم ما دامت تلك الأدوات والمواعين. «وفي المذهب الحنفيّ يعبَّر عن النّصبة والمفتاح بالكدك [...] ولا تنجرّ عنهما تجزئة الملكيّة، بل إنّ هذه الملكيّة تبقى خالصة بيد المالك ولا يمكن أن يقع المساس بها بتاتا. نعم يحقّ لصاحب النّصبة أو لصاحب المفتاح أن يحيل حقّه في التّصرّف للغير مثل المستنزل، لكن لا يجوز له إطلاقا أن ينال من حقّ الملكيّة بتوظيف حقوق ارتفاقيّة أو تسليط رهون على العقّار. ولهذا لم يرق خلوّ المفتاح [...] وكذلك خلوّ النّصبة إلى مرتبة الحقّ العينيّ في نظر القانون العقّاريّ القديم، ولا في نظر مجلّة الحقوق العينيّة الجاري بها العمل الآن مثلما هو الأمر بالنّسبة للإنزال أو لحقّ الهواء، بالرّغم عن منعهما بالنّسبة للمستقبل». الهادي سعيد، م س، ص 238) وخلو الحزقة (هو تملّك اليهوديّ لخلوّ عقّار سكنيّ ملكيّة أبديّة بنقود زائدة على قدر الكراء المؤبّد: الهادي سعيد، م س، ص 239) وخلوّ الجلسة («هو ملك الخلوّ بكراء على التّبقية، أي أنّ المكتري له حقّ التّمسّك والبقاء بمحلّ حرفة ما دام يدفع الكراء ولا أحد يزيد عليه في معلومه لقلّة الرّاغبين. فلا يقع إخراجه لأنّه أصبح مقدّما على غيره في الاستمرار على كرائه والجلوس بالمحلّ دون تحديد المدّة، فهو مالك لمنفعة خلوّه. وقد أجاز بعض الفقهاء في المغرب بيع الجلسة»: الهادي سعيد، م س، ص 241) [...]

"وكانت الشّريعة الإسلاميّة تجيز التّعامل بنظام هواء الأرض فيما يراه المذهب المالكيّ ودوّنته كتب المتأخّرين من الفقهاء بحيث يجوز مثلا بيع هواء تحت بناء، وبيع هواء فوق بناء، وبيع هواء فوق هواء [...]

"(ومؤسّسة حقّ الهواء موجودة في القانون البلجيكيّ وغير موجودة في القانون الفرنسيّ)

"ولمّا حان وقت إعداد القانون العقّاريّ عام 1885، لجأ مشرّع الحماية إلى القانون البلجيكيّ، فاستمدّ منه حقّ هواء الأرض وأثبته بثلاث فصول منه كحقّ عينيّ عقّاريّ دون أن يشمل جميع صوره المعروفة في عرف الاستعمال بتونس. وعرّفه ذلك القانون بفصله 150 بأنّه «حقّ ملكيّ عقّاريّ يجوز بمقتضاه للإنسان أن يبني أو يغرس أو يعمل نحو ذلك بأرض إنسان آخر». وهو يعبّر عنه أيضا بحقّ السّطحيّة وحقّ المساحة. وعبّرت عنه مجلّة الحقوق العينيّة فيما بعد بحقّ الهواء.

"وهو يظهر جليّا في التّطبيق في نظام السّفل والعلوّ، حيث يستقلّ كلّ بناء بمالكه على انفراد غالبا. وعلى هذا الأساس يمكن تسجيل السّفل وتسجيل العلوّ كلّ واحد منهما باستقلاله مع تخصيصه برسم عقّاريّ على حدة [...]

"(وجاءت مجلّة الحقوق العينيّة وحجّرت في الفصل 191 إنشاء حقّ الهواء ابتداءً من تاريخ إجراء العمل بالمجلّة) وفي ظنّي أنّه كان من العوامل التي ساعدت على اتّخاذ القرار في التّحجير وجود بناء من هذا النّوع أمام المقرّ السّابق لكتابة الدّولة للعدل بشارع باب بنات، بقي عدّة سنين خرابا [...]

"وهكذا أصبحت أحكام المجلّة في خصوص ملكيّة الطّبقات هي المنطبقة على جميع الأبنية ولو كانت تشمل على سفل وعلوّ فقط، لكن هذا الانطباق ينحصر فيما سيقع إحداثه بعد دخول المجلّة حيّز التّنفيذ. أمّا البناءات القديمة من هذا النّوع، وكذلك المنشآت والغراسات بملك الغير التي ما زالت موجودة في بعض الجهات، فتبقى خاضعة للنّظام السّابق إلى أن تزول بطبيعتها": الهادي سعيد، م س، ص 275 وما بعدها.

(204) جاء في الفصل 954 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ الإنزال عقد "[...] يحيل به المالك أو ناظر الوقف حوز العقّار والتّصرّف فيه إلى الأبد على أن يلتزم المستنزل بأداء مبلغ سنويّ أو شهريّ لا يتغيّر [...]".

وجاء في مطلع الدّراري: "الإنزال ودخل الإنزال [...] حقّان دارجان في المملكة التّونسيّة دون فرنسا، ولذلك أثبتهما القانون العقّاريّ خاصّة. والأصل فيهما هو الحبس تُعطى منفعته للأبد بكراء معيّن. وحيث أنّ قواعد الشّريعة الإسلاميّة صريحة في أنّ الأحباس لا تُزال على ملك مالكها (ملاحظة:

هنالك موقف آخر في الفقه الإسلاميّ مفاده أنّ الوقف يزيل الملك عن الواقف: محمّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، جامعة الدّول العربيّة – معهد الدّراسات العالية، د م، 1959، ص 106 وما بعدها) وإنّما يأخذ المحبّس عليه منفعتها فقط والحبس إعطاء المنفعة خاصّة، فلا شكّ أنّ المستنزل، أي المكتري للأبد، ومستحقّ الإنزال، أي المحبّس عليه، كلاهما إنّما له المنفعة فقط: فالمحبَّس عليه له دخل الإنزال من (المال) المحبَّس، والمستنزل له من دخله ما زاد على ذلك من المنافع والغلال. ومن هذا يظهر أنّ الإنزال ودخله حقّهما أن يُعدّا في منافع العقّار. لكن اعتبر القانون حال تصرّف المستنزل بأكمل وجوه التّصرّف على الخلود مع صحّة البيع وسائر التّصرّفات الملكيّة، وهذا أكثر من المنفعة، فلذلك اعتبرهما حقّين آخرين، وجعل الإنزال ملكا". مطلع الدّراري في: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 37. انظر تفصيلا أكبر في صفحة 189 وما بعدها، أي تحت الفصول 83 وما بعدها. انظر أيضا حول تفاصيل النّظام القانونيّ للإنزال:

الهادي سعيد، م س، ص 185 وما بعدها.

س بارج، الفِهرس الألفبائي لفقه القضاء التّونسيّ، المطبعة الفرنسيّة ب بوريل، تونس، 1910، ص 445 وما بعدها.

S. Berge, *Répertoire alphabétique de la jurisprudence tunisienne*, Imprimerie française B. Borrel, Tunis, 1910, p. 445 s.

ب بيولي، نظام الملكيّة العقّاريّة في تونس، أرتور روسو النّاشر، باريس، 1897، ص 28 وما بعدها.

P. Piollet, *Du régime de la propriété foncière en Tunisie*, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1897, p. 28 s.

ولقد كتب أحد المؤرّخين عن الإنزال وكيف استعمله الاستعمار لخدمة مصالحه فقال: مكّن القانون المعمّرين من اقتناء أراضي الأحباس. "وهي عبارة عن أملاك ذات طابع دينيّ تنقسم إلى أحباس عموميّة وأحباس خاصّة. وكانت الأولى محبّسة على المنشآت العموميّة كالمساجد والمدارس والمستشفيات وغيرها. وتديرها جمعيّة الأحباس التي أسّسها خير الدّين باشا سنة 1874. وتقوم هذه الجمعيّة بصيانة بعض المعالم العامّة وكذلك بجميع تكاليف الحيطة الاجتماعيّة والشّعائر الدّينيّة وبجزء من تكاليف التّعليم العموميّ والأشغال العامّة وحتّى وزارة الحرب. أمّا الأحباس الخاصّة فقد وقّفت هي أيضا لفائدة الأعمال الخيريّة أو المنجزات العموميّة، غير أنّه لا يقع استثمارها في مثل هذه المشاريع العامّة إلّا في حالة انقراض الورثة. وكان كثير من الملّاكين يحبّسون عقّاراتهم حتّى يضعوها تحت حماية القانون الإسلاميّ في مأمن من جشع السّلطة وإسراف الورثة. وكانت كلّ هذه الأحباس محظورة على

ولقد منع الفصل 191 من مجلّة الحقوق العينيّة، وبداية من تاريخ إجراء العمل بهذه المجلّة، أي سنة 1965، إنشاء الحقوق التّالية: الحقّ الذي هو الإجارة الطّويلة،

الأوروبّيين باعتبارها لا تباع ولا تشترى وباعتبار صبغتها الدّينيّة. وقد رفضت سلطات الحماية مصادرتها في أوّل الأمر لفائدة الحكومة مثلما وقع ذلك في الجزائر، لأنّ هذا الإجراء يمكن أن يحدث بلبلة في البلاد مثلما عبّر عن ذلك الوزير المقيم في تقرير حول الوضعيّة الماليّة بتاريخ 12 ماي 1883. إلّا أنّ هذه السّلطات وجدت في التّشريع الإسلاميّ مخرجا لإباحة هذه الأراضي الشّاسعة للمعمّرين مستندة على عقد الإنزال الذي أوّلته حسبما تقتضيه الحاجة. ولم يكن الإنزال من حيث المبدأ سوى إيراد ثابت يدفعه المتسوّغ لصاحب الحبس الأصليّ ما دام يباشر خدمة الأرض بصورة فعليّة. وبما أنّ الأحباس غير قابلة للبيع أو الشّراء، فلا يمكن أن يصير هذا المتسوّغ مالكا للأرض [...] (غير أنّ موريس بونبار كتب قائلا) إنّ المعمّرين الذين يبحثون بكلّ شراهة عن عقود الإنزال لكي يتجنّبوا [...] شراء الأراضي (و) إتلاف رأسمال رصدوه للاستثمار، سيحرصون كلّ الحرص عندما تزدهر مؤسّساتهم (على) إلغاء الإيراد الذي يثقل ممتلكاتهم، وبإمكانهم عند ذلك التّخلّص من هذا الإيراد إذا ما وضعوا على ذمّة إدارة الأحباس عددا كافيا من أسهم الدّين التّونسيّ يضمن لها نفس المدخول. كما يمكن تزييف هذه العمليّة أمام الأهالي وذلك بتحبيس هذه الأسهم وجعلها غير قابلة للبيع إذا ما وجب ذلك". علي المحجوبي، انتصاب الحماية الفرنسيّة بتونس، تعريب عمر بن ضو، حليمة قرقوري وعلي المحجوبي، سراس للنّشر، تونس، ط 3، 2006، ص 131 وما بعدها.

(205) جاء في الفصل 980 من مجلّة الالتزامات والعقود (نقّح بالقانون رقم 23 لسنة 1957 المؤرّخ في 29 صفر 1377 و25 سبتمبر 1957): "الكردار أو الإنزال بمعيّن قابل للتّغيّر هو عقد يحيل بمقتضاه إلى الأبد صاحب عقّار أنقاض ذلك العقّار للغير ولورثته بعده ولا يحتفظ المحيل لنفسه إلّا بالرّقبة مع التزام المحال له بدفع معيّن أداء أبديّ. ويتصرّف صاحب الكردار في العقّار المحال له تصرّف المالك في ملكه نظير المستنزل على شرط دفعه معيّن الأداء". يخلص من هذا النّصّ أنّ الكردار إنزال معلومه قابل للتّغيّر. انظر تفاصيل النّظام القانونيّ للكردار عند: الهادي سعيد، م س، ص 195 وما بعدها؛ س بارج، م س (الفهرس الألبائي لفقه القضاء التّونسيّ)، ص 463 وما بعدها؛ ب بيولي، م س، ص 43 وما بعدها.

وحقّ الهواء[206]، والحقّ الذي هو الإنزال والحقّ الذي هو الكردار[207]. والمنعُ – كما يتبيّن من الفصل المذكور – منعٌ لإيجاد هذه الحقوق مستقبلا لا منعا وإلغاء لما هو موجود بعدُ منها[208].

ومن ينظر إلى الحقوق الواردة منذ قليل – سواء منها ما حُجّر إنشاؤه أو ما لم يحجّر – يجدها لا تسمح لصاحبها على الأقلّ بحقّ التّصرّف[209]. بعبارة أخرى نحن أمام حقوق منقوصة على الأقلّ من سلطة التّصرّف. لذلك ينبغي القول إنّ الحقّ العينيّ الأصليّ قسمان: حقّ عينيّ أصليّ كامل (حقّ الملكيّة)، وحقّ عينيّ أصليّ منقوص على الأقلّ من سلطة التّصرّف (حقّ الانتفاع، إلخ)[210].

---

[206] انظر تطبيقا للفصل 191 في هذا القرار لمحكمة التّعقيب: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 5063، 26 جانفي 1982، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 211.

[207] زيادة على الإنشاء، منع الفصل 191 من مجلّة الحقوق العينيّة تجديد عقود الإجارة الطّويلة. ثمّ جاء القانون عدد 24 لسنة 1974 المؤرّخ في 18 مارس 1974 (الرّائد الرّسميّ عدد 21، 19 مارس 1974، ص 630) المتمّم بالقانون عدد 75 لسنة 1999 المؤرّخ في 26 جويلية 1999 (الرّائد الرّسميّ عدد 61، 30 جويلية 1999، ص 1555) وعمد إلى تصفية حقوق الإنزال والكردار الموظّفة على العقّارات ذات الصّبغة الفلاحيّة.

[208] انظر تطبيقا للفصل 191 في هذا القرار لمحكمة التّعقيب: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2161، 21 سبتمبر 2004، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 365.

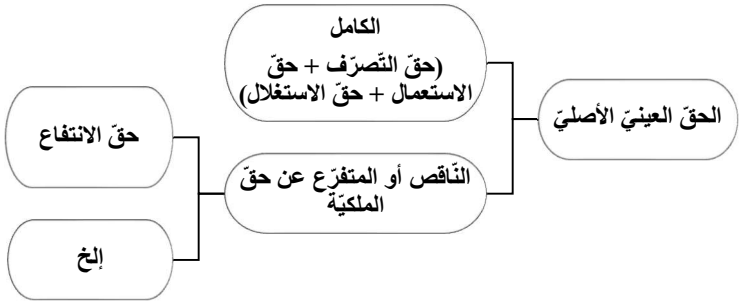
[209] انظر تدقيقا لهذا الكلام سيرد بالفقرة 119 وبالفقرة 322.

(210)

والحقّ العينيّ الأصليّ المنقوص يتفرّع عن حقّ الملكيّة. بعبارة أوضح: لدينا شخص له حقّ الملكيّة. يبقي هذا الشّخص لنفسه على الأقلّ حقّ التّصرّف، ويعطي للغير ما تبقّى. هكذا يصبح للغير حقّ عينيّ أصليّ متفرّع عن حقّ الملكيّة.

ويمكن أن نقرّب ما جاء الآن في إطار القانون التّونسيّ (وهو موجود أيضا في قوانين أخرى كالقانون الفرنسيّ وغيره) ممّا أتى في إطار القانون الإسلاميّ[211].

في هذا الإطار الثّاني نجد "حقّ الملكيّة". وهذه الملكيّة قسمان: القسم الأوّل "ملكيّة ذات العين مع ملكيّة منافعها"، أي "ملكيّة الرّقبة وملكيّة المنفعة"؛ القسم الثّاني "ملكيّة المنفعة دون الذّات والرّقبة". والملكيّة الأولى تامّة، أمّا الثّانية فناقصة. وعليه، فما نجده في القانون التّونسيّ (وغيره) تحت اسم "الحقّ العينيّ الأصليّ" نجده في القانون الإسلاميّ تحت اسم "حقّ الملكيّة". وما نعثر عليه في القانون الأوّل تحت اسم "حقّ الملكيّة" نعثر عليه في القانون الثّاني تحت اسم "ملكيّة العين والمنفعة" أو "الملكيّة التّامّة". أخيرا ما يُطلق عليه القانون الأوّل وصف "الحقّ العينيّ الأصليّ المتفرّع عن حقّ الملكيّة" يُطلق عليه القانون الثّاني وصف "ملكيّة المنفعة" أو "الملكيّة النّاقصة"[212]. وهكذا فالاختلاف اختلاف في الأسماء ليس إلّا.



(211) انظر: محمّد أبو زهرة، م س، ص 68 وما بعدها.

(212)

وإلى جانب الحقّ العينيّ الأصليّ (المتفرَّع منه والمتفرّع) – وهنا نعود إلى القانون التّونسيّ –، قلنا إنّه توجد حقوق عينيّة تبعيّة (أو تأمينات عينيّة). وتنقسم هذه

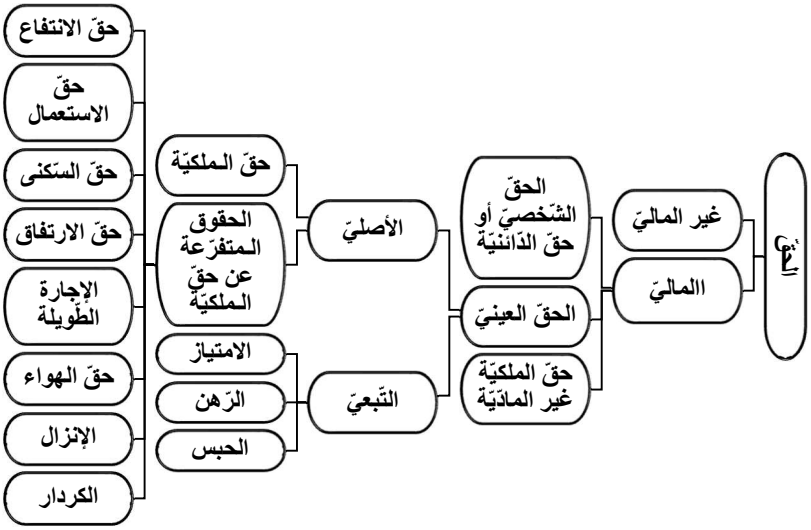


ملاحظة 1: نجد في القانون الفرنسيّ أيضا من تحدّث عن ملكيّة منقوصة: بوتييه، م س، ج 10، ص 6.

ملاحظة 2: نجد في القانون الإسلاميّ من قال إنّ الملكيّة فيه ليست حقًّا عينيًا كما هو الحال في القانون الغربيّ، بل هي "حقٌّ، وقد تكون متعلّقةً بعين خارجيّة، وقد تكون متعلّقة بمالٍ ذمّيّ (دَيْن)؛ أي إنّها حقّ يتعلّق: إمّا بالمعنى الحَرفيّ للمال، أو بالمعنى الاسميّ له، وليست مخصوصةً بالأموال بوجودها الخارجيّ". محمّد باقر الصّدر، م س (محاضرات تأسيسيّة)، ص 228.

الحقوق إلى ثلاثة أقسام: حقّ الامتياز، وحقّ الرّهن، وحقّ الحَبس[213]. ولا توجد هذه الحقوق العينيّة التّبعيّة إلّا إذا وجد حقّ شخصيّ أو حقّ دائنيّة تضمنه. وتمكّن الحقوق العينيّة التّبعيّة لصاحبها – سواء كان دائنا ممتازا أو دائنا مرتهنا أو دائنا حابسا – في صورة عدم خلاصه في دينه، التّنفيذ على المال محلّ التّأمين العينيّ واستيفاء الدّين من ثمن بيعه[214].

(213)



(214) ○ فإذا أخذنا الحقّ العينيّ التّبعيّ الأوّل وهو الامتياز، وجدنا الفصل 194 من مجلّة الحقوق العينيّة يعرّفه بأنّه "حقّ عينيّ يعطيه القانون في تفضيل بعض الدّائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظرا لصفة دينهم".

وحسب الفصل 197 ينقسم الامتياز إلى قسمين: الامتياز العامّ الذي يتسلّط على جميع مكاسب المدين، والامتياز الخاصّ الذي يتسلّط على عين معيّنة.

ويقول الفصل 199: "الدّيون الممتازة بعموم المنقول والعقّار هي ما يأتي حسب التّرتيب:

"أوّلا: مصاريف تجهيز الميّت.

"ثانيا: ديون الأطبّاء والصّيادلة والممرّضين المتألّفة من أجر العلاج وثمن الأدوية عن السّتّة أشهر الأخيرة.

"ثالثا: المصاريف القضائيّة التي صرفت في مصلحة جميع الدّائنين لحفظ ما هو ضمان للدّائنين وبيعه.
"رابعا: المبالغ المستحقّة للخزينة العامّة من ضرائب وأداءات مختلفة بالشّروط المقرّرة في النّصوص الخاصّة.
"خامسا: أجور الخدمة والعملة وكلّ أجير آخر وثمن لوازم معاش المدين وعائلته والنّفقة، كلّ ذلك عن السّتّة أشهر الأخيرة".
ويقول الفصل 200: "الدّيون الممتازة ببعض المنقول أو العقّار هي ما يأتي:
"أوّلا: بالنّسبة للمتحصّل من بيع الصّابة، الدّيون المترتّبة عن ثمن البذور ومصاريف الأشغال الفلاحيّة ومصاريف الجني.
"ثانيا: بالنّسبة لغلّة العام وللمحصولات ولما هو مستعمل لخدمة الأراضي الزّراعيّة وأثاث البيوت المكتراة، الدّيون المترتّبة عن معيّن كراء الرّبع والعقّار وما شابهها من غلال مدنيّة لمدّة العامين الأخيرين والسّنة الجارية. ولا يجرى الامتياز المذكور إذا خرجت تلك الأشياء من العين وحصل الحقّ فيها للغير إلّا في صورة نقلها مخادعة.
"ثالثا: بالنّسبة للعقّارات التي آلت للوارث إثر القسمة، ما تخلّد بذمّته من معدّل أو راتب".
انظر حول الامتيازات: بشير المنّوبي الفرشيشي، «امتياز الأجراء»، منشور في: بحوث في التّأمينات العينيّة والشّخصيّة، د ن، تونس، 1999، ص 9 وما بعدها؛ أحمد بن طالب، «امتياز المصاريف القضائيّة»، منشور في: بحوث في التّأمينات العينيّة والشّخصيّة، د ن، تونس، 1999، ص 63 وما بعدها؛ صلوحة بومية، «امتياز النّفقة»، منشور في: محاضرات في قانون التّأمينات العينيّة والشّخصيّة، د ن، تونس 2009، ص 106 وما بعدها؛ زينة الصّيد، «امتياز بائع الأصل التّجاريّ»، منشور في: محاضرات في قانون التّأمينات العينيّة والشّخصيّة، د ن، تونس 2009، ص 157 وما بعدها؛ بشير المنّوبي الفرشيشي، «ترتيب الامتيازات»، منشور في: محاضرات في قانون التّأمينات العينيّة والشّخصيّة، د ن، تونس 2009، ص 11 وما بعدها؛ محمّد سعيد، «تزاحم الامتيازات»، منشور في: دراسات في قانون التّأمينات، د ن، تونس، ط 2، 2003، ص 103 وما بعدها؛ علي كحلون، «النّظام القانونيّ للامتيازات في التّشريع التّونسيّ»، القضاء والتّشريع، العدد 3، مارس 2014، ص 9 وما بعدها؛ زينة الصّيد، الامتياز العقّاريّ، أطروحة دكتوراه، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، تونس، 2015/ 2016.
وفي القانون المقارن انظر:

أرموند لارو، الامتيازات بين الدّائنين في القانون الرّومانيّ. الامتيازات الخاصّة العقّاريّة في القانون الفرنسيّ، مطبعة دي موكيه، باريس، 1858.

Armand Larue, *Des privilèges entre créanciers en droit romain. Des privilèges spéciaux immobiliers en droit français*, Imprimerie de Moquet, Paris, 1858.

لويس لو شينيتييه، الامتيازات بين الدّائنين، الإخوة فينشون، باريس، 1883.

Louis le Chenetier, *Des privilèges entre créanciers*, Vinchon fils, Paris, 1883.

شارل-غيوم مارتيني، الامتيازات، طباعة دي مولد ورينو، باريس، 1853.

Charles-Guillaume Martini, *Des privilèges*, Typographie de Maulde et Renou, Paris, 1853.

بول موريه، الامتيازات في القانون الرّومانيّ. الامتيازات على المنقولات في القانون الفرنسيّ، الإخوة شارل دي مورغ، باريس، 1858.

Paul Mourier, *Des privilèges en droit romain. Des privilèges sur les meubles en droit français*, Charles de Mourgues frères, Paris, 1858.

◦ فإذا مررنا إلى الحقّ العينيّ التّبعيّ الثّاني وهو الرّهن، أمكن تعريفه بأنّه حقّ ينجرّ عن "عقد يخصِّص بموجبه المدين أو من يقوم مقامه شيئا منقولا أو عقّارا أو حقّا مجرّدا لضمان الوفاء بالتزام [...]" (الفصل 201 من مجلّة الحقوق العينيّة). ويخوّل حقّ الرّهن لصاحبه "[...] استيفاء دينه من ذلك الشّيء قبل غيره من الدّائنين، إذا لم يوف له المدين بما عليه" (الفصل 201 من مجلّة الحقوق العينيّة). انظر حول الرّهن في القانون الرّومانيّ والفرنسيّ:

فيليكس غوسيه، رهن المنقول والعقّار، الإخوة شارل مورغ، باريس، 1856.

Félix Gosset, *Du droit de gage ou d'hypothèque*, Charles de Mourgues Frères, Paris, 1856.

جول دي ريبار دالوزييه، رهن المنقول والعقّار في القانون الرّومانيّ، طباعة لاهور، باريس، 1871.

Jules de Ripert D'alauzier, *Du gage et de l'hypothèque en droit romain*, Typographie Lahure, Paris, 1871.

أدريام غيلار، دراسة حول إنشاء رهن العقّار الاتّفاقيّ، المكتبة الجديدة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1889.

Adriem Gillard, *Étude sur la constitution de l'hypothèque conventionnelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1889.

شارل فالسيمانيي، إشهار رهون العقّارات، أ ديرفان، باريس، 1873.

Charles Falcimaigne, *De la publicité des hypothèques*, A. Dervenne, Paris, 1873.

مارك بيليو وجاك ماستر وإيمانويل بوتمان، القانون العامّ للتّأمينات العينيّة، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1996.

Marc Billiau, Jacques Mestre et Emmanuel Putman, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, Paris, 1996.

كريستوف ألبيج وماري-بيار دومون-ليفرون، قانون التّأمينات، دالوز، باريس، 2013.

Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, Dalloz, Paris, 2013.

مانويلا بوراسين وفنسون بريمون وماري-نوال جابار-باشلييه، قانون التّأمينات، دالوز، باريس، ط 4، 2014.

Manuella Bourassin, Vincent Brémond et Marie-Noëlle Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, Dalloz, Paris, 4e éd., 2014.

ماري-نوال جابار-باشلييه وفانسون بريمون، قانون مدنيّ. تأمينات. إشهار عقّاريّ، دالوز، باريس، ط 17، 2014.

Marie-Noëlle Jobard-Bachellier et Vincent Brémond, *Droit civil. Sûretés. Publicité foncière*, Dalloz, Paris, 17e éd., 2014.

◦ أخيرا يأتي حقّ الحبس. وهو حقّ نظّمته مجلّة الالتزامات والعقود، وعرّفه الفصل 309 منها بأنّه "[...] الحقّ في حوز الشّيء الذي يملكه المدين حتّى يؤدّي ما عليه للدّائن. ولا يجري العمل به إلّا في الأحوال التي خصّصها القانون".

وحقّ الحبس يرد على العقّارات أو على المنقولات.

ومن صوره ما جاء في الفصل 310 من مجلّة الالتزامات والعقود القائل: "من حاز شيئا عن حسن نيّة، جاز له حبسه إلى أن يؤدّى له:

"أوّلا: ما أنفقه لحفظه وصيانته.

"ثانيا: المصاريف التي صرفها لإصلاحه قبل القيام عليه بالاستحقاق إلى حدّ ما زاد في قيمته. وبعد القيام عليه، لا يعتبر له إلّا الضّروريّ من المصاريف. ولا حبس لأجل مصاريف التّرف [...]".

من صوره أيضا ما جاء في الفصل 228 من مجلّة الحقوق العينيّة من أنّ الدّائن المرتهن لمنقول يمكنه أن يبقي عنده المنقول حتّى ينفّذ المدين الرّاهن التزاماته تنفيذا تامّا.

25 الحقّ العينيّ أقوى من الحقّ الشّخصيّ ◊ فإذا تركنا هذه التّفاصيل وعدنا إلى عموم الحقّ العينيّ، وجدنا الفقه[215] يقول إنّ ميزته تتمثّل في كونه يمكّن لصاحبه سلطة مباشرة على الشّيء محلّ الحقّ. هذا الكلام يصحّ على الحقّ العينيّ الأصليّ أكثر ممّا يصحّ على الحقّ العينيّ التّبعيّ. فالحقّ العينيّ الأصليّ يمكّن صاحبه من أن يستخرج مباشرة من الشّيء كلّ (هنا نجد حقّ الملكيّة) أو بعض (هنا نجد الحقوق المتفرّعة عن حقّ الملكيّة) نفعه الاقتصاديّ، أي يمكّنه من أن يستفيد مباشرة من الشّيء في الغرض الطّبيعيّ المخصّص له. الأمرُ مختلف مع الحقّ العينيّ التّبعيّ (الرّهن، إلخ). هذا الحقّ لا يمكّن صاحبه إلّا من ضمان محتمَل على الشّيء. فحتّى

ويقول الفصل 323 من مجلّة الالتزامات والعقود: "إذا لم يقع الوفاء بالدّين وأنذر المدين مجرّد إنذار، فللدّائن أن يستأذن المحكمة في بيع ما تحت يده توثقة لخلاص دينه من الثّمن قبل غيره من الدّائنين [...]".

انظر حول حقّ الحبس: الصّحبي الطريقي، «حقّ الحبس»، القضاء والتّشريع، جانفي 1996، ص 29؛ رابحة الغندري بوطار، «حقّ حبس العقّار»، منشور في: بحوث في التّأمينات العينيّة والشّخصيّة، د ن، تونس، 1999، ص 165 وما بعدها؛ علي كحلون، «حقّ الحبس من خلال مجلّة الالتزامات والعقود»، القضاء والتّشريع، جانفي 2015، ص 9 وما بعدها.

وفي القانون الفرنسيّ انظر:

أوغسطين أيناس، حقّ الحبس. وحدة أم تعدّد؟ إيكونوميكا، باريس، 2005.

Augustin Aynès, *Le droit de rétention. Unité ou pluralité*? Economica, Paris, 2005.

[215] ملاحظة: نحن دوما مع مفاهيم أخذها القانون التّونسيّ من القانون الفرنسيّ. ولأنّه لا دليل على أنّ هذه المفاهيم أريد منها معاني جديدة، فنحن نستعمل فيما يخصّ مختلف أبعادها فقها فرنسيّا.

لو كان صاحب الحقّ العينيّ التّبعيّ حائزا للشّيء (رهن المنقول)، فهو لا يستطيع الاستفادة منه في الغرض الطّبيعيّ المخصّص له[216].

فإذا مررنا الآن إلى الحقّ الشّخصيّ (أو حقّ الدّائنيّة)[217]، وجدنا الفقه يقول إنّه علاقة بين شخصين: دائن ومدين. والأوّل يمكنه إجبار الثّاني على القيام بأداء[218].

والحقّ العينيّ أقوى من الحقّ الشّخصيّ، لاحتواء الأوّل على ثلاث خصائص لا توجد في الثّاني:

الخاصّيّة الأولى أنّ الحقّ العينيّ يُعارَض به الجميع opposable *erga omnes*[219]. أمّا الحقّ الشّخصيّ فلا يُعارض به إلّا المدين. فإذا كان مصدر الحقّ الشّخصيّ عقدا، فالعقد مفعوله نسبيّ (الفصل 240 من مجلّة الالتزامات والعقود)، بمعنى أنّه لا يمكن المطالبة بالحقوق المترتّبة عنه إلّا من الطّرف المقابل. هذا الكلام صحيح لكن ينبغي "تنسيبه": أوّلا بالقول إنّ معارضة

---

[216] حول هذه المسألة، وفي القانون الفرنسيّ، انظر: جيرار كورنو، م س (مقدّمة. الأشخاص. الأموال)، ص 420.

[217] انظر الفقرة 19.

[218] انظر الفقرة 19.

[219] انظر الفقرة 149 فيما يخصّ حقّ الملكيّة والفقرة 306 فيما يتعلّق بحقّ الانتفاع الذي صاحبه الغير.

وحول هذا الوصف للحقّ العينيّ انظر هذه الدّراسة التي وضعت في إطار القانون الفرنسيّ:

مارك ليفيس، المعارضة بالحقّ العينيّ. في الجزاء القضائيّ للحقوق، إيكونوميكا، باريس، 1989.

Marc Levis, *L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits*, Economica, Paris, 1989.

انظر في القانون الأنجلوسكسونيّ من يفرّق بين الملكيّة والحقوق العقديّة (contractual rights) ويقول إنّ حقّ الملكيّة يعارض به الجميع وذلك خلافا للحقوق الثّانية: سامنتا هيبورن، م س، ص 21.

الغير بالحقّ العينيّ ليست آليّة، لأنّها وفي بعض الأحيان رهينة القيام بشكليّات معيّنة. وثانيا بملاحظة أنّ هنالك مبدأ القوّة الملزمة للعقد، وهذه القوّة نسبيّة كما سبق ولا تهمّ إلّا المتعاقدين؛ لكن ثمّ مبدأ يلازم المبدأ السّابق؛ هذا المبدأ هو مبدأ وجوب احترام الغير للعقد ووجوب عدم مساسه بقوّته الملزمة، أي مبدأ معارضة الغير بالعقد[220].

الخاصّيّة الثّانية أنّ الحقّ العينيّ يصحبه حقّ تتبّع droit de suite، وذلك على خلاف الحقّ الشّخصيّ. فمن له حقّ على عين، له حقّ تتبّعها إذا انتقلت وصارت لسبب أو لآخر تحت يد الغير. مثال ذلك: يمكن للمالك أن يسترجع الشّيء الذي صار في يد مشترٍ بمقتضى عقد كان البائع فيه شخصا غير المالك[221].

---

[220] لنفرض عقد شغل يحوي الشّرط التّالي: على العامل بعد مغادرة الشّركة نهائيّا أن لا يعمل في شركة منافسة لمدّة سنتين. ولنفرض أنّ العامل لم يحترم الشّرط وأنّ الشّركة التي تعاقد معها تعلم بوجود شرط عدم المنافسة. هنا العامل خرق القوّة الملزمة للتّصرّف القانونيّ (الشّرط). أمّا الشّركة التي تعاقد معها فليست طرفا في الشّرط. لذا فهي لم تخرق القوّة الملزمة. لكن لمبدأ القوّة الملزمة مبدأ يلازمه ويبقيه قائما: مبدأ وجوب احترام الغير للعقد وعدم مساسه بقوّته الملزمة، أي مبدأ معارضة الغير بالعقد.
على هذا يعدّ العامل مسؤولا مدنيّا على مستوى القوّة الملزمة (مسؤوليّة عقديّة). وتعدّ الشّركة التي شغّلته مسؤولة بدورها مسؤوليّة مدنيّة بمقتضى مبدأ معارضة الغير بالعقد (مسؤوليّة تقصيريّة).

[221] انظر أيضا حقّ التّتبّع في إطار حقّ الانتفاع (الفقرة 306) وفي إطار حقّ الاستعمال (الفقرة 347) الذي صاحبه الغير.
فإذا عدنا إلى حقّ التّتبّع الذي يصاحب حقّ الملكيّة، وجدنا "جينوسار" (Ginossar)، وقد كان أستاذا في بلجيكيا وفي الكيان المحتلّ لفلسطين (ما يسمّى بإسرائيل)، يقول إن لا وجود له في كلّ الحالات، فضلا على أنّ حوز المنقول من الغير يفشل كلّ فعل استرجاع يأتيه المالك الحقيقيّ.
كريستيان لارومبه، القانون المدنيّ، ج 2، الأموال. الحقوق العينيّة الأصليّة، إيكونوميكا، باريس، ط 3، 1997، الفقرة 17، ص 15.
Christian Larroumet, *Droit civil, T. 2, Les biens. Droits réels principaux*, Economica, Paris, 3e éd., 1997, n° 17, p. 15.

مثال ذلك أيضا: يمكن للدّائن المرتهن لعقّار أن يعقل ويبيع العقّار الذي باعه المدين الرّاهن وصار تحت يد المشتري. الأمر مختلف مع صاحب الحقّ الشّخصيّ. فهذا لا يملك حقّ تتبّع، لأنّ حقّه الشّخصيّ لا يتسلّط على شيء معيّن، بل يتسلّط على كامل الجانب الإيجابيّ للذّمّة الماليّة لمدينه، أي هو – وحسب الفصل 192 من مجلّة الحقوق العينيّة – حقّ في الضّمان العامّ. بعبارة أخرى: إذا لم يستوف الدّائن صاحب الحقّ الشّخصيّ حقّه، لا يمكنه التّنفيذ على المكاسب والأموال التي خرجت من ذمّة مدينه وأصبحت في يد الغير، لأنّه لا يملك حقّ تتبّعها؛ كلّ ما يمكنه هو: التّنفيذ على المكاسب الموجودة في ذمّة المدين وقت التّنفيذ.

الخاصّيّة الثّالثة أنّ الحقّ العينيّ يصحبه حقّ أفضليّة droit de préférence [(222)]، وهذا أمر لا يوجد في الحقّ الشّخصيّ. فالدّائن المرتهن له الأفضليّة في استيفاء دينه

وعلى كلّ، وحول حقّ التّتبّع في القانون الفرنسيّ انظر:

فريديريك فيلدال، حقّ التّتبّع في مادّة الرّهن العقّاريّ، مطبعة دي ش كاتال وشركاؤه، رين، 1859.

Frédéric Feildel, *Du droit de suite en matière hypothécaire*, Imprimerie de Ch. Catel et C^ie^, Rennes, 1859.

إيمانويل دانيون، حقّ التّتبّع في مادّة الامتياز ورهن العقّار، ش أوديتور وأبناؤه، رين، 1875.

Emanuel Danion, *Du droit de suite en matière de privilèges et hypothèque*, Ch. Odebthur et fils, Rennes, 1875.

أوجين ليدرلين، مقالة حول آثار حقّ التّتبّع في الرّهن العقّاريّ حسب المبادئ العامّة لمجلّة نابليون، مطبعة هودر، سترازبورغ، 1854.

Eugène Lederlin, *Dissertation sur les effets du droit de suite en matière hypothécaire d'après les principes du Code Napoléon*, Imprimerie Huder, Strasbourg, 1854.

[(222)] حول حقّ الأفضليّة انظر: حاتم المحمّدي، «حقّ الأفضليّة في التّأمينات العينيّة»، منشور في: دراسات في قانون التّأمينات، د ن، تونس، ط 2، 2003، ص 375 وما بعدها؛ أحمد بن طالب،

من ثمن بيع المال المرهون، إذا تزاحم مع دائن عاديّ صاحب حقّ شخصيّ[223]. هذا عن الحقّ العينيّ وتخويلِه صاحبه حقّ أفضليّة. أمّا الحقّ الشّخصيّ فلا يمكّن لصاحبه من ذلك شيئا. فإذا تعدّد الدّائنون الشّخصيّون للمدين نفسه، وكانت أمواله غير كافية لخلاصهم جميعا، فالحكم هو التّسوية بينهم وعدم تفضيل واحدٍ على الآخر، أي الحكم بالتّحديد – وحسب الفصل 192 من مجلّة الحقوق العينيّة – أن يقتسموا ثمن أموال المدين كلٌّ على نسبة دينه[224].

«لمحة عن التّأمينات في الفقه الإسلاميّ»، منشور في: دراسات في قانون التّأمينات، د ن، تونس، ط 2، 2003، ص 199 وما بعدها.

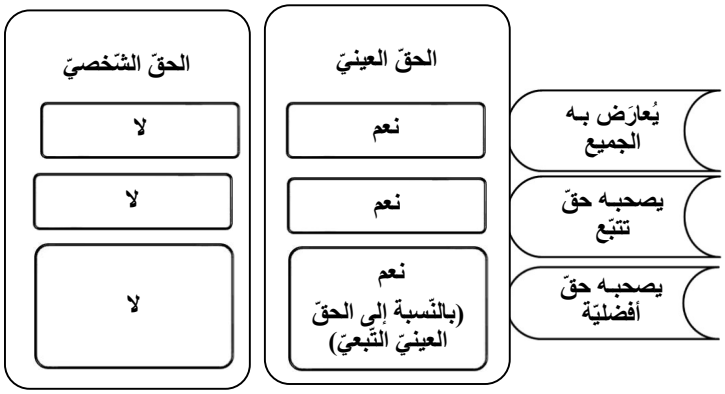
وعلى سبيل المقارنة التّاريخيّة انظر:

لويس-إيتيان-ألكسندر لاريش، حقّ الأفضليّة بين الدّائنين المرتهنين لمنقول وعقّار، الإخوة شارل مورغ، باريس، 1861.

Louis-Etienne-Alexandre Lariche, *Du droit de préférence entre créanciers gagistes et hypothécaires*, Charles de Mourgues Frères, Paris, 1861.

(223) حول حقّ الأفضليّة في إطار حقّ الانتفاع الذي صاحبه غيرٌ، انظر الفقرة 306؛ وفي إطار حقّ الاستعمال الذي له الصّاحب نفسه، انظر الفقرة 347.

(224)



26 نقد التّفرقة بين الحقّ العينيّ والحقّ الشّخصيّ ◊ ولقد انتقدت التّفرقة بين الحقّ العينيّ والشّخصيّ. فقال "بلانيول" (Planiol) إنّ الحقّ العينيّ هو بدوره حقٌّ شخصيّ لكنّ المدين ليس إنسانا محدّدا بل كلّ النّاس[225]. في المقابل، قال "سالاي" (Saleilles) إنّ الحقّ الشّخصيّ هو حقّ عينيّ. وقد اعتنى هذا الفقيه بالجانب الاقتصاديّ للأداء لا بالعلاقة بين الدّائن والمدين. ولأنّ الالتزام كغيره من الأموال يقبل الانتقال في الحياة وبالموت، استنتج "سالاي" أن بالإمكان فصله عن الأشخاص ليقترب من الشّيء الذي ينصبّ عليه[226].

27 الوضعيّات الوسط بين الحقّ العينيّ والحقّ الشّخصيّ ◊ ورغم هذه الانتقادات وغيرها[227]، بقي التّمييز بين الحقّين قائما. لكن ثمّ من يقول بإتمام المشهد عن طريق إيراد وضعيّات وسط:

فبين الحقّ العينيّ والحقّ الشّخصيّ يوجد الالتزام العينيّ (obligation *propter rem* ou obligation réelle). وهو التزام بالقيام بعمل؛ لذلك يسمّى التزاما. لكنّه التزام مرتبط بالعين لا بصاحبها؛ لذلك يوصف بالعينيّ. والمثال التّقليديّ نجده في الارتفاق[228]. فصاحب العقّار الذي يتحمّل الارتفاقَ ملزمٌ تجاه صاحب العقّار المستفيد بالارتفاق بمصاريف الأشغال الضّروريّة لممارسة الارتفاق. فإذا تنازل

---

(225) بلانيول، كتاب عامّ في القانون المدنيّ، ج 1، الفقرة 2158، ذكره: كريستيان لاروميه، م س، الفقرة 13، ص 12.

وانظر نقدا لموقف "بلانيول" عند: كريستيان لاروميه، م س، الفقرة 14 وما بعدها.

(226) انظر موقف "سالاي" عند: فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، الفقرة 95 وما بعدها.

(227) انظر انتقادات أخرى عند: جيرار كورنو، م س (مقدّمة. الأشخاص. الأموال)، الفقرة 423 وما بعدها.

(228) حول الارتفاق، انظر الفقرة 352 وما بعدها.

صاحب العقّار المتحمّل للارتفاق عن ملكيّته لهذا العقّار، زال التزامه بالمصاريف، لأنّه التزام يتبع العين لا الشّخص[229].

[229] انظر أمثلة أخرى للالتزام العينيّ في القانون التّونسيّ عند:

زينة الصّيد، «تأمّلات حول الالتزام العينيّ في القانون المدنيّ»، بصدد النّشر في: مجموعة دراسات مهداة إلى محمّد كمال شرف الدّين.

Zina Essid, « Réflexions sur l'obligation *propter rem* en droit civil », à paraître in : *Mélanges offèrts à Mohammed Kamel Charfeddine.*

وفي القانون التّونسيّ أيضا كتب أحدهم (علي كحلون، م س: التّعليق على مجلّة الحقوق العينيّة وقانون التّحيين، ص 52 وما بعدها) أنّ الالتزام العينيّ "فيه شيء من الحقّ الشّخصيّ وشيء من الحقّ العينيّ. فيأخذ بفكرة إلزام الطّرف الآخر بالقيام بعمل معيّن، ولكنّه التزام يستند إلى ملكيّة المدين للعين، يقوم بقيامها ويختفي باختفائها، ولا ينتقل مع الشّخص بل ينتقل مع العين. لذلك قيل إنّه التزام عينيّ، كما في صورة إلزام الحائز للعقّار بأن يدفع للدّائن العاقل الدّيون المستحقّة أو التّخلّي عن العقّار أو التّطهير على معنى الفصل 282 من مجلّة الحقوق العينيّة. وكما في صورة إلزام الشّريك في الحائط المشترك بأن يساهم في إصلاحه على معنى الفصل 74 من مجلّة الحقوق العينيّة. وكما في صورة إلزام مالك العقّار المرتفق بمصاريف حفظ الارتفاق على معنى الفصل 183 من مجلّة الحقوق العينيّة. ففي جميع هذه الصّور وغيرها من الصّور لم يلتزم المالك بموجب التزام شخصيّ وإنّما ملكيّته للعقّار كانت هي المحدّدة في إلزامه. فكلّما كان الالتزام مبنيّا على ملكيّة العين، كان الالتزام عينيّا، وهو في نهاية الأمر مجرّد امتداد للحقّ العينيّ وليس له علاقة بالحقّ الشّخصيّ بالرّغم من ذلك الالتزام الظّاهريّ بالقيام بعمل معيّن، ولكنّه عينيّ لأنّه لا ينصرف إلى الضّمان العينيّ، أي إلى الذّمّة الماليّة التّابعة للمدين كما هي الصّورة في الالتزام الشّخصيّ، بل يرتبط بعين معيّنة لا يتجاوزها، ولأنّه كذلك يقوم ويختفي بملكيّة العقّار، فينتقل أين يذهب العقّار، وحتّى في صورة الميراث لا ينتقل الالتزام إلى الوارث بحكم واقعة الميراث، بل بحكم ملكيّته للعين، ولأنّ المدين كذلك يمكن أن يتخلّص من التزامه إذا ترك العين أو تخلّى عنها كما في صورة حائز العقّار المرتهن على معنى الفصل 285 من مجلّة الحقوق العينيّة أو في صورة مصاريف الارتفاق على معنى الفصل 183 من مجلّة الحقوق العينيّة".

وفي القانون الفرنسيّ أورد أحدهم (آلان سوريو، م س: الذّمّة، الفقرة 10) مثال الارتفاق، وزاد عليه: مثال التّأمين المرتبط بالشّيء والذي ينتقل إلى المالكين المتعاقبين؛ مثال ضمان العيوب الخفيّة للمبيع

مقابل ما جاء الآن فإنّ بعض الحقوق الشّخصيّة صارت مصبوغة بطابع عينيّ. مثال ذلك حقّ المكتري حقّ شخصيّ؛ لكن حين يمنحه القانون حقّ البقاء[230]

أو للمبنى، فالدّين الواقع على كاهل البائع أو الباعث العقّاريّ ينتقل مع الشّيء إلى المشترين والمالكين المتتالين.

كما أورد صاحب المقالة المرجعين الآتيين:

ج أبركان، بحث في نظريّة عامّة للالتزام العينيّ في القانون الوضعيّ الفرنسيّ، أطروحة، باريس، 1957.

J. Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation* propter rem *en droit positif français*, Th., Paris, 1957.

ج سكابال، مفهوم الالتزام العينيّ، أطروحة، باريس 1، 2002 (المنشورات الجامعيّة آكس مرسيليا، 2002).

J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, Th., Paris I, 2002 (PUAM, 2002).

انظر أيضا:

جاك هنريو، «الالتزام كشيء»، منشور في: أرشيف فلسفة القانون، ج 24: الأموال والأشياء في القانون، منشورات سيراي، باريس، 1979، ص 239.

Jacques Henriot, « De l'obligation comme chose », in: *Archives de philosophie du droit. T. 24 : Les biens et les choses en droit*, Editions Sirey, Paris, 1979, p. 239.

[230] انظر: القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرّخ في 18 فيفري 1976 والمتعلّق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلّات معدّة للسّكنى أو للحرفة أو للإدارة العموميّة (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 13، 20 فيفري 1976، ص 520).

أو حقّ تجديد الكراء[231]، فهنا يُصبح الحقّ الشّخصيّ قريبا جدّا من الحقّ العينيّ[232].

28 اثنا عشر حقّا عينيّا ◊ ممّا جاء أعلاه، ينبغي الاحتفاظ بأنّ الحقّ العينيّ التّبعيّ يتمثّل في ثلاثة حقوق: حقّ الامتياز، وحقّ الرّهن، وحقّ الحبس. قبل هذا رأينا الحقّ العينيّ الأصليّ، ورأيناه يتمثّل في تسعة حقوق: حقّ الملكيّة، وحقّ الانتفاع، وحقّ الاستعمال، وحقّ السّكنى، وحقّ الارتفاق، والإجارة الطّويلة (الحقّ الذي هو

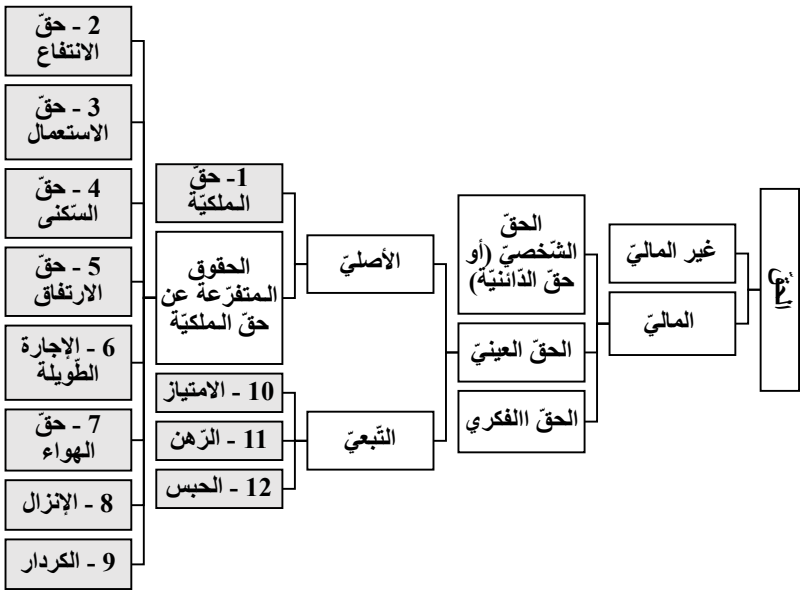
[231] انظر القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرّخ في 25 ماي 1977 والمتعلّق بتنظيم "العلاقات بين المسوّغين والمتسوّغين فيما يخصّ تجديد كراء العقّارات أو المحلّات ذات الاستعمال التّجاريّ أو الصّناعيّ أو المستعملة في الحرف (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 38، 31 ماي – 3 جوان 1977، ص 1549).

[232] انظر هذا التّأكيد وقد أتي به في القانون الفرنسيّ: جيرار كورنو، م س (المقدّمة. الأشخاص. الأموال)، ص 424 وما بعدها.

الإجارة الطّويلة)، وحقّ الهواء، والإنزال (الحقّ الذي هو الإنزال)، والكردار (الحقّ الذي هو الكردار)[233].

29 قائمة الحقوق العينيّة: مغلقة أم مفتوحة؟ ◊ والسّؤال الآن: هل أنّ هذه القائمة المتكوّنة من اثني عشر حقًّا عينيًا مغلقةٌ أم مفتوحة؟ بتعبير مغاير: تناول القانون

(233)



حقوقا ووصفها بالعينيّة (مثلا الفصل 12 من مجلّة الحقوق العينيّة[234])، فهل يمكن أن توجد حقوق عينيّة غير التي أوردها القانون بهذا الوصف؟•

في فرنسا طُرِح مثلُ هذا السّؤال، وقُدِّم له جوابان:

الجواب الأوّل بالنّفي[235]. ينتج عن هذا الجواب أن يوجد فارق إضافيّ بين الحقّ العينيّ والحقّ الشّخصيّ (حقّ الدّائنيّة)[236]. في الحقّ الشّخصيّ، وتطبيقا لمبدأ الحرّيّة التّعاقديّة، يمكن للأفراد أن ينشئوا ما يعنّ لهم من العلاقات غير الواردة في القانون، أي يمكنهم إنشاء حقوق شخصيّة لم يتعرّض لها القانون[237]. الأمر مختلف – حسب أصحاب الجواب الأوّل – مع الحقوق العينيّة. ويمكن أن نصوغ أهمّ حجّة لهم في قالب قياس (syllogisme) أوّل وقياس ثان.

---

[234] همّ النّصّ الحقوق العينيّة العقّاريّة. لكنّ السّؤال الوارد في المتن أعمّ، ويشمل الحقوق العينيّة التي تنصبّ على منقول (حول العقّار والمنقول، انظر الفقرة 32 وما بعدها).

وينبغي التّنبيه إلى أنّ بعض الحقوق كالملكيّة تهمّ العقّار والمنقول معا. أمّا البعض الآخر فلا يهمّ إلّا العقّار مثل حقّ السّكنى (لكن انظر الفقرة 350).

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون (هي صورة إطلاق يسمّى بالمقاميّ. وقد تناولناها بهذا العنوان في كتابنا المتعلّق بالمنهجيّة (م س: المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، الفقرة 293).

[235] قدّم هذا الجواب الفقهُ الغالب: "دومولومب"، و"كاربونييه"، والإخوة "مازو" و"شاباس"، و"زناتي" و"ريفي". انظر هذا القول عند: فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، ص 89.

[236] تناولنا الفوارق بين الحقّين في الفقرة 25.

[237] في مادّة العقود، يُتحدّث عن عقود مسمّاة (أي عقود نظّمها القانون في ذاتها) وعقود غير مسمّاة (أي عقود لم ينظّمها القانون في ذاتها، بل فقط من خلال القواعد التي تعمّ جميع العقود).

القياس الأوّل:

القوانين التي تضبط الحقوق العينيّة وتنظّمها هي قوانين تهمّ الغير وطرق نقل الأموال والاستقرار التّعاقديّ (مقدّمة صغرى).

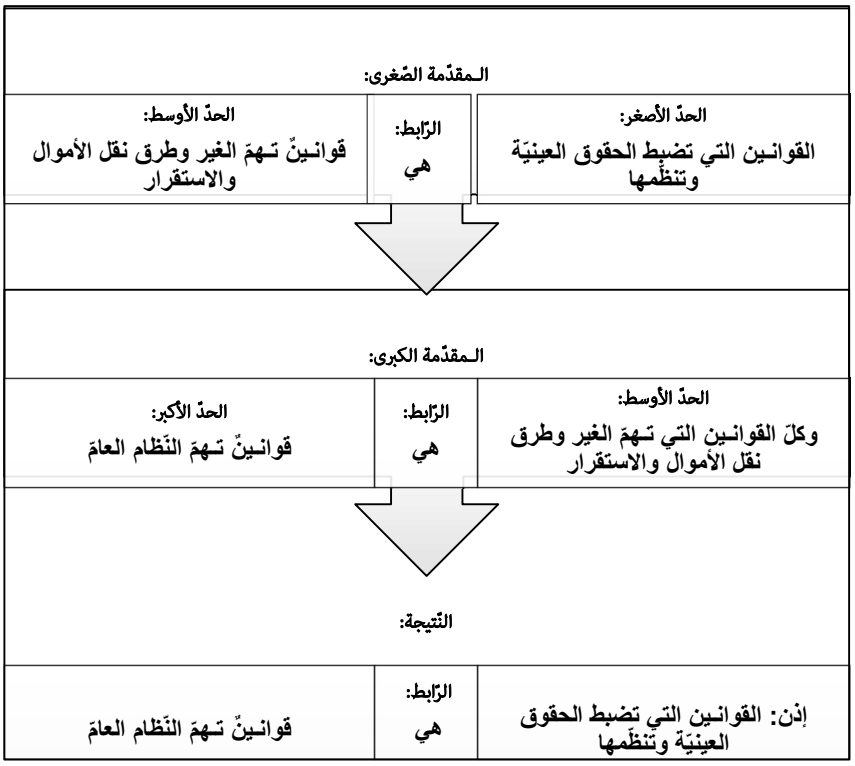
وما يهمّ الغير وطرق نقل الأموال والاستقرار التّعاقديّ يهمّ النّظام العامّ (مقدّمة كبرى).

إذن القوانين التي تضبط الحقوق العينيّة وتنظّمها تهمّ النّظام العامّ (نتيجة)[238].

القياس الثّاني:

تتمثّل مقدّمته الصّغرى في نتيجة القياس الأوّل.

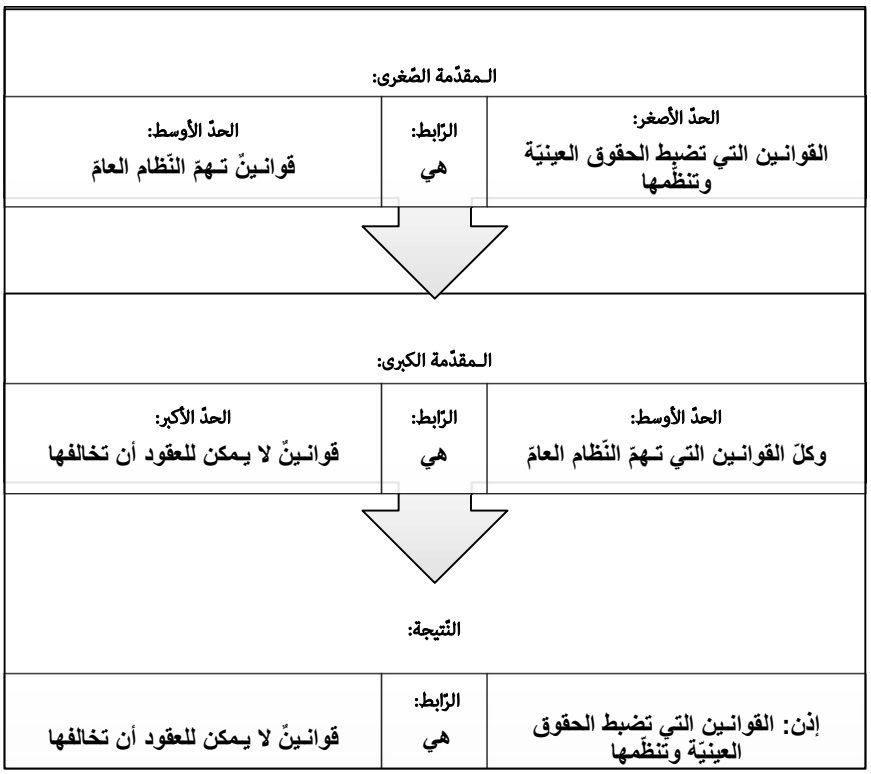
(238)



أمّا المقدّمة الكبرى فهي: القوانين التي تهمّ النّظام العامّ لا يمكن للعقود أن تخالفها (الفصل 6 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة).

بهذا تكون النّتيجة: القوانين التي تضبط الحقوق العينيّة وتنظّمها لا يمكن للعقود أن تخالفها[239].

(239)



ملاحظة: ما أتي به أعلاه من قياس أوّل على إثره قياس ثان يسمّى قياسا مركّبا. انظر: لويس شيخو، كتاب علم الأدب. الجزء الثّاني. في علم الخطابة، مطبعة الآباء اليسوعيّين، بيروت، ط 3، 1926 م، ص 118 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 145.

فإذا أردنا أن نأتي بالمعنى الوارد في هذه النّتيجة بعبارات أخرى، قلنا: قائمة الحقوق العينيّة الواردة بالقانون هي حصريّة[240].

الجواب الثّاني: قائمة الحقوق العينيّة مفتوحة[241]. للقول بهذا الجواب يكفي أصحابه أن يأتوا إلى القياس الأوّل وأن لا يقبلوا مقدّمته الكبرى. هذا ما فعلوه. فهم يقولون إنّ الرّأي الذي مفاده أنّنا أمام قوانين تهمّ النّظام العامّ هو قول غير مقنع. لذلك لا يلتزمون بكون الحقوق العينيّة محدّدة على سبيل الحصر ولا يمكن لإرادة الأطراف أن تنشئ حقوقا جديدة[242].

فإذا أخذنا تونس، وجدنا من يقول بالجواب الأوّل. للحِجاج على رأيه يقول إنّ "الفصل 34 من الدّستور أقرّ أنّ القانون يضبط المبادئ الأساسيّة لنظام الملكيّة والحقوق العينيّة[243]، وهو ما يفرض انفراد السّلطة التّشريعيّة بتحديد قائمة هذه

---

(240) ورد عند أحدهم أنّ الهدف من اعتبار قائمة الحقوق العينيّة قائمة مغلقة هو حماية حقّ الملكيّة، وذلك بمنع إنشاء حقوق من شأنها إفراغ الملكيّة من مضمونها.

بيار كروك، الملكيّة والضّمان، مكتبة القانون الخاصّ – ج 248، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1995، الفقرة 235 وما بعدها.

Pierre Crocq, *Propriété et garantie*, Bibliothèque de droit privé - T. 248, LGDJ, Paris, 1995, n° 235 s.

(241) من القائلين بهذا: "أتياس"، و"ڤوتال"، و"تيري" و"سيملر". انظر هذا القول عند: فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، ص 89.

(242) فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 52.

(243) المقصود هنا هو دستور 1959. لكنّ الأمر لن يختلف مع دستور 2014 لأنّ فصله 65 يقول هو أيضا: "تتّخذ شكل قوانين عاديّة النّصوص المتعلّقة بـ [...] المبادئ الأساسيّة لنظام الملكيّة والحقوق العينيّة [...]".

ملاحظة: حصل في تونس انقلاب في 25 جويلية 2021. وفي 22 سبتمبر 2021 صدر أمر من الرّئيس المنقلب يقول الفصل 1 منه: "يتواصل تعليق جميع اختصاصات مجلس نوّاب الشّعب". ويقول

الحقوق. كما أنّ مبدأ حرّيّة التّعاقد لا يتعلّق ماضيا وحاضرا إلّا بإنشاء الحقوق الشّخصيّة"[244]. هذا الكلام قابل للنّقاش. فالحجّة الأولى غير مقنعة لأنّ صيغة الدّستور[245] قد يكون معناها الضّمنيّ انفراد القانون بخلق الحقوق العينيّة وقد يكون معناها غير ذلك. فتلك الصّيغة، ولوحدها، لا تكفي لتدعيم هذا الرّأي أو لتدعيم ذاك. أمّا الحجّة الثّانية فليست أفضل من الأولى إذ ما المانع – على تقدير صحّة القول بأنّ حرّيّة التّعاقد مبدأ وجد في إطار الحقّ الشّخصيّ – من أن يحصل تطوّر في المبدأ يجعله يتّسع ليشمل ما لم يكن موجودا فيه.

ورغم ما جاء أعلاه من نقد، يمكن القول بالرّأي نفسه، أي يمكن القول إنّ إرادة المشرّع التّونسيّ أن تكون قائمة الحقوق العينيّة قائمة مغلقة. والحجّة على هذا القول حجّتان:

الأولى: أنّ القانون السّابق لمجلّة الحقوق العينيّة (قانون 1885) كان يُفهم على أنّ الحقوق العينيّة الواردة فيه محصورة عددا. فلو أرادت هذه المجلّة موقفا مختلفا، لكانت قد نبّهت على ذلك (العاقل حين يأتي بجديدٍ شأنُه أن ينبّه على ذلك)[246].

الفصل 5: "تتّخذ شكل مراسيم النّصوص المتعلّقة بـ [...] المبادئ الأساسيّة لنظام الملكيّة والحقوق العينيّة [...]". أمر رئاسيّ عدد 117 لسنة 2021، مؤرّخ في 22 سبتمبر 2021 يتعلّق بتدابير استثنائيّة، الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 86، 15 صفر 1443 – 22 سبتمبر 2021، ص 2282 وما بعدها.

[244] محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 15.

[245] أي صيغة دستور 1959. ولن يختلف الأمر كما قدّمنا لو كنّا بصدد صيغة دستور 2014. كما أنّه لن يختلف في إطار الأمر المتعلّق بالتّدابير الاستثنائيّة (لكن هنا بدل القانون ينبغي أن نتحدّث عن المراسيم).

[246] انظر المبادئ التّأويليّة الواردة سابقا (الفقرة 13، الهامش)، والتي هي مرتبطة بما نفترض أنّه نيّة للمشرّع.

والتّالي باطل (هي لم تنبّه)، فيكون المقدّم بدوره باطلا (أي ليس صحيحا أنّها أرادت موقفا مختلفا)[247].

الثّانية: أنّ أحد الذين شاركوا في اللجنة الأولى والثّانية لإعداد مجلّة الحقوق العينيّة كتب – متحدّثا عن هذه المجلّة – أنّ قائمة الحقوق العينيّة فيها مغلقة[248].

---

[247] لا نجد في "مداولات مجلس الأمّة" (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، مداولات مجلس الأمّة، العدد 12، 23 محرّم 1385 الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 206) شيئا حول قصد المشرّع من القائمة الواردة في الفصل 12. فنوّاب المجلس التّشريعيّ لم يلاحظوا شيئا على النّصّ ووافقوا بالإجماع على صيغته التي قدّمتها الحكومة.

لكنّنا نعلم أنّ الفصل 13 من القانون العقّاريّ لسنة 1885 (انظره عند محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 36 وما بعدها) كان يقول: "الحقوق الملكيّة العقّاريّة هي الملك العقّاريّ والإنزال ودخل الإنزال ومنافع العقّارات والاستعمال والسّكنى والأمفتيوز وهواء الأرض وحقوق المعاملات الجواريّة ورهن الاستغلال والمزايا والرّهون". وتحت هذا النّصّ وضع محمّد الطّاهر السّنوسي هامشا جاء فيه: "قال صاحب مطلع الدّراري تعليقا على هذا الفصل: الحقوق الملكيّة العقّاريّة محصورة في الأحد عشر حقّا الآتية في أقسام القانون، وهي مذكورة في الفصل 526 من القانون المدنيّ الفرنسيّ وقد زيدت عليها أربعة أمور. الأمر الأوّل والثّاني هما الإنزال ودخل الإنزال [...] الأمر الثّالث الأمفتيوز [...] الأمر الرّابع هواء الأرض".

[248] يتعلّق الأمر بـ: "الهادي سعيد" الذي شارك في اللجنة الأولى والثّانية من اللجان الثّلاث التي أعدّت مجلّة الحقوق العينيّة. ولقد لاحظنا سابقا أنّه شُكِّلت لجان ثلاث أفضى عملها إلى صدور هذه المجلّة: اللجنة الأولى سنة 1958، وقد أعدّت ما أسمي مشروع المجلّة الاستحقاقيّة؛ اللجنة الثّانية سنة 1960، وقد نظرت في المشروع الأوّل وأعدّت ما أسمي السّلكة الأولى لمشروع المجلّة الاستحقاقيّة؛ اللجنة الثّالثة سنة 1962؛ "ومن أشغال هذه اللجنة الثّالثة نشأ ما عُبِّر عنه باللائحة الأولى لمجلّة الحقوق العينيّة، وهي التي وُزِّعت بداية من أوت 1963 على نخبة من القضاة ورجال القانون لاستطلاع رأيهم فيها، وظلّت قيد الدّرس والتّمحيص والموازنة والتّنسيق إلى أن عُرِضت في صيغة لائحة نهائيّة على الحكومة ثمّ على مجلس الأمّة، فكان ميلاد مجلّة الحقوق العينيّة الصّادر بها القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرّخ في 12 فيفري 1965". الهادي سعيد، م س، ص 257).

ويمكن أن نضيف إلى ما سبق حجّة السّلطة[249]. فمحكمة التّعقيب قالت إنّ الحقوق العينيّة قد عدّدت على سبيل الحصر[250].

ولقد كتب "الهادي سعيد" قائلا: "وهذه الحقوق العينيّة التي يمكن ترسيمها محدودة بالحصر بمجلّة الحقوق العينيّة، وهي الواردة بالفصل 12 منها [...] مع الاحتراز فيما يتعلّق بما زال منها فعلا أو وقع تحجيره مستقبلا على معنى ما ورد بالفصل 191 من نفس المجلّة. كما أنّ الحقوق العينيّة محدودة بالحصر بمقتضى نصوص خاصّة نذكر منها لغاية الاطّلاع التّاريخيّ ما جاء بالفصل 4 من الأمر المؤرّخ في 13 سبتمبر 1934 حيث اقتضى أن يكون من بين الحقوق العينيّة القابلة للتّرسيم بالسّجلّ العقّاريّ حقّ الانتفاع بالغابة الذي يمارسه نزيل أو جماعة تتمتّع بالشّخصيّة المدنيّة. ويقتضي الفصل 13 من أمر 9 سبتمبر 1948 المتعلّق بملك الدّولة الخاصّ الإذن كذلك بأن يُرسَّم بالسّجلّ العقّاريّ حقّ الحائز عندما يتحوّل إلى حقّ تصرّف شخصيّ ينفرد بممارسته صاحبه دون غيره. أمّا الأمر المؤرّخ في 2 جويلية 1935 المتعلّق بالنّزول بأراضي الأحباس الفلاحيّة سابقا، فإنّه على عكس ما تقدّم لم يكن يضفي صفة الحقّ العينيّ على الحقّ الذي يمارسه الحائز النّزيل ولو بصفة شخصيّة، ولم يكن لهذا النّزيل إلّا إمكانيّة التّداخل في مطلب التّسجيل لتتمّ معاينة وجوده بالأرض. وبهذه الطّريقة كان يتجنّب القضاء ضدّه بسقوط الحقّ. ومهما يكن من شيء فقد زال هذا الوضع بتحوّل النّزول إلى حقّ ملكيّة بعد حلّ الأحباس" (الهادي سعيد، م س، ص 424 و425).

يخلص من هذا المقتطف أنّ صاحبه يرى أنّ ما ورد بالفصل 12 هو على سبيل الحصر. هذا الكلام من شخص أسهم في إعداد المجلّة يرجّح القول بأنّ نيّة المشرّع هي الإتيان في هذا الفصل 12 بقائمة مغلقة.

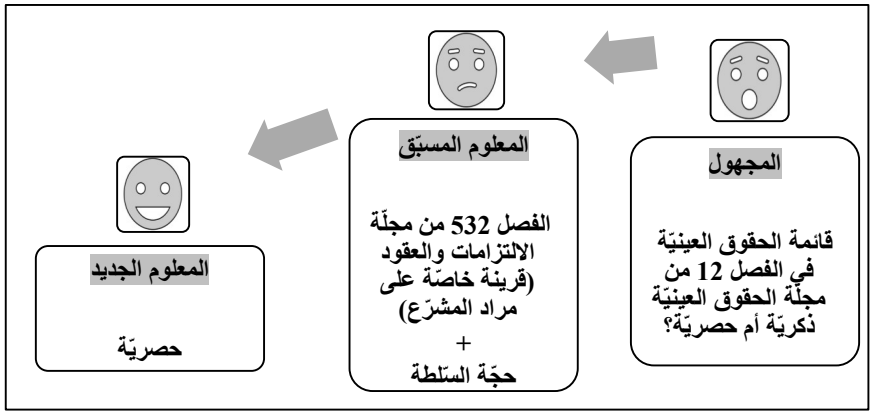
[249] حجّة السّلطة (argument d'autorité) حاصلها (في إطار قانون كالقانون التّونسيّ اليوم، أو الفرنسيّ، إلخ) أن يؤتى بمعنى للقانون ويُنسب القول به إلى فقه القضاء أو إلى الفقه. بعبارة أدقّ: يؤتى بالقانون ويؤتى بمعناه ويؤتى بفقه أو بفقه قضاء قال بذلك المعنى، أي يؤخذ الفقه أو فقه القضاء (إذن سلطة) على أنّه الحجّة على صحّة نسبة المعنى المأتيّ به للقانون. حول حجّة السّلطة انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 213 و217 و218 و245.

[250] تعقيبيّ مدنيّ عدد 2161، مؤرّخ في 21 سبتمبر 2004، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 365.

والسّؤال الآن: ما هي الأمور التي يمكن أن يتعلّق بها مشكل قائمة الحقوق العينيّة في الفصل 12 من مجلّة الحقوق العينيّة؟

يجيب أحدهم ويقول إنّ الجدل ينصبّ على مسألتين: الشّفعة وحقّ الحَبس[251].

لكنّ صاحب هذا الكلام يستدرك ويقول إنّ حقّ الحَبس – وإن لم يرد ذكره في الفصل 12 الذي عدّد الحقوق العينيّة – فقد جاء في الفصل 193 منها، ممّا يعني أنّه حقّ عينيّ (إذن اعتمدت الحجّة المسمّاة في المنهجيّة القانونيّة بـ: "حجّة العنوان" argument *a rubrica*، وهي حجّة تدخل في دائرة السّياق المقاليّ، والسّياق المقاليّ منبئ بنيّة صاحب المقال). إلى جانب حقّ الحَبس، يطرح السّؤال حول الشّفعة. ويرى المؤلّف نفسه أنّها ليست حقًّا عينيًا لأنّ نصوص الشّفعة لم تستعمل



[251] في فرنسا طرح السّؤال حول الحوز والميراث (علما وأنّ الفصل 543 من المجلّة المدنيّة قال إنّه يمكن أن تكون لنا على الأموال إمّا حقّ ملكيّة أو حقّ انتفاع أو خدمة عقّاريّة): انظر:

ف لوران، مبادئ القانون المدنيّ، برويلون-كريستوف وشركاؤه، بروكسال/ أ دوران وبيدون لوريال، باريس، 1871، ج 6، ص 104 وما بعدها.

F. Laurent, *Principes de droit civil*, Bruylant-Cristophe et Comp., Bruxelles/ A. Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1871, T. VI, p. 104 s.

أبدا تعبير الحقّ، ممّا يعني أنّها سبب من أسباب كسب الملكيّة بمقتضى القانون[252].

هذا عن جواب أحد الفقهاء على السّؤال السّابق. ويمكن أن نقدّم جوابا آخر مفاده أنّ مشكل توصيف الحقّ بالعينيّ يُطرَح حين يعطي المالك للغير حقّ استغلال فحسب[253].

30 حوصلة ◊ فإذا تركنا الآن هذه المسألة، وعدنا إلى إطارها وهو قانون الأموال، قلنا إنّه يخلص من جميع ما سبق أنّ هذا القانون موضوعه الحقوق على الأشياء المادّيّة[254] أو الأعيان، أي هو قانون موضوعه الحقوق العينيّة. هذه الحقوق قسمان أصليّة وتبعيّة.

فإذا أخذنا الآن الكتب الفقهيّة التي عنوانها "قانون الأموال" (Droit des biens) وقرأنا محتواها، وجدنا هذا المحتوى متمثّلا في الحقوق العينيّة الأصليّة (بالنّسبة إلى الحقوق العينيّة التّبعيّة نجدها في كتب أخرى معنونة في العادة بـ: "التّأمينات العينيّة" Sûretés réelles). لذا ينبغي أن نقول عن قانون الأموال: إنّه القانون الذي موضوعه الحقوق العينيّة، ثمّ نفصّل بأن نزيد: الأصليّة.

---

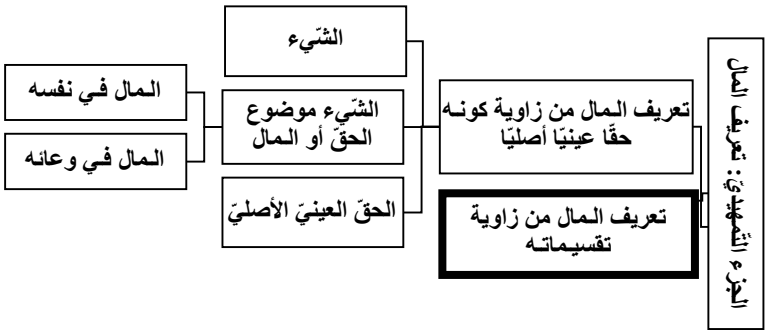
[252] ملاحظة: هنالك من قال، في القانون التّونسيّ، إنّ الشّفعة حقّ عينيّ. علي كحلون، م س (التّعليق على مجلّة الحقوق العينيّة وقانون التّحيين)، ص 46 وص 209.

[253] لم يُذكر حقّ الاستغلال (حقّ الحصول على الغلّة أو الثّمار. انظر الفقرة 92 وما بعدها) في الفصل 12 من مجلّة الحقوق العينيّة. فإذا اعتبرنا أنّ هذا النّصّ عدّد الحقوق العينيّة على سبيل الحصر، فينبغي عندها القول إنّ ذاك الحقّ (لوحده، أي حين لا يرافقه حقّ الاستعمال، أي في النّهاية حين لا نكون أمام حقّ انتفاع) ليس حقّا عينيّا. انظر من أثار هذه المسألة في القانون الفرنسيّ: ناداج ريبول–موبان، م س (قانون الأموال)، ص 148 وما بعدها.

[254] رأينا سابقا (الفقرة 20) أنّ قانون الأموال موضوعه المال المادّيّ (أي حقّ الملكيّة) والمال غير المادّيّ نسبيّا (الحقوق المتفرّعة عن حقّ الملكيّة).

بما جاء الآن نكون قد فرغنا من تعريف المال من زاوية كونه حقًّا عينيًا أصليًا. لكن ينبغي أن نضيف ونعرّف المال من زاوية أخرى هي تقسيماته إلى منقول وإلى عقّار وإلى غير ذلك من الأقسام[255].

(255)



الفصل الثّاني
تعريف المال من زاوية تقسيماته

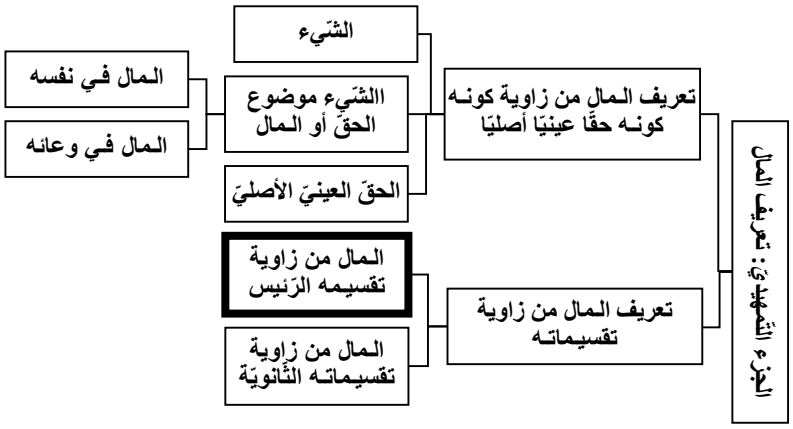
31 **تقسيم البحث** ◊ تتنوّع حيثيّات تقسيم المال. من هذه الحيثيّات تلك التي تؤدّي إلى ردّه إلى عقّار ومنقول (*res immobiles* et *res mobiles* ou *per se moventes*). هذا التّقسيم هو الذي استهلّ به المشرّع التّونسيّ مجلّة الحقوق العينيّة (الفصل 2). لذا يمكن وصفه بالرّئيس، ووصف ما عداه من تقسيمات بالثّانويّة[256].

المبحث الأوّل: المال من زاوية تقسيمه الرّئيس (المالُ العقّارُ والمالُ المنقول)

32 **مسألة في المنهجيّة التّشريعيّة** ◊ بدأت مجلّة الحقوق العينيّة بتعريف المال فقالت هو الشّيء الدّاخل في التّعامل (الفصل 1).

بعد ذلك قالت (وهذا نوع ثان من التّعريف): "ينقسم المال إلى عقّار ومنقول" (الفصل 2). هنا نحن أمام فرض هو العقّار (في الصّيغة الفرنسيّة للمجلّة نجد عبارة

(256)



immeuble، وتعني لغة ما هو ثابتٌ غير متحرّك[257]) والمنقول (في الصّيغة الفرنسيّة للمجلّة نجد عبارة meuble، وتعني لغة ما هو متحرّك[258]) وأمام حكم ينظّم الأفعال بصفة غير مباشرة هو "أقسام المال".

وكما سيُتبيّن لاحقا: لا مال إلّا ويقع في واحد من هذين القسمين، كما أنّه لا مال يقع في القسمين معا.

لكن ما يهمّنا الآن أنّه، وبعد الفصل 2 المذكور للتّوّ، جاء الفصل 3 ليعرّف العقّار، لا بأقسامه (هذا ما سيفعله الفصل 4)، بل بأوصافه. يقول الفصل 3: "العقّار هو كلّ شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف".

وثمّ في مجلّة الحقوق العينيّة على هذا المستوى مشكلٌ يتبع المنهجيّة التّشريعيّة. فموقع الفصل 3 ينبئ بأنّه لكلّ العقّارات بدليل: أنّ الفصل الذي يليه يتعرّض إلى جميع

---

(257) انظر:

إ ليتري، معجم اللغة الفرنسيّة، مكتبة هاشيت وشركاؤه، باريس، 1874، ج 3، ص 20.

E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Librairie Hachette et Cie, Paris, 1874, T. 3, p. 20.

ويقول "برودون" إنّ العبارة الفرنسيّة immeuble أصلها العبارة اللاتينية *immobilis*، وتعني ما هو ثابت فلا يتبدّل ولا يمكن أن يبدَّل مكانه.

م برودون، مؤلَّف الملكيّة وتقسيم الأموال، فيكتور لارجييه، ديجون، 1839، ج 1، ص 92.

M. Proudhon, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens*, Victor Lagier, Dijon, 1839, T. I, p. 92.

(258) إذا كانت وصفا لأرض، فالمعنى أنّ هذه الأرض سهلة الحراثة. وإذا كانت اسما، فتعني شيئا متحرّكا يؤثّث مكانا. انظر:

لاروس، معجم الفرنسيّة، باريس، 2005، ص 884.

Larousse, Dictionnaire de français, Paris, 2005, p. 884.

ويقول "برودون" إنّ العبارة الفرنسيّة meuble أصلها العبارة اللاتينية *mobilis*، وتعني ما هو متحرّك.

برودون، م س، ج 1، ص 211.

العقّارات، وأنّ كلّ قسم من أقسام العقّارات لن يُبدأ في تناوله إلّا انطلاقا من الفصل 5. لكنّ الأوصاف التي جاءت في الفصل 3 لا تنطبق على كلّ عقّار بل على قسم واحد منه هو العقّار الطّبيعيّ[259].

ويمكن للمشرّع أن يصلح هذا المشكل، وذلك بأن يضيف في الفصل 3 وصف الطّبيعيّ للعقّار، ثمّ يقدّم الفصل 4 ويجعله هو الفصل 3 ويؤخّر الفصل 3 ويجعله هو الفصل 4[260].

33 تبرير تقسيم المال إلى عقّار ومنقول ◊ فإذا عدنا إلى تقسيم المال إلى عقّار ومنقول، قلنا إنّه تقسيم معروف منذ القديم، ونجده مثلا في القانون الرّومانيّ[261] وفي القانون

---

[259] سنرى لاحقا العقّار الحكميّ. وما ورد منه في الفصل 10 ثابت في مكانه. لكنّه ثابت بسبب غير ذاتيّ، أي هو ثابت لثبات العقّار الطّبيعيّ الملتحم به.

[260]

مضمون النّصّوص وترتيبها كما جاءا في مـجلّة الحقوق العينيّة	مضمون النّصّوص وترتيبها كما ينبغي أن يكون في مـجلّة الحقوق العينيّة
☐ **الفصل 2**: ينقسم الـمال إلى عقّار ومنقول.	☐ **الفصل 2**: ينقسم الـمال إلى عقّار ومنقول.
☐ **الفصل 3**: العقّار هو كلّ شيء ثابت فـي مكانـه لا يـمكن نقله منـه دون تلف.	☐ **الفصل 3**: العقّارات إمّا أن تكون عقّارات طبيعيّة أو حكميّة أو تبعيّة.
☐ **الفصل 4**: العقّارات إمّا أن تكون عقّارات طبيعيّة أو حكميّة أو تبعيّة.	☐ **الفصل 4**: العقّار الطّبيعيّ هو كلّ شيء ثابت فـي مكانـه لا يـمكن نقله منـه دون تلف.

[261] جاء عند أحدهم أنّ تقسيم المال إلى عقّار ومنقول تقسيم لا يجهله القانون الرّومانيّ، كما جاء أنّ دخول هذا التّقسيم إلى القانون الفرنسيّ القديم كان تحت تأثير القانون الجرمانيّ، وجاء أخيرا أنّ المجلّة المدنيّة الفرنسيّة تبنّت هذا التّقسيم:

دومينيك لوفافر، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 516، كرّاس وحيد، الفقرة 5 وما بعدها.

Dominique Lefebvre, J. –cl. Civ. Code, art 516, fasc. unique, § 5 s.

الإسلاميّ[262]. ولقد انتقل إلى القوانين المعاصرة ومنها القانون التّونسيّ الذي تكاد فصوله على هذا الصّعيد أن تكون نقلا حرفيّا لفصول المجلّة المدنيّة الفرنسيّة[263]. ولقد أرجع الفقه الفرنسيّ مبرّرات تقسيم المال إلى عقّار ومنقول إلى مستويين:

انظر أيضا هذا الكتاب الذي تناول تاريخ التّقسيم من القانون الرّومانيّ (ص 39 وما بعدها)، مرورا بالقانون الفرنسيّ القديم (ص 63 وما بعدها)، فالقانون الفرنسيّ المعاصر (ص 113 وما بعدها):

شارل جاك، تاريخ تقسيم الأموال إلى منقولات وعقّارات في روما وفي بلاد العرف وفي المجلّة المدنيّة، ل لاغوز وفورسيل، باريس، 1884.

Charles Jacques, *Histoire de la distinction des biens en meubles et immeubles à Rome, en pays coutumier et dans le code civil*, L. Larose et Forcel, Paris, 1884.

انظر كذلك:

أوغسط-فرانسوا دوتريو، في أهمّيّة تقسيم الأموال إلى منقولات وعقّارات في القانون الرّومانيّ وفي القانون الفرنسيّ، أطروحة دكتوراه، كلّيّة الحقوق بباريس، باريس، مطبعة دي موكيه، 1859.

Auguste-François Doutriaux, *De l'importance de la distinction des biens en meubles et immeubles en droit romain et droit français*, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de Paris, Paris, Imprimerie De Moquet, 1859.

م دي لا غراسري، مذكّرة حول تقسيم الأموال إلى منقولات وعقّارات، المطبعة القوميّة، باريس، 1895.

M. De La Grasserie, *Mémoire sur la distinction des biens en meubles et immeubles,* Imprimerie nationale, Paris, 1859.

ب أورلياك وج دي مالفوس، تاريخ القانون الخاصّ. 2. الأموال، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 2، 1971، ص 15 وما بعدها.

P. Ourliac et J. de Malfosse, *Histoire du droit privé. 2. Les biens*, Presses Universitaires de France, Paris, 2e éd., 1971, p. 15 s.

[262] انظر مثلا: محمّد أبو زهرة، م س، ص 64 وما بعدها، محمّد مصطفى شلبي، المدخل في التّعريف بالفقه الإسلاميّ وقواعد الملكيّة والعقود فيه، النّاشر: المؤلّف، د م، 1382 هـ/ 1962 م، ص 292.

[263] حين نضع أمامنا الفصل 2 وما بعده من مجلّة الحقوق العينيّة (التّونسيّة) من جهة والفصل 516 وما بعده من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة من جهة أخرى يُتبيّن بوضوح أنّ النّصوص الأولى مأخوذة من الثّانية. هذا عن القانون التّونسيّ وعن قانونٍ غربيّ هو القانون الفرنسيّ. فإذا أخذنا قانونا غربيّا آخر هو أنجلوسكسونيّ، وجدنا فيه تفرقة بين الأرض (land) والمنقولات (chattels). وفيما يخصّ الأرض نحن

أوّلاً مستوى القيمة. فالعقّار، وإن كان كالمنقول متكوِّنا من مادّة (طبيعيّة أو صناعيّة)، إلّا أنّه يتميّز بكونه يحتلّ بصفة دائمة مكانا معيّنا. والمادّة قابلة لأن تتضاعف (هنالك موادّ تتوالد طبيعيّا، ثمّ إنّ الصّناعة تسمح بتحويل الموادّ الموجودة) أمّا المكان فلا (نعم يمكن أن يتمّ ردم جزء من البحر، ولكن هذا استثنائيّ). وعليه، فملكيّة عقّار – وبسبب كونها ملكيّة مكان – هي ملكيّة شيء نادر. هذه النّدرة تجعل العقّار أهمّ من زاوية القيمة الاقتصاديّة من مثيله الذي يصنّف كمنقول[264]. من هنا كانت المقولة المعروفة: "الشّيءُ المنقولُ شيءٌ تافهٌ" (Chose mobilière, chose vile/ *Res mobilis res vilis*)[265]؛ ومن هنا خاصّة التّفوّق القانونيّ للعقّار على المنقول. من مصاديق هذا التّفوّق الذي نجده في القانون الفرنسيّ القاعدة التي حاصلها أن على الدّائن أن يبدأ بعقلة المنقولات المملوكة لمدينه؛ فإن لم تكف

أمام ملكيّة عينيّة (real property). أمّا فيما يتعلّق بالمنقولات، فنحن أمام ملكيّة شخصيّة (personal property). والمال الأوّل غير قابل للإفناء وهو دائم خلافا للمال الثّاني. سامنتا هيبورن، م س، ص 15 وما بعدها.

(264) انظر:

ريمي ليبشابير، «الأموال»، الموسوعة المدنيّة دالوز، سبتمبر 2002، الفقرة 131 وما بعدها.

Rémy Libchaber, « Biens », *Rép. Civ. Dalloz*, septembre 2002, n° 131 s.

(265) انظر حول المقولة:

هنري رولان ولوران بواييه، أقوال القانون الفرنسيّ المأثورة، ليتاك، باريس، ط 3، 1992، ص 807.

Henri Roland et Laurent Boyer, *Adages du droit français*, Litec, Paris, 3e éd., 1992, p. 807.

انظر أيضا: جون كاربونييه، م س، ص 77؛ جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، ص 8.

وانظر عنوانا خصّصه صاحب كتابٍ لظهور القيمة المرتفعة للعقّار: شارل جاك، م س، ص 45 وما بعدها.

لخلاصه، عندئذ فقط يمرّ إلى عقلة العقّارات[266] (القاعدة نفسها موجودة في القانون التّونسيّ: الفصل 304 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. وهي موجودة أيضا في القانون الإسلاميّ[267]). وهكذا فالاختلاف بين الثّمين وغير الثّمين يبرّر التّمييز في النّظام القانونيّ بين العقّار والمنقول وتفضيل الأوّل قانونيّا على الثّاني. لكنّ الوقت تبدّل، وكثرت المنقولات ذات القيمة الاقتصاديّة العالية، مثل الحصص (parts) والأسهم (actions)[268] والأصول التّجاريّة وبراءات الاختراع والطّائرات ونحو ذلك[269]. هذه الظّاهرة أدّت إلى جعل التّشريع يرفع من الشّأن القانونيّ لبعض المنقولات ويسوّيها بالعقّار. من أمثلة هذا اشتراط القانون الفرنسيّ، فيما يخصّ التّفويت في الأوراق الماليّة التي يملكها القصّر، الإذن المسبّق لمجلس العائلة. من أمثلة

---

[266] انظر هذا المثال (وغيره) وقد أتي به كمصداق للتفوّق القانونيّ للعقّار على المنقول: هنري رولان ولوران بواييه، م س، ص 810.

[267] انظر ما سيرد في هامش من هذه الفقرة.

[268] بل يمكن اليوم أن يُقال إنّ الحاكم الفعليّ للعالم هو البورصات الماليّة وكبار أصحاب الأسهم.

[269] في الواقع، حتّى قبل تبدّل الوقت، كان هنالك منقول يُعدّ رمزا للغنى. هذا المنقول هو الذّهب (تعرّض القانون التّونسيّ إلى الذّهب والفضّة والبلاتين على أنّها تمثّل "المعادن النّفيسة". انظر الفصل 1 من القانون عدد 17 لسنة 2005، المؤرّخ في 1 مارس 2005. الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة عدد 18، 4 مارس 2005، ص 611) والأحجار الكريمة ونحو ذلك (رأينا أنّ القيمة الاقتصاديّة للعقّار مردّها ندرته. والكلام نفسه يصحّ على هذه المنقولات لأنّها بدورها نادرة). بل إنّ الباحث في الأعمال التّحضيريّة للمجلّة المدنيّة الفرنسيّة (وهي التي وضعت سنة 1804) يجد أنّ بعضهم لاحظ أنّ الزّمن الذي تعتبر فيه العقّارات أهمّ ما تحويه الذّمّة قد ولّى. ورغم هذه الملاحظة قالت المجلّة بالتّفرقة بين العقّار والمنقول، وأقرّت للعقّار بنظام مغرق في الحمائيّة. ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 104.

هذا أيضا: وضع القانون الفرنسيّ (وغيره كالتّونسيّ[270]) لآليّة التّسجيل فيما يخصّ الطّائرات[271].

ثانيا مستوى الطّبيعة الفيزيائيّة. فالعقّار (تحديدا الطّبيعيّ) يختلف فيزيائيّا عن المنقول (الطّبيعيّ). يتمثّل الاختلاف في أنّ الأوّل له حيّز جغرافيّ ثابت، أمّا الثّاني فحيّزه قابل للتّغيّر. ويؤثّر هذا الاختلاف، حسب الفقه الذي تناول المسألة في إطار القانون الفرنسيّ، في النّظام القانونيّ:

فعلى مستوى الاختصاص التّرابيّ، ثبات العقّار يؤدّي إلى أن يكون الحكم (على الأقلّ المبدئيّ) أنّ المحكمة المختصّة هي المحكمة التي يوجد بدائرتها العقّار؛ أمّا إذا كانت الدّعوى متعلّقة بمنقول، فالمحكمة المختصّة ينبغي أن تكون مبدئيّا المحكمة التي يوجد بدائرتها مقرّ المدّعى عليه لأنّ المنقول في العادة يتنقّل مع الأشخاص[272].

وعلى مستوى الإشهار، يسهّل طابع الثّبات إنشاء سجلاّت تُضمَّن بها العمليّات القانونيّة الواردة على العقّار مع ما يتبع ذلك من معارضة للغير بالحقوق التي محلّها هذا العقّار. الأمر مختلف مع المنقول إلّا البعض منه كالطّائرات والسّفن وحتّى

---

(270) انظر الفقرة 75.

(271) انظر هذين المثالين (وغيرهما) عند: هنري رولان ولوران بواييه، م س، ص 809.

(272) هنري رولان ولوران بواييه، م س، ص 11.

وفي القانون التّونسيّ، وحسب الفصل 38 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، ترفع الدّعوى إلى المحكمة التي يوجد بدائرتها العقّار، إذا تعلّق الأمر بالدّعاوى الشّخصيّة التي يقع القيام بها بمناسبة الأضرار التي تلحق العين، أو إذا تعلّق بالدّعاوى الحوزيّة والدّعاوى الاستحقاقيّة. أمّا إذا تعلّقت الدّعوى بمنقول، فحسب الفصل 36 من المجلّة نفسها يُخيَّر المدّعي بين رفع دعواه أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها المنقول المتنازع فيه وبين رفعها أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها مقرّ المدّعى عليه.

السّيّارات التي يمكن، رغم عدم ثباتها، ربطها بمكان محدّد تُسجّل فيه العمليّات الواقعة عليها[273].

وعلى مستوى التّأمين، ثبات العقّار يؤدّي إلى عدم الحاجة إلى أن تُنزع حيازته من مالكه إذا رهنه؛ فهو لا يستطيع إخفاءه إذا أتت لحظة دفع الدّين؛ ويكفي بواسطة نظام إشهار أن لا يمكنه القيام بعمل قانونيّ على العقّار إلّا بعلم الدّائن. أمّا في المنقول، فالحاجة موجودة. بتعبير آخر: ثبات العقّار يمكّن – دون أن يكون في ذلك خطرٌ على الدّائن المرتهن – من جعل الرّهن العقّاريّ تأمينا عينيّا غير حيازيّ (من جهة الدّائن) يبقى فيه العقّار المرهون في حيازة المدين الرّاهن[274]؛ أمّا المنقول، فعدم ثباته في حيّز جغرافيّ يوجب جعل رهنه تأمينا عينيّا حيازيّا يقوم على انتقال حيازة المنقول من المدين الرّاهن إلى الدّائن المرتهن[275].

---

[273] انظر: جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، ص 11؛ فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، ص 29؛ هنري رولان ولوران بواييه، م س، ص 810.

[274] في القانون التّونسيّ رهن العقّار لم يكن دائما رهنا غير حيازيّ. فلقد كان يوجد في هذا القانون ما يسمّى رهن الانتفاع. وقد "عرّفت مجلّة الالتزامات والعقود بفصلها 1613 (تمّ نسخه) رهن الانتفاع بأنّه «هو المدخول فيه على أنّ المرتهن يتولّى استغلال المرهون منقولا كان أو غيره ...» [...] وهو يقتضي (إذا كان المرهون عقّارا) تحويز المرتهن بالعقّار المرهون تأمينا للدّين الموثّق. وللمرتهن الحقّ في حبس العقّار بيده إلى أن يحلّ أجل الخلاص إن اشتُرِط أجلٌ لذلك، أو إلى تمام الخلاص إن لم يُشترط أجلٌ لذلك. ويقوم المرتهن بحوز العقّار والتّصرّف فيه بالمعروف والإحسان عِوضا عن المالك بحيث يفوز بالغلّة، لكن يجب عليه طرح صافي متحصّلها من أجل (هنا ثمّ خطأ مطبعيّ، والصّواب: أصل) الدّين باستثناء دخل السّنة الأولى. وعليه محاسبة الرّاهن عن جميع أعماله. وله الحقّ في القيام بمختلف الدّعاوى القضائيّة بين حوزيّة واستحقاقيّة، سواء أكان طالبا أم مطلوبا، كما يتحمّل أوزار أخطائه الشّخصيّة". الهادي سعيد، م س، ص 234.

[275] انظر: جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، ص 12؛ فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، ص 29 وما بعدها؛

ممّا تقدّم يُتَبَيَّن أنّ تمييز العقّار عن المنقول مبرَّر على مستويين. هذا الكلام أخِذ من فقهٍ فرنسيّ تحدّث في إطار القانون الفرنسيّ. والكلام نفسه يصحّ تقريبا في القانون

جون-لويس غارديس، بحث حول الأسس القبليّة للعقلانية الأخلاقيّة والقانونيّة، المكتبة العامّة للقانون ولفقه القضاء، 1972، ص 208.

Jean-Louis Gardies, *Essai sur les fondements* a priori *de la rationalité morale et juridique*, LGDJ, Paris, 1972, p. 208.

التّونسيّ[276]. لذا يمكن الاكتفاء به، والمرور من جدوى التّقسيم إلى عرض مكوّنات التّقسيم، أي إلى عرض العقّار وعرض المنقول[277].

---

[276] وفي القانون الإسلاميّ، كتب أحدهم (محمّد أبو زهرة، م س، ص 64 وما بعدها) عن مبرّرات وجود تقسيم المال إلى عقّار ومنقول (يمكن نقل بعض هذه المبرّرات والإتيان بها في إطار حديث عن القانون التّونسيّ)، فقال: "كان لتقسيم الأموال إلى عقّارات ومنقولات آثار في الأحكام كثيرة، جعلت لكلّ قسم أحكاما تختصّ به، وتصرّفات ترد عليه دون الآخر، فالعقّار يرد عليه من التّصرّفات ما لا يرد على المنقول، ولبعض العقود فيه آثار ليست في المنقولات، نذكر من ذلك أمثلة:

"(أ) فالشّفعة مثلا لا تثبت أثرا للبيع إلّا في العقّار، ولا تثبت في المنقول إلّا إذا دخل في العقّار تبعا، وإلّا في حقّ العلوّ مع حقّ السّفل والعكس. ولم تثبت الشّفعة في المنقول في غير هذه الأحوال إلّا عند الإمام مالك رضي الله عنه، فقد أثبتها في السّفن (بل إنّ بعض الفقهاء أثبتها في الشّركة في كلّ شيء ما عدا المكيل والموزون) والثّمار المتّصلة بالأرض. وروي عنه مع الخلاف فيه الشّفعة في إجارة الأراضي الزّراعيّة ودور السّكنى والمساقاة. ومهما يكن من أمر هذه الأقوال، فالجمهور من الفقهاء على أنّ الشّفعة لا تكون إلّا في العقّار على وجه العموم، والمنقول في أحوال قليلة جدّا.

"(ب) أنّ العقّار يصحّ وقفه بإجماع الفقهاء الذين أفتوا بجواز الأوقاف ولزومها. أمّا المنقول، فلا يصحّ وقفه إلّا تبعا للعقّار، أو يكون قد ورد بصحّة وقفه أثر، أو يكون قد جرى به عرف مشهور [...] وهذا كلّه في مذهب الحنفيّة. أمّا مذهب غيرهم من الأئمّة، فقد أجازوا في الجملة وقف المنقول، وإن اختلفوا فيما بينهم، ما بين مضيّق وموسّع.

"(ج) العقّار إذا كان مبيعا صحّ التّصرّف فيه قبل قبضه عند الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما، وخالفهما محمّد والشّافعيّ رضي الله عنهما ومنعا التّصرّف فيه قبل القبض. وأمّا المنقول، فلا يجوز التّصرّف فيه قبل قبضه، حتّى على مذهب الإمام وصاحبه، لأنّه قبل القبض على خطر الهلاك، وإذا هلك بطل البيع الذي كان أساسا لذلك التّصرّف، فكان هذا التّصرّف محتملا للبطلان، فكان من الاحتياط الانتظار إلى حين القبض صونا للعقود عن البطلان وإبعادا للتّصرّفات عن احتمال الإلغاء.

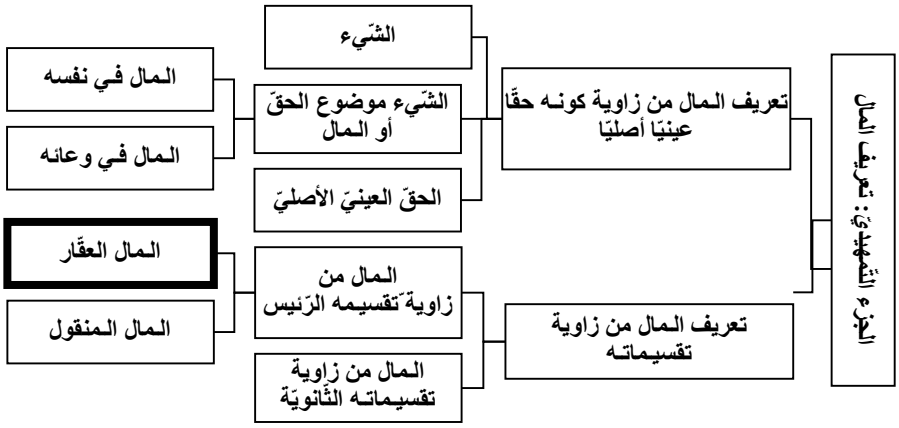
"(د) عند بيع القاضي أموال المدين (على قول من يجيز ذلك البيع من الأئمّة) يُبتدأ في البيع بالمنقول، فإن لم يف بالدّين يُنتقل إلى العقّار. ويُبتدأ من المنقول بما يُخشى عليه التّلف ثمّ بما يكون مُعَدّا للرّبح والكسب كعروض التّجارة، ثمّ يكون البيع في سائر المنقولات.

"(هـ) ليس للوصيّ بيع عقّار المحجور عليه لصغرٍ أو عتهٍ أو سفهٍ أو جنونٍ إلّا عند وجود حاجة دافعة كإيفاء دين، أو لمصلحة راجحة، أو اضطرارا كنزع الملك في سبيل المنافع العامّة. وأمّا المنقول فبيعه سائغ من غير قيد إلّا قيدا واحدا، وهو أن يكون للنّظر والمصلحة؛ وقد وُكِّل الأمر في ذلك إلى نظر الوصيّ وحسن تقديره.

"(و) حقوق الارتفاق والجوار لا تتعلّق بالمنقول".

حول مسألة جدوى التّمييز بين العقّار والمنقول، انظر أيضا: محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 292.

(277)



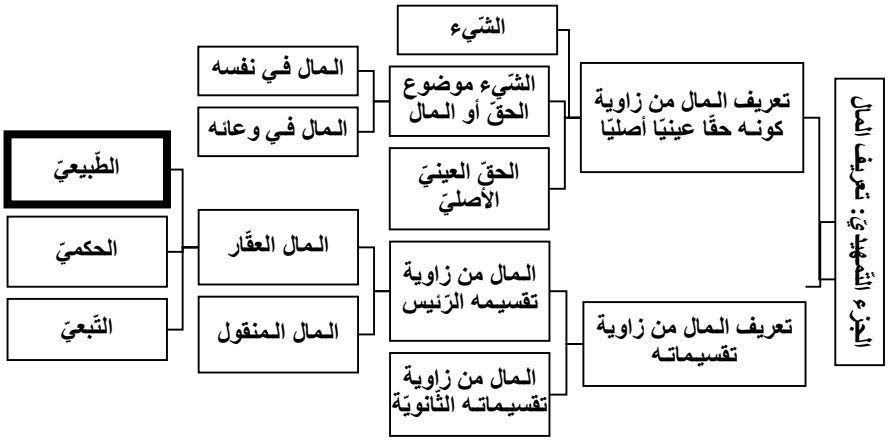
الفقرة الأولى: المالُ العقّار

34 **تقسيم البحث** ◊ ينصّ الفصل 4 من مجلّة الحقوق العينيّة على أنّ "العقّارات إمّا أن تكون طبيعيّة أو حكميّة أو تبعيّة" (ملاحظة: من ينظر إلى الصّيغة الفرنسيّة لهذا الفصل، يجدها نقلا حرفيّا لعبارات الفصل 517 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة)[278].

أ) المالُ العقّارُ الطّبيعيّ

35 **مطلَقٌ لم يُرَد به الإطلاق** ◊ كما قلنا سابقاً، جاء في الفصل 3 من مجلّة الحقوق العينيّة أنّ "العقّار هو كلّ شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف". على

(278)



هذا نحن أمام مخبر عنه وأمام خبر. ومن ينظر إلى الصّيغة التي حملت المخبر عنه، يجدها مطلقة لم تتعلّق بواحد من أقسام العقّار التي رأينا أنّها ثلاثة[279].

والمطلق• ينبغي منهجيّا أن يُتَعامل معه كالآتي: في مرحلة أولى نبحث عن القصد منه؛ فإن وجدنا قصد صاحب الصّيغة المطلقة من صيغته، أجرينا الصّيغة على ما يوافق القصد إنْ إطلاقا أو عدم إطلاق (في هذا تطبيق للفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود القائل إنّ لفظ القانون يُعطى معناه المراد من المشرّع)؛ أمّا إذا لم نجد القصد، عندها نجري المطلق على معناه الوضعيّ، والمعنى الوضعيّ للمطلق هو الإطلاق (في هذا تطبيق للفصل 532 حين يقول بإعطاء القانون معناه الوضعيّ، وفيه أيضا تطبيق للفصل 533 القائل بإجراء المطلق على إطلاقه)[280].

---

[279] العقّار اسم جنس معرّف باللّام غير العهديّة. ولقد كتبنا في عمل آخر (م س: المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، الفقرة 294) أنّه "ينبغي التّفريق بين ثلاث صور: "الصّورة الأولى أن يكون اسم الجنس معرّفاً باللام غير العهديّة، مثل كلمة «البيع» في الفصل 565 من مجلّة الالتزامات والعقود. هنا الإطلاقُ إطلاقٌ شموليّ.

"الصّورة الثّانية أن يكون منكّراً، أي خالياً من كلّ تعريف سواء كان التّعريف باللام أو بالإضافة. مثاله كلمة (مهر) في جملة (يجب تسمية مهر). في هذه الصّورة نحن أمام إطلاق بدليّ.

"الصّورة الثّالثة أن يكون خالياً من التّعريف ومن التّنكير معاً، كما في حالة كونه مضافاً. مثال ذلك كلمة «قانون» في جملة: «احترم قانون البلد». هنا نحن أمام إطلاق شموليّ".

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

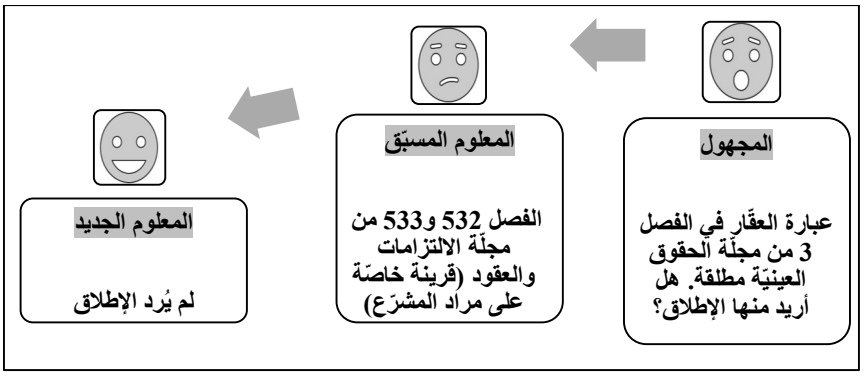
[280] ملاحظة: توصيفنا لـ: "العقّار" بأنّه تعبير مطلق هو على رأي من لا يرى المطلق منحصرا في النّكرة في سياق إثبات. لكن إذا كنّا نرى هذا الرّأي فـ"العقّار" عندها يكون تعبيرا عامّا. وسواء أخذنا بموقف من الموقفين أو بالآخر، فلا تغيير على مستوى معنى "العقّار" الذي هو العموم الشّموليّ. انظر: عبد المجيد الزّروقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 306 (الهامش).

بعبارة تهمّ مباشرة ما نحن بصدده: ينبغي أوّلا أن نبحث عن قصد المشرّع من عبارة "العقّار"؛ فإن وجدنا أنّه قصد منها العقّار الطّبيعيّ والحكميّ والتّبعيّ معا، أعطينا العبارة هذا المعنى؛ وإن وجدنا المشّرّع قصد العقّار الطّبيعيّ فحسب، عندها نعطي العبارة معنى العقّار الطّبيعيّ فحسب؛ وهكذا. فإذا لم نجد بعد البحث قرينة على قصد المشرّع من العبارة المطلقة "العقّار"، أعطينا هذه العبارة معنى العقّار الطّبيعيّ والحكميّ والتّبعيّ معا.

هذه هي الفروض الممكنة نظريّا. وفي واقع الفصل 3، يمكن القول إنّ سياقه (النّصوص التي جاءت بعده وخاصّة تلك التي أعطت أمثلة للعقّارات الطّبيعيّة وللعقّارات الحكميّة وللعقّارات التّبعيّة) قرينة على أنّ المقصود منه هو العقّار الأوّل، أي يمكن القول إنّنا أمام مطلق لم يُرَد منه الإطلاق[281].

والعقّار الطّبيعيّ، هو الأصل في العقّارات. وحين سنتقدّم ونأتي بالدّراسة على جميع العقّارات، سنفهم أن لا عقّار حكميّ أو تبعيّ إلّا لأنّه ثمّ قبل ذلك عقّار طبيعيّ.

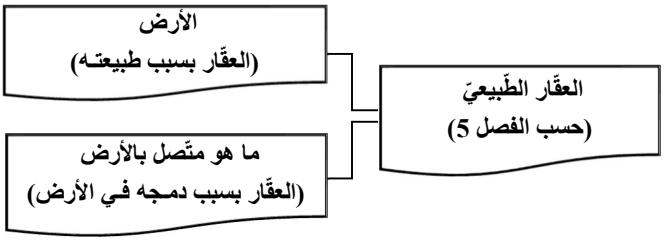
(281)



هذا العقّار الطّبيعيّ يتكوّن، حسب الفصل 5، من الأرض وممّا هو متّصل بالأرض. فإذا تأمّلنا، وجدنا الأرض، والأرض فقط، عقّارا بسبب طبيعته. أمّا ما يتّصل بالأرض، فعقّار لكن بسبب دمجه في الأرض[282].

36 الأرض (العقّار بسبب طبيعته) ◊ فإذا بدأنا بالأرض أي بالعقّار بسبب طبيعته، بدأنا بما قاله الفصل الوارد منذ قليل: "الأراضي والمباني والنّباتات ما دامت متّصلة بالأرض عقّارات طبيعيّة"[283]. فالأرض إذن عقّار طبيعيّ. أمّا المباني والنّباتات فلها الوصف نفسه بشرط أن تكون متّصلة ومُدمجة في الأرض[284] (المبنى يُدمج في

(282)



(283) في القانون التّونسيّ، سبق هذا النّصّ في التّاريخ الفصل 4 من القانون العقّاريّ لسنة 1885. يقول هذا النّصّ: "الأراضي والمباني عقّارات حقيقيّة". وجاء في التّعليق المأخوذ من مطلع الدّراري: "العقّار في أصل اللغة العربيّة يقال على الأرضين والأبنية". محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 27.

(284) في الفصل 5 وصفٌ (ما دامت متّصلة بالأرض) جاء بعد ثلاثة أشياء معطوفة على بعضها (الأراضي والمباني والنّباتات). والسّؤال في مثل هذه الصّورة: هل يعود الوصف إلى الجميع أو إلى البعض دون الآخر؟ حسب علم المنهجيّة ينبغي البحث عن قصد المتكلّم. فإن وُجد، أعطيت الجملة المعنى الموافق لهذا القصد. فإن لم يُعثر على القصد، ينبغي إعطاء الجملة المعنى الوضعيّ (إذن ينبغي البحث في المنظومة اللغويّة عن المعنى الوضعيّ).

وفي مجلّة الالتزامات والعقود، وعلى مستوى النّصوص التي جاءت بقواعد تأويل العقد (لا القانون)، نجد الفصل 520 القائل: "الوصف بعد متعاطفين يعود إليها جميعا، كما في قولك (وهبت لأبنائي وأبناء أبنائي الذّكور) إلّا إذا تبيّن بوجه صريح أنّ الوصف لا يعود إلّا للأخير. فإن كان العطف بثمّ،

الأرض بواسطة الأسس، والنّبات بواسطة الغرس). وعليه – وهذا قيل منذ قليل – فالأرض هي في الحقيقة العقّار الطّبيعيّ، أمّا المباني والنّباتات فعقّار طبيعيّ بوصفها فرع لأصل[285]. بتعبير مغاير: الأرض، وبحسب أصلها، عقّارٌ؛ الأمر مختلف مع المبنى والنّبات، فهذان منقول، وبسبب دمجه في الأرض صار عقّارا. لكن ألا يمكن القول إنّ الأرض هي في نهاية المطاف أتربة وحجارة، وأنّ هذه الأتربة والحجارة مدمجة في الأرض وبهذا الإدماج صارت عقّارا؟[286] فأين ينتهي العقّار بسبب الإدماج إذن، وأين يبدأ العقّار الأصل أو الأرض؟

الجواب: يصعب تحديد أين ينتهي ما هو مدمج في الأرض وأين تبدأ الأرض، لأنّ هذا رهين الآلات التي توفّرها التّقنيات للحفر وجرف الأتربة. لكن يمكن على الأقلّ

عاد الوصف على ما بعده. والشّرط بعد المتعاطفين يعود إلى جميعها" (انظر حول هذا النّصّ: عبد المجيد الزّرّوقي، «المسار التّأويليّ: العقد والقانون نموذجا»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 65، الهامش). فإذا عدنا إلى الفصل 5، قلنا إنّ السّياق الحاليّ (أنّ المتكلّم عاقل) قرينة على أنّ المراد لا يمكن أن يكون رجوع الوصف إلى الأراضي (لا يمكن لعاقل أن يقصد: الأرض مادامت متّصلة بالأرض). بقي: هل يعود على المباني والنّباتات معا؟ إذا فهمنا النّصّ بالرّجوع إلى مصادره المادّيّة يمكن الجواب بالإيجاب.

[285] انظر هذا التّأكيد في إطار كلام تعلّق بالقانون الفرنسيّ، وذلك عند:

دومينيك لوفافر، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 518 إلى 521، كرّاس وحيد، الفقرة 3.

Dominique Lefebvre, J. –cl. Civ. Code, art 518 à 521, fasc. unique, § 3.

أمبرواز كولين وهنري كابيتون، دروس أساسيّة في القانون المدنيّ الفرنسيّ، مكتبة دالوز، باريس، 1931، ج 1، ص 699 وما بعدها.

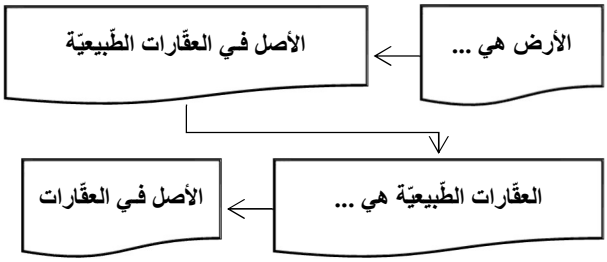
Ambroise Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Librairie Dalloz, Paris, 1931, T. I, p. 699 s.

[286] وهنالك صورة أوضح على مستوى اعتبارها عقّارا بسبب الدّمج: أن تُفرش الأرض القليلة الإنتاج، بزربيّة من تربة قويّة الإنتاج. انظر هذه الصّورة وغيرها عند: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 518 إلى 521)، الفقرة 33.

القول إنّ الأرض هي الأصل في العقّارات الطّبيعيّة تماما كما أنّ العقّارات الطّبيعيّة هي الأصل في العقّارات[287].

فإذا قصرنا النّظر على الأرض• وتركنا المباني والنّباتات، قلنا (هذا هو المعنى الوضعيّ[288]، وليس ثمّ قرينة على خلافه نجدها في السّياق وفي الأعمال التّحضيريّة) إنّها السّطح والقشرة (والسّطح والقشرة قد تكون سهلا أو جبلا، ترابا أو صخرا، إلخ) وهي أيضا ما تحت ذلك[289]. والكلام نفسه قيل في القانون الفرنسيّ، وتحديدا

(287)

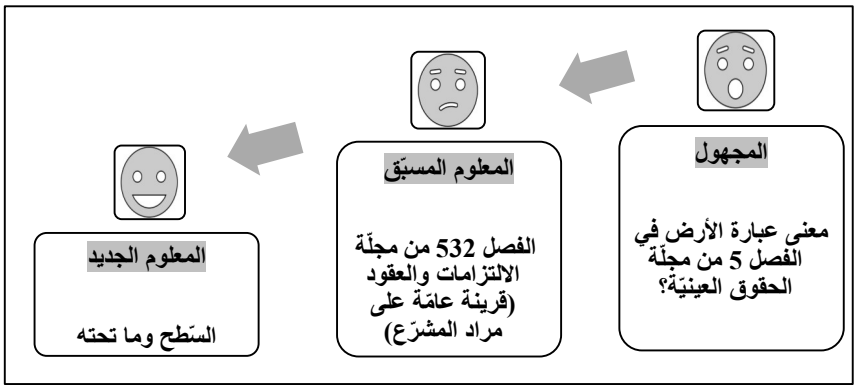


قارن مع: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 33.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(288) انظر: محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د ت (الأرض: ما عليه النّاس).

(289)



في العبارة الواردة بالفصل 518 من المجلّة المدنيّة. فلقد جاء عند البعض أنّ هذه العبارة تعني القشرة الأرضيّة وما تحتها بما في ذلك المعادن[290]. لكنّ المعادن تصبح عقّارات مستقلّة عن السّطح، إذا أعطت الدّولة امتياز استغلال بحيث نصبح أمام عقّارين الواحد منهما (السّطح) فوق الآخر (المعادن)[291]. وفي هذا القانون الفرنسيّ نفسه، اعتبر البعض أنّ المجال الجوّيّ الذي فوق الأرض مالٌ في ذاته، وهو عقّار طبيعيّ[292]. فإذا عدنا الآن إلى القانون التّونسيّ، وجدناه يعدّ عقّارات (ينبغي، لأنّها لا يمكن أن تكون حكميّة أو تبعيّة، أن نقول إنّها طبيعيّة) حقول

ملاحظة 1: يمتدّ سُمك التّحت إلى حيث تنتهي قدرة الوسائل التّقنية على الحفر.

ملاحظة 2: ما هو تحتٌ (وأيضا ما هو سطحٌ وقشرة) هو عقّار طبيعيّ، لكن ما يقبل منه أن يُحفر ويُجرَف ويُحمَل يصير، بعد هذه العمليّات، منقولا طبيعيّا. بل ما هو الآن تحتٌ (وأيضا ما هو الآن قشرة)، أي عقّار طبيعيّ، يمكن إن كان قابلا لما سبق من حفر ونحوه أن يُعَدّ منقولا بالاستباق (انظر حول المنقول بالاستباق الفقرة 39). على هذا الأساس يمكن أن نتحدّث عن العقّار الطبيعيّ المؤقّت.

ملاحظة 3: سنرى لاحقا أنّ مالك الأرض (سنعني بالأرض حينها السّطح فحسب) هو مالك لما تحتها، ولما فوقها (انظر الفقرة 143 وما بعدها).

[290] انظر مثلا: ناداج ريبول–موبان (قانون الأموال)، م س، ص 55.

والمعادن، حسب محكمة التّعقيب الفرنسيّة في قرارها سنة 1857 (Cass. Req., 15 déc. 1857, D.P. 1859, 1, 366)، هي عقّارات، إذا كانت في باطن الأرض (وهذه هي الصّورة التي تناولناها في المتن). أمّا إذا تمّ استخراجها، فعندها تصبح منقولات. انظر: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 142 وما بعدها.

[291] فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 33. انظر أيضا: أ فاليت، م س، ص 12؛ ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 407، ص 504.

[292] ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 137 وما بعدها. انظر الفكرة نفسها وقد أتي بها في القانون الأنجلوسكسوني: سامنتا هيبورن، م س، ص 15.

المحروقات (الفصل 53. 1 من مجلّة المحروقات) والموادّ المعدنيّة المصنّفة "مناجم" (الفصل 8 من مجلّة المناجم).

ومن يتأمّل – وهنا نعود إلى مجلّة الحقوق العينيّة – يجد الفصل 3 السّالف الذّكر يتحدّث عن العقّار (الطّبيعيّ كما يُفهم ذلك من سياقه) ويقول إنّه ما كان ثابتا في مكانه ولا يمكن نقله منه دون تلف. فهل هذا الكلام أريدت به الأرض؟ لكن ألن يأتي لاحقا في المجلّة نصٌّ (الفصل 29) الفرضُ فيه الأرض حين تنتقل من مكان إلى آخر ودون تلف؟ هل أريد من النّصّ المباني والنّباتات؟ لكن ألم تسمح التّقنيات الحديثة بنقل المباني (فضلا عن النّباتات) من مكان إلى مكان ودون تلف أيضا[293]؟ كلّ هذا قد يجعلنا ننقد لمرّة أخرى الفصل 3، ونجد فيه مشكلا ثانيا مرتبطا بالمنهجيّة التّشريعيّة غير مشكل موقعه. لكن قد يمكن القول إنّ هذا النّقد الثّاني متهافت، وأنّ الفصل 3 أتى بالتّعريف الذي أتى به وهو ينظر إلى الحالة العاديّة لا إلى الحالات الاستثنائيّة.

37 ما هو متّصل بالأرض (العقّار بسبب الإدماج في الأرض immeuble par incorporation) ◊ فإذا تركنا الفصل 3، واهتممنا بالفصل 5 من مجلّة الحقوق العينيّة، وتحديدا بقسمي العقّار الذي صار عقّارا (وطبيعيّا) لا بسبب طبيعته بل

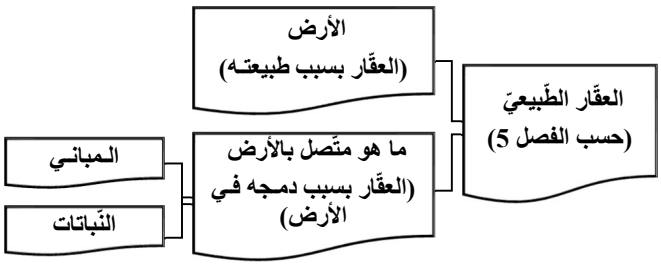
(293) سنة 2012، وفي مدينة زوريخ السّويسريّة، تمّ نقل مبنى – يتكوّن من 3 طوابق، ويزن 6200 طن، وطوله 80 م، وعرضه 12 م – من مكانه إلى مكان آخر يبعد عن الأوّل 63 م (يتعلّق الأمر بمبنى قديم، عمره قرن، أريد أن يُحافظ عليه، لكن أريد أيضا استعمال مكانه القديم لبناء سكّة حديد ونفق). انظر: <www.youtube.com/watch?v=X77-j8Zwih0>، تاريخ آخر اطّلاع: 9 جانفي 2022.

بسبب دمجه في الأرض[294]، قلنا إنّ القسمين هما المباني من جهة والنّباتات من جهة أخرى[295].

38 المباني ◊ فأمّا المباني، فلم يحدّد النّصّ معناها واكتفى بالقول إنّها متّصلة بالأرض. والتّعبير هنا مطلقٌ•، ويشمل صورتين: ما هو متّصل بالأرض بواسطة أساس من

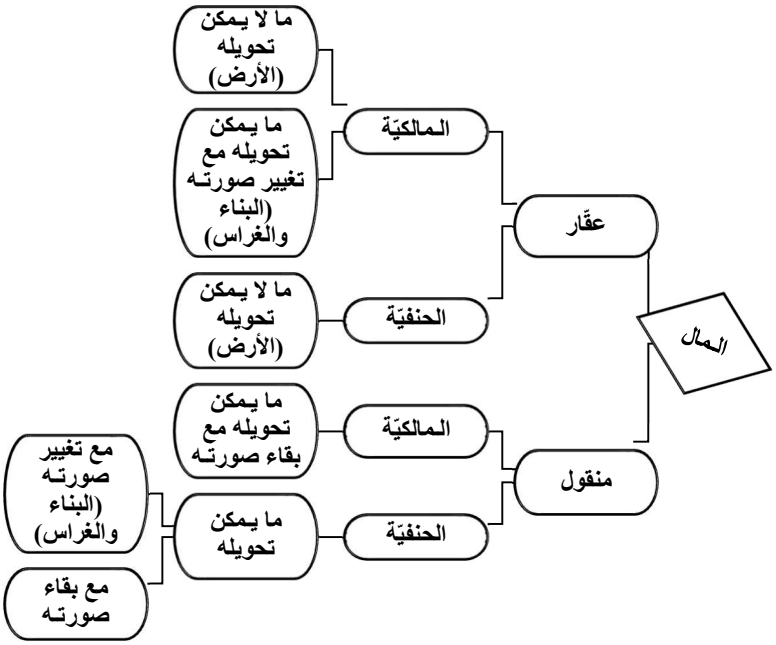
(294) في فرنسا، ثمّ من لا يستعمل عبارة "عقّار بالإدماج" (immeuble par incorporation) بل عبارة "عقّار بالالتصاق"(immeuble par accession): بودون ولاربور–بيجونيير، ج 4، الفقرة 104، ص 99؛ ش أوبري وش رو، ج 2، الفقرة 164، ص 6؛ ذكرهما: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 147.

(295)



إنّ عدّ القانون التّونسيّ المباني والمغروسات عقّارا يخالف موقف جزء من الفقه الإسلاميّ ويوافق جزءا آخر. للتّفصيل في هذا سننقل كلاما للإمام أبو زهرة (م س، ص 64 وما بعدها): "تنقسم الأموال في الشّريعة إلى عقّار ومنقول. فالعقّار ما لا يمكن نقله وتحويله. والمنقول كلّ مال يمكن نقله وتحويله، ولو بتغيير صورته كالبناء والغراس. ولذلك قرّر الفقهاء أنّ العقّار لا يشمل إلّا الأرضين، سواء كانت أراضي للزّراعة أم كانت للبناء أم لغير ذلك، ويشمل المنقول ما عدا ذلك من الأموال. غير أنّ من أنواع المنقول ما يأخذ حكم العقّار تبعا، وهو البناء والغراس، فهما يدخلان في العقّار تبعا في بعض العقود والتّصرّفات الشّرعيّة، لأنّهما متّصلان به اتّصال قرار وثبات، ولا حاجة إلى النّصّ عليهما لإدخالهما في ضمن ما يشمله العقد. وفي مذهب مالك رضي الله عنه: العقّار يشمل الغراس ويشمل البناء، لأنّهما متّصلان بالأرض اتّصال قرار، ولأنّهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما، بل تتغيّر حالهما، فيتحوّل الغراس إلى أحطاب، والبناء إلى أنقاض، وهذا الثّبات يكفي في اعتبارهما عقّارا كالأرض".

الخرسانة ونحوها، وما هو موضوع على الأرض ومتّصل بها بسبب الجاذبيّة. هنا يمكن القول بوجود قرينة مقيِّدة للمطلق. فالقانون التّونسيّ على مستوى تقسيم الأموال



وفي المعنى نفسه يقول محمّد مصطفى شلبي (م س، ص 291): "لا نزاع بين الفقهاء في أنّ الأعيان الماليّة تنقسم إلى عقّار ومنقول، وأنّه لا ثالث لهما. كما لا نزاع بينهم في أنّ ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر عقّار، وأنّ ما لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان مع بقاء صورته وهيئته منقول. وإنّما النّزاع فيما يمكن نقله مع تغيّر في صورته وهيئته عند النّقل كالبناء والأشجار، هل هو عقّار أو منقول؟ فالحنفيّة يقولون: إنّه منقول، والمالكيّة جعلوه من العقّار. وعلى هذا يعرّف العقّار عند الحنفيّة بأنّه ما لا يمكن نقله وتحويله أصلا، وهذا لا يصدق إلّا على الأرض خاصّة. والمنقول عندهم هو ما يمكن نقله سواء بقي على صورته الأولى كالحيوانات والمعادن من الذّهب والفضّة والحديد، أو تغيّرت صورته وهيئته كالأشجار والبناء. والمنقول عند المالكيّة هو ما أمكن نقله مع بقاء هيئته وصورته الأولى. والعقّار ما عدا ذلك، فيدخل في العقّار الشّجر بأنواعه والبناء".

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

قال إنّه أخذ بالقانون الفرنسيّ، وفي القانون الفرنسيّ لا تُعدّ الصّورة الثّانية عقّارا بسبب الإدماج[296].

ببيان مختلف:

لو أراد المشرّع في هذه المسألة الدّاخلة في مادّة أقسام المال الخروج عن الخطّ العامّ الذي قال إنّه يسير عليه، لصرّح بذلك (العاقل يصرّح في موضع كهذا الموضع)[297].

والتّالي باطل.

فالمقدّم إذن باطل بدوره[298].

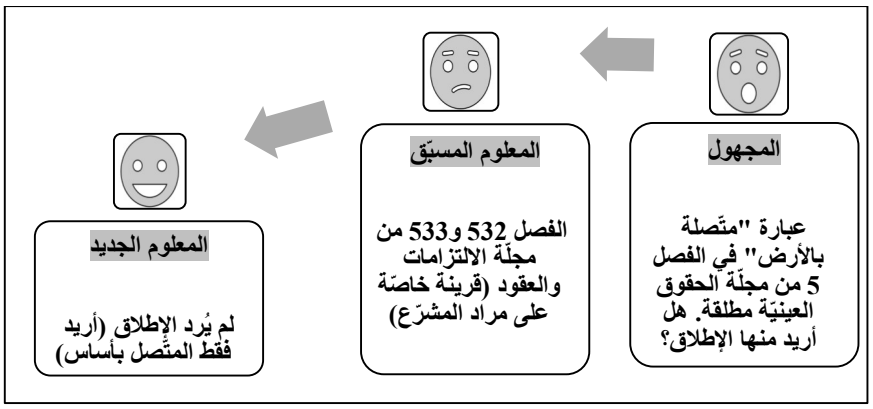
---

[296] لا نجد شيئا في مداولات مجلس الأمّة حول الفصل الخامس (انظر الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 12، 24 ماي 1965، ص 206).

لكن قد يمكن القول إنّنا أمام ما أخذ من القانون الفرنسيّ. انظر حول هذا القانون: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 148 وما بعدها.

[297] انظر المبادئ التّأويليّة الواردة سابقا (الفقرة 13، الهامش)، والتي هي مرتبطة بما نفترض أنّه نيّة للمشرّع.

[298]

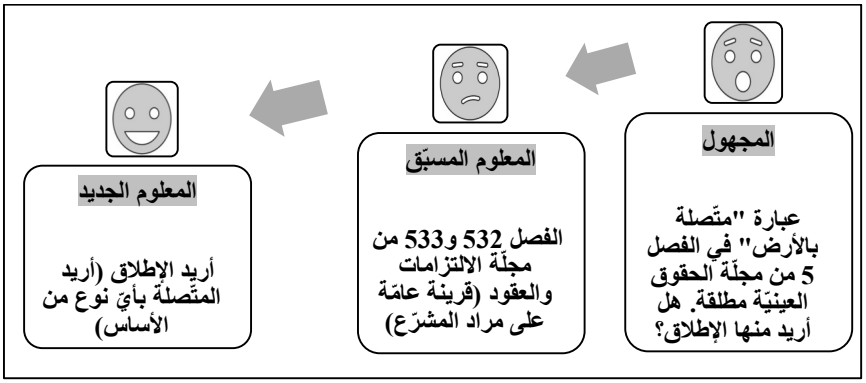


فإذا اهتممنا الآن بالمتّصل بالأرض بواسطة أساس، قلنا إنّنا هنا أمام إطلاق آخر، فهذا يشمل ما اتّصل بأساس من الخرسانة أو من الخشب أو من غير ذلك•. ويمكن القول – بعد البحث في النّصوص وفي الأعمال التّحضيريّة – إن لا وجود لقرينة تقيّد المطلق، ومن ثمّ ينبغي إجراؤه على إطلاقه[299].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى المتّصلُ بأساس قد يتّصل لوقت حُدِّد بعدُ (مباني المعارض، ونحو ذلك) وقد يتّصل لوقت غير محدّد. هنا أيضا ثمّ إطلاق في الفصل 5•. ويمكن القول إن لا قرينة مقيِّدة، ومن ثمّ إنّ المطلق يفيد الإطلاق، أي يفيد المبنى المدمج في الأرض بصفة مؤقّتة والمبنى المدمج في الأرض بصفة نهائيّة[300].

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(299)



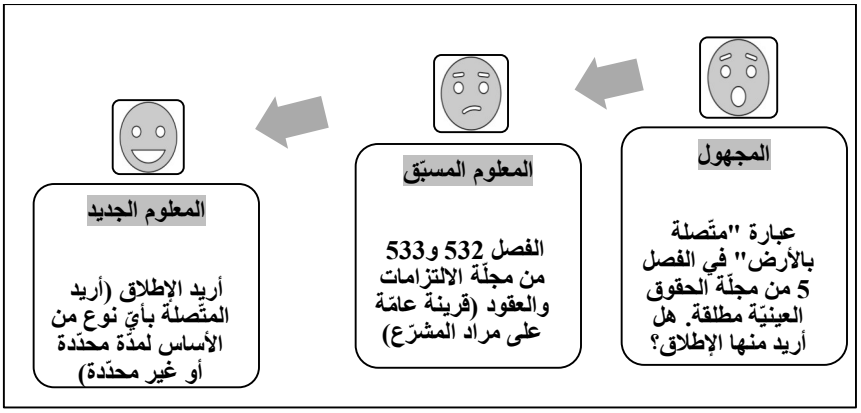
• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(300) لا نجد شيئا في مداولات مجلس الأمّة حول الفصل الخامس (انظر الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 12، 24 ماي 1965، ص 206) ولا في سياق هذا النّصّ.

لكن قد يمكن القول إنّنا أمام ما أخذ من القانون الفرنسيّ، وفي هذا القانون قُبِل الاتّصال المؤقّت. انظر: جون لويس–بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، ص 14.

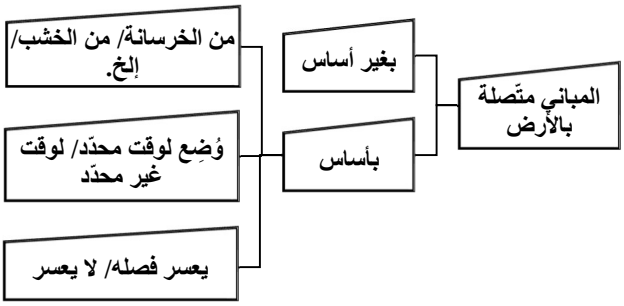
على هذا يمكن أن نعمد هنا أيضا إلى القياس الشّرطيّ الوارد سابقا.

والكلام نفسه يصحّ على مستوى آخر، فالمتّصل بأساس متّصلان•: متّصل يعسر فصله ومتّصل يسهل فصله(301).



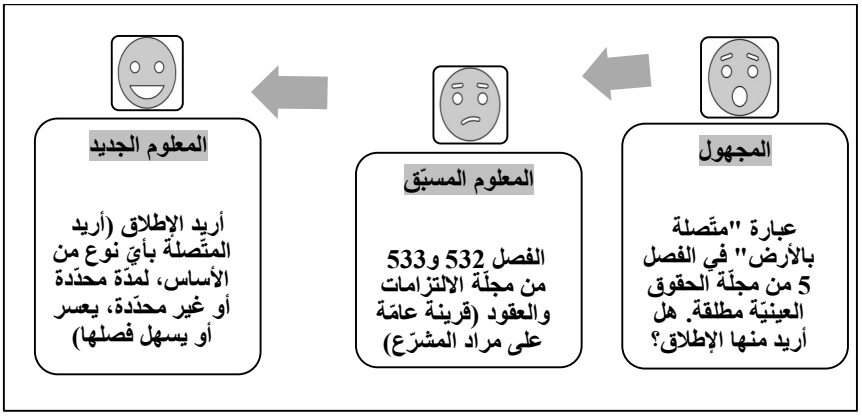
• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(301)



ومن زاوية مختلفة عمّا سبق، تنبغي ملاحظة أنّ المبنى مدمج في الأرض، لكن في العادة للمبنى توابع مدمجة فيه (المكيِّف المركزيّ، ونحو ذلك)، فهل المدمجُ (توابع البناية) في المدمجِ (البناية) مدمجٌ (في الأرض)، ومن ثمّ عقّارٌ بسبب الدّمج؟

جواب هذا السّؤال نجده في الفصل 6 من مجلّة الحقوق العينيّة القائل: "الأجهزة والأنابيب اللاصقة بالأراضي والمباني والمتمّمة لها عقّارات طبيعيّة"[302]. وهكذا فاللاصق بالمبنى (زيادة على اللاصق بالأرض[303]) والمتمّم له عقّار طبيعيّ، وتحديدا عقّار بسبب الدّمج[304] .



[302] جاء في أحد قرارات محكمة التّعقيب أنّ "المواجل بمعصرة زيت هي عقّارات طبيعيّة، وبالتّالي فإنّها لا تدخل بهذا المعنى في عناصر الأصل التّجاريّ التي لا تكون إلّا منقولات". تعقيبيّ مدنيّ (دوائر مجتمعة)، 18 ماي 1995، مجموعة قرارات الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب 1994/ 1995، مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة – وزارة العدل، تونس 1995، ص 40.

[303] قد نجد في ملك خاصّ أعمدة كهرباء مثلا، وتكون لاصقة في الأرض بواسطة محزقات (boulons) ونحو ذلك.

[304] ما هو مدمج في البناية.

وثمّ سؤال آخر: هل ينبغي أن يكون من قام بفعل الدّمج له وصف مالك الأرض؟• بتعبير مغاير: لو أنّ من شيّد البناية مكتر أو حائز (لم تصل حيازته بعدُ إلى المدّة الواردة في القانون[305])، هل تكون البناية عقّارا بسبب الدّمج (يُطرح المشكل لا على مستوى الفصل 5 بل أيضا على مستوى الفصل 6 أي على مستوى الأجهزة التي يكون قد أدمجها في المبنى مكتر أو حائز)؟ الجواب: نعم تصير البناية هذا العقّار (ويكتسبها المالك بسبب سنراه لاحقا يسمّى الالتصاق)[306]. ما الحجّة على صحّة هذا الجواب؟ إطلاق الفصل 5 من مجلّة الحقوق العينيّة (وهذا على خلاف النّصوص المتعلّقة بالعقّار الحكميّ حيث سنجد تقييدا، بمعنى اشتراطا لأن يكون مالك الأرض هو أيضا مالك المنقول الذي سيأخذ وصف العقّار الحكميّ[307]) وعدم وجود قرينة مخالفة[308] (بل يمكن القول بوجود قرينة مؤيِّدة للإطلاق لا مقيِّدة

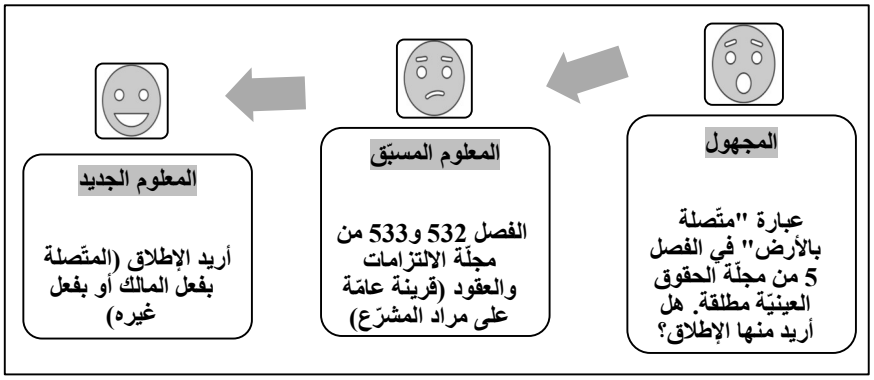
• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(305) انظر الفقرة 215.

(306) انظر الفقرة 219 وما بعدها.

(307) انظر الفقرة 42.

(308)

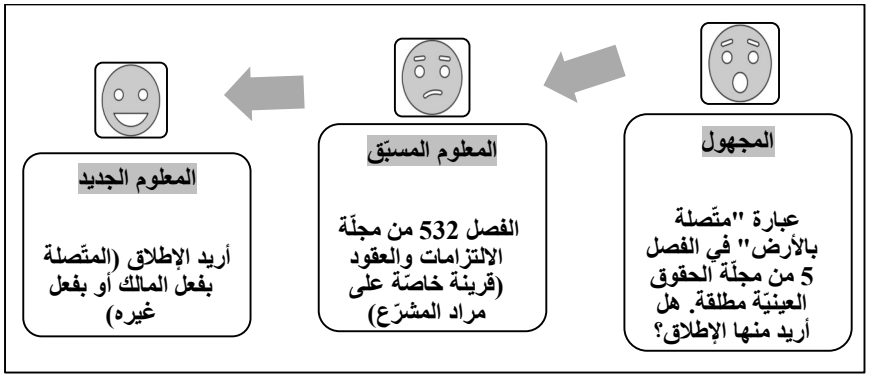


له. فهذه المسائل أخذت من فرنسا. وفي فرنسا قيل إن لا حاجة لأن يكون آتي فعل الدّمج هو المالك لكي نكون أمام عقّار[309]).

إلى جانب المسألة السّابقة، يطرح الفصل الخامس مشكلة أخرى. فقد قال النّصّ إنّ "[...] المباني [...] ما دامت متّصلة بالأرض عقّارات طبيعيّة". هنا لدينا فرضٌ: المبنى المتّصل بالأرض؛ وحكمٌ: عقّار طبيعيّ. هذا هو المنطوق به. أمّا المسكوت عنه وعن حكمه: فما بعد الاتّصال، أي صورة الانفصال•.

يمكن القول إنّ قصد المشرّع (المستشفّ من الأعمال التّحضيريّة القائلة إنّ هذه المسائل أخِذت من فرنسا[310]) أنّ حكم المسكوت عنه هو نقيض حكم المنطوق

[309] انظر: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 164، ص 5.



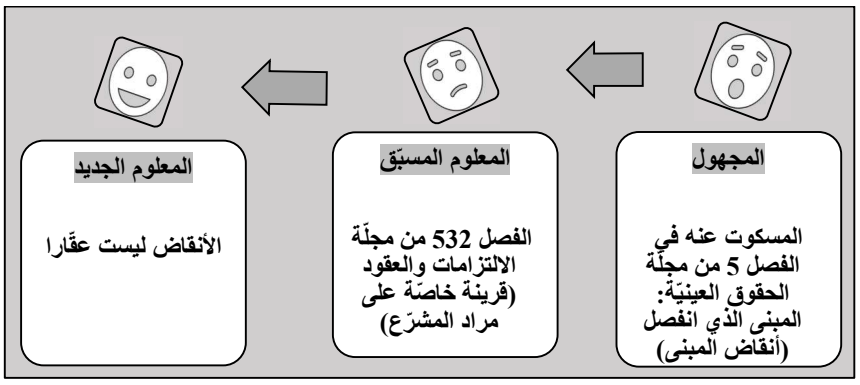
• هنا، وكما قيل أعلاه، نحن أمام صورة فراغ وسكوت في القانون.

[310] حول القانون الفرنسيّ انظر مثلا: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 408، ص 507، والفقرة 422، ص 528.

به. وعليه فإنّ أنقاض البنايات مثلا لا تعدّ عقّارا[311]. بتعبير مفصّل أكثر: كنّا أمام أرض، أي أمام عقّار بسبب طبيعته؛ ثمّ جئنا بإسمنت وحديد ونحو ذلك، أي جئنا بمنقولات، وشيّدنا بناية؛ بالتّشييد تحوّل ما كان أمامنا من منقول إلى عقّار وذلك بسبب دمجه في الأرض؛ فإذا أزلنا الدّمج، أي إذا هدّمنا البناية، رجعنا أمام ما كان لدينا في البدء، أي أمام منقول.

وفي إطار خطّ مسألة الانفصال نفسه، تُطرح مسألتان: مسألة المنقول بالاستباق، ومسألة إزالة مُدمج في بناية بقصد إعادته إلى مكانه مرّة أخرى[312]. فأمّا المسألة الأولى، فسنتناولها مع النّباتات؛ وأمّا المسألة الثّانية، فيمكن القول في شأنها: إنّ المسكوت عنه في الفصل 6•، أي المنفصل، يشمل ما انفصل دون رجعة وما انفصل ليُرجَع[313]. لكن، لأنّ الحلّ في فرنسا أنّ "المنفصل ليرجع" هو وحده الذي يظلّ

(311)



(312) شيء يُفكّ بغرض إصلاحه وإرجاعه إلى مكانه.

• إذن نحن أمام صورة فراغ وسكوت في القانون.

(313) قد يمكن القول إنّ المسكوت عنه مطلق. ولكن قد يرفض البعض الحديث عن إطلاق (أو عموم)، لأنّه يرى أنّ هذا يرد على الكلام لا على السّكوت. انظر: الغزالي، المستصفى، المطبعة الأميريّة ببولاق، مصر، ط 1، 1324 هـ، ج 2، ص 61 وما بعدها.

عقّارا[314]، ولأنّ المشرّع قال إنّه أخذ هذه الأمور من فرنسا، فيمكن القول بالحلّ نفسه في إطار الفصل 6[315].

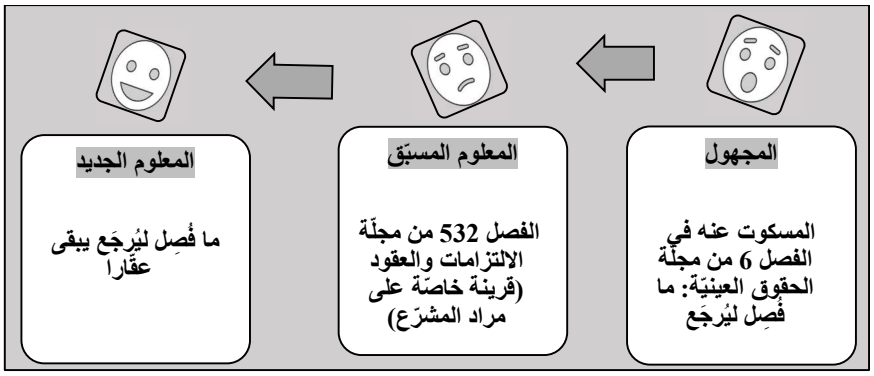
39 النّباتات ◊ وما ورد أعلاه حول البنايات (وتحديدا حول الجوانب التّالية: الاتّصال المؤقّت وغير المؤقّت، الاتّصال الذي يعسر والذي لا يعسر إنهاؤه، الاتّصال الذي

---

(314) في القانون الفرنسيّ: ما انفصل يكفّ عن أن يكون عقّارا طبيعيّا ليصبح منقولا طبيعيّا بشرط أن يكون الانفصال نهائيّا وغير مؤقّت. يقول أحدهم (وسننقل كلامه بصفة حرفيّة تقريبا): المدمج من الموادّ والأدوات والمحرّكات، إذا انفصل عن الأرض أو عن الحامل الذي يثبّته في الأرض، يصبح منقولا طبيعيّا. في هذا المعنى، تصبح اللوحات الجُدرانية (fresques) المقتلعة من حائط كنيسة خاصّة (chapelle) منقولات. لكنّ الانفصال المادّيّ ينبغي أن يكون نهائيّا. فتفكيك الأجزاء الدّائريّة لمحرّك أو مصنع والمثبّتة على دعائم من أجل إصلاحها أو ضبطها، ورفع قرميدٍ لسطح أو موادٍّ من بناية من أجل ترميم ذلك السّقف أو تلك البناية، كلّ ذلك لا يؤدّي إلى إرجاع طابع المنقول إلى هذه الأموال. دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 518 إلى 521، كرّاس وحيد)، الفقرة 57 وما بعدها.

انظر أيضا من يقول إنّ القانون الفرنسيّ القديم والفقهاء المعاصرين يرون أنّ ما أزيل ليعاد يحتفظ بوصف العقّار. لكنّه يقول إنّ رأيه مختلف وإنّنا هنا أمام منقول، وهذا الواقع لا يتغيّر إلّا بافتراض ("التّعقير" أو جعل المنقول عقّارا هو افتراض fiction)، والافتراض لا يكون إلّا بقانون، والقانون هنا سكت: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 422، ص 528.

(315)



من صنع مالك الأرض أو الذي من صنع غيره، الاتّصال القائم والاتّصال الذي أزيل) ينطبق بالتّمام والكمال على النّباتات. والحجّة أنّ الفصل 5 – على هذه المستويات – همّ البنايات والنّباتات معا.

ومن يكتفي من هذا الفصل 5 بدراسة النّباتات، ينبغي له أن يتناول ما سنراه لاحقا تحت اسم الغلال والمنتوجات[316]. كما ينبغي عليه المرور بنصّين آخرين في مجلّة الحقوق العينيّة:

النّصّ الأوّل هو الفصل 7، ويقول: "الصّابة على سوقها والثّمار في أصولها أيضا من العقّارات. فإذا جُذّت، صارت من المنقولات ولو لم تنقل"[317]. ومن ينظر إلى هذا النّصّ، يجده لم يأت بجديد مقارنة بما رأينا أنّه معنى للفصل 5. لكن ثمّ مسألة أثيرت في الفقه التّونسيّ في إطار الفصل 7 (كان يمكن أن تُثار في إطار الفصل 5، لا على مستوى جزئه المتعلّق بالنّبات فحسب بل على مستوى جزئه المتعلّق بالبناية، بل وبالأرض). حاصل المسألة ما يلي: هنالك الأرض، وهي عقّار بطبيعته؛ وهنالك النّبات وهو عقّار بسبب كونه مدمجا في الأرض؛ لكنّ النّبات اليوم سيُجنى غدا (والمنزل اليوم، سيُهدم غدا [هذا مستوى البناية]؛ والموادّ المنجميّة، ستُستخرج لاحقا

---

[316] انظر حول الغلال والمنتوجات الفقرة 95 وما بعدها.

وانظر من تناول في إطار القانون الفرنسيّ الغلال والمنتوجات وفصّل فيهما وذلك في مقالة تتناول العقّار الطبيعيّ ومن ثمّ العقّار بالدّمج: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 518 إلى 521، كرّاس وحيد)، الفقرة 72 وما بعدها.

وما قيل في هذه المقالة في إطار القانون الفرنسيّ يمكن قول بعضه في إطار القانون التّونسيّ.

[317] جاء عند أحدهم، وهو يتحدّث في القانون الفرنسيّ، أنّ الثّمار قبل جنيها هي في الأراضي المسوَّغة منقولات، وذلك بسبب كون حقّ الانتفاع الذي للمتسوّغ هو منقول. انظر: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 518 إلى 521، كرّاس وحيد)، الفقرة 114.

انظر في الاتّجاه نفسه: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 419، ص 525 وما بعدها.

من المنجم [هذا مستوى الأرض])، ومن ثمّ سيصير منقولا؛ فهل يمكن أن نستبق الجني ونعدّه من الآن منقولا؟ هل يقبل القانون التّونسيّ الإزالة الذّهنيّة للدّمج، أي هل يوجد في هذا القانون التّونسيّ ما يسمّى في القانون الفرنسيّ – بعد أن نقوم بترجمة حرفيّة – المنقول بالاستباق (meuble par anticipation)[318]. قدّم الفقه جوابين•: أحدهما بالإيجاب[319]، والثّاني بالنّفي[320]. وهكذا، فإنّ من يعتمد حجّة

---

[318] فضّلنا اسم "المنقول بالاستباق" على الاسم المستعمل في الفقه التّونسيّ، وهو: "المنقول بحسب المآل".

وخارج الأسماء، وبالنّسبة إلى جوهر المسألة، تمكن الإحالة على هذه الدّراسة التي أتي بها في إطار القانون الفرنسيّ:

فريجافيل، المنقولات بالاستباق، أطروحة، وردت عند: جيرار كورنو، م س (مقدّمة. الأشخاص. الأموال)، ص 418.

Fréjaville, *Des meubles par anticipation*, Th., Paris, 1927, citée par : Gérard Cornu, op. cit., (*Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*), p. 418.

انظر أيضا: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 238.

• من الجواب الثّاني للفقه سنفهم أنّنا أمام صورة غموض في القانون.

[319] انظر: صلاح الدّين الملّولي، م س (القانون المدنيّ. مقدّمة لدراسة القانون)، ص 182؛ علي كحلون، التّعليق على مجلّة الحقوق العينيّة وقانون التّحيين، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، ط 2، 2011، ص 43.

[320] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 41، ص 34: إنّ المشرّع التّونسيّ "باعتباره للصّابة وللثّمار التي مازالت على (سوقها أو على) رؤوس أشجارها نوعا من العقّارات الطّبيعيّة يكون [...] قد أعرض عن وصفها بأنّها منقولات بحسب المآل (meuble par anticipation) خلافا لبعض التّشريعات التي أخذت بهذا الوصف باعتبار أنّ مآلها الحتميّ هو أنّها ستصير منقولات عند فصلها عن النّباتات (هنا أورد الفقيه الذي نحن بصدد نقل المقتطف عنه مثال المادّة 24 فقرة 2 من القانون المدنيّ الكويتيّ التي جاء فيها ما يلي: يعتبر الشّيء منقولا، إذا كان انفصاله عن أصله وشيك الحصول، ونُظِر إليه استقلالا على هذا الاعتبار). ومع أنّه اعتبرها نوعا من العقّارات الطّبيعيّة إلّا أنّ المشرّع أخضع عقلة

السّلطة[321] (سلطة الفقه هنا) لن يجد مخرجا غير أن يترك هذا المنهج ويعمد إلى آخر تكون فيه السّلطة للحجّة. فإذا فعل، أمكن مثلا أن يقول إنّ الأعمال التّحضيريّة أكّدت أنّها أخذت عموم ما نحن بصدده من القانون الفرنسيّ، ولو أراد المشرّع في المنقول بالاستباق حلاّ مغايرا لصرّح بذلك[322]. هذا الكلام يفضي لتبنّي

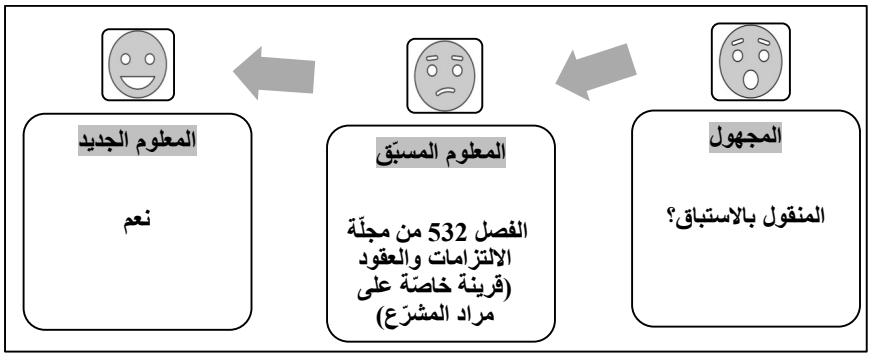
الصّابات والثّمار قبل جنيها إلى عقلة المنقولات (هنا أورد الفقيه الفصل 402 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة الذي جاء تحت عنوان: في عقلة المنقولات وبيعها)".

[321] تناولنا سابقا حجّة السّلطة: انظر الفقرة 29، الهامش.

[322] انظر المبادئ التّأويليّة الواردة سابقا (الفقرة 13، الهامش)، والتي هي مرتبطة بما نفترض أنّه نيّة للمشرّع.

الرّأي الذي مفاده أن ثمّ منقولا بالاستباق في القانون التّونسيّ[323]. والقول بوجود منقول بالاستباق له آثارٌ، أهمّها عدم انطباق قواعد بيع العقّار[324].

(323)



يُفهم ممّا جاء في المتن أن لا وجود في القانون التّونسيّ لنصٍّ يتحدّث عن المنقول بالاستباق أو المنقول بحسب المآل.

هذا الكلام يصحّ أيضا في حقّ القانون الفرنسيّ. لكن في هذا القانون أنشأ القضاء المنقول بالاستباق حين اعتبر أنّ ما هو عقّار الآن وسيصير منقولا في المستقبل (محصول زراعيّ – مواد منجميّة أو أحجار ستستخرج من منجم أو من مقطع – مبنى سيهدم – إلخ) يمكن أن يُعدّ من الآن منقولا تجري عليه أحكام المنقول لا أحكام العقّار. فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 41.

وفي القانون المصريّ لا يوجد نصّ عامّ تعرّض إلى المنقول بالاستباق. "لكن هناك نصوص متفرّقة، في التّقنين المدنيّ وفي تقنين المرافعات، تطبّق النّظريّة (المقصود: نظريّة المنقول بالاستباق أو بحسب المآل) في حالة خاصّة هي حالة المحصول الزّراعيّ، فتعتبر هذا المحصول منقولا قبل أن يفصل عن الأرض لأغراض معيّنة. فيكون المحصول – وهو عقّار بطبيعته – منقولا حكما، لأنّ مآله الحتميّ هو أن يُفصل عن الأرض؛ فهو إذن منقول بحسب المآل [...] ويمكن أن نستخلص من هذه النّصوص (المتفرّقة والخاصّة) قاعدة عامّة، واعتبار هذه النّصوص مجرّد تطبيق لها. وهذه القاعدة هي: حيث ينظر القانون (في حقوق الامتياز وفي حجز المنقول)، أو المتعاقدان (في بيع المحصول والثّمار، وخشب الأشجار، وأنقاض البناء، ومنتجات المناجم والمحاجر)، إلى عقّار بطبيعته على أنّه موشك أن يؤول منقولا بحصده أو هدمه أو قطعه أو اقتلاعه، ويجري التّعامل على أساس أيلولة العقّار منقولا، فإنّ العقّار بطبيعته يأخذ عندئذ حكم المنقول ويكون منقولا بحسب المآل" (عبد الرّزّاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون

ويختم الفصل 7 قائلا إنّ الصّابة على سوقها والثّمار في أصولها، إذا جُذّت، صارت من المنقولات ولو لم تنقل. هذا الكلام هو نقل للفصل 520 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. ولقد قال "لوران" عن هذا النّصّ إنّ محتواه بديهيّ حتّى أنّه يمكن أن نتساءل لماذا رأى المشرّع أن يأتي به. وأجاب: لأنّنا أمام حلّ يختلف عن القانون القديم الذي كان يعتبر أنّ الصّابة والغلال منقولات متى نضجت، أي قبل أن تُجَذّ

المدنيّ الجديد. حقّ الملكيّة مع شرح مفصّل للأشياء والأموال، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، د ت، المجلّد 8، الفقرة 29). وهكذا، بواسطة ما يسمّى في المنهجيّة بالاستقراء (يتكوّن الاستقراء induction من مرحلتين متعاقبتين. فأمام فرض لم يتعرّض له القانون ولم يورد من ثمّ في شأنه حكما، نقوم بما يلي: نحاول أن نكتشف في نصّين قانونيّين أو أكثر المبدأ العامّ الموجّه لنصوص القانون والذي كان مصدر إلهام لها. هذا المبدأ – بعد أن نجعل منه قاعدة تحوي فرضا عامّا وحكما – سيصير مستوعبا لفروض منها الفرض الذي لم يتعرّض له القانون. هكذا سيصير بالإمكان تطبيق حكم الفرض العامّ على هذا الفرض الذي سكت عنه القانون)، استطاع صاحب هذا المقتطف أن يقول: هنالك في القانون المصريّ قاعدة عامّة تتعلّق بالمنقول بواسطة المآل.

انظر حول الاستقراء: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 148.

(324) ينبغي التّمييز بين بيع ثمار مستقبَلة وبيع ثمار على أصولها. ففي البيع الأوّل، الموضوعُ غير موجود؛ أمّا في البيع الثّاني، فالموضوع موجود: فقط طبيعة المبيع (أنّه منقول) هي الأمر المستقبليّ. وحسب الفصل 574 من مجلّة الالتزامات والعقود: "بيع المعدوم باطل، كثمرة لم تبرز أو ما في حصوله شكّ كزرع لم ينبت وحمل في بطن أمّه. وإنّما يجوز بيع الغلّة في أصولها وغيرها من المنتوج البارز، ولو قبل النّضج".

وفي القانون الفرنسيّ قال أحدهم إنّ حقّ المشتري ليس حالّا فحسب بل هو عينيّ وهو حقّ على منقول. تنجرّ عن هذا آثار منها عدم انطباق قواعد بيع العقّارات. انظر آثارا أخرى في إطار العلاقة بين الأطراف، بل وأيضا في إطار العلاقة مع الغير والخلف، وكلّ ذلك عند: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 518 إلى 521، كرّاس وحيد)، الفقرة 100 وما بعدها.

(التِّبْن يصبح منقولا منذ منتصف شهر ماي، والعنب منذ شهر سبتمبر)[325]. فإذا سألنا في إطار القانون التّونسيّ السّؤال نفسه الذي طرحه "لوران" في إطار القانون الفرنسيّ، لم نجد لكلام القانون التّونسيّ مبرّرا لأنّ الأحكام المنطبقة قبل صدور مجلّة الحقوق العينيّة لم تكن كالأحكام المنطبقة قبل المجلّة المدنيّة[326].

النّصّ الثّاني هو الفصل 8 القائل: "حطب الأشجار لا يصير منقولا إلّا بالنّسبة إلى ما وقع قطعه"[327]. هنا أيضا يُطرح مشكل المنقول بالاستباق. وهنا أيضا ينبغي تبنّي التّأويل الذي وقع تبنّيه في إطار الفصل 7 (وينبغي أن نضيف: الفصل 5). بتعبير جامع: يُطرَح مشكل المنقول بالاستباق على مستوى عدّة صور. هذا يعني أنّه إذا كان المشرّع يقول بهذا الصّنف من المنقول، فهو يقول به بالنّسبة إلى جميع الصّور.

فإذا عدنا مرّة أخرى إلى الفصل الخامس وهو يتحدّث عن النّباتات ويعدّها عقّارات طبيعيّة "ما دامت متّصلة بالأرض"، قلنا ما قلناه في إطار البنايات وهو أنّ عبارة

---

[325] ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 423، ص 529.

[326] في عمل آخر لنا تعلّق ببعض نصوص مجلّة الالتزامات والعقود وجدنا الظّاهرة نفسها (ظاهرة التّقليد بلا وعي بأنّ ما تمّ تقليده أوجده سياق خاصّ به) وعلّقنا عليها بالقول: إذا وجدت القانون التّونسيّ وعليه المِمطرة دون أن يكون ثمّ مطر، فتثبّت في حال السّماء في فرنسا: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 131.

[327] قلّد الفصل 8 من مجلّة الحقوق العينيّة التّونسيّة أحكام الفصل 521 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. هذا النّصّ مرتبط بالقانون الفرنسيّ القديم. ففي هذا القانون تصبح الأشجار التي تقطع دوريّا منقولا متى جاء وقت قطعها ولو لم تقطع (ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 423، ص 529). لكن في تونس لم يكن لدينا هذا الحكم قبل الفصل 8.

"متّصلة بالأرض" مطلقة• تشمل المتّصل نهائيّا والمتّصل وقتيّا. ومن أمثلة المتّصل وقتيّا: الأشجار المزروعة في مشاتل ليتمّ نقلها لاحقا[328].

وثمّ مسألة أخرى: تحدّث النّصّ عن النّبات المتّصل بالأرض. هنا نحن أمام تخصيص بالوصف (الموصوف: النّبات؛ والوصف: متّصل بالأرض). وما خُصّص بالوصف أعطي حكما هو أنّه عقّار طبيعيّ. وعليه فنحن أمام سكوت عمّا له الوصف النّقيض (النّبات غير المتّصل، أي الموجود في أواني أو في أكياس ونحو ذلك) وعن حكمه•.

في المنهجيّة القانونيّة، وكما سبق معنا، ينبغي للوصول إلى حكم المسكوت عنه قطع المراحل التّالية:

المرحلة الأولى البحث عن نيّة المشرّع. فإذا وجدنا هذه النّيّة (متجسّدة مثلا في فصل آخر في مجلّة الحقوق العينيّة) تقول إنّ النّبات غير المتّصل عقّارٌ طبيعيّ أو ليس عقّارا طبيعيّا، أخذنا بما يطابق هذه النّيّة.

فإذا لم نجد نيّة للمشرّع، استدعى الأمر عندها المرور إلى مرحلة ثانية. في هذه المرحلة نقرّب المسكوت عنه من المنطوق به. فإذا وجدنا الأوّل (النّبات غير المتّصل) أوْلى بالحكم (أن يكون عقّارا طبيعيّا) من الثّاني (النّبات المتّصل)، أو إذا وجدنا الأوّل

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[328] في القانون الفرنسيّ اعتبرت المشاتل عقّارات لأنّ الإدماج هو سبب التّوصيف لا الهدف من وراء زرع النّبتة: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 420، ص 527.

فإذا بيعت المشاتل في أصولها، عُدَّت منقولات بالاستباق: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 420، ص 527.

• هنا، وكما قيل في المتن، نحن أمام صورة فراغ وسكوت في القانون.

مثل الثّاني، في هذين الحالين نجري حكم المنطوق به على المسكوت عنه، أي نعتبر النّبات غير المتّصل عقّارا طبيعيّا.

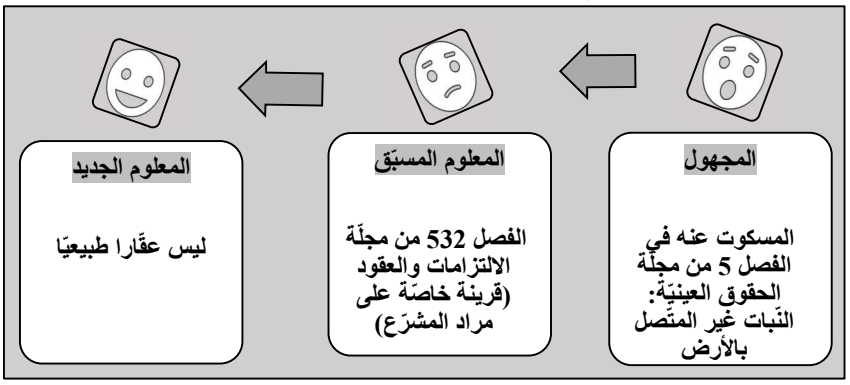
فإذا لم نجد ما سبق، وجب – لكوننا ما زلنا لم نجد للمسكوت عنه حكما (أي ما زلنا أمام فراغ في القانون لم يُسَدّ) – أن نمرّ إلى مرحلة ثالثة. في هذه المرحلة، ينبغي أن نبحث عن نوع التّقييد الذي نحن أمامه. فإذا كان القيد واردا على الحكم (مثال ذلك التّقييد في الجملة الشّرطيّة)، وجب عندها أن نقول إنّ حكم المسكوت عنه هو نقيض حكم المنطوق به. أمّا إذا كان القيد قد دخل على شيء آخر في الجملة (مثال ذلك التّقييد في الجملة الوصفيّة)، فهنا لا يبقى أمامنا إلّا أن نعطي المسكوت عنه الحكم الذي يمثّل أصلا ومبدأ وقاعدة عامّة.

وهكذا، لكي نقول عن النّبات غير المتّصل إنّه عقّار طبيعيّ أو إنّه ليس عقّارا طبيعيّا، ينبغي احترام التّمشّي الوارد أعلاه. ويبدو أنّ نيّة المشرّع – التي نستخلصها من كونه تبنّى مفاهيم معيّنة من قانون معيّن دون أن ينصب قرينة على أنّه في هذا

الموقع خرج عن خطّ سير القانون المتبنَّى[329] – تسلمنا بأنّ النّبات غير المتّصل ليس عقّارا طبيعيّا[330].

[329] عدم اعتبار النّبات غير المتّصل عقّارا طبيعيّا هو موقف قديم في القانون الفرنسيّ. انظر: جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، ص 14.

[330] بالتّدقيق هو منقول طبيعيّ، ويمكن جعله عقّارا حكميّا.

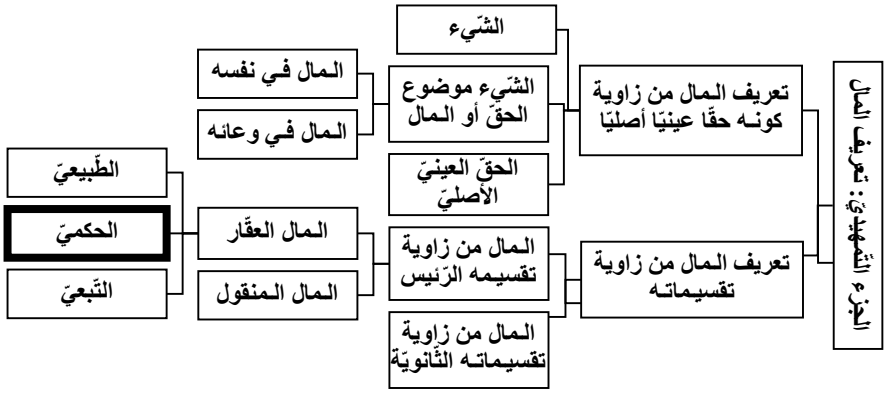


وكما يُرى فإنّ النّصوص المتعلّقة بالعقّار الطّبيعيّ (أي من جهة العقّار بسبب طبيعته، ومن جهة أخرى العقّار بسبب الدّمج) توقفنا كثيرا من أجل تأويلها[331]. هذا الكلام يصحّ أيضا على النّصوص المتعلّقة بالعقّار الحكميّ[332].

[331] ونحن نغادر الحديث عن العقّار بالإدماج، ينبغي أن نشير إلى أنّ تقنية "التّعقير بالإدماج" توسّع من ميدان الملكيّة، ومن ثمّ من حقوق الدّائنين الذين لهم رهن أو امتياز عقّاريّ. فإذا أراد صاحب الأرض أن يبحث عن اعتمادات، فلن يمكّنه المقرضون من ذلك، إذا لم يكونوا على ثقة من أنّهم سيحافظون على رهن الأموال التي سمحت اعتماداتهم بإنتاجها أو بالحصول عليها. ولن توجد هذه الثّقة لأنّ هذه الأموال، إن تمّ إدماجها في الأرض، ستمتدّ إليها حقوق من لهم رهن أو امتياز عقّاريّ. لتفادي هذا المشكل وتسهيل الحصول على اعتمادات، ينبغي على القوانين إيجاد استثناءات لتقنية "التّعقير" بالإدماج. انظر مقالة تعرّضت إلى مسألة الاستثناءات في القانون الفرنسيّ: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 518 إلى 521، كرّاس وحيد)، الفقرة 59 وما بعدها.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى كتب "لوران" (ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 429، ص 534) قائلا إنّ العقّار بالإدماج إذا انفصل عن الأرض عاد منقولا بالنّسبة إلى الجميع. لكن إذا صار العقّار بالإدماج منقولا بسبب العقد (المنقول بالاستباق)، فهذا يهمّ المتعاقدين ولا يعارض به الغير.

[332]



ب) المالُ العقّارُ الحكميّ

40 **اسمان لمسمّى واحد** ◊ رأينا الفصل 4 من مجلّة الحقوق العينيّة يتحدّث في صياغته الرّسميّة[333] عن العقّار الحكميّ. أمّا في الصّياغة الفرنسيّة، فيقول: immeuble par destination. هذه العبارة ينبغي أن تترجم بـ: العقّار بالتّخصيص.

هذا عن الأسماء، أمّا المسمّى –كما سنتبيّن ذلك بعد قليل– فمنقول طبيعيّ له رابط مع عقّار طبيعيّ. يتمثّل الرّابط في أنّ المنقول فرعٌ تابعٌ والعقّار أصلٌ متبوعٌ. بسبب هذه العلاقة يعتبر القانونُ المنقولَ عقّاراً، وذلك لينطبق على الأوّل حكم الثّاني. إذن نحن أمام تحويل منقولٍ إلى عقّار، أو إن شئتَ قلتَ نحن أمام "تَعْقيرٍ" لمنقول immobilisation d'un meuble. وصاحب التّحويل و"التّعقير" هو القانون. على هذا نحن أمام عقّار افتراضيّ (أي أمام افتراض قانونيّ fiction juridique[334]) أو عقّار اعتباريّ (أي أمام اعتبار قانونيّ)[335] أو عقّار حكميّ

---

[333] يُنشر القانون التّونسيّ بلغتين: العربيّة والفرنسيّة. وما يأتي باللغة العربيّة هو النّصّ الرّسميّ. أمّا ما يأتي باللغة الفرنسيّة فترجمة للنّصّ الرّسميّ.

[334] ينبغي القول إنّ الافتراض القانونيّ هو وضع شيء في صنف لا ينتمي إليه حقيقة (انظر ستيفان غولتزبرغ، م س، ص 111). هذا من جهة. ومن جهة أخرى تنبغي ملاحظة أنّ توصيف الوضعيّة الواردة في المتن بالافتراض القانونيّ قديم في فرنسا، ونجده مثلا عند:

م برودون، مؤلّف حول الملكيّة أو تقسيم الأموال من حيث علاقته بالمجال الخاصّ، فيكتور لارسيبه المكتبيّ والنّاشر، ديجون، 1839، ج 1، الفقرة 102، ص 104.

M. Proudhon, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Victor Larcier Libraire – Editeur, Dijon, 1839, T. I, n° 102, p. 104.

[335] حول الاعتبار. انظر الفقرة 78 (في الفقه الإسلاميّ تستعمل عبارة "الاعتبار"، أمّا في فقه القوانين الوضعيّة فتستعمل كلمة "الافتراض القانونيّ").

(أي أمام عقّار بحكمٍ من القانون)[336]. فإذا اهتممنا الآن بنوع الرّابط، قلنا إنّه يتمثّل في أنّ المنقول خُصِّص للعقّار، لذا فنحن أمام عقّار بسبب التّخصيص.

---

[336] في الفقه الفرنسيّ قيل إنّ القانون لم يكن بحاجة إلى الاعتبار وإلى خلق صنف العقّار الحكميّ. فالمبدأ القانونيّ العامّ "الفرع يتبع الأصل" (l'accessoire suit le principal) كافٍ لتحقيق الغاية نفسها. انظر هذا القول عند: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 34. ويورد المؤلّفان في هذا المكان المراجع التّالية:

روجيه، «العقّارات بالتّخصيص»، مجلّة العدول 1937، 1037 وما بعدها.

Roger, « Les immeubles par destination », *Journ. not*, 1937, 1037 s.

غولف، التّعقير بالطّبيعة، أطروحة، باريس، 1943.

Gulphe, *L'immobilisation par nature*, Thèse, Paris, 1943.

ج غوبو، قاعدة الفرع في القانون الخاصّ، أطروحة، نانسي، 1966، الفقرة 256 وما بعدها.

G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Thèse, Nancy, 1966, n^os^ 256 s.

وثمّ من يربط "التّعقير بحكم القانون" لا بنظريّة "الفرع" (théorie de l'accessoire) بل بنظريّة "الكلّ الواقعيّ" (universalité de fait) لأنّ هذا "التّعقير" يهدف إلى إيجاد مجموعة من الأموال ذات طبيعة عقّاريّة. من هذه الزّاوية أيضا لا حاجة إلى الاعتبار لأنّ المنقول الذي تمّ "تعقيره" لا يظهر كعقّار جديد نضعه إلى جانب عقّار آخر ويخضع للأحكام العامّة للعقّارات؛ بل بالعكس يرتبط ما تمّ "تعقيره" حكميّا بالعقّار الطّبيعيّ وذلك فيما يخصّ بعض العمليّات القانونيّة. ولا نجد جدوى "التّعقير" إلّا في "الكلّ" أو المجموعة التي أنشئت. ويظهر تقدّم المجموعة في صورة وجود تنازع بين الرّهن الذي موضوعه "الكلّ" والرّهن المنصبّ على المنقول "المعقّر". فهنا يغلب الرّهن الأوّل. وهكذا فإنّ اللجوء إلى الاعتبار القانونيّ المتمثّل في "التّعقير" غير ذي جدوى، ويمكن الاستعاضة عنه بتقنيات هي موجودة بعد. انظر: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 201.

انظر أيضا:

جوسلين ساشييه–ديشفرون، بحث حول مفهوم التّعقير بالتّخصيص، أطروحة، جامعة جون مولان – ليون 3 – كلّيّة الحقوق، 2005.

Jocelyne Sechier-Dechevrens, *Essai sur la notion d'immobilisation par destination*, Thèse, Université Jean Moulin – Lyon III – Faculté de Droit, 2005.

41 صورتا العقّار الحكميّ أو العقّار بالتّخصيص في القانون الفرنسيّ ◊ والعقّار الحكميّ أو بالتّخصيص صنفٌ من العقّار لم يُعرف في القانون الرّومانيّ أو الفرنسيّ القديم[337]. وهو في القانون الفرنسيّ الحاليّ قسمان: عقّار بالتّخصيص الفلاحيّ، أو الصّناعيّ، إلخ (immeuble par destination agricole, industrielle, etc.)؛ وعقّار بالتّخصيص المتمثّل في الرّبط بطريقة نهائيّة (immeuble par destination par perpétuelle demeure).

والقسم الأوّل مفاده أن يضع مالكُ عقّارٍ فلاحيّ أو صناعيّ (إلخ) على العقّار منقولات وظيفتها خدمة واستغلال العقّار. فمثلا وضع الحيوانات (ثيران حراثة، إلخ) على الأرض سببه أنّ مصلحة الفلاحة تقتضي ذلك. ومصلحة الفلاحة تتطلّب أيضا أن يتمّ "تعقير" هذه الحيوانات. فإذا حافظت – والكلام الآن هو نقل حرفيّ أو يكاد لـ: لوران – على طبيعتها كمنقول، أمكن لدائني المالك أن يعقلوها بصفة مستقلّة عن العقّار وأن يبيعوها. ماذا سينتج؟ أن تصبح الحراثة مستحيلة ممّا يضرّ بالمجتمع الذي يهمّه أن تكون هنالك حراثة للأراضي وممّا يضرّ بالمالك الذي سيجد نفسه مفلسا لأنّه (وبحرمانه من الحيوانات التي يحرث بها أو بغير ذلك من الآلات التي تؤدّي الوظيفة نفسها) لن يعود قادرا على أن يستخرج من الأرض قوته وقوت عائلته. فـ"التّعقير" يجنّب هذه المفسدة. وحسب مجلّة الإجراءات لا تمكن عقلة

---

(337) فرانسوا لوران، م س، ج 5، الفقرة 433، ص 538.

لكن انظر من كتب قائلا إنّ صنف المنقول "المعقّر" (meuble immobilisé) قديم؛ وإنّ القانون الفرنسيّ القديم أخذه من القانون الرّومانيّ بعد أن أعطاه شكله الحاليّ. م بالو، ورد عند: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 200.

انظر أيضا كلاما فيه تفصيل حول القانون الرّومانيّ، أي قوله بالتّخصيص فيما يخصّ العبيد المرتبطين بفلاحة الأرض: برودون، م س، ج 1، الفقرة 104، ص 107.

العقّارات بالتّخصيص إلّا مع العقّار. بهذه الطّريقة يُضْمَن استمرار استغلال الأرض؛ والدّائنون لن يخسروا بل سيربحون لأنّه لا مصلحة لهم من إفلاس المدين أو الإنقاص من دخله[338]. والكلام نفسه يصحّ لو أنّنا أمام عقّار صناعيّ (مثلا أرض ومبانٍ هُيّئت لتكون مصنعا للملابس) ووضعت عليه منقولات تتمثّل في "ماكينات" (مثلا "ماكينات" خياطة غير مثبّتة في الأرض أو في الجدران) وغير ذلك من أجل استغلاله ومن أجل خدمته. ولقد ذكرنا الفلاحة والصّناعة، فهل ينبغي – وهنا نعود مرّة أخرى للنّقل القريب جدّا من الحرفيّ لـ: لوران – استنتاج أنّه، وحين لا يتعلّق الأمر بالصّناعة أو بالفلاحة، لا يمكن أن يكون هنالك "تعقير" بالتّخصيص؟ لا، فحالات "التّعقير" التي عدّدتها المجلّة (المدنيّة الفرنسيّة)• ليست إلّا تطبيقات لمبدأ عامّ، وموضوع التّطبيقات لا يمكن أبداً أن يكون التّضييق في المبدأ الذي ينبغي أن يتمّ إعماله على كلّ الحالات التي ستوجد. ولتأكيد ذلك صِيغَ هذا المبدأ في أعمّ العبارات: "الأشياء التي وضعها مالك عقّار لخدمة واستغلال هذا العقّار" (الفصل 524). فالمجلّة لم تحدّد أيّة خدمة؛ وعليه فكلّ خدمة "تعقّر". وفي العادة يتعلّق الأمر بخدمة فلاحيّة أو صناعيّة. لكنّ الفلاحة والصّناعة ليست الأسباب الوحيدة لـ "التّعقير". فالتّجارة يمكن أن "تعقّر"، وهنالك مصلحة تجاريّة كما أنّ هنالك مصلحة فلاحيّة وصناعيّة؛ والنّصّ وروح النّصّ يتظافران من أجل مدّ "التّعقير" بالتّخصيص إلى كلّ مؤسّسة هي عقّارٌ أيّا كانت طبيعتها. مثال ذلك نُزُلٌ. فالمنقولات التي وضعها المالك للحاجات الفندقيّة تصبح عقّارات. لكن لا يمكن أن

---

[338] ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 433، ص 538.

• التّعداد يجعلنا أمام صورة غموض (وتدقيقا أمام صورة إطلاق يسمّى بالمقاميّ).

تعدّ عقّارات المؤن والخمور. فهذه الأشياء ليست موضوعة على العقّار، بل هي بضائع مشتراة لإعادة بيعها[339].

نأتي الآن إلى القسم الثّاني وهو العقّار بالتّخصيص المتمثّل في الرّبط بصفة نهائيّة. لكن (والكلام الآن هو بالحرف تقريبا كلام لوران) ما الرّبط بصفة نهائيّة؟ يجيب الفصل 525 على سؤالنا، ويضع أوّلا بعض القواعد العامّة للرّبط النّهائيّ: "يُعدّ المالك قد ربط بالعقّار أشياء بصفة نهائيّة حين تكون هذه الأشياء ملتحمة بالعقّار بواسطة الجبس أو الجير أو الإسمنت". فعمليّة البناء إذن هي العلامة الأولى للرّبط النهائيّ، أي الإرادة التي يظهرها المالك في العلن لـ: "التّعقير" وبصفة نهائيّة لأشياء منقولة وذلك بتثبيتها. ويمكن أن يكون هنالك ربط بصفة نهائيّة بدون أعمال بناء وذلك حين يوضع شيءٌ منقولٌ على عقّار بحيث لا يمكن فصله دون كسره أو إتلافه أو دون كسر أو إتلاف جزء العقّار الملتحم به. وهذه حال التّرصيعات (incrustations). فالرّخام وحجر السّمّاق (أو الرّخام السُّمّاقيّ porhyres) والنّفيرة (رسم نافر في جدار أو نافذة médaillons) لا يمكن في أغلب الأحيان قلعها دون ضرر. هنا تكون (هذه الأشياء) عقّارات بالرّبط النّهائيّ كما لو كانت هنالك عمليّة بناء. بعد هذه القواعد العامّة سطّرت المجلّة (الفصل 525) القواعد الخاصّة المتعلّقة بتعقير المرايا واللوحات والتّماثيل. فهي الأشياء الأثمن (في ذلك الوقت، أي بداية القرن التّاسع عشر)، ومن المهمّ بالنّسبة إلى الغير، ومن مجرّد نظرة بالعين، أن يعرف هل هي منقولات أو عقّارات[340].

ويمكن أن نجد أنفسنا أمام تخصيص مضاعف. مثال ذلك: تخصيص صناعيّ ("ماكينات" خياطة في مصنع خياطة، وعموما منقولات ضروريّة لخدمة واستغلال

---

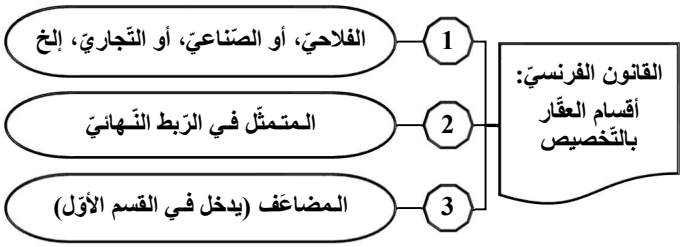
[339] ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 463، ص 567 وما بعدها.

[340] م س، ج 5، الفقرة 440، ص 546 وما بعدها.

عقّار) وفي الوقت نفسه تخصيص بواسطة الرّبط النهائيّ ("ماكينات" الخياطة مثبّتة في أرض المصنع). هنا ما أدّى إلى تثبيت المنقول هو أنّه يخدم العقّار. لذا تدخل هذه الصّورة في القسم الأوّل لا في الثّاني[341].

هذه هي الخطوط العريضة لصورتي العقّار بالتّخصيص في القانون الفرنسيّ كما جاءت على لسان فقيه قريب من وقت وضع المجلّة المدنيّة. ويضيف هذا الفقيه إلى هذه الخطوط مسألة هي الفرق بين العقّار بالتّخصيص في صورته الثّانية والعقّار بالدّمج، ويقول (سننقل كلامه لمرّة أخرى بصفة حرفيّة أو تكاد): إذا اكتفينا بالمظاهر الخارجيّة التي تربط منقولا بعقّار يمكن القول إنّ المنقول، بوصفه مدمجا في العقّار، هو جزء منه وينبغي أن يعتبر عقّارا بسبب طبيعته (تماما كالمباني، إلخ). من هنا جاء نقد المجلّة بأنّها متناقضة. فالأبواب عقّارات طبيعيّة، فلمَ لا تكون المرايا الملتحمة بالمدفأة كذلك؟ نظريّا يمكن أن نجيب: من الضّروريّ أن تكون الأبواب عقّارات طبيعيّة لمنع الدّائنين بالمنقولات من عقلتها لأنّ هذا سيجعل المنازل غير قابلة للسّكنى، وليس من الضّروريّ أن تكون المرايا عقّارات طبيعيّة لأنّ المنزل يمكن أن يُسكَن رغم عدم وجود مرايا فيه. صحيح أنّ القانون يسمح للمالك بـ: «تعقير» المرايا، لكن هذا خيارٌ يمكن أن يعمد إليه أو يتركه. فإذا عمد إليه، فينبغي أن يمتثل لأحكام المجلّة المدنيّة وذلك بأن يعرّف بواسطة علامات ظاهرة بإرادته «تعقير»

(341) م س، ج 5، الفقرة 479، ص 589 وما بعدها.



المرايا. هنا مصلحة الغير الدّائن في صراع مع مصلحة مالك المنزل. والقانون يلائم بين المصلحتين أوّلا بأن لم يسمح إلّا للمالك بـ "التّعقير"، ثمّ بأن فرض على المالك شروطا صارمة تنذر الغير وتمنع من التّغرير بهم[342].

كلّ ما سبق يهمّ القانون الفرنسيّ. والقانون التّونسيّ على مستوى المال وأقسامه قال إنّه تأثّر بهذا القانون. لأجل ذلك سنجد في مجلّة الحقوق العينيّة قسم المال المسمّى "العقّار الحكميّ"، وسنجده يتكوّن من صورتين. فأمّا الصّورة الأولى، فجاءت في الفصل 9؛ وأمّا الثّانية، ففي الفصل 10.

42 القانون التّونسيّ/ صورة الفصل 9: المنقول الطّبيعيّ المرتبط ارتباطا غير مادّيّ بعقّار طبيعيّ (أو "تعقير" منقول طبيعيّ بسبب تخصيصه لخدمة عقّار طبيعيّ) ◊

فإذا بدأنا بالفصل 9، وجدناه يقول: "يعدّ عقّارات حكميّة ما يضعه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء رصدا على خدمتها واستغلالها"[343].

في هذا النّصّ ثمّ جملة من التّخصيصات• ينبغي تناولها لكي نحدّد ما المنقولات التي حوّلها المشرّع إلى وضعيّة العقّار:

---

[342] ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 481، ص 590 وما بعدها.

[343] ثمّ مسألة لغويّة تنبغي الإشارة إليها. يبدأ الفصل 9 بعبارة "يُعدّ". كذا الشّأن في الفصل 10. أمّا الفصول 11 و14 و15، فتبدأ بـ: "تُعدّ". في جميع هذه النّصوص أخِّر نائب الفاعل. فإذا كان مذكّرا، ذكّر الفعل؛ وإذا كان مؤنّثا، أنّث الفعل.

• إذن سنكون أمام جملة من الفراغات في هذا النّصّ. فكلّ تخصيص، أي كلّ منطوق به، يقابله فراغ، أي مسكوت عنه. بعبارة أخرى: حين يقول القانون "(أ) هو (ج)". فهنا ثمّ فرض هو (أ) وحكم هو (ج). هذا هو المنطوق به في هذا المكان من القانون. في المكان نفسه ثمّ مسكوت عنه وفراغ فيما يتعلّق بالفرض النّقيض (لا أ) وبحكمه.

○ أوّل تخصيص هو حديث النّصّ عمّا وضعه المالك في أرضه. هذا التّعبير ليس مطلقا، لأنّه لم يُقل مثلا: "ما وُضِع على الأرض ...". وهو يفيد أنّ صاحب المنقول الطّبيعيّ وصاحب العقّار الطّبيعيّ شخص واحدٌ. وهكذا نحن أمام منطوق به يتمثّل في أمرين: من جهةٍ فرضٌ هو "وحدة مالك المنقول والعقّار"، أي انتماء المنقول والعقّار إلى ذمّة ماليّة واحدة؛ ومن جهةٍ أخرى حكمٌ هو "العقّاريّة الحكميّة"[344].

لكن نحن أمام مسكوت عنه هو: من جهةٍ الفرضُ النّقيض ("عدم وحدة مالك المنقول والعقّار")؛ ومن جهةٍ أخرى حكمُ هذا الفرض النّقيض. بعبارة أخرى: إذا لم يكن مالك العقّار هو مالك المنقول نفسه[345]، ما حكم المنقول؟

منهجيّا ينبغي أن نبحث عن قصد المشرّع فيما يتعلّق بحكم هذه الصّورة النّقيض. فإذا وجدنا هذا القصد (في فصل قانونيّ آخر مثلا)، أعطينا الفرض المسكوت عنه الحكم الذي قصده المشرّع (هنا، وكما رأينا، نحن أمام قرينة خاصّة على القصد).

فإذا لم نجد القصد، عندها ينبغي أن ننظر: هل تحتمل الصّورة التي نحن بصددها قياس الأولى أم قياس المثل أم قياس العكس (هنا لم نجد قرينة خاصّة على القصد. لكن إعمال الأقيسة هو أخذ بقرينة عامّة على القصد).

---

[344] حاصل الفرض الوارد بالفصل 9: (أ) يملك عقّارا، وخصّص منقولا يملكه لفائدة العقّار. ولا نخرج عن الفرض، لو أنّ آتي فعل التّخصيص ليس (أ) بل ممثّله القانونيّ أو الاتّفاقيّ. والكلام نفسه يصحّ، لو أنّ (أ) شركة، ومن عمد إلى التّخصيص هو مسيّرها.

[345] يتعلّق الأمر مثلا بصورة المنقول (جرّار فلاحيّ، إلخ) الذي على ملك المكتري، أو على ملك الحائز قبل الوصول إلى مدّة التّقادم المكسب، أو على ملك المنتفع.

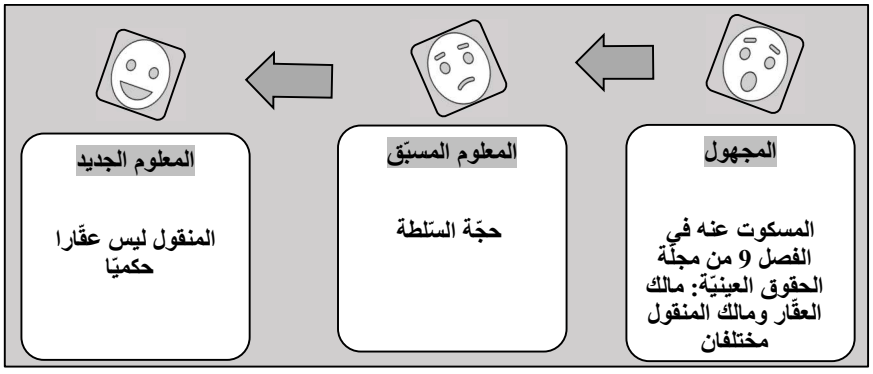
لكن يمكن أن نعمد إلى طريق أيسر، حاصله أن ننظر إلى الفقه أو إلى القضاء التّونسيّ. فإذا وجدنا له موقفا من المسألة، أخذنا بموقفه. هذا ما يسمّى (وهذا رأيناه) إعمال حجّة السّلطة لتحديد معنى القانون[346].

ومن يتّبع هذا الطّريق، يجد الفقه التّونسيّ يقول إنّ حكم الفرض النّقيض أن لا يُعَدَّ المنقولُ عقّارا حكميّا[347].

ويمكن أن نصل إلى الحلّ نفسه بالقول إنّ المشرّع أخذ صنف العقّار الحكميّ من القانون الفرنسيّ[348]. هذا يعني أنّه تبنّى عموم ما هو موجود في هذا القانون. فإذا أراد في موضع من المواضع الخاصّة الابتعاد عمّا هو موجود في فرنسا، فالمنتظر أن ينبّه إلى ذلك[349]. وفي الصّورة التي نحن بصددها يقال في القانون الفرنسيّ بأنّ

[346] انظر الفقرة 29.

[347] محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 30؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 45، ص 36.



[348] انظر ما رأيناه سابقا من أنّ تقسيم المال أخذ من القانون الفرنسيّ؛ انظر أيضا: محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 27.

[349] انظر المبادئ التّأويليّة الواردة سابقا (الفقرة 13، الهامش)، والتي هي مرتبطة بما نفترض أنّه نيّة للمشرّع.

المنقول الذي ليس على ملك صاحب الأرض ليس عقّارا حكميّا[350]. ولا شيء في القانون التّونسيّ ينبئ بأنّ المشرّع أراد حلاّ مختلفا عن الحلّ الفرنسيّ. ولو أراد ذلك[351]، لجاء بعبارات توضّح ما قصده[352].

وهكذا يمكن القول في القانون التّونسيّ: إذا كان المنقول على ملك «أ»، وخُصِّص لخدمة عقّار يملكه «ب»، فإنّ ذلك المنقول لا يعدّ عقّارا حكميّا أو بالتّخصيص[353].

---

[350] انظر حول القانون الفرنسيّ: م دورانتون، م س، ج 4، ص 36؛ ناداج ريبول–موبان، م س (قانون الأموال)، الفقرة 54، ص 57؛

دومينيك لوفافر، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 522 إلى 525، كرّاس وحيد، الفقرة 12 وما بعدها.

Dominique Lefebvre, J. –cl. Civ. Code, art 522 à 525, fasc. unique, 12 s.

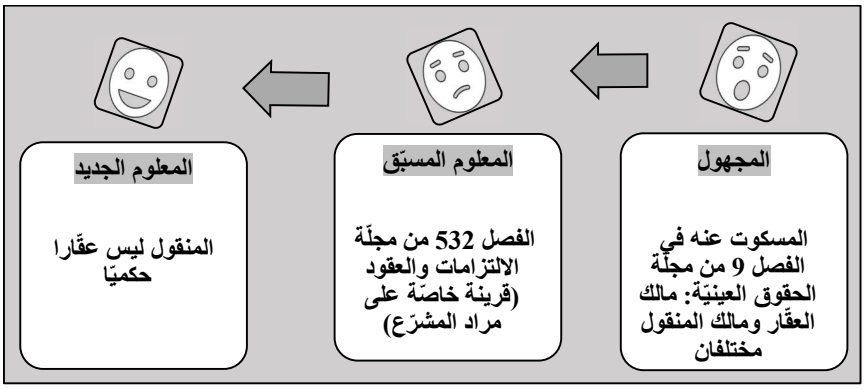
[351] انظر المبادئ التّأويليّة الواردة سابقا (الفقرة 13، الهامش)، والتي هي مرتبطة بما نفترض أنّه نيّة للمشرّع.

[352] والسّؤال: لماذا اشترط القانون الفرنسيّ (ومن بعده القانون التّونسيّ) أن يكون "التّعقير" فعلا للمالك وحده. أجاب "لوران" على هذا السّؤال فقال: إذا تمّ "التّعقير" بواسطة الرّبط النّهائيّ، يمكن أن نفهم بسهولة أن يكون حقّ "التّعقير" خاصّا بالمالك. فالمالك له حقّ على الشّيء دائم، أمّا الغير فحقّه مؤقّت. فإذا جعل هذا الغير منقولا ملتحما بالعقّار، أمكن للمالك حين يستعيد عقّاره أن يفكّ الالتحام. لكن إذا حصل "التّعقير" بواسطة التّخصيص الفلاحيّ أو الصّناعيّ (إلخ)، فالسّبب الذي من أجله أعطى القانون للمالك خيار وحقّ "التّعقير" مختلف: إنّه المصلحة الفلاحيّة أو الصّناعيّة (إلخ). من يمثّل هذه المصلحة؟ هل واضع اليد مؤقّتا همّه مصلحة العقّار أم مصلحته الشّخصيّة؟ الجواب: مصلحته الشّخصيّة. فإذا وضع منقولا على العقّار، فذلك لخدمة مصلحته أكثر من كونه لخدمة العقّار. إنّ المصلحة الفلاحيّة (إلخ) تختفي أمام المصلحة الخاصّة، بمعنى أنّ هذه تمتصّ تلك. ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 434، ص 540 وما بعدها.

[353] انظر "لوران" وهو يتحدّث في هذا الإطار، وفيما يخصّ القانون الفرنسيّ، عن المكتري وغيره من أصحاب الحقوق الشّخصيّة. كما يتناول أصحاب الحقوق العينيّة: المنتفع، المكتري الأمفتيوزي، إلخ. ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 437، ص 543.

لنفرض الآن أنّ «أ» صار لاحقا مالكا للعقّار، وأبقى على التّخصيص، فهل يُعدّ المنقول عقّارا بالتّخصيص من البدء؟ يبدو الجواب بالنّفي، لأنّ الفصل 9 اشترط لإعطاء وصف العقّار الحكميّ أن يكون المنقول والعقّار معا في ذمّة واحدة، الأمر الذي لم يتوفّر في الصّورة التي نحن بصددها إلّا حين زاد «أ» لملكيّة المنقول ملكيّة العقّار.

لنضع فرضا آخر: «ب»، وهو مالك العقّار، هو الذي خصّص المنقول. ثمّ سوّغ العقّار لـ «أ» أو مكّن له من حقّ انتفاع عليه مبقيا المنقول على حاله الأولى. بعد ذلك صار المنقول غير صالح للاستعمال فعوّضه «أ». فهل ما تمّ التّعويض به عقّارٌ بالتّخصيص (بواسطة ما يسمّى الحلول العينيّ subrogation réelle[354])؟ يبدو



[354] هنالك الحلول الشّخصيّ، وهو تعويض دائن بدائن آخر في عمليّة الوفاء (يدخل هذا الحلول في قانون الالتزامات وغيره. ومثاله: حين نقتني من مغازة بضاعة وندفع الثّمن بواسطة شيك، فنحن قبل ذلك دائنون للبنك إذ لدينا أموال مودعة عنده. وبمقتضى الشّيك نحلّ مكاننا صاحب البضاعة – في حدود مبلغ معيّن – كدائن للبنك). وهنالك الحلول العينيّ، وهو تعويض عين بعين مع أخذ المعوِّض بكسر الواو خاصيّات المعوَّض بفتح الواو (يدخل هذا الحلول في قانون الأموال). انظر هذا الكلام وقد أتي به في مقالة تتعلّق بالقانون الفرنسيّ:

إيريك سافو، «الحلول الشّخصيّ»، الموسوعة المدنيّة دالوز، مارس 1998، الفقرة 1.

Eric Savaux, « Subrogation personnelle », *Rép. Civ. Dalloz*, mars 1998, n° 1.

الجواب بالنّفي. فالمنقولُ الجديد ملكٌ للمكتري أو للمنتفع؛ ولا عقّار بالتّخصيص، إذا كان المنقول له مالكٌ والعقّار الطّبيعيّ له مالكٌ مغاير[355].

○ ثاني تخصيص هو حديث النّصّ عن منقولات رُصدت لخدمة واستغلال الأرض. بهذا يكون المسكوت عنه المنقولات التي لم ترصد لما سبق.

على هذا المستوى (مستوى المنقولات غير المرصودة لخدمة الأرض) نجد:

أوّلا المنقولات التي وُضعت من البدء على الأرض لغرض آخر غير خدمتها واستغلالها[356]. وهنا ينبغي اتّباع الطّريق المنهجيّ السّابق نفسه؛ أي البحث في مرحلة أولى عن قصد المشرّع؛ فإذا فعلنا، قلنا إنّ المشرّع – على مستوى تقسيم المال

انظر أيضا المقالة المتعلّقة بالحلول العينيّ:

إيريك سافو، «الحلول العينيّ»، الموسوعة المدنيّة دالوز، مارس 1998.

Eric Savaux, « Subrogation réelle », *Rép. Civ. Dalloz*, mars 1998.

انظر كذلك حول الحلول العينيّ في القانون الفرنسيّ:

ف رانوي، الحلول العينيّ، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1985.

V. Ranouil, *La subrogation réelle*, LGDJ, Paris, 1985.

وانظر حول المسألة نفسها ولكن في قانون عربيّ: رمضان أبو السّعود، الوجيز في الحقوق العينيّة الأصليّة. أحكام ومصادر الحقوق العينيّة الأصليّة، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، 1997، ص 15 وما بعدها.

[355] وفي فرنسا طرح السّؤال حول الصّورة التي يكون فيها من عمد إلى "التّعقير" شريك في ملكيّة شائعة. أجابت محكمة الاستئناف بباريس وأجابت محكمة التّعقيب بأنّ شرط وحدة المالك متوفّر هنا. فالمالكُ على الشّياع مالكٌ، والمالك له حقّ "التّعقير". انظر: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 435، ص 541.

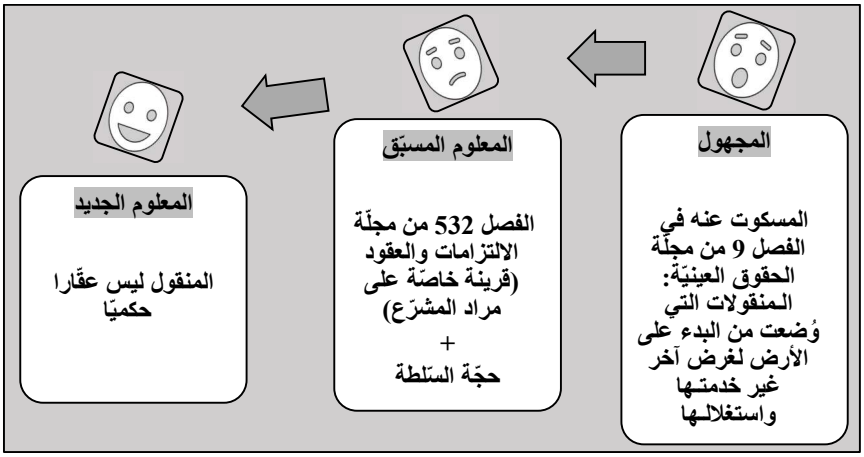
[356] يمكن أن يُعطى هنا: مثال حصان وُضِع في حقل ليُتنزّه عليه لا ليُحرث به؛ وفي القضاء الفرنسيّ نجد مثال أرض يكفيها عدد من الثّيران لحرثها ووُضع عليها عدد أكبر (الزّائد لا يُعتبر مرصودا لخدمة واستغلال الأرض). انظره عند: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 522 إلى 525)، الفقرة 73.

(ومن ثمّ على مستوى ما يتبع هذا التّقسيم) – قال إنّه تبنّى ما هو موجود في القانون المقارن (أي الفرنسيّ بالتّحديد)، وفي هذا القانون يُقال: لسنا أمام عقّار حكميّ[357]. وثمّ طريق أيسر وهو اعتماد حجّة السّلطة. فالفقه يرى أنّ الفرض النّقيض حكمه أنّنا لسنا أمام عقّار حكميّ[358].

ثانيا المنقولات التي وضعت في البدء لاستغلال الأرض ثمّ فقدت هذه الوظيفة بسبب تغيير حصل إمّا على مستوى العقّار الطّبيعيّ[359] وإمّا على مستوى المنقول الطّبيعيّ[360]. هنا، وعلى حدِّ علمنا، لا فقه ولا قضاء تونسيَّيْن، ومن ثمّ لا حجّة

[357] انظر حول القانون الفرنسيّ: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 522 إلى 525)، الفقرة 69 وما بعدها؛ ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 444، ص 549.

[358] محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 32؛ يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 74، ص 36.



[359] لدينا حيوانات للجرّ أو أدوات سقي. هذه الحيوانات أو هذه الأدوات كانت موجودة على أرض للزّراعة حوّلها صاحبها إلى مرعى.

[360] لدينا حيوانات للجرّ أو أدوات سقي. هذه الحيوانات أو هذه الأدوات أحيلت على "التّقاعد" واستُبدِلت بغيرها.

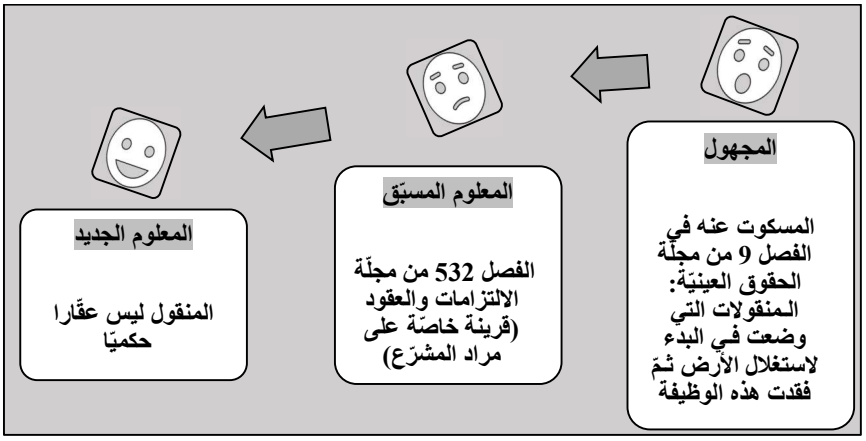
سلطة توصلنا إلى الحكم. لكن يمكن بالرّجوع إلى المصادر المادّيّة للقانون التّونسيّ[361] القول إنّ المنقول الذي نحن بصدده ليس عقّارا حكميّا[362].

وينبغي، ونحن في هذا الإطار (إطار ما هو مرصود وما هو ليس بمرصود لخدمة الأرض)، أن نشير ولو بسرعة إلى ثلاثة مشاكل:

مشكلٌ أوّلٌ يتعلّق بعبارة الحيوانات الواردة في الفصل 9: فهل تشمل تلك التي جاءت في الفصل 33 من مجلّة الحقوق العينيّة•، أي: حمام البروج، وأرانب الأوْجِرة، وسمك البرك[363]؟ إنّ طرح هذا السّؤال مشروع لسببين: السّبب الأوّل أنّنا أمام ما

[361] تتمثّل هذه المصادر، كما ذكر ذلك مرارا، في القانون الفرنسيّ. حول هذا القانون وفي هذه النّقطة انظر: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 444، ص 549 وما بعدها.

[362]



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[363] جاء عند الهادي سعيد: بروج الحمام مكان لتربية الحمام، وأوْجِرة الأرانب حضائر لتربية الأرانب. انظر الهادي سعيد، م س، ص 108 و109.

وجاء عند محمّد الطّاهر السّنوسي: "حمام البروج. البروج جمع برج [...] (وهي) بيوت تبنى على السّور [...] وإطلاق البروج على مساكن الحمام مستعمل. ولا شكّ أنّ الحمام طائر منفصل عن برجه [...] وأشهر قول خليل [...] أنّ بيعه مع برجه جائز لأنّه تبع [...]. أرانب الأوْجِرة: الأوْجِرة جمع وجار

ليس بيّنا أنّ وظيفته خدمة الأرض (خلافا لثور الحراثة مثلا. هنا لا يختلف اثنان في أنّ تلك الخدمة هي وظيفته)؛ السّبب الثّاني علمنا بأنّ القانون التّونسيّ السّابق لمجلّة

بالكسر والفتح. حِجْرُ الضّبع أو غيره. فإذا اتّخذت الأوْجِرة لتربية الأرانب وقنصها وبيعت بأرانبها، جرى عليها حكم العقّار ولا فرق بينها وبين حمام البروج [...] سمك البرك [...] جمع بركة، وهي الحوض ومستنقع الماء. فإذا اتّخذها لتربية السّمك أو جعلها لجنب نهر لصيده بحيث صار المقصود منها هو السّمك أخذ حكمها وصار تابعا لملكيّة البركة عند الفقهاء. ويوجد في بعض سواحل المملكة التّونسيّة من ذلك. ويسمّى المحلّ مرسيّة. وتملّكها متعارف في جزيرة قرقنة. ومالكها يختصّ بصيدها ويؤجّرها كما يشاء. وفي المادّة 1301 من مجلّة الأحكام: «شخص هيّأ محلّا في حافّة الماء لأجل صيد السّمك، فجاءه سمك كثير، وأخذ الماء بالقُلّة، فإنّ ذلك السّمك يمسك من غير صيد لذلك الشّخص». ومن هذا مسألة الحقوق الإباحيّة، فقد ذكر فيها فقهاؤنا أنّه يجوز أخذ شيء من الدّراهم ونحوها في مقابلة إباحة صيد بركة ماء أو وادي ونحوهما على ما ذكره الزّرقاني في باب السَّلَم. وذكر فيه جواز شراء الملاحة وإن كان ما يخرج منها مجهول القدر والصّفة لأنّ الثّمن إنّما هو في مقابلة رفع اليد عنها وإباحتها له فقط". محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 31 و32.

الحقوق العينيّة[364] والقانون الفرنسيّ اعتبرا هذه الحيوانات[365] حيوانات لاستغلال الأرض[366]، ومن ثمّ عقّارات حكميّة[367]. فإذا انتقلنا ممّا يبرّر طرح السّؤال إلى

---

[364] يقول الفصل 10 من القانون العقّاريّ لسنة 1885: "الموادّ التي يضعها المالك في أراضيه لخدمتها واستغلالها هي من العقّارات الحكميّة. بناءً على ذلك يُعَدّ من العقّارات المذكورة كلّ ما بالفصول الآتية إذا كان المالك قد وضعه بأراضيه للغرض المذكور، وهذا بيانه:

"حيوانات الزّراعة،

"مواعين الزّراعة،

"البذور التي تعطى للمكترين أو لشركاء المزارعة،

"حمام البروج،

"خلايا النّحل،

"سمك البرك،

"المعاصر والحلل والأنابيق والخوابي والدّنان،

"المواعين اللازمة لمعامل الحديد والورق وغيرهما،

"التّبن والعلف.

"ومن العقّارات الحكميّة أيضا جميع الأشياء المنقولة التي عيّنها صاحب العقّار لخدمة عقّاره وقيّدها به بحيث لا تنفكّ عنه".

[365] في القانون الفرنسيّ كان النّحل موضع نزاع، ثمّ أدرج في المجلّة المدنيّة كعقّار حكميّ. لكنّ دود الحرير أقصي من المجلّة، ولم يُعَدّ عقّارا حكميّا. انظر: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 522 إلى 525)، الفقرة 76.

انظر أيضا حول إقصاء الأعمال التّحضيريّة للمجلّة المدنيّة دود الحرير: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 214.

وفي الحقيقة، وحول دود الحرير، أثيرت المسألة إبّان وضع المجلّة المدنيّة الفرنسيّة، لكنّ البعض رأى أن تلحق بمجلّة الإجراءات. ويعلّق "لوران" على هذه الحادثة قائلا إنّ المجالس تحبّ الإرجاء الذي يعفيهم من فحص الصّعوبات. كما يقول إنّ الإرجاء هو في العادة (وفي هذه المسألة لم يخرج الأمر عن العادة) إلى تاريخ غير موجود (renvoi aux calendes grecques). ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 449، ص 556.

الإجابة عليه، قلنا: أوّلا إنّ القانون التّونسيّ قال إنّه أخذ أقسام الأموال من فرنسا؛ وثانيا إنّه، وحين يريد هذا القانون حلّا مغايرا في نقطة خاصّة، فمن المنتظر أن يبيّن ذلك ويوضّحه ويأتي بكلام صريح حوله، ولأنّنا لا نجد شيئا من هذا التّبيان والإيضاح والتّصريح، فيجوز لنا القول في الفصل 9 بما قيل في فرنسا، وبالإمكان أن ندعّم هذه الحجّة بالقول إنّ القانون التّونسيّ الحاليّ (مجلّة الحقوق العينيّة) لو أراد

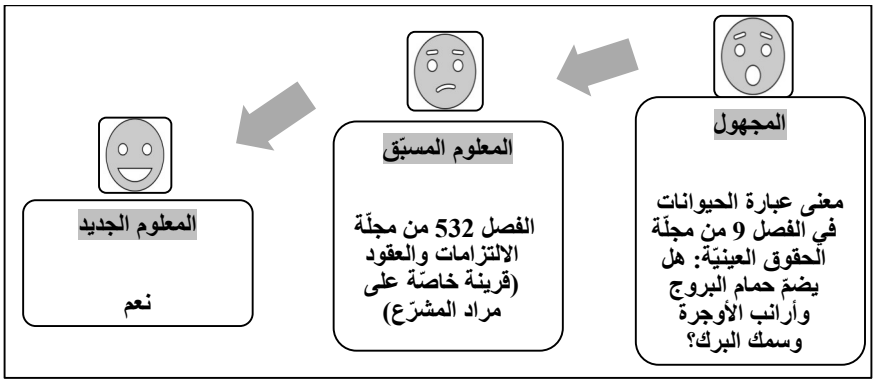
(366) من يرجع في الغرب إلى العهد الإقطاعيّ، يفهم ارتباط أرانب الأوْجِرة وحمام البروج بالأرض واستغلالها. فلقد كان للإقطاعيّين حقّ الصّيد على الأرض الإقطاعيّة. "ومن نتائج التّمتّع بحقّ الصّيد التّمتّع بحقّ مسك أوجرة الأرانب، وهي حضائر لتربية الأرانب. وهو امتياز كان يسمح للسّيّد الإقطاعيّ بأن يكون بأملاكه محميّات تكثر فيها مكامن طبيعيّة مفتوحة للأرانب [...] ومن الحقوق المتّصلة بالأرض حقّ إنشاء ومسك بروج الحمام". الهادي سعيد، م س، ص 108 و109.

(367) إلى جانب ما ورد أعلاه، وإذا أردنا ضرب أمثلة للحيوانات التي عُدّت في القانون الفرنسيّ عقّارات حكميّة، أوردنا ما يأتي: حيوانات الحراثة والجرّ (عوّضتها اليوم الآلات)، القطعان الثّابتة التي تتغذّى من أرض هي غير ذات فائدة لولا تلك القطعان، الحيوانات التي تنتج الحليب في المجبنة (fromagerie)، والخيول المرتبطة بإصطبل إذا كانت ضروريّة لاستغلال المكان. ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 213.

الابتعاد عن الحلّ المعمول به قبله (القانون العقّاريّ)[368] لأتى بكلام صريح يبيّن ذلك[369].

[368] انظر المبادئ التّأويليّة الواردة سابقا (الفقرة 13، الهامش)، والتي هي مرتبطة بما نفترض أنّه نيّة للمشرّع.

[369]



في القانون الفرنسيّ اعتبر النّحل (إلخ) عقّارا بالتّخصيص الفلاحيّ. لكنّ "بوتييه" اتّخذ موقفا آخر فقال: جباح النّحل منقول، والنّحل الذي يعيش فيها منقول بدوره، ولا يمكن أن يصبح عقّارا إلّا بالالتصاق بالعقّار (انظر الالتصاق في الفقرة 228). هذا يعني أنّ المجلّة المدنيّة تركت هنا رأي "بوتييه". حول هذه المسألة انظر: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 448، ص 556.

وما جاء للتّوّ من معطيات قد يجعلنا نقول: إنّ الفصل 9 من مجلّة الحقوق العينيّة لم يذكر النّحل (إلخ). ثمّ إنّ هذه المجلّة لم تورد النّحل (إلخ) إلّا في نصّ (الفصل 33) يتعلّق بالالتصاق (انظر ما سيجيئ في إطار الأعمال التّحضيريّة للفصل 33، وذلك في الفقرة 228). والسّؤال: ألا يكون المشرّع التّونسيّ قد تبنّى هنا رأي "بوتييه" وترك رأي المجلّة المدنيّة الفرنسيّة؟

يبدو الجواب بالنّفي. فالقانون التّونسيّ قال إنّه أخذ من القانون الفرنسيّ. لذا إذا وجد اختلاف في المواقف بين الفقه والقانون، فالظّاهر أنّ المشرّع التّونسيّ أخذ من القانون. هذا الظّاهر يُترك إذا وجدت قرينة مخالفة. وهنا لا قرينة من هذا النّوع.

فإذا تركنا القانون الفرنسيّ والتّونسيّ وذهبنا إلى القانون الإسلاميّ، وجدنا هذا القانون يعتبر النّحل (إلخ) من الحيوانات المرتبطة بالأرض: انظر المقتطف الوارد منذ قليل عند محمّد الطّاهر السّنوسي.

مشكلٌ ثانٍ يتعلّق بعبارة "الأدوات وغيرها"•. فالأدوات مطلقة تشمل جميع الآلات الفلاحيّة (جرّار، سكّة حراثة، إلخ). ثمّ إنّ عبارة "غيرها" تدخل في العقّار الحكميّ البذور والسّماد ونحو ذلك ممّا هو موجود على الأرض لخدمتها واستغلالها[370]. والمطلق – إذا أخذنا بالمصادر المادّيّة له، أي إذا قلنا إنّ القانون التّونسيّ هنا أخذ بالقانون الفرنسيّ[371] – يفيد الإطلاق[372].

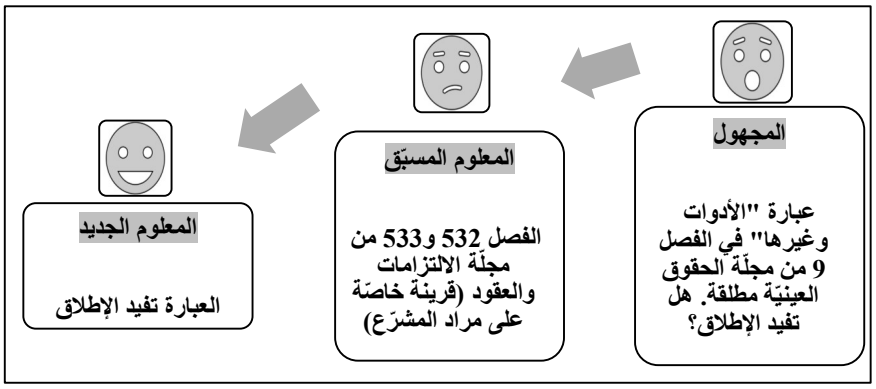
مشكلٌ ثالثٌ يتعلّق بالعبارتين معا. حاصل المشكل أنّ "الحيوانات" و"الأدوات وغيرها" قسمان: القسم الأوّل "حيوانات وأدوات وغيرها" رصدت لخدمة الأرض، وموضوعيّا هذه هي وظيفتها؛ القسم الثّاني "حيوانات وأدوات وغيرها" رصدت لخدمة الأرض وموضوعيّا هذه ليست وظيفتها. فهل تشمل العبارتان القسمين؟ بكلام مغاير: لا بدّ (وهذا واضح من الفصل 9 حين يقول: "ما يضعه [...]

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(370) البذور والسّماد وهما في الطّريق إلى الحقل منقول طبيعيّ. فإذا دخلاه، وقبل استعمالهما، يصيران عقّارا حكميّا (هذه هي الصّورة الواردة في المتن). بعد الاستعمال ينتقلان إلى وضعيّة ثالثة: عقّار بالدّمج، أي عقّار طبيعيّ.

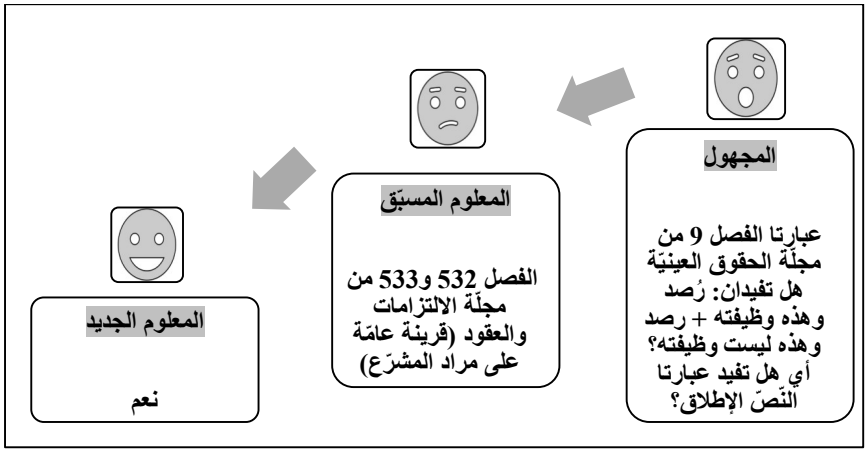
(371) حول القانون الفرنسيّ انظر: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 451، ص 557 وما بعدها.

(372)

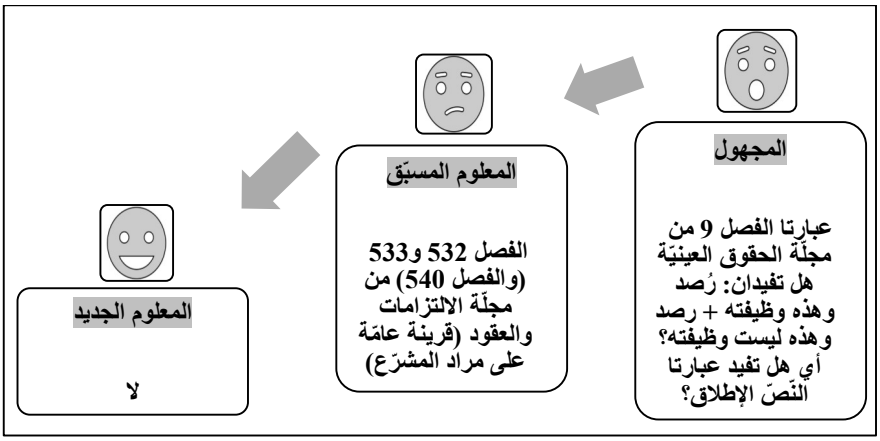


رصدًا [...]") من وجود إرادة لدى المالك لتخصيص المنقول لخدمة العقّار. فالإرادة إذن ضروريّة، لكن هل هي كافية؟ قد يمكن أن نجيب بالإيجاب بالاستناد إلى أنّ عبارة القانون مطلقة ولا قرينة على تقييدها(373). وقد يمكن أن نجيب بالنّفي مستندين إلى أنّ تحوّل المنقول إلى عقّار أمر استثنائيّ، وهذا قرينة على أنّ المراد من المطلق ليس الإطلاق(374).

(373)



(374)



انظر هذه المشكلة في القضاء الفرنسيّ: جون كاربونييه، م س (الأموال)، الفقرة 66.

○ ثالث تخصيص هو حديث النّصّ عن أدوات وحيوانات وغيرها من الأشياء رُصدت لخدمة الأرض. هذا يعني – وهنا يأتي التّخصيص – أنّ المنطوق به منقول طبيعيّ مرتبط بعقّار طبيعيّ في إطار نشاط فلاحيّ. أمّا المسكوت عنه فمنقول مرتبط بعقّار في إطار نشاط غير فلاحيّ (المقصود هنا نشاط صناعيّ أو تجاريّ أو مدنيّ[375]. والمقصود منقول ليس ملتحما بالحيطان: آلات أو شاحنات ونحو ذلك في مصنع، ثلاّجة وغير ذلك من التّجهيزات في متجر أو مطعم أو نزل[376]).

هنا إذا اعتمدنا حجّة السّلطة، وجدنا محكمة التّعقيب في قراراها المؤرّخ في 23 مارس 1972[377]، وبصفة ضمنيّة، لا تعتبر المنقول المرصود في نشاط صناعيّ عقّارا

---

[375] طرح في فرنسا مشكل نشاط وُصِف بالمدنيّ. وما يُراد هو كلّ نشاط لا يمكن وصفه لا بالفلاحيّ ولا بالصّناعيّ ولا بالتّجاريّ. في إطار هذا النّشاط المدنيّ، طرح مشكل المنقولات المتعلّقة بعقّار سكنيّ والتي هي غير ملتحمة به لكنّها ضروريّة لاستغلاله (مثال للضّروريّ: مفاتيح النّوافذ الآليّة. لكن لا يُعدّ ضروريّا الأثاث ونحو ذلك ممّا يمكن استبداله بغيره). كما طرح مشكل ما يوجد داخل الكنائس من منقولات. انظر ما سيأتي بعد قليل.

[376] ملاحظة 1: يمكن أن يُطرح المشكل لا فقط على مستوى الآلات، بل على مستوى ما يُستعمل من منقولات لصيانة وتعهّد الآلات.

ملاحظة 2: في إطار النّشاط التّجاريّ ينبغي إقصاء البضائع ونحو ذلك ممّا هو مخصّص للبيع لا لخدمة الأصل.

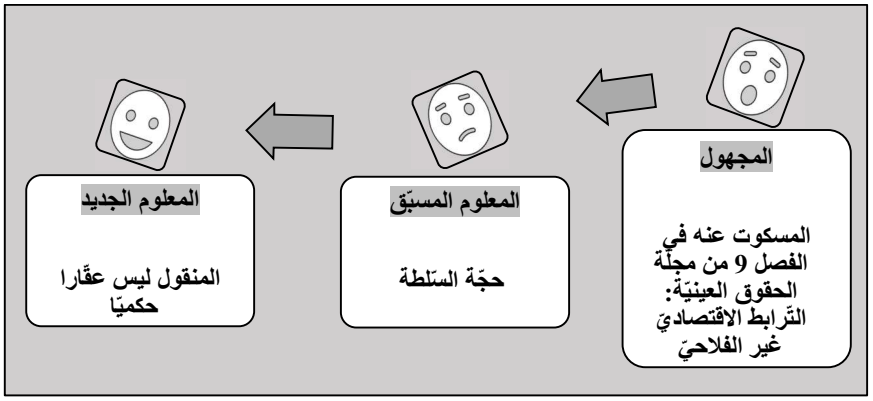
[377] تعقيبيّ، مدنيّ، عدد 7973، مؤرخ في 23 مارس 1972، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 26؛ مجلّة القضاء والتّشريع 1972، ص 913، تعليق محيي الدّين المبروك؛ المجلّة القانونيّة التّونسيّة 1974، ص 221، تعليق عبد العزيز بن ضياء.

حكميّا[378]: تقول المحكمة إنّ القيمة الكرائيّة المقدّرة طبق أمر 16 سبتمبر 1902 لا توظّف معاليمها البلديّة إلّا على العقّار فقط؛ وأمّا الآلات الموضوعة به، فإنّها لا تعتبر من العقّارات الحكميّة المشمولة في تلك القيمة إلّا إذا كانت ممّا لا يمكن فصلها عنه بسهولة دون إلحاق ضرر بها[379].

43 **القانون الخاصّ** ◊ فإذا تركنا ولو مؤقّتا الفصل 9 من مجلّة الحقوق العينيّة ومررنا إلى الفصل 53. 1 من مجلّة المحروقات، وجدنا فقرته الثّانية تقول: "تعتبر عقّارات بحكم القانون الآلات والتّجهيزات والمعدّات المخصّصة لمباشرة الأنشطة المذكورة الغير مثبتة بالمكان"[380].

ممّا جاء الآن يتبيّن أنّ القانون التّونسيّ يحوي نصّين يهمّان التّرابط الاقتصاديّ: نصّ عامّ هو الفصل 9 من مجلّة الحقوق العينيّة، ونصّ خاصّ هو الفصل 53. 1 من مجلّة المحروقات.

(378)



(379) قلنا إنّ محكمة التّعقيب تعتبر ضمنيّا أنّ المنقول المرتبط بعقّار في إطار نشاط غير فلاحيّ ليس عقّارا حكميّا لأنّها جاءت بصيغة حصر (جملة استثناء) تتعلّق بالمنقول المرتبط مادّيّا بعقّار، وتعتبر هذا المنقول فقط عقّارا حكميّا.

(380) ملاحظة 1: كان ينبغي القول: "غير المثبّتة بالمكان".

ملاحظة 2: إذا اعتمدنا الطّريق المنهجيّ الأمتن في عمليّة تأويل النّصّ الوارد في المتن، بحثنا أوّلا في الأعمال التّحضيريّة؛ وإذا لم نجد شيئا (هذه هي الحال فيما يخصّ الفصل 53. انظر: الرّائد الرّسميّ، مداولات مجلس النّواب، الخميس 29 جويلية 1999، ص 2482)، اعتمدنا المعاني اللغويّة الوضعيّة. انظر حول هذه المعاني وكيفيّة اعتمادها: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 274 وما بعدها.

لكن، إذا سرنا في الطّريق الأيسر، أوردنا ما قاله الفقه، وحاصله:

"تعتبر الآلات والتّجهيزات والمعدّات عقّارات حكميّة أو بحكم القانون عند توفّر شرطين:

"الشّرط الأوّل: يحصر المشرّع المنقولات التي يمكن أن تتحوّل إلى عقّارات حكميّة في الآلات والتّجهيزات والمعدّات دون غيرها من المنقولات. فتعتبر عقّارات حكميّة مثلا الآلات والتّجهيزات والمعدّات المستعملة في الحفر والتّنقيب عن النّفط والغاز الطّبيعيّ.

"الشّرط الثّاني: التّخصيص. يشترط أن تكون المنقولات مخصّصة لمباشرة أنشطة استغلال حقول المحروقات. فتكون هذه المنقولات مرصودة لتحقيق غرض معيّن هو استغلال المحروقات. وحدّد المشرّع بدقّة أنشطة الاستغلال هذه وهي الدّراسات والأعمال وخاصّة منها أعمال الحفر واستكمال الآبار وكذلك إنجاز المنشئات اللّازمة لتطوير حقل محروقات (الفصل 2 / ث م المحروقات). ويمكن القول إذن أنّ المعدّات والتّجهيزات والآلات اللّازمة للقيام بهذه الأغراض تعدّ عقّارات حكميّة. أمّا المنقولات غير المخصّصة لممارسة أنشطة الاستغلال كالتّجهيزات المعدّة لمكافحة التّلوّث والحرائق التي يُلزَم صاحب رخصة الاستغلال بتوفيرها على عين المكان (الفصل 3.59 ب من مجلّة المحروقات)، فلا تُعتبَر عقّارات حكميّة.

"ولم يأخذ المشرّع بشرط اتّحاد المالك كما فعل في صورة الفصل 9 من مجلّة الحقوق العينيّة لأنّ الآلات والتّجهيزات والمعدّات المخصّصة لممارسة أنشطة استغلال المحروقات يملكها صاحب الرّخصة (امتياز الاستغلال) وهو لا يكون مالكا لحقل المحروقات الرّاجعة ملكيّته للدّولة ولا يكون مالكا للمكان (الأرض أو البحر) الموضوعة فيه تلك التّجهيزات والمعدّات الذي قد ترجع ملكيّته للدّولة أو لأحد المالكين الخواصّ (هنا وضع صاحب المقتطف الذي نحن بصدده هامشا أورد فيه الفصل 85 من مجلّة المحروقات القائل: "لا يجوز إشغال الأراضي الخاصّة إلّا بعد الحصول على موافقة كتابيّة من مالكها، إلّا أنّه يخوّل لصاحب الرّخصة في صورة عدم حصول اتّفاق بالتّراضي أن يشغل بصفة مؤقّتة الأراضي الضّروريّة لإنجاز الأعمال المشار إليها بالفصل 84 من هذه المجلّة بقرار يتّخذه الوزير المكلّف بالمحروقات

44 القانون العامّ مرّة أخرى ◊ وما تنبغي العودة إليه هو ميدان الفصل 9: هل هو التّرابط الاقتصاديّ الفلاحيّ ("التّعقير" الفلاحيّ) فقط كما ذهبت إلى ذلك محكمة التّعقيب (على الأقلّ ضمنيّا) أم هو أيضا "التّعقير" الصّناعيّ والتّجاريّ والمدنيّ؟

من زاوية المنهجيّة القانونيّة يمكن أن نقول:

أوّلا إنّه وحين تحدّث الفصل 9 عن أرض وحيوانات وأدوات مرصودة لخدمة الأرض واستغلالها، فنحن أمام تخصيص؛ أي أنّ النّصّ تناول في فرضه التّرابط الاقتصاديّ الفلاحيّ بين العقّار والمنقول؛ على هذا يكون التّرابط الاقتصاديّ غير الفلاحيّ مسكوتا عنه. لكنّ التّخصيص المذكور لم يرد في أسلوب حصريّ يدعو للقول إنّ مراد النّصّ قصر "التّعقير" على الصّورة التي نطق بها وإقصاءه عن غيرها.

ثانيا إنّ المشرّع قال إنّه أخذ أقسام المال من القانون الفرنسيّ، وما نحن بصدده نقطة داخل هذا المأخوذ منه والذي نجد فيه "التّعقير" الحكميّ يمتدّ خارج الفلاحة.

ثالثا إنّ القانون التّونسيّ السّابق (الفصل 10 من القانون العقّاريّ) كان يتناول "المواعين اللازمة لمعامل الحديد والورق وغيرهما".

بعد سماع صاحب الأرض [...]"). وبالتّالي تكون هذه العقّارات الحكميّة على ملك شخص آخر غير مالك العقّار الطّبيعيّ المرتبطة به". حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 47.

كلّ ما سبق يدعو للقول – نظرا لكون المشرّع محمول على الفطنة والحذر[381] – إلى أنّ حديث الفصل 9 عن "التّعقير" في الإطار الفلاحيّ هو ذكريّ لا حصريّ[382].

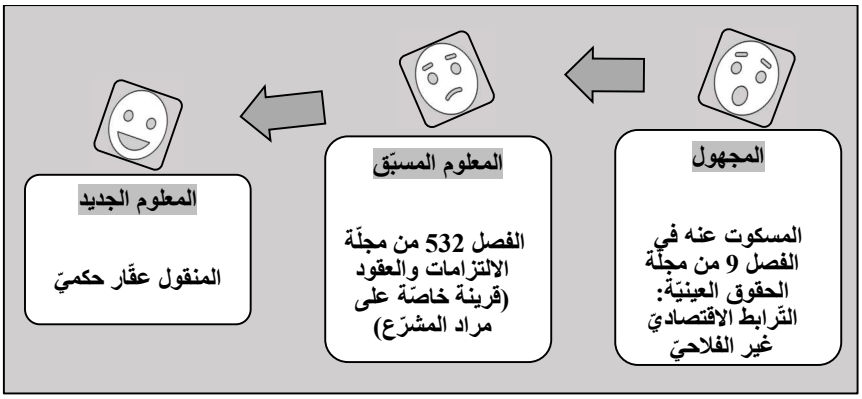
وقد يمكن أن نزيد على ما تقدّم وأن نقول إنّ من يقرأ الصّياغة الفرنسيّة للفصل 9 لن يجد عبارة "أرض" بل عبارة "أصل" (fonds)، وتعني في وضع اللّغة "الأرض والمباني". هذه "الأرض والمباني" وضع عليها المالك، كما يقول النّصّ، "حيوانات" و"أدوات" و"غير ذلك" من المنقولات لخدمتها واستغلالها. هذا الكلام يتّسع لا فقط للنّشاط الفلاحيّ بل وأيضا للنّشاط الصّناعيّ والتّجاريّ وما يسمّى بالنّشاط المدنيّ:

أوّلا هو يتّسع مثلا لثور الحراثة وللجرّار، أي للنّشاط الفلاحيّ، بدليل عبارات "أصل" و"حيوانات" و"أدوات" و"غير ذلك"؛

---

(381) انظر المبادئ التّأويليّة الواردة سابقا (الفقرة 13، الهامش)، والتي هي مرتبطة بما نفترض أنّه نيّة للمشرّع.

(382)



ثانيا هو يتّسع مثلا لـ"ماكينة" خياطة في مصنع خياطة، أي للنّشاط الصّناعيّ، بدليل عبارات "أصل"، و"أدوات" و"غير ذلك"[383]؛

ثالثا هو يتّسع مثلا لثلّاجة في متجر بيع موادّ غذائيّة أو لسرير في نزل، أي للنّشاط التّجاريّ، بدليل عبارات "أصل"، و"أدوات" و"غير ذلك"؛

رابعا هو يتّسع مثلا لآلة تقوية عضلات في قاعة ألعاب رياضيّة، أي لما يسمّى بالنّشاط المدنيّ، بدليل عبارات "أصل"، و"أدوات" و"غير ذلك".

45 مسألة نوع النّشاط في القانون المقارن ◊ فإذا نظرنا الآن إلى هذه المسألة نفسها في القانون المقارن، وجدنا – وهذا ما أشرنا له أعلاه – أنّ المجلّة المدنيّة الفرنسيّة (الفصل 524) أوردت للعقّار الحكميّ أمثلة• تتعلّق بالنّشاط المنتشر آنذاك (1804) وهو النّشاط الفلاحيّ، لكنّها وإلى جانب ذلك أشارت إلى نشاط كان في بدايته وهو النّشاط الصّناعيّ. ويتّفق الفقه والقضاء على توصيف ما جاء في الفصل 524 على أنّه ذِكْريّ لا حصريّ، فيشمل أيضا النّشاط التّجاريّ (ثلاّجة في متجر لبيع الموادّ الغذائيّة، إلخ) بل وكلّ نشاط لا يمكن وصفه لا بالفلاحيّ ولا بالصّناعيّ ولا

---

[383] يمكن أن نجد حيوانا في إطار نشاط صناعيّ. مثال ذلك حصان في منجم. مثال ذلك أيضا حصان يدير آلة. انظر: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 466، ص 570 وما بعدها.

وعليه فإنّ "ثانيا" يمكن أن تكون: «ثانيا هو يتّسع مثلا لـ "حصان" يدير آلة في مصنع، أي للنّشاط الصّناعيّ، بدليل عبارات "أصل"، و"حيوانات" و"أدوات" و"غير ذلك"».

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون الفرنسيّ (صورة إطلاق يسمّى بالمقاميّ).

بالتّجاريّ[384] (يسمّى كما تقدّم نشاطا مدنيّا، وهنا نجد من جهة العقّارات السّكنيّة[385] ومن جهة أخرى عقّارات ذات استعمال خاصّ[386]).

بما جاء الآن، يكون الحلّ الذي عُمل به في فرنسا واسعا: فالمنقول المرتبط بعقّار في إطار نشاط فلاحيّ أو صناعيّ أو تجاريّ أو مدنيّ هو عقّار حكميّ.

---

[384] انظر: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 522 إلى 525)، الفقرة 66 وما بعدها.

[385] يقول أحدهم إنّ القضاء قَبِل في وقت أوّل (القرن 19) أن يأخذ وصف العقّار الحكميّ المنقول الذي يؤثّث المنازل ويجعل سكناها مريحة، إلّا أنّه صار متشدّدا بعد ذلك ورفض إضفاء الوصف على المشعاع الكهربائيّ (radiateur électrique) وعلى ألواح المشعاع (tablettes de radiateurs) وعلى أثاث المطبخ وعلى كلّ ما هو نمطيّ (standardisé) وقابل للاستبدال (interchangeable) وعلى الزّرابي والسّتائر وأدوات إطفاء الحرائق وغير ذلك. انظر: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 522 إلى 525)، الفقرة 102 وما بعدها.

[386] هنا نجد الكنائس (églises) والكنائس أو المصلّيات الخاصّة (chapelles). في هذا الإطار اعتبر القضاء الفرنسيّ آلة الموسيقى (تعلّق الأمر بالأُرغُن l'orgue) عقّارا حكميّا.

في الإطار نفسه كتب "لوران" أنّ اللوحات، سواء كانت أعمالا فنّيّة أم لا، والتي توجد في الكنائس الكاثوليكيّة هي عقّارات بالتّخصيص. فـ: "في الكاثوليكيّة الصّور هي موضوع تعبّد يسمّى «عبادة الله الأحد» (latrie)، والذي يمكن بشيء من الجرأة تسميته «عبادة الأوثان» (idolâtrie) [...] وبما أنّ الصّور داخلة في العبادة، فهي توضع في الكنيسة لخدمة الكنيسة. وعليه ثمّ هنا تخصيص يطبع الصّور بخاصّيّة العقّار. إنّ كنيسة كاثوليكيّة لا يمكن أن تُتصوّر بلا صور كما أنّه لا يمكن تصوّر مصنع دون آلات. إذن هنالك تعقير بالتّخصيص بمجرّد وضع الصّورة في الكنيسة. وما قيل عن الصّور يقال عن اللوحات [...] ينتج عن هذا أنّه لا يمكن بيعها بصفة مستقلّة عن الكنيسة. ولقول الأشياء بطريقة أفضل: الكنيسة شيء خارج عن التّعامل طالما هي كنيسة [...] وبيعها باطل". ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 468، ص 572 وما بعدها.

زيادة على ما تقدّم يمكن أن نجد الأدوات الموضوعة في قاعة رياضيّة. انظر: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 522 إلى 525)، الفقرة 104.

هذا الحلّ الواسع هو ما قصده المشرّع المصريّ. ولقد جاء في المادّة 82 من القانون المدنيّ ما يلي: "يعتبر عقّارا بالتّخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقّار يملكه رصدا على خدمة هذا العقّار أو استغلاله". هنا نحن أمام صيغة مطلقة•، إذْ لا نجد تقييدا للنّشاط الذي يرتبط في إطاره المنقول بالعقّار. ومنهجيّا المطلق يُبحث أوّلا عن المقصود منه. فإن وجد هذا المقصود، أجري المطلق على ما يوافقه. ومن الأماكن التي نعثر فيها على المقصود الأعمال التّحضيريّة. في هذا الشّأن نجد المذكّرة الإيضاحيّة للمشروع التّمهيديّ للمجلّة المدنيّة المصريّة تقول: "وقد توسّع المشروع فيها (العقّارات بالتّخصيص)، فلم يقصرها كما فعل التّقنين الحاليّ على الآلات اللازمة أي الضّروريّة للزّراعة والمصانع، بل نصّ عليها في صيغة عامّة تجعلها تشمل كلّ منقول يضعه مالكه في عقّار مملوك له، ويخصّصه إمّا لخدمة العقّار كالتّماثيل التي توضع على قواعد مثبّتة، وإمّا لاستغلاله كالآلات الزّراعيّة والصّناعيّة ومفروشات الفنادق والرّفوف والخزائن والمقاعد المخصّصة لاستغلال المحالّ التّجاريّة، إلخ"[387]. من هذا الكلام الوارد في الأعمال التّحضيريّة يُفهم أنّ قصد المشرّع من الصّيغة المطلقة للمادّة 82 هو المعنى المطلق، أي أنّ العقّار الحكميّ يشمل المنقول المرتبط بعقّار في إطار نشاط فلاحيّ أو في إطار أيّ نشاط آخر.

هذا عن القانون المصريّ ومن قبله القانون الفرنسيّ. أمّا في القانون اللبنانيّ فقد قبل النّشاط الفلاحيّ والصّناعيّ، ورفض النّشاط التّجاريّ وربّما معه المدنيّ[388].

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون المصريّ.

[387] عبد الرّزّاق السّنهوري، م س، المجلّد 8، الفقرة 15.

[388] جاء في أحد الكتب:

"1- الاستغلال الزّراعيّ: وفقا لنصّ المادّة 3 [...] تعتبر عقّارات بالتّخصيص على سبيل المثال لا الحصر الحيوانات المعدّة للزّراعة، والآلات الزّراعيّة، والمعاصر والبراميل الكبيرة المعدّة لاستعمال العنب

46 القانون التّونسيّ/ صورة الفصل 10: المنقول الطّبيعيّ المرتبط مادّيّا بعقّار طبيعيّ (أو "تعقير" منقول طبيعيّ بسبب ارتباطه ارتباطا نهائيّا بعقّار meuble attaché à perpétuelle demeure) ◊ فإذا مررنا الآن من صورة المنقول المرتبط ارتباطا غير مادّيّ بعقّار إلى صورة المنقول المرتبط مادّيّا بعقّار، وجدنا في القانون التّونسيّ نصّا عامّا[389] ونصّا خاصّا.

47 القانون العامّ ◊ فأمّا النّصّ العامّ فهو الفصل 10 من مجلّة الحقوق العينيّة. يقول هذا النّصّ: "يُعَدُّ عقّارات حكميّة ما يضعُه المالك بعقّاره من الأشياء المنقولة

في مصانع الخمر، وأسماك الغدران، وخلايا النّحل، وشرانق الحرير، والسّماد والقشّ المُعَدّان لتسميد المزروعات (إلخ).

"2- الاستغلال الصّناعيّ: تعتبر عقّارات بالتّخصيص [...] الآلات والسّيّارات والمعدّات المعدّة لاستغلال المصانع والمعامل بشرط أن يكون البناء مجهّزا لإيوائها.

"3- الاستغلال التّجاريّ: نصّت المادّة 3 من قانون الملكيّة على أنّ أثاث الفنادق والبيوت المفروشة والملاهي والحمّامات ومحلاّت التّجارة لا تعتبر عقّارات، ممّا يعني أنّ المشترع اللبنانيّ استبعد من التّخصيص المنقولات المعدّة للاستغلال التّجاريّ، مخالفا بذلك الاجتهاد الفرنسيّ والقانونين السّوريّ والمصريّ.

"كذلك لا يبدو أنّ المشترع اللبنانيّ قد أخذ بمبدأ قبول تخصيص المنقول في مجال الاستغلال المدنيّ، بعكس ما هو عليه الأمر في فرنسا حيث يمكن اعتبار المنقولات في البيوت أو الأبنية، إذا توافرت الشّروط لذلك، عقّارات بالتّخصيص". مروان كركبي وسامي بديع منصور، الأموال والحقوق العينيّة العقّاريّة الأصليّة، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، 2009، ص 54 و55.

[389] في القانون الفرنسيّ، وفي إطار النّصّ العامّ (الفصل 525 من المجلّة المدنيّة)، كتب أحدهم (جيرار كورنو، م س: مقدّمة. الأشخاص. الأموال، الفقرة 911، ص 395) قائلا إنّ الصّنف الثّاني من العقّار الحكميّ يحوي بالخصوص أشياء الزّينة والدّيكور (éléments d'ornementation): المرايا (glaces)، خشب التّغطية (boiseries)، اللوحات (tableaux)، النّجد (tapisseries)، التّماثيل (statues)، الرّسوم على الجدران أو الجداريّات (fresques).

الملتحمة بالعقّار بشكل يتعذّر معه فصلها عنه دون إفسادها أو إفساد ما هي متّصلة به".

في هذا النّصّ ثمّ تخصيص ينبغي البدء به. حاصل هذا التّخصيص حديث النّصّ عمّا وضعه المالك في عقّاره من الأشياء المنقولة. هذا التّعبير يفيد أنّ صاحب المنقول الطّبيعيّ وصاحب العقّار الطّبيعيّ واحدٌ. وهكذا نحن أمام منطوق به يتمثّل في أمرين: من جهةٍ فرضٌ هو "وحدة مالك المنقول والعقّار"، ومن جهة أخرى حكمٌ هو "المنقول عقّار حكميّ". لكن نحن أمام مسكوت عنه هو: الفرض النّقيض من جهة، وحكم هذا الفرض النّقيض من جهة أخرى•. بعبارة مغايرة: إذا لم يكن مالك العقّار هو نفسه مالك المنقول، ما حكم المنقول؟

رأينا سابقا كيف ينبغي التّعامل علميّا مع تخصيص مماثل لهذا التّخصيص. حاصل ما رأيناه أنّه ينبغي الأخذ بقصد المشرّع إن وجد. وهنا يمكن القول إنّ المصادر المادّيّة للفصل 10 تدعو للقول إن لا "تعقير" بالتّخصيص بواسطة الرّبط النّهائيّ إذا كان مالك العقّار ومالك المنقول شخصين مختلفين[390]. فإذا عضدنا ما سبق بحجّة

لكنّ فقيها آخر (ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 236) لاحظ أنّه وفي أيّامنا نادرا ما يتمّ إدخال أشياء الزّينة في الطّبيعة الفيزيائيّة للعقّار. لكن ثمّ صور أخرى ظهرت في القضاء: مكتبة أعدّت على قياس غرفة، مزهريّة موضوعة دون التحام على أسس وتكوّن مع هذه الأسس مجموعة لتزيين قصر، خزانة تبريد في غرفة طهي مرتبطة بمحرّك موجود في السّرداب بواسطة قنوات موجودة في أرضيّة البيت بحيث تمثّل وإيّاها مجموعة واحدة.

• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

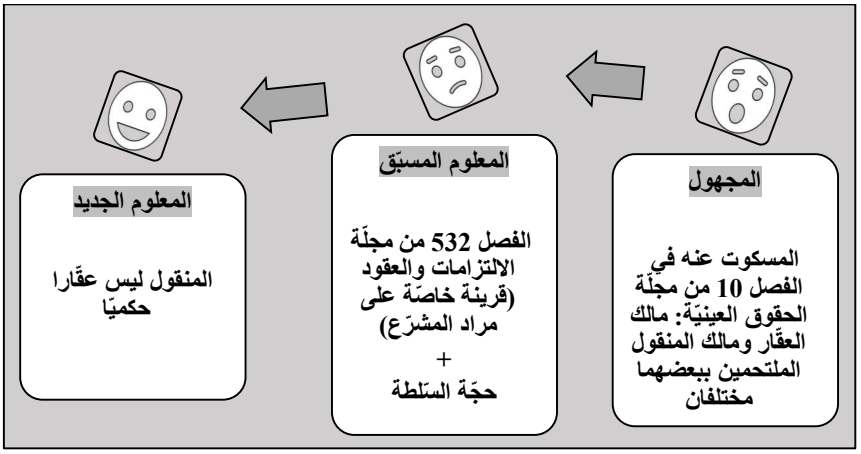
[390] حول المصدر المادّيّ، أي حول القانون الفرنسيّ انظر: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 434، ص 540 وما بعدها.

السّلطة، وجدنا الفقه التّونسيّ[391] يقول: لا يعدّ عقّارا حكميّا المنقولُ الذي ليس على ملك صاحب العقّار الطّبيعيّ وإن ألصق ذاك المنقول بهذا العقّار الطّبيعيّ[392]. زيادة على ما سبق، يثير الفصل 10 مشكل تحديد معنى عبارته المتمثّلة في أنّ المنقول ينبغي أن يكون ملتحما بالعقّار. فما معنى الالتحام؟•

ينبغي، حسب المنهجيّة القانونيّة (ما تقوله المنهجيّة أمر به أيضا الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود)، أن نعطي العبارة معناها اللغويّ الوضعيّ. بعد ذلك نمرّ ونبحث إن كان لها معنى لغويّ عرفيّ. في مرحلة ثالثة علينا أن نبحث عن مراد المشرّع. هنا ثمّ احتمالان: الاحتمال الأوّل أن نجد هذا المراد (في الأعمال التّحضيريّة، في نصّ آخر، إلخ). هذا المراد قد يتمثّل في المعنى الوضعيّ أو العرفيّ أو في معنى

(391) محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 35؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 49، ص 40.

(392)



وفي الحقيقة، إذا كان المنقول الطّبيعيّ على ملك مكتر مثلا، ننظر: فإذا كان ضروريّا للعقّار الطّبيعيّ، اعتبر – وهذا رأيناه – عقّارا بالدّمج. وإذا كان كماليّا، بقي له وصف المنقول ولا ينتقل لوصف العقّار الحكميّ لأنّ هذا التّوصيف لا يُعطى إلّا إذا كنّا أمام مالك واحد للمنقول وللعقّار.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

جديد. في كلّ هذه الحالات نعطي التّعبير ما ثبت لنا أنّه قصد من المشرّع. الاحتمال الثّاني أن لا نجد مراد المشرّع. في هذه الصّورة، لو كان للتّعبير معنى وضعيّ فقط، نعطيه هذا المعنى؛ ولو كان له معنى وضعيّ وعرفيّ، نعطيه العرفيّ؛ وفي الصّورتين نكون قد أعطينا التّعبير المعنى المفترَض أنّه المراد من المشرّع[393].

والمعنى اللغويّ الوضعيّ للالتحام هو التّلاؤم بين شيئين بعد أن كانا متباينين[394]، أي هو التصاقهما بعد أن كانا منفصلين. ولا يوجد لهذه العبارة معنى عرفيّ. فإذا بحثنا الآن عن مراد المشرّع، لم نجد شيئا في الأعمال التّحضيريّة حول الفصل 10[395]. لكن، حين نتقدّم، نجد فيما يخصّ الفصل 27 المتعلّق بالالتصاق أنّ المقرّر يقول في ردّه على استفسار نائب: "إذا عُلِّقت ثريّا بسقف عقّار، صارت عقّارا. فهذا يُعدّ من الالتصاق. والجرّار في أرض فلاحيّة يصبح عقّارا بفعل الإنسان". بعد ذلك، نجد كاتب الدّولة للعدل يقول مناقضا المقرّر: "أردت أن أقدّم توضيحاً تعقيباً على ما قيل حول الفصل 27 نتيجة الاستيضاح الذي تقدّم به السّيّد [...] (النّائب) وأظنّ أنّ المثالين اللذين وردا جوابا عن ذلك غير صحيحين (ملاحظة: نحن أوردنا مثالا واحدا هو المثال الذي يهمّنا) وباعتبار أنّ ما يُقال في هذه الجلسة هو شيء رسميّ وربّما تحتاج إليه المحاكم في يومٍ مَا لفهم القانون أردت أن أرفع الالتباس [...] فعندما تُعلَّق الثّريّا في السّقف تكون دائما منقولا ولا تصبح

---

[393] انظر حول تفصيل ما جاء في المتن: عبد المجيد الزّرّوقي، «المسار التّأويليّ: العقد والقانون نموذجا»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 55 وما بعدها. انظر أيضا (وإن كان الكلام قد ورد في إطار القانون الإسلاميّ): عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أصول الفقه)، الفقرة 261؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 274 وما بعدها.

[394] المعجم العربيّ الحديث، عبارة: التحم.

[395] مداولات مجلس الأمّة، م س، ص 206.

عقّارا إلّا إذا وقع بناؤها بالجير والإسمنت. وهذا لا يقع [...]"[396]. وهكذا – بعد التّسطير على وعي ممثّل السّلطة التّنفيذيّة (التي اقترحت على السّلطة التّشريعيّة مشروع المجلّة لنقاشه والمصادقة عليه) بأهمّيّة الأعمال التّحضيريّة في عمليّة تأويل القانون، وبعد أن نعتبر أنّ ما أريد هنا في الفصل 27 أريد أيضا في الفصل 10 – يمكن القول إنّ قصد المشرّع من العبارة التي تهمّنا (عبارة التحام المنقول بالعقّار في الفصل 10) هو الالتصاق بواسطة مادّة الجير والإسمنت.

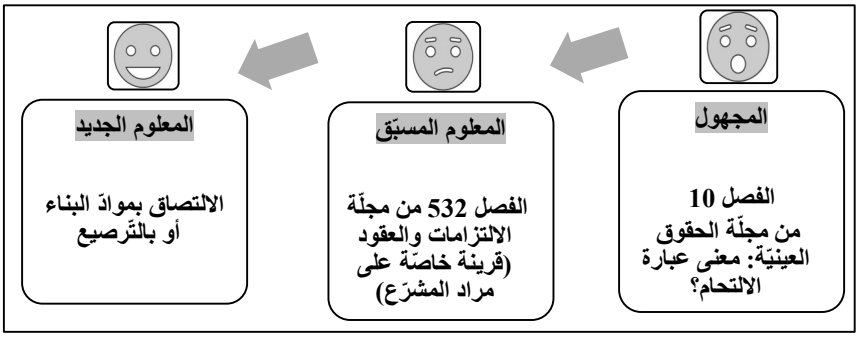
فإن قيل إنّ ما جاء الآن من كلام في إطار الأعمال التّحضيريّة تعلّق بالفصل 27 لا بالفصل 10، أمكن الرّدّ إن بالإمكان الوصول إلى النّتيجة التّأويليّة نفسها من طريق آخر. فالفصل 10 أخذ من القانون الفرنسيّ، وعليه ينبغي أن يُفهم على أنّه عنى صورة المنقول الذي يُلصق بعقّار في إطار عمليّة بناء: إمّا باستعمال مادّة الجير أو الجبس أو الإسمنت أو غير ذلك[397])، وإمّا باستعمال التّرصيع[398].

---

[396] مداولات مجلس الأمّة، م س، ص 210.

[397] في القانون الفرنسيّ القديم قال "لوازل" (Loysel): ما هو مربوط بحديد أو رصاص أو مسمار أو وتد هو عقّار (Ce qui tient à fer, plomb, clou ou cheville est réputé immeuble). انظره عند: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 227.

[398] انظر حول القانون الفرنسيّ ما جاء في الفقرة 41.



فإذا فرغنا من مشكل الالتحام[399]، طرحت العبارة مشكلا آخر•. فبعد حديث الفصل 10 عن التحام، حصره في ذاك الذي إن أزيل أفسد المنقول أو أفسد العقّار[400]. وحرف "أو" يفيد في الوضع المراوحة[401]، أي هو لأحد الشّيئين. بهذا المعنى يكون الفصل 10 قد قبل الصّورة التي يُفسد فيها فكّ الالتحام المنقول دون العقّار، والصّورة التي يُفسد فيها العقّار دون المنقول. ولأنّه لا عُرْف يهمّ معنى "أو"، فينبغي البقاء مع المعنى الوضعيّ. ثمّ إنّه ينبغي بعد ذلك البحث عن مراد

---

[399] من يذهب إلى القضاء التّونسيّ، يجد فيه حديثا عن الالتحام، لكن لا يجد فيه تعرّضا للمادّة التي يتمّ بها الالتحام: "الآلات والمعدّات المرهونة كمنقولات تفقد طبيعتها تلك بمجرّد التحامها ببناية معصرة الزّيتون، أي بعقار طبيعيّ، فتصبح عقارات حكميّة، وتخرج بالتّالي عن عناصر الأصل التّجاريّ التي لا تكون إلّا منقولات وذلك عملا بالفصل 10 من مجلّة الحقوق العينيّة". تعقيبيّ مدنيّ (الدّوائر المجتمعة)، عدد 21626، مؤرّخ في 18 ماي 1995، قرارات الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب 1994/ 1995، مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة بوزارة العدل، ص 40 (انظر التّعليق على هذا القرار: إيهاب بن رجب، مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصاديّة بسوسة، العدد 1، جوان 1997، ص 81).

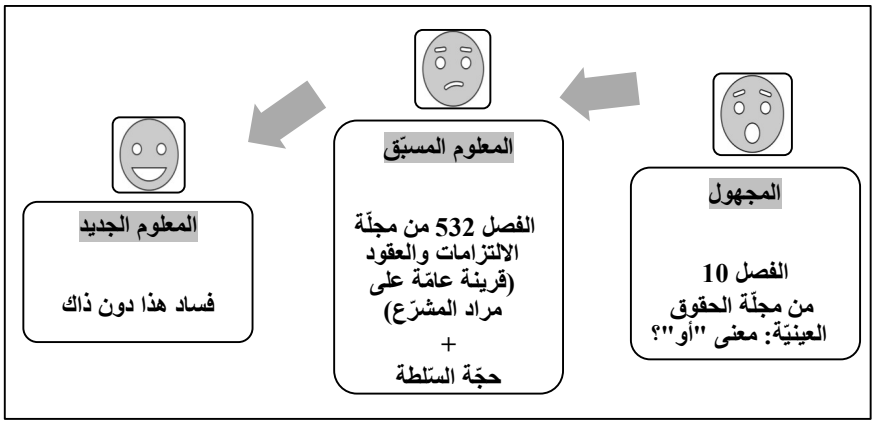
• هو مشكل غموض.

[400] هذا ما يقوله الفصل 10 في صياغته العربيّة والفرنسيّة كما وردتا في الرّائد الرّسميّ عدد 10 المؤرّخ في 19 – 23 فيفري 1965. لكنّ المشكل أنّ هنالك نسخة لمجلّة الحقوق العينيّة صادرة عن المطبعة الرّسميّة نجد فيها الفصل 10 يقول شيئا مختلفا. يتعلّق الأمر بالنّسخة المطبوعة سنة 2004. هنا نجد الفصل 10 يقول: "[...] بشكل يتعذّر معه فصلها عنه دون إفسادها وإفساد ما هي متّصلة به". بهذا النّصّ نصبح أمام حكم غير حكم المجلّة حين صدرت. ولو لم ينتبه المؤوّل لأدّى به ذلك إلى إعمال قانون غير الذي ينبغي عليه أن يعمله. إضافة إلى ما سبق لم يحصل خطأ في النّسخة الفرنسيّة للمجلّة المطبوعة سنة 2004. هذا يعني أنّ المؤوّل الذي سيعمل على هذه النّسخة سيجد أن ثمّ اختلافا بين النّسخة العربيّة والفرنسيّة وسيسعى من ثمّ لحلّه بواسطة الأدوات المعروفة. انظرها عند: عبد المجيد الزّرّوقي، «المسار التّأويليّ: العقد والقانون نموذجا»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 111.

[401] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، «المسار التّأويليّ: العقد والقانون نموذجا»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 29.

المشرّع. ولأنّنا لا نجد هذا المراد في الأعمال التّحضيريّة أو في نصّ آخر، فينبغي البقاء مع ما بقينا بعدُ معه، أي المعنى الوضعيّ. ويمكن أن نعضد هذه النّتيجة بحجّة السّلطة. فالفقه يقول إنّ الفصل 10 يشترط أن يكون "الالتحام بشكل يتعذّر معه فصل المنقول عن العقّار دون إفساد أحدهما"[402]. كلّ ما سبق يهمّ ما نطق به في الفصل 10. لكن المسكوت عنه هو الصّورة التي يفسد فيها فكّ الالتحام المنقول والعقّار معا•. هنا يمكن أن نفكّر كما يأتي: لا قرينة في سياق النّصّ ولا في الأعمال

[402] محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 36.

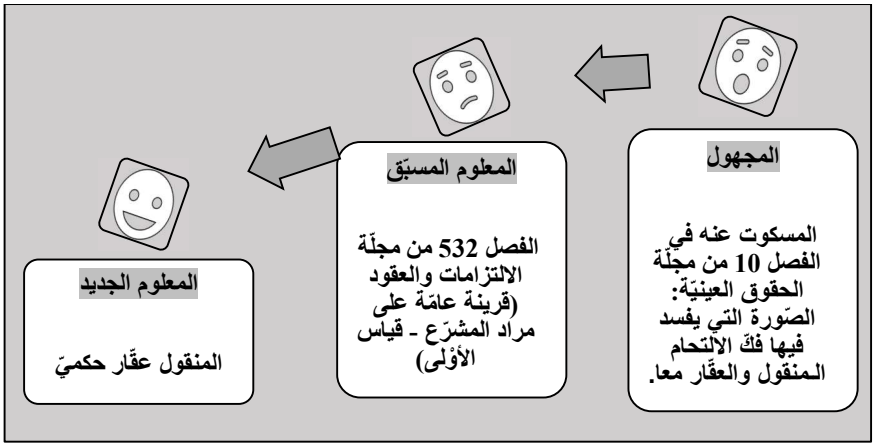


• إذن مشكل فراغ في القانون.

التّحضيريّة على مراد المشرّع؛ ولأنّ الصّورة المسكوت عنها أوْلى بالحكم من الصّورتين المنطوق بهما، فينبغي إجراء حكم هاتين على تلك[403].

فإذا انتهينا إلى هنا، طُرِح مشكل: فالفصل 10 قال "الملتحمة" "بشكل يتعذّر [...]". و"الملتحمة" تشمل صورتين: "الملتحمة بموادّ بناء كالإسمنت" و"الملتحمة بغير ذلك" (أي بواسطة التّرصيع). والسّؤال: هل الوصف "بشكل يتعذّر [...]" يعود على الصّورتين؟• الجواب بحسب وضع اللغة: نعم. لكنّنا نعلم ممّا سبق أنّ الفصل 525 الفرنسيّ يفرّق بين صورتين: صورة الالتحام بواسطة الإسمنت (إلخ)، وهنا لا يشترط أن يؤدّي فكّ الالتحام إلى إفساد المنقول أو العقّار؛ وصورة الالتحام بالتّرصيع، وهنا نجد الشّرط[404]. بناءً على هذا، ولأنّ المشرّع التّونسيّ قال إنّه أخذ

(403)

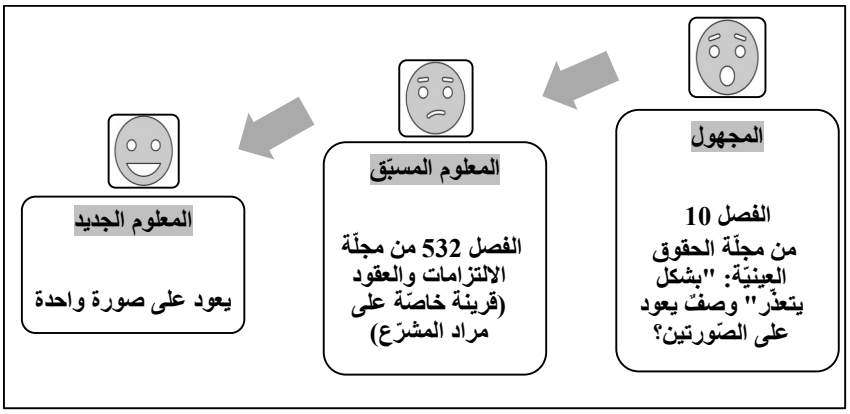


• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(404) انظر الفقرة 41.

هذه الأمور من فرنسا، فيمكن القول إنّ الوصف في الفصل 10 لا يهمّ إلّا صورة الالتحام بالتّرصيع(405).

(405)



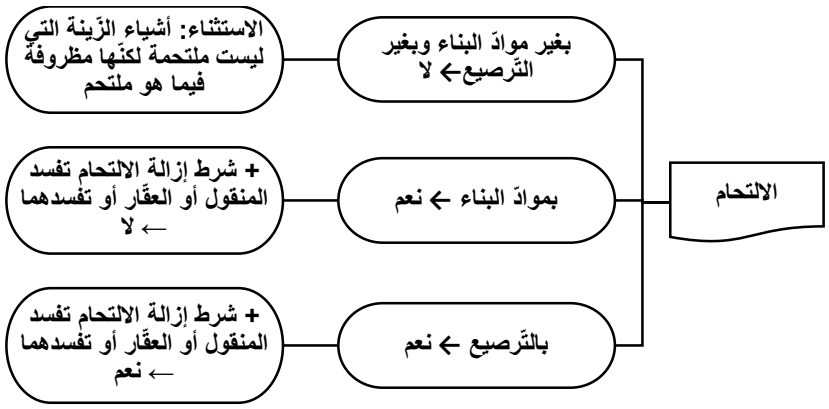
جاء في الفصل 11 من القانون العقّاريّ لسنة 1885: "الأشياء المنقولة التي يعتبر أنّ صاحب العقّار عيّنها لعقّاره وقيّدها به هي ما لحمت به بالجبس أو بالجير أو بالسّيمان أو كانت متّصلة به بحيث لا يتيسّر فصلها عنه من دون تحطيمها أو إفساد عينها أو وقوع تكسير أو إفساد فيما هي متّصلة به من العقّار. والمرايا في البيوت لا تعتبر مقيّدة بها إلّا إذا كان ما يفلها (هكذا وردت. وهو خطأ مطبعيّ. والصّواب: يُقِلُّها) من التّخشيبات ملتحما بأخشاب البيوت. وحكم ألواح التّصاوير وغيرها ممّا تزيّن به البيوت كحكم المرايا. أمّا التّماثيل، فتعدّ من العقّارات إذا كانت موضوعة في مشكاة خاصّة بها وإن أمكن نقلها من دون كسرها أو إفسادها". محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ص 34.

هذا الحلّ مأخوذ من القانون الفرنسيّ.

فإذا قلنا إنّ الفصل 10 – بسبب كون المشرّع لم ينبّه فيه أو في غيره على أنّه ابتعد فيما يخصّ هذه النّقطة من مفهوم المال عمّا قال إنّه المصدر المادّيّ الذي استقى منه المفهوم المذكور – يستثني المرايا

إضافة إلى هذه المسألة ثمّ مشكل آخر يتعلّق بالتّخصيص المضاعَف. فكما رأينا[406] يمكن أن نكون أمام تخصيص فلاحيّ أو صناعيّ أو تجاريّ أو مدنيّ من جهة (آلة خياطة في مصنع خياطة) وفي الوقت نفسه تخصيص بالرّبط ربطا نهائيّا (الآلة مثبّتة بالأرض أو بالحائط). هنا – وهذا رأيناه بدوره[407] – يغلب التّخصيص الأوّل

والألواح والتّماثيل وغير ذلك من أشياء الزّينة التي ليست ملتحمة بل ما يقلّها هو الملتحم، أعطى ذلك – وبعد أن نضيف إليه ما جاء في المتن – ما يمكن رسمه على النّحو التّالي:



ملاحظة 1: قد يمكن أن نفكّر بطريقة مختلفة عمّا جاء في الرّسم، فنعتبر المرايا والتّماثيل (إلخ)، التي ليست ملتحمة لكن ما يقلّها ملتحم، ملتحمة بالتّرصيع، لكن لا يرد عليها شرط إزالة الالتحام المؤدّي للإفساد.

ملاحظة 2: رأينا من يقول في فرنسا اليوم (ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 236) – والكلام صالح إذا أخذنا طرق البناء في تونس – إنّه من النّادر في وقتنا أن يتمّ إدخال أشياء الزّينة في الطّبيعة الفيزيائيّة للعقّار. لكن ثمّ صور أخرى ظهرت في القضاء: مكتبة أعدّت على قياس غرفة، إلخ.

ملاحظة 3: إنّ تغيّر طرق البناء اليوم يدعو إلى إعادة التّفكير فيما ورد في مجلّة الحقوق العينيّة وتحديثه على ضوء تلك التّغيّرات أو ترك التّوجّه المتمثّل في أخذ مفهوم المال من القانون الفرنسيّ وتبديله بالاستقاء ممّا جاء في القانون الإسلاميّ (أي الاستغناء عن تصنيف العقّار إلى طبيعيّ وحكميّ إلخ، والطبيعيّ إلى بغير الإدماج وإلى بالإدماج).

[406] انظر الفقرة 41.

[407] انظر المكان نفسه.

الثّاني، أي نعدّ أنفسنا أمام التّخصيص الأوّل لا أمام الثّاني. هذا يؤدّي إلى جعل صورة الفصل 10 خاصّة بالمنقولات التي تُعدّ جدواها للعقّارات ليست موضوعيّة وتختلف باختلاف الأشخاص، أي بالمنقولات التي يجب حسب القانون، ولكي تكون عقّارات حكميّة، أن تلتحم بالعقّارات، أي أن يحصل أمر ينبئ بصفة موضوعيّة أنّنا أمام منقول تمّ تخصيصه للعقّار. هذا التّخصيص يسمّيه البعض ممّن تناوله في القانون الفرنسيّ[408] – وبسبب كونه يهمّ الزّينة – التّخصيص الكماليّ destination somptuaire وذلك ليتقابل مع التّخصيص الفلاحيّ والصّناعيّ والتّجاريّ والمدنيّ.

48 القانون الخاصّ ◊ كلّ ما تقدّم يهمّ النّصّ العامّ المتعلّق بالمنقول المرتبط مادّيّا بعقّار طبيعيّ. لكن هنالك في المسألة نصّ خاصّ هو الفصل 53. 1 من مجلّة المحروقات. يقول هذا النّصّ في فقرته الأولى: "تعتبر حقول المحروقات عقّارات (ينبغي – بسبب ما هو موجود في مجلّة الحقوق العينيّة – أن ندقّق: طبيعيّة). كما تعتبر عقّارات (ينبغي – للسّبب نفسه – أن ندقّق: حكميّة)، بالإضافة إلى البناءات، الآلات والتّجهيزات وكلّ المعدّات المثبّتة بالمكان بغرض مباشرة أنشطة الاستغلال"[409].

---

[408] أمبرواز كولين وهنري كابيتون، م س، ج 1، ص 704 وما بعدها.

[409] حول هذا النّصّ، كتب أحد الفقهاء (حاتم محمّدي، م س: قانون الأموال، الفقرة 50، ص 41): "لئن كان المشرّع لا يشترط وحدة المالك باعتبار أنّ الآلات والتّجهيزات وكلّ المعدّات تكون على ملك صاحب الرّخصة القائم بالاستغلال ويكون المكان المثبّتة فيه على ملك غيره، فإنّ المشرّع يشترط شرطين:

"شرط الثّبوت: لم يشترط المشرّع خلافا لما اقتضته أحكام الفصل 10 من مجلّة الحقوق العينيّة أن تكون المنقولات ملتحمة بالعقّار بشكل يتعذّر معه فصلها عنه دون إفسادها أو إفساد العقّار المتّصلة به، بل اكتفى باشتراط أن تكون المعدّات والتّجهيزات مثبّتة بالمكان. ويعني الثّبوت أن تكون المنقولات في وضعيّة لا تسمح بنقلها من المكان الثّابتة فيه إلى مكان آخر. وقد يتحقّق الثّبوت بالالتحام أو بغيره

49 عودة إلى النّصّ العامّ ◊ فإذا تركنا الآن النّصّ الخاصّ وعدنا إلى النّصّ العامّ وهو الفصل 10 من مجلّة الحقوق العينيّة، وجب أن نحضر إلى جانبه الفصل 9 والفصل 6 ("الأجهزة والأنابيب اللاصقة بـ [...] المباني [...] عقّارات طبيعيّة").

في الفصل 9، نحن أمام منقول حُوّل ذهنيّا إلى عقّار (هذا بالطّبع إذا تركنا الصّورة الاستثنائيّة، أي صورة التّخصيص المضاعف). الأمر مختلف في الفصل 6 وفي الفصل 10، حيث التّحويل مادّيٌّ وواقعيٌّ.

والسّؤال الآن: أليس ما ورد في الفصل 6 هو نفسه ما ورد في الفصل 10، أي أليس العقّار بالدّمج هو نفسه الصّورة الثّانية من العقّار بالتّخصيص؟

تعرّضنا سابقا إلى السّؤال وإلى جوابه في إطار القانون الفرنسيّ[410]. حاصل هذا الجواب أنّ الأبواب وغيرها من الضّروريّ أن تكون عقّارات لمنع الدّائنين من عقلتها

من الطّرق. فقد تكون هذه المنقولات ملتحمة التحاما خفيفا بشكل يمكن معه فصلها عن المكان الثّابتة فيه دون ضرر يصيبها أو يصيب المكان. فالمشرّع خفّف من حدّة الالتحام. واشتراط الثّبوت هو أعمّ من اشتراط الالتحام. وقد راعى المشرّع طبيعة أنشطة استغلال المحروقات التي قد تتحوّل من حقل إلى آخر.

"شرط التّخصيص: يشترط أن تكون المعدّات والتّجهيزات المثبّتة بالمكان مخصّصة لممارسة أنشطة استغلال المحروقات المحدّدة سابقا. وخلافا للتّرابط المادّيّ على معنى الفصل 10 من مجلّة الحقوق العينيّة، يشترط الفصل 1.53 من مجلّة المحروقات صراحة شرط التّخصيص أي أن تكون المنقولات المثبّتة معدّة لتحقيق نشاط الاستغلال. ومثال ذلك منصّات التّنقيب على النّفط والقنوات المخصّصة لنقل المحروقات السّائلة كالنّفط الخامّ وسوائل الغاز الطّبيعيّ والتي عادة ما تكون مثبّتة ومركّزة.

"وإذا توفّر هذان الشّرطان (الثّبوت والتّخصيص) تصبح المعدّات والتّجهيزات عقارات حكميّة".

(410) انظر الفقرة 41.

ويمكن أن نضيف أنّه قيل إنّ واضعي القانون الفرنسيّ وجدوا صعوبة في التّمييز بين العقّار بالدّمج والعقّار بالتّخصيص (دومينيك لوفافر، م س: الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 522 إلى 525، الفقرة 1).

بصفة منفصلة عن العقّار الطّبيعيّ. فهذه العقلة تجعل المنزل غير صالح للسّكنى. أمّا المرايا (إلخ)، فليس من الضّروريّ أن تكون عقّارات، وعقلتها بصفة منفصلة لا تجعل العقّار الطّبيعيّ غير صالح لما جعل له. لكن – ولإيجاد توازن بين مصلحة المالك ومصلحة الدّائن – وضع المشرّع شرطين لتصير المرايا ونحو ذلك (ممّا هو ليس بالضّروريّ) عقّارات: أوّلا أن يكون آتي فعل "التّعقير" هو المالك؛ ثانيا أن يتمّ هذا الفعل بواسطة موادّ البناء (إسمنت، إلخ) أو التّرصيع لكي يكون فعلا ظاهرا للغير.

ويمكن أن نقول في القانون التّونسيّ – بعد فهمه استنادا إلى مصادره المادّيّة – إنّ فيه صورة للعقّار بسبب الإدماج (الفصل 6)، وصورتان للعقّار الحكميّ. والصّورة الأولى لهذا العقّار الحكميّ (الفصل 9) تمكن تسميتها بصورة "العقّار بالتّخصيص الخِدْمِيّ" (لأنّنا أمام "تعقيرٍ" خِدْميّ لمنقول، أي أمام تعقير لخدمة الفلاحة أو

كما قيل: بصفة تجريديّة، التّمييز بين المنقولات "المعقّرة" بالإدماج في مبنى (meubles immobilisés par incorporation à un bâtiment) و"المعقّرة" بصفة نهائيّة هو أمر سهل. في كلتا الحالتين لدينا مال إذا أخذناه بصفة معزولة يُعتبر منقولا. وفي الحالة الأولى يكفّ هذا المال عن أن يوجد بصفة مستقلّة وينصهر في مبنى. هذا المبنى هو الذي يبقى مالاً. أمّا في الحالة الثّانية، ورغم التّعقير، تبقى للمنقول القديم حياة مستقلّة لأنّه يبقى بوصفه مالاً: إنّه منقول "معقّر"، نعم هو ملتحم بالعقّار الطّبيعيّ، لكنّه في الوقت نفسه منفصل عنه باعتباره مالا مستقلّا. بتعبير مغاير: في الصّورة الأولى نحن أمام انصهار في عقّار، أي في النّهاية أمام عقّار واحد. أمّا في الصّورة الثّانية فينشأ عقّار جديد إلى جانب العقّار الأساسيّ. وهكذا ثمّ فرق بين تقنية "التّعقير" الأولى وتقنية "التّعقير" الثّانية. لكنّ التّمييز بين الصّنفين قد لا يكون ملائما. نعم هو يبرّر وجود اختلاف في الوضعيّة باعتبار أنّ المال "المعقّر" لا يبقى بوصفه مالا إلّا في صورة واحدة من الصّورتين، لكن هل ينبغي اعتباره منقولا "معقّرا" بالتّخصيص أم ينبغي اعتباره عقّارا طبيعيّا؟ فإذا كان لهذا المال مكان ثابت، فيبدو أنّ وصف العقّار الطّبيعيّ هو الأكثر ملاءمة. ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 229.

الصّناعة، إلخ)؛ أمّا الصّورة الثّانية (الفصل 10) فتمكن تسميتها بالاسم الموجود في فرنسا، أي العقّار بالتّخصيص الكماليّ[411].

[411] يُتحدَّث في القانون عن المماثلة (assimilation). وهي "تطبيق صنف قانونيّ على وحدة لا تقع فيه تماما أو لا تقع فيه بتاتا (حين لا تنتمي الوحدة تماما إلى الصّنف، ونعتبرها رغم ذلك داخلة فيه، يُتحدّث أيضا عن الافتراض). انظر: ستيفان غولتزبرغ، م س، ص 107.

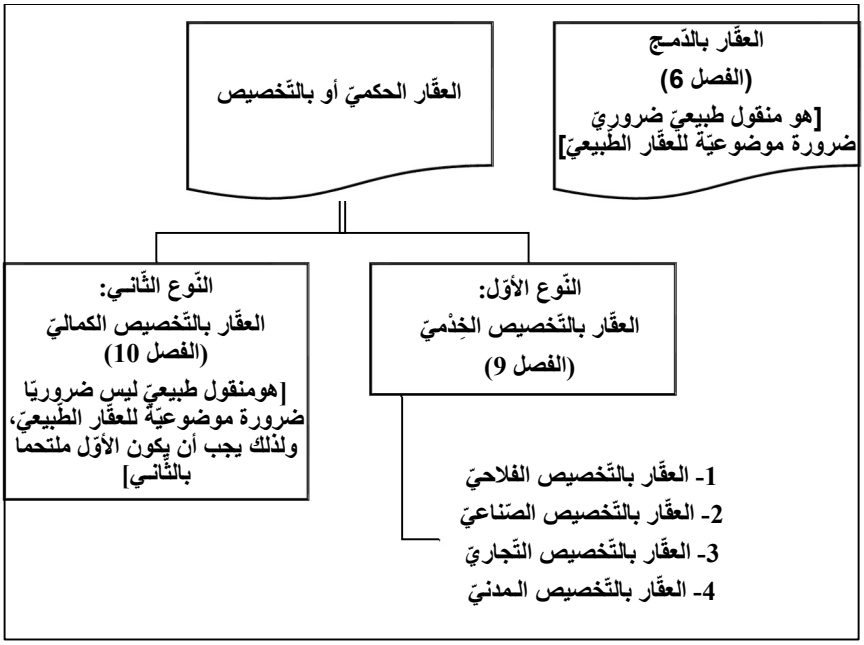
ويمكن القول:

فيما يخصّ العقّار بالدّمج (أي ما هو ضروريّ)، إنّه حصلت مماثلة كاملة مع العقّار الطّبيعيّ (اعتُبر عقّارا – إذن مماثلة – وطبيعيّ – إذن مماثلة كاملة).

وفيما يخصّ العقّار الحكميّ (أي ما هو كماليّ)، إنّه حصلت مماثلة جزئيّة مع العقّار الطّبيعيّ (اعتبر عقّارا – إذن مماثلة – لكن حكميّ – إذن مماثلة جزئيّة مع العقّار الطّبيعيّ).

وفي صورة العقّار بالدّمج، لم يحصل تقييد على مستوى من ربط المنقول بالعقّار.

أمّا في صورة العقّار الحكميّ، فاشترطت وحدة المالك كما تقدّم ذكره.



50 العقّار الحكميّ بهذا المعنى تجري عليه قواعد العقّار ◊ والعقّار الحكميّ قيل به في القانون الفرنسيّ (وينبغي أن يكون الأمر كذلك في القانون التّونسيّ) لكي يدخل

وقد ينبغي هنا أن نأتي بالخلاصة التي جاءت في مطلع الدّراري (انظرها عند: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 36 و37) وتتعلّق بما ورد في فصول القانون العقّاريّ:

"تحصّل من جميع ما تقدّم:

"أنّ العقّارات هي الأبنية وما اتّصل بها على وجه الثّبوت وما لازمها وتقيّد بها، والأرضون وما اتّصل بها من زرع وحبّ وشجر وثمر وحيوانات وأدوات الزّراعة إذا تقيّدت بها، وأمّا حيوانات التّربية وما ينفصل من الحبّ والثّمر ومقطوع الشّجر وخفافه فجميع ذلك من المنقولات.

"وأنّ العقّار الحقيقيّ هو الأرض والبناء وطواحين الماء والهواء المتّصلة والقنوات المتّصلة.

"وأنّ العقّار الحكميّ هو ما اتّصل بالبناء ممّا لا ينقلع إلّا بالإفساد وما يضاف إليه ويتقيّد به من أدوات المعامل وقدور الحمّامات والمعاصر والأنابيق وخلايا النّحل وحمام البروج وأرانب الأوْجِرة وسمك الجوابي، وكذلك ما التحق بالأرض وتقيّد بها من حيوانات الزّراعة وعدّة الحرث ونفس البذر وأدوات الحصاد والعلف".

المنقول بصفة آليّة في العمليّات القانونيّة التي موضوعها العقّار الذي ارتبط به ذاك المنقول[412].

هذا هو المبدأ[413]، وهو ينطبق مثلا إذا كنّا أمام عمل ناقل للملكيّة أو إذا كنّا أمام عمل منشئ لتأمين عينيّ. ففي البيع، وإذا لم ينصّ العقد على خلاف ذلك، تنقل للمشتري ملكيّة العقّار الطّبيعيّ وملكيّة العقّار الحكميّ معا[414]. وفي الرّهن العقّاريّ، تشمل العمليّة العقّار الطّبيعيّ والعقّار الحكميّ في الوقت نفسه[415].

---

[412] انظر: فريديريك زناتي، م س، الفقرة 57، ص 72؛ جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 20، ص 21؛

بيار فواران وجيل غوبو، القانون المدنيّ. الأشخاص. العائلة. انعدام الأهليّة. الأموال. الالتزامات. التّأمينات، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، ط 29، 2003، ج 1، ص 244.

Pierre Voirin et Gilles Goubeaux, *Droit civil : Personnes – Famille – Incapacité – Biens – Obligations – Sûretés*, LGDJ, Paris, 29e éd., 2003, T. I, p. 244.

إيفان بوفلون-لانور، القانون المدنيّ، أرموند كولين، باريس، 1969 – 1999، ص 537.

Yvaine Buffelan-Lanore, *Droit civil*, Armand Colin, Paris, 1969 – 1999, p. 537.

وللتّفصيل في آثار "التّعقير بالتّخصيص انظر: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 472 وما بعدها، ص 579 وما بعدها.

[413] أورد أحدهم، وفي القانون الفرنسيّ، استثناءات المبدأ (دومينيك لوفافر، م س: الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 522 إلى 525، الفقرة 124 وما بعدها). من هذه الاستثناءات أنّه وفي صورة الانتزاع للمصلحة العامّة (انظر الانتزاع في الفقرة 243) يكون التّعويض على الأرض وعلى المدمج فيها ولا يكون على العقّار الحكميّ.

[414] في القانون التّونسيّ، وإذا أردنا أن نتوسّع ونورد ما يهمّنا وما يقرب منه، ينبغي أن نأتي بالنّصوص التّالية: الفصل 610 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود.

[415] يقول الفصل 272 من مجلّة الحقوق العينيّة: "يشمل الرّهن جميع ملحقات العقّار المرهون [...]". ويقول الفصل 305 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة: "ما يعتبره القانون عقّارات حكميّة لا يمكن أن يُعقل إلّا مع الأصل الذي هو جزء منه. لكن يجوز إجراء عقلة عليه وبيعه مثل المنقولات في ديون لصنّاعه أو باعته أو لمن أقرض مالا لاشترائه أو صنعه أو إصلاحه".

هذا عن عموم العقّارات الحكميّة، أمّا عن العقّارات الحكميّة الواردة في مجلّة المحروقات فهي لا تخضع و"بصنفيها المثبّتة وغير المثبّتة لأحكام القانون العقّاريّ المتعلّقة بالعقّارات المسجّلة (غير قابلة للتّسجيل). ولا يمكن رهنها (الفصل 2.53 من مجلّة المحروقات). وتشترك في هذه القواعد مع حقول المحروقات التي هي عقّارات طبيعيّة"[416].

51 انقضاء "التّعقير" ◊ وينبغي أن نزيد على جميع ما سبق وأن نقول إنّ المنقول الذي حوّل إلى عقّار حكميّ يمكن أن يعود منقولا. فـ"التّعقير" كما سبق منّا اعتبارٌ وافتراضٌ، والاعتبار والافتراض يمكن أن يترك مكانه للحقيقة. بعبارة أخرى: يدور "التّعقير" وجودا وعدما مع سببه. فإذا وجد السّبب (في صورة الفصل 9: المصلحة الفلاحيّة وغير ذلك؛ وفي صورة الفصل 10: الالتحام)، وجد "التّعقير"؛ وإذا اضمحلّ السّبب، اضمحلّ العقّار الحكميّ[417].

كما جاء في الفصل 15 من قانون 6 فيفري 2001: "يبقى حقّ الرّهن قائما على أدوات ومعدّات التّجهيز المرهونة ولو صارت بعد إتمام العقد معتبرة عقّارات حكميّة وذلك خلافا لأحكام الفصل 272 من مجلّة الحقوق العينيّة" (القانون عدد 19 لسنة 2001، المؤرّخ في 6 فيفري 2001، المتعلّق برهن الأدوات ومعدّات التّجهيز المهنيّة، الرّائد الرّسميّ عدد 12، الصّادر في 9 فيفري 2001، ص 291).
وفي إطار القانون الفرنسيّ تحدّث أحدهم عن الإحالة (الفصل 1615 من المجلّة المدنيّة) والرّهن العقّاريّ (الفصل 2118-1°. ملاحظة: الآن هذا النّصّ تمّ نسخه) والعقلة (الفصل 2092-2 القديم) والوصيّة (الفصل 1615 بعد توسيعه) والقسمة. ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 205.

[416] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 51، ص 42.

[417] انظر حول هذه المسألة تفاصيل أكثر وإن كانت قد جاءت في القانون الفرنسيّ: ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 476، ص 483 وما بعدها.

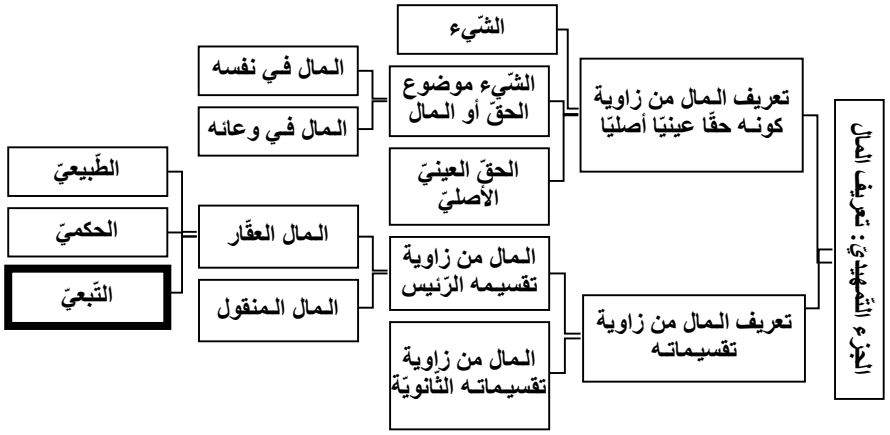
هذا عن العقّار الحكميّ. قبله تناولنا العقّار الطّبيعيّ. إلى جانبهما يوجد العقّار التّبعيّ[418].

ج) المالُ العقّارُ التّبعيّ

52 **سبب التّسمية "العقّار التّبعيّ"** ◊ نصّ الفصل 11 من مجلّة الحقوق العينيّة على أنّه: "تعدّ عقّارات تبعيّة الحقوق العينيّة العقّاريّة والدّعاوى المتعلّقة بها".

فإذا أخذنا، من بين "الحقوق العينيّة"، حقّ الملكيّة، قلنا إنّه، وبسبب استغراقه لجميع منافع الشّيء، يختلط بالشّيء، ويُعَدّ من ثمّ شيئا مادّيّا[419]. لذا يمكن اعتباره عقّارا طبيعيّا، إذا كان موضوعه عقّارا طبيعيّا. أمّا إذا كان موضوع حقّ الملكيّة منقولا طبيعيّا، فعندها يمكن اعتباره منقولا طبيعيّا[420]. الأمر مختلف مع بقيّة الحقوق.

(418)



(419) رأينا سابقا من قال إنّه لم يُر من الضّروريّ جعل حقّ الملكيّة مالا مستقلاّ عن الشّيء موضوع هذا الحقّ. انظر الفقرة 12.

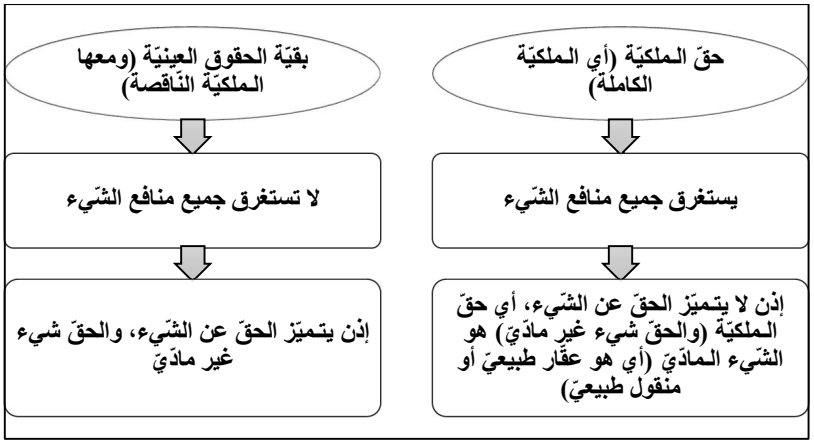
(420) انظر هذا التّأكيد وقد أتِيَ به في القانون الفرنسيّ: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 162، ص 2، الهامش 2؛ ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 484، ص 594؛ جون كاربونييه، م س، الفقرة 50.

فالشّيء هنا (أي في إطار هذه البقيّة من الحقوق) تتداعى عليه حقوق مختلفة الطّبيعة (ملكيّة وانتفاع مثلا)، ومن ثمّ فهذه الحقوق تتميّز عن الشّيء (هذا الكلام يهمّ حتّى حقّ الملكيّة حين يكون منقوصا من سلطة الاستعمال أو الاستغلال أو منهما معا، أي حين نكون أمام ما رأينا أنّ الفقه الإسلاميّ يسمّيه ملكيّة ناقصة[421]). بهذا التّميّز يظهر جليّا أنّ الحقوق شيء غير مادّيّ[422]. على هذا لا يمكن أن تُعَدّ عقّارات (العقّار ما هو ثابت، والثّبوت لا يُتحدّث عنه إلّا إذا كنّا أمام جسم، أي أمام ما هو مادّيّ). لكن، لأنّ الأموال، كلّ الأموال، إمّا عقّارات أو منقولات (الفصل 2)، أدخل المشرّع الحقوق العينيّة التي موضوعها عقّار في صنف العقّار بأن أوجد لها قسما خاصّا إلى جانب العقّار الطّبيعيّ والعقّار الحكميّ. وهكذا صبغ

لكن ثمّ من لا يقبل هذا التّفسير (ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 176)، مع ذلك يصل إلى النّتيجة نفسها (حقّ الملكيّة يدخل ضمن قسم الشّيء – ومن ثمّ يكون عقّارا أو منقولا – ولا يدخل ضمن قسم الحقّ). يقول: حقّ الملكيّة ليس حقّا بل علاقة تملّك تسحب الشّيء من الاستعمال الجماعيّ وتخصّصه لشخص واحد. ومن زاوية النّظام القانونيّ الشّيء المملوك أقرب إلى الشّيء غير المملوك منه إلى الحقّ. هذا هو سبب إدخال تملّك الشّيء في قسم الشّيء لا في قسم الحقّ.

(421) انظر الفقرة 24.

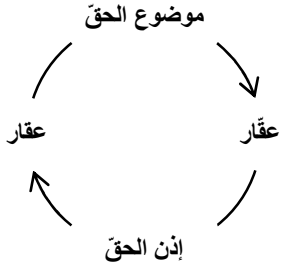
(422)



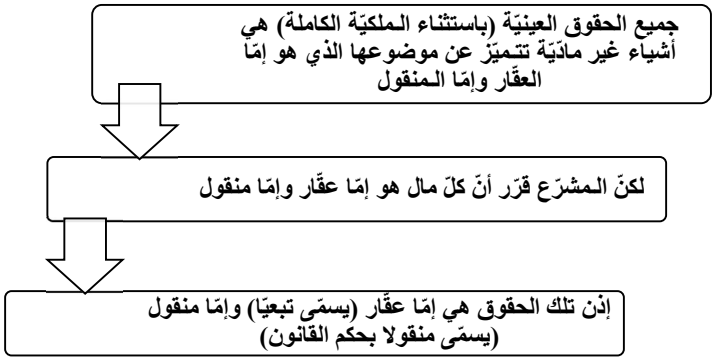
المشرّع الحقّ بلون موضوعه، أي جعل الحقّ عقّارا تبعاً لموضوع الحقّ الذي هو عقّار. من هنا نفهم أوّلا لماذا وصف الحقّ بكونه عقّارا، وثانيا لماذا وصف بكونه عقّارا تبعيّا. كما نفهم لماذا وُصف في الصّياغة الفرنسيّة للفصل 11 بكونه عقّارا بسبب الموضوع الذي انصبّ عليه immeuble par l'objet auquel il s'applique[423] (ملاحظة: سنرى لاحقا الحقّ الذي ينصبّ على منقول، لكن لن نجد المشرّع يسمّيه منقولا بسبب الموضوع الذي انصبّ عليه)[424].

والتّحليل نفسه ينسحب على الدّعوى التي موضوعها الحقّ العينيّ العقّاريّ. هذه الدّعوى جعلها المشرّع تأخذ لون موضوع موضوعها (موضوعها الحقّ، وموضوع

(423)

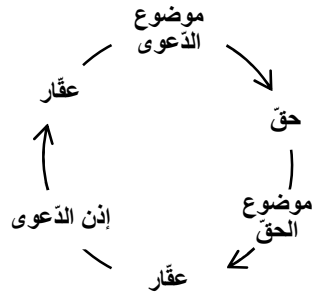


(424)



الحقّ العقّار)، فتعدّ مثله عقّارا، لكنّها عقّار بالتّبع وبسبب الموضوع[425]. بتعبير آخر: إذا كانت الدّعوى –كما يقول البعض[426] – ليست سوى ممارسة للحقّ أمام القضاء[427]، وإذا كان الحقّ المنصبّ على عقّار هو عقّارٌ، فالدّعوى عقّار[428].

(425)



(426) انظر مثلا وفي إطار القانون الفرنسيّ: ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 74، ص 96.

(427) لكن انظر في القانون الفرنسيّ من ينقد خلط الحقّ الأصليّ (droit substantiel) بالدّعوى (action)، منبّها أيضا على نسبيّة التّمييز بين الأمرين:

سارج غينشار وسيسيل شيني وفريديريك فارون، الإجراءات المدنيّة. القانون الدّاخليّ وقانون الاتّحاد الأوروبيّ، دالوز، باريس، ط 32، 2014، الفقرة 83 وما بعدها، ص 110 وما بعدها.

Serge Guinchard, Cécile Chainais et Frédérique Ferrand, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 32e éd., 2014, n° 83 s., p. 110 s.

(428) نقد "لوران" الفصل 526 من المجلّة المدنيّة الذي يقول بأنّ الدّعوى الاستحقاقيّة هي عقّار. ولقد بدأ الفقيه المذكور بالدّعوى، فقال إنّها تعرّف في العادة على أنّها "الحقّ في تتبّع ما لنا أمام المحاكم" (le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû). هذا التّعريف – المأخوذ من القانون الرّومانيّ – يفترض أنّ الدّعوى تختلف عن الحقّ المطالب به أمام المحاكم. فلقد كان ينبغي في هذا القانون الحصول من الحاكم (préteur) على إذن بالقيام أمام القاضي (juge). بهذا تكون الدّعوى حقّا جديدا ينتج عن إذن الحاكم ويُضاف إلى الحقّ في تتبّع ما لنا أمام القاضي. لكنّ قانون الإجراءات الجديد يمكّن من القيام أمام القاضي ومن تتبّع الخصم دون إذن مسبّق. لذا ينبغي تعريف الدّعوى بأنّها

53 **النّوع الأوّل من العقّارات التّبعيّة: الحقوق العينيّة العقّاريّة** ◊ فإذا اهتممنا بالنّوع الأوّل من العقّارات التّبعيّة، قلنا:

◦ إنّ الفصل 11 قال إنّ «العقّارات التّبعيّة» هي «الحقوق العينيّة العقّاريّة».

◦ وإنّ الفصل 12 قال إنّ «الحقوق العينيّة العقّاريّة» هي «حقّ الملكيّة، وحقّ الانتفاع، وحقّ الاستعمال، وحقّ السّكنى، وحقّ الارتفاق، والإجارة الطّويلة (الأمفيتيوز)، وحقّ الهواء، والإنزال، والكردار، وحقّ الامتياز، وحقّ الرّهن العقاريّ (وينبغي أن نضيف – كما سبقت الإشارة إلى ذلك[429] – حقّ الحبس لوروده في الفصل 193)».

◦ والنّتيجة أنّ «العقّارات التّبعيّة» هي «حقّ الملكيّة (الملكيّة عقّار تبعيّ فقط إذا كانت ناقصة، أمّا إذا كانت كاملة فعقّار طبيعيّ[430])، وحقّ الانتفاع ... إلى آخر القائمة».

المطالبة بحقّ أمام المحاكم. بهذا المعنى لن تختلف الدّعوى عن الحقّ المطالب به. فالمدّعي لا يملك حقّين: حقّ سابق للقيام أمام المحكمة وحقّ ناتج عن هذا القيام. بل هو يملك حقّا واحدا. فالدّعوى ليست إلّا وسيلة للاعتراف بالحقّ ولضمان تنفيذه (ف لوران، م س، ج 5، الفقرة 487، ص 597). وفي الصّفحة الموالية كتب "لوران" أنّ الدّعوى ليست سوى ممارسة للحقّ أمام القضاء: l'action n'est autre chose que le droit exercé en justice

[429] انظر الفقرة 29.

[430] إذا جمعنا بين الفصلين 11 و 12، قلنا إنّ عبارة حقّ الملكيّة مطلقة تشمل التّامّة والنّاقصة. لكن – وبحسب المصادر المادّيّة – ينبغي أن نفهم النّصوص على أنّها تعتبر التّامّة عقّارا طبيعيّا والنّاقصة فقط عقّارا تبعيّا.

لكن انظر رأيا مختلفا عند: هاجر الفطناسي، «قراءة في التّصنيف التّشريعيّ للأموال إلى عقّار ومنقول»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 215 وما بعدها.

ولقد رأينا سابقا أنّ قائمة الحقوق العينيّة العقّاريّة وردت على سبيل الحصر[431]. هذا يعني أنّ عدد العقّارات التّبعيّة من النّوع الأوّل مضبوط بدوره ولا يمكن أن يزيد. إضافة إلى ما تقدّم، رأينا في السّابق أيضا أنّ الفصل 191 من مجلّة الحقوق العينيّة منع إنشاء بعض الحقوق التي أشارت إليها القائمة الواردة في الفصل 12. فلقد قال الفصل المذكور: "يحجّر ابتداء من تاريخ إجراء العمل بهذه المجلّة إنشاء الإجارة الطّويلة وتجديد عقودها الجارية وكذلك إنشاء حقّ الهواء أو الإنزال أو الكردار". لكنّ منع إنشاء هذه الحقوق لا يعني إلغاء ما نشأ منها بعدُ. فهذه تبقى قائمة وتخضع للتّشريع الذي نشأت في ظلّه، وهو القانون العقّاريّ المؤرّخ في غرّة جويلية 1885، ومجلّة الالتزامات والعقود الصّادرة سنة 1906. هذا ما قرّره الفصل 5 من قانون إصدار مجلّة الحقوق العينيّة القائل: "حقوق الإجارة الطّويلة (الأمفيتيوز) والهواء والإنزال والكردار الموجودة في تاريخ ابتداء العمل بهذا القانون تبقى خاضعة للتّشريع المعمول به في ذلك التّاريخ".

54 النّوع الثّاني من العقّارات التّبعيّة: الدّعاوى المتعلّقة بالحقوق العينيّة العقّاريّة ◊

فإذا مررنا الآن إلى النّوع الثّاني من العقّارات التّبعيّة حسب الفصل 11، أي إلى الدّعاوى المتعلّقة بالحقوق العينيّة العقّاريّة، ضربنا لها مثال الدّعوى الاستحقاقيّة وهي دعوى يقوم بها من له حقّ ملكيّة بهدف استرداد الشّيء من الغير. وقد يمكن رفض هذا الكلام والقول إنّ الدّعوى الاستحقاقيّة لا تنفصل عن الشّيء، ومن ثمّ هي

(431) انظر الفقرة 29.

عقّار طبيعيّ لا تبعيّ[432]. على هذا ينبغي التّفكير في دعاوى أخرى مصداقا للعقّارات التّبعيّة. من هذه الدّعاوى الدّعاوى الحوزيّة[433].

---

[432] قرّب من: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 196. وحين ننظر إلى ما يسمّى بالقانون العقّاريّ لسنة 1885، نجد الفصل 12 يقول: "الحقوق الملكيّة العقّاريّة والدّعاوى المقصود بها استرداد عقّار تُعَدّ من العقّارات التّبعيّة".

[433] يصحّ هنا ما قلناه أعلاه حول حقّ الملكيّة التّامّة والنّاقصة، وأنّه – وبحسب المصادر المادّيّة – ينبغي أن نفهم النّصوص على أنّها تعتبر الدّعوى التي موضوعها حقّ الملكيّة التّامّة عقّارا طبيعيّا والدّعوى التي موضوعها حقّ الملكيّة النّاقصة عقّارا تبعيّا.

على كلّ، وزيادة على الدّعوى الاستحقاقيّة، نجد عند أحد الفقهاء (حاتم محمّدي، م س: قانون الأموال، ص 44 وما بعدها) ما يلي:

"تعتبر دعوى عينيّة تختصّ بها المحكمة الابتدائيّة لكونها غير مقدّرة دعوى فسخ المغارسة المرفوعة بعد انتهاء مدّة الإطعام لأنّها ترمي في الواقع إلى الحيلولة دون انتقال الحقّ العينيّ للمغارسيّ فتكون مستندة بذلك إلى حقّ عينيّ (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 16553، 6 مارس 2008، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 111). وكذلك شأن النّزاعات المتعلّقة بالحقّ العينيّ على عقّار كالكشف على ملك الجار فهي لا تخضع لمرجع نظر قاضي النّاحية وإنّما لأنظار المحكمة الابتدائيّة (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11221، 18 جوان 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 155)،

"ودعوى الحرمان من حقّ الكردار هي دعوى ترمي أصالة إلى البتّ في حقّ عينيّ عقّاريّ لا يمكن تقدير قيمته. لذلك تختصّ بها المحكمة الابتدائيّة (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 6531، 25 نوفمبر 1968، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 100). وإذا ما كان حقّ الكردار محلّ نزاع قد يفضي إلى زواله أو إقراره أو نقله، فالدّعوى المؤسّسة عليه تعتبر ذات صبغة استحقاقيّة كما هو الشّأن بالنّسبة إلى الدّعوى الرّامية إلى فسخ الكردار التي من شأنها المساس بحقّ عينيّ عقّاريّ فتعتبر دعوى استحقاقيّة (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 7691، 18 مارس 1971، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 47) [...]

"وتعتبر الدّعوى الحوزيّة دعوى متعلّقة بحقّ عينيّ عقّاريّ استنادا إلى الفصل 51 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة الذي عرّف هذه الدّعوى بأنّها «القضيّة التي خوّل القانون القيام بها لحائز عقّار أو حقّ عينيّ على عقّار وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال». والدّعوى الحوزيّة ثلاثة أنواع (الفصل 52 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة):

55 **الدّعاوى المختلطة العقّاريّة** ◊ إلى جانب الدّعاوى العينيّة العقّاريّة (actions réelles immobilières) يُتحدَّث عن دعاوى مختلطة عقّاريّة (actions mixtes immobilières). في هذه الدّعاوى ثمّ طلبان: طلب عينيّ وطلب شخصيّ. مثال ذلك الدّعاوى الهادفة إلى تنفيذ عمل قانونيّ ينشئ حقّا عينيّا أو ينقله، وينشئ أيضا حقّ دائنيّة. فمشتري أرض رفض البائع تسليمها إليه يقوم بدعوى في التّسليم. في هذه الدّعوى سيتمسّك بكونه صاحب حقّ ملكيّة وصاحب دين (دائن) بالتّسليم. والتّحليل نفسه ينطبق على الدّعوى الهادفة إلى حلّ مثل هذا العقد، أو على دعوى الرّجوع في هبة عقّار لجحود الموهوب له، وعلى غير ذلك من الدّعاوى المشابهة[434].

"– دعوى كفّ الشّغب. وهي الدّعوى التي خوّل القانون القيام بها للحائز قصد استبقاء حوزه أو الاعتراف له به في صورة وقوع الشّغب أو استرجاع حوزه في صورة افتكاكه منه.

"– دعوى تعطيل أشغال. وهي دعوى يقوم بها الحائز إذا كانت له مصلحة في صدور الإذن بتعطيل الأشغال التي قد ينجرّ عنها شغب لو وقع إتمامها.

"– دعوى استرجاع الحوز المفتكّ بالقوّة. هي دعوى يقوم بها الحائز إذا كان يقصد بقيامه استرجاع حوزه أو انتفاعه في صورة افتكاكه منه بالقوّة (يُعَدّ افتكاك الحوز بالقوّة جنحة يعاقب عليها القانون الجزائيّ بالفصل 255 م ج بالسّجن والخطيّة).

"و«الدّعوى الحوزيّة في العقّارات غير المسجّلة ترمي إلى حماية حقّ الحائز في الانتفاع بموضوع حوزه ولا تمارس على أساس ثبوت حقّ الملكيّة أو نفيه ولا تمارس إلّا بالشّروط التي أوردها الفصل 54 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة وهي أن يكون الطّالب حائزا منذ عام على الأقلّ حال وقوع الشّغب ولم يسكت عليه مدّة عام من وقوعه وأن يكون حوزه مستمرّا غير منقطع بدون التباس ولا شغب مشاهدا وبصفة مالك» (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 35618، 7 ماي 2009، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 333)".

[434] انظر في القانون التّونسيّ: أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، د ن، تونس، 2005، ط 2، ص 190 وما بعدها؛ نور الدّين الغزواني، إجراءات مدنيّة وتجاريّة. القانون الإجرائيّ العامّ، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2012، ص 317 وما بعدها؛ فاروق المشري، مؤلَّف الإجراءات المدنيّة، منشورات الأطرش، تونس، 2012، ص 75 وما بعدها.

Farouk Mechri, *Traité de procédure civile*, Editions Latrach, Tunis, 2012, p. 75 s.

وفي القانون التّونسيّ تعتبر الدّعاوى المختلطة دعاوى شخصيّة، إذا كان الحقّ العينيّ غير متنازع فيه[435].

56 الحقوق الشّخصيّة العقّاريّة أو الدّيون العقّاريّة ◊ وفي فرنسا[436]، يُزاد على الحديث عن الدّعاوى العينيّة العقّاريّة وعن الحقوق العينيّة العقّاريّة ما يسمّى بالحقوق الشّخصيّة العقّاريّة أو الدّيون العقّاريّة (créances immobilières). يقول بعضهم

وانظر في القانون المقارن: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 38.

أ أوديات، في الدّعاوى الحوزيّة في القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ، أطروحة دكتوراه، كلّيّة الحقوق بباريس، فيشون مطبعيّ كلّيّة الحقوق، باريس، 1853.

E. Audiat, *Des actions possessoires en droit romain et en droit français*, Th. de doctorat, Faculté de droit de Paris, Vichon Imprimeur de la Faculté de droit, Paris, 1853.

أ أولانييه، مؤلّف الدّعاوى الحوزيّة، مطبعة ميلليني-مالاسيس، نانت، 1829.

A. Aulanier, *Traité des actions possessoires*, Imprimerie et lithographie de Mellinet-Malassis, Nantes, 1829.

[435] انظر الفصل 20 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة القائل:

"توصف بدعاوى شخصيّة الدّعاوى المبنيّة على التزام شخصيّ مصدره القانون أو العقد أو شبه العقد أو الجنحة أو شبه الجنحة.

"وتوصف بدعاوى متعلّقة بمنقول الدّعاوى التي القصد منها استحقاق شيء منقول بطبيعته أو اعتبره القانون منقولا.

"وتوصف بدعاوى استحقاقيّة الدّعاوى التي تستند إلى حقّ عينيّ عقّاريّ.

"أمّا الدّعاوى المبنيّة في آن واحد على حقّ عينيّ عقاريّ وحقّ شخصيّ، فهي دعاوى مختلطة، وتلحق من حيث مرجع نظرها بالدّعاوى الشّخصيّة إذا كان الحقّ العينيّ العقّاريّ غير متنازع فيه".

انظر من يقول: "لو انتهجنا التّأويل العكسيّ، لتراءى لنا أنّه إذا كان الحقّ العينيّ متنازعا فيه لا يمكن القياس على الدّعوى الشّخصيّة وتكون المحكمة المختصّة هي التي بدائرتها العقّار". أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، م س، ص 129.

[436] انظر: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 38.

إنّ النّصّ الذي عدّد العقّارات التّبعيّة لم يذكر من بينها هذه الدّيون (والكلام نفسه يصحّ في حقّ القانون التّونسيّ، أي في حقّ الفصل 12 الذي مرّ معنا). والسّبب أنّ الدّيون هي مبدئيّا منقولات لأنّ موضوعها إمّا مبلغ من المال، وإمّا عمل أو امتناع عن عمل لهما قيمة نقديّة عند الدّائن. هذا الكلام يصحّ حتّى وإن كنّا أمام عقد بيع عقّار. فإذا كان نقل الملكيّة يتمّ بمجرّد التّراضي، فالمشتري – بفعل العقد – لا يصبح دائنا بل مالكا للعقّار. هذا يعني أنّه ليس دائنا للبائع بدين عقّاريّ. لكنّ المشتري دائن في التزام التّسليم، وهو التزام بعمل (أي منقول بحكم القانون)[437]. وهكذا، لكي ينتج البيع دينا عقّاريّا ينبغي أن نفترض أنّ انتقال الملكيّة لا يحصل وقت التّراضي. هذا ما يقع في صورتين: صورة اتّفاق الأطراف على تأجيل نقل الملكيّة إلى حين حلول وقت معيّن أو إلى حين دفع كامل الثّمن. هنا للمشتري دين على البائع محلّه عقّار، لذا هو دين عقّاريّ. من ثمّ هو عقّار تبعيّ[438]. الصّورة الثّانية: بيع عقّار غير محدّد (لكنّه قابل للتّحديد: مائة متر من أرض مساحتها ألف

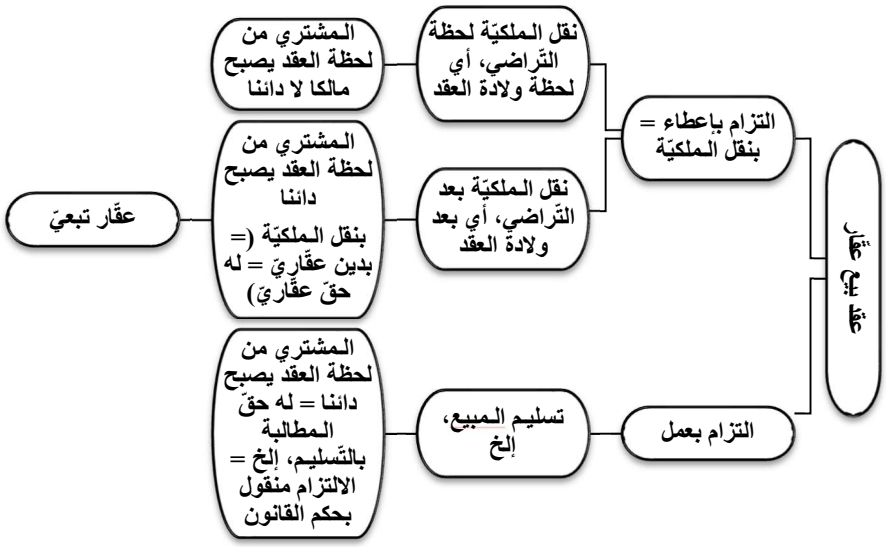
[437] سنرى لاحقاً المنقول بحكم القانون، وسنرى أنّ من مصاديقه الالتزامات أو حقوق الدّائنيّة (انظر الفقرة 59 وما بعدها).

[438] انظر من لا يوافق على اعتبار أنّنا هنا أمام صورة دين عقّاريّ (ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 182). يقول: لكي يكون ثمّ دين عقّاريّ ينبغي أن يكون للمشتري حقّ يمكن إعماله ضدّ ذمّة البائع، وينبغي أن يكون على البائع التزام ينفّذه لفائدة المشتري. لكن كون انتقال الملكيّة يتمّ بمفعول القانون فحسب، فهذا يؤدّي إلى أنّه لا يوجد التزام بإعطاء على كاهل البائع.

متر). هنا، طالما لم يُحدَّد المبيع، فالمشتري لم يصبح مالكا. من ثمّ ليس له إلّا دين عقّاريّ، أي عقّار تبعيّ(439).

ودائما في فرنسا، اقترح أحد الفقهاء – لإزالة اصطناع يراه موجودا في القانون – اعتبار حقّ مكتري العقّار لا حقّا شخصيّا (يتمثّل في جبر المالك على عمل أو عدم عمل) بل حقّا عينيّا عقّاريّا، أي عقّارا تبعيّا(440).

(439)



(440) انظر: جون كاربونييه، م س، الفقرة 21.

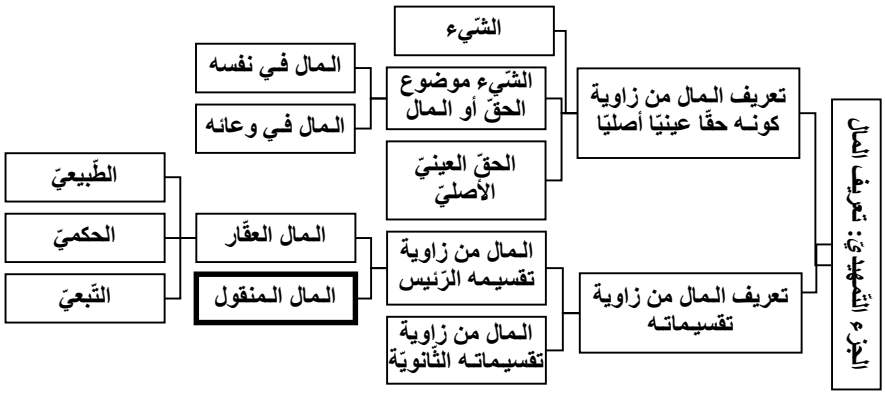
ممّا تقدّم ينبغي الاحتفاظ بأنّ العقّار إمّا طبيعيّ وإمّا حكميّ وإمّا تبعيّ. والحديث في العقّار وفي أنواعه يغني عن الإطالة في القسم الثّاني من المال الذي سنمرّ إليه الآن، وهو المنقول(441).

الفقرة الثّانية: المالُ المنقول

57 تقسيم البحث في المنقول ◊ ينصّ الفصل 13 من مجلّة الحقوق العينيّة على أنّ "المنقول إمّا أن يكون منقولا بطبيعته أو بحكم القانون".

فإذا قرّبنا هذا النّصّ من الفصل 4، قلنا إنّ المنقول، على خلاف العقّار، لا يحوي إلّا قسمين. فلا يوجد منقول بالتّخصيص، أي لا يوجد عقّارٌ طبيعيّ جُعل منقولا بالتّخصيص بسبب ارتباطه اقتصاديّا أو مادّيّا بمنقول طبيعيّ(442).

(441)



(442) لدينا مبنى (وهو عقّار طبيعيّ). في المبنى آلات متحرّكة تساوي أضعاف أضعاف قيمة البناية. هنا لا يُعَدّ المبنى منقولا بالتّخصيص، بل بالعكس تُعدّ الآلات عقّارا بالتّخصيص.

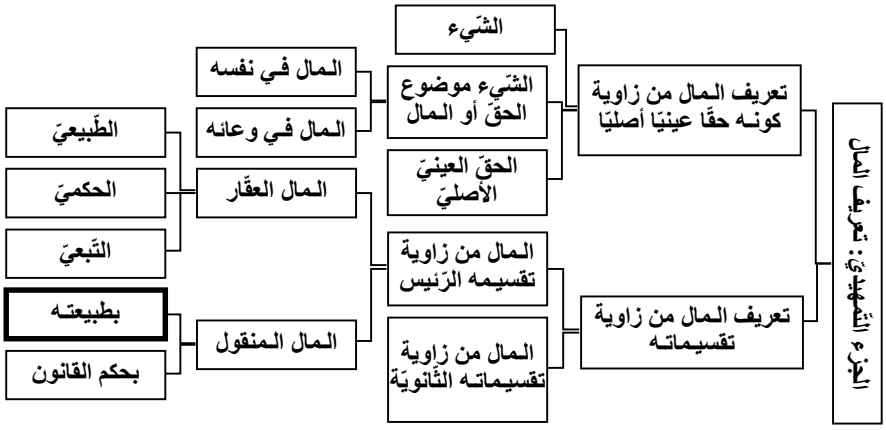
كلّ ما يوجد إذن، وهذا ما سنتناوله الآن، المنقول بطبيعته والمنقول بحكم القانون(443).

أ) المالُ المنقول بطبيعته

58 أمثلة المنقول بطبيعته ◊ يقول الفصل 14 من مجلّة الحقوق العينيّة: "تعدّ منقولات بطبيعتها الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها أو بمفعول قوّة أجنبيّة عنها".

على كلٍّ انظر في فرنسا هذه القضيّة التّعقيبيّة (المؤرّخة سنة 1937 والتي ورد ذكرها عند: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 39) التي تعلّقت ببناية مخصّصة لاستغلال منقول (المنقول هنا أصل تجاريّ، أي منقول غير طبيعيّ): Civ., 21 juill. 1937, DP 1940, 1, 17, note Voirin.

(443)



فإذا أعطينا هذا النّصّ• معناه المستند إلى مصادره المادّيّة، قلنا إنّ الجسم الذي ينتقل من مكان لآخر بنفسه هو الحيوان(444)، أمّا الذي ينتقل بتأثير قوّة أجنبيّة فهو الأشياء غير الحيّة كالطّاولة التي يقف خلفها الأستاذ الذي يلقي المحاضرة أو الحافلة التي جاء فيها الطّالب إلى كلّيته. ويمكن أن نعضد هذا المعنى – المعطى من خلال المصادر المادّيّة – بحجّة السّلطة(445).

• هنا نحن بصدد نصّ يحوي غموضا.

(444) رأينا سابقا أن ثمّ الشّيء (والشّيء عقّار أو منقول) وثمّ الشّخص، وأنّ الحيوان يدخل في الشّيء. كما رأينا البعض يريد أن يجعل من الحيوان صنفا قائما بذاته إلى جانب الشّيء والشّخص. هذا يؤدّي إلى أنّ الحيوان سيكفّ عن أن يكون منقولا.

وفي القانون الفرنسيّ كان الفصل 528 من المجلّة المدنيّة يقول: تعدّ منقولات بطبيعتها الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها كالحيوانات (إعطاء مثال الحيوانات هو ما يجعل نصّ المجلّة المدنيّة مختلفا عن الفصل 14 من مجلّة الحقوق العينيّة) أو بمفعول قوّة أجنبيّة عنها.

وبداية من 1999 صار الفصل 528 يقول: تعدّ منقولات بطبيعتها الحيوانات والأجسام التي يمكن انتقالها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها أو بمفعول قوّة أجنبيّة عنها.

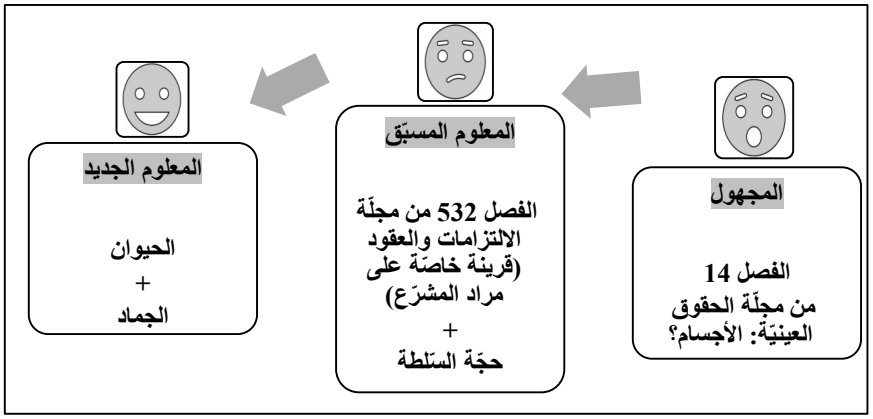
بهذا التّغيير للنّصّ لم يتحرّر الحيوان ولم يخرج عن صنف المنقول، لكن ثمّ تقدّم لأنّ الحيوان صار فرعا مستقلاّ داخل صنف المنقول. انظر: ريمي ليبشابير، م س، الفقرة 159. انظر حول النّقطة نفسها: جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 26، ص 26.

ملاحظة: تمّ تغيير الفصل 528 سنة 2015 وأصبح يقول: "تُعَدّ منقولات بطبيعتها الأموال التي يمكن أن تنتقل من مكان إلى آخر".

(445) محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 41.

وينبغي أن نزيد على ما جاء الآن العقّارات (الطّبيعيّة أو الحكميّة) التي يتمّ تحويلها إلى منقولات. مثال ذلك من العقّارات الطّبيعيّة ما جاء في الفصل 7 من مجلّة الحقوق العينيّة حين قال: "الصّابة على سوقها والثّمار في أصولها هي أيضا من العقّارات. فإذا جُذّت، صارت من المنقولات ولو لم تنقل"[446]. مثال ذلك من العقّارات الحكميّة (على معنى الفصل 10) لوحة جداريّة يتمّ إزالة التحامها المادّيّ بمنزل من أجل أن يُزّيّن بها منزل آخر.

وفي القانون المقارن يقول أحدهم إنّ "الرّأي السّائد في مصر وفي فرنسا أنّ التّيّار الكهربائيّ والغاز، متى أصبحا مملوكين بسبب الاستحواذ عليهما، يعتبران من



والسّفن والطّائرات (إلخ) يرد عليها التّسجيل تماما كالعقّارات الطّبيعيّة (انظر الفقرة 75)، لكنّ التّسجيل لا يحوّلها من وضعيّة المنقول الطّبيعيّ.

(446) أضاف أحدهم (حاتم محمّدي، م س: قانون الأموال، الفقرة 58، ص 47) على هذا المستوى المثالين التّاليين: الموادّ المنجميّة والمحروقات بعد استخراجهما (قبل استخراجهما هما من العقّارات الطّبيعيّة). الفصل 8 من مجلّة المناجم، والفصل 53 من مجلّة المحروقات.

المنقولات بطبيعتها، ويجوز أن يكونا محلّا للسّرقة"[447]. والكلام نفسه قيل في فرنسا عن "الموجات الرّاديوكهربائيّة" (ondes radioélectriques)[448].

فإذا تركنا القانون المقارن ومن قبله القانون التّونسيّ مستخلَصا بواسطة المصادر المادّيّة وحجّة السّلطة، قلنا إنّ الفصل 14 تحدّث عن الأجسام. هذا التّعبير مطلق• ويشمل كلّ مال هو شيء مادّيّ. ولأنّه لا قرينة (في السّياق أو في الأعمال التّحضيريّة) تُقيّد المطلق[449]، فينبغي إجراؤه على إطلاقه[450] (إذن ينبغي أن

---

(447) عبد الرّزّاق السّنهوري، م س، المجلّد 8، الفقرة 27.

وفي القانون التّونسيّ، تقول الفقرة 2 من الفصل 258 من المجلّة الجزائيّة: "ويُلحَق بالسّرقة اختلاس الانتفاع بما هو ممنوح للغير من الماء أو الغاز أو الكهرباء".

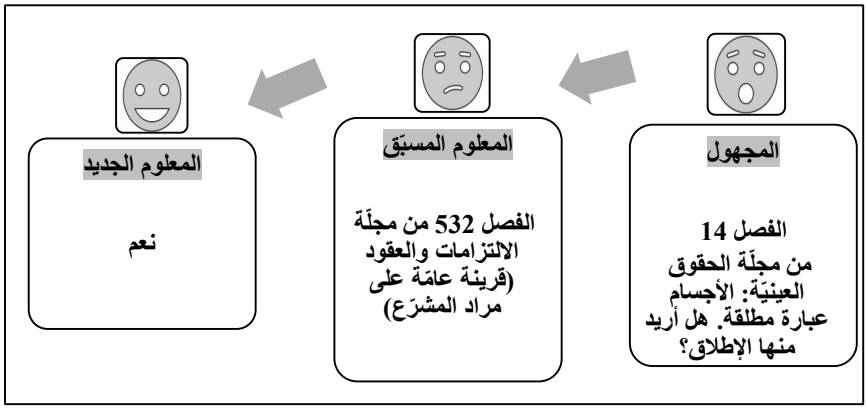
(448) انظر: موريال فابر-ماغنان، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 10، الفقرة 6.

Muriel Fabre-Magnan, J. –cl. Civ. Code, art 527 à 532, fasc. 10, 6.

• إذن هذه صورة غموض.

(449) لا يوجد في مداولات مجلس الأمّة شيء على هذا المستوى (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة: مداولات مجلس الأمّة، عدد 12، 23 محرّم 1385 هـ الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 207).

(450)



نسأل: هل التّيّار الكهربائيّ وغيره ممّا ذكر جسم؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب عُدّ منقولا).

هذا هو قسم المنقول بطبيعته. وقسيمه، كما جاء في الفصل 13 من مجلّة الحقوق العينيّة، هو المنقول بحكم القانون(451).

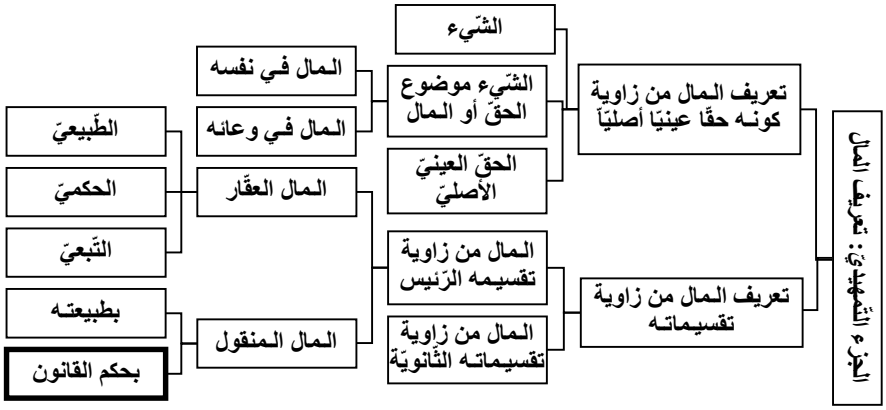
ب) المالُ المنقول بحكم القانون

59 صنف مفتوح ◊ رأينا سابقا المنقول بالاستباق. وهو بالتّحليل لا بالاسم منقولٌ بحكم القانون.

ورأينا العقّار الحكميّ، وهو بالتّحليل وبالاسم عقّارٌ بحكم القانون.

ورأينا العقّار التّبعيّ، وهو بالتّحليل لا بالاسم، عقّار بحكم القانون. ثمّ إنّه بالتّحليل وبالاسم عقّارٌ بسبب موضوعه.

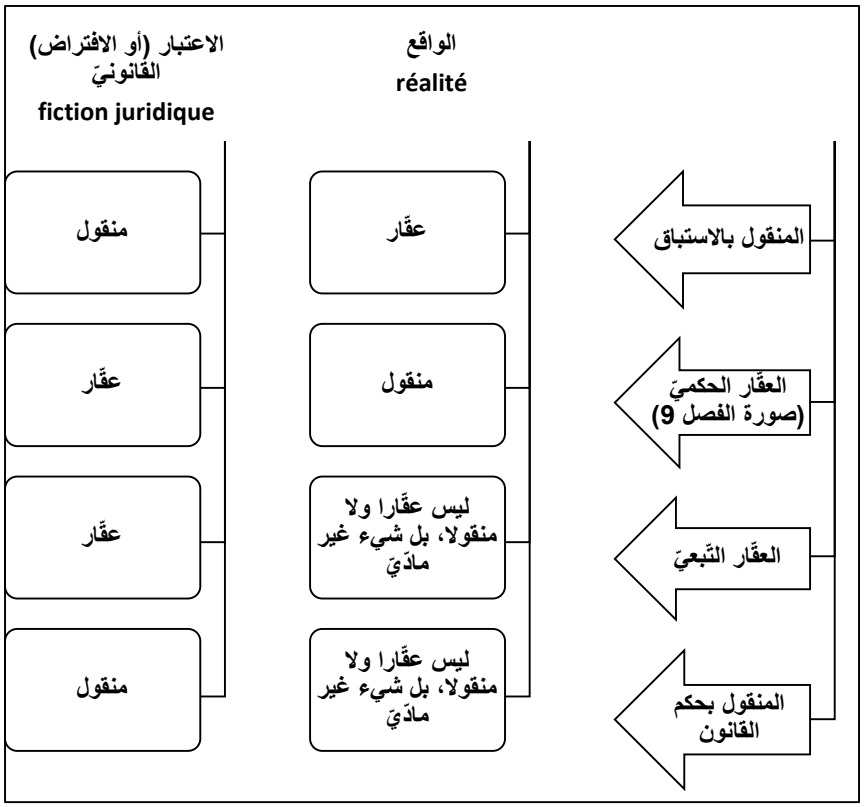
(451)



ونرى الآن المنقول بحكم القانون، وهو لا يُسمّى – على غرار ما يقابله في العقّار – منقولا تبعيّا. أمّا بالتّحليل، فالمنقول بحكم القانون كما سنرى ذلك هو شيء غير مادّيّ، أي شيء ليس في الحقيقة منقولا لخلوّه من الجسميّة[452].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى رأينا الفصل 1 من مجلّة الحقوق العينيّة يُعرّف المال.

(452)



بعد الفصل 1 – من هنا سنقول بمعاني يمكن نسبتها لقصد المشرّع[453] – جاء الفصل 2 ليقول إنّ المال إمّا عقّارٌ وإمّا منقولٌ، فلا يكون شيئا ثالثا، بل لا يكون الشّيئين معا، أي لا يكون عقّارا وفي الوقت نفسه منقولا.

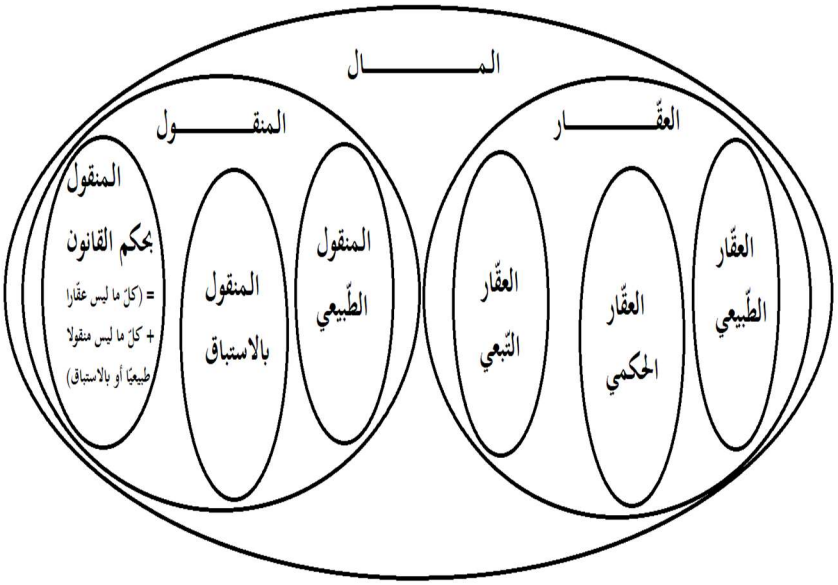
بعد الفصل 2 جاء الفصل 4 وما يليه ليقولوا إنّ العقّار إمّا طبيعيّ وإمّا حكميّ وإمّا تبعيّ، وليقولوا ما هي أوصاف كلّ عقّار من هذه العقّارات.

بعد ذلك جاء الفصلان 13 و14. الأوّل قال إنّ المنقول قسمان: المنقول الطّبيعيّ والمنقول بحكم القانون. أمّا الثّاني، فأورد المنقول الطّبيعيّ. فإذا كنّا أمام مال ولم نجده يستجيب لتعريف العقّار الطّبيعيّ ولا لتعريف العقّار الحكميّ ولا لتعريف العقّار

[453] ما يجعل هذا الفعل مشروعا هو ما رأيناه سابقا من أنّ المشرّع أخذ هذه الأمور من القانون الفرنسيّ. وهو على المستوى الذي نتناوله لم يصرّح بأنّه خالف إلى منحى آخر.

التّبعيّ ولا لتعريف المنقول الطّبيعيّ (ولا لتعريف المنقول بالاستباق)، فهذا المال سيكون بالضّرورة غير مادّيّ، وهو يُعَدّ منقولا بحكم القانون(454).

(454)



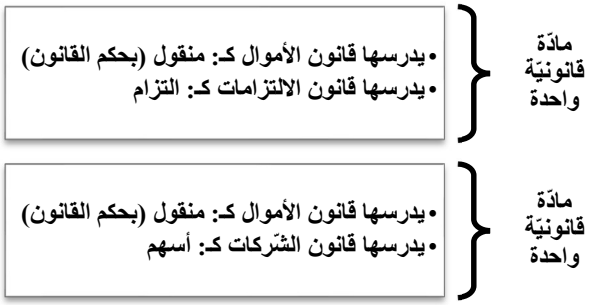


بتعبير مغاير: المال غير المادّيّ قد يكون عقّارا تبعيّا. فما لم يكن منه كذلك، كان منقولا بحكم القانون. والمنقول بحكم القانون صنفٌ مفتوحٌ. في هذا الصّنف نجد منقولات ذكرتها المجلّة. كما نجد منقولات لم يأت عليها هذا الذّكر.

60 المنقول بحكم القانون الذي أتى عليه الذّكر في المجلّة ◊ فإذا بدأنا بما ذكرته المجلّة، أي إذا بدأنا بالفصل 15 من مجلّة الحقوق العينيّة، وجدناه يقول: "تعدّ منقولات بحكم القانون الالتزامات والحقوق العينيّة والدّعاوى المتعلّقة بالمنقول والحصص والأسهم والرّقاع في مختلف الشّركات وإن كانت هذه الشّركات مالكة لعقّارات"[455].

بدأ النّصّ بذكر الالتزامات، أي بحقوق الدّائنيّة أو الحقوق الشّخصيّة. هذه الحقوق يمكن أن يكون موضوعها مبلغا من النّقود أو قياما بعمل أو امتناعا عن عمل أو

[455] ملاحظة: يدرس قانون الأموال "المنقول بحكم القانون" كمنقول. لكن لا يدرس "الالتزام" كالتزام، أو "المساهمات في الشّركات" كمساهمات. فأمّا الالتزام كالتزام، فيدرسه قانون الالتزامات مثلا؛ وأمّا المساهمات كمساهمات، فيدرسها قانون الشّركات التّجاريّة.



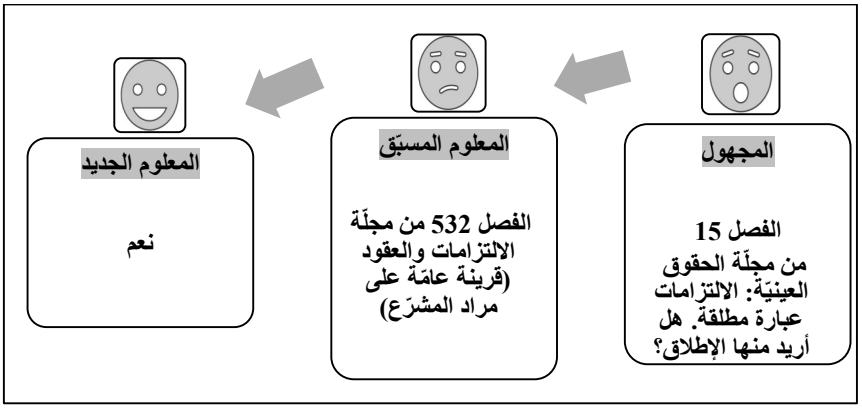
إعطاء. والفصل 15 مطلق•، وينبغي أخذه هنا على إطلاقه لانعدام القرينة المقيّدة[456].

في مرتبة ثانية ذكر الفصل 15 الحقوق العينيّة التي موضوعها منقول. هنا ينبغي أن نقصي حقّ ملكيّة المنقول (حقّ الملكيّة التّامّة)، لأنّه يختلط بالمنقول نفسه. فإذا فعلنا، يبقى كحقّ عينيّ أصليّ موضوعه المنقول: الانتفاع والاستعمال (بالإضافة إلى الملكيّة النّاقصة). كما تبقى الحقوق العينيّة التّبعيّة (الرّهن والامتياز وحقّ الحبس).

في مرتبة ثالثة تعرّض النّصّ إلى الدّعاوى المتعلّقة بمنقول. من مصاديقها، حسب البعض، الدّعوى الواردة في الفصل 54 من مجلّة الحقوق العينيّة، أي دعوى مالك منقول فقده أو سُرق منه لاسترداده ممّن يحوزه[457]. لكن قد يمكن نقاش هذا الكلام والقول إنّ الدّعوى الاستحقاقيّة هي كحقّ الملكيّة التّامّ تختلط بالشّيء، ومن ثمّ هي منقول طبيعيّ. فإذا قبل هذا النّقاش، وجب أن نفكّر في أمثلة أخرى منها مثال الدّعوى المتعلّقة بمسائل ترتبط بحقّ الانتفاع بالمنقول.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(456)



(457) انظر: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 59، ص 48.

في مرتبة رابعة نجد الحصص والأسهم والرّقاع في جميع الشّركات (إذن المدنيّة منها والتّجاريّة).

كلّ ما جاء أعلاه مال غير مادّيّ. لكنّ قائمة هذه الأموال مفتوحة وتشمل ما لم يأت ذكره في مجلّة الحقوق العينيّة[458].

61 المنقول بحكم القانون الذي لم يأت عليه الذّكر في المجلّة ◊ على هذا المستوى نجد الحرفاء في الأصل التّجاريّ[459] والملكيّة الأدبيّة وغير ذلك من الأموال غير المادّيّة التي نظّمتها قوانينٌ معيّنة. لكن، لأنّ قسم المنقول بحكم القانون قسمٌ مفتوحٌ، سنجد هنا ما سيوجد في المستقبل من أموال غير مادّيّة لا نعرفها اليوم[460].

من كلّ ما سبق ينبغي الاحتفاظ بأنّ المال عقّار ومنقول. هذا التّقسيم للمال رئيس، لأنّه المعتمد في مجلّة الحقوق العينيّة (الفصل 2).

---

[458] لأنّ صيغة الفصل 15 ليست حصريّة، فيمكن القول – انطلاقا من المصادر المادّيّة لعموم نصوص مفهوم المال – بما سيرد أسفله من صنف ثان للمنقول بحكم القانون.

[459] الحرفاء المدنيّون كما رأينا (الفقرة 17) ليسوا مالا.

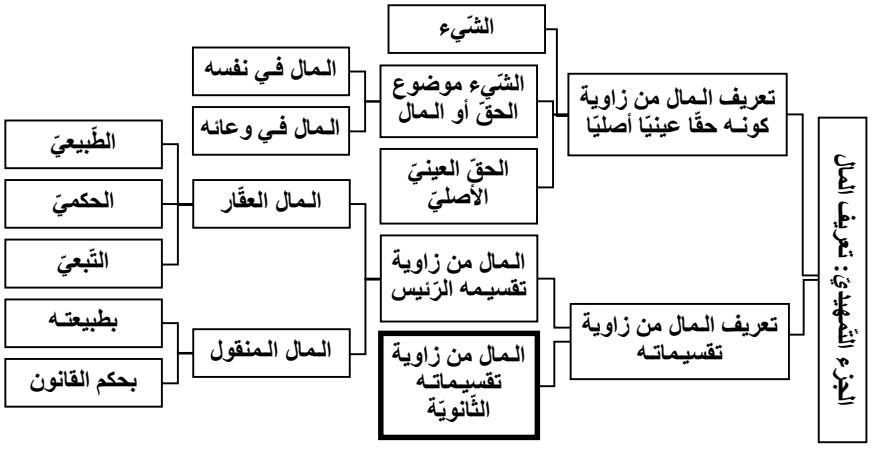
[460] إذا ظهرت اكتشافات جديدة، وإذا قرّر القانون حمايتها أو بالتّحديد حماية الأشخاص الذين يقفون وراءها، ينشأ عندئذ مال جديد غير مادّيّ. انظر: موريال فابر–ماغنان، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 20)، الفقرة 24.

إلى جانب التّقسيم الرّئيس، توجد تقسيمات ثانويّة[461].

المبحث الثّاني: المال من زاوية تقسيماته الثّانويّة

62 تقسيم البحث ◊ سنتناول هنا أربعة تقسيمات للمال: تقسيم المال إلى مادّيّ وغير مادّيّ، تقسيم المال إلى قابل للاستهلاك وغير قابل له، تقسيم المال إلى مثليّ وإلى

(461)



قيميّ، تقسيم المال إلى مسجّل وغير مسجّل[462]. لكن، لأنّ منهجيّة التّعبير[463] توجب التّقسيم الاثنينيّ، سنبدأ بالتّقسيم الأوّل بوصفه مرتبطا –كما سنرى ذلك –

---

[462] في الفقه الإسلاميّ، وإلى جانب العقّار والمنقول، يقسّم المال إلى: متقوّم وغير متقوّم/ مثليّ وقيميّ/ قابل للاستهلاك وغير قابل له/ نقود وعروض/ ظاهر وباطن/ نامٍ وغير نام. انظر: محمّد عثمان شبير، م س، ص 86 وما بعدها.

أمّا في الكتابات حول القانون الفرنسيّ، فنجد، إلى جانب التّقسيمات الواردة في المتن، التّقسيم إلى رأس مال capital وإلى مداخيل revenus، التّقسيم إلى مال خاصّ ومال عامّ (فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، ص 47 وما بعدها وص 52 وما بعدها)، التّقسيم إلى مال قابل للقسمة ومال غير قابل لها، التّقسيم إلى مال هو أصل ومال هو فرع (ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 167، ص 30 وما بعدها).

ويمكن أن نضيف في القانون التّونسيّ وفي القانون الفرنسيّ، ما نجده في القانون الإسلاميّ من تقسيم للمال إلى عينيّ ونقديّ (أوردنا منذ قليل كتابا يتعرّض إلى هذا التّقسيم. كما أوردنا من قبل ذلك مقتطفا طويلا يتناول تعريف المال في الفقه الإسلاميّ ويتضمّن حديثا عن المال العينيّ والمال النّقديّ: انظر الفقرة 12، وتحديدا الهامش الذي فيه مقتطف من كتاب الشّيخ محمّد الحبيب ابن الخوجة).

والنّقود، كما جاء في أحد النّصوص المعاصرة (باتريك فيليو، «النّقود – النّظريّة الاقتصاديّة للنّقود»، منشور في: الموسوعة الكلّيّة، 2016، DVD-ROM .

Patrick Villieu, « Monnaie – Théorie économique de la monnaie », in : *Encyclopædia Universalis*, 2016, DVD- ROM.)، وسيط تتمّ عن طريقه المعاملات، ولها ثلاث وظائف: فبوصفها وحدة قيس، فإنّها تصلح لتقييم الأموال والأنشطة الاقتصاديّة. وبوصفها وسيطا عامّا في المبادلات، فإنّها تقبل كمقابل لمختلف الأشياء ممّا يجنّب اللجوء إلى المقايضة ويسمح بتنظيم المبادلات بكلفة أقلّ. وبوصفها مخزونا لقيمة (réserve de valeur)، فاستعمالها يمكن تأجيله في الزّمن، وهي تمثّل مدّخرا من القدرة الشّرائيّة جاهزا للمعاملات المستقبلة (un stock de pouvoir d'achat disponible pour les transactions futures).

انظر كذلك حول النّقود: جون كاربونييه، م س (الأموال)، ص 15 وما بعدها. ولقد بدأ هذا الفقيه بالقول إنّ كلّ مال يساوي مبلغا معيّنا من النّقود. فهذه بديل لذاك أو هي وجهه الآخر. بعد ذلك تناول في عنوان أوّل مفهوم النّقود، وفي عنوان ثانٍ أقسامها، وفي عنوان ثالث وظائفها القانونيّة.

وفي إطار العنوان الأوّل قال إنّ جوهر النّقود (المعدنيّة أو الورقيّة) أنّها قدرة على شراءٍ موضوعه شيء غير محدّد (un pouvoir d'achat indifférencié). فهي مال يمكن أن نبادله بأيّ نوع من المال (إذن هو مال له مثليّة مطلقة).

بعد ذلك، وفي عنوان ثان، قال إنّ النّقود قسمان: القسم الأوّل النّقود بالمعنى الحقيقيّ للكلمة. وهي في عصرنا منفصلة عن كلّ أساس يتمثّل في معادن نفيسة. فكلّ قيمتها متأتّية من الدّولة التي أصدرتها وتحديدا من الثّقة فيها. ثمّ إنّ هذا القسم الأوّل قد يكون نقودا ورقيّة وقد يكون نقودا معدنيّة (معدن رخيص). القسم الثّاني النّقود أو العملة الكتابيّة، وهي وسيلة لخلاص يتمّ لا بانتقال النّقود الورقيّة أو المعدنيّة، بل بالكتابة في «خانة» ما هو سالب وما هو موجب في حساب بنكيّ أو بريديّ. وتاريخيّا هنالك عائلتان للعملة الكتابيّة. تتضمّن العائلة الأولى الشّيك والإعلان بالاستخلاص البنكيّ المستعمل في إطار دفع الفاتورات، مثل فاتورة الكهرباء أو الهاتف. فإذا اهتممنا بالشّيك، وجدناه وسيلة خلاص بواسطة إحالة الدّين (cession de créance) مع شروط شكليّة مخفّفة مقارنة بتلك الموجودة في القانون المدنيّ. ففي الشّيك يحيل المدين لفائدة الدّائن الدّين الذي له (أي للمدين) على البنك. والشّيك ليس عملة مطلقة لأنّ دين المدين لا ينقضي إذا لم يكن له رصيد في البنك.

بقي العنوان الثّالث، أي عنوان وظائف النّقود والعملة. هنا يقول "كاربونييه" إنّها ثلاث:

أوّلا أنّ النّقود وسيلة للخلاص (la monnaie comme moyen de paiement).

ثانيا أنّها وسيلة للتّقييم والتّقدير (la monnaie comme instrument d'évaluation).

ثالثا أنّها موضوع للملكيّة (la monnaie comme objet de propriété). على هذا المستوى يقول "كاربونييه" إنّ العملة يمكن أن تكون موضوع حقّ ملكيّة وعموما موضوع حقّ عينيّ. وهي تندرج في تقسيمات الأموال: هي منقول ماديّ، قابل للاستهلاك من الاستعمال الأوّل، مثليّة مع بعضها البعض. لكن لأنّ مصدر العملة وقيمتها هو الدّولة، فنحن أمام ملكيّة خاصّة ليس لها القوّة ذاتها التي هي لملكيّة منقول آخر. فالدّولة يمكن مثلا أن تحطّ من قيمة العملة أو حتّى أن تلغيها.

انظر أيضا حول النّقود:

ريمي ليبشابير، بحوث حول النّقود في القانون الخاصّ، مكتبة القانون الخاصّ، ج 225، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1992.

Rémy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Bibliothèque de droit privé. T. 225, LGDJ, Paris, 1992.

جورج سيمل، فلسفة النّقود، ترجمه من الألمانيّة سابين كورنيل وفيليب إيفارنال، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، 2008.

Georg Simmel, *Philosophie de l'argent*, traduit de l'allemand par Sabine Cornille et Philippe Ivernel, PUF, Paris, 2008.

(463) انظر: عبد المجيد الزّروقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الثّاني. الموضوع النّظريّ والتّطبيقيّ. مذكّرة الماجستير وأطروحة الدّكتوراه)، الفقرة 15 وما بعدها.

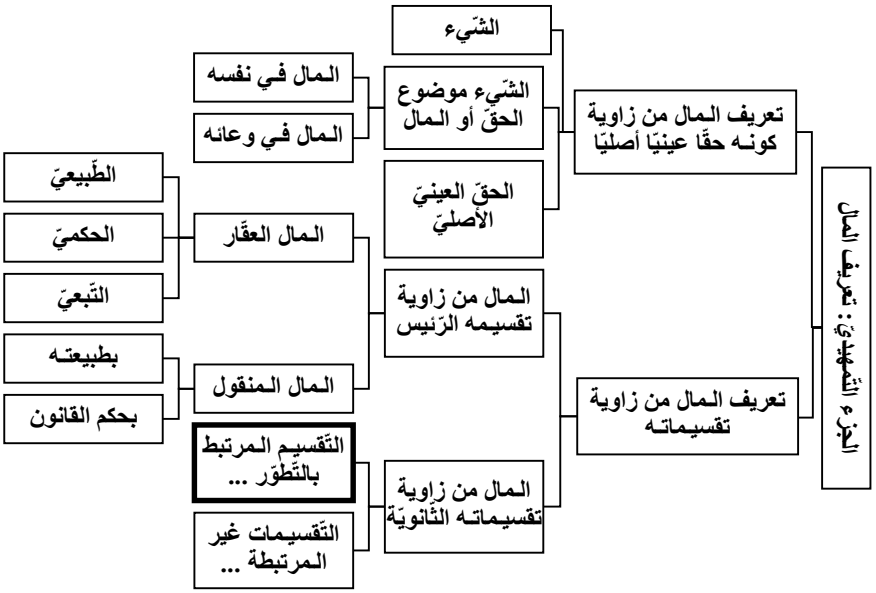
بالتّطوّر المعاصر لقانون الأموال. ثمّ سنجمع الأقسام المتبقّية تحت عنوان نقيض[464].

الفقرة الأولى: التّقسيم المرتبط بالتّطوّر المعاصر لقانون الأموال (المال المادّيّ والمال غير المادّيّ)

63 تعريف ◊ المالُ مالان: مال مادّيّ bien corporel ومال غير مادّيّ bien incorporel[465].

والمال المادّيّ يتمثّل في العقّار بطبيعته (الأرض، إلخ)، وفي المنقول بطبيعته (حيوان، سيّارة، ثياب، نقود، إلخ)، وفي العقّار الحكميّ (وينبغي، كما رأينا، أن نعدّ حقّ

(464)



(465) رأينا أنّ جزءًا من الفقه الإسلاميّ يحصر المال في الشّيء المادّيّ. لكن رأينا أيضا أنّ الجزء الآخر يرى أنّ المال مادّيّ وغير مادّيّ (انظر الفقرة 12).

الملكيّة التّامّة والدّعاوى الاستحقاقيّة عقّارات ومنقولات طبيعيّة، أي في النهاية مالا مادّيّا).

أمّا المال غير المادّيّ[466]، فقسمان:

القسم الأوّل مالٌ غير مادّيّ نسبيّا، أي حقوق على أموال مادّيّة[467]. هذه الحقوق هي عقّارات ومنقولات بقرار من القانون.

في هذا القسم الأوّل نجد:

أوّلا: الحقّ العينيّ الذي يمكن فصله عن موضوعه (الموضوع مال مادّيّ) ليُعتبَر بدوره مالا، أي الحقّ العينيّ باستثناء حقّ الملكيّة التّامّة (إذن نجد هنا حقّ الاستعمال الذي صاحبه الغير، وحقّ الملكيّة النّاقص[468]، إلخ). هذا الحقّ المتفرّع: إن كان موضوعه عقّارا، كان هو نفسه عقّارا (بحسب الموضوع، ويسمّى عقّارا تبعيّا)؛ وإن كان

فإذا ذهبنا إلى القانون الفرنسيّ، وجدنا لجنة تعديل المجلّة المدنيّة (1946 – 1947) قد اقترحت فيما يخصّ النّصوص المتعلّقة بالأموال أن يكون التّقسيم الأساسيّ لا بين العقّار والمنقول، بل بين المال المادّيّ والمال غير المادّيّ (سبب هذا الاقتراح هو اعتبار أنّ المنقول لا يكون إلّا مادّيّا. من ثمّ لن تجد أنواع من المال مكانا في التّقسيم إلى عقّار ومنقول). ووضعت اللجنة نصّا أوّلا يقول: "كلّ الأموال هي مادّيّة أو غير مادّيّة"؛ كما وضعت نصّا ثانيا حاصله: "كلّ الأموال المادّيّة هي منقولات أو عقّارات. وهي مبدئيّا منقولات إلّا إذا نصّ القانون على ما يخالف ذلك". انظر: موريال فابر–ماغنان، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 20)، الفقرة 3.

[466] انظر حول هذا النّوع من المال: يوسف بلعيوني، «الأموال غير المادّيّة»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 — 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 461 وما بعدها.

[467] الحقّ شيء غير مادّيّ، وموضوعه هنا شيء مادّيّ. إذن في المحصّلة نحن أمام ما هو مادّيّ نسبيّا أو أمام ما هو غير مادّيّ نسبيّا.

[468] انظر الفقرة 52.

موضوعه منقولا، كان هو نفسه منقولا (بحسب الموضوع، ويسمّى منقولا بحكم القانون).

ثانيا: حقّ الدّائنيّة الذي يمكن بمقتضاه للدّائن أن يطلب من المدين أداءً (إعطاء – عمل – عدم عمل). هذا الحقّ هو بدوره مال غير مادّيّ[469]. وهو عقّار تبعيّ، إذا كان موضوعه عقّارا (هذه صورة الدّين العقّاري créance d'immeuble، وحاصلها بيع ليس فيه نقل فوريّ للملكيّة مثلا بسبب كون العقّار موضوع العقد غير مفرَز: بيع ثلاثمائة متر مربّع تقتطع من أرض مساحتها ألف متر مربّع)؛ ومنقول بحكم القانون، إذا كان موضوعه منقولا (الدّيْن الهادف لنقل ملكيّة منقول بطبيعته، الدّيْن المتمثّل في مبلغ من النّقود، إلخ).

ثالثا: الدّعاوى القضائيّة التي تتمّ المطالبة فيها باحترام حقوق على مال. هذه الدّعاوى بدورها مال؛ وهي عقّار تبعيّ، إذا كان المال المطالَب به عقّارا؛ ومنقول بحكم القانون، في الحالة المعاكسة. على هذا الأساس، فجميع الدّعاوى الهادفة لاستخلاص مبلغ نقديّ (ومنها دعاوى التّعويض عن الأضرار) هي منقول (ينبغي كما تقدّم استثناء الدّعاوى الاستحقاقيّة لأنّها عقّار أو منقول طبيعيّ، ومن ثمّ مال مادّيّ).

القسم الثّاني من المال غير المادّيّ، المال غير المادّيّ مطلقا. في هذا القسم نجد حقوقا منفصلة تمام الانفصال عن كلّ قاعدة مادّيّة. لذلك هي لا يمكن أن تكون عقّارات أو منقولات بحسب موضوعها، بل فقط عقّارات أو منقولات بقرار من القانون (عقّارات تبعيّة أو منقولات بحكم القانون). وفي الحقيقة هي منقولات بحكم القانون.

---

[469] الحقّ شيء غير مادّيّ، وموضوعه هنا الأداء. والأداء قد يكون عملا، أي شيئا مادّيّا، وقد يكون عدم عمل أو إعطاء، أي شيئا غير مادّيّ. ويمكن القول إنّه وفي الصّورة الأولى فحسب نحن أمام مال مادّيّ نسبيّا.

في هذا القسم من المال غير المادّيّ مطلقا نجد الحصص parts sociales التي يملكها الشّركاء في شركات الأشخاص sociétés de personnes، ونجد الأسهم actions التي يملكها الشّركاء في شركات الأموال sociétés de capitaux[470].

إضافة إلى الحصص والأسهم، يتكوّن قسم المال غير المادّيّ مطلقا من ملكيّات أخرى غير مادّيّة propriétés incorporelles: حرفاء التّجّار clientèles des commerçants[471]؛ الحقوق الذّهنيّة droits intellectuels، أي الملكيّة الأدبيّة

---

[470] حول هذه الشّركات في القانون التّونسيّ انظر:

صلاح الدّين الملّولي وسامي فريخة، الشّركات التّجاريّة، دار الكتاب، تونس، 2013، ص 95 وما بعدها.

Slaheddine Mellouli et Sami Frikha, *Les sociétés commerciales*, La Maison du Livre, Tunis, 2013, p. 95 s.

والحصص والأسهم هي ديون للشّريك على الشّركة. لكنّنا هنا أمام أكثر من حقّ دائنيّة. فالحصص والأسهم تسمح للشّريك بالتّدخّل في شؤون الشّركة وبالرّقابة على أنشطتها. نعم الشّريك ليس مالكا للشّركة، لكنّه يتمتّع بسلطات واسعة تفوق السّلطات التي يتمتّع بها صاحب حقّ الدّائنيّة. لذا لا يمكن اعتبار حقوق الشّريك مجرّد حقوق دائنيّة على الشّركة. في المقابل لا يمكن اعتبارها حقوقا عينيّة لأنّها لا تتسلّط على شيء مادّيّ. بعبارة واحدة، نحن أمام حقوق ماليّة من طبيعة خاصّة. انظر في القانون الفرنسيّ: كريستيان لاروميه، م س، الفقرة 7.

وقد يمكن أن يُقال إنّ الحصص والأسهم مال غير مادّيّ نسبيّا، وذلك لأنّنا في نهاية المطاف أمام حقوق موضوعها أداء يتمثّل في عمل، أي موضوعها شيء مادّيّ.

[471] تعني عبارة الحرفاء في الوسط القانونيّ الفرنسيّ (ومن ثمّ في الوسط القانونيّ التّونسيّ) مجموعة الأشخاص الذين يتداوون عند طبيب (إلخ) أو الذين يتزوّدون في العادة من تاجر. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "حرفاء" Clientèle.

والأوائل يسمّون "حرفاء مدنيّين"، أمّا الثّانين فيطلق عليهم اسم "الحرفاء التّجاريّين".

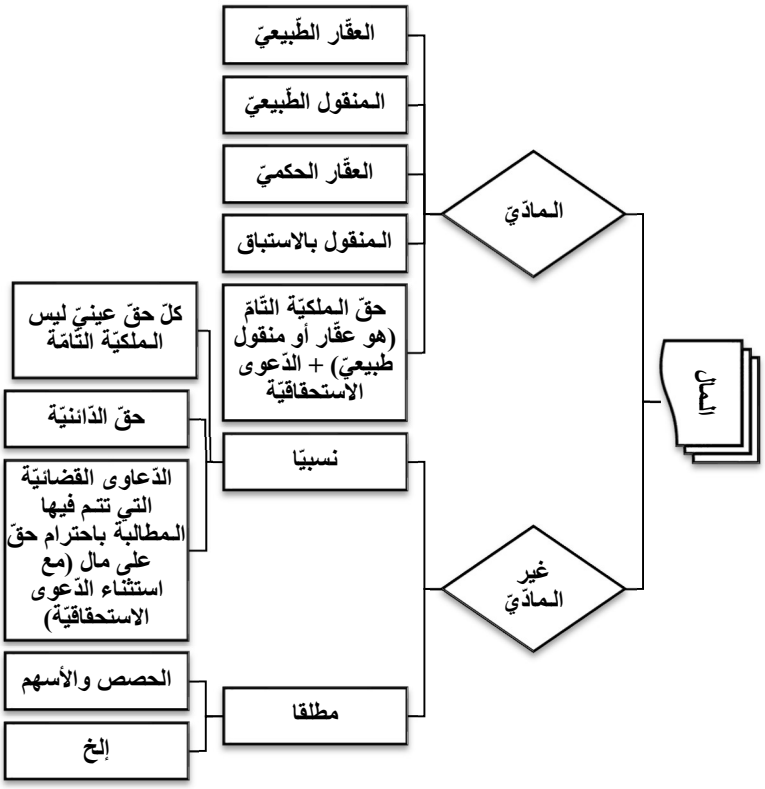
على كلّ انظر حول الحرفاء التّجاريّين:

بشير بن مبروك، «الحرفاء والأصل التّجاريّ»، القضاء والتّشريع، ديسمبر 1999، ص 9.

Béchir Ben Mabrouk, « La clientèle et le fonds de commerce », RJL, déc. 1999, p. 9.

والفنّيّة propriété littéraire et artistique وبراءات الاختراع brevets d'invention[472].

(472)

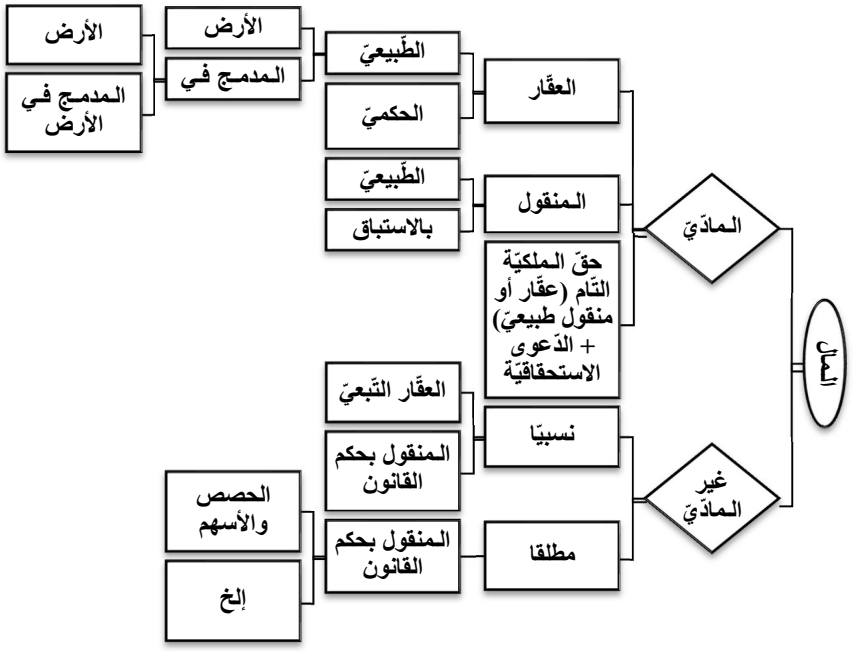


حول جميع ما ورد في المتن من تقسيم للمال، انظر: جون كاربونييه، م س، الفقرة 49 وما بعدها، ص 84 وما بعدها.

وهذا المؤلّف اشتغل على القانون الفرنسيّ، لكنّنا نقلنا ما جاء به لأنّ القانون التّونسيّ تبنّى هنا ما هو موجود في فرنسا.

ويمكن أن نلاحظ على ما جاء عند هذا الفقيه وأن نقول: كيف يعتبر حقّ الدّائنيّة مالا غير مادّيّ نسبيّا والحصص والأسهم (وهي دين على الشّركة) مالا غير مادّيّ مطلقا؟ ويمكن أن نطرح سؤالا آخر في إطار حقّ الدّائنيّة، وذلك على مستوى الإعطاء وعدم العمل: ألسنا أمام مال غير مادّيّ مطلقا؟

فإذا عدنا إلى الرّسم الوارد أعلاه وأردناه بتفصيل مختلف يأخذ بعين الاعتبار ما قيل في عنوان العقّار والمنقول، أعطى ذلك ما يلي:



فإذا اهتممنا الآن بالتّفصيل في الملكيّات غير المادّيّة قلنا إنّ من له فكرة (اكتشاف علميّ، اكتشاف صناعيّ، إنتاج فنيّ، إلخ) لن يبقى مالكا لها بمجرّد الإعلان عنها (انظر: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 190، ص 153، الهامش 6). إذن فيم تتمثّل الملكيّة غير المادّيّة؟ إنّها تتمثّل في حقّ يُعطى لمؤلّف أو فنّان أو مخترع (إلخ) موضوعه القيمة الماليّة لإنتاجه. وتتحدّد هذه القيمة بواسطة الأرباح التّجاريّة أو الصّناعيّة التي يمكن الحصول عليها من نشر الإنتاج أو من تطبيقه (انظر: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 190، ص 153).

ومن أهمّ صور الملكيّة غير المادّيّة:

– حقوق التّأليف droits d'auteur. ينصّ الفصل الأوّل من القانون عدد 36 لسنة 1994 المؤرّخ في 24 فيفري 1994 والمتعلّق بالملكيّة الأدبيّة والفنّيّة (الرّائد الرّسميّ عدد 17، بتاريخ 1 مارس 1994، ص 353) على أنّ حقوق التّأليف تنصبّ على الأشياء المعنويّة التّالية: "[...] المصنّفات الكتابيّة

والمطبوعة ومن بينها الكتب والنّشريّات وغيرها [...] المصنّفات [...] من نوع التّمثيليّة [...] القطع الموسيقيّة [...] مصنّفات التّصوير الشّمسيّ [...] المصنّفات السّينمائيّة [...] الصّور الزّيتيّة [...] المصنّفات المعماريّة [...] المحاضرات [...] البرامج المعلوماتيّة" وغير ذلك.

وتنقسم حقوق التّأليف إلى قسمين:

حقوق ذات طابع ماليّ (حقوق العرض droits de représentation: هي حقوق تتعلّق مثلا بالتّجسيد أمام الجمهور لعمل دراميّ أو موسيقيّ أو بحماية الأعمال السّينمائيّة، إلخ؛ حقوق النّشر droits de reproduction: هي حقوق المؤلّف على أعماله. تتمثّل هذه الحقوق في الاستئثار بقبول أو عدم قبول النّشر الصّامت – هنا نجد الكتب – أو الصّوتيّ لتلك الأعمال؛ ما يلزم عن حقوق العرض والنّشر كحقّ التّتبّع droit de suite).

حقوق ذات طابع معنويّ (حقّ نسبة العمل لصاحبه، حقّ حفظ المصنّف من كلّ تغيير وحقّ سحبه من التّداول بين العموم، إلخ) تخوّلها الأعمال الأدبيّة والفنّيّة لأصحابها. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارات: "مؤلّف – حقوق" Auteur – droits، عرض Représentation، إعادة إنتاج Reproduction.

فإذا أخذنا الحقوق الماليّة (انظر حول هذه الحقوق: فاتن رويس الشّريف، الحقوق الماليّة للمؤلّف، دار الميزان للنّشر، سوسة، 2005)، وتحديدا إذا أخذنا الحقّ الاستئثاريّ في الاستغلال، وجدنا الفصل 3 من قانون الملكيّة الأدبيّة والفنّيّة يمنع على كلّ شخص غير صاحب المصنَّف أو من ينوبه استغلال المصنَّف إلّا بعد الحصول على رخصة مكتوبة وذلك من طرف صاحب المصنَّف أو من ينوبه. فإذا لم يُحترم هذا المنع، يمكن عندئذ للمؤلّف الحصول على تعويض تطبيقا للفصل 51 من القانون السّابق (نقّح هذا الفصل بمقتضى القانون عدد 33 لسنة 2009، المؤرّخ في 23 جوان 2009: الرّائد الرّسميّ عدد 52، بتاريخ 30 جوان 2009، ص 1724). ويدوم الحقّ الاستئثاريّ الذي يتمتّع به المؤلّف طيلة حياته، ويستمرّ لمدّة 50 سنة لفائدة ورثته بعد وفاته (الفصل 18 جديد). وينطبق هذا الحكم على البرامج المعلوماتيّة (الفصل 47 جديد).

– حقوق الملكيّة الصّناعيّة. تعني في العرف إمّا الاستئثار بالاستغلال monopole d'exploitation (براءة الاختراع brevet d'invention – الرّسوم dessins – النّماذج modèles) وإمّا الحقّ الاستئثاريّ في استعمال اسم تجاريّ أو أيّ علامة تسمح بتعريف تاجر أو صناعيّ [جيرار كورنو (تحت إدارة)،

م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارات: "ملكيّة – صناعيّة" Propriété - industrielle، رسوم Dessin، نماذج Modèle].

فإذا بدأنا بالاستئثار بالاستغلال وتحديدا ببراءة الاختراع، قلنا إنّه: سند ملكيّة صناعيّة يمنح لمن يودع اكتشافا (قابلا للتّطبيق الصّناعيّ)، ويكون السّند موضوع تسجيل إداريّ، ويسمح لصاحبه بأن ينفرد لوقت معيّن باستغلال الاكتشاف. وحسب الفصل 63 من قانون 24 أوت 2000 (القانون عدد 84 لسنة 2000، المؤرّخ في 24 أوت 2000، المتعلّق ببراءات الاختراع، الرّائد الرّسميّ عدد 68، 25 أوت 2000، ص 2183) يمكن للمخترع أن يستغلّ براءة الاختراع بنفسه أو أن يمنح بمقتضى عقد ترخيصا في استغلال موضوع البراءة لأيّ شخص طبيعيّ أو معنويّ. كما يمكنه – حسب الفصل 62 – إحالة حقوقه النّاجمة عن براءة الاختراع كلّيّا أو جزئيّا.

ويمنع الفصل 46 على الغير استغلال الاختراع موضوع البراءة بواسطة صنع المنتج موضوع البراءة أو عرضه أو الاتّجار فيه، ومن يخالف هذا المنع يتحمّل – تطبيقا للفصل 82 – المسؤوليّة المدنيّة (دعوى التّقليد المدنيّة) والجزائيّة (جريمة التّقليد). وتدوم الحماية القانونيّة لبراءة الاختراع –كما يقول الفصل 36 – مدّة 20 سنة بداية من تاريخ إيداع المطلب (حول بعض الجوانب من أحكام براءة الاختراع في القانون المقارن انظر: محمّد علي العريان، الابتكار كشرط لصدور براءة الاختراع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2011).

فإذا مررنا إلى الرّسوم والنّماذج، وجدنا العرف يقول: الرّسوم إبداع ذو بعدين création à deux dimensions يستعمل لزخرفة شيء نافع. والرّسوم، إذا لم تكن قابلة لأن يحويها سند ملكيّة صناعيّة، تدخل إمّا في حقوق التّأليف أو في أحكام خاصّة. أمّا النّماذج فيعرّفها العرف بأنّها إبداع ذو ثلاثة أبعاد يستعمل لزخرفة شيء نافع.

هذا عن العرف، أمّا الفصل 2 من القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرّخ في 6 فيفري 2001 والمتعلّق بحماية الرّسوم والنّماذج الصّناعيّة (الرّائد الرّسميّ عدد 12، 9 فيفري 2001، ص 297) فيقول عن الرّسوم والنّماذج إنّها "كلّ نمط تشكيليّ جديد وكلّ منتج صناعيّ يتميّز عمّا شابهه إمّا من حيث شكله العامّ الذي يميّزه ويعرّف به ويضفي عليه طابع الجدّة وإمّا من حيث الأثر أو الآثار الخارجيّة التي تكسيه مظهرا خاصّا وجديدا". وحسب الفصل 8 لمبتكِر الرّسم أو النّموذج الملكيّة عليه. ويعتبر مبتكِرا المودِع الأوّل للرّسم أو النّموذج إلى أن يثبت خلاف ذلك. ويقول الفصل 4 إنّ للمالك حقّا استئثاريّا في استغلال وبيع الرّسم أو النّموذج الصّناعيّ (يواصل الفصل 4 قائلا: "يمنع على الغير صنع أو بيع أو

استيراد السّلع المحتوية على رسم أو نموذج صناعيّ منسوخ جزئيّا أو كليّا عن الرّسم أو النّموذج الصّناعيّ المحميّ بدون موافقة صاحب الرّسم أو النّموذج الصّناعيّ أو من انجرّ له حقّ منه وذلك عندما يتمّ القيام بتلك الأعمال لأغراض تجاريّة"). وتتمتّع بالحماية القانونيّة الرّسوم التي تمّ إيداعها (يقول الفصل 9: "يودع الرّسم أو النّموذج الصّناعيّ لدى الهيكل المكلّف بالملكيّة الصّناعيّة مقابل دفع الأتاوى التي تضبط مقاديرها بأمر"). والمودِع هو الذي يحدّد مدّة الحماية القانونيّة وِفق اختياره، وهي – حسب الفصل 10 – إمّا خمس سنوات أو عشر سنوات أو على أقصى تقدير خمس عشرة سنة. أمّا عن وسيلة الحماية فهي، كما يقول الفصل 24، المسؤوليّة المدنيّة والجزائيّة.

إلى جانب الاستئثار بالاستغلال يوجد الحقّ الاستئثاريّ في استعمال اسم تجاريّ أو أيّ علامة تسمح بتعريف تاجر أو صناعيّ، أي يوجد ما يسمّى بعلامة الصّنع أو التّجارة أو الخدمات. وهي – حسب الفصل 2 من قانون 17 أفريل 2001 (القانون عدد 36 لسنة 2001، المؤرّخ في 17 أفريل 2001، الرّائد الرّسميّ عدد 31، 17 أفريل 2001، ص 994) – "شارة ظاهرة تمكّن من تمييز المنتجات التي يعرضها أو الخدمات التي يسديها شخص طبيعيّ أو شخص معنويّ".

وحسب الفصل 6 تكتسب ملكيّة علامة الصّنع أو التّجارة أو الخدمات بالتّسجيل (يودع مطلب التّسجيل لدى هيكل إداريّ معيّن). ويمكن للمالك – تطبيقا للفصل 28 – أن يحيل حقّه في العلامة أو أن يمنح للغير ترخيص استغلال استئثاريّ أو غير استئثاريّ. وتؤدّي العلامة دورين: فمن جهة هي تحمي صاحب العلامة من المنافسين؛ ومن جهة أخرى هي تضمن للمستهلك مصدر المنتجات والخدمات.

وحسب الفصل 51 يمنع على الغير نسخ العلامة أو تقليدها أو محوها. كما يمنع توريد أو تصدير سلع تحمل علامات مقلّدة. ومن يخالف المنع تقوم مسؤوليّته المدنيّة والجزائيّة. وتطبيقا للفصل 16 تحمى العلامة لمدّة عشر سنوات قابلة للتّجديد.

وحقوق الملكيّة الصّناعيّة ومن قبلها حقوق الملكيّة الأدبيّة والفنّيّة حقوق غير مادّيّة (موضوعها غير مادّيّ). لذا ينبغي تمييزها عن الحقوق المادّيّة المرتبطة بها. ففي النّحت مثلا ينبغي أن نفرّق بين الملكيّة الفنّيّة وهي حقّ غير مادّيّ وبين ملكيّة التّمثال وهي حقّ ينصبّ على شيء مادّيّ. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارات: "غير المادّيّ" Incorporel.

– إلى جانب ما سبق يعطى كمثال للحقّ الماليّ غير المادّيّ الأصل التّجاريّ fonds de commerce. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارات: "غير المادّيّ" Incorporel.

والأصل التّجاريّ في العرف (جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارات: "أصل تجاريّ" Fonds de commerce) مجموعة متكوّنة من جزأين: الجزء الأوّل يتمثّل في عناصر مادّيّة éléments corporels (المعدّات – الآلات – السّلع). أمّا الجزء الثّاني فيتكوّن من عناصر غير مادّيّة (الحقّ في الكراء droit au bail – الاسم التّجاريّ nom commercial – العلامة التّجاريّة enseigne – الحرفاء clientèle – إلخ). هذان الجزءان – اللذان يملكهما تاجر ويجمعهما معا من أجل ممارسة نشاطه – يمثّلان "كلّا" (universalité) من الزّاوية القانونيّة (وبالتّحديد كلّا يسمّى الكلّ الواقعيّ universalité de fait، أي مجموعة متفرّقة من الأموال بينها وحدة اقتصاديّة) ومنقولا غير مادّيّ. وهكذا فالأصل التّجاريّ، وإن كان واحد من جزأيه يتمثّل في شيء مادّيّ، إلّا أنّه وفي ذاته شيءٌ ومالٌ غير مادّيّ. والأصل التّجاريّ تنظّمه المجلّة التّجاريّة (الفصل 189 وما بعده).

والتّفرقة بين المال المادّيّ والمال غير المادّيّ يبرّرها الاختلاف بين المالين من حيثيّات عدّة (انظر حول هذه المسألة في القانون المقارن: برودون، م س، ج 1، الفقرة 317 وما بعدها، ص 353 وما بعدها).

حيثيّة الحوز: فالمال المادّيّ يقبل الحوز، أمّا المال غير المادّيّ – وبسبب كونه شيئا غير محسوس – فلا يقبل ذلك.

حيثيّة الملكيّة: يختلف حقّ ملكيّة الأموال المادّيّة عن حقّ ملكيّة الأموال غير المادّيّة من عدّة جوانب:

الجانب الأوّل، أسباب اكتساب الحقّ: تتمثّل الأسباب الغالبة لاكتساب حقّ ملكيّة الأموال المادّيّة في: العقد والميراث. أمّا الأسباب الغالبة لاكتساب حقّ ملكيّة الأموال غير المادّيّة فمختلفة. مثال ذلك: سبب اكتساب حقّ التّأليف من شخص هو إذاعة المؤلَّف باسم هذا الشّخص (ورد هذا السّبب في الفصل 4 من قانون 24 فيفري 1994)، وسبب اكتساب الحقّ في براءة الاختراع القيامُ بإجراءات الإيداع لدى الهيكل المكلّف بالملكيّة الصّناعيّة (ورد السّبب في الفصل 7 من قانون 24 أوت 2000)، والسّبب نفسه يكسب به في الغالب حقّ ملكيّة الرّسم أو النّموذج الصّناعيّ (ورد السّبب في الفصل 7 من قانون 6 فيفري 2001). ويُكتسب حقّ ملكيّة علامة الصّنع أو التّجارة أو الخدمات بالتّسجيل بالسّجلّ الوطنيّ للعلامات (ورد السّبب في الفصل 6 من قانون 17 أفريل 2001).

الجانب الثّاني وصف الدوّام: يتّصف حقّ ملكيّة الأموال المادّيّة بوصفٍ هو الدّوام. معنى ذلك أنّ الحقّ يبقى، إذا كان محلّه ما زال باقيا. أمّا حقّ ملكيّة الأموال غير المادّيّة فله وصفٌ مختلف، وهو أنّه حقّ مؤقّت. ومعنى التّأقيت هنا أنّ الحقّ قد لا يبقى رغم أنّ محلّه ما زال موجودا. فإذا أخذنا حقّ التّأليف، وجدناه – حسب الفصل 18 من قانون 24 فيفري 1994 – لا يدوم إلّا مدّة حياة المؤلّف ولا يستمرّ

بعد ذلك لفائدة ورثته إلّا لخمسين سنة. وإذا أخذنا حقّ ملكيّة براءة الاختراع، وجدنا الفصل 36 من قانون 24 أوت 2000 يقول: "تحدّد مدّة حماية براءة الاختراع بعشرين سنة بداية من تاريخ إيداع المطلب". وإذا أخذنا حقّ ملكيّة الرّسوم والنّماذج الصّناعيّة، وجدنا حمايته – حسب الفصل 10 من قانون 6 فيفري 2001 – تدوم خمس عشرة سنة على أقصى تقدير. أخيراً يُحمى حقّ ملكيّة علامة الصّنع – تطبيقا للفصل 16 من قانون17 أفريل 2001 – عشر سنوات قابلة للتّجديد. من خلال هذه الأمثلة يُتبيّن أنّ حقّ ملكيّة المال غير المادّيّ يمكن أن لا يبقى رغم أنّ المال غير المادّيّ ما زال موجودا. الأمر مختلف كما قلنا مع حقّ ملكيّة المال المادّيّ الذي يبقى طالما كان المال المادّيّ موجودا.

هذا عن المعنى الأوّل لوصف الدّوام ولنقيضه وصف التّأقيت. لكن للوصفين معنى ثانيا. فدوام حقّ ملكيّة الأموال المادّيّة يدلّ أيضا على أنّه حقٌّ لا يسقط بعدم الاستعمال. ويدلّ تأقيت حقّ ملكيّة الأموال غير المادّيّة أيضا على أنّه حقٌّ قد يسقط بعدم الاستعمال. مثال ذلك: جاء في الفصل 54 من قانون 24 أوت 2000 أنّ على من له حقّ ملكيّة براءة اختراع أن يستغلّ موضوع البراءة في ظرف مدّة معيّنة. فإذا لم يفعل، يمكن لكلّ شخص أن يطلب من المحكمة التّرخيص له في استغلال موضوع البراءة (الفصل 69 من قانون 24 أوت 2000). مثال ذلك أيضا ما جاء في الفصل 34 من قانون 17 أفريل 2001 القائل: "يمكن أن تسقط حقوق صاحب علامة الصّنع، إذا لم يقم بدون مبرّر باستعمالها بصفة جدّيّة خلال الخمس سنوات على الأقلّ بدون انقطاع بالنّسبة لأحد المنتجات أو إحدى الخدمات المبيّنة عند التّسجيل [...]".

حيثيّة وسائل الحماية: تختلف وسائل حماية الأموال المادّيّة عن وسائل حماية الأموال غير المادّيّة. من ذلك أنّ حماية حقّ ملكيّة الأموال المادّيّة تتمّ بواسطة دعاوى مثل الدّعوى الحوزيّة والدّعوى الاستحقاقيّة. أمّا حماية الأموال غير المادّيّة، فتتمّ بدعاوى مختلفة عن الأولى مثل دعوى التّقليد المدنيّة أو الجزائيّة (براءة الاختراع وعلامة الصّنع والرّسوم أو النّماذج الصّناعيّة)، ودعوى المنافسة غير المشروعة (فيما يتعلّق بالأصل التّجاريّ)، ودعوى التّعويض عن الضّرر حماية لحقّ المؤلّف في الانفراد باستغلال مصنَّفه.

انظر: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 67 وما بعدها، ص 52 وما بعدها.

انظر أيضا: عبد الرّؤوف المراكشي، «حماية الملكيّة الفنّيّة المعلوماتيّة»، القضاء والتّشريع، نوفمبر 1996، ص 17؛ سامي القلاّل، «النّزاع حول البرامج والبيانات المعلوماتيّة في الجمهوريّة التّونسيّة»، القضاء والتّشريع، 1996، ص 45؛ جويدة قيقة، «خواطر واستلهامات حول حماية حقّ المؤلّف وحماية البرنامج

المعلوماتيّ ضمن قواعد التّشريع التّونسيّ»، القضاء والتّشريع، ماي 1997، ص 7؛ فرج القصير، «براءة الاختراع في القانون التّونسيّ»، القضاء والتّشريع، ماي 1997، ص 19؛ منير بن محمّد، «شروط الحصول على براءة الاختراع في القانون التّونسيّ»، القضاء والتّشريع، ماي 1997، ص 43؛ سامية القطاري، «العلامة الصّناعيّة»، القضاء والتّشريع، ماي 1997، ص 73؛ محمّد نجيب عمارة، «الحماية القانونيّة للبرامج المعلوماتيّة»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 1998، ص 65؛ المنجي الأخضر، «الملكيّة الأدبيّة والفنّيّة»، القضاء والتّشريع، ماي 2001، ص 13؛ الحبيب كامل البنّاني، «قراءة في الملكيّة الفكريّة»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 2001، ص 341؛ صالح خالد، «حقوق التّأليف اليوم»، القضاء والتّشريع، مارس 2004، ص 107؛ فرحات التّومي، «الرّسوم والنّماذج الصّناعيّة في قانون 6 فيفري 2001»، القضاء والتّشريع، أفريل 2007، ص 63؛ أحمد عظّوم، «الملكيّة الفكريّة»، القضاء والتّشريع، نوفمبر 2007، ص 15؛ محمّد خير الدّين عبد العالي، «حقوق المؤلّف والحقوق المجاورة في التّشريع التّونسيّ»، القضاء والتّشريع، جانفي 2008، ص 31؛ لمياء الكاتب، «حماية الملكيّة الصّناعيّة من خلال التّشريع التّونسيّ»، القضاء والتّشريع، جانفي 2008، ص 41؛ جويدة قيقة، «قانون المنافسة والملكيّة الصّناعيّة»، القضاء والتّشريع، جانفي 2008، ص 51؛ فيصل عجينة، «الحقوق والالتزامات النّاجمة عن الحصول على براءة الاختراع»، القضاء والتّشريع، جانفي 2008، ص 111؛ فرحات الرّاجحي، «الجوانب الزّجريّة في حماية الابتكارات الصّناعيّة»، القضاء والتّشريع، جانفي 2008، ص 125؛ بليغ العبّاسي، «النّظام القانونيّ للبرمجيّات المعلوماتيّة»، القضاء والتّشريع، جانفي 2008، ص 181؛ عدنان الأسود، «حقّ المؤلّف في الفقه والشّريعة الإسلاميّة»، القضاء والتّشريع، ماي 2009، ص 11؛ هاجر فطناسي، «القانون عدد 33 لسنة 2009 المؤرّخ في 23 جوان 2009 المنقّح والمتمّم للقانون عدد 36 المؤرّخ في 24 فيفري 1994: من حقّ التّأليف إلى حقّ المؤلّف»، القضاء والتّشريع، نوفمبر 2010، ص 65؛ منجي الصّالحي، «الحماية الجزائيّة لحقوق المؤلّف والحقوق المجاورة»، القضاء والتّشريع، فيفري 2014، ص 9؛ هاجر فطناسي، ملكيّة المنقول، أطروحة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2005 – 2006، ص 365 وما بعدها.

وفي القانون المقارن انظر مثلا:

م دوبوي، الملكيّات الفكريّة، إيليبس، باريس، 2017.

M. Dupuis, *Les propriétés intellectuelles*, Ellipses, Paris, 2017.

نيكولاس بينكتين، قانون الملكيّة الفكريّة. حقّ التّأليف والبراءة والحقوق المجاورة والعلامة والرّسوم والنّماذج، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، ط 4، 2016.

Nicolas Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle. Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, LGDJ, Paris, 4e éd., 2016.

أندريه لوكاس، الملكيّة الأدبيّة والفنّيّة، دالوز، باريس، ط 4، 2010.

André Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Paris, 4e éd., 2010.

ميشال فيفون وجون-ميشال بروغويار، حقّ المؤلّف والحقوق المجاورة، دالوز، باريس، ط 4، 2019.

Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, Droit d'auteur et droits voisins, Dalloz, Paris, 4e éd., 2019.

فريديريك بولو-دوليان، الملكيّة الصّناعيّة، إيكونوميكا، باريس، 2010.

Frédéric Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Economica, Paris, 2010.

جون-ميشال بروغويار (تحت إدارة)، الملكيّة الفكريّة بين حقوق أخرى، دالوز، باريس، 2009.

Jean-Michel Bruguière, *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Dalloz, Paris, 2009.

ميشال فيفون، قانون البراءات، دالوز، باريس، 2005.

Michel Vivant, *Droit des brevets*, Dalloz, Paris, 2005.

كاترين كولستون وجوناتان غالاوي، قانون الملكيّة الفكريّة المعاصر، روتلدج، لندن - ونيويورك، ط 3، 2013.

Catherine Colston and Jonathan Galloway, *Modern Intellectual Property Law*, Routledge, London and New York, Third edition, 2013.

آنات كور وتوماس درير، القانون الأوروبيّ للملكيّة الفكريّة، منشورات إدوارد إيلغار، الولايات المتّحدة الأمريكيّة، 2013.

Annette Kur, *European Intellectual Property Law*, Edward Elgar Publishing, USA, 2013.

كلار هوال وبنيامين فيرون، قانون الملكيّة الفكريّة، بيرسون، المملكة المتّحدة، ط 5، 2017.

Claire Howell and Benjamin Farrand, *Intellectual Property Law*, Pearson, United Kingdom, Fifth edition, 2017.

كورت م ساوندرز، الملكيّة الفكريّة وقانون الأفكار، راوتلدج، نيويورك، 2021.

Kurt M. Saunders, *Intellectual Property and the Law of Ideas*, Routledge, New York, 2021.

64 قانون الأموال المعاصر ◊ ويمكن القول مع أحدهم (كلامه يصحّ خارج الإطار الذي جاء فيه، وهو القانون الفرنسيّ) إنّ تطوّر الأموال غير المادّيّة، بفرعيها الرّئيسين الحرفاء والملكيّة الذّهنيّة، يمثّل السّمة البارزة للتّطوّر المعاصر لقانون الأموال[473].

كما يمكن القول إنّ المال غير المادّيّ في تنام مستمرّ[474]، إذ ينبغي أن نضيف اليوم الخبرة (savoir-faire/ know-how) والمعلومة (information)[475].

65 نقد التّقسيم ◊ ولقد انتقد تقسيم المال إلى مادّيّ وغير مادّيّ[476]:

فقيل من جهة إنّه تقسيم غير صحيح، لأنّ كلّ مال حقّ، وكلّ حقّ هو شيء غير مادّيّ وإن كان موضوعه شيئا مادّيّا.

وقيل من جهة أخرى إنّه تقسيم ليست له تداعيات مهمّة على الصّعيد العمليّ. نعم قد يُقال إنّ مفهوم القابليّة للاستهلاك[477] ومفهوم المثليّة[478] يهمّان المال

---

[473] انظر: موريال فابر-ماغنان، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 10، الفقرة 21 وما بعدها.

Muriel Fabre-Magnan, J. –cl. Civ. Code, art 527 à 532, fasc10, 21 s.

[474] انظر: دومينيك لوفافر، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 516، كرّاس وحيد، الفقرة 27.

Dominique Lefebvre, J. –cl. Civ. Code, art 516, fasc. Unique, 27.

[475] حول هذا المال، انظر:

بيار كاتالا، ملكيّة المعلومة، منشور في: دراسات مهداة إلى ب رينو، دالوز سيراي، 1985، ص 97.

Pierre Catala, « La propriété de l'information », in: *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz Sirey 1985, p. 97.

[476] انظر هذا النّقد عند: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 516، كرّاس وحيد)، الفقرة 29.

[477] حول المال القابل للاستهلاك انظر الفقرة 67 وما بعدها.

[478] حول المال المثليّ انظر الفقرة 70 وما بعدها.

المادّيّ لا المال غير المادّيّ. لكن هذا الكلام ليس صحيحا في المطلق[479]. نعم قد يُقال، أيضا وقبالة ما سبق، إنّ مفهوم الإشهار[480] يهمّ المال غير المادّيّ لا المال المادّيّ؛ لكنّ هذا الكلام كالأوّل ليس صحيحا دائما[481].

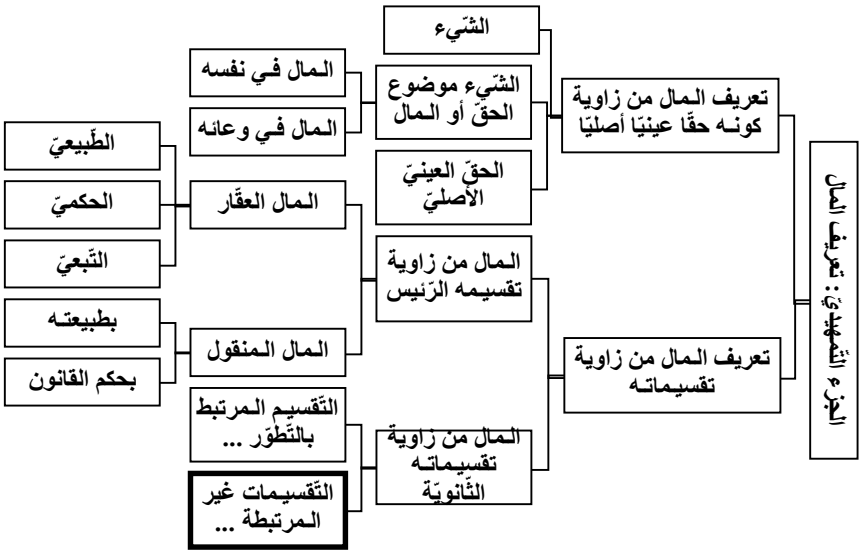
[479] جاء عند أحدهم (دومينيك لوفافر، م س: الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 516، كرّاس وحيد، الفقرة 30)، وهو يتحدّث في إطار القانون الفرنسيّ، ما يلي: إنّ مفهوم قابليّة الاستهلاك المادّيّ ومفهوم المثليّة المادّيّة لا يهمّان المال غير المادّيّ. الأمر مختلف مع مفهوم قابليّة الاستهلاك القانونيّ ومفهوم المثليّة القانونيّة، فهذان المفهومان يهمّان بعض المال غير المادّيّ كالدّيون النّقديّة.

[480] حول الإشهار والمال الذي يتمّ إشهاره (تسجيله)، انظر الفقرة 73 وما بعدها.

[481] جاء عند أحدهم (دومينيك لوفافر، م س: الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 516، كرّاس وحيد، الفقرة 31)، وهو يتحدّث في إطار القانون الفرنسيّ، ما يلي: قد نفكّر في القول بأنّ نقل الأموال غير المادّيّة يتأسّس على الإشهار (نقل الدّيون يكون بالإعلام، والأوراق الماليّة بالتّقييد، وهكذا). لكن نقل العقّار يقوم بدوره على التّقنية نفسها، والتي هي تقنية تتفوّق في هذا الميدان على الحوز.

وكما يُرى، فالنّقد المقدَّم هنا يدخلنا في تقسيم المال إلى قابل وغير قابل للاستهلاك، ومثليّ وغير مثليّ، ومسجّل (تمّ إشهاره) وغير مسجّل. وهي تقسيمات جمعناها تحت عنوان هو تقسيمات المال غير المرتبطة بالتّطوّر المعاصر لقانون الأموال[482].

(482)



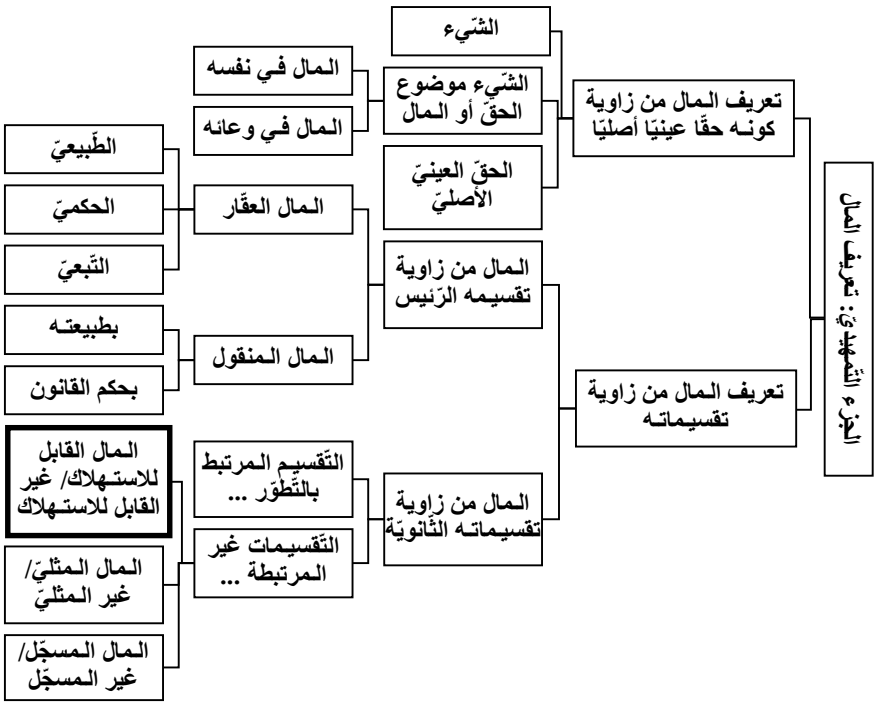
الفقرة الثّانية: التّقسيمات غير المرتبطة بالتّطوّر المعاصر لقانون الأموال

66 تقسيم البحث ◊ إنّ التّقسيمات التي لا ارتباط لها بالتّطوّر المعاصر لقانون الأموال عديدة، وسنكتفي بما أشرنا إليه منذ قليل[483].

أ) المالُ القابل للاستهلاك والمالُ غير القابل للاستهلاك

67 تعريف ◊ في الوسط القانونيّ الفرنسيّ[484] وفي الأوساط المتأثّرة به، ومنها الوسط التّونسيّ، يُقال إنّ المال والشّيء القابل للاستهلاك chose consomptible هو

(483)



ذاك الذي لا يمكن استعماله إلّا بإفنائه (الموادّ الغذائيّة، المحروقات، إلخ) أو بتمليكه للغير (النّقود، وغير ذلك ممّا سنشير إليه بعد قليل). أمّا ما عدا ذلك، فيسمّى مالا وشيئا غير قابل للاستهلاك chose non consomptible (الأرض، الثّوب، السّيّارة، وغير ذلك ممّا لو استعملناه استعمالاً أوّلاً لم يؤدّ ذلك إلى فنائه أو إلى تمليكه للغير)، كما يُسمّى شيئا دائما chose durable وغير فان. والدّوام وعدم الفناء مفهوم نسبيّ. فمثلا ليست الأرض على هذا المستوى كالسّيّارة[485].

والاستعمال المفضي لإفناء الشّيء يطلق عليه اسم الاستهلاك المادّيّ. أمّا الاستعمال المفضي لتمليك الغير، فيسمّى استهلاكا قانونيّا[486].

---

[484] انظر: جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "شيء" Chose.

انظر أيضا:

هامبير، بحث حول المثليّة وقابليّة الاستهلاك في المنقول، أطروحة، باريس، 1940.

Humbert, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, Thèse, Paris, 1940.

ب جوبار، «مفهومان في قانون الأموال: قابليّة الاستهلاك والمثليّة»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ 1945، ص 75 وما بعدها.

P. Jaubert, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », RTD civ. 1945, 75 s.

[485] ينبغي التّنبيه إلى أنّ عبارة الاستهلاك في هذا العنوان، ومن ثمّ في القانون المدنيّ، لها معنى مختلف عن ذاك الذي نجده في علم الاقتصاد. فالسّيّارة في القانون المدنيّ شيء غير قابل للاستهلاك، أمّا في علم الاقتصاد فشيء من الأشياء الاستهلاكيّة. انظر: دومينيك لوفافر، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 516، كرّاس وحيد)، الفقرة 34.

[486] قارن جميع ما ورد أعلاه مع: محمّد ابن معجوز، الحقوق العينيّة في الفقه الإسلاميّ والتّقنين المغربيّ، النّاشر: المؤلّف، فاس، 1437 هـ/ 2016 م، ص 20. يقول المؤلّف: "الأشياء التي تقبل الاستهلاك هي التي يؤدّي استعمالها إلى فنائها أو تحويلها إلى مادّة أخرى أو إنفاقها. وذلك مثل الخضر

68 تأثير النّيّة في التّوصيف ◊ ويضيف أحدهم على ما سبق، ويقول إنّ النّيّة: "قد تتدخّل وتتغلّب على طبيعة الشّيء، فتجعل الشّيء الذي هو بطبيعته قابل للاستهلاك غير قابل له، وذلك كالنّقود إذا أعيرت لصرّاف لعرضها وإعادتها بعينها بعد ذلك، فتنقلب من شيء قابل للاستهلاك بطبيعته إلى شيء غير قابل للاستهلاك بحسب نيّة المتعاقدين. وقد تتدخّل النّيّة فتجعل من الشّيء غير القابل للاستهلاك بطبيعته شيئا قابلا للاستهلاك، وذلك كالأشياء التي أعدّت في المتاجر للبيع. فهذه بعضها غير قابل للاستهلاك بطبيعته كالمفروشات والآلات والسّيّارات والملابس، ولكنّها أعدّت للبيع، فتعتبر بحسب ما أعدّت له قابلة للاستهلاك استهلاكا قانونيّا، إذ أنّ استعمالها أوّل مرّة يكون ببيعها أي باستهلاكها على هذا النّحو"[(487)]. بتعبير آخر يستعمل مفاهيم القانون الجديد المسمّى بقانون الاستهلاك (droit de la consommation): السّيّارة شيء غير قابل للاستهلاك بالنّسبة إلى المشتري (يسمّى المستهلك أو غير المهنيّ consommateur/ non professionnel) الذي اشترى من أجل استعمال سيدوم لفترة. لكنّها شيء قابل للاستهلاك بالنّسبة إلى تاجر السّيّارات (يسمّى المهنيّ professionnel) الذي اشترى ليبيع.

والفاكهة. ومثل القمح الذي يُحوَّل إلى خبز والحديد الذي يتحوّل إلى آلة، ومثل النّقود التي تنفق للحصول على شيء آخر.

"أمّا الأشياء التي لا تقبل الاستهلاك فهي التي لا يؤدّي استعمالها إلى فنائها. وذلك مثل الأرض والدّار والكتاب واللباس".

(487) عبد الرّزّاق السّنهوري، م س، المجلّد 8، الفقرة 37.

69 فائدة التّفرقة بين المالين ◊ وللتّفرقة بين المال القابل للاستهلاك والمال غير القابل لذلك فائدة، إذا مكّن المالك للغير استعمال[488] المال بأن أعطاه حقّ انتفاع أو أبرم معه عقد كراء أو عقد عارية استعمال[489] أو عقد عارية استهلاك (القرض). فإذا كان المال قابلا للاستهلاك، فأوّل استعمال له سيفنيه. فإذا أعطى المالك للغير إمكانيّة الاستعمال، لن يستطيع هذا الغير فيما بعد أن يردّ المال عينه، بل فقط مثله[490].

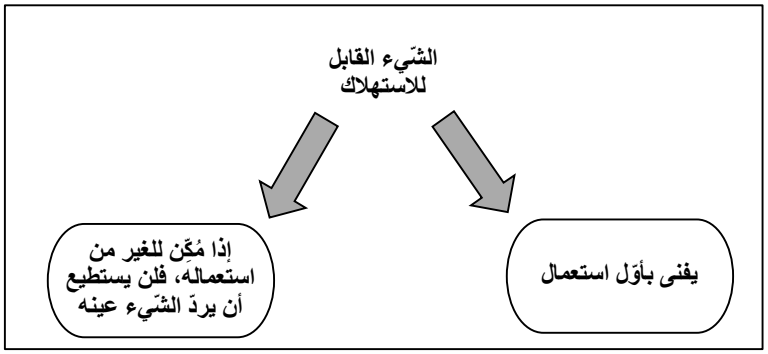
لذا جاء في القانون، في إطار حقّ الانتفاع: "إذا شمل المنتفَع به أشياء لا يمكن استعمالها بدون استهلاكها، لا يمنع المنتفع من التّصرّف فيها، ولكن يلزمه عند انقضاء مدّة الانتفاع المذكور أن يردّ مثلها قدرا وصفة أو يدفع ثمنها حسبما يقع تقويمه" (الفصل 148 من مجلّة الحقوق العينيّة).

كما جاء في إطار عقد عارية الاستهلاك أو القرض: "يدخل القرض في ملك المقترض [...]" (الفصل 1086 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ فإذا دخل الشّيء المقترَض في ذمّة المقترِض واستعمله مرّة أولى فأفناه، وجب عليه حينها "[...] أن يردّ

(488) نستعمل هنا عبارة "الاستعمال" في معناها اللغويّ الوضعيّ.

(489) الفرق بين عارية الاستعمال والكراء أنّ العارية بلا أجر: الفصل 1060 من مجلّة الالتزامات والعقود.

(490)

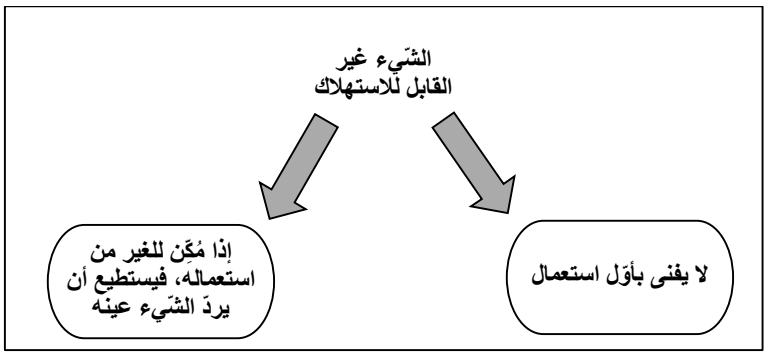


مثل ما اقترضه جنسا وقدرا وصفة لا غير" (الفصل 1090 من مجلّة الالتزامات والعقود).

هذا عن المال القابل للاستهلاك. أمّا المال غير القابل لذلك، فأوّل استعمال لن يفنيه. فإذا أعطى المالك للغير إمكانيّة الاستعمال، فيستطيع هذا الغير فيما بعد أن يردّ المال عينه[491].

لذا نجد القانون يقول بإلزام المنتفع والمكتري والمستعير (عند انتهاء حقّ الانتفاع وعقد الكراء وعقد عارية الاستعمال) بردّ الشّيء بعينه[492].

(491)



(492) فيما يخصّ حقّ الانتفاع، قال الفصل 142 من مجلّة الحقوق العينيّة: "الانتفاع هو الحقّ في استعمال شيء على ملك الغير واستغلاله مثل مالكه لكن بشرط حفظ عينه".

وقال الفصل 149 من المجلّة ذاتها: "إذا كان المنتفع به لا يهلك بمجرّد الاستعمال لكنّه يبلى تدريجيّا، فللمنتفع استعماله فيما أُعِدّ له. وليس عليه في نهاية الانتفاع أن يردّه إلّا على الحالة التي صار عليها عدا ما وقع بتغريره أو خطئه".

وفيما يخصّ عقد الكراء، قال الفصل 979 من مجلّة الالتزامات والعقود: "على المكتري أن يسلّم المكرى عند انتهاء مدّته المبيّنة في العقد [...]".

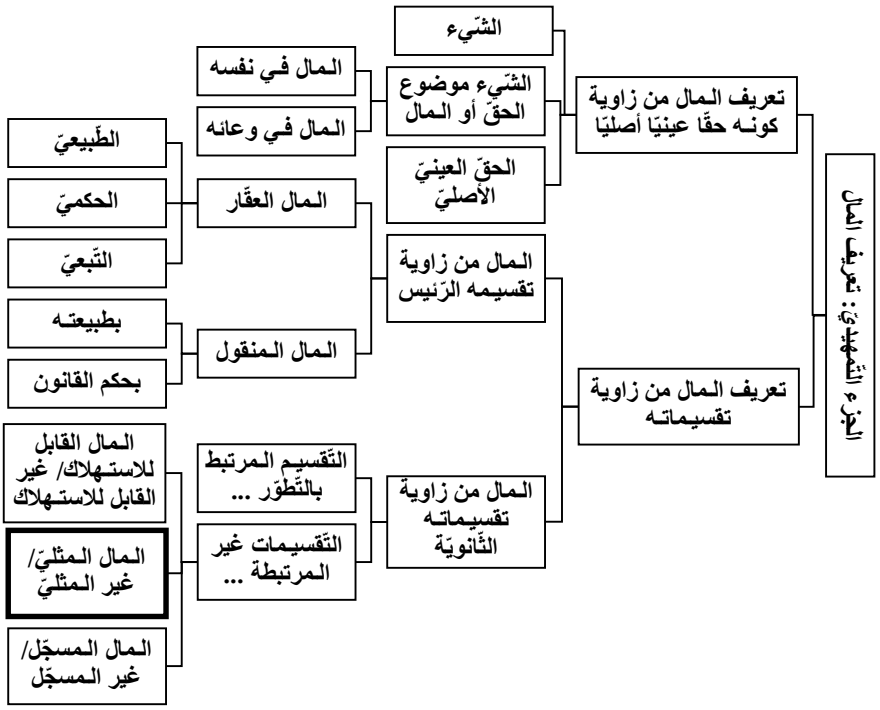
وفيما يخصّ عارية الاستعمال، قال الفصل 1065 من المجلّة نفسها: "على المستعير ردّ العارية بعينها عند انقضاء الأجل المتّفق عليه [...]".

هذه فائدة التّمييز بين المال القابل للاستهلاك والمال غير القابل لذلك. لكنّ المال يقسّم أيضا إلى مثليّ من جهة وغير مثليّ من جهة أخرى(493).

ب) المالُ المثليّ والمالُ غير المثليّ

70 **تعريفات** ◊ في الوسط القانونيّ الفرنسيّ ومن ثمّ في الوسط التّونسيّ، الأموال أو الأشياء المثليّة (choses fongibles. وتسمّى أيضا: choses de genre) هي أموال وأشياء يمكن – بسبب كونها محدّدة فقط بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن – أن يُستعمل الواحد منها بدل الآخر في عمليّة الوفاء بالالتزام. أمّا الأموال والأشياء غير المثليّة (choses non fongibles. وتسمّى أيضا في العربيّة: أشياء

(493)



قيميّة، وفي الفرنسيّة: corps certains)، فكما يدلّ عليه النّفي القبليّ، هي نقيض للأموال وللأشياء المثليّة[494].

لهذه الأموال والأشياء المثليّة يمكن أن يُضرَب:

أوّلا: مثال النّقود المحدّدة بالعدد فقط. فألف دينار تونسيّ (أوراق من فئة العشرة دنانير) يمكن أن تستعمل كبدل لها في عمليّة وفاء أيّ ألف دينار تونسيّ (أوراق من فئة العشرين دينارا).

ثانيا: مثال القماش المحدّد بالقياس لوحده. فمتر قماش من نوع معيّن بلون معيّن يمكن أن يُستعمل كبدل له في عمليّة وفاء مترٌ آخر من نوع القماش نفسه واللون نفسه[495].

ثالثا: مثال زيت الزّيتون المحدّد بالكيل فحسب. فلتر زيت زيتون بمواصفات معيّنة[496] يمكن أن يُستعمل كبدل له في الوفاء لتر آخر من نوع الزّيت نفسه.

رابعا: مثال القمح المحدّد بالوزن فحسب. فطنّ قمح من نوع معيّن يمكن أن يُستعمل كبدل له في الوفاء طنّ آخر من نوع القمح نفسه.

بعبارة مغايرة لما سبق: إذا اتّحد شيئان في الأوصاف (بما فيها الكمّ) وكان الزّمان والمكان هو الذي يجعلهما شيئين[497]، عندها نكون أمام متماثلين، وعندها يمكن

---

[494] جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "شيء" Chose. انظر أيضا: أمبرواز كولين وهنري كابيتون، م س، ص 694؛ ب جوبار، «مفهومان في قانون الأموال: قابليّة الاستهلاك والمثليّة»، مقالة سابقة الذّكر، ص 75 وما بعدها.

أ لود، «المثليّة»، المجلّة الفصليّة للقانون التّجاريّ 1995، ص 307 وما بعدها.

A. Laude, « La fongibilité », RTD com. 1995, 307 s.

[495] لكن انظر ما سيأتي في إطار الفقه الإسلاميّ: الفقرة 72، الهامش.

[496] مثلا زيت زيتون رفيع لا تتجاوز نسبة حموضته: 0،8 %.

[497] انظر هذه المسألة في الفقرة 8.

للواحد أن يقوم مقام الآخر في الوفاء. فإذا اختلف الشّيئان في وصف أو أكثر (غير الكمّ)، عندها نكون أمام شيئين قيميّين، وعندها لا يمكن للواحد منهما أن يقوم مقام الآخر في الوفاء. من أمثلة ذلك ألف دينار تونسيّ وألف دينار جزائريّ، متر قماش من نوع ومتر قماش من نوع آخر، لتر زيت زيتون من صنف ولتر زيت زيتون من صنف مختلف، كيلوغرام قمح من جنس وكيلوغرام قمح من جنس آخر، إلخ[498].

[498] قارن جميع ما ورد أعلاه مع ما جاء عند محمّد ابن معجوز (م س: الحقوق العينيّة في الفقه الإسلاميّ والتّقنين المغربيّ، ص 18 وما بعدها): "الشّيء المثليّ هو الذي ينوب بعضه بعضا في الأداء أو هو الذي تتماثل أفراده بحيث لا يوجد تفاوت بينها أو يوجد تفاوت يسير بين أفراده اعتاد النّاس أن يتساهلوا فيه. ومن المثليّ: المكيلات كالقمح والشّعير؛ والموزونات كالبرتقال والمشمش؛ والمعدودات كالبيض. ومنه أيضا: النّسخ المتعدّدة من الجرائد والمجلّات والكتب من طبعة واحدة.

"أمّا الشّيء القيميّ فهو ما تتفاوت أفراده تفاوتا كبيرا يُعتَدّ به في المعاملات، ولا ينوب بعضها عن بعض في الأداء. ومثاله: الحيوانات من بقر وخيل وغنم وغيرها. إذ أنّه من المعروف أنّ البقر يختلف بعضه عن بعض. وكذلك الخيل، حيث نجد حصانا قيمته ألفا درهم، وآخر قيمته خمسة آلاف درهم، وتصل قيمة بعض أفراده إلى عشرات الألوف من الدّراهم. ومن المال القيميّ أيضا الأراضي، فإنّ كلّ قطعة منها تختلف عن الأخرى بسبب الخصب والاستواء والقرب أو البعد. ومنه أيضا: الكتب المخطوطة، والثّياب المنسوجة.

"ويلاحظ أنّ كثيرا من الأشياء التي كانت تعتبر قيميّة أصبحت من قبيل المثليّات في هذا العصر بسبب المصانع التي تخرج المنتوجات متشابهة تماما، نظرا للقوالب أو النّماذج التي تمرّ فيها هذه المنتوجات، فالكتب كلّها كانت من المقوّمات عندما كانت تكتب بالأيدي، فأصبح كثير منها من قبيل المثليّات، وذلك بالنّسبة لنسخ الكتاب الواحد والطّبعة الواحدة.

"كما يلاحظ أنّ الشّيء المثليّ قد يعتبر من قبيل المقوّمات، وذلك فيما إذا اتّجهت إرادة الطّرفين إلى التّعامل على شيء معيّن بذاته بالرّغم من كونه من المثليّات، كأن يقع الاتّفاق على قمح معيّن".

71 علاقة هذا التّقسيم للمال بالذي سبقه ◊ والغالب، كما يقول أحد الفقهاء، "أن يكون الشّيء المثليّ شيئا قابلا للاستهلاك، كالطّعام والشّراب والنّقود؛ فهي أشياء مثليّة، وهي في الوقت ذاته أشياء قابلة للاستهلاك. والغالب كذلك أن يكون الشّيء القيميّ غير قابل للاستهلاك، كالمنزل والآلة المعيّنة بالذّات؛ فهذه أشياء قيميّة وهي في الوقت ذاته غير قابلة للاستهلاك. وعلى هذا يختلط التّقسيمان أحدهما بالآخر [...] (لكن) يمكن أن نتصوّر شيئا مثليّا ويكون في الوقت ذاته غير قابل للاستهلاك، وذلك مثل السّيّارة غير المعيّنة بالذّات ونسخة من كتاب غير معيّنة بالذّات، فهذه وتلك شيئان مثليّان، وهما في الوقت ذاته غير قابلتين للاستهلاك. كذلك يمكن أن نتصوّر شيئا قيميّا ويكون في الوقت ذاته قابلا للاستهلاك، فكمّيّة معيّنة من الغلال معيّنة بالذّات هي شيء قيميّ بعد أن تعيّنت بذاتها وهي في الوقت ذاته شيء قابل للاستهلاك"[(499)].

[(499)] عبد الرّزّاق السّنهوري، م س، المجلّد 8، الفقرة 41. انظر أيضا: جون كاربونييه، م س، الفقرة 55، ص 93؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 166، ص 30.

وفي حديث عن القانون الفرنسيّ، كتب أحدهم (دومينيك لوفافر، م س: الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 516، كرّاس وحيد، الفقرة 42 وما بعدها) ما يلي (سننقل الكلام بصفة حرفيّة أو تكاد): ينطبق المفهوم (المثليّة) على المنقولات المادّيّة، كالبضائع والسّلع الغذائيّة التي تنتج وفق مواصفات واحدة وكالحيوانات من فصيلة واحدة وسنّ واحدة. والمثليّة لا تكون مبدئيّا إلّا في الأشياء المحدّدة بالعدد أو الوزن أو القيس. لكنّ إرادة المتعاقدين يمكن أن تعوّض الغياب الجزئيّ للمثليّة بين مالين؛ وفي هذه الصّورة تترك المثليّة الطبيعيّة والمادّيّة مكانها للمثليّة القانونيّة.

وهكذا فإنّ سندات البورصة، المحدّدة بواسطة رقم ومن ثمّ غير المثليّة، تعتبر مثليّة إذا تمّ إيداعها بالشّركة "البيمهنيّة" société interprofessionnelle من أجل المقاصّة بين القيم المنقولة سيكوفام valeurs mobilières SICOVAM

وعلى عكس ما تقدّم يمكن للأطراف أن يمنعوا المثليّة بين مالين مثليّين وذلك بسبب الأوصاف التي يعطونها نفسانيّا لمال ويرفضون إعطاءها للآخر: فسيفان صنعا في الفترة نفسها ولهما الأوصاف ذاتها

ممّا سبق يفهم أنّ تقسيم الأموال إلى قابل للاستهلاك وغير قابل، وتقسيمها إلى مثليّ وقيميّ، تقسيمان لا يتداخلان بالضّرورة.

72 **فوائد التّفرقة بين المال المثليّ والمال القيميّ** ◊ وكما وجدنا للتّقسيم الأوّل جدوى، فالتّقسيم الثّاني له بدوره فوائد:

أوّل فائدة تقع على مستوى المقاصّة (لدينا شخصان كلّ واحد منهما دائن وفي الوقت نفسه مدين للآخر – المقاصّة هي أن نجعل الدّينين ينقضيان في حدود ما

لا يعتبران متماثلين إذا كان أحدهما قد ملكه «نابليون»؛ والبنزين من «الماركة» الفلانيّة ليس مثليّا مع بنزين من «ماركة» أخرى بالرّغم من أنّهما صنعا بالطّريقة نفسها من معمل التّكرير نفسه. وهكذا فالتّجارة تعرف كيف تخلق اختلافات بسيكولوجيّة بالنّسبة إلى منتوجات ذات تركيبة كيميائيّة واحدة. والحقوق الفكريّة ليست بالتّأكيد من المثليّات بسبب تفرّد هذه الأموال والذي يجعل من المستحيل إدخالها ضمن نوع.

ونظريّا العقّار لا يكون أبدا من المثليّات على الأقلّ من ناحية المكان حيث لا يمكن لعقّارين أن يحتلاّ مكانا واحدا (ولو في زمنين مختلفين). لكن هنا أيضا يمكن أن تتدخّل المثليّة القانونيّة فيعتبر المتعاقدان في عمليّة بيع عشرة هكتارات من أرض مساحتها مائة هكتار أنّ العشر هكتارات من المثليّات.

إلى جانب هذه المثليّة المادّيّة والقانونيّة، والتي هي نسبيّة لأنّها تتبع طبيعة المال أو إرادة الأطراف، يقرّ القانون بمثليّة قانونيّة صرفة تتأسّس على الصّفة غير المادّيّة للدّيون النّقديّة وعلى الطّبيعة الخاصّة للعملة monnaie. فهذه هي دوما من المثليّات، وذلك بصفة مطلقة، وأيّا كانت الوسيلة المستعملة لتقييمها: عملة معدنيّة monnaie métallique، عملة ورقيّة monnaie de papier أو عملة كتابيّة monnaie scripturale

من جهة أخرى، العملة وسيلة للحصول على الأموال biens. ينجرّ عن هذا أنّها مدعوّة لتعويضها في الذّمّة الماليّة للأشخاص. بهذا المعنى العملة تعادل كلّ الأموال biens الأخرى.

وحول العقّار والمثليّة في القانون الفرنسيّ انظر:

إيفات كاليو، «في مثليّة العقّارات»، المعلّقات الصّغيرة، 17 أكتوبر 2001، ص 5 وما بعدها.

Yvette Kalieu, « De la fongibilité des immeubles », *Petites affiches*, 17 octobre 2001, p. 5 s.

تساويا فيه[500]). فمن شروطها أن يكون الدّينان متماثلين (الفصل 373 من مجلّة الالتزامات والعقود[501]).

ثاني فائدة نجدها على مستوى نقل الملكيّة. ففي الأشياء غير المثليّة ينطبق الفصل 583 من مجلّة الالتزامات والعقود[502]، وتنتقل الملكيّة لحظة التّراضي وإبرام العقد. أمّا في الأشياء المثليّة، فينطبق الفصل 586 من المجلّة نفسها[503] الذي يُفهم منه أنّ الملكيّة لا تنتقل لحظة التّراضي بل لحظة تحقّق الفرز (ملاحظة: من لحظة الفرز، أي التّعيين بالذّات، يصير الشّيء غير مثليّ).

ثالث فائدة تقع على مستوى العيوب الخفيّة. فحسب الفصل 650 من مجلّة الالتزامات والعقود: إذا كان الشّيء قيميّا، فالبائع يضمن العيوب الموجودة فيه لحظة إبرام العقد؛ أمّا إذا كان الشّيء مثليّا، فالبائع يضمن العيوب الموجودة لحظة التّسليم (قد تتأخّر لحظة التّسليم عن لحظة الإبرام)[504].

---

[500] ينصّ الفصل 380 من مجلّة الالتزامات والعقود على أنّ "المقاصّة تستهلك الدّينين بقدر ما تساويا فيه من وقت وجودهما معا على الشّروط التي عيّنها القانون لصحّتها".

[501] "لا تصحّ المقاصّة إلّا إذا اتّفق الدّينان جنسا. ومن ذلك المقاصّة في المنقولات المتّحدة جنسا وصفة أو في النّقود والموادّ الغذائيّة".

[502] "إذا تمّ البيع بتراضي الطّرفين انتقلت ملكيّة المشترى للمشتري".

[503] "إذا وقع البيع بالكيل أو بالوزن أو بالعدّ [...] فإنّ الأشياء المبيعة تبقى في ضمان البائع وإن صارت بيد المشتري ما لم يقع كيلها أو وزنها أو عدّها [...]".

[504] "إن كان المبيع قيميّا، فإنّ البائع لا يضمن إلّا العيوب الموجودة فيه وقت البيع؛ وإن كان مثليّا قد بيع بالوصف أو بالكيل أو بالوزن، فإنّ البائع لا يضمن إلّا العيوب الموجودة فيه وقت التّسليم".

إلى جانب هذه الفوائد ثمّ أخرى تبرّر تقسيم المال إلى مثليّ وقيميّ[505]. لكنّ المال يقسّم من حيثيّة أخرى هي التّسجيل[506].

---

[505] انظرها مثلا عند: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 93، ص 45؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 86، ص 64 وما بعدها.

وفي الفقه الإسلاميّ كتب عن المال القيميّ والمثليّ ما يلي: "القيميّ نسبة إلى القيمة، والمثليّ نسبة إلى المثل.

"ويطلق المثليّ في الشّريعة على الأموال المقدّرة بالكيل والمقدّرة بالوزن، والعدديّات المتقاربة التي لا تتفاوت بين آحادها، أو بينها تفاوت لا يعتدّ به في نظر التّجّار. ويمتاز المثليّ بأنّ آحاده لا تفاوت بينها كما بيّنّا، وصفقاته لا يضرّها التّبعيض. فمن يشتري مائة أردب قمحا، بعشرين جنيها ومائة، لا يضرّه أن يشتريها على صفقتين أو صفقة واحدة، لأنّ التّجزئة لا تضير آحاد المكيلات والموزونات، ولا تختلف أسعارها في أجزائها عنها في مجموعها.

"والقيميّ ما لا يقدّر بالكيل أو الوزن، وليس عدديّا متقاربا. فالتّفاوت بين آحاده تفاوت كبير يعتدّ به التّجّار كالحيوان وغيره. ومن القيميّ الأشياء التي تعرف بالقياس، وهي المسمّاة بالمذروعات. وكانت هذه قيميّة للتّفاوت بين آحادها، ولأنّ التّجزئة تضرّها. فمن يريد أن يشتري أربع أذرعة من مقيس لا يرضيه أن يشتريها مجزّأة، لأنّ قيمتها وهي ذراع واحدة غير قيمتها في ضمن ثلاثة أذرع.

"وقد عرّف قدري باشا في مرشد الحيران المثليّ بأنّه «ما يوجد له مثل في المتجر بدون تفاوت يُعتدّ به، ومنه العدديّات التي لا يكون بين أفرادها تفاوت في القيمة»؛ وعرّف القيميّ بأنّه «ما لا يوجد له مثل في المتجر، أو يوجد لكن بتفاوت في القيمة، ومنه المعدودات المتفاوتة التي بين أفرادها تفاوت في القيمة» (المادّة 305، ومثل هذا التّعريف جاء في مجلّة الأحكام العدليّة في المادّتين 145 و146). وهذا التّعريف لا يخلو من تسامح، لأنّ أصناف الثّياب لها مثيل في الأسواق، ويعيّنها الوصف، بدليل جواز السَّلَم فيها، ومع ذلك لا تعدّ من المثليّات، بل تعدّ من القيميّات، ولو كان وجود نظير في السّوق كافيا لاعتبار المال مثليّا، فكانت هذه مثليّات، لها نظير في السّوق اعتبره الشّارع نظيرا، ومع ذلك فهي قيميّ، يضمن متلفه قيمته لا مثله. وقد علّل الفقهاء اعتبارها قيميّا (مع إمكان تقديرها بالوصف تقديرا معيّنا) بأنّها يضرّها التّبعيض، ولأنّه يضرّها كانت القيمة هي الحكم في معرفة ماليّة أبعاضها.

"والمثليّات منها نقود، ومنها غير نقود. فالدّنانير والدّراهم من المثليّات، ومثلها الجنيهات والنّقود الفضّيّة في عصرنا الحاضر من المثليّات، وهذا النّوع يسمّى ثمنا، وغيره يسمّى مثمنا. والنّقود تمتاز من بين سائر

الأموال بأنّها معايير ومقاييس يُقاس بها مقدار ماليّة الأشياء، وما فيها ممّا يشبع حاجات النّاس. فالدّراهم والدّنانير ليس فيها نفع ذاتيّ قائم بها، لأنّها لا تشبع حاجة. ولكنّها ذرائع ووسائل ومقدّرات للماليّة في الأشياء المشبعة للحاجة.

"ولأنّ النّقود لا تشبع حاجة بنفسها، ولا تنفع بذاتها، بل تقاس بها ماليّة الأشياء، كانت في عقود المعاوضات أثمانا دائما، ولا تتعيّن في العقود بالتّعيين بالإشارة، بل تعرف بالأوصاف، ويجب أداء ما يشتمل على هذه الأوصاف، فكانت ثابتة دينا في الذّمّة. وإذا كان عقد المعاوضة نقدا بنقد، قال الفقهاء إنّه بيع دين بدين، وسمّوه صرفا. وكان دينا بدين، لأنّ كلا العوضين من طبيعته ألّا يُعيّن بالتّعيين، بل يثبت بأوصافه في الذّمّة.

"أمّا بقيّة المثليّات، فقد تثبت بأوصافها، فتكون دينا في الذّمّة؛ وقد تعيّن بالتّعيين، فلا تكون دينا في الذّمّة، بل تثبت بأعيانها لا بأوصافها [...]

"وليست التّفرقة بين القيميّات والمثليّات مقصورة على أنّ هذه تثبت دينا في الذّمّة وتلك لا تثبت، بل من الفروق بينهما أنّ القيميّ يضمن بقيمته والمثليّ يضمن بمثله. فإذا تعدّى شخص على مال غيره فأتلفه، فإن كان مثليّا ضمن مثله، وإن كان قيميّا ضمن قيمته، وذلك لأنّه بالتّعدّي كان واجبا أن يغرم للمعتدى عليه بما يرفع أثر الاعتداء ويميط عنه أذى الإتلاف، وذلك يتحقّق على وجهه الكامل إذا عوّضه بمثله ما أمكن المثل، فإن تعذّر عليه أن يدفع إليه المثل وجبت القيمة لأنّه المثل الماليّ القاصر. ولمّا كانت المثليّات يمكن تعويضها بأمثالها، كان الواجب عند التّعدّي عليها مثلها؛ أمّا القيميّات، فتجب قيمتها لتعذّر وجود مثل لها من غير تفاوت كبير، فصرنا إلى المثل الماليّ، وهو القيمة [...]

"وإذا انصرم المثليّ وانقطع من الأسواق كأن يكون عدديّا، وانقطعت موارده في الأسواق لعارض حرب أو نحوه، وجبت قيمته، لأنّ التّعويض بالمثل – وهو الأداء الكامل – تعذّر، فيُتحوّل إلى القاصر، لأنّه الممكن، ولا تكليف أكثر ممّا في دائرة الإمكان.

"هذا وبين المثليّ والقيميّ فوارق كبيرة في أحكام كثير من العقود، كالقسمة والبيع وغيرهما. ففي القسمة، القيميّ لا يقبل القسمة جبرا، والمثليّ يقبلها. وفي البيع، المثليّ يكون ثمنا ومحلّا للسَّلَم، والقيميّ لا يكون كذلك". محمّد أبو زهرة، م س، ص 55 وما بعدها.

انظر أيضا: محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 292 وما بعدها؛ وانظر المقالة التي أحال عليها حاتم محمّدي (م س: الأموال، الهامش 147 الموجود في الفقرة 85، ص 64):

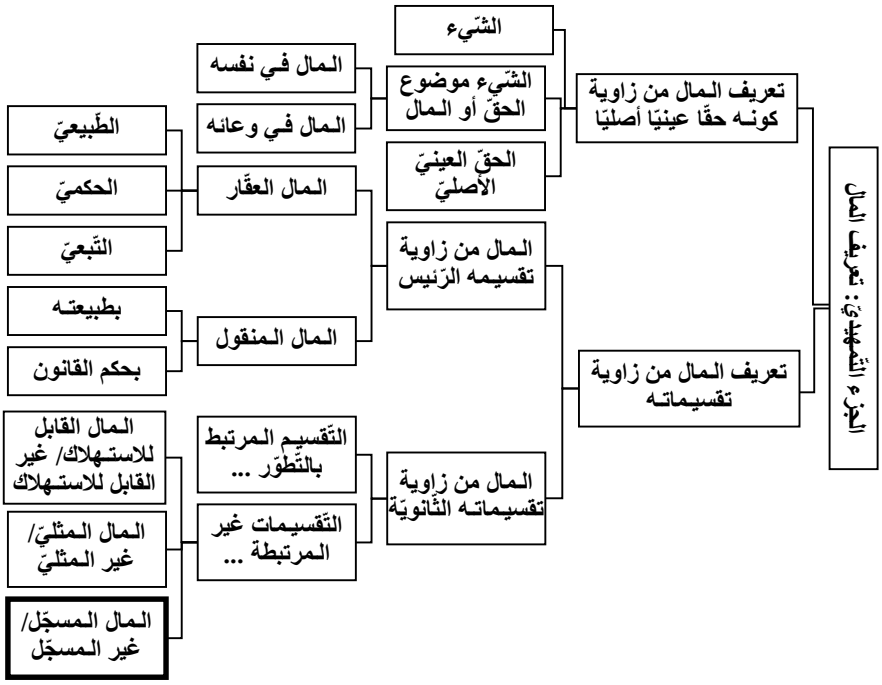
ج) المالُ المسجّل والمالُ غير المسجّل

73 تعريف ◊ تسجيل (immatriculation) المال هو أن تذكر وضعيّته في دفتر (registre). والتّسجيل يمكن أن يقع على عقّار كما يمكن أن يقع على منقول.

74 تسجيل العقّارات ◊ فإذا بدأنا بتسجيل العقّارات، أعطينا مثال شخص اشترى أرضا غير مسجّلة. يمكن لهذا الشّخص أن يقوم أمام المحكمة العقّاريّة ويطلب منها تسجيل تلك الأرض (التّسجيل الذي نحن بصدده هو تسجيل للعقّار

روبير برانشفيغ، «الشّيء غير المثليّ والمثليّ في الالتزام في القانون الإسلاميّ»، دراسات إسلاميّة، العدد 29، 1969، ص 83 – 102.

Robert Brunschvig, « Corps certain et chose de genre dans l'obligation en droit musulman », *Studia Islamica*, n° 29, 1969, p. 83 – 102.



immatriculation de l'immeuble، وهو مختلف عن تسجيل العقد enregistrement du contrat الذي يتمّ أمام قباضات الماليّة). إذا قبلت المحكمة مطلبه، أي إذا حكمت بالتّسجيل، عندها تأذن بترسيم (inscription) الحقّ العينيّ الذي ثبت وجوده لديها وهو هنا حقّ الملكيّة، وذلك في دفتر خاصّ. بهذا، وبعد أن كان العقّار وهو غير مسجّل محكوما بالقواعد العامّة للقانون المدنيّ، يصبح خاضعا لأحكام مدنيّة خاصّة موجودة في مجلّة الحقوق العينيّة (الفصل 303 وما يليه). ولكلّ عقّار مسجّل رسم ملكيّة (titre de propriété). ومجموع رسوم ملكيّة العقّارات تمثّل دفتر الملكيّة العقّاريّة أو السّجل العقّاريّ (livre foncier)[507].

75 تسجيل المنقولات ◊ فإذا مررنا إلى المنقولات، وجدنا أنّ المشرّع وضع فيما يخصّ البعض منها نظام تسجيل وجوبيّ. هنا نجد ضمن ما نجد:

أوّلا السّيّارات، إذ يقول الفصل 63 من مجلّة الطّرقات: "يجب على كلّ مالك سيّارة [...] الحصول على شهادة تسجيل قبل وضعها في الجولان [...]".

ثانيا السّفن، إذ ينصّ الفصل 23 من مجلّة التّجارة البحريّة على أنّه: "يجب أن تكون مسجّلة بمركز إحدى المناطق البحريّة كلّ سفينة قائمة بالملاحة وحاملة للعلم التّونسيّ. ويصبح ذلك المركز مربطا لها [...]".

ثالثا الطّائرات، إذ يقضي الفصل 3 من مجلّة الطّيران المدنيّ بأنّه: "لا يجوز للطّائرات المدنيّة الجولان إلّا إذا كانت مسجّلة"[508].

---

[507] محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 50 وما بعدها. انظر أيضا: الهادي سعيد، م س، ص 395 وما بعدها.

[508] انظر حول تسجيل هذه المنقولات: هاجر فطناسي، م س (ملكيّة المنقول)، 2005 – 2006، ص 133 وما بعدها.

76 **فوائد التّسجيل** ◊ وحول فوائد التّسجيل يقول أحدهم (متحدّثا في إطار تسجيل العقّارات) إنّه يسمح لمالك المال "بحفظ حقوقه إذ لا يسري عليها التّقادم. كما يمكّنه من إثبات ملكيّته بيسر. أمّا بالنّسبة للغير فالتّسجيل يهدف إلى إعلامه بكلّ التّحوّلات القانونيّة والمادّيّة المسلّطة على المال. وتكتسي هذه المسألة أهمية خاصّة بالنّسبة للتّصرّفات النّاقلة لملكيّة المال إذ يشترط القانون إعلام الغير بها بإشهارها بالدّفتر حسب إجراء خاصّ يسمّى التّرسيم (inscription)، وهو يعني إدراج التّصرّف كتابة بالدّفتر "[509].

77 **تخلّص من الجزء التّمهيديّ إلى ما يليه** ◊ هذه بعض فوائد تسجيل المال. وحيثيّة التّسجيل تعطينا قسمين للمال. إلى جانب هذين القسمين رأينا تقسيمات أخرى للمال وصفناها بالثّانويّة وبالرّئيسة. وتقسيمات المال بنوعيها هذين تسمح بتعريف المال. لكنّنا عمدنا قبل ذلك إلى تعريف المال من زاوية غير تقسيماته هي زاوية أنّه حقّ عينيّ أصليّ. بقي الآن أن نختار واحدة من الزّاويتين المذكورتين وذلك من أجل اعتمادها في تقسيم بقيّة الكتاب.

في هذا الإطار ينبغي البدء بملاحظة أنّ النّصوص التي تضبط اليوم موادّ التّدريس في الجامعة، قد أوجدت، إلى جانب مادّة قانون الأموال، مادّة القانون العقّاريّ[510]. هذا يعني أنّ المال المسجّل، إن كان عقّارا، لم يعد يدخل في درس قانون الأموال. زيادة على حيثيّة التّسجيل، أعطتنا حيثيّات أخرى تقسيمات ثنائيّة أخرى للمال: مثليّ وقيميّ، قابل للاستهلاك وغير قابل، إلخ.

---

[509] محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 55.

[510] حول هذه المادّة انظر مثلا: محمّد محفوظ، قانون عقّاريّ، منشورات مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، تونس، 2012؛ منير الفرشيشي، محاضرات في القانون العقّاريّ التّونسيّ، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2011؛ حامد النّقعاوي، قانون السّجلّ العينيّ، دار الميزان للنّشر،

هذه التّقسيمات ثانويّة. قبلها تناولنا أقسام المال الأساسيّة، أي تناولنا العقّار والمنقول.

وكلّ هذه التّقسيمات تعرّضنا لها في إطار القانون المدنيّ. بعبارة أخرى: لا يدخل في عملنا المال العامّ الذي يتبع فرع القانون العامّ لا فرع القانون الخاصّ[511].

وعليه سندرس المال في القانون المدنيّ. هذه الدّراسة يمكن أن تتمّ من خلال قسمي المال الرّئيسين: العقّار والمنقول. هذا ما فعله (في القانون الفرنسيّ) "جون كاربونييه" (Jean Carbonnier) الذي جزّأ كتابه الموسوم بـ: الأموال (Les biens) إلى عنوان للمال المتمثّل في العقّار، وعنوان للمال المتمثّل في المنقول. قبل هذين العنوانين، وضع المؤلّف قسيما لهما هو الأحكام المشتركة بين العقّار والمنقول[512].

سوسة – تونس، 2002؛ علي كحلون، أحكام القانون العقّاريّ التّونسيّ بين التّسجيل والإشهار. التّحديد والبحث في مطالب التّسجيل المسحيّة والاختياريّة، دار الميزان للنّشر، سوسة – تونس، 2000؛ علي كحلون، القانون العقّاريّ الخاصّ، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2010، ص 21 وما بعدها؛ علي كحلون، نظام السّجلّ العقّاريّ، مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2009، ص 24 وما بعدها.

[511] ملاحظة 1: هنالك الآن مادّة تدرّس في بعض الإجازات اسمها: قانون الأموال العامّة (Droit des biens public). إلى جانبها تمّ كتب في القانون المدنيّ تفرد مساحة منها للمال العامّ. انظر في فرنسا: جون كاربونييه، م س (الأموال)، ص 331 وما بعدها.

ملاحظة 2: لم نحتج في عنوان الكتاب إلى تدقيق أنّه للأموال في القانون المدنيّ. فالأصل أنّها تنتمي إلى هذا القانون. وما خرج من الأصل هو الذي يحتاج إلى التّدقيق.

[512] انظر فِهرس المحتويات في كتاب جون كاربونييه المذكور سابقا: القانون المدنيّ. الأموال: النّقود – العقّارات – المنقولات.

انظر كتابا آخر (في القانون الفرنسيّ) عمد إلى التّقسيم نفسه (قواعد عامّة/ قواعد خاصّة بالعقّارات/ قواعد خاصّة بالمنقولات):

باتريك كورب وماتياس لاتينا، القانون المدنيّ. الأموال، دالوز، باريس، ط 7، 2014.

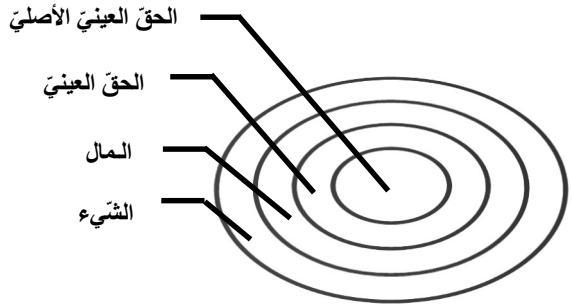
لكنّ أغلب الكتب الموسومة بـ: "الأموال" لم تذهب إلى هذا الخيار ونظرت إلى المال من زاوية أخرى هي كونه حقّا عينيّا. بعد ذلك أخرجت هذه الكتب الحقّ العينيّ التّبعيّ، لأنّه يُدرس في مادّة موسومة بـ: "التّأمينات العينيّة"، وأبقت على الحقّ العينيّ الأصليّ. على هذا صارت عبارة "قانون الأموال" مرادفة لعبارة "قانون الحقوق العينيّة الأصليّة"[513].

بتعبير أكثر تفصيلا يرجع بنا إلى بداية هذا الكتاب: هنالك الشّيء، وبعض الشّيء مالٌ، وبعض المال حقٌّ عينيّ، وبعض الحقّ العينيّ حقٌّ عينيّ أصليّ[514]؛ وكتب قانون الأموال تدرس الحقوق العينيّة الأصليّة؛ بل إنّ أغلبها يتناول الأموال من هذه الزّاوية، أي من زاوية كونها حقّا عينيّا أصليّا.

Patrick Courbe et Mathias Latina, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 7e éd., 2014.

[513] انظر في القانون التّونسيّ كتاب حاتم محمّدي (م س) وكتاب يوسف الكناني وفوزي بلكناني (م س). وفي القانون الفرنسيّ انظر مثلا: كتاب فرانسوا تيري وفيليب سيملر (م س) وكتاب صوفي شيلر (م س).

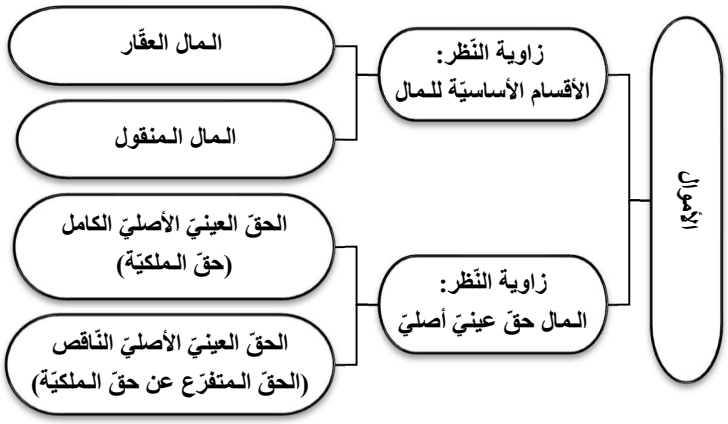
[514] انظر الفقرة 5 وما بعدها.



هذه الزّاوية للنّظر الموجودة في أغلب الكتب هي التي اخترناها. وللتّنبيه على هذا الخيار وضعنا في العنوان – إلى جانب عبارة الأموال – عبارة الحقوق العينيّة الأصليّة وذلك بين قوسين.

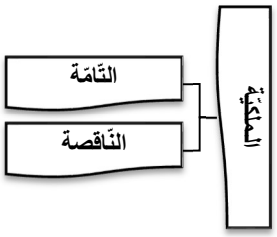
والحقوق العينيّة الأصليّة، كما رأينا، قسمان: حقّ عينيّ أصليّ كامل (حقّ الملكيّة، أو بعبارة تتبنّى في القانون التّونسيّ وغيره ما قيل في إطار القانون الإسلاميّ: الملكيّة التّامّة)؛ وحقّ عينيّ أصليّ ناقص (حقّ على شيء مملوك للغير، أي حقّ متفرّع عن حقّ الملكيّة؛ أو بعبارة تتبنّى في القانون التّونسيّ وغيره ما قيل في إطار القانون الإسلاميّ: الملكيّة النّاقصة)[515].

(515)

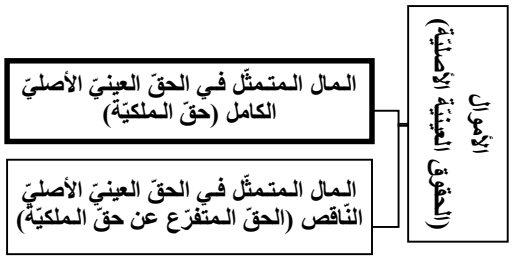


ولقد كان بالإمكان التّبسيط، والاستفادة ممّا قيل في القانون الإسلاميّ (انظر الفقرة 24)، وعنونة هذا الكتاب بـ: الملكيّة. ثمّ ردّ الجوهر (وبعد الجزء التّمهيديّ) إلى جزأين: الملكيّة التّامّة (ملكيّة ذات العين + ملكيّة منفعة العين)؛ والملكيّة النّاقصة (ملكيّة منفعة العين دون ملكيّة ذاتها).

لذا سنتناول في جزء أوّل المال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ الكامل (أي حقّ الملكيّة) وفي جزء ثانٍ المال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص (أي الحقّ المتفرّع عن حقّ الملكيّة)[516].



(516)



الجزء الأوّل:
المال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ
الكامل
(حقّ الملكيّة)

 سنعمل بدءا من الآن على الملكيّة.

لكن هل ثمّ من الأصل ملكيّة؟

الجواب: لا وجود للملكيّة.

على هذا نكون قد فرغنا ممّا عزمنا أن نشرع فيه: فرغنا من الجزء الأوّل، لأنّه للملكيّة؛ وفرغنا من الجزء الثّاني، لأنّه لما يتفرّع عن الملكيّة (الفرع يتبع المتفرّع عنه وجودا وعدما). ويستتبع هذا أن نعود إلى الجزء التّمهيديّ فنمحوه على الأقلّ بوصفه تمهيديّا، لأنّنا اكتشفنا أن لا وجود للممهَّد له.

لكن لنرجع قليلا إلى الوراء ولننظر في أنواع الإدراكات لكي تتوضّح عندنا القضيّة التي مفادها أن «لا وجود للملكيّة».

فإذا فعلنا، قلنا إنّ الفلاسفة يرجعون الإدراكات إلى أنواع، منها[517]:

أوّلا الحقائق. وهي المفاهيم التي لها ما يجسّدها في الواقع الخارجيّ. مثال ذلك مفهوم الأرض والسّماء والماء والإنسان وغير ذلك ممّا يدخله الفلاسفة تحت اسم التّصوّرات. زيادة على التّصوّرات تدخل في الحقائق ما يسمّيه الفلاسفة التّصديقات. مثال ذلك معاني هذه الأقوال: الماء جسم سائل، الأربعة زوج، إلخ[518]. وهكذا فمفهوم "الإنسان" ومعنى جملة "الماء جسم سائل" لهما مصاديق واقعيّة في الخارج، ومن ثمّ فهما من الحقائق.

---

[517] بدءًا من هنا سنعمد إلى نقل يكاد أن يكون حرفيّا لـ: كمال الحيدري، دروس في الحكمة المتعالية. شرح كتاب بداية الحكمة، مؤسّسة الإمام الجواد للفكر والثّقافة، د م، د ت، ج 1، ص 134 وما بعدها.

[518] انظر تفصيلا أكبر حول التّصوّرات والتّصديقات عند: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 15 وما بعدها.

ثانيا الاعتباريّات. وهي المفاهيم التي ليس لها ما يجسّدها في الواقع الخارجيّ، ولكنّ العقل يعتبر أنّ لها مصداقا في هذا الواقع. مثال ذلك الرّئاسة والمرؤوسيّة، والأبوّة والبنوّة[519]، ومثال ذلك ممّا يهمّنا مباشرة المالكيّة والمملوكيّة.

فإذا حلّلنا، لم نجد في الواقع الخارجيّ من الإنسان الرّئيس إلّا شخصه، أمّا رئاسته فلا وجود لها إلّا في اعتبار المجتمع والعقلاء. فإذا قرّر هؤلاء أنّه ليس رئيسا، لم يعد رئيسا. الأمر مختلف بالنّسبة إلى شخصه لأنّ الشّخص ليس موجودا في اعتبار المجتمع بل في الواقع الخارجيّ. والكلام نفسه ينطبق على المرؤوس. وهكذا إذا رأى المجتمع أن لا حاجة له بالرّئاسة، كفّ الرّئيس عن أن يكون رئيسا والمرؤوسون عن أن يكونوا مرؤوسين.

فإذا حلّلنا الآن الأبوّة، لم نجد في الخارج من الإنسان الأب إلّا شخصه، أمّا أبوّته فلا توجد إلّا في اعتبار المجتمع.

والكلام نفسه ينطبق على البنوّة.

نأتي الآن إلى المالكيّة والمملوكيّة. فإذا حلّلنا شيئا مملوكا، لم نجد في الواقع الخارجيّ إلّا الشّيء، أمّا مملوكيّته فأمر موجود في الأذهان لا في الأعيان. بتعبير مختلف: لا يوجد في الواقع الخارجيّ من الشّيء المملوك إلّا الشّيء، أمّا مملوكيّته فلا وجود لها إلّا في اعتبار المجتمع والعقلاء.

ويقاس على ما جاء أعلاه غير ذلك من الأمثلة[520]. لكن أهمّ من الأمثلة أن يُقال إنّ الإدراكات الحقيقيّة تمثّل انعكاسا للواقع في الذّهن البشريّ، أمّا الإدراكات

---

[519] انظر هذا المثال الذي جاء به "غيوم دوكام" (Guillaume d'Occam) وذلك عند: جون-لويس غارديس، م س، ص 164.

[520] من هذه الأمثلة فوج من الجيش يتكوّن من ألف جنديّ. فالفوج ككلّيّ لا وجود له إلّا في الاعتبار، خلافا لأفراد الفوج أو لمجموعة الجنود (أي الكلّ)، فهنا نحن أمام ما هو موجود بالفعل في

الاعتباريّة ففروض يضعها العقلاء استجابة لحاجة من حاجاتهم ولا واقع لها إلّا في إطار تلك الحاجة. لذلك فإنّ الإدراكات الواقعيّة ثابتة لا تتغيّر بتغيّر حاجة الإنسان. الأمر مختلف مع الإدراكات الاعتباريّة، فهي تابعة لحاجات العقلاء لتنظيم حياتهم، فتكون متغيّرة ومؤقّتة ونسبيّة وغير ضروريّة[521].

إذن هل الملكيّة موجودة؟

الواقع الخارجيّ. قرّب من: جون–لويس غارديس، م س، ص 211. انظر أيضا ما قيل في الفقرة 19 (الهامش) حول الكلّيّ والكلّ.

[521] هنا انتهى النّقل شبه الحرفيّ المتحدّث عنه أعلاه.

انظر أيضا حول الاعتباريّات: عبد الجبّار الرّفاعي، مبادئ الفلسفة الإسلاميّة، دار الهادي للطّباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، ط 1، 1422 هـ/ 2001 م، ج 2، ص 310 وما بعدها.

ومن أهمّ ما جاء في هذا الكتاب أنّ التّفكيك بين الإدراكات الحقيقيّة والاعتباريّة أمر مهمّ جدّا في العلوم، لأنّه كثيرا ما يقع الخلط فيطلب في الاعتباريّات ما لا ينبغي طلبه إلّا في الحقيقيّات. مثال ذلك الحدّ، فهو خاصّ بالمفاهيم الحقيقيّة. مع ذلك نجد من يطلبه في إطار المفاهيم الاعتباريّة. تفصيل ذلك "أنّ الحدّ عادة يتألّف من الجنس والفصل، وهذان يرتبطان بالماهية، ولذلك قالوا إنّ الحدّ بالماهية وللماهية، يعني إذا كانت هناك ماهية يكون لها حدّ، حيث نحلّل هذه ونجزّؤها إلى أجزائها التي هي الجنس والفصل، لأنّ الحدّ والتّعريف كما قلنا فيما سبق هو التّجزئة والتّحليل، وإذا لم يكن هذا المفهوم مفهوما ماهويّا فهو مفهوم بسيط غير قابل للتّجزئة والتّحليل". عبد الجبّار الرّفاعي، م س، ج 2، ص 316.

الجواب: الملكيّة ليست من الحقائق، بل من الاعتباريّات[522]؛ أي هي ليست موجودة في الأعيان، بل موجودة فقط في الأذهان[523].

---

[522] قرّب من:

مارغريت دافيس، الملكيّة. المعاني. التّواريخ. النّظريّات، راوتلدج، الولايات المتّحدة الأمريكيّة وكندا، 2007، ص 15 وما بعدها.

Margaret Davies, Property. *Meanings, Histories, Theories*, Routledge, USA and Canada, 2007, p. 15 ff.

[523] انظر هذا التّوصيف للملكيّة وقد أتي به في إطار حديث عن الفقه الإسلاميّ: "(لل) ملكيّة [...] معانٍ أربعة:

"المعنى الأوّل: الملكيّة الحقيقيّة الثابتة لله تعالى بالنّسبة إلى عباده، بل بالنّسبة إلى تمام عالم الإمكان. وهذه الملكيّة ليست ملكيّةً اعتباريّة أو تشريعيّة، بل هي ملكيّة حقيقيّة، مرجعها إلى الإحاطة والقيمومة التّكوينيّة من قِبله تبارك وتعالى، وإلى الافتقار الذّاتيّ لموجودات عالم الإمكان [...]

"المعنى الثّاني: الملكيّة الحقيقيّة أيضا، ولكن بنحو أدنى وأضعف من الملكيّة الأولى، وهي ملكيّة الإنسان لنفسه وذمّته وأعماله وشؤونه وهيئاته المتّصلة به؛ فإنّ الإنسان مالكٌ لهذه الأمور. وهذه الملكيّة ليست أمرا اعتباريّا أو مجعولاً على حدّ ملكيّة الإنسان للأموال الخارجيّة، بل هي أثرٌ واقعيّ حقيقيّ ثابت بقطع النّظر عن الجعل والاعتبار والتّشريع؛ فالإنسان مسلّط – بحسب طبعه – على نفسه وعلى فعله وذمّته، وهذه السّلطنة التّكوينيّة هي حقيقة هذه الملكيّة وروحها. أمّا ما يُقال من أنّ الحرّ لا يملك عمله، فينبغي أن يراد به عدم ملكيّته له بالملكيّة الاعتباريّة على حدّ مالكيّة المستأجر لعمل الأجير، أو على حدّ مالكيّة المولى لعمل عبده، لا على حدّ هذا النّحو من المالكيّة، وإلّا فهذا النّحو من السّلطنة والمالكيّة ثابت للإنسان بالإضافة إلى ذاته وأعماله وأفعاله بلا حاجةٍ إلى جعلٍ خارجيّ، ومن هنا تترتّب عليه آثار الملكيّة؛ فيجوز جعله عوضا ومعوّضا في باب الإجارة أو في باب البيع على مناسبات المقامات، مع اشتراطها فيها، وليس ذلك إلّا لتحقّق الملكيّة بهذا المعنى الواقعيّ، غير المحتاج إلى الجعل والاعتبار.

"المعنى الثّالث: الملكيّة المقوليّة، أي ما يسمّى في لسان الفلاسفة بمقولة الجدة؛ فإنّهم بعدما زعموا أنّ المقولات العرضيّة تِسْعٌ، اعتبروا مقولة الملك أو الجدة أحدها، ومثّلوا لذلك بالتّقمّص والتّعمّم والتّختّم

وثمّ سؤال فلسفيّ من نوع آخر: هل الملكيّة حقّ طبيعيّ؟ بتعبير مباشر أكثر: هل الملكيّة مشروعة؟ إنّ هذا السّؤال قديم قدم الملكيّة نفسها، وكذلك الجواب المقدّم له. حاصل هذا الجواب – على مرّ العصور والنّظريّات، ومن اليونانيين إلى اليوم – أنّ الملكيّة حقّ طبيعيّ وهي مشروعة. هذا عند البعض. أمّا عند البعض الآخر

ونحو ذلك. وهذا أيضا فردٌ حقيقيّ من الملكيّة، تكوينيّ وثابت بقطع النّظر عن الجعل والتّشريع والاعتبار، على حدّ سائر المقولات الحقيقيّة الأخرى.

"المعنى الرّابع: الملكيّة الاعتباريّة، وهي الملكيّة التي تُجعل للإنسان بالنّسبة إلى الأموال الخارجيّة ونحو ذلك، وهي ملكيّة غير حقيقيّة تختلف عن الملكيّات الثّلاث السّابقة". محمّد باقر الصّدر، م س (محاضرات تأسيسيّة)، ص 173 وما بعدها.

انظر أيضا: محمّد حسين الطّباطبائي، أصول الفلسفة والمنهج الواقعيّ، تقديم وتعليق مرتضى مطهّري. ترجمة عمّار أبو رغيف، د ن، د م، د ت، ج 1، ص 600 وما بعدها. ويمكن بشيء من التّصرّف القول إنّه جاء في هذا الكتاب – وتحت عنوان الاعتباريّات بعد الاجتماع – أنّ هنالك اختصاصا (أو امتيازا) هو الملك. وله أثر هو جواز جميع التّصرّفات. ويمكن أن نجد اختصاصات وامتيازات في ملك الآخرين. كما يمكن أن نعثر على اختصاصات في موارد غير الملك مثل الزّوجيّة والحبّ والمجاورة والأبوّة والبنوّة والقرابة وغير ذلك. وتسمّى جميع هذه الاختصاصات "الحقوق".

وحين تمّ التّفريق بين العين ومنفعتها، تمّ بالمناسبة نفسها التّفريق بين الاختصاص المتعلّق بالعين (وهو للمالك وحده. وإذا فقده، فقد صفة المالك) والاختصاص المتعلّق بمنافع العين (يمكن أن يكون ثمّ اختصاص مورده المنفعة وليس معه اختصاص موضوعه العين التي تنتج تلك المنفعة).

في مرحلة لاحقة، اضطرّ الإنسان إلى اعتبار المبادلة بسبب حاجته إلى الأعيان التي لا اختصاصات له عليها (والحاجة المذكورة يمكن تلبيتها بالقوّة لا بالمبادلة. هذا ما يفعله الأفراد فيما بينهم. لكن هذا أيضا ما تفعله الدّول مع تسمية القوّة واستعمالها مكان المبادلة – في أيّامنا – بأسماء أخرى ومع تغليف ممارسة تلك القوّة بمبرّرات معيّنة).

ولأنّ الأعيان التي يتمّ تبادلها غير متعادلة على مستوى القيمة، ظهرت الحاجة إلى إيجاد اعتبار جديد هو النّقود.

فالملكيّة سرقة، والغلّة يجب أن تكون للجميع والأرض يجب أن لا تكون لأحد[524].

79 في التّاريخ ◊ فإذا تركنا الفلسفة واهتممنا بالتّاريخ المستخلَص من دراسة القوانين والأعراف، أمكن أن نتحدّث عن الملكيّة (طبعا اهتمام الذين كتبوا في هذه المسألة انصبّ على ملكيّة العقّار، بل وتحديدا على ملكيّة الأرض، وهذا انعكاس لما رأيناه من تفوّق للعقّار على المنقول ومن تفوّق للأرض على غيرها من العقّارات الطّبيعيّة[525]) في العالم الغربيّ، ثمّ عن الملكيّة في الإسلام، ومن بعد ذلك في تونس.

في الغرب، ومنذ العصور الوسطى، مرّت الملكيّة بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى هي مرحلة الإقطاع حيث كانت الأرض خاضعة لعدّة مالكين. فمن كان يستعمل الأرض ويحرثها هو في معنى أوّل مالك لها. لكنّ السّيّد كان فوقه وكان يمارس على الأرض نفسها حقوقا. وفوق السّيّد نجد المَلِك. بل لا شيء يمنع من أن نجد بين السّيّد المباشر والمَلِك جملة من المالكين المتراتبين.

المرحلة الثّانية هي مرحلة تصوّر جديد للملكيّة بدأ مع نهاية العصر الوسيط وانتصر مع الثّورة الفرنسيّة. هذا التّصوّر مستمدّ من القانون الرّومانيّ، وحاصله أنّ الملكيّة

---

(524) انظر ما كتبه "لوران" حول هذه المسألة وبشيء من التّفصيل: لوران، م س، ج 6، الفقرة 87 وما بعدها، ص 115 وما بعدها.

هذا وإنّ قولة إنّ الملكيّة سرقة عرفت بأنّها لـ"برودون". فقد بدأ بها كتابه "ما الملكيّة؟" (سأل أيضا ما العبوديّة؟ وأجاب إنّها جريمة قتل).

ب-ج برودون، ما الملكيّة؟ الأعمال الكاملة لـ: ب-ج برودون، المكتبة الدّوليّة أ لاكروا وشركاؤه، باريس، 1873، ج 2، ص 13.

P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété? Œuvres complètes de P.-J. Proudhon*, Librairie internationale A. Lacroix et Cᵉ éditeurs, Paris, 1873, T. II, p. 13.

(525) انظر الفقرة 33 وما بعدها.

تامّة في الحدود التي تمارس فيها، وأنّها تضع بين يدي صاحبها حقّ تصرّف مطلق أو يكاد على ما فوق الأرض وما تحتها.

المرحلة الثّالثة تبدأ مع منتصف القرن التّاسع عشر. في هذه المرحلة، ودون تأثير من المطالب الاشتراكيّة، سقط التّصوّر المطلق. فكلّ شيء اليوم (تطوّر المواصلات الجوّيّة، استغلال الموارد الباطنيّة، إلخ) يدعو إلى عدم اعتبار الملكيّة تمتدّ فوقاً إلى عنان السّماء وتحتاً إلى أعمق الأعماق. بتعبير مغاير: أقرّ اليوم وبصفة تدريجيّة للدّولة وللمجموعة العامّة بحقّ سام على الأراضي[526]. بهذا أصبحت للملكيّة وظيفة اجتماعيّة[527].

---

[526] لم نفعل حول المراحل الثّلاث إلّا أن نقلنا وبصفة تكاد أن تكون حرفيّة ما جاء عند: جون-لويس غارديس، م س، ص 200 وما بعدها.

لتفصيل أكبر انظر:

أ إيزمان، درس أساسيّ في تاريخ القانون الفرنسيّ، مكتبة شركة مصنّف سيراي، باريس، 1912، ط 12، الكرّاس الأوّل، ص 758 وما بعدها.

A. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1912, 11e éd., 1er Fascicule, p. 758 s.

هنري هايام، بحث في حقّ الملكيّة وحدوده، أرتور روسو النّاشر، باريس، 1910، ص 9 وما بعدها.

Henri Hayem, *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1910, p. 9 s.

ألكسندر ن لاهوفاري، في الملكيّة في القانون الرّومانيّ. نظام الملكيّة العقّاريّة، أ تونو وشركاؤه، باريس، 1865، ص 14 وما بعدها.

Alexandre N. Lahovary, *Du* dominum *ou droit de propriété en droit romain. Du régime de la propriété foncière*, E. Thunot et Cie, Paris, 1865, p. 14 s.

[527] وفي إطار الغرب تنبغي إضافة هذا الكلام لـ: "بوتييه" (سنحاول ما استطعنا أن يكون النّقل حرفيّا): إنّ الله هو مالك العالم وما يحويه من أشياء. ولأجل النّوع البشريّ خلق الله الأرض وبقيّة المخلوقات. وفي البداية امتلك النّاس بصفة مشتركة ما وهبه الله لهم. هذا الاشتراك ليس اشتراكا إيجابيّا (كالاشتراك الذي نجده بين شخصين أو أكثر والذي موضوعه شيء لكلّ واحد منهم نصيب معيّن

وفي الإسلام نجد تصوّرا للملكيّة يقوم على الوجه التّالي: أوّلا أنّ المالك الأصليّ لكلّ شيء هو الله تعالى. ثانيا أنّ الإنسان مستخلف من الله فيما يملك. ينجرّ عن هذا أنّ الملكيّة التي تكون للأفراد لا يمكن أن تكون مطلقة، وهي تتكوّن من

فيه) بل هو اشتراك سلبيّ يتمثّل في أنّ الأشياء مشاعة بين الجميع، فلا يملكها أحد دون أحد، ولا يمكن لأحد أن يمنع أحدا من أخذ ما يرى أن يأخذه لسدّ حاجاته. ومن يستعمل شيئا، ينبغي للآخرين تركه يستعمله، فإذا فرغ – وكان الشّيء ممّا لا يفنى بالاستعمال – عاد الشّيوع السّلبيّ، وأمكن من ثمّ لشخص آخر أن يستعمل. ثمّ تكاثر النّوع البشريّ، واقتسم النّاس بينهم الأراضي وأغلب الأشياء الموجودة على السّطح. وما ناله الواحد من القسمة أصبح ملكا خاصّا به من دون البقيّة: هذه هي بداية الملكيّة. لكن لم تدخل كلّ الأشياء في القسمة. فأشياء كثيرة بقيت ولا زالت إلى اليوم داخلة في ذاك النّظام القديم للاشتراك السّلبيّ. تسمّى هذه الأشياء أشياء مشتركة (*res communes*)، ومنها الهواء والماء الذي يجري في الأنهار والبحار. وثمّ حيوانات دخلت في القسمة (ما نسمّيه حيوانات أهليّة، كالحصان والحمار والخروف والماعز والبقرة والكلب والدّجاجة وغير ذلك). لكن ثمّ أخرى بقيت خارجها، أي بقيت في الاشتراك السّلبيّ (الحيوانات الوحشيّة). وجميع الأشياء التي بقيت في الاشتراك والشّيوع السّلبيّ تسمّى أشياء مشتركة (*res communes*) حين ننظر إليها من زاوية من يريد الفوز بها. ويمكن أيضا تسميتها أشياء بدون مالك (*res nullius*) لأنّه لا مالك لها. والأشياء الموجودة في الشّيوع السّلبيّ يمكن تملّكها بواسطة الاستيلاء. بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 20 وما بعدها، ص 13 وما بعدها.

ودائما حول الغرب، وللاطّلاع على الإطار النّظريّ المرتبط بالملكيّة من مذهب ماركسيّ ورأسماليّ، انظر مثلا: محمّد باقر الصّدر، اقتصادنا، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1401 هـ/ 1981 م؛ سامنتا هيبورن، م س، ص 1 وما بعدها وص 5 وما بعدها. چيمس فولتشر، مقدّمة قصيرة عن الرّأسماليّة، ترجمة رفعت السّيّد علي، دار الشّروق، مصر، ط 1، 2011 (انظر النّسخة الأصليّة من هذا الكتاب: James Fulcher, *Capitalism. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2004).

عناصر ثلاثة: حقّ الله وحقّ الجماعة بالإضافة إلى حقّ الفرد المالك[528]. ويمكن القول إنّ "للملكيّة أنواعا ثلاثة. فهناك ملكيّة بقيت على أصلها ملكا لله لم تمسّها يد بشر [...] ولم ينتفعوا [...] (بها). وهنالك ملكيّة استحوذ عليها المجتمع البشريّ كلّه كالبحار الكبرى، أو الجماعات منه كملكيّات الشّعوب لما لا يزال عامّا مشتركا مشاعا بينهم، أو جماعات معيّنة كأهل قرية لهم مراع أو أراض مشتركة [...] فهذا النّوع من الملكيّة تعلّق به حقّ المجتمع البشريّ كلّه، أو بعض جماعاته، مع استمرار حقّ الله فيه الذي هو المالك الحقيقيّ [...] وهنالك أخيرا ملكيّة أحرزها إنسان بعينه، بسببٍ مشروعٍ اكتسب به على الشّيء المملوك حقّا خاصّا به لا ينازعه فيه غيره، يتصرّف فيه وينتفع بمنافعه وثمراته مع بقاء الأصلين السّابقين اللذين هما حقّ الله الأصليّ في الملك، وحقّ الجماعة التي يبقى لها – بعد إحراز الفرد الملكيّة – نوع خاصّ من الحقّ تظهر آثاره في أحكام الملكيّة الفرديّة نفسها وما تقيّد به من قيود وما تتحمّله من واجبات دون أن يعني ذلك نفيا للملكيّة الفرديّة"[529].

---

[528] عيسى عبده وأحمد إسماعيل يحيى، الملكيّة في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، د ت، ص 138 وما بعدها.

وجاء عند أحد الفلاسفة المعاصرين: "معلوم أنّه ليس في الآفات شرّ على الإنسان من الآفات التي يستتبعها الشّعور بالملكيّة [...] لذلك تكون إضافة ما يقتنيه الإنسان إلى الله تنبيها له على أنّ الله هو المالك الحقيقيّ، وعلى أنّ امتلاكه هو له ليس استحقاقا له، حتّى لا ينجرّ إلى البغي والطّغيان، وإنّما تكرّما منه سبحانه عليه، حتى يتصرّف فيه بما يقرّبه إلى حضرته". طه عبد الرّحمان، روح الحداثة. المدخل إلى تأسيس الحداثة الإسلاميّة، المركز الثّقافي العربيّ، الدّار البيضاء – المغرب، ط 1، 2006، ص 92.

[529] عيسى عبده وأحمد إسماعيل يحيى، م س، ص 140 وما بعدها.

وفي تونس كانت ملكيّة العقّارات محكومة بالفقه الإسلاميّ. ثمّ انتصب الاستعمار الفرنسيّ سنة 1881. ولم تكن أحكام هذا الفقه "تضمن [...] الأمن والاستقرار للمعمّرين الأوروبّيّين [...] (لذا ألحّت السّلطة الاستعماريّة) على ضرورة إقامة نظام عقّاريّ بالبلاد التّونسيّة يسمح بتوطيد الاستعمار ويجعله يتطوّر في مناخ طيّب ويتوسّع في الأراضي الشّاسعة والخصبة التي تبيحها له الحماية الفرنسيّة [...] وتلك كانت أغراض اللجنة المكلّفة بصياغة القانون العقّاريّ الجديد (المؤرّخ في غرّة جويلية 1885) [...] وقد ضبط هذا القانون [...] صيغا لتسجيل العقّارات التّونسيّة قصد تخليص الملكيّة من كلّ الحقوق العينيّة والمستندات الخفيّة"[530]. "وسرعان ما

وحول قيود الملكيّة كتب أحدهم "أنّ الفقهاء قد اتّفقوا على أنّه لا يجوز للمالك أن يتعمّد إيذاء غيره في تصرّفه في ملكه. وهذا النّهي يعاقب على فعله في الآخرة. وأمّا منعه في الدّنيا من قبل الحاكم، فالرّأي الغالب والرّاجح من أقوال الفقهاء هو أن يمنع من تصرّفه إذا تعمّد إيذاء الآخرين، ولم تتحقّق له أيّ منفعة من هذا التّصرّف. أمّا إذا تحقّقت له مصلحة، وكان لا يمكن أن ينتفع بملكه لو منع من هذا التّصرّف، فالرّأي هو أنّ له مطلق الحرّيّة في ملكه، لأنّ الحكمة التي شرعت من أجلها الملكيّة هي الانتفاع بالمملوك. فإذا قلنا بالمنع، لم تبق أيّ فائدة من هذا التّملّك". فريد محمّد الخطيب، م س، ص 146 وما بعدها (ملاحظة: سنعود إلى هذه المسألة حين سنتناول التّعسّف في استعمال الحقّ. الفقرة 101 وما بعدها).

انظر أيضا حول الملكيّة في الإسلام: محمّد كمال الدّين إمام، الفقه الإسلاميّ. قواعد الفقه ونظريّاته العامّة. نظريّة الحقّ. الملكيّة. نظريّة العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2007، ص 110 وما بعدها؛ محمّد باقر الصّدر، م س (اقتصادنا)، ص 257 وما بعدها؛ رضا البوخاري، «ملامح عن الملكيّة الخاصّة في الإسلام»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 289 وما بعدها؛ أحمد بن طالب، «تقنين مادّة الحقوق العينيّة»، مقالة منشورة في: م س (خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015)، ص 13 وما بعدها.

[530] علي المحجوبي، انتصاب الحماية الفرنسيّة بتونس، سراس للنّشر، تونس، ط 3، 1986، ص 128 وما بعدها.

انتقلت إلى أيدي المعمّرين – وبطرق شتّى – ثمانمائة ألف هكتار من الأراضي، أي خمس المساحة الصّالحة للزّراعة والواقعة في أكثر الجهات خصبا فحقّقوا في تلك الأراضي نجاحا تقنيّا وكدّسوا ثروات طائلة"[531]. وهكذا حقّق الاستعمار أهمّ غاياته التي عبّر عنها بوضوح المقيم العامّ "پول كامبون" (Paul Cambon) حين كتب في تقريره سنة 1882 حول الوضعيّة المعنويّة والسّياسيّة لتونس وحول الثّروات المادّيّة التي تمكّن منها للإدارة الفرنسيّة: "لقد أذهلتني كثيرا وفرة كلّ هذه الثّروات الطّبيعيّة. وأنا مقتنع أكثر فأكثر بأنّ فرنسا لو أخذت على عاتقها الإدارة الماليّة لهذا البلد، فإنّها ستحصل على ثمن سخيّ وبسرعة. إنّ احتلال تونس لن يكون فقط عملا سياسيّا كبيرا، بل سيصبح صفقة تجاريّة جيّدة"[532].

---

[531] علي المحجوبي، تاريخ تونس من عصور ما قبل التّاريخ إلى الاستقلال، سراس للنّشر، تونس، 2011، ص 102.

[532] النّصّ الأصليّ:

"J'ai été très frappé de l'abondance de toutes ces richesses naturelles et je suis de plus en plus convaincu que si la France prend en charge l'administration financière de ce pays elle sera largement et rapidement payée de ses sacrifices. L'occupation de la Tunisie ne sera pas seulement un grand acte politique, elle deviendra une bonne affaire commerciale".

أ أ تونس. المجلّد 68–كامبون إلى فريسينات–تونس، 12 ماي 1882، منشور في: علي المحجوبي، انتصاب الحماية في تونس، منشورات جامعة تونس، تونس، 1977، ص 291.

A.E. Tunis. Vol. 68-Cambon à Freycinet-Tunis, 12 mai 1882, in: Ali Mahjoubi, *L'établissement du protectorat en Tunisie*, Publication de l'Université de Tunis, Tunis, 1977, p. 291.

انظر من أشار إلى هذه الرّسالة ومن الكتاب نفسه وذلك في إطار مقالة تتعلّق بتطوّر نظام التّسجيل والإشهار: محمّد كمال شرف الدّين، التّطوّر التّاريخيّ للنّظام التّونسيّ. التّسجيل والإشهار (1885 – 1985)، القضاء والتّشريع 1987، عدد 9، ص 27.

ممّا تقدّم ينبغي الاحتفاظ بكون العقّار صار في تونس قسمين: عقّار مسجّل يحكمه القانون العقّاريّ لسنة 1885، وعقّار غير مسجّل بقي يحكمه الفقه الإسلاميّ بالأساس[533].

بعد الاستقلال سنة 1956، صدرت مجلّة الحقوق العينيّة (12 فيفري 1965)[534] وصار قسما العقّارات خاضعين لأحكامها. ولقد قال واضعو هذه المجلّة إنّها تقوم على فكرة أنّ الملكيّة وظيفة اجتماعيّة[535].

---

[533] انظر حول هذه المسألة:

ب بيوليه، نظام الملكيّة العقّاريّة في تونس، أرتور روسو، باريس، 1897.

P. Piollet, *Régime de la propriété foncière en Tunisie*, Arthur Rousseau, Paris, 1897.

ج دي سوربييه دي بونادوراس، القضاء الفرنسيّ بتونس، مطبعة غوستاف فيرمين ومونتان، مونبيلييه، 1897، ص 326.

G. de Sorbier de Pougnadoresse, *La justice française en Tunisie*, Imprimerie Gustave Firmin et Montane, Montpellier, 1897, p. 326.

[534] تعرّضنا سابقا إلى مراحل صياغة هذه المجلّة، وذلك في الفقرة 12 (الهامش).

[535] جاء في الأعمال التّحضيريّة (الرّائد الرّسميّ، مداولات مجلس الأمّة، العدد 12، الاثنين 23 محرّم 1385، الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 191 وما بعدها) حول مسألة الوظيفة الاجتماعيّة كأساس لحقّ الملكيّة في القانون التّونسيّ: "إنّ حقّ الملكيّة حسب المبدأ التّقليديّ كان حقّا مقدّسا لا يقبل التّحديد وكان حقّا مطلقا يشمل حتّى حقّ الإتلاف. وهذا يتنافى ومصلحة المجتمع المتمثّلة في ضرورة رفع المنتوج القوميّ واعتبار أنّ كلّ عمل فرديّ له تأثير على المصلحة العامّة، ومن ذلك أتى مبدأ اعتبار الملكيّة وظيفة اجتماعيّة مثل كلّ الوظائف التي يطالب في استعمالها حسن الاستعمال. وقد أقرّ دستور البلاد مبدأ الملكيّة كوظيفة اجتماعيّة حسب صريح الفقرة التي قبل الأخيرة من توطئته وفصله الرّابع عشر. وهذا المبدأ تجسّم بصفة كاملة في هذه المجلّة".

وجاء في صفحة 197 (تقرير حول لائحة مجلّة الحقوق العينيّة): "اجتمعت لجنة الشّؤون السّياسيّة [...] وتبيّن لها من دراسة المجلّة ما تختصّ به من مميّزات هامّة وهي [...] إدخال تعديلات عميقة على حقّ الملكيّة باعتبارها أوّلا وقبل كلّ شيء وظيفة اجتماعيّة، وذلك تماشيا مع سياستنا الاقتصاديّة

والاجتماعيّة التي ضبطتها مبادئ وأهداف الاشتراكيّة الدّستوريّة التي أقرّها مؤتمر بنزرت. واللجنة تلفت بالخصوص أنظار المجلس إلى أهمّيّة الفصول 20 و21 و23 مع أنّها تقرّ حقّ الملكيّة الذي ضمنه الدّستور التي (هكذا وردت) تحدّ من هذا الحقّ بما فيه مصلحة الفرد ومصلحة المجموعة على حدّ السّواء وذلك تماشيا مع الأحكام العامّة للدّستور أيضا التي تنصّ في فصلها 14 على أنّ «حقّ الملكيّة مضمون ويمارس في حدود القانون»، ومع توطئة الدّستور التي تنصّ على «توفير أسباب الرّفاهية بتنمية الاقتصاد واستخدام ثروة البلاد لفائدة الشّعب»، وفي هذا الصّدد ينصّ الفصل 21 بالحرف على ما يلي: «على المالك أن يراعي في استعمال حقّه ما تقضي به النّصوص التّشريعيّة المتعلّقة بالمصلحة العامّة والخاصّة»".

وجاء أيضا في صفحة 197 وما بعدها (تقديم مشروع المجلّة من قبل مقرّر لجنة الشّؤون الماليّة والاقتصاديّة): "ما انفكّ المشرّع التّونسيّ يسعى إلى أن يمدّ بلادنا بقوانين وطنيّة تستمدّ مصادرها من تقاليدنا ومن القواعد التي ظهرت مزاياها بالبلدان الأخرى وجعلها متماشية مع سياستنا العامّة ونهضتنا الاقتصاديّة. ومشروع مجلّة الحقوق العينيّة التي نحن بصدد درسها اليوم إنّما هي حلقة أخرى من حلقات تشريعنا القوميّ. لقد جاء الفصل 14 من الدّستور بإقرار الملكيّة في حدود القانون. لكن فهم حقّ الملكيّة يتغيّر حسب تطوّر سياستنا ووضعنا الاقتصاديّ إذ صرنا نؤمن بأنّ الملكيّة وظيفة اجتماعيّة يجب المحافظة عليها وتنميتها حتّى لا تبقى أملاك مهملة، كما وجب العمل على المحافظة على إنتاجيّة الأملاك العقّاريّة وإحيائها [...] (ويواصل المقرّر قائلا:) والجدير بالذّكر في هذا الشّأن أنّ هذه المجلّة تقرّ مبدأ الوظيفة الاجتماعيّة التي نريد أن تتّصف بها العقّارات في عصرنا هذا ونحن نخوض معركة اقتصاديّة ترمي إلى استثمار كلّ الإمكانيّات فأصبحت الملكيّة حقّا يخوّل لصاحب الشّيء وحده استعماله واستغلاله والتّفويت فيه فقط دون أن يكون لصاحب الشّيء حقّ إهماله وإتلافه، الأمر الذي كان معمولا به سابقا، وفهمنا للملكيّة في نطاق اشتراكيّتنا الدّستوريّة يجعلنا لا نترك المجال لمالك العقّار (في) حقّ الإهمال".

كما جاء في صفحة 198 (تقديم مشروع المجلّة من مقرّر لجنة الشّؤون الثّقافيّة والاجتماعيّة): "سعيا وراء تمكين محاكمنا من قوانين وطنيّة تستمدّ مصادرها من تقاليدنا وتتماشى مع العصر وتتلاءم مع اتّجاهنا الاقتصاديّ والاجتماعيّ، جاء مشروع مجلّة الحقوق العينيّة متمّما لسلسلة المجلاّت العصريّة التي توالى إعدادها وإصدارها منذ الاستقلال والمتمثّلة في مجلّة الأحوال الشّخصيّة والمجلّة التّجاريّة ومجلّة المرافعات المدنيّة ومجلّة التّجارة البحريّة ومجلّة الجنسيّة. وموضوع مجلّة الحقوق العينيّة يتمثّل في ضبط

نظام العقّارات وحقّ الملكيّة والحقوق المتفرّعة عنه. ويقتضي مشروع هذه المجلّة [...] إدخال تعديلات عميقة على حقّ الملكيّة تقتضي اعتباره وظيفة اجتماعيّة وذلك تماشيا مع المبادئ التي نعتمدها في سياستنا الاقتصاديّة والاجتماعيّة والقائمة على الاشتراكيّة. والفصل 21 يقرّ حقّ الملكيّة، غير أنّه يلزم المالك أن يراعي في استعمال حقّه ما تقتضيه النّصوص التّشريعيّة المتعلّقة بالمصلحة العامّة أو بالمصلحة الخاصّة، وفي هذا ما يحقّق الأهداف التي يرمي إليها اعتبار الملكيّة وظيفة اجتماعيّة".

أخير جاء في ص 201 (كلمة كاتب الدّولة للعدل): "وهذه الحلول كلّها مستوحاة مثلما تعرّض لها شرح الأسباب وتقارير اللجان من فكرة سياسة دأبت عليها الحكومة منذ زمان وكانت أساسا لمقرّرات مؤتمر المصير (مؤتمر الحزب الحاكم آنذاك) من أنّ الملكيّة وظيفة اجتماعيّة".

وكما يُرى تكرّر كثيرا أنّ الملكيّة في المجلّة تتأسّس على فكرة أنّها وظيفة اجتماعيّة. كما تكرّر أنّ هذا يمثّل تغييرا عميقا. هنا ينبغي أن نحترز. فالملكيّة في القانون الإسلاميّ الذي كان معمولا به قبل المجلّة (على مستوى العقّارات غير المسجّلة) هي مقيّدة بالمصلحة العامّة والخاصّة، ومن ثمّ فإنّ أساسها يلتقي مع ما يسمّى "الوظيفة الاجتماعيّة" (بل ربّما بشكل متقدّم على القانون التّونسيّ كما يبرز ذلك من خلال أمثلة متعدّدة منها مثال الكلأ. انظره في الفقرة 15 وفي الفقرة 144).

على كلّ انظر حول الوظيفة الاجتماعيّة للملكيّة: محمّد الحبيب بودن، «الملكيّة وظيفة اجتماعيّة»، القضاء والتّشريع، ماي 1967، ص 7؛ الحبيب بودن، «الملكيّة وظيفة اجتماعيّة»، القضاء والتّشريع، جوان 1975، ص 189 (وفي القانون الإسلاميّ والقانون العراقيّ انظر: منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعيّة للملكيّة الخاصّة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون العراقيّ، وزارة الإعلام، الجمهوريّة العراقيّة، 1977).

وانظر تفاصيل أخرى حول تاريخ الملكيّة في تونس:

حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 103 وما بعدها، ص 79 وما بعدها؛ الهادي سعيّد، م س، ص 125 وما بعدها؛ إبراهيم عبد الباقي، شرح أحكام تصفية الأحباس، الشّركة التّونسيّة لفنون الرّسم، تونس، 1958؛ الحبيب الشّطّي، «ملكيّة الأراضي الفلاحيّة في تونس»، القضاء والتّشريع، أفريل 1990، ص 67؛ علي كحلون، م س (القانون العقّاريّ الخاصّ)، ص 21 وما بعدها؛ علي كحلون، م س (نظام السّجلّ العقّاريّ)، ص 24 وما بعدها؛ ب بيوليه، م س.

حافظ بن صالح، الأراضي الاشتراكيّة في تونس، مركز الدّراسات والبحث والنّشر، تونس، 1973.

Hafedh Ben Salah, *Les terres collectives en Tunisie*, CERP, Tunis, 1973.

80 تقسيم الجزء الأوّل ◊ هذه بعجالة أهمّ المحطّات التي مرّ بها حقّ ملكيّة العقّارات في تونس. فإذا أردنا الاهتمام بحقّ ملكيّة العقّارات والمنقولات معا، ثمّ إذا أردنا الاعتناء بحقّ الملكيّة في حدّ ذاته لا بتطوّراته، وجب البدء بملاحظة أنّ هذا الحقّ يمكن أن يكون صاحبه شخصا (طبيعيّا أو معنويّا) وفردا واحدا (الملكيّة الفرديّة) كما يمكن أن يكون أكثر من فرد (ملكيّة مشتركة بين شخصين فما يزيد، أي مشاعة بينهم).

وللملكيّة الفرديّة أحكام هي نفسها أحكام الملكيّة المشاعة. لكن للملكيّة المشاعة، زيادة على ما سبق، أحكام خاصّة بها.

لويس هوسات، وضعيّة الأراضي الاشتراكيّة والتّثبيت في الأرض للأهالي في تونس، المطبعة الفنّيّة والاقتصاديّة، باريس، 1939.

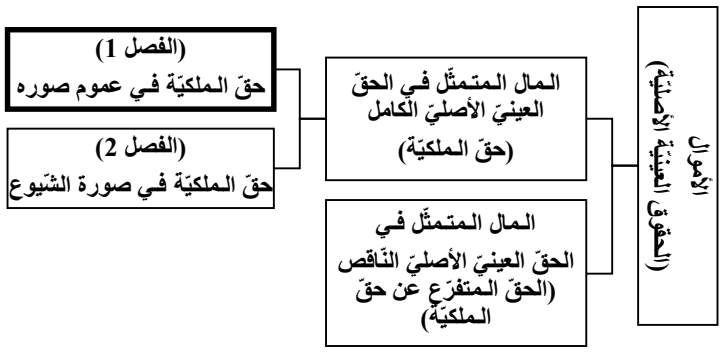
Louis Housset, *Le statut des terres collectives et la fixation au sol des indigènes en Tunisie*, Lib. Techniques et Économiques, Paris, 1939.

جون ترّاس، بحث في الأحباس في الجزائر وتونس، مطبعة الإنقاذ العامّ، ليون، 1899.

Jean Terras, *Essai sur les biens habous en Algérie et en Tunisie*, Imp. et lithographie du salut public, Lyon, 1899.

لذا ينبغي تقسيم دراسة حقّ الملكيّة إلى قسمين: قسم لحقّ الملكيّة في عموم صوره (الفصل الأوّل)، وقسم لحقّ الملكيّة في صورة الشّيوع (الفصل الثّاني)[536].

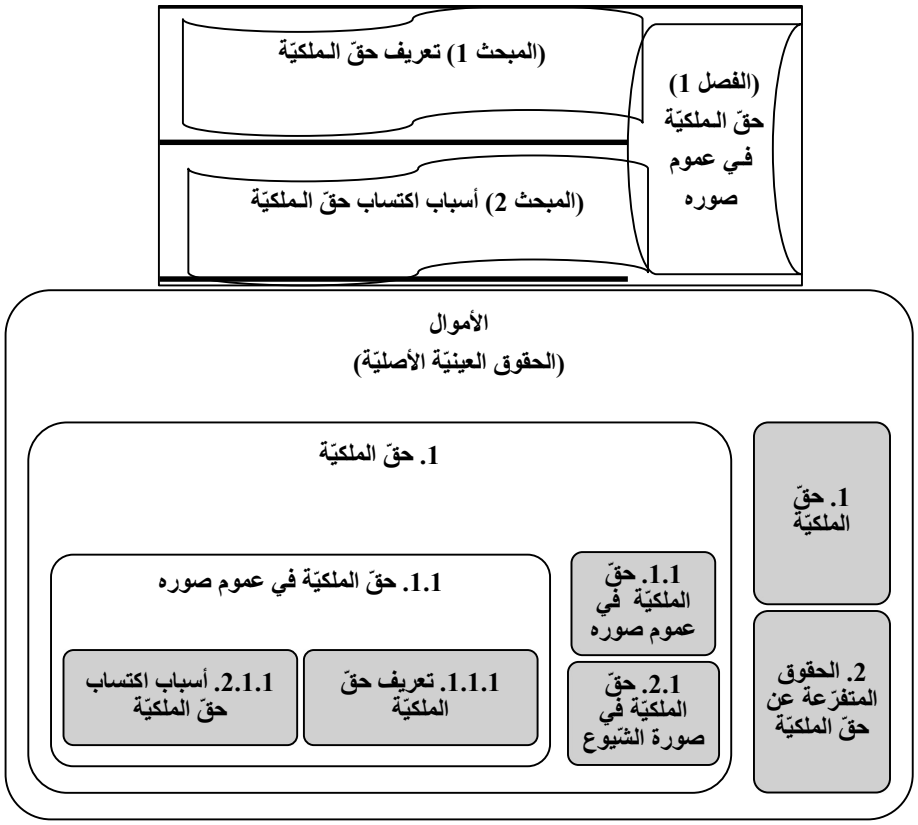
(536)



الفصل الأوّل
حقّ الملكيّة في عموم صوره

81 تقسيم البحث ◊ تقتضي دراسة حقّ المللكيّة في عموم صوره: تعريف هذا الحقّ (المبحث الأوّل)، ثمّ تناول أسباب اكتسابه (المبحث الثّاني)[537].

(537)



المبحث الأوّل: تعريف حقّ الملكيّة

82 الملكيّة حكمٌ ينظّم الفعل بصفة غير مباشرة ◊ تتكوّن كلّ قاعدة قانونيّة من فرض hypothèse أو وقائع faits ومن حلّ solution أو حكم dispositif (ثمّ من يقول – متّبعًا الاصطلاح المنطقيّ المتعلّق بمكوّنات القضيّة proposition – موضوع sujet ومحمول prédicat)[538]. أمّا دورها فيتمثّل في تنظيم الفعل البشريّ. هذا التّنظيم يحويه مكوِّن القاعدة الثّاني، أي الحلّ أو الحكم. والحلّ أو الحكم إمّا أن نجد فيه تنظيما للفعل بصفة مباشرة وإمّا تنظيما للفعل بصفة غير مباشرة.

فإذا بدأنا بنوع التّنظيم الأوّل، قلنا إنّ الإنسان – في علاقته بالفعل، أيَّ فعل – إمّا أن يأتيه وإمّا أن لا يأتيه. فعالم الممكن إذن يتكوّن من الفعل ومن عدم الفعل. ويمكن للقاعدة القانونيّة (بالتّدقيق: يمكن للحكم فيها) أن تلغي عدم الفعل، أو أن تلغي الفعل، أو أن تترك الفعل وعدم الفعل. وإلغاء عدم الفعل يسمّى في الاصطلاح القانونيّ "الوجوب" (obligation)، أمّا إلغاء الفعل فيسمّى "المنع"

---

[538] مثاله ممّا سبق معنا الفصل 23 من مجلّة الحقوق العينيّة حين قال: "العقّارات التي لا مالك لها، ملك للدّولة". يحوي النّصّ قاعدة قانونيّة (قد نجد قاعدة قانونيّة واحدة في نصّين أو أكثر، كما قد نجد أكثر من قاعدة في نصّ واحد)، أي يحوي فرضا وحكما. والفرض في الفصل 23 هو: «عقّار لا مالك له»؛ أمّا الحكم فهو «ملكيّةٌ صاحِبتُها الدّولة».

وينبغي أن نعطي مثالا آخر: الفصل 18 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة. يقول: "تعدّد الزوجات ممنوع". والفرض في القاعدة التي حواها هذا النّصّ هو «تعدّد الزّوجات»، أمّا الحكم في هذه القاعدة فهو «المنع».

انظر حول القول إنّ كلّ قاعدة قانونيّة تحوي فرضا وحكما: عبد المجيد الزّرّوقي، مقدّمة للقانون (درس غير منشور، ألقي في كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة في السّنة الجامعيّة 2009/ 2010)؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أصول الفقه)، الفقرة 33 وما بعدها.

(interdiction). أخيرا يأتي ترك القاعدة القانونيّة الفعل وعدم الفعل دون إلغاء. ويسمّى هذا في العرف القانونيّ "الحقّ" (droit) أو "الإباحة" (permission). وهكذا فالقاعدة القانونيّة (الحكم فيها) التي تنظّم مباشرة الفعل: إمّا أن توجبه، وإمّا أن تمنعه، وإمّا أن تعطي الحقّ فيه وتبيحه[539].

زيادة على ما سبق قد يرد في الحكم ما ليس وجوبا ولا منعا ولا حقّا. مثال ذلك نصّ تعرّضنا إليه سابقا هو الفصل 24[540]. يقول النّصّ: "من وضع يده بنيّة التّملّك على منقول لا مالك له، صار مالكا له". هنا الفرض «وضع يد على منقول لا مالك له» والحكم هو «ملكيّةٌ صاحبها واضعُ اليد». هذا الحكم ليس وجوبا ولا منعا ولا حقّ فعل وعدم فعل، أي هو حكم لا يتمثّل في تنظيم للأفعال. لكن، لأنّ دور المشرّع أن ينظّم الأفعال، لا بدّ من أنّه ثمّ في القانون حكم مرتبط بحكم الفصل 24، وهذا الحكم فيه تنظيم للأفعال (مثلا: حكم يقول للمالك حقّ فعل كذا وعدم فعله؛ أو حكم يقول: يجب على المالك أن يفعل كذا؛ أو حكم يقول: يمنع على المالك فعل كذا). على هذا فالحكم الوارد في الفصل 24 ينظّم الأفعال بتوسّط حكم آخر يوجب، أو يمنع، أو يعطي الحقّ في الفعل وعدم الفعل. بعبارة واحدة: الحكم الوارد بالفصل 24 ينظّم الأفعال، لكن بصفة غير مباشرة[541].

---

[539] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، «الحجّة العقليّة ومجلّة الالتزامات والعقود. دراسة تحليليّة للعلاقة بين القواعد القانونيّة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 20 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (مقدّمة للقانون)؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أصول الفقه)، الفقرة 32 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، «التّفكير العكسيّ. دراسة في المنهجيّة القانونيّة المقارنة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 37.

[540] انظر الفقرة 15.

[541] حول الأحكام المنظّمة للفعل بصفة غير مباشرة كالملكيّة والزّوجيّة والسّببيّة والشّرطيّة والبطلان والصّحّة وغير ذلك، انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، «الحجّة العقليّة ومجلّة الالتزامات والعقود. دراسة تحليليّة للعلاقة بين القواعد القانونيّة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 20 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س

فإذا تثبّتنا في المثال الذي بين أيدينا، وجدنا أنّ الحكم هو الملكيّة. وعليه فالملكيّة حكم، وتحديدا حكم ينظّم الأفعال بصفة غير مباشرة.

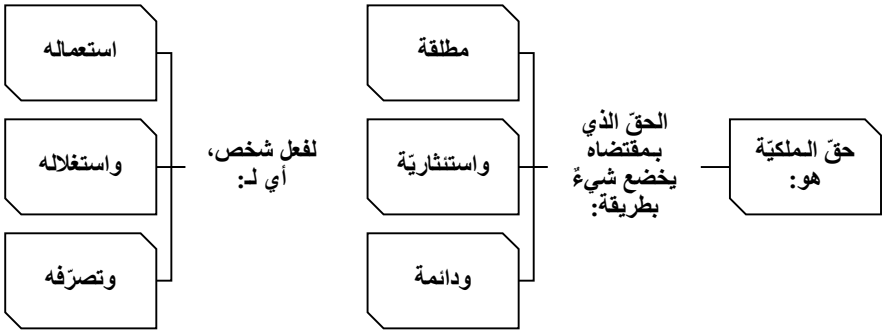
83 تقسيم البحث في الملكيّة ◊ والملكيّة[542] عُرّفت في الفصل 17، فقيل إنّها حقّ استعمال شيء، وحقّ استغلاله، وحقّ التّصرّف فيه[543]. لكن ينبغي إتمام هذا التّعريف بالقول إنّ حقّ الملكيّة هو حقّ استعمال شيء واستغلاله والتّصرّف فيه بطريقة مطلقة ودائمة واستئثاريّة[544] (سنتبيّن أنّ هذه الإضافة – وفي المعنى الذي

(مقدّمة للقانون)؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أصول الفقه)، الفقرة 32 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، «التّفكير العكسيّ. دراسة في المنهجيّة القانونيّة المقارنة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 37.

[542] قلنا سابقا – في الفقرة 19 الهامش – إنّ من ينظر إلى أمثلة الحقوق (وكنّا وقتها نتناول الحقوق غير الماليّة) يجد أن من البيّن في بعضها أنّه يتمثّل في إمكانيّة فعل وعدم فعل (حقّ التّرشّح مثلا هو إمكانيّة التّرشّح وعدم التّرشّح). لكن في البعض الآخر لا نستطيع من الوهلة الأولى أن نتحدّث عن فعل وعدم فعل (مثلا حقّ تربية الأبناء ليس إمكانيّة تربية وعدم تربية الأبناء)، بل ينبغي أن نتقدّم أكثر لنجد إمكانيّة الفعل وعدم الفعل (إمكانيّة تدريسهم في هذه المدرسة أو عدم تدريسهم فيها، إلخ). والكلام نفسه يصحّ عن الحقوق الماليّة، ومنها حقّ الملكيّة. هنا – أي في حقّ الملكيّة – نحن أمام إمكانيّة فعل وعدم فعل محلّها عين. لذلك نحن أمام حقّ عينيّ. ثمّ إنّ الفعل ليس التّملّك وإلّا لصار النّصّ يقول: «حقّ الملكيّة وعدم الملكيّة هو الحقّ في استعمال الشّيء واستغلاله والتّفويت فيه». وهذا معنى غير معقول.

[543] في الحقيقة، النّصّ العربيّ لم يستعمل عبارة التّصرّف بل عبارة التّفويت. انظر حول هذه النّقطة ما سيرد في الفقرة 84.

[544] ويمكن أن نقول ما جاء في المتن بعبارات أخرى: حقّ الملكيّة هو الحقّ الذي بمقتضاه يخضع شيء بطريقة مطلقة واستئثاريّة ودائمة لإرادة وفعل شخص (الفعل = استعمال + استغلال + تصرّف). انظر في القانون الفرنسيّ: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 190، ص 151؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 87، ص 79.



وإن شئنا قلنا:

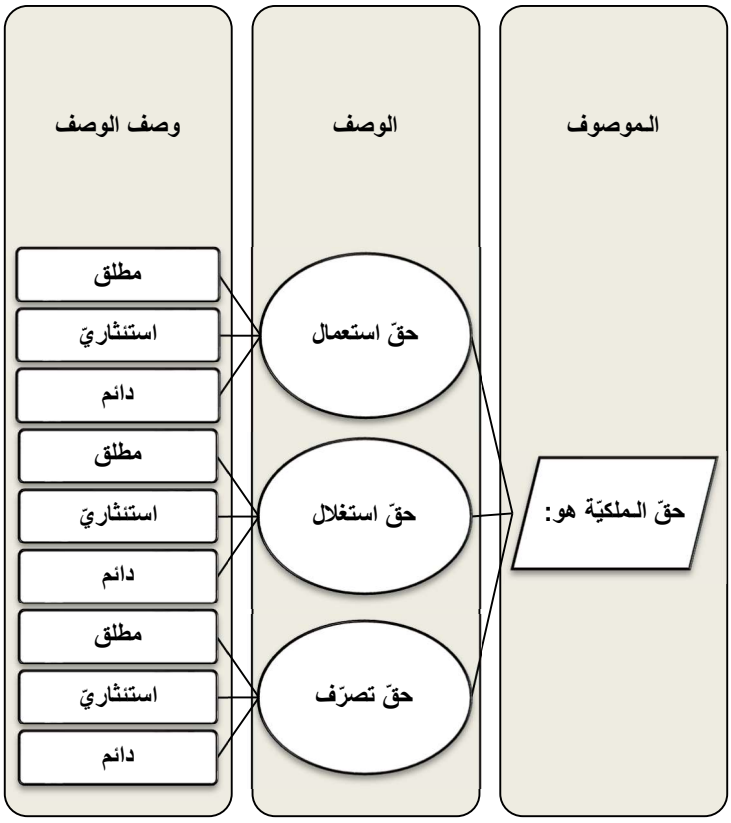
من جهة:

تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة أوصافه (حقّ الملكيّة [الموصوف] هو حقّ الاستعمال [وصفٌ أوّلٌ]، وحقّ الاستغلال [وصفٌ ثان]، وحقّ التّصرّف [وصفٌ ثالث]).

ومن جهة أخرى:

تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة أوصاف أوصافه (حقّ الملكيّة [الموصوف] هو حقّ استعمال [وصفٌ]، وحقّ استغلال [وصفٌ ثان]، وحقّ تصرّف [وصفٌ ثالث]) مطلقٌ [وصفٌ أوّلٌ للاستعمال والاستغلال والتّصرّف] واستئثاريٌّ [وصفٌ ثان للاستعمال والاستغلال والتّصرّف] ودائمٌ [وصفٌ ثالثٌ للاستعمال والاستغلال والتّصرّف].

سنعطيه لها – لا تمسّ في شيء من القول الذي سبق معنا والذي مفاده أنّ الملكيّة وظيفة اجتماعيّة. سنبيّن أيضا أنّ الاستئثار ورد في الفصل 17. أمّا الإطلاق والدّوام، فيمكن القول بهما انطلاقا من النّصّ نفسه ومن نصوص أخرى).



بهذه الإضافة يصبح التّعريف تعريفين: تعريف لحقّ الملكيّة من حيثيّة مكوّناته (الفقرة الأولى)، وتعريف لحقّ الملكيّة من حيثيّة كيفيّة عمل هذه المكوّنات (الفقرة الثّانية)[545].

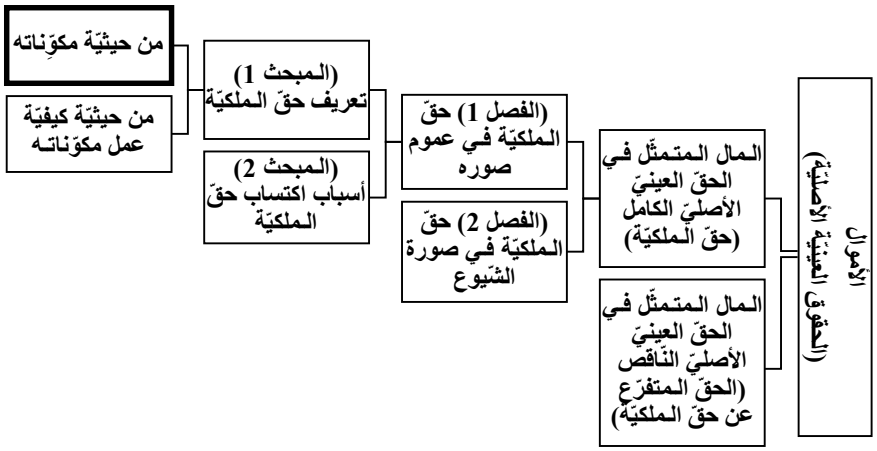
الفقرة الأولى: تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة مكوّناته

84 التّصرّف والتّفويت ◊ قيل منذ قليل إنّ الفصل 17 من مجلّة الحقوق العينيّة أرجع حقّ الملكيّة إلى ثلاثة حقوق:

حقّ الاستعمال (في الوسط القانونيّ الفرنسيّ يُسمّى: droit d'usage, *usus*, *jus utendi*[546])،

وحقّ الاستغلال (في الوسط القانونيّ الفرنسيّ يُسمّى: droit de jouissance, *fructus*, *jus fruendi*[547])،

(545)



(546) انظر: بيار فواران وجيل غوبو، م س، ج 1، ص 253.

(547) انظر: المكان نفسه.

وحقّ التّصرّف (في الوسط القانونيّ الفرنسيّ يُسمّى: droit de disposition, *abusus, jus abutendi*[548]).

وفي الحقيقة فإنّ عبارة التّصرّف (disposition) جاءت في الصّياغة الفرنسيّة للفصل 17. وتعني في العرف: من جهة التّفويت (aliénation)، أي بيع الشّيء وهبته والإيصاء به (إلخ)؛ ومن جهة أخرى رهنه والتّنازل عنه وإفناءه (بالإضافة إلى غير الإفناء من صنوف التّصرّف المادّيّ)[549]. أمّا في الصّياغة العربيّة للفصل 17، فجاءت عبارة التّفويت. والسّؤال: ماذا أراد المشرّع في الفصل 17: التّصرّف أم التّفويت؟•

إذا اتّبعنا الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود، وجب إعطاء عبارة التّفويت في النّصّ العربيّ للفصل 17 (وهو النّصّ الرّسميّ) معناها الوضعيّ، وهو إخراج الشّيء

---

[548] انظر: المكان نفسه.

ويقول أحدهم (ألكسندر ن لاهوفاري، م س، ص 2) إنّ لدى الرّومان ثلاث عبارات:

uti، وتعني استعمل user؛

frui، وتعني أخذ الغلال percevoir les fuits؛

abuti، وتعني التّصرّف بطريقة نهائيّة disposer d'une manière définitive.

فإذا ذهبنا إلى واحد من الكتب التي تدرس الملكيّة في القانون الأنجلوسكسونيّ (سامنتا هيلبورن، م س، ص 3)، وجدناه يتحدّث عن:

"حقّ استعمال واستغلال المال، وحقّ التّفويت فيه (نقله والإيصاء به)".

النّصّ الأصليّ:

"the right to use and enjoy the property; and the right to alienate (that is, transmit, devise or bequeath) the property".

[549] حول التّصرّف بقسميه المادّيّ والقانونيّ، انظر ما سيرد في الفقرة 115 وما بعدها.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

والافتقار منه[550]. بعد ذلك – ودائما حسب الفصل 532 – وجب إعطاء العبارة معناها العرفيّ، وهو كما تقدّم بيع الشّيء وهبته والإيصاء به (إلخ). أخيرا وجب البحث إن لم يكن المشرّع قد أراد من العبارة معنى ثالثا. الجواب: نعم أراد المشرّع هذا المعنى الثّالث. ما الحجّة؟ الحجّة هي سياق النّصّ. فمن خلال الفصل 24 نفهم أن للمالك حقّ التّنازل عن الشّيء، ومن خلال الفصل 201 وما بعده نفهم أن له حقّ رهنه. كلّ هذا يعني أنّ عبارة التّفويت في الفصل 17 أريد منها في التّشريع ما هو معنى عرفيّ للتّصرّف. بعبارة واحدة: التّفويت في الفصل 17 في صياغته العربيّة هو التّصرّف. وعليه لا يوجد اختلاف مع النّصّ الفرنسيّ لأنّ هذا استعمل عبارة التّصرّف. وثمّ حجّة أخرى. فالأعمال التّحضيريّة أكّدت على أنّ الملكيّة المنظّمة في المجلّة تخوّل "لصاحب الشّيء وحده استعماله واستغلاله والتّفويت فيه فقط [...] دون أن يكون له حقّ إهماله وإتلافه"[551]. وهكذا استثني الإتلاف من التّفويت. هذا يعني أنّ المقصود بالتّفويت ليس التّفويت بمعناه العرفيّ الذي هو البيع والهبة

---

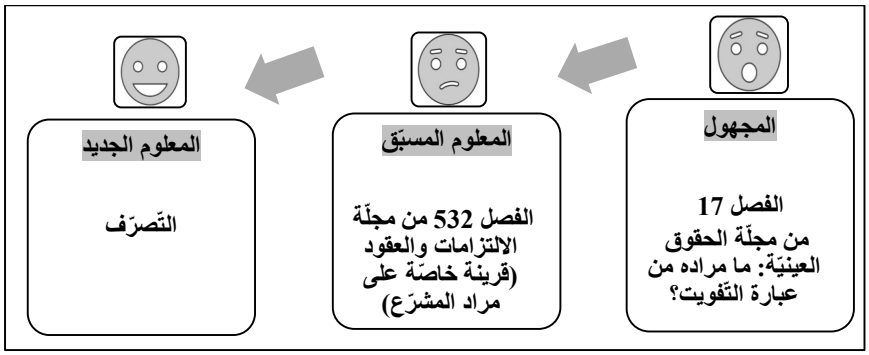
[550] انظر تحت عبارة "فوت": محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني أبو الفيض الملقّب بمرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د م، د ت.

[551] انظر: الرّائد الرّسميّ، مداولات مجلس الأمّة، العدد 12، الاثنين 23 محرّم 1385، الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 198.

والإيصاء (إلخ)، بل تفويت آخر يمكن أن يُخرَج منه الإفناء، أي المقصود التّصرّف(552).

ممّا تقدّم يبرز أنّ المشرّع أراد في الفصل 17 أنّ حقّ الملكيّة يتكوّن من ثلاثة حقوق. كما يبرز أنّ الحقّ الثّالث (الذي أسماه التّفويت، وأسماه التّصرّف) يتكوّن من الحقوق التّالية: حقّ المالك في أن يبيع ما يملك، وحقّه في أن يهبه، وحقّه في أن يوصي به، وحقّه في أن يرهنه، إلخ. لكن – لأنّ المشرّع أراد ملكيّة ذات وظيفة اجتماعيّة(553) – فإنّه لم يضمّن الحقّ الثّالث حقّ الإفناء، هذا بالطّبع إن كان في الإفناء تعارض مع الوظيفة الاجتماعيّة(554).

(552)



(553) انظر الفقرة 79.

(554) حين تصاب بعض الماشية بأمراض معيّنة، فالمصلحة الصّحّيّة تقتضي قتلها وحرقها. في هذه الصّورة لا تعارض بين حقّ الإفناء والوظيفة الاجتماعيّة للملكيّة.

قارن ما جاء في المتن مع من قال: "يستعمل المشرّع مصطلح التّفويت في الفصل 17 من مجلّة الحقوق العينيّة المحدّد للسّلطات المخوّلة للمالك. واستعمال المشرّع لمصطلح التّفويت بدلا من مصطلح التّصرّف يمكن نقده من ناحيتين: من ناحية أولى لا يشمل التّفويت التّصرّف المادّيّ في الشّيء. ومن ناحية ثانية لا يُعدّ التّفويت إلّا وجها من أوجه التّصرّف القانونيّ في الحقّ باعتبار أنّ أعمال التّصرّف تشمل

بالإضافة إلى أعمال التّفويت أعمال التّنازل عن الحقّ. وبناء عليه يشمل التّصرّف نوعين: التّصرّف المادّيّ والتّصرّف القانونيّ". حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 124، ص 94.

وقارن أيضا ما جاء في المتن مع من بدأ بتعريف التّفويت قائلا: "التّفويت هو كلّ تصرّف قانونيّ، أي عمل إراديّ يهدف إمّا إلى نقل ملكيّة شيء أو حقّ عينيّ آخر عليه أو إلى إنشاء هذا الحقّ. وهو يختلف عن صنفين آخرين من التّصرّفات القانونيّة هما أعمال الحفظ كالوديعة وأعمال الإدارة وأبرزها عقد الكراء". أحمد بن طالب، التّفويت في ملك الغير، دار الميزان للنّشر، سوسة – تونس، 2009، ص 26 وما بعدها.

وتحت هذا الكلام وضع صاحب المقتطف عدّة هوامش منها:

الهامش 23: "تطلق كلمة «تصرّف» على معاني متعدّدة ومتنوّعة، إذ تستعمل في معنى التّصرّف القانونيّ عموما (acte juridique) المقابل للواقعة القانونيّة (fait juridique) كما في الفصلين 6 ف 2 و11 من مجلّة الالتزامات والعقود والفصول 156 و157 و158 و160 و162 و163 و165 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة. وتستعمل أيضا للدّلالة على إدارة الشّيء واستعماله كما في الفصل 164 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة والفصول 961 و980 و1056 و1179 و1180 و1280 و1282 و1283 و1284 و1297 و1460 من مجلّة الالتزامات والعقود والفصول 58 و148 و158 من مجلّة الحقوق العينيّة. بل قد تستعمل في معنى الحوز جريا على التّعبير الشّائع «الحوز والتّصرّف» كما في الفصلين 212 و216 من مجلّة الحقوق العينيّة. وهي تطلق أخيرا على أعمال التّفويت بالمعنى المثبت في المتن (تعرّضنا له أعلاه) مثلما يتبيّن من الفصول 15 و986 و1064 من مجلّة الالتزامات والعقود و17 و53 و67 و150 و210 و263 و256 و310 و374 من مجلّة الحقوق العينيّة. وبهذا يتّضح أنّ كلمة «التّفويت» تمثّل تخصيصا لعموم كلمة «تصرّف» بإطلاقها على معنى مخصوص كلّما انصبّ التّصرّف على الملكيّة أو على حقّ عينيّ".

الهامش 24: "انتقد الأستاذ محمّد كمال شرف الدّين في درسه في قانون الأموال الموجّه لطلبة السّنة الأولى حقوق بكلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس 2001–2002 (درس مرقون، ف 108، ص 41) استعمال الفصل 17 من مجلّة الحقوق العينيّة لكلمة «تفويت» التي تقتصر على التّصرّف القانونيّ دون التّصرّف المادّيّ حال أنّ هذا الأخير مشمول أيضا بالفصل 17 من مجلّة الحقوق العينيّة لأنّ سلطات المالك على ملكه تحتمل تغيير الشّيء وإتلافه مادّيّا. ولئن كانت الدّقّة توجب تخصيص التّفويت بالتّصرّف القانونيّ وتأييد الأستاذ محمّد كمال شرف الدّين فيما ذهب إليه، إلّا أنّه ربّما جاز تفسير

85 حقّ الفعل وعدم الفعل ◊ فإذا اهتممنا الآن بالحقوق الثّلاثة معا، وتأمّلنا الصّيغة التي عبّرت عن هذه الحقوق، وجدناها تحمل الفعل (استعمال الشّيء، واستغلاله، إلخ). لكنّ المقصود في الصّيغة ليس الفعل وحده، بل الفعل ومعه عدم الفعل (أي الاستعمال ومعه عدم الاستعمال – إلخ). والسّبب أنّ الفعل وليس معه عدم الفعل يساوي الوجوب (وجوب الاستعمال ...) لا الحقّ[555].

وهكذا فما تعرّض إليه الفصل 17 ليس فعلا لوحده، وإن كانت اللغة الطّبيعيّة تعبّر عنه وعن عموم الحقّ بهذا النّحو في الغالب.

86 تقسيم البحث في مكوّنات الملكيّة ◊ فإذا تركنا هذه المسألة المرتبطة بالمنهجيّة التّشريعيّة في جانبها الشّكليّ، واهتممنا بمسألة ترجع إلى منهجيّة التّعبير الفقهيّ، قلنا إن بالإمكان تقسيم الفقرة التي نعمل عليها إلى ثلاثة عناوين: الاستعمال، والاستغلال، والتّصرّف. لكنّنا نعلم أنّ المنهجيّة لا تقبل التّخطيط التّثليثيّ إلّا إذا تعذّر التّخطيط الاثنيْني[556]. وقد يعمد البعض لأجل هذا إلى التّقسيم التّالي: عنوان هو "الاستعمال والاستغلال"، وعنوان هو "التّصرّف" (أو يعمد إلى تقسيم مشابه). لكن من يفعل هذا، يتجنّب محظورا منهجيّا ليسقط في محظور آخر هو التّجاور

استعمال المشرّع للكلمة من جهة ما يحتمله معناها اللغويّ الذي يمكن أن يستوعب التّصرّف المادّيّ لأنّ فوات الشّيء يعني «ذهابه» و«تلفه»".

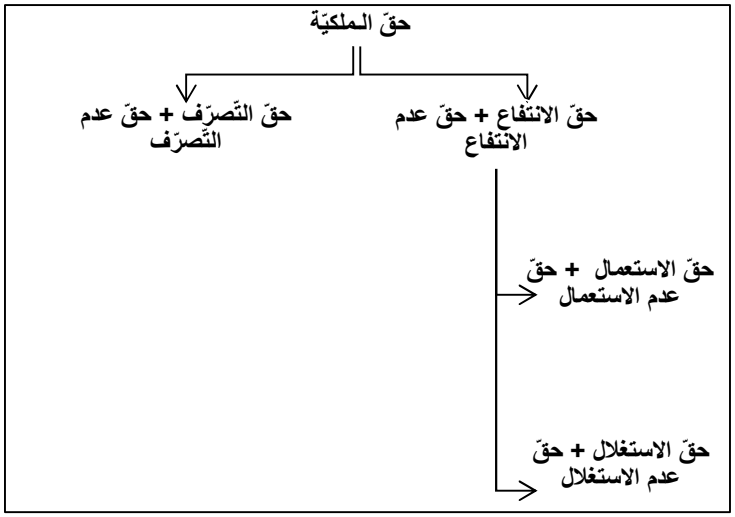
[555] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، «الحجّة العقليّة ومجلّة الالتزامات والعقود»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 23، ص 84.

[556] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة أو البلاغة القانونيّة: التّعبير عن التّفكير)، الفقرة 30 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الثّاني. الموضوع النّظريّ والتّطبيقيّ. مذكّرة الماجستير وأطروحة الدّكتوراه)، الفقرة 570 وما بعدها.

(مجاورة الاستعمال للاستغلال)[557]. ويمكن تجنّب كلّ هذه العيوب والتّقيّد بقواعد منهجيّة التّعبير حين نجمع الاستعمال والاستغلال تحت اسم الانتفاع (أ) ونترك العنوان الموالي للتّصرّف (ب)[558].

[557] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة أو البلاغة القانونيّة: التّعبير عن التّفكير)، الفقرة 56؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الثّاني. الموضوع النّظريّ والتّطبيقيّ. مذكّرة الماجستير وأطروحة الدّكتوراه)، الفقرة 36.

[558]



أ) المكوّن الأوّل: حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع

87 تقسيم البحث ◊ لحقّ الانتفاع وعدم الانتفاع محتوى، إذا ضُبِط، وجب بعد ذلك تناول حدوده(559).

1/ محتوى حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع

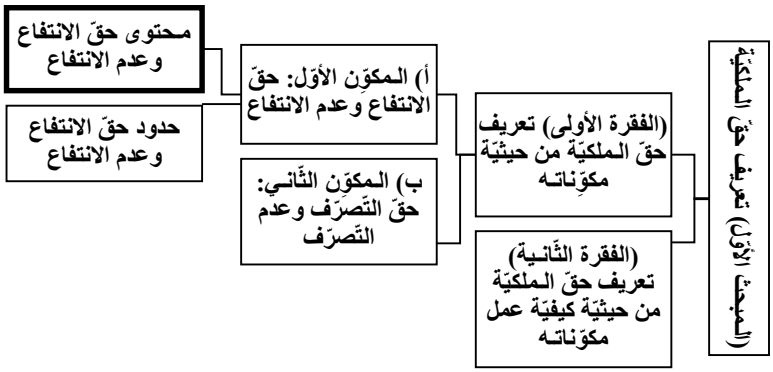
88 تقسيم البحث ◊ سنتناول: أوّلا محتوى حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال، وثانيا محتوى حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال(560).

1.1/ محتوى حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال

89 معنى استعمال الشّيء ◊ تحدّث الفصل 17 عن استعمال الشّيء:

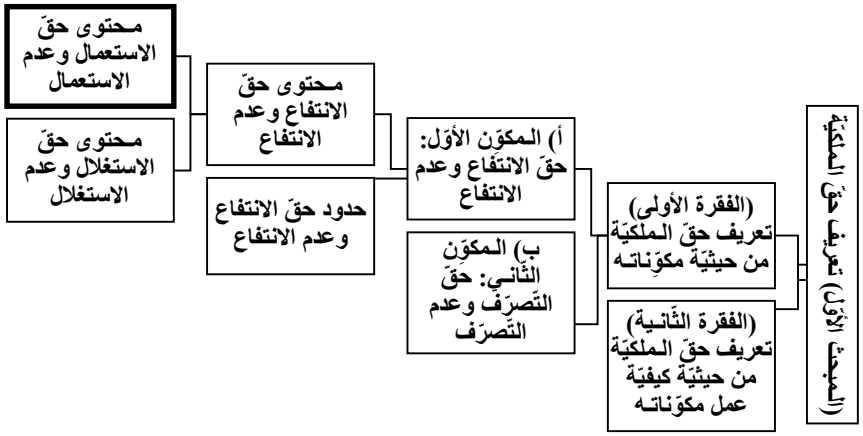
فإذا بدأنا بعبارة الاستعمال•، قلنا إنّها تفيد في الوضع جعل الشّيء عاملا وخادما(561). وللعبارة معنى عرفيّ هو محصّلة حذف ما سيرد معنا كمعنى عرفيّ

(559)



لعبارتي الاستغلال والتّصرّف (... حذفه) من ذاك المعنى الوضعيّ[562]. وعليه لا يتأتّى لنا الآن تقديم المعنى العرفيّ الدّقيق لعبارة الاستعمال[563]. وإذا عدنا إلى الأعمال التّحضيريّة، لم نجد شيئا يتعلّق بمعنى العبارة المذكورة. كلّ هذا يؤدّي

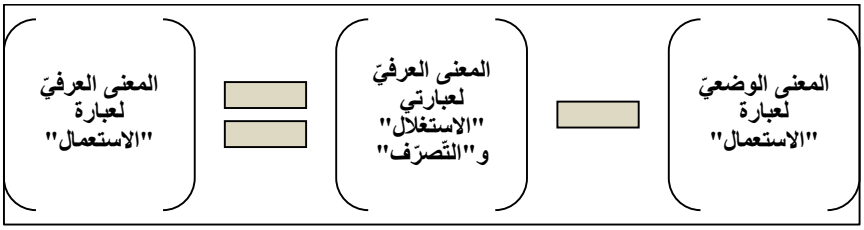
(560)



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(561) خليل الجرّ، المعجم العربيّ الحديث، مكتبة لاروس، باريس، 1987، تحت عبارة: استعمل.

(562)



وقد ينبغي، لأجل هذا، أن نبدأ بالاستغلال والتّصرّف ثمّ نمرّ للاستعمال. لكنّا آثرنا اتّباع التّرتيب كما ورد في القانون.

(563) انظره في الفقرة 117 (الهامش).

– تطبيقا لأحكام الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود – إلى إعطائها معناها العرفيّ (والذي لن نصل إليه إلّا لاحقا)[564].

فإذا قدّرنا الآن أنّ هذا المعنى متوفّر أمامنا، أمكن أن نزيد بالقول إنّ عبارة الاستعمال مطلقة• تشمل الاستعمال المتماشي مع طبيعة الشّيء والاستعمال الذي لا يتماشى مع هذه الطّبيعة. من أمثلة الاستعمال الأوّل فيما يخصّ المنزل سكناه، وفيما يخصّ الأرض الفلاحيّة حراثتها[565]، وفيما يخصّ السيّارة التّنقّل عليها، وفيما يخصّ النّقود إنفاقها أو ادّخارها، وفيما يخصّ جهاز الحاسوب أن أرقن عليه نصّا فيه هذه الأمثلة للاستعمال. ومن أمثلة الاستعمال الثّاني وفيما يخصّ المنزل جعله محلّا للصّناعة.

(564)



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(565) في فرنسا ذكّر المجلس الدّستوريّ بأنّ حقّ الصّيد (droit de chasse) على أرض يدخل في حقّ استعمال هذه الأرض. انظر: آلان سوريو، «الملكيّة»، الموسوعة المدنيّة دالوز، جانفي 2003، الفقرة 38.

Cons. 20 juill. 2000, J.O. 27 juill., D. 2001, somm. 1839, obs. D. Ribes ; F. Luchaire, « La chasse devant le Conseil Constitutionnel », RD pub. 2000. 1543 ; D. Ribes, « Le droit français de la chasse à l'épreuve des droits fondamentaux », RFD const. 2001. 833 ; cités par : Alain Sériaux, « Propriété », *Rép. Civ. Dalloz*, janvier 2003, n° 38.

والمطلق هنا ينبغي – تطبيقا لأحكام الفصل 532 والفصل 533 من مجلّة الالتزامات والعقود – إجراؤه على إطلاقه لانعدام القرينة المقيّدة[566].

زيادة على ما سبق يشمل الاستعمال تحديد وظيفة الشّيء: فالأرض يمكن أن تُخصّص للفلاحة أو للبناء؛ والبناء يمكن أن يُخصّص للسّكنى أو للتّجارة.

ثمّ ما تمّ اختياره من اختصاص للشّيء يمكن تغييره.

على جميع هذه المستويات، الفصل 17 مطلقٌ•، ولا قرينة تقيّده[567].

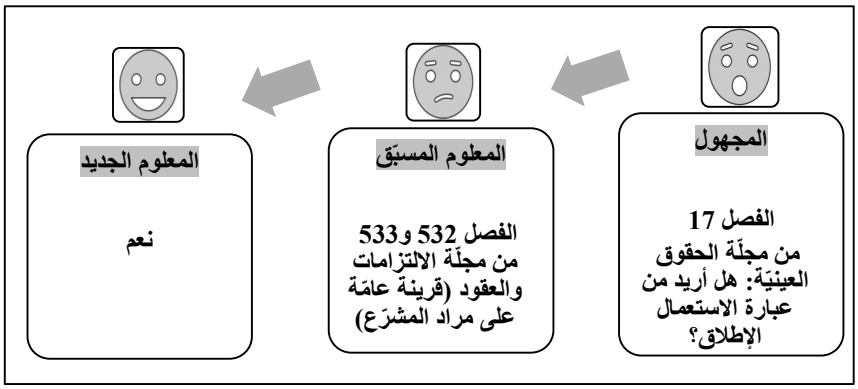
وفي فرنسا يُقال إنّ عبارة استعمال *usus* /usage تحوي في داخلها القيام بالأعمال الهادفة إلى صيانة المال. تسمّى هذه الأعمال: أعمال الحفظ actes

---

[566] حين نبحث في الأعمال التّحضيريّة على مستوى الفصل 17 لا نجد قرينة مقيّدة (الرّائد الرّسميّ، مداولات مجلس الأمّة، العدد 12، الاثنين 23 محرّم 1385، الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 207). والكلام نفسه يصحّ حين نبحث في سياق النّصّ.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[567] حين نبحث في الأعمال التّحضيريّة على مستوى الفصل 17 لا نجد قرينة مقيّدة (الرّائد الرّسميّ، مداولات مجلس الأمّة، العدد 12، الاثنين 23 محرّم 1385، الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 207). والكلام عينه يصحّ حين نبحث في سياق النّصّ.



conservatoires [568]. بسبب هذه الدّلالة[569]، وإذا أُعطي للغير حقّ استعمال (في إطار عقد كراء، أو في إطار عقد يمكّن الغير من حقّ انتفاع، إلخ)، فالواجب عليه القيام بهذه الأعمال لأنّها داخلة تحت الحقّ الذي تلقّاه[570].

---

[568] انظر مثلا: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 122.

وأعمال الحفظ ينبغي تمييزها عن أعمال الإدارة وعن أعمال التّصرّف.

ولقد جاء في معجم فرنسيّ للاصطلاحات القانونيّة:

فيما يخصّ العمل الأوّل:

أنّ الحفظ عمل وتصرّف قانونيّ (بالمعنى اللغويّ للتّصرّف لا بالمعنى القانونيّ. ويقابل التّصرّف بالمعنى اللغويّ عمل الإدارة وعمل التّفويت) يهدف فقط إلى تفادي فقدان مال (تفادي أن ينقضي حقّ، أن تسوء حال بناية). ولأنّه عمل ضروريّ واستعجاليّ، فهو يتطلّب حدّا أدنى من السّلطات (خاصّة على مستوى ملك الغير): ترسيم رهن عقّاريّ، قطع تقادم، القيام بإصلاحات عاجلة. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "حفظي" Conservatoire.

انظر أيضا حول أعمال الحفظ في القانون الفرنسيّ:

كلود برينر، العمل الحفظيّ، مكتبة القانون الخاص، الجزء 323، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1999.

Claude Brenner, *L'acte conservatoire*, Bibliothèque de droit privé. T. 323, LGDJ, Paris, 1999.

فيما يخصّ العمل الثّاني:

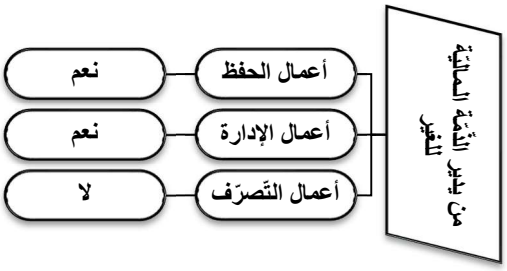
أنّ الإدارة عمل وتصرّف (بالمعنى اللغويّ للتّصرّف لا بالمعنى القانونيّ) عاديّ في مال أو جملة من الأموال. ويتضمّن هذا العمل تصريف الأعمال اليوميّة والتّأهيل الطّبيعيّ للذمّة الماليّة la mise en valeur naturelle d'un patrimoine. ومن أمثلته: صيانة المال، إبرام عقد تأمين في شأنه، إبرام عقد إيداع، إبرام عقد إعارة، إبرام عقد كراء مع استثناءات على مستوى هذا العقد، إلخ.

ثمّ إنّ هذا العمل يتنوّع بتنوّع الشّيء موضوع الإدارة (مؤسّسة تجاريّة، أرض فلاحيّة، عمارة) ويضمّ: أعمال البيع (بيع بضاعة أو محصول) والشّراء (شراء بذور، آلات صغيرة)، أي يضمّ الأعمال التي تحتلّ مرتبة ثانية في سلّم خطورة الأعمال القانونيّة (بعد أعمال التّصرّف وقبل أعمال الحفظ) والتي هي الحدّ

الذي لا تتجاوزه سلطات من يدير الذّمّة الماليّة للغير. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "إدارة" Administration.

فيما يخصّ العمل الثّالث:

أنّ أعمالَ التّصرّف أعمالٌ خطيرة تمسّ ذمّة ماليّة وتلزمها في الحاضر والمستقبل على مستوى رأس مالها. ويُعدّ بيع عقّار المثال النّموذجيّ لأعمال التّصرّف. لكن هنالك أمثلة أخرى لهذه الأعمال لا نجد فيها تفويتا (إنشاء رهن على عقّار). في المقابل هنالك أعمال تفويت هي أعمال إدارة لا أعمال تصرّف (بيع بضاعة أو محصول). وينبغي أن يُضاف إلى ما سبق أنّ بعض الأعمال المتعلّقة بالأكرية – على الأقلّ ما هو خطير منها (الأكرية التّجاريّة، الأكرية طويلة المدّة للعقّارات) – تُلحَق بأعمال التّصرّف. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "تصرّف" Disposition.



وجاء عند فقيه تونسيّ أنّ "التّفويت هو كلّ تصرّف قانونيّ، أي عمل إراديّ يهدف إمّا إلى نقل ملكيّة شيء أو حقّ عينيّ آخر عليه أو إلى إنشاء هذا الحقّ. وهو يختلف عن صنفين آخرين من التّصرّفات القانونيّة هما:

"(من جهة) أعمال الحفظ (هنا يرسل الفقيه إلى هامش فيه تعريف ورد في مؤلّف مصريّ: أعمال الحفظ هي أعمال ضروريّة وعاجلة تهدف إلى حماية الذّمّة الماليّة للشّخص أو عنصر أو أكثر من العناصر المكوّنة لها دون أن يترتّب عليها تعديل المركز القانونيّ لهذا الشّخص، وتتميّز بضآلة نفقاتها بالنّسبة لقيمة المال الذي تتمّ حمايته. محمّد السّعيد رشدي، أعمال الإدارة وأعمال التّصرّف في القانون الخاصّ، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1983، ص 134) كالوديعة (هنا يرسل الفقيه إلى هامش يقول: إنّ مقصد الحفظ لا يلتفت إلى ملكيّة المال بل ينصبّ على ذات الشّيء ومادّيّته. وعليه تجد المشرّع يصرّح بكلمات واضحة لا لبس فيها في الفصل 1000 من مجلّة الالتزامات والعقود بجواز الوديعة على ملك الغير).

"(ومن جهة أخرى) أعمال الإدارة (هنا يضع الفقيه الهامش التّالي: أعمال الإدارة هي تلك الأعمال التي يكون المقصود منها استغلال أو استثمار العناصر المادّيّة المكوّنة للذّمّة الماليّة استغلالا عاديّا دون أن يترتّب عليها إلزام الذّمّة في المستقبل ودون أن تغيّر من التّخصيص الاقتصاديّ للعناصر المكوّنة لها. محمّد السّعيد رشدي، م س، ص 163) وأبرزها عقد الكراء (هنا ثمّ هامش: لا يُقال إنّ الكراء إذا تجاوز مدّة معيّنة انقلب إلى عقد تفويت، وتقدّر هذه المدّة في بلادنا كما يُفهَم من الفصل 15 من مجلّة الالتزامات والعقود والفصل 373 من مجلّة الحقوق العينيّة وأمر 4 جوان 1957 المتعلّق بالعمليّات العقّاريّة [...] الذي أوجب رخصة الوالي في الكراء الذي فيه طرف أجنبيّ إذا تجاوزت مدّة الكراء العامين، والقانون عدد 30 لسنة 1987 المؤرّخ في 12 جوان 1987 المتعلّق بالكراء الفلاحيّ [...] ففي هذه الأحوال وعلى صحّة فرض تغيّر وصف الكراء، فإنّ هذا التّغيّر تفرضه اعتبارات خاصّة لحماية مصالح معيّنة كالقصّر في الفصل 15 والائتمان والثّقة النّاتجة عن السّجلّ العقّاريّ في الفصل 373 من مجلّة الحقوق العينيّة والمراقبة الإداريّة للعمليّات العقّاريّة في أمر 4 جوان 1957، واستمرار الاستغلال الفلاحيّ في قانون الكراء الفلاحيّ، لكن لا ينتج عن طبيعة التّصرّف نفسه التي تبقي التّصرّف منشئا لحقّ شخصيّ لا لحقّ عينيّ ولو طالت مدّة الكراء) ويعبّر عن أقصى التّدرّج في خطورة أثر هذه الأعمال على الذّمّة الماليّة للشّخص (هامش: لذلك يصلح هذا التّقسيم لمسائل الأهليّة والولاية والنّيابة لتحديد سلطات الوليّ أو النّائب في إدارة مكاسب المنظور أو المحجور أو الأصيل، إذ القاعدة العامّة في هذا الخصوص أنّ مدير كسب غيره يقتصر فيه على الإدارة والحفظ ويمنع عليه التّفويت فيه. راجع الفصول 15 و 37 و 1120 من مجلّة الالتزامات والعقود). وتقاس هذه الخطورة بالانعكاس الاقتصاديّ للتّصرّف على الذّمّة الماليّة للشّخص". أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، ص 26 وما بعدها.

(569) قد يمكن القول إنّها دلالة تضمّنيّة. انظر حول هذه الدّلالة: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 33 و272).

(570) كريستوف كارون وفيرونيك رانوي، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 744، الكرّاس 10، الفقرة 14.

Christophe Caron et Véronique Ranouil, J. –cl. Civ. Code, art 744, fasc. 10, § 14.

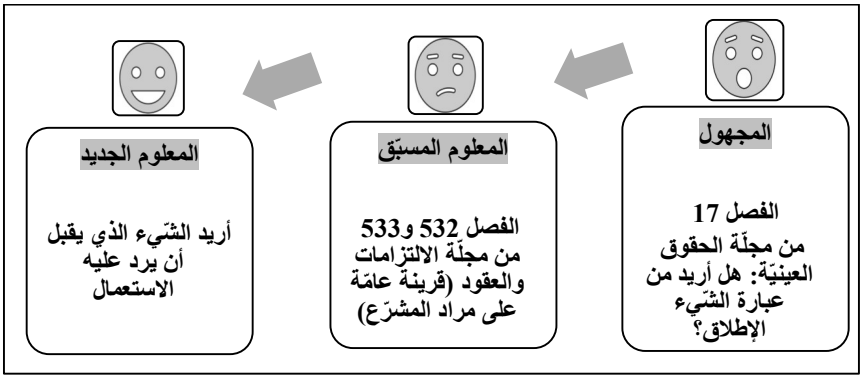
لكن انظر من يرى أنّ حقّ التّصرّف يتضمّن القيام بأعمال الحفظ والإدارة والتّفويت: آلان سوريو، م س، الفقرة 37.

فإذا انتقلنا من عبارة الاستعمال إلى العبارة الأخرى في الفصل 17، أي عبارة الشّيء، قلنا إنّها مطلقة• تشمل الشّيء المادّيّ والشّيء غير المادّيّ. والمطلق ينبغي البحث عن القصد منه. فإن وجد القصد، أجري المطلق على ما يوافق القصد. أمّا إذا لم يوجد القصد، فينبغي إجراء المطلق على إطلاقه. والقصد يمكن الوصول إليه من وجه مباشر، أي من الأعمال التّحضيريّة مثلا أو السّياق. كما يمكن بلوغ القصد من طريق غير مباشر، أي بواسطة التّخمين، فنقول – فيما يهمّ ما نحن بصدده – إنّ المشرّع عاقل، والعاقل لا يمكن أن يتحدّث عن استعمال ما لا يرد عليه الاستعمال[571]. مثال ذلك الأوراق الماليّة وعموما كلّ ما يُعَدّ الاستثمار placement وظيفة له. بعبارة واحدة: لفظة الشّيء في الفصل 17 مطلقة، لكن قصد بها النّصّ الشّيء الذي يقبل أن يرد عليه الاستعمال[572].

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(571) يوجد مبدأ تأويليّ يسمّى مبدأ الإفادة (principe de l'effet utile). انظر: ستيفان غولتزبرغ، م س، ص 38 وما بعدها وص 111.

(572)



قد نفكّر في أنّ عبارة الشّيء في الفصل 17 تشمل الدّاخل والخارج عن التّعامل. لكنّ الفصل يتحدّث عن الملكيّة، أي فقط عن الشّيء الدّاخل في التّعامل.

ينتج عن هذا أنّ المكوِّن المتمثّل في حقّ الاستعمال ليس من جوهر حقّ الملكيّة[573] (بعبارة تستعمل ما ورد معنا سابقا: الاستعمال ليس وصفا ذاتيّا للملكيّة[574])، إذ يمكن أن يوجد هذا وليس فيه ذاك[575].

---

[573] قلنا إنّ الملكيّة من الاعتباريّات، وقلنا إنّ الاعتباريّات لا حدّ لها، ولا يمكن تعريفها بالجنس القريب وبالفصل، أي لا يمكن تعريفها بالماهية. (انظر الفقرة 78، الهامش). وعليه فعبارة الجوهر هنا وفي الكلام المقبل المتعلّق بالاستغلال والتّصرّف لا نعني به الماهية كما هي عليه في الحقائق (الكلام نفسه يصحّ عن العبارات التي سنستعملها كمرادف للجوهر مثل الوصف الأساسيّ، بل مثل الماهية). ببيان مختلف: عِلَلُ القِوام (أي العلّة المادّيّة والصّوريّة) تكون في الأجسام فقط. أمّا الموجودات المجرّدة فليس لها علّة مادّيّة (أي جنس) لأنّها مجرّدة عن المادّة، كما أنّها ليست جسما فلا تكون لها علّة صوريّة (أي فصل). وهذا على خلاف علل الوجود، أي العلّة الفاعلة والغائيّة. فهاتان تكونان في كلّ موجود في عالم الإمكان سواء كان جسما أو ليس جسما. انظر حول هذا: عبد الجبّار الرّفاعي، م س، ج 2، ص 128.

لكن إذا قلنا مع أحد المصنّفات المنطقيّة ما يلي:

"اعلم أنّ التّعريف إمّا أن يكون حقيقيّا كتعريف الماهية التي لها تحقّق وثبوت في الخارج مع قطع النّظر عن اعتبار العقل، وإمّا أن يكون اسميّا كتعريف الماهية الاعتباريّة التي تكون أجزاؤها باعتبار تركيبنا ثمّ وضعنا لهذا المركّب اسما كالصّرف والنّحو.

"والأوّل إمّا أن يكون مركّبا من جميع الذّاتيّات أعني الجنس والفصل القريبين، أو يكون مركّبا من بعضها فقط بدون مخالطة العرضيّ، أو يكون مركّبا من الذّاتيّ والعرضيّ، أو يكون مركّبا من العرضيّات الصّرفة. والأوّل حدّ تامّ حقيقيّ، والثّاني حدّ ناقص حقيقيّ، والثّالث رسم تامّ حقيقيّ، والرّابع رسم ناقص حقيقيّ.

"وأمّا الثّاني – أعني التّعريف الاسميّ – فهو أربعة أيضا: لأنّه إمّا أن يكون مركّبا من جميع الذّاتيّات، أو بعضها فقط، أو يكون مركّبا من الذّاتيّ والعرضيّ، أو من العرضيّات الصّرفة. والأوّل الحدّ التّامّ الاسميّ، والثّاني الحدّ النّاقص الاسميّ، والثّالث الرّسم التّامّ الاسميّ، والرّابع الرّسم النّاقص الاسميّ". محمود نشابة، حاشية نثر الدّراري على شرح الفناري على متن الأبهريّ في المنطق ويليه المبادئ المنطقيّة تأليف عبد الله وافي الفيّومي، دار البصائر، القاهرة د ت، ص 100.

واستعمال الشّيء المادّيّ أقسام: فثمّ استعمال دائم ومؤبّد، وهنا نجد خاصّة استعمال الأرض؛ وثمّ استعمال آنيّ ولا يدوم إلّا لوقت قصير، وهنا نجد الشّيء القابل للاستهلاك والذي يذوب استعماله في التّصرّف المادّيّ المفضي إلى فناء الشّيء؛ أخيرا هنالك استعمال ليس بالمؤبّد ولا بالقصير الأمد، وهنا نجد الأشياء التي يبليها الاستعمال (أو حتّى عدم الاستعمال) ثمّ ينتهي بها إلى الفناء[576].

90 الاستعمال وعدم الاستعمال ◊ وحقّ الاستعمال يرافقه حقّ عدم الاستعمال. فمن يملك أرضا يمكنه أن لا يحرثها وأن لا يأتي في شأنها بأيّ وجه من وجوه الاستعمال. بترك الفعل لا يفقد المالك الملكيّة، لأنّها لا تنقضي بالتّقادم المسقط[577].

91 حماية حقّ الاستعمال ◊ فإذا غادرنا ما تقدّم، قلنا إنّ القانون أقرّ حماية خاصّة لحقّ الاستعمال. فيمكن للمالك في بعض الصّور أن يستردّ الشّيء من يد الغير،

... إذا قلنا ما جاء أعلاه، أمكن أن نتحدّث فيما يخصّ الملكيّة عن أنّ لها حدّا اسميّا.

(574) انظر الفقرة 8 حيث تمّ تناول معنى الوصف الذّاتيّ.

(575) قد يُقال: ثمّ من لا يعترف بأنّ ما يرد على الأموال غير المادّيّة هو من الأصل ملكيّة (انظر: موريال فابر–ماغنان، م س: الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 10، الفقرة 20؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، ص 152). وعليه لا يمكن أن ننكر للاستعمال كونه جوهرا مستندين إلى غيابه فيما يخصّ الشّيء غير المادّيّ.

لكن يمكن القول إنّ الاستعمال ليس وصفا ذاتيّا حتّى لملكيّة الأشياء المادّيّة. فمن يعطي حقّ استعمال للغير، يفقد الاستعمال. مع ذلك يبقى مالكا.

(576) انظر: كريستوف كارون وفيرونيك رانوي، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 744، الكرّاس 10)، الفقرة 13.

(577) لكن انظر ما أوردنا سابقا في الأعمال التّحضيريّة من أنّ الملكيّة وظيفة اجتماعيّة وأنها لا تشمل (على الأقلّ في بعض الحالات) حقّ الإهمال (الفقرة 79). وانظر أيضا ما سيرد في الفقرة 154 وما بعدها.

إذا كان في حاجة إلى استعماله. فحسب الفصل 1067 من مجلّة الالتزامات والعقود يمكن، في عارية الاستعمال، للمعير إلزام المستعير بردّ العارية ولو قبل انتفاعه بها أو قبل انقضاء المدّة المتّفق عليها، إذا اضطرّ المعير للعارية اضطرارا متأكّدا لم يكن في الحسبان[578].

هذا عن الحماية. وبتعرّضنا إليها نكون قد استبقنا الحديث عن كيفيّة عمل المكوّنات، وتحديدا الحديث عن مسألة الاستئثار. فإذا عدنا إلى العنوان الذي نحن داخله، أي إلى المكوّنات في ذاتها، قلنا إنّ المالك حين يعطي حقّه في الاستعمال

[578] انظر حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 119. وفي الهامش أشار المؤلّف إلى "صورة استرجاع المالك للعقّار المكرى والخاضع للقانون عدد 18 لسنة 1976 المؤرّخ في 18 فيفري 1976 المتعلّق بضبط العلاقات بين المالكين والمكترين لمحلاّت معدّة للسّكنى أو الحرفة أو الإدارة العموميّة (رائد رسميّ عدد 13 بتاريخ 20/ 02/ 1976، ص 520) وذلك ليشغله هو أو أصوله أو فروعه طبقا للفصل 9 أو الفصل 10 من القانون المذكور وكذلك الفصل 13 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرّخ في 25 ماي 1977 المتعلّق بتجديد الكراء التّجاريّ (رائد رسميّ عدد 38 بتاريخ 31/ 05/ و 03/ 06/ 1977، ص 1549) الذي يخوّل للمالك الامتناع من تجديد التّسويغ إن استرجع المحلّ ليسكنه بنفسه أو ليسكن به أصوله أو فروعه".

للغير بواسطة عقد كراء، فإنّه بهذا العقد يكون بصدد إعمال حقّه في الاستغلال[579].

1. 2/ محتوى حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال

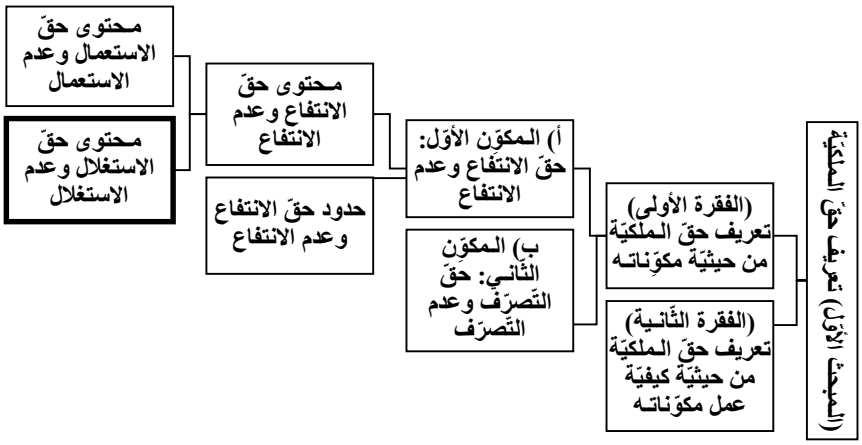
92 معنى استغلال الشّيء ◊ تحدّث الفصل 17 عن: استغلال الشّيء:

فإذا بدأنا بالاستغلال•، قلنا إنّ لهذا التّعبير:

معنى لغويّ وضعيّ هو: أخذ الغلّة[580]؛

ومعنى لغويّ عرفيّ هو:

(579)



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(580) خليل الجرّ، م س (المعجم العربيّ الحديث)، تحت عبارة: استغلّ.

من جهة: الإمكانية المخوّلة للحصول على ما يتولّد عن الشّيء من غلال (تسمّى كذلك ثمارا، وفي الفرنسيّة fruits) بمختلف أنواعها (أوّلا الطّبيعيّة، وهذا يساوي المعنى اللغويّ؛ ثانيا الصّناعيّة، وثالثا المدنيّة)[581].

ومن جهة أخرى: الإمكانية المخوّلة للحصول على ما يتولّد عن الشّيء من منتجات (produits).

ومن يرجع إلى الأعمال التّحضيريّة[582] لا يجد شيئا على مستوى معنى عبارة الاستغلال.

---

[581] حول مفهوم الغلال انظر:

زينة الصّيد، «مقالة حول مفهوم الغلال»، منشور في: دراسات مهداة للعميد فرحات الحرشاني، دار الكتاب، تونس، 2021.

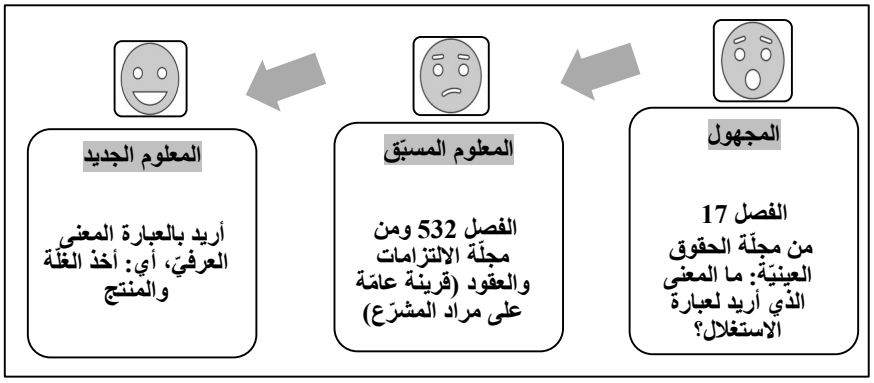
Essid Zina, « Essai sur la notion de fruits », in: *Études offèrtes au Doyen Farhat Horchani*, La maison du livre, Tunis, 2021.

[582] مداولات مجلس الأمّة، ص 207.

وفي هذه الصّورة تقول المنهجيّة بوجوب الأخذ بالمعنى العرفيّ[583]. فإذا تقدّمنا قليلا في مجلّة الحقوق العينيّة، وجدنا الفصل 19 يقول: "لمالك الشّيء الحقّ في كلّ ثماره ومنتجاته [...]"، أي وجدناه يقول: للمالك حقّ الاستغلال.

ويمكن أن نضيف إلى ما سبق أنّه وفي فرنسا قيل إنّ الاستغلال (*fructus*) عبارة تحوي في داخلها القيام بالأعمال الهادفة إلى إدارة المال. تسمّى هذه الأعمال: أعمال الإدارة (actes d'administration)[584]. فإذا أعطى المالك للغير حقّ انتفاع، أي إذا أعطاه زيادة على حقّ الاستعمال حقّ الاستغلال، أمكن لهذا الغير

(583)



انظر الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود؛ وانظر: عبد المجيد الزّرّوقي، «المسار التّأويليّ: العقد والقانون نموذجا»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 57 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 283.

(584) يمكن القول إنّنا هنا أمام معنى تضمّنيّ. انظر حول الدّلالة التّضمّنيّة وحول منهجيّة التّأويل في إطارها: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 33 و272).

(بسبب انتقال حقّ الاستغلال إليه) كراء الشّيء ولا يحتاج في هذا لإذن من المالك[585].

بعد عبارة الاستغلال ينبغي، لمن يدرس الفصل 17، أن يهتمّ بعبارة الشّيء وهي مرتبطة بالاستغلال (اهتممنا بها سابقا وهي مرتبطة بالاستعمال[586]). فإذا فعل، قال إنّها مطلقة• تشمل الأطعمة والملابس مثلا. والمطلق ينبغي البحث عن القصد منه. فإن وجد القصد، أجري على ما يوافق القصد. أمّا إذا لم يوجد القصد، فينبغي إجراؤه على الإطلاق. والقصد يمكن الوصول إليه من وجه مباشر. لكن يمكن أيضا بلوغه بواسطة التّخمين، فنقول – فيما يهمّ ما نحن بصدده – إنّ المشرّع عاقل، والعاقل لا يمكن أن يتحدّث عن استغلال ما لا يرد عليه الاستغلال[587]. هكذا لن تعني عبارة الشّيءِ الأطعمةَ التي نطبخها أو الملابس التي نرتديها كلّ يوم. فهذه يرد عليها الاستعمال (تؤكل، تلبس) والتّصرّف (تُباع مثلا)، لكن لا يرد عليها

---

[585] كريستوف كارون وفيرونيك رانوي، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 744، الكرّاس 10)، الفقرة 18.

لكن انظر من يرى أنّ حقّ التّصرّف يتضمّن القيام بأعمال الحفظ والإدارة والتّفويت: آلان سوريو، م س، الفقرة 37.

[586] انظر الفقرة 89.

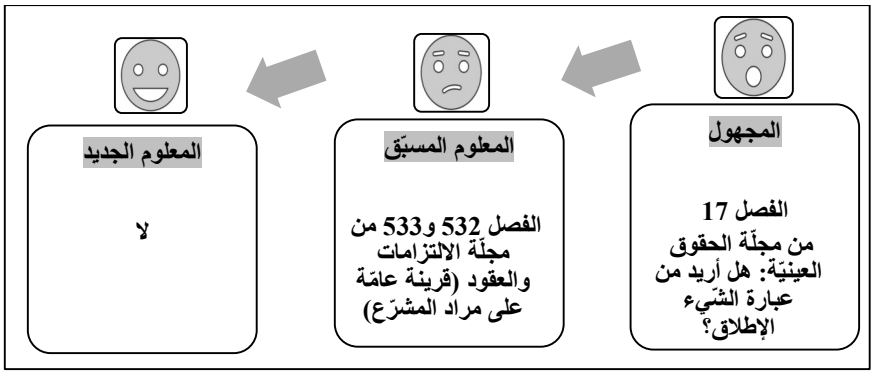
• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[587] هنالك مبدأ تأويليّ يسمّى مبدأ الإفادة (principe de l'effet utile). انظره عند: ستيفان غولتزبرغ، م س، ص 38 وما بعدها وص 111.

الاستغلال، بمعنى أنّه لا تُستخرَج منها ثمار ولا منتوجات[588]. بعبارة واحدة: لفظة الشّيء في الفصل 17 مطلقة لكن لا يمكن أن يكون قد قُصِد بها الإطلاق[589].

[588] انظر هذا القول وقد أتي به في القانون الفرنسيّ فيما يخصّ الأطعمة والمجوهرات: كريستوف كارون وفيرونيك رانوي، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 744، الكرّاس 10)، الفقرة 17.
فإذا بقينا في فرنسا، وجدنا حالة جديدة لحقّ الاستغلال. يتعلّق الأمر بعقّار معرّض لمشاهدة العموم. التقطت لهذا العقّار صور فوتوغرافيّة انطلاقا من الملك العموميّ، وتمّ طبعها وبيعها بدون رضا المالك، فقالت محكمة التّعقيب (10 مارس 1999) إنّ استغلال مالٍ في شكل صور فوتوغرافيّة يمسّ من حقّ المالك في الاستغلال. انظر التّعاليق على قرار المحكمة والتي وردت عند: آلان سوريو، م س، الفقرة 43.
Cass. 1re ch. Civ., 10 mars 1999 (D. 1999. 319, J. Sainte-Rose, note Agostini, JCP 1999. II, 10078, note P.Y. Gautier, RTD civ. 1999, 859, obs. F. Zénati , obs. A. Françon, RD imm. 1999, 187, obs. J.-L. Bergel et M. Bruschi), in: Alain Sériaux, «Propriété», Rép. Civ. Dalloz, janvier 2003, n° 43.
انظر أيضا حول محتوى قرار محكمة التّعقيب (وجود حقّ استغلال للشّيء في شكل صور) وحول نقده وتجاوزه من قبل المحكمة نفسها في قرار لها سنة 2004 (ليس للمالك حقّ استئثاريّ على صورة الشّيء الذي يملكه، لكن يمكنه الاعتراض على استعمال تلك الصّورة إن كان الاستعمال يمثّل مضرّة غير عاديّة): صوفي شيلر، م س، الفقرة 77، ص 69 وما بعدها؛ ناداج-ريبول موبان، م س، الفقرة 242 وما بعدها، ص 200 وما بعدها؛ باتريك كورب وماتياس لاتينا، م س، ص 36؛ ماري لور ماتيو، م س، الفقرة 205، ص 77 وما بعدها.

(589)



يخلص من هذا أنّ المكوِّن المتمثّل في حقّ الاستغلال ليس من جوهر حقّ الملكيّة، أي ليس وصفا ذاتيّا لها. والسّبب أنّ حقّ الملكيّة يمكن أن يوجد وليس فيه حقّ استغلال.

93 الاستغلال وعدم الاستغلال ◊ وما جاء للتّوّ وجدناه سابقا في حقّ الاستعمال. لكن ثمّ ملاحظة أوردناها آنذاك في خصوص حقّ الاستعمال وينبغي الآن الإتيان بها فيما يتعلّق بحقّ الاستغلال. حاصل الملاحظة أنّ حقّ الاستغلال لا يفارقه حقّ عدم الاستغلال، وإلّا لأصبحنا أمام وجوب للاستغلال (وحقّ عدم الاستغلال لا يفارقه حقّ الاستغلال، وإلّا لأصبحنا أمام منع للاستغلال).

94 تقسيم البحث ◊ والحقّ ذو الجانبين (جانب الفعل وجانب عدم الفعل) الذي موضوعه الاستغلال هو، كما جاء أعلاه، حقٌّ محلّه الحصول على الثّمار والمنتجات[590]. لذا ينبغي تناول هذين المكوِّنين لحقّ الاستغلال، أي الحقّ في الثّمار والحقّ في المنتجات. فإذا تمّ لنا هذا، وجب عندها النّظر في الثّمار من التّفرقة بين الثّمار والمنتجات.

[590] في القانون العقّاريّ الذي كان منطبقا قبل مجلّة الحقوق العينيّة، للمالك حقّ يسمّى حقّ التّبعيّة. وحقّ التّبعيّة هذا يشمل ما أسمي في المتن الحقّ في الثّمار والمنتجات (الفصل 59 وما بعده من القانون العقّاريّ)، كما يشمل ما سنتناوله لاحقا (الفقرة 219 وما بعدها) تحت عنوان الالتصاق (الفصل 63 وما بعده من القانون العقّاريّ). انظر: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ص 152 وما بعدها.

1. 2. 1/ مكوّنا حقّ الاستغلال (الحقّ في الثّمار أو الغلال، والحقّ في المنتجات)

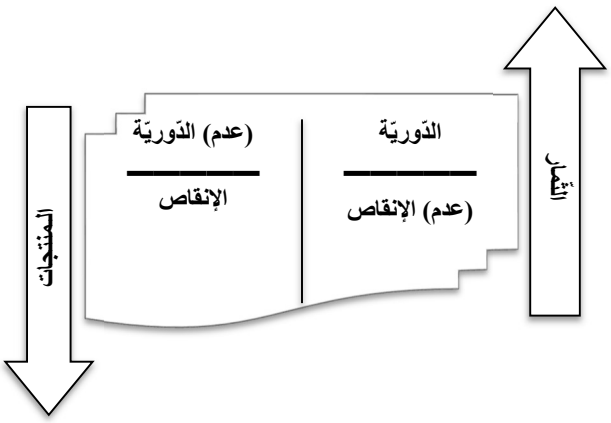
95 معنى الثّمار ومعنى المنتجات ◊ رأينا أنّ الاستغلال يعني أخذ الثّمار والمنتَجات. والثّمار في العرف هي ما يُتَحَصَّل عليه من الشّيء بصفة دوريّة دون أن يؤدّي ذلك إلى المساس بماهية الشّيء والإنقاص منها. مثال ذلك أخذ ما يتولّد بصفة طبيعيّة عن الشّيء، ككلأ الأرض أو مولود الحيوان. مثاله أيضا أخذ ما يتولّد عن الشّيء بعد العمل، كالمحاصيل الزّراعيّة. مثاله أخيرا أخذ ما يتولّد عن عمل قانونيّ موضوعه الشّيء، كالأجرة على كراء منزل.

قبالة الثّمار نجد المنتَجات، وهي في العرف ما لا يمكن أن يُتَحَصَّل عليه من الشّيء إلّا بصفة غير دوريّة وإلّا بالمساس بماهيته والإنقاص منها. مثال ذلك أخذ الأحجار أو الرّخام أو الرّمل من أرض (كما هو الحال في المقاطع)، أو أخذ الأشجار من غابة[591].

[591] جاء في الفقه الفرنسيّ أنّ الاستغلال قسمان: استغلال مادّيّ (أخذ الغلّة مباشرة من الشّيء) واستغلال قانونيّ (اللجوء إلى العمل القانونيّ – عمل إدارة أو حتّى تصرّف – ككراء الشّيء. فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 123.

يُتبيّن ممّا جاء الآن أنّ التّفرقة بين الثّمار والمنتجات تقوم على معيار الدّوريّة ومعيار الإنقاص من أصل الشّيء (في الثّمرة: دوريّة، وعدم إنقاص؛ وفي المنتج: عدم دوريّة، وإنقاص)[592].

(592)



ولقد كتب أحدهم عن القانون الرّومانيّ فقال إنّ عبارة الغلّة أو الثّمرة (*fructus*) كانت تعني ما يولّده الشّيء بقوّته الطّبيعيّة فحسب والذي لا يمسّ بجوهره والذي يستجيب لحاجات الإنسان. هنا نجد ما تولّده الأشجار، والمحاصيل الزّراعيّة، وما تنجبه الحيوانات الأهليّة. فإذا تمّ تنظيم غابة من أجل استغلالها بصفة دوريّة، فإنّ الحطب الذي يُقتطع منها هو غلّة. وفي مرحلة لاحقة تمّ توسيع معنى عبارة الغلّة وصارت تحوي كلّ منفعة يمكن أن يستخرجها الإنسان من الأشياء حتّى إن استهلكتها. وهكذا عُدّت الأحجار وعُدّ الرّخام والرّمل المأخوذ من الأرض أشياء داخلة في صنف الغلّة والثّمرة. كذلك عُدّت الحيوانات الوحشيّة ثمارا إذا كان الصّيد هو النّشاط الوحيد الذي يمكن القيام به على الأرض. كذلك عدّ عمل العبيد ثمرة. لكن ما تلده الإماء لم يعتبر ثمرة وذلك احتراما للذّات البشريّة. نعم يصبح المولود ملكا للمشتري وللموصى له، لكنّه لا يعدّ ثمرة.

ألفريد-ماري فيكتور كريستيان، في الحصول على ملكيّة الثّمار الطّبيعيّة في التّشريع الرّومانيّ، تيبوغرافيا ج كريبان-لوبلوند، نانسي، 1881، ص 3 وما بعدها.

Alfred-Marie-Victor Chrétien, *De l'acquisition du droit de propriété sur les fruits naturels dans la législation romaine*, Typographie G. Crépin-Leblond, Nancy, 1881, p. 3.

ويمكن للإرادة أن تغيّر من طبيعة ما يُستخرج من الشّيء. فالأشجار المقتلعة من غابة هي منتجات. لكنّها تصبح ثمارا، لو أخذت من غابة مهيّأة تخضع لاقتلاع وزرع منظّمين بصفة دوريّة[593].

انظر أيضا حول الثّمار في القانون الرّومانيّ (والفرنسيّ):

ألفريد ميتيتال، في الحصول على الثّمار في القانون الرّومانيّ والفرنسيّ، تيبوغرافيا هنري بلون، باريس، 1863، ص 7 وما بعدها.

Alfred Mettetal, *De l'acquisition des fruits en droit romain et en droit français*, Typographie de Henri Plon, Paris, 1863, p. 7 s.

إدموند-لويس-ماري بربدور، في الحصول على الثّمار في القانون الرّومانيّ والفرنسيّ، ش أوبرتور وأبناؤه، باريس، 1861، ص 9 وما بعدها.

Edmond-Louis-Marie Barbedor, *De l'acquisition des fruits en droit romain et en droit français*, Ch. Oberthur et fils, Paris, 1861, p. 9 s.

فيليكس لوغران، مبادئ القانون الرّومانيّ حول الانتفاع، مطبعة مانو ومولد، باريس، 1863، ص 7 وما بعدها.

Félix Legrand, *Principes du droit romain sur l'usufruit*, Imprimerie Renou et Maulde, Paris, 1863, p. 7 s.

[593] انظر هذا الكلام وقد قيل في القانون الفرنسيّ: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 124.

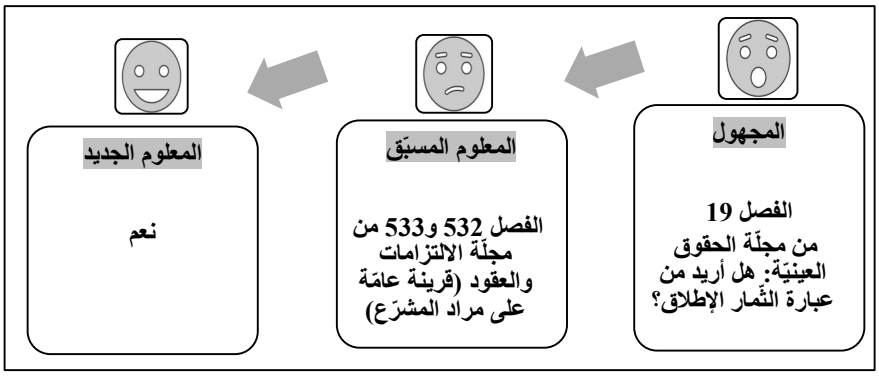
96 أنواع الثّمار ◊ وعبارة الثّمار في الفصل 19 مطلقة• (قال النّصّ "كلّ ثماره"، ولم يقيّد بأن قال مثلا "كلّ ثماره الطّبيعيّة") وليس ثمّ قرينة على تقييدها[594]، لذا هي تفيد الإطلاق[595]، أي تفيد الثّمار الطّبيعيّة والصّناعيّة والمدنيّة[596].

والثّمار الطّبيعيّة في العرف هي ما يتولّد عن الشّيء تلقائيّا دون تدخّل من الإنسان، كالكلأ[597] وما تلده المواشي.

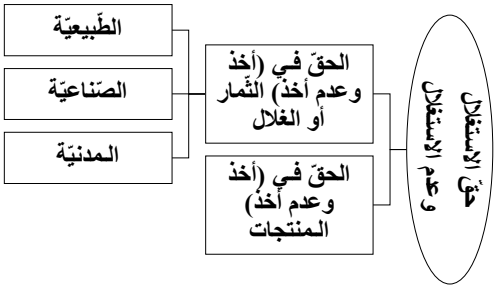
• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[594] لا يوجد شيء في الأعمال التّحضيريّة. لكن إذا أخذنا الفصلين 144 و145 المتعلّقين بحقّ الانتفاع والذين سيردان بعد قليل، قلنا إنّه بالإمكان عدّ هذين النّصّين قرينة خاصّة لفائدة الإطلاق.

(595)



(596)



[597] حول الكلأ انظر ما سبق في الفقرة 15 وما سيأتي في الفقرة 144.

هذا المعنى قال به المشرّع في الفصل 144 من مجلّة الحقوق العينيّة (الغلال الطّبيعيّة هي ما يُغلّه الشّيء تلقائيّا) الذي يهمّ انتفاع الغير لا انتفاع المالك (حقّ الانتفاع، إمّا أن يبقيه المالك لنفسه، وهذه هي الصّورة التي نتحدّث عنها ونحن نتناول الفصل 19؛ وإمّا أن يمكّن منه – بمقابل مادّيّ مثلا – الغير، وهي الصّورة التي تناولها الفصل 144).

أمّا الثّمار الصّناعية أو المستحدثة فهي، حسب العرف دائما، ما يتولّد عن الشّيء بتدخّل إراديّ من الإنسان كمحاصيل القمح. ويكتسب المالك هذه الثّمار حتّى لو لم تنتج عن عمله الشّخصيّ (طبعا هذا الكلام صحيح فقط حين يكون المالك لم يعط للغير حقّ الاستغلال).

والثّمار الطّبيعيّة والصّناعيّة لم يعرّفها المشرّع حين نظّم حقّ الملكيّة (أي حين تعرّض لحقّ الاستغلال الذي صاحبه المالك). لكنّه تناولها في أحكام حقّ الانتفاع (الذي صاحبه الغير) جاعلا إيّاها لا قسمين (طبيعيّة وصناعيّة) بل قسما واحدا أسماه الثّمار الطّبيعيّة. فلقد قال الفصل 144: "الغلال الطّبيعيّة هي ما يغلّه الشّيء تلقائيّا أو بفعل الإنسان".

أخيرا تأتي الثّمار المدنيّة، وهي في العرف ما يغلّه الشّيء من دخل نقديّ يلتزم به الغير في مقابل انتفاعه بالشّيء بموجب الاتّفاق مع مالكه. ولقد أورد المشرّع تعريفا بالمثال لهذه الثّمار لا في أحكام حقّ الملكيّة (أي حين تعرّض لحقّ الاستغلال الذي صاحبه المالك) بل في أحكام حقّ الانتفاع (الذي صاحبه الغير)، فقال الفصل 145: "الغلال المدنيّة هي معيّن الأكرية والمستحقّ من راتب الإنزال وفوائض الدّيون ونحوها".

ولا توجد ثمرة من التّفرقة بين الثّمار الطّبيعيّة والثّمار الصّناعيّة أو المستحدثة (لأجل ذلك ربّما جمعهما الفصل 144 كما رأينا تحت اسم واحد).

الأمر مختلف مع التّفرقة بين الثّمار الطّبيعيّة والصّناعيّة من جهة والثّمار المدنيّة من جهة أخرى. فإذا كان المالك يمكنه أن يحصل على الثّمار الطّبيعيّة والصّناعيّة بنفسه أو بواسطة تصرّفات قانونيّة مع الغير (عقد شغل)، فإنّه لا يتأتّى له الحصول على الثّمار المدنيّة إلّا من طريق واحدة تتمثّل في تصرّفات قانونيّة يحيل بمقتضاها منفعة الشّيء إلى غيره بمقابل (عقد الكراء، إلخ)[598].

وثمّ فرق آخر: فالثّمار الطّبيعيّة – حسب الفصل 146 – القائمة عند بدء الانتفاع تكون من حقّ المنتفع (الغير)، والقائمة عند انتهاء الانتفاع تكون من حقّ المالك. أمّا الثّمار المدنيّة، فإنّها – وبحسب الفصل 147 – تحصل يوما فيوما، فيكون نصيب المنتفع (الغير) منها بقدر مدّة انتفاعه.

هذه هي ثمار التّفرقة داخل الثّمار. وما ينبغي تناوله الآن هو ثمار التّفرقة بين الثّمار والمنتجات.

1. 2. 2/ ثمار التّفرقة بين مكوّني حقّ الاستغلال

97 المالك والمنتفع ◊ يقول الفصل 19 من مجلّة الحقوق العينيّة: "لمالك الشّيء الحقّ في كلّ ثماره ومنتجاته [...]"•.

ويقول الفصل 143 من المجلّة نفسها: "للمنتفع (وهو الغير هنا لا المالك) جميع الغلال الطّبيعيّة والمدنيّة".

---

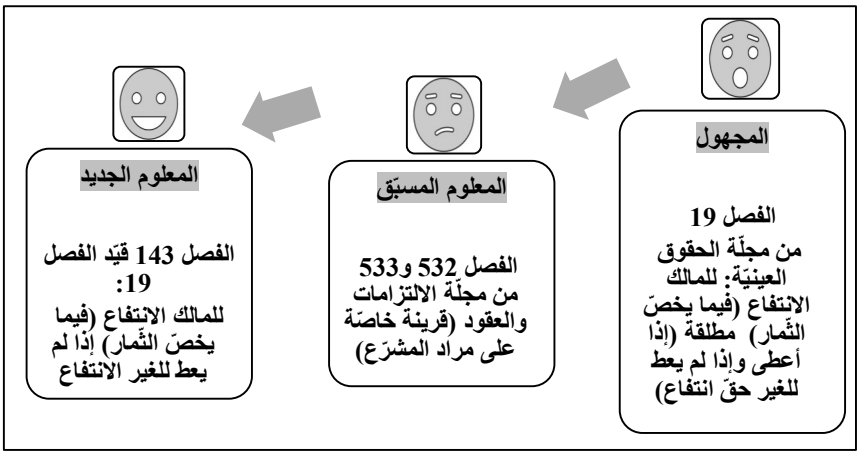
[598] انظر حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 122، ص 93.

• "لمالك الشّيء [...] كلّ ثماره ومنتجاته" عبارة مطلقة (هل للمالك "كلّ الثّمار وكلّ المنتجات" سواء في صورة إنقاصه من حقّ ملكيّته أو في صورة إبقائه عليه كاملا؟). إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

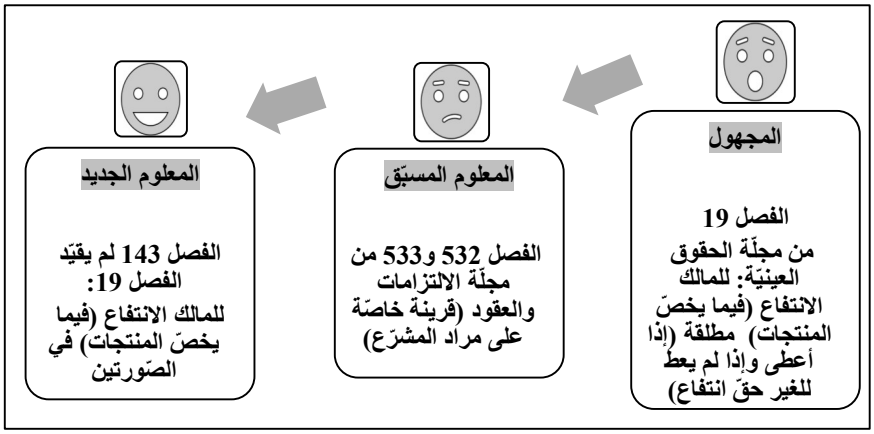
بهذا القول للفصل 143، يكون قد قيّد الفصل 19 بحيث لم يعد للمالك الحقّ في الثّمار إذا كان قد أعطى حقّ انتفاع للغير[599]. لكن ليس ثمّ تقييد على مستوى المنتجات؛ هذا يعني أنّها للمالك[600].

وهكذا للمالك الثّمار والمنتجات، إذا لم يُعط الغير حقّ انتفاع. أمّا إذا أعطاه هذا الحقّ، فللمنتفع الثّمار وللمالك المنتجات. من هنا كانت الفائدة من التّفرقة بين الثّمار والمنتجات.

(599)



(600)

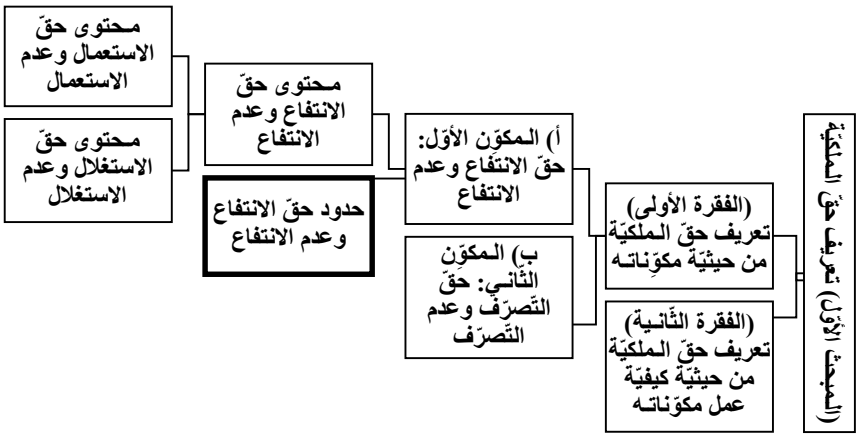


والثّمار والمنتجات هما مكوِّنا الاستغلال. والاستغلال مع الاستعمال يكوّنان الانتفاع. والانتفاع له حدود(601).

2/ حدود حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع

98 طرق الحدّ من الحقّ ◊ نعرف أنّ الحقّ، ليكون حقّا، ينبغي أن يوجد فيه وفي الوقت نفسه جانبان: جانب إيجابيّ هو الفعل، وجانب سلبيّ هو عدم الفعل(602). وعليه فإنّ الحدّ من الحقّ أو تقييده يكون بإحدى طريقتين: الطّريقة الأولى أن نسحب من الحقّ جانبه الإيجابيّ فنصبح أمام منع بعد أن كنّا أمام حقّ(603)؛ الطّريقة

(601)



(602)



(603)



الثّانية أن نسحب من الحقّ جانبه السّلبيّ فنغدو أمام وجوب بعد أن كنّا أمام حقّ(604).

99 تقسيم البحث ◊ هذا ما سيعترضنا ونحن نتناول حدود حقّ الاستعمال ومن بعد ذلك حدود حقّ الاستغلال(605).

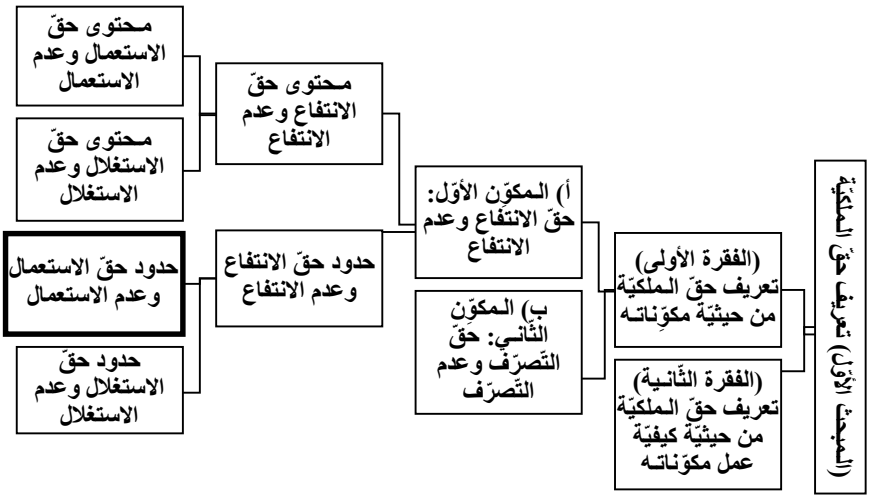
1.2/ حدود حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال

100 تقسيم البحث ◊ ينصّ الفصل 21 من مجلّة الحقوق العينيّة أنّه: "على المالك أن يراعي في استعمال حقّه ما تقتضيه النّصوص التّشريعيّة المتعلّقة بالمصلحة العامّة أو

(604)



(605)



بالمصلحة الخاصّة". وهكذا فإنّ ممارسة حقّ الاستعمال ليست مطلقة، بل هي مقيّدة. بعبارة واحدة: الملكيّة وظيفة اجتماعيّة[606]، والقوانين يمكن – لأجل حماية مصلحة عامّة، بل لأجل حماية مصلحة خاصّة – أن تلغي إمّا حقّ المالك في الاستعمال أو حقّه في عدم الاستعمال. ولهذا الإلغاء مصاديق ومظاهر عديدة أهمّها

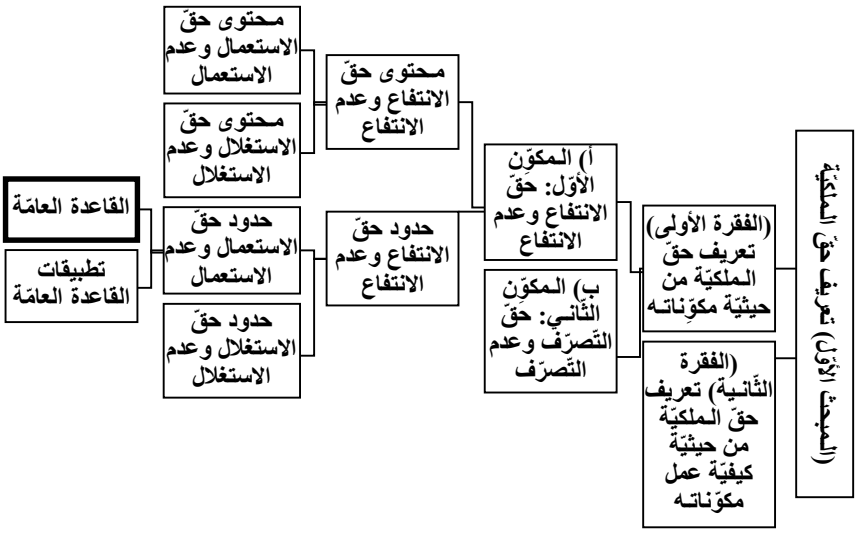
[606] انظر ما جاء في الأعمال التّحضيريّة من حديث عن الوظيفة الاجتماعيّة للملكيّة، بل ومن حديث عن هذه الوظيفة مع الإشارة إلى الفصل 21، وذلك في الفقرة 79 (الهامش).

القاعدة العامّة التي تمنع التّعسّف في استعمال الحقّ. بعد النّظر في هذه القاعدة، ينبغي أن نتناول تطبيقاتها[607].

2. 1. 1/ القاعدة العامّة: منع التّعسّف في استعمال الحقّ

101 تمهيد: القانون الغربيّ والقانون الإسلاميّ ◊ في القانون الرّومانيّ، يقول "أولبيان" (Ulpien) "لا يعدّ مضرّا بغيره من استعمل حقّه"[608]. هذه المقولة ليست

(607)



(608) النّصّ الأصليّ:

"Ne lèse personne celui qui use de son droit".

مطلقة[609] إذ توجد إلى جانبها المقولة التي مفادها "لا يُتسامح مع الأشخاص أصحاب النّيّة السّيّئة"[610]، والمقولة التي حاصلها "من يتعسّف في استعمال حقّه يعوّض عن الأضرار التي يلحقها بالغير"[611]. رغم هاتين المقولتين لم ينشئ الرّومان نظريّة في التّعسّف في استعمال الحقّ. وينبغي انتظار القرن الثّامن عشر للميلاد في بروسيا والقرن التّاسع عشر والعشرين في فرنسا (خاصّة صدور كتاب "جوسران" Josserand: التّعسّف في استعمال الحقّ، 1905) لكي نجد هذه النّظريّة. هذا لا يعني أنّ التّعسّف في استعمال الحقّ لم يكن معاقبا عليه. صحيح أنّ النّظريّة كانت غائبة، لكنّ العقاب كان موجودا[612].

هذا عن التّاريخ. ومن يعمد الآن إلى دراسة مقارنة للقوانين الأوروبيّة، يجد تفاوتا في الحلول: فهنالك بلدان لا تعترف بالتّعسّف (إنجلترا وقبرص ومالطا والبلدان الشّماليّة: الدّنمارك والنّرويج، إلخ) وأخرى تعاقبه. ثمّ داخل المعاقبين: هنالك بلدان تختزل

---

[609] انظر "لوران" (م س، ج 20، الفقرة 408، ص 426) وهو يفسّر هذه المقولة على أنّها تعني أنّ وجود الضّرر لوحده لا يؤدّي إلى التّعويض، بل ينبغي أن ننظر إن كان آتي الضّرر قد استعمل حقّه دون المساس بحقوق الغير. في هذه الحالة لا توجد جنحة ولا شبه جنحة، ومن ثمّ لا يمكن أن يوجد التزام بالتّعويض.

[610] النّصّ الأصليّ:

"Aux hommes de mauvaise foi, point d'indulgence".

[611] النّصّ الأصليّ:

"Celui qui abuse de son droit doit répondre des dommages qu'il cause à autrui".

انظر: لويك كادييه وفيليب لوتورنو، «التّعسّف في استعمال الحقّ»، الموسوعة المدنيّة دالوز، ماي 2002، الفقرة 1.

Loïc Cadiet et Philippe le Tourneau, « Abus de droit », *Rép. Civ. Dalloz*, mai 2002, n° 1.

[612] مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 2.

التّعسّف في استعمال الحقّ في صورة وجود نيّة الإضرار (إيطاليا، النّمسا، إلخ)؛ وبلدان أخرى تتبنّى تصوّرا موضوعيّا حاصله أنّ التّعسّف يتمثّل في وجود نتائج غير عاديّة للفعل الضّارّ (ألمانيا، سويسرا، تركيا، اليونان، البرتغال، إسبانيا، اللوكسمبورغ)؛ أخيرا ثمّ بلدان تتوسّط، فتوجب أحيانا سوء النّيّة، وتكتفي في أحيان أخرى بوجود سلوك لم يكن ليأتيه شخصٌ فَطِنٌ (individu avisé) وُضع في الظّروف نفسها (فرنسا وبلجيكا)[613].

وهكذا فالحلول مختلفة. كذلك الشّأن فيما يتعلّق بمصدرها: فهو قضائيّ بالأساس في فرنسا، وقانونيّ في بلدان كسويسرا (الفصل 2 من المجلّة المدنيّة) وألمانيا (الفصل 226 من المجلّة المدنيّة)، وغيرهما[614].

فإذا تركنا الحلول في مختلف دول أوروبا، واهتممنا بالنّزاع الذي حصل في الفقه الفرنسيّ بين "جوسران" (Josserand) من جهة و"بلانيول" (Planiol) ثمّ "ريبار" (Ripert) من جهة أخرى، وجدنا هذا الأخير يقول إن لا قيمة للحقّ إلّا إذا منح صاحبه انعدام المسؤوليّة، ويقول إنّ الحقّ مشتقّ من القانون الطّبيعيّ المتعلّق بانعدام المساواة وأنّه بطبعه سلطة أنانيّة. ويضيف أنّ الحقّ هو الذي يُخني المدين أمام الدّائن، والعامل أمام ربّ العمل، وغير المالك أمام المالك. لذا لا ينبغي البحث عن غاياته. في هذا التّصوّر لا يوجد تعسّف إلّا إذا استُعمل الحقّ بنيّة الإضرار؛ أي إلّا إذا كان الحقّ القانونيّ أو العقديّ الذي يطالب المدّعي بتطبيقه أو بتنفيذه هو في الوقت نفسه: غير مفيد له، ومضرّ بالمدّعى عليه. هذان الأمران مجتمعان هما ما يدلّ على وجود نيّة الإضرار. مثال ذلك المالك الذي يبني في سطح بيته مَدخنة وهميّة (إذن

---

[613] مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 3.

[614] مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 4.

غير مفيدة للمالك) تحجب الهواء عن جاره (إذن مضرّة بغير المالك)[615]. قبالة هذا التّصوّر الفرديّ أو الذّاتيّ، يعرّف "جوسران" التّعسّف في الحقّ بأنّه الفعل الذي يتعارض مع هدف وروح وغاية الحقّ. فالحقّ له وظيفة لا ينبغي الانحراف بها عن مقصدها الاجتماعيّ. من هذا المنظور لا أهمّيّة لنيّة الإضرار، ويكفي أن نجد أنّ استعمال الحقّ قد تجاوز الهدف الذي من أجله أعطي ذلك الحقّ. وهكذا فالتّعسّف في استعمال الحقّ يتمثّل في الاستعمال غير الاجتماعيّ للحقّ. من أجل ما جاء الآن يسمّى هذا التّصوّر بالتّصوّر الغائيّ (finaliste ou téléologique) أو الموضوعيّ[616].

---

(615) مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 24.

(616) مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 25.

ملاحظة: لم نفعل فيما يخصّ ما جاء إلى حدّ الآن حول التّعسّف إلّا أن ترجمنا المقالة المذكورة في الهوامش.

انظر حول المسألة نفسها: جيرار كورنو، م س (مقدّمة. الأشخاص. الأموال)، الفقرة 147 وما بعده، ص 65 وما بعدها والفقرة 1082 وما بعدها، ص 457 وما بعدها. ولقد أورد هذا المؤلّف في صفحة 470 المراجع التّالية:

جوسران، في التّعسّف في الحقوق، 1905/ في روح الحقوق ونسبيّتها، 1927.

Josserand, *De l'abus des droits*, 1905/ *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927.

ماركوفيتش، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في القانون المقارن، أطروحة، ليون، 1936.

Markovitch, *La théorie de l'abus du droit en droit comparé*, Th., Lyon, 1936.

بيروفانو، «الوظيفة الاجتماعيّة للحقوق. تأمّل في مصير نظريّة جوسران»، دالوز 1972، الأخبار، 67.

Pirovano, «La fonction sociale des droits. Réflexion sur le destin de la théorie de Josserand», D. 1972, chron., 67.

ر مارتان، «في استعمال الحقوق وخصوصا حقّ الملكيّة»، 1975، ص 52 وما بعدها.

R. Martin, «De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété», RT 1975, 52 s.

هذا عن التّعسّف في استعمال الحقّ في الغرب، وفيه، كما يظهر ممّا جاء أعلاه، قولان:

القول الأوّل إنّ التّعسّف في الحقّ هو استعماله بنيّة الإضرار بالغير. ويُتبيّن وجود هذه النّيّة من أمرين: الأمر الأوّل عدم وجود مصلحة لصاحب الحقّ، أي عدم وجود ضرر له من عدم إعمال حقّه؛ الأمر الثّاني وجود ضرر للغير. وهكذا نحن أمام ضرر وعدم ضرر. وإلحاق الضّرر ممنوع.

القول الثّاني إنّ التّعسّف في الحقّ هو استعماله مع تجاوز الهدف الذي من أجله أعطي صاحبُ الحقِّ الحقَّ[617].

فإذا تركنا الغرب ومررنا إلى الفقه الإسلاميّ، قلنا – مع كثير من التّلخيص والإجمال – إنّ صور التّعسّف هي:

أوّلا أن يستعمل صاحب الحقّ حقّه بنيّة الإضرار بالغير. هنا لا يلحق بصاحب الحقّ ضررٌ إن لم يُعمِل حقّه، ويلحق بالغير ضرر إن حصل هذا الإعمال. وهكذا لدينا ضرر، والضّرر في جميع القوانين يُزال.

ثانيا أن تكون لصاحب الحقّ منفعة من إعمال حقّه. هنا لدينا ضرر لصاحب الحقّ، لو لم يمارس الحقّ؛ لكن لدينا ضرر للغير، لو مورس الحقّ.

ل دوبوي، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ وفقه القضاء الإداري، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1962.

L. Dubouis, *La théorie de l'abus du droit et la jurisprudence administrative*, LGDJ, Paris, 1962.

(617) قرّب ما جاء أعلاه من: عزّة العوري، وظيفة نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2014 – 2015، الفقرة 16 وما بعدها، ص 16 وما بعدها.

فإذا كان الغير هو المجتمع، نكون أمام ضرر عامّ وآخر فرديّ، والضّرر العامّ شديد والفرديّ خفيف، فتتمّ التّضحية بالخفيف لفائدة الشّديد. هذا يعطي هنا ما يلي: إذا مورس الحقّ، عُدّ ذلك تعسّفا في الحقّ.

أمّا إذا كان الغير فردا، فعندها نكون أمام ضرر خاصّ وآخر مثله؛ فنوازن بين الضّررين، فإذا وجدنا ضرر الغير أشدّ، اعتبرنا صاحب الحقّ متعسّفا، إن أعمل حقّه.

ثالثا أن تكون لصاحب الحقّ منفعة من إعمال حقّه. هنا لدينا ضرر لصاحب الحقّ، لو لم يمارس الحقّ؛ في المقابل لدينا ضرر للغير، لو مورس الحقّ. لكن لو أنّ لصاحب الحقّ طريقا أخرى يحصّل منها منفعته، فلن نبقى أمام ضررين، بل أمام ضرر واحد هو ضرر الغير، والضّرر يُزال. ومن ينظر يجد أنّ هذه الصّورة الثّالثة ترجعنا إلى الصّورة الأولى: فمن له طريق أخرى ويصرّ على الطّريق المضرّة بالغير، يكون قد استعمل حقّه بنيّة الإضرار.

هذا موقف الفقه الإسلاميّ بعجالة [618]. ولقد أوردناه – وأوردنا من قبله القانون الغربيّ – لكي تتّضح أمامنا أكثر أحكام القانون التّونسيّ.

---

[618] انظر حول الفقه الإسلاميّ: عزّة العوري، م س، الفقرة 25 وما بعدها، ص 21 وما بعدها؛ فتحي الدّريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط 4، 1408 هـ/ 1988 م؛ وانظر الأستاذ علي الخفيف (الملكيّة في الشّريعة الإسلاميّة مع المقارنة بالشّرائع الوضعيّة. معناها – أنواعها – عناصرها – خواصّها – قيودها، دار الفكر العربيّ، مدينة نصر، 1416 هـ/ 1996 م، ص 95 وما بعدها)، وهو يقول:

"شَرْع الحقوق في الشّريعة الإسلاميّة إنّما كان لمصلحة المجتمع ولمصلحة الإنسان [...] وبناء على ذلك يجب أن يكون استعمال الحقوق سبيلا إلى تحقيق المصالح وجلبها، وإلى دفع المفاسد وتجنّبها، سبيلا يقوم النّظر فيه إلى المجتمع أوّلا، وإلى الفرد ثانيا باعتباره جزءا منه. فإذا ما كان في استعمال المالك حقّه ضررٌ بغيره، وجب أن يوازن بين مصلحته المشروعة التي أرادها والمضرّة التي تترتّب على استعماله له. فإن رجحت مصلحة المالك، سلم له حقّه؛ وإن رجحت مضرّة غيره، قُيِّد حقّه بما يدفع المضرّة. ويبدو

من النّظر في أقوال الفقهاء أنّ ما يترتّب على استعمال المالك لحقّه من الضّرر بغيره قد يكون ضررا محقّق الوقوع، وقد يكون ضررا يغلب على الظّنّ وقوعه، وقد يكون ضررا لا يغلب على الظّنّ وقوعه. ثمّ هو مع ذلك قد يكون ضررا كبيرا، وقد يكون قليلا؛ وقد يكون ضررا مقصودا قصد إليه من أراد من الملاّك استعمال حقّه، وقد يكون غير مقصود لم تتّجه إليه إرادة المالك المستعمل لحقّه. كما يبدو أنّهم عندما تتعارض المصالح والمفاسد في هذه الأحوال يعمدون إلى مراعاة القواعد الشّرعيّة الآتية وهي: 1- الضّرر يُزال. 2- يُتحمّل الضّرر الأخفّ لدفع الضّرر الأشدّ. 3- يُتحمّل الضّرر الخاصّ لدفع الضّرر العامّ، أو يجب تقديم المصلحة العامّة على المصلحة الخاصّة. 4- دفع المفاسد مقدّم على جلب المصالح. 5- الضّرورات تبيح المحظورات. والأمر المتّفق عليه عند الفقهاء أنّ الضّرر إذا كان نادر الوقوع أو قليلا تافها، لم يترتّب على ذلك تقييد حقّ المالك في استعمال حقّه، إذ هو صاحب حقّ بلا ريب، وما كان له هذا الحقّ إلّا لمصلحة غالبة رعاها الشّارع، ولا يضير ذلك أن يكون وراء ذلك في أحوال نادرة ضرر بغيره أو ضرر قليل [...] إذ المصالح دائما مشوبة بالضّرر، وليس منها ما تمحّض نفعا، ولم يعتبر الشّارع في مقرّراته وتشريعاته إلّا المصلحة الغالبة [...] (إذن هنالك مصلحة صاحب الحقّ من إعمال حقّه ومصلحة الغير في أن لا يلحق به ضرر، والأولى راجحة، والرّاجح يُقدّم؛ أو لدينا ضرر صاحب الحقّ إن قيّدنا الحقّ، وضرر الغير لو لم يُقيّد الحقّ وأعمِل، والضّرر الأوّل أشدّ والثّاني أخفّ، والأخفّ يُتحمّل لدفع الأشدّ). وكذلك اتّفق الفقهاء على أنّه إذا لم يدْع المالك إلى استعمال حقّه إلّا قصد الضرر بغيره، دون أن يكون له مصلحة أخرى يطلبها، وجب عليه الكفّ، وعُدَّ معتديا بإقدامه على الإضرار بغيره باستعماله لحقّه، سواء أكان الضّرر الذي يصيب غيره من ذلك محقّق الوقوع أم مظنونه، وذلك لأنّ الضّرر يجب دفعه لقوله صلّى الله عليه وسلّم «لا ضرر ولا ضرار» (هنا لا مصلحة لصاحب الحقّ من إعمال حقّه، لكن ثمّ مصلحة للغير في أن لا يُعمل ذلك الحقّ، والمصلحة مقدّمة على عدم المصلحة؛ أو ليس لدينا ضرر من جهة صاحب الحقّ حين لا يعمل حقّه، في المقابل لدينا ضرر للغير إن أعمل الحقّ، وإلحاق الضّرر ممنوع). ولكن إذا صاحب ذلك القصد طلب منفعة من المستعمل لحقّه، وكان له محيص عمّا أراد سلوكه للإضرار بغيره، وجب عليه ألّا يسلك هذا الطّريق تجنّبا للإضرار إذ له عنه مندوحة، وإلّا لم يكن له من غرض في سلوكه إلّا الإضرار بغيره، وذلك ما يجب تجنّبه (هذا يعيدنا إلى الصّورة السّابقة: غياب مصلحة وقبالته وجود مصلحة؛ أو غياب ضرر وقبالته وجود ضرر). أمّا إذا لم يكن منه بُدّ، وكان في حاجة إلى استعمال حقّه، وفي الإقدام عليه ضرر بغيره، فإن كان عامّا كان مقدّما على حقّه (هنا مصلحة خاصّة وأخرى عامّة، والعامّة مقدّمة)، وإن كان خاصّا قدّم حقّه بلا

ريب، فهو على بيّنة من حقّه بينما هو على ظنّ من حقّ غيره (مصلحة خاصّة لصاحب الحقّ ومصلحة خاصّة للغير، ومصلحة الأوّل قدّمت)؛ على أنّ من الفقهاء من يرى في هذه الحالة الموازنة بين الضّررين، فإذا كان ضرر غيره عظيما ماسّا بما هو ضروريّ له، بينما يرى ضرر غيره دون ذلك قُدّم ضرر غيره على ضرره، كالطّعام إذا منعه صاحبه لحاجته إليه بحسب العادة، بينما يطلبه غيره دفعا للهلاك عن نفسه، وذلك ما بُني على قاعدة تقديم المصلحة العامّة على المصلحة الخاصّة (يتحدّث عن الصّورة التي جاءت مباشرة قبل هذه الصّورة)، وعلى قاعدة تحمّل الضّرر الأدنى لدفع الضّرر الأعظم. ويلاحظ في ذلك أنّ الفقهاء يجعلون الضّرر الذي يغلب على الظّنّ وقوعه في حكم المحقّق الوقوع، بناء على اعتبار غلبة الظّنّ في الأحكام الشّرعيّة. وإذا كان جلب المصلحة أو دفع المفسدة غير مصحوب بقصد الإضرار بأحد، ولكن يتسبّب عنه مع ذلك ضرر بالغير، وكان عامّا، قُيِّد حقّ المستعمل درءًا للضّرر العامّ تطبيقا لقاعدة: يُتحمّل الضّرر الخاصّ دفعا للضّرر العامّ، إذا كان ذلك الضّرر محقّق الوقوع أو مظنونا وقوعه. وأمّا إذا كان الضّرر المتوقّع خاصّا يغلب على الظّنّ وقوعه، فالحكم كما تقدّم من تقديم مصلحة المستعمل على مصلحة غيره، لأنّ حقّ المالك قويّ ثابت مأذون فيه لمصلحة غالبة فلا يقوى على دفعه ضرر دونه في المنزلة، وقد يُوازَن في هذه الحال بين الضّررين كما تقدّم فيُقدّم الأقوى والأشدّ ضررا. أمّا إذا كان الضّرر المتوقّع كثيرا، ولا يغلب على الظّنّ وقوعه، وليس بالأمر النّادر، فقد اختلف النّظر: نظر أبو حنيفة والشّافعيّ إلى أصل الحقّ والإذن فيه، فذهبا إلى تقديم مصلحة المستعمل وحقّه، وذلك بناء على أنّ العلم بوقوع الضّرر أو الظّنّ الغالب به غير ثابت، وحقّ المستعمل ثابت بيقين فلا يقوى على رفعه إلّا يقين مثله أو غلبة ظنّ تقارب اليقين، ورجّح مالك وأحمد جانب الضّرر بالغير لكثرته، لأنّه إذا كان كثيرا غير نادر الوقوع وجب الاحتياط لدفعه، إذ دفع المضرّة مقدّم على جلب المصلحة، ويقول الشّاطبيّ في هذا المقام: الشّريعة مبنيّة على الاحتياط والأخذ بالحزم والتّحرّز عمّا عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة. وإذا لم يلحق المالك في منعه ضرر، فإن كان مترفّها في استعماله دون قصدٍ إلى الإضرار بالغير ودون علم به والتفات إليه، فإنّه وقد قصد إلى ما يجوز له أن يقصده شرعا يكون حقّه جائزا له استعماله وإن ترتّب على استعماله ضرر بغيره قطعيّ الوقوع، أمّا إذا كان على علم بلزوم الضّرر لغيره فعند ذلك يقوم في منعه من استعمال حقّه مظنّة قصد الضّرر بالغير، لأنّه وقد أقدم على استعمال حقّه لغير داعية مصلحة يطلبها دون أن يلحقه ضرر بالتّرك فاعل لأمر مباح لا يتعلّق بفعله نفع له وفيه ضرر بغيره قد يرى أن ليس له داعية إلى ذلك إلاّ قصد الإضرار بغيره فيمنع لذلك [...]

102 **التّعسّف في استعمال الحقّ. القانون التّونسيّ** ◊ في هذا القانون، من يلحق ضررا بالغير عن عمد (الفصل 82 من مجلّة الالتزامات والعقود) أو عن خطأ (الفصل 83 من المجلّة نفسها)، يجب عليه التّعويض (أي بعبارة القانون الإسلاميّ الذي سبق معنا: الضّرر يُزال)[619]. والسّؤال: ما الحلّ إذا مارس شخصٌ حقَّه ونتج عن ذلك ضرر للغير؟ هل يرتكب "جنحة" الفصل 82 أو "شبه جنحة" الفصل 83؟ هل تقوم عليه المسؤوليّة المدنيّة (التّقصيريّة)؟ الجواب في الفصل 103 القائل: "من فعل ما يقتضيه حقّه بدون قصد الإضرار بالغير، فلا عهدة ماليّة عليه. فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحقّ ولم يفعل، فعليه العهدة الماليّة".

"ومن البيان المتقدّم يمكن استنتاج المعايير التي يقوم عليها اعتبار استعمال المالك لحقّه من قبيل التّعسّف فيه عند الفقهاء مع غضّ النّظر على ما بينهم من خلاف في بعض الفروع [...] هي:

"1- إذا لم يقصد المستعمل لحقّه سوى الإضرار بغيره.

"2- إذا كانت مصلحته التي يبغيها من استعماله حقّه تتعارض مع مصلحة عامّة أو مصلحة خاصّة تفوقها بحيث ترى مصلحةً قليلة الأهمّيّة ولا تتناسب البتّة مع ما يصيب غيره من ضرر عظيم بسببها، ولم يكن ذلك الضّرر نادر الوقوع.

"3- إذا كانت المصلحة التي يبتغيها المالك من استعمال حقّه تؤدّي إلى الإضرار بغيره ضررا فاحشا بيّنا، وكان في استطاعته تحقيق مصلحته بطريق آخر لا يؤدّي إلى هذا الضّرر.

"4- إذا كان الضّرر المترتّب على الاستعمال عظيما محتمل الوقوع، وليس بالأمر النّادر على ما ذهب إليه مالك وأحمد، أخذًا بالأحوط وبسدّ الذّريعة، خلافا لأبي حنيفة والشّافعيّ.

"5- إذا كان المالك على علم بترتّب الضّرر الفاحش وكان في استعماله لحقّه مترفّها لا يلحقه ضرر من تركه وأقدم مع ذلك عليه".

[619] إذن لدينا عمد أو خطأ (لنقل إنّ لدينا فعلا). ولدينا ضرر. والفعل علّة فاعلة للضّرر. وهكذا لدينا ثلاثة أشياء: فعل وضرر وعلاقة سببيّة. فإذا اجتمعت هذه الأشياء معا، نتج عنها تعويض.

103 المنطوق به في الفقرة الأولى من الفصل 103: استعمال الحقّ دون نيّة الإضرار بالغير (لا تعسّف في الحقّ) ◊ في هذا النّصّ فقرتان. فإذا بدأنا بالفقرة الأولى (من فعل ما يقتضيه حقّه بدون قصد الإضرار بالغير، فلا عهدة ماليّة عليه)، وجدنا منطوقا به هو: من جهة فرض (استعمال الحقّ بدون قصد الإضرار)، ومن جهة أخرى حكم (لا عهدة ماليّة عليه، أي لا يعدّ مرتكبا لجنحة أو لشبه جنحة ولا يُقضى ضدّه بالتّعويض الماليّ).

فإذا أردنا أن نفهم هذا المنطوق به من خلال قصد صاحبه•، وجب أن نعود إلى الأعمال التّحضيريّة، وتحديدا إلى المشروع المراجَع المؤرّخ في 1899[620]. في هذا المشروع نجد الفصل 114 القائل: "لا مسؤوليّة مدنيّة، إذا فعل الشّخص، بدون نيّة الإضرار، ما كان له الحقّ في فعله"[621].

من هذا الكلام للفصل 114 يظهر أنّ الفقرة الأولى من الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود هي مجرّد نقل له.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[620] لهذا المشروع كما نعلم ترجمتان إلى العربيّة. لكنّنا سنعمد إلى ترجمة شخصيّة. حول المشروع المراجَع وغير ذلك ممّا يتعلّق بالأعمال التّحضيريّة لمجلّة الالتزامات والعقود، انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 4 وما بعدها.

[621] النّصّ الأصليّ:

"Il n'y a pas lieu à responsabilité civile lorsqu'une personne, sans intention de nuire, a fait ce qu'elle avait le droit de faire".

فإذا نظرنا – من أجل أن نفهم الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود – إلى ما رافق الفصل 114 من المشروع المراجَع من كلام، وجدنا حاشية تحتيّة وأخرى جانبيّة[622]:

في الحاشية التّحتيّة، هنالك إحالات، منها الإحالة على "توليبه"[623]. وحين نعود إلى هذا الفقيه الفرنسيّ، نجد بالخصوص ما يلي: من فعل ما له الحقّ في فعله، لا يرتكب أيّ خطأ. فإذا لحق بالغير ضرر، فلا تعويض. مثال ذلك: أن أحفر بئرا في أرضي، فأحوّل العين التي كانت تغذّي بئر جاري. هنا لحق بالجار ضرر. لكن لست ملزما بالتّعويض، لأنّي لم أفعل إلّا أن استعملت حقّي دون ارتكاب أدنى خطأ. والحلّ نفسه ينطبق إذا حرثت أرضي، فقطعت جذور أشجار جاري، فهلكت. وعليه فالمعنى الحقيقيّ للفصل 1382 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة[624] (والذي يقابله الفصل 82 من مجلّة الالتزامات والعقود) هو أنّ من يلحق ضررا بالغير، فاعلا ما ليس له حقّ فعله، أو مهملا فعل ما كان عليه فعله، ملزم بالتّعويض إن نتج ضرر عن عمده[625].

أمّا في الحاشية الجانبيّة، فنجد عنوانا للمالكيّة وآخر للحنفيّة[626].

في عنوان المالكيّة نجد خاصّة ما يلي:

---

[622] حول الحواشي على فصول المشروع المراجَع، انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 5 وما بعدها.

[623] Toullier, XI, 119.

[624] بعد التّغيير الذي أدخل على المجلّة المدنيّة سنة 2016، أصبح رقم الفصل الذي يتناول الجنحة (إلحاق ضرر بالغير عن قصد) هو 1240، وليس 1382.

[625] توليبه، م س، ج 11، الفقرة 119، ص 151 وما بعدها.

[626] بسبب كونهما المذهبين المعمول بهما آنذاك في تونس.

إحالة على التّسولي[627]. وحين نرجع إليه[628]، نجده يتحدّث عن الذي يفتح كوّة تكشف على الجار، ونجده يورد مختلف تفصيلاتها والمواقف منها.

إحالة على المجلّة التّونسيّة لسنة 1860[629]، وتحديدا على فصلها 351 (من فعل في ملكه من أجل منفعته ما يباح له فعله، كأن يحفر بئرا أو خزّان ماء أو خندقا حول ما يملك لمنع الحيوانات من دخوله، لا يُعاقب إذا أحدث هذا ضررا للغير[630]) وفصلها 595 (كلّ شخص يريد البناء على ملكه لا يمكن منعه، وإن كان البناء سيمنع الهواء من الوصول إلى أرض الجار[631]).

---

(627) Tasouli, II, 338.

(628) علي بن عبد السّلام التّسولي (أبو الحسن)، البهجة في شرح التّحفة على الأرجوزة المسمّاة بتحفة الحكّام لابن عاصم الأندلسي، دار الفكر، ط 2، 1370 هـ/ 1951 م، ج 2، ص 338 (ملاحظة: هذه النّسخة تطابق تلك التي يحيل عليها المشروع المراجَع. هذه المطابقة متوفّرة أيضا فيما يخصّ نسخ الكتب الأخرى التي سنوردها لاحقا).

(629) Code tunis de 1860.

والمقصود: Code civil et criminel du Royaume tunisien, Imprimerie de Dagand, Bone, 1860.

أي المقصود: المجلّة المدنيّة والجزائيّة للمملكة التّونسيّة.

(630) النّصّ الأصليّ:

"Celui qui fait dans sa propriété ce qui lui est permis de faire pour son avantage, comme qui creuse un puits ou un réservoir d'eau ou un fossé autour de sa propriété pour empêcher les animaux d'y entrer, ne sera passible d'aucune peine si cela occasionne un dommage à quelqu'un".

(631) النّصّ الأصليّ:

"Tout individu qui voudra bâtir sur sa propriété ne pourra être empêché, quand même la bâtisse empêcherait l'air d'arriver au champ du voisin".

بعد ذلك قيل إنّ لكلّ واحد أن يبني على أرضه، وإن حرم الجار من الهواء أو النّور. كما قيل إن ثمّ اختلافا حول حفر بئر تنقص الماء عن الجار، فالغالبيّة أجابت بإمكان فعل ذلك، والأقلّيّة قالت لا.

في عنوان الحنفيّة، نجد:

إحالة على ابن نُجَيْم[632] في محتوى جاء تحت عنوان قاعدة الضّرر يُزال[633].

إحالة على المجلّة العثمانيّة، وتحديدا على الموادّ 91 (الجواز الشّرعيّ ينافي الضّمان [...])، و924 (يشترط التّعدّي ليكون موجبا للضّمان على ما ذكر آنفا، يعني أنّ ضمان المتسبّب للضّرر مشروط بعمله بغير حقّ فعلا مفضيا إلى ذلك الضّرر [...])، و127 (إحالةٌ فيها خطأ، لأنّ هذه المادّة تعرّف المال المتقوِّم).

بعد ذلك قيل خاصّة إنّ من لا يتجاوز حقّه ليس غاصبا.

ويمكن – انطلاقا من عبارات الفصل 103، وممّا جاء أعلاه ويُعدّ أعمالا تحضيريّة له – القول:

إنّ من يأتي فعلا يضرّ بالغير عن عمد (الفصل 82) أو عن خطأ (الفصل 83)، يرتكب جنحة (صورة العمد) أو شبه جنحة (صورة الخطأ)، أي تقوم مسؤوليّته المدنيّة ويجب عليه التّعويض.

---

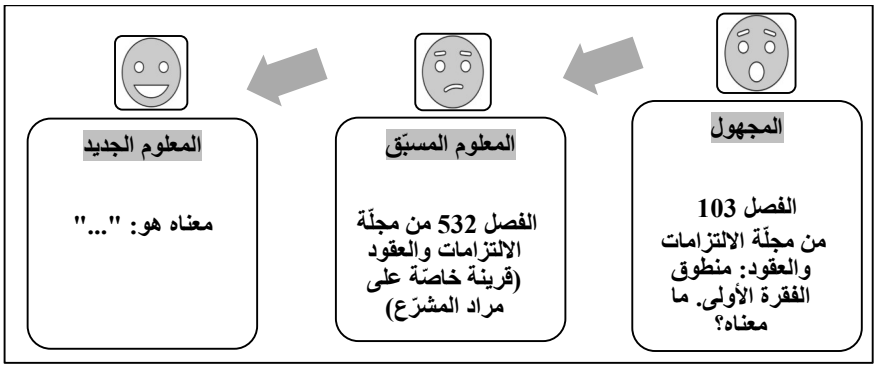
(632) Ibn Nadjim, I, 119

(633) ابن نُجَيْم، الأشباه والنّظائر. مع شرحه غمز عيون البصائر للحموي، دار الطّباعة العامرة، د م، 1925، ج 1، ص 118.

لكنّ من يأتي فعلا هو حقّ له، ويضرّ بالغير دون أن يقصد الإضرار، لا يرتكب جنحة أو شبه جنحة، ولا تقوم مسؤوليّة عليه، ولا يجب أن يعوّض شيئا(634).

104 استعمال الحقّ بنيّة الإضرار بالغير (الصّورة الأولى للتّعسّف في استعمال الحقّ) ◊ هذا هو المعنى المنطوق به في الفقرة الأولى من الفصل 103، أمّا المسكوت

(634)



انظر أيضا حول الفقرة الأولى من الفصل 103: عزّة العوري، م س، الفقرة 39 وما بعدها، ص 30 وما بعدها.

انظر كذلك حول التّعسّف في استعمال الحقّ في القانون التّونسيّ:

نذير بن عمّو، التّعسّف في استعمال الحقّ من خلال الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة والاقتصاديّة بتونس، 1983 – 1984.

Nadhir Ben Ammou, *Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 du COC*, Mémoire, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1983 - 1984.

سامي الجربي، شروط المسؤوليّة المدنيّة في القانون التّونسيّ والمقارن، النّاشر: المؤلّف، تونس، ط 2، 2015، ص 165 وما بعدها؛ يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، ص 77 وما بعدها؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، ص 186 وما بعدها؛ محمّد الصّالح العيّاري، «الحقّ وعيب الاعتساف»، القضاء والتّشريع، جوان 1959، ص 20؛ محمود شمّام، «تجاوز الحقّ بين الشّريعة والقانون»، القضاء والتّشريع، ماي 1978، ص 15؛ محسن برناز، «الحقوق وحدودها»، القضاء والتّشريع، نوفمبر 1970، ص 11؛ محسن برناز، «الحقوق وحدودها»، القضاء والتّشريع، مارس 1976، ص 254.

عنه فمن جهة الفرض النّقيض (استعمال الحقّ بقصد الإضرار)، ومن جهة ثانية حكم هذا الفرض•. ويقضي علم المنهجيّة بأن نبحث عن قصد المشرّع؛ فإن لم نجد، جرّبنا إعمال قياس الأوْلى؛ فإن لم يمكن، جرّبنا قياس المثل؛ فإن لم يمكن، قلنا إنّنا في الفصل أمام جملة شرطيّة، وإنّ لهذه الجملة مفهوما: انتفاء الحكم (انتفاء عدم العهدة، أي وجود العهدة: لأنّ نفي النّفي إثبات[635]) عند انتفاء الشّرط (انتفاء عدم قصد الإضرار، أي وجود قصد الإضرار: لأنّ نفي النّفي إثبات)[636].

فإذا بدأنا بالبحث عن قصد المشرّع، أي إذا بدأنا هنا بالأعمال التّحضيريّة، وجدنا الفصل 115 من المشروع المُراجَع. يقول هذا النّصّ مستدركا على النّصّ الذي قبله (والذي يقول كما رأينا: "لا مسؤوليّة مدنيّة، إذا فعل الشّخص، بدون نيّة الإضرار، ما كان له الحقّ في فعله"): "لكن لا يمكن لأحد أن يستعمل حقّه بقصد وحيد هو

• هنا، وكما جاء في المتن، نحن أمام صورة سكوت وفراغ في القانون.

(635) جاء عند أحدهم:

"بمقتضى مبدأ ثنائيّة التّكافؤ، نفي النّفي يرجع إلى التّأكيد المنطلق منه [...] لذلك نقول إنّ النّفي ليس سلسلة تطوّريّة [...]. بشكلٍ عامّ كلّ قضيّة تحوي عددا زوجيّا من النّفي ترجع إلى تأكيد هذه القضيّة".

النّصّ الأصليّ:

"En vertu du principe de bivalence, la négation de la négation revient à l'affirmation de départ (*duplex negatio affirmat*). On dit alors que la négation est involutive […] De façon générale, toute proposition contenant un nombre pair de négations revient à affirmer cette proposition".

دينيس فارنون، مقدّمة للمنطق المعياريّ. حساب الجمل والمحمولات والعلاقات، فلاماريون، باريس، 2006، ص 58.

Denis Vernant, *Introduction à la logique standard. Calcul des propositions, des prédicats et des relations*, Flammarion, Paris, 2006, p. 58.

(636) انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 326 وما بعدها.

الإضرار، أو بطريقة تمسّ حقّ الغير، أو حتّى تلحق به الضّرر، إذا كان هذا الضّرر يمكن تفاديه أو إزالته بدون مساوئ خطيرة على صاحب الحقّ"[637].

وما يهمّنا الآن من هذا النّصّ هو حديثه عن استعمال الحقّ بقصد الإضرار، لأنّنا بصدد ما سكتت عنه الفقرة الأولى من الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود. أمّا بقيّة الفصل 115 من المشروع المراجَع، فستعنينا حين سنتناول الفقرة الثّانية من الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود.

لكن نحن مضطرّون – فيما يخصّ الفصل 115 من المشروع المراجَع – أن نورد إحالاته جملة واحدة لأنّنا لا نستطيع أن نميّز في هذ اللحظة بين ما سنجده فيها وهو يهمّ ما نحن بصدده الآن وما سنجده فيها وهو يهمّ ما سنكون بصدده لاحقا. فإذا استقرّت في الذّهن هذه الملاحظة، قلنا إنّ تحت الفصل 115 من المشروع المراجَع حاشية، وبجانبه أخرى.

في الحاشية التّحتيّة، نجد إحالات، منها:

الإحالة على الفصل 226 من المجلّة المدنيّة الألمانيّة القائل: "ممارسة الحقّ ليست مقبولة، إذا كان هدفها الوحيد الإضرار بالغير"[638].

---

[637] النّصّ الأصليّ:

"Mais nul ne peut faire usage de son droit à seule fin de nuire, ou de manière à léser le droit d'autrui, ou même à lui causer du dommage, lorsque ce dommage peut être évité ou supprimé, sans inconvénient grave pour autrui".

[638] النّصّ الأصليّ:

"L'exercice d'un droit n'est pas admissible, lorsqu'il a seulement pour but de nuire à autrui".

المجلّة المدنيّة الألمانيّة. صدرت في 18 أوت 1896 ودخلت حيّز التّنفيذ بداية من 1 جانفي 1900، أ بيدون، باريس، 1901، ص 51.

الإحالة على "لوران"[639]. وحين نعود إلى هذا الفقيه[640]، نجده يسأل في العنوان: هل ثمّ جنحة أو شبه جنحة حين يكون آتي الفعل الضّارّ قد استعمل حقّه؟ يجيب: نعم إذا لم يحصل استعمال الحقّ إلّا للإضرار بالآخرين وبدون أدنى منفعة للنّفس. ينجرّ عن هذا ما جاء في مجلّة "بروسيا" من أنّ الذي أمامه عدّة طرق لممارسة حقّه ويختار تلك التي تضرّ بالغير هو ملزم بالتّعويض عمّا يسبّبه من مضرّة.

الإحالة على "أوبري" و"رو"[641]. ومن يرجع إلى هذين الفقيهين[642]، يجدهما – وتحت عنوان: في الحدود التي يُحصر فيها استعمال حقّ الملكيّة من أجل مصلحة العقّارات المجاورة – يقولان إنّ علاقات الجوار بين عقّارات لمالكين مختلفين لها نتيجة ضروريّة هي التّنازع بين حقوق هؤلاء المالكين. هذا التّنازع لا يمكن أن يُحَلّ إلّا بفرض حدود لاستعمال السّلطات الدّاخلة في الملكيّة. ويمكن إرجاع هذه الحدود إلى قواعد، ويمكن إرجاع هذه القواعد إلى مبدأ مفاده أنّ حقّ الملكيّة مشروط بعدم إلحاق ضرر لملكيّة الغير (الفصل 1382 و1383). والقواعد هي:

مالك العقّار لا يمكنه أن يقوم فيه بعمل من شأنه أن يلحق ضررا مادّيّا بالعقّارات المجاورة.

مالك العقّار لا يمكنه أن يلقي على العقّارات المجاورة أجساما صلبة أو ينقل إليها موادّ سائلة أو غازات.

Code Civil Allemand. Promulgué le 18 août 1896. Exécutoire à partir du 1er janvier 1900, A. Pedone, Paris, 1901, p. 51.

(639) Laurent, XX, 408 s.

(640) ف لوران، م س، ج 20، الفقرة 408 وما بعدها، ص 425 وما بعدها.

(641) C. Aubry et C. Rau, § 194, p. 194.

هنالك خطأ: فالفقرة 194 موجودة في ص 174 لا 194.

(642) أوبري ورو، م س، ج 2، الفقرة 194، ص 174.

يمنع على مالك العقّار أن يقيم بناياته بطريقة تهدّد سلامة أو استقلاليّة أو راحة الانتفاع بالعقّارات المجاورة؛ كما يمنع عليه أن يخصّص بناياته لاستعمال من شأنه أن يحدث هذه الأمور.

أخيرا، على المالك أن يمتنع عن كلّ غراس نتيجته أن يمتصّ لفائدته القوى المنتجة لعقّار مجاور.

وبهذه القواعد ترتبط أحكام المجلّة المتعلّقة بالميازيب، والمطَل والفُتحات، وغرس الأشجار، إلخ.

ورغم وضع هذه الأحكام في عنوان الارتفاقات، فإنّها لا تمثّل ارتفاقات قانونيّة حقيقيّة إذ لا يمكن عدّها أعباءً على عقّار لفائدة عقّار آخر، لأنّ القيود مفروضة بطريقة متبادلة على المالكين المتجاورين. فلا وجود إذن لفكرة عقّار خادم وعقّار مخدوم. وفي الحقيقة لا موضوع لهذه الأحكام إلّا القيود التي ينبغي أن يخضع لها الاستعمال العاديّ لحقّ الملكيّة أو التّوفيق، من خلال نوع من الصّلح، بين المصالح المتعارضة للمالكين المتجاورين.

الإحالة على "توليبه"[643]. هذه الإحالة سبقت تحت الفصل 114[644]، فلا نحتاج لإعادة ما تضمّنته.

هذا عن إحالات الحاشية التّحتيّة، بعدها تأتي الحاشية الجانبيّة، وفيها نجد بالخصوص ما يلي:

على مستوى المدرسة المالكيّة:

---

(643) Toullier, XI, n° 119

(644) انظر الفقرة 105.

الإحالة على ابن فرحون[645] في مكان تناول فيه الإحداثات المضرّة بالجار[646].
الإحالة على خليل[647] في مكان تعرّض فيه، ضمن ما تعرّض، وتحت عنوان الارتفاق المرتبط بموقع العقّار، إلى المسألة السّابقة نفسها[648].
الإحالة على العمليّات[649]. في هذا الكتاب[650] نقرأ: "حيث كان الحكم الشّرعيّ منع الجار عن أن يحدث الضّرر على جاره، وجب على المحدث لذلك أن يقطعه وذلك مثل ضرر الرّوائح المنتنة المؤذية للإنسان كرائحة الدّباغ [...] والأصل في المنع من ذلك حديث لا ضرر ولا ضرار. واختلف في معنى اللفظين: فقيل هما بمعنى واحد رُدّدا تأكيدا في المنع [...] وقيل الضّرر أن تضرّ غيرك بما تنتفع به والضّرار أن تضرّه بما لا تنتفع به، وقيل الضّرر أن يضرّ أحد الجيران بالآخر والضّرار أن يضرّ كلّ منهما بالآخر، وقيل غير ذلك".

---

(645) Ibn Farhoun, II, 254

(646) برهان الدّين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدّين أبي عبد الله محمّد بن فرحون، تبصرة الحكّام في أصول الأقضية والأحكام. وبهامشه كتاب العقد المنظّم للحكّام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام للشّيخ ابن سلمون الكناني، دار الكتب العلميّة، بيروت، د ت، ج 2، ص 254.

(647) Khalil, IV, 195

(648) خليل بن إسحاق، المختصر، ترجمه من العربيّة م بيرون، المطبعة القوميّة، باريس، 1851، ج 4، ص 195.

Khalil Ibn-Ishak, *Précis de jurisprudence musulmane ou principes de législation musulmane*, Traduit de l'arabe par M. Perron, Imprimerie nationale, Paris, 1851, T. 4, p. 195.

(649) Amalyat, 24

(650) محمّد بن أبي القاسم بن محمّد بن عبد الجليل الفلالي السّجلماسي، فتح الجليل الصّمد في شرح التّكميل والمعتمد المشتهر بكتاب العمليّات العامّة، مطبعة الدّولة التّونسيّة المحروسة، د م، 1290 هـ، ص 245.

الإحالة على التّسولي[651]. هذه الإحالة وردت سابقا مع الفصل 114[652] فلا حاجة لتكرار ما حوته.

الإحالة على المجلّة التّونسيّة[653]، وتحديدا على الفصل 606 القائل: "كلّ من يضع قرب حديقةٍ خليّةً نحلُها يضرّ بأزهار الأشجار يُجبَر على إنهاء سبب الضّرر"[654].

بعد هذه الإحالات، ذكرت أمثلة من مراجع مختلفة. من هذه الأمثلة: مثال منع إقامة إصطبل بجانب باب الجار، مثال وجوب قطع الأغصان والجذور التي تمتدّ إلى عقّار الجار، مثال منع الفتحات على ملك الجار التي تسمح بتمييز الأشخاص، إلخ.

بعد الأمثلة قيل، ضمن ما قيل، لا يمكن لأحد استعمال حقّه بهدف وحيد هو إلحاق الضّرر. هنا أحيل على ابن فرحون[655] في مكان قال فيه: "وأمّا إحداث بناء يمنع الضّوء والشّمس والرّيح، فاختلف فيه: هل يمنع أو لا؟ وفي المتيطية لا يمنع إلّا أن يكون أظلم عليه. وأمّا إن أحدثه ضررا لجاره، يمنع"[656].

على مستوى المدرسة الحنفيّة:

ذكرت هذه المواد من "مرشد الحيران": المادّة 54 (إذا كان لدار مسيل قذر في الطّريق الخاصّ، وكان مضرّا بأهله، يُرفع ضرره، ولو كان قديما، ولا يُعتبر قدمه)، والمادّة 57

---

(651) Tasouli, II, 338

(652) انظر الفقرة 103.

(653) Code tunisien de 1860

(654) النّصّ الأصليّ:

"Quiconque aura établi près des jardins une ruche dont les abeilles auront nui aux fleurs des arbres sera obligé de faire disparaitre la cause du dommage".

(655) Ibn Farhoun, II, 257

(656) برهان الدّين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدّين أبي عبد الله محمّد بن فرحون، م س، ج 2، ص 257.

(للمالك أن يتصرّف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حقّ فيه، فيعلّي حائطه ويبني ما يريد ما لم يكن تصرّفه مضرّا بالجار ضررا فاحشا)، والمادّة 477 (لا علاقة لمضمونها بما نحن بصدده، وعليه ثمّ خطأ في الإحالة عليها).

كما ذكرت من "المجلّة العثمانيّة": المادّة 1212 (إذا كان لواحد بئر ماء حلو، وأراد جاره أن يبني في قربه كنيفا أو سياقا مالحا، وكان ذلك يفسد ماء البئر، فإنّ ضرره يُدفع)، والمادّة 1265 (لكلّ واحد أن يسقي أراضيه من الأنهر غير المملوكة، وله أن يشقّ جدولا لسقي الأرض وإنشاء الطّاحون، ولكن بشرط أن لا يضرّ بالعامّة. فإذا فاض الماء وأضرّ بالنّاس أو قُطِع الماء بالكلّيّة أو مُنِع سير الفلك، فإنّه يمنع)، والمادّة 1192 (كلٌّ يتصرّف في ملكه كيف يشاء. لكن إذا تعلّق به حقّ الغير، يمنع المالك من تصرّفه بوجه الاستقلال. فلو كان السّفل لواحد، والعلوّ لآخر، فلصاحب العلوّ حقّ القرار على السّفل، ولصاحب السّفل حقّ السّقف في العلوّ، يعني حقّ السّتر من الشّمس والتّحفّظ من المطر. ولهذا ليس لأحدهما أن يفعل شيئا مضرّا إلّا بإذن الآخر)، والمادّة 1197 (لا يمنع أحد من التّصرّف في ملكه أبدا إلّا إذا أضرّ بغيره ضررا فاحشا كما يأتي تفصيله [...])، والمادّة 1198 (لكلّ واحد التّعلّي على حائط يملكه وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا)، والمادّة 1200 (يُدفع الضّرر الفاحش بأيّ وجه. مثلا: لو اتُّخِذ في اتّصالِ دارٍ دكّانَ حدّادٍ أو طاحونٍ، وكان من طرْق الحديد ودوران الطّاحون يحصل وَهَنٌ للبناء؛ أو أحدِث في جانبها فرنٌ أو معصرة، فتأذّى صاحب الدّار من دخان الفرن ورائحة المعصرة حتّى تعذّرت عليه السّكنى، فهذا كلّه ضررٌ فاحش يُدفع ويُزال بأيّ وجه).

بعد هذه الموادّ قيل – استنادا إلى المادّة 61 من "مرشد الحيران"[657] – إنّه لا يمكن تعليةُ بناءٍ تعليةً تحجب النّور عن الجار.

كما قيل – بالرّجوع إلى المادّة 59 من "مرشد الحيران" وإلى "الدّرّ المختار" – إنّه لا يسوغ حفر بئر تحرم حائط الجار من الارتكاز اللاّزم[658].

"وعموما «لا يمكن لأحد أن يستعمل حقّه بطريقة تلحق بالغير ضررا أكيدا» (الحموي على ابن نجيم، ج 1، ص 121، وردّ المحتار، ج 4، ص 805) «وكلّ شخص يمكنه أن يفعل ما هو نافع له بشرط أن لا يضرّ بالغير» (ردّ المحتار، ج 4، ص 314)"[659].

هذا ما جاء مع الفصل 115 من المشروع المراجَع. وما يعنينا الآن هو فقط محتوى الحواشي المرتبط بالجزء الأوّل من هذا النّصّ، أي بالجزء القائل: لا يمكن لأحد أن يستعمل حقّه بقصد وحيد هو الإضرار. ويمكن القول إنّ ما ورد بالحواشي يؤكّد ما هو معنى واضح للنّصّ، ويزيد عليه بتبيان مرجعيّات هذا المعنى.

لكن ما يهمّنا نحن هو الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود. وبيّنٌ أنّ هذا النّصّ لم ينطق بما نطق به وبوضوح فصل المشروع المراجع الذي تناولناه أعلاه على مستوى متنه وعلى مستوى الحواشي التي رافقته. والسّؤال: هل أنّ الفصل 103 من مجلّة

---

[657] حين نرجع إلى هذه المادّة، نجدها تقول: "سدّ الضّياء بالكلّيّة على الجار يُعدّ ضررا فاحشا. فلا يسوغ لأحد إحداث بناء يسدّ به شبّاك بيت جاره سدّا يمنع الضّوء عنه. وإن فعل ذلك، للجار أن يكلّفه رفع البناء دفعا للضّرر عنه".

[658] من يعود إلى المادّة 59 من مرشد الحيران، يجدها تقول: "الضّرر الفاحش ما يكون سببا لوهن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الأصليّة أي المنافع المقصودة من البناء. وأمّا ما يمنع المنافع التي ليست من الحوائج الأصليّة، فليس بضرر فاحش".

[659] ما ورد هنا هو ترجمة منّا لما جاء في المشروع المراجَع بجانب الفصل 115 (انظر ص 64 من المشروع المراجَع).

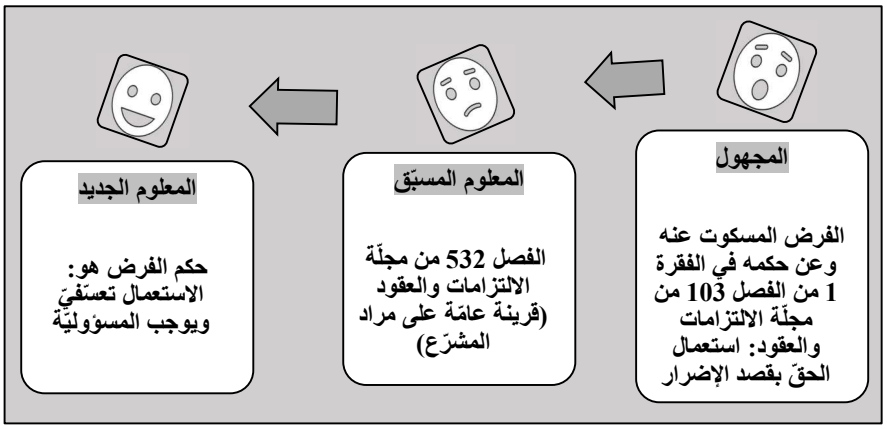
الالتزامات والعقود أراد أم لم يرد نقل الحكم الوارد بالجزء الأوّل من الفصل 115 من المشروع المراجَع؟ الجواب: لا يمكن الجزم بشيء هنا[660]. لذا ينبغي أن نمرّ إلى الأقيسة لينتهي بنا المطاف – بسبب عدم إمكان إعمال قياس الأوْلى أو المثل – إلى قياس العكس، وإلى كون جملة الفقرة الأولى من الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود جملة شرطيّة، ولكون الجملة الشّرطيّة لها مفهوم. بعبارة واحدة ينتهي المطاف إلى أنّ مفهوم الفقرة الأولى من الفصل 103 أنّ من يستعمل حقّه بقصد الإضرار بغيره يُعدّ متعسّفا وتقوم عليه المسؤوليّة[661].

105 استعمال الحقّ دون نيّة الإضرار؟ (الصّورة الثّانية للتّعسّف في استعمال الحقّ) ◊ بعد الفقرة الأولى من الفصل 103، ينبغي المرور إلى الفقرة الثّانية. في هذه الفقرة قيل: إذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحقّ ولم يفعل، فعليه العهدة الماليّة.

---

(660) لكن انظر من ينسب للفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود المعنى المتمثّل في أنّه لا يمكن لأحد أن يستعمل حقّه بقصد وحيد هو الإضرار بالغير: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 254، ص 188.

(661)



ومن ينظر، يجد هذه الفقرة قد نقلت الجزء الثّاني من الفصل 115 من المشروع المراجع. ولقد تعرّضنا إلى حواشي هذا المشروع التي من شأنها أن تزيد وضوحه وتبيّن مرجعيّاته، ومن ثمّ أن تزيد وضوح الفقرة الثّانية من الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود وتبيّن مرجعيّاتها.

ويمكن القول إنّ حاصل ما جاء في هذه الفقرة ما يلي: لدينا صاحب حقّ؛ ولكلّ صاحب حقّ منفعة من إعمال حقّه؛ أي ثمّ ضرر لصاحب الحقّ، لو لم يمارس حقّه؛ في المقابل لدينا ضرر للغير، لو مورس الحقّ؛ لكن لأنّ لصاحب الحقّ طريقا أخرى يحصّل منها منفعته، فلن نبقى أمام ضررين، بل أمام ضرر واحد هو ضرر الغير؛ والضّرر موجب للتّعويض في القانون (الفصلان 82 و83 من مجلّة الالتزامات والعقود)[662].

ومن ينظر يجد أنّ من له طريق أخرى ويصرّ على الطّريق المضرّة بالغير، يكون قد استعمل حقّه فقط بنيّة الإضرار. وعليه تكون الفقرة الثّانية من الفصل 103 قد أوردت صورة من صور من يستعمل حقّه ليضرّ بغيره.

---

[662] نظرت محكمة التّعقيب في أحد قراراتها في الصّورة الواردة في الفقرة 2 من الفصل 103 فقالت: "إنّ الفصل 103 [...] قد نصّ على جعل العهدة الماليّة على المتسبّب في الضّرر للغير إذا كان هذا الضّرر فادحا وممكن إزالته من المتسبِّب فيه مثلما هو الشّأن في قضيّة الحال إذ كان في إمكان الطّاعنة (الشّركة القوميّة للسّكك الحديديّة) عند إنجازها للأشغال المذكورة أن تراعي حقوق الفلّاحين، فتحدث على السّاقية الجالبة للماء قناطر لمرور السّكّة الحديديّة فوقها حتّى لا تتسبّب في إلحاق الضّرر لاحقا بها. ولمّا لم تفعل، مع إمكانها [...] إزالة الضّرر الفادح، فعليها العهدة الماليّة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 9378، مؤرّخ في 20 فيفري 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ج 1، ص 377.

106 حوصلة ◊ لكن لا ينبغي أن نقف بالقانون التّونسيّ عند ما سبق، بل ينبغي – لكي يصبح المشهد كاملا أمامنا – أن نحضره ومعه جميع الأحكام المرتبطة به.

هذا يعطينا ما يلي:

من يلحق ضررا بالغير (عن قصد) يرتكب جنحة، أي تقوم مسؤوليّته المدنيّة (الفصل 82 من مجلّة الالتزامات والعقود) ومن يلحق ضررا بالغير (عن غير قصد) يرتكب شبه جنحة، أي تقوم مسؤوليّته المدنيّة (الفصل 83 من مجلّة الالتزامات والعقود).

من يمارس حقّه دون قصد الإضرار بالغير ويضرّ، لا تقوم مسؤوليّته المدنيّة، ولا يعدّ متعسّفا في الحقّ (منطوق الفقرة الأولى من الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود).

من يمارس حقّه مع قصد الإضرار بالغير ويضرّ، تقوم مسؤوليّته المدنيّة، ويعدّ متعسّفا في الحقّ (مفهوم الفقرة الأولى من الفصل 103).

من يمارس حقّه ويضرّ بغيره وله طريق أخرى يحصّل بها منفعته، تقوم مسؤوليّته المدنيّة، ويعدّ متعسّفا في الحقّ (الفقرة الثّانية من الفصل 103). وقد قلنا منذ قليل – وبسبب وجود الطّريق الأخرى لتحصيل المنفعة – إنّنا أمام من يمارس حقّه بقصد وحيد هو الإضرار بالغير.

وينبغي إتمام ما قيل في إطار الفقرة الأولى:

أوّلا بقاعدة الأصل ارتكاب أخفّ الضّررين (الفصل 556 من مجلّة الالتزامات والعقود)، ممّا يعني – في صورة من مارس حقّه دون قصد الإضرار وأضرّ – أن نوازن بين ضرر صاحب الحقّ من عدم إعمال حقّه وضرر الغير حين يُعمَل الحقّ: فإذا كان ضرر صاحب الحقّ أشدّ، مكّنّاه من ممارسة حقّه؛ وإن لا، فلا.

ثانيا بقاعدة تقديم المصلحة العامّة على المصلحة الخاصّة، إذا تعارضتا، ولم يمكن التّوفيق بينهما (الفصل 557 من مجلّة الالتزامات والعقود)، ممّا يعني – في صورة من مارس حقّه دون قصد الإضرار وأضرّ بالمصلحة العامّة – أن نمنعه من ذلك إذا لم يمكن التّوفيق بين المصلحتين.

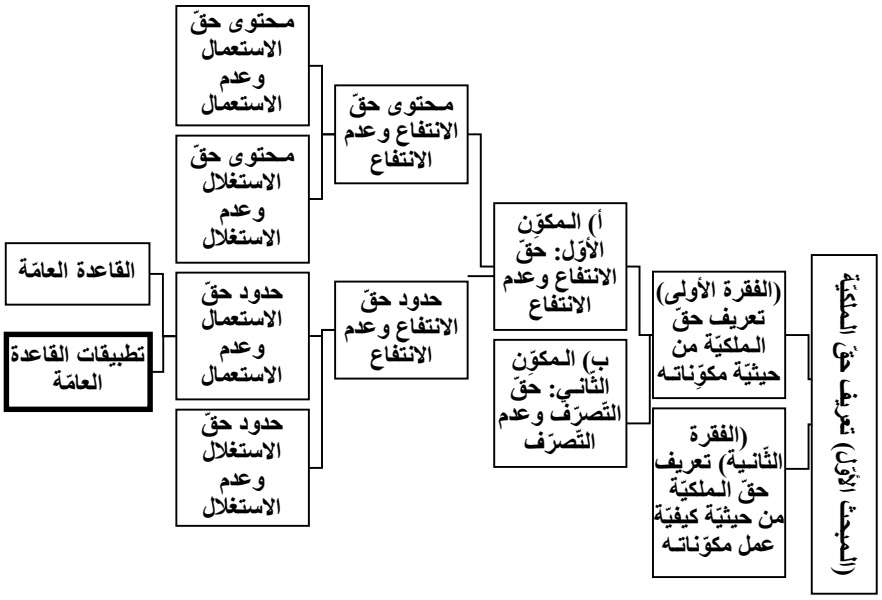
خارج ما جاء أعلاه، تنبغي ملاحظة أنّنا وجدنا في الأعمال التّحضيريّة، وفي إطار التّعسّف في الحقّ الوارد في الفصل 103، أمثلة هي نفسها التي ستأتي معنا تحت

عنوان مضارّ الجوار[663] (وتحت عنوان الارتفاق[664]). هنا نصل إلى تطبيقات القاعدة العامّة[665].

[663] انظر الفقرة 108. وانظر قرارا لمحكمة التّعقيب فيه استعمال للتّعسّف في صورة جار ألحق ضررا بجاره: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 4161، 26 أكتوبر 1981، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 344. ولقد جاء في هذا القرار: "حيث اتّضح من الحكم المنتقد أنّ محكمة الموضوع قد أسّست قضاءها على المسؤوليّة التّقصيريّة المترتّبة عن الضّرر النّاشئ عن زراعة البقول لصق منزل المعقّب ضدّه ممّا يتّفق مع مبدأ التّعسّف في استعمال الحقّ وعلّلت وجهة نظرها في ذلك من النّاحية الواقعيّة والقانونيّة تعليلا مستساغا ممّا له أصل ثابت بالأوراق مستندة خاصّة لما جاء بمعاينة الاختبار المجرى عن أدلّتها والذي أثبت الضّرر وأسبابه وحدّد قيمة تعويضه مع بيان كيفيّة تلافيه".

[664] انظر الفقرة 363 وما بعدها.

[665]



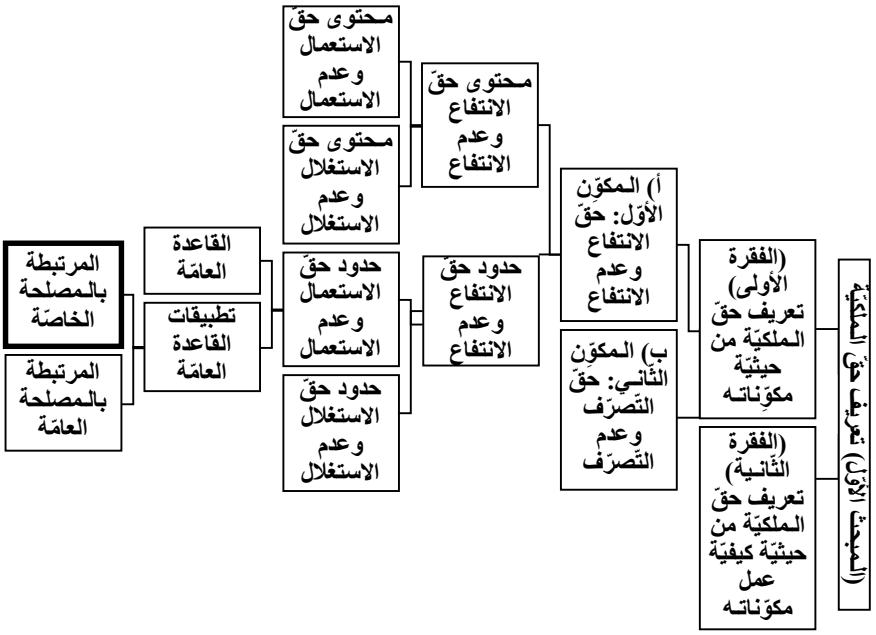
2.1.2/ تطبيقات القاعدة العامّة

107 **تقسيم البحث** ◊ لقاعدة منع التّعسّف في استعمال الحقّ تطبيقات مرتبطة بالمصلحة الخاصّة وأخرى مرتبطة بالمصلحة العامّة (666).

1.2.1.2/ التّطبيقات المرتبطة بالمصلحة الخاصّة

108 **مضارّ الجوار** ◊ من التّطبيقات المرتبطة بالمصلحة الخاصّة ما يسمّى في الاصطلاح القانونيّ بأحكام مضارّ الجوار(667). ومجلّة الالتزامات والعقود (بعد أن قالت في

(666)



(667) عن الجار جاء في القرآن الكريم: ﴿**وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنُبِ**﴾ [النّساء: 36].

الفصلين 82 و83 بأنّ من يضرّ بغيره يُعوّض عن الضّرر، وبعد أن قالت في الفصل 103 من جهة إنّ من يُعمل حقّه ويضرّ لا يعوّض ومن جهة أخرى إنّ من يتعسّف في الحقّ يعوّض) تعرّضت إلى صورتين لإعمال حقّ الاستعمال بما فيه ضرر للجيران (كما سنرى: الأولى فيها حكم هو الإزالة أو التّعديل، والثّانية ليس فيها هذا)[668]. فإذا رجعنا إلى الأعمال التّحضيريّة (الفصل 110 و111 من المشروع

وفي السّنّة النّبويّة الشّريفة جاءت أحاديث كثيرة. من هذه الأحاديث ما ورد في صحيح البخاري:

"ما زال جبريلُ يوصيني بالجار حتّى ظننت أنّه سيورّثه". الإمام الحافظ أبي عبد الله محمّد بن إسماعيل البخاري (ت 256 هـ)، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدّوليّة للنّشر، الرّياض، 1419 هـ/ 1998 م، الحديث عدد 6014 والحديث عدد 6015، ص 1165.

"والله لا يؤمِن، والله لا يؤمِن، والله لا يؤمِن. قيل: ومن يا رسول الله؟ قال: الذي لا يأمن جارُه بوائقَه". البخاري، م س، الحديث عدد 6016، ص 1165.

"من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذي جاره [...]". البخاري، م س، الحديث عدد 6018، ص 1165.

"من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره [...]". البخاري، م س، الحديث عدد 6019، ص 1165.

"[...] عن عائشة قالت: قلتُ: يا رسول الله، إنّ لي جارين، فإلى أيّهما أهدي؟ قال: إلى أقربهما منك بابا". البخاري، م س، الحديث عدد 6020، ص 1165.

انظر أيضا صحيح مسلم:

"لا يدخل الجنّة من لا يأمن جارُه بوائقَه". الإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجّاج القشيري النّيسابوري (202 هـ/ 261 هـ)، صحيح مسلم، بيت الأفكار الدّوليّة، الرّياض، 14019 هـ/ 1998 م، الحديث عدد 46، ص 50.

"[...] من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره [...]". مسلم، م س، الحديث عدد 47، ص 51.

[668] حول مضارّ الجوار في القانون التّونسيّ انظر:

صلاح الدّين الملّولي، «أصول المسؤوليّة المدنيّة الموضوعيّة وخصوصا المسؤوليّة عن مضارّ الجوار غير العاديّة»، المجلّة القانونيّة التّونسيّة، 2000، ص 299 وما بعدها.

المراجَع)، وجدنا الصّورة الثّانية استدراكا على الأولى. ولقد انتقل الاستدراك إلى الصّياغة الفرنسيّة لمجلّة الالتزامات والعقود، هذا يعني أنّه أريد في المجلّة، وأنّ عدم وجوده في الصّياغة العربيّة مردّه عيبٌ في التّرجمة.

◦ فإذا تركنا كلّ هذا، قلنا إنّ الصّورة الأولى وردت في الفصل 99، وقلنا إنّ مفادها أن: "للأجوار حقّ القيام على أصحاب الأماكن المضرّة بالصّحّة أو المكدّرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرّة. والرّخصة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممّن له النّظر لا تسقط حقّ الأجوار في القيام"•.

يتحدّث النّصّ عن "أماكن". وحين نعود إلى الفصل 110 نجد عبارة "مؤسّسات" (établissement). ولقد انتقلت العبارة إلى الصّياغة الفرنسيّة للفصل 99 من المجلّة. هذا يعني أنّها أريدت في المجلّة، أي يعني أنّ "الأماكن" في الصّياغة العربيّة أريدت منها المؤسّسات. فإذا قبلنا ما جاء الآن، قلنا إنّه ينبغي للجار المتضرّر – في صورة ما إذا كان العقّار على ملك شخص والنّشاط المضرّ الممارس داخل العقّار على ملك شخص آخر (حانوت تمّ كراؤه من المالك لشخص يمارس فيه حرفة تلحق ضررا بالجيران) – أن يقوم بالدّعوى على الثّاني – لأنّه صاحب المؤسّسة – لا على الأوّل.

زيادة على ما سبق، يصف النّصّ الأماكن بأنّها مضرّة بالصّحّة أو مكدّرة للرّاحة. فإذا أعطينا هذه العبارات معناها اللغويّ الوضعيّ كما يدعو إلى ذلك الفصل 532

Slaheddine Mellouli, « Les origines d'une responsabilité civile objective particulièrement celle des troubles anormaux de voisinage », RTD 2000, p. 299 s.

صابرة بن عثمان، مضارّ الجوار، مذكّرة، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة والاقتصاديّة بتونس، 1989–1990؛ سامي الجربي، م س، الفقرة 125 وما بعدها، ص 181 وما بعدها.

• في النّصّ عدّة صور غموض كما سيرد أسفله.

من مجلّة الالتزامات والعقود، وجدناه واسعا. يتأكّد هذا المعنى من خلال البحث في مراد المشرّع المستخلص من الحاشية الجانبيّة للفصل 110. في هذه الحاشية يُتحدّث عن الرّوائح الكريهة والضّجيج وغير ذلك من الأمور التي تضرّ بالجار[669]. ويقول الفقه التّونسيّ[670] — في الاتّجاه نفسه الذي جاء منذ قليل —: "يشمل مجال الدّعوى [...] (المقصود: الدّعوى على أساس الفصل 99 من مجلّة الالتزامات والعقود) كافّة مظاهر التّجاوزات المادّيّة وكذلك كلّ المظاهر الفيزيائيّة كالصّوت والحرارة والضّوء والذّبذبات المضرّة بالجوار[671] [...] وقد قضت المحاكم تطبيقا لهذا النّصّ بإلزام صاحب مخبزة كائنة في منطقة سكنيّة بتعديل مخبزته [...] حتّى يتلافى الحرارة الفائقة والضّوضاء القويّة المضرّة بالجيران[672]. وقضت المحاكم أيضا بإجبار صاحب مقهى على جبر الضّرر اللاّحق بجاره مكتري محلّ السّكنى من جرّاء تسرّب

---

[669] بل قيل إنّ في الفقه الإسلاميّ دعوى شعبيّة مشابهة لتلك الموجودة في القانون الرّومانيّ. فالفقهاء يقولون إنّ للأشخاص حقّ طلب إزالة ما يأتيه أشخاص مثلهم من أشياء تعطّل الجولان في الطّرقات العامّة.

[670] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 259، ص 191.

[671] هنا يضع صاحب المقتطف الذي نحن بصدد نقله هامشا يحيل فيه على: زكيّة الصّافي، علاقات الجوار، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاصّ، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1999–2000، الفقرة 731، ص 544. كما يحيل أيضا على: زكيّة الصّافي، «في دعوى رفع المضرّة»، مقالة منشورة في: خمسون عاما من فقه القضاء المدنيّ. 1959–2009، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2010، ص 929.

[672] هنا يضع صاحب المقتطف الذي نحن بصدد نقله هامشا يحيل فيه على: تعقيبيّ مدنيّ عدد 570، 2 نوفمبر 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 90.

وللتّدقيق ينبغي القول إنّنا هنا أمام حكم لمحكمة النّاحية يقضي بما جاء في المتن. وأمام محكمة التّعقيب تمسّكت النّيابة بأنّ الدّعوى ليست في كفّ شغب ليُقام بها أمام محكمة النّاحية بل هي دعوى رفع مضرّة على معنى الفصل 99، وهذه من اختصاص المحكمة الابتدائيّة. وقد وافقت محكمة التّعقيب على هذا الطّرح.

المياه الفاضلة والمستعملة والتّابعة للمقهى[673]. وتمّ القضاء أيضا بإلزام صاحب معمل نجارة فُتح بمنطقة سكنيّة بغلق معمله بسبب تكدير راحة المتساكنين النّاتج عن ارتفاع درجة الضّجيج وهذا ما أثبته الاختبار"[674]. ويندرج في الاتّجاه نفسه قرار محكمة استئناف أقرّ ما ذهبت إليه محكمة ابتدائيّة من حكم بإزالة محطّة التقاط للهاتف تمّ تركيزها وسط حيّ سكنيّ (تبعد المحطّة مسافة ثمانية أمتار عن منازل الذين قدّموا القضيّة) وتبعث بإشعاعات وتردّدات كهرومغناطيسيّة[675]. وينبغي أن نزيد

---

[673] هنا يضع صاحب المقتطف الذي نحن بصدد نقله هامشا يحيل فيه على: تعقيبيّ مدنيّ عدد 4484، 3 نوفمبر 1981، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 58.

[674] هنا يضع صاحب المقتطف الذي نحن بصدد نقله هامشا يحيل فيه على: تعقيبيّ مدنيّ عدد 26581، 22 ديسمبر 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 322.

زيادة على ما سبق ينبغي أن نضيف من صاحب المقتطف ما أورده في الهامش 477 (الفقرة 259). يقول: "قسّمت مجلّة الشّغل المؤسّسات الخطرة والمخلّة بالصّحّة والمزعجة إلى ثلاثة أصناف باعتبار نوع الخطر وأهمّية الضّرر النّاشئين عن استثمارها: الصّنف الأوّل يشمل المؤسّسات اللازم إبعادها عن المدن وعن محلّات السّكنى الخاصّة. والصّنف الثّاني يشمل المؤسّسات التي ليس من المتحتّم إبعادها عن المساكن غير أنّ التّرخيص في استثمارها يتوقّف على اتّخاذ بعض الوسائل لاجتناب الأخطار والأضرار. والصّنف الثّالث يشمل المؤسّسات التي لا ينشأ عنها ضرر كبير على الصّحّة العامّة ولا على المجاورين غير أنّها تكون خاضعة، تحت المراقبة الإداريّة، إلى أحكام عامّة أملاها تحقيق صالح الجوار أو الصّحّة العامّة. راجع الفصول من 293 إلى 310" (من مجلّة الشّغل). انظر هذا المحتوى عينه عند: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 169، ص 83.

[675] "وحيث [...] أثبت الاختبار وجود ضرر يتمثّل في تعرّض منزل المدّعِيَيْن إلى مخاطر الإشعاعات والتّردّدات الكهرومغناطيسيّة وتأثيرها على صحّة وسلامة أفراده وتعيّن بالتّالي رفع تلك المضرّة عملا بأحكام الفصل 99 من مجلّة الالتزامات والعقود دون وجوب انتظار حصول أضرار بدنيّة إذ الغاية في مثل هذه الأمور الخطيرة هي الوقاية حتّى لا تقع الأضرار البدنيّة". محكمة الاستئناف بصفاقس، عدد 20290، 12 أفريل 2007، غير منشور، ورد في الملحق عدد 19 من أطروحة:

عائدة قائد السّبسي، سَدُّ الضّرر القابل للتّعويض، أطروحة دكتوراه، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2015.

Aïda Caïd Essebsi, *L'endiguement du préjudice réparable*, Thèse de doctorat, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 2015.

انظر أيضا حكما ذهب في الاتّجاه نفسه وتعلّق بدوره بمحطّة إرسال للهاتف الجوّال: المحكمة الابتدائيّة بصفاقس 2، عدد 1495، 5 ماي 2009، غير منشور، ورد في الملحق 20 من أطروحة عائدة قائد السّبسي المذكورة أعلاه.

(ربطاً لمضارّ الجوار مع الارتفاق[676]، كما ربطنا سابقا التّعسّف في الحقّ مع الارتفاق[677]) القرار الذي قالت فيه محكمة التّعقيب إنّ الكشف على المنازل من مضارّ الجوار[678].

---

[676] رأينا في الفقرة 106 فقيهين فرنسيّين هما "أوبري" و"رو" يوجّهان للقانون الفرنسيّ نقدا سببه وضع هذا القانون صورا لمضارّ الجوار ضمن الارتفاق رغم أنّها ليست ارتفاقا. ونرى الآن الملاحظة عينها يسوقها الإمام محمّد أبو زهرة وهو يقارن بين الفقه الإسلاميّ والقانون المدنيّ المصريّ (الكلام ذاته يصحّ لو أنّ مقارنة الفقه تمّت مع القانون التّونسيّ). يقول الإمام:

"اعتبر القانون المدنيّ حقوق الجوار من ضمن حقوق الارتفاق، فاعتبر فتح المطلّات، وحقّ العلوّ والسّفل، وإيجاد فضاء بين الأبنية، وأحكام الجدار المشترك بين جارين، اعتبر كلّ ذلك من أحكام الارتفاق. ولكنّ الفقه الإسلاميّ يفرّق بين هذين النّوعين من الحقوق، لأنّ لكلّ منهما أساسا يقوم عليه يختلف عن الآخر. فقِوام حقوق الارتفاق كونها تكليفا على العقّار لمصلحة العقّار المرتفق، فهي حقّ عينيّ ثابت على العقّار. وهو من نوع الشّركة في العين التي تعلّق بها الارتفاق. فإذا كان لعقّار حقّ الشّرب من مجرى يجري في عقّار آخر، كان بين صاحبي العقّارين شركة في حقّ الشّرب. وكذا إذا كان لعقّارات حقّ المرور من طريق، كانت بين الملّاك شركة في حقّ المرور، ولو كان بعضهم مالكا لرقبة الطّريق والآخرون لعقّاراتهم حقّ الارتفاق به. وبهذا الاعتبار تثبت الشّفعة، ويكون مناطها تلك الشّركة.

"أمّا حقوق الجوار، فتقوم على منع الضّرر بالجار ضررا بيّنا فاحشا في سبيل انتفاع الشّخص بملكه. فهي في الواقع تقييد لانتفاع المالك بعقّاره بقيدِ ألّا يضرّ بالجار.

"وبعبارة موجزة أنّ الفرق بين حقّ الارتفاق وحقّ الجوار أنّ حقّ الارتفاق حقّ إيجابيّ متعلّق بالعقّار، أمّا حقّ الجوار فحقّ سلبيّ ليس إلّا منعا للضّرر، وإماطة للأذى، وبهذا الاعتبار تثبت الشّفعة، ولذا يتأخّر الحقّ فيها عن أصحاب حقوق الارتفاق". محمّد أبو زهرة، م س، ص 101.

[677] انظر الفقرة 104.

[678] تقول المحكمة بالضّبط: "حيث نصّ الفصل 99 من مجلّة الالتزامات والعقود: للمجاورين حقّ القيام على أصحاب الأماكن المضرّة بالصّحّة أو المكدّرة لراحتهم بطلب إزالتها أو اتّخاذ الوسائل اللازمة لرفع المضرّة، والإجازة المعطاة لأصحاب تلك الأماكن ممّن له النّظر لا تسقط حقّ المتجاورين في القيام. وحيث يتّضح من مراجعة الحكم المطعون فيه والاطّلاع على تقرير الاختبار المجرى [...] أنّ الخبير [...]

وحسب الفصل 99 لا يمنع التّرخيص الإداريّ المعطى لصاحب المكان المضرّ من القيام عليه. هذا يعني أنّه – ورغم قرار الإدارة بالسّماح لنشاطٍ معيّن في الوجود – فإنّ المحاكم يمكنها أن تقضي لفائدة من ادّعى الضّرر[679].

أكّد أنّ المطلوب احترام المسافات القانونيّة التي يجب تركها بينه وبين المدّعيتين في الأصل وحسبما ذكر في المثال إلّا أنّه يلاحظ أنّ الفتحات سواء كانت نوافذ الباب المتواجد بالطّابق الأوّل والطّابق الثّاني لمسكن المطلوب في كلّ من قاعة الجلوس والبهو وغرفة النّوم تسبّب كشفا على مسكن المدّعيتين في الأصل وبالتّحديد على الجهة الغربيّة له. لذا لوضع حدّ لهذه المضرّة يتّجه رفعها بالطّريقة التي حدّدها صلب تقريره وأنّ محكمة الحكم المنتقد قد برّرت قضاءها مشيرة إلى أنّ الخبير المنتدب من طرفها [...] انتهى إلى اعتبار أنّ المستأنف (المطلوب في الأصل) المعقّب ضدّه الآن قام بتشييد بنائه وفق مثال التّهيئة ولم يشكّل خرقا للقوانين السّارية والتّراتيب الجاري بها العمل [...] وحيث أنّ التّعليل يتجافى مع ما جاء بتقرير الاختبار المجرى [...] الذي أثبت وجود كشف كما يتجافى مع مقتضيات الفصل 99 من مجلّة الالتزامات والعقود ضرورة أنّ إقامة البناء مع احترام المسافات القانونيّة حسب رخصة بلديّة لا يمنع على المحكمة أن تنظر في وجود المضرّة من عدمه بقطع النّظر عن احترام المسافات القانونيّة. وحيث أنّ محكمة الحكم المنتقد لمّا استبعدت وأهملت ما جاء بتقرير الخبير المنتدب من طرف محكمة الدّرجة الأولى وقضت على الصّورة المشار إليها، يكون قضاؤها قاصر التّعليل وخارقا للقانون وتعيّن لذلك قبول المطعنين". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 70821، 24 ديسمبر 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 114.

انظر كذلك قرارا قضى في الاتّجاه نفسه على مستوى تأويل القانون، لكنّه لم يرفع المضرّة قائلا إنّ المتضرّر قبل بها: "حيث أنّ المضرّة الواردة بأحكام الفصل 99 من مجلّة الالتزامات والعقود لا يمكن أن يؤذن برفعها إذا ما تمّ الاتّفاق مسبّقا على إبقائها. لذلك فإنّ الشّخص الذي اشترى عقّارا بعد أن عاينه ورضي بما عليه من كشف أو بما يشرف عليه من مطلات قد تبدو مكدّرة لراحته لا يمكن له بعد أن رضي بذلك حسب مضمون العقد الرّابط بينه وبين مالكه الأصليّ أن يطالب بسدّ تلك المطلّات لكونها مكدّرة لراحته إذ أنّ في ذلك خرقا لشروط عقد البيع الذي التزم به". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 5840، 21 سبتمبر 2004، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 127.

[679] انظر في هذا الاتّجاه القرار الذي أوردنا منذ قليل، وفي إطار آخر، حيثيّاته: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 70821، 24 ديسمبر 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 114.

بقيت مسألة: حديث الفصل 99 عن كون المتضرّر يمكنه طلب إزالة الأماكن المضرّة "أو" إدخال تعديلات عليها تجعلها غير مضرّة[680]. وينبغي منهجيّا أن نعطي التّعبير معناه اللغويّ الوضعيّ؛ ثمّ نبحث لعلّ له معنى لغويّا عرفيّا، فنقدّمه على الوضعيّ؛ ثمّ نختم بأن نبحث لعلّ له معنى مرادا من المشرّع، فنقدّمه على بقيّة المعاني[681]. والمعنى الوضعيّ لحرف "أو" هو المراوحة. وليس لهذا الحرف معنى عرفيّ. لكن قد يمكن القول إنّ إرادة المشرّع أن يُعمد إلى الحلّ الذي يكون أقلّ خسارة لصاحب الأماكن تطبيقا لقاعدة الفصل 556 من مجلّة الالتزامات والعقود: "الأصل ارتكاب أخفّ الضّررين"[682]. فإذا قُبل هذا الكلام، صرنا أمام معنيين لحرف "أو"

---

[680] ذهبت محكمة الاستئناف بسوسة إلى إلزام بائع موادّ غذائيّة بغلق الثّلاّجة مصدر الضّجيج والذّبذبات من التّاسعة مساء إلى السّابعة صباحا:

استئنافي، سوسة، 8646، 10 فيفري 1982، المجلّة القانونيّة 1984، ص 610، ملاحظات: م ك شرف الدّين.

Cour d'appel de Sousse, n° 8646, 10 février 1982, RTD 1984, p. 610, Obs. de M. K. Charfeddine.

ويقول بعضهم إنّ المحكمة هنا ذهبت إلى حلّ ثالث أبعد من الحلّ الوارد بالفصل 99 (الإزالة أو التّبديل). يتمثّل الحلّ في الاكتفاء "باحتياطات تنقص المضرّة دون أن ترفعها تماما" (يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 175، ص 88 و89).

لكن يبدو أن بالإمكان تقديم تفسير آخر. مفاد هذا التّفسير أنّ المحكمة رأت أنّه من السّابعة صباحا إلى التّاسعة ليلا نحن في إطار الفصل 100، أي في إطار الضّرر المعتاد في المجاورة (الذي سنتعرّض إليه بعد قليل)؛ كما رأت المحكمة أنّنا ومن التّاسعة ليلا إلى السّابعة صباحا ندخل في فرض الفصل 99؛ فإذا دخلنا في هذا الفرض، يكون الحكم هو الإزالة؛ لكنّ الإزالة هنا ستكون مرتبطة بالظّرف الزّمنيّ.

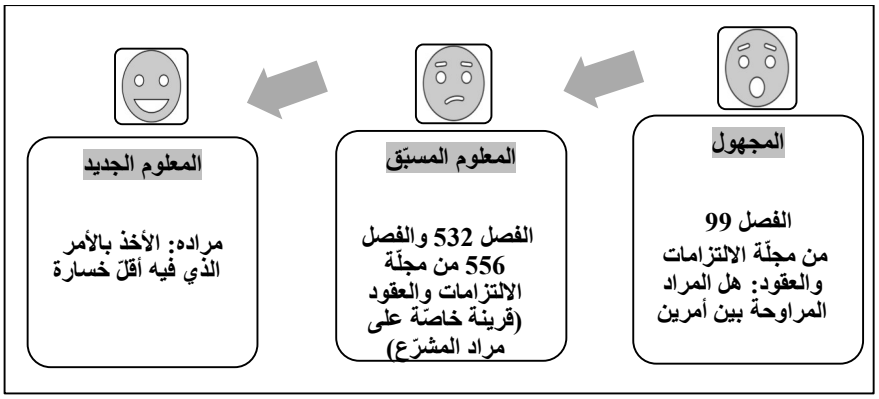
[681] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 274 وما بعدها.

[682] قارن مع: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 173 وما بعدها، ص 87.

الوارد في الفصل 99: معنى وضعيّ، ومعنى مراد من المشرّع؛ والثّاني يُقدَّم على الأوّل(683).

◦ بعد الصّورة الأولى، تأتي الصّورة الثّانية من مضارّ الجوار. وردت هذه الصّورة في الفصل 100 القائل: "ليس للأجوار القيام بإزالة الضّرر النّاشئ من المجاورة كدخان المداخن وما أشبهه من المضارّ التي لا محيص عنها إذا لم تتجاوز الحدّ الاعتياديّ".

(683)



ينبغي التّنبيه إلى ما يلي:

من يقوم على أساس الفصل 82 مطالب بأن يثبت العمد، ومن يقوم على أساس الفصل 83 مطالب بأن يثبت الخطأ، ويُقضى له في الصّورتين بالتّعويض.

ومن يقوم على أساس الفصل 103 مطالب بأن يثبت أشياء منها أنّ المالك له طريق أخرى، ويُقضى له بالتّعويض.

أمّا من يقوم على أساس الفصل 99، فمطلوب منه أن يثبت أنّ الأماكن مضرّة، ويُقضى له بإجبار المالك إمّا على التّعديل وإمّا على الإزالة.

قرّب من: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 172، ص 86.

ويبدو أنّ من يقوم على أساس الفصل 99 يتخلّص في المستقبل ممّا من شأنه أن يضرّ به. لكن ماذا بشأن ما لحقت به بعد من أضرار؟ يمكن القول إن لا مانع قانونيّ من أن يطلب التّعويض على هذا الضّرر على أساس الفصل 82 أو 83 أو 103 (لكن انظر رأيا مخالفا عند: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 177 و178، ص 91).

وفي الواقع – كما قلنا أعلاه – نحن هنا أمام استدراك على الفصل 99. هذا النّصّ قال مضارّ الجوار تستوجب إجراءات. أمّا الفصل 100 فاستثنى من هذا الحكم بعض المضارّ.

وفي هذا الفصل 100 منطوق به ومسكوت عنه•:

فأمّا المنطوق به، فالضّرر العاديّ الذي لا محيص عنه؛ وحكمه أنّه لا يوجب تعويضا. ولقد عرّف النّصّ هذا الضّرر بالمثال: دخان المداخن. وحين نعود إلى الأعمال التّحضيريّة (وتحديدا إلى الحاشية الجانبيّة للفصل 111 من المشروع المراجَع والذي يُعدّ الفصل 100 الذي نحن بصدده مجرّد نقلٍ له) نجد تدقيقا: الدّخان العاديّ لفرن في الرّيف أو لمطبخ)[684].

وأمّا المسكوت عنه، فالضّرر الذي تجاوز الحدّ الاعتياديّ والذي ثمّ محيص عنه. والسّؤال ما حكمه؟ إنّ المسار هنا حسب علم المنهجيّة[685] أن نبدأ من طريق، فإن لم يوصل مررنا إلى ثانٍ، وهكذا. والطّريق الأوّل، قصد المشرّع؛ والثّاني، قياس الأولى؛ والثّالث، قياس المثل؛ والرّابع قياس العكس، وهنا – لأنّنا أمام تخصيص بالشّرط – فهو يفيد نفي الحكم (نفي عدم القيام من أجل طلب إزالة الضّرر) عند انتفاء الشّرط (انتفاء عدم تجاوز الحدّ الاعتياديّ). وتبدو الطّريق الأولى كافية هنا.

• هنا، وكما جاء أعلاه، نحن أمام صورة سكوت وفراغ في القانون.

[684] حول تحديد الضّرر العاديّ انظر: زكيّة الصّافي، م س، الفقرة 646 وما بعدها.

ولقد ورد سابقا قرار لمحكمة التّعقيب (تعقيبيّ مدنيّ عدد 570، 2 نوفمبر 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 90). في هذا القرار نجد ما يلي:

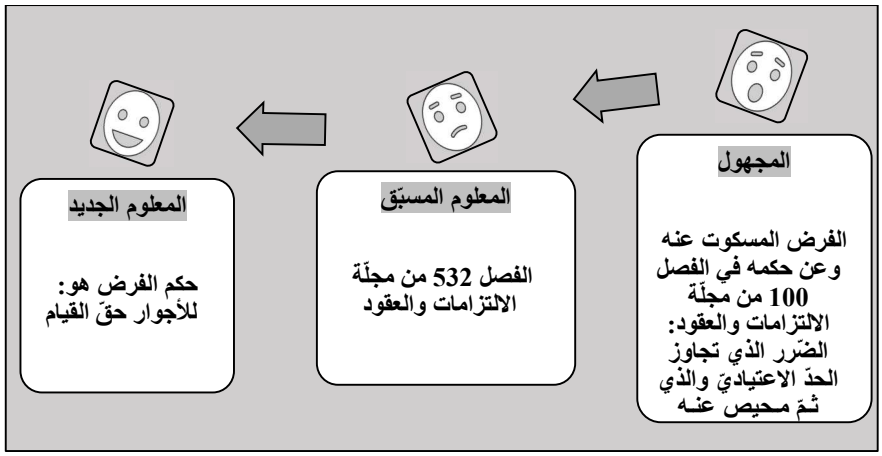
محكمة النّاحية تقضي بوجود ضرر وبوجوب إزالته؛

المحكمة الابتدائيّة – بوصفها محكمة درجة ثانية – تقضي بأنّ الضّرر بسيط وأنّه ممّا يُتسامح فيه بين الجيران.

[685] انظر هذا المسار في الفقرة 15.

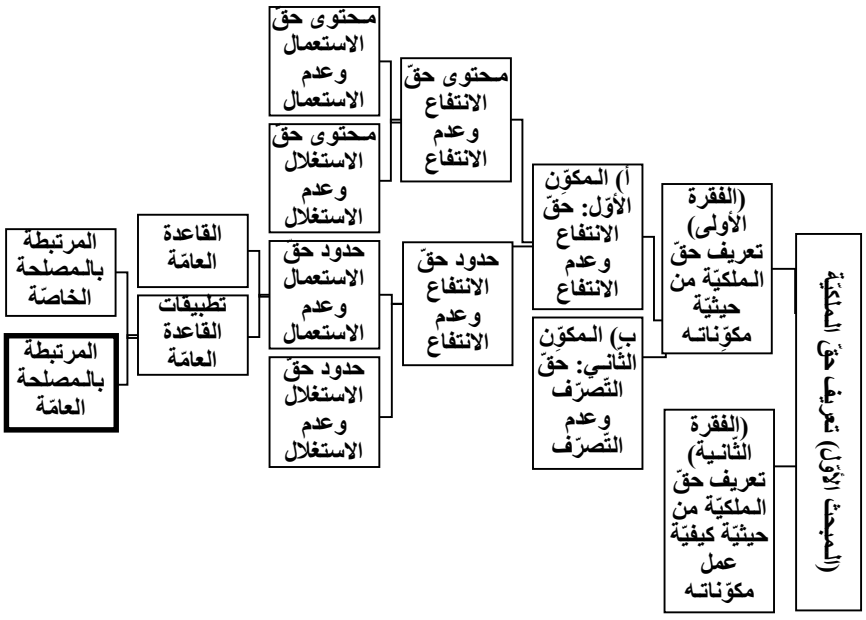
فالفصل 100 استثناء للفصل 99. وعليه فإنّ ما لا يدخل في الفصل 100 يبقى موجودا في الفصل 99. وهذا الفصل وضع أحكاما للضّرر الذي جاء فيه[686].

(686)



ممّا تقدّم ينبغي الاحتفاظ بأنّ أحكام مضارّ الجوار هي تطبيق لأحكام منع التّعسّف في الحقّ. إلى جانبها يوجد التّطبيق المرتبط بالمصلحة العامّة[687].

(687)



2. 1. 2. 2/ التّطبيقات المرتبطة بالمصلحة العامّة

109 الفلاحة ◊ يقول الفصل الأوّل من قانون 7 ماي 1959[688]: "يمكن ائتمان الأراضي الصّالحة للفلاحة التي يملكها الأشخاص المعنويّة أو الذّاتيّة، إذا كانت مهملة أو ناقصة الاستغلال، وذلك قصد استثمارها أو حفظها".

في النّصّ فرضٌ وحكمٌ:

وما ينبغي الوقوف عنده في الفرض خاصّة عبارة الأرض المهملة وعبارة الأرض ناقصة الاستغلال•. ومن المعلوم أنّ المنهجيّة القانونيّة والفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود يدعوان للبدء بإعطاء المعنى اللغويّ الوضعيّ، ثمّ المعنى اللغويّ العرفيّ، ثمّ المعنى المراد من المشرّع. كما أنّه من المعلوم أنّهما يقولان بأنّ المعنى المراد (تحديدا: المعنى الذي ثبت أنّه المراد بمقتضى قرينة خاصّة)، إن وُجد، يغلب الجميع. وفي صورة الحال هو موجود. فحين نتقدّم في قراءة قانون 1959، نجد الفصل 3، ونجده يقول: "تعتبر مهملة [...] كلّ أرض فلاحيّة لم يقع بها إجراء الأعمال الفلاحيّة العاديّة في الإبّان طيلة السّنة الفلاحيّة. كما تعتبر ناقصة الاستغلال كلّ أرض فلاحيّة لا

---

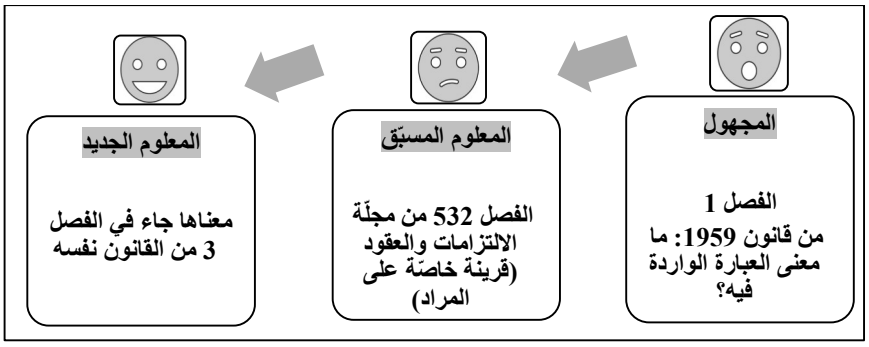
[688] قانون عدد 48 لسنة 1959، مؤرّخ في 28 شوّال 1378 (7 ماي 1959)، الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، 8 ماي 1959، ص 614 و615.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

يستخرج منها صاحبها أو شاغلها أو مستغلّها مهما كان وجه استغلاله كلّ الإنتاج المستطاع بالنّظر إلى طبيعتها الفلاحيّة"[689].

فإذا انتقلنا الآن من فرض الفصل الأوّل إلى مكوّنه الثّاني وهو الحكم، وجدناه يتمثّل في عقاب لصاحب الأرض يتمثّل في أخذها منه، ووضعها في يد مؤتمن، ليفعل بها ما ينبغي أن يُفعَل، لتنتهي إلى الإنتاج أو إلى الإنتاج الذي يُنتظر من مثلها، فتتحقّق من ذلك المصلحة العامّة. ولوجود عقاب على الإهمال، أي على عدم الاستعمال، يكون القانون قد ألغى من الحقّ ذي الجانبين الجانبَ السّلبيّ، فأصبحنا أمام الجانب الإيجابيّ فحسب، أي أمام وجوب بعد أن كنّا أمام حقّ. ثمّ، ولوجود عقاب على عدم الاستعمال إلى الدّرجة التي تنبغي، نكون أمام إلغاء للحقّ وتحويل له إلى وجوب استعمال يبلغ الدّرجة التي تفضي إلى أن تنتج الأرض ما ينبغي لمثلها أن ينتج[690].

(689)



(690) إنّ الحقّ الذي نشتغل عليه، وككلّ حقّ، يتساوى فيه الفعل (وهو هنا الاستعمال) وعدم الفعل (وهو هنا عدم الاستعمال).

ولقد رأينا سابقا (الفقرة 79) أنّ حقّ الملكيّة أريد أن تكون له وظيفة اجتماعيّة. هذا يعني أنّه يمكن في بعض الحالات وفي بعض الميادين (كالفلاحة) – وإذا اقتضت الوظيفة المذكورة ذلك – أن يرجّح المشرّع الفعل، أي أن يحثّ عليه. والحثّ على الفعل حكم يدخل تحت عنوان ما يسمّى اليوم بالقانون اللّيّن soft law (انظر حول هذا الصّنف من القواعد القانونيّة: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه،

إضافة إلى المثال السّابق يمكن أن نعطي صورة قانون 13 فيفري 1995 المتعلّق بدوره بالأراضي الفلاحيّة[691]. يقول الفصل 23 من هذا القانون إنّه يجب على مشتري الأراضي الفلاحيّة التي تملكها الدّولة استغلالها (ملاحظة: أوردنا الفصل 23 في إطار حديث عن حقّ الاستعمال رغم كونه استعمل عبارة الاستغلال، لأنّ هذه العبارة وردت بالمعنى الوضعيّ لا العرفيّ الذي سبق معنا): "[...] استغلالا فلاحيّا مباشرا بصفة مجدية مدّة 20 سنة من تاريخ التّحويز [...] (كما يجب عليه) عدم تغيير الصّبغة الفلاحيّة للعقّار ولو جزئيّا [...]". أمّا جزاء الإخلال بهذا الوجوب، فهو – حسب الفصل 26 – سقوط حقّ الملكيّة عن المشتري. وهكذا فإنّ المالك هنا ليس ككلّ مالكٍ له حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال، بل المالك هنا يجب عليه الاستعمال وإلّا سقط عنه حقّ الملكيّة. وعليه فنحن أمام استثناء لكون حقّ الملكيّة لا يقبل التّقادم المسقط[692].

هذان مثالان لتقييد حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال من أجل المصلحة العامّة. قبلهما رأينا التّقييد نفسه لكن من أجل حماية المصلحة الخاصّة. وقبل الجميع رأينا

الفقرة 88؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س: المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، الفقرة 359).

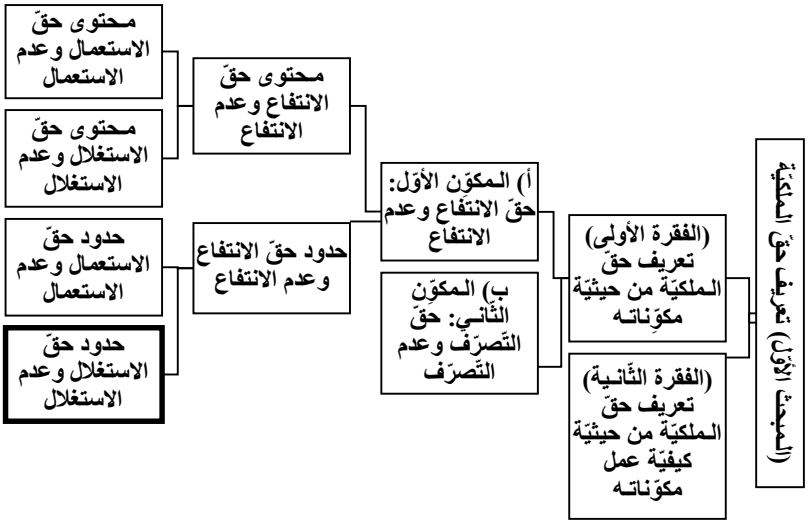
والوظيفة الاجتماعيّة قد تقتضي في بعض الصّور لا فقط أن يُجعل الاستعمال راجحا وعدم الاستعمال مرجوحا، بل أن لا يتمّ الإبقاء إلّا على الاستعمال. وما جاء في المتن مصداق لهذا الأمر.

[691] القانون عدد 21 لسنة 1995، 13 فيفري 1995 (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 15، 21 فيفري 1995، ص 367).

[692] انظر ما سيرد في الفقرة 156 من أنّ الملكيّة لا تقبل التّقادم المسقط.

تقييد حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال بواسطة قاعدة عامّة. إلى جانب هذا، يوجد تقييد للمكوّن الثّاني لحقّ الانتفاع، أي تقييد لحقّ الاستغلال(693).

(693)



2. 2/ حدود حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال

110 الثّمار والمنتجات ◊ رأينا أنّ حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال يعني الحقّ في أخذ أو عدم أخذ الثّمار (الطّبيعيّة والصّناعيّة والمدنيّة) من جهة والمنتجات من جهة أخرى. لذا سنتناول الحدود على المستوى الأوّل ثمّ على المستوى الثّاني.

2. 2. 1/ الحدود المتعلّقة بالثّمار

111 أمثلة للحدود ◊ إذا بدأنا بالحقّ في أخذ أو عدم أخذ الثّمار، وجدنا في القانون التّونسيّ على هذا الحقّ قيودا. من هذه القيود يمكن أخذ مثال قيد يهمّ الثّمار المدنيّة وآخر يهمّ الثّمار الصّناعيّة:

فأمّا مثال القيد الأوّل، فمأتاه الفصل 2 من القانون المؤرّخ في 18 فيفري 1976[694]. فحسب هذا الفصل يتمتّع مكترو المحلاّت المعدّة للسّكنى (إلخ) بحقّ البقاء إلى غاية 31 ديسمبر 1981. هذا يعني أنّ المالك فقد الجانب السّلبيّ من حقّه ذي الجانبين (الحقّ في أخذ الثّمار المدنيّة وعدم أخذها)، أي هذا يعني أنّه لم يبق له إلّا الجانب الإيجابيّ، بتعبير واحد: انقلب الحقّ إلى وجوب[695].

---

[694] قانون عدد 35 لسنة 1976، مؤرّخ في 18 فيفري 1976، الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 13، 20 فيفري 1976، ص 520. وما بعدها.

[695] للمالك حقّ التّعاقد (له حقّ إبرام الكراء، أي له حقّ إحداث ما من شأنه أن يمكّنه من معيّنات الكراء، أي له حقّ أن يستخرج – وبواسطة عقد الكراء – من الشّيء غلّته المدنيّة) وحقّ عدم التّعاقد (له حقّ عدم إبرام الكراء، أي له حقّ عدم إحداث ما من شأنه أن يمكّنه من معيّنات الكراء، أي له حقّ أن لا يستخرج من الشّيء غلّته المدنيّة). فإذا أُعطِي للمكتري حقّ البقاء، كان في ذلك إلغاء لحقّ المالك في عدم التّعاقد، وتحديدا إلغاء لحقّه في عدم إبرام عقد الكراء، ومن ثمّ كان في ذلك إلغاء لحقّه

وأمّا مثال القيد الثّاني، فمصدره ما جاء في القانون المؤرّخ في 7 ماي 1959، وتحديدا في الفصل الأوّل والثّالث الذين سبقا معنا[696]. يقول الفصل الأوّل كما رأينا: "يمكن ائتمان الأراضي الصّالحة للفلاحة [...] إذا كانت مهملة أو ناقصة الاستغلال، وذلك قصد استثمارها أو حفظها". ويضيف الفصل 3: "تعتبر مهملة [...] كلّ أرض فلاحيّة لم يقع بها إجراء الأعمال الفلاحيّة العاديّة في الإبّان طيلة السّنة الفلاحيّة. كما تعتبر ناقصة الاستغلال كلّ أرض فلاحيّة لا يستخرج منها صاحبها [...] كلّ الإنتاج المستطاع بالنّظر إلى طبيعتها الفلاحيّة".

في هذين الفصلين كما أسلفنا حديث عن عدم الاستعمال أو عن عدم الاستعمال إلى الدّرجة التي تنبغي. ومن لا يستعمل أو لا يستعمل إلى الدّرجة التي تنبغي لن يأخذ أو لن يأخذ إلى الدّرجة التي تنبغي الثّمار الصّناعيّة. ولأنّه ثمّ عقاب على عدم الفعل وعلى عدم الفعل إلى الدّرجة العاديّة (وضع الأرض تحت الائتمان)، فإنّ هذا الجانب السّلبيّ سُحب ليبقى الجانب الإيجابيّ لوحده. هذا يعني أنّ الحقّ تحوّل إلى واجب. بتعبير آخر: هذا يعني أنّ حقّ استخراج الثّمرة (الصّناعيّة) وعدم استخراجها قد تمّ تحديده[697]. والكلام نفسه يصحّ على مستوى المنتجات.

في عدم استخراج الغلّة المدنيّة للشّيء. بعبارة أخرى: إذا أُعطِي للمكتري حقّ البقاء، كان في ذلك إيجاب للتّعاقد، وتحديدا إيجاب لإبرام عقد كراء، ومن ثمّ كان في ذلك إيجاب لاستخراج الغلّة المدنيّة للشّيء.

إضافة لما جاء أعلاه، قال الفصل 17 إنّ معيّن كراء هذه المحلّات لا يمكن التّرفيع فيه إلّا بنسبة خمسة بالمائة، وذلك في كلّ عام. بهذا لم يكتف القانون بإيجاب الاستغلال، بل أوجب الاستغلال بثمن معيّن.

[696] انظر الفقرة 109.

[697] إنّ الحقّ الذي نشتغل عليه، وككلّ حقّ، يتساوى فيه الفعل (وهو هنا الاستغلال) وعدم الفعل (وهو هنا عدم الاستغلال).

2. 2. 2/ الحدود المتعلّقة بالمنتجات

112 **أمثلة للحدود** ◊ إذا مررنا الآن إلى الحقّ في أخذ أو عدم أخذ المنتجات، وجدنا في القانون التّونسيّ على هذا الحقّ القيود الآتية:

أوّلا ما ورد في قانون 31 ماي 1961[698] بعد تنقيحه بمقتضى قانون 6 ديسمبر 2001[699]. يقول الفصل الأوّل الجديد: "يُحجّر قطع وقلع أشجار الزّيتون إلّا برخصة تسلّم من طرف الوالي المختصّ ترابيّا [...]". ويقول الفصل 6 الجديد: "كلّ من قطع أو قلع أشجار زيتون بدون رخصة يُعاقب بخطيّة تتراوح بين 100 و 200 دينار عن كلّ شجرة تمّ قطعها أو قلعها [...]". وهكذا فإنّ حقّ المالك في أن يستخرج من الشّيء المنتج وحقّ أن لا يستخرجه قد تمّ محو جانبه الإيجابيّ لينقلب الأمر من حقّ إلى منع.

ولقد رأينا سابقا (الفقرة 79) أنّ حقّ الملكيّة أريد أن تكون له وظيفة اجتماعيّة. هذا يعني أنّه يمكن في بعض الحالات وفي بعض الميادين (كالفلاحة) – وإذا اقتضت الوظيفة المذكورة ذلك – أن يرجّح المشرّع الفعل، أي أن يحثّ عليه. والحثّ على الفعل حكم يدخل تحت عنوان ما يسمّى اليوم بالقانون الليّن soft law (انظر حول هذا الصّنف من القواعد القانونيّة: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه، الفقرة 88؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س: المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، الفقرة 359).

والوظيفة الاجتماعيّة قد تقتضي في بعض الصّور لا فقط أن يُجعل الاستغلال راجحا وعدم الاستغلال مرجوحا، بل أن لا يتمّ الإبقاء إلّا على الاستغلال. وما جاء في المتن مصداق لهذا الأمر.

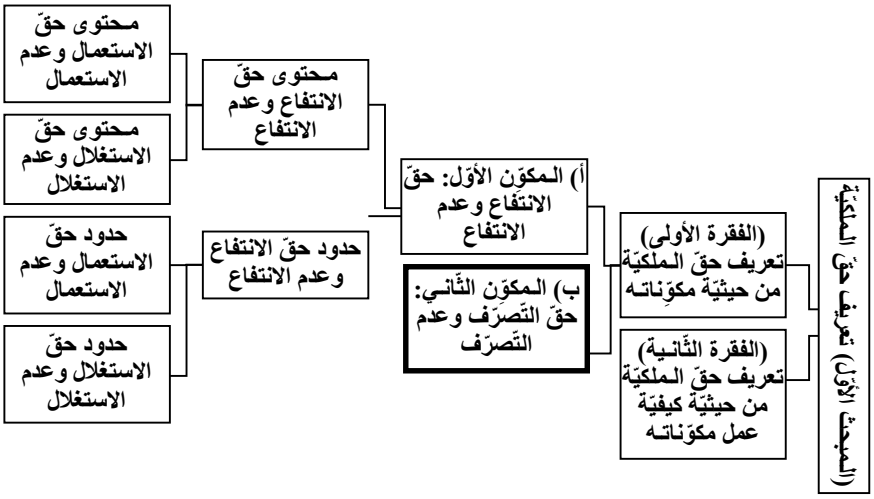
[698] قانون عدد 20 لسنة 1961، مؤرّخ في 17 ذي الحجّة 1380 (31 ماي 1961)، الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 22، 2 – 6 ماي 1961، ص 930.

[699] قانون عدد 119 لسنة 2001 مؤرّخ في 6 ديسمبر 2001، الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 98، 7 ديسمبر 2001، ص 4794.

ثانيا ما جاء في مجلّة الغابات. فالفصل 49 قال: "كلّ استغلال للمنتوجات الغابيّة يقع بملك خاصّ غير خاضع لنظام الغابات يجب أن تعلم به الوزارة المكلّفة بالغابات [...]". فإذا لم يقع الإعلام أو إذا وقع الاستغلال رغم اعتراض الإدارة، ترتّب – حسب الفصل 50 – عقاب جزائيّ. هنا أيضا تمّ محو الجانب الإيجابيّ لينقلب الأمر من حقّ إلى منع.

ممّا تقدّم يخلص أنّ المكوّن الأوّل لحقّ الملكيّة مقيّد في بعض الحالات. والكلام نفسه يصحّ عن المكوّن الثّاني، وهو حقّ التّصرّف(700).

(700)



ب) المكوّن الثّاني: حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف

113 تقسيم البحث ◊ لحقّ التّصرّف وعدم التّصرّف محتوى ينبغي تناوله قبل الخوض في حدوده[701].

1/ محتوى حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف

114 تقسيم البحث ◊ التّصرّف قسمان: تصرّف مادّيّ وتصرّف قانونيّ[702].

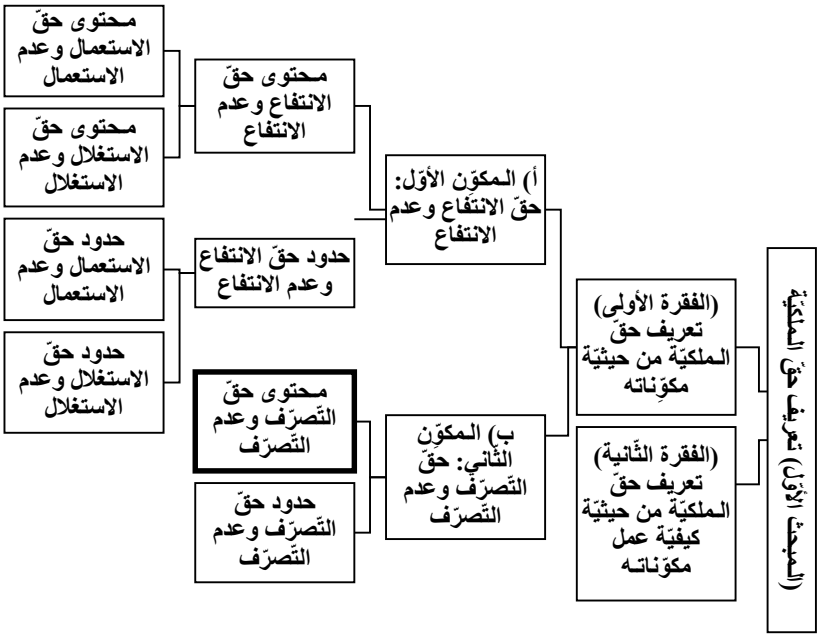
1.1/ محتوى حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف المادّيّ

115 حقّ التّصرّف المادّيّ ◊ في العرف التّصرّف المادّيّ أن يُؤتى فيما يخصّ الشّيء أفعالا من نحو تغييره (تفكيك طاولة وتحويلها إلى كرسيّ، تحويل قمح إلى خبز) أو استهلاكه (تناول طعام) أو إفنائه (هدم بناء، ذبح حيوان، تمزيق كتاب)[703].

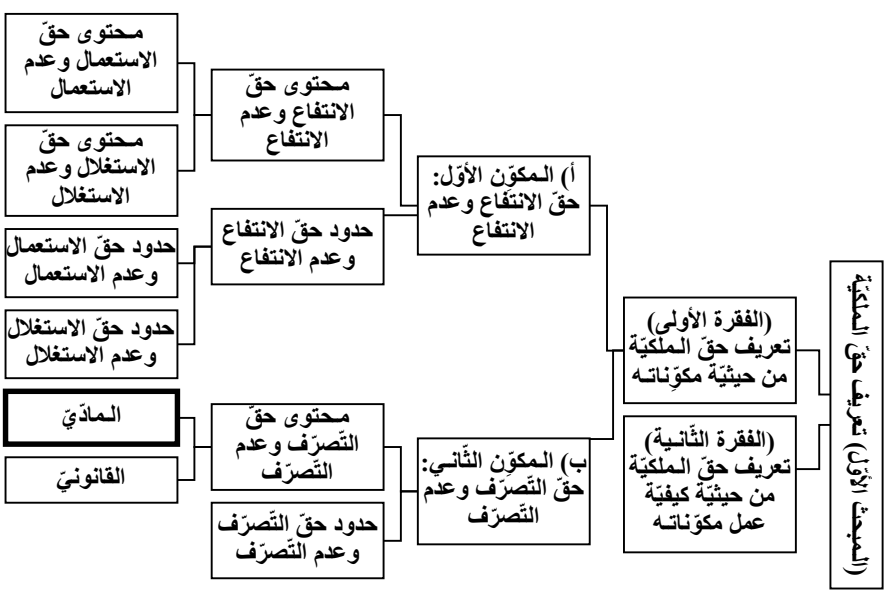
فإذا تركنا جانبا الشّيء القابل للاستهلاك حيث الاستعمال –كما رأينا[704] – يساوي التّصرّف المادّيّ (تناول طعام هو استعمال له وتصرّف مادّيّ فيه)؛ وإذا فكّرنا انطلاقا من الشّيء غير القابل للاستهلاك، قلنا إنّ التّصرّف المادّيّ خاصّ بحقّ الملكيّة، وإنّه لا يوجد في الحقوق العينيّة الأخرى (الأصليّ منها والتّبعيّ). فإذا أخذنا كمثال من هذه الحقوق حقّ الانتفاع، وإذا عرفنا أنّ الغير صاحب هذا الحقّ ملزَم بالمحافظة على الشّيء وبردّ عينه إلى المالك عند انتهاء الانتفاع (الفصل 142)، علمنا بالمناسبة نفسها أنّه لا يمكنه التّصرّف المادّيّ فيه (إذن نحن أمام معنى ضمنيّ للفصل المذكور).

ورغم ما جاء الآن لا يمكن القول إنّ التّصرّف المادّيّ مكوِّن لجوهر الملكيّة (أي وصف ذاتيّ لها)، والسّبب أنّه لا يرد على الشّيء غير المادّيّ[705].

(701)


(المبحث الأوّل) تعريف حقّ الملكيّة
(الفقرة الأولى) تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة مكوّناته
(الفقرة الثّانية) تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة كيفيّة عمل مكوّناته
أ) المكوّن الأوّل: حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع
ب) المكوّن الثّاني: حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف
محتوى حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع
حدود حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع
محتوى حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف
حدود حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف
محتوى حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال
محتوى حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال
حدود حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال
حدود حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال

(702)


(المبحث الأوّل) تعريف حقّ الملكيّة
(الفقرة الأولى) تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة مكوّناته
(الفقرة الثّانية) تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة كيفيّة عمل مكوّناته
أ) المكوّن الأوّل: حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع
ب) المكوّن الثّاني: حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف
محتوى حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع
حدود حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع
محتوى حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف
حدود حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف
محتوى حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال
محتوى حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال
حدود حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال
حدود حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال
المادّيّ
القانونيّ

116 حقّ عدم التّصرّف المادّيّ ◊ ويصحب حقّ التّصرّف المادّيّ حقّ عدم التّصرّف المادّيّ (وإلاّ لأصبح حقّ التّصرّف لا حقّا بل وجوبا). فالمالك يمكنه أن لا يغيّر ما يملك وأن لا يستهلكه وأن لا يفنيه.

والكلام نفسه يصحّ في خصوص حقّ التّصرّف القانونيّ[706].

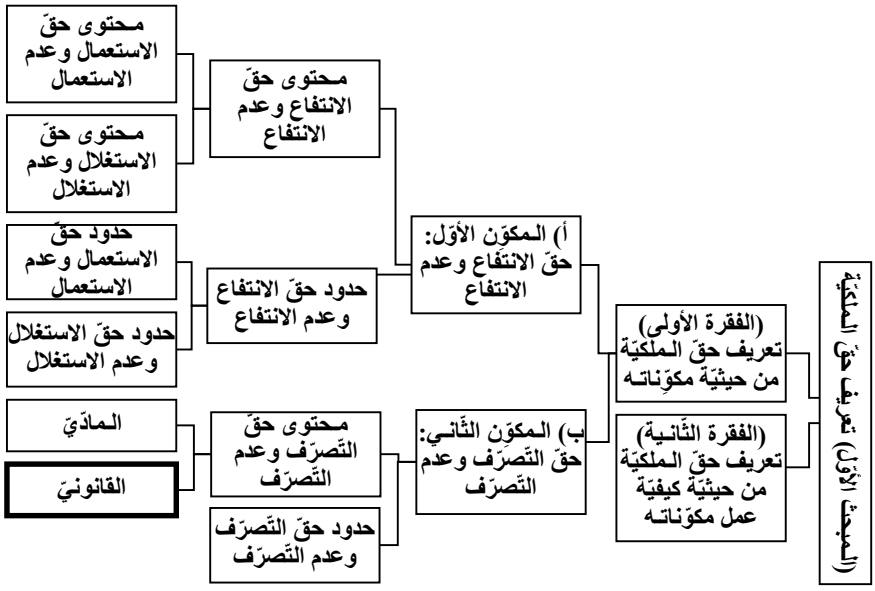
---

[703] لكن انظر ما جاء في الأعمال التّحضيريّة (الفقرة 79): من أنّ للملكيّة وظيفة اجتماعيّة. وهذا يؤدّي إلى تقييد حقّ التّصرّف المادّيّ، إن تعارض مع هذه الوظيفة (ملاحظة: سنفرد عنوانا لحدود حقّ التّصرّف).

[704] انظر الفقرة 67.

[705] لكن هنالك من يرى أنّ ملكيّة الأشياء غير المادّيّة ليست من الأصل ملكيّة. انظر: موريال فابر–ماغنان، م س: الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 10، الفقرة 20؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، ص 152.

[706]



1. 2/ محتوى حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف القانونيّ

117 حقّ التّصرّف القانونيّ ◊ في العرف، يُطلق اسم التّصرّف القانونيّ:

أوّلاً على فعل إنشاء ملكيّة للغير، أي فعل نقل حقّ ملكيّة شيء إليه، أو فعل التّفويت فيه كما يقول الاصطلاح. فبيع شيء أو معاوضته أو هبته أو الإيصاء به، كلّها أمور تنقل ملكيّة الشّيء، أي هي تفويت أو تصرّف قانونيّ فيه.

ثانياً على فعل إنشاء حقّ عينيّ غير الملكيّة على شيء.

هذا الحقّ العينيّ قد يكون أصليّا وقد يكون تبعيّا.

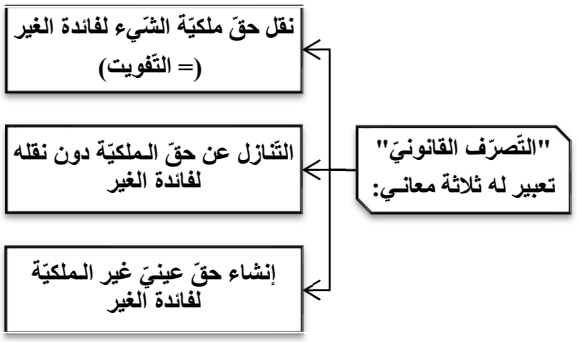
من أمثلة الأصليّ: إنشاء حقّ انتفاع (أي نقل المالك للغير الانتفاع وإبقاؤه لنفسه التّصرّف القانونيّ)؛ وإنشاء حقّ استعمال (أي نقل المالك للغير الاستعمال وإبقاؤه لنفسه الاستغلال والتّصرّف القانونيّ)؛ وإنشاء حقّ سكنى (أي نقل المالك للغير استعمالا محدّدا هو السّكنى وإبقاؤه لنفسه الاستغلال والتّصرّف القانونيّ)؛ وإنشاء حقّ ارتفاق على العقّار (أي احتفاظ المالك بالملكيّة لكن مع تقييدها بحقّ الارتفاق).

ومن أمثلة التّبعيّ إنشاء حقّ رهن (أي احتفاظ المالك بالملكيّة لكن مع تقييدها بحقّ يخوّل للدّائن المرتهن أن يبيع العين جبرا ويستوفي دينه من ثمن البيع).

ثالثا على فعل التّنازل عن حقّ الملكيّة دون إنشائه للغير ونقله لفائدته. هنا نحن أمام فعل يصدر عن إرادة منفردة (إلى هذا الحدّ لا فرق مع التّفويت، لأنّ الوصيّة، وهي فعل انفراديّ، تفويتٌ كما رأينا) ويؤدّي إلى انقضاء حقّ الملكيّة (عن المالك. هنا أيضا لا فرق مع التّفويت) دون نقله لأحد (هنا فقط يفترق التّنازل عن

التّفويت)[707]. مثال ذلك ما سبق معنا حول شخص يستغني عن شيء قديم فيتركه أمام منزله بنيّة التّخلّي عن ملكيّته له[708].

(707)



وما جاء في المتن يهمّ التّصرّف القانونيّ الذي تقابله في الفرنسيّة عبارة: disposition.

لكنّنا سنرى لاحقا (الفقرة 166) التّصرّف القانونيّ الذي تقابله في الفرنسيّة عبارة: acte juridique.

هذا التّصرّف هو: "عمليّة قانونيّة (أصليّة) تتمثّل في تمظهر للإرادة (العامّة أو الخاصّة)، (الواحدة أو المتعدّدة أو الجماعيّة) وموضوعها وأثرها هو إنشاء تبعات قانونيّة (إنشاء قاعدة، تغيير وضعيّة قانونيّة، إنشاء حقّ، الخ). مثال: ترتيب بلديّ ينصّ على نظام أمن، قرار بتسمية موظّف، عقد ناقل للملكيّة أو منشئ للالتزام [...]".

داخل التّصرّف القانونيّ بهذا المعنى، نجد:

الاتّفاق، وهو التقاء إرادتين فأكثر من أجل إنشاء أثر قانونيّ: إنشاء التزام، نقل ملكيّة، نقل أو إنهاء التزام.

العقد، وهو التقاء إرادتين أو أكثر من أجل إنشاء التزام وأحيانا من أجل ما سبق ومعه نقل الملكيّة.

الالتزام الصّادر عن إرادة واحدة، وبه قد ينشأ التزام (إلخ).

والاتّفاق والعقد والالتزام الصّادر عن إرادة واحدة كلّها أمور تحمل التّصرّف القانونيّ بالمعنى الأوّل.

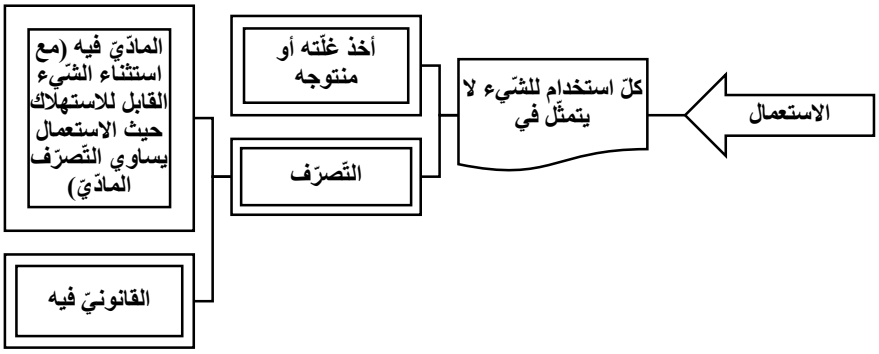
(708) رأينا في الفقرة 89 أنّ المعنى العرفيّ لعبارة "الاستعمال" يساوي معناها الوضعيّ بعد أن نحذف منه المعنى العرفيّ لعبارتي "الاستغلال" و"التّصرّف".

وبما أنّنا فرغنا الآن من تحديد هذا المعنى للعبارتين المذكورتين للتّوّ، فنستطيع أن نقول إنّ المعنى العرفيّ لعبارة الاستعمال هو كلّ استخدام (هذا هو المعنى الوضعيّ للاستعمال) للشّيء لا يتمثّل في أخذ غلّته

118 حقّ عدم التّصرّف القانونيّ ◊ ولا ينفصل عن حقّ التّصرّف القانونيّ حقّ عدم التّصرّف القانونيّ. فالمالك يمكنه أن لا ينقل ملكيّة ما يملك، ويمكنه أن لا ينشئ عليه حقًّا عينيّا، ويمكنه أن لا يتنازل عنه.

119 التّصرّف القانونيّ وجوهر الملكيّة (وصفها الذّاتيّ) ◊ وحقّ التّصرّف وعدم التّصرّف القانونيّ ليس خاصّا بمن له حقّ ملكيّة، بل نجده عند من له حقوق عينيّة أخرى. لكن في الملكيّة يشمل التّصرّف الرّقبة والمنفعة معا (الملكيّة فيها: الانتفاع والتّصرّف. والتّصرّف في الملكيّة هو التّصرّف في الانتفاع وفي التّصرّف)، بل يخوّل للمالك وحده التّصرّف في الرّقبة (أي التّصرّف في التّصرّف. ملاحظة: يمكن أن يُسحب من المالك حقّ التّصرّف القانونيّ بصفة مؤقّتة؛ مثال ذلك ما سيرد في الفقرة 122؛ لكن يبقى المسحوب منه مالكا[709]؛ فإذا كان السّحب نهائيّا، عندئذ لا

أو منتوجه ولا يتمثّل في تغييره أو في استهلاكه (على هذا المستوى نجد تداخلا بين الاستعمال والتّصرّف المادّيّ. بعبارة أخرى يمكن أن يكون الاستعمال متمثّلا في استهلاك الشّيء) أو في إفنائه ولا يتمثّل في نقل ملكيّته للغير أو في التّنازل عن هذه الملكيّة دون نقلها أو في إنشاء حقّ عينيّ غير الملكيّة لفائدة الغير.



[709] انظر أيضا ما سيرد في الفقرة 155 حول خاصيّة الدّوام في حقّ الملكيّة وحول الشّرط الفاسخ والواقف وحول الاحتفاظ بالملكيّة على سبيل الضّمان، وعموما حول الملكيّة كوسيلة ضمان. انظر في القانون الفرنسيّ: ناداج ريبول–موبان، م س (قانون الأموال)، ص 191.

يبقى المالك مالكا[710]. مثال آخر ولكنّه هذه المرّة من القانون الإسلاميّ المتعلّق بالوقف: في هذا القانون يبقى الواقف مالكا حتّى بعد موته، لكن لا يمكنه التّصرّف في الرّقبة، فضلا على كونه لا يستطيع التّصرّف في الانتفاع[711]). أمّا من له حقّ انتفاع مثلا فيمكنه التّصرّف في المنفعة، أي في حقّ الانتفاع بإحالته أو كرائه. لكن لا يمكنه التّصرّف في الرّقبة. وما جاء الآن يجعلنا نقول إنّ: جوهر الملكيّة ووصفها الذّاتيّ يتمثّل في التّصرّف في الرّقبة[712].

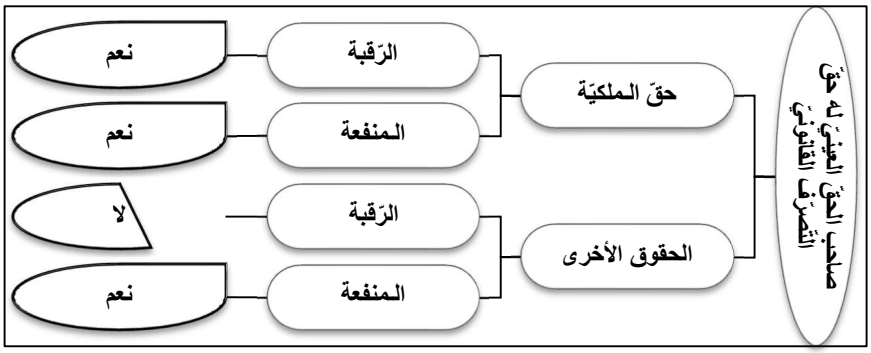
(710) انظر القول نفسه في إطار القانون المقارن: صوفي شيلر، م س، الفقرة 78، ص 71؛ جون–لويس غارديس، م س، ص 202.

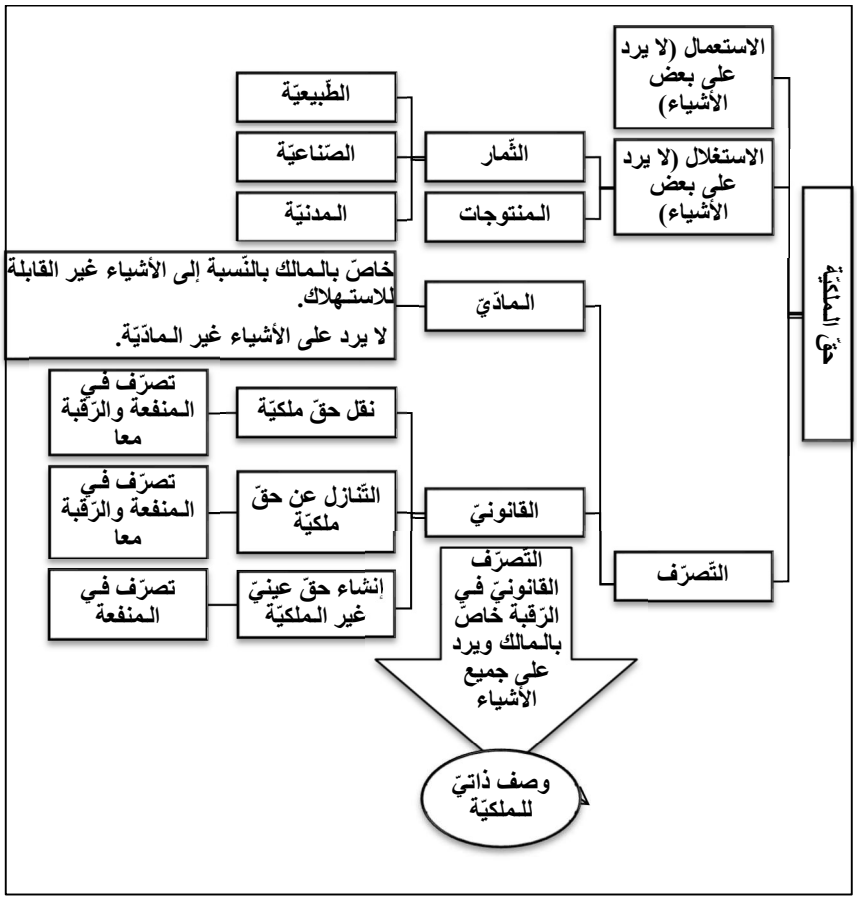
لكن انظر ما سيرد في الفقرة 124، الهامش.

(711) وهذا قول المالكيّة وبعض الإماميّة: محمّد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، جامعة الدّول العربيّة – معهد الدّراسات العربيّة العالية، د م، 1959، ص 106.

ولقد جاء في أحد المؤلّفات أنّ "الحبس (أو الوقف) ليس في جوهره إلّا هبة لحقّ الانتفاع بشيء. فملكيّة الشّيء المحبّس تبقى للواهب بطريقة مجرّدة حتّى بعد وفاته". س بارج، م س، ص 456 (ملاحظة: قبل هذا الكلام بقليل، وفي الصّفحة نفسها، قيل إنّ الحبس حقّ عينيّ).

(712)

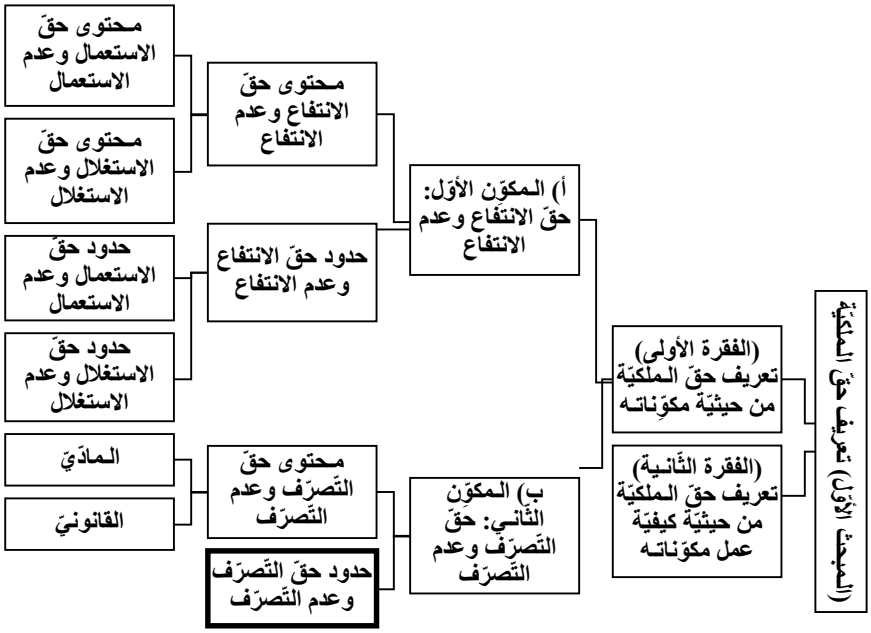




وينبغي أن ندقّق ما جاء للتّوّ بالقول إنّ جوهر الملكيّة لا يتمثّل في أنّ المالك يتصرّف (مادّيّا في الأشياء غير القابلة للاستهلاك، وقانونيّا في جميع الأشياء)، بل في أنّه يتصرّف لوحده. هذا هو الاستئثار الذي سيأتي الحديث عنه لاحقا: الفقرة 150 وما بعدها.

فإذا تركنا هذه المسألة، قلنا إنّ ما ينبغي الاحتفاظ به هو أنّ حقّ التّصرّف، سواء كان مادّيّا أو قانونيّا، يصاحبه حقّ عدم التّصرّف. لكن أحيانا يلغي المشرّع هذا الحقّ أو ذاك، وهنا نصل إلى الحدود[713].

(713)



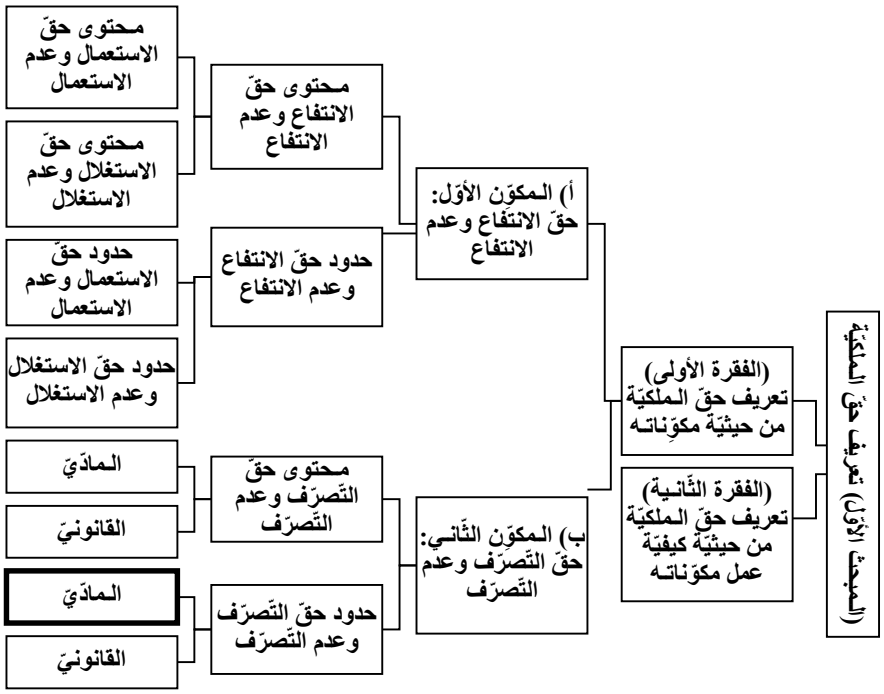
2/ حدود حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف

120 تقسيم البحث ◊ التصرّف كما رأينا قسمان: مادّيّ وقانونيّ. والحدود تهمّ القسمين(714).

2. 1/ حدود حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف المادّيّ

121 الوجوب والمنع ◊ نظريّا، يمكن للقانون أن يسحب حقّ عدم التّصرّف المادّيّ؛ عندها نكون أمام وجوب هذا التّصرّف(715). كما يمكن أن يسحب حقّ التّصرّف المادّيّ؛ عندها نكون أمام منع هذا التّصرّف. على هذا المستوى الثّاني يمكن أن

(714)



نضرب مثال الصّورة التي تولد فيها للغير حقوق عينيّة أصليّة أو تبعيّة على الشّيء. فقد يُنشئ المالك مثلا حقّ انتفاع أو حقّ رهن على الشّيء. عندئذ لا يمكنه أن يأتي ببعض التّصرّفات المادّيّة (مثلا إفناء الشّيء) طوال مدّة الانتفاع أو الرّهن. وهكذا ترك الفعل ومعه عدم الفعل مكانهما لعدم الفعل لوحده، أي للمنع. وتفاصيل هذا التّرك على مستوى الحقوق التّبعيّة تدخل في مادّة التّأمينات العينيّة. أمّا تفاصيل التّرك على مستوى الحقوق العينيّة الأصليّة التي صاحبها الغير فتدخل في الجزء الثّاني من هذا العمل. لذا لن نتمكّن هنا إلّا من قول ما قلنا، وربما من أن نضيف إليه هذا الكلام وإن كان قد قيل في إطار القانون الإسلاميّ: "والمالك ملكا تامّا، إذا أتلف العين المملوكة، لا يضمن مثلها ولا قيمتها؛ لأنّه لا فائدة من هذا الضّمان؛ إذ أنّه إن ضمن يضمن لنفسه؛ فكأنّ يده اليمنى تعطي يده اليسرى، وذلك لا معنى له؛ لأنّه لا يقع في هذه الحال غرم ولا غارم. وليس معنى ذلك أنّه يُعفى من كلّ تبعة لإتلافه، بل أنّه مسؤول دِيناً عمّا أضاع، وقد يستحقّ التّعزير على عمله، وقد يؤدّي عمله إلى إثبات سفهه أو نقصان عقله، فيمنع من التّصرّف في ماله، ويتولّاه عنه غيره"[716].

ومن ينظر في هذا المقتطف، يجده تناول العقوبة الدّينيّة، أي العقوبة التي لا تسلّطها الدّولة. هذا يحيل على القواعد التي تؤدّي الوظيفة نفسها التي تؤدّيها القواعد القانونيّة لكن الحكم فيها لا يتمثّل في إجبار مادّيّ تتولّى الدّولة إيقاعه. بتعبير واحد: هذا

---

[715] مثلا: قانون يوجب على من يملك حيوانا مصابا بمرض معد أن يتلفه؛ أو قانون يوجب على من يملك بناية تريد أن تنقضّ أن يهدمها.

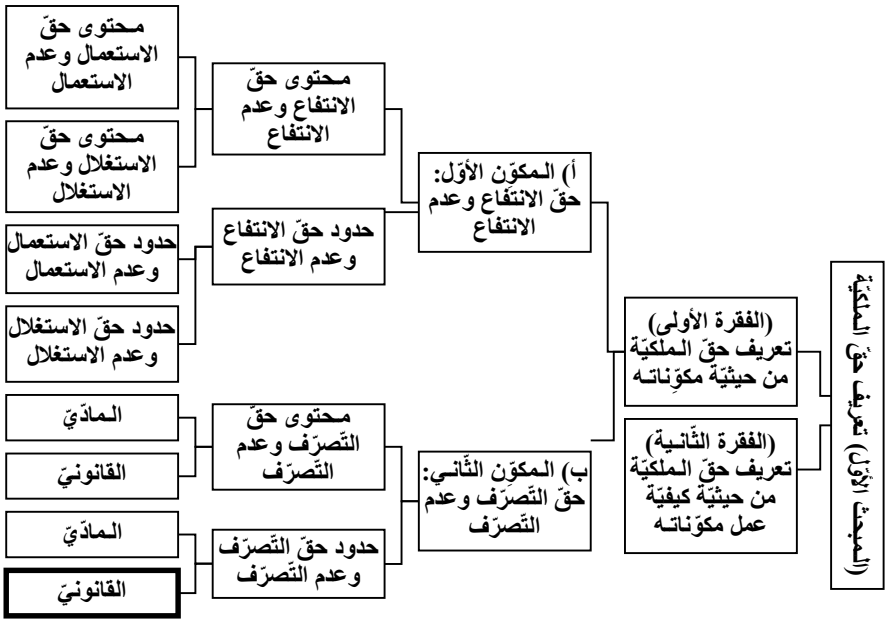
[716] محمّد أبو زهرة، م س (الملكيّة ونظريّة العقد في الشّريعة الإسلاميّة)، ص 75. قرّب من: ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 101، ص 135.

يحيلنا على قواعد "اللاقانون" (le non droit)[717]. وتبدو هذه القواعد أكثر قدرة على لعب دور المنظّم للأفعال حين نكون أمام صورة كالتي نحن بصددها: شخص يمارس حقّ التّصرّف المادّيّ بدون سبب معقول (يُحرق سيّارته بدل أن يبيعها، إلخ). هنا يبدو المجتمع والعائلة والأخلاق والدِّين أكثر فاعليّة من القانون لجعل من يريد إتيان هذا الفعل لا يأتيه (إذن هنالك وضعيّات لا يستطيع القانون أن يحقّق هدفه وهو جعل الملكيّة وظيفة اجتماعيّة إلّا بالاستنجاد بـ: "اللاقانون"). وهكذا فالتّطرّق إلى حدود حقّ التّصرّف المادّيّ[718] ينتهي بنا إلى فلسفة القانون. لكن لنرجع إلى ما هو فنّيّ، ولنتناول حدود حقّ التّصرّف القانونيّ[719].

(717) انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (مقدّمة للقانون).

(718) حول حدود حقّ التّصرّف المادّيّ في القانون الفرنسيّ انظر مثلا: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 126.

(719)



2. 2/ حدود حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف القانونيّ

122 سحب حقّ عدم التّصرّف وسحب حقّ التّصرّف ◊ يمكن للقانون أن يسحب من المالك حقّ عدم التّصرّف القانونيّ؛ هنا نكون أمام وجوب التّصرّف القانونيّ. مثال ذلك: الانتزاع من أجل المصلحة العامّة[720]، والمصادرة[721]، والتّأميم[722]. كما يمكن للقانون أن يسحب من المالك حقّ التّصرّف القانونيّ؛ هنا نكون أمام منع التّصرّف القانونيّ. مثال ذلك: القانون عدد 21 لسنة 1995، المؤرّخ في 13

---

[720] انظر الانتزاع في الفقرة 243.

[721] انظر محمّد كمال شرف الدّين (م س، ص 15، الهامش 22) حيث ذكر القانون عدد 34 لسنة 1969 المؤرّخ في 12 جوان 1969 المتعلّق بمصادرة أملاك المرحوم حسين بن محمّد النّاصر باي (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة عدد 23، 17 جوان 1969، ص 767).

انظر أيضا نجيبة نفّاز (اكتساب الملكيّة بمفعول القانون، أطروحة دكتوراه، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2009/ 2010، ص 295 وما بعدها) حيث تذكر: أوّلا القانون عدد 27 المؤرّخ في 5 فيفري 1959 المتعلّق بمصادرة المكاسب العقّاريّة لورثة أحمد باي، وهم "زوجته محرزيّة بنت محمود نوّار وأبناؤه الطّيّب وحنيفة والزّهرة وأمّ كلثوم وجميلة وكمال الدّين ومحمّد رضا وورثة محمّد برهان الدّين" (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 11، 20 فيفري 1959، ص 219). ثانيا القانون عدد 136 المؤرّخ في 20 أكتوبر 1959 القائل بمصادرة الأموال العقّاريّة لـ: "السّيّدة جنينة بنت النّاصر بن محمّد زوجة الشّاذلي حيدر" (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 54، 20 و23 أكتوبر 1959، ص 1537). ثالثا القانون عدد 137 المؤرّخ في 20 أكتوبر 1959 القائل بمصادرة الأموال العقّاريّة لـ: "ورثة التّبريزي بن عزّوز" (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 54، 20 و23 أكتوبر 1959، ص 1537).

انظر أيضا الفصل الأوّل من المرسوم عدد 13، المؤرّخ في 14 مارس 2011 (الرّائد الرّسميّ عدد 18، بتاريخ 18 مارس 2011، ص 338): "تصادر لفائدة الدّولة التّونسيّة وفق الشّروط المنصوص عليها بهذا المرسوم وفي تاريخ إصداره، جميع الأموال المنقولة والعقّارية والحقوق المكتسبة بعد 7 نوفمبر 1987 والرّاجعة للرّئيس السّابق للجمهوريّة التّونسيّة زين العابدين بن الحاج حمدة بن الحاج حسن بن علي

فيفري 1995 المتعلق بالأراضي الفلاحيّة التي تملكها الدّولة[723]. ففي الفصل 23 من هذا القانون، نجد ما يلي: "يجب على المشتري [...] عدم التّفويت في العقّار [...] كلّيّا أو جزئيّا خلال مدّة لا تقلّ عن 20 سنة من تاريخ التّحويز [...]"[724].

123 سحب حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف في أيّ شكل تختاره الإرادة ◊ ويمكن للقانون أن يقيّد حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف على مستوى الشّكل. مثال ذلك: أن يفرض أن يكون نقل الملكيّة بواسطة عقد مكتوب لا غير[725]؛ أو يوجب من أجل تحقّق ذلك الانتقال الحصول على رخصة إداريّة[726].

وزوجته ليلى بنت محمّد بن رحومة الطّرابلسي وبقيّة الأشخاص المبيّنين بالقائمة الملحقة بهذا المرسوم وغيرهم ممّن قد يثبت حصولهم على أموال منقولة أو عقّارية أو حقوق جرّاء علاقتهم بأولئك الأشخاص. ولا تمسّ المصادرة المقرّرة بمقتضى هذا المرسوم من حقوق الدّائنين في المطالبة بالوفاء بديونهم المترتّبة قبل 14 جانفي 2011 على أن يتمّ ذلك وفق الإجراءات المحدّدة بأحكام هذا المرسوم" (نُقّح المرسوم السّابق وأتمّ بالمرسوم عدد 47 لسنة 2011 المؤرّخ في 31 ماي 2011، الرّائد الرّسميّ عدد 39، بتاريخ 31 ماي 2011، ص 809).

[722] انظر القانون عدد 5 لسنة 1964، المؤرّخ في 12 ماي 1964، المتعلّق بملكيّة الأراضي الفلاحيّة بتونس (الرّائد الرّسميّ عدد 24، الصّادر في 12 ماي 1964، ص 456).

[723] الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 15، 21 فيفري 1995، ص 367.

[724] وكما يُرى نحن أمام سحب مؤقّت، لأنّه (وهذا لاحظناه سابقا: الفقرة 119) إذا حصل سحب دائم لحقّ التّفويت، فهذا يعني سحبا لحقّ الملكيّة (لكن انظر الفقرة 124، الهامش).

[725] انظر الفصل 581 من مجلّة الالتزامات والعقود حين يقول: "إذا كان موضوع البيع عقّارا أو حقوقا عقّاريّة أو غيرها ممّا يمكن رهنه، يجب أن يكون بيعها كتابة بحجّة ثابتة التّاريخ قانونا [...]".

[726] أوجب "الأمر العليّ الصّادر في 4 جوان 1957 [...] التّنصيص [...] (على رخصة الوالي) في كلّ الكتائب المتضمّنة تصرّفا في حقّ الملكيّة (البيع [...] الرّهن [...]). وألزم الأمر المذكور كلّ الأطراف الحصول مسبّقا على رخصة والي الدّائرة الكائن بها العقّار موضوع التّصرّف [...] وتمّ العمل بهذه الرّخصة إلى غاية صدور المرسوم عدد 4 لسنة 1977 بتاريخ 21 ديسمبر 1977 الذي أعفى منها العمليّات

المجراة بين الأشخاص التّونسيّين والذّوات المعنويّة التّونسيّة [...] ويعني ذلك أنّه منذ سنة 1977 انحصر ميدان تطبيق الرّخصة في العمليّات العقّاريّة التي يكون فيها أحد الطّرفين أو (كلا) الطّرفين حاملا لجنسيّة أجنبيّة. لكن يجب التّنبيه إلى أنّ مواطني أربعة بلدان يتمتّعون بحقّ معاملتهم مثل التّونسيّين في هذا المجال تطبيقا لاتّفاقيّات ثنائيّة مبرمة بين دولهم والدّولة التّونسيّة، وهم مواطنو: الجزائر (اتّفاقيّة 26 جويلية 1963 المصادق عليها بالقانون عدد 34 لسنة 1966 الصّادر بتاريخ 3 ماي 1966)، المغرب (اتّفاقيّة 19 ديسمبر 1964 المصادق عليها بالقانون عدد 35 لسنة 1966)، ليبيا (اتّفاقيّة 14 جوان 1961 المصادق عليها بالقانون عدد 1 لسنة 1962 الصّادر بتاريخ 9 جانفي 1962)، النّيجر (اتّفاقيّة 18 أكتوبر 1966 المصادق عليها بالقانون عدد 14 لسنة 1967 الصّادر بتاريخ 10 أفريل 1967) [...]

"(زيادة على رخصة الوالي، ثمّ رخصة تعطى من رئيس الدّولة. فنحن) نعلم أنّ قانون 12 ماي 1964 حقّق تأميم الأراضي الفلاحيّة ومكّن من استرجاعها. وقد نصّ القانون المذكور على مبدأ منع اكتساب الأجنبيّ لملكيّة عقّاريّة فلاحيّة بالبلاد التّونسيّة. وفي هذا السّياق أكّد الفصل الأوّل من القانون عدد 56 لسنة 1969 الصّادر في 22 ديسمبر 1969 والمتعلّق بالإصلاح الزّراعيّ أنّ الأشخاص الطّبيعيّين الأجانب لا يمكنهم اكتساب عقّار فلاحيّ للاستقرار به إلّا بعد الحصول على أمر يقضي بالتّرخيص لهم في ذلك. وكما ذكرنا، فإنّ مواطني البلدان الأربعة السّابقة الذّكر لا يخضعون لهذه الأحكام الخاصّة بالأجانب الآخرين [...]

"(وتوجد أيضا رخصة للوزير الأوّل. فقد) أخضع الفصل الأوّل من القانون عدد 31 لسنة 1959 الصّادر في 28 فيفري 1959 والمتعلّق بالعمليّات العقّاريّة جميع التّصرّفات المكسبة للملكيّة بعوض أو بدونه والتي تستفيد منها سلطة أجنبيّة لرخصة مسبّقة من الوزير الأوّل [...]

"(كما توجد رخصة وزير الفلاحة. وفي هذا الإطار) نصّ الفصل السّادس الجديد من القانون عدد 25 لسنة 1970 الصّادر في 19 ماي 1970 المتعلّق بضبط كيفيّة التّفويت في أراضي دوليّة ذات صبغة فلاحيّة كما تمّ تنقيحه بالقانون عدد 112 لسنة 1988 الصّادر في 18 أوت 1988 (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة 1988، ص 1171) على وجوب الحصول مسبّقا على رخصة وزير الفلاحة في عمليّات التّفويت التي قد يقوم بها المستفيد من الأراضي المذكورة [...]

"(وتوجد رخصة وزير الإسكان. و) تخضع العمليّات العقّاريّة التي يكون موضوعها عقّارا على ملك أجنبيّ إلى رخصة الوالي كما سبق ذكره وكذلك إلى رخصة مسبّقة من وزير الإسكان (الفصل 2 من القانون عدد 61 لسنة 1983 الصّادر في 27 جوان 1983 والمتعلّق بالعقّارات التي هي على ملك

124 الشّفعة وحقّ الأولويّة في الشّراء: سحب حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف لفائدة أشخاصٍ معينيّن، أو سحب حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف ◊ لكن تبقى أهمّ

الأجانب والمبنيّة أو المكتسبة قبل سنة 1956، الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، 1983، ص 1952) [...]

"(بعد ما سبق، يمكن ذكر رخصة وزير التّجهيز. فقد) حجّر الفصل السّادس من القانون عدد 39 لسنة 1972 الصّادر في 27 أفريل 1972، والمتعلّق ببيع الأراضي المكتسبة من طرف الدّولة وذلك لبناء العقّارات وتهيئة المدن أو توسيعها (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة 1972، ص 571) على كلّ مشتر للأراضي المذكورة أن يفوّت في قسمته بمقابل أو بدونه دون الحصول مسبّقا على رخصة صادرة من وزير الأشغال العموميّة والإسكان (وزير التّجهيز) وذلك لمدّة خمسة أعوام من تاريخ البيع الحاصل لفائدته [...]

"(وهنالك رخصة من السّلط الآثاريّة. على هذا المستوى) حجّر الفصل 15 من القانون عدد 35 لسنة 1986 الصّادر في 9 ماي 1986 والمتعلّق بحماية الآثار والمعالم التّاريخيّة والمواقع الطّبيعيّة والعمرانيّة (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، 1986، ص 597) على مالك الآثار المنقولة أو العقّاريّة المرتّبة التّفويت فيها للغير بدون ترخيص خاصّ من السّلط الآثاريّة [...]

"(و) الجزاء المسلّط على التّصرّفات الخالية من الرّخصة اللاّزمة [...] هو البطلان [...] لكن يوجد كذلك جزاء تدعيميّ للبطلان". محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 267 وما بعدها، ص 125 وما بعدها.

ملاحظة: ورد في متن المقتطف حديث عن وجود اتّفاقيّات بين تونس والجزائر وتونس وليبيا (إلخ). انظر هذه المقالة التي تناولت مسألة تطبيق هذه الاتّفاقيّات: محمّد كمال شرف الدّين، «تطبيق اتّفاقيّات الإقامة المبرمة بين تونس والدّول المغاربيّة: إلى أين؟»، مجلّة المحاماة، أفريل 2012، ص 109 وما بعدها. وانظر حول رخصة الوالي: الحبيب الشّطّي، «ميدان رخصة الوالي»، القضاء والتّشريع، جانفي 1991، ص 19؛ الحبيب الشّطّي، دراسات في القانون العقّاريّ، دار الميزان للنّشر، سوسة – تونس، ط 1، 1996، المجموعة الأولى، ص 90 وما بعدها.

القيود التي ترد على حقّ التّصرّف القانونيّ[727] متمثّلة في الشّفعة وفي حقّ الأولويّة في الشّراء[728].

[727] في أحد الكتابات حول القانون الفرنسيّ (فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 129 وما بعدها) نجد حديثا عن صورة الملكيّة التي لا تقبل التّفويت (propriété inaliénable). فإذا كان التّصرّف القانونيّ هو جوهر الملكيّة كما قدّمنا (انظر الفقرة 119)، ففي هذه الصّورة ثمّ ملكيّة لكنّها دون تفويت. ويقول المؤلّفان إنّ الظّروف الاستثنائيّة جدّا التي يوجد فيها القانون (وليس إرادة المالك) هذه الوضعيّة تؤدّي إلى القول إنّ الحديث عن كون التّصرّف القانونيّ هو جوهر للملكيّة يبقى قائما. لكن ما الملكيّة غير القابلة للتّفويت؟ يجيب المؤلّفان: هي ملكيّة فيها الاستعمال والاستغلال لوحدهما. ويقولان نحن أمام وضعيّة مثيرة للدّهشة. ففي الحالات العاديّة، حرّيّة انتقال الأموال مسألة تهمّ النّظام العامّ، وفي النّظام القديم تمّ تبيّن المخاطر السّياسيّة والاقتصاديّة للأموال الجامدة.

بعد ما تقدّم يورد المؤلّفان حالات عدم التّفويت ويردّانها إلى تلك التي ينصّ عليها القانون وإلى تلك التي تنصّ عليها اتّفاقات الأفراد:

في الإطار الأوّل نجد قانو غرّة أوت 2003 الذي مكّن أشخاصا معيّنين من إعلان حقوقهم على العقّار الذي يوجد فيه مقرّ إقامتهم الرّئيس غير قابلة للعقلة. ولقد تمّ توسيع ميدان عدم العقلة بمقتضى قانون 4 أوت 2008 إلى كلّ مال عقّار مبنيّ أو غير مبنيّ ليس مخصّصا للنّشاط المهنيّ. والدّائنون العاديّون ليسوا معنيّين بعدم العقلة ولا حتّى الدّائنون المحترفون. ثمّ إنّ المالك يمكنه دوما بيع المال وهذا يجعل الثّمن قابلا للعقلة.

وفي الإطار الثّاني تساءل المؤلّفان هل يمكن خارج الحالات المنصوص عليها في القانون إدراج شرط في العقد (بعوض أو بدون عوض) أو في الوصيّة يمنع على المحال عليه التّفويت فيما تلقّاه؟ في وقت أوّل – وبسبب ما تذكّر به المسألة من الممارسات التي كانت موجودة في النّظام القديم – قضت المحاكم ببطلان كلّ شرط عدم تفويت لأنّه مخالف للنّظام العامّ (تجميد المال مخالف للنّظام العامّ). بعد ذلك وفي قرار مؤرّخ في 20 أفريل 1858 قضت محكمة التّعقيب بصحّة شرط عدم التّفويت بشرط أن يكون محدودا في الزّمن ومبرّرا بصفة جدّيّة ومشروعة. خارج هذه الصّورة كان الوعد بالبيع (الذي يقيّد بواسطته المالك حرّيّته في التّفويت لمدّة معيّنة) دائما مقبولا.

بعد ما تقدّم يقول المؤلّفان إنّ المشرّع الفرنسيّ تدخّل سنة 1971 وأضاف فصلا للمجلّة المدنيّة (الفصل 900. 1) كرّس فيه الحلول القضائيّة المذكورة أعلاه وذلك في إطار الهبة والوصيّة (مع إضافة بعض

التّدقيقات). وفيما يخصّ التّصرّفات بعوض، فقد أدخل قانون 1971 اضطرابا: هل يتواصل قبولها بالشّروط المذكورة سابقا أم أنّ صدور القانون يعني قطعا مع الماضي والاكتفاء بالتّصرّفات بدون عوض؟ أجابت محكمة التّعقيب في 31 أكتوبر 2007 واعتبرت أنّ شرط عدم التّفويت يضلّ صحيحا طالما كان مؤقّتا ومبرّرا بمصالح جدّيّة ومشروعة.

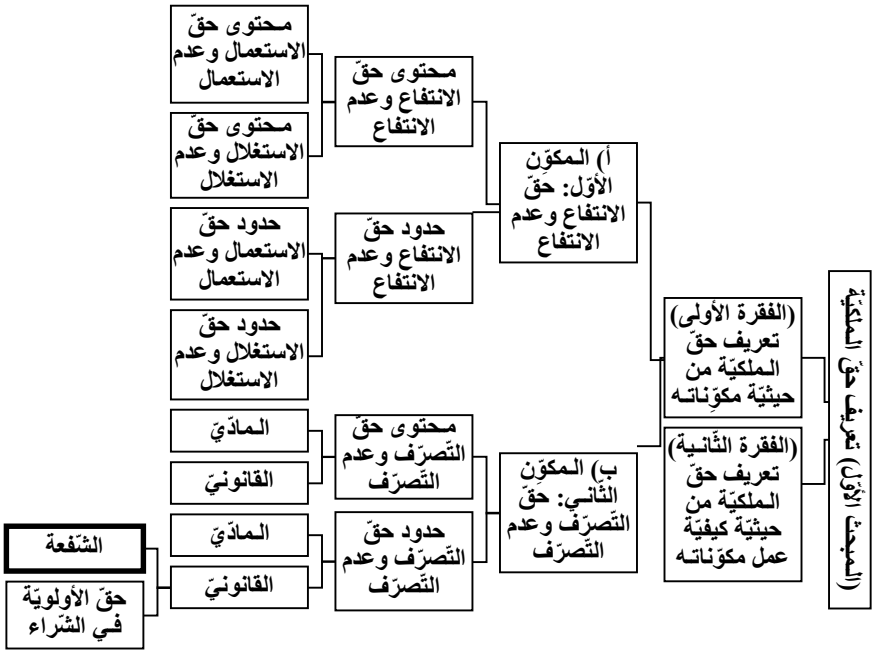
وفي مؤلّف فرنسيّ آخر (صوفي شيلر، م س، الفقرة 80، ص 72 وما بعدها) نجد أمثلة أخرى منها مثال الآليّة التي بمقتضاها يفرض المتبرّع على المتبرّع له أن يحفظ طوال حياته موضوع التّبرّع لكي ينقله بعد ذلك إلى شخص آخر. ويقول الفقه عموما إنّ حقّ المتبرّع له هو حقّ ملكيّة. فإن قبلنا هذا (ولم نقل مثلا إنّه مجرّد حقّ انتفاع)، نكون أمام ملكيّة لا تفويت فيها.

انظر أيضا في القانون الفرنسيّ:

سيباستيان ميلفيل، القيود على حقّ التّصرّف، أطروحة، جامعة باريس 2 بونتيون أساس، باريس، 2008.

Sébastien Milleville, *Les restrictions au droit de disposer*, Thèse, Université Paris 2 Panthéon Assas, Paris, 2008.

(728)



2. 2. 1/ الشّفعة

125 تعريف الشّفعة – أساسها – تقسيم البحث فيها ◊ للشّفعة معنيان: معنى لغويّ وضعيّ هو الزّيادة والضّمّ[729]، ومعنى لغويّ عرفيّ. هذا المعنى تبنّاه الفصل 103 من مجلّة الحقوق العينيّة حين قال: "الشّفعة حلول الشّريك محلّ المشتري في التّملّك بمبيع شريكه [...]"[730].

توضيح المعنى العرفيّ:

«أ» و «ب» يشتركان في ملكيّة أرض (أي أنّ كلّ واحد منهما يملك حصّة في الأرض غير محدَّدة بذاتها بل محدّدة حسابيّا، كأن تكون ممثِّلة لنصف الأرض أو ربعها أو نحو ذلك).

«أ» يبيع منابه من الأرض لـ «ج».

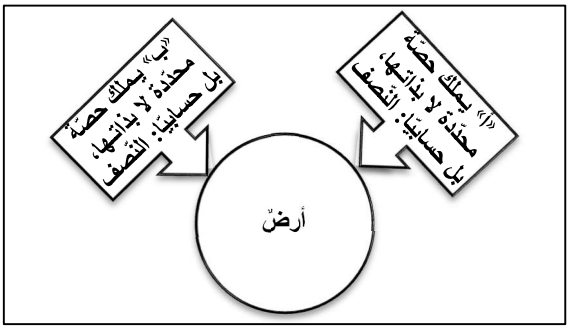
---

[729] الشّفعة "مأخوذة من الفعل شفع، وهو يُطلق بإطلاقين. فيُطلَق بمعنى ضمّ، ومنه الشّفع بمعنى الزّوج، لأنّ كلّ واحد ضُمّ إلى الآخر. ويُطلق بمعنى زاد، ومنه شاة شافع إذا كان معها ولدها، لأنّه زادها. والشّفعة يصحّ أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى ضمّ لأنّ الشّفيع يضمّ العقّار المبيع إلى ملكه. ويصحّ أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى زاد، لأنّه يزيد ملكه بسبب الشّفعة". محمّد أبو زهرة، م س، ص 150، الهامش. انظر أيضا حول معنى الشّفعة: محمّد ابن معجوز، الشّفعة في القانون المغربيّ، أطروحة دكتوراه دولة، جامعة محمّد الخامس –كلّيّة الحقوق، الرّباط، د ت، ص 7 وما بعدها؛ عبد السّلام التّركي، «أحكام الشّفعة في الفقه والقانون»، القضاء والتّشريع، نوفمبر 1992، ص 49.

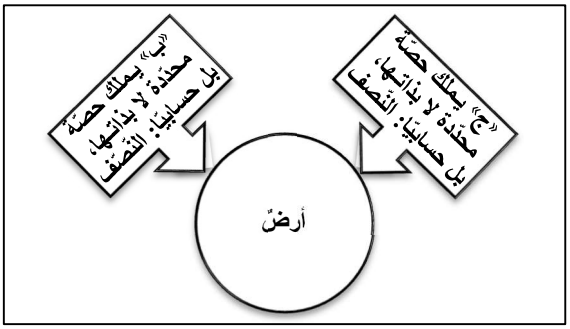
[730] هذا المعنى مختلف عن اللغويّ الوضعيّ، لأنّنا أمام زيادة مخصوصة وضمّ مخصوص.

الشّفعة لـ «ب» هي أن يأخذ مكان «ج» (731).

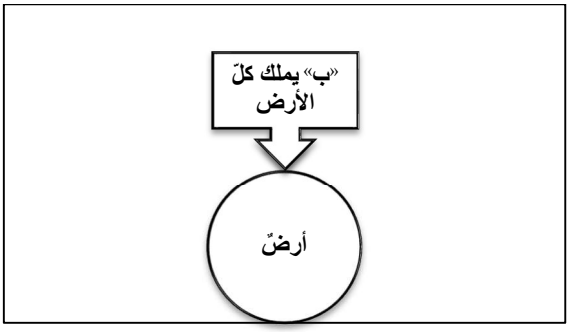
(731)



«أ» يبيع حصّته المشاعة (هي مشاعة لأنّها ليست محدّدة بذاتها) إلى «ج»:



إذا مارس «ب» الشّفعة، فسيأخذ مكان «ج» في عقد البيع:



وفي القانون الفرنسيّ، نجد ضمن ما نجد:

ويسمّى «ب» شفيعا[732]، ويسمّى «ج» مشفوعا منه، وتسمّى الحصّة المبيعة مشفوعا فيه (أو مشفوعا)، أمّا حصّة الشّفيع فتسمّى المشفوع به (ثمّ من يطلق اسم المشفوع به على الثّمن)[733].

الفصل 815–14 من المجلّة المدنيّة الذي يقول: يجب على الشّريك الذي ينوي التّفويت بمقابل لشخص أجنبيّ عن الشّيوع في كلّ أو بعض حقوقه إعلام بقيّة الشّركاء بالثّمن وبشروط التّفويت وباسم ومقرّ ومهنة من سيفوّت له. ويمكن لكلّ شريك، في أجل شهر، أن يعلم المفوّت بأنّه يمارس حقّ شفعة droit de préemption.

الفصل ل 123–1 وما بعده من مجلّة التّراث الذي يقول إنّه يمكن للدّولة، وفيما يخصّ الأعمال الفنّيّة (المصنّفة أو غير المصنّفة)، أن تمارس حقّ شفعة (droit de préemption) تحلّ (subrogation) بمقتضاه محلّ المشتري. انظر: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 341.

[732] جاء عند أحدهم: "يطلق الفرنسيّون كلمة préemption على الشّفعة. ويرجع أصل هذه الكلمة إلى الكلمة اللاتينيّة *præemptio*، ومعناها الشّراء achat. ويسمّى (من يمارس الشّفعة) الشّفيع: préempteur، و(يسمّى حقّه الذي مارسه) حقّ الشّفعة: droit de préemption. وللدّلالة على الشّفعة المعروفة بالشّريعة الإسلاميّة يستعملون غالبا نفس اللفظة العربيّة ويعبّرون عنها بكلمة cheffâa و la chéfâ و chefea'at.

"وقد يطلق على الشّفيع لفظة l'auteur du retrait أو retrayant، وعلى الشّفعة لفظة retrait. ولكن الأوْلى إطلاق الألفاظ الأولى حتّى لا يقع الاشتباه بين الشّفعة وبين حقّ استرداد الحصّة المبيعة المعروفة بالقانون الفرنسيّ". زهدي يكن، الشّفعة، مكتبة صادر، بيروت، 1945، ص 7.

وفي القانون التّونسيّ استعملت في الصّياغة الفرنسيّة لمجلّة الحقوق العينيّة عبارة retrait وعبارة droit de préemption.

[733] في القانون السّابق لمجلّة الحقوق العينيّة، نجد الشّفعة في الفصل 1241 من مجلّة الالتزامات والعقود وفي الفصل 77 وما بعده من القانون العقّاريّ. انظر حول هذا القانون: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 172 وما بعدها.

وفي لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة وردت الشّفعة في الموادّ: 904 إلى 1009. وفي الجانب الحنفيّ للمادّة 904 قيل: "الشّفعة تملّك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه". أمّا في الجانب المالكيّ للمادّة فقيل: "الشّفعة استحقاق الشّريك أخذ مبيع شريكه بثمنه".

ممّا جاء الآن يظهر أنّ الشّفعة تمثّل قيدا على حقّ المشتري «ج» في التّصرّف القانونيّ[734]. فهذا، وبعد أن صار مالكا، سيُضطرّ لأن يترك الملكيّة للشّفيع «ب»[735].

وفي مجلّة الأحكام الشّرعيّة (واللّائحة المذكورة أعلاه هي بمثابة أعمال تحضيريّة لهذه المجلّة) وردت الشّفعة في الموادّ: 919 إلى 1045. في المادّة 919 قيل: "الشّفعة تملّك المبيع جبرا على المشتري بما بذله". انظر نصّ مجلّة الأحكام الشّرعيّة في: نور الدّين الجلاصي وعبد الهادي البليّش (تحقيق)، محاضر مجلّة الأحكام الشّرعيّة. قسم أحكام الأحوال العقّاريّة. تحت رئاسة وزير العدليّة وشيخ الإسلام المالكيّ محمّد العزيز جعيّط، دار المازري وجامعة الزّيتونة، تونس، 1441 هـ/ 2020 م، ج 4، ص 561 وما بعدها.

[734] قيدٌ على حقّ الدّخول وعدم الدّخول في التّصرّف القانونيّ؛ أي هي وجوب للتّصرّف.

[735] قارن مع: محمّد أبو زهرة، م س، ص 151. انظر أيضا إلى من يتحدّث في إطار القانون الإسلاميّ عن أنّ الشّفعة هي على خلاف القياس، أي هي استثناء. محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 11.

ويمكن تقديم تحليل آخر، والقول إنّ الشّفعة تمثّل قيدا على حقّ البائع «أ» في التّصرّف القانونيّ لفائدة شخص معيّن[736]. فهذا البائع اختار أجنبيّا – هو «ج» – كمشترٍ، وبمقتضى الشّفعة سنضع شريكه «ب» محلّ من أراده طرفا مقابلا في البيع[737].

فإذا نظرنا الآن إلى الشّفعة من زاوية من يتمتّع بها، قلنا إنّها حقّ، إذا عرّفنا الحقّ بأنّه إمكانيّة الفعل وعدم الفعل في الوقت نفسه المعترَف بها والمحميّة من

---

[736] قيدٌ على اختيار فلان طرفا مقابلا في التّصرّف أو عدم اختياره.

بتعبير جامع:

للمرء حقّ أوّل: أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد.

فإذا اختار أن يتعاقد، فله حقّان:

حقّ أن يختار من شاء كطرف مقابل في العقد.

وحقّ أن يحدّد مضمون العقد.

وفي التّحليل الأوّل، الشّفعة تمسّ من الحقّ الأوّل. فإحلال الشّفيع محلّ المشتري يؤدّي إلى نتيجة هي نفسها التي يؤدّي إليها إجبار المشتري على أن يبيع للشّفيع (لا ينقلب المشتري بائعا، بل كالبائع الذي يفقد الملكيّة مقابل ثمن).

وفي التّحليل الثّاني حصل المساس بالحقّ الثّاني. فالبائع أُجبِر على أن يكون معاقده هو الشّفيع.

زيادة على ما سبق:

في التّحليل الأوّل، نظرنا من زاوية المشتري.

وفي التّحليل الثّاني، نظرنا من زاوية البائع.

[737] جاء في قرار لمحكمة التّعقيب: "الأحكام التي وردت بها المجلّة [...] بخصوص حقّ الأخذ بالشّفعة إنّما هي أحكام وردت استثناء وقيدا لقاعدة قانونيّة عامّة ألا وهي قاعدة حرّيّة الشّخص في التّعاقد مع أيّ شاء". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2895، 25 ديسمبر 1979، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 141.

انظر قرارا تعقيبيّا آخر تحدّث عن كون الشّفعة قيدا على حقّ التّعاقد دون أن يدقّق: هل هي قيد على حرّيّة الدّخول وعدم الدّخول في العقد (التّحليل الأوّل الوارد أعلاه) أم قيد على حرّيّة اختيار الطّرف المقابل في العقد (التّحليل الثّاني). تعقيبيّ مدنيّ، عدد 52701، 13 أفريل 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 346.

القانون[738] (وعلى كلّ أسمى الفصل 525 من مجلّة الالتزامات والعقود الشّفعة حقّا حين قال: "ذكر بعض ما لا يتجزّأ كذكر كلّه، فبعض التّنازل عن حقّ الشّفعة ككلّه")[739].

لكن – وهذا رأيناه سابقا – ثمّ من يرفض عدّ الشّفعة حقّا عينيّا، وحجّته أنّ المشرّع أورد الحقوق العينيّة على سبيل الحصر، ولم يذكر الشّفعة من بينها[740].

وثمّ مسألة أخرى رأيناها: أنّ أحكام الشّفعة، وحسب الأعمال التّحضيريّة لمجلّة الحقوق العينيّة، استقاها المشرّع التّونسيّ من الفقه الإسلاميّ[741]. لهذا الكلام

---

[738] انظر الفقرة 19.

[739] تستعمل محكمة التّعقيب (تعقيبيّ مدنيّ، الدّوائر المجتمعة، عدد 10488، مؤرّخ في 7 جانفي 1992، المجلّة القانونيّة التّونسيّة 1992، القسم العربيّ، ص 135، ملاحظات محمّد كمال شرف الدّين) تعبير الرّخصة لا الحقّ. لكن يبدو أنّ ما تقصده هو ما أسميناه أعلاه الحقّ. فلا مشاحّة إذن في الألفاظ. وفي القانون الإسلاميّ نجد التّفصيل التّالي: الشّفعة حقّ، "غير أنّ الفقهاء يرون أنّ العفو عن الشّفعة أفضل من المطالبة بها إلّا إذا اشتدّت حاجة الشّريك إليها وكان ترك استعمالها يؤدّي إلى معصية، كما إذا كان المشتري مشهورا بالفجور ولا يمكن دفع أذاه إلّا عن طريق استعمال الشّفعة ضدّه، فتصبح واجبة حينئذ". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 12.

[740] انظر الفقرة 29 وانظر ما سيأتي في الفقرة 132.

[741] لائحة مجلّة الحقوق العينيّة، القضاء والتّشريع، 1964، ص 476 (عدد 6، محرّم 1384 هـ/ جوان 1964، ص 32).

ولقد جاء في صحيح البخاري: "حدّثنا محمّد بن محبوب، حدّثنا عبد الواحد، حدّثنا معمر، عن الزّهري، عن أبي سلمة بن عبد الرّحمن، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، قال: «قضى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم بالشّفعة في كلّ مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطّرق فلا شفعة»". محمّد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصّحيح المختصر من أمور رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وسننه وأيّامه، تحقيق محمّد زهير بن ناصر النّاصر، دار طوق النّجاة، د م، 1422 هـ، ج 3، ص 79.

تداعيات: فنصّ القانون التّونسيّ قد نجده غامضا أو ناقصا، ممّا يستدعي الاستعانة، في عمليّة التّوضيح والإتمام، بالفقه الإسلاميّ. بعبارة أخرى: في صورة الغموض والنّقص ينقلب المصدر المادّيّ إلى مصدر من مصادر التّأويل[742].

والمصدر المتحدّث عنه هنا هو كما تقدّم الفقه الإسلاميّ. وفي هذا الفقه قيل عن أساس الشّفعة ما يلي: "إنّ حكمة الشّارع قد اقتضت رفع الضّرر عن المكلّفين ما أمكن. فإن لم يمكن رفعه إلّا بضرر أعظم منه، أبقاه على حاله. وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه، رفعه به. ولمّا كانت الشّركة منشأ الضّرر في الغالب، فإنّ الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض. (لذا) شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضّرر بالقسمة تارة وانفراد كلّ من الشّريكين بنصيبه، وبالشّفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشّريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك. فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه، كان شريكه أحقّ به من الأجنبيّ؛ وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيّهما كان؛ فكان الشّريك أحقّ بدفع العوض من الأجنبيّ، ويزول عنه ضرر الشّركة، ولا يتضرّر البائع لأنّه يصل إلى حقّه من الثّمن؛ وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد [...] (ويمكن الرّدّ على الذين قالوا إنّ الشّفعة خروج عن الأصل الذي هو) ألّا يخرج المال من يد صاحبه إلّا بطيب نفس منه [...] (بما يلي:) إنّما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلّا برضاه لما فيه من الظّلم له والإضرار به؛ فأمّا ما لا يتضمّن ظلما ولا إضرارا، بل مصلحة له بإعطائه الثّمن، فلشريكه دفع ضرر الشّركة عنه؛ فليس الأصل عدمه، بل هو مقتضى أصول الشّريعة؛ فإنّ أصول الشّريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الرّاجحة، وإن لم يرض صاحب المال. وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصدا للبيع

---

[742] انظر حول المصدر المادّيّ والتّأويليّ: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (مقدّمة للقانون)، الفقرة 107 وما بعدها.

ظلم منه وإضرارٌ بشريكه؛ فلا يمكّنه الشّارع منه. بل من تأمّل مصادر الشّريعة ومواردها، تبيّن له أنّ الشّارع لا يمكّن هذا الشّريك من نقل نصيبه إلى غير شريكه، وأن يلحق به من الضّرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنّه لا مصلحة له في ذلك"[743].

فإذا انتقلنا الآن من الفقه إلى أصول الفقه، وجدنا من جهة حديثا عن العلّة (الفاعلة) وعن الوصف المنضبط الذي يسمح (عند الجميع) بإعمال قياس المثل

---

[743] ابن القيّم، نقله: محمّد أبو زهرة، م س، ص 166 وما بعدها.

انظر أيضا من يربط الشّفعة بالقواعد العامّة (في القانون الإسلاميّ) ويقول إنّ الشّفعة تطبيق من تطبيقات هذه القواعد:

"أ – لا ضرر ولا ضرار: حيث نجد أنّ الشّفعة تعمل على رفع الضّرر الذي يلحق الشّركاء من دخول شريك جديد عليهم، لكن مع العمل على تخفيف الضّرر الذي يمكن أن يلحق بهذا الشّريك الجديد من انتزاع الحصّة التي اشتراها وذلك بتحديد المدّة التي يحقّ للشّريك خلالها أن يستعمل حقّه في الشّفعة ثمّ بتعويض ذلك المشفوع منه عن كلّ ما صرفه في سبيل الحصول على تلك الحصّة.

"ب- إن اجتمع ضرران، ارتُكب أخفّهما: إذ لا يخفى أنّ إلزام الشّريك الجديد الذي انتقلت إليه الحصّة المشاعة بعوضٍ بأن يتنازل عنها لفائدة الشّريك القديم يُعتبر إضرارا بالشّريك الجديد الذي برهن على أنّه يرغب في تلك الحصّة. غير أنّ هذا الضّرر ضئيل بالنّسبة للضّرر الذي يلحق الشّركاء القدامى من دخول هذا الشّريك الجديد عليهم. ولهذا شرعت الشّفعة لرفع الضّرر الجسيم، وإن كان فيها بعض الضّرر على الشّريك الجديد.

"ج- المصلحة العامّة تقدّم على المصلحة الخاصّة: ذلك أنّ من مصلحة الجماعة أن تبقى المشاريع قائمة ومؤدّية لمهمّتها، وتفتيتها قد يؤدّي إلى تعطيل منفعتها، كما أنّ كثرة الشّركاء قد تعرقل سير المشروع. وفي هذا وذاك ضرر يلحق الجماعة، فشرعت الشّفعة لرفع هذه الأضرار، ويضحّى في سبيل ذلك بمصلحة الفرد الذي هو الشّريك الجديد". ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 4.

انظر أيضا: ص 12 وما بعدها.

ملاحظة: وردت القاعدة العامّة الثّانية في الفصل 556 من مجلّة الالتزامات والعقود، والثّالثة في الفصل557 من المجلّة نفسها.

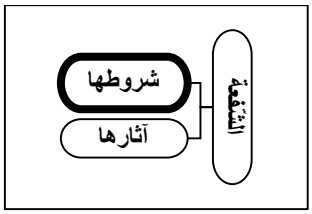
ومن جهة أخرى حديثا عن الحكمة (العلّة الغائيّة) وعن الوصف غير المنضبط الذي يسمح (عند البعض) ولا يسمح (عند البعض الآخر) بإعمال ذاك النّوع من القياس. وفي هذا الإطار تضرب كتب الأصول مثال الشّفعة وتقول إنّ علّتها (الفاعلة) هي الشّركة (الشّركة وصف منضبط، أي وصف لا يتغيّر بتغيّر موضوعها أو أخلاق أطرافها) والحكمة منها تجنّب الضّرر المُحتمَل من دخول شريك جديد في الشّركة (الضّرر وصف غير منضبط، أي وصف يمكن أن يتحقّق ويمكن أن لا يتحقّق)[744]. فإذا تركنا علّة الشّفعة (العلّة الفاعلة) والحكمة منها (العلّة الغائيّة) واهتممنا بأحكامها كما جاءت في مجلّة الحقوق العينيّة، قلنا إنّ هذه الأحكام تتكوّن من الفصل 103 إلى الفصل 115، وتتوزّع على أربعة عناوين: شروط الشّفعة (الفصل 103 إلى الفصل 110)، وإجراءات الشّفعة (الفصل 111)، وآثار الشّفعة (الفصل 112 إلى 114)، وسقوط الشّفعة (الفصل 115). ولأنّ منهجيّة التّعبير لا تقبل "التّربيع" وتصرّ على "الاثنينيّة"[745]، فإنّنا سنلحق الإجراءات والسّقوط بالشّروط ليبقى بعد ذلك عنوان ثان للآثار[746].

---

(744) محمّد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربيّ، د م، د ت، ص 239؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلاميّ (منهجيّة الفقه) وفلسفته، الفقرة 95.

(745) انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة أو البلاغة القانونيّة: التّعبير عن التّفكير)، الفقرة 29 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الثّاني. الموضوع النّظريّ والتّطبيقيّ. مذكّرة الماجستير وأطروحة الدّكتوراه)، الفقرة 15 وما بعدها.

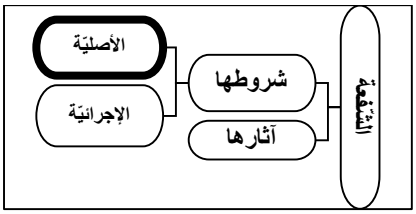
(746)



2. 2. 1. 1/ شروط الشّفعة

126 تقسيم البحث ◊ يمكن ردّ شروط الشّفعة إلى قسمين: أصليّة وإجرائيّة[747].

(747)

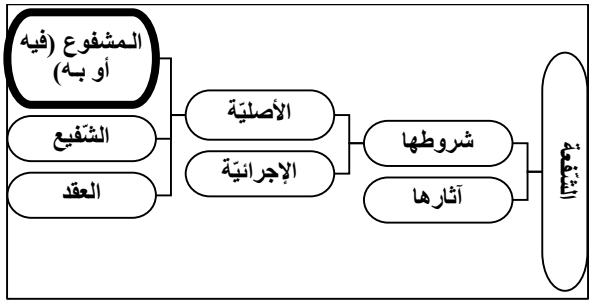


2. 2. 1. 1. 1/ الشّروط الأصليّة

127 **تعداد الشّروط** ◊ من يقرأ القانون يجد شروطا تتعلّق: أوّلا بالمشفوع فيه والمشفوع به، وثانيا بالشّفيع والمشفوع منه، وثالثا بالعقد الذي انتقل به المشفوع فيه[748]:

128 **أوّلا: الشّرط المتعلّق بالمشفوع (فيه أو به)** ◊ تحدّثت النّصوص عن المشفوع فيه مستعملة اسم الأرض (الفصل 104، إلخ) والدّار (الفصل 104) والعقّار (الفصل 109). وعليه فنحن أمام تخصيص باللّقب (تخصيص ما له لقب العقّار،

(748)



خلافا لما أوردناه أعلاه، قسّم أحدهم كلامه عن الشّفعة في إطار القانون الإسلاميّ إلى عنوانين: عنوان لأركانها وآخر لأحكامها (أي لموجباتها، وإجراءاتها، وسقوطها، إلخ). والأركان أربعة:

"1- الشّفيع: وهو الشّخص الذي له الحقّ في أن يأخذ النّصيب الذي تنقّل إلى المالك الجديد.

"2- المشفوع منه: وهو الشّخص الذي تستعمل الشّفعة ضدّه، فينتزع منه النّصيب الذي ملكه.

"3- المشفوع: وهو ذلك المال الذي يحقّ للشّفيع أن يستردّه من المشفوع منه.

"4- المشفوع به: وهو ما يؤدّيه الشّفيع للمشفوع منه مقابل انتزاع المشفوع من يده". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 21.

لأنّ الأرض عقّار، والدّار عقّار). والسّؤال ما حكم ما له اللقب النّقيض، أي ما حكم المنقول: هل يقبل الشّفعة؟•

في الفقه الإسلاميّ يرى الجمهور أن لا شفعة "إلاّ في العقّار وما ألحق به كالعلوّ مع السّفل، أو السّفن على رأي البعض، ولم يثبتوه في المنقول إلّا إذا كان تابعا للعقّار. وذهب جماعة إلى [...] ثبوت (حقّ الشّفعة) في جميع الأموال لا فرق بين عقّار ومنقول"[(749)].

فإذا عدنا إلى القانون التّونسيّ، قلنا إنّ التّعامل مع التّخصيص يتمّ بالمرور بالمراحل التي سبقت معنا: قصد المشرّع؛ فإن لم يوجد، فقياس الأولى؛ فإن لم يمكن، فقياس المثل؛ فإن تعذّر، فقياس العكس. وقد يمكن القول إنّ نيّة المشرّع – بسبب كونه قال إنّه أخذ أحكام الشّفعة من الفقه الإسلاميّ – تتمثّل في إعطاء المسكوت عنه في المجلّة الحكم الموجود في هذا الفقه. وقد يمكن القول أيضا إنّ الرّاجح أن يكون الفقه ممّا وردت به مجلّة الأحكام الشّرعيّة[(750)]. فإذا قبل هذا الكلام، قلنا الشّفعة لا تكون في المنقول، لأنّ المادّة 927 من المجلّة المذكورة قالت: "الشّفعة تثبت في العقّار سواء أكان ينقسم أم لا"[(751)]. فإذا لم يُقبل ما جاء الآن من تمشٍّ، وجب

• هنا نحن أمام صورة فراغ وسكوت في القانون.

(749) محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 360. انظر أيضا: محمّد أبو زهرة، م س، ص 159. الهامش؛ علي الخفيف، م س، ص 278 وما بعدها؛ محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 66 وما بعدها.

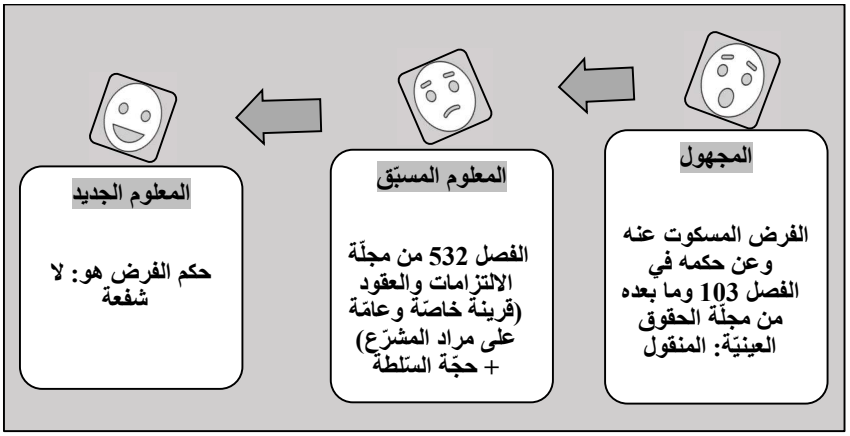
(750) يقول أحد الذين شاركوا في إعداد مجلّة الحقوق العينيّة إنّ من مصادرها المادّيّة لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة (انظر الفقرة 12، الهامش). ومجلّة الأحكام الشّرعيّة مأخوذة من اللائحة. انظر حول اللائحة والمجلّة: عبد المجيد الزّروقي، «مجلّة الأحوال الشّخصيّة والشّيخ محمّد العزيز جْعَيِّطْ»، مقالة بصدد النّشر.

(751) انظر نصّ مجلّة الأحكام الشّرعيّة للأحوال الشّخصيّة والأحوال العقّاريّة في: نور الدّين الجلاصي وعبد الهادي البليّش (تحقيق)، م س، ج 4، ص 561 وما بعدها.

أن تصل النّوبة إلى قياس العكس ليأخذ ما له اللقب النّقيض الحكم الذي يمثّل الأصل. هذا يعني أن نقول إن لا شفعة في المنقول، لأنّ الشّفعة – بوصفها إخراج شيء من ذمّة شخص رغما عنه – تمثّل ما ليس أصلا في الأمور. وقد يمكن عدم سلوك كلّ ما تقدّم من طرق والاكتفاء بحجّة السّلطة، أي بقول الفقه والقضاء التّونسيّ، ومفاده أن لا شفعة في المنقول بل في العقّار فحسب(752).

لكن ألا يمكن أن نفكّر بطريقة مختلفة، وأن نقول – استئناسا بكلام ورد في إطار القانون الإسلاميّ(753) – بقياس المنقولات (التي تدوم هي أيضا لوقت طويل،

(752)



بالنّسبة إلى القضاء: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 15210، 19 أفريل 1988، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 220 (لا جدال أنّ الشّفعة لا تكون إلّا في العقّار).

بالنّسبة إلى الفقه: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 276، ص 205.

(753) "رأينا أنّ أهل الظّاهر يسيرون على أنّ الشّفعة تثبت في كلّ شيء مشترك من عقّار ومنقول ما عدا المكيل والموزون. ورأينا أنّهم يحتجّون على ذلك ببعض الأحاديث وبالقياس الذي يتلخّص في أنّه إذا كانت الشّفعة قد شرعت في العقّار فقط، فيقاس عليه كلّ شيء مشترك ليرتفع الضّرر عن الشّركاء بواسطة الشّفعة.

كالسّفن، والطّائرات، والحافلات، ونحوها، والتي يحصل ضرر للشّركاء فيها إذا دخل عليهم شريك جديد) على العقّارات؟[754] بل إنّنا لا نحتاج إلى هذا القياس فيما يخصّ السّفن، لأنّ الفصل 21 من مجلّة التّجارة البحريّة نصّ على أنّ: "لكلّ شريك في ملكيّة السّفينة أن يحيل للغير حصّته فيها دون إذن من بقيّة الشّركاء إلّا أنّ لهم الحقّ في طلب ضمّها إلى حصصهم خلال الخمسة عشر يوما الموالية لإعلامهم بوقوع الإحالة [...]"[755].

"وقد ردّ الجمهور على أصحاب هذا الرّأي بأنّ الأحاديث التي يحتجّون بها ضعيفة لا يمكن الاحتجاج بها أمام الأحاديث الصّحيحة التي تثبت الشّفعة في العقّار فقط. كما أنّهم ردّوا ذلك القياس بأنّه لا يمكن قياس المنقول على العقّار لأنّ هناك فرقا بينهما يتمثّل في أنّ ضرر الاشتراك في العقّار أخطر من ضرر الاشتراك في المنقول نظرا لأهمّية العقّار وطول مدّة بقائه.

"وإذا كنّا نتّفق مع الجمهور في أنّ الأحاديث التي يحتجّ بها الظّاهريّة لا يمكن أن تترجّح على الأحاديث التي تثبت الشّفعة في العقّار فقط، فإنّنا لا نتّفق معهم في ردّهم لذلك القياس الذي يتمسّك به الظّاهريّة، وبالأخصّ بعد أن أصبح لكثير من المنقولات أهمّيّة لا تقلّ عن أهمّيّة العقّار، بل قد تفوق أهمّيّة العقّار، وذلك كما هو الشّأن بالنّسبة للبواخر والطّائرات والقطارات. ولذلك فإنّا نرى أنّ المصلحة تقتضي قياس هذه المنقولات على العقّارات في ثبوت الشّفعة في تلك المنقولات.

"وقد تبنّت بعض التّشريعات العربيّة مبدأ ثبوت الشّفعة في المنقولات المشتركة، وذلك كالقانون المصريّ والقانون الليبيّ. ولكنّها لم تسمّ هذا الحقّ بحقّ الشّفعة، وإنّما أسمته حقّ الاسترداد". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 257 وما بعدها.

[754] قد يقال إنّ الشّفعة استثناء، والاستثناء لا يقاس عليه. لكن يمكن أن يقال أيضا إنّ الاستثناء الذي لا يقاس عليه هو الذي لا تطّرد علّته. أمّا هنا، فنحن أمام استثناء تطّرد فيه العلّة، ويجوز من ثمّ فيه القياس. انظر حول مسألة القياس على الاستثناء ما سيأتي في الفقرة 129 (الهامش).

[755] يمكن أيضا أن نفكّر في أن يكون المقيس عليه لا العقّار كما ورد أعلاه، ومن ثمّ نصوص مجلّة الحقوق العينيّة، بل السّفن، ومن ثمّ الفصل 21 من مجلّة التّجارة البحريّة.

وعلى كلّ، وسواء قُبِل الكلام الوارد للتّوّ (إمكان الشّفعة في العقّار وفي بعض المنقول) أو لم يقبل (بأن قيل إنّ الشّفعة تكون في العقّار فحسب)، فإنّ عبارة العقّار في مجلّة الحقوق العينيّة مطلقة• وذلك من عدّة وجوه:

الوجه الأوّل: أنّها تشمل العقّار الطّبيعيّ والحكميّ والتّبعيّ[756]. وفي الفقه المالكيّ قيل إنّ "الشّفعة تثبت في العقّار وفيما يتّصل بالعقّار سواء كان اتّصالا مادّيّا كالثّمار التي لم تنفصل عن أشجارها بعدُ، وكالزّرع والغلال الثّابتة في الأرض، أو كان يتّصل به اتّصالا معنويّا لا مادّيّا، وذلك كالحيوان الذي يخصّصه صاحبه لخدمة عقّاره ويرصده عليه [...] كما أثبتوا الشّفعة في الحقوق المتّصلة بالعقّار مثل الكراء الطّويل والعاديّ ومثل الرّهن والمغارسة [...] وهذا يعني أنّ المالكيّة توسّعوا في الشّفعة، وقاسوا الحقوق المتّصلة بالعقّار على العقّار نفسه في إثبات الشّفعة في تلك الحقوق، لأنّ الشّركة في هذه الحقوق تؤدّي إلى نفس الأضرار التي تؤدّي إليها الشّركة في العقّار. وإذا كانت الشّفعة قد شرعت في العقّار لرفع تلك الأضرار عن الشّركاء، فمن المصلحة أن نقيس على العقّار تلك الحقوق لنتوصّل إلى رفع تلك الأضرار عن الشّركاء فيها"[757].

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[756] حول هذه العقّارات انظر الفقرة 35 وما بعدها.

[757] محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 257.

وفي صفحة 278 وما بعدها، وفي إطار القانون المغربيّ، تحدّث المصنّف عن حقّ الانتفاع، فقال: "إذا كان حقّ الانتفاع ثابتا لشخصين أو أكثر، كما إذا وهب شخص لشخصين حقّ الانتفاع بداره مدّة عشرين سنة مثلا أو أوصى بحقّ الانتفاع من ضيعته لثلاثة أشخاص مدّة أربعين سنة ومات الموصي، فإنّ كلّ واحد من الموهوب لهما في المثال الأوّل والموصى لهم في المثال الثّاني يكون مالكا لحقّ الانتفاع ملكيّة شائعة طيلة المدّة المحدّدة. فلو فرضنا أنّ أحدهم باع نصيبه في هذا الحقّ لشخص آخر، فإنّ للآخرين الحقّ في أن يشفعوا ذلك النّصيب من المشتري له.

"نعم إذا كان الشّخص لا يملك إلّا حقّ الاستعمال أو السّكنى، فلا يمكن له أن يبيع حقّه هذا، وبالتّالي لا يكون لشريكه الحقّ في الشّفعة، لأنّنا نكون بصدد حقّ يتّصل بشخص صاحبه ولا يقبل الانتقال [...]

"الحصّة الشّائعة في الحقّ في الكراء الطّويل الأمد [...] فلو فرضنا أنّ شخصين أو أكثر اكتريا ضيعة أو أو بناية كراء طويل الأمد، فإنّ هذا الكراء يعطيهما حقّا عينيّا على هذا العقّار، ويكون لكلّ واحد جزءٌ شائع تُحدَّد نسبته بالاتّفاق. كما أنّه قد يكتري شخص عقّارا كراء طويل الأمد ثمّ يموت، فينتقل إلى ورثته ويصبحون شركاء في هذا الحقّ (الذي هو الكراء الطّويل الأمد) على الشّياع بنسبة نصيب كلّ واحد من هؤلاء الورثة.

"ويعتبر حقّ الكراء الطّويل الأمد من الحقوق القابلة للتّفويت. ويترتّب على ذلك أنّ الشّريك إذا باع حصّته في هذا الحقّ، فللآخرين الحقّ في أن يشفعوا تلك الحصّة من المشتري.

"أمّا الكراء العاديّ [...] (للعقّار المحفّظ، فلا شفعة فيه لأنّ الشّفعة) لا تثبت إلّا في الحقوق العينيّة العقّاريّة (في القانون المغربيّ تثبت الشّفعة إذا تعلّق الأمر بكراء العقّار غير المحفّظ) [...]

"الحصّة الشّائعة في حقّ السّطحيّة [...] (و) هو أن يكون الإنسان مالكا لبناية، كدار أو معمل، أو لغرس، كأشجار، وتكون هذه الأشجار أو تلك البناية مقامة [...] (فوق ملك الغير).

"فلو فرضنا أنّ شخصين أو أكثر كانوا يملكون حقّ سطحيّة دار أو أشجار ملكيّة مشاعة بينهم، وباع أحدهم نصيبه في هذا الحقّ، فإنّ للآخرين أن يشفعوا النّصيب ممّن اشتراه [...]

الرّهن الحيازيّ [...] من المعروف أنّ الرّهن إذا كان ضمانا لدين ناشئ عن سلف لا يمكن للمرتهن أن ينتفع بالرّهن، ولا أن يأخذ ثماره، لأنّ ذلك يُعَدّ سلفا بمنفعة. أمّا إذا كان ضمانا لدين ناشئ عن معاوضة، كبيع، فإنّه يمكن في هذه الحالة للمرتهن أن ينتفع بالشّيء المرهون، كأن يسكن الدّار المرهونة، أو أن يأخذ ثمار الأشجار المرهونة، لأنّ الرّهن في هذه الحالة يعتبر بمثابة الكراء. فلو فرضنا أنّ شخصا اشترى من شخصين سلعة بعشرة آلاف درهم تحلّ بعد سنة وأعطاهما المشتري داره رهنا، فإنّ هذين المشتريين يمكنهما أن ينتفعا بتلك الدّار طيلة ذلك الأجل، لأنّه كأنّهما باعا سلعتهما بذلك المبلغ المؤجّل وبمنفعة الدّار خلال ذلك الأجل [...] وهذا يعني أنّ البائعين يصبحان مالكين لحقّ منفعة العقّار المرهون [...] وعلى هذه الحالة نتصوّر الشّفعة في الرّهن [...]

"الحصّة الشّائعة في حقوق الارتفاق [...] (و) الشّفعة في حقّ الارتفاق لا تتصوّر إلّا بالتّبع للشّفعة في العقّار المرتفق، بحيث إذا كان عقّارا مشتركا بين عدّة أشخاص على الشّياع وكان لذلك العقّار حقّ

وجاء في الفصل 105 من مجلّة الحقوق العينيّة أنّ "الشّفعة في المناب المبيع تنسحب على الحقوق التّابعة له. وإذا بيعت الحقوق التّابعة دون الأصل جازت الشّفعة فيها خاصّة". ويمكن القول إنّ هذا الفصل نقل محتوى الفصل 1242 من مجلّة الالتزامات والعقود (وهو من النّصوص التي ألغيت بدخول مجلّة الحقوق العينيّة حيّز التّنفيذ)[758]. ونقل الفصل 1242 محتوى الفصل 1422 من المشروع المراجَع[759]. مع هذا الفصل توجد حاشية جانبيّة تذكر محتوى البيتين 914 و915 من تحفة ابن عاصم. يقول البيتان:

ارتفاق على عقّار آخر، وباع أحد المالكين للعقّار المرتفق نصيبه فيه، فإنّ لباقي الشّركاء أن يشفعوا ذلك النّصيب بما يشتمل عليه من النّصيب في حقّ الارتفاق.

"ولا تتصوّر الشّفعة في حقّ الارتفاق وحده، لأنّه لا يمكن لصاحب العقّار المرتفق أن يتصرّف في الارتفاق وحده، ما دمنا قد ذكرنا أنّ الارتفاق يتبع العقّار ويعتبر مقرّرا لفائدة العقّار لا لفائدة صاحبه".

[758] يقول هذا النّصّ: "الشّفعة في المناب المبيع تنسحب على الحقوق التّابعة له. وإذا بيعت الحقوق التّابعة دون الأصل جازت الشّفعة فيها خاصّة".

[759] يقول هذا النّصّ في صياغته الأصليّة:

"Le retrait a lieu, non seulement pour la part vendue par le communiste, mais aussi pour ce qui en fait partie à titre d'accessoire ; il peut aussi avoir pour objet l'accessoire d'une part indivise, lorsque l'accessoire est vendu indépendamment du principal dont il fait partie".

ويمكن ترجمة هذا النّصّ بما أوردناه على أنّه عبارات لمجلّة الالتزامات والعقود أو لمجلّة الحقوق العينيّة.

وَمِثلُ بِئْرٍ وَكَفَحْلِ النّخلِ تَدْخُلُ فيها تَبَعًا للأَصْـلِ
والماءُ تابعٌ لهَا فيهِ احْكُمِ وَوَحْدَهُ إنْ أَرْضُهُ لم تُقْسَمِ[760]

وهكذا إذا كنّا مثلا أمام أرض لها ارتفاق استقاء من بئر، وإذا كان جزء من هذه الأرض مشفوعا فيه، فالشّفعة تشمل – إلى جانب جزء الأرض – ارتفاق الاستقاء[761].

---

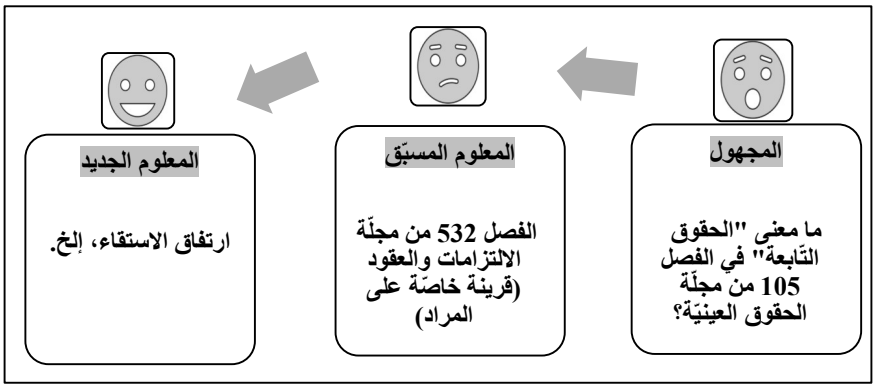
[760] تترجم حاشية الفصل 1422 من المشروع المراجَع محتوى البيتين كما يلي:
"Le puits et le palmier mâle suivent en matière de retrait la condition du fonds. Décidez de même, à l'égard de l'eau, qu'elle soit l'accessoire du fonds ou qu'on l'avait vendue seule, et pourvu que la terre n'ait pas été partagée".

وجاء عند التّسولي تفسير للبيتين، فقال: "(ومثل بئر وكفحل) أي ذكار (النّخل) وأدخلت الكاف ساحة الدّار وطريق الدّار والبستان ونحو ذلك ممّا هو تابع لما يقبلها (تدخل) الشّفعة (فيها) أي المذكورات (تبعاً للأصل) الذي يقبل القسمة، فإذا باع أحد الشّريكين نصيبه من البئر والأرض التي تزرع عليها أو من النّخيل والفحل أو من السّاحة والدّار أو من الطّريق والبستان، فإنّ للشّريك الشّفعة في التّابع والمتبوع اتّفاقاً. (والماء) الجاري كالعين والسّاقية من النّهر ونحوهما حال كون ذلك الماء (تابع لها) أي للأصول التي تسقى به وتزرع عليه (فيه) أي في ذلك الماء (احكم) بالشّفعة أيضاً إذا بيع مع متبوعه لأنّ هذا التّابع المذكور، وإن كان لا يقبل القسمة في نفسه لكنّه حكم له بحكم متبوعه حيث بيع معه اتّفاقاً (و) كذا يحكم له بحكمه اتّفاقاً أيضاً إذا بيع (وحده إن أرضه) ونحوها من المتبوعات (لم تقسم) ماء كان ذلك التّابع الذي لم يقسم متبوعه أو بئراً أو فحلاً أو ساحة أو طريقاً، فإنّ بيع التّابع بعد قسم متبوعه ففيه خلاف. اللخمي: فإن باع أحدهما حظّه من السّاحة خاصّة بعد قسم البيوت كان لشريكه أن يردّ بيعه إذا بقي البائع يتصرّف إلى البيوت كما كان لأنّ ذلك ضرر، وإن كان قد أسقط تصرّفه من السّاحة وتصرّف إلى بيوته من دار أخرى، فإن كان بيعه من أهل الدّار جاز ولبقيّة إشراكه الشّفعة على أحد قولين في وجوب الشّفعة فيما لم ينقسم، وإن كان بيعه من غير أهل الدّار فلهم الأخذ بالشّفعة أو فسخ بيعه اه. وفي المتّازيّة إن قسمت الشّجرة فلا شفعة في محلّ النّخل الباقي ولا في ذكار الشّجر، وإن كانت مشاعة ففي الفحل والذّكار الشّفعة وهو كالبئر والعين لا شفعة فيهما إلّا أن تكون الأرض مشاعة اه. وفي المتّازيّة إنّما هو على أنّه لا شفعة فيما لا ينقسم الذي صدر به خ (أي خليل) حيث قال ما نصّه: إن انقسم وفيها الإطلاق وعمل به وإلى كون الشّفعة جارية فيما لا

ينقسم ويدخل في ذلك جميع التّوابع المذكورة". علي بن عبد السّلام التّسولي، م س، ج 2، ص 108 و109.

وجاء في المادّة 928 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة: "توابع العقّار التي لا تقبل القسمة كالطّريق والأنهر والبئر الواحدة والعين الواحدة إذا باع أحد الشّريكين نصيبه فيها، تثبت فيه الشّفعة".

(761)

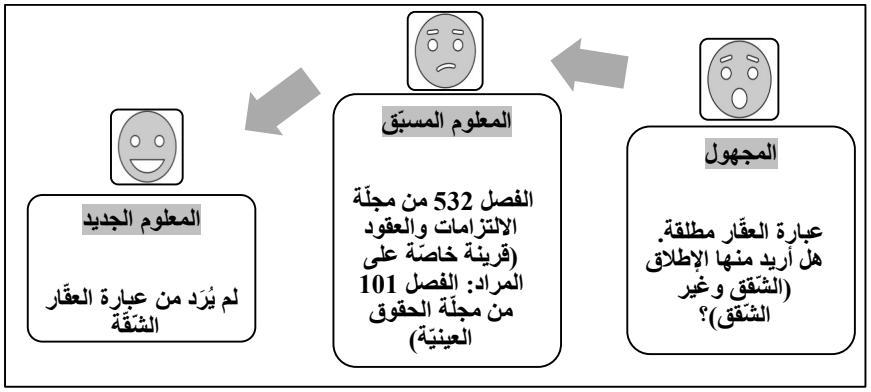


أوردنا سابقا كلاما لمحمّد أبو زهرة، ونقتطع منه الآن ما يصلح في الموضع الذي نحن بصدده. يقول المصنّف إنّ: "قِوام حقوق الارتفاق كونها تكليفا على العقّار لمصلحة العقّار المرتفق، فهي حقّ عينيّ ثابت على العقّار. وهو من نوع الشّركة في العين التي تعلّق بها الارتفاق. فإذا كان لعقّار حقّ الشّرب من مجرى يجري في عقّار آخر، كان بين صاحبي العقّارين شركة في حقّ الشّرب. وكذا إذا كان لعقّارات حقّ المرور من طريق، كانت بين الملّاك شركة في حقّ المرور، ولو كان بعضهم مالكا لرقبة الطّريق والآخرون لعقّاراتهم حقّ الارتفاق به. وبهذا الاعتبار تثبت الشّفعة، ويكون مناطها تلك الشّركة". محمّد أبو زهرة، م س، ص 101.

انظر حول انسحاب الشّفعة في المناب المبيع على الحقوق التّابعة له: محمّد سعيد، «مفهوم الشّفيع في مجلّة الحقوق العينيّة»، منشور في: الشّفعة في القانون التّونسيّ. أعمال ملتقى نظّمته كلّيّة الحقوق بصفاقس يومي 6 و7 فيفري 2015، مجمّع الأطرش، تونس، ط 1، 2017، ص 77. يقول صاحب المقالة: تشمل الحقوق التّابعة "ما فوق الأرض وما تحتها والثّمار والمنتجات وما يُضاف للعقّار وما يتّصل به. كما تشمل العقّارات الحكميّة والارتفاقات والأجزاء المشتركة".

الوجه الثّاني: أنّها (أي عبارة العقّار) تشمل الشّقق. لكنّ الفصل 101 قال إنّ المشفوع فيه لا يمكن أن يكون شقّة(762).

(762)



يمكن أن يكون المشفوع فيه جزءًا من شقّة، لكن لا يمكن أن يكون شقّة بكاملها. بعبارة أخرى: قد يملك شخصان على الشّياع شقّة، فإذا باع أحدهما لأجنبيّ، أمكن للآخر أن يشفع. لكن إذا كنّا أمام شقق في عمارة واحدة، فبيع أحد المالكين لشقّته، لا يمكّن مالك شقّة أخرى من أن يشفع (على مستوى الشّقق في حدّ ذاتها، لا يوجد شيوع بين هؤلاء المالكين. لكن ثمّ شيوع على مستوى المصعد وأفنية العمارة والأرض التي بنيت عليها ونحو ذلك ممّا سنراه لاحقا. انظر الفقرة 293 وما بعدها).

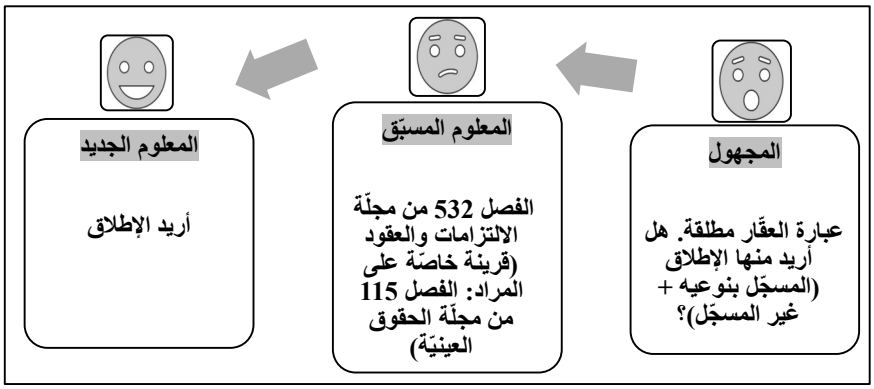
انظر تطبيقا لأحكام الفصل 101 في: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 22867، 4 ماي 1989، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 187.

وفي إطار القانون الإسلاميّ ثمّ "حالات ذكر الفقهاء أنّ الشّريك لا يستحقّ فيها الشّفعة بالرّغم من كونه شريكا بنصيب شائع في رقبة العقّار. ومن هذه الحالات: الشّريك في الحائط المشترك". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 42.

الوجه الثّالث: أنّها تشمل – إذا قرأنا الفصل 115 – العقّار المسجّل وغير المسجّل؛ وداخل المسجّل ما يخضع لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم[763] وما لا يخضع لهذا المبدأ[764].

[763] العقّارات المسجّلة الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم هي:
إمّا عقّارات رسوم ملكيّتها محدَثة تنفيذا لأحكام بالتّسجيل صادرة ابتداءً من دخول القانون عدد 30 المؤرّخ في 20 أفريل 1998 حيّز التّنفيذ؛
وإمّا عقّارات رسومها محيّنة طبق أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 (انظر محمّد كمال شرف الدّين، «آجال القيام بالشّفعة حسب الفصل 115 (جديد) من مجلّة الحقوق العينيّة: صعوبات تتنوّع وتتواصل»، مجلّة المحاماة، فيفري 2013، ص 53 وما بعدها).
ملاحظة: الرّسم المحيّن هو نقيض للرّسم المجمّد. والرّسم المجمّد هو الذي لا يطابق محتواه واقع العقّار. انظر: محمّد كمال شرف الدّين، «مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم في قانون 4 ماي 1992»، المجلّة القانونيّة التّونسيّة 1993، ص 99؛ علي كحلون، التّحيين العقّاريّ وأثره على المفعول المنشئ للتّرسيم، دار إسهامات في أدبيّات المؤسّسة، تونس، 2002، ص 9 وما بعدها.

[764]



الوجه الرّابع: أنّها تشمل ما ينقسم وما لا ينقسم[765]. ويمكن القول – لكون الفقه الإسلاميّ يجري الشّفعة في النّوعين[766] – إنّ المطلق هنا ثمّ قرينة على أنّه أريد به العموم الشّموليّ[767].

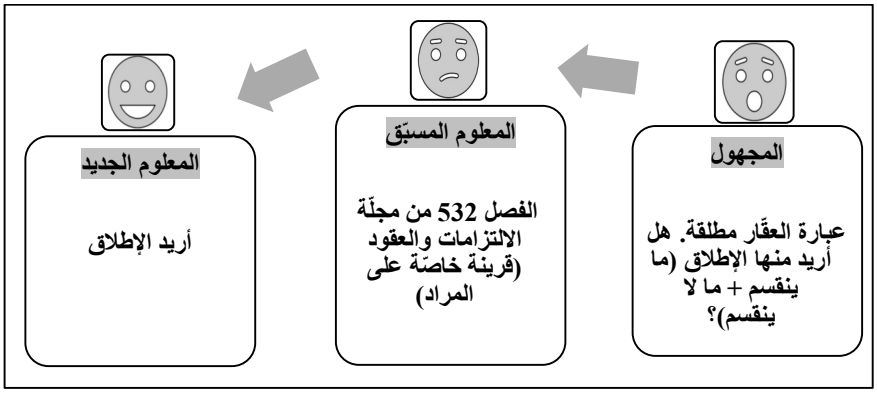
هذا عن المشفوع فيه وعن وجوب أن يكون عقّارا وعن كونه يمتدّ إلى التّوابع[768]، والسّؤال الآن: ماذا عن المشفوع به؟ الجواب: قد يكون المشفوع به كالمشفوع فيه

---

[765] نجد عند أحدهم، وفي إطار حديثه عن الفقه الإسلاميّ، أنّ العقّار الذي لا يقبل القسمة هو "العقّار الذي تبطل بقسمته منفعته المقصودة منه بحيث لا يبقى بعد القسمة صالحا للاستعمال فيما كان يستعمل فيه قبل القسمة وإن كان يمكن استعماله بعد القسمة لتحقيق غرض آخر (بئر، رحى، إلخ)". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 66.

[766] جاء في المادّة 927 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة: "الشّفعة تثبت في العقّار سواء أكان ينقسم أم لا". ملاحظة: ثمّ موقف آخر يقول إنّ الشّفعة لا تثبت إلّا في العقّار الذي يقبل القسمة. انظره عند: محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 66 وما بعدها.

[767]



[768] من المسائل التي تناولتها مجلّة الأحكام الشّرعيّة مسألة بيع المشفوع فيه مع غيره في صفقة واحدة. ففي المادّة 933 قيل: "إذا بيع الشِّقص (الشّقص هو النّصيب – الطّائفة من الشّيء – له فيه شِقْصٌ: شِرْكٌ. المعجم العربيّ الحديث) مع غيره في صفقة، فالشّفعة بما يخصّ الشّقص من الثّمن، بأن يقوّم

عقّارا طبيعيّا، وهذه هي الصّورة المعتادة واقعا. لكن يمكن أيضا أن يكون المشفوع به كالمشفوع فيه عقّارا تبعيّا.

129 ثانيا: الشّرط المتعلّق بالشّفيع وبالمشفوع منه ◊ بعد المشفوع فيه والمشفوع به، يأتي الشّرط المتعلّق بالشّفيع وبالمشفوع منه. فإذا بدأنا بالشّفيع، وجدنا الفصل 103 يقول: ينتفع بالشّفعة من له وصف "الشّريك"•. وحسب المنهجيّة، ينبغي البحث عن المعنى الوضعيّ لهذه العبارة، فالعرفيّ، فالمراد. فإذا وصلنا إلى هذه المرحلة الثّالثة، وجدنا عبارة على المراد تتمثّل فيما جاء في الفصل 104 القائل: "يعدّ شريكا على معنى الفصل السّابق: أوّلا: كلّ مالك أو وارث لحصّة مشاعة من عقّار مشترك. ثانيا: مالك الهواء بالنّسبة للأرض المبيعة. ثالثا: مالك الأرض بالنّسبة لهوائها المبيع.

الشّقص منفردا، ثمّ يقوّم على أنّه مبيع مع المصاحب له، وعلى تلك النّسبة من القيمتين يؤخذ من الثّمن".

خارج ما سبق نجد "أنّ الفقهاء المالكيّين والمغاربة منهم بالخصوص أباحوا للشّريك، الذي يريد بيع نصيبه في المال المشاع، أن يبيع العقّار المشترك كلّه، ولا يبقى لشركائه إلّا إمضاء ذلك البيع وقبض نصيبهم من الثّمن أو ردّ هذا البيع مقابل أن يشتروا هم أنفسهم نصيب ذلك الشّريك البائع بما يقابله من الثّمن. وهذا هو ما يسمّى ببيع الصّفقة.

"وبالرّغم من أنّ بيع الصّفقة له شروط خاصّة لا تتوفّر في كلّ شركة على الشّياع، إلّا أنّه مع ذلك يعمل على التّخفيف من آثار الشّفعة والأضرار التي يمكن أن تلحق الشّريك الذي يريد بيع منابه من عدم إقدام النّاس على شراء هذا النّصيب خوفا من استعمال الشّركاء للشّفعة". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 19.

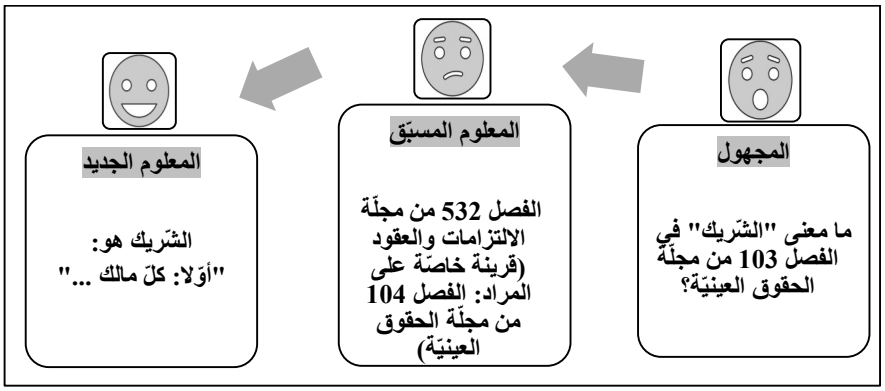
• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

رابعا: كلّ شريك في دار معدّة للسّكنى غير خاضعة لأحكام ملكيّة الطّبقات استُقِلّ بجزء منها دون بقيّتها".

وهكذا يوجد في الفصل 103 فرض، ويوجد في الفصل 104 تفسير لهذا الفرض(769).

والصّورة الأولى في الفرض أساسها حالة الشّيوع التي تجمع بين شخصين أو أكثر في ملكيّة عقّار. ومصدر الشّيوع قد يكون الإرث؛ أو تصرّفا قانونيّا منبعثا عن إرادة واحدة؛ أو تصرّفا متولّدا عن إرادتين متقابلتين فأكثر، أي قد يكون عقدا(770). هذا يعني أنّ المشرّع كان يمكنه أن يكتفي بعبارة مالك وأن لا يتحدّث عن وارث لأنّ هذا مالك. وعلى كلّ فمعنى النّصّ أنّ الشّفيع يجب أن يكون مالك رقبة لا مجرّد مالك منفعة. فإذا كان (أ) و(ب) شريكين في ملكيّة أرض، وإذا كان (ج) له

(769)



انظر تطبيقا لهذين الفصلين في: تعقيبيّ مدنيّ، 18 أكتوبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 248؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 27144، 19 ماي 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 360؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 40614، 23 أفريل 1996، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 346.

(770) انظر تعريف هذه التّصرّفات القانونيّة في الفقرة 166 وما بعدها.

مثلا حقّ استقاء من بئر موجودة فيها، وإذا باع (أ) منابه، فـ (ب) يمكنه أن يشفع، أمّا (ج) فلا يمكنه ذلك.

أمّا الصّورة الثّانية والثّالثة من الفرض، فتهمّ الحالة التي ترتّب فيها حقّ هواء قبل منع التّعامل فيه. ومن ينظر إلى هاتين الصّورتين، يجد أنّنا لسنا أمام اشتراك: فمالك الهواء يملك الهواء، وليس شريكا لمالك الأرض في الأرض؛ ومالك الأرض يملك الأرض، وليس شريكا لمالك الهواء في الهواء. بتعبير واحد: من ينظر إلى الصّورتين، سيقول إنّ المشرّع في أحكام الشّفعة توسّع في مفهوم "الشّريك" وأدرج فيه ما لا يُعَدّ شريكا وِفق الأحكام الأخرى للقانون[771].

---

[771] ملاحظة أولى: يمكن القول إنّنا أمام مماثلة assimilation، أي إدخال وحدة في صنف لا تنتمي إليه كلّيّا أو لا تنتمي إليه جزئيّا (انظر: ستيفان غولتزبرغ، م س، ص 107). كما يمكن القول إنّنا أمام ما يسمّى في علم أصول الفقه بالإعداد الشّخصيّ والحكومة. انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه، الفقرة 365؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 350.

ملاحظة ثانية: في لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة قالت المادّة 919 في جانبها الحنفيّ: "إذا كان السّفل لإنسان والعلوّ لآخر، فلكلٍّ من مالكيهما الشّفعة فيما يملكه الآخر. فإن كان طريق العلوّ في السّفل، كان حقّ الشّفعة بسبب الشّركة في الطّريق. وإن كان طريق العلوّ في السّكّة، كان حقّ الشّفعة بسبب الجوار". أمّا في الجانب المالكيّ فقالت المادّة: "العلوّ المملوك للإنسان على سفل مملوك لغيره لا شفعة فيه إذا بيع أحدهما". ولقد تبنّت مجلّة الأحكام الشّرعيّة في مادّتها 991 ما جاء أعلاه في المذهب الحنفيّ. وفي المذهب الحنفيّ ثمّ شفعة للجار. وحين يكون طريق العلوّ في السّكّة، فسبب الشّفعة هو الجوار لا الاشتراك. أمّا في مجلّة الحقوق العينيّة، فلا شفعة للجار كما سنرى ذلك بعد قليل؛ لذلك تصرّف المشرّع في مفهوم "الاشتراك" ووسّعه ليدخل فيه "الجار" مجازا كما سنرى ذلك.

على كلّ انظر حول المسألة الواردة في المتن: نجيبة النّقاز، م س، الفقرة 226 و227. انظر أيضا: عبد المنعم عبّود، مجلّة الحقوق العينيّة المعلّق عليها، دار إسهامات في أدبيّات المؤسّسة، تونس، ط 2، 2000، ص 144.

بقيت الصّورة الرّابعة، ويمكن القول إنّ حاصلها أن نجد مثلا شخصا يملك دارا (كالدّور القديمة التي تتكوّن منها المدن العتيقة). يُتوفّى هذا الشّخص ويترك ولدين، فيأخذ أحدهما جزءا ويسكنه والآخر جزءا ويسكنه مع الإبقاء على الدّار واحدة ودون قسمتها وتحويلها إلى دارين كلّ واحدة هي مستقلّة عن الأخرى ومملوكة ملكيّة فرديّة. وفي المثال الاشتراك مصدره الميراث، لكن يمكن أن يكون مصدره الشّراء أو غير ذلك من العقود. هذا يعني أنّ "رابعا" من الفصل 104 (دار، والدّار صورة من العقّار) تدخل في "أوّلا" من الفصل نفسه (مطلق العقّار). لكن يبدو أنّ الخاصّ (أي "رابعا") ذكر لوحده ولم يكتفى بالعامّ (أي بـ"أوّلا") لأهمّية ذاك الخاصّ المتأتّية من كثرة حالاته في تونس.

وثمّ مسألة أخرى في الفصل 103: سكوته عن غير الشّريك. والسّؤال: هل تجوز له الشّفعة؟•

جاء في الفصل 106: "لا شفعة للجار على جاره"[772].

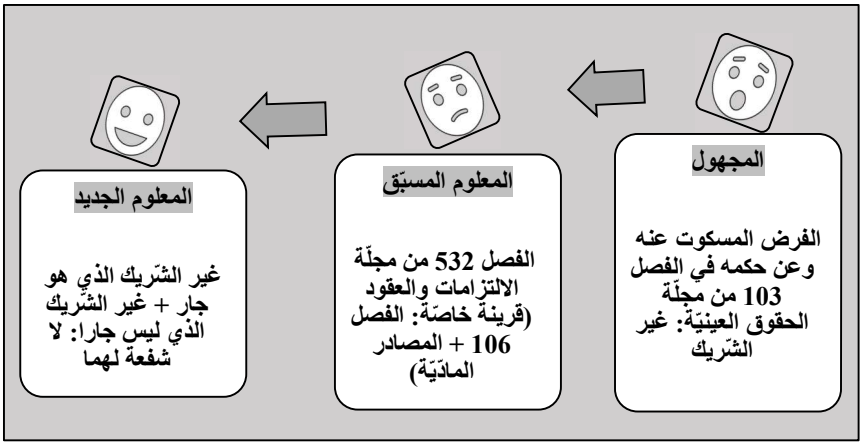
• هنا، وكما قيل في المتن، نحن أمام صورة سكوت وفراغ في القانون.

[772] في الفصل الوارد أعلاه لا شفعة للجار. لكن سبق نصّ (الفصل 104) يقول بالشّفعة لصاحب العلوّ (على صاحب السّفل) ولصاحب السّفل (على صاحب العلوّ)، أي لمن هو جار. وقد يمكن القول إنّ المعنى الحقيقيّ للجار هو لمن على اليمين أو اليسار أو لمن هو أمام أو خلف. أمّا من هو فوق أو تحت، فجار مجازا (انظر الزّرقاني عند: محمّد ابن معجوز، م س: الشّفعة في القانون المغربيّ، ص 38). وعليه لا تعارض بين النّصّين، لأنّ النّصّ الوارد أعلاه في المتن يهمّ الجار بالمعنى الحقيقيّ والجار بالمعنى المجازيّ في غير صورة السّفل والعلوّ (الجار في عمارة).

وعلى كلّ وحول شفعة الجار في الفقه الإسلاميّ انظر مثلا: نعيم عبد الوهّاب المصري، «شفعة الجوار. دراسة فقهيّة مقارنة (Neighbour's Preemption. Comparative Study)»، مجلّة جامعة الأزهر بغزّة، سلسلة العلوم الإنسانيّة 2010، المجلّد 12، العدد 1، ص 317 وما بعدها. انظر أيضا: محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 23 وما بعدها.

لكن غير الشّريك قد لا يكون جارا. فما حكمه، أي ما حكم البعيد: هل له أم لا حقّ الشّفعة؟ إذا اتّبعنا قواعد المنهجيّة، ورجعنا فيما يخصّ هذا المسكوت عنه الثّاني في الفصل 103 (المسكوت عنه الذي تناولناه أوّلا هو الجار) إلى المصادر التي أخذت منها أحكام الشّفعة، لقلنا إنّ غير الشّريك والذي ليس جارا (أي البعيد) لا شفعة له(773). ولو أنّنا قدّرنا أنّ المصادر المادّيّة لم تسعفنا بشيء، لأمكن الوصول

(773)



جاء في المدخل الفقهيّ العامّ: "يثبت حقّ الشّفعة شرعا للشّريك (من كان مشتركا في ملكيّة عين العقّار) والخليط (هو المشارك في الحقوق العقّاريّة، أي من كان له في عقّار غيره حقّ عينيّ بارتفاق جارٍ على ذلك العقّار كحقّ المرور أو التّسييل فيه، وحقّ تحميل الجذوع على جدرانه إلخ ... سواء أكان مستقلاّ بهذا الحقّ العينيّ أو كان الحقّ مشتركا بينه وبين غيره، كما لو كان لعقّارين ممرّ خاصّ، أو شرب مشترك بينهما، فصاحب كلّ منهما خليط للآخر) والجار الملاصق (هو من يتّصل عقّاره بعقّار غيره من إحدى الجهات اتّصالا مباشرا. وطبعا شفعة الجار يقول بها الأحناف ولا يقول بها المالكيّة)". مصطفى أحمد الزّرقا، المدخل الفقهيّ العامّ، دار القلم، دمشق، ط. 1، 1418 هـ/ 1998 م، 32/ 7. انظر المادّة 905 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة في جانبها المتعلّق بالمذهب الحنفيّ حيث نجد الشّريك والخليط والجار الملاصق. أمّا في الجانب المخصّص للمذهب المالكيّ فلا نجد إلّا الشّريك. انظر أيضا المادّة 986 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة التي تقول: "سبب شفعة غير الشّريك في المبيع:
"أوّلا: أن يكون الشّفيع شريكا في حقّ من حقوق المبيع.

إلى الحكم نفسه بواسطة قياس الأولى (لا شفعة للجار. من باب أولى أن لا شفعة للبعيد: إذا كان الأقلّ ممنوعا، فالأكثر ممنوع بدوره).

وهكذا فالشّفعة ليست للبعيد ولا حتّى للجار (مع استثناء جار العلوّ وجار السّفل)، بل فقط للشّريك، ولكن بالمعنى الواسع الذي رأيناه أعلاه للشّريك (اعتبر صاحب العلّوّ شريكا وكذلك صاحب السّفل).

وقد يتعدّد الشّركاء المطالبون بالشّفعة. هنا جاء الفصل 109 وقال: "إذا تعدّد الشّفعاء بالنّسبة لعقّار واحد، تعيّنت مراتبهم على الوجه الآتي:

"أوّلاً: مالك الأرض بالنّسبة لمالك هوائها والعكس بالعكس.

"ثانياً: الورثة المشتركون في ميراث.

"ثالثاً: المشتركون في الملك الشّائع أو في الدّار في الصّورة المنصوص عليها بالفصل 104.

"وبالنّسبة للصّنفين الأخيرين، يُقدَّم صاحب النّصيب الأوفر في العقّار.

"وإذا تساوت الأنصباء، تعيّن التّرتيب بالقرعة".

ومعنى هذا النّصّ•، حسب أحد المصنّفين، هو:

إذا كان «أ» و«ب» يملكان الأرض و«ج» يملك الهواء، وإذا باع «أ» لـ «د»، وإذا أراد «ب» أن يشفع وأراد «ج» بدوره أن يشفع، فهنا يقدّم «ب» (أي له "حقّ أولويّة في الشّفعة"[774]).

"ثانيا: أن يكون جارا ملاصقا".

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[774] جاء هذا التّعبير عند: محمّد ابن معجوز، م س (الحقوق العينيّة في الفقه الإسلاميّ والتّقنين المغربيّ)، ص 219؛ محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 174 وما بعدها.

فإذا كان «أ» و«ب» يملكان الهواء و«ج» يملك الأرض، وإذا باع «أ» لـ «د»، وإذا أراد «ب» أن يشفع وأراد «ج» بدوره أن يشفع، فهنا يقدّم «ب».

وهكذا فالشّريك في الأرض يقدّم على الشّريك مالك الهواء، إذا كان المبيع هو الأرض. والشّريك في الهواء يقدّم على الشّريك مالك الأرض، إذا كان المبيع هو الهواء.

هذا عن أوّلا من الفصل 109. فإذا انتقلنا إلى ثانيا وثالثا، قلنا: إذا كان «أ» و«ب» و«ج» يملكون على الشّياع عقّارا (أرضا، أو دارا معدّة للسّكنى غير خاضعة لأحكام ملكيّة الطّبقات، إلخ)، وتوفّي «أ» وترك «د» و «هـ» وارثين له، وإذا باع «هـ» منابه، وإذا أراد «ج» أن يشفع وكذلك «د»، قدّم هذا على ذاك. كذا الشّأن لو أنّ من باع هو «ب».

فإذا كان لدينا مالكون على الشّياع كلّهم ورثة أو كلّهم ليسوا بورثة، فهنا يقدّم صاحب المناب الأكبر[775]. وإذا طلب الشّفعة شريكان لهما منابات متساوية، أجريت بينهما قرعة[776].

---

[775] انظر حول ما ورد أعلاه محمّد المطيري («دعوى الشّفعة»، القضاء والتّشريع، جوان 2004، ص 25 وما بعدها) الذي يقول: "فرضيّة التّزاحم تكون عندما يبيع الشّريك في الأرض منابه فيها. في هذه الحالة يتقدّم الشّريك في الأرض على مالك الهواء إذا زاحمه هذا الأخير في الأخذ بالشّفعة وإذا باع صاحب الحصّة الشّائعة في ملكيّة الهواء منابه يقدّم شريكه في ملكيّة الهواء على الشّريك المالك للأرض. وفي المرتبة الثّانية يقدّم الورثة. فإذا كانت الملكيّة مشاعة بين ورثة وغيرهم وباع أحد الشّركاء سواء كان من ضمن الورثة أم لا، فإنّ الأولويّة تمنح للشّفيع المالك بوجه الإرث. وفي المرتبة الأخيرة يأتي المشتركون في الملك الشّائع أو في الدّار المعدّة للسّكنى غير الخاضعة لأحكام ملكيّة الطّبقات. والملاحظ أنّه في حالة وجود شركاء من نفس الصّنف، أي في الحالة التي لا تكون فيها الملكيّة مقسّمة بين مالكي هواء ومالكي أرض في نفس العقّار، فإنّ حقّ الأخذ بالشّفعة وقع إقراره لصاحب النّصيب الأوفر. والحكمة في ذلك هي الحدّ من حالة الاشتراك في الملكيّة".

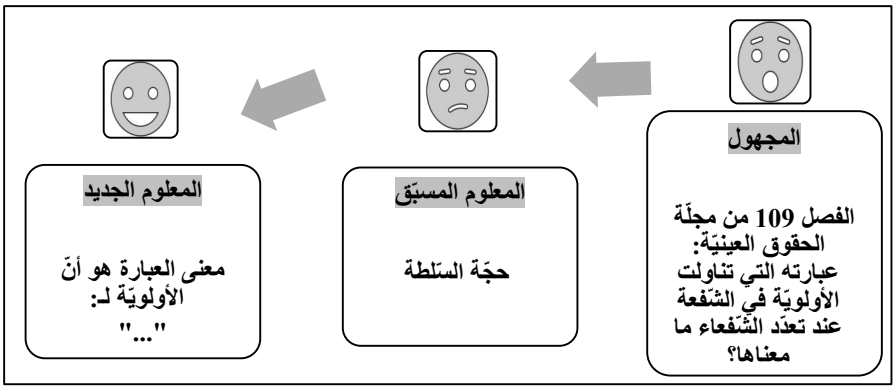
قارن هذا التّفسير للفصل 109 بما جاء عند: منصف الكشو، «تزاحم الشّفعاء في فقه القضاء التّونسيّ»، منشور في: الشّفعة في القانون التّونسيّ. أعمال ملتقى نظّمته كلّيّة الحقوق بصفاقس يومي 6 و7 فيفري 2015، مجمّع الأطرش، تونس، ط 1، 2017، ص 86 وما بعدها؛ عبد المنعم عبّود، م س، ص 150 وما بعدها؛ يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، ص 197 و198.

انظر أيضا ما كتب عن الفصل 78 من القانون العقّاريّ: "وممّا جاء بمطلع الدّراري ص 124 – 125 «ترتيب حقوق الشّفعاء: يقدّم صاحب الأرض فيما عليها من البناء والشّجر وصاحبهما فيها، ثمّ حقّ الورثة المشتركين، ثمّ حقّ الشّركة مشاعة أو منقسمة. ويقدّم صاحب الحصّة الكبرى على غيره. وفي التّساوي يقترع». أمّا تقدّم معير الأرض على جميع الشّفعاء فقد سبق أنّه الأحقّ دفعا للضّرر، وذلك صريح المذهب المالكيّ في الصّور السّابقة. وقد ألحق القانون به صاحب البناء والشّجر. وأمّا تقديم حقّ الورثة على الشّركاء فهو شرعيّ. ومراتب الشّفعة عندنا أربع يُقدّم فيها ذو الفرض ثمّ ذو العصبة ثمّ الموصى لهم ثمّ الأجانب، أي الشّركاء منهم. ومذهب الحنفيّة يعتبر في مراتب الشّفعة الأقوى فالأقوى. ونقل عنهم التّسولي تقديم الشّريك في المنزل ثمّ الشّريك في الطريق ثمّ الجار. وأمّا اعتبار القانون تقديم

أصحاب النّصيب الأوفر والاقتراع مع التّساوي، فهو من تقليل الاشتراك بقدر الإمكان. وبعد تعيين العمل بما رسمه القانون يكون حكما متعارفا وقع عليه التّراضي. ومهما تراضى الشّفعاء بتقديم أوفرهم نصيبا أو على الأخذ بالقرعة، صحّ عملهم واعتبر فيما بينهم". محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 185 و186.

وانظر في القوانين المقارنة وفي الفقه الإسلاميّ: الخواض الشّيخ العقّاد، الشّفعة في قانون المعاملات المدنيّة لسنة 1984 م مقارنا بالفقه الإسلاميّ، دار ومكتبة الهلال، بيروت، ط 1، 1993، ص 106 وما بعدها؛ أنور طلبة، الشّفعة والتّحيّل لإسقاطها، المكتب الجامعيّ الحديث، د م، 2004، ص 107 وما بعدها.

(776)



قارن ما ورد في القانون التّونسيّ مع ما جاء في القانون المغربيّ من "حقّ أولويّة في الشّفعة عند تعدّد الشّفعاء واختلاف مراتبهم وتزاحمهم". عبد الكريم شهبون، الشّافي في شرح مدوّنة الحقوق العينيّة الجديدة وفق القانون رقم 08-39، مكتبة الرّشاد، سطات، ط 2، 1438 هـ/ 2017 م، ص 506 وما بعدها. انظر أيضا: محمّد محجوبي، الشّفعة في الفقه المالكيّ والتّشريع المغربيّ، دار القلم، الرّباط، ط 5، 2011، ص 146 وما بعدها.

وثمّ مسألة تتبع ما سبق. فلقد قيل إن لا شفعة لمن ليس شريكا[777]. هذا الكلام ينسحب على الشّريك الذي لم يعد شريكا وقت البيع لسبق وجود قسمة للمشترك[778].

وفي الخطّ نفسه (خطّ فكرة وجوب أن يكون ملك الشّفيع للعقّار المشفوع به ثابتا وقت العقد الوارد على المشفوع فيه)، تنبغي إضافة أنّه إذا حدث الملك بعد العقد، فلا شفعة[779]. كذا الحلّ، لو فقد الشّفيع الملك لسبب من الأسباب[780].

وفي هذا الإطار يُطرح مشكل الوارث. فهو لم يكن مالكا وقت العقد الذي خرجت به ملكيّة المشفوع فيه من الشّريك البائع إلى الأجنبيّ المشتري. لكنّ مجلّة الحقوق العينيّة قالت في الفصل 110: "حقّ الشّفعة يمتدّ إلى ورثة الشّفيع". ويبدو هذا النّصّ نقلا للحكم الوارد في المادّة 962 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة: "حقّ الشّفعة يورث. فإذا مات الشّريك بعد وجوب الشّفعة وقبل الأخذ بها، فوارثه يقوم

---

(777) انظر تطبيقا قضائيّا لهذا الحكم: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 32020، 31 مارس 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 384.

(778) انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 40614، 23 أفريل 1996، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 346؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 46464، 7 جانفي 1997، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 356.

(779) جاء في المادّة 905 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة (في جانبها المالكيّ) أنّ "سبب الشّفعة هو بيع الشّريك بشرط [...] أن يكون الملك سابقا على البيع". وجاء في المادّة 906 (في جانبها الحنفيّ): "شروط الشّفعة [...] 5- وملك الشّفيع لما يشفع به وقت الشّراء [...]". وجاء في المادّة 943 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة: "سبب الشّفعة في المبيع المشترك هو بيع الشّريك بشرط [...] 5- أن يكون الملك سابقا على البيع".

(780) قارن مع ما قيل في الفقه الإسلاميّ: محمّد أبو زهرة، م س، ص 162 و163.

مقامه [...]"[781]. والسّؤال الآن: هل يمتدّ الحقّ إلى من مُلِّك بالوصيّة بعد العقد الموجب للشّفعة؟• قد نقول إنّ الشّفعة استثناء، والاستثناء لا يتجاوز القدر المحصور مدّة وصورة (الفصل 540 من مجلّة الالتزامات والعقود)[782]. لكن قد نعمد إلى تفكير مختلف فنقيس الوصيّة على الميراث (أي قد نفكّر في إعمال القاعدة الواردة بالفصل 536 من مجلّة الالتزامات والعقود)[783].

---

[781] هذا هو موقف الشّافعيّة زيادة على كونه موقف المالكيّة. وهؤلاء (أي المالكيّة) يرون أيضا "أنّه يمكن للشّخص أن يشفع ما باعه هو نفسه، وذلك كما إذا كان أخوان يملكان دارا فباع أحدهما نصيبه ثمّ توفّي الأخ الآخر ولم يكن له وارث إلّا أخوه البائع، فإنّه يصبح مالكا لنصيب أخيه عن طريق الإرث، كما أنّه يصبح مالكا لحقّ الشّفعة التي تثبت لأخيه، فيحقّ له – بناء على ذلك – أن يشفع ما سبق أن باعه هو، وذلك بصفته قد ورث الشّفعة التي ثبتت لأخيه عندما باع هذا الوارث نصيبه". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 248. وفي المؤلّف نفسه (ص 306) قيل إنّ حقّ الشّفعة "ينتقل إلى الورثة بنفس الصّفة التي كانت لمورّثهم، بمعنى أنّه لا يستأنف لهم أجل جديد، وإنّما يكون لهم أن يمارسوا الشّفعة خلال ما بقي من الأجل".

• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

[782] جاء في قرار لمحكمة التّعقيب: "الأحكام التي وردت بها المجلّة [...] بخصوص حقّ الأخذ بالشّفعة إنّما هي أحكام وردت استثناء وقيدا لقاعدة قانونيّة عامّة ألا وهي قاعدة حرّيّة الشّخص في التّعاقد مع أيّ شاء. وعلى هذا الاعتبار تصبح آثارها القانونيّة ومجال تطبيقها فيما يندرج في نطاق أحكام الفصل 540 من مجلّة الالتزامات والعقود". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2895، 25 ديسمبر 1979، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 141. انظر أيضا القول إنّ أحكام الشّفعة تمثّل استثناء: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 34540، 27 ديسمبر 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 234.

انظر من أضاف الوصيّة في القانون المصريّ رغم حديث هذا القانون عن الميراث فحسب: أنور طلبة، م س (الشّفعة)، ص 8 وما بعدها.

[783] تحدّث الفصل 536 عن إعمال قياس المثل في تأويل القانون. أمّا الفصل 540 فقال إنّ الاستثناء لا يتمّ التّوسّع فيه. وهذا النّصّ هو نقل للفصل 625 من المشروع المُراجَع المؤرّخ سنة 1899. وفي الحاشية الجانبيّة لهذا الفصل أشار سانتيلانا إلى المادّة 15 من المجلّة العثمانيّة القائلة "ما ثبت على

خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه". وجاء في تفسير هذه المادّة أنّه "بمقتضى المادّة 205 من المجلّة لا يجوز بيع المعدوم. ولهذا كان [...] السَّلَم [...] غير جائز [...] (لكن يوجد نصّ جوّزه لحاجة النّاس إليه). وحيث كان جواز [...] (هذا النّوع من بيع المعدوم) على خلاف القياس، فغيرُه لا يُقاس عليه [...]" (سليم رستم باز، شرح المجلّة، دار العلم للجميع، بيروت، 1418 هـ/ 1998 م، ص 22). بعبارة أخرى لدينا قاعدة كلّيّة وردت في النّصّ حين قال بيع المعدوم غير جائز. ولدينا نصّ آخر استثنى من تلك القاعدة بيع السّلم (بواسطة السّلم تباع المنتوجات الطّبيعيّة كالحبوب ونحوها قبل وجودها بثمن مقبوض في مجلس العقد). فإذا كنّا أمام عقد بيع آخر لمعدوم (لنفرض أنّ هذا العقد هو الاستصناع والذي موضوعه الأشياء التي تصنع كالأثاث والملابس ونحوها، ولنفرض أنّ النّصّ سكت عن هذا العقد، أي لنفرض أنّه لم ترد سُنّة مفادها أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم استصنع خاتما وأنّه استصنع أيضا منبرا) فلا يُقاس على السّلم للقول بجوازه، بل تطبّق عليه القاعدة العامّة. وهكذا فالمستثنى من أصل كلّيّ لا يُقاس عليه، بل القياس يكون فقط على الحكم المبتدأ الذي لم يُستثن من أصل كلّيّ.

فإذا ذهبنا الآن إلى المسألة التي وردت في المتن، أمكن القول: إذا كان الحكم بأنّ الشّفعة تمتدّ إلى الورثة يُعدّ حكما غير مستثنى من حكم آخر، فيمكن أن نقيس عليه الوصيّة؛ وإن لا، فلا.

وما جاء للتّوّ موقف. لكن ثمّ موقف ثان ممكن في المسألة. في هذا الموقف الثّاني ينبغي البدء بالقول: نعم ما ثبت على خلاف القياس لا يُقاس عليه، لكنّ "الأحكام الاستثنائيّة قد يكون الاستثناء فيها له علّة يصحّ أن تطّرد فيمكن القياس عليها، وذلك مثل عقد الإجارة بالنّسبة للدّور، فإنّه يصحّ أن يقاس عليه عقد إجارة الأراضي الزّراعيّة، ومثل تلف الزّرع بآفة جائحة لا يد للإنسان فيها، فإنّه قد تسقط الأجرة فيه عن المستأجر بالقياس على ما إذا منع المستأجر من تسلّم العين المؤجّرة، فإنّ أصل هذه الأحكام قد كانت على خلاف القياس، ولكن لأنّ لها معنى شرعيّا يصلح أن يكون علّة لقياس، فإنّ القياس يدخلها، وضربوا لذلك مثلا بيع العرايا عند مالك" (محمّد أبو زهرة، م س: أصول الفقه، ص 235، الهامش). والعرايا أن يباع بالتّخمين، لا بالكيل ولا بالوزن، الرُّطَبُ (ما نضج من البُسر قبل أن يصير تمرا) وهو على رؤوس نخله بمثله تمرا. فالنّصّ العامّ منع ربا الفضل (ورد حديث نبويّ شريف يمنع بيع البُرِّ بالبرّ إلّا مثلا بمثل، إلخ). وجاء نصّ خاصّ فأباح العرايا مع أنّ فيها احتمال ذاك الرّبا. فإذا عرفنا علّة الاستثناء، قلنا إنّ كلّ ما يتحقّق فيه هذه العلّة (كبيع العنب بالزّبيب) يثبت فيه حكم الإباحة.

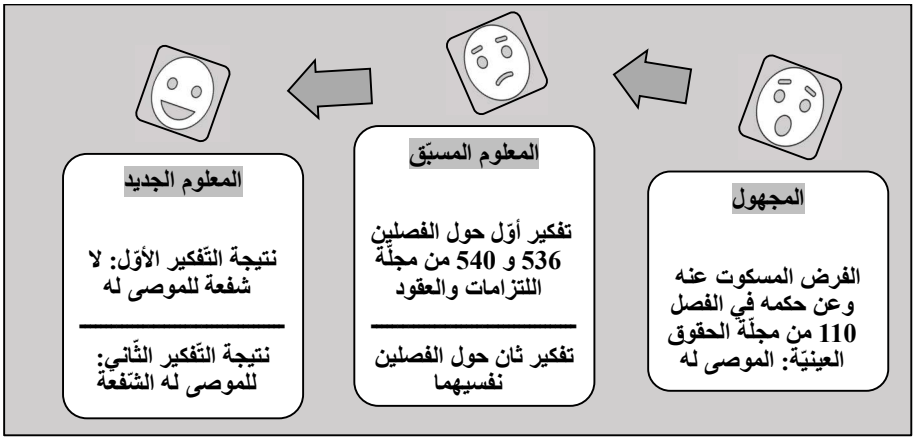
أخيرا – وفيما يتعلّق بالشّفيع – ينبغي أن لا يثبت رضاه بالعقد الذي تمّ بين شريكه والغير•. فإذا ثبت هذا الرّضا، لم يكن له أن يشفع؛ وهذا الحكم يمكن إسناده إلى القاعدة العامّة القائلة: "من سعى في نقض ما تمّ من جهته، فسعيه مردود عليه إلّا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح" (الفصل 547 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ وهنا لا إجازة صريحة من القانون. كما يمكن إسناد هذا الحكم بالقول إنّه مرادٌ من المشرّع: فالشّفعة قيل إنّها أُخذت من الفقه الإسلاميّ، وفي المادّة 945 من مجلّة

بناءً على ما جاء الآن، وإذا كان الاستثناء الذي يعنينا (الحكم بأنّ الشّفعة تمتدّ إلى الورثة يُعدّ حكما مستثنى من حكم آخر) له علّة تطّرد، فيجوز أن نقيس عليه (نقيس الموصى له على الوارث).

خلاصة القول أنّ هنالك موقفين ممكنين:

الموقف الأوّل أنّ الفصل 536 أجاز القياس، والفصل 540 منعه على ما يُعدّ استثناء. على هذا الموقف إذا اعتبرنا شفعة الوارث استثناء، فلا نقيس على الوارث الموصى له، ومن ثمّ لا نعطي لهذا إمكانيّة الشّفعة.

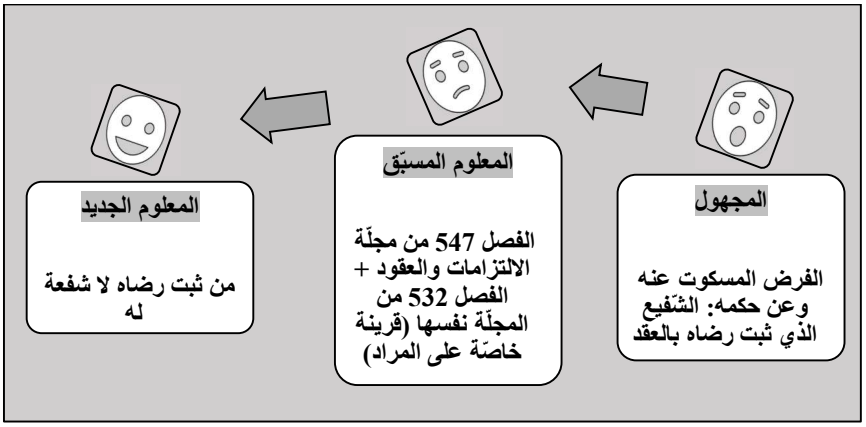
الموقف الثّاني أنّ الفصل 536 أجاز القياس، والفصل 540 منعه على ما يُعدّ استثناء لا تطّرد علّته فحسب. على هذا الموقف إذا اعتبرنا شفعة الوارث استثناء تطّرد علّته، عندها نقيس على الوارث الموصى له إذا وجدنا في هذا الشّخص العلّةَ نفسَها. بعبارة موجزة: إذا تحقّقت العلّة في الموصى له، نعطيه إمكانيّة الشّفعة.



• لم يتعرّض المشرّع إلى هذه المسألة، وعليه فنحن أمام صورة سكوت وفراغ في القانون.

الأحكام الشّرعيّة نجد أنّ "موانع الشّفعة التّصريح بالإسقاط أو ما يقوم مقامه" وفي المادّة 977 نجد أنّه "يقوم مقام الإسقاط الصّريح الأمور الآتية: أوّلا – مقاسمة الشّفيع المشتري. ومثل المقاسمة طلبها ولو لم يُقاسم. ثانيا – ابتياع الشّفيع الحصّة أو بعضها من المشتري. ثالثا – مساومة الشّفيع للمشتري. رابعا – مساقاة الشّفيع للمشتري فيما له فيه الشّفعة. خامسا – استئجار الشّفيع الحصّة من المشتري. سادسا – بيع الشّفيع منابه. سابعا – سكوت الشّفيع وهو يرى المشتري يغرس أو يهدم أو يبني ولو لإصلاح. ثامنا – ترك القيام من غير عذر بعد العلم بالبيع مدّة سنة فأكثر". وهكذا فإنّ الشّفيع الذي رضي بالبيع رضا صريحا أو ضمنيّا لا يمكنه أن يشفع[784]. ومن صور الرّضا الضّمنيّ – خارج الصّور الواردة منذ قليل في مجلّة الأحكام الشّرعيّة – أن يكون الشّفيع وكيل البائع في البيع[785]. لكن، وبحسب

(784)



(785) انظر: محمّد أبو زهرة، م س، ص 164 و165.

المصادر المادّيّة للمجلّة، ينبغي استثناء هذه الصّورة والقول إن بالإمكان الشّفعة في إطارها[786].

ممّا تقدّم ينبغي الاحتفاظ بأنّ الشّفيع يجب أن يكون شريكا[787].

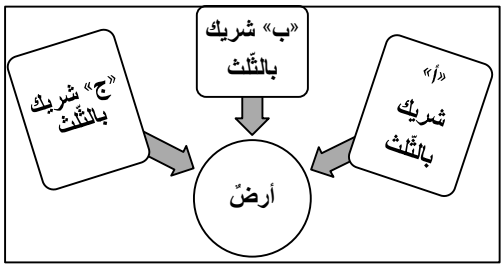
بعد الشّفيع ينبغي النّظر للمشفوع منه (أو عنه). والسّؤال هل يجب أن يكون له هو أيضا وصف الشّريك أم أنّ الأمر فيما يخصّه مختلف؟ أجاب الفصل 107 فقال: "لا شفعة للشّريك على شريكه". هذا يعني أنّ المشفوع منه يجب أن لا يكون شريكا، أي هذا يعني أنّه إذا وقع البيع لشريك، فلا يمكن لشريك آخر أن يشفع[788].

---

[786] جاء في المادّة 963 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة أنّ: "من وكّل رجلا يبيع له شِقصا أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل، لم يقطع ذلك شفعته".

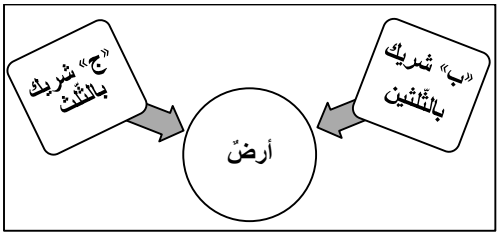
[787] من المسائل التي يمكن الحديث عنها في إطار عنوان يتعلّق بالشّفيع أن يكون هذا عديم أو ناقص أهليّة أداء أو يكون ناقص أهليّة وجوب (الجنين). انظر هذه المسألة (وغيرها ممّا هو متعلّق بشخص الشّفيع) في القانون الإسلاميّ وذلك عند: محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 54 وما بعدها.

[788] «أ» و «ب» و«ج» يملكون على الشّياع أرضا بنسب متساوية:



«أ» يبيع لـ «ب». لا يمكن لـ «ج» أن يشفع ويأخذ مكان «ب» في عقد البيع ويصبح نصيبه الثّلثان. بل الثّلثان يبقيان من نصيب «ب» الذي سيصبح له شريك واحد «بالثّلث» هو «ج»:

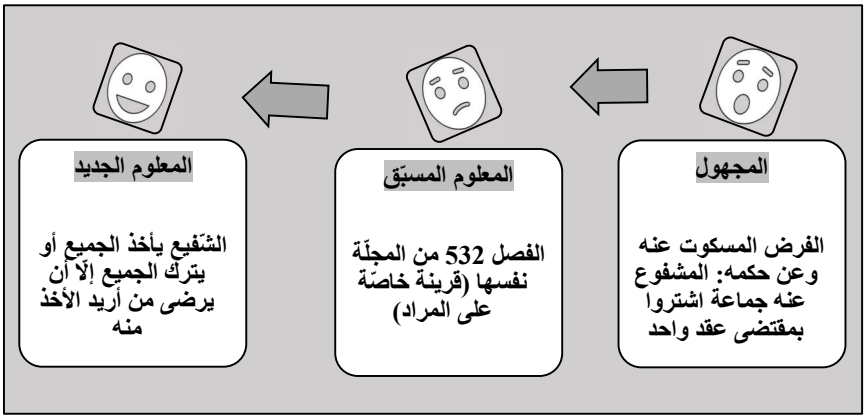
ثمّ إنّ المشفوع منه قد لا يكون شخصا واحدا بل جماعة. هنا سكتت مجلّة الحقوق العينيّة•. فإذا قلنا بإتمامها بواسطة ما قيل إنّه مصدرها المادّيّ، وجدنا على هذا الصّعيد المادّة 973 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة (وهي نقل للمادّة 990 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة في جانبها المالكيّ): "إذا بيعت الحصّة لجماعة، كثلاثة مثلا لكلّ واحد منهم ثلثها، وكان البيع لهم في عقدة واحدة، فليس للشّفيع إلّا أخذ الجميع أو ترك الجميع إلّا أن يرضى من يراد الأخذ منه"(789).



انظر تطبيقا للفصل 107 في: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11842، 15 جوان 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 118؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 27753، 25 سبتمبر 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 105.

• هنا، وكما جاء في المتن، نحن أمام صورة فراغ في القانون.

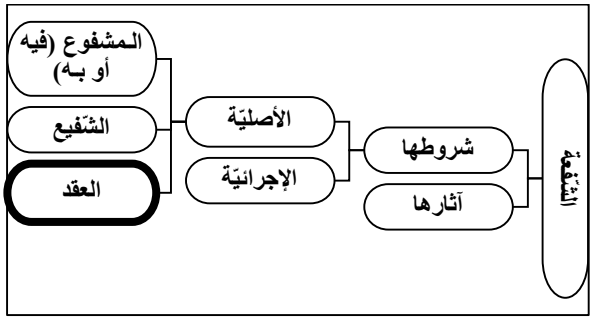
(789)



130 ثالثا: الشّرط المتعلّق بالعقد الذي انتقل به المشفوع فيه ◊ فإذا مررنا الآن إلى العقد الذي انتقل به المشفوع فيه، وجب أن ننظر في الفصل 103 وما بعده. في هذه النّصوص تخصيص باللقب، إذ أنّها قالت: مشتري، مبيع، بيع. بعبارة واحدة: قالت النّصوص إنّ الشّفعة تقع إن كنّا أمام ما له لقب البيع.

هكذا تكون قد سكتت عمّا له اللقب النّقيض•، وتحديدا عن العقود الأخرى النّاقلة للملكيّة بعوض (المعاوضة والهبة بعوض) أو بدون عوض (الهبة بدون عوض)[790].

ومن يعتمد حجّة السّلطة، سيقول إن لا شفعة إلّا في البيع[791]. فإذا خمّنا ماذا يمكن أن يكون أساس هذا الموقف، قلنا إنّه قد يكون متمثّلا في أنّ الشّفعة استثناء، والاستثناء يؤوّل بصفة ضيّقة (الفصل 540 من مجلّة الالتزامات والعقود). وقد يكون قياس العكس وأنّ ما له اللقب النّقيض (أي ما ليس بيعا) له الحكم النّقيض (أي لا شفعة).



• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

[790] حول هذه العقود انظر الفقرة 167.

[791] نجيبة نقاز، م س، الفقرة 239؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 275، ص 204؛ نذير بن عمّو، البيع والمعاوضة، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2007، ص 87.

لكن ألا يمكن نقاش هذا الموقف بالقول: إنّ غير البيع مسكوت عنه. وفي الأعمال التّحضيريّة قيل إنّ أحكام الشّفعة أخذت من الفقه الإسلاميّ[792]. وفي هذا الفقه لا شفعة في الهبة بدون عوض، لكن تمكن الشّفعة في المعاوضة وفي الهبة بعوض[793].

---

[792] لائحة مجلّة الحقوق العينيّة، القضاء والتّشريع، 1964، ص 476 (عدد 6، محرّم 1384 هـ/ جوان 1964، ص 32).

[793] جاء في المادّة 906 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة أنّ العقد يجب أن يكون "[...] معاوضة. فلا شفعة في عقّار ملك بلا بدل كالتّملّك بالميراث أو الوصيّة أو الهبة بلا عوض" (تنبغي ملاحظة أنّ الفصل 1241 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي نسخ حين صدرت مجلّة الحقوق العينيّة كان يقول: "إذا باع أحد الشّركاء حصّته المشاعة لأجنبيّ، فلشركائه أن يضمّوها لأنفسهم [...] وهذا الحكم يجري في المعاوضة أيضا").

وجاء في المادّة 915 في جانبها الحنفيّ: "لا تجري الشّفعة في العقّار الذي مُلِّك لآخر بلا بدل، كالتّملّك بالهبة بلا عوض أو بميراث أو وصيّة كما أشير إليه بالمادّة 906".

وفي الجانب المالكيّ قيل: "لا شفعة فيما وقع التّبرّع به ولا فيما انتقل ملكه بالإرث".

وجاء في المادّة 926 في جانبها الحنفيّ: "بيع العقّار المشفوع فيه لا يخلو إمّا أن يكون بما له مثلٌ كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة، وإمّا بما لا مثل له. فإن كان بما له مثلٌ، فالشّفيع يأخذه بقيمته وقت الشّراء لا وقت الأخذ بالشّفعة: فلو تبايعا دارا بدار، فَلِشَفيعِ كلّ واحدة من الدّارين أن يأخذ بقيمتها لأنّ الدّار ليست من ذوات الأمثال، فلا يمكن الأخذ بمثلها".

وفي الجانب المالكيّ قيل: "إذا بيع الشِّقص بمثليّ، تكون الشّفعة بمثل الثّمن. وإذا بيع بمقوّم، كدفع حصّة من عقّار في حصّة من عقّار آخر، فالشّفعة بقيمة الشِّقص الذي جُعل ثمنا يوم البيع لا يوم الأخذ بالشّفعة. فلو كانت الدّور أو الحوائط بين شركاء، فدفع أحدهم لشريكه حظّه من عقّار بحظّ شريكه من عقّار آخر مشترك بينهما، فلا شفعة لأنّ مرادهما جمع ملكهما".

وفي مجلّة الأحكام الشّرعيّة، نجد المادّة 924 التي تقول: "لا شفعة فيما وقع التّبرّع به ولا فيما انتقل ملكه بالإرث".

انظر أيضا المذهب المالكيّ، وكيف أنّه يقول بالشّفعة في الهبة بعوض، عند: الخواص الشّيخ العقاد، م س، ص 92.

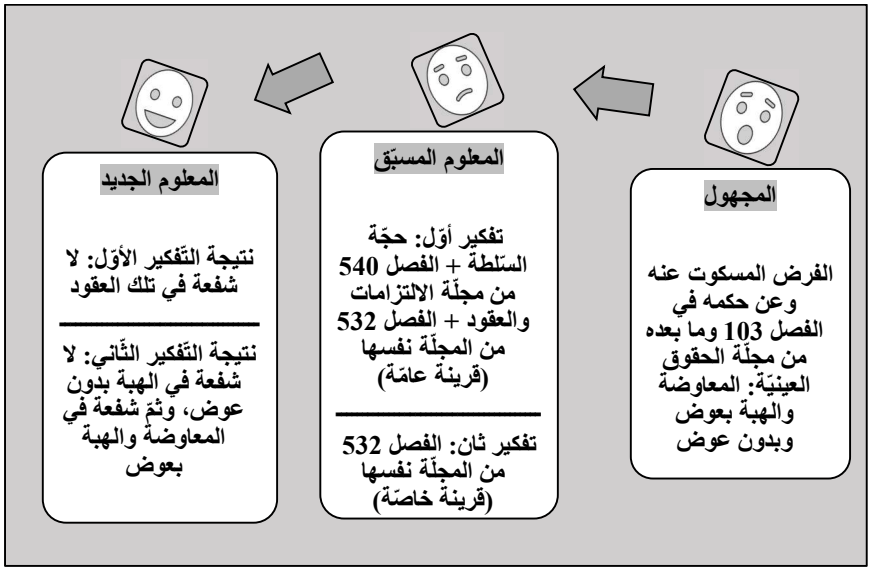
وعليه، لو أراد المشرّع في هذه المسألة الخاصّة (نوع العقد الذي انتقل به المشفوع فيه) الخروج عن الخطّ العامّ الذي قال إنّه يسير فيه في مادّة الشّفعة، لصرّح بذلك وبوضوح[794]؛ والتّالي غير صحيح؛ فيكون المقدّم مثله غير صحيح[795].

والعقد• الذي تتمّ في إطاره الشّفعة ينبغي، حسب الفقه[796] والقضاء[797] التّونسيّين، أن يكون صحيحا. فلا شفعة إذن في العقد الباطل. ويمكن أن نترك

---

[794] انظر المبادئ التّأويليّة الواردة سابقا (الفقرة 13، الهامش)، والتي هي مرتبطة بما نفترض أنّه نيّة للمشرّع.

[795]



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[796] نجيبة نقاز، م س، الفقرة 241؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 275، ص 204.

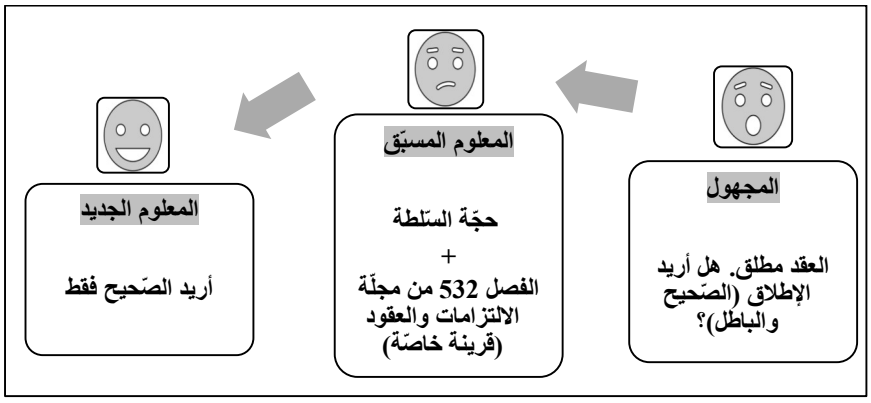
[797] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1675، 29 جانفي 1980، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 36: "حيث يتّضح من تصفّح القرار المنتقد أنّه استعرض وقائع القضيّة ودفوعات الطّرفين وانتهى إلى أنّ عقدي البيع موضوع الشّفعة لم يُنصّ فيهما على الرّخصة الإداريّة ممّا يجعل البيع غير تامّ بصفة قانونيّة [...] بناء على ذلك قضى بعدم سماع دعوى الطّاعن (في الشّفعة). وحيث اقتضى الفصل الثّاني من أمر 4 جوان 1957

حجّة السّلطة ونصل إلى النّتيجة نفسها من خلال القول إنّ في المصدر المادّيّ لأحكام الشّفعة قولا بأنّ العقد يجب أن يكون لا باطلا بطلانا مطلقا ولا باطلا بطلانا نسبيّا. فالمادّة 943 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة (وهي مأخوذة من المادّة 905 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة) اشترطت بيعا "صحيحا ولازما". ومعلوم أنّ العقدَ الصّحيح واللاّزم يُقابله في القانون الوضعيّ التّونسيّ الحاليّ العقد الصّحيح، أي العقد الذي لم يتعلّق به سبب بطلان مطلق أو نسبيّ[798].

وينبغي أن ندقّق ونقول: لا شفعة في العقد الباطل طالما كانت إمكانيّة إبطاله مفتوحة للبائع. أمّا إذا كنّا مثلا أمام بيع رضا البائع فيه معيب ورغم ذلك أمضاه،

وجوب التّنصيص على عدد وتاريخ الرّخصة الإداريّة في عقود التّفويت في العقّارات وإلّا اعتبرت باطلة. وحيث تبيّن من مراجعة العقدين المشار إليهما أنّهما خاليان من التّنصيص على التّرخيص الإداريّ في انبرام البيع المستند إليه فكان هذا البيع باطلا وفقا لأحكام الأمر المؤرّخ في 4 جوان 1957 وكان القضاء المنتقد سالما بالتّالي من العيب ومركّزا على أساس سليم من الواقع والقانون ممّا يصيّر المطعن غير سديد واتّجه لذلك ردّه".

(798)



انظر حول مراتب الجزاء في الفقه الإسلاميّ وما يقابلها في القانون التّونسيّ: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 268 وما بعدها.

فهنا تمكن الشّفعة. وأساس هذا الكلام أنّ سبب عدم قبول الشّفعة في العقد الباطل أنّه على خطر الزّوال، فإذا زال لم يعد ثمّ عقد لتحصل شفعة بموجبه؛ فإذا تأكّدنا من أنّ العقد لن يزول (بسبب إمضائه)، لم يعد ثمّ مجال لرفض الشّفعة[799].

وقد يكون البيع• متضمّنا لخيار شرط[800] لفائدة البائع. هنا ينبغي القول إن لا شفعة لأنّ العقّار لم يخرج من ذمّة هذا البائع. أمّا إذا كان الخيار للمشتري، فثمّ شفعة لأنّ العقّار خرج من ذمّة البائع[801].

---

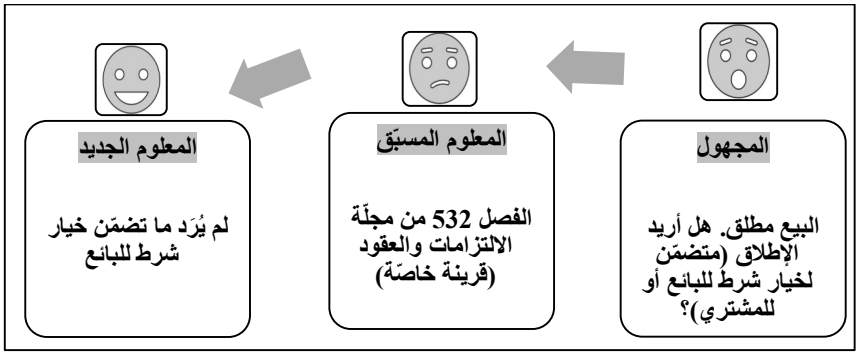
[799] قيل في الفقه الإسلاميّ: يجب "أن يكون العقّار المشفوع فيه قد خرج من ملك صاحبه خروجا باتّا بعوض ماليّ. فإذا لم يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه، فلا موجب للشّفعة لعدم وجود دخيل. وإن خرج خروجا غير باتّ كأن يبيعه بيعا فاسدا قد قبض فيه المشتري العقّار، فلا تثبت الشّفعة إلّا بعد أن يصير ملك المشتري في العقّار باتّا لازما للبائع لا يقبل النّقض من جانبه لأنّه قبل ذلك يحتمل أن يرجع البائع ويفسخ البيع. ومع هذا الاحتمال القريب الوقوع لا تثبت الشّفعة، لأنّه يجب أن يُبنى ثبوتها على أمر ثابت لا يحتمل البطلان من جانب البائع". محمّد أبو زهرة، م س، ص 160.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[800] يقول الفصل 121 من مجلّة الالتزامات والعقود: "[...] لكلّ من المتعاقدين أن يبقي لنفسه الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في مدّة معيّنة. وهذا الشّرط لا يصحّ في الهبة والإقرار بالدّين والإبراء منه".

[801] هذا الحكم جيء به في الفقه الإسلاميّ (محمّد أبو زهرة، م س، ص 162). وهو قابل لأن يُنقل إلى القانون التّونسيّ كما ورد في المتن. ولقد جاءت المادّة 906 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة في الجانب الحنفيّ لتقول: "[...] لا شفعة في بيع بخيار [...]". وجاءت المادّة 914 في الجانب الحنفيّ لتقول: "لا شفعة في بيع الخيار، إذا كان الخيار للبائع. فإن كان الخيار للمشتري، فللشّفيع فيه الشّفعة. كما أنّ للشّفيع الشّفعة في خيار الرّؤية والعيب". أمّا في الجانب المالكيّ فقيل: "لا شفعة في بيع الخيار إلّا بعد بتّه". وهذا النّصّ المالكيّ هو ما تبنّته مجلّة الأحكام الشّرعيّة وأصبح محتوى للمادّة 923 منها.

وفي الإطار نفسه، إطار الشّرط•، تناول الفقه التّونسيّ الشّرط الفاسخ[802] والشّرط الواقف[803]: فبالنّسبة إلى الشّرط الفاسخ قيل إنّ البيع قائم ومنتج لآثاره، ولذا



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

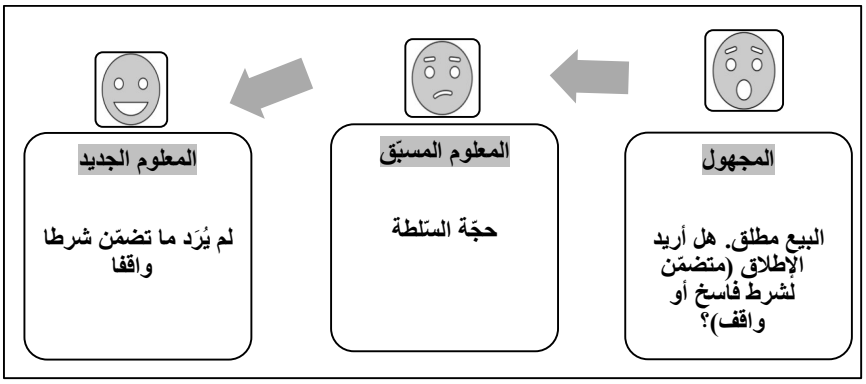
[802] حسب الفصل 116 من مجلّة الالتزامات والعقود الشّرط الفاسخُ أمرٌ مستقبلٌ غير محقّق الوقوع يُعلّق عليه انقضاء الالتزام. هنا تخضع نهاية الالتزام – الذي نشأ وصار بعد نافذا – إلى تحقّق حدث أُخِذ كشرط. مثال ذلك بيع بشرط فاسخ هو دفع الثّمن في أجل معيّن، مثال ثان: كراء خاضع لدفع معيّنات الكراء بصفة منتظمة. وهكذا فنحن أمام التزام نفّذ. لكن حين يتحقّق الشّرط ينتهي الالتزام بصفة رجعيّة.

[803] حسب الفصل 116 من مجلّة الالتزامات والعقود الشّرط الواقف أمر مستقبل غير محقّق الوقوع يُعلّق عليه وجود الالتزام. هنا وجود الالتزام خاضع لحدث مستقبل وغير متحقّق الوقوع. مثال ذلك بيع خاضع للحصول على قرض، هبة بشرط أن يتزوّج الموهوب له، بيع منزل بشرط أن يحصل المشتري على نقلة عمل في المدينة التي يوجد فيها المنزل.

تمكن الشّفعة؛ وبالنّسبة إلى الشّرط الواقف قيل إنّ البيع لم يقم ولم ينتج آثاره، ولذا لا شفعة[804].

فإذا ذهبنا الآن إلى الفصل 108، وجدنا: أوّلاً أنّ البيع بالمزاد العلنيّ لا شفعة فيه، والسّبب أنّ الشّريك كان يمكنه الدّخول في المزاد[805]؛ ثانيا أنّ البيع بين الأصول والفروع أو بين الزّوجين لا شفعة فيه[806]، والسّبب أنّ الملك لم يخرج من عائلة

[804] نجيبة نقاز، م س، الفقرة 242، ص 146.



[805] جاء في قرار تعقيبيّ: "اقتضى الفصل 108 من مجلة الحقوق العينيّة أنّه لا تجوز الشّفعة في البيوعات الحاصلة بالمزاد العلنيّ طبق القانون". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1750، 7 مارس 1978، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 84.

[806] جاء في قرار تعقيبيّ: "إنّ شراء (المعقّب ضدّه) لمناب والدته غير قابل للشّفعة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2505، 18 ماي 1981، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 23.

وجاء في قرار آخر: "وحيث أنّ الفصل 106 – 107 – 108 من مجلّة الحقوق العينيّة جاءت بحصر عدم الأخذ بالشّفعة في صور مضبوطة بالعدّ، وهي صور الجار والشّريك والبيع بالمزاد العلنيّ والبيع بين الأصول والفروع أو بين الزّوجين". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2895، 25 ديسمبر 1979، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 141. انظر في الاتّجاه نفسه: تعقيبيّ مدنيّ، 25070، 24 ماي 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 237.

الشّريك (أعطيت الشّفعة لمن لا يريد شريكا جديدا معه، وهنا الشّريك ليس جديدا تماما إذ هو من عائلة الشّريك القديم•)[807].

وثمّ مسألة أخرى، وهي أنّ العقد الحقيقيّ قد يكون بيعا لكن يتمّ إخفاؤه بواسطة عقد صوريّ يتمثّل في هبة دون عوض، وذلك للحيلولة دون الشّفيع وأن يشفع. إذا حصل ما جاء الآن، فيمكن لهذا الشّفيع أن يشفع إذا أثبت الصّوريّة المذكورة[808].

• في الحقيقة تناول النّصّ بعض الأقارب وسكت عن الآخرين كالإخوة مثلا، وعليه فنحن على هذا المستوى أمام صورة فراغ في القانون.

[807] ملاحظة: يمكن أن نتناول ما جاء أعلاه لا تحت عنوان "العقد"، بل تحت عنوان "المشفوع منه"، فنقول إنّ هذا لا يكون مشتريا في مزاد علنيّ ولا يكون فرعا أو أصلا أو زوجا للشّريك البائع.

[808] نجد في لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة:

المادّة 1008 في جانبها الحنفيّ: "إذا ادّعى صاحب اليد أنّه ملك بطريق الهبة، وادّعى الشّفيع أنّه إنّما ملك بوجه الشّراء، فالقول لصاحب اليد ولا شفعة للشّفيع. وأيّهما أقام البيّنة، قبلت بيّنته. وإن أقاما معا البيّنة، قدّمت بيّنة الشّفيع".

المادّة 1008 في جانبها المالكيّ: "إذا أشهد مالك الشِّقص أنّه تبرّع به، فادّعى الشّفيع البيع، تتوجّه اليمين على المتصدّق عليه أنّه تبرّع حقيقيّ. ولا شفعة إلّا أن تقوم قرينة على أنّ التّبرّع صوريّ، كفقير بَخِيل يدّعي التّبرّع بأصل نفيس على غنيّ لا يمتّ له برحم أو صداقة تقتضي ذلك فتجب الشّفعة حينئذ".

وفي كلام عن القانون المغربيّ قيل: "متى ثبت أنّ الحصّة انتقلت إلى المشفوع منه عن طريق البيع، فإنّ الشّريك يستحقّ الشّفعة، ولو كان الطّرفان قد أخفيا البيع وأظهرا الهبة [...] أي ولو كان الطّرفان (البائع والمشتري) قد عمدا إلى الصّوريّة". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 289. وفي المصنّف نفسه (ص 303) نجد صورة أخرى، وهي أن يكون العقد بيعا، ثمّ يدّعي المشتري – حين يقام عليه بالشّفعة – أنّ العلاقة الحقيقيّة هي هبة وأنّ ذاك البيع صوريّ. هنا يُقال إنّ "للغير (أي الشّفيع) في الصّوريّة أن يتمسّك بالعقد الظّاهر (أي البيع) دون العقد الباطن (أي الهبة)".

هذا عن الشّرط المتعلّق بالعقد[809]، ومن قبله الشّرط المتعلّق بالشّفيع والمشفوع منه، ومن قبلهما الشّرط المتعلّق بالمشفوع فيه وبالمشفوع به. بعبارة واحدة: هذا عن الشّروط الأصليّة. إلى جانبها ثمّ شروط يمكن وصفها بالإجرائيّة[810].

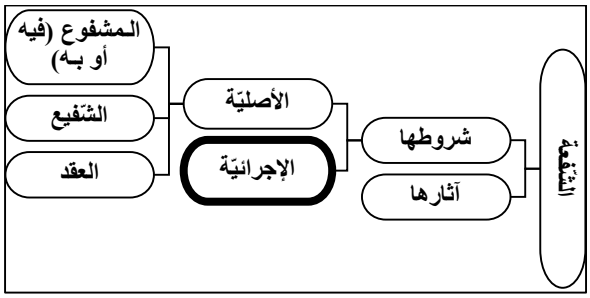
2. 2. 1. 1. 2/ الشّروط الإجرائيّة

131 الشّفعة قسمان ◊ قد يطلب الشّفيع من المشتري أن يأخذ مكانه، فيوافق؛ هنا تكون الشّفعة بالتّراضي[811]. لكن قد يضطرّ الشّفيع إلى القيام بدعوى الشّفعة

---

[809] ورد في المادّة 925 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة (لها جانب واحد هو حنفيّ) أنّ العقد كافٍ للأخذ بالشّفعة، فلا حاجة لوضع اليد. وجاء في المادّة 929 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة: "يثبت حقّ الشّفعة بمجرّد الملك الصّحيح للعقّار المشفوع به بدون توقّف على القبض".

[810]



[811] قبل الوصول إلى أن نكون أمام مشتري، "أوصى الفقه (الإسلاميّ) الشّريك الذي يريد بيع نصيبه من المال الشّائع أن يعرضه على شريكه وأن يطلب منه أن يشتريه منه حتّى لا يضطرّ إلى بيعه للأجنبيّ. وقد وردت في ذلك عدّة أحاديث منها ما رواه مسلم في صحيحه عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «من كان له شريك في ربعة أو نخل، فليس له أن يبيع حتّى يؤذن شريكه. فإن رضي، أخذ. وإن كره، ترك»". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 18. ويقول المصنّف (في المكان نفسه) إنّنا هنا أمام ندب لا إيجاب. كما يقول: "ولا شكّ أنّ هذه الطّريقة، لو طبّقت، لارتفع بواسطتها الضّرر الذي يمكن أن يلحق الشّركاء من إدخال شريك جديد عليهم، كما يرتفع بها ضرر انتزاع ذلك النّصيب من المشتري بالرّغم عنه، ولتفادينا الإجراءات

عند عدم التّوصّل مع المشتري إلى اتّفاق على الشّفعة، حينها يُتحدّث عن شفعة بالتّقاضي، وحينها ثمّ شروط إجرائيّة[812].

والجهود التي تبذل من قبل الشّركاء بمناسبة الشّفعة". وهكذا فنحن هنا وفي القانون الإسلاميّ أمام ما سنجده لاحقا في القانون التّونسيّ تحت اسم الأولويّة في الشّراء (انظر الفقرة 137 وما بعدها). لكن ثمّ اختلاف وهو أنّه وفي القانون الإسلاميّ يبقى للشّركاء الحقّ في الشّفعة حتّى لو أعرضوا عن شراء نصيب شريكهم عندما عرض عليهم شراءه تبعا للقاعدة التي تقضي بأنّ من تنازل عن حقّ قبل ثبوته لا يلزمه هذا التّنازل". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 19.

[812] تقول محكمة التّعقيب إنّ إجراءات الشّفعة تمسّ بالنّظام العامّ ويمكن للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 44843، 19 نوفمبر 1996، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 351. حول إجراءات الشّفعة في القانون الإسلاميّ المعمول به في تونس قبل صدور مجلّة الحقوق العينيّة انظر: س بارج، م س، ص 123 وما بعدها. انظر أيضا حول القانون الإسلاميّ: محمّد أحمد حسن إبراهيم، أحكام التّقادم في الفقه الإسلاميّ. دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة. كلّيّة دار العلوم. قسم الشّريعة الإسلاميّة، 1425 هـ/ 2004 م، ص 332 وما بعدها.

132 **الشّفعة القضائيّة** ◊ تتمثّل هذه الشّروط، حسب الفصل 111 من مجلّة الحقوق العينيّة، في عرض كامل ثمن المبيع ومصاريف العقد على المشتري[813].

وثمّ تخصيص بالوصف في النّصّ•. فهناك موصوف هو "الثّمن"، وهنالك وصف هو "كامل". والسّؤال ما حكم ما له الوصف النّقيض؟ أي: ما حكم الشّفيع الذي

---

[813] في بعض الفقه الإسلاميّ يوجد ما يسمّى بالكمشة المجهولة. هنا لدينا ثمن البيع وهو معلوم، وتضاف له قبضة من مال غير معلوم مقدارها. و"جاء في مطلع الدّراري [...] وللمشترين وسائل شرعيّة لإبطال شفعة المجاورين، وأشيعها (أكثرها انتشارا) الشّراء بالكمشة المجهولة. وهي عبارة عن كون المشتري يبذل في الثّمن قدرا معيّنا للبائع، ويزيده على ذلك قبضة من دراهم مختلفة بين فضّة وذهب ونحاس من صبرة مختلطة يتصدّق بباقيها على جهالة مقداره. والبائع يخلط القبضة في دراهمه من غير إحصاء لعددها. ولمّا كانت هذه القبضة داخلة في الثّمن وهي مجهولة، يسقط بها حقّ الشّفعة للمجاور، حيث أنّ الثّمن صار بها مجهولا، وشرطها أخذ المبيع بثمنه". محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 173.

ونجد في مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ (مجلّة مجمع الفقه الإسلاميّ التّابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ بجدّة، العدد 7) حول هذه الكمشة ما يلي: "والصّاحب القاضي أبو يوسف يرى أنّ التّحايل لإسقاط حقّ الشّفعة جائز بشرط أن يكون قبل الشّفعة أي قبل طلبها من الشّفيع لأنّ التّحايل هنا يقصد به دفع الضّرر ورفع المشقّة ولا بأس بذلك لأنّه أخذ العقّار واشتراه وأصبح مالكًا له فانتزاعه من يده مضرّة عليه حاصلة محقّقة بخلاف الشّفيع فمضرّته مظنونة وغير محقّقة وقد يكون الشّريك الجديد أفضل من القديم ومن هنا فالصّاحب القاضي أبو يوسف لا يرى مانعًا في الالتجاء إلى الكمشة المجهولة المعروفة لأنّها سعي لمنع الشّفعة قبل الأخذ بها بل هي سعي لدفع مضرّة وتحصيل منفعة".

ولقد جاء في المادّة 1002 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة في الجزء المتعلّق بالمذهب الحنفيّ ما يلي: "لا شفعة للشّفيع لو وقع البيع بثمن معلوم مع قبضة فلوس أشير إليها وجهل قدرها وضيّعت بعد القبض في المجلس". وجاء في الجانب المخصّص للمذهب المالكيّ: "البيع بالكمشة المجهولة إذا وقع الحكم من الحنفيّ بصحّته فيه الشّفعة بقيمة المبيع". وجاء في المادّة 981 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة: "البيع بالكمشة المجهولة إذا وقع الحكم بصحّته فيه الشّفعة بقيمة المبيع [...]". وفي المادّة 1040 نجد

عرض "ثمنا غير كامل"؟ أجابت محكمة التّعقيب، وقالت: لا ينبغي أن يكون الثّمن ناقصا[814]. ولكن هل نحن أمام ثمن ناقص، إذا عرض الشّفيع الثّمن الحقيقيّ ولم

أن: "لا شفعة بحقّ من حقوق المبيع ولا بالجوار إذا وقع البيع بثمن معلوم مع قبضة من المال أشير إليها وجهل قدرها وضيّعت بعد القبض في المجلس".

أمّا في القانون التّونسيّ، فنجد الفقرة الثّانية من الفصل 111 من مجلّة الحقوق العينيّة وهي تقول: "وكلّ شرط يرمي إلى جعل الثّمن مجهولا يُعَدّ لاغيا".

انظر قضاءً قديما، سبق مجلّة الحقوق العينيّة، تعرّض إلى الكمشة المجهولة: المحكمة المختلطة (Tribunal mixte، 15 جوان 1898، ذكره: س بارج، م س، ص 126.

انظر حول صور أخرى للتّحايل على الشّفعة: عفاف الغرياني، «الحيل المستحدثة في الشّفعة»، منشور في: محمّد كمال شرف الدّين (تحت إشراف)، مسائل في فقه القانون المدنيّ المعاصر، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2014، ص 885 وما بعدها؛ أنور طلبة، م س (الشّفعة)، ص 554 وما بعدها؛ جهاد محمود الأشقر، مسقطات الشّفعة في الفقه الإسلاميّ والقانون المدنيّ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 1429 هـ/ 2009 م، ص 101 وما بعدها.

ملاحظة: عنونّا حديثنا عن الفصل 111 بما جاء كعنوان له في مجلّة الحقوق العينيّة.

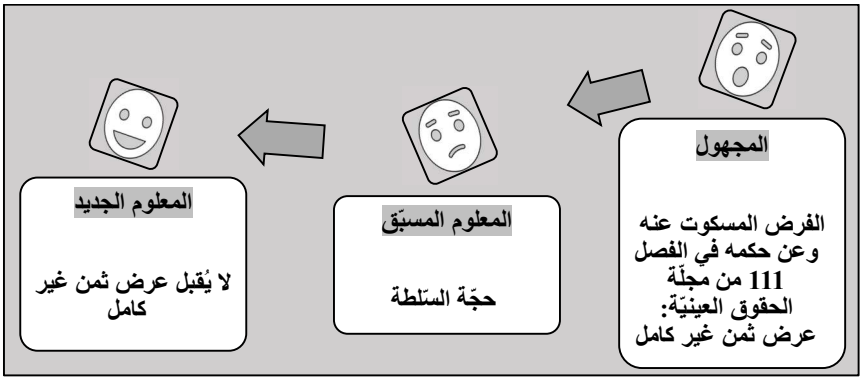
لكن ورد في قرار تعقيبيّ (مدنيّ عدد 68172، 27 مارس 2012، القضاء والتّشريع، العدد 6، جوان 2013، ص 125 وما بعدها) أنّ "العرض والتّأمين ليس شرطا إجرائيّا للقيام بالشّفعة وإنّما هو شرط أصليّ موضوعيّ لصحّتها. فالقاضي، عند تعهّده بدعوى الشّفعة يتعيّن عليه التّثبّت من توفّر هذا الرّكن الأصليّ كشرط خاصّ لممارسة الشّفعة ويقضي بردّها إذا لم يتوفّر هذا الشّرط وليس له أن يقضي بسقوط حقّ القيام" (ص 131).

وقبل هذا الكلام قالت المحكمة: "حيث تخضع الشّفعة لشروط وتفترض وجود مشفوع فيه وهو العقّار محلّ البيع وشفيع وهو الشّريك المستفيد من الشّفعة ومشفوع عنه وهو مشتري العقّار، وتخضع في ممارستها إلى إجراءات أوردها المشرّع بفصل واحد وهو الفصل 111 [...] وتتمثّل تلك الإجراءات في عرض كامل ثمن المبيع ومصاريف العقد على المشتري وتأمينها" (ص 130).

• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

[814] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 37422، 19 سبتمبر 1995، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 277. انظر حول هذه النّقطة وهذا القرار: نجيبة نقاز، م س، الفقرة 149، ص 150. انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد

9900، 5 نوفمبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 252؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 19593، 6 مارس 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 109.



ولقد استنتجت محكمة التّعقيب من الحكم بأن على الشّفيع أن يعرض على المشتري كامل الثّمن أنّ طلب الشّفعة لا يتجزّأ. فمن يطلب الشّفعة في البعض هو يعرض بعض الثّمن لا كلّ الثّمن. تعقيبيّ مدنيّ، عدد 37422، 19 سبتمبر 1995، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 277 (انظر أيضا في مسألة علاقة الشّفعة بعدم قابليّة التّجزئة الفصل 525 من مجلّة الالتزامات والعقود القائل: "ذكر بعض ما لا يتجزّأ كذكر كلّه، فبعض التّنازل عن حقّ الشّفعة ككلّه". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 47632، 8 جانفي 2018، <www.cassation.tn>، تاريخ آخر اطّلاع 25 ماي 2019).

وفي القانون الإسلاميّ أثيرت مسألة الثّمن المؤجّل. ولقد جاءت في لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة المادّة 933، فقالت في جانبها الحنفيّ: "إذا وقع البيع بثمن مؤجّل إلى سنة مثلا فحضر الشّفيع فطلب الشّفعة وأراد أخذها إلى ذلك الأجل، فليس له ذلك إلّا برضا المأخوذ منه. فإن رضي المأخوذ منه، فذاك؛ وإن لم يرض، فإنّ القاضي يقول للشّفيع إمّا أن تنقد الثّمن حالّا أو تصبر حتّى يحلّ الأجل. فإن نقد الثّمن حالّا وكان الأخذ من البائع، سقط الثّمن عن المشتري. وإن نقد حالّا وكان الأخذ من المشتري، يبقى الأجل في حقّ المشتري على حاله حتّى لا يكون للبائع ولاية مطالبة المشتري قبل محلّ الأجل. وإن صبر حتّى الأجل، فهو على شفعته. هذا إذا كان الأجل معلوما. فإن كان مجهولا نحو الحصاد والدّياس وأشباه ذلك فقال الشّفيع أنا أعجّل الثّمن وآخذها، لم يكن له ذلك". وفي الجانب المالكيّ قالت المادّة 933: "إذا بيع الشِّقص بثمن مؤجّل، يأخذه الشّفيع إلى أجله إن أيسر أو ضمنه مليء. وإلّا فإمّا أن يعجّل الثّمن أو لا شفعة له. فإن لم يقم الشّفيع حتّى حلّ الأجل وطلب ضرب

يعرض الثّمن الصّوريّ المرتفع الذي وضعه البائع والمشتري لإثنائه عن الشّفعة؟ هل يمكن في هذه الصّورة – وحين يتمسّك المشتري المدّعى عليه في قضيّة الشّفعة بنقصان الثّمن – للشّفيع أن يدفع بإثبات تلك الصّوريّة وذلك بكلّ الوسائل؟ أجابت محكمة التّعقيب بأنّ الفصل 111 قال بوضوح إنّ ما يجب عرضه هو الثّمن المذكور بالعقد[815]. هذا الجواب قابل للنّقاش، لأنّ الفصل المذكور قال فقط: "ثمن المبيع" ولم يقل أبدا "ثمن المبيع المذكور في العقد". ولقد جاء في أحد البحوث أنّ محكمة التّعقيب قالت (في قرار مخالف لما ورد عنها منذ قليل) بأنّه يمكن للشّفيع أن يطعن في الثّمن بالصّوريّة[816].

أجل مثل الأجل الأوّل، أجيب إليه إن أيسر أو ضمنه مليء". هذا النّصّ المالكيّ تبنّته مجلّة الأحكام الشّرعيّة في مادّتها 956.

[815] "وحيث جاء الفصل 111 من مجلّة الحقوق العينيّة واضحا وصريحا ولا مجال بالتّالي لمحاولة تأويله. وإذ أنّ ما يجب تأمينه هو الثّمن المذكور بالعقد وما يتبعه من مصاريف مقابل تحريره وتسجيله. وحيث كان موضوع قضيّة الحال واضحا إذ ذكر به أنّ ثمن البيع هو ثلاثون ألف دينار وبالتّالي كان يجب على الشّفيع المعقّب في قضيّة الحال أن يؤمّن مبلغ ثلاثين ألف دينار إضافة إلى المصاريف وهو ما لم يقم به وأنّ جميع ما قام به من أعمال ترمي إلى إثبات ما يدّعي أنّه الثّمن الحقيقيّ الذي تعاقد عليه الطّرفان جاءت من باب التّزيّد ولا تأثير لها على إجراءات الشّفعة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 3489، 12 جانفي 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 1.

"جاء الفصل 111 من مجلّة الحقوق العينيّة واضحا وصريحا بأنّ ما يجب على الشّفيع تأمينه هو الثّمن المذكور بعقد البيع وما يتبعه من مصاريف مقابل تحريره وتسجيله". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2008. 30687، مؤرّخ في 11 فيفري 2010، ذكره: عصام الأحمر، م س، ص 91.

انظر أيضا تعقيبيّ مدنيّ، عدد 28721، 30 مارس 1993، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 224.

[816] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 21219، 13 مارس 2003، غير منشور، ورد عند: نجيبة نقاز، م س، الفقرة 257، ص 155.

وفي لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة نجد ما يلي:

زيادة على ما سبق، هنالك عبارة "مصاريف العقد"، وهي تثير عدّة مشاكل، منها: فيم تتمثّل؟• عن هذا السّؤال أجابت محكمة التّعقيب بأن حدّدت إيجابيّا وسلبيّا المصاريف: إيجابيّا حين قالت إنّها ما دُفع مقابل "تحرير العقد وتسجيله"[817]؛ وسلبيّا حين قالت إنّها ليست ما دُفع كمقابلٍ لـ"إدراج العقود بإدارة الملكيّة العقّاريّة

المادّة 1004 في جانبها الحنفيّ: "إذا اختلف الشّفيع والمشتري في الثّمن، فالقول قول المشتري بيمينه. ولا يتحالفان. وإن برهنا، فبيّنة الشّفيع أحقّ".

المادّة 1004 في جانبها المالكيّ: "إذا ادّعى الشّفيع أنّ الثّمن أقلّ ممّا ذكره المشتري، فالقول قول المشتري بيمينه إن أشبه. فإن انفرد الشّفيع بالشّبه، فالقول قوله بيمينه. وإذا لم يشبها معا، حلفا، وردّ إلى قيمة وسط". هذا النّصّ المالكيّ هو ما تبنّته مجلّة الأحكام الشّرعيّة في مادّتها 982.

وفي إطار القانون المغربيّ قيل إنّ الثّمن هو الثّمن المنصوص عليه في عقد البيع: "إلّا إذا أثبت الشّفيع أنّ ذلك الثّمن صوريّا، وأنّ الثّمن الحقيقيّ أقلّ من الثّمن الظّاهر، فلا يجب عليه حينئذ أن يؤدّي إلّا الثّمن الحقيقيّ. ويمكنه أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشّهود". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 293.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

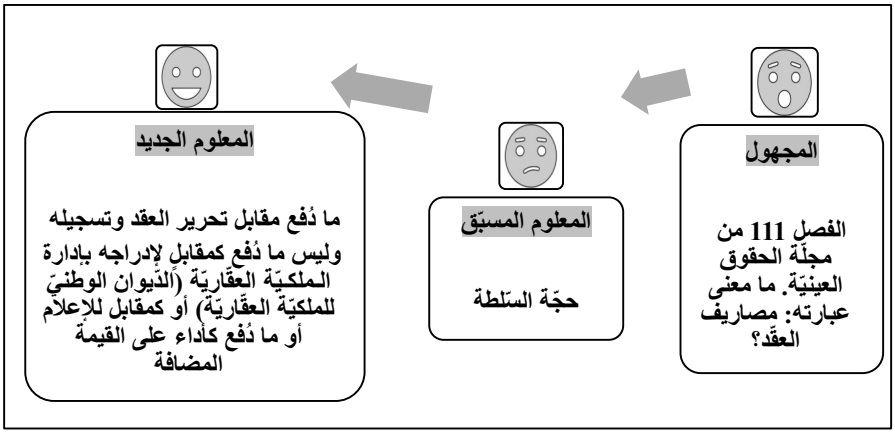
[817] انظر القرارين التّعقيبيّين الواردين منذ قليل، أي: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 3489، 12 جانفي 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 1؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 30687. 2008، مؤرّخ في 11 فيفري 2010، ذكره: عصام الأحمر، م س، ص 91.

أو كمقابل للإعلام بانتقالها"[818]، كما أنّها ليست ما دُفع كـ "معلوم أداء على القيمة المضافة[819].

[818] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1215، 19 سبتمبر 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 1. انظر حول هذه النّقطة وهذا القرار: نجيبة نقاز، م س، الفقرة 149، ص 150.

ملاحظة: صدر أمر حكوميّ في 2019 وقال فصله الأوّل: "يتمّ بمقتضى هذا الأمر الحكوميّ تغيير الصّبغة القانونيّة لإدارة الملكيّة العقّاريّة من مؤسّسة عموميّة ذات صبغة إداريّة إلى مؤسّسة عموميّة ذات صبغة غير إداريّة يطلق عليها اسم «الدّيوان الوطنيّ للملكيّة العقّاريّة»". أمر حكوميّ عدد 758 لسنة 2019 مؤرخ في 19 أوت 2019 يتعلّق بضبط التّنظيم الإداريّ والماليّ وطرق تسيير الدّيوان الوطنيّ للملكيّة العقّاريّة (الرّائد الرّسميّ عدد 68، بتاريخ 23 أوت 2019، ص 2689 وما بعدها).

[819] "إنّ معلوم الأداء على القيمة المضافة لا يعتبر من مصاريف العقد ولا يجب تأمينه مع ثمن المبيع عند ممارسة حقّ الشّفعة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 24054، 19 سبتمبر 2003، ذكره: عصام الأحمر، فقه قضاء محكمة التّعقيب، د ن، تونس، 2011، ص 90.



وفي لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة تقول المادّة 931:

في جانبها الحنفيّ: "يُحمل على الشّفيع ما دفعه المشتري من مؤن البيع كالدّلّالَة وغيرها".

في جانبها المالكيّ: "يلزم الشّفيع دفع ما دفعه المشتري من المصاريف كأجرة السّمسار وكتب البيع والمكوس".

هذا النّصّ المالكيّ هو ما تبنّته مجلّة الأحكام الشّرعيّة في مادّتها 935.

فإذا عُرضت المصاريف، وإذا عُرض معها الثّمن، فعلى الشّفيع – في صورة عدم قبول المشتري لهذا العرض – أن يؤمّن المبالغ بصندوق الأمائن والودائع (الخزينة

زيادة على ما ورد في المتن، نجد في أحد البحوث (نجيبة نقاز، م س، الفقرة 250 وما بعدها، ص 151 وما بعدها) مشاكل أخرى يثيرها الفصل 111:

المشكل الأوّل: إذا تعدّد المشترون، هل يعرض الشّفيع على الجميع، أم يكفي أن يعرض على أحدهم؟ أجابت محكمة التّعقيب بأن عليه أن يعرض على الجميع (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 356، 10 ماي 1977، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 272؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 772، 2 ماي 1978، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 236).

المشكل الثّاني: هل على الشّفيع أن يعرض على المشتري بشخصه؟ أجابت محكمة التّعقيب بالإيجاب (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 772، 2 ماي 1978، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 236).

المشكل الثّالث: كيف يجب على الشّفيع أن يعرض، أبواسطة عدل تنفيذ؟ هنا لا قضاء يقصر الأمر على عدل التّنفيذ. لكنّ البحث الذي نحن بصدد نقل المشاكل عنه (نجيبة نقاز، م س، الفقرة 253، ص 153) يقول: لأنّ الشّفيع يُعلم بالشّراء بعدل، من المنطقيّ أن يعرض هو بالطّريقة ذاتها.

العامّة للبلاد التّونسيّة[820]) على ذمّة المشتري[821]، كما عليه أن يقوم بدعوى شفعة على المشتري خلال أجل ضبطه الفصل 115 من مجلّة الحقوق العينيّة[822].

ومن يقرأ هذا النّصّ[823]، يجده قد أوجب على من يشتري منابا في عقّار أن يعلم، بواسطة عدل تنفيذ، أصحاب المنابات الأخرى ويبيّن لهم الثّمن والمصاريف.

فإذا تمّ تنفيذ هذا الواجب من المشتري، فإنّ القيام بدعوى الشّفعة ممّن له الحقّ في ذلك يكون في أجل شهر من تاريخ محضر الإعلام الذي قام به عدل التّنفيذ.

وإذا لم يتمّ تنفيذ الواجب، فهنا ثمّ صورتان:

---

[820] جاء المرسوم عدد 85، المؤرّخ في 13 سبتمبر 2011 (الرّائد الرّسميّ عدد 71، بتاريخ 20 سبتمبر 2011، ص 1866 وما بعدها) وأحدث فصله الأوّل مؤسّسة عموميّة تتمتّع بالشّخصيّة المعنويّة وبالاستقلال الماليّ وتسمّى صندوق الودائع والأمانات.

كما قال الفصل 17، وهذا هو الذي يهمّنا، "تعوّض عبارة صندوق الودائع والأمائن أينما وردت بالنّصوص التّشريعيّة والتّرتيبيّة الجاري بها العمل بعبارة الخزينة العامّة للبلاد التّونسيّة بداية من تاريخ دخول هذا المرسوم حيّز التّنفيذ".

[821] ونجد في بحث فقهيّ (نجيبة نفّاز، م س، الفقرة 250 وما بعدها، ص 151 وما بعدها) المشكل التّالي: هل يجب على الشّفيع أن يعرض، فإذا حصل رفض يؤمّن؟ قالت محكمة التّعقيب من جهة إنّ العرض وحده لا يكفي (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 7153، 22 فيفري 1983، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 187) ومن جهة أخرى إنّ التّأمين لوحده لا يكفي (تعقيبيّ مدنيّ، 23 ماي 1978، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 270).

[822] نقّح هذا الفصل بمقتضى القانون عدد 29 لسنة 2006، المؤرّخ في 15 ماي 2006 (الرّائد الرّسميّ عدد 41، بتاريخ 23 ماي 2006، ص 1827).

[823] انظر حول هذا النّصّ بعد آخر تنقيح له سنة 2006: محمّد كمال شرف الدّين، «آجال القيام بالشّفعة حسب الفصل 115 (جديد) من مجلّة الحقوق العينيّة: صعوبات تتنوّع وتتواصل»، مقالة سابقة الذّكر، ص 51 وما بعدها.

الصّورة الأولى أنّ عدم التّنفيذ وراءه عذر (المشتري لم يجد من له حقّ الشّفعة لأنّه مسافر ومجهول العنوان)، هنا لا يُترك المشتري معلّقا، ويسقط حقّ القيام بالشّفعة ضدّه بمضيّ ستّة أشهر. ويبدأ سريان هذا الأجل من يوم التّرسيم بالسّجلّ العقّاريّ بالنّسبة إلى العقّارات المسجّلة الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم[824]. أمّا بالنّسبة إلى العقّارات غير المسجّلة وإلى العقّارات المسجّلة غير الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم، فأجل السّتّة أشهر يجري من يوم تسجيل العقد بالقباضة الماليّة[825].

---

[824] كما رأينا، هي:

إمّا عقّارات رسوم ملكيّتها محدثة تنفيذا لأحكام بالتّسجيل صادرة ابتداءً من دخول القانون عدد 30 المؤرّخ في 20 أفريل 1998 حيّز التّنفيذ؛

وإمّا عقّارات رسومها محيّنة طبق أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 (انظر محمّد كمال شرف الدّين، «آجال القيام بالشّفعة حسب الفصل 115 جديد من مجلّة الحقوق العينيّة: صعوبات تتنوّع وتتواصل»، مقالة سابقة الذّكر، ص 53 وما بعدها).

[825] وحول طبيعة دعوى الشّفعة، اتّخذت محكمة التّعقيب مواقف متعارضة:

ففي موقف أوّل رأت أنّها دعوى عينيّة يُقام بها أمام المحكمة الابتدائيّة الكائن بدائرتها العقّار (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 13324، 25 مارس 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 173؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 22043، 6 فيفري 1989، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 53؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 59319، 12 فيفري 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 252؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 31497، 4 جوان 2009، القضاء والتّشريع، ماي 2010، ص 229. انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11147، 23 أفريل 1985، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 145، حيث قيل: "شفعة الشّريك التي جاءت بها مجلّة الحقوق العينيّة غير شفعة المتسوّغ التي جاء بها قانون سنة 1978 ما دامت الأولى متسلّطة على عقّار وناشئة في آن واحد من حقّ عقّاريّ سابق في حين أنّ الثّانية وإن تسلّطت على عقّار فإنّها ناشئة من غير حقّ عقّاريّ سابق").

وفي موقف ثان رأت محكمة التّعقيب "أنّ دعوى الشّفعة هي دعوى شخصيّة الهدف منها إحلال القائم بها محلّ المشتري" (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 72987، 25 أكتوبر 2013، القضاء والتّشريع، العدد 6، جوان 2014، ص 125. ملاحظة: أعيد نشر القرار نفسه بعد ثلاثة أشهر في القضاء والتّشريع، العدد 8، أكتوبر 2014، ص 115).

وفي موقف ثالث قالت محكمة التّعقيب إنّ دعوى الشّفعة دعوى مختلطة (عينيّة وشخصيّة)، ومن ثمّ فإنّها تلحق من حيث مرجع نظرها بالدّعوى الشّخصيّة (أي يقام بها، حسب الفصل 30 من مجلّة المرافعات المدنيّة، أمام المحكمة التي بدائرتها مقرّ المطلوب وهو المشتري) إذا لم يكن الحقّ العينيّ محلّ نزاع (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 4170، 29 جانفي 2001، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 199).

أمّا في الفقه، فنجد من يقول إنّ دعوى الشّفعة دعوى شخصيّة، لأنّ قائمة الحقوق العينيّة في الفصل 12 حصريّة، وهي لا تحوي الشّفعة. فالشّفيع لا يقوم بدعوى استحقاقيّة بل بدعوى تهدف إلى حلوله محلّ الغير (نجيبة نقاز، م س، الفقرة 260، ص 157؛ نذير بن عمّو، البيع والمعاوضة، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، الفقرة 66، ص 83 و84).

لكنّنا نجد في الفقه أيضا من يقول إنّ دعوى الشّفعة عينيّة "لأنّ العنصر العينيّ في الشّفعة يطغى على العنصر الشّخصيّ. فالشّفعة يقتضي القيام بها الاشتراك في الملكيّة ووجود تصرّف قانونيّ (البيع) ناقل لملكيّة عقّار، وتهدف إلى الحلول محلّ المشتري في التّملّك بالعقّار المشفوع فيه، إذ هي سبب من أسباب اكتساب ملكيّة العقّار. ولهذا تعتبر دعوى الشّفعة دعوى عينيّة خصوصا بالنّسبة إلى أثرها المترتّب". حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 285، ص 212. وثمّ من يذهب في هذا الاتّجاه نفسه ويقول إنّ الحقّ العقّاريّ الذي تتأسّس عليه دعوى الشّفعة هو الملكيّة "لأنّ الشّفيع مالك (شريك في الملكيّة)، ويطلب ملكيّة المناب المبيع بتقنية الحلول حسب القانون، أي اكتساب الملكيّة بمفعول القانون. فنزاعه مع المشتري هو نزاع استحقاقيّ بسببين متعارضين: القانون من جهة (الشّفعة) والعقد من أخرى (البيع). والحقّ العينيّ لا يُكتسب إلّا بسببه (الفصل 22 من مجلّة الحقوق العينيّة)، لأنّ ما لا يتمّ الواجب إلّا به فهو واجب كما يقول الأصوليّون. فنزاع الاستحقاق هو نزاع في الأسباب المكسبة لحقّ الملكيّة". أحمد بن طالب، «نظرات في الشّفعة»، منشور في: الشّفعة في القانون التّونسيّ. أعمال ملتقى نظّمته كلّيّة الحقوق بصفاقس يومي 6 و7 فيفري 2015، مجمع الأطرش، تونس، ط 1، 2017، ص 24.

انظر المشكل نفسه في الفقه المقارن: "وثار الخلاف على طبيعة الحقّ في الشّفعة: فذهب البعض إلى اعتباره حقّا عينيّا مصدره الحقّ العينيّ لملكيّة العقّار الشّافع؛ وذهب البعض الآخر إلى اعتباره حقّا شخصيّا، ومعنى ذلك أنّ الشّفيع لا يستعمل دعوى عينيّة إنّما حقّا شخصيّا لصيقا به وهو الحقّ في أن يصير مشتريا بالأفضليّة؛ ويذهب البعض إلى اعتباره حقّا عينيّا شخصيّا، فهو شخصيّ بالنّسبة إلى الشّفيع، وعينيّ بالنّسبة إلى العقّار المشفوع فيه؛ ويقرّر فريق آخر أنّ الشّفعة ليست حقّا عينيّا ولا حقّا شخصيّا بل هي واقعة قانونيّة طبيعيّة وسبب من أسباب كسب الملكيّة، فهي ليست حقّا بل مصدرا

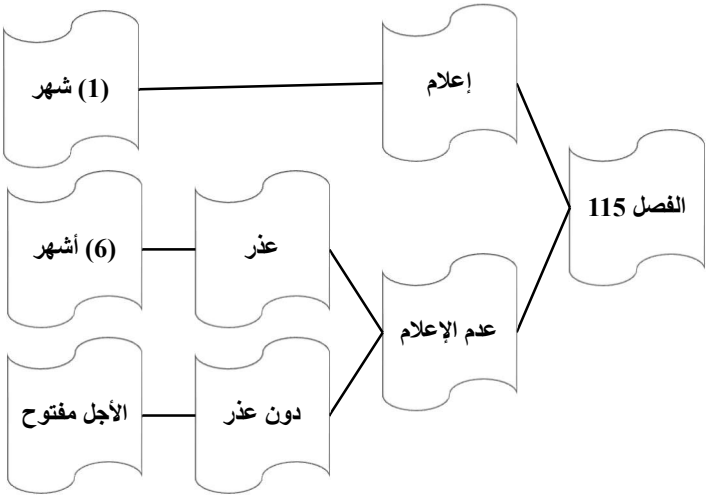
الصّورة الثّانية أنّ عدم التّنفيذ ليس وراءه عذر. هنا يترك المشتري معلّقا لا يعرف إن كان سيشفع ضدّه أم لا، أي يكون أجل الشّفعة مفتوحا[826].

للحقّ، ويترتّب على ذلك أنّ دائني الشّفيع لا يجوز لهم طلب الشّفعة باسمه، وأنّ الشّفعة لا تنتقل بالحوّالة من الشّفيع إلى الغير، ويجوز وفقا لهذا الرّأي للشّفيع التّنازل عنها سواء بعد ثبوت حقّه فيها أو قبل ذلك، ولا تنتقل بالميراث من الشّفيع إلى ورثته إلّا إذا ثبت الحقّ فيها للمورّث بإعلان رغبته قبل وفاته ولو لم يكن قد رفع الدّعوى فيكون للورثة رفعها والاستمرار فيها. ويتبيّن من الأعمال التّحضيريّة للقانون المدنيّ أنّ الخلاف قد ثار حول طبيعة الشّفعة [...] وخلص الرّأي إلى تعريف الشّفعة بأنّها رخصة لا حقّ [...] وباعتبار الشّفعة رخصة وليست حقّا فلا تعتبر مالا، وبالتّالي لا ترد عليها الحوّالة على استقلال ولكن تبعا للعقّار المشفوع فيه بحيث إذا تصرّف الشّفيع في عقّاره وتوافرت شروط الشّفعة بالنّسبة إلى المتصرّف إليه فإنّه يثبت له الحقّ فيها باعتباره مالكا وليس باعتباره محالا إليه، ذلك أنّ المشتري يجوز له أن يحيل حقوقه إلى الغير بإحالة عقد البيع غير المسجّل، وفي هذه الحالة يقتصر حقّ المحال إليه على الحقوق الشّخصيّة المترتّبة في ذمّة المحال عليه؛ ولمّا كانت الشّفعة رخصة وليست حقّا، فإنّها تخرج عن نطاق تلك الحوّالة إذ لا يعتبر المحال إليه مالكا للعقّار المشفوع به إلّا إذا توافر له سبب من أسباب كسب الملكيّة بتسجيل العقد المتضمّن الحوّالة أو باكتمال مدّة التّقادم. كما يترتّب على اعتبار الشّفعة رخصة وليست حقّا ماليّا أنّ دائن الشّفيع لا يجوز له المطالبة بالشّفعة بطريق الدّعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم مدينه [...] (وينتج عن اعتبار الشّفعة رخصة أنّها) لا تنتقل بالميراث باعتبارها خيارا وأنّ الخيارات لا تنتقل بالميراث، إلّا أنّ المشرّع قرّر الخروج عن تلك القاعدة وقرّر انتقال الشّفعة بالميراث". أنور طلبة، م س (الشّفعة)، ص 5 وما بعدها.

[826] انظر: محمّد كمال شرف الدّين، «آجال القيام بالشّفعة حسب الفصل 115 (جديد) من مجلّة الحقوق العينيّة: صعوبات تتنوّع وتتواصل»، مقالة سابقة الذّكر، ص 18 وما بعدها؛ أحمد بن طالب، «نظرات في الشّفعة»، مقالة سابقة الذّكر، ص 28 وما بعدها. لكن انظر أيضا بعض المحاكم التي قالت إنّ الأجل ليس مفتوحا (محمّد كمال شرف الدّين، «آجال القيام بالشّفعة حسب الفصل 115 جديد من مجلّة الحقوق العينيّة: صعوبات تتنوّع وتتواصل»، مقالة سابقة الذّكر، ص 21 وما بعدها).

ونجد هذا الاختلاف في قرار للدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب (المحكمة الابتدائيّة اعتبرت الأجل مفتوحا – محكمة الاستئناف ذهبت في الاتّجاه نفسه – محكمة التّعقيب قالت إنّ الأجل غير مفتوح بل هو إمّا شهر من تاريخ الإعلام أو ستّة أشهر من تاريخ التّرسيم أو التّسجيل – محكمة الإحالة: الأجل

مفتوح). ولقد ذهبت الدّوائر المجتمعة إلى أنّ الأجل مفتوح، وقالت: "فضلا عن وضوح النّصّ (تقصد الفصل 115)، فقد تضمّن شرح الأسباب المتعلّق بالتّنقيح المذكور (تقصد تنقيح الفصل 115 بواسطة القانون المؤرّخ في 15 ماي 2006) ما يؤكّد هذا التّوجّه من المشرّع (ترك الأجل مفتوحا إذا لم يتعذّر الإعلام) بغاية منع أساليب التّحيّل التي قد يستعملها المشتري بإخفاء عمليّة البيع وتعمّد عدم إعلام الشّفيع بها [...] وحيث لم تقدّم المعقّبة لمحاكم الأصل ما يفيد تعذّر إعلام الشّفيع بالعقد، فإنّ أحكام السّقوط المحدّدة آجالها بستّة أشهر من تاريخ تسجيل الكتب بالقباضة الماليّة تكون غير منطبقة في صورة الحال بما يبقى معه أجل القيام مفتوحا لفائدة الشّفيع للقيام بالشّفعة والحلول محلّ المشتري في التّملّك بالمبيع". تعقيبيّ مدنيّ (الدّوائر المجتمعة)، عدد 24634، 8 مارس 2018، <www.cassation.tn>، تاريخ آخر اطّلاع: 25 ماي 2019. انظر في الاتّجاه نفسه: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 49035، 1 أكتوبر 2018، <www.cassation.tn>، تاريخ آخر اطّلاع: 13 أفريل 2020.



وفي الفقه المالكيّ، نجد الأجل يختلف باختلاف الحالات الثّلاث الآتية:

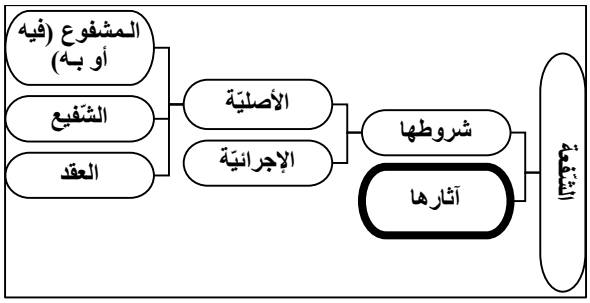
"1- إذا رفع من انتقلت إليه الحصّة دعوى على الشّريك المستحقّ للشّفعة يطلب منه فيها أن يمارس الشّفعة فورا وإلّا سقط حقّه، فإنّه يجب على الشّريك أن يمارس الشّفعة خلال ثلاثة أيّام وإلّا سقط حقّه فيها.

فإذا وقع القيام بدعوى الشّفعة وتوفّرت الشّروط الإجرائيّة الواردة أعلاه ومن قبلها الشّروط الأصليّة، ستحكم المحكمة لفائدة المدّعي. وإذا فعلت، عندئذ تنتج الشّفعة آثارها[827].

"2- إذا حضر الشّريك عند تحرير العقد الذي انتقلت بمقتضاه الحصّة من مالكها إلى المشفوع منه، فإنّه يجب عليه – إذا رغب في الشّفعة – أن يمارسها خلال شهرين من تاريخ ذلك العقد، وإلّا سقط حقّه فيها.

"3- إذا لم يحضر الشّريك ذلك العقد، فإنّ الأجل الذي يمكنه أن يمارس الشّفعة خلاله هو سنة تبتدئ من تاريخ علمه بانتقال تلك الحصّة إلى المشفوع منه". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 308. انظر أيضا ص 147 وما بعدها. انظر كذلك المادّة 1009 وما بعدها من مجلّة الأحكام الشّرعيّة. وانظر زيادة على ما سبق وحول المالكيّة ولكن أيضا حول مختلف المذاهب: محمّد أحمد حسن إبراهيم، م س، ص 332 وما بعدها.

(827)



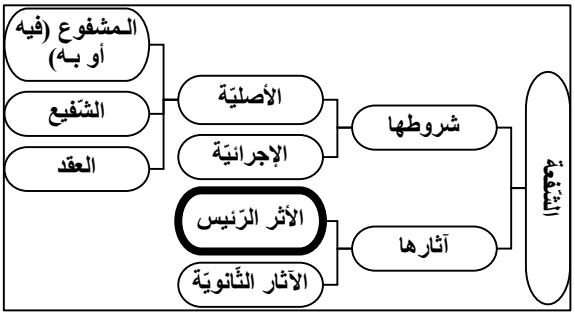
2. 2. 1. 2. 2/ آثار الشّفعة

133 ضبط الآثار ◊ إذا قرأنا الفصول 112 و 113 و 114 من مجلّة الحقوق العينيّة، وجدنا للشّفعة أثرين: الأثر الأوّل رئيس، والأثران المتبقّيان ثانويّان[828].

2. 2. 1. 2. 1. 2/ الأثر الرّئيس

134 الحلول ◊ يتمثّل الأثر الرّئيس، حسب الفصل 112 من مجلّة الحقوق العينيّة، في حلول الشّريك الشّفيع محلّ المشتري في التّملّك بالعقّار المبيع، وذلك في جميع حقوقه والتزاماته. هذا الأثر هو الذي يجعل الشّفعة قيدا على حقّ التّصرّف القانونيّ، وهو الذي يبرّر تناولها تحت هذا العنوان. فللمشتري حقّ التّصرّف (حقّ البيع للشّفيع) وعدم التّصرّف القانونيّ (حقّ عدم البيع للشّفيع)، أي حقّ أن يبقى مالكا أو أن لا يبقى مالكا بأن ينزع عن نفسه وبرضاه هذا الوصف ليتحلّى به الشّفيع. فإذا مورست الشّفعة وحُكم بحلول الشّفيع محلّ المشتري، نكون قد ألغينا الجانب السّلبيّ من حقّ المشتري المذكور للتّوّ (ألغينا حقّ عدم البيع. وإن أردنا أن نكون أكثر دقّة: نحن ألغينا الجانب الإيجابيّ من حقّ المشتري في البقاء مالكا أو عدم البقاء). والحلول يمكّن من الذّهاب في خيار آخر على مستوى تناول الشّفعة وسط مادّة قانون

(828)

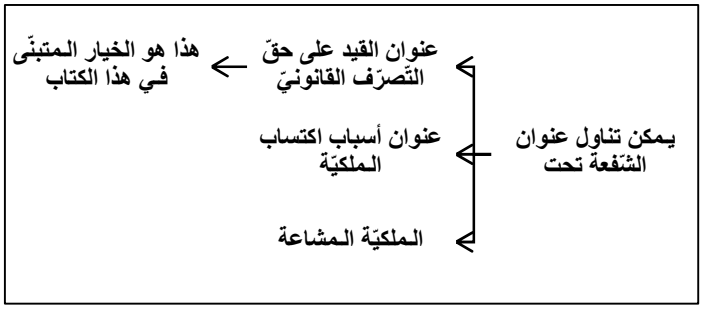


الأموال. فهذا الأثر يجعل الشّفعة سببا من أسباب اكتساب الملكيّة بمفعول القانون، ومن ثمّ يمكّن من دراستها تحت هذا العنوان[829] (ثمّ خيار ثالث تذهب إليه بعض الكتب: تناول الشّفعة كنقطة من نقاط الملكيّة المشاعة)[830].

والسّؤال الآن: متى يحصل الحلول أو إن شئنا متى تبدأ ملكيّة الشّفيع للمشفوع فيه؟• إذا كانت الشّفعة بالتّراضي، فيمكن القول إنّ ملك الشّفيع يبدأ من التّاريخ نفسه الذي يبدأ منه ملك المشتري في إطار عقد بيع عاديّ موضوعه عقّار. لكن يمكن أيضا القول – إذا رجعنا إلى المصدر المادّيّ لأحكام الشّفعة، وتحديدا إلى المادّة 970

[829] انظر من اعتمد هذا الخيار: نجيبة نقاز، م س.

(830)



• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

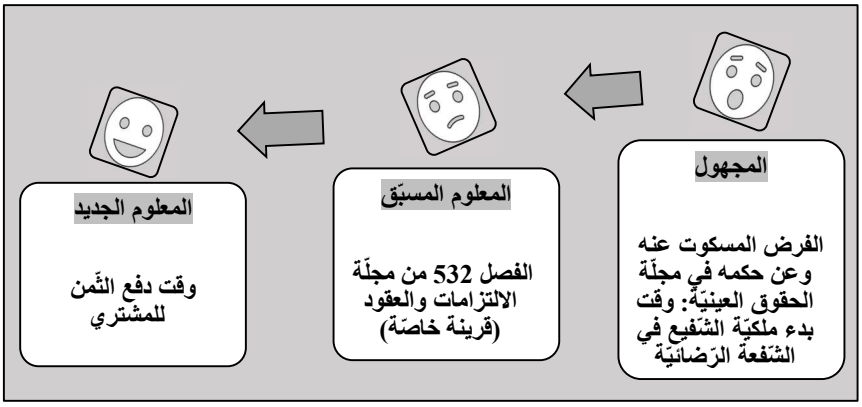
من مجلّة الأحكام الشّرعيّة – بأنّ ملك الشّفيع يبدأ من وقت دفعه الثّمن للمشتري[831].

أمّا إذا حصل تقاضٍ، فهنا اختُلِف:

ففي موقف أوّل قيل: إذا كان العقّار مسجّلا وخاضعا لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم، فملكيّة الشّفيع تبدأ من تاريخ ترسيم المشتري لحقّه؛ على هذا الأساس يكون حكم المحكمة في دعوى الحلول كاشفا لملكيّة الشّفيع لا منشئا لها. أمّا إذا كان العقّار غير مسجّل أو كان مسجّلا غير خاضع لمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم، فعندها تبدأ ملكيّة الشّفيع من تاريخ العقد بين البائع والمشتري[832].

وفي موقف ثان قيل إنّ ملكيّة الشّفيع تبدأ من تاريخ رفعه لدعوى الشّفعة (وتحديدا من تاريخ تبليغه الاستدعاء للمشتري[833])؛ هذا الموقف يتماشى مع الفصل 113

(831)



(832) انظر هذا الموقف عند: نجيبة نقاز، م س، الفقرة 276، ص 167 وما بعدها.

(833) ترى الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب أنّ التّاريخ المعتبر لرفع الدّعوى لدى المحكمة الابتدائيّة هو تاريخ إبلاغ عريضتها للخصم بواسطة العدل المنفّذ وأنّ الآثار المتولّدة عن الخصومة تنطلق من ذلك التّاريخ لا من تاريخ تقديمها لكتابة المحكمة وترسيمها بالدّفتر المختصّ لذلك. تعقيبيّ مدنيّ، 24 ديسمبر 1982، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 115.

القائل إنّ الغلّة للمشتري إلى حين قيام الشّفيع بالدّعوى؛ فإذا لم تكن له الغلّة بعدها، فهذا يعني أنّه لم يعد مالكا وأنّ المالك هو الشّفيع[834].

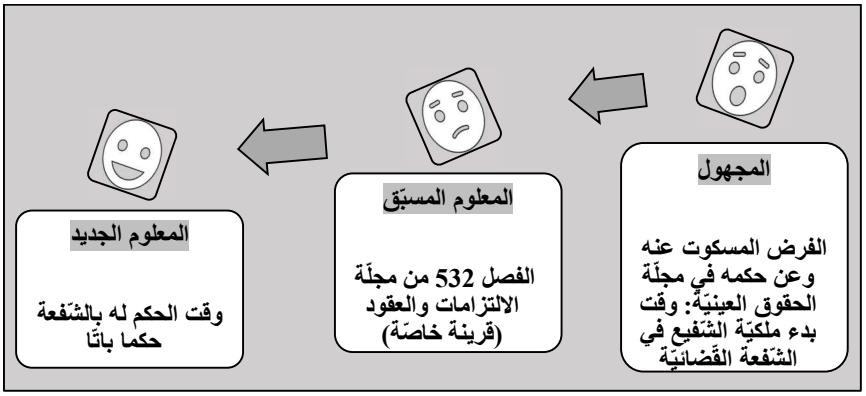
وفي موقف ثالث قيل إنّ ملكيّة الشّفيع تبدأ من تاريخ الحكم له بالشّفعة حكما باتّا؛ على هذا الموقف يكون حكم الحلول البات منشئا لا مجرّد كاشف لملكيّة الشّفيع[835]. ويجد هذا الموقف الثّالث حجّة عليه تتمثّل فيما يلي: قيل في الأعمال التّحضيريّة إنّ أحكام الشّفعة أخذت من الفقه الإسلاميّ؛ ولقد جاء في هذا الفقه، وتحديدا فيما تبنّته منه المادّة 970 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة (وهي مأخوذة من المادّة 987 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة): "يملك الشّفيع المشفوع فيه بحكم الحاكم [...]"[836].

---

[834] أشارت إلى هذا الموقف: نجيبة نقاز، م س، الفقرة 273 وما بعدها، ص 166 وما بعدها. كما أشار إليه: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 287، ص 214.

[835] أشارت إلى هذا الموقف: نجيبة نقاز، م س، الفقرة 270، ص 164. كما أشار إليه: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 287، ص 214.

[836]



بناءً على ما جاء أعلاه، لا يمكن للشّفيع التّصرّف في الشّيء المشفوع قبل الحكم المذكور. نعم له حقّ شفعة، أي حقّ أن يملك، لكن ليس له بعدُ حقّ ملكيّة. انظر من كتب عن هذا في إطار القانون الإسلاميّ: محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 244.

هذا عن الأثر الرّئيس، بقيت الآثار الثّانويّة[837].

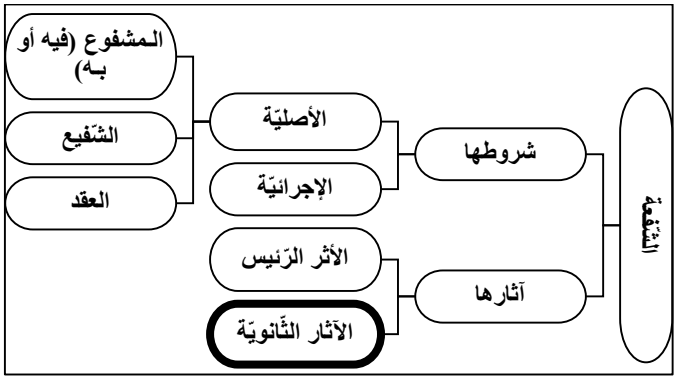
2. 2. 1. 2. 2/ الآثار الثّانويّة

135 **الغلّة** ◊ تحت عنوان آثار الشّفعة، أوردت مجلّة الحقوق العينيّة، زيادة على الفصل 112 الذي تناولناه أعلاه، الفصلين 113 و114.

يقول الفصل 113: "غلّة المشفوع فيه للمشتري إلى وقت القيام بدعوى الشّفعة. وعلى الشّفيع المصاريف الضّروريّة والتّحسينيّة التي بذلها المشتري".

وفي الحقيقة ينبغي القول: إذا كان المشتري مالكا (على الشّياع) قبل الحكم، فله ككلّ مالك (على الشّياع) أن يستعمل، ويستغلّ، ويتصرّف[838]. فإذا اكتفينا

(837)



(838) انظر حقوق المالك ملكيّة مشاعة في الفقرة 251 وما بعدها. وفيما يخصّ الانتفاع، يمكن أن يكون في شكل مهايأة زمانيّة (انتفاع كلّ شريك بالمشترك لمدّة تتناسب ونصيبه، ثمّ ترك الانتفاع لشريك آخر، وهكذا) أو مكانيّة (انتفاع كلّ شريك بجزء من العقّار المشاع بحسب نصيبه). والمهايأة لا تنهي الشّيوع. ويمكن أيضا أن يحصل الانتفاع بأن يتمّ كراء العقّار مثلا (خاصّة إذا كان لا يمكن أن ينقسم)، ثمّ يوزّع ثمن الكراء على الشّركاء، فيأخذ كلّ واحد جزءا يقابل نصيبه. نأتي الآن إلى تصرّف المشتري. فلقد قيل في شأنه (في مصنّف يهمّ القانون المغربيّ): "إنّ المشتري، إذا تصرّف في الحصّة التي اشتراها بعوض أو بغيره (في حدود ما تعطيه له قواعد الملكيّة المشاعة)، فإنّه يكون كمن تصرّف تحت شرط

بالاستغلال، وجدنا الفصل 113 – وهو تقريبا مجرّد نقل للمادّة 939 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة[839] – قد قرّر أن لا تكون الغلّة للمشتري إلى حين الحكم، بل فقط إلى وقت القيام بالدّعوى. وسبب ذلك أنّه، ومنذ القيام عليه بالدّعوى، صار هذا المشتري يعلم بأنّ ملكيّته قابلة لأن تنقض لو حكم لفائدة الشّفيع.

وعبارة الغلّة في الفصل 113 مطلقة•. ولغياب القرينة المقيِّدة (في سياق النّصّ أو في أعماله التّحضيريّة[840]) ينبغي إجراؤها على إطلاقها[841].

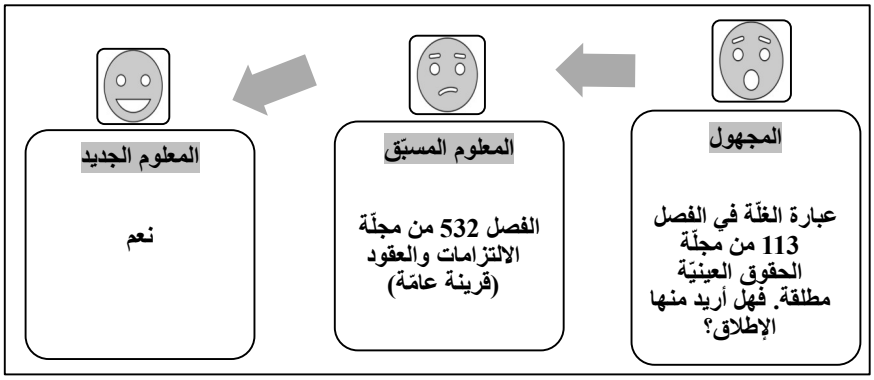
فاسخ هو أن لا يستعمل الشّريك حقّ الشّفعة. ويترتّب على ذلك أنّه إذا استعمل الشّريك حقّ الشّفعة تحقّق الشّرط الفاسخ ونتج عن تحقّقه فسخ ذلك التّصرّف. وإذا مضى الأجل ولم يستعمل الشّريك حقّ الشّفعة، اعتبر التّصرّف نهائيّا. وكذلك إذا تنازل الشّريك عن حقّه في الشّفعة صراحة أو دلالة". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 345 وما بعدها.

[839] تقول المادّة 939: "غلّة المشفوع فيه للمشتري إلى وقت الأخذ بالشّفعة" (بهذا تكون قد نقلت ما جاء في المادّة 941 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة).

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[840] انظر: الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، مداولات مجلس الأمّة، العدد 12، 23 محرّم 1385 الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 219.

[841]

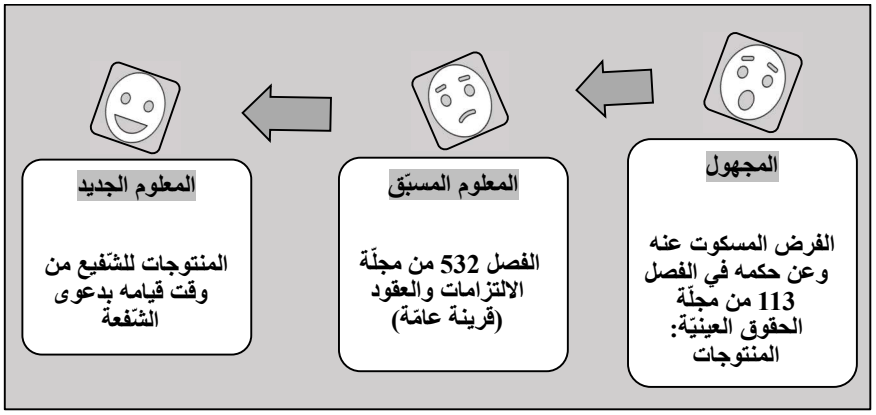


والسّؤال الآن: ما حكم المنتوجات؟• هنا يمكن – بعد ملاحظة أن لا نيّة للمشرّع (في سياق النّصوص التي تناولت آثار الشّفعة أو في أعمالها التّحضيريّة) – إعمال قياس الأولى؛ فإذا أعمِل، قيل في المنتوجات بالحكم نفسه الذي قيل في الغلال (لا يمكن للمشتري أخذها بعد القيام عليه بدعوى الشّفعة)[842].

زيادة على المسائل السّابقة، قال الفصل 113 إنّ المصاريف التي بذلها المشتري يتحمّلها الشّفيع سواء كانت ضروريّة (إصلاح حائط يريد أن ينقضّ، إصلاح أبواب مكسورة، إلخ) أو تحسينيّة (تغيير أرضيّة من رخام مثلا برخام أغلى ثمنا، تغيير أبواب سليمة بأخرى من خشب أغلى قيمة، إلخ)[843].

• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

[842] من لا يمكنه الأقلّ لا يمكنه الأكثر. فإذا كان لا يمكن للمشتري أن يأخذ الغلال بعد القيام عليه بدعوى الشّفعة، فمن باب أولى أنّه لا يمكنه أن يأخذ المنتوجات بداية من التّاريخ نفسه (أخذ الغلال لا ينقص من أصل الشّيء، أمّا أخذ الغلال فينقص).



[843] فيما يخصّ علاقة المشتري وعلاقة الشّفيع ببقيّة الشّركاء على مستوى المصاريف التي بذلها الأوّل وأرجعها له الثّاني، فتجري الأحكام التي سنراها لاحقا في الفقرة 252 وما بعدها.

وفي أحد المصنّفات، وفي إطار كلام حول القانون الإسلاميّ، وتحديدا حول الفقه المالكيّ، نجد تمييزا "بين حالتين:

136 مسألة تأثير تفويت المشتري على الشّفيع ◊ بعد الفصل 113، ودائما في عنوان آثار الشّفعة، جاء الفصل 114 ليقول: "لا تمضي على الشّفيع عمليّات التّفويت التي قام بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشّفعة". يثير هذا النّصّ صعوبات تأويليّة:

أولى هذه الصّعوبات مردّها الإطلاق في عبارة "التّفويت"•، فهذه تشمل تفويت المشتري للغير، وتشمل تفويت المشتري للبائع (أي الإقالة أو فسخ العقد بالتّراضي بين أطرافه).

فإذا بدأنا من هنا، أي من التّفويت للبائع، وجدنا القضاء التّونسيّ يقول إنّ الإقالة لا تؤثّر على حقّ الشّفيع في ممارسة الشّفعة[844]. فإذا لم نكتف بحجّة السّلطة، وإذا

"الأولى: أن يحدث [...] النّقص بغير عمل المشتري، أو بعمله ولكن لمصلحة ارتآها كما إذا هدم جدارا يريد أن ينقضّ [...] ففي هذه الحالة يجب على الشّفيع أن يؤدّي للمشتري جميع الثّمن ولا يسقط عنه شيء مقابل ما حدث في الشّقص من نقص.

"الثّانية: أن يتسبّب المشتري في ذلك النّقص لغير مصلحة، كما إذا هدم جدارا لا مصلحة في هدمه، أو أتلف بعض الأشجار بغير سبب، فإنّ هذا المشتري يضمن ذلك النّقص الذي حصل في النّصيب المشفوع بحيث يُحَطّ عن الشّفيع من الثّمن ما يقابل ذلك النّقص من القيمة، سواء كان المشتري يعلم أنّ له شفيعا أو لم يكن يعلم ذلك، وسواء كان المشتري قد فعل ذلك عمدا أو خطأ لما هو معروف من أنّ العمد والخطأ في أموال النّاس سواء. ولا يقبل اعتذار المشتري بأنّه أحدث ذلك النّقص عندما كان ذلك النّصيب في ملكه، لأنّه تبيّن بعد الشّفعة أنّ ذلك النّصيب لم يكن في ملك المشتري". محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 199.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[844] استئنافي مدنيّ، عدد 5200، 17 نوفمبر 1993، القضاء والتّشريع، 1994، ص 261، ملاحظات: محمّد كمال شرف الدّين. انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 63825، 18 ماي 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 256.

فهمنا النّصّ استنادا إلى مصادره المادّيّة، قلنا إنّ المادّة 934 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة (وهي نقل للمادّة 930 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة في جانبها المالكيّ) نصّت على أنّه: "إذا وقع بيع الشِّقْص[845] ثمّ وقعت إقالة في البيع، فلا تبطل الشّفعة. وعهدة الشّفيع على المشتري".

وهكذا فالمشتري، وككلّ مالك، يمكنه أن يتصرّف تصرّفا قانونيّا بأن يفوّت، لكنّ هذا التّصرّف لا يُعارَض به الشّفيع الذي يمكنه دوما أن يمارس حقّه في الشّفعة وأن يُصبح هو المفوّت له بدلا عمّن فوّت له المشتري وهو البائع في الصّورة التي نحن بصددها.

ثمّ إنّ عبارة "التّفويت" تشمل تفويت المشتري للغير[846]. هذا ما قالت به الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب[847] في قرار تمثّلت وقائعه فيما يلي: خمسة إخوة – ثلاث بنات وولدان هما "عليّ" و"مختار" – يملكون على الشّياع عقّارا ورثوه عن أمّهم.

ونجد في قضاء قديم سابق لمجلّة الحقوق العينيّة الحكم نفسه: تونس 12 أفريل 1905 (Tunis, 12 avr. 1905)، ورد عند: س بارج، م س، 125.

انظر أيضا حول المسألة نفسها ما ورد عند: حنان بن علي، «الإشكالات التّطبيقيّة في مادّة الشّفعة»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 440 وما بعدها.

[845] قيل سابقا الشّقص النّصّيب – الطّائفة من الشّيء – له فيه شِقْص: شرك. المعجم العربيّ الحديث.

[846] انظر حول هذه المسألة: أنس بوكمشة، «تفويت المشتري في العقّار المشفوع فيه»، منشور في: الشّفعة في القانون التّونسيّ. أعمال ملتقى نظّمته كلّيّة الحقوق بصفاقس يومي 6 و 7 فيفري 2015، مجمّع الأطرش، تونس، ط 1، 2017، ص 135 وما بعدها.

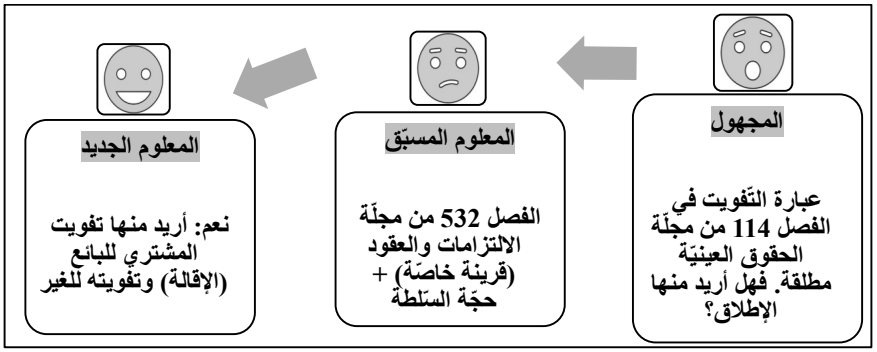
[847] تعقيبيّ مدنيّ (الدّوائر المجتمعة)، عدد 6216، 25 نوفمبر 1983، قرارات الدّوائر المجتمعة 1961 – 1992، منشورات مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، تونس، 1996، ص 381 وما بعدها.

باعت البنات منابهن إلى "خديجة" زوجة شقيقهنّ "مختار". فأراد "عليّ" الشّفعة باعتباره شريكا والحلول محلّ المشترية. لكنّ هذه باعت ما اشترته لزوجها. بهذا، وبعد أن كان من يريد الشّفعة أمام مشترٍ ليس شريكا ومن ثمّ تمكن الشّفعة عليه، أصبح أمام مشترٍ هو شريك ومن ثمّ لا تمكن الشّفعة عليه. وصل النّزاع إلى محكمة الاستئناف بالكاف بوصفها محكمة إحالة[848] فقضت بأنّ حقّ الشّفعة لا يمنع المشتري من التّصرّف القانونيّ في المشترى وبأن على الشّفيع القيام على المشتري الثّاني. لكنّ الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب لم تسر في هذا الاتّجاه وقالت: "إنّ كلمة «لا تمضي» تدلّ بدون التباس أو غموض على أنّ تلك العمليّات لا تأثير لها على الشّفيع. وما دامت لا تأثير لها، فلا معنى حينئذ لما درجت عليه محكمة الإحالة من أنّ حقّ الشّفعة يقوم على المشتري الثّاني الذي هو شريك في الملك لا يقام في حقّه بالشّفعة إذ أنّ هذا الاتّجاه يمثّل تأويلا لا يتماشى مع منطوق ومفهوم الفصل 114 المذكور الذي جاءت أحكامه صريحة المعنى واضحة المدلول في كون عمليّات التّفويت التي يقوم بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشّفعة لا تمضي على الشّفيع منعاً لكلّ تحايل وحتّى لا يمّحي أو يتأثّر حقّ الأخذ بالشّفعة في حدود

[848] محكمة الاستئناف بالكاف، عدد 753، 12 مارس 1981، غير منشور. ذكره: محمّد كمال شرف الدّين، المجلّة القانونيّة التّونسيّة 1984 (الجزء الفرنسيّ)، ص 596، الهامش 7.

الأجل المذكور"[849]. وختمت الدّوائر المجتمعة قائلة بأنّ تأويلها للفصل 114 هو التّأويل الصّحيح، وأنّه يتماشى وأحكام الشّريعة الإسلاميّة[850].

(849)



ويمكن – زيادة على ما جاء أعلاه – القول إنّ الإقالة لا تمنع من القيام بالشّفعة سواء وقعت هذه الإقالة قبل أن تطلب الشّفعة أو أثناء إجراءاتها. والحجّة إطلاق عبارات الفصل 114، وعدم وجود قرينة مخالفة. انظر أيضا هذه المسألة في القانون المغربيّ عند: محمّد ابن معجوز، م س (الشّفعة في القانون المغربيّ)، ص 290.

(850) في لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة تقول المادّة 938 في جانبها الحنفيّ: "لو تصرّف المشتري في الدّار المشتراة قبل أخذ الشّفيع بأن وهبها وسلّمها أو تصدّق بها أو آجرها أو جعلها مسجدا وصلّى فيها أو وقّفها وقفا أو جعلها مقبرة ودفن فيها، فللشّفيع أن يأخذ بالشّفعة وينقض تصرّف المشتري. ومثل ذلك ما لو أوصى المشتري لإنسان، فإنّ للشّفيع أن ينقض الوصيّة، ويأخذ من الورثة، والعهدة عليهم". وفي الجانب المالكيّ قيل: "للشّفيع أن ينقض وقفا أحدثه المشتري ولو كان مسجدا. كما له أن ينقض هبة المشفوع فيه وصدقته ويأخذ بالشّفعة. والثّمن الذي يأخذه المشتري من الشّفيع يكون للموهوب له أو المتصدّق عليه، إذا علم المتصدّق عليه أن له شفيعا. وأمّا إذا لم يعلم أن له شفيعا، يكون الثّمن للواهب أو المتصدّق". وفي المادّة 939، ولها جانب واحد وهو مالكيّ، قيل: "إذا اكترى المشتري قبل أخذ الشّفيع بالشّفعة، يمضي كراؤه والأجرة له".

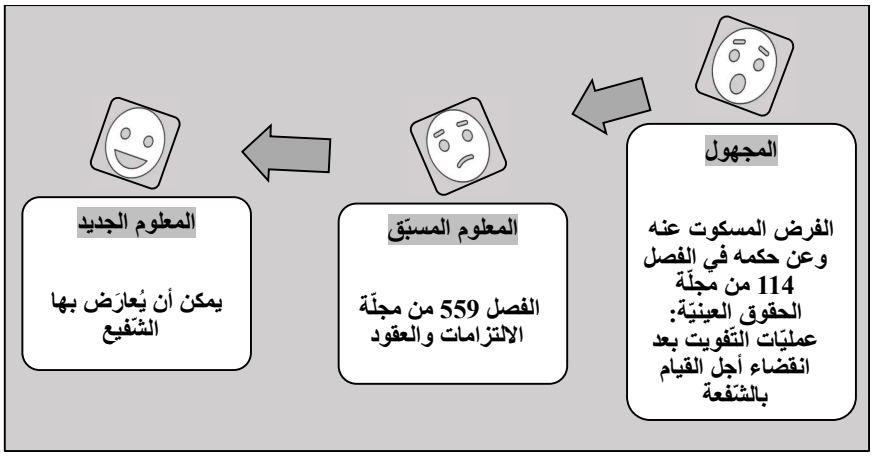
وفي مجلّة الأحكام الشّرعيّة تقول المادّة 1005: "إذا فوّت المشتري المبيع قبل الأخذ بالشّفعة فللشّفيع أن يأخذ بالشّفعة وينقض تصرّف المشتري".

ثاني الصّعوبات مأتاها سكوت النّصّ عن عمليّات التّفويت بعد انقضاء أجل القيام بالشّفعة. فهل حكمها هو الحكم نفسه الذي للمنطوق به (أي لا تمضي على الشّفيع ولا يعارض بها) أم لها حكم مغاير؟• هنا، وحسب قصد المشرّع الذي يمكن استقاؤه من تبنّيه قاعدة أنّ الأصل في العقود الصّحّة (الفصل 559 من مجلّة الالتزامات والعقود) ومن ثمّ إنتاج الآثار (الصّحّة هي مطابقة العقد للشّروط من أهليّة ورضا وغير ذلك، ويلزم عنها ترتيب العقد لآثاره)، تمكن معارضة الشّفيع(851).

هذه هي أهمّ الصّعوبات التّأويليّة التي نجدها في الفصل 114. بتعرّضنا لهذا النّصّ نكون قد تعرّضنا إلى نقطة وردت في مجلّة الحقوق العينيّة تحت عنوان آثار الشّفعة. قبل الآثار تناولنا شروط الشّفعة. بتناول الشّروط والآثار، نكون قد استوفينا دراسة

• هنا، وكما ورد في المتن، نحن أمام صورة فراغ في القانون.

(851)

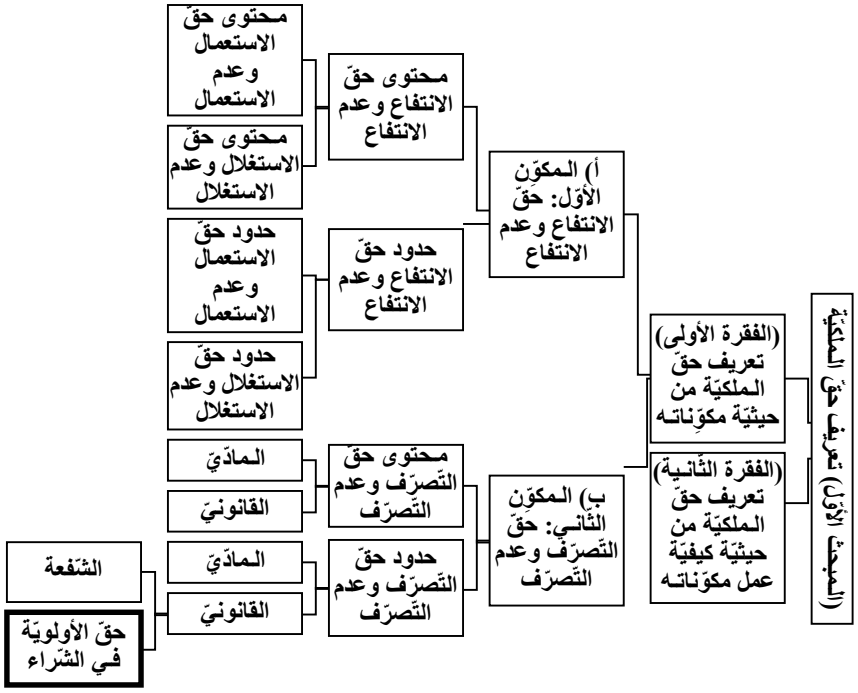


الشّفعة. والشّفعة قيد على حقّ البائع في اختيار الطّرف المقابل في التّصرّف. والكلام نفسه يصحّ عن حقّ الأولويّة في الشّراء(852).

2. 2. 2/ حقّ الأولويّة في الشّراء

137 حقّ الأولويّة والشّفعة ◊ حقّ الأولويّة في الشّراء هو حقّ يعطيه القانون لشخصٍ حيال مالكِ عقّارٍ يريد بيعه. فهذا الأخير مطَالَبٌ بأن يعرض أمر البيع على صاحب حقّ الأولويّة، فإن قبِل أن يكون مشتريا، أبرم معه العقد، وعندها نكون أمام أولويّة

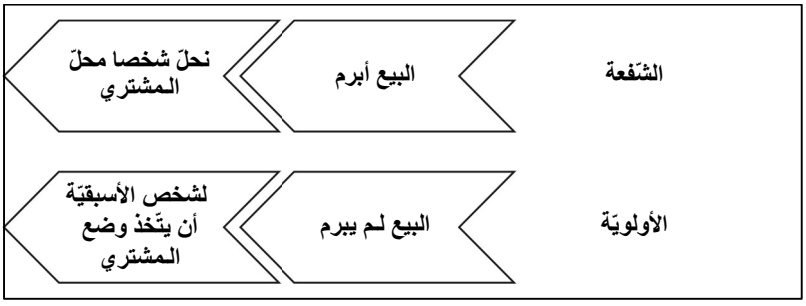
(852)



رضائيّة؛ هذه الأولويّة مختلفة عن الشّفعة، لأنّها تمارس قبل البيع، أمّا الشّفعة فتمارَس كما رأينا بعد البيع(853).

لكن قد لا يحترم المالك حقّ الأولويّة، ويبيع للغير. عندئذ يمكّن القانون من لم يُحترم حقّه في الأولويّة أن يطلب من المحكمة أن تُحلّه مكان المشتري في عقد البيع. وعليه فنحن أمام صورة أولويّة قضائيّة؛ وهي غير مختلفة على مستوى فعل الحلول عن

(853)



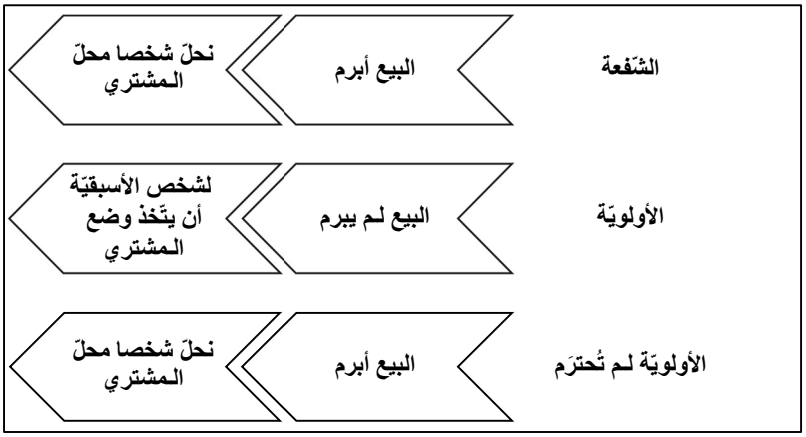
لكن انظر ما ورد في الفقرة 131 (الهامش) حول وجود أولويّة في الشّراء في إطار الشّفعة وذلك في القانون الإسلاميّ.

الشّفعة القضائيّة بل اختلافها فقط على مستوى المنتفع بالحلول الذي هو في الأولويّة ليس شريكا للمالك(854).

يُتبيّن ممّا جاء أعلاه أنّ الأولويّة – سواء كانت رضائيّة أو قضائيّة – تمثّل قيدا على حرّيّة المالك البائع في اختيار المشتري. والقضائيّة أشدّ تقييدا للحرّيّة المذكورة. ثمّ إنّها (أي القضائيّة)، وإذا وصل الأمر إلى تفعيل الحلول، تمثّل قيدا على حرّيّة المشتري، أي من صار مالكا، في أن يبقى مالكا، أي على حرّيته في التّصرّف القانونيّ.

وحسب الفقه أصحاب حقّ الأولويّة في القانون التّونسيّ الحاليّ قسمان: أشخاص عامّة، وأشخاص خاصّة(855).

(854)



ولقد رأينا محكمة التّعقيب تتحدّث عن شفعة المتسوّغ وشفعة الشّريك وتميّز بينهما من حيث الطّبيعة. تقول هذه المحكمة: "شفعة الشّريك التي جاءت بها مجلّة الحقوق العينيّة غير شفعة المتسوّغ التي جاء بها قانون 1978 ما دامت الأولى متسلّطة على عقّار وناشئة في آن واحد من حقّ عقّاريّ سابق، في حين أنّ الثّانية وإن تسلّطت على عقّار فإنّها ناشئة من غير حقّ عقّاريّ سابق". تعقيبيّ مدنيّ، 23 أفريل 1985، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 145.

(855) نجيبة نقاز، م س، الفقرة 335 وما بعدها، ص 208 وما بعدها.

138 حقّ الأولويّة الممنوح للأشخاص العامّة ◊ فإذا بدأنا بالأشخاص العامّة، وجدنا: الوكالة العقّاريّة للسّكنى؛ والوكالة العقّاريّة السّياحيّة؛ والوكالة العقّاريّة الصّناعيّة (هذه الوكالات الثّلاث أحدثها قانون 1973[856])؛ ووكالة الإصلاح الزّراعيّ بالمناطق العموميّة السّقويّة (قانون 1977[857])، وتسمّى الآن الوكالة العقّاريّة الفلاحيّة[858]؛ ووكالة التّجديد والتهذيب العمرانيّ (قانون 1981[859]). "وقد عهد القانون إلى هذه الوكالات إنجاز مهامّها في نطاق دوائر تدخّل عقّاريّ تحدث للغرض بأمر، ومكّنها من اكتساب ملكيّة العقّارات داخلها إمّا بالشّراء بالتّراضي من المالكين أو بالانتزاع أو باستعمال الأولويّة في الشّراء[860]. وما يؤكّد أنّ هذا الحقّ هو فعلا

انظر أيضا حول الأولويّة: الحبيب الشّطّي، «حقّ الأولويّة في الشّراء»، القضاء والتّشريع، جوان 1993، ص 33؛ الحبيب الشّطّي، «دراسات في القانون العقّاريّ»، دار الميزان للنّشر، سوسة – تونس، ط 1، 1996، المجموعة الأولى، ص 115 وما بعدها؛

محمّد كمال شرف الدّين، حقوق الغير والتّصرّفات النّاقلة للملكيّة العقّاريّة، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، تونس، 1993، ص 331.

Mohamed Kamel Charefeddine, *Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière*, CERP, Tunis, 1993, p. 331 s.

[856] قانون عدد 21 لسنة 1973، مؤرّخ في 14 أفريل 1973 (الرّائد الرّسميّ عدد 15، بتاريخ 17 – 20 أفريل 1973، ص 701).

[857] قانون عدد 17 لسنة 1977، مؤرّخ في 16 مارس 1977 (الرّائد الرّسميّ عدد 18، بتاريخ 18 مارس 1977، ص 717).

[858] تمّ تغيير الاسم بمقتضى الأمر عدد 1877 لسنة 1999، المؤرّخ في 31 أوت 1999 (الرّائد الرّسميّ عدد 74، بتاريخ 14 سبتمبر 1999، ص 2004).

[859] قانون عدد 69 لسنة 1981، مؤرّخ في 1 أوت 1981 (الرّائد الرّسميّ عدد 51، بتاريخ 7 أوت 1981، ص 1888).

[860] هنا يضع صاحب المقتطف هامشا يقول فيه: "تجب الإشارة إلى أنّ قانون 1973 والقوانين الأخرى تسمّي هذه الأولويّة شفعة. لكنّ مجلّة التّهيئة التّرابيّة والتّعمير صحّحت التّسمية. كما تجب

أولويّة في الشّراء تشبه أولويّة المتسوّغين وتبتعد عن شفعة الشّريك هو أنّه يمارَس قبل البيع أو التّفويت من المالك[861] لا بعده، بدليل إلزام المالك مسبّقا بإعلام الوكالة المعنيّة من خلال التّصريح الذي يودعه بمقرّ الولاية[862] والتي تتكفّل بإبلاغه إلى الوكالة[863]، وكذلك تحرير حجّة بين الطّرفين في صورة الاتّفاق على الثّمن[864] ممّا يعني أنّه لم يُبرَم عقد آخر لتحلّ فيه الوكالة بل كانت هي المشتري المباشر لأنّها استفادت من أولويّتها، وهذه ليس فرضيّة الشّفعة العاديّة. وتؤدّي هذه الأولويّة الرّضائيّة إلى تمليك الوكالة في تاريخها، ومن ثمّ ينفذ التّفويت قبلها. لكن إذا فوّت المالك في العقّار للغير دون مراعاة أولويّة الوكالة، فلهذه الحقّ في ممارسة أولويّتها قضائيّا بأن تطلب من المحكمة الابتدائيّة الكائن بدائرتها العقّار إبطال عقد التّفويت

ملاحظة أنّ هذه المجلّة وسّعت من دائرة المستفيدين من الأولويّة ومَدّتها إلى الدّولة والجماعات العموميّة تمارسها بنفس شروط قانون 1973 داخل دوائر التّدخّل العقّاريّ (الفصل 35 المنقّح بالقانون عدد 78 لسنة 2003 المؤرّخ في 29 ديسمبر 2003، رائد رسميّ عدد 104 صادر في 30 ديسمبر 2003، ص 3927) وبشروط مماثلة نظّمتها بنفسها في دوائر المدّخرات العقّاريّة (الفصول 42 – المنقّح بقانون 29 ديسمبر 2003 المشار إليه – و43 و44)".

[861] هنا يضع صاحب المقتطف هامشا يقول فيه: "لا تقتصر أولويّة الوكالات على البيع كالشّفعة التّقليديّة، بل تمارَس أيضا في البيع بالمزاد الاختياريّ والمعاوضة والمساهمة في شركة وكلّ تفويت اختياريّ بمقابل: الفصل 5 من قانون 1973، والفصل 5 من قانون 1977، والفصل 4 من قانون 1981".

[862] هنا يضع صاحب المقتطف هامشا يقول فيه: "في دوائر المدّخرات العقّاريّة يوجّه الإعلام مباشرة إلى الوكالة ولا يودع في الولاية: الفصل 43، ف 1 من مجلّة التّهيئة التّرابيّة والتّعمير".

[863] هنا يضع صاحب المقتطف هامشا: "الفصل 5 من قانون 1973، والفصل 7 من قانون 1977، والفصل 4 من قانون 1981".

[864] هنا يضع صاحب المقتطف هامشا: "الفصل 8 من قانون 1973، والفصل 9 من قانون 1977، والفصل 4 من قانون 1981".

المذكور والحلول محلّ المشتري في التّملّك بالعقّار[865]. وبصدور الحكم تنتقل الملكيّة إلى الوكالة فينفذ التّفويت دون حاجة إلى شكليّة أخرى. لكنّ هذا الاكتساب رهين بأمرين خاصّة هما عدم تخلّي الوكالة عن ممارسة حقّ الأولويّة[866] والقيام بها في الآجال المحدّدة قانونا[867]"[868].

زيادة على ما سبق، ثمّ صور أخرى منح فيها القانون حقّ الأولويّة لشخص عامّ هو الدّولة[869].

---

[865] هنا يضع صاحب المقتطف هامشا: "الفصل 10 من قانون 1973، والفصل 11 من قانون 1977، والفصل 4 من قانون 1981".

[866] هنا يضع صاحب المقتطف هامشا: "يكون ذلك صراحة أو ضمنا بالسّكوت عن الإعلام الموجّه إليها من المالك في شكل التّصريح للولاية: انظر الفصل 7 من قانون 1973، والفصل 8 من قانون 1977، والفصل 4 من قانون 1981".

[867] هنا يضع صاحب المقتطف هامشا: "تختلف هذه الآجال من الوكالة الفلاحيّة إلى الوكالات الأخرى. فبالنّسبة إلى الوكالة العقّاريّة الفلاحيّة أجل الأولويّة هو عام من تاريخ التّفويت الثّابت (الفصل 5 من قانون 1977). وأمّا بالنّسبة إلى بقيّة الوكالات، فالأجل أربع سنوات قابلة للتّجديد بسنتين (ستّ سنوات) بداية من تاريخ إحداث دائرة التّدخّل العقّاريّ (الفصل 3 من قانون 1973 والفصل 4 من قانون 1981)".

[868] أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 567، ص 581 و582.

[869] انظر صورتين منح فيهما حقّ الأولويّة للدّولة:

الصّورة الواردة بالقانون عدد 79 لسنة 1991 المؤرّخ في 2 أوت 1991 المتعلّق بحقّ الأولويّة للدّولة في العمليّات العقّاريّة التي ينجرّ عنها نقل الملكيّة والتي تتوقّف على ترخيص إداريّ (الرّائد الرّسميّ عدد 56، بتاريخ 9 – 13 أوت 1991، ص 1171). يقول الفصل الأوّل من هذا القانون: "للدّولة حقّ الأولويّة في العمليّات العقّاريّة التي ينجرّ منها نقل الملكيّة والتي تستوجب تقديم مطلب ترخيص إداريّ مسبّق في شأنها بمقتضى الأمر المؤرّخ في 4 جوان 1957 والنّصوص المنقّحة والمتمّمة له".

الصّورة الواردة بمجلّة التّراث الأثريّ والتّاريخيّ والفنون التّقليديّة. يقول الفصل 89 من هذه المجلّة: "تنتفع الدّولة بحقّ الأولويّة في الشّراء لاقتناء معلم تاريخيّ مرتّب أو محميّ وذلك طبقا لنفس الشّروط والإجراءات

139 حقّ الأولويّة الممنوح للأشخاص الخاصّة ◊ بعد الأشخاص العامّة يأتي دور الخواصّ. هنا نجد قانونين:

القانون الأوّل هو قانون 1978[870]. يمنح الفصل الأوّل من هذا القانون حقّ الأولويّة في الشّراء: أوّلا إلى كلّ شخص طبيعيّ تونسيّ الجنسيّة شاغل عن حسن نيّة على وجه الكراء لمحلّ معدّ للسّكنى ومستعمَل فعليّا لهذا الغرض ولا يملك مسكنا في منطقة الولاية الكائن بها العقّار[871]؛ ثانيا إلى كلّ شخص طبيعيّ مستفيد بحقّ البقاء بعقّارات معدّة للسّكنى طبقا للتّشريع الجاري به العمل أي طبقا لقانون 18 فيفري 1976 دون أن تكون له صفة المتسوّغ.

المحدّدة بالقانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرّخ في 14 أفريل 1973 المتعلّق بتهيئة المناطق السّياحيّة والصّناعيّة والسّكنيّة".

[870] قانون عدد 39 لسنة 1978 مؤرّخ في 7 جوان 1978 يتعلّق بمنح حقّ الأولويّة في الشّراء للمتّسوّغين (الرّائد الرّسميّ عدد 51، بتاريخ 7 أوت 1981، ص 1888).

[871] انظر تطبيقا قضائيّا لهذا القانون: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 50506، 22 جانفي 2011، القضاء والتّشريع، العدد 9، نوفمبر 2011، ص 183 وما بعدها.

وثمّ مشكل يتعلّق بقانون 1978. فحين صدر النّصّ كان هنالك عدد معيّن من الولايات. بعده صارت ولاية تونس أربع ولايات: تونس – ابن عروس – أريانة – منّوبة. بالتّقسيم الجديد يمكن أن نجد أنفسنا أمام الحالة التّالية: شخص هو مكتر في ولاية. وعلى بعد بضعة أمتار يملك مسكنا في الولاية المجاورة. فهل يتمتّع بحقّ الأولويّة؟ ينبغي، إذا اعتمدنا الحجّة التي ترجع إلى سبب التّشريع فتُعمِله حيث وُجد ولا تعمله حيث لم يوجد، أن نجيب بالنّفي. بل ينبغي، اعتمادا على الحجّة نفسها، أن نقدّم الجواب ذاته حتّى لو كنّا أمام التّقسيم القديم إذا وجدنا أنفسنا أمام الوضعيّة عينها.

القانون الثّاني هو قانون 1983[872]. منح هذا القانون حقّ الأولويّة في الشّراء للمتسوّغين وللشّاغلين عن حسن نيّة، لعقّار كائن بالبلاد التّونسيّة، وعلى ملك أجنبيّ، مبنيّ أو مكتسب قبل غرة جانفي 1956.

وحسب القانون الأوّل، يجب على مالك العقّار أن ينبّه على المستفيد بحقّ الأولويّة في الشّراء قبل التّفويت بأن عليه أن يقبل شراء العقّار وأن يدفع أو يؤمّن ثمنه (أي الثّمن كاملا) في ظرف شهر؛ ويجب على المتسوّغ أن يجيب على التّنبيه في صورة قبول الشّراء؛ وعليه أن يدفع أو يؤمّن الثّمن في ظرف شهر من التّنبيه؛ فإذا أجاب، نكون أمام أولويّة رضائيّة؛ أمّا إذا لم يُجب، اعتُبِر متنازلا عن حقّ الأولويّة في الشّراء. وفي صورة عدم عرض الشّراء على المتسوّغ وبيع العقّار للغير، يقول الفصل 7 من قانون 1978 إن بإمكان المتسوّغ أن يطلب من المحكمة أن تصرّح بأنّه هو المشتري للعقّار؛ هكذا نكون أمام أولويّة قضائيّة.

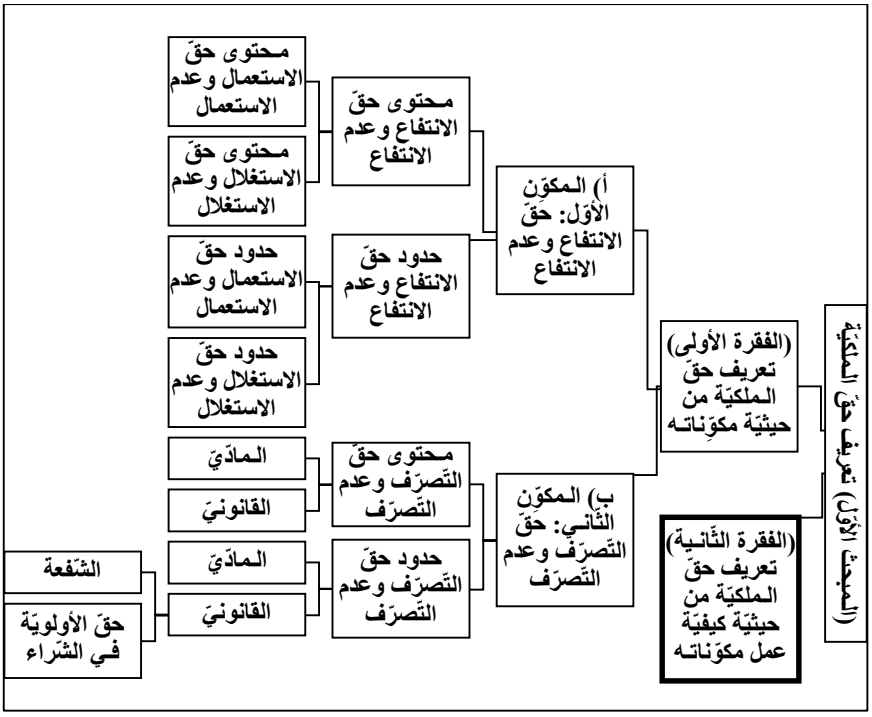
وحسب القانون الثّاني: "تنسحب أحكام [...] (القانون الأوّل) على المتسوّغين والشّاغلين عن حسن نيّة لجميع العقّارات [...] (الكائنة بالبلاد التّونسيّة، والتي على ملك أجنبيّ، والمبنيّة أو المكتسبة قبل غرّة جانفي 1956) ويمدّد إلى سنة أجل الجواب على التّنبيه [...] وفي صورة عدم التّنبيه يمكن للمتسوّغين والشّاغلين عن حسن نيّة وكذلك لمن انجرّ لهم منهم الحقّ المطالبة بفسخ البيع أمام المحكمة المختصّة في أجل قدره خمس سنوات من تاريخ تسجيل العقد" (الفصل 4 من قانون 1983). وكما يُرى، لا حلول بعد الفسخ هنا، أي لا أولويّة قضائيّة، بل فقط فسخ.

---

[872] القانون عدد 61 لسنة 1983 مؤرّخ في 27 جوان 1983 ويتعلّق بالعقّارات التي هي على ملك الأجانب والمبنيّة أو المكتسبة قبل سنة 1956 (الرّائد الرّسميّ عدد 48، بتاريخ 1 جويلية 1983، ص 1952).

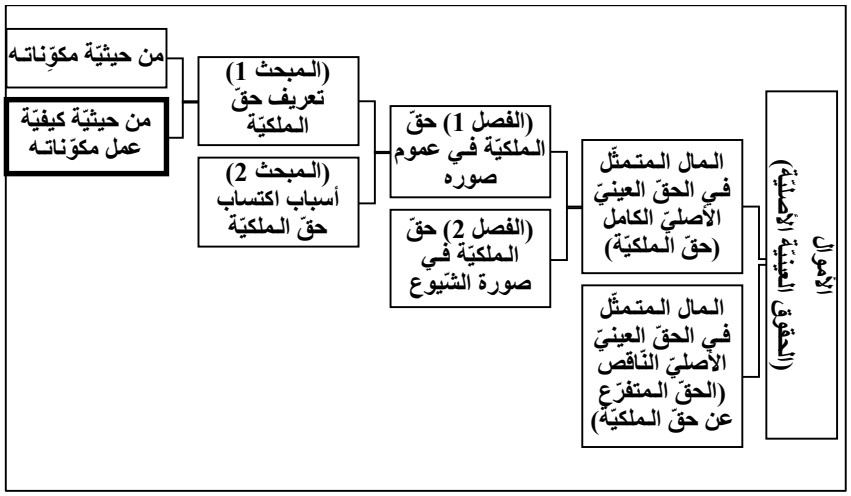
ممّا سبق يخلص أن ثمّ قيودا ترد على حقّ التّصرّف. قبل ذلك رأينا محتوى هذا الحقّ. وما رأيناه حول هذا الحقّ، رأيناه كذلك حول حقّ الانتفاع. وحقّ الانتفاع مع حقّ التّصرّف هما مكوِّنا حقّ الملكيّة. على هذا نكون قد فرغنا من تعريف الملكيّة من هذه الحيثيّة (حيثيّة المكوّنات). بقي أن نعرّفها من حيثيّة أخرى هي كيفيّة عمل المكوِّنات[873].

(873)



الفقرة 2: تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة كيفيّة عمل مكوّناته

140 تقسيم البحث ◊ عرّفنا سابقا[874] حقّ الملكيّة بأنّه الحقّ الذي بمقتضاه يخضع شيء بطريقة مطلقة واستئثاريّة ودائمة لإرادة وفعل شخص؛ يتمثّل هذا الفعل للشّخص في الاستعمال والاستغلال والتّصرّف. بعبارة أخرى: لحقّ الملكيّة مكوّنات هي حقّ الاستعمال والاستغلال والتّصرّف. وهذه المكوّنات تعمل بطريقة مطلقة



[874] انظر الفقرة 83.

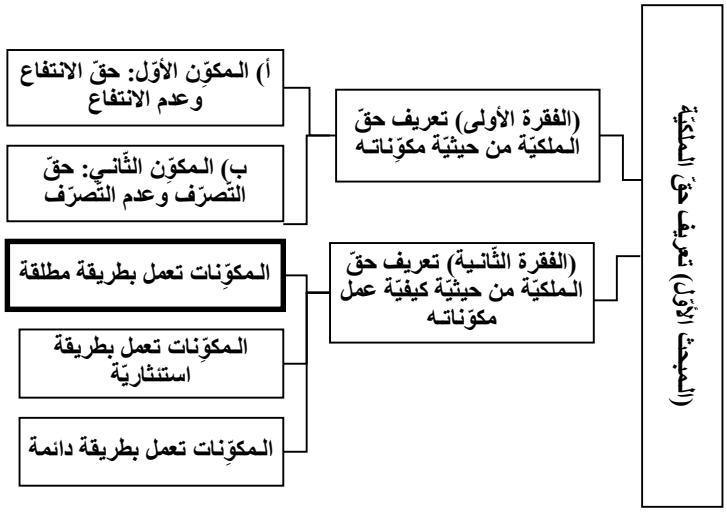
واستئثاريّة ودائمة[875]. لذا ينبغي تناول هذه الطّرق للعمل الواحدة منها تلو الأخرى[876].

أ) المكوّنات تعمل بطريقة مطلقة

141 تقسيم البحث ◊ في فرنسا، جاء في المجلّة المدنيّة أنّ حقّ الملكيّة مطلق (الفصل 544 من المجلّة المدنيّة)[877]. وفي تونس، جاء في الفصل 56 من القانون العقّاريّ

(875) انظر الرّسوم الواردة في هامش الفقرة 83.

(876)



قرّب الأوصاف الواردة أعلاه ممّا أسماه أحدهم "البنية العامّة لحقّ الملكيّة في القانون الفرنسيّ" (الكمال والاستئثار من جهة والدّوام وقابليّة الانتقال من جهة أخرى): باتريس جوردان، م س، ص 43 وما بعدها.

(877) انظر مثلا: هنري هيام، بحث في حقّ الملكيّة وحدوده، أرتور روسّو، باريس، 1910، ص 250 وما بعدها.

Henri Hayem, *Essai sur le droit de propriété et ses limites*, Arthur Rousseau, Paris, 1910, p. 250 s.

المؤرّخ في غرّة جويلية 1885 أنّ التّصرّف حقّ مطلق[878]. أمّا في مجلّة الحقوق العينيّة فلم يرد ممّا تقدّم شيء. ولقد رأينا لحقّ الاستعمال قيودا، ولحقّ الاستغلال قيودا، ولحقّ التّصرّف قيودا. هذا يعني أن لا إطلاق في عمل المكوِّنات، وأنّ حقّ الملكيّة حقّ نسبيّ لا مطلق. مع ذلك يُوسم حقّ الملكيّة بالمطلق، إذا لم يُنظر إلى ما سبق،

انظر كذلك: مارسال تيبولت، مبدأ الملكيّة الفرديّة أمام المجلس التّأسيسيّ، مطبعة هـ مورال، ليل، 1899.

Marcel Thiébault, *Le principe de la propriété individuelle devant l'assemblée constituante*, Imprimerie H. Morel, Lille, 1899.

[878] يقول الفصل 56: "الملك العقّاريّ هو حقّ الانتفاع والتّصرّف في عقّار حقيقيّ أو حكميّ تصرّفا مطلقا بشرط أن لا يكون التّصرّف المذكور مخلّا بالقوانين والتّراتيب المقرّرة". انظر الأمر عند: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س.

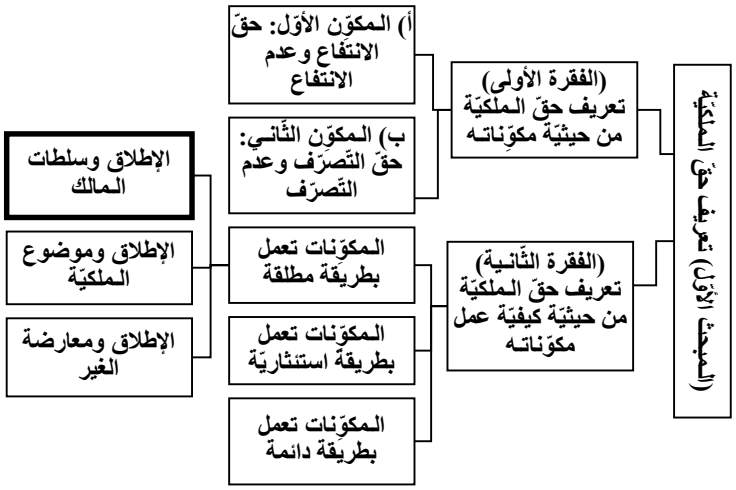
بل إلى المستويات التّالية: أوّلا سلطات المالك، ثانيا موضوع الملكيّة، ثالثا معارضة الجميع بحقّ الملكيّة(879).

1/ الإطلاق وسلطات المالك

142 حقّ كاملٌ، إذن حقّ مطلقٌ ◊ يكون حقّ الملكيّة مطلقا، إذا كانت سلطات المالك كاملة.

ويُفهم من الفصل 17 من مجلّة الحقوق العينيّة أنّه قال إنّ حقّ الملكيّة يتكوّن من ثلاثة حقوق (الاستعمال والاستغلال والتّصرّف). ولأنّ هذه الحقوق الثّلاثة هي كلّ

(879)



جاء في أحد كتب قانون الأموال الفرنسيّة (صوفي شيلر، م س، الفقرة 88، ص 80) أنّ وصف الفصل 544 من المجلّة المدنيّة حقّ الملكيّة بأنّه مطلق:

– لا يعني أنّه غير محدود وغير مقيّد، إذ جاء في الفصل نفسه (الفقرة 2): بشرط أن لا يُستعمل استعمالا ممنوعا من القوانين.

– يعني أنّ المالك هو وحده من تتركّز بين يديه السّلطات الثّلاث (الاستعمال والاستغلال والتّصرّف).

ما يمكن أن يرد على الشّيء (لا وجود لحقّ رابع يمكن أن ينصبّ على الشّيء)، ينبغي أن نخرج بتوصيف لحقّ الملكيّة، فنقول إنّه حقّ كامل droit total (بعض الفقه يقول جامع. لا مشاحّة في الألفاظ). ولأنّه كامل، فهو مطلق من هذه الزّاوية: زاوية السّلطات المخوّلة للمالك.

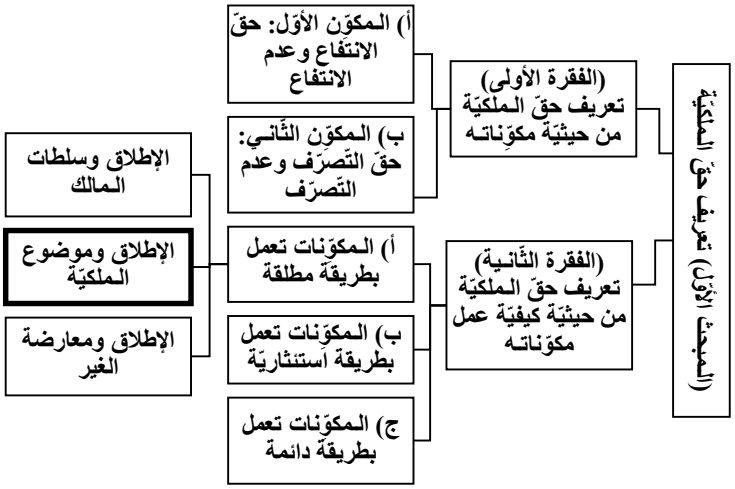
ممّا جاء الآن نفهم أنّنا نتحدّث – على مستوى سلطات المالك – في إطار بعيد عن الإطار الذي مفاده أنّ الملكيّة هي حقّ استعمال مطلق، وحقّ استغلال مطلق، وحقّ تصرّف مطلق.

الأمر مختلف حين نتحدّث على مستوى موضوع الملكيّة[880].

– يعني أنّ امتداد الحقّ واسع يشمل ما تحت وما فوق المال.

– يعني أنّ المالك له الحقّ فيما يغلّه الشّيء وفيما يلتصق به.

(880)



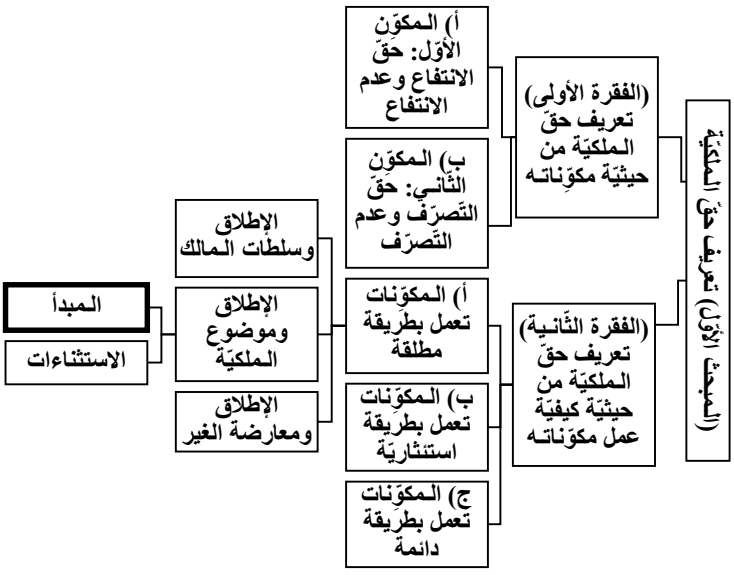
2/ الإطلاق وموضوع الملكيّة

143 **تقسيم البحث** ◊ يكون حقّ الملكيّة مطلقا، إذا كان المدى الذي تعمل فيه مكوّناته (الاستعمال والاستغلال والتّصرّف) يشمل كلّ الشّيء.

فإذا بدأنا بالشّيء المنقول، أمكن القول إنّ المدى الذي تغطّيه مكوّنات حقّ ملكيّته هو كلّ المنقول. هذا يعني أنّ حقّ ملكيّة المنقول حقّ مطلق بالنّظر إلى موضوعه.

الأمر مختلف في العقّار، وتحديدا في العقّار المتمثّل في أرض. هنا ثمّ السّطح وثمّ الفوق وثمّ التّحت. ويكون حقّ الملكيّة مطلقا، إذا شمل هذه الأبعاد الثّلاثة؛ ونسبيّا في الحالة المعاكسة. على هذا المستوى نجد الفصل 18 من مجلّة الحقوق العينيّة يقول: "ملكيّة الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلّا ما استثناه القانون أو الاتّفاق". وهكذا فإنّه، وفي ملكيّة الأرض، لدينا مبدأ ولدينا استثناءات لهذا المبدأ(881).

(881)



2. 1/ المبدأ

144 الفوق. مكوّنات حقّ الملكيّة ◊ حسب الفصل 18 تشمل ملكيّة الأرض ما فوقها وما تحتها. يُفهم من هذا النّصّ أنّ هنالك ثلاثة أشياء: السّطح، وما فوق السّطح، وما تحت السّطح. كما يُفهم أنّ مدى حقّ الاستعمال وحقّ الاستغلال وحقّ التّصرّف لا يقف عند السّطح بل يمسح أيضا الهواء (المقصود بالهواء ما فوق الأرض لا الغاز الذي نحيا به لأنّ هذا، كما رأينا، شيء ليس بمال[882]) وباطن الأرض.

فإذا بدأنا بالهواء، وتحديدا بمثال على ممارسة حقّ استعمالٍ للهواء، أخذنا صورة البناء أو الغراسة أو إقامة المنشآت. هذه الصّورة وضع في شأنها الفصل 34 من مجلّة الحقوق العينيّة قرينتين فقال: "البناءات أو المغروسات أو المنشآت على الأرض [...] تعتبر أنّ مالك الأرض قد أقامها على نفقته وأنّها ملك له ما لم يقم الدّليل على خلاف ذلك". وهكذا فمن يملك السّطح يُحمل على أنّه هو من أنفق لإيجاد ما يوجد فوقه ويُحمل على أنّه هو مالك ما فوقه.

---

[882] انظر الفقرة 14.

هذا وقد رأينا مسألة الكلأ في الفقه الإسلاميّ (انظر الفقرة 15)، والذي لا يُعدّ ملكا لصاحب الأرض، وإن كان هو الذي سقاه (هذا في قول). أمّا في القانون التّونسيّ، وتطبيقا للفصل 18 الوارد أعلاه، فإنّ الكلأ لمالك الأرض (ثمّ إنّه من الثّمار الطّبيعيّة كما سبق ذكر ذلك في الفقرة 95، والحصول على الثّمار يدخل في حقّ الاستغلال، ومن ثمّ في حقّ الملكيّة)، فلا يجوز للغير أن يحتشّه (إذا كان مالك الأرض هو الدّولة، فقانونيّا هي من يملك الكلأ. لكن في الواقع هي تسمح للنّاس بأن يحتشّوا ما يريدون). وعليه فالفقه الإسلاميّ هنا متقدّم على مستوى جعل الملكيّة وظيفة اجتماعيّة.

ولقد قالت محكمة التّعقيب عن القرينة – وهي تتناولها على مستوى ملكيّة الهواء – إنّها "بسيطة ويمكن دحضها بجميع وسائل الإثبات"[883].

ويلزم عن ملكيّة الفوق منع الغير من الغراس أو البناء عليه. لكنّ هذه اللازمة تدخلنا في مسألة الاستئثار التي تركنا لها عنوانا قادما مستقلاّ عن الإطلاق.

145 التّحت. مكوّنات حقّ الملكيّة ◊ هذا عن الفوق، أمّا في إطار التّحت ومكوّنات حقّ الملكيّة، فيمكن أن نذكر الأمثلة التّالية لممارسة حقّ الاستعمال وحقّ

---

[883] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 45355، 15 أفريل 1997 نشريّة محكمة التّعقيب، ص 373؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 91، 6 ماي 2004، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 421.

وحول ملكيّة الفوق، انظر هذه الأعمال التي وضعت في إطار القانون الفرنسيّ:

ر سافاتييه، «مداخلة حول ملكيّة الفضاء»، أعمال مؤسّسة هنري كابيتون، ج 16، ص 386.

R. Savatier, « Communication sur la propriété de l'espace », *Travaux de l'association Henri Capitant*, T. XVI, p. 386.

ر سافاتييه، «ملكيّة الفضاء»، دالوز 1965، الأخبار 213.

R. Savatier, « La propriété de l'espace », D. 1965, chr. 213.

أ دي لوبادار، «تأمّلات مختصّ في القانون العامّ حول ملكيّة الفوق. حول السّقف القانونيّ للكثافة»، منشور في: دراسات مهداة إلى غابريال مارتي، جامعة تولوز 1 كابيتول، تولوز، 1978، ص 761 وما بعدها.

A. de Laubadère, « Réflexions d'un publiciste sur la propriété du dessus. A propos du plafond légal de densité », in: *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 1978, p. 761 s.

أناتول غوسار، في قاعدة أنّ ملكيّة الأرض تشمل ملكيّة الفوق والتّحت وفي تغييراتها، مطبعة ل بوبار– دافيل، باريس، 1868.

Anatole Goussard, *De la règle que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous et de ses modifications*, Imprimerie L. Poupart-Davyl, Paris, 1868.

الاستغلال: بناء قبو، حفر بئر لاستخراج المياه، مدّ قنوات لتوصيل الكهرباء وغيره، استخراج الحجارة من تحت الأرض، إلخ.

ويلزم عن ملكيّة التّحت منع الغير ممّا جاء أعلاه من أفعال، كما يلزم عنها أن للمالك قطع الجذور التي تمتدّ إلى بطن أرضه. لكنّ هذه النّقطة تتبع مسألة الاستئثار.

وصورة التّحت جاءت في شأنها القرينتان اللتان أوردناهما أعلاه في إطار صورة الفوق. فلقد قال الفصل 34: "البناءات أو المغروسات أو المنشآت [...] في باطن [...] (الأرض) تعتبر أنّ مالك الأرض قد أقامها على نفقته وأنّها ملك له ما لم يقم الدّليل على خلاف ذلك".

زيادة على ما سبق، ينبغي أن تشمل ملكيّة التّحت كلّ ما يوجد فيه: معادن، كنوز، آثار، إلخ[884].

---

[884] حول ملكيّة ما في باطن الأرض في القانون التّونسيّ انظر: آمنة بن عفّانة، ملكيّة ما تحت الأرض، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، تونس، 2014/ 2015.

وفي القانون المقارن انظر:

إيرينيه غواسكو، ملكيّة باطن الأرض والمناجم في القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ، أطروحة دكتوراه، كلّيّة الحقوق بديجون، ديجون، 1847.

Irénée Guasco, *De la propriété du sous-sol et des mines en droit romain et en droit français*, Th. Pour le Doctorat, Faculté de droit de Dijon, 1847.

غاستون-شارل فوركاد-بروني، المناجم في القانون الفرنسيّ، بونافونتور ودوساسوا، باريس، 1858.

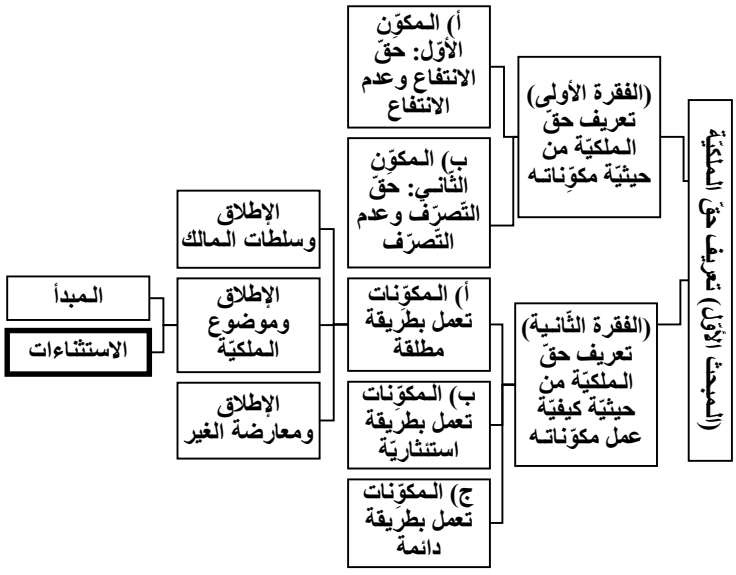
Gaston-Charles Fourcade-Prunet, *Des mines en droit français*, Bonaventure et Ducessois, Paris, 1858.

إدوارد بروي، ملكيّة المناجم في علاقتها بملكيّة السّطح، أ باريني مطبعيّ كلّيّة الطّبّ، باريس، 1873.

Edouard Broy, *De la propriété des mines dans ses rapports avec la propriété de la surface*, A. Pareni Imprimeur de la Faculté de Médecine, Paris, 1873.

ممّا تقدّم يستخلص أنّ مدى حقّ ملكيّة العقّار المتمثّل في الأرض يشمل الفوق والتّحت. هذا هو المبدأ. وللمبدأ استثناءات(885).

(885)



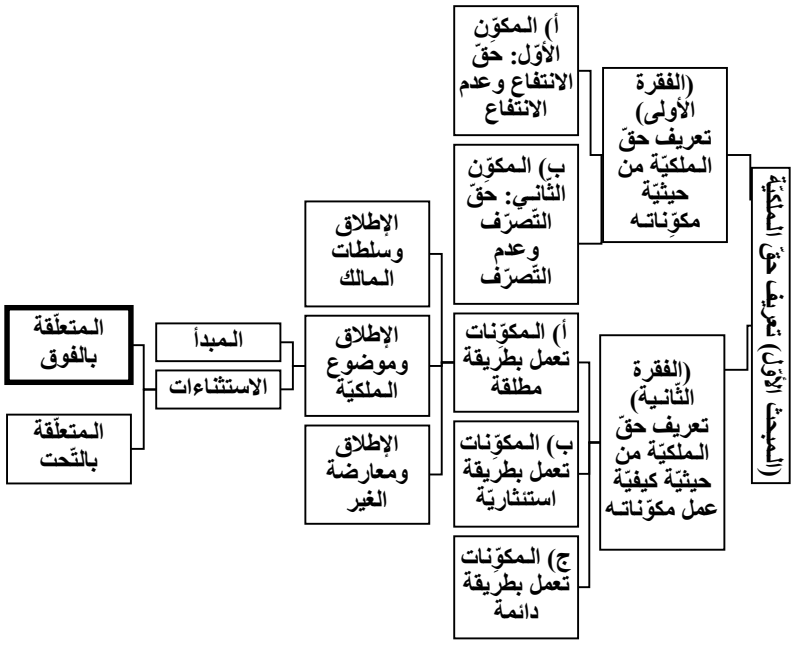
2. 2/ الاستثناءات

146 **تقسيم البحث** ◊ يشير الفصل 18 من مجلّة الحقوق العينيّة إلى وجود استثناءات لمبدأ شمول ملكيّة الأرض للفوق والتّحت(886).

2. 2. 1/ الاستثناءات المتعلّقة بالفوق

147 **أمثلة** ◊ منع الفصل 191 من مجلّة الحقوق العينيّة التّعامل في حقّ الهواء، ولم يعد بإمكان المالك فصل ملكيّة سطح الأرض عن ملكيّة الهواء الذي يعلوها. هكذا اختفت إمكانيّة أن يأتي الاتّفاق باستثناء لمبدأ امتداد ملكيّة الأرض إلى الفوق. لكن بقيت الاستثناءات القانونيّة، ومنها:

(886)



الاستثناءات المرتبطة بالجوار. فالمالك ملزم باحترام مسافات معيّنة عند الغراس أو البناء (الفصل 168 وما بعده)، كما أنّه ملزم بأمور أخرى تتعلّق بالنّوافذ والكوّات، وتدخل ضمن ما تناولناه سابقا تحت عنوان مضارّ الجوار[887] وما سنتناوله لاحقا تحت عنوان الارتفاقات القانونيّة[888].

زيادة على هذا، ثمّ ارتفاقات إداريّة تفرض لفائدة المصلحة العامّة لا لفائدة عقّار كما في الصّورة السّابقة[889]. من هذه الارتفاقات أنّ لمشغّلي الشّبكات العموميّة للاتّصالات أن يركّزوا خطوط الرّبط وتجهيزات الشّبكة العموميّة للاتّصالات في الملك الخاصّ (زيادة على أن بالإمكان أن يكون تركيز الخطوط في ملك الدّولة العامّ وملك الدّولة العموميّ للطّرقات: الفصل 43 من مجلّة الاتّصالات).

وقد نفكّر في استثناء ثان مردّه أنّ للطّائرات أن تتجوّل في المجال الجوّيّ (الفصل 72 من مجلّة الطّيران المدنيّ) دون حاجة لإذن مالكي الأراضي التي تمرّ فوقها. لكن قيل في القانون الفرنسيّ (وهذا القول قابل لأن يُتبنّى في القانون التّونسيّ، أي في الفصل 18 من مجلّة الحقوق العينيّة) إنّ عبارة الفقرة الأولى من الفصل 552 من المجلّة المدنيّة (شمول ملكيّة الأرض لملكيّة الفوق) لا تعني إلّا استعمال المجال الجوّيّ استعمالا عاديّا، أي بالأساس حقّ الغراس والبناء[890]. على هذا الكلام لا يُعَدّ تمكين

---

[887] انظر الفقرة 109.

[888] انظر الفقرة 364 وما بعدها.

[889] حول الارتفاقات الإداريّة انظر:

محمّد السّيّاري، الارتفاقات الإداريّة، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2008.

Mohamed Sayari, *Les servitudes administratives*, CPU, Tunis, 2008.

[890] انظر:

فيليب كيغل، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 551 و552، كرّاس وحيد، الفقرة 17 وما بعدها.

Philippe Kaigl, J. –cl. Civ. Code, art 551 et 552, fasc. unique, § 17 s.

الطّائرات من المرور في المجال الجوّيّ استثناء لشمول الملكيّة للفوق لأنّه لا ملكيّة أصلا لهذا الفوق الذي يظلّ شيئا مشتركا. بتعبير مغاير: للمالك ملكيّةٌ مطلقة على الفوق الذي يمكن الغراس فيه والبناء. بعد هذا الإطار لا ملكيّة، ومن ثمّ لا تقييد لإطلاقها.

فإذا عدنا إلى ما يمثّل استثناء لا يقبل النّقاش، وجدنا عند أحدهم[891] صورة "التّراتيب العامّة للتّعمير التي تحدّ من حريّة المالك في استخدام الفوق، كأن توجب عدم تجاوز حدّ أقصى في ارتفاع البناء في بعض المناطق[892]".

انظر أيضا: أمبرواز كولين وهنري كابيتون، م س، ص 742.

[891] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 130، ص 98.

[892] هنا وضع صاحب المقتطف هامشا: "انظر مثلا الفصل 8 من الأمر عدد 2253 لسنة 1999 مؤرّخ في 11/ 10/ 1999 المتعلّق بالمصادقة على التّراتيب العامّة للتّعمير (الرّائد الرّسميّ عدد 85، بتاريخ 22/ 10/ 1999، ص 2400) «يحدّد العدد الأقصى لطوابق المباني بطابق أرضيّ وثلاثة طوابق علويّة على أن لا يتجاوز ارتفاعها خمسة عشر مترا. وفي كلّ الحالات يجب أن لا يتجاوز هذا الارتفاع عرض الطّريق تضاف إليه مساحة التّراجع...». ونقّح هذا الأمر وتمّم بالأمر عدد 2683 لسنة 2002 المؤرّخ في 14 أكتوبر 2002 (الرّائد الرّسميّ عدد 86، بتاريخ 22 أكتوبر 2002، ص 2667)".

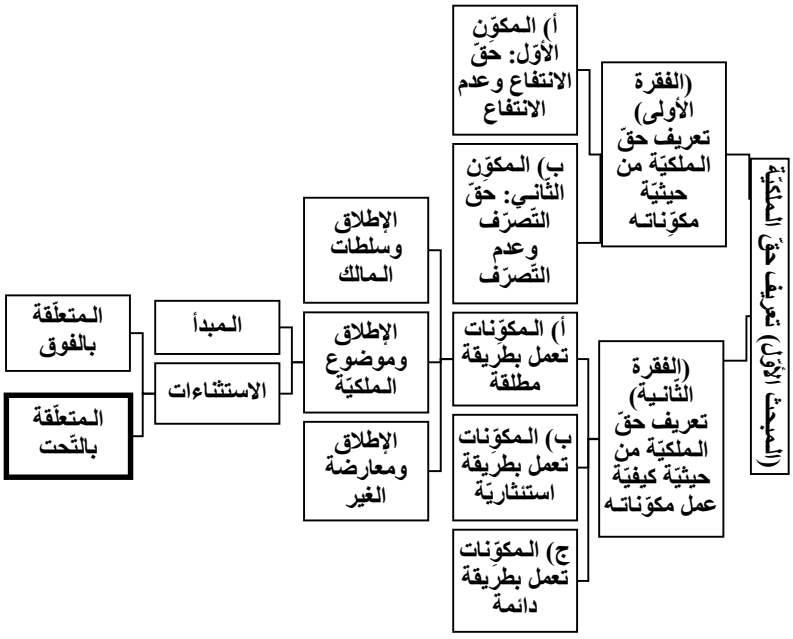
إلى جانب هذه الاستثناءات، توجد أخرى. وإلى جانب الاستثناءات المتعلّقة بالفوق، توجد أخرى تهمّ التّحت(893).

2. 2. 2/ الاستثناءات المتعلقة بالتّحت

148 **أمثلة** ◊ رأينا سابقا أن لمشغّلي الشّبكات العموميّة للاتّصالات أن يركّزوا خطوط الرّبط وتجهيزات الشّبكة العموميّة للاتّصالات في الملك الخاصّ (الفصل 43 من مجلّة الاتّصالات). هذا التّركيز قد لا يكون على الأرض بل تحتها، ممّا يقلّص من إطلاق ملكيّة المالك لهذا التّحت.

زيادة على ما سبق، لا يملك صاحب الأرض المعادن التي توجد في باطنها. على هذا المستوى يقول الفصل 7 من مجلّة المناجم: "تعتبر قانونا المواد المعدنيّة المصنّفة

(893)



مناجم والموجودة على سطح الأرض أو بباطنها في كامل التّراب الوطنيّ وبالمجال البحريّ التّونسيّ تابعة للملك العموميّ للدّولة التّونسيّة بوصفها ثروة وطنيّة"[894].

وقريب من المعادن، نجد المحروقات. فالفصل 4 من مجلّة المحروقات يقول: "تعتبر وجوبا حقول المحروقات الكامنة بباطن الأرض في كامل التّراب الوطنيّ وبالفضاءات البحريّة التّونسيّة بوصفها ثروة وطنيّة ملكا عموميّا للدّولة التّونسيّة"[895].

بعد المعادن والمحروقات، قد يوجد تحت الأرض كنز[896]. على هذا المستوى جاء في الفصل 25 من مجلّة الحقوق العينيّة فرض وحكم. فأمّا الفرض فورد في العبارات

---

[894] و"ملكيّة الدّولة للمنجم لا تعني نزع ملكيّة سطح الأرض عن صاحبها. لذا لا يمكن لمن له حقّ استكشاف منجم أو البحث عنه أو استغلاله إشغال الأراضي إلّا بعد الحصول على موافقة كتابيّة من مالكها أو على ترخيص من الوزير المكلّف بالمناجم إذا لم يحصل اتّفاق مع مالك سطح الأرض (الفصل 79 من مجلّة المناجم). ويحصل من وقع إشغال أراضيه على تعويض يدفع له مسبّقا (الفصل 80 من مجلّة المناجم). ولكن إذا أدّى إشغال الأراضي إلى حرمان مالكيها من التّصرّف فيها لمدّة تفوق ثلاث سنوات يمكن لهؤلاء أن يلزموا صاحب الرّخصة بشراء تلك الأراضي المعنيّة (الفصل 81 من مجلّة المناجم)". حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 132، ص 98 وما بعدها.

[895] "ولا يمكن لصاحب رخصة استكشاف عن المحروقات أو رخصة البحث عنها أو صاحب امتياز لاستغلالها إشغال الأراضي المملوكة للخواصّ إلّا بعد موافقة مالكيها موافقة كتابيّة أو بعد صدور قرار في الإشغال المؤقّت عن الوزير المكلّف بالمحروقات في صورة عدم الموافقة (الفصل 85 من مجلّة المحروقات). ويتمتّع مالك سطح الأرض الذي تمّ إشغاله بالحقّ في تعويض ماليّ يدفع له مسبّقا (الفصل 86. 1 من مجلّة المحروقات) وبالحقّ في إلزام صاحب الرّخصة بشراء الأرض الواقع إشغالها إذا أدّى هذا الإشغال إلى حرمانه من التّصرّف فيها لمدّة تفوق ثلاث سنوات (الفصل 86. 2 من مجلّة المحروقات)". حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 133، ص 99.

[896] حول أحكام الكنز في القانون التّونسيّ انظر: هاجر فطناسي، م س (ملكيّة المنقول)، ص 212 وما بعدها؛ مروى بن يوسف، أحكام الكنز في القانون التّونسيّ، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، تونس، 2013 – 2014.

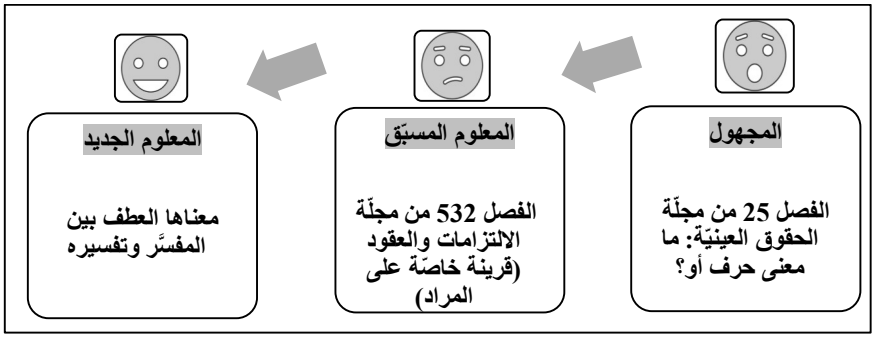
الآتية: "الكنز أو الشّيء المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيّته له [...]". ومن ينظر إلى هذه العبارات ينبغي أن يستوقفه حرف "أو"•. وفي وضع اللغة تأتي "أو" لأحد الشّيئين[897]. هذا يعني أنّ "الكنز" شيء و"الشّيء المخبوء ..." شيء آخر. لكن إذا ذهبنا إلى العرف، وجدنا أنّ معنى الكنز هو الشّيء المخبوء (و«الثّمين». ووصف «الثّمين» لم يضفه الفصل 25 لعبارة الشّيء. ولكنّ الكنز لغة هو الشّيء الذي يُتنافس فيه، وما يُتنافس فيه لا يكون زهيدا[898]. زيادة على هذا الوصف، قد يدور في الذّهن أنّ الكنز هو شيء «قديم». لكن لا نجد في اللغة ما يؤيّد هذا، وعليه فالكنز يمكن أن يتمثّل في شيء حديث). على هذا نحن أمام قرينة تصرف "أو" عن معناه الوضعيّ الذي ذكر منذ قليل إلى معنى آخر هو العطف بين أمر وتفسير هذا الأمر[899]. زيادة على ما سبق تحدّث النّصّ عن مخبوء ولم يقيّد بأن قال مخبوء في مكان ما (في باطن الأرض، داخل جدار، على سطح أرض دهليز، إلخ). على هذا نحن أمام مطلق•. هذا المطلق لا قرينة تنبئ عن القصد منه.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(897) عبد المجيد الزّرّوقي، «المسار التّأويليّ: العقد والقانون نموذجا»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 29.

(898) "الكنز [...] كلّ مجموع مدّخر يُتنافس فيه". المعجم العربيّ الحديث، تحت عبارة "الكنز".

(899)

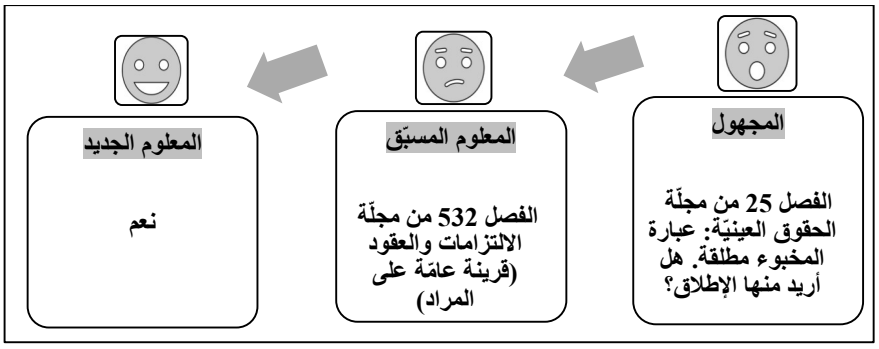


• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

لذا ينبغي إجراؤه على إطلاقه[900]. فإذا فعلنا، دخل في فرض الفصل 25 ما خُبِّئ في باطن الأرض، وهو ما يعنينا في العنوان الذي نحن بصدده. وهو يعنينا لأنّ الحكم الوارد في هذا الفصل 25 هو: ثلاثة أخماس الكنز تذهب لمالك ما وجد فيه الكنز. وهكذا فمالك الأرض هنا لن يملك إلّا هذا الجزء ممّا في باطنها من كنز. أمّا الخمس الرّابع فيصير ملكا لمكتشف الكنز، والخمس الخامس للدّولة[901].

بعد المعادن والمحروقات والكنوز، قد توجد تحت الأرض آثار. على هذا المستوى يقول الفصل 60 من مجلّة حماية التّراث الأثريّ والتّاريخيّ والفنون التّقليديّة: "لا حقّ لمالك أرض [...] في المطالبة بملكيّة ما يمكن اكتشافه [...] في باطنها من مكتشفات أثريّة، كما ليس له الحقّ في التّمتّع بهذه المكتشفات [...]"[902].

(900)



(901) حول الكنز، انظر أيضا الفقرة 240.

(902) ويواصل النّصّ في فقرة ثانية قائلا: "وبقطع النّظر عن أحكام الفصل 25 من مجلّة الحقوق العينيّة يتمتّع المكتشف العفويّ وكذلك مالك الأرض التي تمّ فيها الاكتشاف في صورة ما إذا صرّحا بالأشياء المكتشفة لدى المصالح المختصّة بالوزارة المكلّفة بالتّراث بمكافأة يتمّ تحديدها من قِبل لجنة مختصّة يتمّ ضبط تركيبتها وسير أعمالها بأمر". انظر حول حماية التّراث: عصام الأحمر، «حماية التّراث»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 1996، ص 353. انظر أيضا: علي كحلون، «النّظام القانونيّ للملك العامّ من خلال مجلّة التّراث الأثريّ والتّاريخيّ والفنون التّقليديّة»، القضاء والتّشريع، العدد 6، جوان 2015، ص 9 وما بعدها؛

بعد المعادن والمحروقات والكنوز والآثار، قد توجد تحت الأرض مياه. هنا يقول الفصل 9 من مجلّة المياه "إنّ التّنقيبات والآبار التي لا يتجاوز عمقها خمسين مترا والتي هي غير موجودة داخل منطقة تحجير أو صيانة محدّدة بالفصلين 12 و15 من هذه المجلّة يمكن القيام بها بدون رخصة سابقة على شرط أن تعلم بها الإدارة من طرف المالك أو المستغلّ". وهكذا فإنّ من يملك السّطح في مناطق معيّنة لا يمكنه أن يأخذ من الباطن المياه.

زيادة على ما جاء أعلاه هنالك استثناءات أخرى. والاستثناءات – سواء منها ما تعلّق بالتّحت أو بالفوق – تعني أنّ حقّ الملكيّة ومكوّناته ليس مطلقا. وعليه فإنّ من يقول عن حقّ ملكيّة الفوق والتّحت إنّه مطلق هو بصدد النّظر إلى المبدأ فحسب.

فاضل بليبش، التّراث التّاريخيّ والأثريّ، أطروحة قانون عامّ، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، تونس، 2011.

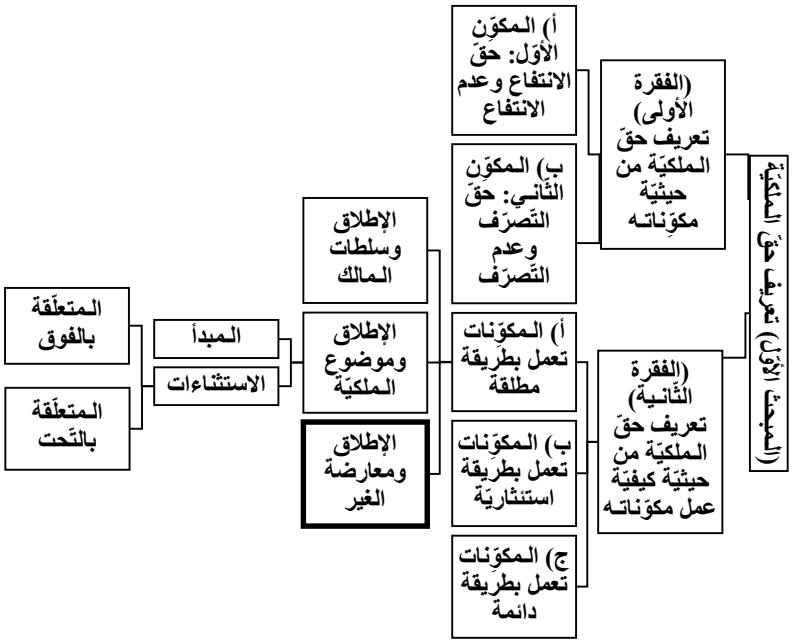
Fadhel Blibech, *Le patrimoine historique et archéologique*, Th. droit public, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Tunis, 2011.

والوصف نفسه، كما رأينا، وُسمت به الملكيّة من زاوية سلطات المالك. ويمكن أن نضيف – بناءً على قول البعض – مستوى آخر يُعطى على أساسه الوصف نفسه إلى الملكيّة. هذا المستوى هو معارضة الغير بحقّ الملكيّة[903].

3/ الإطلاق ومعارضة الغير

149 الملكيّة يُعارَض بها الجميع ◊ يعني الإطلاق – زيادة على ما سبق – أنّ الملكيّة يُعارَض بها الجميع[904]. وممّا يُترجم هذا أنّ المالك له دعوى في الاسترجاع ضدّ أيّ شخص وضع يده على الشّيء. لكنّ معارضة الغير بالملكيّة تعرف استثناءً يتعلّق

(903)



(904) انظر الفقرة 83. ونجد في القانون الأنجلوسكسونيّ أيضا من يؤكّد على أنّ الملكيّة حقّ يُعارض به الجميع (Legally, this right is known as an *'in rem'* right because it is enforceable against the rest of the world): سامنتا هيبورن، م س، ص 3.

بالمالك الظّاهر. فهنا ثمّ قاعدة عامّة مفادها أنّ الغلط، إذا عمّ، عُدّ قانونا، أي ترتّبت عنه حقوق(905). فإذا عُرف شخصٌ عند النّاس بكونه مالكا، وإذا باع لغيرٍ

(905) L'erreur commune est créatrice de droit / *Error communis facit jus*

ولقد كتبنا في عمل سابق (م س: أحكام الغلط. دراسة في المنهجيّة التّشريعيّة، الفقرة 119. الهامش) حول هذه القاعدة ما يلي:

وضعت هذه القاعدة في الفصل 36 من المشروع (1897) والفصل 49 من المشروع المرَاجَع (1899)، فقيل إنّ الغلط في القانون والذي يشترك في الوقوع فيه كلا الطّرفين لا يوجب فسخا. لكنّ مجلّة الالتزامات والعقود (التي هي نتاج للمشروع المراجَع) لم توردها.

وترجع هذه القاعدة إلى الإمبراطور «أدريان» (Adrien) الذي عرضت أمامه واقعة العبد الذي اشتهر بين النّاس بكونه حرّا، والذي شهد على وصيّة ثمّ كشف أمره، فطلب الوارث الشّرعيّ إبطالها. لكنّ الإمبراطور قال بالصّحّة، لأنّ الغلط في حرّيّة الشّاهد كان عامّا بين النّاس. هذه هي القصّة عند «لوران» [...]، وقد أشير إليه بالمشروع المرَاجَع. لكنّنا نجد القصّة أيضا عند: «رولان» و«بوايبي» [...] ولقد طرح المشكل نفسه (ونعود هنا إلى قصة «لوران») أمام الإمبراطور «سفير» (Séveres) والإمبراطور «أنطونين» (Antonin) فقضيا في الاتّجاه عينه. ثمّ جاء الإمبراطور «جوستينيان» (Justinien) ووضع القاعدة في القوانين التي دوّنها. ويقول «لوران» إنّ الفقهاء والقياصرة تجنّبوا دائما القول إنّ الغلط يولّد الحقوق. لكنّ هذا القول المأثور وُجد في قانون آخر ليهمّ مادّة التّأويل وبالتّحديد ليقضي بأنّ اللفظة إذا كان لها في اللغة معنى، ثمّ شاع لها وعلى وجه الخطأ معنى آخر، فالمعتمد هذا المعنى الآخر. وعليه فالمقولة المأثورة خاصّة بمادّة معيّنة. لكن، وفي القانون القديم، صارت قاعدة عامّة. ثمّ انتقلت بهذه الصّفة إلى القانون الفرنسيّ. ولقد حمل «لوران» على هذه القاعدة (وحاشية المشروع المرَاجع قالت إنّه ضدّها) لكنه قبِل محتواها، أي قبِل أن لا يتمّ إبطال زواج لكون من أشرف على إبرامه لم تكن له الصّفة القانونيّة، وأن لا يتمّ إبطال وصيّة لكون شاهدها لا يملك أهليّة، أي قبِل بالزّواج الظّنّيّ (mariage putatif) وبالأهليّة الظّنّيّة (capacité putative) لكون أطراف الزّواج أو الوصيّة حسنو النّيّة، وإن كان لم يقبل أن يقال إنّ غلطهم خلق قانونا أو أنتج حقوقا. ويقول «مازو» [...] إنّ هنالك فرقا وإنّه لا يجب الخلط بين هذا الغلط والغلط الذي يعيب الرّضا. فهناك نجد أنّ الذي ارتكب غلطا يريد إبقاء العقد، وهنا يريد إبطاله.

لكن لنترك «مازو» مؤقّتا ولنذهب إلى «رولان» و«بوايي»، فهذان قالا [...] إنّ المقولة المأثورة تسمح بإصلاح عيوب عديدة منها:

عدم الاختصاص (من ليس له وصف مأمور عموميّ)؛

عدم السّلطة أو الولاية (الوليّ الظّنّيّ، أي الذي عيّن بصفة غير قانونيّة [لا الوليّ الواقعيّ الذي ليس له أيّ سند عيّنه])؛

عدم الأهليّة؛

عدم الحقّ: هنا تحدّث الفقيهان عن «الوارث الظّاهر» الذي أوجد لنفسه وصيّة (إذن مدلّسة)، ثمّ ورث، ثمّ باع ما ورث. في هذه الصّورة لن يؤثّر قيام الوارث الحقيقيّ على المشتري طالما كان غلطه مشتركا بينه وبين غيره وطالما كان ذلك المشتري حسن النّيّة.

وإنّ هذه الأمثلة تؤكّد ما قاله "مازو" من أنّنا هنا بعيدون عن عيوب الرّضا، وتجعل ما عمدت إليه مجلّة الالتزامات والعقود من محو للفصل 36 و49 المذكورين أعلاه من أحكام الغلط الذي يعيب الرّضا أمرا مستحسنا. لكنّ المجلّة لم تضع النّصّين في مكان آخر، واستعاضت عنهما – وهما يمثّلان قاعدة عامّة – بأحكام خاصّة (الفصل 252 ويقرّب منه الفصل 208، والفصل 1163، والفصل 1168، والفصل 1488، والفصل 1510 (بتصرّف).

انظر حول عموم مسألة الظّاهر:

إيمان قزارة، نظريّة الظّاهر في القانون الخاصّ، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2002– 2003؛

محمّد محفوظ، «مساهمة في دراسة الظّاهر في القانون التّونسيّ. حول قرار الدّوائر المجتمعة عدد 27632 لـ 4 أفريل 1997»، المجلّة القانونيّة التّونسيّة 2001، ص 375 وما بعدها.

Mohamed Mahfoudh, « Contribution à l'étude de l'apparence en droit tunisien. À propos de l'arrêt des chambres réunies n° 27632 du 4 avril 1997», RTD 2001, p. 375 s.

دافيد ديروسين، «الحقيقة المعيشة والحقيقة القانونيّة والحقيقة القضائيّة في روما وفي القانون الفرنسيّ القديم. مساهمة تاريخيّة لدراسة نظريّة الظّاهر»، المجلّة الفرنسيّة لفلسفة وثقافة القانون، 2003، ص 191.

David Derossin, « Réalité vécue, réalité juridique et réalité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français. Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence », *Revue française de philosophie et de culture juridiques*, 2003, p. 191.

حَسَنَ النّيّة، فلا يمكن للمالك الحقيقيّ أن يستردّ الشّيء من عند هذا الغير، أي لا يمكن للمالك أن يُعارض بملكيّته الغير حسن النّيّة. كلّ ما يمكن هو أن يُطالب المالكُ الحقيقيّ المالكَ الظّاهر بما تلقّاه من ثمنٍ من المشتري حسن النّيّة.

مثال ذلك أن نكون أمام وارثين «أ» و «ب». يبيع «ب» لـ: «ج». ثمّ يُكتشف أنّ «ب» قتل المورّث. هذه الواقعة لم يعلمها النّاس ولم يعلمها «ج». فالكلّ ظنّ أنّ «ب» ليس القاتل، ومن ثمّ هو وارثٌ لا ممنوعٌ من الإرث. في هذه الصّورة لا يمكن للوارث الحقيقيّ، أي لـ «أ»، أن يأخذ من «ج» المبيع. فهذا المشتري يمكنه التّمسّك بغلطه والمطالبة باعتبار عقده صحيحا. ببيان آخر: يمكنه القول إنّ الغلط الذي وقع فيه، والمتمثّل في كونه اشترى من غير مالك، هو غلط عامٌّ، والغلط العامّ كما تقول القاعدة ينتج الحقوق.

والسّؤال: هل توجد هذه القاعدة في القانون التّونسيّ؟ أي هل كرّس هذا القانون ما يُعرف بنظريّة الظّاهر؟ يمكن القول إنّ الاستقراء قادر على أن يعطي مثل هذه

دينيس بومبيلياش–جونو، «العنصر النّفسيّ لنظريّة الظّاهر على ضوء فقه قضاء محكمة التّعقيب»، مجلّة البحث القانونيّ 2004–3، ص 1547.

Denise Pombieilch–Jeauneau, « L'élément psychologique de la théorie de l'apparence à la lumière de la jurisprudence de la cour de cassation », R. R. J. 2004 - 3, p. 1547.

أوليفييه ماسو، «الغلط في أصل القانون»، المجلّة المتعدّدة الاختصاصات للدّراسات القانونيّة، 2006 – 57، ص 157 وما بعدها.

Olivier Massot, « *L'erreur au "fond" du droit* », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2006-57, p. 157 s.

باسكال دوميبه، «الغلط المشترك يصنع الحقّ؟»، منشور في: جون فواييه وفرانسوا تيري وكاترين بوبجلييه (تحت إدارة)، الغلط، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 1، 2007، ص 9 وما بعدها.

Pascal Deumier, « *Error communis facit jus* ? », in: *L'erreur*, sous la dir. de : Jean Foyer, François Terré et Catherine Puigelier, PUF, Paris, 1re éd., 2007, p. 9 s.

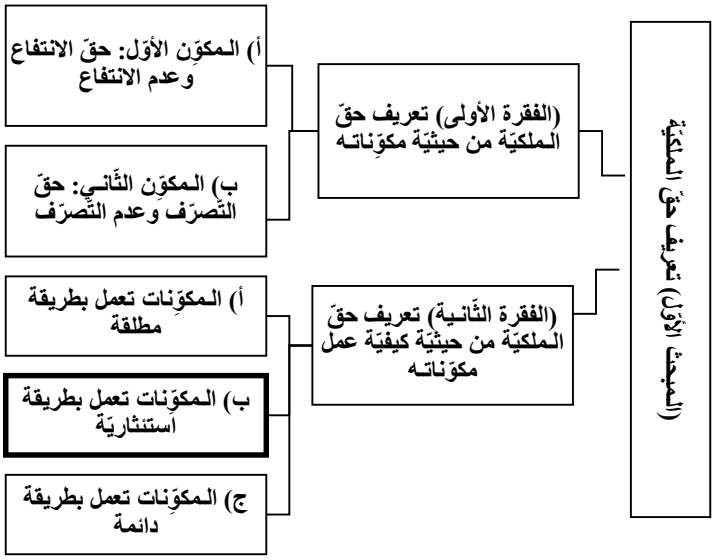
القاعدة، ولأن ينتهي إلى القول باستثناءٍ لوصف الإطلاق في الملكيّة. فهذه يُعارض بها الجميع إلّا إذا كنّا في إطار مالك حقيقيّ وآخر ظاهر. لكن ينبغي إتمام هذا الكلام بأحكام الحوز التي سنراها لاحقا(906).

إلى جانب الإطلاق، يعمل حقّ الملكيّة ومكوّناته بكيفيّة استثناريّة(907).

(906) انظر هذه الأحكام في الفقرة 180 وما بعدها.

ويمكن القول، كما سنرى ذلك، إنّ أحكام الحوز كفيلة بحماية الغير الذي تعامل معه وارث ظاهر هو في الحقيقة ممنوع من الميراث، وذلك في الفترة الممتدّة بين تاريخ افتتاح التّركة وتاريخ اكتشاف سبب المنع. إلّا أنّ هذه الحماية تظلّ غير كافية خاصّة بالنّسبة إلى الغير الذي ثبت حسن نيّته. فمن الوارد أن يكتشف سبب المنع قبل أن تستوفي مدّة الحوز التي تمكّن هذا الغير من التّمسّك بالتّقادم المكسب القصير. ولهذا السّبب اعتمد القانون المقارن – لسدّ هذا النّقص في حماية الغير – نظريّة الوارث الظّاهر.

(907)



ب) المكوِّنات تعمل بطريقة استئثاريّة

150 الاستئثار وصف لا يستأثر به حقّ الملكيّة ◊ يصف الوسط القانونيّ حقّ الملكيّة بكونه حقًّا استئثاريًّا droit exclusif (بعض الفقه يقول: حقٌّ مانعٌ. لا مشاحّة في الألفاظ). ويقول أحد الفقهاء: "ليس قَصْر الملكيّة على المالك خاصّا بحقّ الملكيّة وحده، بل إنّ كلّ حقّ، عينيّا كان أو شخصيّا، مقصور على صاحبه. ولكنّ القصر في حقّ الملكيّة أكثر بروزا من القصر في غيره من الحقوق، لأنّ حقّ الملكيّة هو أوسع الحقوق نطاقا. فقصره على صاحبه يكون أبلغ أثرا"[908].

بتعبير مغاير: "إذا كنّا أمام حرّيّة (أي حقّ فعل وعدم فعل) منصوص عليها بقانون، فهذا القانون – لكي ينطبق – لا بدّ أن يمنع الغير من إلغائها؛ ومعلوم أنّ القانون يريد أن ينطبق، فإذن هو يمنع الآخر من إتيان فعل إلغاء تلك الحرّيّة (ما هو حقّ لك هو واجب عند غيرك). أمّا إذا كنّا أمام حرّيّة غير منصوص عليها، فهذه الحرّيّة مقبولة ضمنا من القانون؛ والقبول حكم للقانون؛ وحكم القانون يريد أن يكون فعليّا؛ فإذن لا بدّ من أنّ هذا الحكم الذي قبِل الحرّيّة قد منع الآخر من إلغائها"[909]. وهكذا فالاستئثار (أو إن شئتَ قلتَ: الاختصاص أو الانفراد) وصف مشترك بين جميع الحقوق (إذن لا يستأثر حقّ الملكيّة – حين نأخذه على أنّه حقّ استعمال وعدم استعمال، واستغلال وعدم استغلال، وتصرّف وعدم

---

[908] عبد الرّزّاق السّنهوري، م س، ج 8، ص 532. انظر أيضا:

ويليام دروس، القانون المدنيّ. الأشياء، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء – منشورات ليكستينسو، باريس، 2012، ص 85.

William Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ – Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 85.

[909] عبد المجيد الزرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 135.

تصرّف؛ أي في النهاية حين نأخذه على أنّه حقّ فعل وعدم فعل – بوصف الاستئثار).

151 الاستئثار جوهر حقّ الملكيّة ◊ لكن المقصود بهذا الوصف حين يُربط بحقّ الملكيّة: أنّ المالك له أن يستعمل، وأن يستغلّ، وأن يتصرّف لوحده (أن يختصّ وينفرد بهذه الأمور)[910]. هذا الحقّ للمالك يتضمّن منعا للغير بأن يأتي من تلقاء نفسه ودون إذن من المالك هذه الأفعال الثّلاثة أو حتّى أن يشارك فيها المالك[911]. ولقد قيل إنّ العنصر الأساسيّ لحقّ الملكيّة، والذي نجده في الأموال المادّيّة وغير المادّيّة، هو الاستئثار الممنوح لشخص على أمواله والذي يعارض به الجميع. إنّ العنصر الثّابت في الملكيّة هو حضور سلطة منع استئثاريّة، مطلقة، ومن ثمّ يُعارَض بها الجميع [912]. فما يجعل المالك مالكا هو الطّرق التي بمقتضاها يسمح النّظام القانونيّ لشخص بأن يفرض على الغير علاقة حرمان (relation privative) من الشّيء، والطّرق التي بمقتضاها يحمي النّظام القانونيّ هذه العلاقة[913]. إذن ما معنى

---

[910] انظر حول الاستئثار بحقّ الاستعمال والاستئثار بحقّ الاستغلال والاستئثار بحقّ التّصرّف: صلّوحة بومية، خاصّيّة الاستئثار في حقّ الملكيّة، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2000 – 2001، ص 59 وما بعدها.

[911] انظر: صلّوحة بومية، م س، ص 77 وما بعدها؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 191، ص 157.

[912] موريال فابر–ماغنان، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 10)، الفقرة 28.

[913] ف زيناتي، «من أجل تجديد نظريّة الملكيّة»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ، 1993، ص 316.
F. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, p. 316.

قارن مع:

أن يكون المرء مالكا؟ معناه ليس أنّ الشّيء لا يوجد في كلّ علائقه إلّا بالنّسبة إلى المالك، بل معناه أنّ الشّيء لا يوجد إلّا بالنّسبة إلى المالك في هذه العلاقة أو تلك التي تعتبر متميّزة[914]. فالملكيّة إذن تتضمّن أن يكون الشّيء تجاه المالك على نحو مختلف عن النّحو الذي هو عليه تجاه الآخرين، كلّ الآخرين[915]. ببيان مختلف: الملكيّة هي أوّلا حقّ استعمال (وعدم استعمال) واستغلال (وعدم استغلال) وتصرّف (وعدم تصرّف) ممنوح لشخص، أي هي غياب منعٍ له من الاستعمال والاستغلال والتّصرّف. لكنّ الملكيّة ليست فقط ما سبق، بل هي حقّ استعمال

غريغوري س ألكسندر وإدواردو م بينالفر، مقدّمة لنظريّة الملكيّة، منشورات جامعة كمبريدج، نيويورك، 2012، ص 130 وما بعدها.

Gregory S. Alexander and Eduardo M. Penalver, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge University Press, New York, 2012, p. 130 ff.

(914) جون–لويس غارديس، م س، ص 205.

(915) م س، ص 206.

وفي الفقه الإسلاميّ كتب عن الاستئثار (أو الاختصاص) ما يلي: "لإثراء الأمّة وأفرادها طريقان: أحدهما التّملّك، والثّاني التّكسّب [...] فالتّملّك هو أصل الإثراء البشريّ. وهو اقتناء الأشياء التي يُستحصَل منها ما تسدّ به الحاجة بغلاّته أو بأعواضه، أي أثمانه. والأصل الأصيل في التّملّك الاختصاص. فقد كان من أصول الحضارة البشريّة أن يدأب المرء إلى تحصيل ما يحتاج إليه [...] (وإلى ادّخار ما يفيض عن حاجته. وقد سُمّي هذا) التّحصيل والادّخار مِلكا [...] (ورئي أنّ للمالك) حقّ الاختصاص بما [...] (ملكه، وأن لكلّ أحد) الحقّ في أن يتصرّف فيما حصّله تصرّفا مطلقا لا يقبل فيه تدخّل متدخّل [...] وأصل الشّريعة في تصرّف النّاس في أموالهم ومملوكاتهم هو إطلاق التّصرّف لهم للأحرار الرّشداء منهم، فلا ينتقص ذلك الأصل إلّا إذا كان المالك غير متأهّل لذلك التّصرّف". محمّد الحبيب ابن الخوجة، م س (الأعمال الكاملة، ج 5: مقاصد الشّريعة الإسلاميّة لشيخ الإسلام الإمام الأكبر محمّد الطّاهر بن عاشور)، ص 466 وما بعدها.

واستغلال وتصرّف يستأثر به هذا الشّخص: فلستُ مالكًا –كما يقول أحدهم – إلّا لأنّ الحقوق الثّلاثة الممنوحة لي ممنوعة على الغير إلّا بإذني[916].

152 قول وإشكالان على القول ◊ وينبغي أن نقول هنا كلمة[917]: إنّ الملكيّة شيء اعتباريّ، أي شيء لا أوصاف أساسيّة له ولا جوهر بالمعنى الذي نجده لعبارة الأوصاف الأساسيّة والجوهر (وغير ذلك من العبارات المرادفة) حين يتعلّق الأمر بالأجسام. بتعبير مختلف: حقّ الملكيّة وعاء يملؤه القانون بمعنى يعدّه هو المميِّز لهذا الحقّ عن غيره من الحقوق. بعد ذلك لن نجد في الوعاء إلّا ما تمّ ملؤه به. فمثلا يمكن أن نجد قانونا يقول إنّ التّصرّف في الرّقبة خاصّ بالمالك، ومن ثمّ هو جوهر للملكيّة. لكن يمكن أيضا أن نجد قانونا يعتبر أنّنا لا زلنا أمام ملكيّة حتّى في الصّورة التي تُسحَب فيها من المالك جميع الحقوق بما في ذلك التّصرّف في الرّقبة[918]. هذا شأن القانون الإسلاميّ حيث نجد في الوقف أنّ الملكيّة تبقى للواقف (حتّى بعد موته)، لكنّها ملكيّة مقيّدة فلا تصرّف فيها زيادة على أن لا انتفاع[919].

---

(916) جون–لويس غارديس، م س، ص 146.

انظر أيضا:

جايمس بينر وهنري أ سميث، الأسس الفلسفيّة لقانون الملكيّة، منشورات جامعة أكسفورد، المملكة المتّحدة، 2013، ص 219 وما بعدها.

James Penner and Henry E. Smith, *Philosophical Foundations of Property Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, p. 219 ff.

(917) سبقت الإشارة إلى هذه الكلمة في الفقرة 78، الهامش وفي الفقرة 89، الهامش.

(918) جون–لويس غارديس، م س، ص 202.

(919) وهذا قول المالكيّة وبعض الإماميّة: محمّد أبو زهرة، م س (محاضرات في الوقف)، ص 106.

ولقد جاء في أحد المؤلّفات أنّ "الحبس (أو الوقف) ليس في جوهره إلّا هبة لحقّ الانتفاع بشيء. فملكيّة الشّيء المحبّس تبقى للواهب بطريقة مجرّدة حتّى بعد وفاته". س بارج، م س، 456.

ملاحظة: قبل هذا الكلام بقليل، وفي الصّفحة عينها، قيل إنّ الحبس حقّ عينيّ.

فإذا استقرّت في الأذهان الفكرة السّابقة التي مفادها أنّنا أمام اعتباريّات لا حقائق، أمكن – في هذا الإطار المضبوط – القول إنّه وفي بعض القوانين الاستئثار جوهر للملكيّة.

وقد يُشكَل على هذا القول بملاحظة أنّ الأشياء غير المادّيّة تتمنّع على الاستئثار[920]، ومن ثمّ: فإمّا أنّ الاستئثار ليس جوهر الملكيّة، وإمّا أنّ ملكيّة الأشياء غير المادّيّة ليست ملكيّة[921]. لكن يمكن القول هنا إنّ الشّيء غير المادّيّ هو مال اعتباريّ، وإنّ القانون هو الذي يقرّر أن يجعل شيئا مَا غير مادّيّ (أن يجعله) مالًا حين يرى أنّه يستحقّ حماية ويستحقّ أن يُجعل خالصا لشخص وأن يمنع منه الآخرون[922]. لقد فعل القانون هذا مع الملكيّة الفكريّة ومع بعض أنواع الحرفاء، وقد يفعل هذا في المستقبل مع أشياء أخرى غير مادّيّة[923]. وهكذا ثمّ استئثار لا فقط في ملكيّة الأشياء المادّيّة، بل أيضا في ملكيّة الأشياء غير المادّيّة.

وثمّ إشكال آخر. فالبعض يرى أنّ وصف الاستئثار لا يمكن أن نسم به إلّا الملكيّة الفرديّة، أمّا في الملكيّة المشاعة، أي حين يشارك مالكٌ مالكاً آخر في الحقوق

---

[920] ما إن تعلن للغير عن فكرتك، حتّى تفقد الاستئثار والاختصاص بها.

[921] انظر هذا الكلام وقد أُتِي به في إطار القانون الفرنسيّ: موريال فابر–ماغنان، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 10)، الفقرة 20؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 190، ص 152.

[922] بعبارة أخرى: يقرّر القانون أن ثمّ استئثارا وهو ليس موجودا في الواقع، ويمنع على أساس هذا الاستئثار الغير مثلا من الاستفادة مادّيّا من المال غير المادّيّ.

[923] موريال فابر–ماغنان، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 10)، الفقرة 24.

قارن مع: جون–لويس غارديس، م س، ص 202.

الثّلاثة[924]، فلا يمكن أن نتحدّث عن هذا الوصف. هذا الكلام صحيح، لو نظرنا إلى ملكيّة كلّ شريك على حدة؛ لكن لو نظرنا إلى الملكيّة التي هي لمجموع الشّركاء، لقلنا إنّها ملكيّة استئثاريّة، لأنّ من لا يدخل في المجموعة لا يمكنه أن يستعمل أو يستغلّ أو يتصرّف[925].

153 وصف الاستئثار في القانون التّونسيّ ◊ ويُفهم الفصل 17، وتحديدا عبارته "يخوّل صاحب الشّيء وحده"، على أنّها تعني أنّ المشرّع كرّس وصف الاستئثار في حقّ الملكيّة مع ما يحويه هذا الوصف من مضمون سبق ذكره منذ قليل.

ونجد في القانون التّونسيّ أحكاما – تعرّضنا إلى البعض منها سابقا – تهدف إلى حماية استئثار المالك، أي أحكاما تعطي المالك أدوات تمنع الغير من الاعتداء على ملكه ومن تقييد حقّه في الاستعمال أو الاستغلال أو التّصرّف.

---

[924] حول الملكيّة المشاعة، انظر الفقرة 245 وما بعدها.

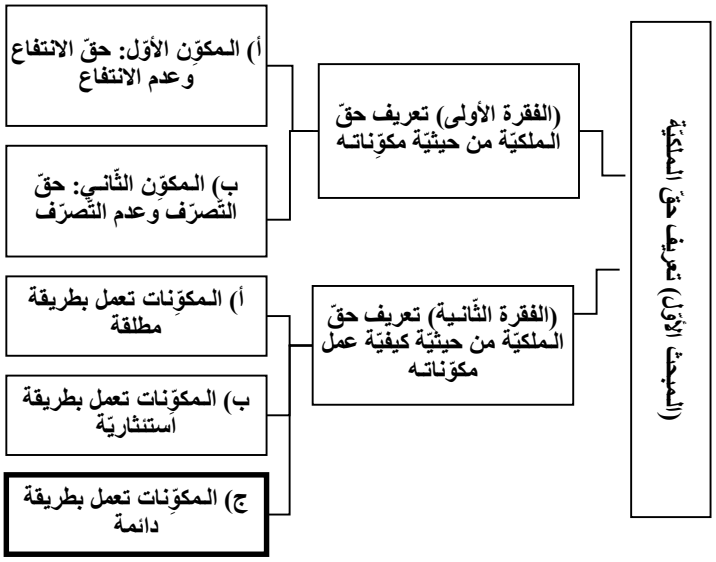
[925] انظر حول وجود موقفين، واحد يقول إنّ الملكيّة المشاعة ليس فيها استئثار والآخر يقول إن فيها استئثارا:

لوسي لافلام، الحقّ في القسمة والقسمة، أطروحة، كلّيّة الحقوق. جامعة لافال، كيباك، أفريل 1998، ص 61 وما بعدها.

Lucie Laflamme, *Droit au partage et partage*, Th., Faculté de Droit. Université Laval, Québec, Avril 1998, p. 61 s.

وهكذا فإنّ الملكيّة ومكوّناتها تعمل بطريقة استثناريّة. بقي الآن أن نرى أنّها تعمل بطريقة دائمة(926).

(926)



ج) المكوِّنات تعمل بطريقة دائمة

154 **تقسيم البحث** ◊ يقصد الفقه من وصف الدّوام[927] حين ينسبه لحقّ الملكيّة (droit perpétuel) معنيين: من جهة أنّ حقّ الملكيّة دائم ما دام محلّه، ومن جهة أخرى أنّ حقّ الملكيّة دائم ولو لم يُستعمل من صاحبه[928].

1/ الملكيّة دائمة ما دام الشّيء

155 **الدّوام وجوهر الملكيّة** ◊ يدور حقّ الملكيّة (الاستعمال + الاستغلال + التّصرّف) وجودا وعدما مع الشّيء الذي هو محلّ له: إذا وُجد الشّيء، أمكن أن يوجد حقّ ملكيّة (استعمالٌ + استغلال + تصرّف) عليه؛ وإذا هلك شيء عليه حقّ ملكيّة، زال بهذا الهلاك حقّ ملكيّته (لا استعمال لمعدوم، ولا استغلال له، ولا تصرّف فيه).

---

[927] في فرنسا قيل إنّ وصف الدّوام يلزم عنه وصف آخر هو قابليّة الانتقال. فلا طريق للمالك الذي له حياة محدودة لأن يكون حقّه دائما إلّا إذا أمكن له نقل هذا الحقّ في قائم حياته أو بسبب موته: باتريس جوردان، م س، ص 59. انظر أيضا حول صفة الدّوام:

كاترين بوركييه، الملكيّة والدّوام، المنشورات الجامعيّة آكس مرسيليا، مرسيليا، 2000.

Catherine Pourquier, *Propriété et perpétuité*, P.U.A.M., Marseille, 2000.

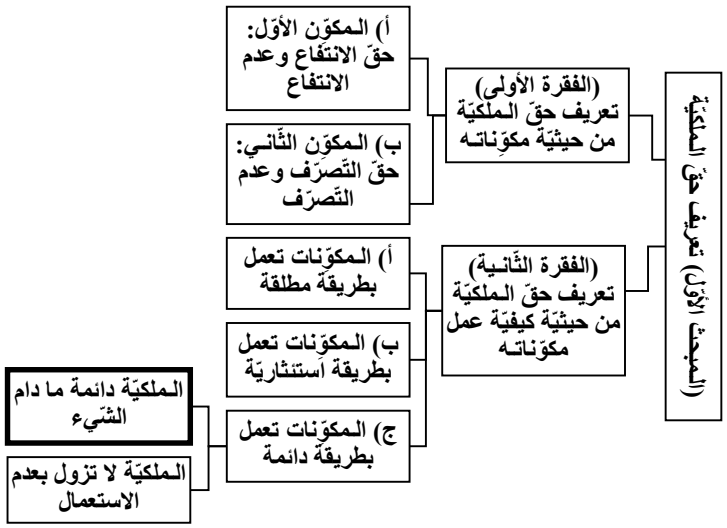
ت لامارش، «عدم التّقادم وقانون الأموال»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ، 2004، ص 403 وما بعدها.

Th. Lamarche, «L'imprescriptibilité et le droit des biens», RTD civ., 2004, p. 403 s.

والدّوام خاصّيّة ينفرد بها حقّ الملكيّة مقارنة بحقّ الانتفاع حين يكون صاحبه الغير. فهذا الحقّ قد يزول ولمّا يهلك المال. هذا ما قاله الفصل 157 من مجلّة الحقوق العينيّة[929].

والنّصّ نفسه ينطبق على حقّ الاستعمال الذي صاحبه غيرٌ[930].

(928)



[929] هذا ما قاله النّصّ على مستوى "أوّلا" و"ثانيا" و"ثالثا" و"رابعا":

"ينقضي حقّ الانتفاع بأحد الأسباب الآتية:

أوّلا: موت المنتفع؛

ثانيا: انتهاء مدّة الانتفاع؛

ثالثا: اجتماع حقّي الانتفاع والملكيّة في شخص واحد؛

رابعا: عدم ممارسة حقّ الانتفاع مدّة خمس سنوات؛

خامسا: بهلاك العين".

[930] انظر الفقرة 344 وما بعدها.

وبالنّسبة إلى حقّ الارتفاق، وحسب الفصلين 188 و189 من المجلّة، فإنّه يزول بزوال موجبه، وباجتماع العقّار المرتَّب له والمرتَّب عليه في يد واحدة، وبعدم استعماله مدّة خمس عشرة سنة؛ في جميع هذه الصّور الحقّ زال، أمّا ما انصبّ عليه الحقّ فباق لم يَزُل.

ويفسّر أحدهم هذا التّميّز لحقّ الملكيّة بالقول إنّ مأتاه كون الملكيّة أصلا "تتفرّع عنه سائر الحقوق العينيّة. وإذا كان الشّيء له وجود قانونيّ، فعنوان وجوده هو أن يقوم عليه حقّ الملكيّة. ويبقى هذا الحقّ على سبيل الدّوام. وإذا تفرّعت عنه حقوق أخرى، فمصير هذه الحقوق إلى الزّوال. فإذا ما زالت، عاد حقّ الملكيّة كاملا كما كان وبقي دائما دون أن ينتقص من دوامه تفرّع بعض الحقوق عنه. فإذا ما زال الوجود القانونيّ للشّيء، بهلاكه في العقّار والمنقول، أو بالتّخلّي عنه في المنقول حيث ينقلب الوجود القانونيّ إلى وجود فعليّ، زال حقّ الملكيّة. فحقّ الملكيّة إذن مرتبط، لا بالوجود الفعليّ للشّيء، بل بوجوده القانونيّ"[931].

بعبارة أخرى: وصف الدّوام يمكن أن ينفكّ عن حقّ الملكيّة. فإذا تنازل مالك المنقول عنه، زال حقّ الملكيّة وأصبح المنقول بلا مالك (الفصل 24 من مجلّة الحقوق العينيّة). هذا يعني أنّ حقّ الملكيّة لم يعد موجودا رغم بقاء الشّيء موجودا (الأمر مختلف كما رأينا مع العقّار؛ فهنا إذا تنازل المالك عن الملكيّة، انتقلت إلى الدّولة: الفصل 23). لكن رغم ما جاء الآن عن المنقول، فالدّوام الذي ينفكّ هو المرتبط بالوجود الفعليّ للشّيء لا المرتبط بوجوده القانونيّ. بعبارة واحدة، وحسب الفقه المذكور منذ قليل: إذا قلنا هذا الشّيء مملوك، قلنا هو موجود قانونا. فإذا زالت الملكيّة، زال الوجود القانونيّ. وإذا بقيت، بقي. فالملكيّة إذن باقية ببقاء الشّيء الذي هو محلّ لها،

---

[931] عبد الرّزّاق السّنهوري، م س، ج 8، ص 535.

وتحديدا ببقائه قانونا. ثمّ هي تزول في المنقول بزوال وجود المنقول قانونا (حين يصبح شيئا مباحا ليس بمال[932])؛ وتزول في المنقول والعقّار، بزوالهما من الوجود الفعليّ. هذا الكلام يصحّ أيضا على حقّ ملكيّة الأشياء غير المادّيّة. لكن ألا نناقض هنا ما رأيناه سابقا من أنّ هذا الحقّ مؤقّت[933]، وأنّه يزول وإن بقي محلّه موجودا؟ فحقّ تأليف كتاب مثلا ينقضي بعد مدّة[934]، أمّا الكتاب فباق. ينتج عن هذا – إذا كنّا نرى أنّ جوهر الملكيّة كونها تدوم بدوام محلّها – أن نقول إنّ ملكيّة الأموال غير المادّيّة ليست ملكيّة. ويمكن الجواب على الاعتراض بالقول إنّنا هنا أمام مال اعتباريّ، وصاحب الاعتبار قرّر أنّه وبعد مدّة معيّنة لم نعد أمام مال بل أمام شيء لا مالك له، وهو هنا مضمون الكتاب[935]. وهكذا فملكيّة المال غير المادّيّ كملكيّة المال المادّيّ تبقى ببقاء الشّيء قانونا وتزول بزواله قانونا[936].

---

[932] انظر الفقرة 15.

[933] انظر الفقرة 63.

[934] انظر الفقرة 63 حيث ورد أنّ القانون التّونسيّ يقول إنّ حقّ التّأليف يدوم طيلة حياة المؤلّف ويستمرّ خمسين سنة لفائدة ورثته بعد وفاته.

[935] قرّب من: موريال فابر–ماغنان، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 527 إلى 532، الكرّاس 10)، الفقرة 25.

[936] وقد يمكن أن نقول مع الفلاسفة إنّ الشّيء المادّيّ موجودٌ زمنيّ، أمّا الشّيء غير المادّيّ فموجود غير زمنيّ. فإذا كان غير زمنيّ، لم يمكن الحديث عن دوامه (أي عن وجوده في مقطع من الزّمن محدّدة بدايته وغير محدّدة نهايته) أو تأقيته (أي عن وجوده في مقطع من الزّمن محدّدة بدايته ونهايته أيضا). وإذا لم يمكن الحديث عن دوامه أو تأقيته، لم يمكن القول إنّ حقّ ملكيّته يدوم بدوامه.

انظر ما تقوله الفلسفة من:

أنّ الشّيء ما دام موجودا ماديّا، فهو متحرّك؛ وما دام متحرّكا، فلابُدّ من امتداد ومقدار لحركته.

أنّ ما يعيّن مقدار الحركة هو الزّمان، لأنّه – وهذا هو تعريفه – الكمّيّة التي يتحدّد بها مقدار الحركة.

ولأنّ الملكيّة دائمة، فإنّ "النّتيجة المنطقيّة لذلك هي أنّه لا يجوز أن تقترن [...] بأجل فاسخ أو واقف[937] وإلّا كانت الملكيّة مؤقّتة. فإذا اشترى شخص مالا (و) حدّد في عقد الشّراء أجلا فاسخا تنتهي ملكيّته للشّيء المبيع بانقضائه وتعود هذه الملكيّة للبائع بمجرّد انقضاء الأجل فإنّ ذلك لا يجوز، لأنّ ملكيّة المشتري تكون في هذه الحالة ملكيّة مؤقّتة بالأجل الفاسخ [...] كذلك لا يجوز أن تقترن الملكيّة بأجل واقف، فلا يجوز أن يشتري شخصٌ من آخر شيئا على ألّا تنتقل ملكيّة الشّيء إلى المشتري إلّا بعد انقضاء أجل معيّن، لأنّه إذا اقترنت ملكيّة المشتري بأجل واقف كانت ملكيّة البائع في هذه الحالة ملكيّة مؤقّتة تنتهي بانقضاء الأجل الواقف. والذي يجوز هو أن يلتزم البائع بنقل الملكيّة إلى المشتري عند حلول أجل معيّن. فيكون الالتزام بنقل الملكيّة، لا حقّ الملكيّة ذاته هو المؤجّل. ولا تكون ملكيّة البائع في هذه الحالة ملكيّة مؤقّتة، وإنّما هي ملكيّة دائمة يستطيع أن يتصرّف فيها إلى مشتر آخر لتنتقل إليه، ويكون البائع عند ذلك قد أخلّ بالتزامه نحو المشتري الأوّل، ويلتزم بالتّعويض لا بنقل الملكيّة"[938]. ويواصل صاحب المقتطف قائلا إن ثمّ في مصر وفي فرنسا من يرى أنّ الملكيّة يمكن أن تكون مقترنة بأجل ومن ثمّ أن تكون مؤقّتة. ويردّ قائلا إنّ عدم جواز اقتران الملكيّة بأجل هو نتيجة حتميّة للقول إنّ الملكيّة حقّ دائم. فـ"اقتران الملكيّة بأجل يتنافر تنافرا تامّا مع طبيعة الملكيّة ومع العناصر التي تشتمل عليها. ويكفي أن نفترض ملكيّة مقترنة بأجل لمدّة سنة مثلا.

أنّ الموجودات غير المادّيّة، أي الموجودات في عالم غير الطّبيعة، هي موجودات غير زمانيّة. فإذا كنّا أمام مجرّد، أي إذا لم توجد المادّة، لم توجد الحركة؛ وإذا لم توجد الحركة، لم يوجد الزّمان. عبد الجبّار الرّفاعي، م س، ج 2، ص 190 وما بعدها.

[937] انظر حول الأجل الفاسخ والواقف الفقرة 130 (الهامش).

[938] عبد الرّزّاق السّنهوري، م س، ج 8، ص 539 و540.

فهذه الملكيّة [...] تتنافر مع ما يشتمل عليه حقّ الملكيّة من عناصر. فمن أخصّ عناصر الملكيّة أنّه يجوز للمالك أن يتصرّف في ملكه، بل وله أن يستهلكه وأن يتلفه. ويتعيّن إذن أن نعطي هذه السّلطات لمالك الشّيء مدّة سنة. فإذا تصرّف هذا المالك في الشّيء أو استهلكه أو أتلفه في خلال السّنة التي يكون فيها مالكا، فكيف يمكن إذن تصوّر رجوع الملكيّة إلى صاحبها الأصليّ بعد انقضاء السّنة. ليس أمامنا هنا إلّا أحد طريقين: فإمّا أن نقول بعدم جواز التّصرّف أو الاستهلاك أو الإتلاف حتّى يعود الشّيء سليما إلى مالكه الأصليّ بعد انقضاء السّنة، وفي هذه الحالة لا تكون الملكيّة المؤقّتة في حقيقتها إلّا حقّ انتفاع لا يجوز لصاحبه أن يتصرّف في الرّقبة أو أن يستهلك الشّيء أو يتلفه. ويعود الشّيء إلى صاحبه الأصليّ بعد زوال حقّ الانتفاع أي بعد انقضاء السّنة. وإمّا أن نقول بجواز التّصرّف والاستهلاك والإتلاف، وفي هذه الحالة لا تكون الملكيّة مؤقّتة، بل هي ملكيّة دائمة تصرّف فيها صاحبها أو استهلك الشّيء المملوك أو أتلفه، ومن ثمّ لا يعود الشّيء إلى صاحبه الأصليّ بعد انقضاء السّنة. ولو أنّنا حلّلنا هذه الحالة الأخيرة تحليلا دقيقا، لتبيّن أنّ المالك لمدّة سنة هو في الواقع من الأمر مالك ملكيّة دائمة، وقد وعد بإعادة الملكيّة إلى صاحبها الأصليّ بعقد جديد. وإن أخلّ بالوعد، لم يكن مسؤولا إلّا عن التّعويض"[939].

[939] م س، ج 8، ص 540 و541. انظر أيضا حول الاحتفاظ بالملكيّة على سبيل الضّمان، وعموما حول الملكيّة كوسيلة ضمان: نبيل إبراهيم سعد، الملكيّة كوسيلة للضّمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2007. انظر كذلك: محمّد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكيّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2007؛ همّام محمّد محمود زهران، الحقوق العينيّة الأصليّة. حقّ الملكيّة. أحكام حقّ الملكيّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2010، ص 53 وما بعدها. وفي القانون التّونسيّ انظر من يقول إنّ بند الاحتفاظ بالملكيّة "يدرج عادة في البيع بالتّقسيط ويتأجّل بمقتضاه انتقال ملكيّة المبيع

إلى المشتري إلى حين دفع آخر قسط في الثّمن، فيقال إنّ البائع يحتفظ بالملكيّة رغم وقوع التّسليم وذلك ضمانا لاستخلاص ثمن البيع. وبصرف النّظر عن الجدل الكبير الذي أثاره هذا البند حول صحّته والاحتجاج به وخاصّة طبيعته القانونيّة (شرط تعليقيّ/ شرط فسخيّ/ أجل تعليقيّ/ أجل فسخيّ/ عقد ابتدائيّ ملزم للجانبين)، فالمهمّ أنّ مفعوله – إن صحّ – هو تأجيل انتقال الملكيّة حتّى دفع آخر قسط من الثّمن، وذلك بموجب رضائيّة انتقال الملكيّة نفسها التي تسمح لإرادة الأطراف أن تعدّل فوريّة انتقال الملكيّة، وهي ليست من النّظام العامّ بما أنّها متعلّقة بزمن الانتقال لا بالانتقال ذاته، وهو ما تجيزه النّصوص صراحة حيث يبيح الفصلان 584 و585 من مجلّة الالتزامات والعقود تغيير النّتائج الأساسيّة لانتقال الملكيّة الرّضائيّ «باتفاقات مخالفة»، ويتعلّق الأمر بالحقّ في إحالة التّفويت في المبيع وإحالة الثّمن وضمان المبيع. كما أنّ المشرّع أقرّ أثر بند الاحتفاظ بالملكيّة صراحة في أمر 7 نوفمبر 1935 المتعلّق بالبيع المؤجّل للسّيارات والجرّارات". أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، ص 343 وما بعدها.

انظر كذلك من يتحدّث في القانون الفرنسيّ عن "التّصرّف الائتمانيّ" fiducie ويقول: "الملكيّة العاديّة دائمة [...] وهي تختلف في هذا عن الحقوق الشّخصيّة وعن الحقوق العينيّة الأخرى. وتبتعد الملكيّة العاديّة عن «الملكيّة–الائتمان « propriété fiduciaire التي هي مؤقّتة. وهي ليست مؤقّتة بسبب مدّتها القصوى 99 سنة (الفصل 2018)، بل بسبب طبيعتها وماهيّتها. ففي «الائتمان–التّصرّف» fiducie-gestion الملكيّة لا تدوم إلّا لوقت التّصرّف. وفي «الائتمان–التّبرّع» fiducie-libéralité لا تدوم إلّا لوقت الانتقال الذي يمكن أن يمتدّ في الزّمن. وفي «الائتمان–التّأمين» fiducie-sûreté لا تدوم إلّا إلى حلول الأجل، وذلك حتّى وإن لم ينفّذ المدين التزامه، لأنّ الدّائن لا يكتفي بالاحتفاظ بـ"الملكيّة–الائتمان" للمال بل يحصل على ملكيّته ملكيّة عاديّة تعوّض الأولى: فملكيّته تكفّ عن أن تكون ائتمانيّة فحسب لتصبح ملكيّة عاديّة".

م غريمالدي، «إدخال التّصرّف الائتمانيّ في القانون الفرنسيّ»، المجلّة القانونيّة هنري كابيتون، العدد 30، جوان 2011، ص 7، مذكور عند: ختام حَفّيظ، التّنفيذ الجبريّ والحقوق الأساسيّة، أطروحة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2015 – 2016، الفقرة 547، الهامش.

M. Grimaldi, « L'introduction de la fiducie en droit français », *Revue de Droit Henri Capitant*, n° 30 juin 2011, p 7, in: Khitem Haffidh, *L'exécution forcée et les droits fondamentaux*, Thèse, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2015 – 2016, n° 547 (note).

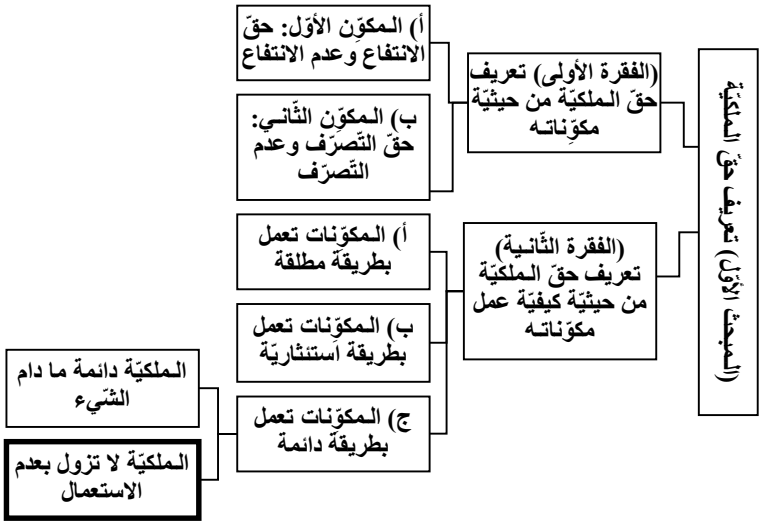
وهكذا فإنّ المكوّن المتمثّل في التّصرّف يجعل حقّ الملكيّة لا يقترن بأجل ومن ثمّ لا يكون حقّا مؤقّتا، بل حقّا دائما.

لكنّ الفقه – إلى جانب ما سبق – يقصد بالدّوام أيضا أنّ حقّ الملكيّة لا يزول بعدم استعماله(940).

2/ الملكيّة لا تزول بعدم الاستعمال

156 الإرادة الضّمنية للمشرّع ◊ حسب مجلّة الحقوق العينيّة، تنقضي الحقوق العينيّة الأصليّة النّاقصة بعدم ممارستها (الفصل 157 بالنّسبة إلى حقّ الانتفاع والاستعمال، والفصل 189 بالنّسبة إلى حقّ الارتفاق). أمّا حقّ الملكيّة، فلم يرد في شأنه نصّ خاصّ به كما لم يرد نصّ عامّ يشمله وحقوقا أخرى•. ومنهجيّا إمّا أن نجد نيّة

(940)

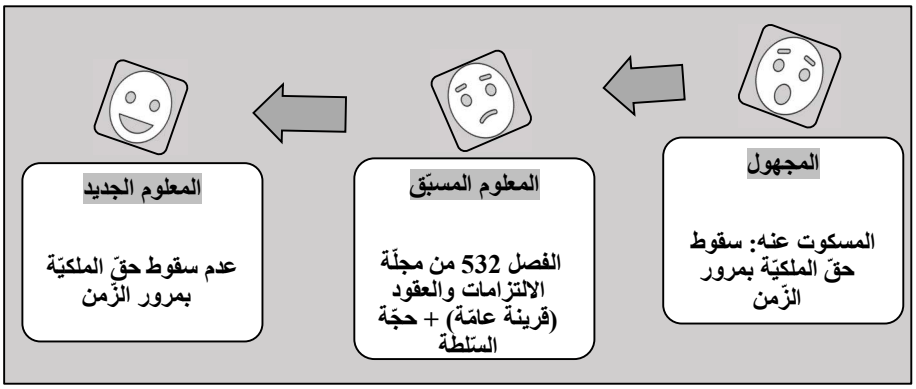


• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

للمشرّع وإمّا أن لا نجد. فإذا وجدنا، أعملنا الحكم الذي يوافقها. أمّا إذا لم نجد، عندها نمرّ إلى قياس الأولى، فقياس المثل، فقياس العكس.

ويمكن القول هنا إنّ لدينا نيّة للمشرّع نصل إليها بواسطة التّخمين. فإذا قرّر مشرّعٌ عدم انقضاء حقّ، فلا يحتاج لأن يأتي بنصّ في ذلك؛ أمّا إذا قرّر الانقضاء، فمن الضّروريّ أن يأتي بنصّ لأنّه من الضّروريّ أن يحدّد مدّة هذا الانقضاء. ولأنّه لا نصّ (خاصّ أو عامّ) يقول إنّ حقّ الملكيّة يزول إذا لم يمارس في مدّة معيّنة، فهذا يعني أنّ إرادة المشرّع أن لا يزول لأجل هذا السّبب. ولقد تبنّت محكمة التّعقيب هذا التّحليل حين قالت: "حقّ الملكيّة يبقى ما دام الشّيء باقيا ولم يحدّد له القانون وقتا معيّنا لانقضائه. ولذا فلا يزول لعدم الاستعمال. ولم يرد نصّ يقضي بزواله لعدم الاستعمال. فالمالك حرّ في أن يستعمل ملكه أو لا يستعمله. ومهما طالت مدّة عدم الاستعمال، فإنّ حقّ الملكيّة باق لا يزول ما دام حقّ الملكيّة لا يسقط بالتّقادم المسقط"[941].

[941] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 27456، 23 أفريل 1991، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 74؛ انظر أيضا التّعليق على هذا القرار: محمّد النّفيسي، «مبدأ دوام حقّ الملكيّة وعدم زواله بعدم الاستعمال»، القضاء والتّشريع، عدد 3، ماس 2000، ص 11.



157 الملكيّة وظيفة اجتماعيّة ◊ ممّا تقدّم يخلص أنّ عدم الفعل (عدم الاستعمال أو عدم الاستغلال أو عدم التّصرّف) لا يؤدّي إلى زوال صفة المالك، أي لا يوجب التّقادم المسقط لحقّ الملكيّة[942]. لكن لأنّ الملكيّة وظيفة اجتماعيّة، فما جاء للتّوّ له استثناءات. من هذه الاستثناءات ما سبق معنا من أنّ من يملك أرضا فلاحيّة ويهملها، قد تسحب منه وتوضع تحت الائتمان[943].

وفي الواقع لسنا هاهنا أمام استثناء حقيقيّ لأنّ الملكيّة لم تنقض عن صاحبها. ولكي نعثر على مثل هذا الاستثناء ينبغي أن نذهب: إمّا إلى أحكام قانون 13 فيفري 1995 على مستوى التّقادم المسقط للملكيّة، وإمّا إلى أحكام مجلّة الحقوق العينيّة على مستوى التّقادم المكسب للملكيّة.

فأمّا أحكام القانون الأوّل، فقد وجدناها[944] تقول إنّ مشتري أرض فلاحيّة من الدّولة، إذا لم يستغلّ الأرض بصفة مجدية لمدّة عشرين سنة، يسقط عنه حقّ الملكيّة.

انظر كذلك: سندة بوزغندة السّنوسي، «الزّمان والملكيّة العقّاريّة»، منشور في: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 81 وما بعدها.

Senda Bouzguenda Snoussi, « Le temps et la propriété immobilière», in: *Cinquantenaire du Code des droits réels 1965 – 2015*, Centre de Publication Universitaire, 2017, p. 81 s.

انظر في القانون المقارن:

كاترين بوركييه، الملكيّة والدّوام. بحث في مدّة حقّ الملكيّة، المنشورات الجامعيّة لآكس أون بروفانس، 2000.

Catherine Pourquier, *Propriété et perpétuité. Essai sur la durée du droit de propriété*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

(942) انظر هذا الكلام وقد أتي به في إطار القانون الفرنسيّ: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 191، ص 160.

(943) انظر الفقرة 109.

(944) انظر الفقرة 109.

وأمّا أحكام المجلّة، فسنجد فيها[945] أنّ عدم استعمال العقّار من المالك، إذا اقترن بحيازة من الغير بشروط معيّنة ولمدّة معيّنة، يؤدّي إلى انقضاء الملكيّة عن المالك ونشوئها لفائدة الحائز. طبعا هذا إذا كان العقّار غير مسجّل[946]. أمّا إذا كان مسجّلا، فلا انقضاء لملكيّة المالك ولا نشوء لملكيّة لفائدة الحائز[947].

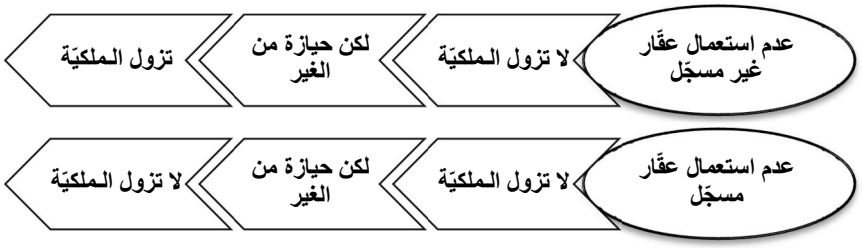
من كلّ ما جاء أعلاه يمكن القول إنّ حقّ الملكيّة ومكوّناته يعملان بطريقة دائمة. قبل ذلك رأيناهما يعملان بطريقة استثناريّة ومطلقة. هكذا نكون قد فرغنا من تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة كيفيّة عمل مكوّناته. قبل ذلك عرّفنا هذا الحقّ من حيثيّة

---

[945] انظر الفقرة 214.

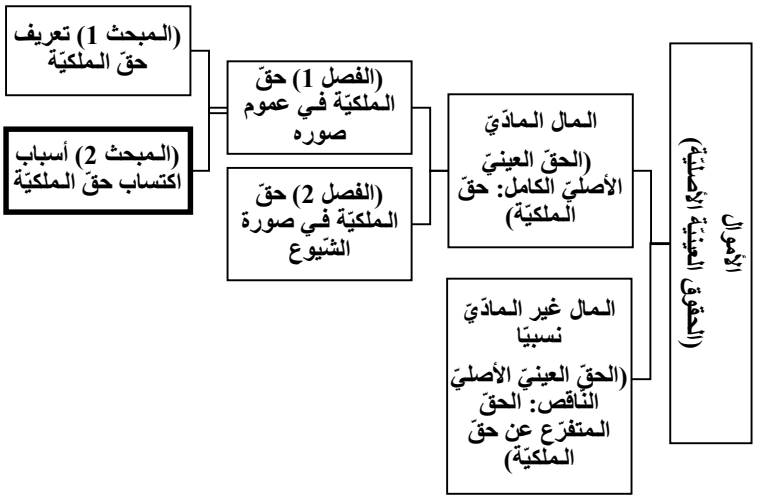
[946] سنجد لاحقا أنّ الدّعوى الاستحقاقيّة تسقط بمضيّ المدّة إذا تمسّك الحائز بسقوطها (انظر الفقرة 217). فإذا قلنا إنّ هذه الدّعوى هي مجرّد ممارسة لحقّ الملكيّة (انظر الفقرة 52)، عندها يمكن القول إنّ حقّ الملكيّة يسقط بمضيّ المدّة.

[947]



المكوِّنات في نفسها. بعد التّعريف من الحيثيّتين، ينبغي النّظر في أسباب اكتساب الملكيّة(948).

(948)



المبحث الثّاني: أسباب اكتساب حقّ الملكيّة

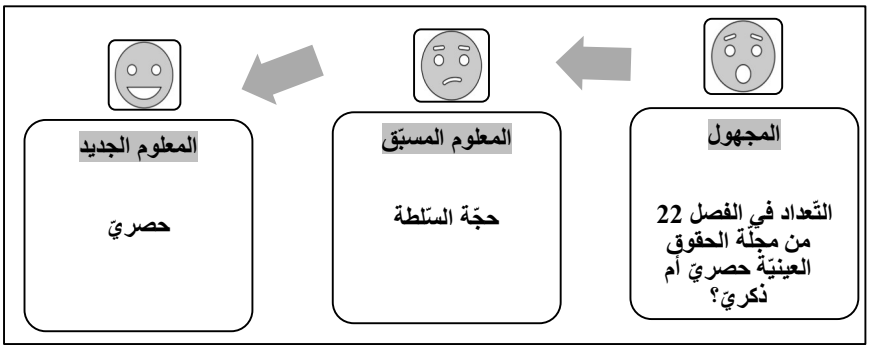
158 الفصل 22: قائمة مغلقة أم مفتوحة؟ ◊ ينصّ الفصل 22 من مجلّة الحقوق العينيّة على أنّه: "تكتسب الملكيّة بالعقد والميراث والتّقادم والالتصاق ومفعول القانون، وفي المنقول بالاستيلاء أيضا".

هنا نحن أمام تعداد•. فإذا اعتمدنا حجّة السّلطة، وجدنا محكمة التّعقيب تقول إنّ أسباب اكتساب الملكيّة وردت على سبيل الحصر(949).

159 الفصل 22: تأسيس أم تأكيد؟ ◊ وما جاء الآن يستدعي تدقيقا. فمفعول القانون سبب من أسباب اكتساب الملكيّة حسب النّصّ. والعقد والميراث والتّقادم

• إذن نحن أمام إطلاق يسمّى مقاميّا (انظر حول هذا الإطلاق وحول منهجيّة التّعامل معه: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، الفقرة 293)، ومن ثمّ نحن أمام صورة غموض في القانون.

(949) تعقيبيّ مدنيّ، عدد 18593، 4 فيفري 1989، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 97؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 25904، 14 جانفي 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 209؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 42605، 25 جوان 1996، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 313؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 48804، 26 جانفي 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 298.



والالتصاق والاستيلاء جميعها أسباب بمفعول القانون[950]. على هذا يحتمل الفصل 22 معنيين•: عبارة مفعول القانون تكرّر وتؤكّد معنى ورد بعدُ في النّصّ أو هي عبارة تؤسّس لمعنى جديد (أي تتضمّن أسبابا وردت في القانون [مثل الشّفعة والمصادرة والانتزاع من أجل المصلحة العامّة أو الخاصّة] ليست العقد وغير ذلك ممّا جاء في الفصل 22)؟

هنا تقول المنهجيّة بالبحث عن نيّة صاحب النّصّ (في النّصوص القانونيّة الأخرى، في الأعمال التّحضيريّة، إلخ) وإعطاء المعنى الموافق لهذه النّيّة إن تأكيدا فتأكيد وإن تأسيسا فتأسيس. فإن لم نجد نيّة صاحب النّصّ (وهي غير موجودة هنا)، عندها نمرّ إلى مرحلة ثانية ونقول: من المفروض أنّ المتكلّم عاقل، والحالة الغالبة للعاقل أن يؤسّس لا أن يكرّر. انطلاقا من هذه النّيّة المفترضة (إذن في المرحلة السّابقة بحثنا عن نيّة غير مفترضة) نعطي النّصّ المعنى المتمثّل في التّأسيس. بعبارة أخرى: ثمّ كمّ معيّن من العبارات ([العقد، إلخ] + [مفعول القانون]). هذا الكمّ قد يقصد به المتكلّم العاقل معنى واحدا، ومن ثمّ يكون قد أتى بهذا المعنى مرّتين (مرّة حين قال "العقد، إلخ"؛ ومرّة حين قال "مفعول القانون"). والغاية البلاغيّة هنا تكون في العادة التّأكيد. وقد يقصد العاقل من ذاك الكمّ معنيَيْن (عبارة "العقد، إلخ"، لها معنى؛ وعبارة "مفعول القانون" لها معنى آخر). إذن ثمّ احتمالان. والاحتمال الثّاني أرجح، لأنّه الأغلب لدى العقلاء. للتّعبير عن هذا الرّجحان تقول منهجيّة القانون الإسلاميّ: "التّأسيس أولى من التّأكيد، والإفادة أولى من الإعادة". أمّا في منهجيّة القانون الغربيّ، فيُتحدّث عن "الحجّة الاقتصاديّة" argument économique

---

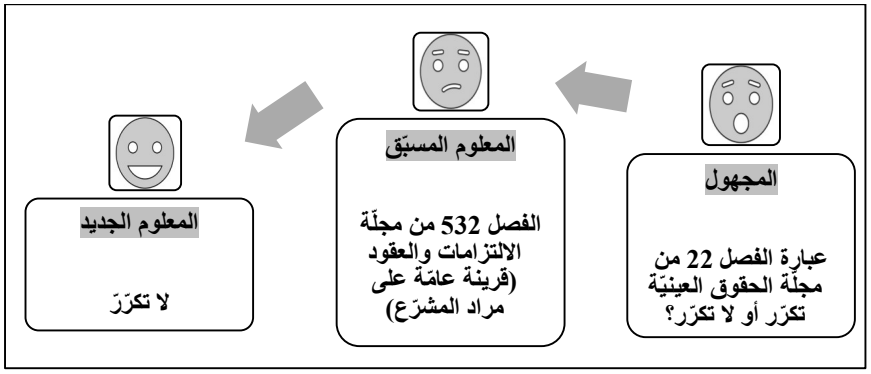
[950] نعم العقد مصدره الإرادة، لكن لكي ينتج عقد آثاره ينبغي أن لا يرفض له القانون ذلك. لذلك قلنا في المتن إنّ العقد النّاقل للملكيّة سبب لاكتساب هذه الملكيّة بمفعول القانون.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(الغالب عند العقلاء الاقتصاد، ومن الاقتصاد أن يؤدَّى المعنى الواحد بتعبير لا بأكثر)(951).

160 الفصل 22: كلّ سبب مستقلّ؟ ◊ وثمّ معنى آخر للنّصّ يمكن نسبته إليه•، إذا اعتمدنا حجّة السّلطة. حاصل هذا المعنى أنّ كلّ سبب مستقلّ بذاته ويكفي لوحده

(951)



انظر حول ما يسمّى قاعدة التّأسيس والحجّة الاقتصاديّة: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 236 و 264.

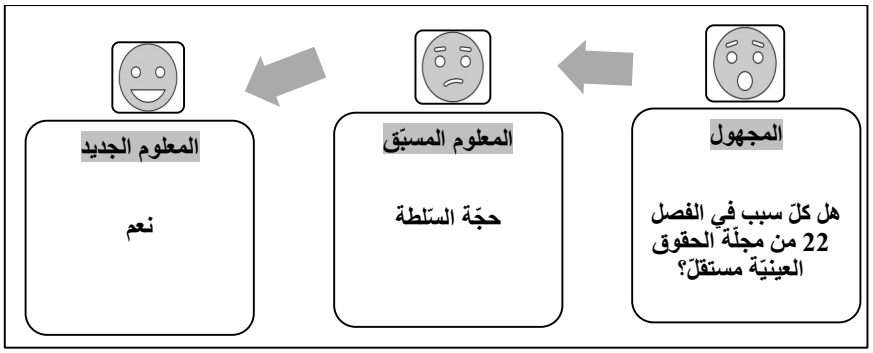
• نحن أمام صورة غموض في القانون.

لاكتساب الملكيّة ولا لزوم لاقترانه بسبب آخر ليكون منتجا[952]. فالسّبب الواحد إذن كافٍ. لكن ينبغي التّنبيه إلى أنّه ليس ضروريّا: فقد يرث شخص نصف منزل ويشتري النّصف المتبقّي من الورثة الآخرين.

161 تنظيم أسباب اكتساب الملكيّة ◊ فإذا انتقلنا الآن إلى مسألة منهجيّة من نوع مختلف، تحديداً إذا انتقلنا إلى منهجيّة التّعبير في قسمها المتعلّق بالتّنظيم[953]، قلنا إنّ أسباب اكتساب الملكيّة قُسّمت تقسيمات مختلفة:

التّقسيم الأوّل: أسباب اكتساب الملكيّة التي مردّها الموت وأسباب اكتساب الملكيّة التي لها مردٌّ آخر. وتكتسَب الملكيّة بسبب الموت في صورة الميراث والوصيّة (لم ترد الوصيّة في الفصل 22، لكن تنبغي إضافتها كما سيجيء ذلك لاحقا)[954].

(952)



انظر: تعقيبيّ مدنيّ عدد 70974، 6 جانفي 2000، غير منشور، ورد عند: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 183، ص 97..

(953) انظرها عند: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة أو البلاغة القانونيّة: التّعبير عن التّفكير)، الفقرة 26 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الثّاني. الموضوع النّظريّ والتّطبيقيّ. مذكّرة الماجستير وأطروحة الدّكتوراه)، الفقرة 15 وما بعدها.

(954) انظر الفقرة 170.

وتكتسَب بمردّ آخر في الصّور المتبقّية، أي في العقد والتّقادم والالتصاق ومفعول القانون والاستيلاء[955].

التّقسيم الثّاني: الأسباب الإراديّة لاكتساب الملكيّة والأسباب غير الإراديّة. والأسباب الإراديّة تتمثّل في العقد والوصيّة. أمّا الأسباب غير الإراديّة، فما تبقّى.

التّقسيم الثّالث: أسباب اكتساب ملكيّة شيء ليس مملوكا من أحد وأسباب اكتساب شيء مملوكٌ بعدُ. في الصّورة الأولى نحن أمام ما يسمّيه الوسط القانونيّ الاستيلاء. أمّا في الصّورة الثّانية، فنحن أمام العقد والميراث والتّقادم وغير ذلك ممّا ورد في الفصل 22.

التّقسيم الرّابع: أسباب اكتساب ملكيّة قديمة وأسباب اكتساب ملكيّة جديدة. في الصّورة الأولى: من صار مالكاً، صار "خَلَفًا" (ayant cause)؛ ومن كان مالكا، بات "سَلَفًا" (auteur)[956]؛ وهنا نجد العقد والوصيّة والميراث. أمّا في الصّورة الثّانية: فمن صار مالكا، ليس خلفا إمّا لأنّه لا وجود لملكيّة قديمة، أي لا وجود

---

[955] انظر حول انتقال الملكيّة بين الأحياء وذلك في القانون الفرنسيّ وغيره:

تيوفيل روكييه، انتقال الملكيّة بواسطة تصرّفات بين الأحياء، ج ب مطبعيّ المحاكم، باريس، 1856.

Théophile Rouquier, *Des mutations de propriété par actes entre vifs*, J. B. Gros Imprimeur des tribunaux, Paris, 1856.

ل دي فونتان دي ريباك، انتقال الملكيّة بين الأحياء في القانون الرّومانيّ والقانون القديم والقانون الرّاهن، طوبوغرافيا هنري بلون، باريس، 1864.

L. de Fontaine de Resbecq, *Transmission entre vifs de la propriété foncière en droit romain, dans le droit ancien et dans le droit actuel*, Typographie de Henri Plon, Paris, 1864.

[956] الخلف ayant cause (في الوسط القانونيّ الفرنسيّ ومن ثمّ في الوسط التّونسيّ) هو من يتلقّى حقّاً أو التزاماً من شخص آخر يسمّى سلفاً auteur. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "خلف" Ayant cause.

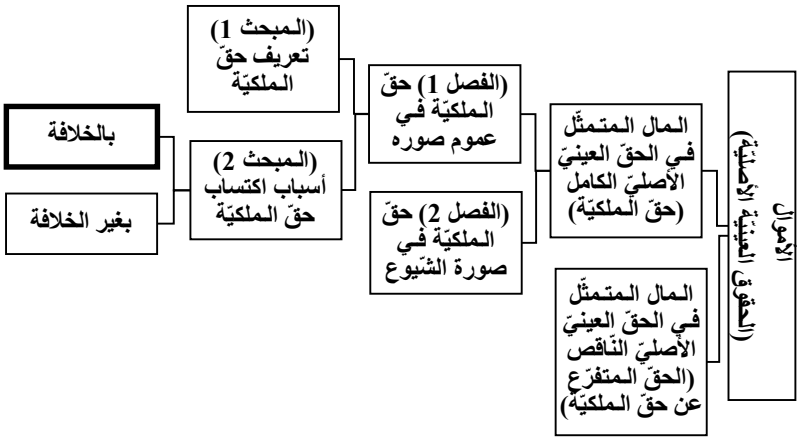
لسلف (هنا نجد الاستيلاء)، وإمّا لأنّ الملكيّة التي انتقلت إليه هي ملكيّة جديدة ومستقلّة عن الملكيّة القديمة التي كانت من قبلُ (هنا نجد التّقادم والالتصاق ومفعول القانون).

162 التّنظيم المختار ◊ ويمكن اختيار التّقسيم الأخير، أي يمكن اختيار تنظيم المادّة التي نحن بصددها وردّها إلى قسمين: أسباب اكتساب الملكيّة بالخلافة، وأسباب اكتساب الملكيّة بغير الخلافة(957).

الفقرة الأولى: أسباب اكتساب الملكيّة بالخلافة

163 الخلف الخاصّ والخلف العامّ ◊ تنتقل الملكيّة بواسطة العقد والميراث من مالك سابق (السّلف) إلى مالك جديد (الخلف). فإذا انتقلت الملكيّة بواسطة العقد (بيع – هبة – إلخ)، عندئذ يسمّى المالك الجديد "خلفاً خاصّاً" أو "خلفاً بوجه

(957)



خاصٍّ" (ayant cause à titre partriculier) للمالك السّابق[958]. أمّا إذا انتقلت الملكيّة بواسطة الميراث، فحينئذ يسمّى المالك الجديد "خلفا عامّا" أو "خلفاً بوجه عامّ" (ayant cause à titre universel)[959].

164 جمع المتماثلات وتقسيم البحث ◊ زيادة على العقد والميراث، تُدرَج ضمن أسباب اكتساب الملكيّة بالخلافة الوصيّة. ويمكن أن نفكّر في تقسيم هذه الأسباب إلى قسمين: قسم للخلافة العامّة، وقسم للخلافة الخاصّة. لكن، لئن كان الميراث يقع في الخلافة العامّة والعقد في الخلافة الخاصّة، فإنّ الوصيّة موزّعة بين الخلافتين. هذا يعني أنّ اختيار التّقسيم "خلافة عامّة/ خلافة خاصّة" يؤدّي إلى تشتيت دراسة الوصيّة بين عنوانين. لذا سنترك معيار العموم ونذهب إلى معيار آخر هو الإرادة. بمقتضى هذا المعيار يمكن أن نضع العقد والوصيّة تحت عنوان الخلافة الإراديّة. فالملكيّة تنتقل بمقتضى إرادة المتعاقدين في العقد وبمقتضى إرادة الموصي وقبول

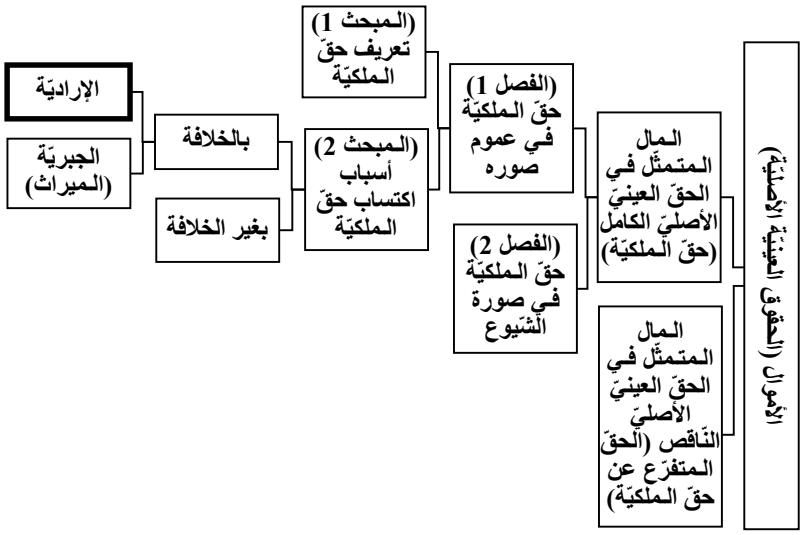
---

[958] الخلف الخاصّ أو بوجه خاصّ (في الوسط القانونيّ الفرنسيّ ومن ثمّ في الوسط التّونسيّ) هو الذي تلقّى من سلفه حقّا أو مجموعة حقوق معيّنة (مثال ذلك المشتري أو الموهوب أو الموصى له بشيء أو بمبلغ من المال)، ونقلت إليه حقوق على شيء لا التزامات (إلّا إذا وجدت استثناءات قانونيّة). جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "خلف" Ayant cause.

[959] الخلف بوجه عامّ (في الوسط القانونيّ الفرنسيّ ومن ثمّ في الوسط التّونسيّ) هو الذي تلقّى من سلفه كلّ أمواله (مثال ذلك حين يتوفّى شخص ولا يترك كوارث إلّا ابنا، فهذا الابن يرث كلّ مال الأب) أو منابا (ثلث، ربع، إلخ) من عموم أمواله (لم يتلقّ حقّا أو مجموعة حقوق معيّنة)؛ مثال ذلك شخص يتوفّى ويترك كورثة ابنين؛ هنا سيرث كلّ ابن النّصف من عموم المال. انظر: جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "خلف" Ayant cause.

الموصى له في الوصيّة. أمّا في الميراث فالأمر مختلف إذ الخلافة هنا جبريّة تتمّ دون إرادة المورّث ودون إرادة الوارث(960).

(960)



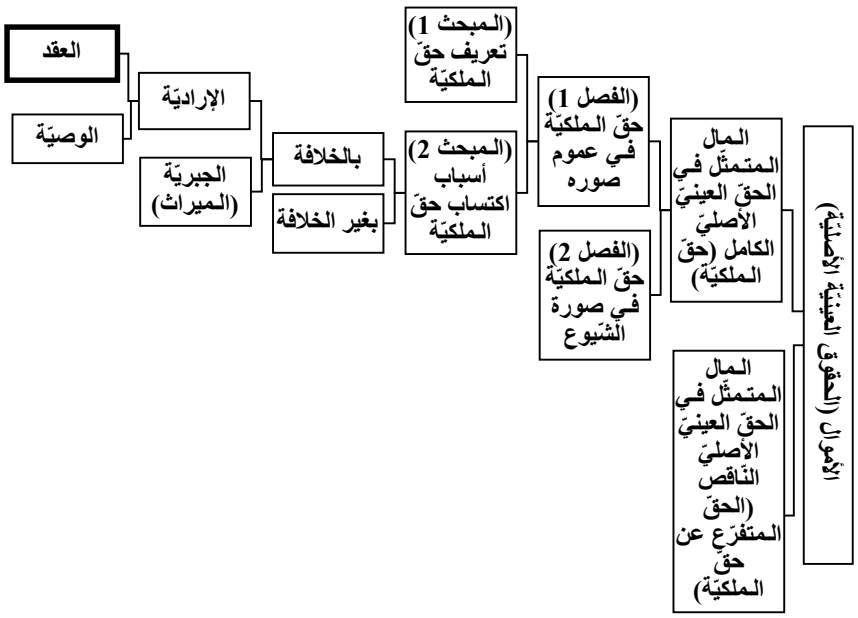
أ) اكتساب الملكيّة بالخلافة الإراديّة

165 **تقسيم البحث** ◊ هنا نجد، كما قيل منذ لحظة، العقد والوصيّة[961].

1/ اكتساب الملكيّة بالعقد

166 **من التّصرّف القانونيّ إلى العقد** ◊ في العرف[962] التّصرّف القانونيّ (يُقال أيضا العمل القانونيّ) acte juridique هو "عمليّة قانونيّة (أصليّة) تتمثّل في تمظهر للإرادة (العامّة أو الخاصّة، الواحدة أو المتعدّدة أو الجماعيّة) وموضوعها وأثرها هو إنشاء تبعات قانونيّة (إنشاء قاعدة، تغيير وضعيّة قانونيّة، إنشاء حقّ، إلخ). مثال:

(961)



(962) هذا هو العرف في فرنسا، ومن ثمّ في تونس.

ترتيب بلديّ ينصّ على نظام أمن، قرار بتسمية موظّف، عقد ناقل للملكيّة أو منشئ للالتزام [...]"[963].

داخل التّصرّف القانونيّ نجد الاتّفاق (convention). والاتّفاق في العرف[964] هو "[...] تفاهم إراديّ بين شخصين أو أكثر يهدف إلى خلق أثر قانونيّ: إنشاء التزام، نقل الملكيّة، نقل أو إنهاء التزام [...]"[965].

---

[963] النّصّ الأصليّ:

"Opération juridique (*negotium*) consistant en une manifestation de la volonté (publique ou privée, unilatérale, plurilatérale ou collective) ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique 'établissement d'une règle, modification d'une situation juridique, création d'un droit, etc). Ex. arrêté municipal édictant une réglementation de police ; décision nommant un fonctionnaire ; contrat translatif de propriété ou générateur d'obligation […]".

جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "تصرّف" Acte.

ويقابل التّصرّف القانونيّ الواقعة القانونيّة (fait juridique)، وهي في العرف الفرنسيّ ومن ثمّ في العرف التّونسيّ: حدثٌ (فعل عمديّ أو غير عمديّ للإنسان، حدث اجتماعيّ، ظاهرة طبيعيّة، حدث ماديّ) يربط القانونُ به آثارا قانونيّة (اكتساب حقّ، نشأة التزام، إلخ) لم يبحث عنها بالضّرورة صاحب الحدث. مثال ذلك: الجنحة تجبر صاحبها على التّعويض، الحوز لمدّة معيّنة يكسب الملكيّة، القوّة القاهرة تعفي المدين. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "واقعة" Fait.

ولقد تعرّضنا سابقا إلى حقّ الملكيّة وإلى كونه يتركّب من أشياء منها حقّ "التّصرّف القانونيّ" (أي حقّ المالك في أن يبيع أو يهب أو يوصي أو يعطي حقّ انتفاع أو حقّ رهن أو غير ذلك. انظر الفقرة 117).

ولقد قلنا حينها (في الهامش) إنّ هذا التّصرّف تقابله في اللغة الفرنسيّة عبارة: disposition.

كما قلنا إنّ هنالك شيئا آخر مختلفا يسمّى بدوره "تصرّفا قانونيّا". هذا "التّصرّف القانونيّ" تقابله في الفرنسيّة عبارة: acte juridique.

والتّصرّف القانونيّ الثّاني أوسع لأنّنا نجد فيه قرار تسمية موظّف ونحو ذلك.

[964] هذا هو العرف في فرنسا، ومن ثمّ في تونس.

[965] النّصّ الأصليّ:

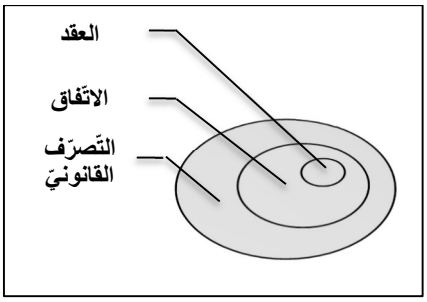
داخل الاتّفاق نجد العقد (contrat). والعقد في العرف[966]موضوعه إنشاء التزام أو نقل الملكيّة فحسب[967]. لكن أحيانا يستعمل الوسط القانونيّ عبارة العقد كمرادف لعبارة الاتّفاق[968].

"[…] accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinés à produire un effet de droit quelconque : créer une obligation, transférer la propriété, transmettre ou éteindre une obligation […]".

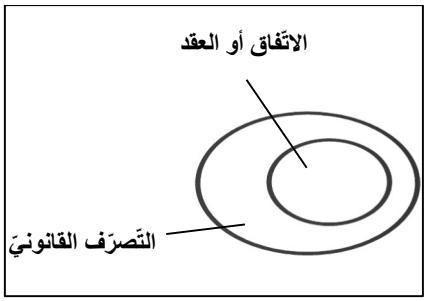
جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "اتّفاق" Convention.

(966) هذا هو العرف في فرنسا، ومن ثمّ في تونس.

(967) جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "عقد" Contrat.



(968)



167 العقد بعوض والعقد بدون عوض ◊ والعقد قد يكون بعوض وقد يكون بدون عوض[969]. وعبارة الفصل 22 مطلقة•. والطّريق المنهجيّ للتّعامل مع المطلق سبق معنا. فإذا سلكناها، قلنا إنّه لا نيّة للمشرّع تظهر في الأعمال التّحضيريّة. على هذا الأساس ينبغي إجراء المطلق على إطلاقه. فإذا مررنا الآن إلى حجّة السّلطة، وجدنا محكمة التّعقيب تقول إنّ "العقد الذي قصده الفصل 22 من مجلّة الحقوق العينيّة وجعله كمصدر من مصادر اكتساب الملكيّة هو كلّ عقد يكون موضوعه تفويت حقّ ملكيّة من مالك إلى آخر بعوض أو بدونه"[970].

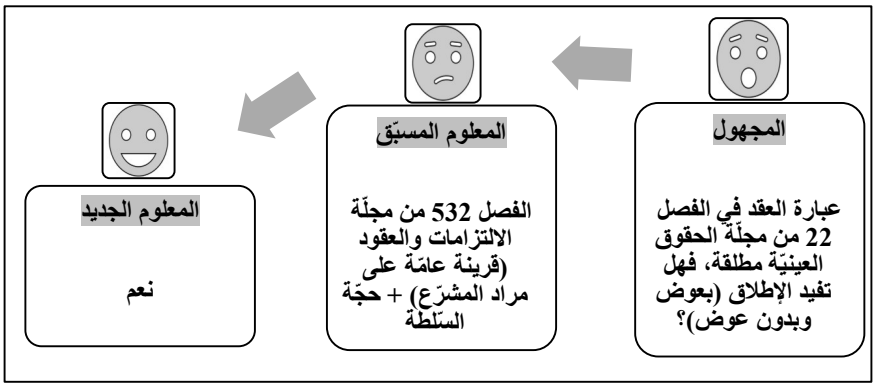
---

[969] في الوسط القانونيّ الفرنسيّ ومن ثمّ التّونسيّ: العقد بعوض هو العقد الذي يتلقّى فيه من قدّم أداءً مقابلا لهذا الأداء. مثال ذلك البيع والكراء وغيرهما من العقود. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "بعوض" Onéreux.

أمّا العقد بدون عوض فهو نقيض ما سبق. مثال ذلك عقد عارية الاستعمال (الفرق مع الكراء أنّ الكراء بمقابل) والهبة وغيرهما من العقود. جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "بدون عوض" Gratuit.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[970] تعقيبيّ مدنيّ عدد 27354، 24 سبتمبر 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 206.



فإذا بدأنا بالعقود بعوض، قلنا إنّ ما يُكسِب منها الملكيّة هو البيع والمعاوضة (أو المقايضة)[971] والمغارسة. لكلّ واحد من هذه العقود تعريف ورد في القانون. فالفصل 564 من مجلّة الالتزامات والعقود عرّف البيع فقال: "البيع عقد تنتقل به ملكيّة شيء أو حقّ من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به". والفصل 718 من المجلّة نفسها عرّف المعاوضة وقال: "المعاوضة عقد يسلّم بموجبه كلّ من المتعاقدين للآخر على وجه الملكيّة شيئا منقولا أو غير منقول أو حقّا مجرّدا سواء كان ذلك من نوع واحد أو من أنواع مختلفة"[972]. أمّا المغارسة فيُفهم من الفصل 1416 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّها عقد شركة موضوعه تكليف الشّريك العامل بغرس أشجار مثمرة أو نحوها من ذوات الدّخل في أرض شريكه على أن يكون له مناب شائع في الأرض والأشجار عند بلوغها حدّا معلوما أو عند بلوغها حدّ الإثمار.

فإذا مررنا الآن إلى العقود بدون عوض، وتحديدا إلى ما يُكسب منها الملكيّة، أي عقد الهبة، وجدنا الفصل 200 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة يقول: "الهبة عقد بمقتضاه يمَلِّكُ شخصٌ آخرَ مالاً بدون عوض [...]".

168 مبدأ انتقال الملكيّة بمجرّد التّراضي ◊ وفي العقود بعوض، وتحديدا في البيع، نجد الفصل 583 من مجلّة الالتزامات والعقود يقول: "إذا تمّ البيع بتراضي الطّرفين،

---

[971] حول البيع في القانون التّونسيّ انظر: عبد الله الأحمدي، قانون مدنيّ. عقود خاصّة. البيع، د ن، تونس 1997. وحول البيع والمعاوضة انظر: نذير بن عمّو، البيع والمعاوضة، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2007.

[972] ورد سابقا كلام للشّيخ محمّد الحبيب ابن الخوجة يتناول ضمن ما يتناول الفرق بين البيع والمقايضة (انظره في الفقرة 12، الهامش).

انتقلت ملكيّة المشترى للمشتري". في هذا النّصّ فرض أو شرط من جهة وحكم أو جواب شرط من جهة أخرى.

والسّؤال الأوّل الذي يمكن طرحه: هل الشّرط كاف لوحده لترتيب الحكم أم هل لا بدّ أن يتوفّر معه شرط الحيازة؟

أجابت محكمة التّعقيب قائلة إنّ رفض: "اعتماد الكتائب بعلّة أن لا قيمة لها طالما لم تكن معزّزة بحيازة ظاهرة وفاعلة [...] يتجافى ومقرّرات الفصل 22 من مجلّة الحقوق العينيّة القاضية أحكامه بأنّ الملكيّة تكتسب بعدّة أوجه منها العقد"[973].

والسّؤال الثّاني الذي يمكن طرحه أيضا: هل تنتقل الملكيّة لحظة التّراضي أم في وقت لاحق؟

انطلاقا من الفصل 583 – وتحديدا انطلاقا من كون هذا النّصّ لم يورد شرطا آخر – يكفي التّراضي لانتقال الملكيّة.

ويمكن القول إنّ الحكم نفسه ينطبق على المعاوضة. والسّبب أنّ الفصل 724 من مجلّة الالتزامات والعقود يقول: "أحكام البيع تجري على المعاوضات بحسب ما يقتضيه نوع هذا العقد".

---

[973] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 30880، 22 فيفري 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 223. لكن انظر عند أحد الفقهاء (حاتم محمّدي، م س: قانون الأموال، الفقرة 141) قرارات في اتّجاه معاكس مفاده أنّ عقد بيع العقّار غير كاف فيما يخصّ العقّارات غير المسجّلة وأنّه لا بدّ من تدعيمه بالحيازة (مثلا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 49194، 9 أفريل 1997، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 180). هذا الموقف يفرغ الفصل 22 من محتواه لأنّه يؤدّي في المحصّلة إلى جعل الحيازة والتّقادم المكسب السّبب الوحيد لاكتساب الملكيّة (انظر قرارا احتجّ بمثل هذا الكلام: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 49058، 2 فيفري 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 276). وإنّنا سنرى لاحقا (الفقرة 208) أنّ الحيازة والتّقادم المكسب يغلب إذا عارضه سبب آخر (عقد، ميراث، إلخ). لكن هذا لا يعني أنّ الحيازة والتّقادم المكسب هو السّبب الوحيد لاكتساب الملكيّة.

169 **استثناءات** ◊ لكن، إذا كان العقّار مسجّلا – فتطبيقا للفصل 305 من مجلّة الحقوق العينيّة، وعملا بمبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم[974] الذي يعني أنّ كلّ حقّ عينيّ لا يتكوّن إلّا بترسيمه بالسّجل العقّاريّ وابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم – لا تنتقل الملكيّة إلّا بإشهار العقد بطريق التّرسيم بالسّجل العقّاريّ. أمّا العقد الذي لم يتمّ إشهاره، فلا ينشئ حسب الفصل 373 من المجلّة نفسها إلّا التزامات شخصيّة. وفي الهبة، لا يصبح الموهوب له، حسب الفصل 201 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة، مالكا بمجرّد توفّر الرّضا (وبقيّة الشّروط الأصليّة)، بل لا بدّ من توفّر شرط التّسليم. زيادة على ما تقدّم نجد في المغارسة أنّ الملكيّة، حسب الفصل 1421 من مجلّة الالتزامات والعقود، تنتقل للمغارس في تاريخ لاحق لإبرام العقد، وتحديدا عند بلوغ الأشجار حدّ الإطعام أو عند بلوغها الحدّ المتّفق عليه. في هذا التّاريخ فقط تصير الأرض والأشجار ملكا شائعا بين صاحب الأرض والمغارس أو العامل.

وفي الأشياء المثليّة – كما سبق معنا[975] – لا تنتقل الملكيّة إلّا بإفراز الشّيء موضوع العقد. والإفراز عمل حاصله فصل الأشياء المثليّة محلّ العقد عن بقيّة الأشياء التي من جنسها والتي يملكها البائع. بواسطة الفصل تصبح الأشياء موضوع البيع معيّنة بالذّات. فإذا صارت كذلك، أمكن أن تكون محلّ حقّ عينيّ، أي أمكن أن تكون محلّ حقّ ملكيّة مثلا. وهكذا فالإفراز شرط لا تنتقل الملكيّة دون وجوده.

---

[974] انظر حول هذا المبدأ: محمّد كمال شرف الدّين، «مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم في قوانين 4 ماي 1992»، المجلّة القانونيّة التّونسيّة، 1993، القسم العربيّ، ص 99.

[975] انظر الفقرة 72.

أخيرا، في الأشياء المستقبَلة لا تنتقل الملكيّة بمجرّد التّراضي، لأنّ الأشياء التي لم توجد بعدُ لا تكون موضوع حقّ ملكيّة؛ إنّما تنتقل الملكيّة عند الانتهاء من صنع الشّيء(976).

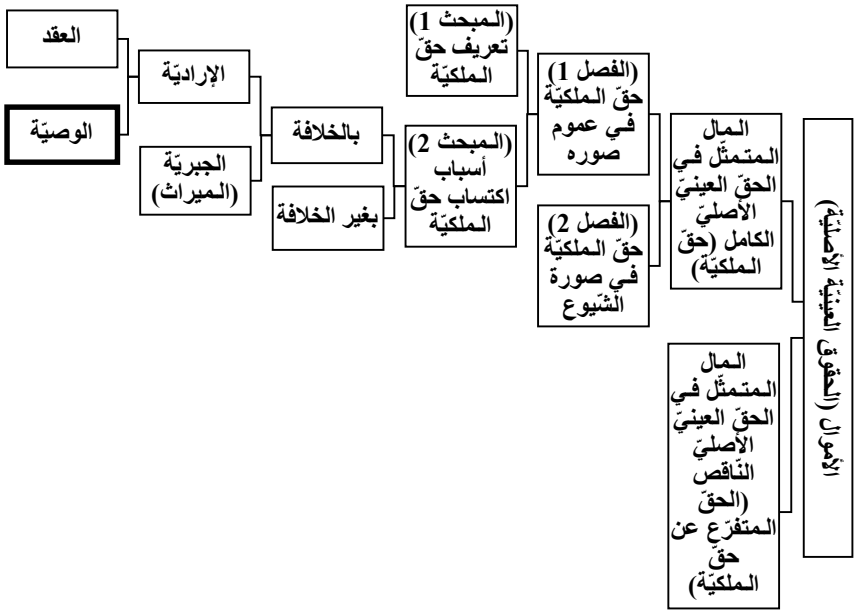
ممّا تقدّم ينبغي الاحتفاظ بكون العقد سببا من أسباب اكتساب الملكيّة. وفي العقد كما تقدّم نحن أمام خلافة إراديّة. والكلام نفسه يصحّ، إذا كنّا أمام وصيّة(977).

(976) إذن ثمّ مبدأ وثمّ استثناءات. لكن في القانون الفرنسيّ هنالك من تساءل: هل انتقال الملكيّة بالتّراضي هو المبدأ أم الاستثناء:

فيرونيك ويستر-ويسي، «انتقال الملكيّة بالتّراضي: مبدأ أم استثناء؟»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ 2013، العدد 2، ص 299 وما بعدها.

Véronique Wester-Ouissi, « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exeception ? », RTD civ. 2013, n° 2, p. 299 s.

(977)



2/ اكتساب الملكيّة بالوصيّة

170 الوصيّة والفصل 22 ◊ لم ترد في الفصل 22 عبارة الوصيّة. فإذا كان المشرّع في هذا النّصّ يستعمل عبارة العقد في المعنى الذي سبق معنا، لم تدخل الوصيّة تحت العقد، لأنّ العقد تمظهر التقاء إرادتين فأكثر والوصيّة تمظهر إرادة واحدة كما سنرى. أمّا إذا كان النّصّ يستعمل عبارة العقد في المعنى الذي يُعطى لها في بعض الفقه الإسلاميّ، دخلت الوصيّة تحت العقد[978]. وفي الواقع ليس لدينا في الأعمال التّحضيريّة للفصل 22 ما ينبئ بقصد المشرّع. وعلى كلٍّ نحن لا نحتاج إلى البحث

[978] يقول الإمام محمّد أبو زهرة (م س، ص 179 و180): "والمتتبّع لكلام الفقهاء [...] يرى أنّ للعقد معنيين عندهم، ويُطلق بإطلاقين:

"فترى من عباراتهم ما يفيد أنّ العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعيّ بالتزام لأحد الطّرفين أو لكليهما، وهذا يتّفق كلّ الاتّفاق مع تعريف القانونيّين للعقد بأنّه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه (هذا ما رأيناه سابقا حين قلنا إنّ البعض يستعمل العقد كمرادف للاتّفاق). ولذا لا نجد أكثر الفقهاء يطلقون على الطّلاق والإبراء والإعتاق وغيرها ممّا يتمّ بكلام من طرف واحد من غير كلام الطّرف الثّاني اسم العقد، ويطلقون على البيع والهبة والزّواج والإجارة وغيرها ممّا لا يتمّ إلّا بربط كلامين من طرفين اسم العقد.

"وبجوار هذا نجد من الكتّاب في الفقه من يعمّمون، فيطلقون كلمة العقد على كلّ تصرّف شرعيّ سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلّا بكلام طرفين".

عن هذا القصد. فالوصيّة منظّمة في مجلّة الأحوال الشّخصيّة. وفي هذه المجلّة قيل إنّها سببٌ يُكسب الملكيّة.

171 تعريف الوصيّة ◊ ولقد جاء في الفصل 171 من المجلّة المذكورة للتّوّ: "الوصيّة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التّبرّع سواء كان عينا أو منفعة"[979]. هنا نحن أمام تعريف للوصيّة.

وفي الوسط القانونيّ، إذا كانت الوصيّة بنسبة من التّركة (ثمنها، ربعها، إلخ)، يسمّى الموصى له خلفا عامّا للموصي. في غير هذه الحالة يسمّى خلفا خاصّا[980].

---

[979] جاء عند أحدهم: "والكلمات التّالية الواردة [...] (في النّصّ وهي سواء كان عينا أو منفعة) لا تفيد حصر الوصيّة في الأعيان والمنافع ومنعها في غيرهما، بل تفيد التّسوية والتّماثل في الحكم باعتبار الوصيّة بالمنفعة لها حكم الوصيّة بالعين على حدّ سواء، علما وأنّ الوصيّة بالأعيان جائزة اتّفاقا والخلاف في المنافع ثابت [...] وباعتبار التّمليك يعني لغة التّصرّف سواء كان ناقلا للملكيّة أو مرتّبا حقّا خاضعا للتّعامل، فالوصيّة تكون بالأعيان وبالمنافع والحقوق الماليّة، وبما هو في حكم المال أو من لوازمه، حتّى ولو جاءت بإسقاط الدّين أو بتأجيله أو بضبط طريقة الوفاء به من أعيان التّركة، أو بإبراء الذي ضمن المدين من الضّمان ليحرز على التّحلّل من ذلك الالتزام الماليّ الذي يهدّده لتغليب الطّابع المادّيّ على الطّابع الشّخصيّ. وأمّا الحقوق التي لا ارتباط لها بالمال، والخاصّة بذات الإنسان، والتي لا يجوز التّعامل فيها أو إرثها كالإمامة والحضانة والوكالة، فلا تصحّ فيها الوصيّة". الشّيخ يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف، م س، ص 365 و366.

[980] في فرنسا وغيرها يفرّق بين طريقة اكتساب (mode d'acquisition) توصف بأنّها عامّة universel (موضوعها كلّ الذّمّة الماليّة لشخص) وطريقة اكتساب توصف بأنّها بوجه عامّ à titre universel (موضوعها جزء من الذّمّة: ثلثها، إلخ) وطريقة اكتساب توصف بكونها بوجه خاصّ à titre particulier (موضوعها عين محدّدة من الذّمّة). انظر:

ليون روسون، المواريث، بروبلون ودار القانون بلوفان، بلجيكا، 1988، ج 1، ص 8.

Léon Raucent, *Les successions*, Academia – Bruylant/ Maison du droit de Louvain, Belgique, 1988, T. I, p. 8.

ولأنّ الخلافة التي نحن بصددها مأتاها الوصيّة، أي مأتاها تصرّف قانونيّ، فهي خلافة إراديّة. الأمر مختلف مع الميراث حيث سنجد أنّ خلافة الوارث للمورّث جبريّة لا دخل للإرادة فيها (هنالك اختلاف آخر نتبيّنه ممّا سبق وممّا سيأتي حين نمرّ إلى الميراث: الخلافة في الميراث عامّة فقط[981]).

172 **الوصيّة تصرّف صادر عن إرادة واحدة** ◊ والوصيّة، كما قيل منذ قليل، تصرّف قانونيّ. والتّصرّف القانونيّ قسمان: ما يصدر عن إرادتين (هنا نجد العقد، وعموما الاتّفاق) وما يصدر عن إرادة واحدة. داخل القسم الثّاني نجد الوصيّة. فهي تصدر عن إرادة واحدة هي إرادة الموصي (قد يكون الموصي أكثر من شخص. وعليه فالمقصود حين يُقال "صادر عن إرادة واحدة" هو: "صادر عن إرادة المدين دون تدخّل لإرادة الدّائن")، ولا يتوقّف وجودها وصحّتها على قبول الموصى له.

173 **مصير الوصيّة** ◊ لكن، لأنّه لا يمكن جعل شخص صاحب حقّ بالفعل رغم أنفه (جعله رغماً عنه صاحب حقّ بالقوّة ممكن)[982]، فلا تثبت الملكيّة للموصى له إلّا بقبوله للوصيّة. وهكذا فالقبول شرط لنفاذ الوصيّة لا لوجودها (لو كنّا أمام عقد، لكان قبول الإيجاب شرطا لوجود العقد).

في هذا الشّأن يقول الفصل 181 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة: "الموصى له يستحقّ الوصيّة مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي"[983]. واستحقاق الشّيء ليس الحصول

على أساس ما جاء الآن، فالموصى له ليس خلفا عامّا بل هو بالتّحديد خلف بوجه عامّ. لكنّنا ومنذ بداية العنوان – واتّباعا لعرف سائد – استعملنا عبارة "خلافة بوجه عامّ" وعبارة "خلافة عامّة" على أنّهما عبارتان مترادفتان.

[981] هي عامّة فقط رغم ما سنراه من وجود تخصيص بالأفضليّة (انظر الفقرة 277).

[982] مع الاحتراز من تفاصيل تتعلّق بالاشتراط لمصلحة الغير.

[983] انظر حول هذا النّصّ: الشّيخ يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف، م س، ص 418.

عليه. هذا ما عنيناه حين قلنا: قبل قبول الوصيّة، حقُّ الموصى له حقٌّ بالقوّة لا حقٌّ بالفعل.

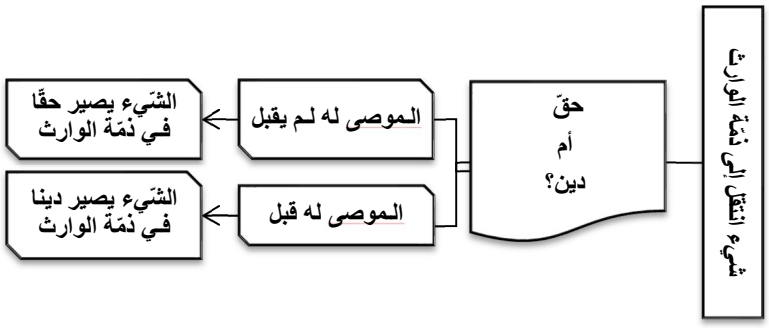
بعبارة أخرى: بموت الموصي يصبح لدينا حقّ ملكيّة لا نعرف من سيكون في نهاية المطاف صاحبه: الموصى له أم الوارث؟ أو إن شئنا لدينا شيء انتقل إلى ذمّة الوارث ولا نعرف: هل سيتلوّن بلون الحقّ أم بلون الدّين؟

فإذا لم يقبل الموصى له، بطلت الوصيّة حسب الفصل 197[984]، هذا يعني أن يبقى الموصى به في ذمّة الوارث لكن مع أخذ لون الحقّ أو الشّيء الإيجابيّ[985]. أمّا إذا قبل الموصى له، عندئذ يتلوّن ما هو موجود بذمّة الوارث بلون الدّين أو الشّيء السّلبيّ[986]، وعندئذ ينقلب حقّ الموصى له من حقّ بالقوّة إلى حقّ بالفعل،

[984] انظر حول هذا النّصّ: الشّيخ يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف، م س، ص 511 (أحال فيما يهمّنا على صفحات سابقة).

[985] يقول الفصل 197 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة تبطل الوصيّة بأسباب منها عدم قبول الموصى له. ويقول الفصل 199 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة: "بطلان الوصيّة كلاّ أو بعضا يرجع بالموصى به إلى تركة الموصي".

(986)



وعندئذ يأخذ الموصى له –كما قال الفصل 181 – الموصى به مع ما زاد فيه من زمن وفاة الموصي[987].

174 إجازة الورثة ◊ وينبغي أن نضيف إلى ما سبق أحكام الفصل 179 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة، ومفادها: "لا وصيّة لوارث (جملة أولى) ولا فيما زاد على الثّلث (جملة ثانية) إلّا بإجازة الورثة (الاستثناء) [...]"•. ويتساءل أهل اللغة: "إذا تعقّب الاستثناء جملا متعدّدة فهل يرجع للأخيرة بالخصوص أو للجميع مع فرض عدم قرينة خاصّة على تعيين أحد الاحتمالين؟ المعروف بين المحقّقين هو التّفصيل بين ما إذا تعدّدت الجمل موضوعا ومحمولا كما إذا قال (أكرم العلماء وأكرم الشّيوخ وأكرم الهاشميّين إلّا الفسّاق)، وبين ما إذا لم يكن كذلك بأن تعدّد المحمول فقط كما إذا قال (أكرم العلماء وقلّدهم إلّا الفسّاق) أو تعدّد الموضوع فقط كما إذا قال (أكرم العلماء والشّيوخ والهاشميّين إلّا الفسّاق). ففي المثال الأوّل يرجع إلى الأخيرة فقط إن لم تفرض عناية تقتضي العكس. وحكموا في الأخيرين بالرّجوع إلى الجميع ولو باعتبار الإجمال واحتمال قرينيّة المتّصل"[988]. على هذا الكلام يمكن تحليل صورة

---

[987] انظر: أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 515، ص 534 وما بعدها.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[988] محمود الهاشمي، بحوث في علم الأصول. تقريرا لأبحاث محمّد باقر الصّدر، دائرة المعارف، قم، 1996 م، ج 3، ص 394. ويواصل هذا الأصوليّ قائلا: "وهذه النّتائج بالإمكان تخريجها فنّيّاً بالنّحو التّالي:

"أمّا في الموضع الأوّل: فلأنَّ رجوع الاستثناء إلى الجميع إمّا أنْ يكون على أساس رجوعه إلى كلّ واحدة من تلك الجمل مستقلًّا وهذا يستلزم محذور استعمال أداة الاستثناء الموضوعة للنّسبة الاستثنائيّة الإخراجيّة في أكثر من معنى فإنَّ كلّ نسبة استثنائيّة بلحاظ كلّ واحد من تلك الجمل يشكّل معنى مستقلًّا لا محالة، وإمّا أنْ يكون على أساس استعماله في جامع الاستثناء وهذا أيضاً غير معقول على ضوء ما تقدّم من جزئيّة معاني الحروف وأدواتها والتي منها أداة الاستثناء، لا بمعنى الجزئيّة الخارجيّة أو

الذّهنيّة بل بمعنى الجزئيّة الطّرفيّة وهي النّسبة المتقوّمة والمتشخّصة بأطرافها ولا جامع ذاتيّ لها، وإمّا أَنْ يكون على أساس استعماله في نسبة إخراجيّة واحدة عن مجموع ما تقدّم من الموضوعات في الجمل المتعدّدة بعد توحيدها اعتباراً، وهذا وإِنْ كان معقولًا ولا محذور فيه ثبوتاً إلّا أنّه خلاف الظّاهر إثباتاً حيث يكون بحاجة إلى عناية التّوحيد الاعتباريّ بين موضوعات تلك الجمل ومقتضى الإطلاق عدمها. وهكذا لا يبقى وجه معقول ثبوتاً وغير منفيّ إثباتاً لرجوع الاستثناء إلى الجميع. إلّا أنَّ هذا إنّما يتمّ في الاستثناء بالأداة أي الاستثناء الحرفيّ لا الاسميّ أو الاستثناء بالفعل كما لو قال (واستثني الفسّاق منهم) فإنَّ ذلك يعقل فيه الوجه الثّاني من الوجوه الثّلاثة بأَنْ يكون مستعملًا في جامع الاستثناء الاسميّ ويكون مقتضى الإطلاق مثلًا ثبوته في الجميع، فلا محذور ثبوتيّ فيه غير أنّه يبقى دعوى إثباتيّة وهي استظهار رجوعه للأخيرة بالخصوص ولو بقرينيّة التّأخير أو بنكتة أخرى. وهذه القرينيّة لو تمّت كانت مدركاً إثباتيّاً في الاستثناء الحرفيّ أيضاً على حدّ سواء.

"وأمّا الموضع الثّاني: فلأنَّ رجوع الاستثناء فيه إلى الأخيرة بالخصوص يستلزم أَنْ يكون الضّمير قد استعمل في تكرار الموضوع وإعطاء صورة مستقلّة جديدة له وقد تقدّم أنَّ هذا خلاف وضع الضّمير فإنّه لمجرّد الإشارة إلى الصّورة الذّهنيّة الأولى المعطاة بالمرجع فلا محالة يرجع الاستثناء إليه وبذلك يتخصّص الجميع.

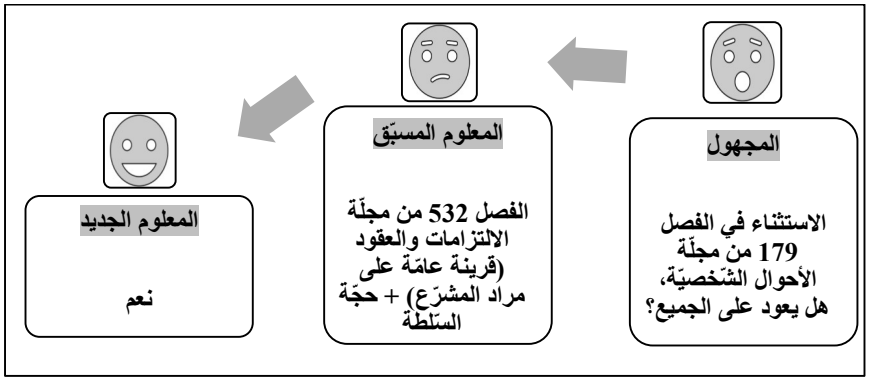
"وأمّا الموضع الثّالث: فتخريج رجوع الاستثناء فيه إلى الجميع يظهر بملاحظة ما قلناه في الموضع الأوّل، فإنَّ تعدّد الموضوعات مع كون المحمول واحداً لا يكون في نفسه إلّا في طول توحيد اعتباريّ فيما بينها ليكون ذلك الأمر الواحد هو طرف النّسبة في الجملة ومعه يكون رجوع الاستثناء إليه أيضاً وإلّا لزم إلغاء تلك الوحدة الملحوظة وهو بحاجة إلى قرينة وعناية. لا يقال: إنَّ (واو) العطف في قوّة التّكرار ومعه لا مانع من رجوع الاستثناء إلى الجميع حتّى في الصّورة الأولى. فإنّه يقال: كونه دالّا على التّكرار إنّما يعقل بعد فرض ثبوت الحكم على المعطوف عليه قبل مجيء حرف العطف ليدلّ العطف على إلغاء الحاجة إلى تكرار الدّال على الحكم وهذا لا يعقل في الصّورة الأولى التي قد اكتملت الجمل المتعدّدة موضوعاً ومحمولًا. نعم يعقل ذلك في الصّورة الثّالثة وحينئذٍ قد يعكس الاستدلال فيقال بأنّه لا يبقى فرق بين الصّورتين الأولى والثّالثة لأنَّ العطف في قوّة تكرار حكم المعطوف عليه فكأنّه قال أكرم العلماء وأكرم الشّيوخ وأكرم الهاشميّين إلّا الفسّاق وكما لا يرجع الاستثناء إلى الجميع في الصّورة الأولى كذلك لا نكتة للرّجوع إليها في الثّالثة. ولكنّ الصّحيح مع ذلك الرّجوع إلى الجميع بنكتة أنَّ العطف وإِنْ كان في قوّة التّكرار إلّا أنّه لا يعطي المعنى المكرّر صريحاً بل تقديراً فيكون رجوع الاستثناء إلى الأخير

الفصل 179 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة على أنّها لتعدّد الموضوع: لا يوصى (المحمول) للوارث (الموضوع1)، ولا (للغير) فيما زاد على الثّلث (الموضوع2). وعلى هذا حين يغيب الدّليل المعارض (أي حين لا نجد في قصد المشرّع ما يخالف هذا الفهم) يكون الاستثناء عائدا على الجميع، أي يكون المعنى اللغويّ الوضعيّ للفصل 179:

لا وصيّة لوارث إلّا بإجازة الورثة + لا وصيّة (للغير) في ما زاد عن الثّلث إلّا بإجازة الورثة[989].

أيضاً تقديرياً فلو أُريد إرجاعه إليه بالخصوص كان خلاف التّقديريّة المذكورة. هذا كلّه لو سُلِّم أنَّ قولهم العطف في قوّة التّكرار أُريد به ظاهرة حقيقة لا أنّه مجرّد تخريج نحويّ في مقام الإعراب".

[989] انظر من قال بهذا المعنى للفصل 179: الشّيخ يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف، م س، ص 399 وما بعدها؛ أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 517، ص 536؛ حاتم محمّدي، «الوصيّة بحقّ الانتفاع، حوليّات العلوم القانونيّة»، كلّيّة العلوم القانونيّة والتّصرّف بجندوبة، 2010، ص 7 وما بعدها (الفقرة 28).



وانظر حول عموم الوصيّة في القانون التّونسيّ: محمود ثمّام، الوصيّة في الفقه والقانون، دار النّجاح للطّباعة والنّشر، تونس، د ت؛ لطيفة العرفاوي، الوصيّة الاختياريّة في القانون التّونسيّ، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1993 – 1994. وحول الوصيّة انظر أيضا: محمّد أبو زهرة، قانون

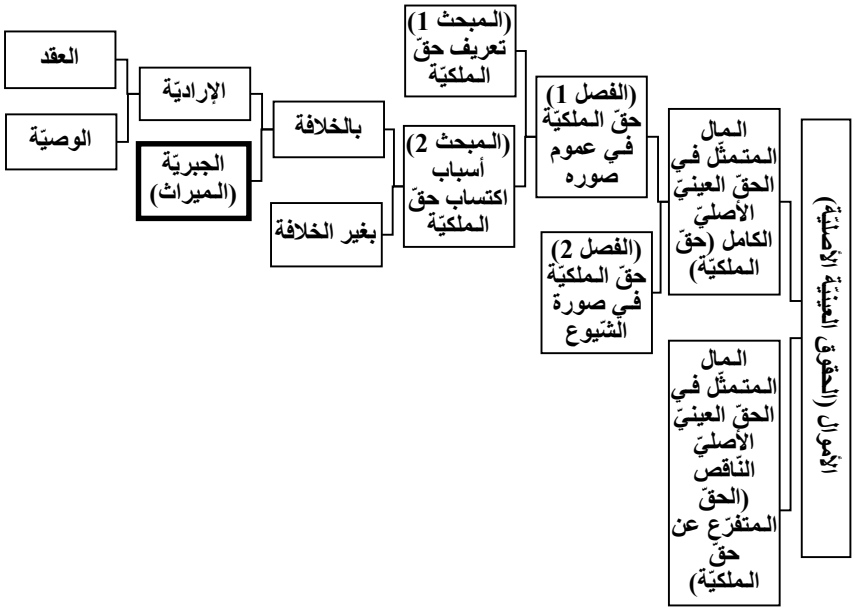
بعد الوصيّة وبعد العقد، أي بعد أسباب اكتساب الملكيّة بالخلافة الإراديّة، يأتي دور الميراث بوصفه سبب اكتساب الملكيّة بالخلافة غير الإراديّة(990).

ب) اكتساب الملكيّة بالخلافة الجبريّة (الميراث)

175 **تعريف الميراث** ◊ في العرف الميراث هو انتقال المال من ذمّة شخص بسبب موته إلى ذمّة شخص أو أشخاص على قيد الحياة يعيّنهم القانون بأوصافهم (ابن – زوجة – إلخ). وهكذا لدينا سلفٌ هو الميّت، ولدينا خلفٌ هو من تنتقل إليه الملكيّة؛ أي لدينا خلافة. هذه الخلافة تكون بنسبة تمتدّ ممّا يزيد عن الصّفر إلى المائة بالمائة من أموال الهالك. فهي إذن ليست خلافة في مال مخصوص بل في عموم المال. لأجل

الوصيّة، مكتبة الأنجلو مصريّة، القاهرة، ط 2، د ت؛ محمّد القروي، «أحكام الوصيّة والتّنزيل في الشّرع الإسلاميّ»، القضاء والتّشريع، ماي 1959، ص 5.

(990)



هذا يسمّى الوارثُ خلفاً عامّاً أو خلفاً بوجهٍ عامٍّ (ayant cause à titre universel) لسلفٍ هو المورّث.

وأسباب الإرث: القرابة والزّوجيّة. وأركانه: المورّث والوارث والتّركة. أمّا شروطه: فمن جهة موت المورّث موتا حقيقيّا أو حكميّا؛ ومن جهة أخرى حياة الوارث لحظة موت المورّث. بقيت موانع الإرث وهي: قتل الوارث للمورّث، وغير ذلك ممّا جاء به الفصل 88 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة[991].

176 انتقال الملكيّة بالميراث جبريّ ◊ وحسب حجّة السّلطة، انتقال الملكيّة بالميراث في النّصوص التّونسيّة انتقال جبريّ، أي يتمّ بقوّة القانون وعلى الرّغم من إرادة المورّث والوارث معا. فالمورّث لا يملك في القانون التّونسيّ حقّ حرمان الوارث من الميراث[992]، والوارث لا يملك حقّ عدم قبول التّركة ولا حتّى حقّ قبولها[993].

---

[991] انظر حول معنى السّبب والرّكن والشّرط والمانع ما سيأتي في الفقرة 185. وانظر حول موانع الإرث في الفصل 88: عبد المجيد الزّرّوقي، تأويل الفصل 88 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة (موانع الإرث)، مذكّرة شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، تونس، جوان 1989 (<abdelmagidzarrouki.com/2013-05-06-14-45-36/summary/699-88-70208/>، تاريخ آخر اطّلاع: 6 جانفي 2022).

[992] انظر الشّيخ يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف، م س، ص 98: "من أوصى بحرمان أحد ورثته، بطلت الوصيّة وصحّ الإرث".

[993] انظر: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 151، ص 113.

وفي أصول الفقه الإسلاميّ يُقال: "السّبب [...] إذا وُجد ترتّب عليه مسبَّبه، متى تحقّقت شروطه، وانتفت موانعه، حتّى ولو لم يُرد المكلّف تلك المسبَّبات. فالقرابة سبب للإرث، وشرطه موت المورّث وتحقّق حياة الوارث حقيقة أو حكما، والمانع هو القتل العمد العدوان أو اختلاف الدّين. فإذا وُجد السّبب، وتحقّقت شروطه، وانتفت الموانع، ترتّب عليه أثره وهو الميراث. وإن انتفى الشّرط، أو وُجد المانع، فإنّ السّبب لا يكون منتجا أثره. فلا دخل لرضا المكلّف أو عدم رضاه، لأنّ ترتّب المسبّبات على أسبابها إنّما يكون بحكم الشّارع نفسه، ولا دخل لرضا العبد". شعبان محمّد إسماعيل، أصول الفقه

177 **انتقال الملكيّة بالميراث فوريّ** ◊ زيادة على وصف الجبريّة، انتقال الملكيّة بالميراث انتقال فوريّ يتمّ من لحظة الوفاة. فلقد جاء في الفصل 85 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة: "يُستحقّ الإرث بموت المورّث ولو حكما وبتحقّق حياة الوارث من بعده". ويبدو أنّ حرف الباء ("ب"موت) هو الذي جعل الفقه يقول إنّ القانون يربط زمن استحقاق التّركة بلحظة وفاة المورّث. هذا الحلّ مستمدّ، حسب الفقه نفسه، من القانون الإسلاميّ، وتحديدا من المذهبين الحنبليّ والشّافعيّ اللذين يقرّران انتقال التّركة إلى ملك الورثة فورا بموت المورّث مع تعلّق الدّين بها[994]. وينجرّ عن الانتقال الفوريّ عدم انطباق المفعول المنشئ للتّرسيم على انتقال الملكيّة بالوفاة. لكن، لئن كانت الملكيّة تنشأ للوارث دون ترسيم، إلّا أنّ التّصرّف القانونيّ في الحقوق العينيّة العقّاريّة المسجّلة والموجودة في التّركة لا يكون تصرّفا جائزا – حسب الفصل 373 من مجلّة الحقوق العينيّة في فقرته الأولى (ثانيا) – إلّا بترسيم انتقال الملكيّة بالوفاة[995].

178 **انتقال ديون المورّث إلى الوارث** ◊ إلى جانب الأحكام السّابقة، يقضي القانون التّونسيّ بأنّ الالتزامات والدّيون تنتقل إلى الوارث. فلقد جاء في الفصل 241 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ "الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم [...] لكن لا يلزم الورثة إلّا على قدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم".

الميسّر، دار ابن حزم، بيروت، 1429 هـ/ 2008 م، ج 2، ص 392. انظر أيضا: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلاميّ (منهجيّة الفقه) وفلسفته، الفقرة 97.

[994] انظر: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 151، ص 113.

[995] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 151، ص 113. انظر أيضا: أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 511، ص 531 وما بعدها.

يفهم الفقهُ النّصّ على أنّ معناه أنّ ديون المورّث تنتقل إلى وارثه[996]. لكنّ التزام الوارث بأداء الدّيون مرتبط بقيمة أموال التّركة. فالوارث يلتزم بأداء ديون التّركة في حدود ما يخلّفه المورّث له من أموال. ويكون من حقّ دائني المورّث التّنفيذ على جميع مكاسب الوارث الأصليّة والموروثة معاً، لكن في حدود قيمة المكاسب الموروثة كما قلنا للتّوّ. ويمكن للوارث التّخلّص من التزامه بديون التّركة، إذا تنازل عنها. عندها لا يبقى من حقّ دائن المورّث إلّا تتبّع مخلّف المدين، أي إلّا التّنفيذ الجبريّ على أموال التّركة[997].

---

[996] محمّد سعيد، القسمة العقّاريّة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاصّ، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2002، ص 186 وما بعدها؛ حاتم بن عبد الحميد الرّواتبي، م س، ص 354 وما بعدها؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 152، ص 114؛ حاتم محمّدي، دروس في القانون المدنيّ. الجزء الثّاني. المواريث والتّبرّعات. الكتاب الأوّل: المواريث، مجمع الأطرش، تونس، 2017، الفقرة 121 وما بعدها، ص 140 وما بعدها.

[997] محمّد سعيد، م س (القسمة العقّاريّة)، ص 186 وما بعدها؛ حاتم بن عبد الحميد الرّواتبي، م س، ص 354 وما بعدها؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 152، ص 114.

وقد ينبغي أن نورد هنا ما جاء في الأعمال التّحضيريّة حول الفصل 241. فهذا النّصّ هو نقل حرفيّ للفصل 264 من المشروع المراجَع لسنة 1899 (مع الملاحظة بأنّ الفقرة 2 من الفصل 241 ليست موجودة في الفصل 264). ولقد رافقت الفصل 264 حاشية جانبيّة، وهذا محتواها:

التّركة المليئة (solvable) تنتقل آليّا للورثة من وقت الموت (الزّرقاني، ج 5، ص 120). وتنتقل إليهم رغم إرادتهم وذلك بمقتضى القانون (الحموي، ج 1، ص 282؛ ابن نُجَيم، ج 2، ص 202). والوارث يمثّل المورّث في كلّ شيء (ابن نجيم، ج 1، ص 341). فإذا تعدّد الورثة، كان كلّ واحد منهم ممثّلا للهالك سلبا أو إيجابا (الحموي، ج 1، ص 300، هامش 5؛ ردّ المحتار، ج 4، ص 230). وهم يتمّمون شخص الميّت (ابن نجيم، ج 2، ص 205؛ الحموي، ج 2، ص 202، الهامش 5) بداية من لحظة موته (قارن مع ابن نجيم، ج 2، ص 204). ويمارسون كلّ الحقوق الإيجابيّة والسّلبيّة لسلفهم (ابن نجيم، ج 2، ص 204؛ ردّ المحتار، ج 4، ص 223) في حدود نصيبهم (البنّاني، ج 5، ص 120). والوارث خاضع لجميع الدّفوع التي يمكن أن يعارض بها سلفه (ردّ المحتار، ج 6، ص 15؛ الدّرّ المختار، ج 6،

ودائما حسب الفقه نفسه، لا يتعارض حكم الفصل 241 بانتقال ديون المورّث إلى الورثة مع حكم الفصل 553 من مجلّة الالتزامات والعقود. فحين يقول هذا النّصّ: "الدّائن يقدّم على الوارث ولا إرث إلّا بعد أداء الدّين"... حين يقول ما سبق، فهو لا يتحدّث عن استحقاق التّركة وانتقال ملكيّتها، بل يتحدّث عن مسألة أخرى هي ترتيب أداء الحقوق الموظّفة على التّركة[998].

ص 454). والميراث واقعة قانونيّة؛ لذا فإنّ الوارث يمثّل التّركة حتّى إذا لم يكن فيها شيء وكان الجانب الإيجابيّ قد امتصّته الدّيون (ردّ المحتار، ج 7، ص 83). ولا تنتقل إلى الوارث الالتزامات الشّخصيّة.

ويمكن أن نضيف إلى ما ورد أعلاه حول الفصل 241 ما جاء في أحد البحوث وحاصله أن قد يُفهم منه وجود خيار "للورثة في الإرث، فإن قبلوا الإرث كانوا مسؤولين على ديون التّركة في حدود مناباتهم، وإن رفضوا المخلّف فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورّثهم. إنّ القول بخيار الورثة في الإرث تمّ استبعاده وبصرامة من قبل بعض الشّارحين تأسيسا على خاصّيّتي الفوريّة والجبريّة لانتقال ملكيّة المكاسب الموروثة إلى الوارث بمجرّد الوفاة. وهما خاصّيّتان أكّد عليهما الفقه الإسلاميّ الذي تمّ اعتماده مصدرا مادّيّا للفقرة الأولى من الفصل 241". رابحة الغندري، الأجل في الالتزام، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2016، الفقرة 476، ص 506.

[998] محمّد سعيد، م س (القسمة العقّاريّة)، ص 186 وما بعدها؛ حاتم بن عبد الحميد الرّواتبي، م س، ص 354 وما بعدها؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 152، ص 114 و115.

وقد ينبغي هنا أيضا أن نورد ما جاء في الأعمال التّحضيريّة حول الفصل 553. فهذا النّصّ هو نقل حرفيّ للفصل 640 من المشروع المراجَع لسنة 1899. ولقد جاءت مع هذا الفصل حاشية جانبيّة، وهذا بعض محتواها:

إحالة على خليل (ج 4، ص 489). هنا نجد ضمن ما نجد أنّ القسمة يتمّ إبطالها إذا رفض أحد الورثة دفع دين المورّث؛ فالإرث يكون بعد أداء الدّين.

إحالة على ابن نجيم (ج 2، ص 204): "اختلفوا في وقت ملك الوارث: قيل في آخر جزء من أجزاء حياة المورّث، وقيل بموته [...] والدّين المستغرق للتّركة يمنع ملك الوارث".

إحالة على ابن نجيم (ج 2، ص 215): "لا يمنع ملك الوارث للتّركة إن لم يكن مستغرقا ويمنعه إن كان مستغرقا".

بتعبير مغاير: قال الفصل 553: لا إرث إلّا بعد أداء الدّيون؛ أمّا الفصل 85 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة فقال إنّ الوارث يرث من لحظة وفاة المورّث. وليس ثمّ مشكل، إذا كان المورّث ليس مدينا لأحد. لكن إذا كان مدينا، سيطرح السّؤال: "هل يتأجّل التّملّك بالميراث في التّركة المدينة إلى حين خلاص الدّيون أم يتحقّق منذ الوفاة؟ [...] (الجواب:) المكاسب الموروثة تدخل في ذمّة الورثة فور الوفاة ويتحمّل الوارث أداء الدّيون بقدر إرثه، أي أنّ التّركة تمثّل قيمة ماليّة باعتبارها مجموعا من الأموال فتندمج أعيانها وتتّحد بمكاسب الوارث الشّخصيّة، لكنّها تبقى منفصلة من حيث الدّين باعتبارها قيمة خاصّة يلتزم الوارث بأدائها في حدود قيمة المكاسب التي تلقّاها، فيستطيع الوارث أن يؤدّي الدّين من ماله الخاصّ ويكون أداؤه صحيحا ينقضي به دين الهالك، ويمكن للدّائن أن ينفّذ على مكاسب الوارث الخاصّة لكن في حدود قيمة المكاسب الموروثة. ومن هنا تعبير الفقهاء بأنّ حقّ الدّائنين يتعلّق بماليّة التّركة لا بأعيانها التي ترجع للورثة، أي أنّ الملك يثبت الحقّ في أعيان التّركة والدّين يثبت الحقّ في ماليّتها. وينبني على ذلك أنّ الوارث يستطيع أن يفوّت في المكاسب الموروثة منذ الوفاة، إذ هو يفوّت في ملكه لا في ملك غيره، وإنّما قد يضرّ تفويته بالدّائن خصوصا إذا لم تكن له مكاسب أخرى، فلا يكون

ومن يقرأ هذا الكلام يستحضر موقف بعض الفقه التّونسيّ ومفاده أنّ التّركة تنتقل بمجرّد الوفاة. فإذا كانت خالية من الدّيون، اختلطت بمكاسب الوارث. أمّا إذا كانت التّركة مدينة، فمع أنّها تنتقل فورا إلى الوارث إلّا أنّها تكوّن ذمّة ماليّة مستقلّة. هكذا يصبح الوارث على رأس ذمّتين: ذمّته الشّخصيّة وذمّة المورّث المتكوّنة من جانب إيجابيّ وآخر سلبيّ. صلاح الدّين الملّولي، م س (مقدّمة لدراسة القانون)، الفقرة 662، ص 203؛ صلاح الدّين الملّولي، «هل توجد ذمّة بالتّخصيص في القانون التّونسيّ؟»، مقالة سابقة الذّكر، ص 17.

نافذا في حقّه ويكون محقّا في الطّعن. بهذا يُفهم الفصل 553 [...] الذي جعل لحماية الدّائنين لا لتنظيم مسألة استحقاقيّة"[999].

[999] أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 508 وما بعدها، ص 528 وما بعدها. انظر أيضا: محمّد سعيد، م س (القسمة العقّاريّة)، ص 186 وما بعدها؛ حاتم بن عبد الحميد الرّواتبي، م س، ص 354 وما بعدها؛ محمّد سعيد، ترتيب دائني التّركة، مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة التّابع لوزارة العدل وحقوق الإنسان، تونس، 2004، ص 441؛ البشير زهرة، الإرث الموظّف عليه دين وعلاقة الورثة بدائني التّركة، القضاء والتّشريع، ماي 1969، ص 7.

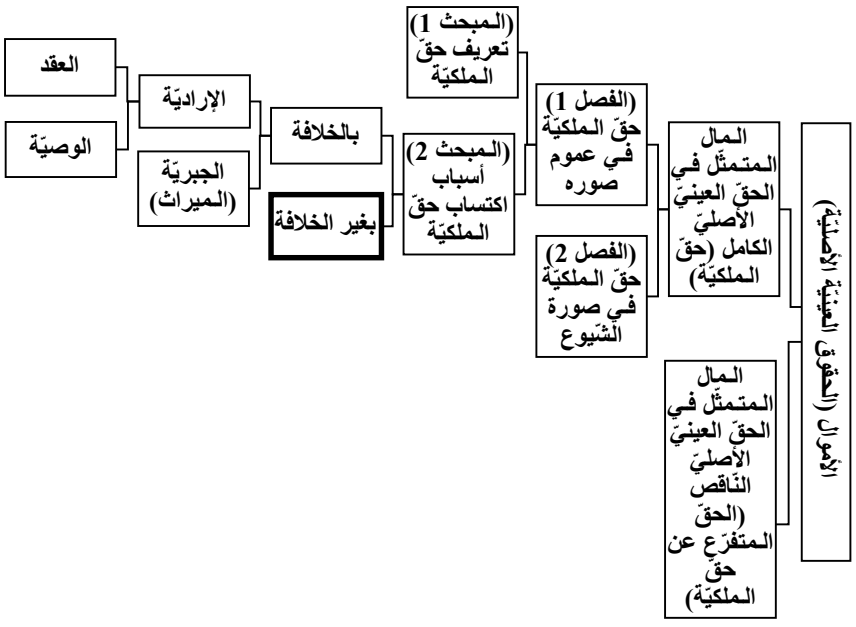


هذا عن الميراث، وهو – إلى جانب الوصيّة والعقد – سبب لاكتساب الملكيّة بالخلافة. مع هذه الأسباب ثمّ أخرى تكسب ملكيّة جديدة، أي تكسب ملكيّة بغير خلافة(1000).

الفقرة الثّانية: أسباب اكتساب الملكيّة بغير الخلافة

179 تقسيم البحث ◊ يكتسب المالك ملكيّة جديدة ليس لها علاقة بالملكيّة السّابقة إن وُجِدت – أي يكتسب المالك ملكيّة بغير خلافة – في عدّة صور هي التي أسماها الفصل 22 من مجلّة الحقوق العينيّة: التّقادم، والالتصاق، ومفعول القانون، والاستيلاء (عموما يمكن القول إنّه وفي الصّور الثّلاث الأولى، هنالك ملكيّة سابقة، والتّقادم أو الالتصاق أو مفعول القانون ينتج ملكيّة جديدة مستقلّة عن السّابقة؛

(1000)



أمّا في الصّورة الرّابعة فلا ملكيّة تقدّمت، ومن ثمّ فالاستيلاء يفرز بصفة طبيعيّة ملكيّة جديدة).

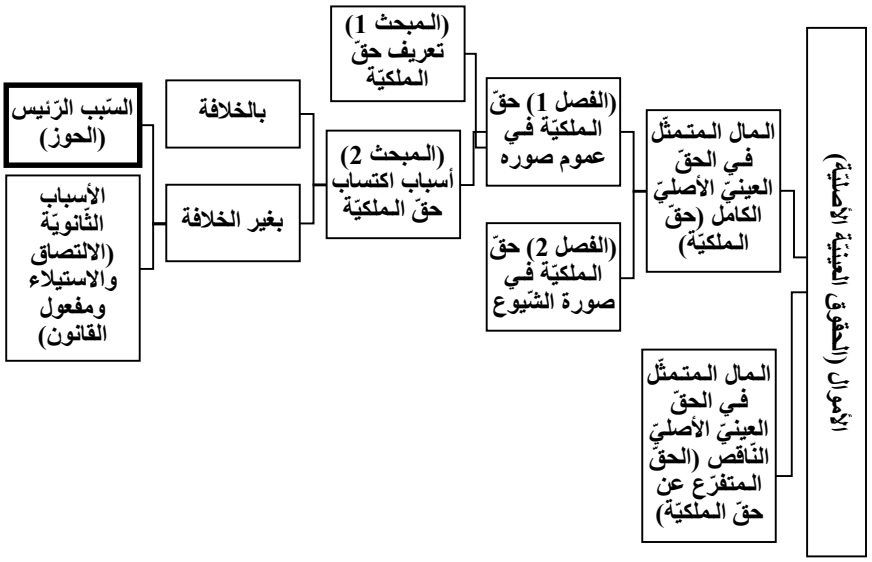
وفي فقه القانون الوضعيّ لا تستعمل في الغالب عبارة الفصل 22، أي عبارة التّقادم، بل تستعمل عبارة الحوز.

فإذا واصلنا مع هذا الفقه، وجدناه يُفرد مساحة هامّة للحوز ومساحة دونها أهمّيّة للالتصاق ومفعول القانون والاستيلاء. من هذه الزّاوية يمكن، لمن ينظر إلى هذه الأسباب الأربعة، أن يردّها إلى سببين: سبب رئيس، وأسباب ثانويّة[1001].

أ) السّبب الرّئيس (الحوز)

180 الحوز وحقّ الملكيّة ◊ قال الفصل 38 من مجلّة الحقوق العينيّة: "الحوز سيطرة فعليّة [...] على [...] شيء":

(1001)



"الحوز سيطرة فعليّة": هذه السّيطرة الفعليّة تتطابق في أغلب الحالات مع السّلطة القانونيّة، أي مع الملكيّة. بتعبير مغاير: في الصّور الغالبة يكون صاحب السّلطة القانونيّة وصاحب السّيطرة الفعليّة شخصا واحدا، أي يكون المالك هو الحائز. بهذا يُجمَع بين القانون والواقع، إذ لدينا حقّ من جهة ولدينا إعمال له على أرض الواقع من جهة أخرى. في المقابل، وفي أغلب الحالات، يكون الحائز هو المالك الحقيقيّ، لكنّه يكتفي بالتّمسّك بالحوز لأنّ إثباته أسهل، ولأنّه يمكّنه من المنافع التي يريدها من الشّيء.

لكن هنالك حالات يكون الحوز فيها منفصلا عن الملكيّة (هي حالات قليلة في العدد إلّا أنّها هي التي تشدّ الانتباه أكثر بسبب إظهارها مفهوم الحوز مجرّدا ولوحده). فالسّارق حائزٌ، لكنّه ليس مالكا؛ والمسروق منه مالكٌ، لكنّه ليس حائزا. والفلاّح الذي يزرع ويحصد في أرضه، ويتجاوز منذ خمس سنوات في الزّراعة والحصاد إلى شريط يقع في أرض الجار، هو حائز للشّريط، لكنّه ليس المالك؛ والجار هو المالك، لكنّه ليس الحائز. ومن اشترى منزلا منذ سنتين من غير مالكه الحقيقيّ وسَكَنه هو حائزٌ، لكنّه ليس مالكا؛ أمّا المالك الحقيقيّ فهو المالك، لكنّه ليس الحائز[1002].

"الحوز سيطرة فعليّة على شيء": عبارة الشّيء في الفصل 38 مطلقة تشمل المادّيّ وغير المادّيّ•. والمطلق يُعطى المعنى المقصود منه. فإذا لم يعثر على هذا المقصود،

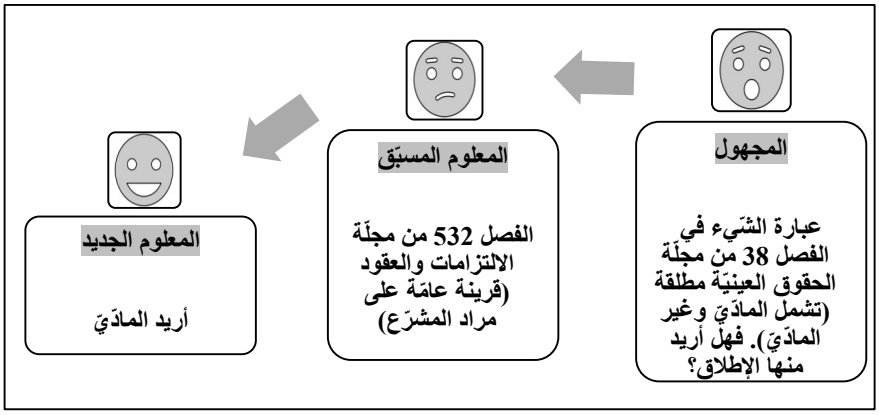
[1002] لم نفعل فيما ورد أعلاه إلّا أن نقلنا نقلا يكاد أن يكون حرفيّا ما جاء عند: جون كاربونييه، م س (الأموال: النّقود – العقّارات – المنقولات)، الفقرة 119، ص 190.

انظر أيضا حول فكرة أنّ الحوز واقع وأنّ المرء يمكن أن يكون حائزا وليس مالكا، ومالكا وليس حائزا: بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 2 وما بعدها، ص 268.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

يعطى المطلق معناه الوضعيّ، وهو الإطلاق. وفيما يخصّ العبارة التي نحن بصددها، ينبغي أن نفترض أنّ المشرّع عاقل؛ فإذا فعلنا، قلنا إنّ العاقل يقصد إخطار معنى في ذهن المتلقّي؛ ولا معنى للكلام القائل بحوز ما هو غير مادّيّ وبالسّيطرة عليه[1003]. زيادة على ما تقدّم، عبارة الشّيء مطلقة من وجه آخر؛ فهي تشمل العقّار وتشمل المنقول•. وحين ننظر إلى النّصوص التي سترد بعد الفصل 38، أي حين ننظر إلى سياق هذا النّصّ (إذن نحن أمام سياق مقاليّ. أمّا في الصّورة التي سبقت، فاعتمِد

[1003] انظر الفقرة 208.

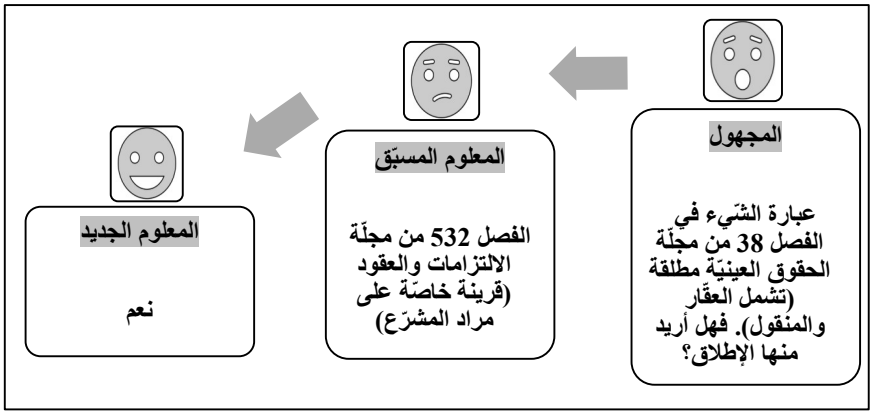


• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

السّياق المقاميّ، أي حال المتكلّم، وكونه عاقلا)، نستطيع القول إنّ المشرّع قصد أنّ الحوز يرد على العقّار والمنقول(1004).

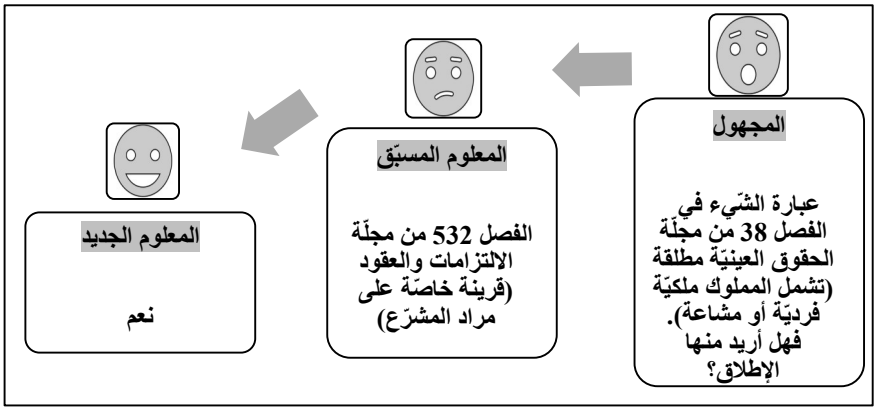
ومن جهة ثالثة، عبارة الشّيء مطلقة، لأنّها تشمل الشّيء المملوك ملكيّة فرديّة والشّيء المملوك ملكيّة مشاعة•. والمطلق هنا قصد منه الإطلاق (الدّليل: الفصل 47 همّ الشّيوع، وهو استثناء للفصل 45، ممّا يعني أنّ هذا الفصل يتعلّق بالملكيّة الفرديّة)(1005).

(1004)



• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1005)



181 تبرير حماية القانون للحوز ◊ والقانون يحمي الحوز[1006]. وحمايته للحوز هي في الغالب حماية للملكيّة، لأنّ الغالب كما تقدّم أن تتطابق الوضعيّة الواقعيّة مع الوضعيّة القانونيّة[1007].

لكن قلنا إن ثمّ أحوالا قليلة. في هذه الأحوال حماية الحوز تعني تغليبه على الملكيّة. هذا التّغليب له مبرّرات، منها الحفاظ على الاستقرار (والحفاظ على الاستقرار يدخل

[1006] من وسائل حماية الحوز الدّعاوى الحوزيّة. ولقد جاءت هذه الدّعاوى في نصوص مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة (تنبغي ملاحظة أنّ هذه النّصوص لا تمكّن من هذه الدّعاوى إلّا الحائز. أمّا في القانون الفرنسيّ، ومنذ 9 جويلية 1975، صارت هذه الدّعاوى تعطى أيضا لمن ليس حائزا كالمكتري، والمودع لديه، وغيرهما):

الفصل 51: "توصف بدعوى حوزيّة القضيّة التي خوّل القانون القيام بها لحائز عقّار أو حقّ عينيّ على عقّار وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال".

الفصل 52: "يمكن لمن هو حائز بنفسه أو بواسطة غيره لعقّار أو حقّ عينيّ على عقّار أن يقوم بالدّعوى الحوزيّة:

"أوّلا: إذا كان يقصد بقيامه استبقاءه على حوزه أو الاعتراف له به في صورة وقوع الشّغب أو استرجاع حوزه في صورة افتكاكه منه.

"ثانيا: إذا كانت له مصلحة في صدور الإذن بتعطيل الأشغال التي قد ينجرّ عنها شغب لو وقع إتمامها.

"ثالثا: إذا كان يقصد بقيامه استرجاع حوزه أو انتفاعه في صورة افتكاكه منه بالقوّة".

الفصل 53: "الشّغب في هذا الموضوع هو كلّ أمر ينجرّ منه رأسا ومن نفسه أو بطريق الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير".

الفصل 54: "فيما عدا صورة افتكاك الحوز بالقوّة فإنّ القيام بدعوى الحوز لا يقبل إلّا:

"1) إذا كان الطّالب حائزا منذ عام على الأقلّ حال وقوع الشّغب أو افتكاك الحوز أو إتمام الأشغال التي من شأنها أن ينجرّ عنها شغب ولم يسكت مدّة عام من بعد وقوع ذلك الشّغب أو افتكاك الحوز من يده أو إتمام تلك الأشغال.

"2) إذا كان الحوز مستمرّا بدون التباس ولا انقطاع ولا شغب مشاهدا بصفة مالك.

الفصل 55: "إذا وقع افتكاك الحوز بالقوّة فالذي افتكّ منه له القيام لدى المحكمة الزّجريّة بطلب غرم ما حصل له من الضّرر واسترجاع حوزه أو القيام لدى المحكمة المدنيّة بطلب ذلك".

الفصل 56: "في الصّورة المقرّرة بالفقرة الأولى من الفصل 52 إذا أبدى المطلوب دعوى في الحوز الذي يطلبه الطّالب وأدلى كلّ منهما بالحجّة على حوزه فالحاكم له إمّا أن يبقي كلّا منهما على حوزه أو يكلّف بالمتنازع فيه أمينا أو ينيط حفظ الشّيء المتنازع فيه بعهدة أحد الخصوم بشرط المحاسبة على استغلاله إن اقتضى الحال ذلك".

الفصل 57: "لا يجوز الحكم في دعوى الحوز على أساس ثبوت الحق الملكيّ أو نفيه ولكن للحاكم أن يتأمّل من الأدلّة المدلى بها على هذا الحقّ بقدر ما يفيده فيما يخصّ الحوز".

الفصل 58: "القائم بدعوى الاستحقاق لا يقبل منه القيام بدعوى الحوز على أساس شغب أو افتكاك حوز متقدّمين عن قيامه بدعوى الاستحقاق. ودعوى الاستحقاق التي رفعها المقام عليه بدعوى الحوز قبل القيام عليه بهذه الدّعوى لا تأثير لها على دعوى الحوز.

"ومن وقع القيام عليه بدعوى الحوز لا يمكنه القيام بدعوى استحقاقيّة إلّا بعد البتّ في دعوى الحوز. وليس له في صورة صدور الحكم ضدّه في الدّعوى المذكورة أن يقوم بدعوى استحقاقيّة إلّا بعد أن يذعن لما اقتضاه ذلك الحكم".

انظر حول الدّعوى الحوزيّة: عمر بوقدّيدة، الدّعوى الحوزيّة، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة والاقتصاديّة بتونس، 1981؛ أحمد الجندوبي وحسين بن سليمة، م س، ص 190 وما بعدها؛ نور الدّين الغزواني، م س، ص 317 وما بعدها؛ فاروق المشري، م س، ص 75 وما بعدها.

وفي القانون المقارن انظر:

أ أوديا، الدّعاوى الحوزيّة في القانون الرّومانيّ وفي القانون الفرنسيّ، فيشون مطبعيّ كلّيّة الحقوق، باريس، 1853.

E. Audiat, *Des actions possessoires en droit romain et en droit français*, Vichon Imprimeur de la Faculté de droit, Paris, 1853.

أ أولانييه، كتاب الدّعاوى الحوزيّة، مطبعة دي ميلينيه–مالاسيس، نانت، 1829.

A. Aulanier, *Traité des actions possessoires*, Imprimerie et lithographie de Mellinet-Malassis, Nantes, 1829.

بيار–لويس–جوزيف جوبار، في الحوز وفي آثاره وخاصّة الدّعاوى الحوزيّة، مطبعة ج مارشون، ديجون، 1868.

ضمن الغايات الكبرى للقوانين[1008]). فمثلا حوز عقّار لمدّة طويلة يعني استقرار الأوضاع على نحو معيّن. فإذا قضينا للحائز بالملكيّة ونزعناها من المالك الحقيقيّ، نكون قد أبقينا الأوضاع على ما كانت عليه. وقد يبدو هذا مجافيا للعدل[1009].

Pierre-Louis-Joseph Jobard, *De la possession et de ses effets spécialement des actions possessoires*, Imprimerie J. Marchand, Dijon, 1868.

غوستاف غودونيه، الدّعاوى الحوزيّة، طوبوغرافيا أودين وشركاؤه، بواتييه، 1890.

Gustave Gaudonnet, *Actions possessoires*, Typograhie Oudin et C^ie^, Poitiers, 1890.

شارل أبلاتون، في الحوز وفي الدّعاوى الحوزيّة، أطروحة، كلّيّة الحقوق بديجون، ديجون، 1871.

Charles Appleton, *De la possession et des actions possessoires*, Thèse, Faculté de droit de Dijon, 1871.

تيري غينو، الوجيز التّاريخيّ والعمليّ للدّعاوى الحوزيّة، المنشورات القانونيّة والعمليّة، باريس، 2009.

Thierry Guinot, *Abrégé historique et pratique des actions possessoires*, Editions Juridiques et pratiques, Paris, 2009.

[1007] قيل في القانون الفرنسيّ – والكلام ينسحب على غيره –: لا ينبغي أن نضخّم دور الحوز كسبب لاكتساب ملكيّة الحقوق العينيّة. ففي التّطبيق يكون الحوز خاصّة تقنية دعم وتوطيد: فالحائز، وهو صاحب الحقّ الحقيقيّ، يجد في الحوز تقنية لتعويض الاستظهار بسندات فقدت بمرور الزّمن خاصّة وأنّه – لكي يثبت بطريقة مطلقة أنّه صاحب الحقّ – ينبغي أن يأتي بالسّند الذي نقل الحقّ من السّلف، والسّند الذي نقل من سلف السّلف إلى السّلف، وهكذا إلى ما لا نهاية له (هذا ما يسمّى الإثبات الشّيطانيّ *probatio diabolica*).

إيزابيل بيتال-تايسي، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 2219، كرّاس وحيد، الفقرة 7.

Isabelle Petel-Teyssie, J. –cl. Civ. Code, art 2219, fasc. Unique, § 7.

[1008] انظر حول الغايات الكبرى للقوانين: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (مقدّمة للقانون)، الفقرة 90 وما بعدها.

[1009] رأى الفرنسيّ "كوجاس" (Cujas) أنّنا أمام ما يخالف القانون الطّبيعيّ. انظر:

م فازيل، كتاب التّقادم، مكتبة فقه القضاء ل: هـ تارلييه، بروكسال، 1834، ص 4، الفقرة 10.

M. Vazeille, *Traité des prescriptions*, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1834, p. 4, n° 10.

ويرى محمّد عبد الجوّاد محمّد أنّ "اكتساب الحقوق أو سقوطها بالتّقادم حكم ينافي العدالة والخُلق، ويكفي في ذلك أن يصير به الغاصب أو السّارق مالكا بعد حيازته لما غصب أو سرق مدّة معيّنة". محمّد عبد الجوّاد محمّد، الحيازة والتّقادم في الفقه الإسلاميّ المقارن بالقانون الوضعيّ، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 1397 هـ/ 1977 م، ذكره: محمّد أحمد حسن إبراهيم، أحكام التّقادم في الفقه الإسلاميّ. دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة. كلّيّة دار العلوم. قسم الشّريعة الإسلاميّة، 1425 هـ/ 2004 م، ص 37.

زيادة على المسألة السّابقة، ثمّ أخرى تتعلّق بمدى دستوريّة قاعدة التّقادم المكسب. ولقد طرحت هذه الأخرى أمام محكمة التّعقيب الفرنسيّة (مدنيّ، الدّائرة 3، 12 أكتوبر 2011، عدد 11-40.055) (تحديدا طرحت مسألة تنافي أحكام الفصلين 2258 و2272 من المجلّة المدنيّة مع الفصلين 2 و17 من إعلان حقوق الإنسان) باعتبار أنّ القاعدة المذكورة تحرم مالك العقّار من ملكيّته دون تعويض مسبّق ودون وجود ضرورة تقتضيها المصلحة العامّة. ولقد رأت المحكمة أنّ هذه المسألة غير جدّيّة. فالتّقادم المكسب لا يهدف إلى نزع الملكيّة ولا إلى تحديد ممارستها بل يعطي للحائز سند ملكيّة يتطابق والوضعيّة الواقعيّة. ثمّ إنّه يستجيب لمقتضى المصلحة العامّة المتعلّقة بالاستقرار وذلك بجعل حقّ الملكيّة مطابقا لوضعيّة واقعيّة مضى عليها أمد طويل.

وفي إطار قريب من الذي سبق طرحت أمام المحكمة الأوروبّيّة لحقوق الإنسان سنة 2007 مسألة مدى تطابق أحكام التّقادم المكسب (البريطانيّة) مع الاتّفاقيّة الأوروبّيّة لحقوق الإنسان، فقالت المحكمة إنّها لا تعارضها لأنّ أثر التّقادم ليس حرمان شخص من ملكيّته بل تنظيم هذه الملكيّة.

حول ما قالته محكمة التّعقيب الفرنسيّة والمحكمة الأوروبّيّة انظر: ناداج ريبول-موبان، م س (قانون الأموال)، ص 390.

لكن لو نظرنا إلى من استعمل الثّروة واستغلّها وإلى من لم يفعل من ذلك شيئا ولمدّة طويلة[1010]، سنتبيّن أنّ المصلحة الاقتصاديّة – فضلا عن الاستقرار – يقضيان بتغليب الأوّل، أي تغليب الحائز[1011].

[1010] أن نكون أمام عقاب على عدم الفعل، فهذا يجعل التّقادم (prescription) لا يتميّز عن سقوط الحقّ لفوات الميعاد (ما يسمّى في الفرنسيّة forclusion، وهو عقاب يتسلّط على صاحب حقّ أو دعوى لعدم قيامه في الأجل المحدّد بشكليّة معيّنة، ويتمثّل في حرمانه من القيام بهذه الشّكليّة. مثال ذلك: من لا يستأنف حكما ابتدائيّا في الأجل، يُحرَم من حقّ الاستئناف). فالسّقوط هو عقاب على تفويت أجل جُعِل للقيام بتصرّف قانونيّ وخاصّة لرفع دعوى. إيزابيل بيتال–تايسي، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 2219، كرّاس وحيد)، الفقرة 12.

ولقد رأينا سابقا (الفقرة 156) أنّ الملكيّة دائمة، وأنّها لا تسقط بعدم الاستعمال، وأشرنا حينها إلى أنّ عدم استعمال المالك، حين يرافقه حوز من الغير، يؤدّي إلى فقدان الملكيّة.

[1011] سيجيئ في واحد من الشّواهد (الفقرة 203، الهامش) أنّ تحقّق أوّل ملكيّة كان بواسطة العمل والحيازة. وما جاء أعلاه حاصله (بعد توفّر شروط سنراها) أن تنزع الملكيّة ممّن لم يجئ منه عمل ولم تجئ منه حيازة وأن تنقل إلى من جاء منه العمل وجاءت منه الحيازة.

على كلّ انظر من طرح السّؤال: أيّهما أولى بحماية القانون المالك أم الحائز؟ وأجاب بأن ثمّ من يرى الأوّل أولى بالحماية في كلّ الأحوال وإن أهمل المال وتركه خارج الدّورة الاقتصاديّة، أي وإن لم تؤدّ ملكيّته وظيفتها الاجتماعيّة، وثمّ من يرى الثّاني أولى بالحماية في كلّ الأحوال وإن كان سيّئ النّيّة. لكن يمكن التّوسّط وذلك بالتّضحية بالمالك الذي لم يؤدّ الوظيفة التي تنبغي وبتقديم الحائز إذا أدّى هذه الوظيفة وإذا كان حسن النّيّة. أمّا إذا كان سيّئ النّيّة، فتنبغي حمايته لكن بدرجة أقلّ. عمر خضر سعد، الحيازة والملكيّة العقّاريّة. دراسة تحليليّة مقارنة بين القانون الفلسطينيّ والقانون التّونسيّ، أطروحة دكتوراه، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2016 – 2017، ص 40 وما بعدها.

قرّب من: كريستيان لاروميه، م س، الفقرة 57، ص 40.

وللتّفصيل في أسس الحوز انظر مثلا:

جون–مارك تريغو، حوز العقّارات. الطّبيعة والأساس، إيكونوميكا، باريس، 1881، ص 223 وما بعدها.

Jean-Marc Trigeaud, *La possession des biens immobiliers. Nature et fondement*, Economica, Paris, 1981, p. 223 s.

انظر أيضا حول النّقطة نفسها: باتريس جوردان، م س، ص 17 وما بعدها؛ غابريال ماربّي وبيار رينو، م س، ص 14 وما بعدها؛ هنري وليون وجون مازو وفرانسوا شاباس، م س (الأموال)، ص 190 وما بعدها؛

شارل دومون، التّقادم المكسب والغصب، مطبعة ن برنارد، بواتييه، 1860، ص 2.

Charles Dumont, *De usucapionibus et usurpationibus*, Imprimerie de N. Bernard, Poitiers, 1860, p. 2.

وفي بعض الفقه الإسلاميّ نجد إشارة إلى ما هو واقع وإلى ما هو قانون، وإلى ما هو غالب وإلى ما هو استثنائيّ، كما نجد إشارة إلى ما لأجله يُحمى الحوز (سيرة العقلاء): "قاعدة اليد: هي الحكم بملكيّة شيء لمن كان مسلّطا عليه ومتصرّفا فيه [...] (عند) الشّكّ في الملكيّة. فللقاعدة موضوع ومحمول: موضوعها الاستيلاء الخارجيّ والتّسلّط العرفيّ على ما يُشكّ في كونه ملكاً واقعاً، ومحمولها الحكم بالملكيّة وترتيب آثارها شرعا. فإذا وجدنا زيدا مستوليا على عباءة يلبسها ويتصرّف فيها، حكمنا بأنّ تلك العباءة ملكه، وجاز شراؤها منه والتّصرّف فيها بإذنه.

"تنبيهان:

"الأوّل: أنّ الدّليل على القاعدة هو بناء العقلاء على ذلك مع عدم ردع الشّارع عنه؛ وقوله عليه السّلام، في خبر حفص حين قال السّائل أرأيت إن رأيت في يد رجل شيئا أيجوز أن أشهد أنّه له، قال نعم إلى أن قال ولو لا ذلك لما قام للمسلمين سوق؛ وقوله في موثقة يعقوب، في متاع البيت المشترك بين الزّوج والزّوجة، من استولى على شيء منه فهو له.

"الثّاني: هل القاعدة أمارة أو أصل؟ فيه خلاف.

"ومعنى أماريّتها أنّ السّلطنة والاستيلاء على الشّيء من لوازم الملكيّة وآثارها بحسب الغالب، لأنّ الغالب أنّ المستولي على الشّيء والمتصرّف فيه هو المالك، ولو قد يتّفق كونه غاصبا ونحوه؛ فالاستيلاء كاشف ظنّيّ عن الملكيّة كشف اللازم عن ملزومه والأثر عن مؤثّره، والشّارع أتمّ كشفه النّاقص وجعله طريقا إلى الملكيّة، فهي أمارة موضوعيّة مصوّبة لدى العقلاء، ممضاة من جانب الشّارع.

"ومعنى كونها أصلا أنّ الشّارع لم يلاحظ جهة كشفها، بل حكم بترتيب آثار الملكيّة تعبّداً عند الشّكّ فيها، فتكون من الأصول المحرزة كالاستصحاب". علي المشكيني، اصطلاحات الأصول، دفتر نشر الهادي، ط 5، 1413 هجريّ قمريّ/ 1371 هجريّ شمسيّ، ص 215 و216.

هذا عن العقّار، أمّا في المنقول، وإذا لم نعتبر حائزه مالكا، لما اشترى أحدٌ من أحد إلّا بعد التّثبّت من أنّه لم يسرقه أو لم يفتكّه عنوة ونحو ذلك، وكلّ هذا يتعارض مع ما يقتضيه اقتصاد المجتمعات من سرعة في انتقال المنقولات (أو على الأقلّ أغلبها) من شخص إلى آخر[1012].

وينبغي أن نعاود فنقول إنّ هذا بعض الفقه الإسلاميّ. لكنّنا سنشير لاحقا إلى فقه آخر مختلف قليلا عن الذي أوردناه الآن (انظر الفقرة 203).

[1012] في بعض الفقه الإسلاميّ نجد إشارة إلى ما هو واقع وإلى ما هو قانون، وإلى ما هو غالب وإلى ما هو استثنائيّ، كما نجد – وهذا ما يهمّنا هنا – إشارة إلى ما لأجله يُحمى حوز المنقول: "قاعدة اليد: هي الحكم بملكيّة شيء لمن كان مسلّطا عليه ومتصرّفا فيه [...] (عند) الشّكّ في الملكيّة. فللقاعدة موضوع ومحمول: موضوعها الاستيلاء الخارجيّ والتّسلّط العرفيّ على ما يُشكّ في كونه ملكاً واقعاً، ومحمولها الحكم بالملكيّة وترتيب آثارها شرعا. فإذا وجدنا زيدا مستوليا على عباءة يلبسها ويتصرّف فيها، حكمنا بأنّ تلك العباءة ملكه، وجاز شراؤها منه والتّصرّف فيها بإذنه.

"تنبيهان:

"الأوّل: أنّ الدّليل على القاعدة هو بناء العقلاء على ذلك مع عدم ردع الشّارع عنه؛ وقوله عليه السّلام، في خبر حفص حين قال السّائل أرأيت إن رأيت في يد رجل شيئا أيجوز أن أشهد أنّه له، قال نعم إلى أن قال ولو لا ذلك لما قام للمسلمين سوق؛ وقوله في موثقة يعقوب، في متاع البيت المشترك بين الزّوج والزّوجة، من استولى على شيء منه فهو له.

"الثّاني: هل القاعدة أمارة أو أصل؟ فيه خلاف.

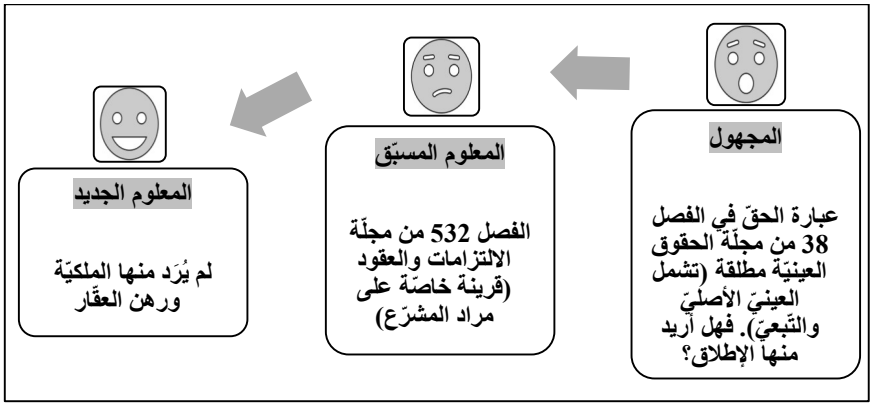
"ومعنى أماريّتها أنّ السّلطنة والاستيلاء على الشّيء من لوازم الملكيّة وآثارها بحسب الغالب، لأنّ الغالب أنّ المستولي على الشّيء والمتصرّف فيه هو المالك، ولو قد يتّفق كونه غاصبا ونحوه؛ فالاستيلاء كاشف ظنّيّ عن الملكيّة كشف اللازم عن ملزومه والأثر عن مؤثّره، والشّارع أتمّ كشفه النّاقص وجعله طريقا إلى الملكيّة، فهي أمارة موضوعيّة مصوّبة لدى العقلاء، ممضاة من جانب الشّارع.

"ومعنى كونها أصلا أنّ الشّارع لم يلاحظ جهة كشفها، بل حكم بترتيب آثار الملكيّة تعبّداً عند الشّكّ فيها، فتكون من الأصول المحرزة كالاستصحاب". علي المشكيني، اصطلاحات الأصول، دفتر نشر الهادي، ط 5، 1413 هجريّ قمريّ/ 1371 هجريّ شمسيّ، ص 215 و216.

182 الحوز والحقوق العينيّة الأخرى، أو الحوز و"شبه الحوز" ◊ والحوز لا ينصبّ فقط على حقّ ملكيّة الشّيء، فالفصل 38 قال إنّه: "[...] سيطرة فعليّة [...] على حقّ [...]". وعبارة الحقّ هنا مطلقة•، ولا يجد من يبحث في الأعمال التّحضيريّة قصد المشرّع منها، لذا يمكن إجراؤها على الإطلاق. فإذا فعلنا، قلنا إنّ العبارة تعني الحقّ العينيّ الأصليّ والتّبعيّ. لكن ينبغي أن نقصي حقّ الملكيّة، لأنّ الفصل 38 تناوله تحت عبارة الشّيء؛ كما ينبغي إقصاء رهن العقّار، لأنّ الفصل 38 قال الحوز سيطرةٌ، والدّائن المرتهن لعقّار لا يسيطر(1013). وما جاء الآن يعني أنّ موضوع الحوز

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1013)



انظر ما قيل في إطار القانون الفرنسيّ: كريستيان لاروميه، م س، الفقرة 57، ص 41.

قد يكون: حقّ انتفاع، أو حقّ ارتفاق[1014]، أو حقّ رهن منقول (إلخ)[1015]. وفي فرنسا يسمّى حوز هذه الحقوق "شبه الحوز" (quasi possession)[1016]،

[1014] انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11258، 2 مارس 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 122.
لكن – وفيما يخصّ الارتفاقات التي يحدثها الإنسان – قال الفصل 180 من مجلّة الحقوق العينيّة: "يجوز لمالكي العقّارات أن يحدثوا لها أو عليها ما شاؤوا من حقوق الارتفاق. ولا تكتسب هذه الحقوق بالتّقادم ولا تثبت إلّا بكتب". انظر تطبيقا لهذا النّصّ: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 9396، 18 مارس 1975، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 156؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 31562، 1 مارس 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 220؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 35251، 28 فيفري 1995، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 263. وانظر قرارا تعقيبيّا قال إنّ حقّ الارتفاق المكتسب بالتّقادم قبل صدور مجلّة الحقوق العينيّة يمكن إثباته بالبيّنة: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 917، 30 جانفي 1979، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 45.
وحول الحوز في مادّة الارتفاق في القانون الرّومانيّ والفرنسيّ انظر:
غاستون بالييه، في الحوز والدّعاوى الحوزيّة في مادّة الارتفاقات في القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ، مطبعة أ دورب، بواتييه، 1873.
Gaston Paillier, *De la possession et des actions possessoires en matière de servitude en droit romain et en droit français*, Imprimerie de A. Dupre, Poitiers, 1873.
وفي الفقه الإسلاميّ قيل: جاء عند "ابن فرحون في تبصرة الحكّام [...] «ومن أحدث عليه ضرر من الاطّلاع أو خروج ماء من مرحاض قرب جدار داره أو غير ذلك من الإحداثات المضرّة، وعلم بذلك ولم ينكره ولا اعترض عليه في عشرة أعوام ونحوها، من غير عذر يمنعه من القيام، فلا قيام له بعد هذه المدّة، وهو كالاستحقاق [...]». وعلى ذلك فالاطّلاع، وهو حقّ المطلّ، وكذلك حقّ المسيل وما أشبههما، يمكن أن تكون موضوعا للحيازة بشروطها المذكورة [...] (و) طبقا لقول ابن حبيب لا يمكن حيازة حقوق الارتفاق الضّارّة بصاحب الملك المجاور أو العقّار الخادم. ولكن هذا رأي مخالف لرأي الغالبيّة العظمى من كبار فقهاء المذهب المالكيّ [...] (و) هناك وجهة نظر أخرى أوضح من وجهة نظر ابن حبيب نقلها ابن فرحون عن ابن زَمَنين [...] (عن ابن مزين الذي) فرّق بين نوعين من حقوق الارتفاق: النّوع الأوّل هو الذي يبقى على حالة واحدة لا تزيد، أي أنّ الضّرر النّاتج عنه ثابت لا يزيد بمرور الزّمن، وذلك كفتح الأبواب وحقّ المطلّ، وهذا النّوع من حقوق الارتفاق تطبّق عليه قواعد الحيازة. والنّوع الثّاني من حقوق الارتفاق هو ما كان ضرره يتزايد بمرور الزّمن، كالكنيف في الزّمن

فيُتحدَّث عن: شبه حوز حقّ الانتفاع (quasi possession de l'usufruit)، وهكذا.

وشبه الحوز، أو حوز ما تقدّم من حقوق عينيّة، لا يعنينا، لأنّنا نتناول الحوز كسبب من أسباب اكتساب الملكيّة. وعليه فما يدخل في عملنا من الفصل 38 هو قوله: "الحوز سيطرة فعليّة [...] على [...] شيء".

183 الحوز ليس سيطرة فحسب، بل سيطرة بصفة صاحب حقّ ◊ وثمّ أمر آخر. يقول الفصل 38: "الحوز سيطرة فعليّة لشخص بنفسه أو بواسطة على حقّ أو شيء".

هذا الكلام ناقص. نعم الحوز سيطرة على شيء أو على حقّ؛ نعم أيضا الحوز سيطرة شخص بنفسه أو بواسطة (من سوّغ يسيطر بواسطة المتسوّغ)؛ لكنّ الحوز ليس سيطرة لوحدها بل سيطرة بصفة صاحب حقّ (الملكيّة، الانتفاع، إلخ). ونجد السّيطرةَ، بصفة صاحبِ حقٍّ هو الملكيّة، في النّصّ المتعلّق بحوز العقّار (الفصل 45)، لكنّنا لا نجدها لا في النّصّ العامّ الذي نحن بصدده ولا في النّصّ الخاصّ بحوز المنقول.

184 تقسيم البحث ◊ يخلص ممّا جاء أعلاه أنّ الحوز سيطرة فعليّة على حقّ ملكيّة (أو حقّ عينيّ آخر) لشخصٍ بنفسه أو بواسطة بصفة صاحب حقّ. فإذا لم نُبق – بسبب العنوان الذي نحن بصدده – إلّا حقّ الملكيّة، قلنا إنّ ما ورد الآن هو

الماضي للمدن الكبيرة قبل وجود نظام المجاري وكما هو الوضع في الوقت الحاضر في القرى والأرياف (وهذا النّوع من حقوق الارتفاق لا تطبّق عليه قواعد الحيازة)". محمّد أحمد حسن إبراهيم، م س، ص 92 وما بعدها.

(1015) انظر في القانون الفرنسيّ: جون–مارك تريغو، م س، ص 261 وما بعدها.

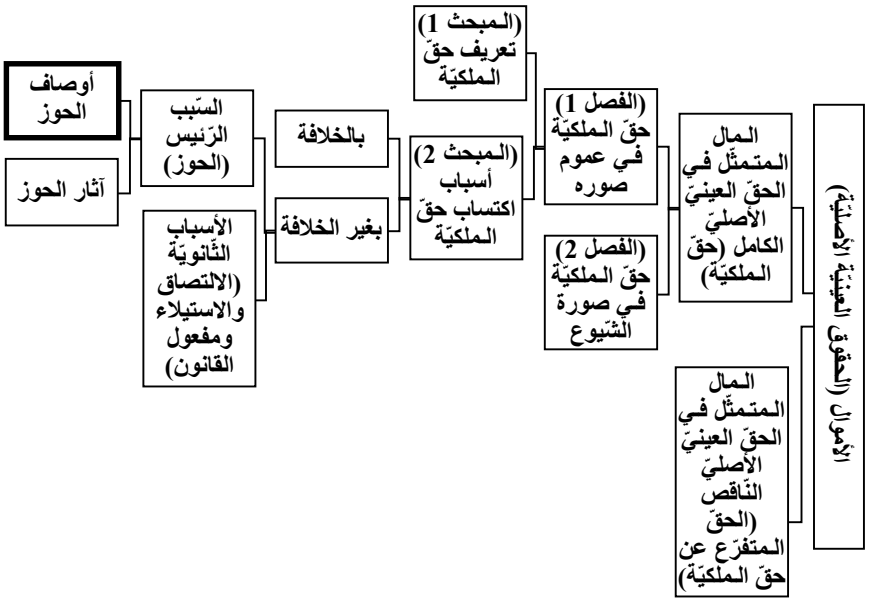
(1016) انظر: جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "حوز" Possession.

تعريف للحوز بأوصافه الذّاتيّة. لكن، لأنّ للحوز آثارا، ولأنّ هذه الآثار لا تنجرّ عن الحوز، بل عن الحوز الذي توفّرت فيه أوصاف عرضيّة، يجب تناول تعريف الحوز بهذه الأوصاف العرضيّة. وعليه ينبغي تعريف الحوز بأوصافه (الذّاتيّة والعرضيّة)، ثمّ تبيان آثاره[1017].

1/ أوصاف الحوز

185 مسألة اصطلاحيّة ◊ رُكن الشّيء هو ما يلزم من وجوده وجود الشّيء ومن عدمه عدم الشّيء، وهو داخل في حقيقته وماهيته (مثال: الوراثُ والمورّثُ والتّركةُ أركانٌ

(1017)



للميراث)[1018]. ويرادف الرّكنَ الوصفُ الذّاتيّ، لأنّنا رأينا في تعريفه أنّه الأمر الذي إذا زال، زال الموصوف[1019].

ونجد في أصول الفقه الشّرط من جهة والمانع من جهة أخرى:

فأمّا الشّرط، فما لا يلزم من وجوده الوجود، ويلزم من عدمه العدم[1020] (مثال: حضور الشّاهدين لصحّة الزّواج، إذ يلزم من انعدامه عدم الصّحّة، لكن لا يلزم من وجوده وجود الصّحّة، لأنّ الزّواج قد يبطل لأمر من الأمور رغم توفّر شرط حضور الشّاهدين. مثال آخر: العلم بالثّمن وبالمثمون من البائع ومن المشتري. هنا أيضا نحن أمام أمر يلزم من انعدامه عدم صحّة عقد البيع، لكن لا تلزم من وجوده الصّحّة، إذ رغم وجود العلم قد يبطل البيع لأمر آخر)[1021].

[1018] انظر مثلا: محمّد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربيّ، القاهرة، د ت، ص 60 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلاميّ (منهجيّة الفقه) وفلسفته، الفقرة 101.

وهنالك مفهوم آخر هو السّبب. والسّبب كالرّكن يلزم من وجوده وجود المسبَّب ومن عدمه عدمه. لكنّ السّبب – على خلاف الرّكن – خارج عن حقيقة المسبّب وماهيته. انظر: محمّد أبو النّور زهير، أصول الفقه، المكتبة الأزهريّة للتّراث، القاهرة، د ت، ج 1، ص 100؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلاميّ (منهجيّة الفقه) وفلسفته، الفقرة 101.

[1019] انظر الفقرة 8.

[1020] انظر: مصطفى جمال الدّين، الاستحسان، دار الهادي، بيروت، ط 1، 1428 هـ/ 2007 م، ص 293.

[1021] انظر مثلا: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلاميّ (منهجيّة الفقه) وفلسفته، الفقرة 99.

والفرق بين الرّكن والشّرط أنّ ركن الشّيء داخل في حقيقة الشّيء. أمّا الشّرط فأجنبيّ وخارج عن هذه الحقيقة. لكنّ الرّكن كالشّرط من ناحية أنّه يلزم من عدمه العدم[1022].

نصل الآن إلى المانع، وهو ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه الوجود (مثال: القتلُ العمدُ مانعٌ للإرث؛ فإذا وُجد القتلُ، لم يوجد ميراث)[1023].

[1022] انظر مثلا: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلاميّ (منهجيّة الفقه) وفلسفته، الفقرة 101.

[1023] انظر مثلا: وهبة الزّحيلي، أصول الفقه الإسلاميّ، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1406 هـ/ 1986 م، ج 1، ص 102؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلاميّ (منهجيّة الفقه) وفلسفته، الفقرة 104.

وتنبغي ملاحظة أنّ مفاهيم السّبب والشّرط والمانع مرتبطة بمفهوم العلّة. والعلّة تنقسم إلى "علّة تامّة وعلّة ناقصة.

"والعلّة التّامّة هي التي تشتمل على جميع ما يتوقّف عليه وجود المعلول، أي هي تتألّف من السّبب والشّرط وعدم المانع. فعندما نريد أن نحرق ورقة، فهذا الاحتراق يحتاج إلى علّة تامّة. وهي تتألّف من السّبب (النّار) والشّرط (بأن تكون هذه النّار قريبة من الورقة) ثمّ عدم المانع (لابدّ أن تكون الورقة غير رطبة). فإذا وجد السّبب والشّرط وعدم المانع، احترقت الورقة. هذه هي العلّة التّامّة. ومتى ما وجدت العلّة التّامّة، وجد المعلول مباشرة.

"أمّا العلّة النّاقصة فهي التي لا تتوفّر على جميع ما يتوقّف عليه وجود المعلول، وإنّما على بعض ما يتوقّف عليه وجود المعلول، كأن يكون السّبب أو الشّرط أو عدم المانع فقط. فإذا فرضنا وجود النّار لكن الورقة كانت رطبة أو بعيدة عن النّار، فحينئذ هذا جزء العلّة، وهو علّة ناقصة، وهذه العلّة النّاقصة لا توجد المعلول، بينما العلّة التّامّة توجد المعلول بمجرّد أن توجد [...]

"(و) العلّة التّامّة تختلف عن العلّة النّاقصة في أنّ العلّة التّامّة متى ما وجدت يلزم من وجودها وجود المعلول مباشرة. فعند وجود السّبب والشّرط وعدم المانع، تحترق الورقة فورا. ومتى ما عدمت العلّة التّامّة، انعدم المعلول.

والشّرط نقيض للمانع، إذ أنّ عدم المانع شرط، وعدم الشّرط مانع. على هذا، وفيما يخصّ أمرا معيّنا، يمكن أن ننظر إليه من زاويةٍ فنتحدّث عن شرط؛ كما يمكن أن ننظر إليه من زاوية أخرى، فنتحدّث عن مانع. مثال ذلك: مسألة دِين المورّث والوارث، ودخلها في استحقاق الإرث؛ فوحدة الدِّين، شرط لهذا الاستحقاق؛ ونقيضها – أي اختلاف الدِّين – مانع. مثال آخر: عدم العلم (= الجهل) بالثّمن أو بالمثمن مانع لصحّة عقد البيع، وعدم عدم العلم (= العلم) بالثّمن أو بالمثمن شرط للصّحّة؛ فالجهل إذن مانع، وعدمه (العلم) شرط؛ والعلم شرط، وعدمه (الجهل) مانع[1024].

زيادة على عبارتي الشّرط والمانع، نستطيع هنا استعمال عبارة ثالثة هي العيب. فمثلا الغلط أو الإكراه عيبٌ للرّضا، ومبطل للعقد. لكن بالإمكان، وبدل عبارة العيب، أن نستعمل عبارة المانع، فنقول إنّ الغلط أو الإكراه مانع لصحّة العقد. فإذا علمنا أنّ عدم الغلط أن يكون الرّضا واعياً، وأنّ عدم الإكراه أن يكون الرّضا حرّا، أمكن أن نقول إنّ الرّضا الواعي شرط لصحّة العقد، وكذلك الرّضا الحرّ. وهكذا، وفي مسألة واحدة، نستطيع أن نقول شرط (condition)، أو مانع (empêchement)، أو عيب (vice).

"أمّا العلّة النّاقصة فإنّه لا يلزم من وجودها وجود المعلول، لأنّه قد توجد نار لكنّ الورقة رطبة أو بعيدة عن النّار.

"لكن متى عدمت العلّة التّامّة، انعدم المعلول. كما أنّ العلّة النّاقصة إذا عدمت، ينعدم المعلول أيضا، أي يلزم من عدم العلّة النّاقصة عدم المعلول". عبد الجبّار الرّفاعي، م س، ص 83 و 84.

[1024] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س: أصول الفقه. مسار عمليّة استنباط القانون الإسلاميّ (منهجيّة الفقه) وفلسفته، الفقرة 106.

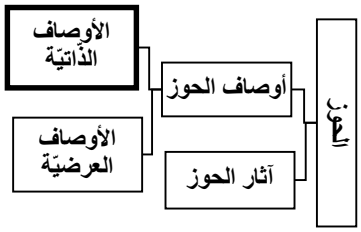
وثمّ تعبير رابع يؤدّي معنى الشرط ومعنى نقيض المانع أو نقيض العيب: أن نقول وصف عرضيّ[1025].

186 تقسيم البحث ◊ فإذا أخذنا ما ورد أعلاه من مصطلحات، وأعملناه على ما يعنينا، قلنا إنّه ينبغي أن نميّز بين مستويين: المستوى الأوّل أنّ هنالك الحوز وهنالك ما ليس الحوز؛ المستوى الثّاني أنّه إذا وجد الحوز، قد ينتج آثارا وقد لا ينتج آثارا. على المستوى الأوّل نستطيع أن نتحدّث عن "أوصاف الحوز الذّاتيّة" وعن "أركانه". أمّا على المستوى الثّاني فنستطيع استعمال اصطلاح "الأوصاف العرضيّة" و"الشّروط" و"الموانع" و"العيوب".

ولقد اخترنا – لكي لا نخالف المصطلحات التي استعملت بعدُ في الجزء التّمهيديّ – عبارتي الأوصاف الذّاتيّة والأوصاف العرضيّة، أي اخترنا أن نتحدّث عن أوصاف الحوز الذّاتيّة وأوصافه العرضيّة[1026].

[1025] رأينا أنّ الوصف العرضيّ هو الذي إذا أزلناه لم يزل الموصوف. انظر: الفقرة 7.

[1026]



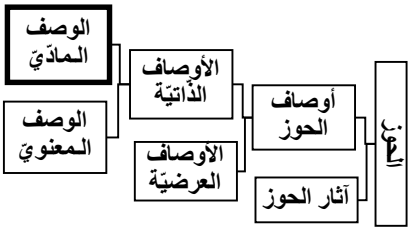
1. 1/ الأوصاف الذّاتيّة

187 **تقسيم البحث** ◊ لا يقوم الحوز إلّا إذا توفّر وصفان ذاتيّان: السّيطرة من جهة، وهي وصف مادّيّ؛ والسّيطرة بصفة صاحب حقّ من جهة أخرى، وهي وصف معنويّ(1027).

1. 1. 1/ الوصف الذّاتيّ المادّيّ

188 **الرّكن المادّيّ للحوز (*corpus*)** ◊ جاء في الفصل 38 أنّ الحوز سيطرة على شيء. والسّيطرة• في الوضع هي الهيمنة والإشراف. أمّا في العرف فتعني ممارسة

(1027)



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

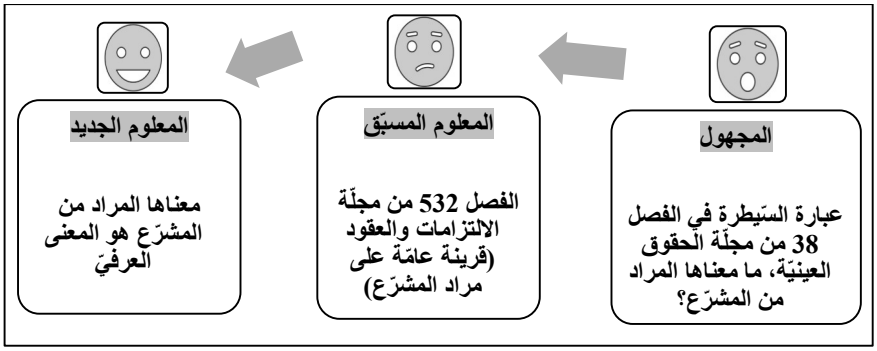
السّلطات المستمدّة من الحقّ موضوع الحوز. هذه السّلطات تتمثّل – إذا تعلّق الأمر بحوز حقّ الملكيّة – في الاستعمال أو الاستغلال أو التّصرّف[1028].

ولأنّه لا توجد (في الأعمال التّحضيريّة) قرينة على قصد المشرّع من عبارة السّيطرة، فينبغي – إعمالا لما تقوله المنهجيّة ولما يقضي به الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود – أن نعطيها معناها العرفيّ[1029].

189 المسيطر لنفسه (الحائز الحقيقيّ أو الحائز) والمسيطر لغيره (الحائز العرضيّ أو غير الحائز) ◊ لكن ليس كلّ من يمارس حقّ الاستعمال مثلا يُعدّ حائزا.

[1028] انظر مثلا: محمّد كمال شرف الدّين، م س (قانون الأموال)، الفقرة 147، ص 52؛ يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 237، ص 131؛ أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 525، ص 542؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 199، ص 155.

[1029]



فالفصل 38 يقول إنّ السّيطرة ينبغي أن تكون من الشّخص نفسه أو من واسطة يتّخذها الشّخص ويحوز من خلالها.

ومن مصاديق السّيطرةِ بواسطةٍ السّيطرةُ عن طريق خادم أو سائق أو حارس أو نحو ذلك[1030]. هنا نحن أمام مجرّد ماسكٍ مادّيّاً للشّيء يتحقّق عن طريقه الرّكن المادّيّ للحوز. والكلام نفسه يصحّ في شأن المكتري أو المستعير أو الوكيل. فهؤلاء يحوزون الشّيء لحساب المكري أو المعير أو الموكِّل. أضف لمن سبقوا صاحب حقّ الانتفاع؛ فإذا أبقى المالك لنفسه الرّقبة، وأعطى حقّ الانتفاع للغير، فالمنتفع يحوز الملكيّة لفائدة المالك (ويحوز الانتفاع لفائدة نفسه. لكنّ حوز هذا الحقّ – أي ما يُسمّى "شبه الحوز" – لا يدخل في العنوان الذي نحن بصدده كما تقدّمت ملاحظة ذلك). ويمكن أن نزيد أيضا صاحب حقّ المرور الذي تلقّاه بمقابل من المالك؛ فهذا يحوز بواسطة ذاك.

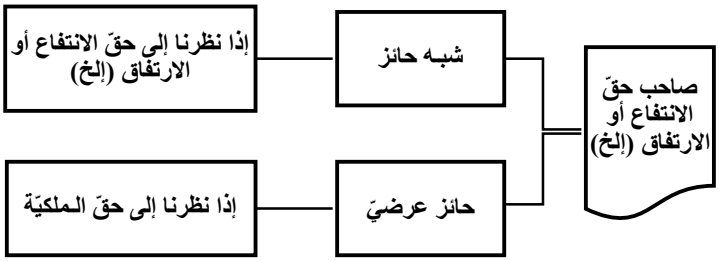
والواسطة دخل الحيازة بسبب مؤقّت وعارض (سواء كان السّبب شخصيّا كما في صورة الكراء أو عينيّا كما في صورة الانتفاع)، لذلك يسمّيه الوسط القانونيّ حائزا

[1030] في إطار القانون الفرنسيّ أعطى "بوتييه" مثال من يرسل خائط ملابس (تارزي) ليشتري قماشا ويصنع له منه لباسا. فبعد الشّراء يكون من أرسل الخائط مسيطرا بواسطة الخائط. بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 44 وما بعدها، ص 289 وما بعدها.

مؤقّتا أو عرضيّا (في فرنسا يُتحدّث عن: détention précaire وعن: possession précaire)[1031].

هذا عن السّيطرة، وهي الوصف الذّاتيّ الأوّل للحوز. بقي الوصف الذّاتيّ الثّاني[1032].

(1031)



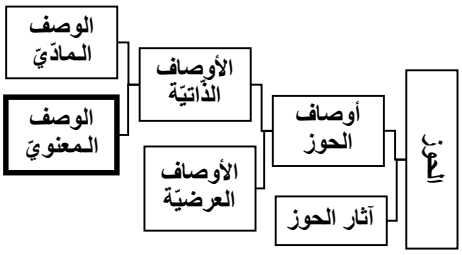
انظر حول الحوز العرضيّ:

لويس سيلوس، بحث حول الحوز العرضيّ، مطبعة سيكس-هوريمانس، ليل، 1874.

Louis Selosse, *Essai sur la possession précaire*, Imprimerie Six-Horemans, Lille, 1874.

جون كاربونييه، م س، ص 123 وما بعدها؛ باتريس جوردان، م س، ص 28؛ بيار فواران وجيل غوبو، م س، ص 269.

(1032)



1. 1. 2/ الوصف الذّاتيّ المعنويّ

190 حوز بصفة صاحب الحقّ أو الرّكن المعنويّ للحوز (*animus*) ◊ ينبغي لمن يحوز حقّا أن يفعل ذلك على أنّه صاحب الحقّ. فإذا كان الحقُّ حقَّ ملكيّةٍ، وجب على الحائز أن يحوز على أنّه صاحب حقّ ملكيّة (*animus domini*). وعليه فنحن أمام حالة ذهنيّة أو نفسيّة يتلبّس بها شخص[1033]. هذه الحالة[1034] نجدها عند من يشتري شيئا من مالكٍ، بل نجدها عند من يشتري شيئا من غير مالك، بل نجدها عند اللصّ والغاصب؛ فكلّ هؤلاء يحوزون على أنّهم أصحاب حقّ؛ وعلى

[1033] في إطار القانون الفرنسيّ كتب "بوتييه" قائلا بوجوب أن تكون هنالك إرادة حوز. وكتب أنّ نتيجة هذا أنّ المجنون ونحوه لا يمكنهم أن يكتسبوا بأنفسهم بواسطة الحوز. الأمر مختلف مع الصّبيّ المميّز، فهذا يمكنه أن يأتي تصرّفات قانونيّة نافعة دون إذن الوليّ ويمكنه – في الاتّجاه نفسه – أن يحسّن وضعيّته بأن يحوز وذلك دون إذن وليّه. والأشخاص المعنويّة تحوز بواسطة القائمين عليها. بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 44 وما بعدها، ص 289 وما بعدها.

[1034] في إطار كتب القانون الأنجلوسكسوني نجد حديثا عن نيّة إقصاء الغير من ممارسة السّيطرة (intention to exclude others from the exercice of control). انظر مثلا:

مايكل بريدج، قانون الملكيّة الشّخصيّة، منشورات جامعة أوكسفورد، المملكة المتّحدة، ط 4، 2015، ص 33.

Michael Bridge, *Personal Property Law*, Oxford University Press, United Kingdom, Fourth Edition, 2015, p. 33.

أليسون كلارك وبول كوهلر، قانون الملكيّة. تعليق وموادّ، منشورات جامعة كامبريدج، نيويورك، 2005، ص 266.

Alison Clarcke and Paul Kohler, *Property Law. Commentary and Materials*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 266.

هذا الأساس يتوفّر فيهم لا الوصف الذّاتيّ الأوّل فحسب بل والوصف الذّاتيّ الثّاني أيضا[1035].

ولقد تعرّض المشرّع التّونسيّ إلى هذا الوصف الذّاتيّ الثّاني فيما يخصّ حوز حقّ ملكيّة العقّار حين تحدّث في الفصل 45 عن حائز بـ "صفة مالك". لكنّه سكت فيما يخصّ حوز حقّ ملكيّة المنقول وحوز بقيّة الحقوق. وينبغي القول إنّ كلمة "حوز" تتضمّن الحوز بصفة صاحب الحقّ•، لأنّ هذا وصف ذاتيّ للحوز[1036].

[1035] وفي الفقه الإسلاميّ نجد ابن القيّم يقول: "قالوا: إذا رأينا رجلا حائزا لدار، متصرّفا فيها سنين طويلة بالهدم والبناء والإجارة والعمارة، وهو ينسبها إلى نفسه، ويضيفها إلى ملكه، وإنسان حاضر يراه، ويشاهد أفعاله فيها طول هذه المدّة، وهو مع ذلك لا يعارضه فيها، ولا يذكر أنّ له فيها حقّا، ولا مانع يمنعه من مطالبته من خوف سلطان أو نحوه من الضّرر المانع من المطالبة بالحقوق، وليس بينه وبين المتصرّف في الدّار قرابة ولا شركة في ميراث وما أشبه ذلك ممّا تتسامح به القرابات والصّهر بينهم في إضافة أحدهم أموال الشّركة إلى نفسه، بل كان عريّا عن ذلك أجمع، ثمّ جاء بعد طول هذه المدّة يدّعيها لنفسه، ويريد أن يقيم بيّنة على ذلك، فدعواه غير مسموعة أصلا فضلا عن يمينه، وتبقى الدّار في يد حائزها، لأنّ كلّ دعوى ينفيها العرف وتكذّبها العادة فإنّها مرفوضة غير مسموعة". ابن قيّم الجوزيّة الإمام أبي عبد الله محمّد بن أبي بكر بن أيّوب، الطّرق الحكميّة في السّياسة الشّرعيّة، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، د م، د ت، ص 236 وما بعدها.

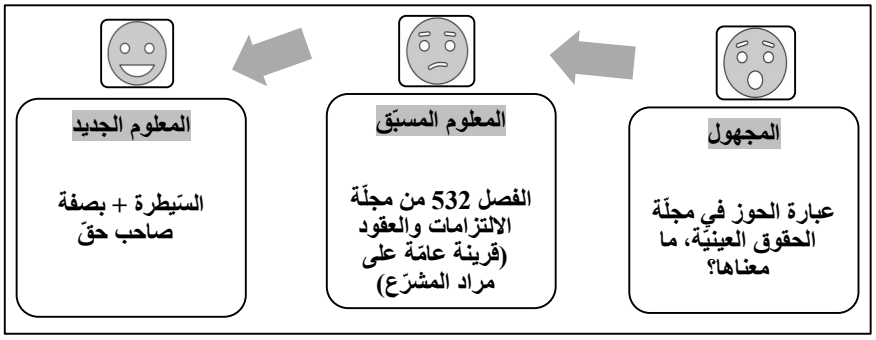
• قد يمكن القول إنّنا هنا أمام صورة غموض في القانون.

[1036] قد يمكن القول إنّ لعبارة الحوز معنى مطابقيّا (السّيطرة وبصفة صاحب الحقّ) ومعنى تضمّنيّا (السّيطرة لوحدها أو بصفة صاحب الحقّ لوحدها). انظر حول دلالة المطابقة ودلالة التّضمّن: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 33 و272.

191 غياب أحد الرّكنين ◊ فإذا استحضرنا أن ثمّ وصفا ذاتيّا آخر، قلنا:

من جهة أولى، إذا لم يتوفّر الوصف الأوّل وتوفّر الوصف الثّاني، لا حوز. مثال ذلك: المشتري الذي تنتقل له ملكيّة المبيع، ويتوفّر من هنالك في جانبه الوصف الثّاني، لكن لا يتسلّم المبيع، ولا يسيطر عليه بصفة فعليّة[1037].

من جهة ثانية، إذا لم يتوفّر الوصف الثّاني وتوفّر الوصف الأوّل، لا حوز كذلك. هنا نحن أمام صورة تُسمّى كما رأينا الحيازة العرضيّة، وهي لا تؤدّي إلى اكتساب



تقول محكمة التّعقيب فيما يخصّ الرّكن المعنويّ:

"المراد بصفة المالك الواردة بهذا النّصّ (الفصل 45) هي أن يشهد الشّهود بأنّ الحائز يتصرّف في عقّار [...] تصرّف المالك في ملكه ينسبه لنفسه وينسبه النّاس إليه". تعقيبيّ مدنيّ عدد 1495، 7 جويلية 1977، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 70.

"صفة المالك [...] لا تعدو أن تكون [...] ما يشهد به الشّهود بأنّ الحائز يتصرّف في العقّار أو في الحقّ العينيّ المدّة القانونيّة بوضع اليد عليه". تعقيبيّ مدنيّ عدد 3679، 26 أكتوبر 1981، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 332.

انظر أيضا حول الرّكن المعنويّ: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 32509، 5 أكتوبر 1993، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 221؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 30789، 22 فيفري 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 184؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 30789، 22 فيفري 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 184؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 48167، 12 جانفي 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 335.

[1037] إلّا أن نقول إنّ المشتري (كمالكٍ) يسيطر بواسطةٍ هي البائع (الذي لم يعد مالكا).

الملكيّة؛ وهكذا فالحيازة العرضيّة هي الحيازة لحساب الغير، حيث يكون المتلبِّس بها ملزَما بردّ المال الذي يحوزه إلى مالكه، سواء كان وجه حوزه شخصيّا كالوكيل والمكتري والمستعير والأجير (إلخ) أو كان وجه حوزه عينيّا كالمنتفع والمستعمل والمرتهن للمنقول[1038].

وينبغي أن نضيف إلى هؤلاء من يسيطر على الشّيء بناء على رخصة وتسامح من المالك (الفصل 39). هنا أيضا لا وجود للوصف الذّاتيّ الثّاني[1039].

[1038] انظر: أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 527، ص 544 و545.

[1039] يقول الفصل 39: "لا يقوم الحوز على عمل مبنيّ على مجرّد رخصة أو عمل يتحمّله الغير على سبيل التّسامح". هذا النّصّ مطلق ويهمّ السّيطرة على شيء والسّيطرة على حقّ. من صور السّيطرة على حقّ أن يسمح شخص لآخر بأن يرعى غنمه على أرضه أو أن يأخذ الماء من بئره (إلخ). وهكذا يمكن أن نجد أعمال تسامح ورخص. وهذه لا ينشأ على أساسها حقّ انتفاع أو حقّ استعمال أو حقّ سكنى أو حقّ ارتفاق.

انظر تطبيقات قضائيّة للفصل 39: تعقيبيّ مدنيّ عدد 42995، 5 نوفمبر 1996، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 343؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 44353، 12 مارس 1997، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 353. انظر أيضا قرار لمحكمة التّعقيب تناولت فيه مسألة وجوب بحث محاكم الأصل هل أنّ التّصرّف من قبل الحائز كان بصفة مالك أم بصفة من وقع التّفضّل عليه. تعقيبيّ مدنيّ، عدد 68064، مؤرّخ في 4 ديسمبر 2018، <www.cassation.tn>، تاريخ آخر اطّلاع 10 أفريل 2020.

وجاء في الفقه الإسلاميّ: "وسئل [...] عن أناس لهم أملاك عديدة ببلاد شتّى وبكلّ موطن، وجرت عادتهم مع النّاس أنّهم يتفضّلون معهم في أملاكهم بالبناء والحرث والغراسة وغير ذلك من أنواع العمارة، وذلك كلّه على وجه الفضل والإحسان والخير، وأرادوا بزعمهم أن يمتازوا ببعض الأملاك بسبب العمارة، وينسبونها لأنفسهم من غير بيّنة [...] فأجاب [...] إنّها لا تجوز على الوجه المذكور إلّا إذا قامت بيّنة مقبولة بانتقال ملك الأملاك إمّا ببيع أو هبة أو صدقة. وأمّا مجرّد العمارة العارية عن ذلك، فلغو ولا عبرة بها". انظر هذا الكلام للرّهوني، وذلك عند: محمّد أحمد حسن إبراهيم، م س، ص 116 وما بعدها.

192 المادّيّ قرينة على المعنويّ ◊ والمشكل في الواقع هو أنّ المظهر الخارجيّ لا يسمح بتمييز الحائز العرضيّ عن الحائز. فمكتري الأرض يزرعها ويحصدها تماما كما يفعل ذلك حائزها. وإذا أردنا المسألة مصوّرة بأسلوب "كاربونييه"، قلنا: ليس بالنّظر، في بهو نزل، إلى البوّاب واللصّ وكلّ منهما يحمل حقيبة، نستطيع أن نميّز بين الحائز العرضيّ (البوّاب) والحائز (اللصّ)[1040]. بتعبير مغاير: إثبات المظهر الخارجيّ أمرٌ ممكنٌ، لأنّه مظهر خارجيّ؛ أمّا إثبات أنّ السّيطرة تتمّ بذهنيّة صاحب حقٍّ فأمرٌ لا يمكن أن يتمّ بصفة مباشرة، لأنّ ما هو باطنيّ لا يثبت بهذه الطّريقة. كيف يثبت إذن؟ بطريقة غير مباشرة، أي من خلال أمر خارجيّ. لأجل هذا اعتبرت محكمة التّعقيب توفّر الرّكن المادّيّ قرينة على توفّر الرّكن المعنويّ[1041]. بعبارة أخرى لا تَطلب محكمة التّعقيب إثباتا مباشرا للوصف الثّاني لأنّ هذا مستحيل، بل هي تطلب فقط إثبات الوصف الأوّل. وهكذا، وكما هو الحال مع كلّ قرينة، ننطلق من أمر معروف (الوصف الأوّل) لنستنتج أمرا غير معروف (الوصف الثّاني)[1042].

193 النّظريّة الذّاتيّة والنّظريّة الموضوعيّة ◊ وتنبغي على هذا المستوى ملاحظة أن ثمّ في الغرب نظريّتين في الحوز[1043]:

[1040] جون كاربونييه، م س (الأموال)، الفقرة 123، ص 198.

[1041] تقول محكمة التّعقيب: "التّصرّف المادّيّ [...] قرينة على التّصرّف المِلكيّ إلى أن يثبت خلافه". تعقيبيّ مدنيّ عدد 11024، 22 جويلية 1974، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 188 وما بعدها.

[1042] انظر حول القرينة ما سيأتي في الفقرة 204 (الهامش).

[1043] انظر: جون–مارك تريغو، م س، ص 233 وما بعدها؛

ريمون سالاي، العناصر المُكوِّنة للحوز، مطبعة دارانتيار، ديجون، 1894، ص 9 وما بعدها.

Raymond Saleilles, *Les éléments constitutifs de la possession*, Imprimerie Darantiere, Dijon, 1894, p. 9 s.

ريمون سالاي، حوز المنقولات في القانون الرّومانيّ، ألفونس داران، باريس، 1883، ص 11 وما بعدها.

النّظريّة الأولى تقول إنّ الحوز يتكوّن من عنصرين: العنصر المادّيّ والعنصر المعنويّ. ولقد دافع عن هذه النّظريّة – التي تسمّى بالذّاتيّة – في بداية القرن التّاسع عشر للميلاد الفقيه الألماني "فريديريك شارل دي سافينيي" (Frédéric Charles de Savigny). يقول: "كلّ سيطرة، ولكي تُعتبَر حوزا، يجب أن تكون قصديّة؛ أي لكي يكون المرء حائزا، لا يكفي أن يضع يده على الشّيء بل يجب أيضا أن يريد وضع اليد عليه [...]

"لقد قلنا أعلاه إنّ السّيطرة على الشّيء هي واقعة مادّيّة تتناسب مع واقعة قانونيّة هي الملكيّة. ينتج عن هذا أنّ قصد الحوز ليس إلّا قصد ممارسة حقّ الملكيّة. لكنّ هذا التّعريف غير كاف لأنّ من يمسك بالشّيء يمكن أن يكون له هذا القصد بطريقتين مختلفتين: يمكن أن يريد ممارسة حقّ الملكيّة الذي للغير أو حقّ الملكيّة الذي له. فإذا كان يقصد ممارسة حقّ الملكيّة الذي للغير [...] فلا وجود لنيّة الحوز التي هي ضروريّة لكي تتحوّل واقعة المسك إلى حوز [...] لا تبقى إذن إلّا الفرضيّة الثّانية، تلك التي يكون فيها المسيطر له نيّة ممارسة حقّه في الملكيّة بحيث أنّ قصد الحوز ليس إلّا قصد التّملّك [...] وهكذا لكي يُعدّ حائزا حقيقيّا لشيء، يجب بالضّرورة أن يكون المسيطرُ يتصرّف حيال الشّيء كمالكٍ. بعبارة أخرى، يجب أن يدّعي التّصرّف في الواقع كما المالك الذي له السّلطات القانونيّة في ذلك بمقتضى حقّه، وهذا يتضمّن خاصّة رفض الاعتراف للغير بحقٍّ أعلى من حقّه (هو)"[1044].

Raymond Saleilles, *Possession des meubles en droit romain*, Alphonse Derenne, Paris, 1883, p. 11 s.

[1044] النّصّ الأصليّ:

"Pour être considérée comme possession, toute détention doit être intentionnelle, c'est-à-dire que, pour être possesseur, il ne suffit pas de détenir la chose, il faut aussi *vouloir* la détenir […]

ونظريّة "سافينيي" أصلها القانون الرّومانيّ. ولقد تبنّتها من هذا الأصل المجلّة المدنيّة الفرنسيّة الصّادرة سنة 1804[1045].

النّظريّة الثّانية، تسمّى بالموضوعيّة، وجاءت في المنتصف الثّاني للقرن التّاسع عشر، وصاحبها هو الفقيه الألمانيّ "رودولف فون إيهرينغ" (Rudolf von Jhering). تقول هذه النّظريّة (ملاحظة: أتى "إيهرينغ" بنظريّته ردّا على "سافينيي"، و"إيهرينغ" يرى أنّه هو من أتى بالأصل الرّومانيّ للحوز وليس "سافينيي" [1046]): كلّ من

"Nous avons dit plus haut que la détention d'une chose est un fait physique correspondant au fait juridique de la propriété. En conséquence l'*animus possidenti* n'est autre chose que l'intention d'exercer le droit de propriété. Cette définition cependant ne suffit pas, car celui qui détient une chose peut avoir cette intention de deux manières différentes : il peut vouloir exercer le droit de propriété d'autrui ou le sien propre. S'il a l'intention d'exercer le droit de propriété d'autrui […] il n'y a pas là cet *animus possidenti* qui est nécessaire pour que le fait de la détention se transforme en possession […] Il ne reste donc que la seconde hypothèse, celle où le détenteur a l'intention d'exercer son propre droit de propriété, en sorte que l'*animus possidenti* n'est ici autre chose que l'*animus domini* […] Ainsi, pour être considéré comme véritable possesseur d'une chose, il faut nécessairement que celui qui la détient se gère à son égard en propriétaire ; en d'autres termes, qu'il prétende en disposer en fait comme un propriétaire aurait la faculté légale de le faire en vertu de son droit, ce qui implique en particulier aussi le refus de reconnaitre dans chef d'autrui un droit quelconque supérieur au sien".

فريديريك شارل دي سافينيي، كتاب الحوز، ترجمه من الألمانيّة هنري ستادتلر، بروليون كريستوف وشركاؤه، بروكسال، ط 7، 1866، ص 92 وما بعدها.

Frédéric Charles de Savigny, *Traité de la possession*, Traduit de l'allemand par Henri Staedtler, Bruylant-Christophe et Compagnie, Bruxelles, 7e éd., 1866, p. 92 s.

[1045] كريستيان لارومبه، م س، الفقرة 67، ص 44.

[1046] انظر نقد "إيهرينغ" لـ: "سافينيي":

ر فون إيهرينغ، دراسات تكميليّة لروح القانون الرّومانيّ. 2. أسس موانع الحوز. نقد نظريّة دي سافينيي، أ ماريسك، باريس، 1882، ص 143 وما بعدها.

يسيطر لحسابه ينبغي أن نفترض أنّه يفعل ذلك على أنّه صاحب الحقّ. وهكذا فإنّ هذه النّظريّة لا تكتفي –كما يُقال عنها وكما قد ينبئ بذلك وصفها بالموضوعيّة – بالعنصر المادّيّ، بل هي تجعل من هذا العنصر قرينة على المعنويّ. إذن ما الذي يجعلها مختلفة عن نظريّة "سافينيي"؟ الجواب أنّ نظريّة "إيهرينغ" تعتبر من يحوز لحساب غيره (أي من لا يتوفّر فيه العنصر المعنويّ، مثل المكتري ونحو ذلك) حائزا. نعم لا يكتسب هذا الحائز الحقّ، إلّا أنّه جدير بالحماية. ولقد تأثّرت المجلّة المدنيّة الألمانيّة بهذه النّظريّة. ويمكن القول إنّ القانون الفرنسيّ بعد 1975 صار قريبا منها[1047].

194 تغيير مبنى الحوز ◊ والأصل، حسب الفصل 41 من مجلّة الحقوق العينيّة، أنّ الحائز العرضيّ لا يستطيع أن يغيّر حيازته من حيازة عرضيّة إلى حيازة حقيقيّة، لأنّ

R. von Jhering, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain. II. Fondement des interdits possessoires. Critique de la théorie de Savigny*, A. Marescq, Paris, 1882, p. 143 s.

وانظر أيضا حول الحوز في القانون الرّومانيّ:

أد فيرمون، في الحوز في القانون الرّومانيّ، مكتبة المصنّف العامّ للقوانين وللقرارات ولجريدة القصر، باريس، 1895.

Ed. Vermond, *De la possession en droit ro*main, Librairie du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, Paris, 1895.

أوغست فيليبيتو، الحوز في القانون الرّومانيّ وفي القانون الفرنسيّ، ف بيشون المكتبي، باريس، 1873.

Auguste Philippoteaux, *De la possession en droit romain et en droit français*, F. Pichon Libraire, Paris, 1873.

أرمان دي ريدماتن، في طبيعة الحوز في القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ، ل لاروز مكتبيّ ناشر، باريس، 1873.

Armand de Reidmatten, *De la nature de la possession en droit romain et en droit français,* L. Larose Libraire-éditeur, Paris, 1873.

[1047] كريستيان لارومیه، م س، الفقرة 66 وما بعدها، ص 43 وما بعدها.

الحوز يبقى بالصّفة التي تلبّس بها في بدايته. بعبارة أخرى: ليس للحائز أن يغيّر بنفسه ولفائدته مبنى حوزه[1048] (تقول القاعدة العامّة الواردة في الفصل 547 من مجلّة الالتزامات والعقود: "من سعى في نقض ما تمّ من جهته، فسعيه مردودٌ عليه إلّا إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح"). لكن يمكن، حسب الفقرة الثّانية من الفصل 49 المتعلّقة بحوز العقّار، أن يغيّر المرء صفة حوزه إمّا بفعل الغير وإمّا بمعارضة منه للمالك. ومن أمثلة تغيير صفة الحوز بواسطة الغير أن نكون أمام متسوّغ؛ وأن يشتري هذا المتسوّغ العقّار من غير المسوّغ؛ هنا تغيّرت سيطرة المتسوّغ من سيطرة بصفة غير مالك إلى سيطرة بصفة مالك بعد أن صار يعتقد أنّ المسوّغ ليس المالك الحقيقيّ بل المالك الحقيقيّ هو الذي اشترى منه؛ هذا التّغيير تمّ بفعل الغير. زيادة على هذا تحدّث الفصل 49 عن تغيير الحائز لمبنى حوزه بمعارضة منه للمالك؛ مثال ذلك: أن يرفض مستعيرُ شيءٍ ردّه للمعير متمسّكا أمامه بأنّه هو المالك الحقيقيّ للشّيء؛ وهكذا فإنّ مجرّد رفض الإرجاع دون تبيان السّبب لا يغيّر مبنى الحوز[1049].

[1048] انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 13286، 19 نوفمبر 2007، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 128؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1913، 17 أكتوبر 2013، القضاء والتّشريع، العدد 3، مارس 2014، ص 135 وما بعدها (انظر تحديدا الصّفحة 142).

[1049] انظر تطبيقات قضائيّة للفصل 49 في: تعقيبيّ مدنيّ عدد 2384، 5 جوان 1979، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 269؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 14557، 9 جوان 1987، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 239؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 15602، 21 جوان 1988، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 205؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 21643، 30 أفريل 1991، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 71؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 34207، 23 مارس 1993، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 218؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 27462، 19 جانفي 1993، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 201؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 45546، 17 أكتوبر 1995، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 261؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 4276، 22 ديسمبر 2000، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 242.

ممّا تقدّم ينبغي الاحتفاظ بأنّ للحوز وصفين ذاتيّين يوجد بوجودهما معا، وينعدم بانعدامهما أو بانعدام أحدهما. إلى جانب هذين الوصفين، لا بدّ من توفّر أوصاف عرضيّة وإلّا لما أنتج الحوز آثاره(1050).

1. 2/ الأوصاف العرضيّة

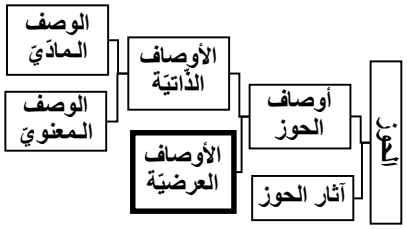
195 تقسيم البحث ◊ خلافا للوصف الذّاتيّ، إذا لم يوجد وصف عرضيّ أو أكثر، فالحوز لا يُعتبر غير موجود بل هو موجود وقائم. كلُّ ما في الأمر أنّه لا يحدث آثاره طالما كان الوصف العرضيّ غائبا.

والأوصاف العرضيّة للحوز (أو شروطه) أربعة: "الهدوء" و"الظّهور" و"الاستمرار" و"الوضوح". وإن شئنا قلنا إنّ عيوب الحوز وموانعه هي: "الشّغب" (وهو نقيض الهدوء) و"الخفاء" (وهو نقيض الظّهور) و"الانقطاع" (وهو نقيض الاستمرار) و"الالتباس" (وهو نقيض الوضوح).

وينبغي هنا تقديم ملاحظتين:

الملاحظة الأولى أنّ هذه الأوصاف (أو الشّروط، إلخ) وردت في الفصل 45. هذا النّصّ يهمّ، بحسب العنوان الذي اندرج تحته، حوز العقّار. لكن حين ندرس حوز المنقول، نجد أن لا بدّ من هذه الأوصاف (على الأقلّ لا بدّ من أغلبها) لكي ينتج هذا الحوز آثاره.

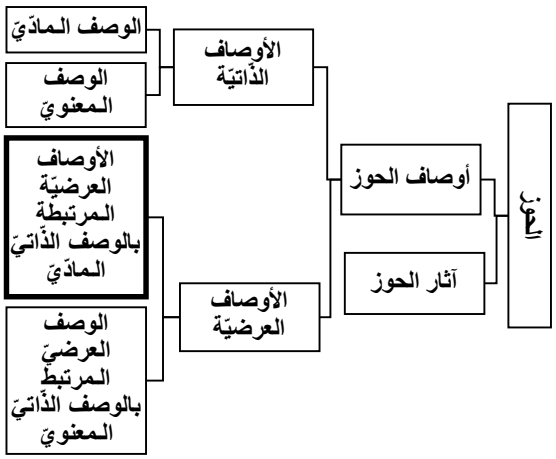
(1050)



الملاحظة الثّانية أنّ الفصل 45 تحدّث مرّة "بِلُغَةِ" العيب والمانع، ومرّة "بلغة" الوصف العرضيّ والشّرط، ومرّة "باللغتين" معا. فلقد قال النّصّ: شغب، وهذه "لغة" العيب والمانع؛ ثمّ قال مشاهَد، وهذه "لغة" الوصف العرضيّ والشّرط؛ ثمّ قال مستمرّ غير منقطع، وهذه "اللغتان" معا؛ أخيرا قال ملتبس، وهذه "لغة" العيب والمانع.

وإنّا سنستعمل "لغة" الوصف العرضيّ، لكن سنختزل الأربعة أوصاف في قسمين: الأوصاف العرضيّة المرتبطة بالوصف الذّاتيّ الأوّل (الوصف المادّيّ)، والوصف العرضيّ المرتبط بالوصف الذّاتيّ الثّاني (الوصف المعنويّ)[1051].

(1051)



ملاحظة: سنجد في الفقرة 216 (الهامش) أنّ القانون الإسلاميّ تناول ما سنتناوله الآن ولكن تحت عنوان مختلف هو أسباب وقف التّقادم.

انظر القانون الفرنسيّ الذي يتناول المسائل نفسها تحت عنوان شروط الحوز (أو عيوبه، إلخ): صوفي شيلر، م س، الفقرة 152 وما بعدها، ص 125 وما بعدها؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 293 وما بعدها، ص 250 وما بعدها؛ باتريك كورب وماتياس لاتينا، م س، ص 84 وما بعدها؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 178 وما بعدها.

وفي القانون الأنجلوسكسوني، وتحت عنوان الحوز العكسيّ أو السّلبيّ أو غير المفيد (adverse possession)، يُتحدّث عن حوز سريّ (secret) أو عنيف (forceful)، إلخ. ويُربط هذا الكلام بالسّيطرة المادّيّة (physical control) التي يجب أن تكون واضحة لا سرّيّة (open rather than secret) وسلميّة لا عنيفة (peaceful rather than forceful). انظر مثلا: سامنتا هيبورن، م س، ص 70.

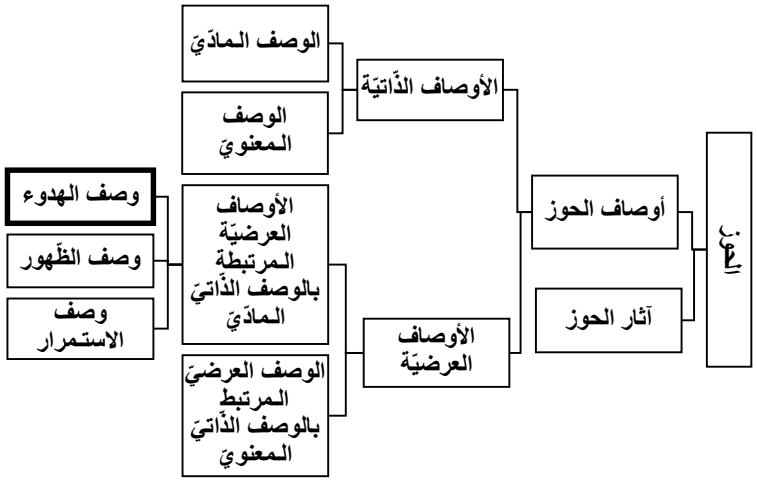
1. 2. 1/ الأوصاف العرضيّة المرتبطة بالوصف الذّاتيّ المادّيّ

196 **تقسيم البحث** ◊ يتعلّق الأمر بثلاثة أوصاف: الهدوء، والظّهور، والاستمرار(1052).

1. 2. 1. 1/ وصف الهدوء

197 **عيب الإكراه** ◊ تحدّث الفصل 45 عن حوز بدون شغب. هذا ما يسمّيه العرف أيضا عيب الإكراه(1053). ومن الوجه الإيجابيّ، هذا ما يصطلح عليه بشرط الهدوء.

(1052)



(1053) يقول أحد الفقهاء: "قد يحدث استعمال المشرّع لكلمة «شغب» عوض «إكراه» في الفصل 45 من مجلّة الحقوق العينيّة لبسا في الذّهن بخصوص تمييزه عن «الشّغب» المبرّر للدّعوى الحوزيّة والوارد تعريفه بالفصل 53 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. وهذا ما يبدو أنّه التبس فعلا على محكمة التّعقيب في قرارها عدد 4883 المؤرّخ في 19 جوان 1980، نشريّة محكمة التّعقيب 80، ص 170 [...] عندما اعتبرت أنّ الشّغب في الأصل هو المنازعة في صفة المالك". أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، ص 549، الهامش 1616.

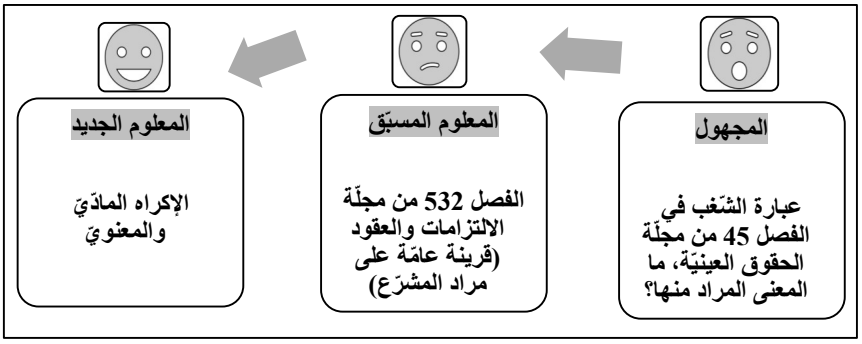
فإذا ربطنا مع الوصف الذّاتيّ (المادّيّ)، قلنا إنّ النّصّ يوجب أن تكون السّيطرة هادئة، من غير إكراه.

فإذا استعملنا الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود من أجل تأويل الفصل 45•، قلنا إنّ للشّغب معنى وضعيّا (تحريك الشّرّ)، وله معنى عرفيّا (استعمال العنف أو التّهديد للسّيطرة على الشّيء). ولأنّه لا وجود (في الأعمال التّحضيريّة) لما ينبئ بأنّ المشرّع قصد معنى معيّنا، فينبغي إعطاء التّعبير معناه العرفيّ، أي ينبغي القول إنّ الشّغب هو الإكراه بقسميه المادّيّ (العنف) والمعنويّ (التّهديد)[1054].

ولقد تحدّث الفصل 45 بصفة مطلقة عن الحوز الهادئ•. ووجه الإطلاق أنّ الهدوء يشمل مرحلة الدّخول في الحوز كما يشمل ما بعدها. ويمكن القول إنّ قصد المشرّع (الذي نصل إليه بواسطة التّخمين) من المطلق هو مرحلة الدّخول فحسب. فلكلّ صاحب حقّ أن يدافع عن حقّه. نعم العنف معاقب في صور معيّنة، لكنّه لا يؤدّي إلى فقدان الحقّ. بتعبير آخر: إذا مارس الحائز العنف ضدّ من يريد نزع حوزه، فقد

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1054)

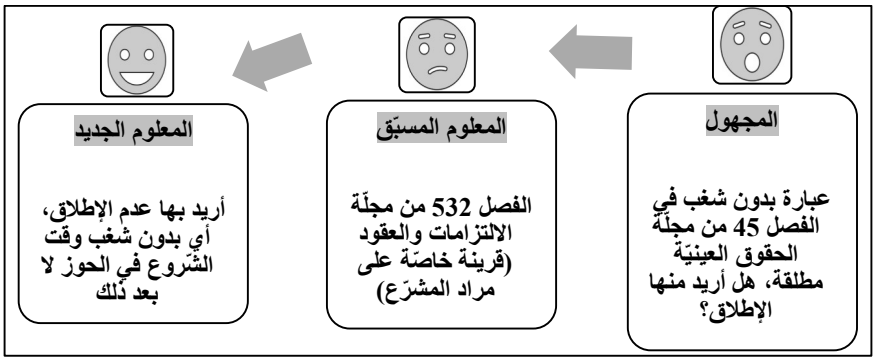


• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

يُعاقَب، لكن ليس من عادة القانون أن يقضي بفقدان الحقّ الذي تمّ الدّفاع عنه بالعنف[1055].

وهكذا فالحوز ينبغي أن يبدأ بهدوء لكي ينتج آثاره. هذه ليست حال الغاصب (من يأخذ الشّيء بالقوّة أمام أعين صاحبه). نعم الغاصب قد يسيطر فعليّا على الشّيء، نعم الغاصب قد يسيطر على أنّه صاحب الحقّ؛ بتعبير واحد: نعم قد يتوفّر الوصفان الذّاتيّان، ونكون من ثمّ أمام حوز؛ لكنّ هذا الحوز معيبٌ، فلا ينتج آثاره؛ أي أنّ الغصب مانع من أن يكون حوز صاحبه مفيدا له[1056].

(1055)



(1056) حول الغاصب، جاءت في مجلّة الحقوق العينيّة الأحكام التّالية:

الفصل 42: "على الغاصب أن يردّ عين ما غصبه مع جميع ما حصل عليه من الغلّة والدّخل أو ما كان يمكنه أن يحصل عليه لو أدار المغصوب بالوجه المعتاد وذلك منذ وضع يده على الشّيء وليس له إلّا القيام بالمصاريف اللازمة لحفظ الشّيء واجتناء غلّته وعليه مصروف الرّدّ".

الفصل 43: "الغاصب ضامن لما غصب إذا تلف أو هلك ولو بأمر طارئ أو قوّة قاهرة. وعليه أداء قيمته في تاريخ اتّصاله به. فإن كان من المثليّات، ردّ بمقداره. وإن تعيّب فقط، ردّ الفرق بين الحالتين. وعليه كامل القيمة إن انعدم النّفع به نظرا لما أعدّ له".

ويمكن أن نضيف أحكام الفصل 55 القائل: "للحائز، ولو غاصبا إذا فعل بالمنقول ما غيّر حاله وزاد في قيمته زيادة معتبرة بالنّسبة لجوهره، حبس الشّيء على أن يغرم قيمة المادّة الأصليّة مع مبلغ يوكل تقديره لاجتهاد المحكمة. وعلى المحكمة والحالة هذه أن تعتبر ما لصاحبه الأوّل من المصالح المعتبرة ولو

ولا ينبغي أن نستنتج ممّا جاء الآن أنّ الغاصب لا يمكن أبدا أن يستفيد من حوزه. والسّبب أنّ عيب الشّغب أو الإكراه نسبيّ ومؤقّت:

هو نسبيّ، لأنّه لا يتمسّك بهذا العيب إلّا الشّخص الذي كان ضحيّة له (ضحيّة الغصب، إلخ). أمّا حيال غير هذا الشّخص، فيمكن للحائز أن يستفيد من آثار الحوز[1057]؛ وهذا الحكم لا نجده في مجلّة الحقوق العينيّة، لكن يمكن لمن يعتمد حجّة السّلطة أن يقول به[1058].

هو مؤقّت، لأنّ بداية الحوز العنيفة قد تترك مكانها للهدوء في صورة عدم استمرار منازعة من حصل العنف ضدّه وقت بداية الحوز؛ هنا سنكون أمام لحظة لاحقة للإكراه لا ينازع فيها من أخذ منه الشّيء عنوة؛ ومن هذه اللحظة يبدأ حوز هادئ. وخلافا للنّسبيّة، فالتّأقيت مذكور في مجلّة الحقوق العينيّة، على الأقلّ على مستوى النّصّ المتعلّق بحوز العقّار (الفقرة الثّانية الفصل 45).

كانت معنويّة. وللمستحقّ الخيار في استرداد الشّيء على الحالة التي صار عليها بعد العمل بشرط أن يؤدّي للحائز ما زاد في القيمة بعمله. ويقدّم في الصّورتين على بقيّة الدّائنين".

[1057] (أ) مالكٌ/ (ب) غصب الشّيء من (ج)/ (أ) لا يمكنه أن يتمسّك بأنّ حوز (ب) مشوب بعيب الإكراه لأنّه لم يكن هو ضحيّة هذا الإكراه.

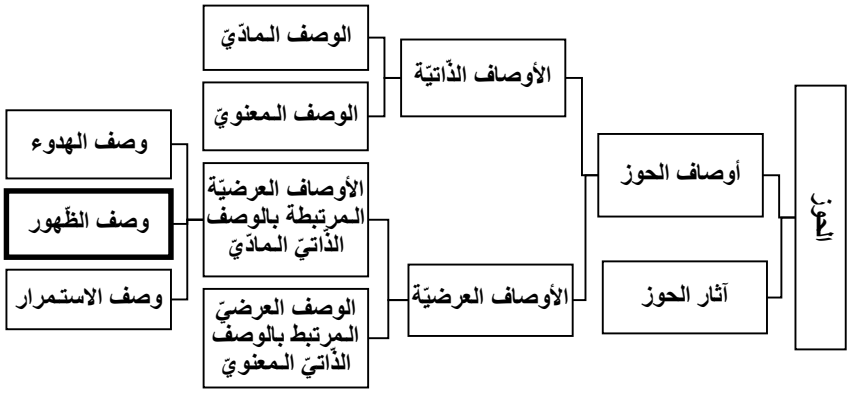
[1058] يتعلّق الأمر بالسّلطة الفقهيّة: أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 531، ص 550؛ يوسف الكناني وفوزي بلكناني، م س، الفقرة 245، ص 135؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 209، ص 162.

بعد عدم الإكراه أو عدم الشّغب، أي بعد صيغة سالبة، مرّ الفصل 45 إلى صيغة موجبة. تتمثّل الصّيغة في المشاهدة، أي فيما يمكن تسميته أيضاً بالظّهور(1059).

1. 2. 1. 2/ وصف الظّهور

198 عيب الخفاء ◊ تحدّث الفصل 45 عن حوز مُشاهَد؛ أي – إذا ربطنا مع الوصف الذّاتيّ المادّيّ – عن سيطرة مُشاهَدة. وللتّعبير (مُشاهَد)• معنى وضعيّ هو العلانيّة وعدم الخفاء وعدم التّستّر وعدم التّكتّم. وينبغي، تطبيقا للفصل 532 من مجلّة

(1059)



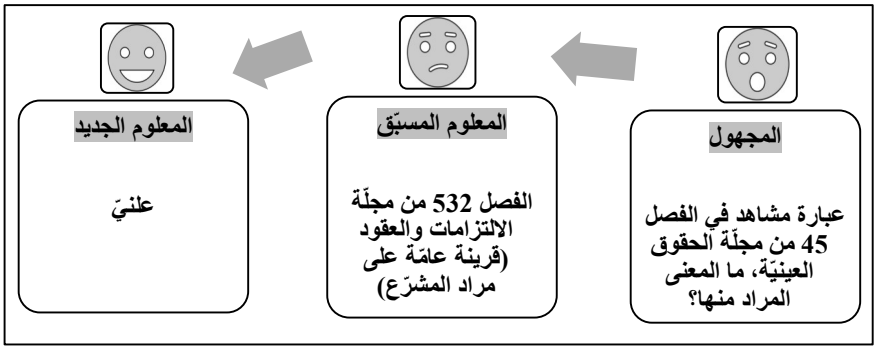
• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

الالتزامات والعقود، إعطاء هذا المعنى لأنّه لا يوجد معه معنى عرفيّ، كما لا يوجد معه معنى مراد من المشرّع (في الأعمال التّحضيريّة)[1060].

وعبارة "مُشاهَد" في الفصل 45 مطلقة ذاك أنّها لم تتقيّد بمشاهِد معيَّن•. لكن لأنّ العيب (عدم المشاهدة) نسبيّ، فالمطلق لا يفيد الإطلاق بل يفيد "مُشاهَد من صاحب الحقّ" (حقّ الملكيّة في إطار ما يهمّنا)، أي ممّن يُخشى لو علم بالسّيطرة أن يطالب برفعها[1061].

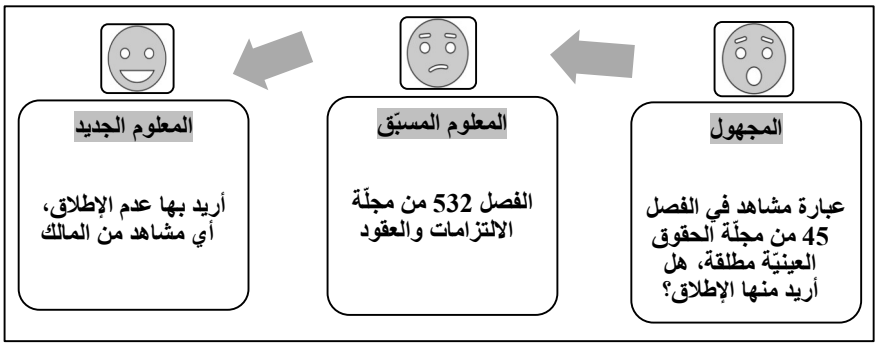
فإذا فرغنا من مشكل الإطلاق السّابق، وجدنا مشكل إطلاق آخر. فـ"مشاهَد من المالك" تشمل: "مشاهَد من المالك حقيقة" (عَلم المالك بالحوز علما حقيقيّا وفعليّا)

(1060)



• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1061)



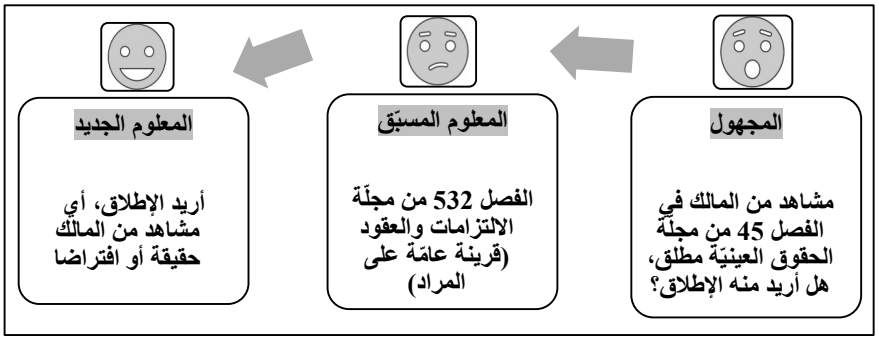
أو "مشاهَد افتراضا" (لم يعلم حقيقة؛ لكن لو لم يكن متقاعسا، لعَلِم)•. هنا لا قصد للمشرّع (في الأعمال التّحضيريّة)، ومن ثمّ فالمطلق يفيد الإطلاق(1062).

ثمّ إنّ عيب الخفاء – زيادة على كونه نسبيّا – مؤقّت. فالحائز قد يخفي موضوع الحوز (المنقول) ثمّ يظهره فيكون مشاهدا من المالك حقيقة أو تقديرا. ومن لحظة الإظهار، يزول العيب.

199 المنقول والعقّار ◊ ويلاحظ الفقه قائلا إنّ وجود عيب الخفاء في حوز المنقولات ممكن التّصوّر. لكن من الصّعب تخيّل وجوده في حوز العقّارات. فإذا كان يمكن وبسهولة إخفاء المنقولات عن أنظار المالك، فمن الصّعب مثلا أن يسكن حائز منزلا أو يزرع أرضا ولا ينتبه المالك لذلك. لكنّ الصّعوبة لا تعني الاستحالة إذ يمكن، وهذا رأيناه، أن نتصوّر شخصاً يحرث أرضه ويقتطع بالتّدريج وعلى نحوٍ غير محسوس شريطا من أرض جاره. ونستطيع أن نضيف مثالا آخر: شخصٌ (أ) يكتشف، وهو ينشئ دهليزا في منزله، أن ثمّ دهليزا في أرض جاره (ب)، فيربط بين الدّهليزين، علما وأنّ الجار (ب) لا يعلم بوجود الدّهليز (مثلا: اشترى المنزل، ولم

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1062)

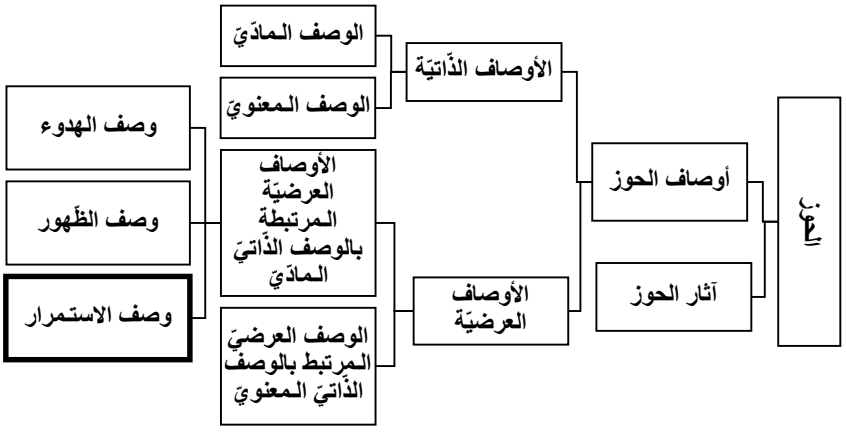


يعلمه البائع بذلك، إلخ). بعد ذلك يبيع (أ) منزله لـ: (ج). هنا حوز المشتري (ج) لدهليز الجار (ب) لم يتوفّر فيه وصف المشاهدة (من طرف: ب) [1063].
بعد المشاهدة تحدّث الفصل 45 فقال إنّ الحوز يجب أن يكون مستمرّا[1064].

1. 2. 1. 3/ وصف الاستمرار

200 عيب الانقطاع ◊ وردت في الفصل 45 عبارة الاستمرار، والمقصود الاستمرار في السّيطرة. وللتّعبير• – زيادة على المعنى الوضعيّ (الدّوام والثّبات والاطّراد على طريقة واحدة) – معنى عرفيّ هو قيام الحائز بالأعمال اللاّزمة لممارسة الحقّ في أوقات متقاربة غير متقطّعة حسبما تقتضيه طبيعة الشّيء. مثال ذلك: يكون حوز مسكن حوزا مستمرّا، إذا كان الحائز يشغله فترة هامّة من السّنة، ويكون متقطّعا إذا كان يشغله لشهر أو اثنين فحسب. مثال ذلك أيضا: يكون حوز منزل اصطياف حوزا مستمرّا، إذا كان الحائز يشغله شهرا أو شهرين من السّنة، ويكون متقطّعا إذا كان

(1063) ورد المثال عند بوتييه (م س، ج 10، الفقرة 37، ص 366 وما بعدها).
(1064)

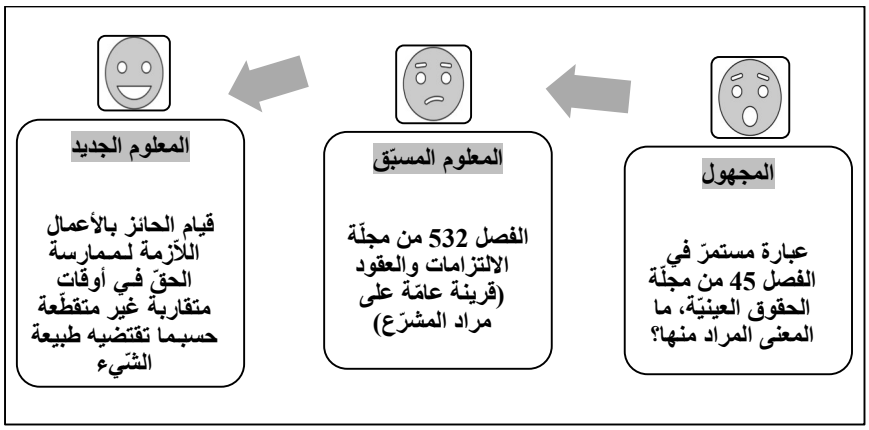


• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

يشغله مدّة من سنة وينقطع عن شغله سنوات. مثال أخير: يكون حوز أرض فلاحيّة حوزا مستمرّا، إذا كان الحائز يزرعها قمحا سنة ويتركها سنة. ويكون متقطّعا، إذا كان يترك زراعتها لسنوات. والانقطاع يؤدّي إلى الارتياب في وجود السّيطرة على الشّيء. هذا عن الأمثلة. فإذا عدنا إلى المعنى الذي ينبغي إعطاؤه، قلنا لانعدام قرينة خاصّة، إنّه المعنى العرفيّ(1065).

وحسب الفصل 40 من مجلّة الحقوق العينيّة يمكن "للحائز أن يضمّ إلى حوزه حوز من انجرّ منه الحقّ بجميع صفاته"(1066). فإذا حاز شخصٌ مدّة ثمّ باع، يمكن للمشتري أن يضمّ حوزه إلى حوز البائع(1067).

(1065)



(1066) انظر تطبيقا قضائيّا لهذا النّصّ: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 9266، 16 أكتوبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 242.

(1067) وفي إطار القانون الفرنسيّ (هنري وليون وجون مازو وفرانسوا شاباس، م س، الفقرة 1489، ص 244) كتب حول مسألة ضمّ الحوز ما يلي:

إذا كان الحائز الحاليّ خلفا عامّا، تمتّع بالتّقادم القصير إذا كان السّلف حسن النّيّة وكان الخلف سيّئ النّيّة. وإذا كان السّلف سيّء النّيّة، فإنّ الخلف يخضع للأجل الطّويل وإن كان هو حسن النّيّة (ملاحظة: بعد قليل، وفي الفقرة 215 وما بعدها، سنتناول الأجل القصير والأجل الطّويل. نعم سيكون

201 العقّار لا المنقول ◊ ومن يتمعّن فيما جاء أعلاه، يجد أنّ وصف الاستمرار لا يمكن أن يهمّ حوز المنقولات. فالحوز هنا حينيّ ويكتمل وجوده في اللّحظة نفسها التي تتمّ فيها السّيطرة المادّيّة على الشّيء[1068].

ثمّ إنّ عدم الاستمرار عيب مؤقّت. لكن – خلافا للعيبين اللذين سبقا – هو عيبٌ مطلق.

ذلك في القانون التّونسيّ لا الفرنسيّ، ولكن لا اختلاف على المستوى الذي يعنينا: أنّ في القانونين أجلا قصيرا وآخر طويلا).

وإذا كان الحائز الحاليّ خلفا خاصّا، فنحن أمام ضمّ حقيقيّ إذ يُجمَع الحوزان مع احتفاظ كلّ منهما بأوصافه. فإذا كانت للحوزين الأوصافُ نفسُها، فلا مشكل أمام الضّمّ (الخلف حسن النّيّة والسّلف كذلك: الأجل القصير؛ الخلف سيّئ النّيّة والسّلف كذلك: الأجل الطّويل). لكن إذا كان الحوزان أحدهما عن حسن نيّة والآخر عن سوء نيّة، فالقاعدة أنّ الحوز عن حسن نيّة يكمّل الحوز عن سوء نيّة ليسمح للحائز الحاليّ بالوصول إلى مدّة التّقادم الطّويلة. لكن ما مضى من تقادم في إطار حوز بسوء نيّة لا يمكن أن يُحتسب في إطار تقادم قصير.

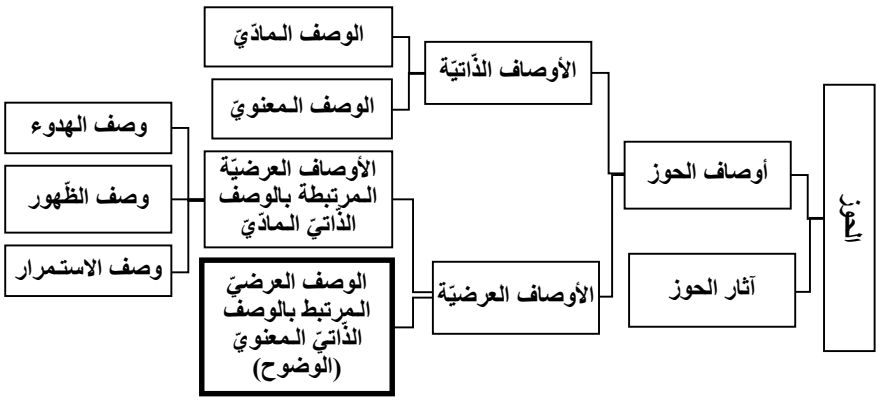
[1068] انظر الفقرة 204 وما بعدها.

بعد عيب الانقطاع أو شرط ووصف الاستمرار، تناول الفصل 45 عدم الالتباس. لكنّ عدم الالتباس ينقلنا من الوصف العرضيّ الذي يرتبط بالوصف الذّاتيّ المادّيّ إلى الوصف العرضيّ الذي يرتبط بالوصف الذّاتيّ المعنويّ(1069).

1. 2. 2/ الوصف العرضيّ المرتبط بالوصف الذّاتيّ المعنويّ (الوضوح)

202 عيب الالتباس ◊ يتعلّق الأمر بوصف الوضوح أو بعيب الالتباس كما قال الفصل 45. والالتباس لا يمسّ السّيطرة بل السّيطرة بذهنيّة صاحب الحقّ. بتعبير مغاير: الالتباس أمر يجعلنا نشكّ في وجود الرّكن المعنويّ للحوز. ولقد رأينا أنّ الرّكن

(1069)



المادّيّ قرينة على الرّكن المعنويّ؛ فإذا كان ثمّ التباس، لم يعد ثمّ مجال لاستنتاج السّيطرة بصفة صاحب حقّ من مجرّد السّيطرة. لكن ما الالتباس؟•

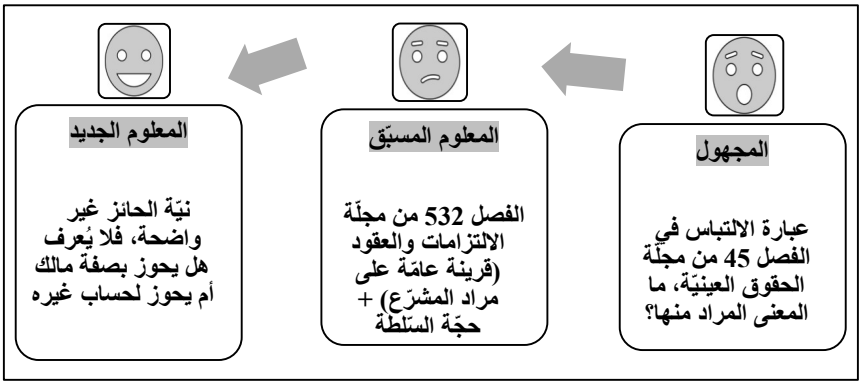
لهذ العبارة معنى وضعيّ (الاشتباه والإشكال وعدم الوضوح) ومعنى عرفيّ. ولأنّنا لم نعثر في الأعمال التّحضيريّة على المعنى المقصود، فالمنهجيّة هنا تقول بالأخذ بالمعنى العرفيّ. يتمثّل هذا المعنى فيما يلي: يكون الحوز مشوبا بعيب الالتباس أو الغموض، إذا كانت نيّة المسيطر غير واضحة، فلا يُعرف هل يسيطر بصفة مالك أم يسيطر لحساب غيره. مثال ذلك أن نكون أمام أرض مملوكة من شخصيْن؛ فاستعمال أحدهما أو استغلاله لا يمكن أن ينبئ بأنّه يسيطر لخاصّة نفسه. لكن إذا وجدنا له أعمالا تتنافى مع وصف الشّريك (الانفراد بالشّيء استعمالا واستغلالا ومنع الشّريك الآخر من ذلك)، عندها يمكن القول إنّ سيطرته واضحة وغير ملتبسة، أي هي بصفة مالك[1070].

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1070] جاء في قرار لمحكمة التّعقيب: "حيث ركّز الطّاعن جملة مطاعنه على حوز وتصرّف مورّثه إبراهيم في عقّارات النّزاع طيلة عشرات السّنين تصرّف المالك في ملكه ثمّ انتقل له ذلك التّصرّف وبنفس الوجه [...] وحيث يتّضح بمراجعة أوراق الملفّ وخاصّة الحكم المنتقد أنّ محكمة ثاني درجة بعد إعادتها للأبحاث تناولت كلّ هذه الدّفوعات بالدّرس وردّتها بالقول إنّ تصرّف مورّث المعقّب إبراهيم سواء في قائم حياة أخيه علي أو بعد وفاته لم تكن بصفته المالك الوحيد للعقّارات إذ كان يتصرّف لخاصّة نفسه ولفائدة غيره وصفته تلك مهما طالت مدّتها لا تكسبه الملكيّة كما لا تكسب ابنه المعقّب أيّ حقّ إذ أنّ حوزه كان مشوبا بنفس الغموض". تعقيبيّ مدنيّ عدد 56482، 25 نوفمبر 1997، نشريّة محكمة التّعقيب،

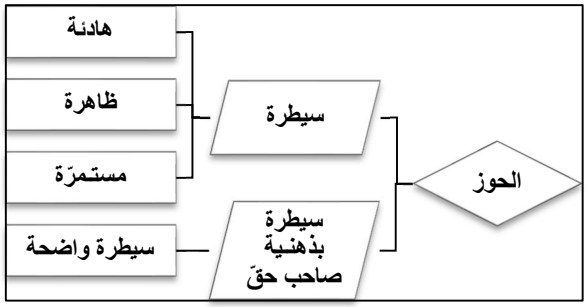
وعدم الوضوح أو الالتباس عيب نسبيّ ومؤقّت.

ص 349. انظر في الاتّجاه نفسه: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 10924، 13 جانفي 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 13؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 34521، 30 مارس 1993، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 198.

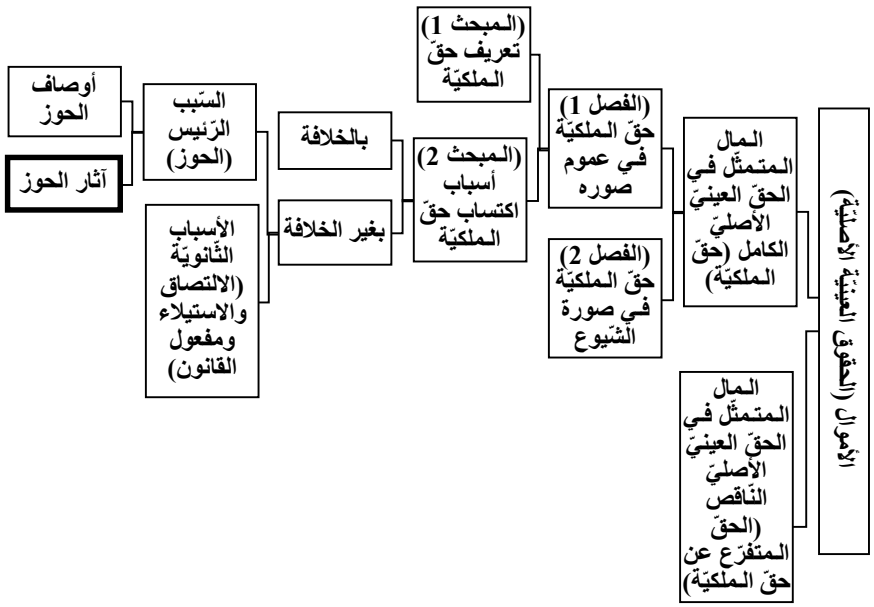


من كلّ ما جاء أعلاه يُتَبيَّن أنّ للحوز أوصافا ذاتيّة وأوصافا عرضيّة(1071). فإذا توفّرت الأوصاف الذّاتيّة، كنّا أمام حوز. فإذا زدنا الأوصاف العرضيّة، فُتِح المجال لإمكانيّة إنتاج الحوز لآثاره(1072).

(1071)



(1072)



2/ آثار الحوز

203 تقسيم البحث ◊ في الفقه الإسلاميّ، قيل إنّ أثر الحوز يتمثّل في إكساب الملكيّة للحائز[1073]. لكنّ الموقف الأغلبيّ في هذا الفقه مفاده أنّه إذا اكتفى الحائز بالقول

[1073] رأينا هذا الموقف عند الشّيعة الإماميّة (انظر الفقرة 181، الهامش). وهو أيضا موقف لبعض السّنّة (انظر: محمّد أحمد حسن إبراهيم، م س، ص 177 وما بعدها).

ولقد سبق أن أوردنا مقتطفا يقول إنّ ملكيّة الإنسان لنفسه وفعله (إلخ) هي ملكيّة حقيقيّة، أمّا ملكيّته للأشياء الخارجيّة فملكيّة اعتباريّة (الفقرة 78، الهامش). ويربط صاحب المقتطف بين الملكيّتين فيقول إنّ الارتكاز العقلائيّ يساعد على أن تكون الحيازة هي حلقة الانتقال بين الملكيّتين المذكورتين. "فالحيازة والعمل هما حلقة الانتقال والخروج من نطاق ملكيّات الذّات إلى نطاق ملكيّات الأعيان الخارجيّة، على أساس أنّ الإنسان إذا حاز شيئا أو عمل فيه وعالجه، يرى الارتكاز العقلائيّ وكأنّ العمل انصبّ فيه فأصبح نتيجةً له، وبلحاظ صيرورته نتيجةً كذلك يظهر تقريبا نوعٌ من الاختصاص، كأنّ العمل سرى في المادّة الخارجيّة. ولهذا كان التّملّك بالحيازة أوّل ملكيّة اعتباريّة تثبت بحسب الارتكاز العقلائيّ؛ على أساس أنّ الحيازة والعمل في المقام كأنّهما يُنتجان شيئا خارجيّا، فتحصل علقة الاختصاص عقلائيّا. وقلتُ: الحيازة أو العلاج، قاصدا بذلك الإشارة إلى أنّ أنحاء الأعمال المملِّكة تختلف بحسب الارتكازات العقلائيّة من موردٍ لآخر؛ فقد يكون المملِّك هو وضع اليد على شيء، كما في حيازة الثّروات المنقولة، كحيازة الماء والحجر، وقد يكون أعمالاً أزيد من ذلك، كإحياء الأرض الميتة، أو نحو ذلك، فيختلف نحو العمل الذي يبذل في مقام التّملّك بمناسبات الحكم والموضوع المركوزة في الأذهان العقلائيّة والممضاة شرعا، ويختلف من نوعٍ من العمل إلى نوعٍ آخر، ومن نوعٍ من الثّروة إلى نوعٍ آخر، ولهذا عبّرنا بالحيازة أو العلاج [...] وبهذا يظهر أنّ الحيازة هي واسطة الانتقال من عالم الذّات إلى عالم الخارج، ومن الممكن أن يقال – بحسب الارتكاز العقلائيّ – إنّ هذه الحيازة، التي هي الملك الأساس للأموال الخارجيّة، لها نحوٌ من التّوسّعات بالعناية العقلائيّة، وهذه التّوسّعات هي التي توجب تعدّد أسباب الملكيّة في المرتبة الثّانية؛ فالأسباب الثّانويّة للتّمليك، في الواقع، يمكن أن يدّعى انتهاؤها كافّةً إلى الحيازة، فتكون النتيجة نحوَ توسعةٍ بالحيازة. ولأجل التّأكّد من مطابقة هذه الدّعوى

مع الارتكاز العقلائيّ، نستعرض إجمالاً هذه الأسباب الثّانويّة لنرى إمكان رجوعها إلى الحيازة بوجهٍ من الوجوه أو عدم إمكان ذلك:

"1 ـ التّوسّع في الحائز: من جملة أنحاء التّوسّع بالعناية في الحيازة التوسّعُ في شخصيّة الحائز؛ وذلك بأن يُفرض غير الحائز امتدادا للحائز، كما هي الحال في ملكيّة الورثة [...]

"2 ـ التّوسّع في المال المُحاز: ومنها أيضا التوسّع في نطاق المال المُحاز لا في نطاق الحائز؛ وذلك بإسراء حكمه إلى ثمراته ونتائجه ومنابعه. فلو إنّه حاز حيوانا فأولد الحيوان، أو حاز أشجارا فأثمرت، فحيث تعتبر هذه الثّمرة رتبةً من مراتب وجود االمُحاز ونحوا من امتداده، فتكون مملوكةً بتبع تلك الحيازة، فكأنّ مال المُحاز امتدّ وأصبح الآن أصلاً وثمرة، فلا تُرى مالكيّته للثّمرة مالكيّةً جديدة، بل تتّسع بعنايةٍ ارتكازيّة عقلائيّة دائرة الحيازة.

"3 ـ الحيازة في طول الحيازة: السّبب الثّالث هنا هو الحيازة الواقعة في طول الحيازة؛ كَيَدٍ أخرى تقع على المال االمُحاز، كزيدٍ يحوز مالاً ثمّ تقع يدٌ أخرى على هذا المال؛ فتوجب تملّكه. توضيح ذلك : إنّ اليد التي مرجعها إلى الحيازة لها مقتضٍ عقلائيٌّ بحسب طبعها، وهو التّمليك، إلّا أنّ هذا المقتضي العقلائيّ الارتكازيّ يمنع عنه مانعٌ، وهو سبق يدٍ أخرى أثّرت الأثر عينه، فهذا المال إذا فرض إنّه قد وقعت عليه حيازة في السّابق وأثّرت تلك الحيازة في إيجاد مقتضاها – وهو إيجاد ملكيّةٍ تامّة لصاحب اليد الأولى، فحينئذٍ لا تبقى الملكيّة الثّانية مطلقة العنان في مقام التّأثير في ما تقتضيه، بل يتولّد لها من هذه النّاحية استعدادٌ لاقتضاء مطلبٍ آخر، وهو الضّمان. وهذا هو ما يسمّى بـ (ضمان اليد) بحسب الارتكاز العقلائيّ؛ فإنّ هذه اليد لولا سبقها باليد الأولى كانت تقتضي – بحسب طبعها – التّمليكَ، فتغدو الآن ذات اقتضاءٍ للضّمان". محمّد باقر الصّدر، م س (محاضرات تأسيسيّة)، ص 194 وما بعدها.

إنّه يحوز منذ مدّة لم ينفعه ذلك، بل ينبغي أن يقول إنّه المالك (بسبب معيّن من أسباب الملك، وعند البعض يجب أن يؤدّي اليمين على صحّة كلامه)[1074].

وفي القانون التّونسيّ ينبغي التّمييز بين آثار حوز المنقول وآثار حوز العقّار[1075].

[1074] انظر تفاصيل الموقف الغالب عند: محمّد أحمد حسن إبراهيم، م س، ص 33 وما بعدها وص 177 وما بعدها.

انظر كذلك: محمّد أبو زهرة، م س (الملكيّة ونظريّة العقد)، ص 146 وما بعدها؛ محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 333؛ علي الخفيف، م س، ص 255 وما بعدها؛ عدلي أمير خالد، اكتساب الملكيّة العقّاريّة بالحيازة في الفقه الإسلاميّ، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، 1999؛ محمّد علي الأمين، التّقادم المكسب للملكيّة في القانون اللبنانيّ. دراسة مقارنة، منشورات الحلبيّ الحقوقيّة، بيروت، 1993، ص 669 وما بعدها وخاصّة ص 710 وما بعدها.

انظر أيضا القانون الإسلاميّ في هذه الدّراسة المقارنة بينه وبين القانون الفرنسيّ:

سامي الدّرعي، «التّقادم المكسب في القانون الفرنسيّ وفي القانون الإسلاميّ»، مجلّة البحث القانونيّ، 2010- 4، ص 1787.

Sami Al Deraiei, « La prescription acquisitive en Droit français et en Droit islamique », R. R. J., 2010-4, p. 1787 s.

أخيرا، وبالخصوص، انظر: الشّيخ سيدي محمّد العزيز جعيّط، الطّريقة المرضيّة في الإجراءات الشّرعيّة على مذهب المالكيّة، مكتبة الاستقامة، سوق العطّارين – تونس، ط 2، د ت، ص 47 وما بعدها. جاء في هذا الكتاب: شروط الحيازة سبعة: 1- الحوز، أي وضع اليد على الشّيء المحوز؛ 2- وأن يُنسَب إليه؛ 3- وأن يتصرّف فيه تصرّف المالك في ملكه؛ 4- وأن تطول المدّة؛ 5- وأن لا ينازع المحوز عنه في تلك المدّة؛ 6- وأن يكون حاضرا، عالما، بالغا، رشيدا؛ 7- لم يمنعه من القيام مانع. إنّما منشؤه تحقيق الحال التي تكون فيها الحيازة شاهدة للحائز بالملكيّة، إذ مجرّد الحيازة لا ينقل الملك، ولكن يدلّ عليه. ولهذا لا تنفع الحيازة إلّا مع ادّعاء الحائز الملكيّة، وجهل أصل مدخله، هل دخل بوجه لا يقتضي نقل الملك، كالعارية والإسكان ونحوهما. أمّا إذا كان دخوله بشيء منها، فلا تنفعه حيازته، ولو طالت حيازته جدّا على ما لابن فتوح، وإلّا أن يطول ذلك جدّا على ما لابن رشد قائلا: ولم يحدّ في هذه الرّواية حدّا، إلّا أنّه قال قدر ما يخشى أن يكون من يعرف ذلك الحقّ قد هلك. لكنّ الذي في

المختصر والتّحفة وغيرهما أنّه إذا علم أصل المدخل بكراء أو نحوه، لا تقع الحيازة. وظاهر كلامهم: ولو طال الزّمن جدّا [...]

"ولتحقيق الحال الشّاهدة عرفا للحائز، قسّم الفقهاء الحائز إلى: أجنبيّ، وقريب غير شديد القرابة، وقريب جدّا، وأصهار.

"وجعلوا مدّة الحيازة في الأجنبيّ عشر سنين. لكن إذا كان شريكا، اشترطوا فيه أن يكون التّصرّف بمثل الهدم لغير إصلاح، والبناء الكثير، والغرس في الدّار والأرض، والاستغلال في غيرهما. وإذا كان غير شريك، فيكتفى في التّصرّف بمثل سكنى الدّار وزرع الأرض.

"وإذا كان قريبا غير شديد القرابة كالإخوان والأعمام والأخوال وأبنائهم، وفي معناهم الأصهار والموالي، فإذا كان التّصرّف ضعيفا كسكنى الدّار وزراعة الأرض وعمارة الحانوت، فلا تقبل دعوى الحائز الملكيّة لما حاز، إلّا مع طول المدّة جدّا، وهو ما زاد على الأربعين سنة، إن لم تكن بينهم عداوة، وإلّا كفى في حيازتهم عشر سنين، كالأبعدين. وإذا كان التّصرّف قويّا جدّا، كالتّفويت بالبيع والهبة والصّدقة، لم تشترط مدّة، بل سكوته يوجب انقطاع حقّه بانقضاء المجلس [...] وإذا كان التّصرّف متوسّطا، كالهدم والبنيان والغرس وعقد الكراء، فمدّة التّصرّف ما زاد على الأربعين، على المعتمد كما في الزّرقاني وغيره؛ وقيل عشر سنين.

"وإذا كان الحائز قريبا جدّا، كالأب وابنه والعكس، فلا يعتبر التّصرّف بمثل السّكنى والازدراع اتّفاقا، ويعتبر بمثل التّفويت بالبيع والصّدقة ونحوهما، واختلف هل يحوز كلّ واحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان والغرس على قولين: أحدهما أنّه لا يحوز عليه بذلك، إن ادّعاه ملكا لنفسه، قام عليه في حياته أو بعد وفاته، وهو قول مالك. والمشهور في المذهب إلّا أن يطول الأمد جدّا إلى ما تهلك فيه البيّنات وينقطع فيه العلم. قاله ابن رشد. فالاختلاف في مقدار المدّة المؤثّرة ونوع التّصرّف المعتبر، باختلاف صفة الحائز ودرجة قرابته، لأنّ العادة قاضية بالتّسامح مع الأقارب ووصل رحمهم بمثل السّكنى للدّار، والزّرع للأرض، والاعتمار للحانوت؛ بخلاف التّصرّف بما هو أقوى من ذلك.

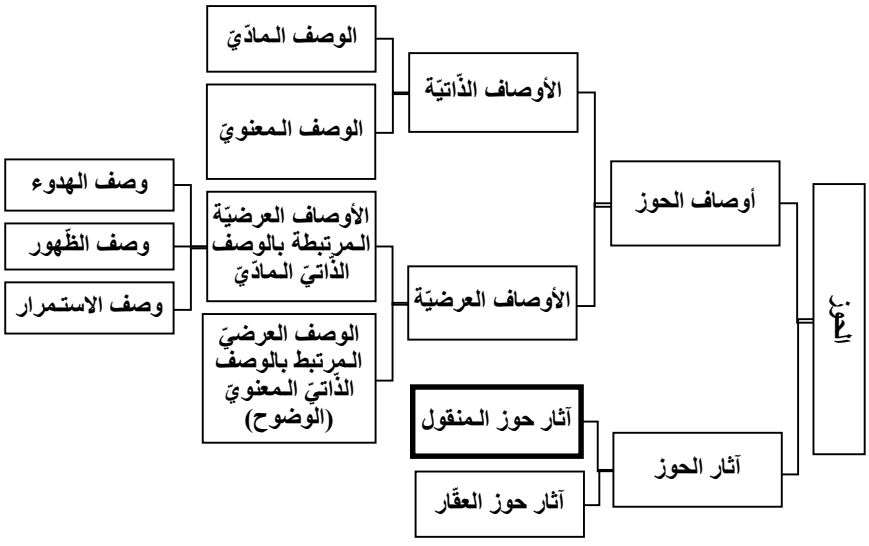
"وكذلك ما اشترط من علم المحوز عنه، فإن قال القائم ما علمت حقّي إلّا الآن، فقيل لا يقبل قوله [...] وقيل يقبل قوله بيمينه [...]

"وفي مطالبة الحائز بوجه ملكه ثلاثة أقوال: الأوّل يطلب إذا أثبت المدّعي الملكيّة أو أقرّ له بها [...]

"القول الثّاني: يطالب ببيان وجه الملك.

"الثّالث: لا يكلّف ببيان وجه ملكه مطلقا [...] وهو الموافق لما يفعله القضاة الذين أدركناهم".

(1075)


الحوز
أوصاف الحوز
الأوصاف الذّاتيّة
الوصف المادّيّ
الوصف المعنويّ
الأوصاف العرضيّة
الأوصاف العرضيّة المرتبطة بالوصف الذّاتيّ المادّيّ
وصف الهدوء
وصف الظّهور
وصف الاستمرار
الوصف العرضيّ المرتبط بالوصف الذّاتيّ المعنويّ (الوضوح)
آثار الحوز
آثار حوز المنقول
آثار حوز العقّار

2. 1/ آثار حوز المنقول

204 القانون الفرنسيّ ◊ جاء في الفصل 2276 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة[1076] أنّ حوز المنقول سند للملكيّة (في مادّة المنقولات، الحوز له قيمة سند ملكيّة En fait de meubles, la possession vaut titre).

ولقد اختلف حول هذا النّصّ، والفقه المتأخّر متّفق تقريبا على إعطائه معنيين:

المعنى الأوّل: حوز المنقول يكسب ملكيّته[1077]. فإذا كان لدينا شخص قد تلقّى عن حسن نيّة منقولا من غير مالكه، فهذا المتلقّي والحائز يصبح مالكا. وسبب ملكيّته ليس العقد الذي بمقتضاه تلقّى وحاز، لأنّ المتلقّى منه ليس مالكا، فلا يمكنه أن ينقل ما ليس له (فاقد الشّيء لا يعطيه). ما سبب اكتساب الحائز للملكيّة إذن؟ الجواب: الحوز. وهكذا فحوز المنقول عن حسن نيّة (حسن النّيّة أن يظنّ أنّه تلقّى من مالكٍ حقيقيّ) ينشئ سندا جديدا مجرّدا ومستقلاّ عن السّند الذي حصل

[1076] سنة 2008 حصل تغيير في المجلّة المدنيّة وما كان مادّة موجودة تحت فصل رقمه 2279 صار موجودا تحت فصل رقمه 2276. انظر:

آلان بينابان ودينيس مازو، الفصول الكبيرة للمجلّة المدنيّة، دالوز، باريس، ط 2، 2015، ص 173.

Alain Bénabent et Denis Mazeaud, *Les grands articles du code civil*, Dalloz, Paris, 2e éd., 2015, p. 173.

[1077] هنالك من قال إنّ أساس إكساب الملكيّة تقادم حينيّ وهنالك من قال إنّه مفعول القانون وهنالك من تحدّث عنه في هذا الإطار، أي إطار أنّ قاعدة الفصل 2276 لها معنيان. انظر حول مختلف المواقف في القانون الفرنسيّ وانظر نقاشها عند: صلّوحة بوميّة، تملّك المنقول بالحوز، أطروحة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2015/ 2016، الفقرة 321 وما بعدها، ص 275 وما بعدها.

به التّلقّي[1078]. وهكذا أيضا لن يستطيع المالك الحقيقيّ استرداد الشّيء. وما ورد الآن يُعَدّ المبدأ في صورة النّزاع بين الحائز والمالك الحقيقيّ الذي فقد الحوز. لكن للمبدأ استثناءات. فالمنقول الذي فقدَ مالكُه الحقيقيّ حوزَه له بسبب سرقته أو ضياعه، يمكنه أن يستردّه من الحائز حَسَنَ النّيّة الذي اشتراه من اللصّ أو من غيره. فإذا عدنا إلى المبدأ، وجب أن نحتفظ بكون حوز المنقول (عن حسن نيّة) يكسب الملكيّة. لكنّ إكساب الملكيّة وظيفة من وظيفتين للحوز. تتمثّل الوظيفة الثّانية في أنّ الحوز قرينة على الملكيّة. هنا نصل إلى المعنى الثّاني المعطى لقاعدة الفصل 2276. المعنى الثّاني: لدينا حائز ولدينا سلفه. يدّعي السّلف أنّه سلّم الحائز المنقول بمقتضى عقد ليس ناقلا للملكيّة (وديعة، إلخ). هنا يسهّل القانون الإثبات على الحائز بأن يفترض (إذن نحن أمام قرينة) أنّه قد تلقّى ما تلقّى بمقتضى سند مكسب (بيع، إلخ). وعلى القائم بطلب الاستحقاق أن يسقط – إن أمكنه ذلك – القرينة (إذن هي بسيطة) ليستردّ المنقول. وهكذا فالحوز يوجد قرينة على وجود سند ناقل، ومن ثمّ يوجد قرينة على الملكيّة. ولا يشترط هنا حسن نيّة الحائز (بالمعنى الوارد أعلاه: حسن النّيّة أن يظنّ الحائز أنّه تلقّى من مالك حقيقيّ)، بل لا معنى لهذا الشّرط لأنّ المتلقّى منه هنا هو بالفعل المالك الحقيقيّ.

ممّا تقدّم ينبغي الاحتفاظ بأنّ لحوز المنقول في القانون الفرنسيّ، وحسب الفقه المتأخّر، وظيفتين: أوّلا أنّه يكسب الحائز الملكيّة (هنا نحن أمام قاعدة أصليّة

[1078] جاء في أحد المؤلّفات (آلان بينابان ودينيس مازو، م س، ص 173) أنّ معنى عبارة الفصل 2276 (أي الفصل 2279 سابقا) "في مادّة المنقولات الحوز يساوي سندا" En fait de meubles, la possession vaut titre هو:

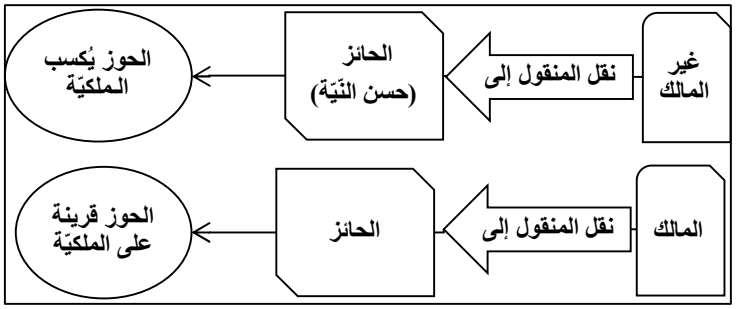
في مادّة المنقولات (المادّيّة) الحوز (عن حسن نيّة) يساوي سند (ملكيّة).

En fait de meubles (corporels), la possession (de bonne foi) vaut titre (de propriété).

وموضوعيّة تتعلّق بصورة النّزاع بين الحائز والمالك الحقيقيّ الذي ليس سلفا لذاك الحائز). ثانيا أنّه قرينة على الملكيّة إلّا إذا ثبت العكس (هنا نحن أمام قاعدة إثبات تهمّ صورة النّزاع بين الحائز وسلفه)[1079].

لكن، وفي فرنسا، اتّخذت من حوز المنقول، في الفقه وفي فقه القضاء مواقف أخرى[1080]:

(1079)



لم نفعل فيما جاء في المتن حول القانون الفرنسيّ إلّا أن نقلنا: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 412 وما بعدها. انظر أيضا: صوفي شيلر، م س، الفقرة 163 وما بعدها، ص 131 وما بعدها؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 447 وما بعدها، ص 379 وما بعدها.

(1080) انظر تفصيل هذه المواقف عند: صلّوحة بوميّة، م س (تملّك المنقول بالحوز)، الفقرة 321 وما بعدها، ص 275 وما بعدها، وخاصّة: الفقرة 376 وما بعدها، ص 314 وما بعدها.

فقيل – في إطار الصّورة الأولى الواردة أعلاه – إنّ الحوز قرينة قاطعة[1081] على الملكيّة[1082].

[1081] القرائن قسمان: قرائن تمسّ بموضوع الإثبات وقرائن تتعلّق بعبء الإثبات.

والقرائن الأولى نوعان: قرائن تنقل موضوع الإثبات وقرائن تقصي الإثبات.

والنّوع الأوّل هو ما يصحّ فيه حقّا اسم القرينة. وهو تفكير إثباتيّ يضع رابطا منطقيّا بين حدث غير ممكن الإثبات (الحدث الذي هو موضوع أصليّ للإثبات أو الحدث المجهول) وحدث ممكن الإثبات (الحدث الذي هو الموضوع الذي نقل إليه الإثبات أو الحدث المعلوم). مثال ذلك، ولأنّ الغالب أنّ الحائز هو المالك، فإثبات الملكيّة (الموضوع الأصليّ للإثبات) يكون قد أتي به، إذا أثبت المدّعي أنّ له وصف الحائز. هنا لا يوجد قلب لعبء الإثبات لأنّ المدّعي مطالب دائما بإثبات ادّعائه. كما لا يوجد إعفاء من الإثبات لأنّ هنالك دائما موضوعا يتمّ إثباته.

والقرينة ينبغي قبولها طالما لم يقع إقصاؤها.

ثمّ هي إمّا قضائيّة أو واقعيّة (من أثر عجلات السّيّارة نستنتج سرعتها) وإمّا قانونيّة (قرينة النّسب، أي افتراض أنّ أب الطّفل هو زوج الأمّ).

ولأنّ القرينة تفكير إثباتيّ، فلا تكون إلّا بسيطة. أمّا إذا لم تقبل إثبات ما يخالفها، فعندها لا تمثّل نقلا لموضوع الإثبات بل إعفاءً منه.

والقرينة القضائيّة تقبل إمّا إثبات عكس الحدث الذي هو الموضوع المباشر للإثبات (شهادة بأنّ السّيّارة لم تكن تسير بسرعة)، وإمّا إثبات عكس الحدث غير المباشر الذي انتقل إليه الإثبات (الآثار على الطّريق هي لعجلات سيّارة أخرى)، وإمّا كسر الرّابط المنطقيّ بين الحدث المعلوم والحدث المجهول (الآثار سببها عيب في العجلات لا السّرعة).

فإذا مررنا إلى القرائن القانونيّة، وجدناها – كما تقدّم – إمّا تنقل موضوع الإثبات وإمّا تعفي منه.

ومن أمثلة ما ينقل – وهذا تقدّم بدوره – الحوز والنّسب. وفي المثال الأوّل يمكن القول إنّ الغالب أنّ الحائز هو المالك. فالحوز – وخارج كلّ مفعول مكسب – له مزيّة إثباتيّة، أي هو قرينة على الملكيّة. فلقد نقل المشرّع موضوع الإثبات، وصار إثبات الحوز إثباتا غير مباشر للملكيّة. وموضوع الإثبات المباشر سيكون – في صورة الادّعاء بالملكيّة – ليس الملكيّة بل الحوز. وعلى الخصم في هذا الادّعاء أن يكسر القرينة بأن يثبت أنّ الطّالب، رغم أنّه حائز، فهو ليس مالكا.

فإذا مررنا الآن إلى القرائن القانونيّة القاطعة، وجدنا كمثال لفصل قانونيّ تناولها الفصل 1350 (بعد 2016 أصبح الفصل الذي يعرّف هذه القرينة هو الفصل 1354) من المجلّة المدنيّة (يُضرب مثالان لقرينة قانونيّة قاطعة: المثال الأوّل: نصّ التّشريع على أنّ الأطبّاء لا أهليّة لهم لتلقّي تبرّعات من مرضاهم. بسبب هذا الحكم، هنالك إمكانيّة لأن يعمد من يريد التّبرّع لطبيب إلى فعل ذلك لفائدة شخص وسيط. هكذا لن يستطيع المتضرّر من التّبرّع إثبات الصّوريّة. لذا نجد القانون يعينه في دعوى الإبطال وذلك بإحداث قرينة توسّط: أب وأمّ وأبناء وفروع وزوج عديم الأهليّة محمولون على أنّهم أشخاص متوسّطون [وهذا لا يقبل إثبات عكسه]. بهذا يتمّ إبطال التّبرّع الواقع لفائدتهم. المثال الثّاني: التّقادم المكسب. لكن ثمّ من يناقش في هذا المثال).

وعلى كلّ فالقرينة القانونيّة القاطعة، وباعتبارها تمثّل إعفاء من الإثبات، ليست في الحقيقة قرينة بل افتراض.

انظر حول ما ورد أعلاه عن القرينة (وما ورد هو نقل حرفيّ أو يكاد):

فرانسوا تيري، مقدّمة عامّة للقانون، دالوز، باريس، ط 10، 2015، الفقرة 580 وما بعدها.

François Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 10e éd., 2015, n° 580 s.

وانظر حول القرينة والافتراض:

ش بيرلمان وب فوريه (دراسات منشورة عن طريق)، القرائن والافتراضات في القانون، مؤسّسات إيميل بروبلون، بروكسال، 1974.

Ch. Perelman et P. Foriers (Etudes publiées par), *Les présomptions et les fictions en droit*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1974.

وتحديدا انظر مقالة ش بيرلمان (ص 342 – 347) التي قال فيها إنّ من الخطأ اعتبار القرينة القاطعة افتراضا (الافتراض مخالف للحقيقة أمّا في القرينة القاطعة فقد تكون ثمّ مطابقة مع الواقع وقد لا تكون، وعلى كلّ فالمشرّع لا يبحث عن هذا الأمر. مثال ذلك: القرينة التي وضعها المشرّع الفرنسيّ والتي لا تقبل إثباتا مخالفا: إذا لم تجب الإدارة على طلب في أجل أربعة أشهر، فهذا يُعتبر رفضا للطّلب).

انظر الفكرة نفسها عند ش بيرلمان في مؤلّف آخر:

ش بيرلمان، المنطق القانونيّ. الخطابة الجديدة، دالوز، بباريس، ط 2، 1979، ص 61 وما بعدها.

Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 2e éd., 1979, p. 61 s.

وقيل أيضا إنّ القرينة بسيطة في الصّورتين[1083].

205 القانون التّونسيّ ◊ والاختلاف نفسه نجده في تونس. فثمّ من تحدّث عن أنّ لحوز المنقول وظيفتين (يكسب في صورة، وهو قرينة قانونيّة بسيطة في أخرى)[1084].

[1082] يبدو أن لا فرق في النّتائج بين القول إنّ الحوز يكسب الملكيّة والقول إنّه قرينة قاطعة عليها. ففي الحالتين لا يمكن استرداد المنقول من يد الحائز. انظر تفاصيل أكثر عند: صلّوحة بوميّة، م س (تملّك المنقول بالحوز)، الفقرة 371 وما بعدها، ص 309 وما بعدها.

[1083] انظر حول هذا الموقف في إطار القانون الفرنسيّ ما ورد عند: صلّوحة بوميّة، م س (تملّك المنقول بالحوز)، الفقرة 379 وما بعدها، ص 317 وما بعدها.

[1084] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 223 وما بعدها، ص 172 وما بعدها.

وثمّ من تكلّم عن تقادم حينيّ[1085]. وثمّ من تحدّث عن قرينة قضائيّة[1086]. وثمّ من تكلّم عن قرينة (قانونيّة) بسيطة في الصّورتين[1087].

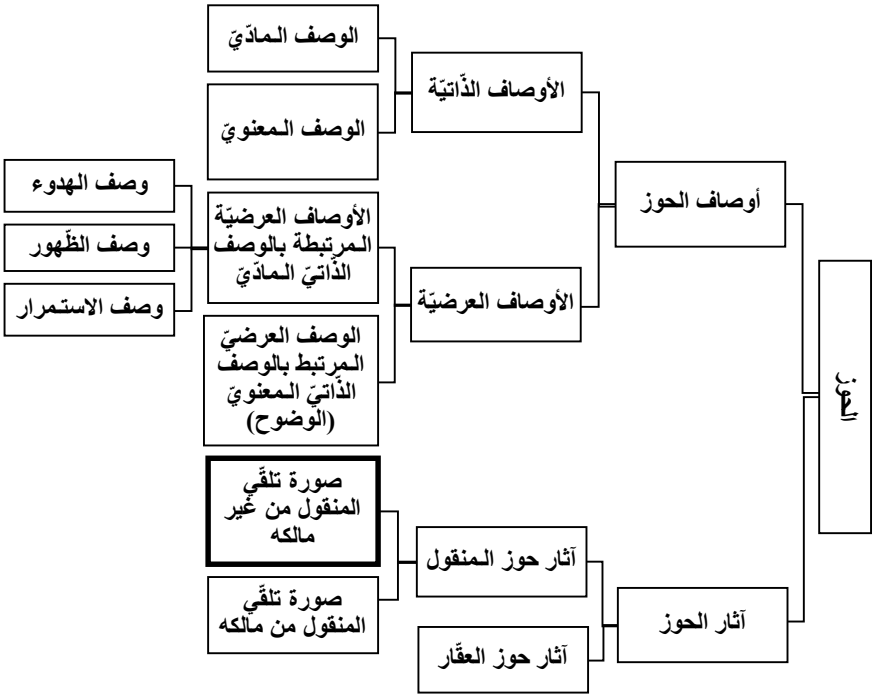
فإذا تركنا الآن هذا الخلاف جانبا، قلنا إنّه ينبغي التّمييز بين صورتين: صورة تلقّي المنقول من غير مالكه، وصورة تلقّيه من مالكه[1088].

[1085] محمّد كمال شرف الدّين، م س (قانون الأموال)، الفقرة 192 وما بعدها، ص 67 وما بعدها؛ يوسف الكناني وفوزي بلكناني، م س (قانون الأموال)، الفقرة 289، ص 164.

[1086] جاء عند محمّد المالقي، وهو يتحدّث عن الفصول من 488 إلى 491 من مجلّة الالتزامات والعقود، أنّنا أمام قرائن فعليّة وأنّه "ينبغي التّحرّز من الغلط في صفة هذه القرائن. فالتّنصيص عليها كيف ذكر لا يفيد اعتبارها من القرائن القانونيّة. فما هي في الحقيقة إلّا قرائن فعليّة. ويدلّ على ذلك دلالة كافية طبيعة تلك النّصوص والمكان الذي تشغله بالمجلّة في الباب المختصّ بالقرائن غير القانونيّة. والنّتيجة المتحصّلة من ذلك مهمّة، لأنّ القرائن المذكورة لا تفرض على الحاكم، ويمكن في قضيّة معيّنة تعويضها في رأيه بقرائن أخرى أقطع منها ومن جهة أخرى يمكن دائما معارضتها بالحجّة المضادّة". محمّد المالقي، الحلقة الثّانية من محاضرات في شرح القانون المدنيّ التّونسيّ، النّاشر: المؤلّف، تونس، 1376 هـ، ص 105.

[1087] صلّوحة باميّة، م س (تملّك المنقول بالحوز)، الفقرة 382 وما بعدها، ص 319 وما بعدها.

(1088)


الحوز
أوصاف الحوز
الأوصاف الذّاتيّة
الوصف المادّيّ
الوصف المعنويّ
الأوصاف العرضيّة
الأوصاف العرضيّة المرتبطة بالوصف الذّاتيّ المادّيّ
وصف الهدوء
وصف الظّهور
وصف الاستمرار
الوصف العرضيّ المرتبط بالوصف الذّاتيّ المعنويّ (الوضوح)
آثار الحوز
آثار حوز المنقول
صورة تلقّي المنقول من غير مالكه
صورة تلقّي المنقول من مالكه
آثار حوز العقّار

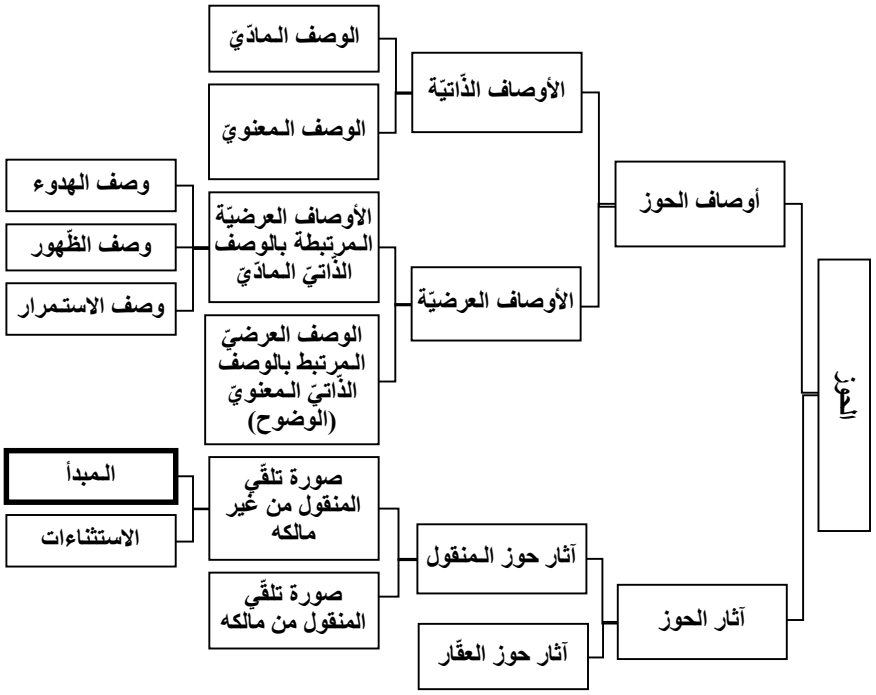
2. 1. 1.2/ صورة تلقّي المنقول من غير مالكه

206 تقسيم البحث ◊ هنا ثمّ مبدأ، وله استثناءات(1089).

2. 1. 1. 1.2/ المبدأ

207 نصّ القانون ◊ جاء في الفصل 53 من مجلّة الحقوق العينيّة (وهو نقل حرفيّ لنصّ ما زال موجودا في مجلّة الالتزامات والعقود هو الفصل 488): "من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات شبهة، حُمِل على أنّه ملك ذلك بالوجه الصّحيح. وعلى من يدّعي خلاف ذلك أن يثبته.

(1089)



"ولا يُحمَل على الشّبهة من عَلِم أو كان من حقّه أن يعلم عند توصّله بالشّيء المنقول أنّ المُتوصَّل منه ليس له التّصرّف في ذلك".

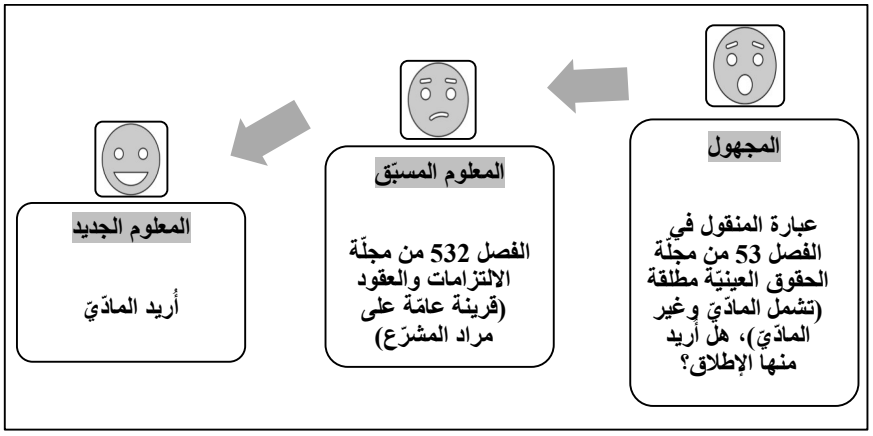
208 عبارة المنقول والقرائن المقيّدة لإطلاقها ◊ وعبارة المنقول في الفصل الوارد أعلاه مطلقةٌ•. لكن ثمّ قرائن تقيّدها.

أوّل قرينة مردّها العقل(1090). فعبارة "المنقول" لا يمكن أن تشمل المنقولَ غير المادّيّ لأنّه لا جسم هنا لتتمّ السّيطرة عليه سيطرة فعليّة وليُحاز(1091). وفي فرنسا ضرب في هذا الإطار مثال حقوق الملكيّة الأدبيّة والفنّيّة والأصل التّجاريّ والدّيون(1092).

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1090) حول العقل كقرينة مقيّدة انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، «المسار التّأويليّ: العقد والقانون نموذجا»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 98 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 296.

(1091)



(1092) انظر: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 418.

انظر حول الحوز والمنقول غير المادّيّ:

آن بيليسييه، حوز المنقولات غير المادّيّة، دالوز، باريس، 2001.

Anne Pélissier, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, Paris, 2001.

بياتريس بوريني-بارونس، حوز الأموال غير المادّيّة، مكتبة معهد أندريه تانك، باريس، 2008.

لكن استثني السّند للحامل[1093]. والاستثناء نفسه ورد في الفصل 54 من مجلّة الحقوق العينيّة[1094].

Béatrice Bourinet-Parance, *La possession des biens incorporels*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Paris, 2008.

فانسون مالاسينييه، السّندات الممثّلة، دالوز، باريس، 2016.

Vincent Malassigné, *Les titres représentatifs*, Dalloz, Paris, 2016.

وفي تونس يقول أحد الفقهاء: "لا يمتدّ نطاق القاعدة الواردة في الفصل 53 [...] إلى بعض المنقولات التي حدّد المشرّع شروطا شكليّة معيّنة للتّفويت فيها كالأصل التّجاريّ مثلا (راجع الفصل 190 من المجلّة التّجاريّة)". محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 192.

[1093] السّند للحامل (titre au porteur, billet au porteur) هو سند دين (titre de créance) لا ينصّ على اسم المنتفع (وذلك على خلاف السّند الاسميّ titre nominatif)، وينتقل من يد إلى يد بمجرّد التّسليم (أسهم الشّركات، الأوراق النّقديّة، إلخ). لكنّ بعض القوانين (فرنسا، تونس، إلخ) جعلت من بعض السّندات للحامل سندات غير مادّيّة (الأسهم، إلخ)، أي سندات تنتقل عن طريق وسطاء مرخّص لهم.

وفي القانون الفرنسيّ كتب ما يلي: "ينبغي أن نلحق بالأشياء المنقولة الدّيون المضمَّنة في سند للحامل، لأنّنا نعتبر الدّين مدمجا في السّند على الأقلّ حين لا نكون قد جعلنا السّند سندا غير مادّيّ". هنري وليون وجون مازو وفرانسوا شاباس، م س، الفقرة 1527، ص 274.

[1094] انظر حول هذه النّقطة: وليد غبارة، «قاعدة الحوز في المنقول يكسب الملكيّة»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 513 وما بعدها.

ولقد جاء القانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرّخ في 21 مارس 2000 (الرّائد الرّسميّ عدد 24، مؤرّخ في 24 مارس 2000، ص 688) المتعلّق بإرساء السّندات غير المادّيّة وألغى سنداً من السّندات للحامل هو سند الأوراق الماليّة (أسهم، حصص، إلخ). حول الأوراق الماليّة انظر: عبد الباسط خالدي، «الأوراق الماليّة»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 1994، ص 157؛ عزّ الدّين بوزرارة، «الأوراق الماليّة المقبولة لدى البورصة»، القضاء والتّشريع، فيفري 1997، ص 55. وحول أسهم الشّركات انظر: نبيل بن عبد الله، «أسهم الشّركات»، القضاء والتّشريع، ديسمبر 1995، ص 7. انظر أيضا حول الأوراق الماليّة

ثاني قرينة مأتاها القانون:

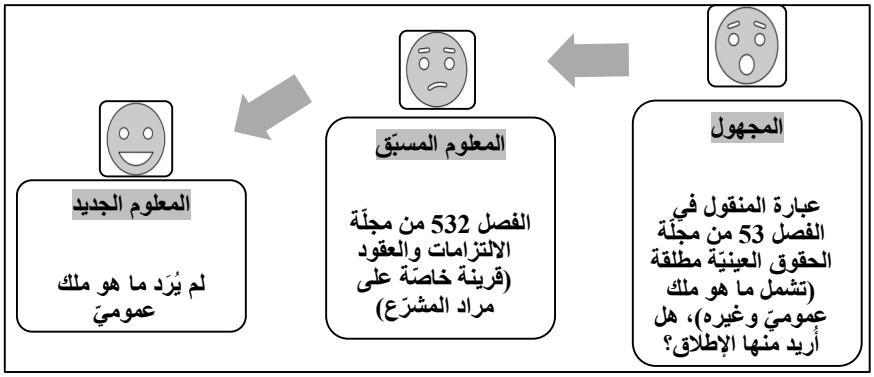
فلا يمكن حوز المنقولات التي تدخل في ملك الدّولة العامّ[1095].

كما لا يمكن حوز المنقولات الخاضعة لنظام التّسجيل (مثلا السّفن[1096]).

والفقه الإسلاميّ: محمّد شكري الجميل العدوى، الأوراق الماليّة في ميزان الشّريعة الإسلاميّة، دار الفكر الجامعيّ، الإسكندريّة، 2011.

[1095] مثال ذلك المنقولات التي تمثّل آثارا. انظر الفصل الأوّل من مجلّة حماية التّراث الأثريّ والتّاريخيّ والفنون التّقليديّة الذي قال في فقرته الثّانية: "ويُعدّ التّراث الأثريّ أو التّاريخيّ أو التّقليديّ ملكا عامّا للدّولة باستثناء ما أثبت الخواصّ ملكيّتهم له".

ولقد قال الفصل 3 من الأمر المؤرّخ في 24 سبتمبر 1885 (المجموعة الصّغرى للقوانين، كتابة الدّولة للعدل، تونس، ج 3، ص 185): "الأملاك العموميّة لا يصحّ تفويتها ولا ملكها بطول مدّة الحوز".



وفي كتاب حول القانون الفرنسيّ ضرب مثال لوحات المتاحف، وكتب المكتبات العموميّة: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 418.

هذا عن المنقولات التي تدخل في ملك الدّولة العامّ، لكن ثمّ في تونس من يقول بخضوع المنقولات التي تدخل في ملك الدّولة الخاصّ إلى الحكم نفسه: صلّوحة بوميّة، م س (تملّك المنقول بالحوز)، الفقرة 303 وما بعدها، ص 259 وما بعدها.

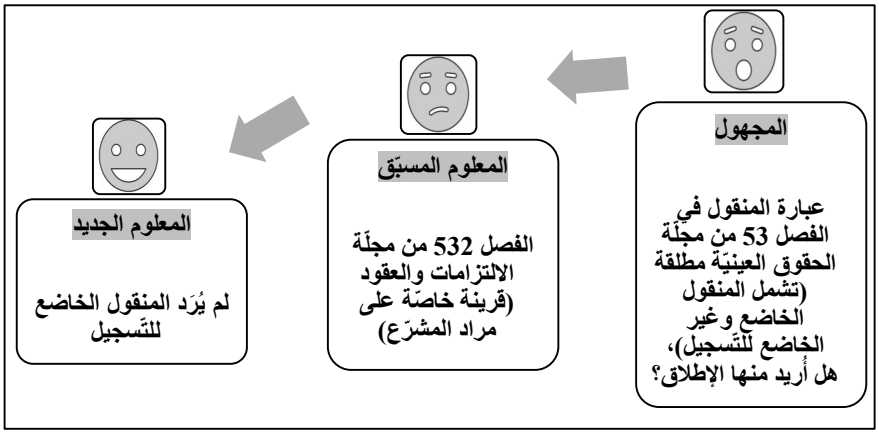
[1096] يقول الفصل 13 من مجلّة التّجارة البحريّة: "السّفينة منقول مع مراعاة القواعد الخاصّة الواردة بهذه المجلّة، وهي لا تخضع لأحكام الفصل 488 من مجلّة الالتزامات والعقود".

ويقول الفصل 488: "من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات بشبهة، حُمل على أنّه ملك ذلك بالوجه الصّحيح. وعلى من يدّعي خلاف ذلك أن يثبته. ولا يُحمل على الشّبهة من علم أو كان من حقّه أن يعلم عند توصّله بالشّيء أنّ المتوصّل منه ليس له التّصرّف في ذلك".

وتنبغي الإشارة إلى أنّ مجلّة التّجارة البحريّة صدرت بمقتضى القانون عدد 13 لسنة 1962 المؤرّخ في 24 أفريل 1962. هذا يفسّر إشارتها إلى مجلّة الالتزامات والعقود (الصّادرة في 15 ديسمبر 1906، والدّاخلة حيّز التّطبيق في 1 جوان 1907) وعدم إشارتها إلى مجلّة الحقوق العينيّة (الصّادرة بمقتضى القانون عدد 5 المؤرّخ في 12 فيفري 1965).

بعد السّفن، رأينا أنّ الطّائرات والسّيّارات منقولات تخضع بدورها لنظام التّسجيل (انظر الفقرة 75). وفيما يخصّ الطّائرات، نجد الفقرة 3 من الفصل 10 من مجلّة الطّيران المدنيّ تقول: "لا تثبت حالة الملكيّة إلّا بكتب [...]".

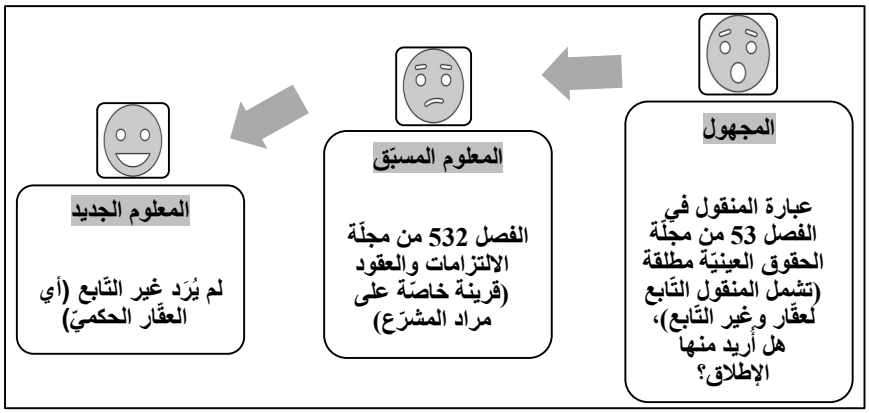
أمّا عن السّيّارات، فجاء في الفقه أنّها، وخلافا للسّفينة أو الطّائرة، لا تستثنى من أحكام الفصل 53، لأنّ "البطاقة الرّماديّة مجرّد وثيقة إداريّة دون أن تكون شهادة في الملكيّة". يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 290، ص 164 و165. انظر الموقف نفسه عند: هاجر فطناسي، م س (ملكيّة المنقول)، ص 137؛ صلّوحة بوميّة، م س (تملّك المنقول بالحوز)، الفقرة 259 وما بعدها، ص 221 وما بعدها. وانظر محكمة التّعقيب في قرار جزائيّ وهي تقول: "السّيّارة منقول، فلا لزوم لإثبات بيعها بالحجّة الكتابيّة، ولا يتوقّف انتقال ملكيّتها على تحرير البطاقة الرّماديّة التي هي مجرّد وثيقة إداريّة إذا توفّرت أركان البيع". تعقيبيّ جزائيّ، عدد 18726، 26 فيفري 1987، نشريّة محكمة التّعقيب (القسم الجزائيّ)، ص 136 وما بعدها.



لا يمكن أيضا حوز المنقول التّابع لعقّار، أي لا يمكن حوز العقّار الحكميّ. والسّبب أنّه لم يعد منقولا بحسب القانون[1097]. فإذا اشترى الحائز عقّارا طبيعيّا من شخص غير مالك ثمّ رجع عليه المالك الحقيقيّ وحكم لفائدته، فلا يستطيع الحائز أن يتمسّك بحوز العقّار الحكميّ (باعتباره منقولا). ويعطي أحد الفقهاء الحكم نفسه إذا تعلّق الأمر بأثاث موجود في منزل. فمن اشترى منزلا مؤثّثا، ثمّ استعاده منه المالك الحقيقيّ، لا يستطيع التّمسّك بحوز الأثاث[1098] (لم يذكر صاحب هذا الموقف حجّة. لكن يمكن أن نتصوّر أنّه يعتبر – خلافا لما رأيناه سابقا[1099] – الأثاث عقّارا حكميّا لا منقولا)[1100].

209 الحائز بشبهة والحائز بغير شبهة ◊ خارج هذه الاستثناءات، وإذا كان لدينا شخص (لنسمّه "أ") سلّم بإرادته (عن طريق عقد وديعة ونحو ذلك) منقولا (إذن

(1097)



(1098) حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 228، ص 173.

(1099) انظر الفقرة 40 وما بعدها.

(1100) وفي عملٍ كُتب في إطار القانون الفرنسيّ قيل بإقصاء المنقولات التي لم تفرز بعد (الأشياء المثليّة. انظرها في الفقرة 70) والمنقولات التي تمثّل كلاّ (universalité mobilière) كالتّركة: بيار فواران وجيل غوبو، م س، ص 274.

لم يعد يسيطر عليه مادّيّا) يملكه إلى شخص آخر (لنسمّه "ب"). وإذا أبرم هذا عملا قانونيّا ناقلا لملكيّة المنقول (بيع، إلخ) إلى شخص ثالث (لنسمّه "ج")، وإذا صار (ج) يسيطر مادّيّا، فهذه السّيطرة قرينة على وجود الرّكن المعنويّ، وكلّ هذا يعني أنّ (ج) يتوفّر فيه وصف الحائز.

وما يحصل في الغالب هو أنّ من يحوز هو المالك الحقيقيّ، أي هنالك احتمال راجح وهنالك ظنّ[1101] وهنالك ما يمكن افتراض أنّه هو الواقع، إلّا إذا وُجدت حجّة

[1101] يمكن القول إنّ اليقينيّ هو الأمر الذي درجة احتمال وقوعه تساوي 100 %، أمّا الظّنّيّ فأمرٌ درجة احتمال وقوعه تفوق 50 % دون أن تصل إلى 100 %. انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 153 وما بعدها.

مخالفة. بعبارة واحدة: هنالك قرينة على أنّ الحائز هو المالك إلّا إذا ثبت عكس ذلك. فالحوز إذن قرينة على الملكيّة[1102].

هذا على الصّعيد النّظريّ، فإذا ذهبنا إلى الفصل 53 من مجلّة الحقوق العينيّة، وجدنا عباراته تقول ما حاصله أنّه إذا كنّا أمام حائز، وُجِدت واحدة من صورتين:

الصّورة الأولى أنّ الحائز حائزٌ بشبهة[1103] وعن حسن نيّة[1104] ، أي أنّ (ج) في مثالنا لم يعلم ولم يخطئ إذ لم يعلم أنّ (ب) لا يحقّ له أن ينقل له الملك (لم يعلم ولم يخطئ إذ لم يعلم أنّ "ب" فوّت في ملك الغير)، هنا الحوز قرينة (قانونيّة) على الملكيّة

[1102] جاء عند أحدهم وفي إطار حديث عن الخطابة (rhétorique) والجدل (dialectique) أنّهما يرتكزان على المحتمَل (vraisemblable) أو "الإيكوس" (*eikos*). كما جاء أنّ الحِجاج (argumentation)، حتّى وإن اقتصر على المحتمَل، فهو عقلانيّ. بعد ذلك قال صاحب الكلام حرفيّا: "المحتمَل (*eikos*) – مثال ذلك أن يحبّ الابن أباه – هو الذي يحصل غالبا، أي الذي يمثّل درجة احتمال كبيرة والذي يمكن افتراضه (عدّه قرينة) إلّا إذا وُجِد إثبات مخالف".

"L'*eikos*, par exemple qu'un fils aime son père, est ce qui arrive le plus souvent, ce qui présente donc une forte probabilité et qu'on peut présumer sauf preuve du contraire".

أوليفييه ريبول، مدخل إلى الخطابة، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 4، 2001، ص 48.

Olivier Reboul, *Introduction à la rhétorique*, Presses Universitaires de France, Paris, 4e éd., 2001, p. 48.

انظر أيضا المؤلّف نفسه (ص 104)، وهو يقول إذا لم يُعتبر المُحتمَل قرينة تصبح الحياة مستحيلة (الحياة لا تستقيم مع الرّيبة والشّك). فإذا نقلنا ما جاء الآن إلى ما نحن بصدده، قلنا: في الحالات الغالبة، الحائز هو المالك. وإذا لم نجعل هذا المُحتمَل قرينة استحال إثبات الملكيّة (بسبب مسألة الإثبات الشّيطانيّ المتحدّث عنه سابقا) ومن ثمّ استحالت الملكيّة.

[1103] هذه هي عبارة الفصل 53 من مجلّة الحقوق العينيّة في صيغتها العربيّة.

[1104] هذه هي عبارة الفصل 53 من مجلّة الحقوق العينيّة في صيغتها الفرنسيّة.

(لا بالمعنى الذي سيرد في عنوان التّلقّي من المالك، بل إن شئتَ قلتَ بمعنى أنّه يُكسب الملكيّة).

الصّورة الثّانية أنّ الحائز حائزٌ بغير شبهة وعن سوء نيّة، أي أنّ (ج) في مثالنا عَلِم أو أخطأ إذ لم يعلم أنّ (ب) لا يحقّ له أن ينقل له الملك، هنا الحوز ليس قرينة (قانونيّة) على الملكيّة (وإن شئتَ قلتَ: لا يُكسِب الملكيّة).

بعبارة أخرى: إذا قام (أ) على الحائز (ج) ليستردّ المنقول، فهنا – وحسب الفصل 53 – حوز (ج) قرينة على أنّه المالك. هذه القرينة القانونيّة بسيطة وتقبل إثبات ما يخالفها، أي تقبل إمّا إثباتا من (أ) بأنّ (ج) كان يعلم بأنّ (ب) فوّت له في ملك غيره وإمّا إثباتا بأنّه أخطأ إذ لم يعلم بما سبق.

وإنّا سنرى الفصل 46 في حوز العقّار يشترط إلى جانب الشّبهة أو حسن النّيّة أن يكون الحوز انجرّ "[...] بمقتضى عمل قانونيّ من شأنه أن تنتقل به الملكيّة لو صدر ممّن له الحقّ". لكنّ نصوص حوز المنقول لم تأت بهذا الشّرط، أي هي مطلقة من هذا الجانب•. ويمكن، بعد القول إن لا قرينة على نيّة المشرّع في هذه المسألة، أن نجري المطلق على إطلاقه، أي أن نعتبر في مادّة المنقولات الحوز منتجا لأثره حتّى وإن لم يتوفّر تصرّف قانونيّ من شأنه نقل الملكيّة لو صدر عن مالك حقيقيّ. مثال ذلك – كما سنرى في مادّة العقّار[1105] – أن يكون التّصرّف القانونيّ باطلا بطلانا مطلقا[1106]، أو أن يعتقد الحائز بوجود تصرّف قانونيّ نقل إليه ملكيّة

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

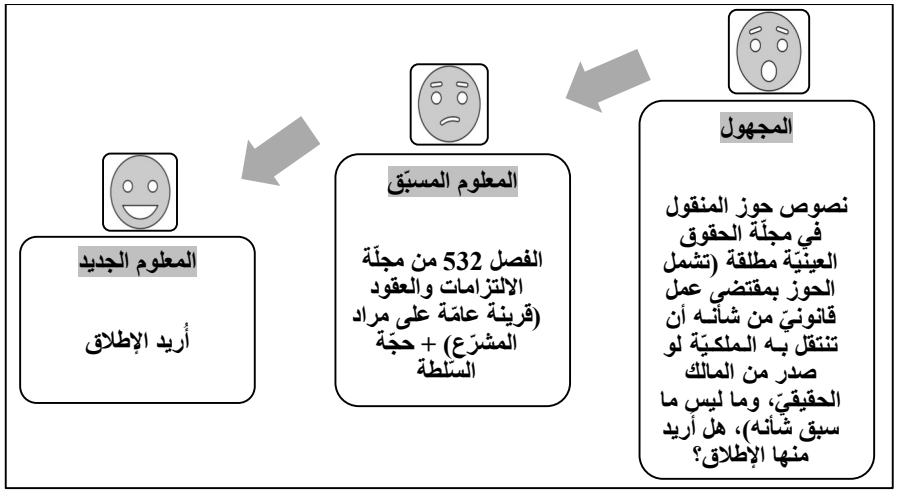
[1105] انظر الفقرة 215.

[1106] لكن انظر موقفا مخالفا: صلّوحة بوميّة، م س (تملّك المنقول بالحوز)، الفقرة 101، ص 93 وما بعدها.

المنقول والحال أنّ هذا التّصرّف لا وجود له إلّا في وهمه (من يتحوّز بمنقول معتقدا أنّ وكيله قد اشتراه له، إلخ).

ويمكن أن نعضد الحجّة السّابقة بحجّة السّلطة. فالفقه يقول إنّ "السّند الباطل والسّند الظّنّي (يَصلحان) لجعل حائز المنقول حائزا بشبهة ما دام المشرّع لم يذكر السّند الصّحيح كشرط مستقلّ عن حسن النّيّة بل اعتبره عنصرا يدخل في تكوينها"[1107]. وفي فرنسا قيل بالحلّ نفسه. فبالرّغم (وهنا سننقل كلام أحد المصنَّفات بصفة حرفيّة أو تكاد) من أنّ الحوز عن حسن نيّة يتضمّن ضرورة الحوز بواسطة سند، فالحائز ليس مطالبا بإثبات وجود السّند كما يوجب ذلك القانون لاكتساب العقّارات. وهذا الاختلاف يمكن فهمه بيسر باعتبار أنّ الفصل 2276 يهدف بالذّات إلى إعفاء حائز منقول من أن يثبت كيف تلقّاه وحصل عليه. هذا يعني أنّ الفصل 2276 لا يحمي فقط من تعامل مع غير مالك (مع مودع عنده سيّئ النّيّة) بل كلّ حائز يمكن أن يقوم ضدّه المالك بالاستحقاق والذي يمكنه أن يعارض بأن لا استرداد لمنقولات تمّت حيازتها عن حسن نيّة. فالقاعدة الواردة في

(1107) حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 230، ص 174.



الفصل 2276 لها بهذا وظيفتان. فهي بحسب الحالات طريقة إثبات وسبب اكتساب[1108].

إضافة إلى ما سبق، تنبغي الإشارة إلى أنّه جاء في الفصل 53 تقييد للوقت الذي ينبغي أن تتوفّر فيه الشّبهة، فقال النّصّ إنّه وقت تسلّم المنقول من غير مالكه. بالتّحديد قال الفصل إنّ الحائز ليس مشتبهاً، إن علم وقت التّسلّم، أو كان من الممكن أن يعلم، أنّ المتسلّم منه ليس مالكا. على هذا سكت النّصّ عن الحائز الذي علم أو صارت لديه إمكانيّة العلم بعد تسلّم المنقول. هنا نحن أمام تخصيص بالوصف (الوصف هو: "عند توصّله")•. والطّريق المنهجيّ معروف بعدُ عندنا[1109]. فبعد القول إنّ البحث في الأعمال التّحضيريّة لا يسلمنا نيّة للمشرّع، وبعد القول بتعذّر إعمال قياس الأولى (المسكوت عنه ليس أولى بالحكم من المنطوق به) وقياس المثل (المسكوت عنه ليس مثل المنطوق به)، بعد كلّ ما سبق سنضطرّ إلى قياس العكس، وسنقول: هنا نحن أمام تقييد بالوصف؛ هذا التّقييد لا يرد على الحكم؛ لذا لا مفهوم للجملة، والمسكوت عنه حكمه حكم الأصل. على هذا يكون من علم بعد التّسلّم أو كان يمكن أن يعلم حَسن النّيّة، لأنّ حُسن النّيّة – كما يقول الفصل 558 من مجلّة الالتزامات والعقود – هو الأصل.

ويمكن أن نضيف إلى الحجّة السّابقة حجّة السّلطة. فالفقه يقول: "إذا كان الحائز حائزا بشبهة زمن بداية الحوز، فلا تأثير لعلمه بعد ذلك أنّ المتوصّل منه غير مالك"[1110].

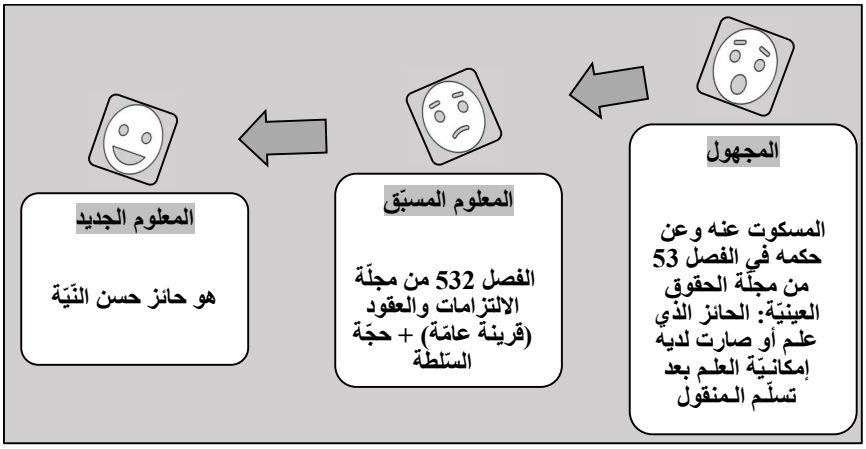
[1108] فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 436.

• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

[1109] انظر الفقرة 15.

[1110] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 230، ص 174.

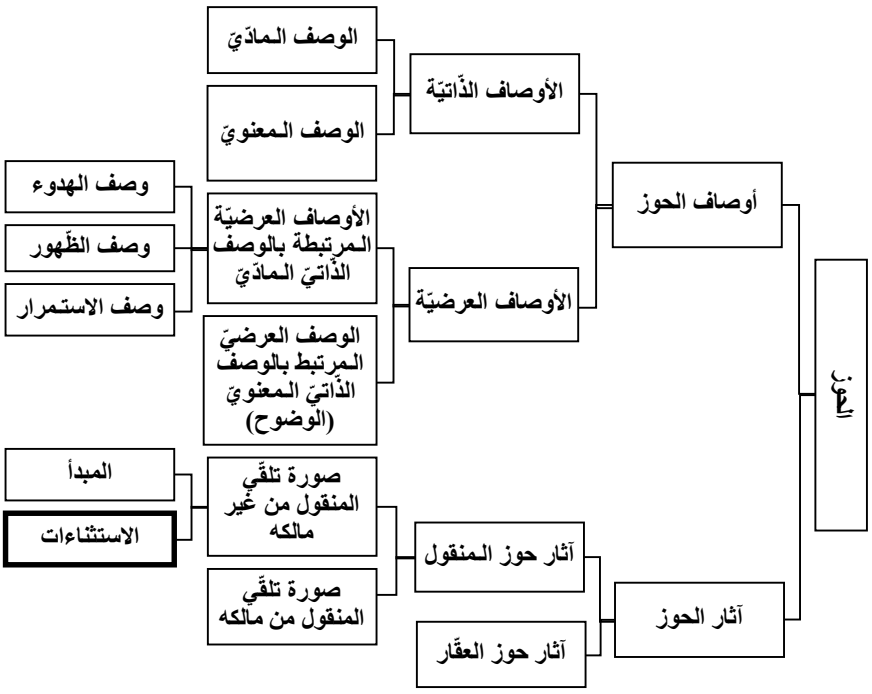
ممّا تقدّم ينبغي الاحتفاظ بأنّ حوز المنقول قرينة قانونيّة بسيطة على الملكيّة. على هذا سيجد الحائز – الذي يتلقّى المنقول من غير مالكٍ – نفسه محميّا ضدّ دعوى استرداد المالك الحقيقيّ.



ويمكن أن نشير هنا إلى أنّ من كان حسن النّيّة وقت الإبرام وتأخّر تسلّمه للشّيء وتحوّزه به ثمّ علم (أي بين الإبرام والتّحوّز) بعدم ملكيّة معاقده يُعَدّ حائزا سيّئ النّيّة. انظر: صلّوحة بوميّة، م س (تملّك المنقول بالحوز)، الفقرة 89 وما بعدها، ص 82 وما بعدها.

هذا هو المبدأ. لكن للمبدأ استثناءات(1111).

(1111)



2. 1. 1. 2/ الاستثناءات

210 المنقول المسروق والضّائع ◊ تتعلّق الاستثناءات بالمنقول المسروق والضّائع. فلقد قال الفصل 54 من مجلّة الحقوق العينيّة إنّه يجوز لمالك المنقول (ولمالك السّند للحامل) "[...] إذا فقده أو سرق منه، أن يستردّه ممّن يكون حائزا له [...]".

فإذا كان (أ) لم يسلّم بإرادته المنقول إلى (ب)، أي إذا كان (أ) قد سُرق منه المنقول أو ضاع منه، وإذا فوّت (ب) في المنقول لـ (ج)، وإذا تسلّم (ج) المنقول وكان حسن النّيّة، فإنّ (أ) يمكنه أن يستردّ المنقول[1112].

وفي فرنسا نجد الحلّ التّشريعيّ نفسه، ويُفسَّر فيُقال: إذا فقد (أ) السّيطرة على المنقول بمحض إرادته لفائدة (ب) بأن أبرم الأوّل مع الثّاني كراء أو وديعة ونحو ذلك، فقد ساهم (أ) في إيجاد الحالة التي جعلت (ج) يظنّ (ب) مالكا. لكن إذا سُرق المنقول من (أ) أو ضاع منه، فلم يساهم هذا فيما سبق. ولأنّه لم يساهم، يمكنه أن يستردّ من (ج)[1113].

وفي إطار القانون الفرنسيّ قيل أيضا إنّ الاستثناء يهمّ فقط الفرضين الواردين في القانون: الضّياع والسّرقة؛ فلا يمتدّ إلى الشّيء الذي فقده صاحبه جرّاء تحيّل[1114].

[1112] جاء في الفقه التّونسيّ (حاتم محمّدي، م س: قانون الأموال، الفقرة 233 و234، ص 175 و176) أنّ قرينة ملكيّة الحائز للمنقول هي مجرّد قرينة بسيطة ويمكن للمالك السّابق أو للحائز السّابق أن يدحض هذه إذا أثبت سوء نيّة الحائز الحاليّ. فإذا أقام المالك أو الحائز السّابق الدّليل على أنّ الحائز الحاليّ هو من سرق المنقول، أو من عثر عليه، أو من تلقّاه من أحد هذين الشّخصين وهو يعلم واقعة السّرقة أو الضّياع ... في جميع هذه الحالات، يُلزَم الحائز الحاليّ بردّ المنقول.

حول هذه المسألة في القانون المقارن انظر: ريمون بوانكاريه، م س، ص 236 وما بعدها.

[1113] انظر: هنري وليون وجون مازو وفرانسوا شاباس، م س، الفقرة 1516، ص 269.

[1114] بيار فواران وجيل غوبو، م س، ص 277. ويقول لوران (م س، ج 32، الفقرة 577، ص 595) إنّ الفقرة الثّانية من الفصل 2279 (والآن الفصل 2276) استثناء، لذا لا قياس (في القانون التّونسيّ

211 سقوط دعوى الاسترداد بمرور الزّمن ◊ وحسب الفصل 54 من مجلّة الحقوق العينيّة، ينبغي لمالك الشّيء الضّائع أو المسروق أن يقوم بدعوى الاسترداد خلال أجل ثلاث سنوات من وقت الضّياع أو السّرقة (لا من وقت تسلّم الشّيء)، إذا كان الحائز حسن النّيّة. فإذا انقضت الثّلاث سنوات، سقطت دعواه.

ولقد طرح السّؤال في الفقه الفرنسيّ: هل الأجل الموضوع لسقوط دعوى المالك هو ضمنيّا أجل تقادم مكسب للحائز؟ الجواب بالنّفي لأنّ الأجل يبدأ في السّريان من وقت السّرقة والضّياع، والمالك لا يستطيع القيام إذا انقضى ذاك الأجل ولو ضدّ من يحوز منذ يوم واحد[1115].

فإذا رجعنا إلى الفصل 54، وجدناه يضيف: إذا كان الحائز قد اشترى المنقول بحسن نيّة في سوق أو مزاد علنيّ أو اشتراه ممّن يتّجر في مثله[1116]، فمن حقّه عندئذ أخذ الثّمن (الذي كان قد دفعه) من المالك الذي يطلب استرداد المنقول الضّائع أو المسروق[1117].

يقول الفصل 540 من مجلّة الالتزامات والعقود: "ما به قيد أو استثناء من القوانين العموميّة أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدّة وصورة"). لكن ثمّ من يقول إنّ القاعدة الواردة بالفقرة الأولى من الفصل 2279 هي استثناء. هكذا تكون الفقرة الثّانية استثناءً للاستثناء، أي عودة للقواعد العامّة. فإذا كانت كذلك، كان القياس على السّرقة ممكنا.

[1115] ف لوران، م س، ج 32، الفقرة 583، ص 600.

[1116] ترى محكمة التّعقيب أنّ هذا الكلام لم يرد على سبيل الحصر (تعلّق الأمر بسيّارة مسروقة بيعت من السّارق إلى الضّحيّة مع تدخّل سمسار): تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2506، 3 ماي 1978، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 190.

[1117] انظر حول هذه النّقطة: صلّوحة بوميّة، م س (تملّك المنقول بالحوز)، الفقرة 540 وما بعدها، ص 453 وما بعدها.

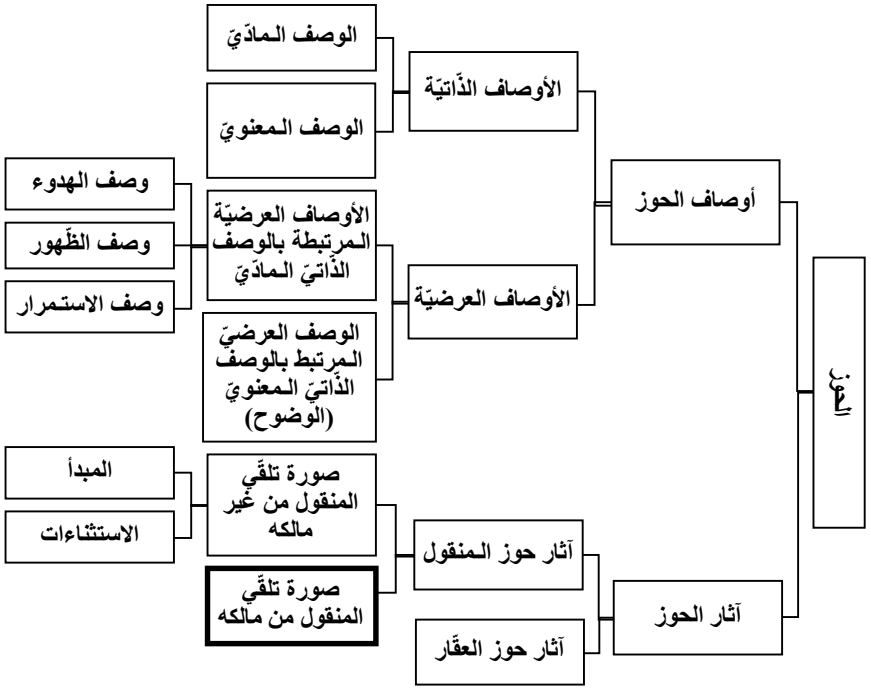
ثمّ إنّ الفصل 55 يزيد قائلا: "للحائز ولو غاصبا، إذا فعل بالمنقول ما غيّر حاله وزاد في قيمته زيادة معتبرة أن يغرم قيمة المادّة الأصليّة مع مبلغ يوكل تقديره لاجتهاد المحكمة. وعلى المحكمة والحالة هذه أن تعتبر ما لصاحبه الأوّل من المصالح المعتبرة ولو كانت معنويّة. وللمستحقّ الخيار في استرداد الشّيء على الحالة التي صار عليها بعد العمل بشرط أن يؤدّي للحائز ما زاد في القيمة بعمله. ويقدّم في الصّورتين على بقيّة الدّائنين". بعبارة أخرى: يمكن لكلّ حائز، إذا حوّل الشّيء تحويلا أعطاه قيمة مضافة هامّة مقارنة بمادّته الأوّليّة أن يستبقيه لنفسه على أن يدفع ثمن تلك الموادّ مع تعويض تقدّره المحكمة. لكن يمكن أيضا للمالك استرداد المنقول مع دفع القيمة المضافة.

كلّ ما سبق يهمّ الشّخص الذي تلقّى المنقول من غير مالك والذي يجد المالك يقوم عليه بدعوى لاسترداد شيئه. لكنّ التّلقّي قد يحصل من المالك نفسه[1118].

2. 1. 2/ صورة تلقّي المنقول من مالكه

212 الحائز والحائز العرضيّ ◊ قد نكون أمام شخص (ب) يسيطر ماديّا على المنقول ويأتي شخص (أ) ليدّعي أنّه المالك وأنّ السّند الذي بينهما هو كراء أو وديعة أو نحو ذلك ممّا لا ينقل ملكيّة (يدّعي أنّ "ب" ليس حائزا وإنّما هو حائز عرضيّ). في هذه الصّورة، واستنادا إلى قاعدة الإثبات التي مفادها أنّ البيّنة على المدّعي (الفصل 420 من مجلّة الالتزامات والعقود)، ينبغي القول إنّ (ب) ليس مطالبا

(1118)



بإثبات أنّه يسيطر بمقتضى سند يتمثّل في بيع ونحو ذلك من التّصرّفات القانونيّة النّاقلة، أي ليس مطالبا بأن يثبت الرّكن المعنويّ لأنّ الرّكن المادّيّ قرينة عليه. هكذا يكون حائزا، والحوز قرينة على الملكيّة. إلّا أنّ هذه القرينة بسيطة وتقبل إثبات ما يخالفها، أي يمكن إثبات أنّ الأمر لا يتعلّق بحوز بل بحوز عرضيّ، ومن ثمّ لا قرينة على الملكيّة[1119].

وقد نكون أمام شخص (ب) يسيطر ماديّا على المنقول ويأتي شخص آخر (أ) ليدّعي أنّه المالك وأن لا سند بينه وبين الحائز. هنا، واستنادا إلى قاعدة أنّ كلّ إنسان محمول على الاستقامة (والواردة في الفصل 558 من مجلّة الالتزامات والعقود)، فإنّ (ب) محمولٌ على أنّه ليس لصّا أو غاصبا، أي هنالك قرينة على أنّه يسيطر ماديّا بمقتضى سند. ويمكن لـ (أ) أن يثبت ما يخالف القرينة، أي أن يثبت واقعة السّرقة أو الغصب.

[1119] نظرت محكمة التّعقيب في قضيّة أطرافها امرأة من جهة وأب زوجها من جهة أخرى. تعلّق النّزاع بقطعة مصوغ. ولقد استظهر أب الزّوج بفاتورة الشّراء باسمه، وقال إنّ المرأة كانت قد استعارت القطعة المذكورة من زوجته ثمّ رفضت إرجاعها. أمّا المرأة فقالت إنّه أهداها إليها بمناسبة زواجها. حكمت المحكمة لفائدة المرأة لأنّ من حاز منقولا بشبهة حمل على أنّه ملك ذلك بالوجه الصّحيح، ولأنّ الرّجل ادّعى ما يخالف الأصل دون أن يثبته. تعقيبيّ مدنيّ، عدد 10257، 27 ديسمبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 246.



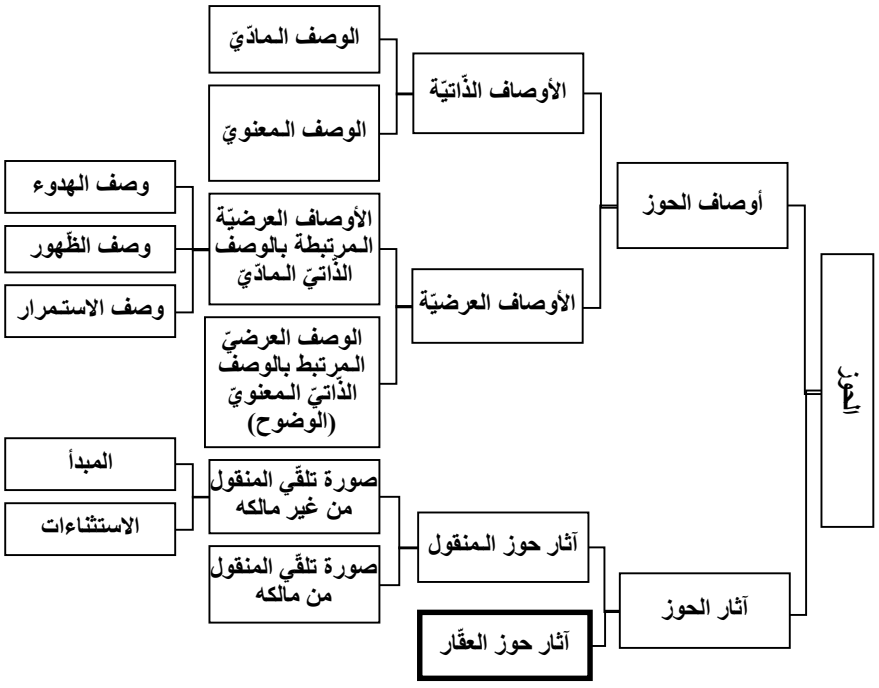
هذا عن آثار حوز المنقول. الأمر لا يختلف اختلافا جوهريّا مع آثار حوز العقّار(1120).

2. 2/ آثار حوز العقّار

213 وظيفتان: الحوز قرينة على الملكيّة والحوز يكسب الملكيّة ◊ تطبيقا لقاعدة حسن النّيّة ولقاعدة البيّنة على المدّعي، يمكن أن نقول في العقّار – وحين يُتلقّى من مالكه – ما قلناه سابقا في المنقول.

وتطبيقا لعبارات الفصل 45 من مجلّة الحقوق العينيّة (تقول العبارات: "من حاز عقّارا [...] كانت له ملكيّة العقّار بوجه التّقادم")، يمكن القول إنّ لحوز العقّار طوال

(1120)



مدّة معيّنة وظيفة أخرى هي إكساب الملكيّة للحائز إذا كان في نزاع مع المالك الحقيقيّ الذي ليس بسلف له[1121].

214 الاكتفاء بالتّفصيل في صورة التّلقّي من غير مالك ◊ فإذا كنّا أمام حوز، وأمام أوصافه العرضيّة (هادئ وظاهر ومستمرّ وواضح)، فُتحت أمام الحائز إمكانيّة اكتساب ملكيّة العقّار.

وعبارة العقّار في الفصل 45 مطلقة•. لكن ثمّ قرائن تقيّدها:

القرينة الأولى تتمثّل في الفصل 307 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي قال إنّ العقّارات المسجّلة لا يسري عليها التّقادم[1122].

[1121] حول حوز العقّار في القانون التّونسيّ انظر: نبيلة الكرّاي الوريمي، حائز العقّار، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2015. وحول الطّبيعة القانونيّة للتّقادم المكسب انظر: عمر خضر سعد، م س، ص 341 وما بعدها.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1122] انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 76، 9 نوفمبر 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 108؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 882، 12 ديسمبر 1978، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 182؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1651، 3 جويلية 1979، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 7؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 13691، 16 ديسمبر 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 233؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 8804، 8 ماي 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 100؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 19662، 4 أكتوبر 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 239؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 31951، 21 سبتمبر 1993، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 238؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 31600، 4 مارس 1993، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 213؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 65062، 18 ماي 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 262؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 4106، 17 نوفمبر 2000، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 252؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1018، 21 أكتوبر 2005، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 287. ويرى أحدهم أنّ في إخراج العقّار المسجّل إضعافا لدور الحوز وللوظيفة الاجتماعيّة للملكيّة. فمن له عقّار مسجّل يمكنه تركه مهملا دون خشية فقدان ملكيّته. ويقترح صاحب هذا الكلام مكافأة الحائز المستغلّ لعقّار مسجّل لا بإكسابه ملكيّته (وإلّا لفقد التّسجيل كلّ فائدة) بل بإكسابه "ملكيّة الثّمار

القرينة الثّانية تتمثّل في أمر 24 سبتمبر 1885 الذي نصّ على الحكم نفسه بالنّسبة إلى العقارات الدّاخلة في الملك العامّ للدّولة[1123].

التي جناها نتيجة استغلاله [...] (للعقّار) وكذلك عدم تحميله تبعة الهلاك النّاجمة عن قوّة قاهرة". عمر خضر سعد، م س، ص 271. انظر أيضا، وعلى مستوى علاقة الحوز بالتّسجيل، من يرى أنّ "التّقادم مطلوب لتجاوز معضلة الرّسوم المجمّدة". مريم مستور، التّقادم المكسب، أطروحة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2016 – 2017، ص 191 وما بعدها.

[1123] يقول الفصل 3 من الأمر المؤرّخ في 24 سبتمبر 1885 (المجموعة الصّغرى للقوانين، كتابة الدّولة للعدل، تونس، ج 3، ص 185): "الأملاك العموميّة لا يصحّ تفويتها ولا ملكها بطول مدّة الحوز".

وفيما يخصّ مالا عموميّا معيّنا هو الطّرقات يقول الفصل 20 من قانون 7 مارس 1987 (القانون عدد 17 لسنة 1986، المؤرّخ في 7 مارس 1986، الرّائد الرّسميّ عدد 129، الصّادر في 14 مارس 1986، ص 387): "الملك العموميّ للطّرقات غير قابل للتّفويت وللتّقادم المكسب، وكلّ إشغال لهذا الملك في غاية مغايرة للغرض المخصّص له هو أساسا إشغال وقتيّ قابل للرّجوع فيه [...]".

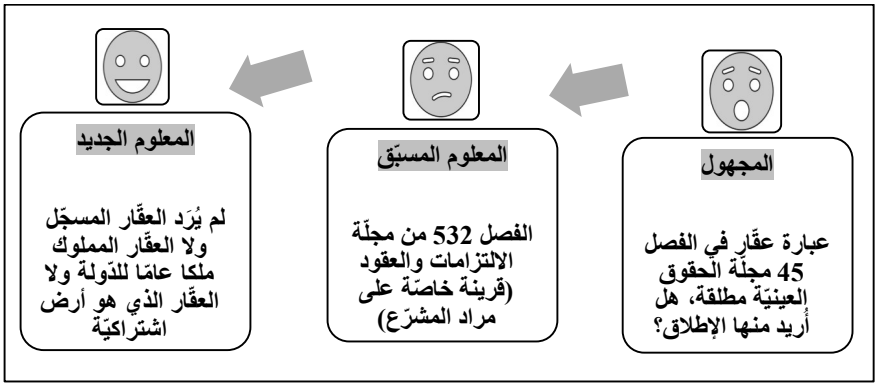
انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 12354، 16 ديسمبر 1985، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 326؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 31375، 19 أفريل 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، 1994، ص 195؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 35612، 15 مارس 1995، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 319.

انظر كذلك قرارا يقول إنّ الملك الخاصّ للدّولة يقبل التّقادم المكسب: "إنّ الأحكام الواردة بالفصل 16 من مجلّة الحقوق العينيّة مؤدّاها أنّ الأموال العامّة والخاصّة تنظّمها أحكام خاصّة بها بالنّسبة لبيعها أو إحالتها أو قسمتها، أمّا الأحكام المنظّمة للتّقادم والحيازة وشروط اكتساب الملكيّة فهي أحكام عامّة تنطبق على الكافّة ولا وجود لأيّ نصّ قانونيّ يمنع تطبيق الأحكام العامّة الواردة بمجلة الحقوق العينيّة على ملك الدّولة الخاصّ، ومن ثمّ يمكن اكتساب ما هو راجع بالملكيّة في الأصل لملك الدّولة الخاصّ بالتّقادم متى توفّرت الشّروط الواردة بالفصل 45 من مجلّة الحقوق العينيّة وهي التّصرّف المشاهد والمستمرّ وبدون انقطاع مدّة خمسة عشر سنة في عقّار أو حقّ عينيّ على عقّار". تعقيبيّ مدنيّ عدد 11281، 5 نوفمبر 2007، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 128. انظر أيضا في الاتّجاه نفسه: تعقيبيّ مدنيّ عدد 54983، 28 فيفري 2012، القضاء والتّشريع، العدد 2، فيفري 2013، ص 135 وما بعدها؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 2483، 4 نوفمبر 2013، القضاء والتّشريع، العدد 2، فيفري 2014، ص 139 وما بعدها.

القرينة الثّالثة تتمثّل في الفصل الأوّل من قانون 4 جوان 1964 القائل "إنّ الأرض الاشتراكيّة عقّار غير قابل للحجز وللتّفويت فيه ولسقوط الحقّ بمرور الزّمن، وهي راجعة تحت الإشراف الإداريّ للدّولة إلى المجموعة التي تتصرّف فيها [...]"[(1124)]

أخيرا انظر إلى قرار لمحكمة التّعقيب تقول فيه: "يستشفّ من الفصلين المذكورين أعلاه (أي 12 و14 من مجلّة الغابات) أنّ الحوز لا يسري على الأراضي الغابيّة إلّا بعد تسجيلها وطالما لم يقع تسجيلها طبقا للتّشريع الجاري به العمل فهي ليست محميّة من إمكانيّة كسبها بالحوز". تعقيبيّ مدنيّ عدد 60508، 5 جانفي 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 287.

(1124)



يواصل النّصّ الوارد في المتن قائلا: "[...] وتشمل الأراضي الاشتراكيّة كافّة الأراضي التي تتصرّف فيها المجموعة بصفة مشتركة أو الأراضي التي اقتسم أفراد الجماعة التّصرّف فيها بوجه عائليّ أو شخصيّ": القانون عدد 28 لسنة 1964، المؤرّخ في 4 جوان 1964، الرّائد الرّسميّ عدد 28، الصّادر في 2 — 5 جوان 1964، ص 764 (ملاحظة: نُقّح هذا القانون دون أن يقع المساس بالفصل الأوّل الذي نشتغل عليه. والتّنقيح تمّ بمقتضى القانون عدد 69 لسنة 2016، المؤرّخ في 10 أوت 2016، الرّائد الرّسميّ عدد 79، الصّادر في 27 سبتمبر 2016، ص 3322).

انظر أيضا محكمة التّعقيب وهي تقول: "إنّ الأراضي الاشتراكيّة المسندة على وجه الحوز والتّصرّف لمجموعة معيّنة لا يمكن أن تكون محلّ حيازة مكسبة وذلك بصريح الفصل الأوّل من القانون عدد 4 المؤرّخ في 1964/6/4 إلّا بعد خوصصتها بموجب قرار إسناد صادر عن مجلس التّصرّف والمصادقة عليه من وزارة الفلاحة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 43938، 22 أكتوبر 1996، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 325.

(من ينظر يجد في المثالين الأخيرين عامّا متأخّرا وخاصّا متقدّما – أو ما يساويهما – ، ويجد أنّ الأوّل اعتبر مخصَّصا بالثّاني. على هذا نكون قد ضربنا صفحا عن نقاش إمكان مثل هذا التّخصيص[1125]).

انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1376، 14 جويلية 2000، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 239.

انظر: الحبيب العرضاوي، «التّسجيل العقّاريّ والأراضي الاشتراكيّة»، القضاء والتّشريع. عدد 3، مارس 1992، ص 7. ثمّ انظر حول عموم الأحكام التي تخضع لها الأراضي الاشتراكيّة: مصطفى العبّاسي، «نظام الأراضي الاشتراكيّة»، القضاء والتّشريع، أفريل 1989، ص 7؛ البشير الأحمر، «الأراضي الاشتراكيّة وطرق تصفيتها»، القضاء والتّشريع، مارس 1991، ص 7؛ هشام بوسعيدي، تصفية الأراضي الاشتراكيّة، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2017 – 2018.

[1125] كتبنا في مقالة الحجّة العقليّة (مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 18) ما يلي: "قيل في المنهجيّة الغربيّة إنّه يمكن تبنّي موقفين: إمّا تقديم العامّ واعتبار أنّه نسخ ضمنا الخاصّ؛ وإمّا اعتبار العامّ لم يهمّ ما كان داخلا تحت الخاصّ.

أمّا في المنهجيّة الإسلاميّة فيمكن – على سبيل المثال – ذكر الرّازي (فخر الدّين محمّد بن عمر بن الحسين الرّازي، المحصول في علم أصول الفقه، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، ط 2، 1992 م، ج 3، ص 104 وما بعدها) الذي نجد عنده هذه التّفاصيل: 1. العامّ والخاصّ لا نعلم تاريخهما: قولان (الخاصّ يخصّص العامّ/ التّوقّف والرّجوع إلى غيرهما أو إلى ما يرجّح أحدهما على الآخر). 2. العامّ والخاصّ نعلم تاريخهما: 2. 1. نعلم مقارنتهما: الخاصّ يخصّص العامّ. 2. 1. نعلم تراخي أحدهما عن الآخر: 2. 1. 1. العامّ متأخّر: ثلاثة أقوال (العامّ يبتنى على الخاصّ، أي يبقى الخاصّ معمولا به. وفي هذا إعمال للاثنين/ العامّ ينسخ الخاصّ، أي لا يبقى الخاصّ معمولا به. وفي هذا إسقاط للخاصّ/ التّوقّف). 2. 1. 2. الخاصّ متأخّر: الخاصّ نسخ وبيان للعامّ.

انظر كذلك: عبد اللطيف عبد الله عزيز البزرنجي، التّعارض والتّرجيح بين الأدلّة الشّرعيّة. بحث أصوليّ مقارن بالمذاهب الإسلاميّة المختلفة، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1417هـ/ 1993 م، ج 2، ص 12 وما بعدها".

انظر أيضا:

فإذا تركنا هذه الحالات الثّلاث [1126]، قلنا: إذا كنّا أمام عقّار وجد في شأنه حوز (أي إذا وُجد الوصفان الذّاتيّان) بشروطه الأربعة (أي إذا وجدت الأوصاف

جون-لويس بارجال، المنهجيّة القانونيّة، المنشورات الجامعيّة لفرنسا، باريس، ط 2، 2016، الفقرة 114.

Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Paris, 2e éd., 2016, n° 114.

[1126] ثمّ صورة رابعة تناولتها محكمة التّعقيب وهي الأحباس أو الأوقاف. في القضيّة قالت محكمة الموضوع إنّ الأحباس لا تحاز. ووافقتها محكمة التّعقيب، لكنّها رأت أنّ الأحباس قد حُلّت في تونس بمقتضى القانون وأنّه ينبغي النّظر هل ثمّ أم لا حوز منذ تاريخ ذلك الحلّ. تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2154، 16 نوفمبر 1978، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 147. انظر قضيّة أخرى تعلّقت هي أيضا بالأحباس: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 16816، 19 سبتمبر 1989، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 347.

العرضيّة)، عندها قد يكتسب الحائز الملكيّة إذا حصل تقادم (إذن التّقادم مكسبٌ[1127])، أي إذا دام حوزه السّالف الذّكر مدّة معيّنة[1128].

لكن فيم تتمثّل هذه المدّة؟ وما النّظام الذي يخضع له احتسابها؟

[1127] هنالك التّقادم المكسب (في الفرنسيّة يُقال prescription acquisitive ويُقال usucapion) وهنالك التّقادم المسقط (في الفرنسيّة يُقال prescription extinctive). والتّقادم الأوّل هو ما سنأتي عليه في المتن، أمّا التّقادم الثّاني فمثاله أنّ من يشتري شيئا تحت الإكراه لا تقبل دعوى إبطاله للعقد بعد انقضاء مدّة معيّنة، هنا نقول إنّ الدّعوى سقطت بمضيّ الزّمان.

ومن يقول تقادما (مكسبا أو مسقطا) يقول مرور مدّة، أي يقول أجلا. وطبيعة الأجل تختلف بحسب غايته: هل هي التّقادم (prescription) أم سقوط الحقّ لفوات الميعاد (ما يسمّى في الفرنسيّة forclusion، أي العقاب الذي يضرب صاحب حقّ أو دعوى لعدم قيامه في الأجل المحدّد بشكليّة معيّنة. يتمثّل العقاب في حرمانه من القيام بهذه الشّكليّة. مثال ذلك من لا يستأنف حكما ابتدائيّا في الأجل يعاقب بهذا العقاب)؟ في الصّورة الأولى يكون الأجل غير محدّد مسبّقا (délai non préfix)، بمعنى أنّه يقبل التّعليق والانقطاع (سنتعرّض إليهما لاحقا)، أمّا في الصّورة الثّانية فيكون الأجل محدّدا مسبّقا (délai préfix). لمزيد التّفصيل انظر ما قيل في القانون الفرنسيّ، وهو يصلح أيضا في القانون التّونسيّ: إيزابيل بيتال-تايسي، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 2219، كرّاس وحيد)، الفقرة 12.

وللتّوسّع انظر:

م فاسور، «الأجل المحدّد مسبّقا وأجل التّقادم وأجل الإجراءات»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ 1950، ص 439.

M. Vasseur, « Délai préfix, délai de prescription, délai de procédure », RTD civ. 1950, p. 439.

انظر أيضا: محمّد المالقي، «التّقادم»، القضاء والتّشريع، جوان 1965، ص 30؛ مريم مستور، م س.

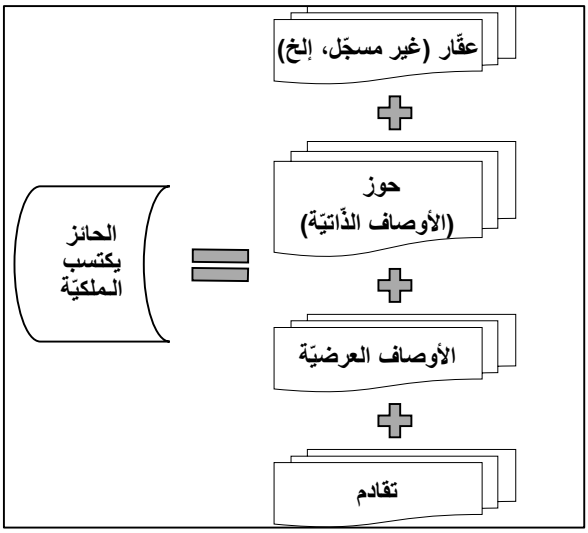
أوغست-جوزيف مارلان، في التّقادم المكسب في القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ، مطبعة موكي، باريس، 1857.

Auguste-Joseph Merlin, *De la prescription acquisitive en droit romain et en droit français*, Imprimerie de Moquet, Paris, 1857.

215 تحديد المدّة ◊ فإذا بدأنا بتحديد المدّة[1129]، قلنا إنّ القانون وضع مدّتين: مدّة طويلة، ومدّة قصيرة.

فأمّا المدّة الطّويلة، فقسمان:

(1128)



(1129) في القانون الإسلاميّ، ثمّ، فيما يتعلّق بتحديد مدّة التّقادم، مواقف مختلفة (انظر: محمّد أحمد حسن إبراهيم، م س، ص 106 وما بعدها).

أمّا في القانون الرّومانيّ، فقد قُسِّمت الأشياء إلى قسمين.

القسم الأوّل يسمّى: *res mancipi*. هنا يُتحدّث عن تقادم مكسب (usucapion)، وهنا ينبغي التّمييز بين المنقول والعقّار. ففي المنقول تكتسب الملكيّة من الحائز بمرور سنة؛ أمّا في العقّار، فالأجل سنتان.

القسم الثّاني يسمّى: *res nec mancipi*. هنا يُتحدّث عن تقادم (prescription) بعشر سنوات وبعشرين سنة (العشر للحاضر والعشرون للغائب)، وهنا لا يصبح الحائز مالكا بعد مدّة، بل يُعطى حقّ المطالبة برفض الدّعوى الاستحقاقيّة التي يقوم بها المالك بعد مدّة.

ثمّ جاء "جوستينيان" ومزج بين التّقادم المكسب (usucapion) والتّقادم (prescription) وجعلهما قسما واحدا بعد أن ألغى التّفرقة بين قسمي الشّيء المذكورين أعلاه. ولقد أمر بجعل التّقادم المكسب

مدّة أصليّة وردت في الفصل 45 وهي خمسة عشر عاما[1130] (المدّة نفسها وضعت كمدّة أصليّة أو مبدئيّة في التّقادم المسقط: الفصل 402 من مجلّة الالتزامات والعقود).

ومدّة هي ضعف الأصليّة، ووردت في الفصل 47، وتكون بين الورثة والشّركاء[1131].

فيما يخصّ المنقولات مدّته سنتان، وفيما يخصّ بقيّة الأشياء عشر سنوات بالنّسبة إلى الحاضر وعشرون سنة بالنّسبة إلى الغائب. بعد ذلك جاء عرف باريس وتبنّى ما أتى به "جوستينيان". كذا فعلت أغلب الأعراف. لكنّ بعض الأعراف، ومنها عرف "أورليان"، لم تقبل إلّا التّقادم المكسب للعقّارات وفي أجل مدّته ثلاثون سنة. بوتييه، م س، ج 10، ص 346.

[1130] انظر تطبيقا قضائيّا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 429، 10 ماي 1977، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 286.

[1131] انظر تطبيقات قضائيّة: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 515، 31 أكتوبر 1978، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 126؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 12466، 20 فيفري 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 183؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 25821، 21 أفريل 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 79.

وجاء في أحد البحوث أنّ المشرّعين قد يتشدّدون مع الورثة والشّركاء فيمنعونهم من أن يكتسبوا العقّار بالتّقادم ضدّ بعضهم البعض. وقد يتشدّدون بأن يرفّعوا في مدّة التّقادم (وهو موقف المشرّع التّونسيّ). والسّبب هو خصوصيّة العلاقة بين المعنيّين والتي تجعلهم يتركون الواحد منهم يستبدّ بالعقّار المشاع على سبيل التّسامح فلا يتفطّنون إلّا بعد مدّة طويلة إلى أنّه لا ينظر إلى الأمور كما ينظرون هم إليها، أي لا يتفطّنون إلى أنّ له نيّة إقصائهم (ثمّ تشاريع لا تكتفي بالتّرفيع في المدّة بل تشترط في الأفعال المكوّنة للحوز أن تكون مهمّة كالهدم والبناء وذلك لكي ينتبه المالك إلى نيّة الحائز). عمر خضر سعد، م س، ص 276 وما بعدها.

انظر حول المدد التي جاءت في الفقه الإسلاميّ: محمّد ابن معجوز، م س (الحقوق العينيّة في الفقه الإسلاميّ والتّقنين المغربيّ)، ص 315 وما بعدها.

وأمّا المدّة القصيرة، فجاءت في الفصل 46 القائل: "تخفّض مدّة التّقادم (بحسب موقع النّصّ، فالمقصود مدّة التّقادم التي وردت في الفصل 45) إلى عشر سنوات، إذا انجرّ الحوز بحسن نيّة، وبمقتضى عمل قانونيّ من شأنه أن تنتقل به الملكيّة لو صدر ممّن له الحقّ [...]"[1132].

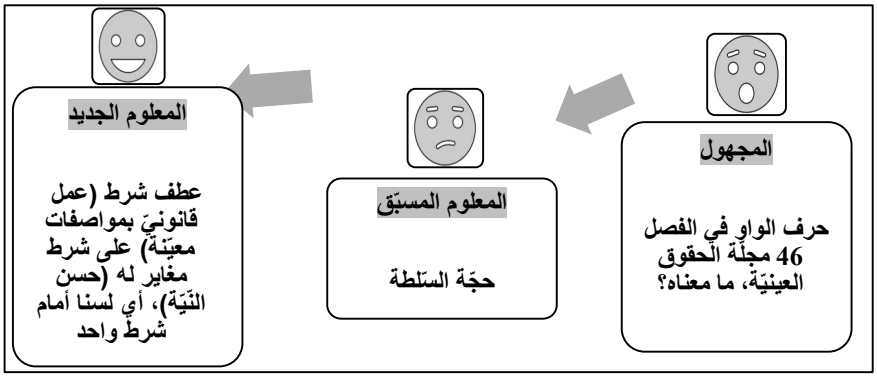
إذا اعتمدنا حجّة السّلطة، قلنا إنّ الواو• في النّصّ عطفت شرطا على شرط مغاير. بعبارة أخرى يفهم الفقه النّصّ على أنّه وضع شرطين لا بدّ من توفّرهما معا ليستفيد الحائز بمدّة التّقادم القصيرة: أن يكون حسن النّيّة من جهة[1133]، وأن يكون حوزه منجرّا بمقتضى عمل (أو تصرّف) قانونيّ توفّر فيه وصف معيّن[1134].

[1132] انظر تطبيقات قضائيّة: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 429، 10 ماي 1977، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 286؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11313، 28 ديسمبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 231؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 1940، 18 سبتمبر 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 1.

• فيما يخصّ هذا الحرف نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1133] حول حسن النّيّة انظر: نبيلة الكرّاي، حسن النّيّة في المادّة العقّاريّة، دار محمّد علي للنّشر، تونس، 2005.

[1134] أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 536 وما بعدها، ص 554 وما بعدها؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 218 وما بعدها، ص 167 وما بعدها.

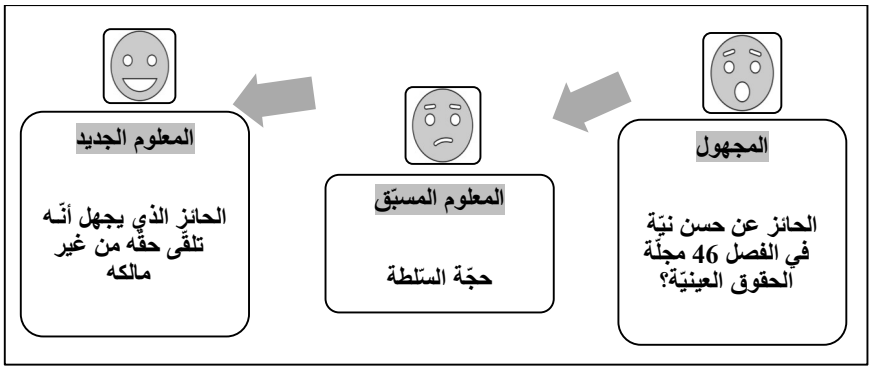


فإذا بدأنا بشرط حسن النّيّة•، وجدنا السّلطة القضائيّة تقول إنّ: "حسن النّيّة حسب الفصل 558 من مجلّة الالتزامات والعقود يكون دائما مفترضا وعلى من يدّعي خلاف ذلك إثباته. والحائز حسن النّيّة هو الحائز بوجه لا يعلم عيبه حسب الفصل 44 من مجلّة الحقوق العينيّة. والمقصود بحسن النّيّة تحديدا في الفصل 46 من مجلّة الحقوق العينيّة هو اعتقاد الحائز بأنّه يتلقّى الملكيّة من صاحب الحقّ الحقيقيّ"[1135]. والكلام نفسه نجده عند السّلطة الفقهيّة، فهذه أيضا تفهم عبارة الفصل 46 على أنّها تعني الحائز الذي يجهل أنّه تلقّى حقّه من غير مالكه[1136].

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1135] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2051، 30 سبتمبر 2004، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 371.

[1136] أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 536، ص 554؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 218، ص 167.



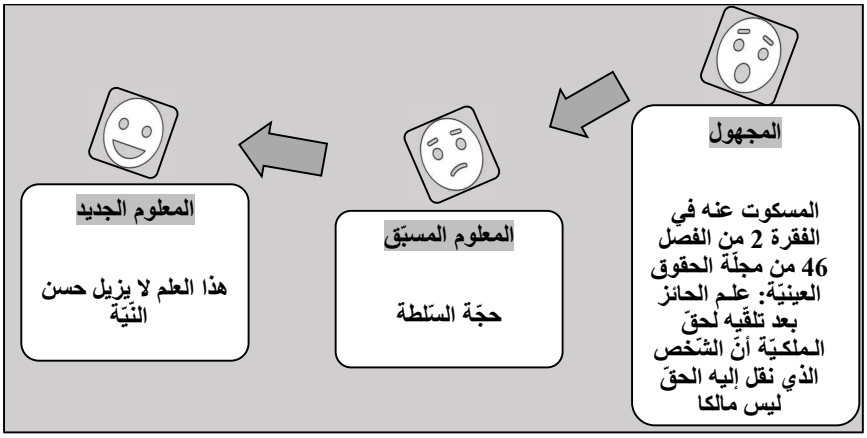
وفي الفقه الفرنسيّ قيل (وسننقل الكلام بصفة قريبة جدّا من الحَرفيّة): يكون الحائز حسن النّيّة إذا اعتقد أنّه تلقّى الملكيّة، أو حقّا عينيّا آخر، من المالك الحقيقيّ أو من صاحب الحقّ الحقيقيّ. فحسن النّيّة يفترض إذن غلطا من الحائز حول وصف السّلف. وكلّ غلط يُعتبر سواء كان في القانون أو في الواقع. هل يستوجب حسن النّيّة أيضا أن يكون الحائز قد اعتقد في صحّة عقده؟ إذا اعتقد أنّه تلقّى من المالك الحقيقيّ، لكنّه يعلم أنّ العقد باطل، مثلا لخلل في الشّكل، هل هو حسن النّيّة؟ المسألة محلّ نقاش؛ لكن يبدو أنّه ينبغي حسمها بالسّلب: أن تكون حسن النّيّة هو أن تعتقد أنّك أصبحت

وتقول الفقرة 2 من الفصل 46 إنّ حسن النّيّة ينبغي أن يتوفّر وقت تلقّي الحقّ. هنا نحن أمام تقييد•. وحسب حجّة السّلطة، إذا علم الحائز بعد تلقّيه لحقّ الملكيّة أنّ الشّخص الذي نقل إليه الحقّ ليس مالكا، فهذا العلم اللاّحق لا يزيل حسن النّيّة، ويستطيع الحائز التّمسّك بالتّقادم القصير لاكتساب ملكيّة العقّار[1137].

مالكا؛ فكيف يتأتّى لك هذا الاعتقاد وأنت تعلم أنّك تلقّيت الحقّ بواسطة سند لا ينقل الملكيّة؟". هنري وليون وجون مازو وفرانسوا شاباس، م س، الفقرة 1498، ص 252.

• هي صورة فراغ في القانون.

[1137] أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 536، ص 554 وما بعدها؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 218، ص 167.



وفي الفقه الفرنسيّ قيل (وسننقل الكلام بطريقة حَرفيّة أو تكاد): اكتفت المجلّة المدنيّة بحسن نيّة الحائز وقت تلقّي الحقّ (الفصل 2269. ملاحظة: تغيّرت المجلّة سنة 2008، والنّصّ الذي يحمل مضمون الفصل المذكور منذ قليل هو الآن الفصل 2275) ولا يهمّ بعد ذلك أنّه عرف الحقيقة وعرف أنّه ليس مالكا. وهكذا رجع محرّرو الفصل 2269 إلى القاعدة الرّومانيّة قاطعين مع الحلّ المطابق للأخلاق والموجود في القانون الكنسيّ والذي تسرّب إلى الأعراف: سوء النّيّة يمنع – في أيّ وقت يرد – التّقادم القصير. وثمّ مشكل يُطرح في مادّة الوصيّة. حين يقبل الموصى له، فانتقال الملكيّة يتمّ بصفة رجعيّة من يوم الوفاة. في أيّ وقت إذن ينبغي تقدير حسن نيّة الموصى له: أمن يوم افتتاح التّركة أم من يوم قبول الوصيّة؟ قرّر فقه القضاء أنّ نيّة المتلقّي ينبغي تقديرها في اللحظة التي عبّر فيها عن إرادته، أي يوم

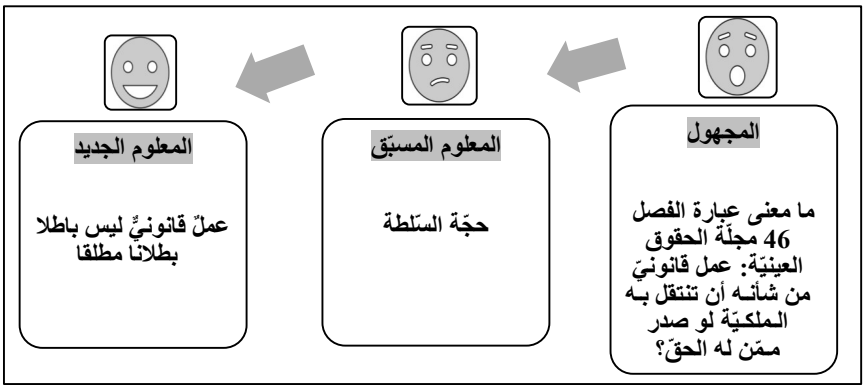
فإذا مررنا الآن إلى الشّرط الثّاني، وجدنا الفصل 46 يتحدّث عن عمل قانونيّ ثمّ يخصّص بالوصف فيقول: "من شأنه أن تنتقل به الملكيّة لو صدر ممّن له الحقّ". يُفهم من هذا الكلام أنّ صاحب العمل (أو التّصرّف) القانونيّ ليس المالك الحقيقيّ. هذا من جهة، ومن جهة أخرى يفهم الفقه هذا التّعبير• على أنّه يعني العمل (أو التّصرّف) القانونيّ غير الباطل مطلقاً[1138] (إذن الباطل نسبيّا يمكّن من التّمسّك

القبول؛ فرجعيّة الانتقال ليست إلّا افتراضا أجنبيّا عن البحث عن النّوايا؛ والموصى له لا يتمتّع بالتّقادم القصير إذا أصبح سيّئ النّيّة بين يوم موت سلفه ويوم القبول. هنري وليون وجون مازو وفرانسوا شاباس، م س، الفقرة 1500، ص 252 وما بعدها.

انظر أيضا حول القانون الرّومانيّ والقانون الكنسي: بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 34، ص 365.

• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1138)



بالتّقادم القصير[1139])[1140] وغير الصّوريّ صوريّة مطلقة[1141] وغير الظّنّيّ[1142].

[1139] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 26021، 25 أفريل 2009، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 355.

[1140] يقول أحد الفقهاء: التّصرّف "الباطل هو الذي يقوم به سبب البطلان المطلق ويجعله في حكم غير الموجود كعدم مشروعيّة محلّه بكونه ملكا عامّا مثلا أو انعدام الشّكليّة القانونيّة كالكتب أو رخصة الولاية. فالعمل هنا ليس له وجود قانونيّ يجعله يحدث أثره وهو قاصر دون نقل الملكيّة فلا يصلح سندا على معنى الفصل 46 من مجلّة الحقوق العينيّة. ويبيّن الاطّلاع على فقه قضاء محكمة التّعقيب أنّها في الغالب تقصي البطلان المطلق من العمل القانونيّ. لكنّها أحيانا لا تلتفت إليه فتطمس مفهوم السّند الصّحيح كما فعلت في قرار لها مؤرّخ في 19 أفريل 1994 (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 31375، 19 أفريل 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 195) [...] (والذي اعتبرت فيه أنّ السّند يُعتمد بقطع النّظر عن صحّته أو بطلانه المطلق)". أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 540، ص 556 وما بعدها.

انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، 43097، 8 أكتوبر 1996، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 333.

[1141] في الوسط القانونيّ الفرنسيّ (ومن ثمّ في الوسط القانونيّ التّونسيّ)، الصّوريّة فعل يتمثّل في إيجاد عمل قانونيّ ظاهر لا يتطابق مع الحقيقة إمّا للإيهام بوجود عمليّة هي غير موجودة، وإمّا لإخفاء الطّبيعة الحقيقيّة لعمليّة (إخفاء هبة بإظهارها بيعاً) أو إخفاء محتواها الحقيقيّ (إخفاء الثّمن)، وإمّا لإبقاء شخصيّة طرف أو أكثر طيّ السّرّيّة.

جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "صوريّة" Simulation.

ويقول أحد الفقهاء التّونسيّين إنّ المقصود فيما يتعلّق بالفصل 46: "هو الصّوريّة المطلقة أي التي تقوم على اتّفاق سرّيّ ناقض للتّصرّف الظّاهر، فالتّفويت هكذا لا وجود له في الحقيقة ولم يتّجه إليه قصد الأطراف، فلا يحقّ للحائز عندئذ أن يستند إليه في اختصار أمد التّقادم، ولا يمنع ذلك المالك الحقيقيّ من استرداد العقّار بعد أن يثبت الصّوريّة بجميع وسائل الإثبات". أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 543، ص 560.

[1142] يقول أحد الفقهاء: التّصرّف الظّنّيّ "هو الذي لا يوجَد إلّا في ذهن الحائز، كأن يشتري أرضا ويتحوّز بها وبقطعة ملاصقة لها معتقدا غلطا أنّها مشمولة بالبيع وهي في الواقع خارجة عن العقد، فهو بالنّسبة إلى هذه القطعة الزّائدة حائز بدون سند؛ ولو أنّ حوزه بحسن نيّة، فهو حائز بسند ظنّيّ. أو

زيادة على ما سبق نجد في التّعبير القانونيّ (أي في الفصل 46) حديثاً عن عمل قانونيّ ناقل للملكيّة. هنا نحن أمام مطلق•. ولأنّه لا قرينة مقيّدة نجدها في الأعمال التّحضيريّة أو في سياق التّعبير، فالمطلق يجب إجراؤه على إطلاقه، أي يجب القول إنّه يعني التصرّفات النّاقلة بعوض (كالبيع) والتّصرّفات النّاقلة بدون عوض (كالهبة بدون عوض). وتعضد هذه الحجّةَ حجّةُ السّلطة[1143]، التي تقول أيضا إن ليس

أن يتحوّز الموصى له بالعقّار الموصى به بمقتضى وصيّة تمّ الرّجوع فيها من الموصي، فحوز الموصى له لا يستند على سند حقيقيّ بل على سند وهميّ لا يوجد إلّا في مخيّلته". أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 544، ص 560 وما بعدها.

ولقد ورد في أحد قرارات محكمة التّعقيب: "إذا تصرّف مشتري العقّار في أرض لم يشملها عقد البيع معتقدا بحسن نيّة أنّ البيع قد شملها، فعقد البيع فيما يتعلّق بهذه الأرض عقد ظنّيّ لا وجود له إلّا في مخيّلة المشتري. ومن ثمّ فإنه لا يستطيع أن يستند إلى هذا العقد الظّنّيّ وأن يعتبره سببا صحيحا لتملّك الأرض التي لم يشملها عقد شرائه بالتّقادم المكسب القصير". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 99. 77205، 24 فيفري 2000، غير منشور، ورد عند: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 312، ص 179 و180.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

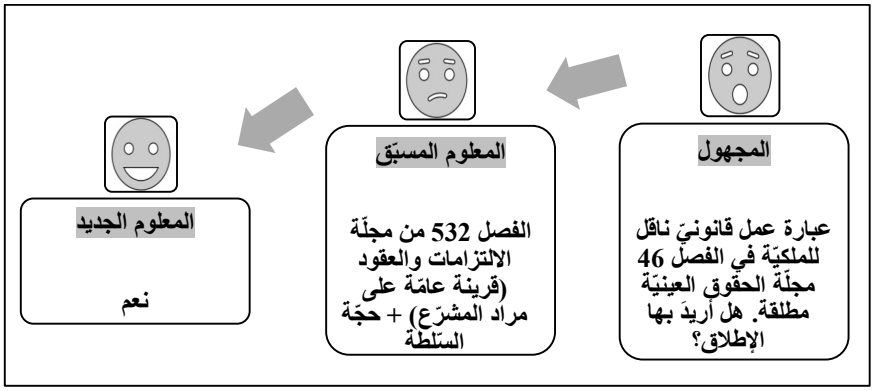
[1143] انظر: أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 538، ص 555؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 219، ص 168.

للتّصرّفات الكاشفة (عن الملكيّة) كالصّلح[1144] والقسمة[1145] الحكم نفسه، أي لا يمكن التّمسّك بها للاستفادة من التّقادم القصير[1146].

[1144] حسب الفصل 1458 من مجلّة الالتزامات والعقود "الصّلح عقد وضع لرفع النّزاع وقطع الخصومة. ويكون ذلك بتنازل كلّ من المتصالحين عن شيء من مطالبه أو بتسليم شيء من المال أو الحقّ".

[1145] انظر حول القسمة الفقرة 268 وما بعدها.

(1146)



وفي الفقه الفرنسيّ كتب حول المسائل الواردة في المتن ما يلي (سننقل الكلام بطريقة قريبة جدّا من الحَرفيّة):

ينبغي أن يكون التّصرّف القانونيّ تصرّفا هدفه نقل حقّ الملكيّة أو حقّا عينيّا آخر. والبيع، والمعاوضة، وتقديم المدين – بموافقة الدّائن – أداء مختلفا بدل الأداء الأصليّ (dation en paiement)، والهبة، والوصيّة هي تصرّفات ناقلة؛ في حين أنّ القسمة والصّلح تعتبر تصرّفات كاشفة، أي تلاحظ مجرّد الملاحظة أنّ هذا الشّخص (أو ذاك) هو صاحب حقّ كان قد تلقّاه سابقا. والقرارات القضائيّة هي في العموم كاشفة؛ لكنّ قرارات المناقصة بعد العقلة لها مفعول ناقل وتمثّل سندا لمن آلت إليه المزايدة. والكراء والوديعة والقرض ليست تصرّفات ناقلة. ثمّ إنّ المكتري والمودَع عنده والمقترض ليسوا حائزين بل ماسكين، فلا يمكن أن تكون المسألة بالنّسبة إليهم مسألة تقادم مكسب.

وهكذا فشرط التّقادم القصير هو تصرّف قانونيّ هدفه نقل حقّ عينيّ.

لكن، إذا كان الحائز قد حاز بمقتضى مثل هذا التّصرّف، لماذا لم يصبح مالكا؟ إنّ التّصرّف النّاقل (بيع، هبة، معاوضة، إلخ) ينقل بنفسه ولوحده الملكيّة. إذن لماذا يحتاج المنتفع بمثل هذا التّصرّف لإثارة التّقادم القصير؟

الجواب: لأنّ التّصرّف لم يحقّق هدفه، أي لم ينقل الحقّ.

لكن، وهو محروم من مفعوله العاديّ، أعطاه القانون مفعولا آخر: السّماح بالتّقادم القصير.

لماذا هذا التّفضيل؟ لأنّ الحائز لم يستحوذ على الشّيء؛ فهذا نقل إليه، نعم بطريقة غير قانونيّة، لكن ليس هنالك غصب.

هل يعني هذا أنّه أيّاً كان السّبب الذي من أجله لم يمكن لتصرّف قانونيّ ناقل للحقّ العينيّ أن يحقّق هدفه فإنّ هذا التّصرّف يسمح بالتّقادم القصير؟ إنّ الأسباب متنوّعة: فيمكن للتّصرّف أن يكون باطلا بطلانا مطلقا أو نسبيّا، كما يمكن أن لا يكون قد تمّ إشهاره ولذا لم يعد بإمكان المنتفع (أي الحائز) أن يعارض به الغير (أي المشتري مثلا)، ويمكن أيضا أن يكون مصدر التّصرّف من ليس مالكا. هل سنقوم بتمييز؟ هذا هو السّؤال الأوّل الذي ينبغي علاجه: السّؤال حول سبب عدم فاعليّة سند التّلقّي. بعد ذلك ينبغي حلّ مشكل ثان هو مشكل التّصرّف الظّنّيّ. هل يكفي أن يعتقد الحائز في وجود السّند النّاقل أم هل لا بدّ أن يكون وجود السّند وجودا حقيقيّا؟ هذا السّؤال هو حول معرفة إن كان السّند هو مجرّد شرط لحسن النّيّة أم أنّه يمثّل شرطا للتّقادم القصير مستقلاّ عن حسن النّيّة؟

(أ) سبب عدم فاعليّة السّند

ينبغي التّمييز بين وضعيّتين:

أحيانا يتلقّى الحائز من غير مالكٍ. لأجل ذلك لم يجعله هذا التّلقّي مالكا. وهذه الوضعيّة هي التي تناولها المشرّع حين سمح للمتلقّي بطريقة غير قانونيّة بالاكتساب بمقتضى التّقادم القصير.

وأحيانا يتلقّى الحائز من المالك الحقيقيّ. لكنّ التّصرّف القانونيّ الذي أتاه مع المالك لم ينقل إليه الملكيّة. هنا ومبدئيّا، لا يمكنه التّمسّك بالتّقادم القصير. لكن لهذه القاعدة استثناء. فإذا كانت تنطبق إذا كان سبب عدم فاعليّة التّصرّف هو بطلانه، فإنّها لا تلعب إذا كان عدم الفاعليّة ناتجا عن تطبيق قواعد الإشهار.

لذا سنعالج على التّوالي: الوضعيّة العاديّة: التّلقّي من غير مالك؛ الوضعيّة الاستثنائيّة: التّلقّي من المالك.

التّصرّف الصّادر عن غير مالكٍ.

لأنّ السّلف ليس مالكا، فإنّه لم يستطع نقل حقٍّ هو فاقده (لا يمكن لأحد نقل أكثر ممّا له من الحقّ، أي فاقد الشّيء لا يعطيه). هذا هو الميدان العاديّ للتّقادم القصير. وحمايةً للمتلقّي، إذا كان حسن النّيّة، أي إذا كان يعتقد أنّه تعامل مع المالك الحقيقيّ، عمد المشرّع إلى تقصير أجل التّقادم المكسب؛ واشترط أن يكون التّصرّف على نحوٍ هو أنّه كان سينقل الملكيّة لو صدر من المالك الحقيقيّ. فالسّبب الوحيد لعدم فاعليّة التّصرّف هو انعدام الوصف (وصف المالك) عند السّلف.

ينجرّ عن هذا أنّ التّصرّف ينبغي أن يكون ناقلا للحقّ العينيّ. فالتّصرّف الكاشف والتّصرّف النّاقل لحقّ الدّائنيّة لا يسمح بالتّقادم القصير.

ينجرّ أيضا أنّ التّصرّف ينبغي أن لا يكون مصابا بسبب بطلان غير انعدام الوصف لدى السّلف. لكن هنا ينبغي التّمييز بين البطلان المطلق والبطلان النّسبيّ.

فإذا كان التّصرّف القانونيّ، الذي بمقتضاه دخل الحائز في الحوز، باطلا بطلانا مطلقا لعدم احترام القواعد الشّكليّة (الفصل 2267 من المجلّة المدنيّة. ملاحظة: تغيّرت المجلّة سنة 2008، والنّصّ الذي يحمل مضمون الفصل المذكور منذ قليل هو الآن الفصل 2273) أو الأصليّة، فالمنتفع بهذا التّصرّف لا يمكنه الاكتساب بالتّقادم القصير. والسّبب أنّ هدف التّقادم المكسب ليس تغطية مثل هذه العيوب، بل فقط تغطية النّقيصة المتمثّلة في غياب الوصف عند السّلف. ولاحقا سندقّق ونقول: إذا كان لا يمكن التّمسّك بالتّقادم القصير من قبل الحائز الذي تلقّى من المالك، فمن باب أولى لو أنّه تلقّى من غير المالك.

هل يمكن تطبيق القاعدة نفسها في صورة البطلان النّسبيّ؟ لم يُرد فقه القضاء ذلك، وقرّر أنّ التّصرّف الباطل نسبيّا يمكن أن يؤدّي إلى التّقادم القصير. هذا الاختلاف بين البطلان المطلق والبطلان النّسبيّ يمكن تبريره. فمن يمكنه التّمسّك بالبطلان النّسبيّ؟ فقط طرف التّصرّف الذي أراد المشرّع حمايته. لكنّ المطالب بالاستحقاق الذي يدّعي أنّ الحائز لا يمكنه التّمسّك بالتّقادم القصير يستند إلى تصرّف الحائز. إذن هو يتمسّك، وهو الغير في إطار التّصرّف، ببطلان هذا التّصرّف. يمكنه فعل ذلك إذا كان البطلان مطلقا؛ فدعوى البطلان المطلق مفتوحة لكلّ معنيّ؛ لكن لا يمكنه ذلك إذا تعلّق الأمر بالبطلان النّسبيّ.

التّصرّف الصّادر عن مالك

لنفرض الآن أنّ الحائز تلقّى من المالك الحقيقيّ. فالمبدأ أنّ مثل هذا التّلقّي لا يصلح للتّقادم القصير لأنّ هذا التّقادم هو فقط نجدة للحائز الذي تعامل عن غلط مع غير مالكٍ.

من النّظرة الأولى إذن لا يبدو المشكل قابلا لأن يُطرَح. فإذا كان المالك الحقيقيّ هو الذي تعامل مع الحائز، ألم يصبح هذا الحائز، وبواسطة التّصرّف لوحده، مالكا؟ لماذا إذن سيثير التّقادم القصير؟

رغم ما جاء الآن هنالك حالتان لا يحصل فيهما الحائز على الملكيّة رغم أنّه تعامل مع المالك الحقيقيّ:

الحالة الأولى أن يكون التّصرّف باطلا: هل يمكن للشّخص الذي أبرم مع المالك تصرّفا باطلا (مثلا بيعٌ باطل)، وبعد مضيّ عشر سنوات، زعم أنّه اكتسب الملكيّة بالتّقادم القصير؟ تنبغي بالضّرورة الإجابة بالسّلب. إنّ تقرير خلاف هذا يعني نزع جانب كبير من فاعليّة القواعد التي سطّرها المشرّع فيما يتعلّق بالبطلان: فكلّ بطلان سيكون قد ستر بحوزٍ بعشر سنوات. وأساس القاعدة يؤدّي إلى أن يُرفض هنا كلّ تمييز بين البطلان المطلق والبطلان النّسبيّ.

الحالة الثّانية: التّصرّف لم يتمّ إشهاره.

إنّ إشهار التّصرّف ليس شرطا للتّقادم القصير. لكنّ عدم الإشهار يمكن أن يمثّل مشكلا محرجا إذا تعامل الحائز مع المالك. فإذا باع المالك على التّوالي العقّار لمشتريين، فالمشتري الذي سيتفوّق ليس من اشترى أوّلا بل من أشهر أوّلا حقّه. لدينا مالك باع عقّاره؛ أهمل المشتري إشهار العقد؛ باع المالك مرّة ثانية العقّار؛ أشهر المشتري الثّاني عقده؛ هنا يخسر المشتري الأوّل أمام الثّاني. لكن لو أنّ المشتري الأوّل حاز، وبقي عشر سنوات، يمكنه حسب محكمة التّعقيب التّمسّك بالتّقادم العشريّ ضدّ المشتري الثّاني. والتّصرّف الذي تلقّى به المشتري الأوّل الشّيء مصدره المالك الحقيقيّ: فمن باعه كان مالكا وقت البيع. ها أنّنا أمام حالة استثنائيّة يكون فيها التّصرّف الذي يسمح بالتّقادم العشريّ مأتاه المالك الحقيقيّ.

(ب) التّصرّف الظّنّيّ

لماذا نشترط وجود التّصرّف على الحائز الذي يريد أن يكتسب بالتّقادم القصير؟ يبدو أنّه ينبغي أن نجيب: لأنّنا نشترط أن يكون الحائز حسن النّيّة. فالحائز لا يمكن أن يكون حسن النّيّة لو لم يظنّ أنّه تلقّى الشّيء بمقتضى تصرّف قانونيّ. لكن عندها سنكتفي بشرط هو اعتقاد الحائز بوجود التّصرّف ولا نضيف شرط أن يوجد التّصرّف حقيقة.

هل هذا الموقف صحيح؟ هل يكفي أن يعتقد الحائز في وجود التّصرّف؟ إن أجبنا بالإيجاب، فوجود التّصرّف لن يكون إلّا شرطا، وهو هنا ضروريّ، لوجود حسن النّيّة. على عكس ما جاء الآن هل يجب أن يكون للتّصرّف وجود حقيقيّ. إن اشترطنا هذا، عندها سيكون التّصرّف شرطا للتّقادم القصير

مستقلاّ عن حسن النّيّة: حسن النّيّة لا يكفي؛ وفي غياب التّصرّف، لا يمكّن من الاكتساب بالتّقادم القصير.

حين لا يوجد التّصرّف إلّا في تصوّر الحائز يسمّى تصرّفا ظنيّا.

لدينا مشتري عقّار يظنّ عن غلط أنّه اشترى زيادة على الأرضِ الأرضَ المجاورة. فيأتي فيما يخصّ هذه المجاورة بما يأتيه السّيّد في ملكه. هو إذن حائز عن حسن نيّة. فهل يمكنه بمضيّ عشر سنوات أن يتمسّك بالتّقادم المكسب؟ لأنّ السّند هنا ظنيّ، فالقضاء حرمه من التّقادم العشريّ. بهذا جعل القضاء من التّصرّف شرطا مستقلاّ عن حسن النّيّة وقطع مع القانون القديم الذي كان يكتفي بالسّند الظّنّيّ. لقد استند القضاء إلى الفصل 2265 (ملاحظة: تغيّرت المجلّة، والنّصّ الذي يحمل مضمون الفصل المذكور منذ قليل هو الآن الفصل 2272 من المجلّة المدنيّة) الذي يورد كشروط للتّقادم العشريّ: حسن النّيّة والسّند؛ والحال أنّ الفصل 550، الذي يهمّ حصول الحائز على الثّمار، قد جعل من السّند مجرّد عنصر لحسن النّيّة. إنّ الحجّة النّصّيّة (الواو في الفصل 2265) ليست حاسمة: لو أراد واضعو المجلّة ترك الموروث لعبّروا عن ذلك بطريقة أكثر صراحة من استعمال حرف العطف (ها أنّنا أمام قياس شرطيّ مثل ذاك الذي عمدنا إليه في مواطن مختلفة من كتابنا هذا).

إنّ الحلول التي توصّل إليها القضاء تفتقد للوحدة وللمنطق. فالسّند يُطلب كشرط مستقلّ عن حسن النّيّة في التّقادم العشريّ، والحال أنّ السّند نفسه يمكّن من امتلاك الثّمار؛ ويمكّن أيضا حائز المنقول من التّمسّك بقاعدة الفصل 2276 من المجلّة المدنيّة. إنّه من الصّعب تبرير هذا الاختلاف في النّظام. فإذا قبلنا أن يكون للسّند وجود حقيقيّ، فينبغي أن نستنتج من ذلك أنّ السّند الباطل لا يمكن أبدا أن يكون سندا لأنّ الباطل ليس له وجود حقيقيّ. لكنّنا نعلم أنّ السّند الباطل بطلانا نسبيّا يُقبَل كسند يسمح بالتّقادم.

ولأنّ القضاء يعتبر السّند شرطا مستقلّا عن حسن النّيّة، فقرينة حسن النّيّة لا تمتدّ إلى السّند، وذلك على خلاف ما هو معمول به في الثّمار وفي ميدان الفصل 2276. وعليه فإنّه ينبغي على الحائز إثبات وجود السّند.

والسّؤال الآن هل أنّ السّند المحتوي على شرط هو سند يمكّن من الاكتساب بالتّقادم؟

إذا همّ الأمر شرطا تعليقيّا، فالتّصرّف – مثلا بيعٌ – لا وجود له إلّا من يوم تحقّق الشّرط. وطالما لم يتحقّق الشّرط، لا يمكن أن نكون أمام سند يمكّن من الاكتساب. فإذا تحقّق الحدث، أمكن ذلك.

216 نظام احتساب المدد: كيفيّة الحساب. التّعليق. القطع ◊ وحسب الفصل 51 يسري على احتساب مدد التّقادم المكسب الثّلاث الواردة أعلاه النّظام نفسه الذي يسري على مدّة التّقادم المسقط للحقّ، وذلك بالخصوص على المستويات التّالية: المستوى الأوّل حساب المدّة الذي يكون على أساس أنّ العام يتكوّن من ثلاثمائة وخمسة وستّون يوما (الفصول 403 و404 و141 من مجلّة الالتزامات والعقود)[1147]. إضافة إلى ما سبق، يكون حساب المدّة بالأيّام الكاملة لا بالسّاعات. ويوم ابتداء العدّ لا يحسب منها[1148]. وتتمّ المدّة بانقضاء آخر يوم

لكن بدءًا من أين؟ إنّ رجعيّة الشّرط تؤدّي للقول إنّ الحائز له سند من يوم الإبرام وإنّ أجل التّقادم جرى من ذاك اليوم وليس من يوم تحقّق الشّرط.

فإذا تعلّق الأمر بشرط فاسخ، فتحقّقه يعدم بصفة رجعيّة التّصرّف. هل يمكن أن نستند إلى هذه الرّجعيّة للقول إنّ السّند لم يكن له وجود، ومن ثمّ لم يؤدّ إلى التّقادم العشريّ؟

يمكن هنا وهناك أن نتردّد في التّوسيع في آثار افتراض. هنري وليون وجون مازو وفرانسوا شاباس، م س، الفقرة 1501 وما بعدها، ص 252 وما بعدها.

(1147) لم يأخذ القانون بعين الاعتبار السّنة الكبيسة، والتي مدّتها 366 يوما (لأنّ دورة الأرض حول الشّمس تدوم لا 365 يوما كما كان يُعتقد، بل 365 يوما وربع يوم، فقد تقرّر جمع هذه الأرباع، وإضافتها كيوم إلى السّنة الرّابعة. هذا اليوم هو يوم 29 فيفري).

(1148) يومُ (ابتداء) العدّ لا يُعَدّ (Le jour de compte n'est pas pris au compte). انظر إلى هذه القاعدة في قانون الإجراءات المدنيّة:

ختام حَفّيظ، التّنفيذ الجبريّ والحقوق الأساسيّة، أطروحة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2015 – 2016، الفقرة 114.

Khitem Haffidh, *L'exécution forcée et les droits fondamentaux*, Thèse, Faculté de sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2015 – 2016, n° 114.

انظر أيضا القانون الفرنسّيّ والصّيغة اللاتينيّة للقاعدة:

Dies a quo non computatur in termino.

جون هيلار، مقولات القانون الفرنسيّ، دالوز، باريس، ط 2، 2015، ص 58.

منها (الفصل 401 من المجلّة نفسها). وما ورد للتّوّ يعني أنّ التّقادم الذي مدّته عشر سنوات مثلا، والذي بدأ يوم 1 جانفي 2020 على السّاعة التّاسعة صباحا، يكتمل في منتصف الليلة الفاصلة بين 1 و2 جانفي 2030[1149].

المستوى الثّاني تعليق مدّة التّقادم. فيمكن توقيف حساب مدّة التّقادم – التي لم تبدأ في الجريان أو التي بدأت[1150] – لأسباب مختلفة. فالتّقادم يُعلَّق مثلا بين الزّوجين أثناء قيام الزّوجيّة (إلخ. الفصل 391 من مجلّة الالتزامات والعقود)، كما يعلّق إزاء المالك القاصر (الفصل 392 من مجلّة الالتزامات والعقود)، أو إزاء المالك الذي له عذر عاقه عن القيام بحقوقه أثناء المدّة المحدّدة لسريان التّقادم (الفصل 393 من مجلّة الالتزامات والعقود)[1151]. ويترتّب على تعليق التّقادم أنّه يتمّ، عند زوال

Jean Hilaire, *Adages et maximes du droit français*, Dalloz, Paris, 2e éd., 2015, p. 58.

[1149] لكن يجب أن نأخذ بعين الاعتبار ما مرّ بين 2020 و2030 من سنوات كبيسة وننقص على ضوء ذلك يومين.

[1150] لا إشكال في تسمية الصّورة الثّانية تعليقا. لكن حتّى الصّورة الأولى تسمّى تعليقا. انظر دوبلا، شرح مجلة الالتزامات والعقود. تعريب محمد المالقي، ط 1، تونس، 1367 هـ – 1948 م، ج 2، ص 128.

[1151] يقول الفصل 393 من مجلّة الالتزامات والعقود: "سقوط الدّعوى بمرور الزّمان لا يتسلّط على الحقوق إلّا من وقت حصولها. وعليه فلا محلّ له في الصّور الآتية [...] خامسا – في حالة حصول عذر للغريم عاقه عن القيام بحقوقه أثناء المدّة المحدودة لسقوط الدّعوى لبطالة المجالس القضائيّة في تلك المدّة أو سبب آخر لا قدرة له على دفعه".

ومن يبحث في الأعمال التّحضيريّة، يجد الفصل 393 خامسا بمثابة نقل حرفيّ للفصل 439 ثامنا من مشروع 1899. في الصّياغة الأصليّة (وهي باللغة الفرنسيّة) لهذا المشروع نجد حديثا عن استحالة واقعيّة للقيام بالدّعوى. ولقد تُرجِمت الاستحالة الواقعيّة بعبارة العذر. هذا يعني أنّ الاستحالة الواقعيّة تعني العذر. والعذر مفهوم مأتاه القانون الإسلاميّ (والأعذار كثيرة لم تحصر، وأهمّها: 1- الغيبة، فالغائب لا يجري التّقادم ضدّه، لأنّه يجهل، والجاهل ليس خاطئا حين لم يقم. والبعيد مسافة معيّنة قد يعدّ

حاضرا أو غائبا بحسب طول تلك المسافة. وعلى كلٍّ، من عُدّ حاضراً، جرى السّقوط ضدّه لأنّ هنالك قرينة على أنّه يعلم؛ ومن عُدّ غائباً، لم يَجْرِ السّقوط ضدّه لأنّ هنالك قرينة على عدم علمه. هذه القرينة قابلة للدّحض. وكذلك الأولى. وهنا ننزلق ليصير عدم العلم هو العذر الذي منع السّقوط. 2- القاصريّة، وهي عبارة عن كون صاحب الحقّ صغيرا أو مجنونا أو معتوها. فالمدّة التي تمرّ أثناء القاصريّة لا تدخل في حساب مرور الزّمن سواء بلغت حدّ مرور الزّمن أو لم تبلغ. 3- الخوف من ذي سطوة، أو ممّن يستند إلى ذي سطوة هو أيضا عذر). أمّا الاستحالة الواقعيّة فمفهوم مصدره القانون الفرنسيّ. فهنالك في هذا القانون الاستحالة القانونيّة (مثال للاستحالة القانونيّة: لا يمكن للمكرَه أن يقوم وهو تحت حالة الإكراه، هذه الصّورة يحكمها مبدأ: "لا سقوط لدعوى لم تولد بعد") والاستحالة الواقعيّة. وتتمثّل الاستحالة الواقعيّة في صورتين: القوّة القاهرة (حرب، إلخ) وجهل وجود الحقّ. ويعبّر عن هذه الاستحالة بمبدأ لا تقادم ضدّ من لا يستطيع القيام. وهكذا – إذا أخذنا الصّياغة الأصليّة للمشروع – يمكننا القول إنّها أرادت أن لا يكون هنالك تقادم في صورة القوّة القاهرة. داخل هذه الصّورة يمكن أن نضع حالة الخوف من دكتاتور أو ممّن يستند إلى دكتاتور. فإذا أخذنا الآن ترجمة الصّياغة الأصليّة إلى العربيّة، أمكننا القول إنّها موفّقة لأنّ عبارة العذر – حين نستحضر معناها في القانون الإسلاميّ – تغطّي المعنى نفسه الذي تغطّيه عبارة الاستحالة الواقعيّة. فإذا كانت مجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 393 خامسا) قد نقلت حرفيّا مشروع 1899 (الفصل 439 ثامنا) في صياغته الأصليّة وفي ترجمته العربيّة، فإنّها بهذا تكون قد أرادت ما أراده المشروع.

وهكذا يمكن القول إنّ الفصل 393 حين استعمل عبارة العذر (في صياغته العربيّة) والاستحالة الواقعيّة (في صياغته الفرنسيّة) أراد عدّة صور منها صورة الخوف من طاغية ومن حاشية طاغية. انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، «الثّورة والتّقادم»، مجلّة الأخبار القانونيّة، أفريل 2011، ص 22 وما بعدها؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 407. انظر أيضا: السّيّد عبد الصّمد محمّد يوسف، سقوط الحقّ بالتّقادم وعدم سماع دعواه بين الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ. دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2009، ص 485 وما بعدها.

يخلص ممّا جاء أعلاه أن بالإمكان القول إنّ القانون التّونسيّ – على مستوى تعليق التّقادم – لم يأت بحلّ مخالف للقانون الإسلاميّ.

في هذا القانون الإسلاميّ قيل (انظر: محمّد أحمد حسن إبراهيم، م س، ص 121 وما بعدها) إنّ أسباب وقف التّقادم كثيرة، منها:

□ أوّلا: عدم علم المدّعي بموضوع الحقّ

لعدم علم المدّعي صور ثلاث:

◦ عدم علمه بأنّ حيازة غيره تمنعه من ملكه بتقادمها برغم علمه بها (هنا نحن أمام مسألة جهل للقانون، وهنا ينبغي أن نميّز بين ما إذا كان العلمُ بقانون التّقادم علمَ عامّة أو علمَ خاصّة. في الصّورة الأولى لا يُعذر الجاهل، وفي الثّانية يعذر).

◦ عدم علمه بأنّ المحوز ملكه مع علمه بالحيازة. هنا يمكن للمدّعي أن ينجح في دعواه، فالمالكيّة مثلا تقول: لكي تكون الحيازة صحيحة يجب أن يكون المحوز عليه على علم بأنّ المحوز ملكه وعلى علم بوقوع الحيازة فيه، ولا يغني العلم بأحدهما دون الآخر.

◦ عدم علمه بحيازة ملكه مع علمه بملكيّته له. هنا أيضا يمكن للمدّعي أن ينجح في دعواه وأن يستردّ الشّيء من الغير.

ومن ينظر إلى هذه الصّورة الثّالثة يستحضر الوصف العرضيّ الذي سبق معنا وهو وصف الظّهور.

□ ثانيا: الغيبة

قد تتعلّق الغيبة بالمدّعي أو المدّعى عليه. فأمّا غيبة المدّعي فعذر يوقف التّقادم. وأمّا غيبة المدّعى عليه، أي الحائز، فترجعنا إلى ما أوردناه سابقا تحت اسم الوصف العرضيّ المتمثّل في الاستمرار.

□ ثالثا: عوارض الأهليّة

قد يعرض أمر يمنع صاحب الحقّ من المطالبة بحقّه. هذا الأمر العارض قد يكون:

◦ الخوف والإكراه. يتعلّق الأمر هنا بالحالة التي يحصل فيها الحائز على الحيازة بالعنف الماديّ أو المعنويّ (من قبل صاحب سلطة، إلخ). هكذا نجد أنفسنا أمام ما تناولناه سابقا من وصف عرضيّ مفاده أنّ الحوز يجب أن يكون هادئا.

◦ الجنون والعته والصّغر ونحو ذلك.

□ رابعا العلاقات الخاصّة كالقرابة والمصاهرة والصّداقة والشّركة. فإذا كانت هذه العلائق مصحوبة بودّ لا بشجار أطالت المدّة عند بعض الفقهاء ولم تكن سببا لوقفها.

□ الظّروف القهريّة العامّة كإغلاق المحاكم لوقوع اضطرابات في البلاد، ونحو ذلك.

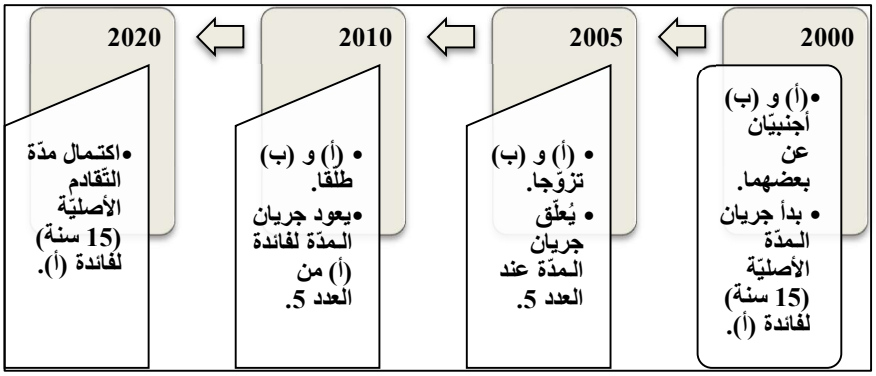
□ إلخ.

فإذا تأمّلنا الآن ما جاء أعلاه، وجدنا أنّ ما يُتناول في كتب القانون الوضعيّ كشروط للحوز (الظّهور والاستمرار والهدوء) يورده فقهاء القانون الإسلاميّ كأسباب لوقف التّقادم (لم نر في الفقه الإسلاميّ

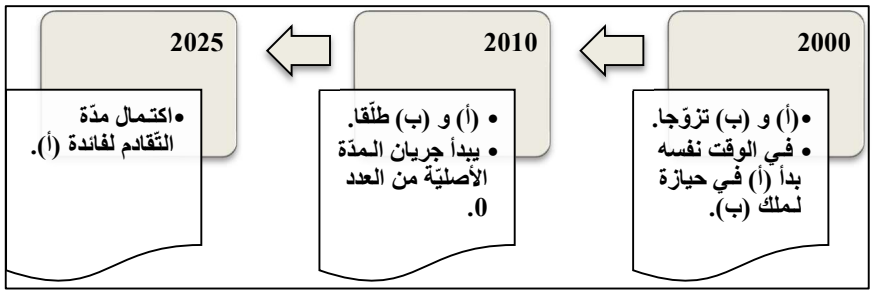
سبب التّعليق، الرّجوع إلى حساب مدّة التّقادم انطلاقا من النّقطة التي تمّ التّوقّف عندها إن كانت المدّة قد بدأت في الجريان (أي تُحذف فترة التّعليق من مجموع مدّة التّقادم)[1152] أو من نقطة الصّفر إن لم تبدأ المدّة[1153].

الوارد للتّوّ ما يذكّرنا بالوصف أو الشّرط المتبقّي وهو الوضوح. ويمكن القول إنّنا هنا أمام مسألة داخلة في الرّكن المعنويّ وتحديدا في إثباته. والفقه الإسلاميّ تناول الرّكن المعنويّ فضلا عن الرّكن المادّيّ). ولقد جاءت عند أحد فقهاء القانون الوضعيّ (أحمد بن طالب، م س: التّفويت في ملك الغير، الفقرة 530، ص 549.) إشارة إلى بعض ما قيل الآن حين لاحظ، وهو يتناول مسألة الاستمرار، أنّنا لسنا أمام عيب في الحوز بل أمام عارض من عوارض حساب مدّة التّقادم.

(1152)



(1153)



إضافة إلى التّعليق، يمكن قطع مدّة التّقادم، أي يمكن أن تسقط وأن تُعتبر كأن لم تكن[1154]. ولقد جاء في الفصل 52 تخصيص بالاستثناء•. فقال:

"لا تنقطع مدّة التّقادم المكسب إلّا:

"أوّلا: بالقيام لدى المحكمة المختصّة. ولا تأثير للانقطاع، إذا رفضت الدّعوى شكلا أو أصلا، أو وقع الرّجوع فيها، أو حكم بسقوط الخصومة.

"ثانيا: أو بإقرار الحائز بحقّ من كان التّقادم جاريا ضدّه"[1155].

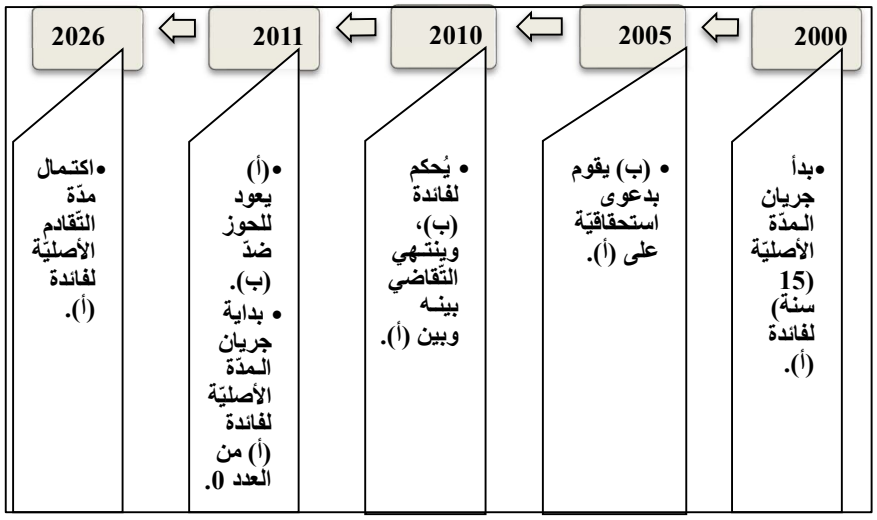
(1154) انظر حول القطع في القانون المقارن:

موريس كولان، قطع التّقادم في المادّة المدنيّة في القانون الرّومانيّ وفي القانون الفرنسيّ، ألفونس ديران، باريس، 1883.

Maurice Colin, *De l'interruption de la prescription en matière civile en droit romain et en droit français*, Alphonse Derenne, Paris, 1883.

• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

(1155)



ومنهجيّا ينبغي البدء بالبحث عن قصد المشرّع من جملة الاستثناء. فإن لم نجد، نمرّ إلى المرحلة الموالية (البحث عن المعنى الظّاهر للجملة). في هذه المرحلة (التي ينبغي المرور إليها في حالة الفصل 52) ثمّ وقتان:

وقت أوّل نحدّد فيه المستثنى منه (في مثالنا صور لم تحدّد) والمستثنى (في مثالنا: وجود دعوى أو وجود إقرار من الحائز).

وقت ثان نستخرج فيه المعنى الأوّل ثمّ المعنى الثّاني لجملة الاستثناء.

بالنّسبة إلى المعنى الأوّل: في مثال الفصل 52 نحن أمام جملة فيها أداة نفي، أي جملة سالبة. في هذه الصّورة نقول إنّ المعنى الأوّل للجملة هو أنّ الحكم (انقطاع المدّة) يهمّ فقط وبصفة سلبيّة (لا انقطاع) المستثنى منه (صور لم تُحدَّد).

بقي المعنى الثّاني: في مثال الفصل 52 هو يتمثّل في أنّ المستثنى (صورة وجود دعوى وصورة إقرار الحائز) حكمه نقيض حكم المستثنى منه (نقيض "اللاانقطاع"، أي نفي نفي الانقطاع، هو الانقطاع)[1156].

ولقد قالت محكمة التّعقيب: "الدّعاوى التي يكون مآلها الرّفض شكلا أو أصلا أو الواقع الرّجوع فيها لا تأثير لها على قطع مدّة الحيازة بالتّقادم عملا بأحكام الفصل 52 من مجلّة الحقوق العينيّة" تعقيبيّ مدنيّ عدد 2465، 23 ديسمبر 1980، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 225.

وجاء في قرار آخر: "يؤخذ من صريح أحكام الفقرة الأولى من الفصل 52 من مجلّة الحقوق العينيّة أنّ التّقاضي لا يترتّب عليه قطع التّقادم إلّا إذا وقع القيام به أمام المحكمة المختصّة [...] وعلاوة على ذلك فإنّ القيام وفق الأحكام المشار إليها لا يشكّل عنصرا مؤثّرا في انقطاع المدّة إذا رفضت الدّعوى شكلا وأصلا". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 32325، 14 جوان 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 191.

وانظر أيضا تطبيقا للفصل 52 في: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 16733، 24 فيفري 1987، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 241؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 1539، 31 أكتوبر 2005، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 291.

[1156] انظر حول كيفيّة التّعامل مع الاستثناء: عبد المجيد الزّرّوقي، «التّفكير العكسيّ. دراسة في المنهجيّة القانونيّة المقارنة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 42؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أصول الفقه)،

ويترتّب على الانقطاع، كما قلنا، عدم حساب المدّة السّابقة، أي أنّنا نعود ونحسب من الصّفر منطلقين من يوم الأثر المترتّب عن الانقطاع (أي من يوم صدور حكم في الدّعوى. وقد نفكّر في أن نضيف: أو من يوم الإقرار. لكن من أقرّ، صار حائزا عرضيّا؛ ومن صار حائزا عرضيّا، لا يمكنه التّمسّك بالتّقادم واكتساب الملكيّة لأنّ حوزه خال من الرّكن المعنويّ، أي ليس حوزا. على هذا ينبغي فهم الفصل 52 على أنّه يعني أنّه يُعاد احتساب المدّة من الصّفر، لو تغيّرت الحيازة من عرضيّة إلى حقيقيّة بالشّروط الواردة في الفصل 49)[1157].

217 اكتساب الحائز ملكيّة جديدة ◊ ويتمثّل أثر التّقادم، حسب الفصل 45، في اكتساب الحائز لملكيّة العقّار. والحوز على هذا المستوى يغلب العقد (والميراث، إلخ)

الفقرة 313؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 334.

(1157) انظر حول هذه المسألة في القانون الفرنسيّ: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 215، ص 326.

فإذا أخذنا الآن الانقطاع في الفقه الإسلاميّ (انظر: محمّد أحمد حسن إبراهيم، م س، ص 160 وما بعدها)، قلنا إنّ أسبابه تتمثّل في:

- تخلّي الحائز عن حيازته اختيارا أو بفعل الغير (هنا نجد أنفسنا أمام ما تناولناه سابقا تحت عنوان الرّكن المادّيّ – لم يعد يمسك بالشّيء – أو تحت عنوان الاستمرار) أو بسبب كون الشّيء محلّ الحيازة صار غير قابل للتّقادم.

هذا ما يسمّى الانقطاع الطّبيعيّ، ويقابله الانقطاع المدنيّ (حول الانقطاعين في القانون الفرنسيّ، انظر: بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 38 وما بعدها، ص 367 وما بعدها)، وصورته ما سيأتي للتّوّ.

- المطالبة بالحقّ وما في معناه (هنا تناقش مسألة طبيعة المطالبة: قضائيّة وغير قضائيّة؟).
- الإقرار بالحقّ (يقال هنا إنّنا أمام ما يزيد عن قطع التّقادم وإنّنا أمام ما يمنعه. قارن مع من يقول في الفقه الفرنسيّ إنّ الانقطاع هو أكبر من العيب لأنّه يمحو الحوز بإلغاء الأجل الذي مرّ (هنري وليون وجون مازو وفرانسوا شاباس، م س، الفقرة 1491، ص 245).

إذا تعارضا. فمن له حوز دام المدّة التي تنبغي، يأخذ العقّار؛ أمّا الذي يستظهر بعقد يملّكه العقّار، فلا يأخذ شيئا. ويقول أحد الفقهاء التّونسيّين إنّ الحوز يتّصف "بطبيعة خاصّة في الإثبات تجعل منه قرينة قاطعة على الملكيّة"[1158].

[1158] انظر: أحمد بن طالب (التّفويت في ملك الغير)، م س، الفقرة 555، ص 568 و596.

وقد جاء في قرار لمحكمة التّعقيب (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 8061، 12 أكتوبر 1971، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 90): "إذا توفّرت قرينة الحيازة المكسبة للملكيّة فإنّها تغني عن فحص الحجج الاستحقاقيّة المتقدّمة عن بداية أمد الحيازة لكون الحيازة تعدّ قرينة قانونيّة قاطعة".

وجاء في قرار آخر (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 32851، 28 جانفي 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 223): "من المتّفق عليه فقها وقضاء أنّ الحيازة المكسبة مقدّمة على الرّسوم".

وجاء في قرار ثالث (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 33701، 22 نوفمبر 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 210): "كان من المتعيّن النّظر في خصوص هذه الحيازة وتوفّر شروطها من عدمه لكونها قرينة قاطعة لمن قامت لفائدته حتّى وإن كان التّصرّف بواسطة الغير".

وجاء في قرار رابع (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 33686، 15 فيفري 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 187): "الحيازة بشروطها قرينة قاطعة لا تقبل الحجّة المضادّة على معنى الفصل 50 من مجلّة الحقوق العينيّة".

وجاء في قرار خامس (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 48804، 26 جانفي 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 298): "طالما أنّ طرق اكتساب الملكيّة هي المنصوص عليها بالفصل 22 من مجلّة الحقوق العينيّة على سبيل الحصر وهي العقد والميراث والتّقادم والالتصاق ومفعول القانون وفي المنقول بالاستيلاء أيضا، فإنّه لا مجال للمجادلة بأنّ التّقادم هو الوجه الأوْلى بالاعتبار على غيره من بقيّة أسباب اكتساب الملكيّة ما دام القانون خوّل إمكانيّة اكتسابها بالعقد أيضا وعلى وجه الاستقلال".

انظر كذلك: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1495، 7 جويلية 1977، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 70 (من المسلّم أنّ الحيازة إذا ما توفّرت فيها شروط الفصل 45 المذكور تعتبر قرينة قانونيّة قاطعة مكسبة للملكيّة عملا بالفصل 22 من مجلّة الحقوق العينيّة ولا تعارض برسوم الملكيّة من الخصم الغير المتوفّرة في شأنه تلك الشّروط ضرورة أنّ دعوى المطالبة بالملكيّة تسقط بحصول التّقادم المكسب حسب الفصل 50 منها)؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1245، 10 أفريل 1979، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 82 (حيث أنّ مجرّد التّمسّك بالحيازة المكسبة والمسقطة يغني عن كلّ حجّة يستند إليها في أصل الاستحقاق المتقدّم عن بداية أمد

وسواء قلنا إنّ الحوز لمدّة يكسب الملكيّة أو هو قرينة قاطعة عليها، فالنّتيجة واحدة، وهي أنّه وفي نزاع الحائز مع المالك الحقيقيّ الذي ليس بسلف له، يفوز الحائز ويخسر المالك (رأينا الشّيء نفسه مع المنقول. بالتّحديد رأينا أنّ حوز المنقول قرينة على أنّ الحائز عن حسن نيّة مالك، ورأينا أن بالإمكان التّعبير عن هذا المعنى بالقول إنّ حوز المنقول بهذه الصّفة – أي عن حسن نيّة – يكسب ملكيّة هذا المنقول. ويبدو التّعبير الثّاني أفضل. ولكن لا مضايقة في اللفظ والتّسمية إن كان المعنى والمسمّى محلّ اتّفاق).

ودعوى المالك القديم في المطالبة بالملكيّة من المالك الجديد تسقط حسب الفصل 50. فالتّقادم المكسب لشخص يؤدّي إلى التّقادم المسقط ضدّ آخر[1159].

الحوز باعتبار أنّ قرينة الحيازة قرينة مطلقة)؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1740، 26 فيفري 1980، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 52 (قرينة الحيازة المكسبة [...] هي من القرائن القانونيّة القاطعة والمغنية عن كلّ حجّة يستند إليها في أصل الاستحقاق المتقدّم عن أمد الحوز)؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 3676، 2 نوفمبر 1982، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 233 (من المسلّم به فقها وقضاء أنّ الحيازة المكسبة إذا توافرت شروطها تغني عن جميع الحجج لأنّها قرينة قانونيّة قاطعة حسبما ذهبت إليه هذه المحكمة في قرارها عدد 8161 بتاريخ يوم 12 أكتوبر 1971 وعديد من قرارات لاحقة)؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 33686، 15 فيفري 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 187 (الحيازة بشروطها قرينة قاطعة لا تقبل الحجّة المضادّة على معنى الفصل 50).

انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 45070، 18 مارس 1997، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 331؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 48218، 12 جانفي 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 339؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 62687، 2 فيفري 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 243؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 19194، 1 نوفمبر 2007، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 128.

[1159] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 34979، 14 فيفري 1995، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 220؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 4626، 14 ديسمبر 2000، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 233.

هذا الأثر لا يتحقّق بصفة آليّة[1160]. فتطبيقا لنصّ التّقادم المسقط (الفصل 385 من مجلّة الالتزامات والعقود)، كما دعا إلى ذلك الفصل 51 من مجلّة الحقوق العينيّة، يجب على الحائز أن يتمسّك بالتّقادم أمام القضاء. ولا يمكن للمحكمة أن تستند إليه من تلقاء نفسها حتّى يحتجّ به من له مصلحة فيه (إذا قلنا إنّ الدّعوى التي تطالب بحقّ هي ممارسة لهذا الحقّ[1161]، فعندها تكون الدّعوى الاستحقاقيّة ممارسة لحقّ الملكيّة. وعليه فقولنا بسقوط الدّعوى الاستحقاقيّة بمضيّ المدّة هو قول بسقوط حقّ الملكيّة بمضيّ المدّة). ويستطيع الحائز، عِوضاً عن التّمسّك بالتّقادم، أن يتنازل عن حقّ التّمسّك به[1162]. ولا يصحّ التّنازل عن التّقادم إلّا بعد تمام المدّة، أي بعد ثبوت الحقّ. هذا ما يقوله الفصل 386 من مجلّة الالتزامات والعقود. ويشترط هذا النّصّ أن تكون للمتنازل أهليّة التّبرّع. ويعدّ التّنازل عن التّقادم تصرّفا قانونيّا انفراديّا لا يشترط لصحّته قبول أيّ شخص آخر[1163].

والتّقادم يحدث أثره المكسب للملكيّة بصفة رجعيّة بعد التّمسّك به، أي أنّ الحائز يعتبر صاحب ملكيّة جديدة لا علاقة لها بالملكيّة السّابقة، وذلك من بداية الحوز لا من تمام مدّة التّقادم[1164].

[1160] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 56699، 11 ديسمبر 2018، <www.cassation.tn>، تاريخ آخر اطّلاع 10 أفريل 2020.

[1161] انظر الفقرة 52.

[1162] انظر: عبد السّلام التّركي، «التّقادم كسبب من أسباب اكتساب الملكيّة»، القضاء والتّشريع، ديسمبر 1984، ص 48.

[1163] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 222، ص 171.

[1164] محمّد كمال شرف الدّين، م س (قانون الأموال)، الفقرة 168، ص 58؛ أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 555، ص 569؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 222، ص 171؛ عمر خضر سعد، م س، ص 368 وما بعدها.

ينجرّ عن هذا:

"أنّ الحائز المكتسب للملكيّة يعتبر مالكا للثّمار منذ بدء الحوز ولو كان سيّء النّيّة.

"أنّ الحقوق العينيّة التي أنشأها الحائز على العقّار بعد بدء الحوز وقبل اكتمال مدّته تتأكّد صحّتها.

"أنّ الحقوق العينيّة التي وظّفها المالك (القديم) على العقّار (رهن، انتفاع، إلخ) أثناء سريان مدّة التّقادم تزول وتتطهّر منها الملكيّة، لأنّ الحائز يكتسب ملكيّة جديدة ترجع إلى بدء سريان التّقادم"[1165]. وهكذا فقد تمّت التّضحية بحقوق من لهم حقوق على المالك القديم وذلك لفائدة الحائز. وهذه "نتيجة حتميّة لفكرة احترام الأوضاع المستقرّة التي يتأسّس عليها التّقادم كلّه [...] خصوصا أنّه يمكن نسبة التّقصير والإهمال إلى خلف المالك الأصليّ من أصحاب الحقوق الزّائلة في عدم فعل – أو الإيعاز بفعل – ما يقطع التّقادم حتّى اكتمل ضدّهم بالتّبعيّة لسلفهم"[1166]. ممّا تقدّم يخلص أنّ حوز العقّار طوال مدّة معيّنة يكسب ملكيّته. إلى جانب حوز العقّار تناولنا حوز المنقول.

[1165] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 222، ص 171.

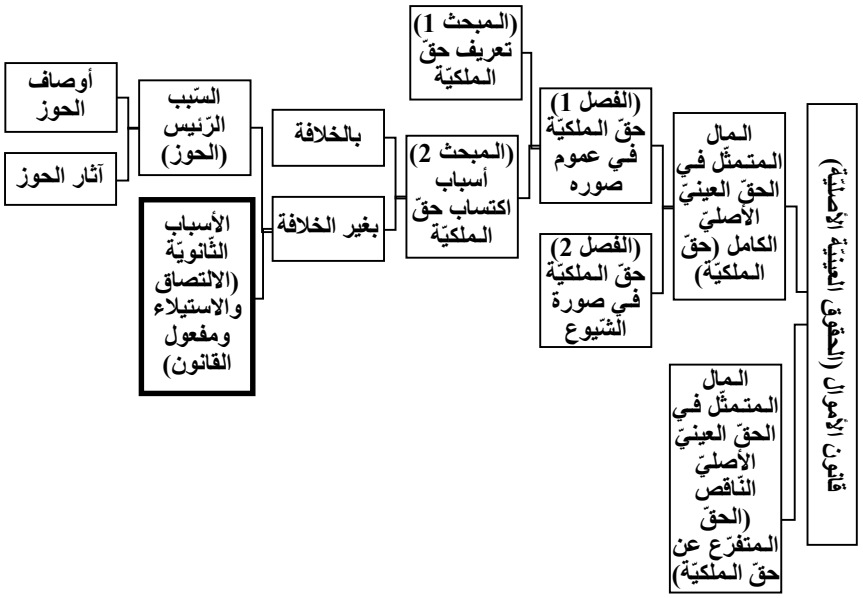
[1166] أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)، الفقرة 556، ص 570.

ولقد أتينا بجميع ما سبق تحت عنوان هو السّبب الرّئيس لاكتساب الملكيّة بغير خلافة. إلى جانب هذا السّبب توجد أسباب ثانويّة تكسب بدورها ملكيّة جديدة مستقلّة عن الملكيّة السّابقة(1167).

ب) الأسباب الثّانويّة (الالتصاق والاستيلاء ومفعول القانون)

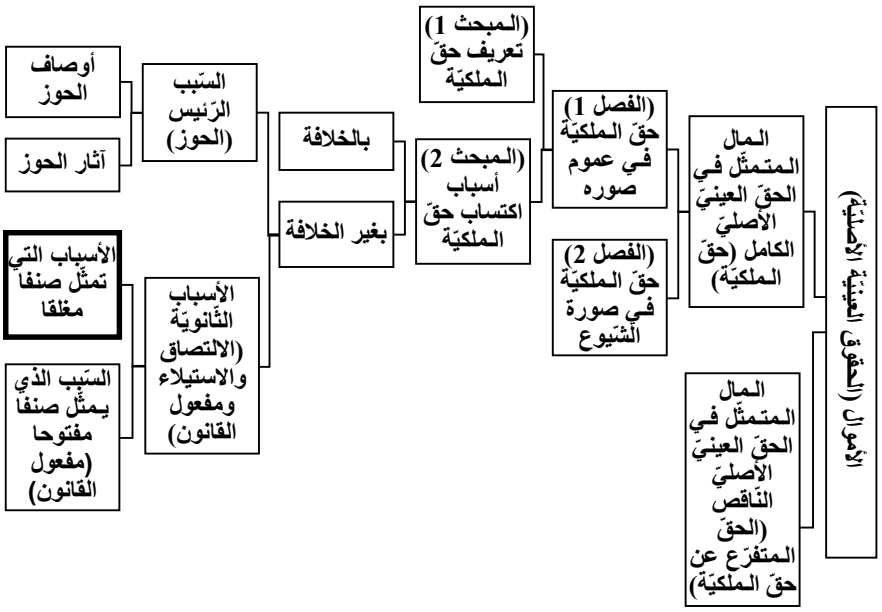
217 تقسيم البحث ◊ تتمثّل الأسباب الثّانويّة لاكتساب الملكيّة بغير خلافة في: الالتصاق، والاستيلاء، ومفعول القانون. والالتصاق والاستيلاء صنفان مغلقان. أمّا مفعول القانون فصنف مفتوح نجد فيه كلّ سبب غير العقد والميراث (والوصيّة) والحوز والالتصاق والاستيلاء. وما ورد الآن يعني أن بالإمكان ردّ الأسباب الثّلاثة

(1167)



الثّانويّة لاكتساب الملكيّة بغير خلافة إلى قسمين: قسم للأسباب التي تمثّل صنفا مغلقا، وقسم للسّبب الذي يمثّل صنفا مفتوحا(1168).

(1168)



1/ الأسباب التي تمثّل صنفا مغلقا

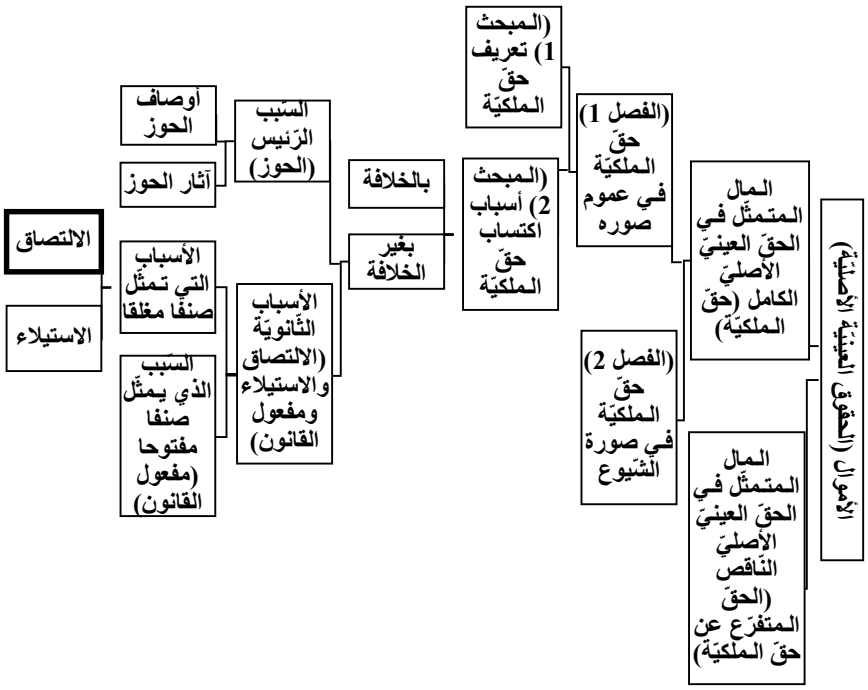
218 تقسيم البحث ◊ هنا نجد، كما قيل منذ قليل، الالتصاق والاستيلاء[1169].

1.1 / الالتصاق

219 وظائف الالتصاق ◊ في الفقه الفرنسيّ قيل إنّ للالتصاق (accession) وظيفتين: إثبات الملكيّة، وإكسابها.

بمقتضى الوظيفة الأولى نجد الالتصاق:

(1169)



من جهة قرينة قاطعة على الملكيّة، أي نجده وبحقّ سند ملكيّة (مثال: ملكيّة شيء هي ملكيّة لما يمكن أن يغلّه الشّيء وينتجه)؛

ومن جهة أخرى قرينة بسيطة تقبل الحجّة المخالفة (مثال: ملكيّة السّطح قرينة على ملكيّة ما فوقه من غراس وبنايات)[1170].

220 قصر البحث على الالتصاق المكسب للملكيّة ◊ لكن، لأنّنا في عنوان يتعلّق بأسباب اكتساب الملكيّة، فما جاء منذ قليل خارج عن نطاق بحثنا. وما ينبغي فيما يهمّنا هو أن نكتفي بالالتصاق المكسب للملكيّة. هذا الالتصاق (في البلاد العربيّة يُقال أيضا: الاتّصال، الإلحاق) جاء في الفصل 27 من مجلّة الحقوق العينيّة القائل: "ما أضيف إلى عقّار أو منقول واتّصل به، كان ملكا لصاحب الأصل بطريق الالتصاق [...]"[1171].

يتحدّث النّصّ عن إضافة لعقّار أو إضافة لمنقول، ويسمّي الإضافة التصاقا (في الصّياغة الفرنسيّة للنّصّ، نجد عبارة: accession). والحكم أن يملك صاحب

[1170] انظر:

روجيه سانت-ألاري، «الالتصاق»، الموسوعة المدنيّة دالوز، سبتمبر 1999.

Roger Saint-Alary, « Accession », *Rép. Civ. Dalloz*, septembre 1999.

كريستيان لاروميه، م س، الفقرة 655 وما بعده، ص 360 وما بعدها.

[1171] في القانون العقّاريّ الذي كان منطبقا قبل مجلّة الحقوق العينيّة، للمالك حقّ يسمّى حقّ التّبعيّة. وحقّ التّبعيّة هذا يشمل ما نحن بصدده الآن، أي الالتصاق المكسب للملكيّة (الفصل 63 وما بعده من القانون العقّاريّ)، كما يشمل ما رأيناه سابقا (الفقرة 94 وما بعدها) من حقّ في الثّمار والمنتجات (الفصل 59 وما بعده من القانون العقّاريّ)، أي ما يُعَدّ الوظيفة الإثباتيّة للالتصاق: انظر محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ص 152 وما بعدها. انظر أيضا ما قيل في القانون الفرنسيّ: باتريس جوردان، م س، ص 172 وما بعدها.

المضاف إليه المضاف. هنا نحن أمام مصداق من مصاديق المبدأ القانونيّ العامّ: الفرع يتبع الأصل[1172].

والالتصاق سببٌ مكسبٌ للملكيّة ابتداءً لأنّه لا علاقة للملكيّة الجديدة بالملكيّة القديمة[1173]. بعبارة العنوان الذي نعمل داخله: الالتصاق سبب يكسب الملكيّة بغير خلافة.

ثمّ إنّ الالتصاق، كما جاء منذ قليل في الفصل 27، يتحقّق في العقّار وفي المنقول. وعبارة العقّار مطلقة، فتشمل العقّار الذي يُضاف له عقّار والعقّار الذي يُضاف له منقول. والكلام نفسه يصحّ في حقّ عبارة المنقول التي تشمل المنقول الذي يُضاف له منقول والمنقول الذي يُضاف له عقّار. على هذا تكون صور الالتصاق أربع: التصاق عقّار بعقّار، وعقّار بمنقول، ومنقول بمنقول، ومنقول بعقّار. وفي الحقيقة ثمّ صورة تتكرّر، أي أنّ صور الالتصاق في الحقيقة ثلاث لا أربع: عقّار بعقّار، وعقّار بمنقول، ومنقول بمنقول.

221 التصاق منقول بمنقول ◊ فإذا بدأنا بالتصاق المنقول بالمنقول، وجدنا له صورا ثلاث:

[1172] حول هذا المبدأ في القانون الفرنسيّ، انظر:

ج غوبو، قاعدة الفرع في القانون الخاصّ، أطروحة، نانسي، 1969.

G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Thèse, Nancy, 1969.

[1173] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 155، ص 116.

الصّورة الأولى تُسمّى الضّم (adjonction)، ويُقصد بها اتّحاد منقولين (لمالكين مختلفيْن) مع بقاء إمكانيّة فصل الواحد منهما عن الآخر؛ مثال ذلك وضع صورةٍ في إطار أو حجرٍ كريم في عِقد[1174].

الصّورة الثّانية لالتصاق منقول بآخر يُطلَق عليها اسم المزج (mélange/ confusion/ mixion)، ويُعنى بها اختلاط منقولين (لمالكين مختلفيْن) على نحو لا يمكن بعد الخلط فصل أحدهما عن الآخر؛ مثال ذلك وضع سائل وسائل آخر (دهن مع مادّة ملوِّنة[1175] أو زيت ذُرة مع زيت زيتون[1176]) أو طحين مع طحين آخر في إناء واحد.

[1174] انظر المثال الأوّل عند: محمّد وحيد الدّين سوار، الحقوق العينيّة الأصليّة. أسباب كسب الملكيّة، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1999، ط. 1. الإصدار 3، الفقرة 129، ص 120؛ وانظر المثالين عند: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 214؛ ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 315، ص 402؛ ناداج ريبول-موبان، م س، الفقرة 427، ص 371 وما بعدها.

ولتفصيل أكبر انظر:

أرموند بلوم، في الالتصاق، المطبعة النّانسيّة، نانسي، 1883، ص 49 وما بعدها.

Armand Blume, *De l'accession*, Imprimerie Nancéienne, Nancy, 1883, p. 49 s.

إدموند بول هنري، في الالتصاق، مطبعة أ مارتينيه، باريس، 1871، ص 166 وما بعدها.

Edmond Paul Henry, *De l'accession*, Imprimerie de E. Martinet, Paris, 1871, p. 166 s.

[1175] انظر المثال عند: محمّد كمال شرف الدّين، م س (قانون الأموال)، الفقرة 169، ص 59؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 157، ص 117.

[1176] انظر المثال مع بعض التّعديل عند: محمّد وحيد الدّين سوار، م س، الفقرة 129، ص 120.

انظر أيضا حول صورة المزج: أرموند بلوم، م س، ص 61؛ ناداج ريبول-موبان، م س، الفقرة 429، ص 372.

الصّورة الثّالثة تسمّى التّحويل (spécification)، ويُعنى بها اتّحاد منقولين (لمالكين مختلفيْن) بحيث يتولّد عنهما شيء جديد؛ مثال ذلك تحويل قطعتي خشب (منقول ومنقول) إلى قطعة أثاث (منقول واحد) (1177).

222 مُطلَق لم يُرَد منه الإطلاق ◊ فإذا عدنا الآن إلى عبارة الفصل 27، وجدناها كما تقدّم مطلقة•، أي هي تشمل التصاق المنقول بمنقول (وعلى هذا المستوى تمّ إطلاق أيضا، لأنّنا نجد الضّمّ والمزج والتّحويل)، والتصاق المنقول بعقّار، والتصاق العقّار بعقّار مثله. لكن حين ننظر إلى قول النّصّ: "والالتصاق يكون طبيعيّا أو بفعل الإنسان"، ثمّ حين ننظر إلى ما وُضع تحت عنوان الالتصاق الطّبيعيّ وتحت عنوان الالتصاق بفعل الإنسان، لا نجد التصاق المنقول بالمنقول. هذا يعني أنّ مطلق

ولقد كان القانون الرّومانيّ يميّز بين (confusion) وبين (mélange). والصّورة الأولى تهمّ شيئين سائلين أمّا الثّانية فتهمّ شيئين صلبين (طحين وطحين). ولقد ترك "بوتييه" (Pothier) هذه التّفرقة، واتّبعته في ذلك المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. إدموند بول هنري، م س، ص 172.

(1177) انظر هذا المثال عند: نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينيّة الأصليّة، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، 2010، ص 349.

انظر مثال تحويل الصّوف إلى قماش: بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 181، ص 101.

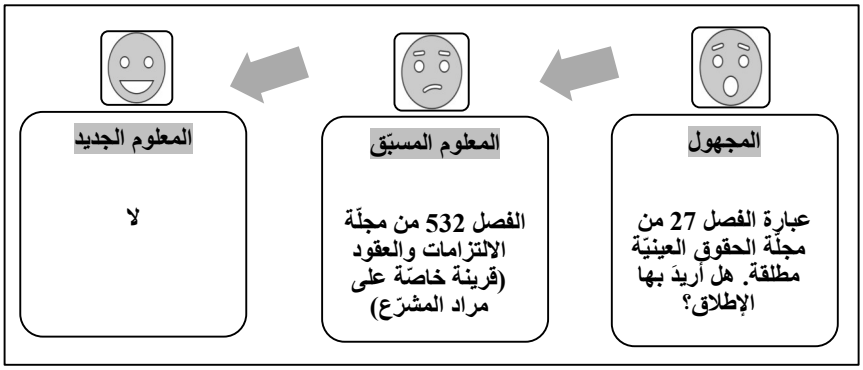
انظر أيضا حول التّحويل: أرموند بلوم، م س، ص 44. وما بعدها؛ إدموند بول هنري، ص 169 وما بعدها؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 428، ص 372.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

الفصل 27 لم يُرد منه إلّا التصاق منقول بعقّار من جهة والتصاق عقّار بعقّار من جهة أخرى[1178].

وصور التصاق منقول بآخر لا تنطبق عليها أحكام خاصّة، بل تنطبق عليها أحكام الحوز (تنطبق الأحكام تحديدا على الشّيء الذي تولّد عن الالتصاق)[1179].

(1178)



(1179) انظر: محمّد كمال شرف الدّين، م س (قانون الأموال)، الفقرة 170، ص 59؛ يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 199، ص 109؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 157، ص 117 و118.

ويحوي القانون الفرنسيّ في المجلّة المدنيّة أحكاما خاصّة تتناول التصاق المنقول بالمنقول: الفصل 566 وما بعده. ويقول الفقه (ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 427 وما بعدها، ص 371 وما بعدها) عن هذه الأحكام إنّها تتمثّل:

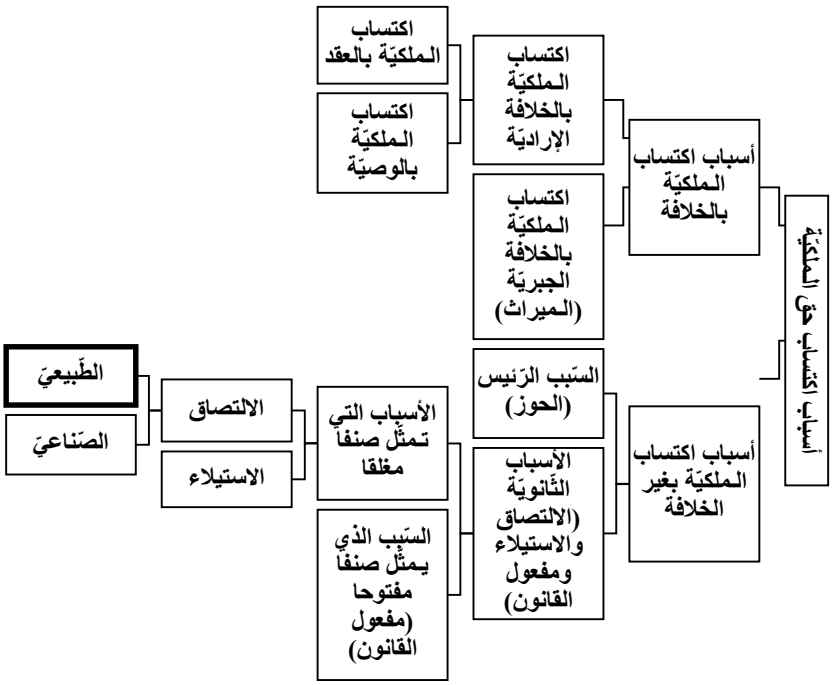
في صورة الضّمّ: أن يكون "الكلّ" ملكا لمالك الجزء الأساسيّ (أساسيّ من حيث الفائدة أو القيمة أو الكمّ) على أن يدفع للآخر قيمة منقوله (تحدّد القيمة وقت الدّفع).

في صورة المزج: أن يكون "الكلّ" ملكا مشتركا بين مالكيْ المنقول. ويختلف مناب كلّ واحد باختلاف كمّ وكيف وقيمة المنقول الذي كان يملكه. وفي الحقيقة قد لا يكون الحكم هنا متمثّلا في الاشتراك والشّيوع، بل قد يتمثّل في إقصاء واحد من المالكيْن المالك الآخر.

صورة التّحويل: هنا تكون الملكيّة لصاحب الموادّ إلّا إذا كان العمل أكبر قيمة.

223 قصر البحث على التصاق عقّار بعقّار أو منقول بعقّار ◊ الأمر مختلف مع التصاق منقول بعقّار أو عقّار بعقّار. فهنا توجد أحكام خاصّة. هذه الأحكام وردت تحت عنوانين في مجلّة الحقوق العينيّة: من جهة عنوان الالتصاق الطّبيعيّ (أي الالتصاق الذي يحدث بدون فعل الإنسان)، ومن جهة أخرى الالتصاق الذي يتمّ بفعل الإنسان (ويسمّى الالتصاق الصّناعيّ)[1180].

(1180)



1. 1. 1/ الالتصاق الطّبيعيّ

224 **تقسيم الالتصاق الطّبيعيّ** ◊ للالتصاق الطّبيعيّ أربع صور جاءت في الفصل 28 وما بعده من مجلّة الحقوق العينيّة[1181]:

225 **أوّلاً صورة الفصل 28: تراكم التّراب والرّواسب (alluvion)** ◊ حسب الفصل 28 من مجلّة الحقوق العينيّة، يكتسب مالك الأرض، المجاورة لأحد الأودية والأنهار، بالالتصاق ملكيّة التّراب والرّواسب المجروفة (في البلاد العربيّة يتحدّث عن

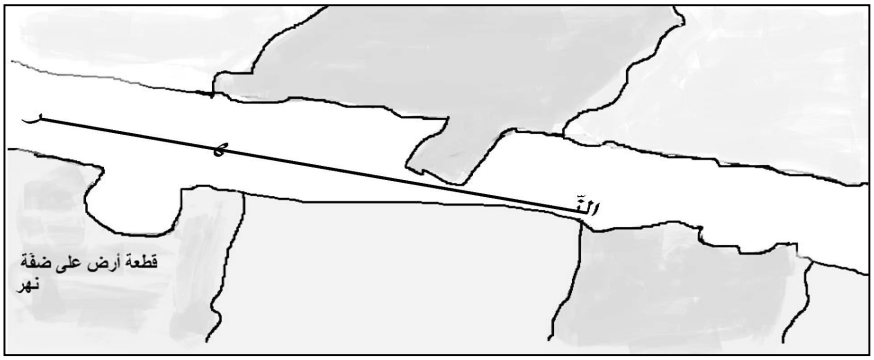
[1181] جاء في الفصل 6 من مجلّة المياه: "تخضع ملكيّة الغرين والمحطّات وتجمّعات الأتربة والجزر والجزيرات التي تتكوّن بصفة طبيعيّة بمجاري المياه والأودية لأحكام الفصول 28 و29 و30 و31 و32 من مجلّة الحقوق العينيّة".

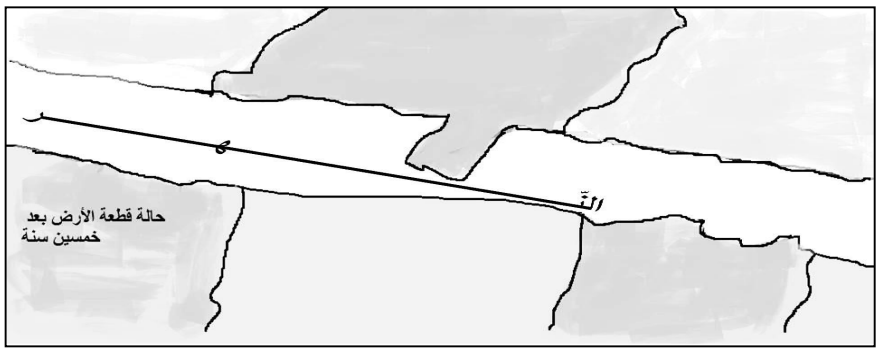
الطّمي[1182]) التي تتجمّع بطريقة تدريجيّة غير محسوسة على أرضه بفعل المياه ودون تدخّل من الإنسان[1183].

وفي القانون الفرنسيّ قيل عمّا ورد في الفصل 556 من المجلّة المدنيّة – والقانون التّونسيّ المذكور أعلاه هو تقريبا نقلٌ حرفيّ عن هذا النّصّ – إنّه ينبغي أن تتجاوز الرّواسب مستوى المياه وذلك في الوقت الذي تبلغ فيه أعلى درجة لها في السّنة. في غير هذه الصّورة تظلّ الرّواسب جزءًا من سرير النّهر، أي من الملك العموميّ. ويمكن للمالك أن يسرّع من تكوّن الرّواسب بغرس نباتات أو بوضع الرّمل، لكن لا ينبغي

[1182] انظر مثلا: محمّد حسين منصور، الحقوق العينيّة الأصليّة. الملكيّة والحقوق المتفرّعة عنها. أسباب كسب الملكيّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2007، ص 471 وما بعدها.

(1183)





أن يكون هذا مضرّا بالمالكين الذين يوجدون في الأعلى ولا بالملاحة. ثمّ إنّ الرّواسب ينبغي أن تلتصق بالضّفّة. فإذا التصقت، لم يمتلك جميعها بل ينبغي حسب نصّ المجلّة المدنيّة – وحسب نصّ مجلّة الحقوق العينيّة – ترك طريق على مقتضى ما تحكم به القوانين[1184]. وإذا كان هذا الطّريق موجودا من الأصل، فالرّواسب تتبع الطّريق وتكون ملكا عموميّا، لأنّه لا التصاق بينها وبين الملكيّة الخاصّة. ودائما في إطار الفصل 556، قيل إنّه يتعلّق: بمجرى الماء الذي يصبّ في البحر (fleuve) أو الذي يصبّ في مجرى آخر (rivière)، بمجرى الماء الذي عليه ملاحة والذي ليست عليه ملاحة، بمجرى الماء الذي تمكن السّباحة فيه والذي لا يمكّن من ذلك. وبعض هذه التّفاصيل لا تهمّ تونس لأسباب جغرافيّة. لكن ما يمكن أن يهمّها هو ما قيل في فرنسا من أنّ النّصّ لا ينطبق على السّيول والجداول، كما لا ينطبق على البحر والبحيرات. فإذا أخذنا النّصّ التّونسيّ، وجدناه يتحدّث عن الوادي والنّهر. هذا تخصيص باللقب•. وعليه يكون المسكوت عنه ما ليس له اللقب، أي ما ذكر للتّوّ من سيول وجداول وبحر وبحيرات. ويمكن القول في القانون التّونسيّ بالحلّ نفسه الذي قيل في القانون الفرنسيّ. وحجّة هذا القول إرادة المشرّع التي تستشفّ من

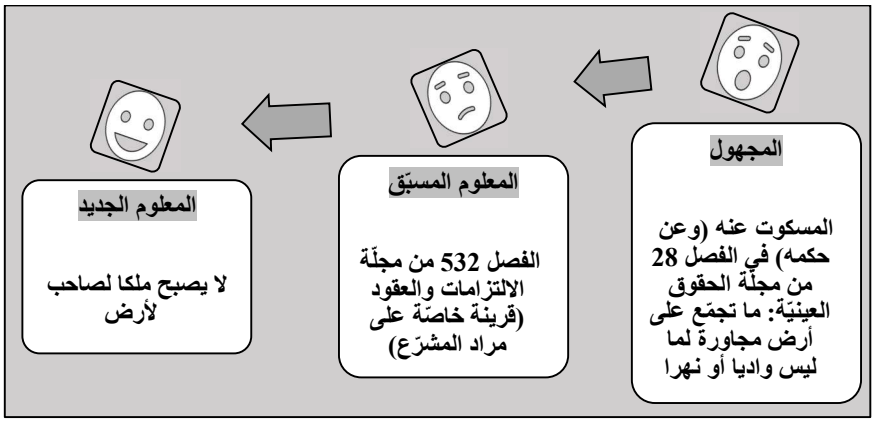
(1184) جاء في فقه القانون التّونسيّ أنّ معنى اشتراط الفصل 28 من مجلّة الحقوق العينيّة "إبقاء طريق بالضّفّة على نحو ما تقتضيه القوانين [...] تطبيق أحكام مجلّة المياه التي أنشأت حقوق ارتفاق على الأملاك المجاورة للملك العموميّ للمياه منها ما عبّر عنه بارتفاق الضّفّة الحرّة الذي يمتدّ نطاقه على عرض قدره ثلاثة أمتار من الضّفّة (الفصل 40 من مجلّة المياه)". ليليا بوستّة، «الماء في مجلّة الحقوق العينيّة»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 549.

• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

نقله ما هو موجود في فرنسا[1185]. فإذا عدنا مرّة أخرى إلى ما قيل في فرنسا (والذي يمكن أن يقال في تونس)، وجدنا أنّ الأرض المضافة تصبح خاضعة لما تخضع له الأرض المضاف إليها. فإذا كان ثمّ حقّ عينيّ للغير (انتفاع، رهن، إلخ) موظّف على هذه، امتدّ الحقّ وشمل تلك[1186].

كلّ هذا عن التّراب الذي جُرف تدريجيّا وبصفة غير محسوسة. والسّؤال الآن: إذا كان التّراب جُرف مرّة واحدة وعلى نحو محسوس، ما الحكم؟ الجواب: هذه صورة

(1185)



(1186) انظر جميع ما ورد أعلاه من تفاصيل (وانظر أكثر منها) في القانون الفرنسيّ والمقارن عند: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 63 وما بعدها. انظر أيضا: كريستيان أتياس، م س، الفقرة 198 أ، ص 246 وما بعدها؛ ش أوبري وش رو، ج 2، الفقرة 203، ص 221؛ فرانسوا لوران، م س، ج 6، الفقرة 281 وما بعدها، ص 363 وما بعدها؛ بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 157 وما بعدها، ص 87 وما بعدها؛ نبيل إبراهيم سعد، م س، ص 321؛ عبد الرّزّاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ الجديد. أسباب كسب الملكيّة مع الحقوق العينيّة الأصليّة المتفرّعة عن الملكيّة (حقّ الانتفاع وحقّ الارتفاق)، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، د ت، المجلّد 9، ص 252 وما بعدها.

سكت عنها الفصل 28•. لكنّ المسكوت عنه في هذا الفصل منطوق به في الفصل 29.

226 **ثانياً صورة الفصل 29: تحوّل الأرض عن موقعها بسبب حادث وقع بقوّة قاهرة (avulsion)** ◊ حسب الفصل 29 من مجلّة الحقوق العينيّة، إذا تحوّلت ضفّة نهر من مكانها إلى أرض منخفضة عنها (سكت النّصّ عن التّحوّل إلى الأرض المقابلة•. هنا يمكن إعمال قياس المثل بسبب حادث وقع بقوّة قاهرة (من أمثلة القوّة القاهرة، حسب الفصل 283 من مجلّة الالتزامات والعقود، الفيضانات وغير ذلك)، وإذا كان ما زال من الممكن التّعرّف عليها، يكتسب مالك الأرض المتحوّل إليها ملكيّة الأرض التي التصقت بأرضه، إذا لم يقم مالكها بالمطالبة بها في أثناء السّنة

• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

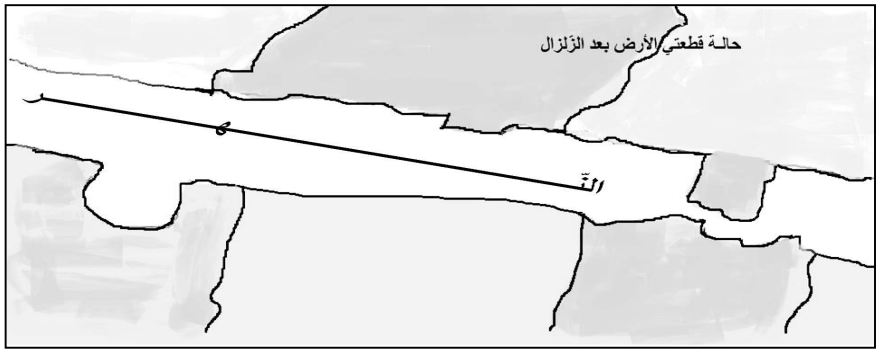
• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

الموالية للحادث. ولا يسقط حقّ مالك الأرض في المطالبة بأرضه بعد فوات هذا الأجل إلّا إذا لم يضع عليها مالك الأرض المتحوّل إليها يده[1187].

ولأنّ القانون التّونسيّ منقول عن القانون الفرنسيّ، سنأتي لمرّة أخرى بما قيل في إطار هذا القانون (لكن ينبغي التّنبيه إلى ضرورة اعتبار الفارق في الجغرافيا بين تونس وفرنسا) من أنّ النّهر يمكن أن يكون نهرا فيه ملاحة أو ليست فيه ملاحة. أضف إلى ذلك أنّه قيل إنّ الصّورة تشمل الأرض التي تلتصق بغيرها بأن تحلّ إلى جنبها أو بأن تحلّ فوقها. في جميع هذه الحالات تظلّ الأرض والمباني والغراسات ملكا لمن كان مالكا لها، ويمكنه مواصلة ممارسة سلطاته عليها. لكن هذا خيار وليس واجبا.

(1187)





فإذا اختار التّنازل عن الملكيّة، فلا تمكن مطالبته بالتّعويض عن الأضرار التي لحقت بالعقّار المضاف إليه لأنّ السّبب قوّة قاهرة، وفي القوّة القاهرة لا تعويض. والحلّ نفسه، لو ذهب إلى الخيار الآخر. هذا الخيار الآخر ينبغي أن يعبّر عنه في أجل سنة. بل يمكن أن يمارس بعد ذلك لو لم يحصل حوز من المالك الآخر[1188].

227 **ثالثاً صورة الفصل 31: تحوّل وادي عن مجراه الأصليّ** ◊ حسب الفصل 31 من مجلّة الحقوق العينيّة، إذا تحوّل وادٍ عن مجراه الأصليّ بفعل الطّبيعة واتّخذ مجرى جديدا بصفة دائمة، يمكن لأصحاب العقّارات المجاورة اكتساب ملكيّة المجرى القديم بالالتصاق كلّ واحد في المساحة الممتدّة أمام أرضه لغاية خطٍّ يُفترض وقوعه في وسط الوادي. ولتحقّق هذه الملكيّة للمجرى القديم، ينبغي أن يعبّر أصحاب العقّارات المجاورة في أجل معيَّن عن رغبتهم في هذه الملكيّة. كما ينبغي أن يدفعوا لقاءها ثمنا يحدّده الخبراء. ويمكن القول إنّ المجرى القديم ملك عموميّ، وإنّ القانون وضع هنا ولفائدة المالكين المجاورين للمجرى حقّ أولويّة في الشّراء. فإذا مارسوه ودفعوا الثّمن، لم يذهب الثّمن إلى الدّولة بل إنّه يوزّع على أصحاب الأراضي التي يشغلها المجرى الجديد وفق نسبة قيمة الأرض التي فقدها كلّ واحد منهم. وسبب هذا الحكم أنّ الدّولة لم تفقد شيئا، لأنّها ستصير مالكا للمجرى الجديد، أمّا أصحاب الأراضي التي يشغلها المجرى الجديد فقد فقدوا ملكيّة أراضيهم أو جزءا من أراضيهم. فإذا رفض أصحاب حقّ الأولويّة ممارسة حقّهم، في هذه الصّورة يقول

[1188] انظر جميع ما ورد أعلاه من تفاصيل في القانون الفرنسيّ عند: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 95 وما بعدها. انظر أيضا: ش أوبري وش رو، ج 2، الفقرة 203، ص 225 وما بعدها؛ فرانسوا لوران، م س، ج 6، الفقرة 296 وما بعدها، ص 384 وما بعدها؛ بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 165، ص 90؛ برودون، م س، ج 2، الفقرة 592، ص 170 وما بعدها.

الفصل 31 في فقرته الثّانية والثّالثة: "وإذا لم يعرب أصحاب العقّارات المجاورة خلال الثّلاثة أشهر الموالية للإعلام الصّادر لهم من طرف الوالي عن رغبتهم في اكتساب الملكيّة بالثّمن الذي حدّده الخبراء، فإنّ المجرى القديم يُباع حسب الإجراءات المتعلّقة ببيع أملاك الدّولة. ويوزّع الثّمن الحاصل من البيع بعنوان تعويض على أصحاب الأراضي التي يشغلها المجرى الجديد على نسبة قيمة الأرض التي يكون خسرها كلّ منهم"[1189].

وفي القانون الفرنسيّ نجد الفصل 563 الذي كان يقول إنّ من فقد الملكيّة يأخذ ما يقابلها في المجرى القديم. لكن سنة 1889 نقّح النّصّ وصار يميّز بين النّهر الذي تمكن فيه الملاحة أو السّباحة والنّهر الذي لا يمكن فيه ما سبق. وبالنّسبة إلى الصّورة الأولى، نجد ما وجدناه في الفصل 31 السّالف الذّكر. هذا يعني أنّ مجلّة الحقوق العينيّة نقلت ما جاء في المجلّة المدنيّة دون أن تحصره في النّهر القابل للملاحة أو

[1189] إضافة إلى ما سبق، ينبغي أن نستحضر في المسألة أحكام الفصل 7 من مجلّة المياه: "في صورة تحوّل مجرى الوادي سواء لأسباب طبيعيّة أو غير طبيعيّة، فإنّ المجرى الجديد للوادي مع الضّفاف الحرّة التي يشتمل عليها تدمج في الملك العموميّ للمياه. وإذا لم تترك المياه مجراها القديم تماما، وفي صورة تكوّن المجرى الجديد لأسباب طبيعيّة، فإنّ مالكي الأراضي التي يجتازها المجرى الجديد لا يمكن لهم أن يطالبوا بأيّة غرامة".

فإذا عدنا إلى مجلّة الحقوق العينيّة، وجب أن نشير إلى أنّه، ومع الصّور الثّلاث التي تعرّضنا إليها، تمّ التّنصيص على صورتين أخريين وذلك في الفصل 30 وفي الفصل 31:

فأمّا الفصل 30 فقال: "ما تغمره مياه البحر أو البحيرات أو الغدران أو المستنقعات من الأملاك الخاصّة تعود لأصحابها إذا انحسرت عنها المياه".

وأمّا الفصل 31 فجاء فيه: "إذا تفرّع الوادي وأحاط بأرض صيّرها جزيرة تبقى لمالكها".

وكما يُرى لا علاقة لمنطوق هذين النّصّين بالالتصاق. لكن، وفيما يخصّ النّصّ الأوّل، يمكن القول إنّ الأرض الذي غمرها بحر مثلا دخلت في الملك العموميّ بالالتصاق.

للسّباحة. ولقد قيل – في إطار أحكام هذه المجلّة – إنّه لا ينبغي خلط صورة تحوّل النّهر الواردة في النّصّ مع صورة الفيضانات التي يحصل على إثرها تغيير مؤقّت أو مع صورة التّحوّل الذي يحدث بفعل الدّولة أو الأفراد. فإذا مررنا الآن إلى الصّورة الثّانية، أي صورة النّهر الذي لا تمكن فيه الملاحة أو السّباحة، وجدنا أنّ من يجاورونه هم من يملكون سريره؛ فإذا تغيّر المجرى، عادت لهم إمكانيّة استعمال ما يملكون؛ بقي مجاورو المجرى الجديد: هؤلاء لا يأخذون تعويضا، لأنّهم لم يفقدوا ملكيّة ما كانوا يملكون، بل فقط إمكانيّة استعماله[1190].

228 رابعاً صورة الفصل 33: انتقال بعض الحيوانات من محلّ إلى آخر ◊ تنقسم الحيوانات، بالنّظر إلى العلاقات القانونيّة، إلى ثلاثة أقسام. أوّلا الحيوانات الوحشيّة (*fera*/ animaux sauvages) التي تسمح لها طبيعتها بأن تعيش في استقلاليّة تامّة عن الإنسان (الأسد، إلخ)، وهذه يكتسبها من يستولي عليها طالما ظلّت تحت سيطرته[1191]؛ فإذا فرّت، ترجع كما كانت أشياء مباحة. ثانيا الحيوانات الأهليّة (*mansueta*/ animaux domestiques)، وهذه قابلة للملكيّة (البقرة، إلخ)؛ ولا يفقد مالكوها ملكيّتهم لها، إذا ضاعت منهم. ثالثا الحيوانات التي ليست وحشيّة

[1190] انظر جميع ما ورد أعلاه من تفاصيل (وانظر أكثر منها) في القانون الفرنسيّ عند: روجيه سانت–ألاري، م س، الفقرة 121 وما بعدها. انظر أيضا: أرموند بلوم، م س، ص 18 وما بعدها؛ ش أوبري وش رو، ج 2، الفقرة 204، ص 229؛ فرانسوا لوران، م س، ج 6، الفقرة 306 وما بعدها، ص 391 وما بعدها.

[1191] انظر حول هذه الطّريقة لاكتساب الملكيّة ما سيرد في الفقرة 235 وما بعدها.

تماما ولا أهليّة تماما (*mansue-facta*)، ولكن من عادتها أن تسكن مكانا معيّنا وأن يكون لها نوع من التّبعيّة للإنسان[1192].

عن هذا القسم الثّالث قال الفصل 33 من مجلّة الحقوق العينيّة: إذا انتقل حمام البروج وأرانب الأوْجِرة وسمك البرك، من نفسه وبدون تحيّل في استجلابه، إلى محلّ آخر، يصير ملكا لصاحب المحلّ الذي تمّ الانتقال إليه[1193].

[1192] انظر حول هذا التّقسيم: أدموند بول هنري، م س، الفقرة 161. انظر أيضا: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 133.

[1193] "حمام البروج. البروج جمع برج [...] (وهي) بيوت تبنى على السّور [...] وإطلاق البروج على مساكن الحمام مستعمل. ولا شكّ أنّ الحمام طائر منفصل عن برجه [...] وأشهر قول خليل [...] أنّ بيعه مع برجه جائز لأنّه تبع [...]

"أرانب الأوْجِرة. الأوْجِرة جمع وجار بالكسر والفتح. حِجْرُ الضّبع أو غيره. فإذا اتّخذت الأوْجِرة لتربية الأرانب وقنصها وبيعت بأرانبها، جرى عليها حكم العقّار ولا فرق بينها وبين حمام البروج [...]

"سمك البرك [...] جمع بركة، وهي الحوض ومستنقع الماء. فإذا اتّخذها لتربية السّمك أو جعلها لجنب نهر لصيده بحيث صار المقصود منها هو السّمك أخذ حكمها وصار تابعا لملكيّة البركة عند الفقهاء. ويوجد في بعض سواحل المملكة التّونسيّة من ذلك. ويسمّى المحلّ مرسيّة. وتملّكها متعارف في جزيرة قرقنة. ومالكها يختصّ بصيدها ويؤجّرها كما يشاء. وفي المادّة 1301 من مجلّة الأحكام: «شخص هيّأ محلّا في حافّة الماء لأجل صيد السّمك، فجاءه سمك كثير، وأخذ الماء بالقُلّة، فإنّ ذلك السّمك يمسك من غير صيد لذلك الشّخص». ومن هذا مسألة الحقوق الإباحيّة، فقد ذكر فيها فقهاؤنا أنّه يجوز أخذ شيء من الدّراهم ونحوها في مقابلة إباحة صيد بركة ماء أو وادي ونحوهما على ما ذكره الزّرقاني في باب السّلم. وذكر فيه جواز شراء الملاحة وإن كان ما يخرج منها مجهول القدر والصّفة لأنّ الثّمن إنّما هو في مقابلة رفع اليد عنها وإباحتها له فقط". محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 31 و32. ملاحظة: رأينا سابقا أنّ حمام البروج وأرانب الأوْجِرة وغير ذلك هي عقّارات حكميّة (الفقرة 42).

وما يلاحظ هو أنّ في الفصل 33 تخصيصا باللقب (حمام البروج، إلخ)، أي سكوت عمّا له اللقب النّقيض• (ما ليس حمام بروج، إلخ؛ لكنّه من النّوع نفسه[1194]، أي هو حيوان ليس وحشيّا تماما ولا أهليّا تماما). يتعلّق الأمر هنا – إذا أخذنا الحالة التي يُتحدّث عنها – بالنّحل في الجباح. فالمعلوم أنّ النّحل إذا كثر، انتقلت مجموعة منه وكوّنت لنفسها مقرّا جديدا. هذا المقرّ قد يكون في أرض الغير. فهل يمتلك هذا الغير النّحل بالالتصاق؟ إذا بحثنا في الأعمال التّحضيريّة للفصل 33[1195]، وجدنا نائبا (هو الأديب العروسي المطوي صاحب رواية "حليمة"، و"التّوت المرّ"، إلخ) يسأل حين قرأ المقرّر محتوى الفصل: "أردت أن أعرف هل أنّ النّحل داخل في هذه الأمثلة أم لا؟ فإذا كان المقصود به الحصر، لا يكون داخلا؛ وإذا كان المقصود به التّمثيل، يكون داخلا". أجاب كاتب الدّولة للعدل: "هو داخلٌ، وقد

• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

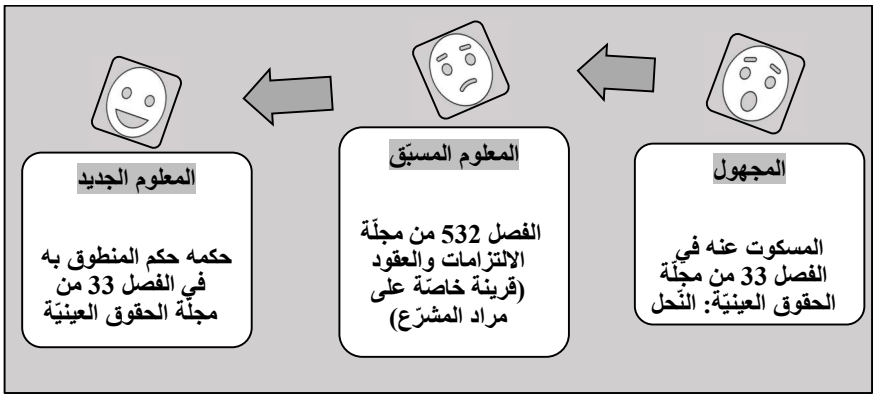
[1194] هذا شرط من شروط التّأويل العكسيّ. انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، «التّفكير العكسيّ. دراسة في المنهجيّة القانونيّة المقارنة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 32، الهامش 75.

[1195] الرّائد الرّسميّ. مداولات مجلس الأمّة، عدد 12، 24 ماي 1965، ص 209.

تعرّضنا لذلك على سبيل المثال [...]". على أساس هذا الجواب، وافق النّواب (أي المشرّع) على الفصل 33[1196].

زيادة على ما سبق، نجد الفصل 33 يشترط لاكتساب ملكيّة الحيوانات بالالتصاق أن يكون انتقالها تلقائيّاً، أي دون تحيّل لاستجلابها. هنا النّصّ مطلق• يشمل الاستجلاب الذي يقع من صاحب العقّار أو الذي يقع من الغير. ولأنّنا لا نجد

(1196)



حول النّحل جاء عند محمّد الطّاهر السّنوسي، (م س، ج 1، ص 31): "خلايا النّحل. الخلايا جمع خليّة وخليّ. ما يعمل فيه النّحل، أو مثل الراقودي من طين أو خشبة تحفر ليعسل فيها. وهي الأجباح التي يسكنها النّحل. قال البُرُزْلي: إن اشترى الأجباح، دخلت النّحل؛ وكذا العكس. ولا يدخل العسل في الوجهين".

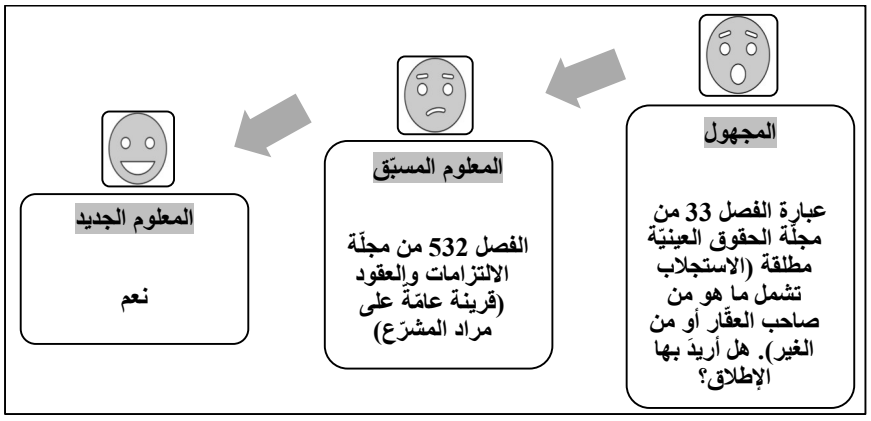
وجاء في كتاب الجدار: "سئل مالك عن حمام الأبرجة: إذا دخلت حمام هذا البرج في حمام برج هذا، وحمام برج هذا في حمام برج هذا، قال مالك: إن كان يُستطاع ردّ حمام كلّ واحد منهم إلى برجه، ردّ ذلك. وإن كان لا يستطاع، لم أر عليهم في ذلك شيء وهي لمن تثبت في برجه. وكذلك النّحل تخرج من جَبَح هذا الرّجل إلى جبح هذا، إن عُلم بذلك واستطاعوا ردّها، وإلّا فهي لمن تثبت في أجباحه [...] قال أشهب [...] النّحل لا تُعرَف أبدا ولا يُقدَر على ردّها". عيسى بن موسى التُّطيلي، كتاب الجدار، دراسة وتحقيق إبراهيم بن محمّد الفايز، د ن، الرّياض، ط 1، 1417 هـ/ 1996 م، ص 358.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

في الأعمال التّحضيريّة ولا في غيرها قرينة مقيّدة، فينبغي إجراء المطلق على إطلاقه(1197).

229 ردّ الصّور الأربع إلى صورتين أو جمع المتماثلات ◊ يخلص ممّا جاء أعلاه أنّ صور الالتصاق الطّبيعيّ أربع في مجلّة الحقوق العينيّة. ويمكن – بجمع المتماثلات –

(1197)



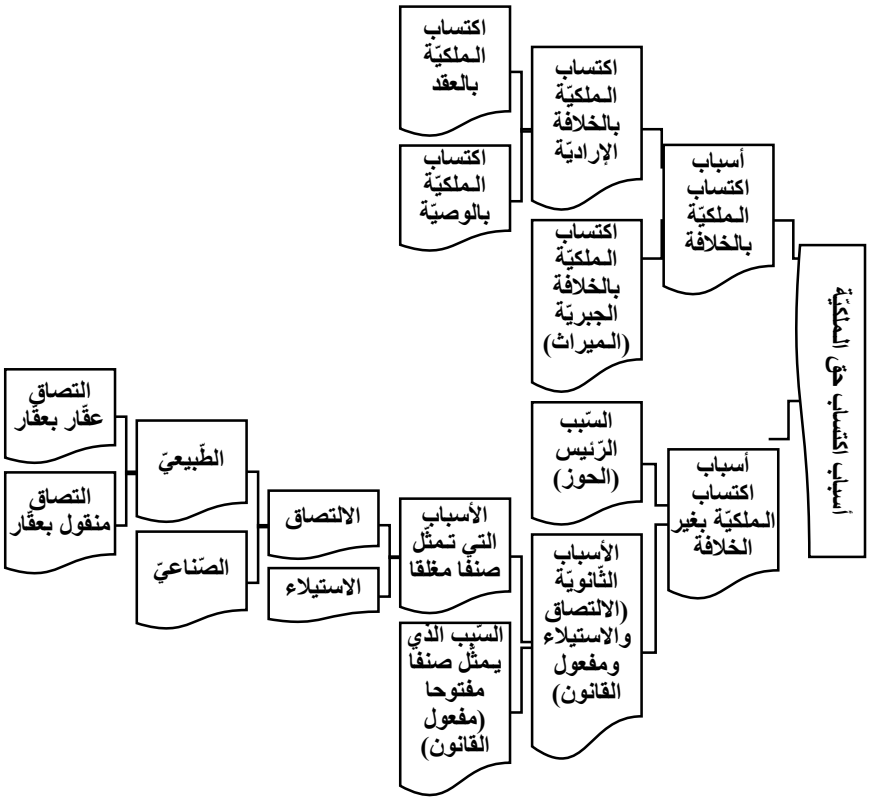
حول ما جاء أعلاه وفي القانون الفرنسيّ انظر: ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 310 وما بعدها، ص 396 وما بعدها.

ردّ الأربع إلى اثنتين: التصاق عقّار بعقّار والتصاق منقول بعقّار[1198]. إلى جانب هاتين الصّورتين للالتصاق الطّبيعيّ، توجد صور يكون الالتصاق فيها صناعيّا[1199].

1. 1. 2/ الالتصاق الصّناعيّ

230 تقسيم الالتصاق الصّناعيّ ◊ سبق معنا الفصل 34 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي يقول إنّ "البناءات أو المغروسات أو المنشآت [...] تعتبر أنّ مالك الأرض

(1198)



قد أقامها على نفقته وإنّها ملك له [...]". هنا ثمّ قرينة، وقرينة بسيطة، لأنّ النّصّ يضيف أنّه يمكن إثبات عكسها.

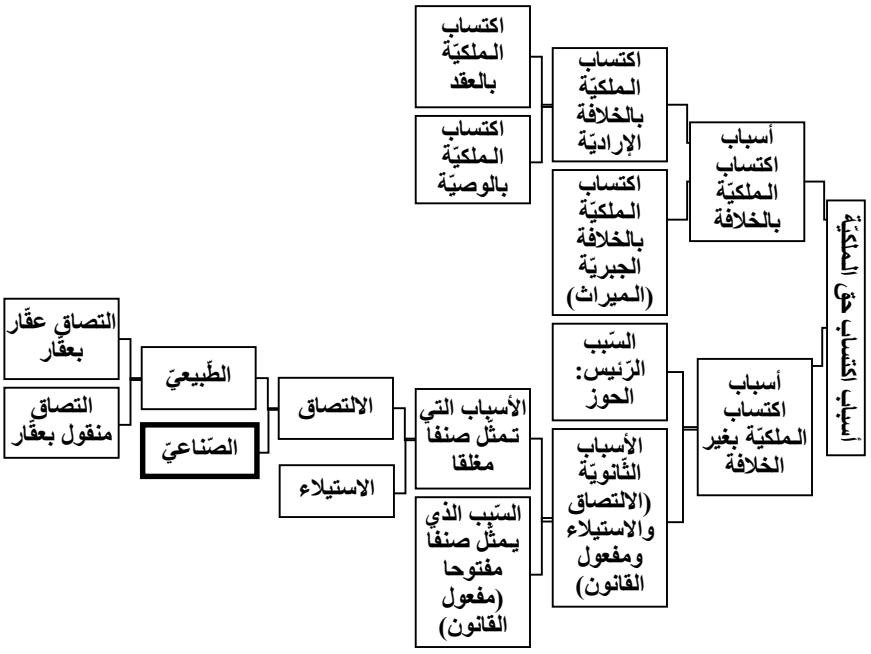
فإذا ثبت العكس، نكون أمام أرض لشخص ومحدثات صاحبها شخص آخر. هذا هو الالتصاق الصّناعيّ.

ومن يرجع إلى الفصول 35 و36 و37، يجد في كلّ فصل صورة:

فأمّا الفصل 35، فصورته هي إحداث بناءات أو مغروسات أو منشآت من قِبَل صاحب الأرض بموادّ على ملك غيره.

وأمّا الصّورة الواردة بالفصل 36، فصورة إحداث بناءات ومغروسات ومنشآت على أرض الغير بموادّ على ملك المحدِث.

(1199)

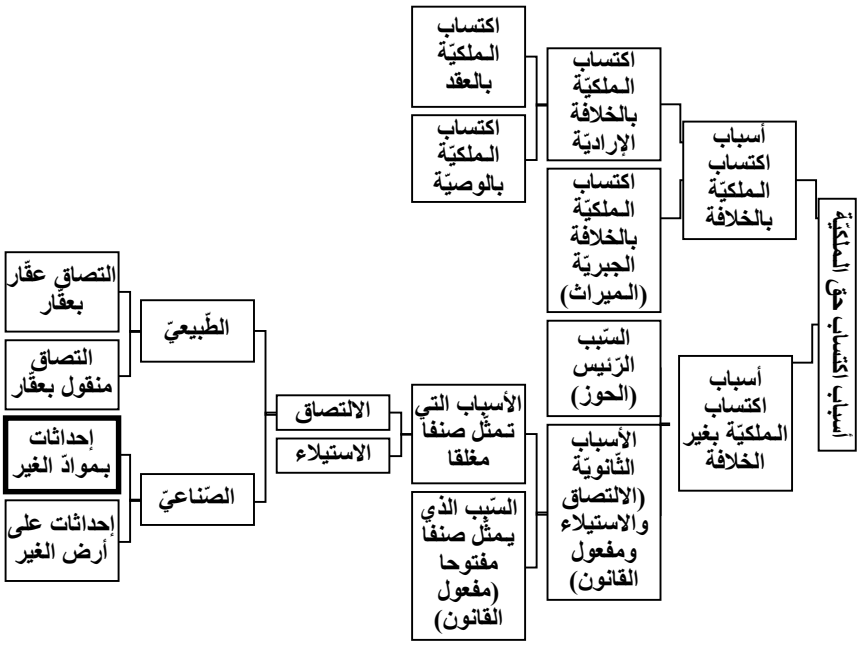


أخيرا تأتي صورة الفصل 37، وحاصلها إحداث مالك الأرض بناءات أو منشآت (لم يقل النّصّ "مغروسات") بأرضه لكنّه يتجاوز يسيرا إلى أرض الجار.

هذه الصّورة الثّالثة يمكن إدخالها تحت عنوان الثّانية. بهذا نختزل صور الالتصاق الصّناعيّ من ثلاث صور إلى صورتين: إحداثات بموادّ الغير، وإحداثات على أرض الغير[1200].

231 الصّورة الأولى: إحداثات بموادّ الغير (أرضه، وإحداثه، لكن موادّ غيره) ◊ حسب الفصل 35 من مجلّة الحقوق العينيّة (وهو نقل حرفيّ للفصل 66 من القانون العقّاريّ لسنة 1885[1201])، ونقل شبه حرفيّ للفصل 554 من المجلّة المدنيّة

(1200)



(1201) انظره عند: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س.

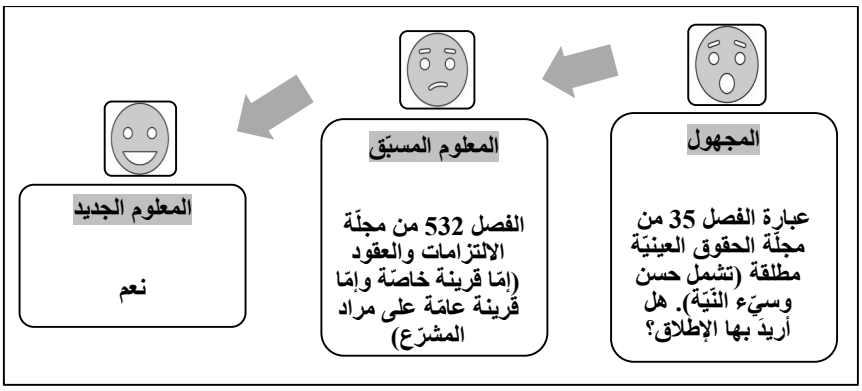
الفرنسيّة): إذا أحدث شخص بأرضه بناءات أو مغروسات أو منشآت بموادّ على ملك شخص آخر (كأن يبني منزلا على أرضه بموادّ بناء على ملك جاره)، عندها يتملّك صاحب الأرض بالالتصاق ما تمّ إحداثه. ولا يجوز لمالك الموادّ أن يلزم صاحب الأرض بفصلها عن المكان الموضوعة فيه. لكنّه يستطيع أن يلزمه بالتّعويض له عن قيمتها وعن الضّرر الحاصل له.

ومن ينظر فيما جاء الآن، يجد حكمين:

الحكم الأوّل يهمّ ملكيّة الإحداثات. هذه الملكيّة تكون لصاحب الأرض. والفصل 35 مطلق في خصوص هذا الشّخص•، ولم يتحدّث عن حسن أو سوء نيّته (يكون حسن النّيّة، لو كان يظنّ الموادّ على ملكه؛ وسيّئها في الحالة المعاكسة). ويمكن: إمّا أن نقول إنّ النّصّ أخذ من فرنسا، وفي فرنسا يُقبل حسن وسيّء النّيّة؛ وإمّا أن نكتفي بالأعمال التّحضيريّة وبمداولات مجلس الأمّة ونقول بإجراء المطلق على إطلاقه لعدم العثور في هذه الأعمال والمداولات على قرينة مقيّدة[1202]. فإذا قبل ما ورد أعلاه، أمكن عندها أن نلاحظ أنّ الحكم بملكيّة صاحب الأرض للإحداثات لا يمكن أن يكون مردّه تطبيق أحكام حوز المنقول: أوّلا لأنّ هذه الأحكام تعمل

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1202)



لفائدة من كان حسن النّيّة، ثانيا لأنّ الإحداثات ليست منقولا (تحديدا: نحن أمام ما كان منقولا ولم يعد كذلك).

وفي فرنسا قيل عن حكم الفصل 554 إنّه مبرَّر من زاوية الاقتصاد، لأنّ هدم الإحداث وإزالته لا يفيد في أغلب الحالات صاحب الموادّ. بل قيل إنّه لا يمكن لهذا أن يطالب بالموادّ إذا حصل الهدم، وذلك تطبيقا للمبدأ القانونيّ العامّ: السّاقط (الحقّ الذي سقط) لا يعود. الأمر مختلف حسب بعض الفقهاء، إذا حصل الهدم قبل أن يتلقّى صاحب الموادّ التّعويض. وفي إطار القانون نفسه قيل إنّ تمليك صاحب الأرض لا يحصل إلّا إذا تحقّق إدماج، وصارت الموادّ عقّارات طبيعيّة لا مجرّد عقّارات حكميّة[1203].

فإذا صار صاحب الأرض مالكا بالالتصاق، لم يجز – حسب عبارة الفصل 35 من مجلّة الحقوق العينيّة – لصاحب الموادّ أن يرفعها من محلّ وضعها.

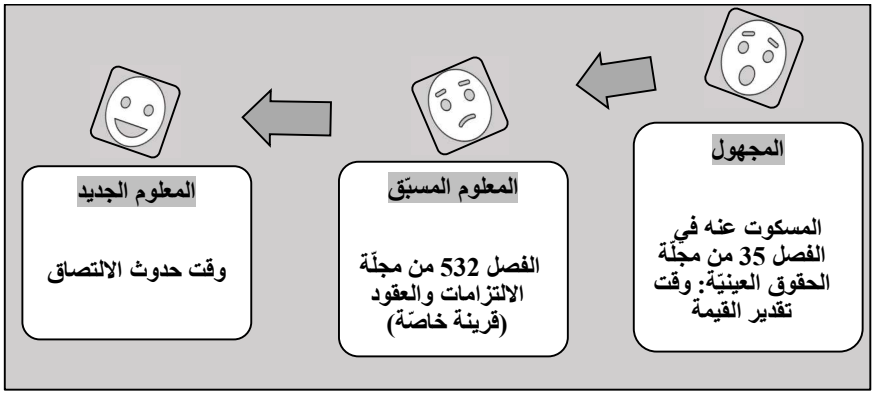
الحكم الثّاني يهمّ التّعويض. فالفصل 35 جعل مالك الموادّ دائنا لصاحب الإحداثات بقيمة موادّه. والسّؤال: هل القيمة هي القيمة وقت حدوث الالتصاق أم هي وقت دفع التّعويض؟ الجواب: سكت النّصّ•؛ لذا ينبغي القول إنّ القيمة هي القيمة وقت حدوث الالتصاق، لأنّه وقت انتقال الملكيّة من صاحب الموادّ إلى صاحب

[1203] انظر حول العقّار الطّبيعيّ بالإدماج الفقرة 37، وحول العقّار الحكميّ الفقرة 40 وما بعدها. وانظر حول ما جاء في المتن عن مضمون القانون الفرنسيّ: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 146 وما بعدها؛ انظر أيضا: كريستيان لارومیه، م س، الفقرة 660 وما بعدها، ص 364 وما بعدها. انظر حول النّقطة نفسها في القانون الأردنيّ: محمّد وحيد الدّين سوار، م س، الفقرة 106 وما بعدها، ص 91 وما بعدها؛ وفي القانون المصريّ: محمّد حسين قاسم، موجز الحقوق العينيّة الأصليّة. حقّ الملكيّة. حقّ الملكيّة في ذاته. أسباب كسب الملكيّة، منشورات الحلبيّ الحقوقيّة، بيروت، ط 1، 2006، ص 231 وما بعدها.

• إذن، وكما ورد في المتن، نحن أمام صورة فراغ في القانون.

الإحداثات[1204]. لكن في فرنسا – وبدءا من 17 ماي 1960 – نقّح الفصل 554 وصار يقول إنّ تقدير قيمة الموادّ ينبغي أن يحصل وقت دفع التّعويضات.

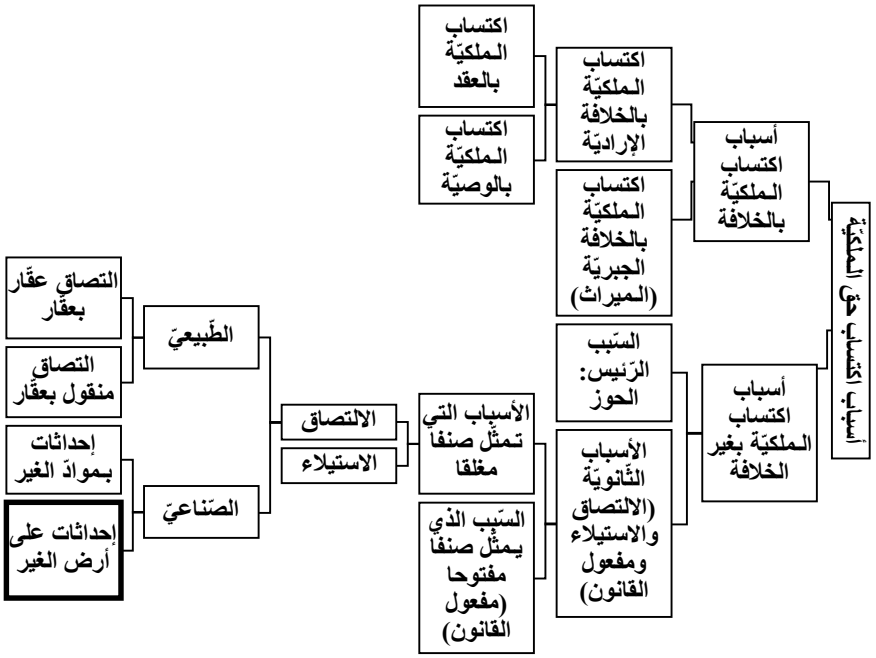
(1204)



انظر الرّأي نفسه عند: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 130، ص 131؛ وانظر الرّأي المخالف عند: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 204، ص 112.

زيادة على ما تقدّم، وإذا لحق بصاحب الموادّ ضرر (كأن يكون قد اضطرّ لتأجيل إصلاحات عاجلة بسبب فقدانه للموادّ)، فيمكنه طلب تعويض عن هذا الضّرر[1205].

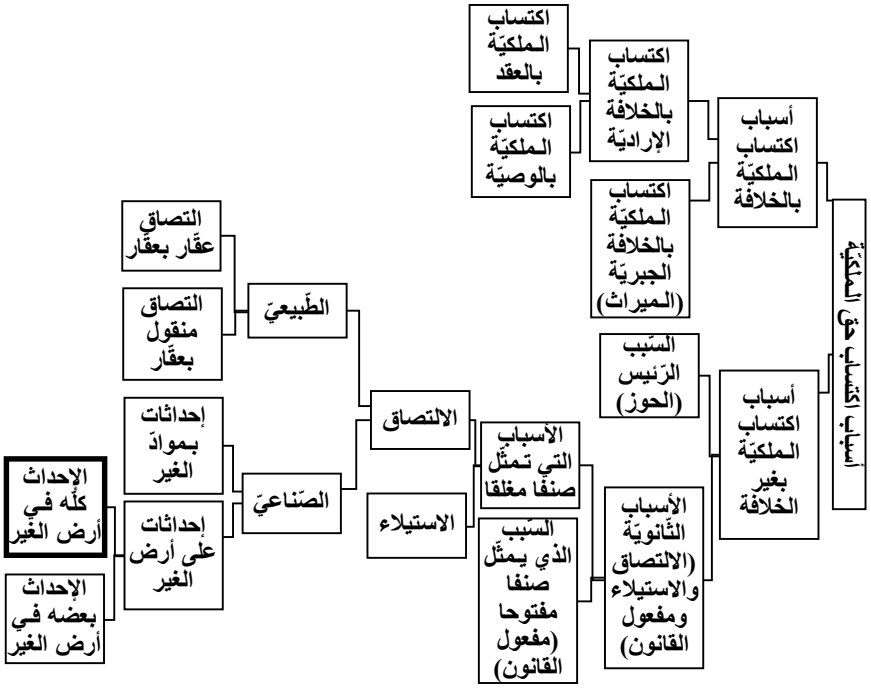
(1205)



232 الصّورة الثّانية: إحداثات على أرض الغير (ليست أرضه، لكن إحداثه، وموادّه) ◊ تنحلّ هذه الصّورة إلى وضعيّتين[1206]:

233 الوضعيّة الأولى: الإحداث كلّه في أرض الغير ◊ يتعلّق الفرض هنا بشخص يقوم بإحداث بناءات أو مغروسات أو منشآت على أرض غيره، ويستعمل في ذلك موادّ على ملكه (كأن يبني شخص منزلا بموادّ على ملكه فوق أرض جاره، أو أن يزرع الشّخص مغروسات في ملك غيره). هذا الفرض جاء في الفصل 36 من مجلّة الحقوق العينيّة، الذي هو نقل حرفيّ للفصل 67 من القانون العقّاريّ لسنة 1885[1207]، وللفصل 555 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة[1208].

(1206)



(1207) انظره عند: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س.

(1208) حول البناء على أرض الغير في القانون الفرنسيّ، انظر مثلا:

ويخلص من هذه النّصوص أنّ الحكم يتمثّل في أن يكتسب صاحب الأرض ملكيّة الإحداثات بالالتصاق.

هذا الاكتساب وجوبيّ، إذا كان المحدِث حسن النّيّة (الفقرة 4 من الفصل 36). فإذا كان الشّخص القائم بالبناءات والمغروسات والمنشآت حائزا للأرض بشبهة، أي إذا كان حائزا للأرض معتقدا أنّه هو المالك[1209]، ثمّ رفعت يده عنها، فليس من حقّ صاحب الأرض طلب إزالة الإحداثات، بل يُجبَر على تملّكها بالالتصاق، ويعوَّض للمحدِث: إمّا بأن يُرجَع له ثمن الموادّ وأجرة اليد العاملة، وإمّا بأن يُدفَع له مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات.

لكنّ الاكتساب يبيت خياريّا، إذا كان المحدِث سيّئ النّيّة. ففي هذه الحالة أمام مالك الأرض أمرٌ من اثنين: الأمر الأوّل طلب إزالة تلك الإحداثات، أي هدم البناء أو قلع المغروسات أو إزالة المنشآت؛ ويكون الهدم والقلع والإزالة على نفقة المحدِث؛ ولا يستحقّ هذا المحدِث تعويضا، بل إنّه هو الذي قد يُطالَب بالتّعويض

فيليسيان غريفال، في البناءات المقامة على أرض الغير وفي الحقوق المتولّدة عنها، مطبعة أ دونّو، باريس، 1871.

Félicien Grivel, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui et des droits qui en naissent*, Imprimerie de E. Donnaud, Paris, 1871.

إيميل لارشيه، في البناءات المقامة على أرض الغير، أرتور روسو، باريس، 1894.

Emile Larcher, *Des constructions élevées sur le terrain d'autrui*, Arthur Rousseau, Paris, 1894.

كريستيان لاروميه، م س، الفقرة 662 وما بعدها، ص 365 وما بعدها؛ جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 191 وما بعدها، ص 202 وما بعدها.

[1209] استعمل المشرّع في الفقرة 4 من الفصل 36 عبارة الحائز بشبهة. ويمكن القول إنّه بهذا قد أحال على الفقرة 3 من الفصل 44 القائلة إنّ "الحائز بشبهة هو الحائز بوجه لا يعلم عيبه"؛ بتعبير آخر: الحائز بشبهة هو الحائز الذي يعتقد أنّه مالك.

لفائدة صاحب الأرض إن حصل لهذا ضرر (الفصل 36 فقرة 2 من مجلّة الحقوق العينيّة). الأمر الثّاني الإبقاء على البناءات والمغروسات والمنشآت بأرضه؛ في هذه الحالة يكتسب صاحب الأرض ملكيّة المحدثات بموجب الالتصاق، لكن يُلزَم بترجيع ثمن الموادّ وأجرة اليد العاملة بدون التفات إلى ما يحصل من الزّيادة في قيمة العقّار بسبب تلك الإحداثات (الفصل 36 فقرة 3 من مجلّة الحقوق العينيّة)[1210].

والسّؤال: هل قيمة الموادّ هي القيمة وقت حدوث الالتصاق أم هي وقت دفع التّعويض؟ الجواب هنا كما الجواب في الفصل 35: سكت الفصل 36•؛ لذا ينبغي القول إنّ القيمة هي القيمة وقت حدوث الالتصاق، لأنّه وقت انتقال الملكيّة من

[1210] انظر هذه التّطبيقات القضائيّة للفصل 36: تعقيبيّ مدنيّ عدد 10506، 27 نوفمبر 1973، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 97؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 7161، 10 مارس 1983، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 185؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 19257، 28 جوان 1988، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 208؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1254، 26 أفريل 2005، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 299؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 26317، 25 أفريل 2009، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 329.

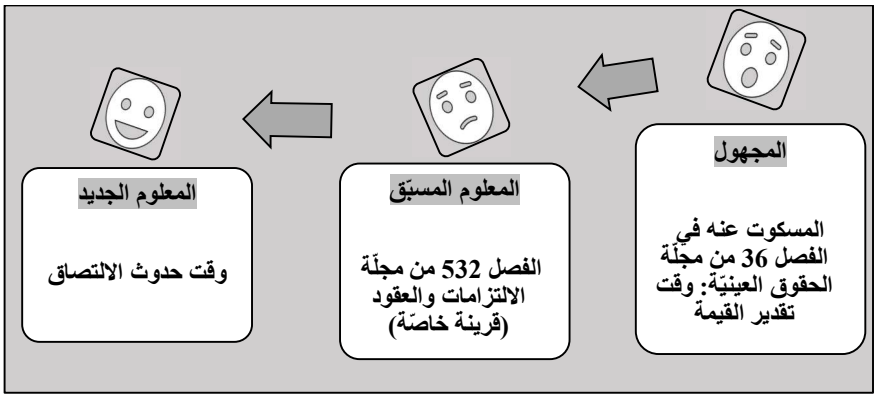
وإذا كان المحدث في الفصل 36 له الخيار بين أمرين كما جاء في المتن، فالأمر مختلف إذا كان المحدِث صاحب لزمة وأقام الإحداثات في الملك العموميّ. هنا منحت القوانين الخاصّة لصاحب اللزمة "حقّا عينيّا خاصّا"؛ وأوجبت عليه، عند نهاية اللزمة، أن يقوم على حسابه بإزالة الإحداثات التي أقامها على الملك العموميّ إلّا إذا نصّ عقد اللزمة على خلاف ذلك. انظر: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 189، ص 146.

• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

صاحب الموادّ إلى صاحب الإحداثات[1211]. لكن في فرنسا – وبدءا من 17 ماي 1960 – نقّح الفصل 555 وصار يقول إنّ تقدير قيمة الموادّ ينبغي أن يحصل وقت دفع التّعويضات.

فإذا نظرنا الآن إلى الصّورة التي يكتسب فيها المالك الإحداثات، وجدنا مفارقة. حاصل المفارقة أنّ القانون يعامل المحدِث سيّء النّيّة بطريقة أفضل من المحدِث حسن النّيّة. فالأوّل يسترجع كامل ما دفعه (ثمن الموادّ ومعه أجرة اليد العاملة)، أمّا الثّاني فيدفع له مالك الأرض المبلغ الأضعف من مبلغين: المبلغ الذي يساوي ثمن الموادّ وأجرة اليد العاملة، أو المبلغ الذي يساوي القيمة المضافة للأرض بسبب الإحداثات. وبسبب هذه المفارقة، نقّح المشرّع الفرنسيّ في 17 ماي 1960 الفصل 555، وجعل التّعويض واحدا سواء كان المحدِث حسن النّيّة أو سيّء النّيّة. ففي الصّورتين المالك مخيّر بين دفع ثمن الموادّ وأجرة اليد العاملة وبين دفع ما يساوي القيمة المضافة للأرض. لكن يبدو أنّ المشرّع التّونسيّ لم يتفطّن إلى هذا التّغيير الواقع في فرنسا سنة

(1211)



انظر الرّأي عينه عند: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 92، ص 149. وانظر الرّأي المخالف عند: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 310، ص 116.

1960، وأخذ في مجلّة الحقوق العينيّة، أي في 1965، بالحلّ الفرنسيّ الذي صار في ذلك الوقت قديما. وما يجعلنا نقول هذا أنّ أحد الذين شاركوا في صياغة المجلّة قال إنّ واضعيها تبنّوا في الالتصاق بفعل الإنسان ما هو موجود في القانون العقّاريّ، أي في القانون المتأثّر بالقانون الفرنسيّ قبل أن يتمّ تغييره[1212].

فإذا بقينا مع هذا القانون الفرنسيّ، وجدنا القضاء قد انتهى إلى القول إنّ وجود علاقة قانونيّة بين صاحب الأرض والمحدث لا تمنع من إعمال الفصل 555[1213]. من أمثلة ذلك المكتري الذي يأتي ببنايات أو مغروسات على الأرض التي اكتراها؛ هذا المكتري، وبسبب معرفته لكونه يبني على أرض الغير، يُعدّ سيّء النّيّة، وينطبق عليه ما ينطبق على المحدث الذي له هذا النّوع من النّيّة[1214]. من أمثلة ذلك أيضا المالك الذي فقد الملكيّة بسبب شرط فاسخ؛ هذا المالك عُدّ كذلك سيّ النّيّة[1215]. لكنّ القضاء رفض تطبيق الفصل 555 على المنتفع وطبّق الفصل 599 القائل إنّ الغير المنتفع لا يمكنه في نهاية الانتفاع أن يطالب بالتّعويض عن التّحسينات

[1212] الهادي سعيد، م س، الفقرة 711، ص 275.

وثمّ مسألة أخرى: يقول الهادي سعيد إنّه اقترح في مجال حماية حسن النّيّة أنّه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدّا من الجسامة يرهق صاحب الأرض فلا يستطيع أن يؤدّي التّعويض، أن تكون له إمكانيّة أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل. لكن لم يقع تبنّي هذا الاقتراح، وتمّ الأخذ بما هو موجود في القانون العقّاريّ. الهادي سعيد، م س، الفقرة 711، ص 275.

[1213] انظر: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 176 وما بعدها.

[1214] انظر: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 178 وما بعدها؛ كريستيان لارومیه، م س، الفقرة 668، ص 369.

[1215] انظر: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 186.

التي قام بها[1216]. كما رفض القضاء تطبيق الفصل 555 على الوكيل والفضوليّ، وأعمل هنا أحكام الوكالة والتّصرّف الفضوليّ، وخاصّة الحكم الذي مفاده أنّ ربّ العمل لا يُلزم إلّا في حدود القيمة المضافة للعقّار[1217].

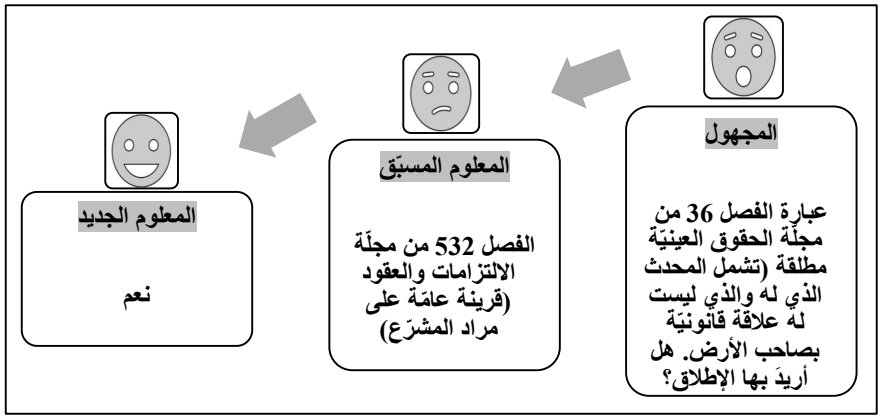
وفي تونس يمكن القول إنّ الفصل 36 جاء مطلقا•؛ وإن لا قرينة مقيّدة في الأعمال التّحضيريّة؛ ومن ثمّ إنّ النّصّ يحوي المحدِث الذي ليست له علاقة قانونيّة بصاحب الأرض (الغاصب مثلا) والمحدِث الذي له هذه العلاقة[1218]. لكن ينبغي إقصاء كلّ محدث وردت في شأنه أحكام خاصّة (المكتري والوكيل والفضوليّ: الفصول 786 و1142 و1185 من مجلّة الالتزامات والعقود؛ والشّريك والمنتفع:

(1216) انظر: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 185؛ كريستيان لارومیه، م س، الفقرة 669، ص 370.

(1217) انظر: روجيه سانت-ألاري، م س، الفقرة 187.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1218)

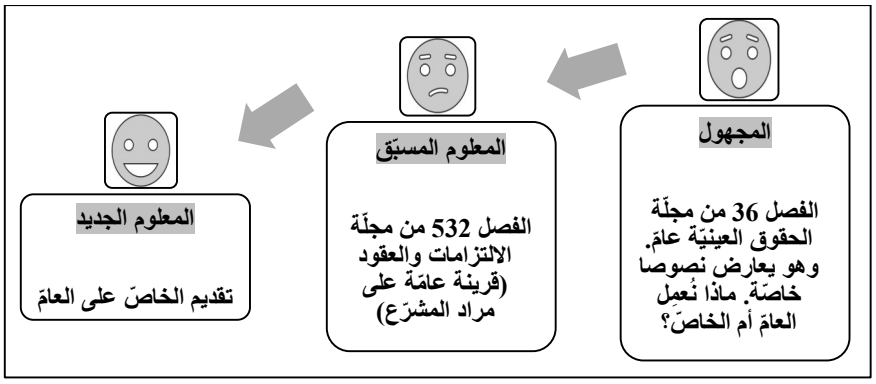


الفصل 62[1219] و151 من مجلّة الحقوق العينيّة)؛ والسّبب أنّ أحكام الفصل 36 عامّة؛ فإذا وجدت أحكام خاصّة•، أعملت هذه وتركت تلك[1220].

[1219] جاء في قرار لمحكمة التّعقيب: "حيث أنّ الإحداثات المدّعى بها أحدثت بالمشترك قبل القسمة، وهو ما يستوجب تطبيق الفصل 62 من مجلّة الحقوق العينيّة القاضي بأنّه ليس لأحد الشّركاء أن يحدث شيئا في المشترك إلّا برضى الباقين صراحة أو دلالة؛ فإن خالف، تنطبق القواعد التّالية: إذا كان المشترك قابلا للقسمة، يُقسّم؛ فإن لم يقع المحدَث في مناب من أحدثه، خُيّر الشّريك في إلزام شريكه بإزالة ما أحدثه على نفقة هذا الأخير مع غرم الضّرر إن اقتضى الحال وبين أداء ثمن الموادّ وأجرة اليد العاملة بدون التفات لما قد يحصل من الزّيادة في قيمة الرّقبة بسبب المحدَثات ... إلخ. وحيث أنّه على محكمة القرار أن تطبّق أحكام الفصل المذكور على النّزاع المعروض عليها لا أن تطبّق أحكام الفصل 36 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي يتعلّق بالإحداثات بأرض الغير. وبذلك تكون قد أخطأت في تكييف الوقائع المعروضة عليها وإعطائها الوصف القانونيّ الصّحيح ممّا أدّى إلى تطبيقها لقواعد قانونيّة غير منطبقة، وأضحى بذلك قرارها خارقا لأحكام الفصلين 36 و62 من مجلّة الحقوق العينيّة وقاصر التّعليل فاستوجب النّقض". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 77170، 9 أكتوبر 2000، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 246. انظر قرارين طبّقا مباشرة الفصل 62 ولم يشيرا حتّى مجرّد إشارة إلى الفصل 36: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 15858، 5 جوان 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 249؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 56، 10 جوان 2004، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 391.

• وجود أحكام متعارضة (هنا التّعارض بين العامّ والخاصّ) يمثّل صورة تتبع غموض القانون.

[1220]



أوردنا في عمل سابق لنا مقتطفا يبيّن سبب تقديم العامّ على الخاصّ («الحجّة العقليّة ومجلّة الالتزامات والعقود. دراسة تحليليّة للعلاقة بين القواعد القانونيّة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 18، ص 77، الهامش 57). يقول المقتطف: "«(تعارض العامّ والخاصّ) كنهي الشّارع عن بيع كلّ معدوم، وترخيصه به في السَّلم، حيث التزموا بتقديم الخاصّ على العامّ وتخصيص العامّ به. ولقد سبق أن قلنا: إنّ هذا النّوع من التّقديم ممّا يقتضيه الجمع العرفيّ المقتضي للأخذ بالدّليلين معا مع تضييقٍ لأحدهما عمّا هو ظاهر فيه. ومنشأ التّقديم لدى بعض أساتذتنا هو حكومة النّصّ على الظّاهر فيما لو كان الخاصّ نصّا في مدلوله، أو الأظهر على الظّاهر فيما إذا لم يكن نصّا فيه لبداهة أنّ ظهور الخاصّ في مدلوله أكثر من ظهور العامّ في مدلول الخاصّ، فيكون بمنزلة القرينة على المراد منه، وهي حاكمة بلسان شرح المراد من ذيّها عليه، ولكن هذا الشّرح ليس ممّا يقتضيه لسانه لو خلّي وطبعه لينتظم في مبحث الحكومة في حدود ما شرحناها في بحوث التّمهيد، وإنّما اقتضته طبيعة الجمع بين الأدلّة وإيضاح بعضها ببعض» [...] «وسرّ الفرق بينهما أنّ التّقديم في التّخصيص إنّما كان لأجل أنّ ظهور الخاصّ في مصاديقه أقوى من ظهور العامّ في مصاديق الخاصّ، أو أنّ الخاصّ نصّ فيها والعامّ ظاهر، والنّصّ والأظهر يقدّمان على الظّاهر عادة، أو أنّ الخاصّ بمنزلة القرينة على المراد الجدّيّ، والظّهور لا يتجاوز الكشف عن المراد الاستعماليّ للآمر، ومن عدم القرينة على تغاير المراد الاستعماليّ للمراد الجِدّيّ نستفيد تطابقهما، فإذا جاءت القرينة على المغايرة لم يبق مجال للاستدلال — بما يكشف عن المراد الاستعماليّ — على المراد الجِدّيّ، على اختلاف في فلسفة التّقديم. ولكنّ ذلك لا يتأتّى في العامّين من وجه، لأنّ نسبة كلّ منهما إلى موضع الالتقاء من حيث الظّهور نسبة واحدة، فلا يصلح أن يكون أحدهما قرينة على التّخصيص بالنّسبة إلى الآخر، ومن هنا التزمنا بالتّساقط في العامّين من وجه عند تعارضهما في موضع الالتقاء».

"فإذا ذهبنا الآن إلى مجلّة الالتزامات والعقود، وجدناها تقول بتقديم الخاصّ على العامّ وذلك في الفصل 563 حين نصّ على أنّ: «الأحكام المقرّرة بالخمسمائة والاثنين وستّين فصلا المتقدمّة (هي نصوص حوت أحكاما عامّة) لا تنافي القواعد الخاصّة المبيّنة بالعناوين المتعلّقة بالعقود الخاصّة»". انظر أيضا: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 345 وما بعدها.

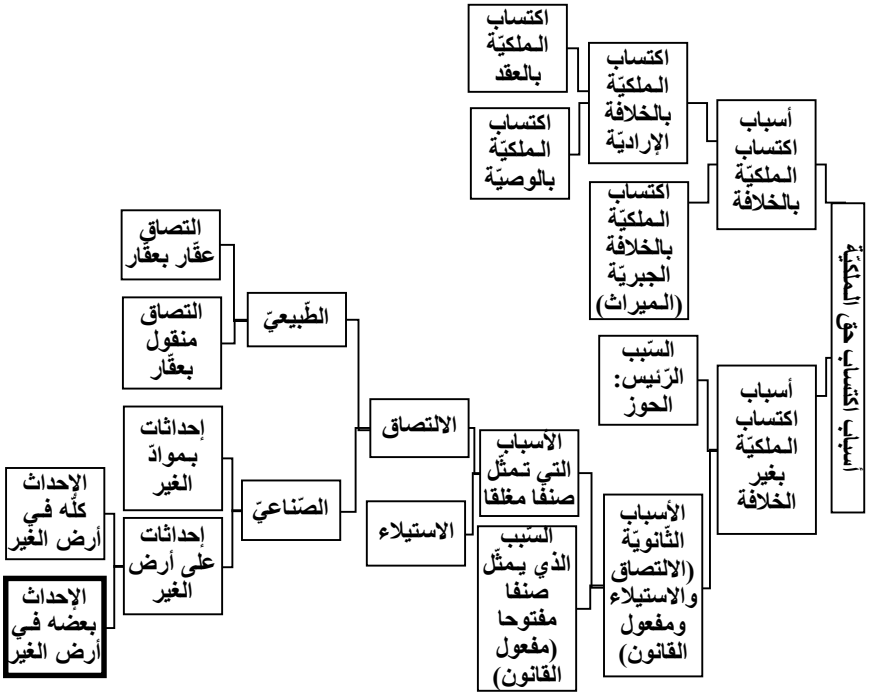
كما ينبغي أن يُقصى المحدِث الذي يوجد بينه وبين صاحب الأرض عقد ينظّم العلاقة بينهما ويحدّد مصير الإحداثات[1221]. فالفصل 36 لا يهمّ النّظام العامّ، ويمكن للمتعاقدين الاتّفاق على ما يخالفه[1222].

234 الوضعيّة الثّانية: الإحداثُ جزءٌ يسيرٌ منه فقط هو الذي وقع في أرض الغير ◊

حول هذه الوضعيّة قال الفصل 37 من مجلّة الحقوق العينيّة ما يلي: "إذا أحدث

[1221] انظر: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 182، ص 138. ويلاحظ هذا الفقيه (الهامش 315، ص 139) أنّه "لا يجوز أن يفضي الاتّفاق إلى إبقاء ملكيّة الأرض لصاحبها منفصلة عن ملكيّة البناءات، لأنّ هذا الاتّفاق يتضمّن إنشاء لحقّ الهواء وهو محجّر عملا بالفصل 191 من مجلّة الحقوق العينيّة".

[1222]



مالك الأرض بناءات أو منشآت بأرضه، وتجاوز عن حسن نيّة إلى جزء يسير بأرض ملاصقة، فللمحكمة أن تملّكه بهذا الجزء مقابل قيمة عادلة".

ما ينبغي التّوقّف عنده في هذا النّصّ:

أوّلا عدم كلامه عن مغروسات. والسّبب ربّما أنّ هذه الصّورة تدخل غالبا في الوضعيّة الأولى: الإحداث (وهو الغراس) كلّه في أرض الغير. فإذا اتّفق وأن دخلت في الوضعيّة الثّانية، انطبقت أحكام الارتفاق (الفصل 168 وما بعده من مجلّة الحقوق العينيّة)[1223].

ثانيا عبارة الجزء اليسير. هنا نحن أمام "عبارة – معيار" (standard)•، أي أمام عبارة ترك المشرّع أمر تحديد معناها إلى القضاء[1224]. بعبارة أكثر دقّة نحن أمام عبارة أحال المشرّع فيما يخصّها على العرف[1225]. ويقول أحدهم: في التّطبيق القضائيّ، تتغيّر مساحة التّجاوز بحسب الملابسات الواقعيّة لكلّ قضيّة (ربع متر، متر، إلخ)[1226].

[1223] انظرها في الفقرة 364.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون (هذا الغموض مقصود ومراد من المشرّع).

[1224] عبد المجيد الزّرّوقي، مقدّمة للقانون (م س)، الفقرة 26.

[1225] محمّد كمال شرف الدّين، م س (قانون الأموال)، الفقرة 185، ص 65.

[1226] محمّد سعيد، البناءات على أرض الغير في إطار الفصول 36 و37 من مجلّة الحقوق العينيّة، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة والاقتصاديّة بتونس، تونس، 1986 – 1987، ص 100 وما بعدها.

Mohammed Saïd, *Les constructions sur le sol d'autrui dans le cadre des articles 36 et 37 du Code des droits réels*, Mém., Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1986 – 1987, p. 100 s.

انظر كذلك: عماد فرحات، «الالتصاق الصّناعيّ في فقه القضاء»، مقالة منشورة في كتاب: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 405 وما بعدها.

ثالثا عبارة حسن النّيّة. وتعني أنّ المتجاوِز لم يكن يظّنّ نفسه متجاوِزا، أي أنّه كان يعتقد أنّه يبني في ملكه. وحسن النّيّة مفترض حسب الفصل 558 من مجلّة الالتزامات والعقود، أي أنّ من يدّعي أنّ التّجاوز لم يكن عن حسن نيّة مدعوّ لإثبات ذلك. وطبعا يقدّر حسن النّيّة حين إقامة البناء أو المنشأة، أي أنّ العلم بعد ذلك لا يعدّ عبارة عن سوء النّيّة[1227].

فإذا توفّر ما سبق من تجاوزٍ يسيرٍ وحسن نيّة، يمكن للمتجاوِز أن يقوم بقضيّة يطلب فيها تمليكه بالجزء اليسير الذي تجاوز إليه. والمحكمة هنا مخيّرة بين أن تقبل طلبه وبين أن ترفضه. والحجّة على هذا أنّ الفصل 37 استعمل حرف اللام (قال: "[...] للمحكمة أن تملّكه بهذا الجزء)•؛ وهو يفيد في وضع اللغة الاستحقاق، أي يفيد الحقّ؛ والحقّ كما نعلم يتكوّن من جانب إيجابيّ وجانب سلبيّ[1228]؛ هذا يفضي إلى أنّ المعنى الوضعيّ لعبارة الفصل المذكور هو أنّ المحكمة لها حقّ التّمليك وحقّ عدم التّمليك؛ ولأنّه لا وجود لمعنى عرفيّ هنا، ولأنّه لا وجود في الأعمال التّحضيريّة للمعنى المراد من حرف اللاّم، لا يبقى إلّا أن يُعطى ذلك المعنى الوضعيّ. ويبدو أنّ

انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 713، 13 جويلية 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 209.

وانظر محكمة التّعقيب (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 3402، 14 ديسمبر 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 319) وهي تقول: "تقتضي شروط التّمليك بمفعول الالتصاق أن يكون التّجاوز يسيرا وعن حسن نيّة. ويستخلص قيام هذين الشّرطين من خلال مساحة التّجاوز بالنّسبة لأرض المدّعي ذاته والمساحة الكلّيّة للأرض المستولى على جزء منها من جهة أخرى".

[1227] انظر في التّطبيق القضائيّ: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 9214، 26 جوان 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 227؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 3402، 14 ديسمبر 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 319.

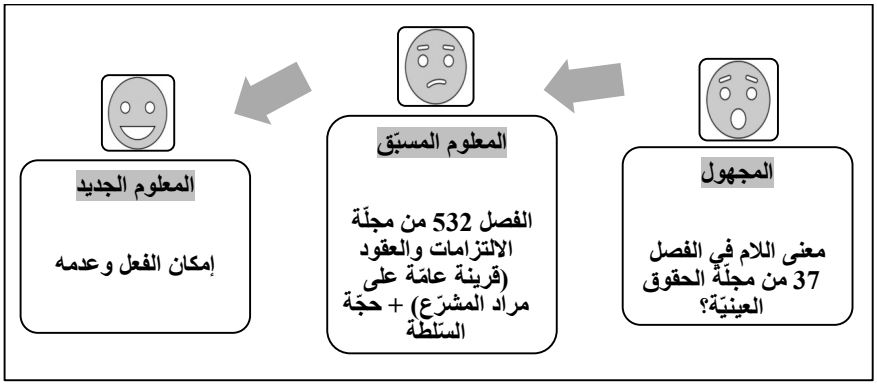
• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1228] انظر الفقرة 85.

محكمة التّعقيب تقول بما جاء الآن، أي هي ترى أنّ حاكم الموضوع حرّ، لكن بشرط أن يعلّل(1229).

فإذا قضي باكتساب الباني لملكيّة الجزء اليسير المتجاوَز إليه، وجدنا أنفسنا أمام ما يخالف المبدأ الذي مفاده أنّ الفرع (جزء البناء) يتبع الأصل (الأرض)، وأنّ مالك الأرض يكتسب بالالتصاق البناء المقام فوقها من الغير. لكن ثمّ ما يبرّر هذا الحلّ الاستثنائيّ، وهو المبدأ القانونيّ العامّ: بين ضررين يُختار الأهون (الفصل 556 من مجلّة الالتزامات والعقود). فإذا فقد الجار ملكيّة الجزء اليسير مقابل تعويض عادل،

(1229)



تقول محكمة التّعقيب: "وحيث أنّ محكمة الموضوع وإن كانت حرّة في الأخذ بذلك الطّلب وفحصه واستنتاج ما يجب استنتاجه منه، ثمّ إنّها حرّة في تطبيق أحكام الفصل 37 المشار إليه، إلّا أنّه لمّا كان في صورة الحال من الدّفوعات الأساسيّة الأصليّة وله أهمّيّة خاصّة من حيث النّتائج، فإنّه كان من واجبها عدم إغفاله وإهماله تماما، وكان من المفروض أن تتناوله بالرّدّ وتبيّن الأسباب الحاملة على ذلك والدّاعية لهذا الرّفض حتّى تتمكّن محكمة النّقض من إجراء حقّها في مراقبة سلامة تطبيق القانون، ولمّا لم تفعل كان قرارها مشوبا بالضّعف في الإسناد والقصور في التّعليل ممّا يشكّل خرقا لأحكام الفصل 123 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة ويعرّضه هكذا للنّقض". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 713، 13 جويلية 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 209.

فالضّرر اللاّحق به يعدّ ضررا خفيفاً إذا قابلناه بالضّرر الذي كان سيصيب الباني لو طلبنا منه هدم البناء.

إضافة إلى عبارة اليسير وحسن النّيّة، ثمّ أخرى هي القيمة العادلة. هنا أيضا للقاضي سلطة تقديريّة لتحديد المبلغ الذي ينبغي أن يدفعه المتجاوِز لقاء تمليكه الجزء الذي تجاوز إليه.

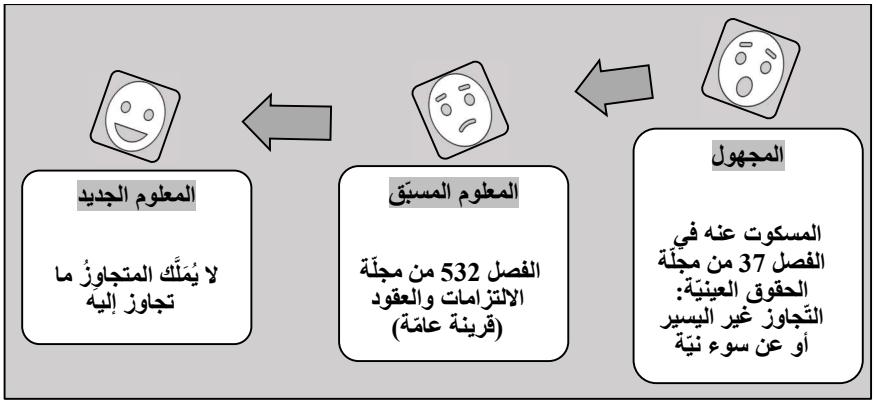
والسّؤال الآن: ما الحلّ إن كان التّجاوز غير يسير أو كان عن سوء نيّة، أي ما الحكم في الصّورة التي سكت عنها الفصل 37؟• هنا لا تسلمنا الأعمال التّحضيريّة ولا سياق النّصّ شيئا. ثمّ إنّه لا يمكن القول لا بقياس الأولى ولا بقياس المثل لأنّ المسكوت عنه ليس أعلى ولا مثل المنطوق به. بقي قياس العكس. هنا نحن أمام تقييد (للتّجاوز) بالوصف (بحسن نيّة/ يسير). والمعلوم أنّ الوصف لا يقيّد الحكم وأنّ الجملة الوصفيّة لا مفهوم لها وأنّ المسكوت عنه يُطبّق عليه الحكم الذي يمثّل مبدأ وأصلا[1230]. هكذا نصل فيما يخصّ المسكوت عنه الذي يعنينا (التّجاوز عن

• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

[1230] انظر الفقرة 15.

سوء نيّة/ التّجاوز الكبير) إلى النّتيجة التّالية: ليس للمحكمة أن تملّكه الجزء المتجاوز إليه، لأنّ الأصل والمبدأ القانونيّ أنّ من يملك لا يُنزع منه ملكه[1231].

(1231)

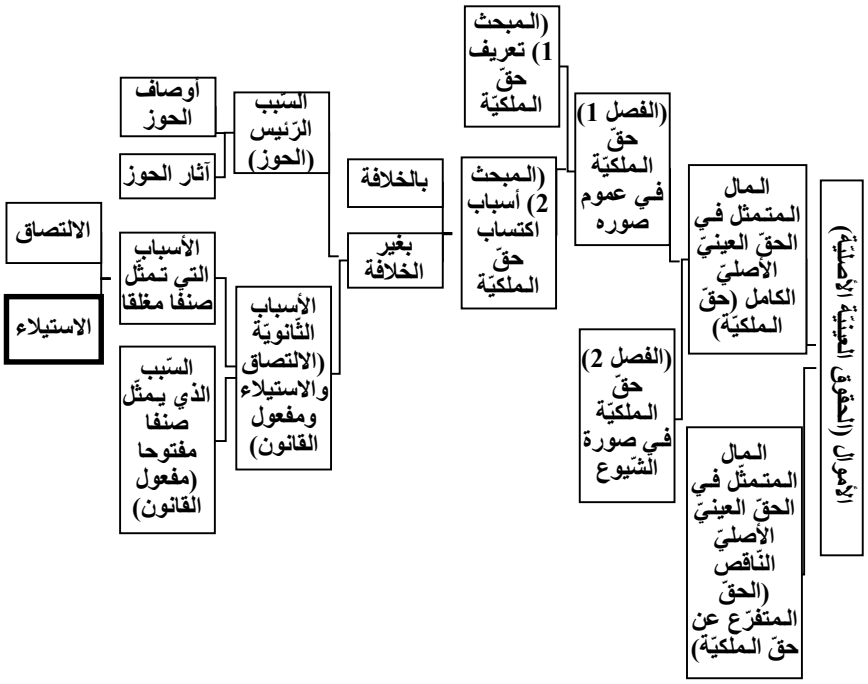


هذا عن صورة التّجاوز. والتّجاوز –كما بقيّة صور الالتصاق – تفضي إلى ملكيّة بلا خلافة. والكلام نفسه يصحّ عن الاستيلاء(1232).

1. 2/ الاستيلاء

235 تقسيم البحث ◊ الاستيلاء (occupation) سيطرة فعليّة على شيء. ويختلف عن الحوز في أنّه سيطرة على شيء لا مالك له. والسّيطرة في الاستيلاء، إذا كانت بنيّة التّملّك، تفضي إلى التّملّك، أي تفضي إلى تحوّل الوضعيّة الواقعيّة إلى وضعيّة قانونيّة. ثمّ إنّ السّيطرة – بسبب كونها انصبّت على ما لا مالك له – تكسب ملكيّة جديدة بلا خلافة. وموضوع هذه الملكيّة قد يكون عقّارا أو منقولا. لكن في

(1232)



القانون التّونسيّ جاء الفصل 23 من مجلّة الحقوق العينيّة ليقول إنّ "العقّارات التي لا مالك لها، ملكٌ للدّولة"[1233]. وهكذا إذا ثبتت نيّة شخص في التّخلّي عن ملكيّة أرضه، وجاء شخص آخر وسيطر عليها بصفة مالكٍ، لم يكتسب هذا الآخر الملكيّة بالاستيلاء، لكن يمكن أن يكتسب الملكيّة بالحوز ضدّ الدّولة التي تعدّ مالكا للأرض (هنا نحن أمام مِلكٍ خاصٍّ للدّولة، أي أمام مِلكٍ يمكن أن تفقده بواسطة التّقادم المكسب).

يخلص ممّا ورد أعلاه أنّه ينبغي قصر البحث في القانون التّونسيّ على الاستيلاء الذي موضوعه منقول. في هذا الإطار نجد الفصل 24 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي يقول: "من وضع يده بنيّة التّملّك على منقول لا مالك له، صار مالكا له. ويصبح المنقول لا مالك له، إذا تخلّى عنه مالكه بقصد التّنازل عن ملكيّته". إذا أخذنا هذا النّصّ وأضفنا له سياقه (العنوان الذي جاء تحته – الفصل 22 – إلخ)، وجدنا أنّ النّصّ يمثّل فرضا والسّياق حكما. والحكم يتمثّل في الاستيلاء. بعبارة أخرى: من الفصل 24 ومن سياقه نفهم أنّنا أمام تعريف للاستيلاء. فهو: وضع يد (إذن يستوجب الاستيلاء ما يستوجبه الحوز، أي ركنا ماديّا[1234])، ووضع يد على منقول (تخصيص باللقب. لكنّ الفصل 23 كما جاء أعلاه أعطانا حكم المسكوت عنه)،

[1233] في القانون الإسلاميّ إحياء الأرض الموات التي لا مالك لها (لم يجر عليها ملكٌ قطّ، أو جرى عليها لكن لا يُعرف صاحبه) يكسب الملكيّة. انظر: محمّد أبو زهرة، م س (الملكيّة ونظريّة العقد)، ص 113. انظر أيضا حول الأرض الموات: محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 336 وما بعدها. وانظر حول الأرض الموات وبقيّة أنواع الأرض: محمّد مهدي الآصفي، ملكيّة الأرض والثّروات الطّبيعيّة في الفقه الإسلاميّ، المجمع العالميّ للتّقريب بين المذاهب الإسلاميّة – المعاونيّة الثّقافيّة – مركز التّحقيقات والدّراسات العلميّة، طهران، ط 1، 1429 هـ ق، 2008 م؛ محمّد باقر الصّدر، م س (محاضرات تأسيسيّة)، ص 401 وما بعدها.

[1234] حول الرّكن المادّيّ للحوز انظر الفقرة 188 وما بعدها.

ووضع يد على منقول بنيّة التّملّك (إذن يستوجب الاستيلاء ما يستوجبه الحوز، أي ركنا معنويّا[1235])، ووضع يد على منقول لا مالك له ("لا مالك له" في الفقرة الأولى مطلقة تشمل: صورة لا مالك له من قبلُ وصورة لا مالك له بعد أن كان له مالك. بعد الفقرة الأولى جاءت الفقرة الثّانية لتفسّر الصّورة الثّانية).

فإذا توفّر ما جاء أعلاه من وضع يد (إلخ)، نشأت ملكيّة المنقول فورا لفائدة مالك جديد دون حاجة إلى مرور مدّة زمنيّة معيّنة. في هذا يقترب الاستيلاء من حوز المنقول بحسن نيّة. لكن ثمّ وجه اختلاف: في الاستيلاء لا دخل لحسن النّيّة أو لسوئها في ترتّب الأثر، بل لا يمكن أن يكون له دخل. الأمر مختلف في حوز المنقول حيث رأينا أنّ حسن النّيّة له تأثير[1236].

فإذا احتفظنا ممّا ورد أعلاه بأنّ المنقول ينبغي أن يكون بلا مالك، قلنا إنّ هذا يتحقّق حين نكون أمام ما تمكن تسميته بالمباح. لهذا المباح صورتان مرّتا معنا[1237]:

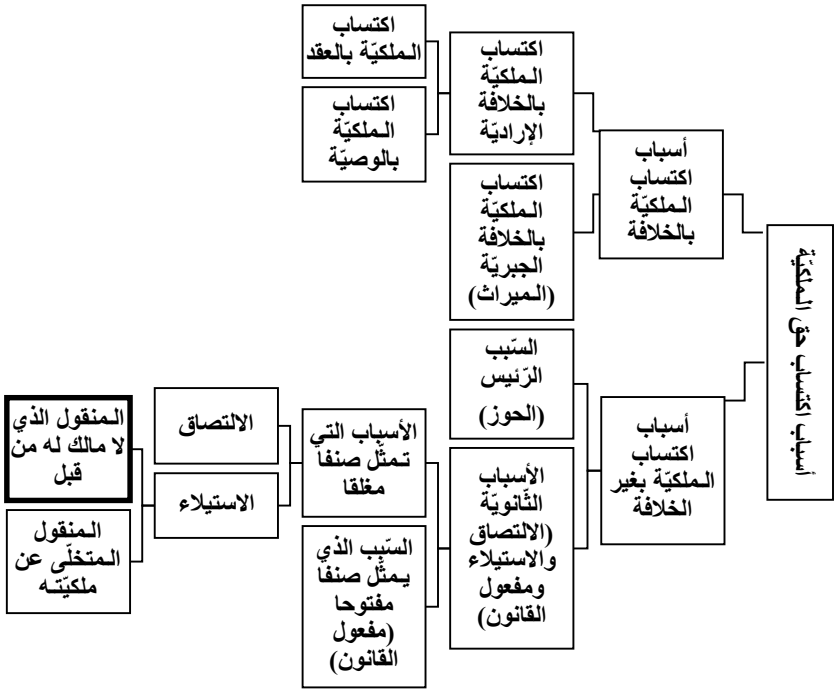
[1235] حول الرّكن المعنويّ للحوز انظر الفقرة 190 وما بعدها.

[1236] انظر الفقرة 207 وما بعدها.

[1237] انظر الفقرة 15.

الصّورة الأولى منقولٌ لم يكن له مالكٌ من قبلُ؛ والصّورة الثّانية منقولٌ كان مملوكا ثمّ أصبح غير مملوك لتنازل مالكه عنه[1238].

(1238)



وفي القانون الفرنسيّ، تسمّى الصّورة الأولى: *Res nullius* /Chose sans maître (الشّيء الذي لا مالك له). أمّا الصّورة الثّانية فتسمّى *Res derilectae* /Chose abondonnée (الشّيء المتروك). لكن هنالك من يرفض التّمييز بين الشّيء الذي لا مالك له والشّيء المتروك، لأنّ الشّيء المتروك هو أيضا شيء بلا مالك. انظر: كريستيان لارومیه، م س، الفقرة 962.

1. 2. 1/ الاستيلاء على المنقولات التي لم يكن لها من قبلُ مالكٌ

236 الاستيلاء على الأشياء المشتركة ◊ إذا بدأنا بالمنقولات التي لم يكن لها مالكٌ من قبلُ[1239]، قلنا إنّها قد تتمثّل في الأشياء المشتركة، كالهواء والنّور، وماء البحار والأنهر، وحرارة الشّمس[1240]. هنا نحن أمام ما لا يملكه أحدٌ، لأنّه مِلكٌ لكلِّ أحدٍ. لكن يمكن أن تتمّ السّيطرة على جزء من شيء مشترك بنيّة تملّكه. فإذا فُعل هذا، كفّ الجزء عن أن يكون مشتركا وصار مملوكا. مثال ذلك: من يملأ آنية من ماء البحر، يصير مالكا للماء الذي لم يكن ملكا لأحد؛ فإذا أفرغ الغير هذه الآنية في آنيته، يصير لصّا أو غاصبا للماء، لأنّ هذا الماء صار مملوكا.

237 الاستيلاء على ما ينتجه صيد البرّ أو البحر ◊ زيادة على الأشياء المشتركة، ثمّ الحيوان. ولقد رأينا[1241] أنّه أقسام ثلاثة: أوّلا الحيوانات الأهليّة؛ وهذه منقولات لها مالكٌ، لذا تكتسب بالعقد والحوز ونحوه من أسباب اكتساب ملكيّة ما هو مملوكٌ بعدُ. ثانيا الحيوانات التي لا هي أهليّة ولا هي وحشيّة (حمام الأبراج، وأرانب الأوْجِرة، وسمك البرك، إلخ)؛ وهذه منقولات لها مالكٌ، وتكتسب إمّا بما تكتسب به الأشياء المملوكة وإمّا بالالتصاق. ثالثا الحيوانات الوحشيّة، كالطّير في السّماء والغزال في البرّ والسّمك في البحر. هذه الحيوانات تُكتسب بالاستيلاء[1242].

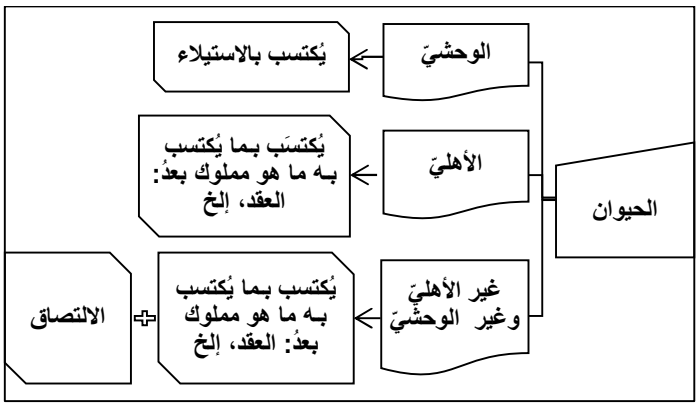
[1239] ردّ بوتييه عنوان الاستيلاء إلى قسمين: قسم لهذه المنقولات، وقسم لغنائم الحرب (بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 19، ص 12. انظر التّفصيل في الغنائم في ص 50 وما بعدها). وانظر أيضا حول الاستيلاء على غنائم الحرب: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 201، ص 213 وما بعدها.

[1240] انظر الفقرة 14.

[1241] انظر الفقرة 228.

[1242] يقول "بوتييه" إنّ الصّيد هو سند الاستيلاء. بوتييه، م س، ج 10، الفقرة 23، ص 15.

وهكذا فالسّمكة عند بائع السّمك تكتسب بالعقد (إلخ)، وفي البركة تكتسب بالالتصاق (إلخ)، وفي البحر بالاستيلاء. وما يفضي إلى الاستيلاء هو الصّيد. ولقد قال الفصل 26 إنّ "الحقّ في صيد البرّ والبحر [...] تنظّمه قوانين خاصّة". هذه القوانين تتبع القانون العامّ. فإذا اكتفينا بالاهتمام بالقانون المدنيّ وبقانون الأموال، قلنا إنّ من له أرض، له حقّ استعمالها؛ ومن وجوه الاستعمال أن يصطاد الطّير الذي يمرّ بها (ينصب له شركا، إلخ). ويستطيع المالك أن يعطي حقّ الصّيد للغير إمّا ضمن حقّ الانتفاع أو بصفة مستقلّة كأن يؤجّر له هذا الحقّ[1243]. والحيوان الوحشيّ ملك لمن اصطاده طالما كان مسيطرا عليه؛ فإن فقدت السّيطرة، عاد الحيوان إلى وضعه الأوّل بلا مالك. وإذا رُوّض الحيوان فصار يألف مكانا ويعود إليه



[1243] ما جاء أعلاه أتي به خارج القانون التّونسيّ، ولكنّه صالح في هذا القانون. انظره وتفاصيل أخرى عند: عبد الرّزّاق السّنهوري، م س، المجلّد 9، ص 20 وما بعدها.

كالحمام في الأبراج، اعتبر مملوكا حتّى وهو خارج المكان الذي اعتاد الرّجوع إليه؛ فإذا فقد عادة الرّجوع، رجع الحيوان كما في البدء لا مالك له[1244].

هذا عن المنقول الذي لم يكن له من قبل مالكٌ. لكنّ الاستيلاء سبب لاكتساب المنقولات التي أصبحت غير مملوكة[1245].

1. 2. 2/ الاستيلاء على المنقولات المتخلّى عن ملكيّتها

238 أمثلة للمنقولات المتروكة ◊ من الأمثلة التي سبقت معنا للمنقولات المتروكة التي تنازل عنها صاحبها فأصبحت من دون مالك: الملابس القديمة وبقايا الطّعام وغيرها

(1244) ما جاء أعلاه أتي به خارج القانون التّونسيّ، ولكنّه صالح في هذا القانون. انظره عند: عبد الرّزّاق السّنهوري، م س، المجلّد 9، ص 24؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 201، ص 211 وما بعدها.

وانظر حول الصّيد في الفقه الإسلاميّ: محمّد أبو زهرة، م س (الملكيّة ونظريّة العقد)، ص 142 وما بعدها؛ علي الخفيف، م س، ص 233 وما بعدها؛ محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 349 وما بعدها.

وفي القاون الرّومانيّ انظر:

أ نوجر، في الاستيلاء، مطبعة موكي، باريس، 1887.

A. Nuger, *De l'occupation*, Imprimerie Moquet, Paris, 1887.

لودوفيك إيسبيفون دي لا فيلبوانيت، الاستيلاء في القانون الرّومانيّ والصّيد في القانون الفرنسيّ، طوبوغرافيا لاهور، باريس، 1872.

Ludovic Espivent de la Villesboisnet, *De l'occupation en droit romain et de la chasse en droit français*, Typographie Lahure, Paris, 1872.

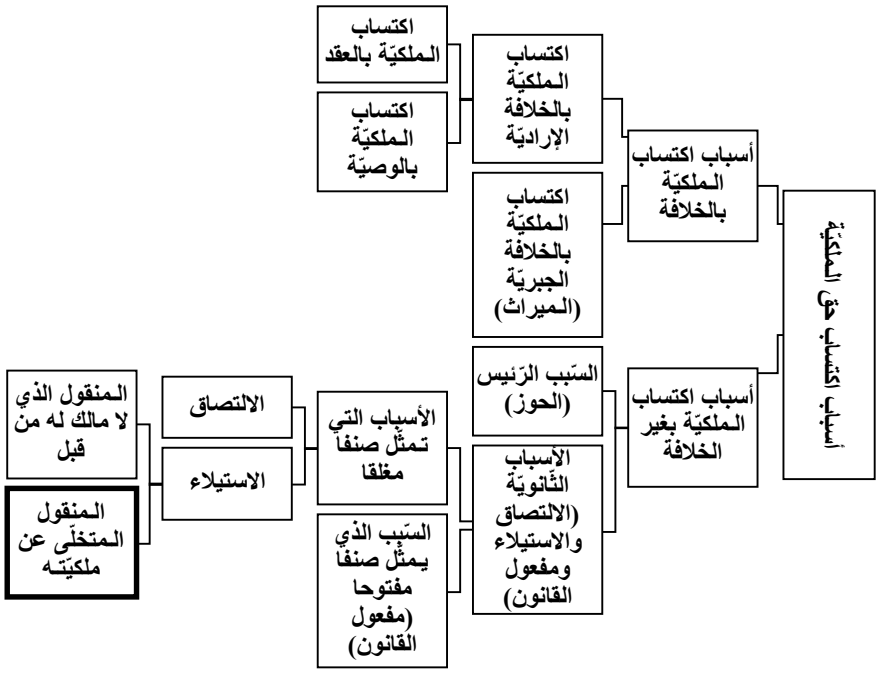
فرديناند ديغروت، نظريّة الاستيلاء حسب القوانين الرّومانيّة وقانون الصّيد، مطبعة بارون، باريس، 1880.

Ferdinand Degroote, *Théorie de l'occupation d'après les lois romaines et du droit de la chasse*, Imprimerie Parent, Paris, 1880.

من الأشياء التي يقرّر صاحبها، مثلا لأجل كونه لم يعد يجدها مفيدة له، التّخلّص منها بمحض إرادته[1246]. بهذا تصبح هذه الأشياء دون مالك؛ ويمكن، لمن يريد ذلك، أن يمتلكها. وسبب هذه الملكيّة هو ما نحن بصدده الآن، أي الاستيلاء.

239 التّمييز بين المنقولات المتروكة والمنقولات الضّائعة ◊ وفي الفصل 24 تخصيص بالوصف إذ أنّه تحدّث عن منقول ووصفه بكونه ما تنازل صاحبه عن ملكيّته. إذن ثمّ سكوت عن المنقول الذي له وصفٌ نقيضٌ، أي عن المنقول الذي لم يقع تنازل عن ملكيّته•. هنا — ما قد يثير صعوبة على الأقلّ في الظّاهر — المنقول الضّائع أو ما يسمّى أيضا اللقطة. هذا المنقول لم يُتنازل عن ملكيّته. لذا هو ليس شيئا لم يعد

(1245)



(1246) انظر الفقرة 15.

• هنا نحن أمام صورة فراغ في القانون.

له مالك، فلا يُتملّك إذن بالاستيلاء (رأينا سابقا أنّ للمالك القيام لاسترداده في أجل ثلاث سنوات إذا كان الحائز حسن النّيّة، وفي كلّ وقت إذا كان الشّيء تحت يد من عثر عليه[1247]).

ويتحدّث الفصل 26 عن الحقّ في اللقطة ويقول إنّ أحكاما خاصّة تنظّمه. تتمثّل هذه الأحكام في أمر 15 فيفري 1932 المتعلّق باللقطة البرّيّة[1248]، وقانون 22 فيفري 1989 المتعلّق بالحطام البحريّ أو اللقطة البحريّة[1249].

بالنّسبة إلى اللقطة البرّيّة، يقول الفصل 1 من أمر 1932: "يطلق اسم اللقطة البرّيّة على جميع الأشياء الحيّة وغيرها ممّا ضلّ من أيدي أربابها ولم يكن مالكها معروفا أو لم يطلبه أحد ولم يكن من اللقطات البحريّة ولا عثر عليه بواد مطلقا صغيرا أو كبيرا. والقاعدة أنّ اللقطة البرّيّة تكون على ملك من يعثر عليها مع الاحتفاظ على حقوق المالك إلّا في صورة ما إذا كانت هناك أحكام خاصّة تصيّر تلك الأشياء ملكا للدّولة"[1250].

[1247] انظر الفقرة 211 وما بعدها.

[1248] الرّائد الرّسميّ عدد 31، الصّادر في 16 أفريل 1932، ص 1. انظر الأمر أيضا في: كتابة الدّولة للعدل، المجموعة الصّغرى للقوانين، د ن، د م، 1965، ج 3، ص 243 وما بعدها.

[1249] القانون عدد 21 لسنة 1989، المؤرّخ في 22 فيفري 1989 المتعلّق بالحطام البحريّ (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، 3 مارس 1989، ص 342).

[1250] ينبغي إتمام ما جاء في المتن بأحكام بقيّة الفصول، ومنها الفصل 6 مكرّر: "إنّ الأشياء المعثور عليها بالطّريق العامّ والمؤمّنة بمحلاّت إدارات البوليس توضع تحت طلب أربابها أو ورثتهم مدّة عام إذا كان المعثور عليه شيئا ذا قيمة طفيفة ومدّة ثلاثة أعوام إذا كان له جانب من القيمة. وعند انقضاء هذا الأجل تسلّم هذه الأشياء لمصلحة أملاك الأجانب التي تتولّى التّفويت فيها [...]".

كما تنبغي إضافة الفصل 280 من المجلّة الجزائيّة: "يعاقب بالسّجن مدّة عامين كلّ من يستولي على شيء وجده لقطة ولم يعلم به إمّا من له النّظر من السّلطات المحلّيّة أو صاحب الشّيء [...]".

وبالنّسبة إلى قانون 1989، فقد عرّف فصله الأوّل الحطام البحريّ (épaves maritimes) قائلا إنّه يتمثّل في كلّ الأشياء المهملة (أعطى النّصّ أمثلة: سفن، بضائع ملقاة أو ساقطة، إلخ[1251]). وقال الفصل 2: "يتحتّم على كلّ شخص يعثر على حطام بحريّ السّعي بقدر المستطاع إلى إيداعه في مأمن وانتشاله من البحر. وعليه أن يبادر بتسليمه أو التّبليغ عنه خلال 48 ساعة من وقت العثور عليه إلى السّلط المختصّة للبحريّة التّجاريّة بالجهة [...]". ومن ينظر في هذا القانون يجد أنّنا قد نكون أمام ما تمّ التّنازل عن ملكيّته (بضائع ملقاة). مع ذلك يُستثنى من أحكام الفصل 24، ولا يُكتسب بالاستيلاء[1252].

240 التّمييز بين المنقولات المتروكة والمنقولات الضّائعة والمنقولات التي تُعَدّ كنزا ◊ فإذا تركنا الاستثناء، استطعنا أن نضيف إلى ما سبق أنّ المنقولات التي أصبحت غير مملوكة والمنقولات الضّائعة مختلفة عن الكنز. فالأولى والثّانية أشياء ظاهرة أمّا

انظر حول اللقطة البرّيّة: نبيل العوني، «اللقطة البرّيّة بين الحقّ وردّ الحقّ»، القضاء والتّشريع، العدد 5، ماي 2013، ص 43 وما بعدها.

(1251) بل إنّ النّصّ عدّ الطّائرات المهملة غير المؤهّلة للجولان حطاما بحريّا.

(1252) جاء في الموسوعة الفقهيّة كلام طويل عن اللقطة في القانون الإسلاميّ، نقتطع منه ما يلي: "يرى جمهور الفقهاء مالك والشّافعيّ وأحمد جواز تملّك الملتقط اللقطة إذا عرّفها للتّملّك سنة أو دونها ولم تعرف، وصارت من ماله سواء أكان غنيّا أم فقيرا. وتدخل في ملكه عند تمام التّعريف. كما أنّ الشّافعيّ يرى أنّ اللقطة لا تدخل ملك الملتقط حتّى يختار التّملّك بلفظ يدلّ على الملك كتَمَلَّكْتُ ما التقطته، أمّا الأخرس فتكفي إشارته المفهمة كسائر عقوده. ويرى أبو حنيفة أنّه لا يجوز تملّك اللقطة والانتفاع بها إلّا إذا كان الملتقط فقيرا، لما في ذلك من تحقيق النّظر من الجانبين، نظر الثّواب للمالك، ونظر الانتفاع للملتقط. ولهذا جاز الدّفع إلى فقير غيره، كما يجوز للملتقط أن يدفعها إلى أبيه أو ابنه أو زوجته إذا كانوا فقراء وإن كان هو غنيّا". وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميّة بالكويت، الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، دار السّلاسل، الكويت، من 1404 هـ إلى 1427 هـ، ج 35، ص 302.

الكنز فشيء مخبوءٌ[1253] (وثمين كما أشير إلى ذلك سابقا[1254]). لكنّ عدم الظّهور ليس علامة مميّزة للكنز في كلّ الأحوال. فقد يوجد المنقول غير المملوك وخاصّة المنقول الضّائع لسبب أو لآخر في وضعيّة الشّيء غير الظّاهر (وقد يكون هذا المنقول ثمينا مثل الكنز). لأجل ذلك لم يكتف الفصل 25 بالحديث عن مخبوء بل أضاف قائلا: "[...] لا يستطيع أحد إثبات ملكيّته [...]".

ممّا ورد منذ قليل يخلص أنّ الكنز هو:

من جهة شيء خفيّ عن الأنظار (والنّصّ مطلق•، ولا قرينة في الأعمال التّحضيريّة تقيّده، فيشمل جميع الصّور: صورة الشّيء المدفون في بطن الأرض، أو الموضوع داخل حائط، أو الموجود على أرض دهليز، إلخ)[1255].

من جهة أخرى شيءٌ لا يستطيع أحد إثبات ملكيّته؛ وهذا يعني أنّ الكنز مختلف عن الشّيء الضّائع (اللقطة) لأنّ هذا يمكن أن تثبت ملكيّته لشخص معيَّن.

وحكم الكنز، حسب الفصل 25، أن "[...] يكون ثلاثة أخماسه لمالك ما وجد فيه، وخمسه لمكتشفه، والخمس الأخير للدّولة"[1256]. وقد يمكن القول إنّ ملكيّة

[1253] انظر الفقرة 148. وفي القانون الفرنسيّ كتب أنّ الشّيء ليس بالضّرورة مخبّأ بل هو مخبوء، أي أنّ إرادة المالك لا أهمّية لها. هنري وليون وجون مازو وفرانسوا شاباس، م س، الفقرة 1582، ص 313.

[1254] انظر الفقرة 148.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1255] هنا سيطرح مشكل اختلاف بين الكنز والآثار. ويحلّ هذا المشكل بمعرفة ما الذي يسمّيه القانون آثارا.

[1256] حول أحكام الكنز في الفقه الإسلاميّ انظر: علي الخفيف، م س، ص 242 وما بعدها؛ وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميّة بالكويت، م س (الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة)، ج 35، ص 142 وما بعدها (تحت عبارة: كنز).

المكتشِف أساسها الاستيلاء (وقد تكون الحجّة أنّ المشرّع تناول الكنز في مجلّة الحقوق العينيّة تحت عنوان الاستيلاء)[1257].

241 التّمييز بين المنقولات المتروكة والمنقولات الضّائعة والمنقولات التي تُعدّ كنزا والمنقولات التي تُعدّ آثارا ◊ وينبغي تمييز جميع ما سبق من أشياء عن الأشياء الأثريّة[1258]. فهذه عرّفها الفصل الأوّل من مجلّة حماية التّراث الأثريّ والتّاريخيّ والفنون التّقليديّة قائلا: "يُعتبر تراثا أثريّا أو تاريخيّا أو تقليديّا كلّ أثر خلّفته الحضارات أو تركته الأجيال السّابقة [...] سواء كان ذلك عقّارات أو منقولات أو وثائق أو مخطوطات يتّصل بالفنون أو العلوم أو العقائد أو التّقاليد أو الحياة اليوميّة أو الأحداث العامّة وغيرها ممّا يرجع إلى فترات ما قبل التّاريخ أو التّاريخ والذي

[1257] انظر حول أساس استحقاق المكتشف لنصيبه: هاجر فطناسي، م س (ملكيّة المنقول)، ص 221؛ مروى بن يوسف، أحكام الكنز في القانون التّونسيّ، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2013 – 2014، ص 25 وما بعدها.

وينبغي أن نضيف إلى ما جاء في المتن من أحكام مدنيّة أحكام القانون الجزائيّ. على هذا المستوى يقول الفصل 281 من المجلّة الجزائيّة: "يعاقب بخطيّة قدرها اثنان وسبعون دينارا كلّ من يجد كنزا ولو في ملكه ولا يخبر السّلطات العموميّة في ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ اكتشافه. ويعاقب بالسّجن مدّة شهرين وبخطيّة قدرها مائة وعشرون دينارا مكتشف الكنز الذي يستولي عليه كلّيّا أو جزئيّا دون إذن في تحويزه به من قبل رئيس المحكمة وذلك سواء تولّى إعلام السّلطات العموميّة باكتشافه أو لم يعلمها".

[1258] حول الآثار انظر:

فاضل بليبش، التّراث التّاريخيّ والأثريّ، أطروحة قانون عامّ، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، تونس، 2011.

Fadhel Blibech, *Le patrimoine historique et archéologique*, Th. droit public, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2011.

تثبت قيمته الوطنيّة أو العالميّة. ويُعدّ التّراث الأثريّ أو التّاريخيّ أو التّقليديّ ملكا عامّا للدّولة باستثناء ما أثبت الخواصّ شرعيّة ملكيّتهم له".

وهكذا فالشّيء الأثريّ هو نتاج الحضارات المتعاقبة. ولأهمّيته الرّمزيّة (لا المادّيّة فحسب كما هو شأن الكنز)، قال الفصل 26 من مجلّة الحقوق العينيّة بأنّ تنظيمه يخضع لقوانين خاصّة. على هذا المستوى نجد الفصل 60 من مجلّة حماية التّراث الأثريّ والتّاريخيّ والفنون التّقليديّة: "لا حقّ لمالك أرض في القيام بحفريّات فيها، ولا حقّ له في المطالبة بملكيّة ما يمكن اكتشافه على أديمها أو في باطنها من مكتشفات أثريّة، كما ليس له الحقّ في التّمتّع بهذه المكتشفات. وبقطع النّظر عن أحكام الفصل 25 من مجلّة الحقوق العينيّة يتمتّع المكتشف العفويّ وكذلك مالك الأرض التي تمّ فيها الاكتشاف في صورة ما إذا صرّحا بالأشياء المكتشفة لدى المصالح المختصّة بالوزارة المكلّفة بالتّراث بمكافأة يتمّ تحديدها من قِبل لجنة مختصّة يتمّ ضبط تركيبتها وسير أعمالها بأمر". وهكذا فإنّ المكتشِف لا يأخذ من الآثار شيئا، ومن ثمّ فهي لا تقبل أن تُكتسَب بواسطة الاستيلاء[1259].

[1259] ثمّ أشياء ينطبق عليها تعريف الآثار وتعريف الكنز. وفيما يخصّ هذه الأشياء هنالك حلاّن: فإمّا أن نقول إذا ثبت أنّ شيئا ما يستجيب لتعريف الآثار، فهو آثار وإن ثبت أيضا أنّ مواصفات الكنز تتوفّر فيه. وإمّا أن نصف الشّيء بأنّه كنز وآثار طالما كان يستجيب لتعريف الكنز والآثار. ويبدو أنّ المحكمة الابتدائيّة بتونس تبنّت الحلّ الثّاني. لكنّها أضافت بأنّ ما ينطبق في هذه الحالة هو القانون المنظّم للآثار لا الفصل 25 من مجلّة الحقوق العينيّة (ابتدائيّ تونس، عدد 21492 مؤرّخ في 8 ديسمبر 2001، غير منشور، ذكرته: مروى بن يوسف، م س، ص 71، الهامش. ولقد أوردت نصّ الحكم في الملحق، وتحديدا في صفحة 49 وما بعدها. تقول المحكمة: "وحيث أنّ الكنز أو الشّيء المخبوء الذي يكتسي صبغة أثريّة [تعلّق الأمر بجرّة مملوءة بنقود قديمة] لا يخضع إلى مقتضيات الفصل 25 من مجلّة الحقوق العينيّة وإنّما إلى أحكام القانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرّخ في 24 فيفري 1994 المتعلّق بإصدار مجلّة حماية التّراث الأثريّ والتّاريخيّ والفنون التّقليديّة سيما الفصل 60 منه الذي حجّر على مالك

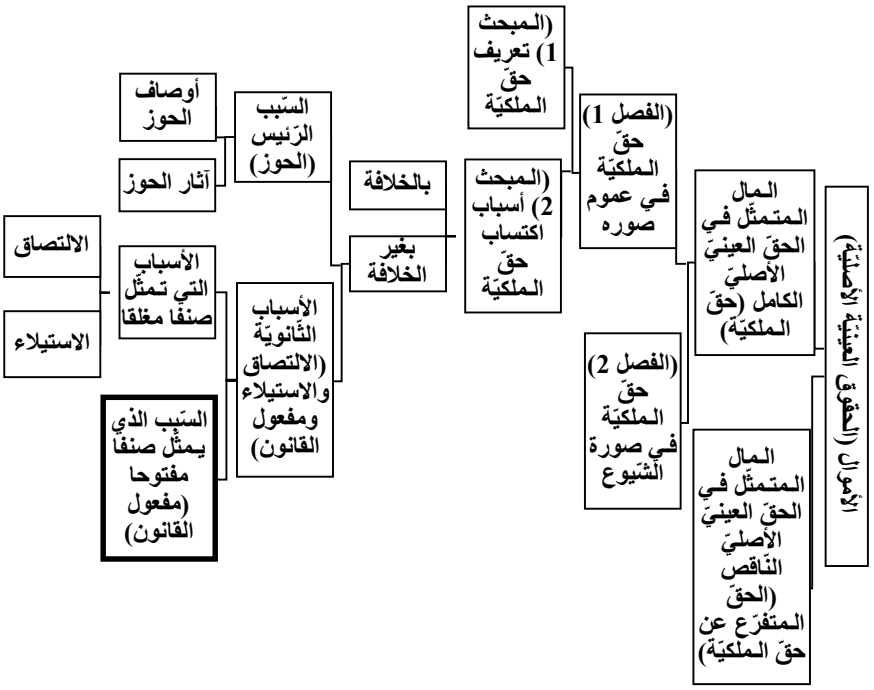
من كلّ ما تقدّم ينبغي الاحتفاظ بأنّ الشّيء المتروك والشّيء الذي لم يكن له مالكٌ قطّ يُكتسب بالاستيلاء. والاستيلاء ومن قبله الالتصاق صنفان مغلقان بمقتضاهما

الأرض القيام بحفريّات فيها أو المطالبة بملكيّة ما يمكن اكتشافه على أديمها أو في باطنها من مكتشفات أثريّة كما ليس له الحقّ في التّمتّع بهذه المكتشفات").

وثمّ مشكل آخر: أنّ الفصل الأوّل من القانون عدد 21 لسنة 1989، المؤرّخ في 22 فيفري 1989 المتعلّق بالحطام البحريّ (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، 3 مارس 1989، ص 342) توسّع واعتبر حطاما بحريّا ما يلقي به (إلخ) البحر من آثار. هنا نحن أمام نصّ خاصّ إذا قرّبناه من مجلّة حماية التّراث الأثريّ والتّاريخيّ والفنون التّقليديّة. وهذه المجلّة صدرت كما هو معلوم بمقتضى القانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرّخ في 24 فيفري 1994، أي هي متأخّرة. وعليه فنحن أمام سؤال يتعلّق بالنّسخ.

تكتسب الملكيّة بدون خلافة. إلى جانب هذين الصّنفين نجد صنفا مفتوحا هو مفعول القانون(1260).

(1260)



2/ السّبب الذي يمثّل صنفا مفتوحا (مفعول القانون)

242 قائمة مفتوحة ◊ كلّ سبب يُكسب الملكيّة لا يمكن توصيفه أو إلحاقه بنحو آخر بالعقد أو بالميراث أو بالحوز أو بالالتصاق أو بالاستيلاء هو سبب يسقط في القائمة المفتوحة: أسباب اكتساب الملكيّة بمفعول القانون[1261].

243 الانتزاع للمصلحة العامّة ◊ من أهمّ ما يوجد في هذه القائمة الانتزاعُ للمصلحة العامّة. وهو، انطلاقا من الفصل الأوّل وما بعده من قانون 11 جويلية 2016[1262]، نقلٌ لملكيّة عقّار جبرا لفائدة جهة عموميّة بموجب أمر حكوميّ ومقابل غرامة ماليّة من أجل إنجاز مشاريع أو تنفيذ برامج تكتسي صبغة المصلحة العموميّة[1263].

وهكذا لا يكون موضوع الانتزاع إلّا عقّارا، ولا تنتفع به إلّا جهة عموميّة. وهو يتمّ – حسب الفصل 3 – "لفائدة الدّولة والجماعات المحلّيّة ولفائدة المؤسّسات

[1261] حول اكتساب الملكيّة بمفعول القانون في القانون التّونسيّ، انظر أطروحة: نجيبة نقاز (م س).

[1262] القانون عدد 53 لسنة 2016 المؤرّخ في 11 جويلية 2016 المتعلّق بالانتزاع من أجل المصلحة العموميّة (الرّائد الرّسميّ عدد 62، الصّادر في 29 جويلية 2016، ص 2677 وما بعدها).

[1263] ينبغي هنا التّذكير بالفصل 20 من مجلّة الحقوق العينيّة: "لا يُجبر أحد على التّنازل على ملكه إلّا في الأحوال التي يقرّرها القانون وفي مقابل تعويض عادل".

وهذا الفصل أخذ مكان الفصل 57 من القانون العقّاريّ القائل: "لا يُجبر أحد على التّنازل على ملكه إلّا لمصلحة عامّة ولا يقع إكراهه على ذلك إلّا بحسب القوانين التّونسيّة الموضوعة لأخذ الملك جبرا". وأورد محمّد الطّاهر السّنوسي (م س، ص 151) تحت هذا النّصّ ما جاء في مطلع الدّراري، ومفاده أنّ "أخذ الأملاك الشّخصيّة للمصلحة العامّة جبرا من شريعة الإسلام. قال الزّرقاني ومن الإكراه الحقّ الجبر على بيع الأرض للطّريق أو لتوسيع المسجد إلى أن قال وصاحب الفدّان في رأس جبل يحتاج النّاس إليه في الحراسة من العدوّ يجبر على بيعه هذا فيما إذا كان العقّار ملكا بل ولو كان حبسا [...]".

والمنشآت العموميّة المخوّل لها ذلك بمقتضى قوانين إحداثها. كما يمكن للمؤسّسات والمنشآت العموميّة الأخرى في إطار المهامّ الموكولة لها الانتفاع بالانتزاع من أجل المصلحة العموميّة متى توفّرت شروطه وذلك عن طريق الدّولة التي تحيل إليها العقارات المنتزعة".

ويتمّ الانتزاع، كما أشير إلى ذلك أعلاه بأمر حكوميّ. ويعرض هذا الأمر "على المحكمة الإداريّة لإبداء الرّأي. ويبيّن بأمر الانتزاع طبيعة العقّار والمشروع المزمع إنجازه" (الفصل 8).

و"تنتقل الملكيّة إلى المنتزع بمفعول أمر الانتزاع مع مراعاة أحكام الفصل 305 جديد من مجلة الحقوق العينيّة بالنّسبة إلى العقّارات المسجّلة الخاضعة للمفعول المنشئ للتّرسيم.

"وتُطهّر كافّة الحقوق العينيّة الموظّفة على العقّار المنتزع أو على الجزء المنتزع منه وينقل مفعولها على المبالغ المؤمّنة بعنوان غرامة الانتزاع بمجرّد صدور أمر الانتزاع مع مراعاة أحكام الفصل 305 جديد من مجلّة الحقوق العينيّة بالنّسبة للعقّارات المسجّلة الخاضعة للمفعول المنشئ للتّرسيم.

"ولا يجوز للمنتزع حوز العقّارات المنتزعة إلّا بعد تأمين أو خلاص الغرامة الوقتيّة كما ضبطها خبير أملاك الدّولة أو الخبير العدليّ المكلّف من قبل الجهة صاحبة المشروع" (الفصل 10).

ويتحصّل المالك المنتزع منه العقّار على تعويض يتمثّل في غرامة انتزاع[1264]. وتحدّد هذه الغرامة إمّا بالتّراضي (الفصل 29) وإمّا بالتّقاضي (الفصل 30 وما بعده).

[1264] حول هذه الغرامة في القانون القديم (القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرّخ في 11 أوت 1976 المتعلّق بمراجعة التّشريع الخاصّ بالانتزاع للمصلحة العموميّة، الرّائد الرّسميّ عدد 51، الصّادر في 13 – 17 أوت 1976، ص 2192. وقد نقّح بمقتضى القانون عدد 26 لسنة 2003 المؤرّخ في 14 أفريل

ويسقط حقّ المطالبة بها بانقضاء أجل خمسة عشر عاما من تاريخ صدور أمر الانتزاع (الفصل 40)[1265].

244 صور أخرى لاكتساب الملكيّة بمفعول القانون ◊ هذه بعض أحكام الانتزاع من أجل المصلحة العامّة. إلى جانب الانتزاع توجد صور أخرى كثيرة تكتسب فيها الملكيّة بمفعول القانون. من هذه الصّور:

صورة سبقت معنا، وهي تملّك الشّريك للعقّار بواسطة الشّفعة[1266].

صورة أخرى سبقت بدورها هي صورة التّمليك المترتّب على إلزام بعض الأشخاص بشراء الأرض التي أدّى إشغالها إلى حرمان مالكها من التّصرّف فيها لمدّة تفوق

2003، الرّائد الرّسميّ عدد 31، الصّادر في 18 أفريل 2003، ص 1143) انظر: خليل الفندري، غرامة الانتزاع، دار محمّد علي، تونس، 2004.

(1265) حول الانتزاع للمصلحة العامّة في القانون القديم انظر: إبراهيم الجربي، «الملكيّة وحقّ الانتزاع للمصلحة العامّة»، القضاء والتّشريع، نوفمبر 1962، ص 7؛ المنصف عمارة، «في الانتزاع للمصلحة العامّة (تعليق على قرار تعقيبيّ)»، القضاء والتّشريع، أفريل 1976، ص 33؛ محمّد كمال قرداح، «الانتزاع للمصلحة العامّة فقها وقضاءً»، القضاء والتّشريع، جانفي 1978، ص 7؛ محمود ثمّام، «انتزاع الملك للمصلحة العامّة. ج 1»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 1988، ص 49؛ محمود ثمّام، «انتزاع الملك للمصلحة العامّة. ج 2»، القضاء والتّشريع، نوفمبر 1988، ص 21؛ محمود ثمّام، «انتزاع الملك للمصلحة العامّة. ج 3»، القضاء والتّشريع، ديسمبر 1988، ص 23؛ فوزي البحيري، «الانتزاع لفائدة المصلحة العموميّة وحماية الملكيّة الخاصّة في ظلّ قانون 14 أفريل 2003»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 2003؛ حامد النّقعاوي، «الجديد في قانون الانتزاع للمصلحة العموميّة»، دار الميزان للنّشر، سوسة – تونس، ط 1، 2003.

وانظر حول نزع الملك لمنافع الكافّة في الفقه الإسلاميّ: محمّد أبو زهرة، م س (الملكيّة ونظريّة العقد)، ص 149؛ محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 358.

(1266) انظر الفقرة 125 وما بعدها.

ثلاث سنوات (الفصل 86 من مجلّة المحروقات والفصل 81 من مجلّة المناجم)[1267].

في السّياق نفسه يمكن أن نضيف صورة التّمليك المترتّب على إلزام بعض الأشخاص بشراء الأرض الموظّف عليها حقّ ارتفاق لفائدتهم (الفصل 51 والفصل 78 من مجلّة المياه).

صورة تملّك العقّار من قبل إحدى الوكالات العقّارية بممارسة حقّ الأولويّة في الشّراء[1268].

صورة إسناد الأرض الاشتراكيّة على وجه الملكيّة الخاصّة لفرد أو مجموعة أفراد (الفصلان 16 و 17 من قانون 4 جوان 1964 [1269] كما نقّحا بمقتضى قانون 10 أوت 2016[1270]).

صورة المصادرة. وتتمثّل في تجريد شخص من أموال له، وإحالتها لفائدة الدّولة[1271].

[1267] انظر الفقرة 148.

[1268] انظر الفقرة 138.

[1269] القانون عدد 28 لسنة 1964 المؤرّخ في 4 جوان 1964 المتعلّق بضبط النّظام الأساسيّ للأراضي الاشتراكيّة (الرّائد الرّسميّ عدد 28، الصّادر في 2 — 5 جوان 1964، ص 764).

[1270] القانون عدد 69 لسنة 2016، المؤرّخ في 10 أوت 2016 (الرّائد الرّسميّ عدد 79، الصّادر في 27 سبتمبر 2016، ص 3322).

[1271] انظر: وردة الوريمي، مصادرة أموال الخواصّ لفائدة الدّولة، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة، 2013 – 2014.

وقد تناولت المذكّرة بالأساس نوعين من المصادرة:

المصادرة القضائيّة (ينطق بها القضاء كعقوبة أصليّة أو تكميليّة). انظر صفحة 14 وما بعدها.

والمصادرة التّشريعيّة (وهي مصادرة سياسيّة يأتي بها نصّ تشريعيّ). انظر ص 65 وما بعدها.

انظر أيضا: صبريّة السّخيري زرّوق، «دراسة تحليليّة في أحكام المصادرة»، القضاء والتّشريع، العدد 10، ديسمبر 2014، ص 9 وما بعدها.

صورة التّأميم[1272].

وانظر مثالا لهذه المصادرة التّشريعيّة في القانون عدد 34 لسنة 1969 المؤرّخ في 12 جوان 1969 المتعلّق بمصادرة أملاك المرحوم حسين بن محمّد النّاصر باي (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة عدد 23، 17 جوان 1969، ص 767).

انظر كذلك القانون عدد 27 المؤرّخ في 5 فيفري 1959 المتعلّق بمصادرة المكاسب العقّاريّة لورثة أحمد باي، وهم "زوجته محرزيّة بنت محمود نوّار وأبناؤه الطّيّب وحنيفة والزّهرة وأمّ كلثوم وجميلة وكمال الدّين ومحمّد رضا وورثة محمّد برهان الدّين" (الرّائد الرّسميّ، عدد 11، الصّادر في 20 فيفري 1959، ص 219). ثانيا للقانون عدد 136 المؤرّخ في 20 أكتوبر 1959 القائل بمصادرة الأموال العقّاريّة لـ: "السّيّدة جنينة بنت النّاصر بن محمّد زوجة الشّاذلي حيدر" (الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 54، 20 و23 أكتوبر 1959، ص 1537). ثالثا للقانون عدد 137 المؤرّخ في 20 أكتوبر 1959 القائل بمصادرة الأموال العقّاريّة لـ: "ورثة التّبريزي بن عزّوز" (الرّائد الرّسميّ، عدد 54، الصّادر في 20 و23 أكتوبر 1959، ص 1537).

انظر كذلك الفصل الأوّل من المرسوم عدد 13، المؤرّخ في 14 مارس 2011 (الرّائد الرّسميّ عدد 18، الصّادر في 18 مارس 2011، ص 338): "تصادر لفائدة الدّولة التّونسيّة وفق الشّروط المنصوص عليها بهذا المرسوم وفي تاريخ إصداره، جميع الأموال المنقولة والعقّارية والحقوق المكتسبة بعد 7 نوفمبر 1987 والرّاجعة للرّئيس السّابق للجمهوريّة التّونسيّة زين العابدين بن الحاج حمدة بن الحاج حسن بن علي وزوجته ليلى بنت محمّد بن رحومة الطّرابلسي وبقيّة الأشخاص المبيّنين بالقائمة الملحقة بهذا المرسوم وغيرهم ممّن قد يثبت حصولهم على أموال منقولة أو عقّاريّة أو حقوق جرّاء علاقتهم بأولئك الأشخاص. ولا تمسّ المصادرة المقرّرة بمقتضى هذا المرسوم من حقوق الدّائنين في المطالبة بالوفاء بديونهم المترتّبة قبل 14 جانفي 2011 على أن يتمّ ذلك وفق الإجراءات المحدّدة بأحكام هذا المرسوم" (نُقّح المرسوم السّابق وأتمّ بالمرسوم عدد 47 لسنة 2011 المؤرّخ في 31 ماي 2011، الرّائد الرّسميّ عدد 39، بتاريخ 31 ماي 2011، ص 809).

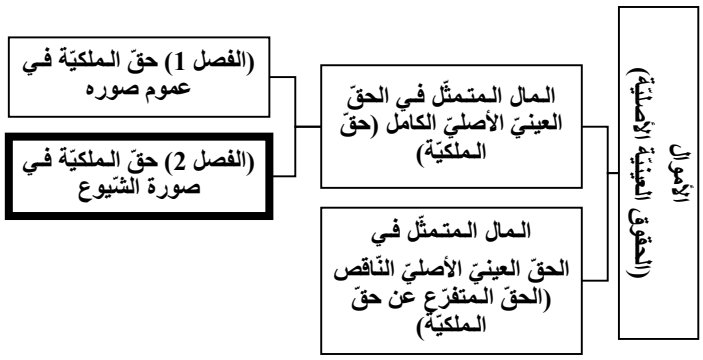
[1272] القانون عدد 5 لسنة 1964، المؤرّخ في 12 ماي 1964، المتعلّق بملكيّة الأراضي الفلاحيّة بتونس (الرّائد الرّسميّ عدد 24، الصّادر في 12 ماي 1964، ص 456).

هذا عن اكتساب الملكيّة بمفعول القانون، وهو – في بعض صوره – وإلى جانب الاستيلاء والالتصاق أسباب لاكتساب الملكيّة بغير خلافة. مع هذه الأسباب ثمّ أخرى تكسب الملكيّة بالخلافة.

وحقّ الملكيّة – زيادة على وجود أسباب تكسبه – له مكوّنات. ثمّ إنّ لهذه المكوِّنات كيفيّة عمل. والمكوّنات وكيفيّة عملها حيثيّتان مكّنتا من تعريف حقّ الملكيّة.

هذا التّعريف وتلك الأسباب جيء بجميعها في إطارٍ هو الملكيّة الفرديّة والمشاعة، أي في إطار حقّ الملكيّة في عموم صوره. بعد الفراغ من حقّ الملكيّة في عموم صوره، ينبغي الاشتغال على حقّ الملكيّة في صورة خاصّة له هي الشّيوع[1273].

(1273)



الفصل الثّاني
حقّ الملكيّة في صورة الشّيوع

245 الملكيّة المفرزة والملكيّة المشاعة ◊ الصّورة البسيطة للملكيّة هي الملكيّة المتميّزة، المفرَز محلّها، والتي يستأثر فيها شخص (طبيعيّ أو معنويّ) لوحده بالحقوق الثّلاثة (الاستعمال والاستغلال والتّصرّف) على هذا المحلّ.

إلى جانب هذه الصّورة توجد صورة مركّبة يشترك فيها عدّة أشخاص (شخص طبيعيّ وآخر مثله/ شخص معنويّ وآخر مثله/ شخص طبيعيّ وآخر معنويّ) في الاستئثار بالحقوق الثّلاثة على الشّيء. تسمّى هذه الصّورة الملكيّة المشاعة أو الشّائعة (indivision/ propriété indivise/ copropriété)[1274].

[1274] في القانون المقارن قيل إنّ اعتبار حقّ الشّريك في الملكيّة المشاعة حقّ ملكيّة لم يكن محلّ إجماع. فثمّ من قال إنّه حقّ شخصيّ وثمّ من قال إنّه حقّ عينيّ خاصّ.

انظر: جمال خليل النّشار، تصرّف الشّريك في المال الشّائع وأثره على حقوق الشّركاء. دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ والقانون المدنيّ، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندريّة، 1999، ص 33 وما بعدها؛ زهدي يكن، الملكيّة والحقوق العينيّة الأصليّة علما وعملا، منشورات المكتبة العصريّة، صيدا – بيروت، ط 2، 1962، ص 140 وما بعدها؛

أوريليان إيوناسكو، «الطّبيعة القانونيّة لحقّ الشّريك»، منشور في: مظاهر للقانون الخاص في نهاية القرن العشرين، دراسات مجمّعة على شرف ميشال دي جوغلار، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1986، ص 28.

Aurelian Ionasco, « La nature juridique du droit du copropriétaire », in: *Aspects du droit privé en fin du 20e s. Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglard*, LGDJ, Paris, 1986, p. 28.

خارج ما سبق، وحول الشّيوع في القانون الإسلاميّ انظر: صالح بن محمّد بن سليمان السّلطان، أحكام المشاع في الفقه الإسلاميّ، جامعة الإمام محمّد بن سعود الإسلاميّة، المملكة العربيّة السّعوديّة، 1423 هـ/ 2002 م؛ أحمد فلاح عبد البخيت، الملكيّة الشّائعة في الفقه الإسلاميّ والقانون المقارن.

246 ميدان الشّيوع ◊ والشّيوع لا يهمّ حقّ الملكيّة فقط (ملكيّة الرّقبة والانتفاع معا أو ملكيّة الرّقبة دون الانتفاع) بل يمكن أن يكون موضوعه الحقوق العينيّة الأصليّة

دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2012؛ محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 355 وما بعدها؛ علي الخفيف، م س، ص 131 وما بعدها؛ محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 355 وما بعدها.

ثمّ حول الشّيوع في القانون الرّومانيّ وغيره انظر:

لوسي لافلام، م س، ص 28.

إيزودور باسكييه، في حقوق الشّركاء في شيء مشترك أثناء الشّيوع، مطبعة لاشيز ودولبو، أنجيرز، 1890.

Isodore Pasquier, *Des droits des copropriétaires de la chose commune pendant l'indivision en droit romain*, Imprimerie Lachese et Dolbaeu, Angers, 1890.

كريستيان أتياس، الشّيوع، إيديلاكس، آكس أون بروفانس، ط 2، 2010.

Christian Atias, *L'indivision*, Edilaix, Aix-en-Provence, 2e éd., 2010.

فرانسوا-غسافييه تيستو، الشّيوع، دالوز، باريس، 1996.

François-Xavier Testu, *L'indivision*, Dalloz, Paris, 1996.

فرانسوا-غسافييه تيستو، «الشّيوع»، الموسوعة المدنيّة دالوز، نوفمبر 1997، الفقرة 16 وما بعدها.

François-Xavier Testu, « Indivision », *Rép. Civ. Dalloz*, novembre 1997, n° 16 s.

جمعيّة هنري كابيتون، الشّيوع، دالوز، باريس، 2005.

Association Henri Capitant, *L'indivision*, Dalloz, Paris, 2005.

الأخرى. فقد نجد شيوعا في حقّ الانتفاع[1275] أو في حقّ الاستعمال أو في حقّ السّكنى أو في حقّ الارتفاق[1276].

وسواء وجد في هذا الحقّ العينيّ الأصليّ أو ذاك، فالشّيوع أن نكون أمام شركاء في الحقّ، أي أمام من لكلّ واحد منهم حصّة غير مفرَزة في الحقّ، أي حصّة محدّدة لا بذاتها[1277] بل حسابيّا كأن تكون ربع الحقّ أو ثلثه أو غير ذلك.

والشّيوع لا يكون إلّا في حقّ واحد على شيء واحد: فلا شيوع بين من له حقّ ملكيّة رقبة الشّيء ومن له حقّ انتفاع على الشّيء نفسه[1278]، كما لا شيوع إذا كان الحقّ الواحد منصبّا على أشياء مختلفة[1279].

[1275] " يجوز أن تكون في [...] حقّ الانتفاع نفسه ملكيّة على الشّياع لعدّة أشخاص، فيجوز حينئذ للشّريك [...] في حقّ الانتفاع أن يطلب القسمة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 50321، 5 مارس 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 322.

انظر أيضا ما سيرد في الفقرة 313، الهامش.

[1276] بل ثمّ، في القانون المقارن، من يتحدّث عن شيوع في حقّ الكراء وفي حقوق دائنيّة أخرى: فرانسوا–غسافييه تيستو، «الشّيوع»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 2.

وفي الفقه الإسلاميّ قيل إنّ الشّيوع يثبت في الأعيان ويثبت في غيرها ممّا يملك (الدّين، والمنافع التي سببها الإجارة والإعارة والوصيّة والوقف والوراثة والإقطاع، وبعض الحقوق كحقّ الشّرب وحقّ التّعلّي وحقّ الرّدّ بخيار الشّرط في البيع عند تعدّد عاقديه وحقّ حبس الرّهن وغير ذلك من الحقوق). علي الخفيف، م س، ص 134 وما بعدها.

[1277] جاء في قرار لمحكمة التّعقيب أنّ المناب الذي تمّ شراؤه مشاع، "وترتيبا على ذلك فإنّه لا تمكن المطالبة بالاختصاص بجزء معيّن بذاته". تعقيبيّ مدنيّ عدد 134، 25 جانفي 1977، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 58.

[1278] تعقيبيّ مدنيّ عدد 50321، 5 مارس 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 322.

[1279] وهكذا فإنّ الشّيوع هو أن يتواجد على شيء واحد حقّان عينيّان صاحبهما شخصان (أو تتواجد ثلاثة حقوق عينيّة لثلاثة أشخاص، إلخ)، والحقّان من طبيعة واحدة (ملكيّة وملكيّة؛ انتفاع

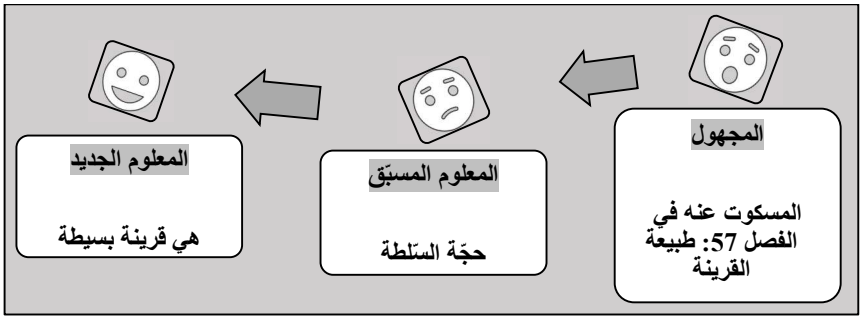
وما جاء أعلاه من امتداد الشّيوع إلى غير حقّ الملكيّة، ومن أنّ وصف حصّة كلّ شريك هو عدم الإفراز، نجده في الفصل 56 من مجلّة الحقوق العينيّة القائل: "الشّيوع هو اشتراك شخصين فأكثر في ملكيّة عين أو حقّ عينيّ غير مفرزة حصّة كلّ منهم".

247 قرينة التّساوي في الحصص ◊ ويضيف الفصل 57 قائلا: "إذا لم يعيّن مناب كلّ من الشّركاء، يُحمل على التّساوي بينهم". فإذا كنّا مثلا أمام أرض يشترك فيها ثلاثة أشخاص، فثمّ قرينة على أنّ كلّ واحد يملك الثّلث. وهي قرينة بسيطة•، إذا استعملنا كحجّة حجّة السّلطة(1280). ثمّ إنّها لا تعمل إلّا إذا لم نجد – حين قام الشّيوع وبدأ – ما يفيد أنّ كلّ واحد يملك غير نسبة الثّلث. وهكذا، إذا كان لدينا أب توفّي عن ابن وبنتين تاركا أرضا، فبمجرّد الوفاة تصير ملكيّة الأرض مشاعة بين الأبناء. لكن هاهنا لن تجري قرينة الفصل 57، لأنّنا نعلم حين بدأ الشّيوع كم حصّة كلّ واحد من الأبناء.

وانتفاع؛ إلخ). قرّب ممّا ورد في واحد من الكتب في القانون الفرنسيّ: باتريك كورب وماتياس لاتينا، م س، ص 45.

• على مستوى نوع القرينة، نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1280)



ضمنيّا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 12083، 18 ماي 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 64.

248 الأسباب التي تُنشئ الشّيوع والأسباب التي لا تنشئه ◊ ممّا جاء الآن نفهم أنّ الشّيوع قد يكون سببه الميراث. لكن ما ينبغي التّنبيه عليه – بسبب كون نصوص الشّيوع تتحدّث عن اشتراك وشركاء – أنّ عقد الشّركة ليس سببا للشّيوع. فهذا العقد لا يجعل أموال الشّركة ملكا مشاعا بين الشّركاء. بل إنّ الشّركة شخص معنويّ، ومن ثمّ لها ذمّة ماليّة مستقلّة عن ذمّة كلّ شريك. في الذّمّة الماليّة للشّركة توجد أموال الشّركة. بعبارة أخرى: أموال الشّركة مملوكة ملكيّة مفرزة للشّركة وليست مملوكة ملكيّة مشاعة من الشّركاء[1281].

لكن إذا كان الشّيوع لا ينشأ عن عقد الشّركة، فهو ينشأ عن تصرّفات قانونيّة أخرى كالبيع والوصيّة وغير ذلك؛ كما ينشأ عن الواقعة القانونيّة كالالتصاق والحوز وغيره.

[1281] جاء في الفصل 1226 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ الشّركة قسمان: شركة عَقد (ما أسمي أعلاه عقد الشّركة وما قيل إنّه ليس شيوعا) وشركة مِلك (ما أسمي أعلاه شيوعا).

ولقد جاء في قرار لمحكمة التّعقيب أنّ الحكم الذي لا يفرّق بين شركة العقد وشركة الملك يستوجب النّقض لمخالفة القانون: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 12732، 29 جانفي 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 243.

انظر حول التّمييز بين الشّركة والشّيوع في القانون الفرنسيّ: فرانسوا–غسافييه تيستو، «الشّيوع»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 62 والفقرة 150 وما بعدها.

ب كاتالا، «الشّيوع»، ديفرينوا 1979. 1، 23.

P. Catala, « L'indivision », *Defrénois* 1979. 1, n° 23.

س سانت–ألاري هوين، «المعايير المميّزة للشّركة والشّيوع منذ التّنقيحات الحديثة للمجلّة المدنيّة»، المجلّة الفصليّة للقانون التّجاريّ 1979، 645.

C. Saint-Alary-Houin, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *R TD com.* 1979, 645.

ف كابورال، «الشّركة والشّيوع»، مجلّة الشّركات 1979، 265.

F. Caporale, « Société et indivision », *Rev. Sociétés* 1979, 265.

بعبارة أخرى: ما رأيناه في العنوان السّابق من أسباب اكتساب حقّ الملكيّة يهمّ عموم الملكيّة، أي يهمّ الملكيّة المفرزة والملكيّة المشاعة معا.

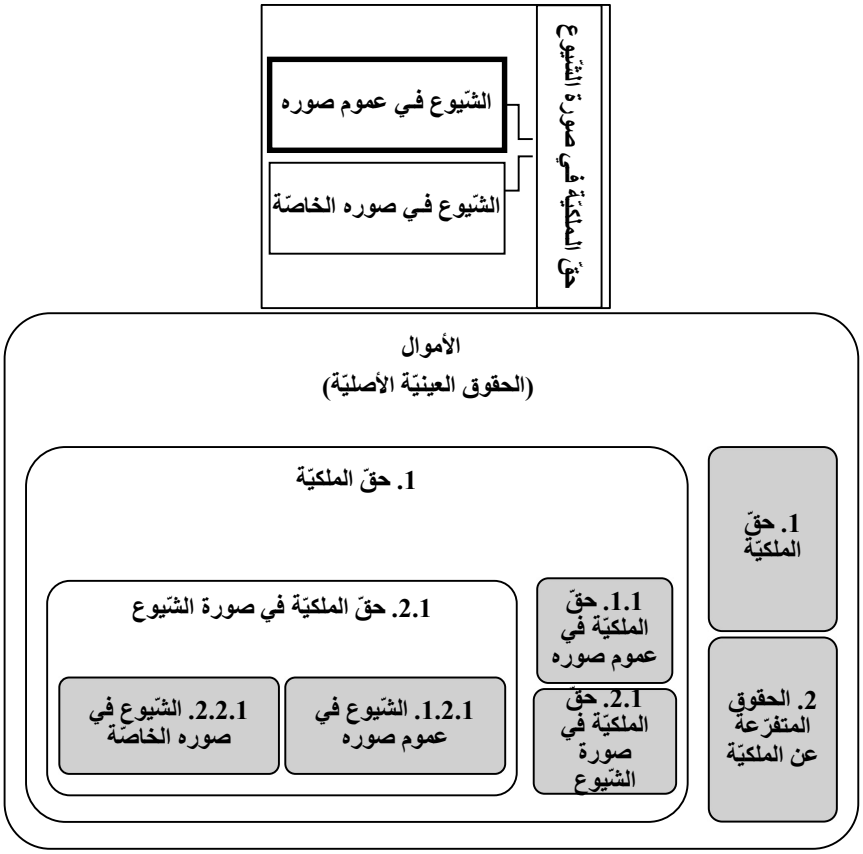
249 تقسيم البحث في الشّيوع ◊ فإذا عدنا مرّة أخرى إلى مجلّة الحقوق العينيّة، وجدناها تقسّم عنوان الشّيوع إلى باب أوّل للأحكام التي تعمّ كلّ شيوع وإلى بابين آخرين في كلّ واحد منهما نوع خاصّ من الشّيوع. ويمكن أن نعمد إلى تقسيم

قريب، فنبدأ بعنوان لعموم صور الشّيوع، ثمّ نمرّ لعنوان نجمع فيه مختلف الصّور الخاصّة للشّيوع(1282).

المبحث الأوّل: الشّيوع في عموم صوره

250 تقسيم البحث ◊ ما ينبغي التّوقّف عنده من أحكام تهمّ جميع صور الشّيوع هو: أوّلا الأحكام المتعلّقة بحقوق الشّريك (الاستعمال والاستغلال والتّصرّف)،

(1282)



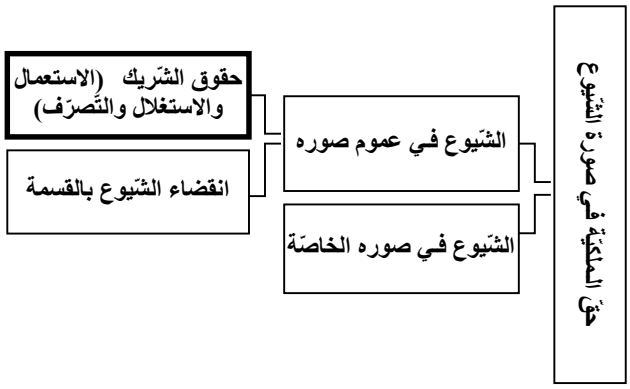
وثانيا الأحكام المتعلّقة بانقضاء الشّيوع بالقسمة، لأنّ القسمة تُعدّ أهمّ سبب لانقضاء الشّيوع(1283).

الفقرة الأولى: حقوق الشّريك (الاستعمال والاستغلال والتّصرّف)

251 تقسيم البحث ◊ رأينا أنّ حقّ الملكيّة يتكوّن من ثلاثة حقوق: الاستعمال والاستغلال والتّصرّف. هذا في عموم صور حقّ الملكيّة، أي في الملكيّة المفرزة وفي الملكيّة المشاعة معا. فإذا تركنا عموم الملكيّة، قلنا في الملكيّة المشاعة – بسبب كونها مشاعة، أي بسبب تعدّد المالكين لشيء واحد – إنّ المنتظر أن يكون إعمال الحقوق الثّلاثة خاضعا إلى قيود. بعبارة أخرى: لدينا، وعلى حالٍ معيّنة سبقت معنا، الحقوق الثّلاثة في عموم الملكيّة. أمّا في الملكيّة المشاعة، فنجد الحال السّابقة، لكن المنتظر أن نجد مع ما سبق حالا أخرى. هذه الحال الأخرى تقتضيها الملكيّة الشّائعة بما هي شائعة لا بما هي ملكيّة.

لدراسة ما جاء الآن من حال خاصّة بالملكيّة الشّائعة، وُضعت هذه الفقرة، بل وُضع كلّ الفصل الذي تندرج فيه. فإذا اهتممنا بالفقرة، أي بحقوق

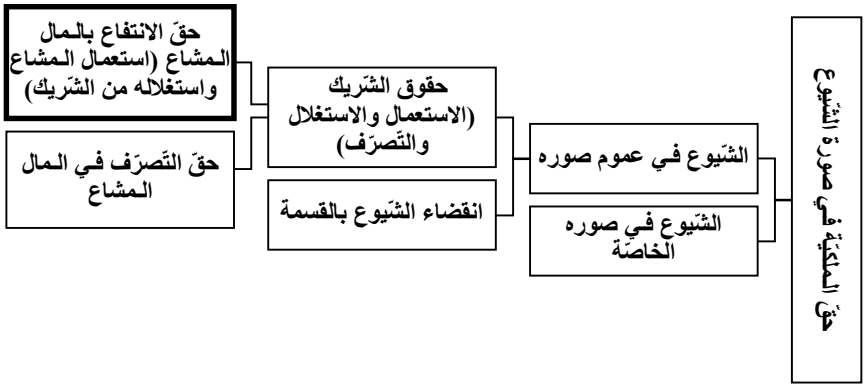
(1283)



الشّريك[1284]، قلنا إن بالإمكان تقسيم دراستها إلى عنوانين: عنوان أوّل للاستعمال والاستغلال معاً، أي لحقّ الانتفاع؛ وعنوان ثان لحقّ التّصرّف[1285].

(1284) حول حقوق الشّريك حين يكون موضوع الملكيّة عقّارا انظر: فطّوم الأسود، حقوق الشّريك في الملكيّة العقّاريّة المشاعة، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، تونس، 2003/ 2004.

(1285)



أ) حقّ الانتفاع بالمال المشاع (حقّ استعمال المشاع وحقّ استغلاله من الشّريك)

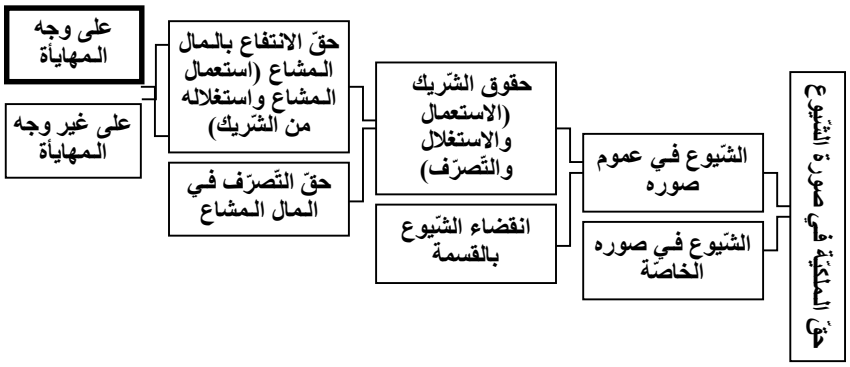
252 تقسيم البحث ◊ ثمّ إمكانيّتان: الإمكانيّة الأولى أن يحصل اتّفاق بين الشّركاء على أن ينتفع كلّ شريك بمفرده بالمال المشاع، هذا هو الانتفاع على وجه المهايأة؛ الإمكانية الثّانية أن ينتفع الشّريك بالمال المشاع على غير الوجه السّابق[1286].

1/ حقّ الانتفاع على وجه المهايأة

253 المهايأة في الزّمان والمهايأة في المكان ◊ في العرف المهايأة (قسمة المهايأة – قسمة الانتفاع لا الأعيان) نوعان: مهايأة زمانيّة ومهايأة مكانيّة.

والمهايأة الزّمانيّة أن يتّفق الشّركاء على التّناوب، فينتفع الواحد تلو الآخر بمفرده بالمال المشترك، وذلك لوقت معلوم يتناسب وحصّته. مثالها أن يتّفق مالكان بالمناصفة لأرضٍ فلاحيّة على أن يزرعها واحدٌ موسما والآخر الموسم الموالي[1287].

(1286)



(1287) انظر تعريف هذه المهايأة وأمثلتها في المادّة 1014 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة وفي المادّة 1051 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة.

مثالها أيضا أن نكون أمام مالك لنصف المال، ومالك لثلثه، ومالك لسدسه، فيتّفقون على "أن ينتفع صاحب النّصف ثلاثة أشهر مثلا، وصاحب الثّلث شهرين، وصاحب السّدس شهرا"[1288].

أمّا المهايأة المكانيّة فهي أن يتّفق الشّركاء على أن ينتفع الواحد بجزء مفرَز من المال المشاع يعادل حصّته وينتفع الآخرون بمثل ذلك. مثالها أن يتّفق مالكان بالمناصفة لمنزل أن يسكن الواحد طابقا والآخر الطّابق الآخر، أو أن يتّفق مالكان بالمناصفة لأرضٍ فلاحيّة على أن يزرع واحدٌ نصفها الغربيّ والآخر النّصف الشّرقيّ[1289].

وفي القانون التّونسيّ جاء الفصل 67 من مجلّة الحقوق العينيّة ليقول:

"للشّركاء أن يتّفقوا على الانتفاع بالمشترك على وجه المهايأة. وفي هذه الحالة يجوز لكلٍّ منهم أن يتصرّف بعوض أو بدونه في حقّه الخاصّ الذي ينتفع به طيلة المدّة المعيّنة له. وليس عليه حينئذ أن يقدّم لشركائه حسابا عمّا قبضه. على أنّه لا يمكن

[1288] محمّد سعيد، القسمة العقّاريّة، أطروحة دكتوراه دولة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، تونس، 2001/ 2002، ص 97.

[1289] انظر: محمّد سعيد، م س (القسمة العقّاريّة)، ص 97. وانظر أيضا تعريف المهايأة المكانيّة وأمثلتها في المادّة 1014 من لائحة مجلّة الأحكام الشّرعيّة وفي المادّة 1051 من مجلّة الأحكام الشّرعيّة. وإنّ المهايأة أن يُقتسم الانتفاع ولو مؤقّتا مع بقاء حقّ التّصرّف مشتركا. أمّا ما يحصل بالقسمة التي سنراها لاحقا (الفقرة 268 وما بعدها)، فمختلف. فبعد القسمة لا يبقى شيء مشترك بين المالكين على الشّياع سابقا لأنّ كلّ واحد يصير مالكا ملكيّة مفرزة وله الحقوق الثّلاثة لوحده على ما صار إليه بالقسمة.

زيادة على ما سبق لاحظ أحدهم قائلا إن لا مهايأة في ملكيّة الأشياء غير المادّيّة: جون-لويس غارديس، م س، ص 204.

له أن يفعل ما من شأنه أن يكون مانعا أو منقصا لحقوق بقيّة شركائه في المدّة المعيّنة لانتفاعهم".

فإذا توقّفنا عند عبارة المهايأة، وجدناها مطلقة•. والسّؤال هل تفيد الإطلاق، أي المهايأة الزّمانيّة والمكانيّة؟ الجواب لمن يعتمد سلطة الفقه وسلطة القضاء كحجّة: نعم[1290]. لكن ثمّ فقه (إذن حجّة سلطة أخرى) يقول إنّ المشرّع التّونسيّ لم ينظّم إلّا المهايأة الزّمانيّة[1291] (حين تتعارض حجّتا سلطة لا يمكن التّرجيح بينهما إلّا إذا وضعنا ترتيبا بين الفقهاء، وترتيبا بين المحاكم، وترتيبا بين الاثنين).

فإذا تمعّنّا في الفصل 67، وجدنا فقرته الثّانية تتحدّث عن المدّة. ويبدو هذا الحديث وراء قول من قال إنّ المشرّع لم يتكلّم عن المهايأة المكانيّة. لكنّ هذه الحجّة — إن صحّ أنّها هي المتمسَّك بها — غير مقنعة. فالمهايأة المكانيّة يمكن أيضا أن تُحدَّد بمدّة. وأكثر من هذا من يرجع إلى محاضر مجلّة الأحكام الشّرعيّة، يجد أنّ النّصّ المالكيّ للائحة هذه المجلّة (لائحة المجلّة هي عمل تحضيريّ للمجلّة) قضى بلزوم "ذكر المدّة في المهايأة مطلقا لا فرق في ذلك بين أن تكون المهايأة بالزّمان أو

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1290] في قرار من قراراتها قالت محكمة التّعقيب بالمهايأة المكانيّة وذكرت الفصل 67. انظر: تعقيبيّ مدنيّ 4787 مؤرّخ في 27 جانفي 1982، نشريّة محكمة التّعقيب 1982، ج 1، ص 226. والموقف نفسه نجده عند بعض الفقه: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 305، الهامش 655.

[1291] محمّد كمال شرف الدّين، م س (الأموال)، الفقرة 206، ص 71.

وثمّ من يرى أنّ المشرّع تعرّض للمهايأة المكانيّة لا في الفصل 67 بل في الفصل 58 (يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 372، ص 218). ولقد نقد هذا الكلام فقيل: "هذا تأويل مخالف للفصل 58 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي لا يتضمّن أيّ تحديد لكيفيّة الانتفاع واقتصر على تقرير حقّ كلّ شريك في الانتفاع بالمشترك بقدر حصّته". حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 305، الهامش 655.

المكان"[1292]. وهكذا فإنّ تعيين المدّة في المهايأة المكانيّة لازم أو على الأقلّ – وعند من لا يرى اللزوم – ممكن. كلّ هذا يعني أنّ مطلق الفصل 67 لا يمكن القول بتقييده بسبب ذكره للزّمن. لذا ينبغي إجراؤه على إطلاقه[1293].

254 أحكام الانتفاع على وجه المهايأة ◊ خارج هذه المسألة، يخضع الانتفاع على وجه المهايأة للأحكام التّالية:

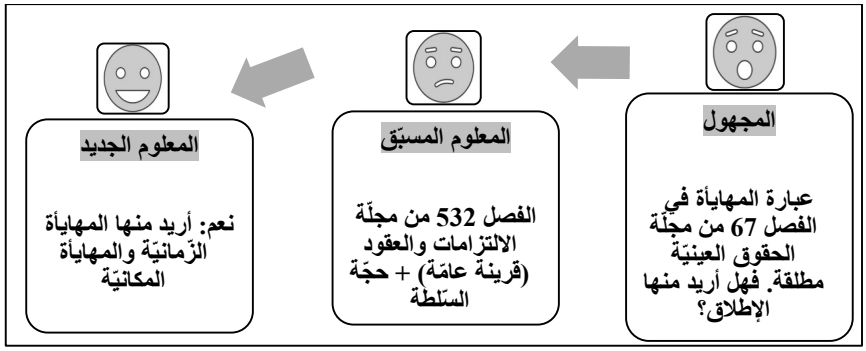
أوّلاً: حسب الفصل 68 يجب، للانتفاع على وجه المهايأة، وجود أغلبيّة مركّبة. بعبارة أخرى: ينبغي أن تتّفق أغلبيّة الشّركاء على الانتفاع على وجه المهايأة، وينبغي أن يبلغ ما تملكه الأغلبيّة الثّلاثة أرباع من قيمة الأنصباء.

ثانيا: حسب الفصل 67 لكلّ شريك حقّ التّصرّف بعوض أو بدونه في محلّ الانتفاع الذي له (كامل المشترك في مدّة زمنيّة معيّنة/ أو الجزء المفرز الذي استقلّ به).

وهكذا يحقّ للشّريك المنتفع على وجه المهايأة أن يسوّغ المال المشاع طيلة المدّة المعيّنة له، إذا كانت المهايأة زمانيّة؛ ويحقّ له أن يسوّغ الجزء المفرز الذي اختصّ

(1292) نور الدّين الجلاصي وعبد الهادي البليّش (تحقيق)، م س، ج 3، ص 451.

(1293)



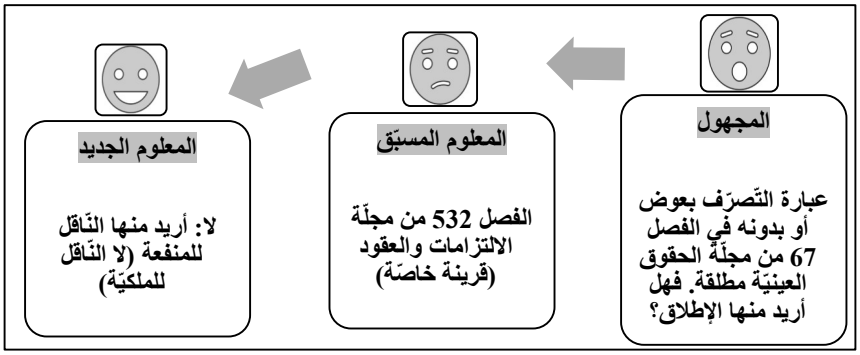
به، إذا كانت المهايأة مكانيّة. في هاتين الصّورتين ينتفع الشّريك لوحده بمعاليم الكراء.

كما يحقّ للشّريك، إذا كانت المهايأة زمانيّة، أن يعير الشّيء كلّه طيلة المدّة المعيّنة له. أمّا إذا كانت المهايأة مكانيّة، فيحقّ له أن يعير الجزء المفرز. ويستعمل المشرّع في الفصل 67 عبارة "التّصرّف بعوض أو بدونه" مطلقة•، فتشمل التّصرّف النّاقل للمنفعة (الكراء – عارية الاستعمال) والتّصرّف النّاقل للملكيّة (البيع – الهبة). لكنّ سياق النّصّ يمكّن من القول إنّ المقصود من المطلق هو التّصرّف النّاقل للمنفعة لا النّاقل للملكيّة[1294].

ثالثا: حسب الفصل 67 لا يقع على الشّريك المنتفع على وجه المهايأة التزام بأن يقدّم لشركائه كشف حساب عمّا قبضه[1295]. في هذا اختلاف مع أحكام الانتفاع على غير وجه المهايأة حيث يُلزم كلّ شريك، حسب الفصل 61، بتقديم كشف حساب لشركائه يخصّ ما قبضه من غلّة الشّيء المشترك فيما زاد على حصّته.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1294)



(1295) انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 6678، 23 فيفري 2001، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 159.

رابعا: حسب الفصل 67 يمنع على الشّريك المهايئ أن يفعل ما من شأنه أن يكون حائلا أو منقِصا لحقوق بقيّة شركائه في المدّة المعيّنة لانتفاعهم. فإذا اتّفق الشّركاء على مهايأة، يكون منعهم "لشريكهم من تسويغ منابه المفرز مهايأة [...] شغبا منهم له في استبقائه على حوزه يوجب تطبيق الفصل 51 وما بعده من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة"[1296].

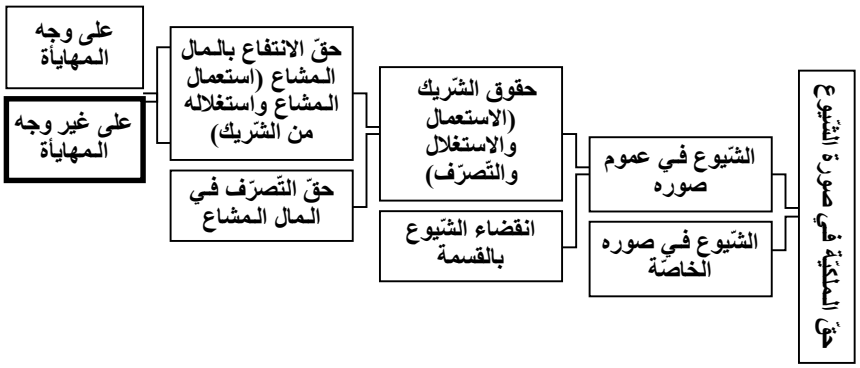
هذه هي أهمّ أحكام الانتفاع على وجه المهايأة. وما ينبغي، لتكميل الصّورة، إيراد أهمّ أحكام الانتفاع على غير هذا الوجه[1297].

2/ حقّ الانتفاع على غيروجه المهايأة

255 الحقّ ◊ ينصّ الفصل 58 من مجلّة الحقوق العينيّة على ما يلي: "لكلٍّ من الشّركاء أن ينتفع بالشّيء المشترك بقدر حصّته بشرط أن لا يستعمله خلافا لطبيعته أو لما أعدّ له وأن لا يكون استعماله مضرّا بمصالح الشّركاء أو مانعا لهم من التّصرّف بقدر ما لهم من الحقّ".

[1296] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 4787، 27 جانفي 1982، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 226.

[1297]



يتحدّث النّصّ عن الانتفاع•. والانتفاع في العرف هو الاستعمال والاستغلال[1298].

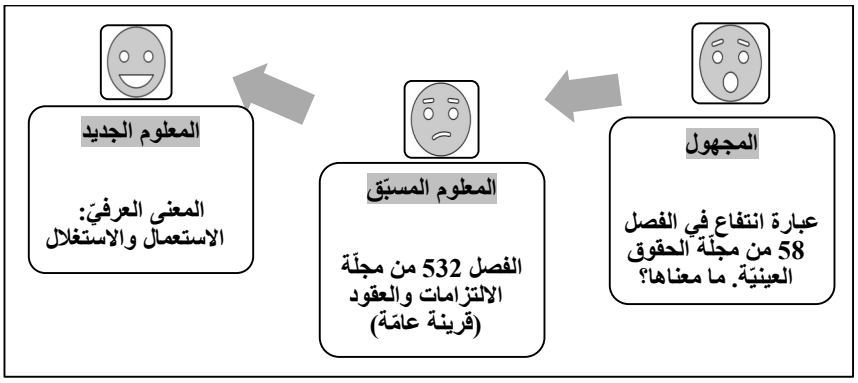
والانتفاع حسب النّصّ يتمتّع به كلّ شريك على حدة، لكنّ هذا الانتفاع مقيّد بشرطين:

الشّرط الأوّل أن لا يكون فيه تعارض مع طبيعة المشترك أو مع ما أعدّ له. فإذا كان المال الشّائع أرضا زراعيّة، أمكن لكلّ شريك أن يقوم فيها بالأعمال الفلاحيّة بقدر حصّته. لكن لا يمكنه أن يبني عليها، لأنّ البناء استعمال يتعارض مع طبيعة المال أو مع ما أعدّ له.

الشّرط الثّاني أن لا يكون في الانتفاع إضرار بمصالح الشّركاء الآخرين أو منع لهم من الانتفاع بقدر ما لهم من الحقّ. فإذا بقينا مع المثال السّابق، أي إذا كان المال المشترك أرضا فلاحيّة، فليس من حقّ الشّريك أن يستبدّ بها ويزرعها كلّها لحساب نفسه[1299].

• عبارة الانتفاع تحتمل أكثر من معنى في سياقات مختلفة. إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1298] يمكن القول بإعطاء العبارة هذا المعنى (وتقديمه على الوضعيّ) لانعدام القرينة المخالفة.



[1299] انظر في تطبيق النّصّ: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 15231، 21 أفريل 1988، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 229؛ تعقيبيّ مدنيّ، 37133، 13 أفريل 1993، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 235؛ تعقيبيّ مدنيّ،

والعلّة من وضع الشّرطين أنّ وصف الاستئثار لا يرتبط بملكيّة الشّريك بل بملكيّة الشّركاء جميعا.

256 حفظ المشترك ◊ قبالة حقّ الانتفاع يوجد واجب حفظ المال المشاع. هذا الواجب محمول على كلّ شريك، والإخلال به موجب لقيام المسؤوليّة. يقول الفصل 63 من مجلّة الحقوق العينيّة: "على كلّ من الشّركاء الاعتناء بحفظ المشترك كاعتنائه بملكه الخاصّ وإلّا فعليه ما ينشأ عن تقصيره".

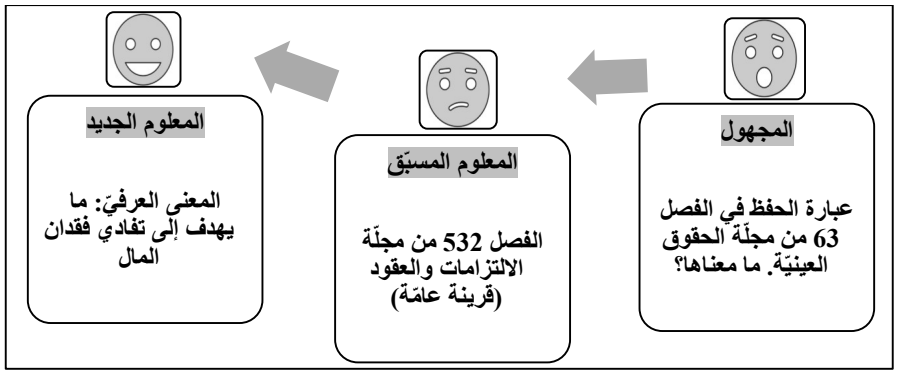
والحفظ•، كما رأينا، له معنى عرفيّ حاصله أنّه عمل وتصرّف قانونيّ (بالمعنى اللغويّ للتّصرّف لا بالمعنى القانونيّ. ويقابل التّصرّف بالمعنى اللغويّ عمل الإدارة وعمل التّفويت) يهدف فقط إلى تفادي فقدان مال[1300]. وينبغي إعطاء التّعبير هذا المعنى، لأنّه لم يثبت أنّه أريد منه معنى مختلف[1301].

عدد 26007، 25 أفريل 2009، ذكره: عصام الأحمر، فقه قضاء محكمة التّعقيب، د ن، تونس، 2011، ص 97.

• عبارة الحفظ تحتمل أكثر من معنى في سياقات مختلفة. إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1300) انظر الفقرة 84 والفقرة 89.

(1301)



من وجه آخر: عبارة الحفظ في النّصّ مطلقة• ولم تقيّد بأن قيل مادّيّ (مثال الحفظ المادّيّ: ترميم منزل) أو قانونيّ (مثال الحفظ القانونيّ: دفع الضّرائب الموظّفة على الشّيء، أو قطع التّقادم ضدّ من يحوز العقّار). ولعدم وجود قرينة مقيّدة، ينبغي إجراء المطلق على إطلاقه(1302).

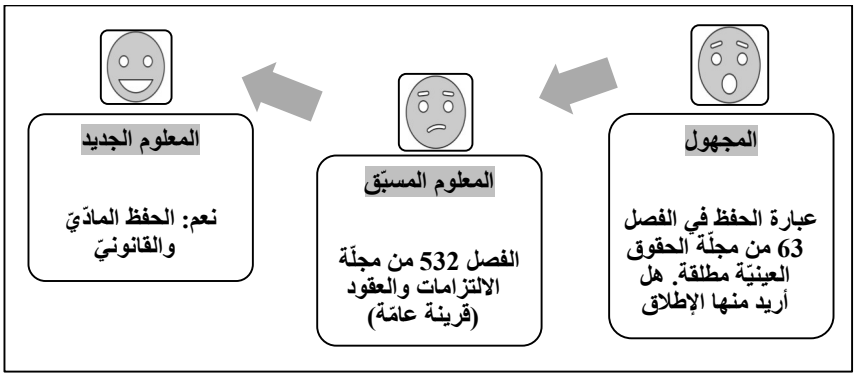
أمّا في خصوص من يتحمّل مصاريف الحفظ، فقد جاء في الفصل 64 من مجلّة الحقوق العينيّة: "لكلّ شريك أن يلزم شركاءه بالمساهمة على قدر منابهم في المصاريف الضّروريّة لحفظ المشترك أو لبقائه صالحا لما أعدّ له".

كما جاء في الفصل 65: "كلّ شريك ملزوم على قدر منابه بأداء التّكاليف المحمّلة على المشترك وكذلك مصاريف الإدارة والاستغلال"(1303).

ومن ينظر إلى الفصل 64، يجد تخصيصا بالوصف، إذِ النّصّ تحدّث عن مصاريف نعتها بالضّروريّة. هكذا يكون المسكوت عنه المصاريف غير الضّروريّة•. والسّؤال

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1302)



(1303) "في خصوص فرع الدّعوى المتعلّق بمصاريف إصلاح الجرّار، فإنّ الاشتراك في شأنه ثابت [...] وتبعا لذلك فإنّ مصاريف حفظه تحمل كذلك عليهما معا وفق مقتضيات الفصل 64 من مجلّة الحقوق العينيّة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 12343، 11 نوفمبر 1985، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 226.

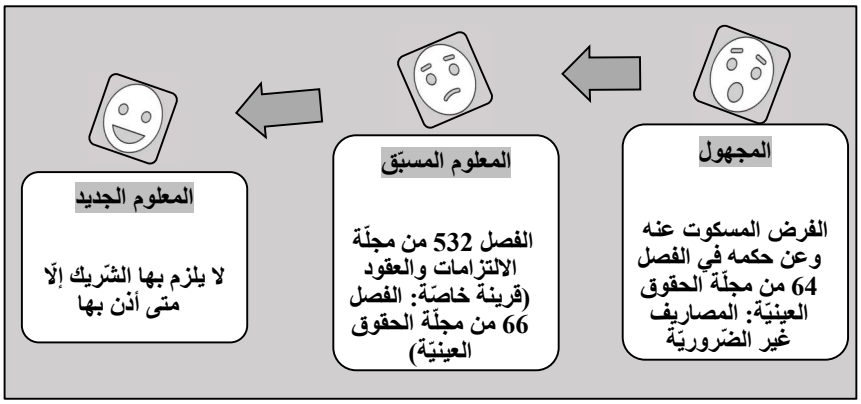
• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

ما حكمها؟ جواب هذا السّؤال موجود في الفصل 66 القائل: "لا يلزم الشّريك بأداء منابه من المصاريف النّافعة التّحسينيّة التي صرفها شريكه إلّا إذا أذنه صراحة أو دلالة"[1304].

257 إدارة المشترك ◊ زيادة على ما تقدّم من أحكامٍ، جاء في الفصل 68 من مجلّة الحقوق العينيّة أنّ: "ما يستقرّ عليه رأي أغلبيّة الشّركاء يلزم الباقين فيما يتعلّق بإدارة المشترك واستغلاله على شرط أن تبلغ الأغلبيّة الثّلاثة أرباع من قيمة

[1304] مثال مصاريف نافعة نعم لكنّها تحسينيّة: "تعويض بلاط المنزل المشترك وجعله من المرمر الرّفيع (انظر في خصوص هذا النّوع من المصاريف الحكم الابتدائيّ الصّادر عن المحكمة الابتدائيّة بالمهديّة بتاريخ 16 أكتوبر 1961، القضاء والتّشريع 1962، عدد 9، ص 76)". محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 215.

مثال إذن بالدّلالة: أن يساعد في تركيب المرمر الجديد.



الأنصباء. وإذا لم تبلغ الأغلبيّة النّسبة المذكورة، فلكلّ شريك عرض الخلاف على المحكمة"[1305].

يتحدّث النّصّ عن الإدارة. وهي في العرف، كما تقدّم[1306]، عمل وتصرّف (بالمعنى اللغويّ للتّصرّف لا بالمعنى القانونيّ) عاديّ في مال أو جملة من الأموال. ويتضمّن هذا العمل تصريف الأعمال اليوميّة والتّأهيل الطّبيعيّ للذّمّة الماليّة. ومن أمثلته: صيانة المال، إبرام عقد تأمين في شأنه، إبرام عقد إيداع، إبرام عقد إعارة، إبرام عقد كراء (مع استثناءات على مستوى هذا العقد)، إلخ. ثمّ إنّ هذا العمل يتنوّع بتنوّع الشّيء موضوع الإدارة (مؤسّسة تجاريّة، أرض فلاحيّة، عمارة) ويضمّ: أعمال البيع (بيع بضاعة أو محصول) والشّراء (شراء بذور، آلات صغيرة)، أي يضمّ الأعمال التي تحتلّ مرتبة ثانية في سلّم خطورة الأعمال القانونيّة (بعد أعمال التّصرّف وقبل أعمال الحفظ) والتي هي الحدّ الذي لا تتجاوزه سلطات من يدير الذّمّة الماليّة للغير.

والسّؤال: عبارة الإدارة مطلقة•، فماذا قصد بها؟ الجواب: قصد النّصّ لا مطلق الإدارة بل الإدارة المعتادة، أي التي لا تمثّل تعديلا في المال المشاع.

ما الحجّة على أنّ هذا هو قصد النّصّ؟

الجواب: ما ورد في الفصل 69: "لا تجبر الأقلّيّة على قبول قرارات الأغلبيّة إذا كانت تتعلّق [...] بإدخال تعديلات على المشترك [...]". وهكذا فقرارات

[1305] انظر تطبيقا قضائيّا لهذا النّصّ: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2773، 12 جوان 1980، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 160.

[1306] انظر الفقرة 84 والفقرة 92.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

التّعديل، أو قرارات الإدارة غير المعتادة، تحتاج إلى الإجماع. من أمثلة ذلك قرار تغيير نشاط محلّ تجاريّ أو قرار بناء منزل على أرض مشاعة[1307].

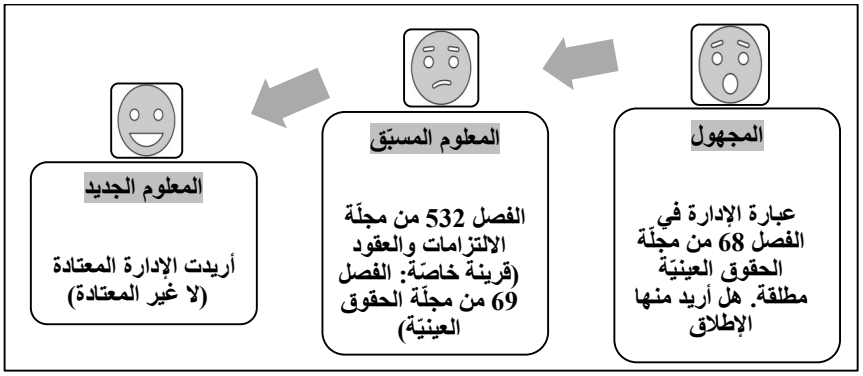
السّؤال الآن: إن لم يحصل إجماع وأتى شريك أو أكثر فِعلَ إدارةٍ غير معتادة، ما الحكم؟

الجواب موجود في الفصل 62 القائل: "ليس لأحد الشّركاء أن يحدث شيئا في المشترك إلّا برضا الباقين صراحة أو دلالة [...]". "ويمكن تفسير اشتراط موافقة بقيّة الشّركاء [...] بكون الشّريك عند قيامه بالإحداثات على العقّار المشاع قد تعدّى على حقوق بقيّة الشّركاء، ولذا يجب أن يوافقوه على هذا التّعدّي"[1308].

فإذا خالف الشّريك ما سبق من أحكام "[...] تنطبق القواعد التّالية:

"1 – إذا كان المشترك قابلا للقسمة، يقسّم. فإن لم يقع المحدَث في مناب من أحدثه، خُيِّر الشّريك بين إلزام شريكه بإزالة ما أحدثه على نفقة هذا الأخير مع

(1307)



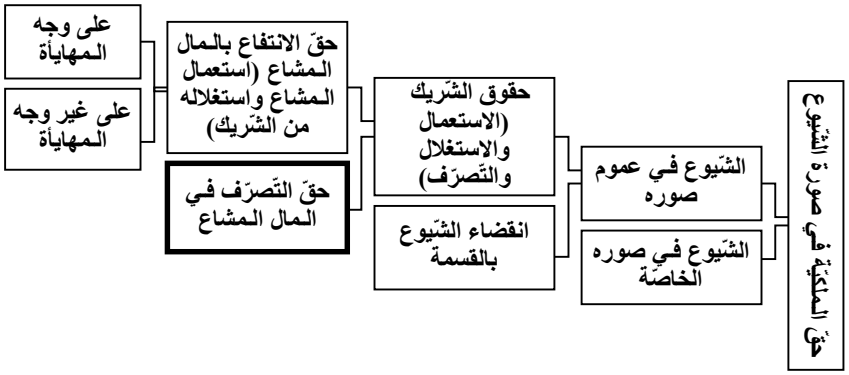
(1308) فطّوم الأسود، م س، ص 70. ولقد أوردت الباحثة على هذا المستوى القرار القضائيّ التّالي: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 10544، 11 ديسمبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 259. انظر أيضا في تطبيق الفصل 62: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 77170، 9 أكتوبر 2000، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 246؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 56، 10 جوان 2004، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 391.

غرم الضّرر إن اقتضى الحال وبين أداء ثمن الموادّ وأجرة اليد العاملة بدون التفات لما قد يحصل من الزّيادة في قيمة الرّقبة بسبب المحدثات.

"2 – وإذا كان المشترك غير قابل للقسمة، فلبقيّة الشّركاء الخيار نفسه. فإذا اختاروا أداء ثمن الموادّ وأجرة اليد العاملة، فإنّ كلاّ منهم يدفع قدر نصيبه في المشترك. وإذا اختلف بقيّة الشّركاء، فالقول لأغلبيّة الجميع على أساس قيمة الأنصباء" (الفصل 62).

هذا عن الانتفاع على غير وجه المهايأة. قبله رأينا الانتفاع على هذا الوجه. وزيادة على الانتفاع، للشّركاء حقّ التّصرّف[1309].

(1309)



ب) حقّ التّصرّف في المال المشاع

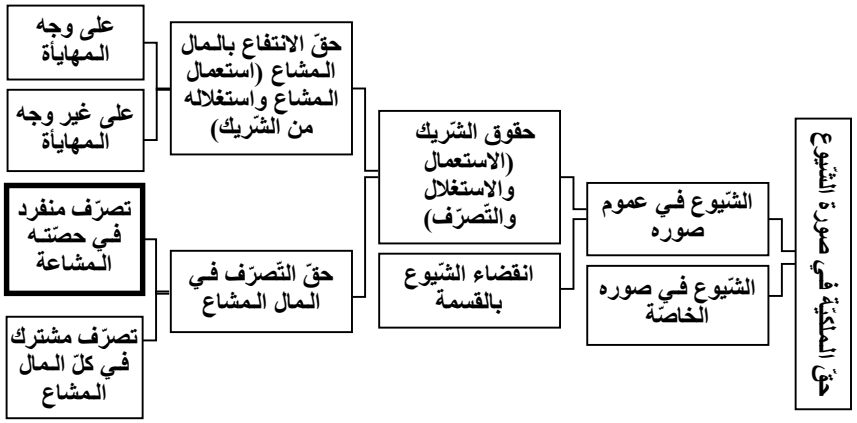
258 **تقسيم البحث** ◊ لكلّ شريك حقًّا تصرّف: حقّ تصرّف في حصّته من المال المشاع، وحقّ مشاركة باقي شركائه في التّصرّف في كلّ المال المشاع(1310).

1/ حقّ كلّ شريك في التّصرّف في حصّته من المال المشاع

259 **الحقّ، محلّه، صاحبه، لازمه** ◊ ينصّ الفصل 59 من مجلّة الحقوق العينيّة على أنّ: "لكلٍّ من الشّركاء بيع منابه وإحالته ورهنه والتّفويت فيه بعوض أو بدونه إلّا إذا كان حقّه مختصًّا بذاته".

بدأ النّصّ بحرف اللاّم•. فإذا أعطينا هذه اللاّم معناها اللغويّ الوضعيّ (ليس لها معنى عرفيّ، ولم يثبت أنّه أريد منها معنى معيّنا)، أي إذا قلنا إنّها اللاّم الاستحقاقيّة،

(1310)



وحول القانون الإسلاميّ في هذه النّقطة انظر: جمال خليل النّشّار، م س.

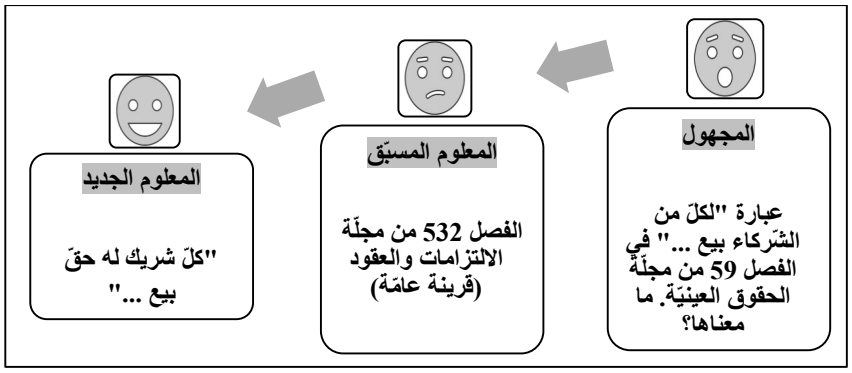
• هو حرف يمكن أن يتبدّل معناه بتبدّل السّياق. إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

عندها يكون المشرّع قد وضع حقّاً[1311]. هذا الحقّ محلّه، كما جاء في الفصل 59، البيع أو الإحالة أو الرّهن أو التّفويت. بعبارة واحدة محلّ الحقّ التّصرّف (ومحلّ التّصرّف المناب، أي الحصّة الشّائعة[1312]).

ولقد قال النّصّ عن صاحب الحقّ إنّه "كلّ من الشّركاء". هنا نحن أمام أداة العموم "كلّ"، ثمّ نحن أمام حذف إذ تمام الكلام أن يُقال "كلّ واحد"، ثمّ نحن أمام "مِنْ التّبعيضيّة"، ثمّ نحن أمام جمع معرّف باللاّم "الشّركاء"، وجميع هذا يعني في اللّغة أنّ كلّ شريك على حدة هو صاحبٌ للحقّ.

فإذا أعطي حقّ، فهذا يعني ضمنيّا أنّ إتيان الفعل موضوع الحقّ صحيح[1313]. في مثالنا من يملك نصف أرض وتصرّف في هذا النّصف (بالبيع مثلا)، فتصرّفه صحيح ونافذ في حقّ بقيّة الشّركاء[1314].

(1311)



(1312) تقول محكمة التّعقيب إنّه وعملا بالفصل 59 يمنع على الشّريك بيع جزء مفرز؛ وإذا فعل، كان البيع باطلا بطلانا نسبيّا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1879، 30 أكتوبر 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 1.

(1313) يمكن القول إنّنا هنا أمام معنى التزاميّ للحقّ. انظر حول الدّلالة الالتزاميّة: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 33 و272.

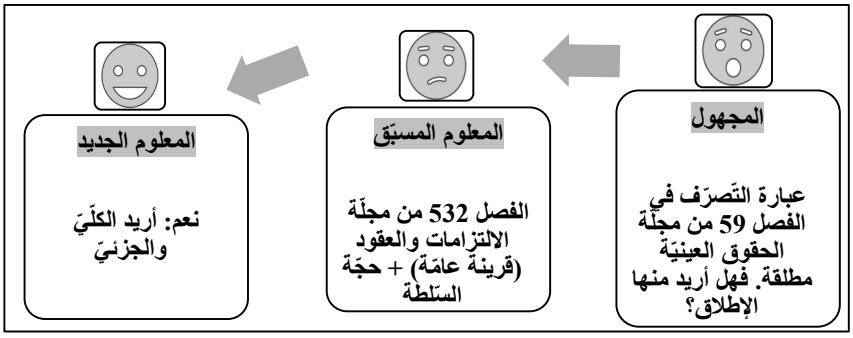
(1314) انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11257، 22 أفريل 1985، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 152.

260 التّصرّف كلّيّ وجزئيّ؟ ◊ إضافة لهذا المعنى، ينبغي استخراج آخر. فالفصل 59 استعمل تعبيراً مطلقا• جمعناه منذ قليل تحت اسم آخر هو التّصرّف. ووجه الإطلاق أنّ التّصرّف قد يكون كلّيّاً وقد يكون جزئيّاً. والمطلق، لعدم العثور على قرينة مقيّدة، ينبغي إجراؤه على إطلاقه. وتعضد هذه الحجّة حجّة السّلطة[1315].

261 المستثنى من جواز التّصرّف ◊ فإذا اهتممنا بمكانٍ آخر في الفصل 59، قلنا إنّه استثنى من جواز التّصرّف في الحصّة الشّائعة أن يكون الحقّ مختصّاً بذات الشّريك•. وسياق النّصّ (أي بالخصوص: من جهة الفصل 162 من مجلّة الحقوق العينيّة القائل "نطاق حقّ الاستعمال أو حقّ السّكنى يتحدّد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحقّ هو وأسرته لخاصّة أنفسهم"، ومن جهة أخرى الفصل 163 القائل "لا يجوز إحالة ولا كراء حقّ الاستعمال أو حقّ السّكنى") يفيد بأنّ المقصود حقّ

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1315] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 308، ص 234.



• هنا نحن أمام صورة غموض في القانون.

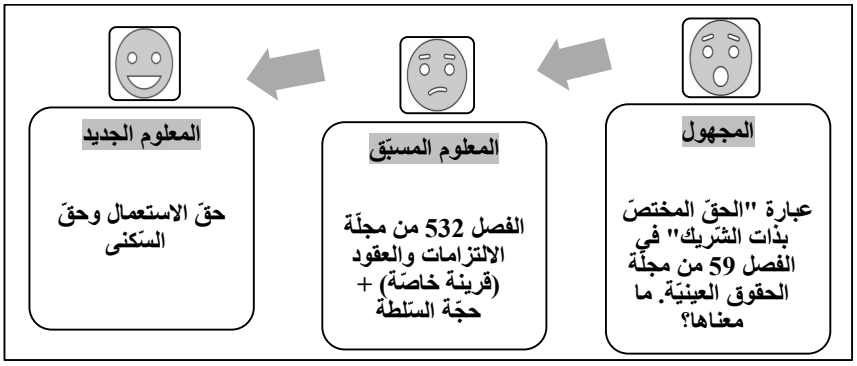
الاستعمال وحقّ السّكنى. ويمكن أن نزيد على هذه الحجّة حجّة السّلطة القضائيّة[1316] والفقهيّة[1317].

262 التّصرّفات المنشئة لحقوق عينيّة أصليّة ◊ فإذا عدنا الآن إلى محلّ الحقّ، وجدنا الفصل 59 يتحدّث عن بيع وإحالة وتفويت بعوض أو بدونه. هذه العبارات تعني في العرف التّصرّفات النّاقلة للملكيّة[1318]. ويترتّب عن مثل هذه التّصرّفات حلول المتصرَّف إليه محلّ الشّريك المتصرِّف في جميع حقوقه والتزاماته.

ويمكن أن يكون المتصرّف إليه شريكا كما يمكن أن يكون غيرا. فإذا كان التّصرّف بيعا، وكان المتصرّف إليه (أي المشتري) غيرا، يمكن لبقيّة الشّركاء – بواسطة الشّفعة – أن يحلّوا محلّه ويكتسبوا هم مناب شريكهم[1319].

[1316] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11257، 22 أفريل 1985، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 152 (ذكر منذ قليل فيما يخصّ مسألة أخرى).

[1317] يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 382.



[1318] وتقول باحثة (فطّوم الأسود، م س، ص 15 وما بعدها) إنّ التّصرّفات النّاقلة تشمل النّاقلة بعوض وبدون عوض. وداخل القسم الأوّل تناولت مثال البيع والمعاوضة والمغارسة. أمّا داخل القسم الثّاني فتناولت الوصيّة والهبة.

[1319] حول الشّفعة، انظر الفقرة 125 وما بعدها.

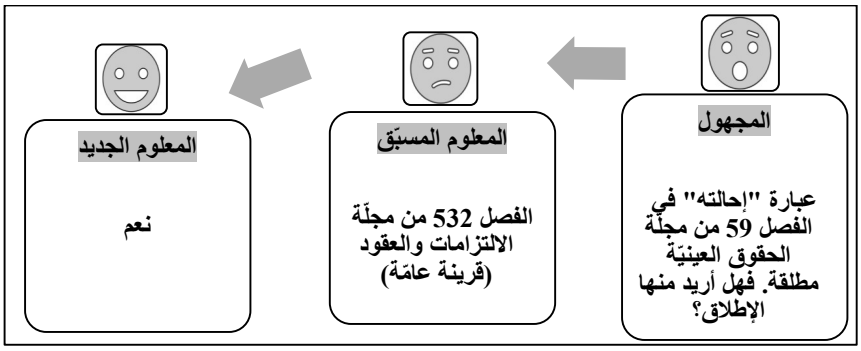
زيادة على التّصرّف النّاقل لحقّ الملكيّة هنالك التّصرّف النّاقل لحقّ الانتفاع. على هذا المستوى قيل إنّ الفصل 59 أورد "عبارة «إحالته» مطلقة•، وهي تفيد الإطلاق لغياب مخصّص لها"[1320]، أي هي تشمل إحالة حقّ الانتفاع. فإذا تصرّف شريك في حصّته الشّائعة وأنشأ حقّ انتفاع عليها لفائدة الغير، لم "يترتّب على ذلك فقدان المتصرّف لصفته كشريك، بل يبقى شريكا مالكا للرّقبة. وينشأ لفائدة المتصرَّف إليه حقّ انتفاع. ويعني هذا أنّ الملكيّة تتجزّأ في هذه الصّورة إلى ملكيّة رقبة تبقى للشّريك، وحقّ انتفاع يثبت للمنتفع. و(هكذا) تتوزّع السّلطات بين مالك الرّقبة والمنتفع"[1321].

بعد التّصرّف النّاقل لحقّ الانتفاع، قيل إنّ الفصل 59 يشمل أيضا التّصرّف النّاقل لحقّ الارتفاق[1322].

263 التّصرّفات المنشئة لحقوق عينيّة تبعيّة ◊ والفصل 59 لا يكتفي بتمكين الشّريك من أن يأتي فيما يخصّ منابه بتصرّفات منشئة لحقوق عينيّة أصليّة، بل إنّ

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1320] فطّوم الأسود، م س، ص 27 وما بعدها. ويمكن رسم ما قالته الباحثة كما يلي:



[1321] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 310، ص 235.

[1322] فطّوم الأسود، م س، ص 27.

النّصّ يعطيه أيضا حقّ الإتيان بالتّصرّفات المنشئة لحقوق عينيّة تبعيّة. على هذا المستوى نجد حقّ الرّهن[1323]. فإذا كانت الحصّة التي رُهنت هي حصّة من عقّار، أعمِلت على هذا الرّهن أحكام الرّهن العقّاريّ (الفصول من 270 إلى 302 من مجلّة الحقوق العينيّة)؛ وإذا كانت الحصّة من منقول، انطبقت عليها أحكام رهن المنقول (الفصول من 210 إلى 269 من مجلّة الحقوق العينيّة)[1324]. وحسب أحكام الرّهن، عند حلول الأجل وعدم خلاص الدّين، يمكن للدّائن المرتهن التّنفيذ على الحصّة المشاعة المرهونة، أي يمكنه بيعها بيعا جبريّا واستيفاء الدّين الذي له من ثمن البيع. لكن إذا حصلت القسمة بين الشّركاء قبل التّنفيذ المذكور، عندها ينتقل حقّ الدّائن المرتهن ليصبح محلّه الجزء المفرز الذي آل للشّريك الرّاهن[1325]. زيادة على الرّهن، يُتحدّث عن حقّ الامتياز. هنا قيل إنّه يجوز أن يترتّب حقّ امتياز على الحصّة الشّائعة إذا باعها صاحبها ولم يقبض الثّمن كلّه، فيكون له حقّ امتياز على الحصّة الشّائعة التي باعها سواء كانت عقّارا أو منقولا بما تبقّى من الثّمن[1326].

264 التّخصيص باللقب ◊ وثمّ تخصيص باللقب في الفصل 59. فالنّصّ أجاز التّصرّف فيما له لقب أو اسم "المناب". لكنّه سكت عن صورة التّصرّف فيما يزيد عن المناب، وعن صورة التّصرّف في كلّ المال المشاع، وعن صورة التّصرّف في

(1323) م س، ص 31 وما بعدها.

(1324) لا يصحّ رهن المنقول إلّا بالتّسليم (الفصل 212 من مجلّة الحقوق العينيّة). لكن ما الذي يسلّم بالضّبط ونحن أمام مشترك؟ يقول الفصل 213: "إذا كان موضوع الرّهن حصّة معيّنة من مال شائع، فإنّه لا يصحّ إلّا بتسليم الشّيء كلّه للدّائن [...]".

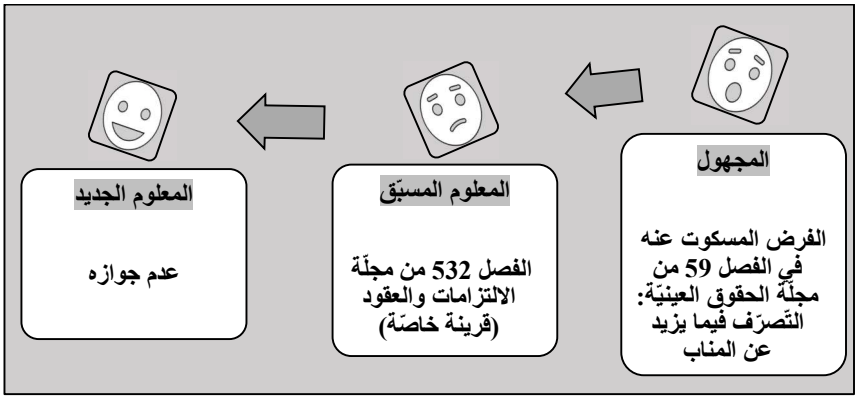
(1325) حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 311، ص 235 وما بعدها.

(1326) فطّوم الأسود، م س، ص 35 وما بعدها.

حصّة مفرزة•. هنا للمشرّع قصدٌ نجده في النّصوص المتعلّقة بعموم التّصرّف في ملك الغير. يتمثّل هذا القصد في عدم جواز هذه التّصرّفات(1327).

• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

(1327)



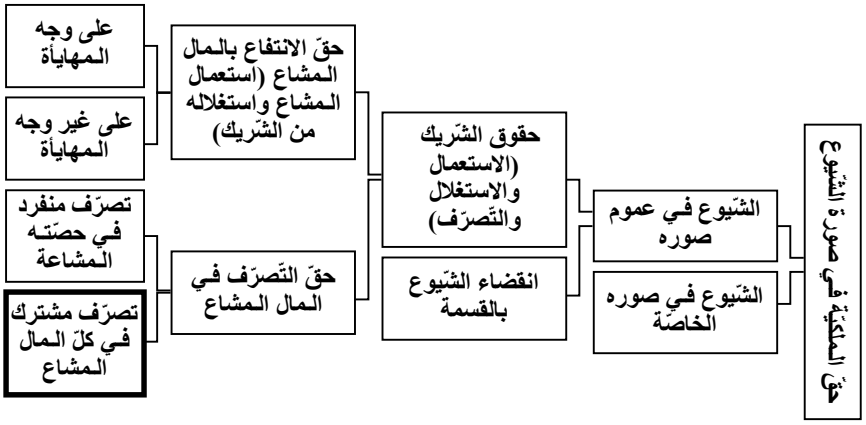
انظر حول عموم التّفويت في ملك الغير: أحمد بن طالب، م س (التّفويت في ملك الغير)؛ وانظر حول التّفويت في الحصّة المفرزة وفي كامل المشترك: فطّوم الأسود، م س، ص 40 وما بعدها وص 49 وما بعدها.

فإذا أخذنا بعض ما ورد الآن، قلنا إنّ الشّريك لوحده لا يجوز له التّصرّف في كلّ المال المشاع. لكن هذا لا يعني أن ليس له الحقّ في أن يشارك في مثل هذا التّصرّف مع بقيّة الشّركاء(1328).

2/ حقّ كلّ شريك في مشاركة البقيّة في التّصرّف في كلّ المال المشاع

265 الفصل 69. الفرض والحكم ◊ جاء في الفصل 69: "لا تُجبر الأقلّيّة على قبول قرارات الأغلبيّة إذا كانت تتعلّق [...] بالتّفويت في المشترك [...]".

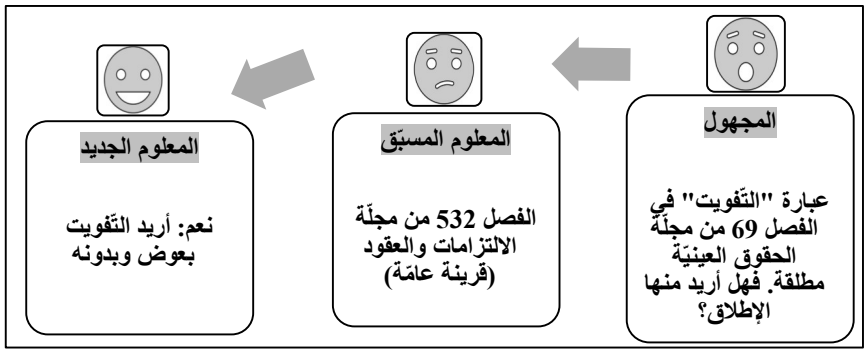
(1328)



في الفرض جاءت عبارة التّفويت. وهي مطلقة• تشمل التّفويت بعوض والتّفويت دون عوض. والمطلق، حين لا يُعثر على قرينة مقيّدة له، يجري على إطلاقه(1329). وفي الفرض تخصيص باللّقب، أي نُطْقٌ بالتّصرّف النّاقل للملكيّة وسكوت عن التّصرّف الذي ينشئ حقًّا عينيّا آخر كحقّ الانتفاع أو الارتفاق أو الرّهن•.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1329)



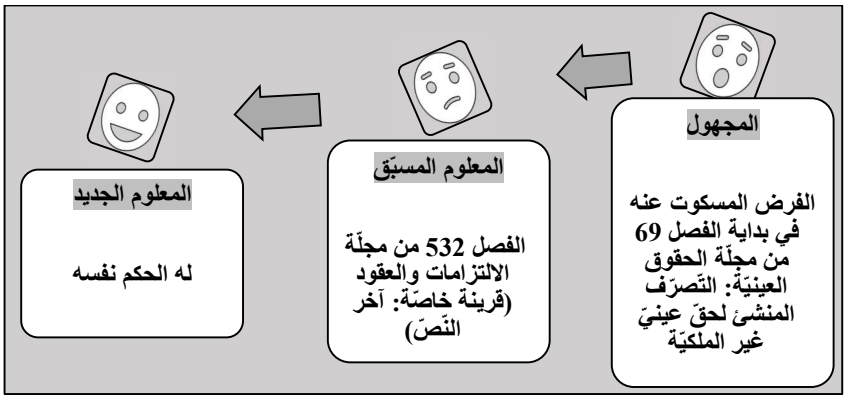
• على مستوى هذا الجزء من النّصّ، نحن أمام صورة فراغ في القانون.

وحسب بقيّة النّصّ (حين تحدّث عن التزامات جديدة) يمكن إلحاق هذه التّصرّفات بالتي سبقتها(1330).

هذا عن الفرض في الفصل 69، أمّا الحكم فهو أنّ إنشاء هذه التّصرّفات ليس من حقّ الأغلبيّة. يلزم عن هذا أنّه حقّ للجميع. بعبارة أخرى، لكلّ شريك أيّاً كانت قيمة حصّته أن يشارك في إنشاء هذه التّصرّفات التي محلّها كلّ المال المشاع.

266 جزاء مخالفة الحكم ◊ والسّؤال الآن: لنفرض أنّ البعض أنشأ التّصرّف دون مشاركة البعض الآخر، ما الحكم؟ هنا إن كان التّصرّف ناقلا للملكيّة أو كان رهنا، انطبقت الأحكام المتعلّقة بهذه التّصرّفات إن أتاها غير المالك (لأنّ المالك لكلّ المال المشاع هو كلّ الشّركاء لا البعض وإن كان البعض أغلبيّة). وإن كان التّصرّف ما سبق أو غيره، أمكن البحث عن الحكم من الطّريق التّالي: في

(1330)



انظر حول رهن العقّار الشّائع: نجيبة النّفّاز، «رهن العقّار الشّائع»، منشور في: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 467 وما بعدها.

الفصل 69 جملة خبريّة (لا تجبر...)• تفيد الإنشاء، وتحديدا المنع. فإذا خولف المنع، هل يقتضي ذلك البطلان؟•

الجواب، بعد تفاصيل نحيل فيما يخصّها على محلّ آخر[1331]، نعم.

زيادة على التّصرّفات السّابقة، يمكن أن يصدر عن جميع الشّركاء تصرّف آخر هو قسمة المشترك. وقسمة المشترك أهمّ وجه من أوجه انقضاء الشّيوع[1332].

الفقرة الثّانية: انقضاء الشّيوع بالقسمة

267 القسمة سبب ليس إلّا من أسباب انقضاء الشّيوع ◊ قال الفصل 70 من مجلّة الحقوق العينيّة:

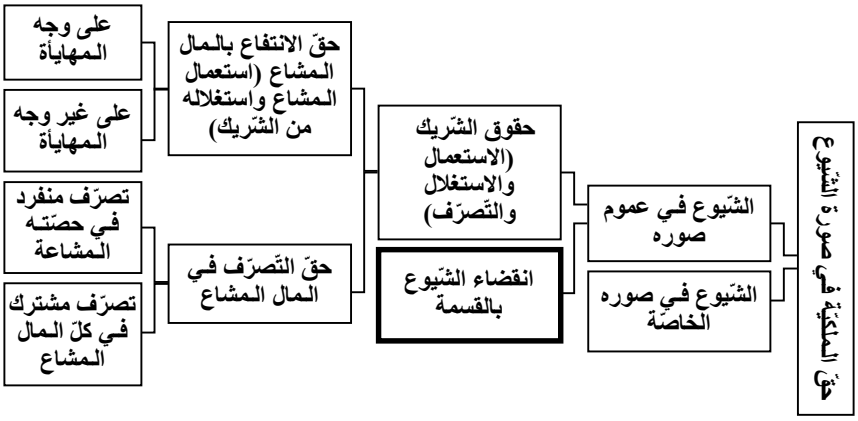
"ينقضي الشّيوع:

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1331) عبد المجيد الزّرّوقي، «الحجّة العقليّة ومجلّة الالتزامات والعقود. دراسة تحليليّة للعلاقة بين القواعد القانونيّة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 76 وما بعدها، ص 124 وما بعدها.

(1332)



"أوّلا: بهلاك المشترَك؛

"ثانيا: بخروج الملكيّة من أيدي كامل الشّركاء؛

"ثالثا: بانحصار جميع الأنصباء بيد أحد الشّركاء؛

"رابعا: بالقسمة؛

"خامسا: بالمزاد فيما لا ينقسم".

268 القسمةُ تعريفًا، ومحلًّا، وطلبًا ◊ وهكذا فأسباب انقضاء الشّيوع عديدة. لكن ما أفرده المشرّع بعنوان مستقلّ من هذه الأسباب هو القسمة (الفصل 116 وما بعده).

والقسمة[1333] (partage) في العرف عمليّة ذات مفعول كاشف[1334]، بمقتضاها يعمد المشتركون في مال أو في جملة من الأموال معتبرة ككلّ (ميراث، نظام اشتراك بين الزّوجين، إلخ) إلى وضع نهاية للشّيوع، بأن يُعطوا لكلّ متقاسم

[1333] حول القسمة العقّاريّة في القانون التّونسيّ، انظر: محمّد سعيد، القسمة العقّاريّة، أطروحة دكتوراه دولة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، تونس، 2001 – 2002؛ ألفة المنصوري، «الشّيوع في الملكيّة العقّاريّة»، منشور في: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 337 وما بعدها..

وحول القسمة انظر: وزارة العدل وحقوق الإنسان – المعهد الأعلى للقضاء، القسمة، ملتقى جهويّ بدائرة محكمة الاستئناف بالكاف يوم 5 فيفري 2005، سلسلة الملتقيات والدّورات 2004 – 2005، تونس، 2004/ 2005؛ أنيس البجاوي، «قسمة المال الشّائع»، القضاء والتّشريع، العدد 10، ديسمبر 2012، ص 63 وما بعدها.

[1334] حول المفعول الكاشف انظر ما سيأتي في الفقرة 280.

وعلى وجه خاصّ به جزءا واقعيّا من المال (أرض، نقود، مجوهرات، سندات) يمثّل حصّته الشّائعة فيما تمّت قسمته[1335].

ولئن كان محلّ الشّيوع كما رأينا الحقوق العينيّة الأصليّة والتّبعيّة، إلّا أنّ القسمة "تقتصر على الملكيّة التّامّة وملكيّة الرّقبة"[1336].

وطلب قسمة ما هو مملوك حقّ لكلّ شريك كما جاء في الفصل 71 القائل: "لا يجبر أحد على البقاء في الشّيوع [...]". بل إنّ النّصّ أضاف فقال إنّ هذا الحقّ لا يقبل أن يُتنازل عنه. فكلّ شرط – حسب النّصّ – يجبر الشّريك على البقاء يعدّ لاغيا. من هذا الكلام نفهم أنّنا أمام قاعدة آمرة تهمّ النّظام العامّ.

زيادة على كون حقّ طلب القسمة حقّ لا يقبل التّنازل، أضاف الفصل 129 خاصّيّة أخرى حين قال: "لا تسقط دعوى القسمة بمرور الزّمن". معنى هذا أنّ الحقّ الذي نحن بصدده لا يتقادم.

وعدم التّقادم لا يعني عدم التّقييد في الزّمن. ولقد جاء في الفصل 71 أنّ من حقّ الشّركاء "[...] أن يتّفقوا كتابة على عدم القسمة مدّة معيّنة. وللمحكمة الحقّ في الحكم بفسخ الاتّفاق وإجراء القسمة متى وجد سبب معتبر. ولا تتجاوز مدّة الاتّفاق خمسة أعوام. وإن تجاوزتها، رُدّت إليها. ولا تُجدّد تلك المدّة عند انتهائها إلّا بكتب آخر".

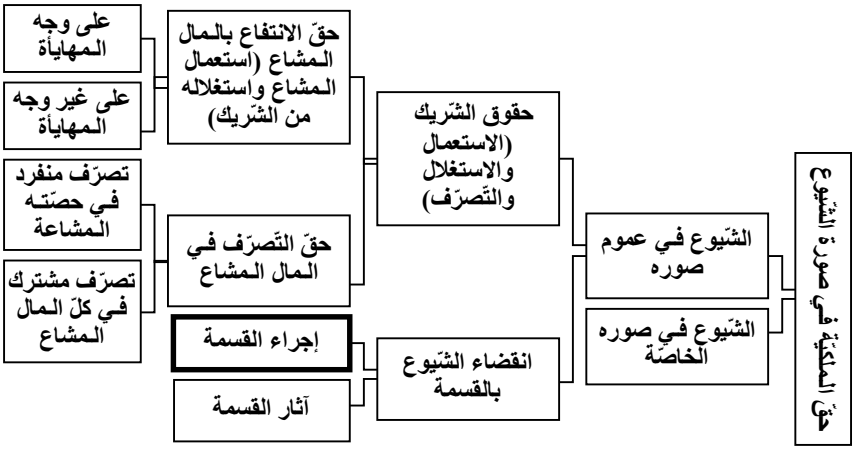
(1335) ولقد وردت في الفقه الإسلاميّ عدّة تعريفات للقسمة، منها أنّها تمييز الحقوق الشّائعة بين المتقاسمين، ومنها أنّها تعيين نصيب كلّ شريك في مشاع، ومنها تمييز الحصص بعضها من بعض، إلخ. انظر: محمّد عبد الرّحمان الضّويني، أحكام القسمة بين الفقه الإسلاميّ والقانون المدنيّ، دار الفكر الجامعيّ، الإسكندرية، 2001، ص 18 وما بعدها. انظر أيضا: أحمد فرّاج حسين، قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلاميّ، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، 1997، ص 12 وما بعدها.

(1336) محمّد سعيد، م س، ص 26.

كلّ ما جاء أعلاه وغيره يفيد أنّ المشرّع أراد أن يكون الشّيوع الذي يخضع للأحكام العامّة شيوعا مؤقّتا ينقضي خاصّة باستعمال أحد الشّركاء حقّه في القسمة.

فإذا استُعمل هذا الحقّ وطلبت القسمة، أجريت وترتّبت آثارها[1337].

(1337)



أ) إجراء القسمة

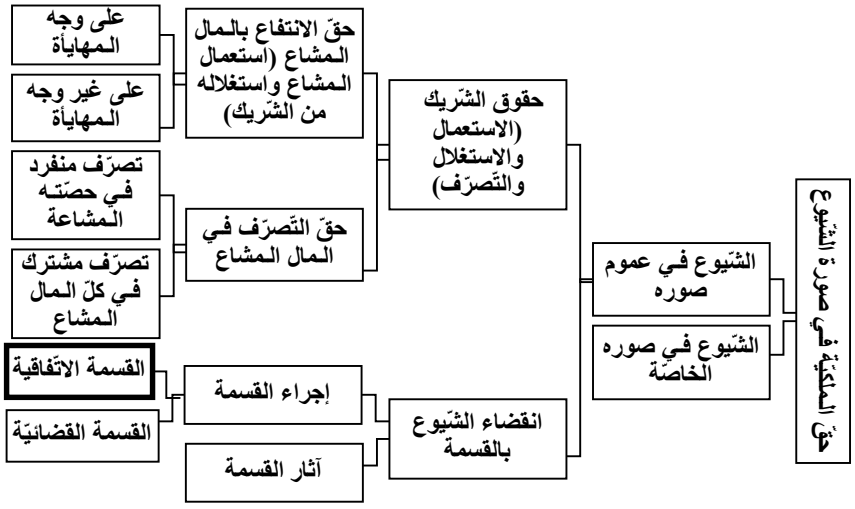
269 **تقسيم البحث** ◊ حسب الفصلين 116 و117، يتمّ إجراء القسمة بالاتّفاق بين كافّة الشّركاء أو عن طريق القضاء(1338).

1/ القسمة الاتّفاقيّة

270 **شروط القسمة** ◊ يقول الفصل 116 من مجلّة الحقوق العينيّة: "تتمّ القسمة بالمراضاة على حسب ما يتّفق عليه الشّركاء الذين لهم أهليّة التّصرّف في حقوقهم. ولا تثبت إلّا بكتب".

يشترط النّصّ لصحّة القسمة الرّضا والأهليّة. لكن، ككلّ تصرّف قانونيّ، لا بدّ من توفّر جميع الأركان الواردة بالفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود. في هذا المعنى تقول محكمة التّعقيب: "المقاسمة الرّضائيّة [...] هي عقد كسائر العقود [...] (يجب

(1338)



أن تتوفّر فيها) أحكام العقود من تراضي الشّركاء وتوافر الأهليّة بهم وخلوّ الإرادة من العيوب واستيفاء المحلّ لشروطه ووجود سبب مشروع"[1339]. وككلّ عقد، يمكن "تعليق القسمة على شرط واقف، كأن يتّفق الشّركاء على تعليقها على ثبوت ملكيّة أعيان المال الشّائع لأحد الشّركاء. كما يجوز تعليقها على شرط فاسخ، كأن يتّفق الشّركاء على اشتراط تحوّل المال الشّائع من أرض زراعيّة إلى أرض بناءٍ خلال فترة معيّنة"[1340].

وحسب الفصل 116 لا تثبت القسمة الاتّفاقيّة إلّا بكتب. معنى هذا أنّ الكتب شرط إثبات. لذلك نجد محكمة التّعقيب تقول إنّ القسمة الشّفهيّة المتّفق عليها بعد دخول مجلّة الحقوق العينيّة حيّز النّفاذ سنة 1965 تكون غير قابلة

[1339] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 10684، 9 أكتوبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 127.

[1340] محمّد سعيد، م س، ص 38.

للإثبات[1341]. لكن إذا تمّت القسمة الشّفهيّة قبل ذلك التاريخ، عندها يجوز إثباتها بشهادة الشّهود[1342].

والسّؤال الآن – بعد أن عرفنا ما نطق به النّصّ، وهو أنّ الكتب شرط إثبات – ما حكم المسكوت عنه وهو الكتب كشرط صحّة؟• تطبيقا للفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود، ينبغي القول إنّ المبدأ هو رضائيّة التّصرّف القانونيّ. لذا فحكم المسكوت عنه هو أنّ الكتب ليس شرط صحّة، أي أنّ القسمة تصرّف قانونيّ رضائيّ لا تصرّف قانونيّ شكليّ. لكنّ محكمة التّعقيب اعتبرت في أحد قراراتها

[1341] انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 5765، 24 فيفري 1970، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 26؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 8040، 16 نوفمبر 1971، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 106؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11789، 13 أفريل 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 180؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 631، 24 أكتوبر 1978، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 114؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 8999، 31 أكتوبر 1983، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 220؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 34337، 7 فيفري 1995، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 309. ويقول أحد الفقهاء: "ما لا يثبت إلّا بكتب لا توجّه فيه اليمين الحاسمة ولا يثبت باليمين أو بشهادة الشّهود. وبانعدام الكتب يعتبر العقّار [...] ما زال مشاعا بين الشّركاء، ولا شفعة فيه لشريك على شريكه فيما وقع بيعه من مناب أحدهم للآخر، بينما يبقى الحقّ للشّريك في المطالبة بالشّفعة إذا كان البيع لأجنبيّ وذلك حتّى في صورة وقوع إفراز للمنابات بين الشّركاء، لأنّ الإفراز مجرّد قسمة وقتيّة تبقي الاشتراك في الملكيّة [...] ولا يُعتدّ بالقسمة في العقّارات المسجّلة تجاه الغير إلّا بترسيمها تطبيقا للفصل 305 من مجلّة الحقوق العينيّة قديم. غير أنّه بداية من القانون عدد 46 المؤرّخ في 2 ماي 1992 أصبح للتّرسيم مفعول منشئ، أي أنّ نشأة حقّ الملكيّة المفرز الذي لكلّ شريك بموجب القسمة أصبحت مرتبطة بالتّرسيم". محمّد سعيد، م س، ص 46 و47.

[1342] حول قبول القسمة الشّفهيّة أو الذِّكْريّة انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 13324، 25 مارس 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 173؛ تعقيبيّ مدنيّ، 31 ماي 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 249.

• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

الكتب شرط صحّة[1343]. ولقد نقدها أحد الفقهاء فقال إنّ موقفها "يخالف وضوح نصّ الفصل 116 من مجلّة الحقوق العينيّة، فضلاً عن أنّه يحدث تمييزا بين قسمة العقّار وقسمة المنقول لم يقم به المشرّع فلا مجال للأخذ به"[1344].

[1343] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 21486، 7 ماي 1991، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 98.

[1344] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 318، ص 241.

وهكذا فالفقيه يعيب على القرار التّعقيبيّ مخالفة واضح الفصل 116؛ لكن هل قال الفصل 116 تصحّ القسمة بغير الكتب ليُعدّ نصّاً واضحاً؟ ثمّ إنّ الفقيه يعيب على القضاء التّقييد حيث أطلق المشرّع؛ لكن هل أطلق المشرّع؟

حسب محكمة التّعقيب: لا. لكن لنأخذ كلام المحكمة من أوّله. تقول: "القسمة الرّضائيّة لا تثبت إلّا بكتب [...] ويعني ذلك بداهة (ينبغي أن نسطّر هذه العبارة للمحكمة) أنّ شرط صحّتها، ودليل وجودها، والحجّة على إثباتها بين طرفيها، إنّما هي الكتابة (ما قلناه في شأن كلام الفقيه، يُقال أيضا عن كلام المحكمة. بعبارة أخرى: الفقه والقضاء يقولان شيئا واحدا: النّصّ واضح. لكنّ الفقه يعطي معنى والقضاء معنى آخر مناقضا!). وهو ما يتّفق وطبيعة القسمة باعتبارها ضربا من ضروب التّفويت في العقّار. فإذا كانت القاعدة الأصوليّة الواردة في مجلّة الالتزامات والعقود تستلزم الكتابة لصحّة عقود التّفويت (لا بدّ من أنّ المحكمة تقصد الفصل 581)، فلا جرم أن تكون تلك القاعدة منسحبة بالضّرورة على القسمة باعتبارها من ضمن تلك العقود". وهكذا فالمحكمة – إذا أخذنا الجزء الأخير من كلامها – ترى قسمة العقّار داخلة في عبارة التّفويت في العقّار الواردة في الفصل 581. من ثمّ ينطبق عليها حكم هذا النّصّ، وهو أنّ الكتب شرط صحّة (إذن هي ترى أنّ المشرّع لم يُطلق، لأنّه قيّد الفصل 116 من مجلّة الحقوق العينيّة بالفصل 581 من مجلّة الالتزامات والعقود. ملاحظة: أشرنا سابقا إلى مسألة المقيّد المتقدّم وذلك في الفقرة 214).

والسّؤال: هل عبارة التّفويت (النّصّ قال المبيع، ثمّ بدءًا من 2005 البيع) في النّصّ قصد بها المشرّع القسمة؟ ينبغي قبول الجواب بالإيجاب أو بالنّفي لو قدّم المجيب عليه الحجج اللاّزمة علميّاً. هذا لم تفعله المحكمة التي أجابت بالإيجاب، ولم يفعله الفقه الذي أجاب بالنّفي.

لنفرض الآن أنّه قدّم لنا جواب بالنّفي (تحديدا: قُدِّم لنا جواب على أنّ البيع قُصِد به البيع) مع الحجج عليه، عندها لن نكون قد فرغنا من المشكل. فلعلّ قياس الأولى وخاصّة قياس المثل ممكن، أي لعلّ قسمة العقّار يمكن أن تكون مقيسا على التّفويت في العقّار.

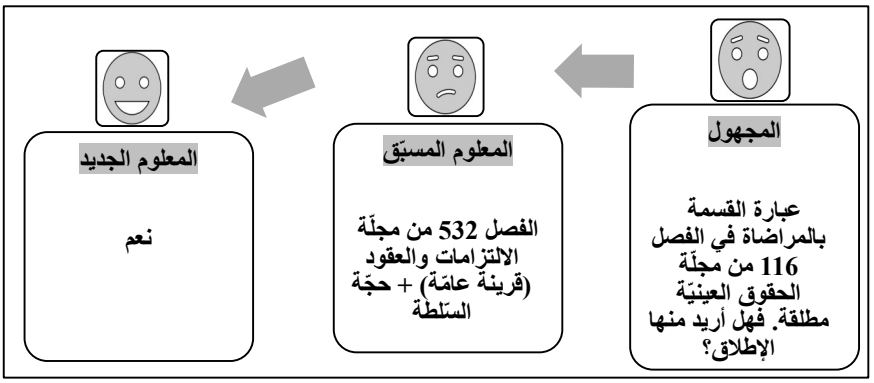
271 كيفيّة القسمة ◊ فإذا رجعنا إلى الفصل 116، وجدنا القسمة بالمراضاة فيه مطلقة• تشمل القسمة العينيّة (ردّ المال الشّائع إلى أجزاء مادّيّة مفرزة يختصّ كلّ شريك بواحد منها يناسب حصّته) وقسمة التّصفية (القسمة التي تتمّ عن طريق بيع الشّيء المشاع بالمزاد وتوزيع ثمنه على الشّركاء كلٌّ حسب نصيبه)؛ وداخل القسمة العينيّة تشمل القسمة مع التّعديل (إذا لم يُعط الشّريك كامل منابه عينا، يُقدَّر مبلغٌ من النّقود لتعديل القسمة) أو بدونه. والمطلق، إذا لم يُعثر على القرينة المقيِّدة، يُحمَل على إطلاقه. ويمكن دعم هذه الحجّة بسلطة الحجّة القضائيّة[1345] والفقهيّة[1346].

فإن كان الأمر كذلك، كان حكمُ القسمة أنّها تصرّفٌ قانونيّ شكليّ. وإن لم يكن، أجرينا على قسمة العقّار حكم الأصل الذي سبق معنا والذي جاء في الفصل 2 من مجلّة الالتزامات والعقود، أي قلنا: قسمة العقّار اتّفاق رضائيّ.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

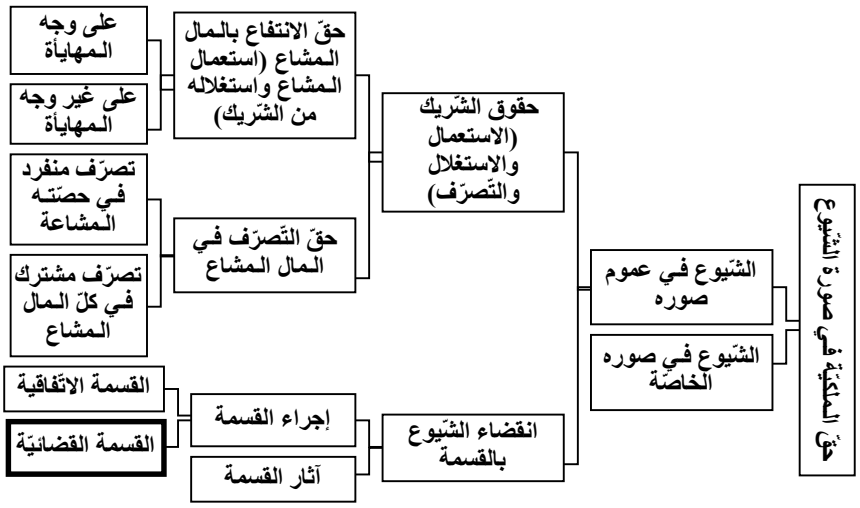
[1345] انظر في اتّجاه قبول القسمة العينيّة والقيميّة: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 10684، 9 أكتوبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 127.

[1346] محمّد سعيد، م س، ص 36 وما بعدها.



إلى جانب هذه القسمة الاتّفاقيّة، توجد القسمة القضائيّة[1347].

(1347)



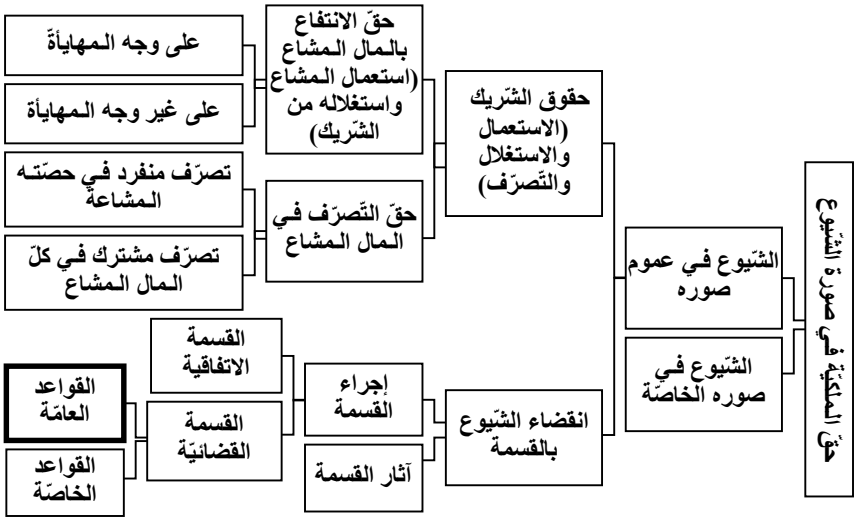
2/ القسمة القضائيّة

272 **تقسيم البحث** ◊ إذا لم يتّفق الشّركاء على القسمة، يتمّ اللجوء إلى المحكمة لإجرائها. ويضع المشرّع نوعين من القواعد المنظّمة لدعوى القسمة: قواعد عامّة، وقواعد خاصّة بدعوى قسمة التّركات(1348).

2. 1/ القواعد العامّة لدعوى القسمة

273 **دعوى القسمة** ◊ يمكن، كما قدّمنا، القيام بدعوى القسمة في أيّ وقت، لأنّها لا تسقط بمرور الزّمن (الفصل 129). لكن أمام أيّة محكمة؟

(1348)



عن الاختصاص الحكميّ قال الفصل 117 من مجلّة الحقوق العينيّة إنّه للمحكمة الابتدائيّة[1349].

لكنّ المحاكم الابتدائيّة كثيرة، فأمام أيّها ينبغي القيام؟ بعبارة أخرى، بعد الفراغ من الاختصاص الحكميّ، يطرح في هذه الصّورة مشكل الاختصاص التّرابيّ. هنا، إذا كانت الدّعوى متعلّقة بقسمة عقّار، فحسب الفصل 38 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة تُرفع إلى المحكمة التي يوجد بدائرتها العقّار؛ أمّا إذا كانت الدّعوى متعلّقة بقسمة منقول، فحسب الفصل 36 تُرفع إلى المحكمة التي يوجد بدائرتها المنقول[1350].

ويقول الفصل 71 – وقد سلف تناوله – إنّ "[...] لكلّ شريك الحقّ في طلب القسمة، وكلّ شرط يخالف ذلك يُعدّ لاغيا". وهكذا، مهما صغُر حجم المناب، فلصاحبه أن يقوم على بقيّة الشّركاء وأن يكون مدّعيا في دعوى القسمة.

وإذا كان في الدّعوى مُوَلّى عليه أو غائبا، سواء كان مدّعياً أو مدّعى عليه، فلا يتوقّف نائبه، حسب الفصل 117 من مجلّة الحقوق العينيّة، على إذن خاصّ. لكن، وحسب الفصل 118، "إذا اختلفت مصالح المولّى عليه أو الغائب مع مصالح من يمثّلهما قانونا، عُيّن مقدّم وقتيّ بإذن على العريضة لإتمام القسمة".

ولقد اختلف الفقهاء في تونس حول إمكانيّة قيام دائن أحد الشّركاء بدعوى القسمة باسم مدينه (تسمّى دعوى الدّائن باسم مدينه: الدّعوى المنحرفة): فقال

[1349] انظر حول هذه المسألة: الحبيب الشّطّي، «المحكمة الابتدائيّة تنظر في دعوى القسمة»، القضاء والتّشريع، عدد 3، مارس 1999، ص 279؛ الحبيب الشّطّي، دراسات في القانون العقّاريّ، دار الميزان للنّشر، سوسة – تونس، ط 1، 2001، المجموعة الثّانية، ص 85 وما بعدها.

[1350] انظر حول هذه المسألة: البشير زهرة، «القسمة ومرجع النّظر التّرابيّ»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 1981، ص 49.

أحدهم بهذه الإمكانيّة؛ وحجّته أنّ النّصّ المتعلّق بالدّعوى المنحرفة منعها على الدّائن حين تكون شخصيّة (الفقرة الثّانية من الفصل 306 من مجلّة الالتزامات والعقود)؛ أمّا دعوى القسمة، فدعوى عينيّة لا دعوى شخصيّة[1351]. في المقابل قال فقيه آخر بأن لا إمكانيّة لقبول دعوى الدّائن في القسمة؛ وحجّته أنّ قانون الإجراءات يقول إنّ الدّعاوى لا تقبل إلّا إذا كان للمدّعي فيها مصلحة قانونيّة (الفصل 19 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة)؛ ولا مصلحة من قيام الدّائن، لأنّ المناب الشّائع يمثّل في حدّ ذاته مالا قابلا للعقلة، ولأنّ الفارق بين ثمن بيع المناب الشّائع وثمن بيع المناب المفرز إذا كان يفوقه يشكّل مصلحة اقتصاديّة لا مصلحة قانونيّة[1352].

خارج ما سبق، يمكن للدّائنين حسب الفصل 121 من مجلّة الحقوق العينيّة الاعتراض على إجراء القسمة دون حضورهم، كما يمكنهم طلب نقضها إذا تمّت رغم معارضتهم. والتّمكين من الاعتراض ليس تمكينا من منع إجراء القسمة أو بيع الصّفقة؛ فحقّ طلب القسمة الذي يتمتّع به الشّركاء في مشاع يهمّ النّظام العامّ؛ إنّما التّمكين من الاعتراض هو تمكين من منع إجراء القسمة دون حضور الدّائنين. وحسب الفقه: "يظهر أنّ هذا النّصّ جعل الاعتراض على القسمة [...] دون تفرقة بين قسمة رضائيّة وقسمة قضائيّة، ودون تمييز بين دائن عاديّ ودائن صاحب تأمين عينيّ"[1353]. فإذا لم نرد حجّة السّلطة، قلنا: الفصل 121 مطلق؛ والمطلق يجري على إطلاقه، إن لم يُعثر على قرينة تقيّده. وهكذا يمكّن القانون للدّائنين من حضور القسمة. والهدف من هذا الحكم أن توفّر لهؤلاء سبل حماية مصالحهم من

[1351] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 321، ص 243.

[1352] محمّد سعيد، م س، ص 170 وما بعدها.

[1353] م س، ص 170.

التّواطئ المحتمل بين الشّركاء. من أمثلة التّواطئ أن يتّفق الشّركاء ويخصّوا مَن عليه ديونا بنصيب يتمثّل في منقولات أو أوراق ماليّة ليسهل عليه تهريبها من تنفيذ الدّائن عليه. من أمثلة التّواطئ أيضا أن يتّفق الشّركاء ويخصّوا المدين منهم بنصيب أقلّ من نصيبه الحقيقيّ ويُعوِّضون له النّقص بنقود لا يستطيع الدّائنون الوصول إليها. زيادة على ما سبق، تهدف قاعدة تمكين الدّائنين من حضور القسمة إلى منع الغبن عن مدينهم[1354].

274 كيفيّة القسمة. القسمة العينيّة وقسمة التّصفية ◊ ويقول الفصل 119: "تتولّى المحكمة ضبط نصيب كلّ شريك وفرز ما يمكن أن يمتاز به من الأعيان المشتركة مراعية في ذلك مصلحة المشترَك والشّركاء وإمكانيّة استغلال كلّ مناب مفرز بأكثر منفعة [...]". هذا ما يسمّى بالقسمة العينيّة (partage en nature)، أي ردّ المشاع إلى أعيان تساوي مناب كلّ شريك، ثمّ إعطاء كلّ عين لصاحبها[1355]. ويمكن، بسبب ما قد تتطلّبه القسمة من معرفة بقيمة المال المشاع، أن تستعين المحكمة بخبير[1356]. ويشترط الفصل 119 مراعاة مصلحة المشترك والشّركاء وإمكانيّة استغلال كلّ مناب بأكثر منفعة؛ وهذه أمور تدخل في السّلطة التّقديريّة

[1354] م س، ص 178.

[1355] انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 15769، 3 جوان 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 228؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 15606، 28 أكتوبر 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 253.

[1356] انظر: محمّد سعيد، م س، ص 75 وما بعدها. ولقد جاء في قرار لمحكمة التّعقيب أنّ الحكم بالقسمة على أساس مشروع أعدّه خبير غير مختصّ يُعدّ خرقا للقانون: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 17034، 27 جوان 1989، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 306.

للمحكمة[1357] بشرط التّعليل[1358]. وليس من الضّروريّ أن تؤدّي القسمة إلى إفراز منابات متساوية؛ فإذا تعذّر إعطاء كلّ شريك كامل منابه عينا، يُقدَّر له حسب الفصل 119 مبلغٌ من النّقود لتعديل القسمة (يسمّى هذا المبلغ شائطا soulte)[1359]؛ ويَدفع هذا المبلغ مَن حصل على حصّة عينيّة تفوق حصّته المشاعة. ولا يجوز للمحكمة، ولو بدعوى تحقيق المصلحة، أن تعطي لبعض الشّركاء مناباتهم في شكل أعيان وللبعض الآخر مناباتهم في شكل مبالغ نقديّة؛ فهنا نكون أمام انتزاع للمصلحة الخاصّة خارج ما يبيحه القانون، وأمام قسمة قيميّة لا يقبلها المشرّع إلّا في قسمة التّركات (الفصل 131)؛ وسبب عدم إعطاء المحاكم هذه الإمكانيّة أن ثمّ طريقة أخرى لتحقيق المصلحة هي تصفيق العقّار[1360].

فإذا تركنا الآن القسمة العينيّة، وهي المبدأ في القسمة، وذهبنا إلى الاستثناء، وجدنا الفصل 120 يقول: "إذا لم تمكن القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص

[1357] محمّد سعيد، م س، ص 78. وانظر قرارا لمحكمة التّعقيب أعدّ فيه خبير مشروع قسمة راعى فيه مصلحة الشّركاء والمشترك، لكنّ محكمة الموضوع تركته واعتمدت مشروعا يشتّت الملكيّة وينقص المنفعة من المشترك، وقد اعتبر قضاة القانون هذا العمل خرقا للفصل 119: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 15769، 3 جوان 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 228.

[1358] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 39058، 4 أكتوبر 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 252.

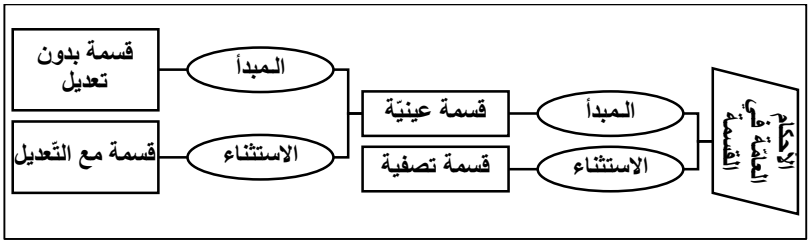
[1359] محمّد كمال شرف الدّين، م س، الفقرة 226. وانظر حول التّعديل: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 17133، 10 فيفري 1987، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 257؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 18177، 15 فيفري 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 116؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 33335، 1 نوفمبر 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 243؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 69754، 22 أكتوبر 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 273.

[1360] محمّد سعيد، م س، ص 93. وانظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 48895، 26 جانفي 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 357.

كبير في قيمة المشترك المراد قسمته، بِيعَ هذا المشترك صفقة بالمزاد [...]". وهكذا، وفي صورتين، تمرّ المحكمة من القسمة العينيّة إلى قسمة التّصفية، أي إلى القسمة التي تتمّ عن طريق بيع الشّيء المشاع بالمزاد وتوزيع ثمنه على الشّركاء كلٌّ حسب نصيبه[1361]. والصّورة الأولى التي يُنصرف فيها إلى قسمة التّصفية هي التي يكون فيها المال المشترك غير قابل للقسمة العينيّة؛ مثال ذلك أن يكون المال شقّة صغيرة أو سيّارة. أمّا الصّورة الثّانية فهي التي من شأن القسمة العينيّة فيها أن تنقص من قيمة المشترك نقصا كبيرا؛ مثال ذلك أن يكون المال مَصْنَعاً[1362]. ويخضع البيع إلى القواعد المنظّمة لبيع المنقول أو قواعد تبتيت العقّار الواردة في مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. ويمكن للشّركاء، حسب الفصل 120، أن يجمعوا ويحصروا المزايدة بينهم. عندئذ لا لزوم لإشهار هذه المزايدة[1363].

(1361) انظر في تطبيق الفصل 120: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 33335، 1 نوفمبر 1994، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 243.

(1362)



(1363) لتفصيل أكبر انظر: محمّد سعيد، م س، ص 103 وما بعدها.

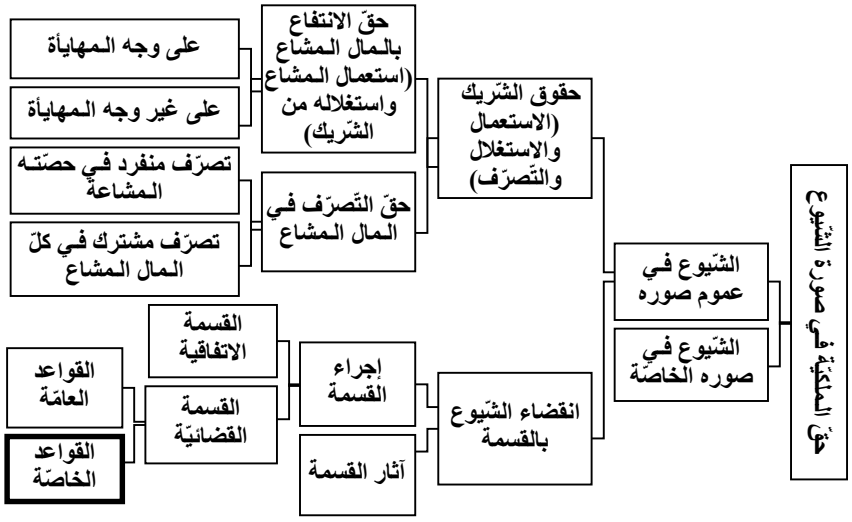
إلى جانب هذه القواعد، وهي عامّة، ثمّ قواعد خاصّة بدعوى قسمة التّركات(1364).

2. 2/ القواعد الخاصّة بدعوى قسمة التّركات

275 كيفيّة القسمة ◊ يقول الفصل 131 من مجلّة الحقوق العينيّة: "في مادّة التّركات القسمة بالقيمة لا قسمة رقاب".

وجاء في التّقرير حول مشروع مجلّة الحقوق العينيّة: "إنّ القاعدة كانت في السّابق قسمة أعيان بحيث أنّ كلّ شريك له الحقّ في نصيب من العين، وكان ينتج عن ذلك تجزئة للتّركات وتقسيم مفرط للعقّارات بصورة تؤدّي إلى الحطّ من الإنتاج. فعوّضت هذه القاعدة بالقاعدة الجديدة التي تعتمد مبدأ القسمة على أساس القيمة. وتتولّى المحكمة إن اقتضى الحال ضبط نصيب كلّ شريك وفرز كلّ مناب

(1364)



مراعية في ذلك مصلحة المشترك والشّركاء وإمكانيّة استغلال كلّ مناب مفرز أحسن استغلال"[1365].

ويقول أحد من شاركوا في إعداد مجلّة الحقوق العينيّة: "اقترح مشروع اللجنة الأولى أن تكون قسمة الأموال الشّائعة قسمة أعيان وقسمة منافع (الفصل 39). لكنّ المشرّع اختار أن تكون القسمة بالقيمة لا قسمة رقاب (الفصل 131). ومعنى ذلك أنّه إذا تعذّرت قسمة الأعيان، يقع الالتجاء إلى تقدير القيمة. وتقدير القيمة يحمل بين طيّاته دفع الفرق نقدا لتعديل القسمة أو اللجوء إلى بيع المشترك صفقة بالمزاد"[1366]. ولقد علّق أحد الفقهاء على هذا الكلام قائلا إنّه لا يُتبيَّن منه الفارق بين القسمة العينيّة والقسمة القيميّة، فلقد اعتبرت الثّانية بديلا عن الأولى، "فنتج عن ذلك خلط بين القسمة القيميّة وبين مفهوم تقدير القيمة [...] إنّ القسمة العينيّة تقوم على إسناد جزء مادّيّ من كلّ عين ولكلّ شريك، فالحقّ مرتبط بالعين لا بالقيمة [...] بينما تتمثّل القسمة القيميّة في تمييز كلّ وارث بما يعادل قيمة نصيبه في التّركة بقطع النّظر عن طبيعة المال المجسّد لتلك القيمة [...] ولقد حصر المشرّع القسمة القيميّة في التّركات، أي وضع نظاما عامّا لقسمة المشترك قسمة عينيّة، ونظاما خاصّا بالتّركات قسمة قيميّة، أي أنّ المشرّع [...] نظر إلى القسمة نظرة ثنائيّة [...] (و) جمع بين القانون الفرنسيّ والفقه الإسلاميّ، لأنّ المجلّة المدنيّة الفرنسيّة قد وضعت نظاما عامّا لقسمة التّركات قسمة عينيّة وتمّ

[1365] الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، مداولات مجلس الأمّة، العدد 12، 23 محرّم 1385 الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 192.

[1366] الهادي سعيد، م س، ص 267.

سحبه على قسمة المشترك في غير التّركات، أمّا الفقه الإسلاميّ فقد وضع نظاما موحّدا يقوم على القسمة القيميّة وبذلك يحقّق مزيدا من المصلحة"[1367].

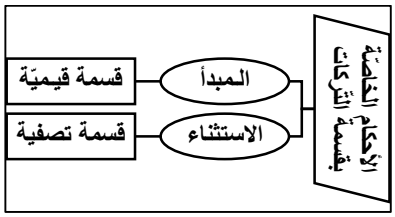
وإذا تعذّر إجراء القسمة القيميّة، تأذن المحكمة، حسب الفصل 133، ببيع المشترك صفقة بالمزاد ويتمّ القيام بقسمة تصفية[1368].

(1367) محمّد سعيد، م س، ص 137 وما بعدها.

وجاء عند فقيه آخر: "تتمثّل القسمة القيميّة في تمييز كلّ وارث بما يعادل قيمة نصيبه في التّركة بقطع النّظر عن طبيعة المال المجسّد لتلك القيمة. فحقّه لا يرتبط بالعين وإنّما بالقيمة. فغرض القسمة هو إذن تحقيق المساواة القيميّة بين الورثة [...] وتفترض هذه الطّريقة من طرق القسمة تعدّد الأعيان الموروثة [...] وتهدف [...] إلى تفادي تجزئة الأعيان المكوّنة للتّركة.

"ومن الجائز أن تكون القسمة القيميّة للتّركة بمعدّل على غرار القسمة العينيّة. ويمكن للمحكمة، عند الاقتضاء، تعويض المبلغ النّقديّ المعدّل للقسمة براتب سنويّ عن مدّة أقصاها عشر سنوات يشمل الأصل والفائض القانونيّ مراعية في ذلك دخل المطلوب (الفصل 132 من مجلّة الحقوق العينيّة). وتجدر الإشارة إلى أنّه في صورة تعديل هذه القسمة يكون الدّين المتمثّل في المعدّل أو الرّاتب مضمونا بامتياز خاصّ على العقّار أو العقّارات التي آلت للوارث المدين بذلك المعدّل أو الرّاتب (الفصل 200 ثالثا من مجلّة الحقوق العينيّة)". حاتم محمّدي، دروس في القانون المدنيّ. الجزء الثّاني. المواريث والتّبرّعات. الكتاب الأوّل: المواريث، مجمّع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختصّ، تونس، 2017، ص 346 وما بعدها.

(1368)



جاء عند أحد الفقهاء: "إذا تعذّرت القسمة القيميّة أو تعذّر تعديلها، وجب اللجوء إلى قسمة التّصفية. فعلى المحكمة في صورة هذا التّعذّر أن تأذن ببيع أموال التّركة صفقة بالمزاد (الفصل 133 من مجلّة الحقوق العينيّة). فيباع المال الموروث بالمزاد ويقسّم الثّمن على الورثة كلّ بحسب نصيبه.

276 الحقّ في طلب تعيين مصفٍّ للتّركة ◊ ولقد مكّنت الفصول 135 إلى 139 من مجلّة الحقوق العينيّة الوارث من طلب تعيين مصفٍّ للتّركة يتولّى إقامة حجّة الوفاة عند الاقتضاء، وضبط التّركة، وإدارتها، وقسمتها. ويكون المصفّي، حسب الفصل 135، "[...] من تجمع الورثة على اختياره أو يكون بقدر المستطاع من بين الورثة"(1369).

ويخضع بيع المنقولات إلى القواعد المنظّمة لبيع المنقول في مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. أمّا بيع العقّارات فيخضع إلى قواعد التّبتيت التي تنظّمها المجلّة نفسها. وإذا تقرّر اللجوء إلى قسمة التّصفية يمكن للورثة الذين لهم أهليّة التّصرّف أن يتّفقوا بالإجماع على بيع المشترك صفقة بغير الطّريقة المنصوص عليها بالفصل 120 (الفصل 134 من مجلّة الحقوق العينيّة). والمقصود أنّ الورثة يمكنهم حصر المزايدة فيما بينهم بلا إشهار وهي الطّريقة التي ينصّ عليها الفصل 120 المذكور أو يمكنهم البيع بالمزاد مع السّماح لأجنبيّ بالمشاركة فيه كما يمكنهم البيع دون مزاد أصلا. فلا شيء يجبرهم على المزاد، والنّصّ واضح في كونه يسمح لهم بالخروج على مقتضيات الفصل 120. أمّا إذا كان بين الورثة قاصر فليس لهم شيء من ذلك كلّه، إذ لا يجوز إلّا البيع صفقة بالمزاد (الفصلان 120 و134 من مجلّة الحقوق العينيّة). حاتم محمّدي، م س (المواريث)، ص 347 وما بعدها.

(1369) جاء في التّقرير حول مشروع مجلّة الحقوق العينيّة: "إنّ حالة الشّيوع مضرّة بالأملاك، فأتت هذه المجلّة بقواعد لتسهيل تصفية التّركات. فإذا طلب أحد الورثة تعيين مصفّ للتّركة، عيّن رئيس المحكمة المختصّ بإذن على عريضة مصفّيا مَن تُجمِع الورثة على اختياره أو يكون بقدر المستطاع من بين الورثة. وتكون مهمّة المصفّي: إدارة المشترك، وبذلك يقع اجتناب الإهمال؛ إقامة حجّة وفاة؛ إقامة حجّة المخلّف؛ إعداد مشروع قسمة في ظرف ثلاثة أشهر. وفي صورة عدم اتّفاق الورثة، يودع مشروع القسمة بكتابة المحكمة". الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، مداولات مجلس الأمّة، العدد 12، 23 محرّم 1385 الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 192.

انظر تطبيقا قضائيّا للفصل 135: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 26973، 30 جوان 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 301.

وانظر حول مهمّة المصفّي الفصل 136، وانظر في تطبيق هذا النّصّ: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 25077، 5 فيفري 1991، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 77.

277 **التّخصيص بالأفضليّة** ◊ إضافة إلى ما سبق، وحسب الفصل 140، "إذا كان بين أموال التّركة مستغَلّ فلاحيّ أو صناعيّ أو تجاريّ ممّا يُعتبر وحدة اقتصاديّة قائمة بذاتها، جاز تخصيصه بأحد الورثة بحسب ما تقتضيه المصلحة". هذا ما يسمّى التّخصيص بالأفضليّة (attribution préférentielle)[1370].

وانظر حول عموم مسألة إدارة أموال التّركة: حاتم محمّدي، «إدارة أموال التّركة»، منشور في: خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017، ص 363 وما بعدها.

[1370] جاء في التّقرير حول مشروع مجلّة الحقوق العينيّة: "إنّ هذه القاعدة مخالفة للإجراءات السّابقة في قسمة التّركة (أي لكون القسمة بالقيمة لا بالرّقاب). فإذا كان بين الأموال مستغَلّ فلاحيّ أو صناعيّ أو تجاريّ ممّا يُعتبر وحدة اقتصاديّة قائمة بذاتها، جاز تخصيصه بأحد الورثة بحسب ما تقتضيه المصلحة. ويُقدَّر مبلغ من النّقود لتعديل نصيب بقيّة الشّركاء. وإنّ هذا العمل يمكّن من اجتناب التّجزئة المضرّة بالمناب المفرَز وإبقائه على وحدته [...] (و) تنظر المحكمة عند الاقتضاء تعويض المعدّل المشار إليه سابقا براتب سنويّ عن مدّة أقصاها عشر سنوات يشمل الأصل والفائض القانونيّ مراعية في ذلك دخل المطلوب. وهذا يمكّن من تطبيق القاعدة التي تخوّل أحد الشّركاء بما كان مكوّنا وحدة اقتصاديّة قائمة بذاتها". الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، مداولات مجلس الأمّة، العدد 12، 23 محرّم 1385 الموافق لـ: 24 ماي 1965، ص 192.

انظر تطبيقا قضائيّا للفصل 140: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 7766، 18 ماي 1971، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 71.

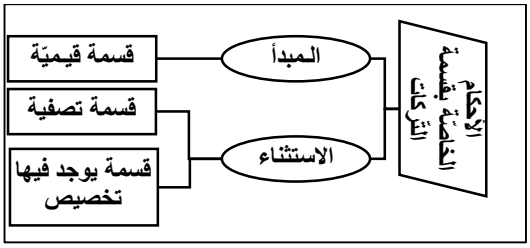
وانظر في الفقه حول التّخصيص بالأفضليّة: محمّد سعيد، م س، ص 146 وما بعدها.

انظر أيضا حاتم محمّدي (م س: المواريث، ص 348 وما بعدها) حين يقول: "يتّضح من الفصل 140 [...] أنّه يشترط شرطين لتطبيق التّخصيص بالأفضليّة. أوّلهما أن يوجد ضمن التّركة مستغلّ فلاحيّ أو صناعيّ أو تجاريّ، كأن تشمل التّركة على سبيل المثال بستانا أو مصنعا أو أصلا تجاريّا. وتعتبر عبارة المستغلّ عبارة شاملة تنطبق على المؤسّسة أو الشّركة أو الأصل كلّ ذلك في المجال الفلاحيّ أو الصّناعيّ أو التّجاريّ دون غيره. وثانيهما أن يشكّل هذا المستغلّ وحدة اقتصاديّة قائمة بذاتها. فإذا كان المستغلّ مصنعا ولكنّه يرتبط بإنتاج أرض فلاحيّة ضمن التّركة فلا يعتبر وحدة اقتصاديّة مستقلّة. ويتمتّع قضاة الأصل في هذا الإطار بحرّيّة تقدير متى يكون المستغلّ وحدة اقتصاديّة ومتى لا يكون

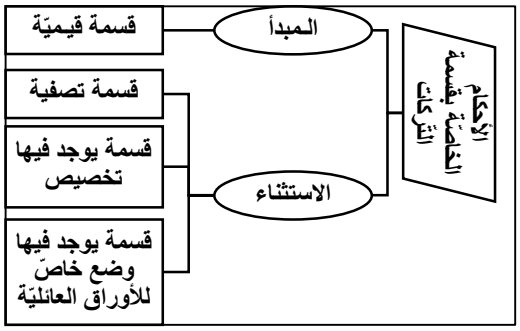
278 قسمة الأوراق العائليّة ◊ ثمّ إنّ الفصل 141 يقول: "إذا لم يتّفق الورثة على قسمة الأوراق العائليّة أو الأشياء التي تتّصل بعاطفة الورثة نحو المورّث، قرّرت المحكمة إمّا بيع هذه الأشياء أو إعطاءها لأحد الورثة مع خصم قيمتها من نصيبه في الميراث أو بدون خصم. ويراعى في ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصيّة"(1371).

كذلك. هذا ويقدّر القاضي في عمليّة التّخصيص ما تقتضيه المصلحة. ولا تقتصر المصلحة هنا على المصلحة الاقتصاديّة بل تدخل مصلحة الورثة بعين الاعتبار. فإذا كان من بين أموال التّركة مستغلّ فلاحيّ ولاحظ القاضي أنّه يوجد من بين الورثة مهندس فلاحيّ فإنّ إسناد هذا المستغلّ له يراعي المصلحة.

"ويترتّب على التّخصيص بالأفضليّة تعديل القسمة. فالفصل 141 من مجلّة الحقوق العينيّة يفرض على المحكمة تقدير مبلغ من النّقود لتعديل نصيب بقيّة الورثة. فتكون القسمة بالضّرورة قسمة بمعدّل ويمكن للمحكمة تعويضه براتب سنويّ عن مدّة أقصاها عشر سنوات يشمل الأصل والفائض القانونيّ وتراعي المحكمة في ذلك الدّخل المتولّد عن المستغلّ المخصّص (الفصل 132 من مجلّة الحقوق العينيّة)".

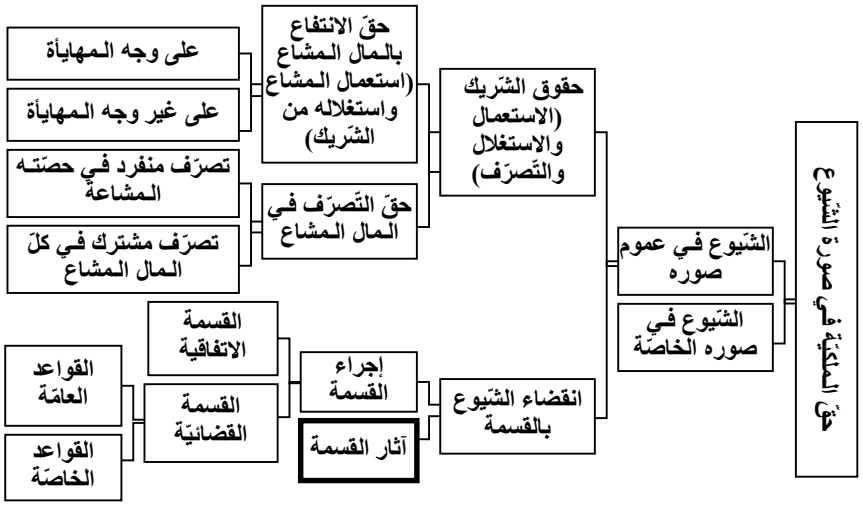


(1371)



وإذا أجريت القسمة، سواء كانت بالتّراضي أو بالتّقاضي، ترتّبت عنها آثار[1372].

(1372)



ب) آثار القسمة

279 تقسيم البحث ◊ يترتّب على القسمة: أثر كاشف، وضمان متبادل بين المتقاسمين للشّغب والاستحقاق، وعدم إمكان الرّجوع في القسمة[1373].

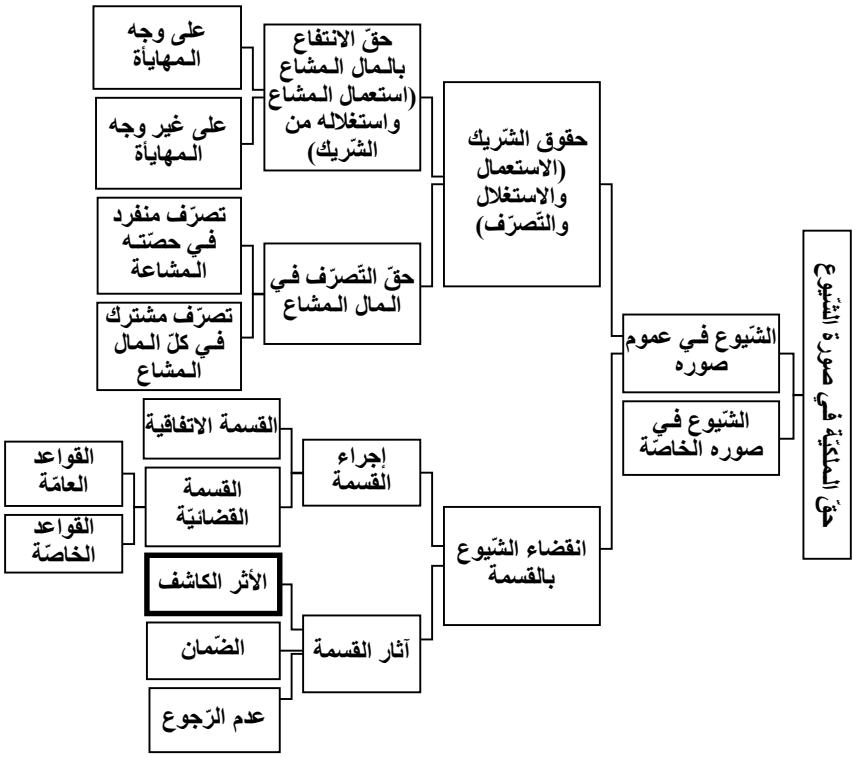
1/ الأثر الكاشف للقسمة

280 معنى الأثر الكاشف ◊ قال الفصل 123: "يعتبر كلٌّ من المتقاسمين مالكا للحصّة التي آلت إليه أو لما حصل له من بيع الصّفقة منذ أن كان مالكا من أوّل الشّيوع وأنّه لم يملك غيرها من بقيّة الحصص".

يسمّى ما جاء في هذا النّصّ الأثر الكاشف للقسمة (effet déclaratif du partage). ومعناه (ومن ثمّ معنى الفصل 123 حسب الفقه) أنّ القسمة لا تكسب المتقاسم حقّا جديدا لم يكن له، بل هي تكشف حقّ ملكيّته السّابق الموجود منذ بدء الشّيوع، لكن مع تغيير في محلّ هذا الحقّ: فبعد أن كان الشّريك يملك حصّة شائعة، تأتي القسمة فتحدّد ملكيّته في جزء مفرز من الشّيء. وعليه تعدّ القسمة تصرّفا كاشفا، أي تصرّفا يستند إلى وضع قانونيّ سابق، فيسجّل وجوده وكونه سابقا[1374]. لكنّ القسمة تغيّر من عناصر ذاك الوضع. هذا التّغيير يسمح بإنتاج كلّ الآثار القانونيّة التي كان يعرقلها أو يحدّ منها الوصف السّابق للوضع. ولأنّ القسمة تصرّف كاشف، فهي تختلف عن التّصرّفات المنشئة للحقّ أو النّاقلة له من شخص إلى آخر. ينتج عن هذا الكلام أنّ القسمة لا تمكّن من التّملّك بالتّقادم القصير على معنى الفصل 46 لأنّ هذا النّصّ يتحدّث عن عمل ناقل[1375].

زيادة على الأثر الكاشف، ثمّ أثر آخر[1376].

(1373)



(1374) انظر عرضا تاريخيّا للقوانين التي قالت بالأثر الكاشف للقسمة وللقوانين التي قالت بالأثر النّاقل: لوسي لافلام، م س، ص 196 وما بعدها.

وانظر حول الأثر الكاشف في القانون الفرنسيّ: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 575؛

ل-ج-أ- بوكيون، في الأثر الكاشف للقسمة وللتّصفيق في القانون الفرنسيّ، مطبعة دي بو، سان جرمان أون لاي، 1861.

L.-J.-A. Bocquillon, *De l'effet déclaratoire du partage et de la licitation en droit français*, Imprimerie de Beau, Saint-Germain-En-Laye, 1861.

لويس-مارسال ماريشو، في الأثر الكاشف للقسمة في القانون الفرنسيّ، طوبوغرافيا ن بلونبان، باريس، 1879.

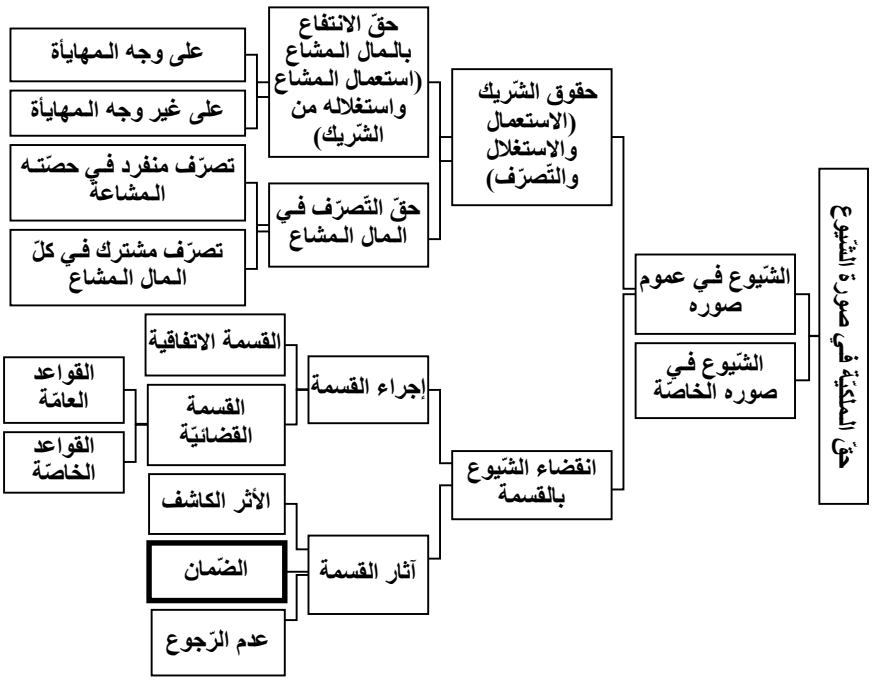
Louis-Marcel Maréchaux, *De l'effet déclaratoire du partage en droit français*, Typographie N. Blanpain, Paris, 1879.

2/ الضّمان المتبادل بين المتقاسمين للشّغب والاستحقاق

281 ضمان الشّغب والاستحقاق ◊ أوجب الفصل 124 من مجلّة الحقوق العينيّة على المتقاسمين أن يضمن "[...] بعضهم لبعض ما قد يقع من شغب أو استحقاق لسبب سابق عن القسمة كلٌّ على قدر حصّته. والعبرة في تقدير الشّيء بقيمته وقت القسمة. وإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وُزّع القدر الذي يلزمه على مستحقّ الضّمان وجميع المتقاسمين الآخرين. ولا وجه للضّمان إذا كان نوع الشّغب

(1375) انظر: الفقرة 206، وانظر أيضا: محمّد سعيد، م س، ص 279.

(1376)



أو الاستحقاق الحاصل مستثنى بالخصوص بشرط صريح بعقد القسمة أو كان الشّغب أو الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم"[1377].

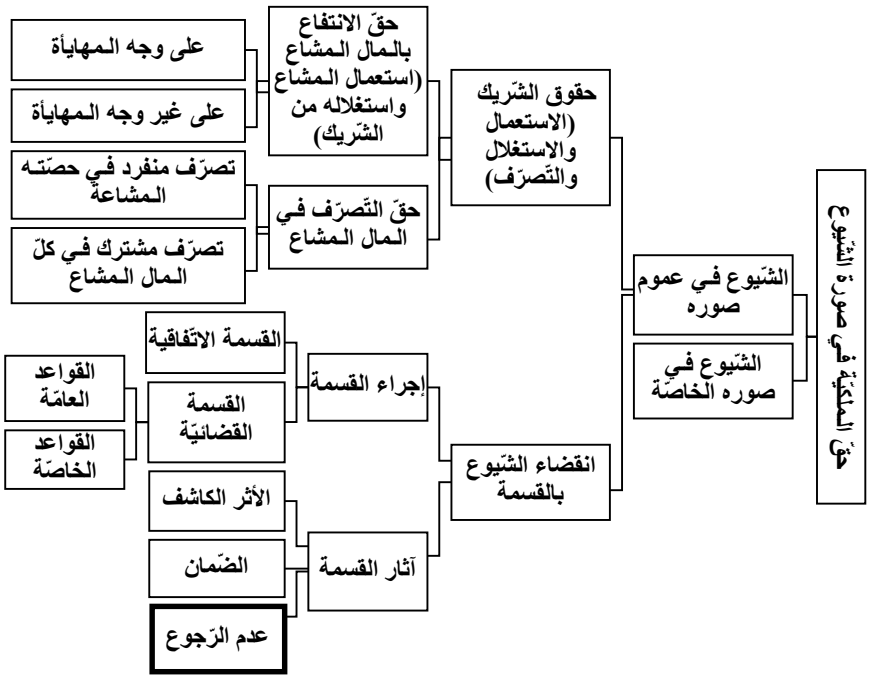
زيادة على الضّمان ومن قبله الأثر الكاشف، ثمّ أثر ثالث للقسمة[1378].

3/ عدم إمكان الرّجوع في القسمة

282 المبدأ والاستثناءات ◊ وضع الفصل 125 من مجلّة الحقوق العينيّة مبدأ عدم الرّجوع في القسمة، لكن أردفه باستثناءات. يقول الفصل: "القسمة الرّضائيّة أو الحكميّة باتّة لا رجوع فيها ولا تنقض إلّا بسبب الإكراه أو الغلط أو التّغرير. كما

(1377) انظر حول هذا النّصّ: محمّد سعيد، م س، ص 360 وما بعدها.

(1378)



تنقض بسبب الغبن، إذا تعلّق بمناب من ليس له أهليّة التّصرّف وكان الفرق في القيمة الرّبع".

وهكذا، في القانون التّونسيّ، لا يمكن الرّجوع في القسمة بنوعيها الاتّفاقيّ والقضائيّ. لكنّ هذا مبدأ. وللمبدأ استثناءات[1379].

283 الاستشكال على الاستثناءات ◊ وقد يُستشكل على الاستثناءات، إذا كنّا أمام قسمة قضائيّة: كيف يشوبها عيب من عيوب الرّضا؟ الجواب: يُتصوّر ذلك إذا تمّ التّعبير عن إرادة منفردة للمتقاسم في إطار دعوى القسمة، أو إذا تمّ التّعبير عن إرادة مشتركة في إطار اتّفاق على القسمة مصادق عليه من قبل المحكمة[1380].

وهكذا يجوز الرّجوع في القسمة سواء كانت اتّفاقيّة أو قضائيّة لأربعة أسباب هي: الإكراه، والغلط، والتّغرير، والغبن[1381].

والإكراه أن يُجبر المتقاسم على القسمة (الفصل 50 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود). أمّا الغلط، فمثاله أن لا يعلم المتقاسم بمال مشترك ويقبل منابا احتُسِب دون أن يؤخذ بعين الاعتبار هذا المال[1382]. والتّغرير هو أن يؤتى بفعل أو قول أو كتمان يوقع المتقاسم في الغلط[1383]. أخيرا يأتي الغبن، وهو أن يكون فارق

[1379] حول هذه الاستثناءات، أي حول نقض القسمة انظر: عادل عطيّة الله، نقض القسمة، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، تونس، 1996 – 1997.

[1380] محمّد سعيد، م س، ص 405.

[1381] م س، ص 405.

[1382] حول هذه الأسباب وفي القانون الكندي انظر: لوسي لافلام، م س، ص 310 وما بعدها. وحول صور الغلط في القسمة انظر: محمّد سعيد، م س، ص 417 وما بعدها.

[1383] ورد التّغرير في القانون التّونسيّ في الفصل 56. وحول تعريفه انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 191 وما بعدها.

القيمة بين ما آل إلى من ليست له أهليّة التّصرّف وما كان ينبغي أن يؤول إليه يساوي الرّبع أو يزيد عليه.

وينبغي أن نزيد بالقول:

أوّلا إنّ عبارة الإكراه في الفصل 125 مطلقة•؛ ولأنّه لا قرينة (في الأعمال التّحضيريّة) على تقييدها، فهي تفيد الإطلاق؛ على هذا الكلام تشمل العبارة الإكراه المادّيّ والمعنويّ.

ثانيا إنّ عبارة الغلط في الفصل 125 مطلقة•؛ ولأنّه لا قرينة (في الأعمال التّحضيريّة) على تقييدها، فهي تفيد الإطلاق؛ على هذا الكلام تشمل العبارة الغلط في الشّيء (الصّورة الواردة أعلاه)[1384] أو في الشّخص (الغلط الواقع في أطراف القسمة: شارك فيها من ليس شريكا)[1385].

ثالثا إنّ عبارة الغلط في الفصل 125 مطلقة•؛ ولأنّه لا قرينة (في الأعمال التّحضيريّة) على تقييدها، فهي تفيد الإطلاق؛ على هذا الكلام تشمل العبارة الغلط في الواقع (ما ورد أعلاه) والغلط في القانون الذي أحدث غلطا في الواقع

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1384] وردت صور الغلط في الشّيء في القانون التّونسيّ في الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود. وحول تفصيلات هذه الصّور انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 24 وما بعدها.

[1385] ورد الغلط في الشّخص في الفصل 46 من مجلّة الالتزامات والعقود. حول هذا الغلط انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 105 وما بعدها.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(مثال: ظنّ المتقاسم أنّ القانون يورّثه الثّلث، فقبل القسمة على هذا الأساس؛ والحقيقة أنّ القانون يمكّنه من وراثة النّصف)[1386].

رابعا إنّ عبارة التّغرير في الفصل 125 مطلقة•؛ ولأنّه لا قرينة (في الأعمال التّحضيريّة) على تقييدها، فهي تفيد الإطلاق؛ على هذا الكلام تشمل العبارة – زيادة على ما جاء سابقا – التّغرير الوارد في الفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود[1387]، أي تشمل التّغرير بمن له أهليّة التّصرّف؛ هذا التّغرير الذي يحدث غلطا، والغلط يحدث غبنا يزيد على الثّلث[1388].

[1386] حول الغلط في القانون انظر الفصل 44 من مجلّة الالتزامات والعقود، وانظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 119 وما بعدها.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

[1387] حول هذا التّغرير انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أحكام الغلط)، الفقرة 238 وما بعدها.

[1388] قارن مع:

يوسف الكناني، «هل الغبن وحدة قانونيّة مستقلّة؟»، المجلّة القانونيّة التّونسيّة، 1978، ج 1، ص 41.

Youssef Knani, « La lésion est-elle une entité juridique autonome ? », RTD, 1978, I, p. 41.

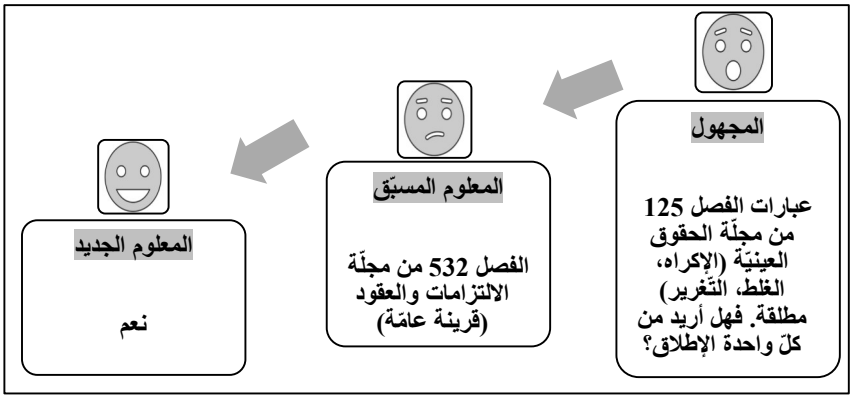
محمّد سعيد، م س، ص 425 وما بعدها.

رابعا إنّ عبارة التّغرير في الفصل 125 مطلقة•؛ ولأنّه لا قرينة على تقييدها، فهي تفيد الإطلاق؛ على هذا الكلام تشمل العبارة التّغرير الذي يحدث غلطا في الواقع والتّغرير الذي يحدث غلطا في القانون(1389).

284 دعوى نقض القسمة ◊ فإذا وجد ما سبق من إكراه أو غلط أو تغرير أو غبن، أمكن للضّحيّة، حسب الفصل 126 من مجلّة الحقوق العينيّة، القيام بدعوى نقض القسمة وذلك في ظرف عام من تاريخ وقوع القسمة(1390). فإذا كانت اتّفاقيّة، يكون التّاريخ هو التّاريخ الذي ينصّ عليه الكتب؛ أمّا إذا كانت قضائيّة، فيكون التّاريخ هو التّاريخ الذي لم يعد فيه حكم القسمة قابلا للطّعن بالاستئناف أو بالتّعقيب.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1389)



(1390) جاء في قرار لمحكمة التّعقيب أنّ الأجل الوارد في الفصل 126 هو "أجل مسقط مثل حقّ الشّفيع الوارد به الفصل 115 من مجلّة الحقوق العينيّة تتمسّك به المحكمة من تلقاء نفسها طبق أحكام الفصل 13 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 10684، 9 أكتوبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 127. انظر أيضا في تطبيق الفصل 126: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 17267، 26 ديسمبر 1989، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 477.

فإذا قبلت المحكمة الدّعوى ونقضت القسمة، "[...] رجع كلّ من المتقاسمين إلى الحالة التي كان عليها حين القسمة إلّا إذا ترتّب حقّ للغير بعوض بوجه لا يعلم عيبه" (الفصل 127). وحكم هذا النّصّ، إذا كانت القسمة رضائيّة، هو مجرّد تطبيق للنّصّ العامّ المتعلّق بآثار قضاء المحكمة بالبطلان النّسبيّ للعقد (الفصل 336 من مجلّة الالتزامات والعقود). أمّا "إذا كانت القسمة قضائيّة، فإنّ الفصل 127 يُعَدّ في حدّ ذاته أساسا قانونيّا لإمكانيّة إبطالها، كما يشكّل نصّا استثنائيّا للمبدأ النّاصّ على أنّ الأحكام لا تقبل الإبطال. أمّا إذا كانت القسمة في شكل بيع صفقة، فإنّ الفصل 127 من مجلّة الحقوق العينيّة يرد تطبيقا خاصّا للفصل 427 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة ونصّه: تقرّر المحكمة نتيجة التّبتيت بمحضر يُصاغ في الشّكل العاديّ للأحكام، ويكون هذا المحضر غير قابل لأيّ وجه من أوجه الطّعن ولو بالتّعقيب"[1391].

ويثير إرجاع المتقاسمين إلى الشّيوع مرّة أخرى مشاكل تتعلّق بالعلاقة فيما بينهم (الغلّة التي أخذت بين تاريخ القسمة وتاريخ العودة إلى الشّيوع، البناء أثناء هذه المدّة، إلخ) وبعلاقتهم بالغير[1392]. عن هذه العلاقة الثّانية قال الفصل 127 إنّ رجعيّة نقض القسمة (أي العودة إلى الشّيوع) لا تؤثّر على الغير[1393]. فإذا أبطلت القسمة، وكان أحد المتقاسمين قد رتّب للغير حسن النّيّة حقّا عينيّا بعوض (باعه ما آل إليه بمقتضى القسمة، إلخ)، فهذا البطلان لا مفعول له على الغير. بهذا يكون الفصل 127 قد وضع حكما هو مجرّد تطبيق للقاعدة العامّة الواردة في

[1391] محمّد سعيد، م س، ص 430.

[1392] انظر هذه المشاكل عند: محمّد سعيد، م س، ص 431 وما بعدها.

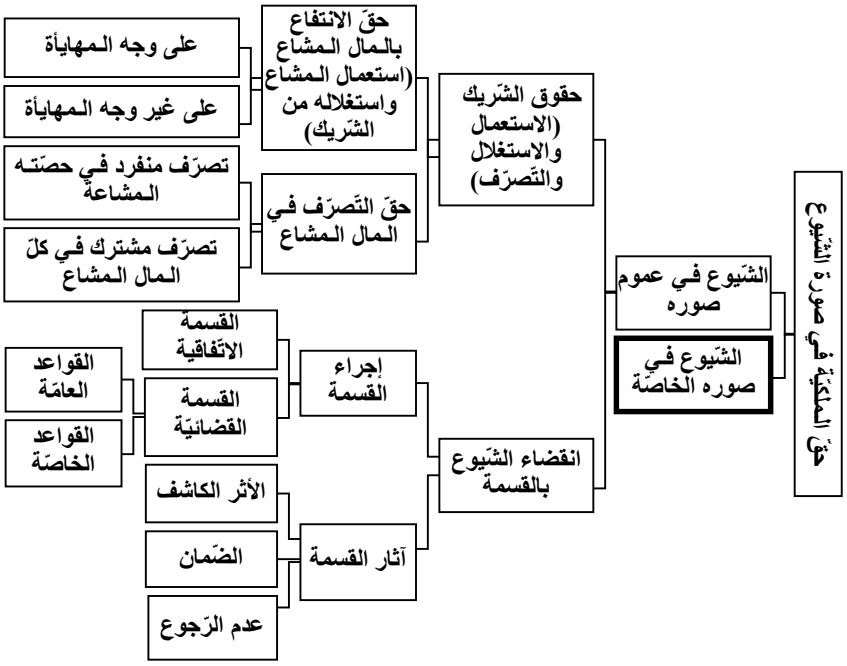
[1393] انظر في تطبيق هذا الحكم: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 66237، 3 أوت 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 288.

بطلان العقود (الفصل 336 من مجلّة الالتزامات والعقود حين يكون البطلان نسبيّا، والفصل 325 من المجلّة نفسها حين يكون البطلان مطلقا).

فإذا عدنا إلى العلاقة بين الأطراف، قلنا إنّ القسمة إذا أبطلت، وعاد الشّيوع، أعيدت ثانية؛ والثّانية ينبغي أن تخلو من الإكراه والغلط والتّغرير والغبن.

هذه هي آثار القسمة. والقسمة سبب لانقضاء الشّيوع. قبل الانقضاء تعرّضنا إلى سلطات الشّريك. والانقضاء وسلطات الشّريك هما أهمّ النّقاط التي ينبغي تناولها في إطار عموم صور الشّيوع. بقي أن نتناول الشّيوع في صوره الخاصّة[1394].

(1394)

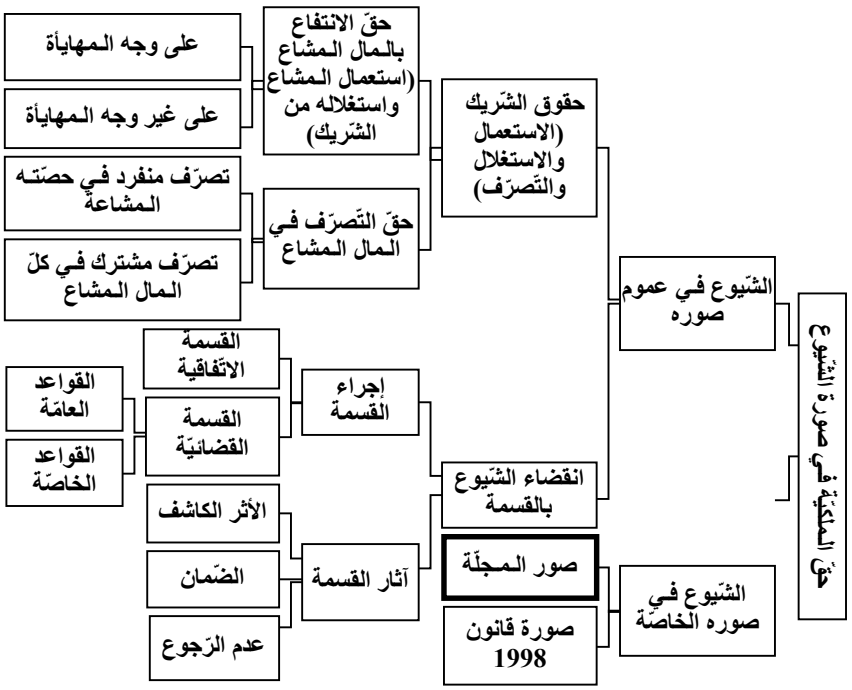


المبحث الثّاني: الشّيوع في صوره الخاصّة

285 تقسيم البحث ◊ تعرّضنا إلى حدّ الآن إلى الأحكام التي تنطبق على مختلف صور الشّيوع. لكن ثمّ صور تنطبق عليها، زيادة على الأحكام العامّة أو بدلا عنها، أحكامٌ خاصّة.

يتعلّق الأمر بصور وردت في مجلّة الحقوق العينيّة، وبصورة وردت في قانون 9 نوفمبر 1998 (صورة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين)[1395].

(1395)



الفقرة الأولى: الشّيوع في صوره الخاصّة الواردة في مجلّة الحقوق العينيّة

286 تقسيم البحث ◊ تتناول مجلّة الحقوق العينيّة نوعين من الشّيوع الدّائم[1396] هما: ملكيّة الحائط والخندق المشترك، وملكيّة العقّارات المقسّمة إلى طوابق وشقق

[1396] الشّيوع قسمان:

القسم الأوّل: الشّيوع المؤقّت. وهو الذي تناولناه إلى حدّ الآن. وتُضاف إليه صورة الاشتراك في الأموال بين الزّوجين والتي سنتناولها لاحقا (الفقرة 298 وما بعدها).

القسم الثّاني: الشّيوع الدّائم. وهو نوعان:

النّوع الأوّل: الشّيوع الدّائم الأصليّ. ويتمثّل "في تخصيص مال مستقلّ وغير تابع لخدمة ومنفعة جماعة من الأفراد على وجه دائم، فلا يختصّ به أحدهم، ولا يمكن طلب قسمته إذ تفرض الطّبيعة الخاصّة لهذا المال بقاءه مشاعا بين الشّركاء على الدّوام، وهو ما ينطبق على مدافن الأسرة والأوراق العائليّة. "في خصوص مدافن الأسرة، تعتبر المقابر مبدئيّا ملكا عموميّا خاصّا للبلديّات إذا ما وجدت بأرض عموميّة؛ أمّا إذا أقيمت بأرض خاصّة، فإنّها تكون ملكا خاصّا لأصحابها (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 8264، 30 أفريل 1974، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 31)، فيستأثرون باستعمالها لدفن موتاهم، ويكون لكلّ من الورثة الحقّ في المطالبة بدفنه في مقبرة العائلة. ونظرا للطّبيعة الخاصّة لهذه المدافن ولقيمتها العاطفيّة والأدبيّة وتعلّقها بحرمة الموتى، لا يمكن لأحد من الورثة طلب قسمتها أو الاستئثار بها، وإنّما تبقى مشاعة بينهم بصفة إجباريّة ودائمة.

"كما يمكن أن يرد الشّيوع الإجباريّ الأصليّ على منقول، كما في حالة أوراق الأسرة ووثائقها بما تشمله من شهائد علميّة وأوسمة ورسائل ذات قيمة عاطفيّة أو تاريخيّة وصور وعموما كلّ الأشياء المتّصلة بماضي العائلة وبعاطفة الورثة تجاه أسلافهم. هذه الأشياء، وإن كانت قابلة للقسمة في الواقع، إلّا أنّ طبيعتها الخاصّة تفرض عدم قسمتها قانونا، لأنّ القسمة ستؤدّي إلى تشتيتها وحرمان بعض الورثة منها، وبالتّالي المسّ من صبغتها العاطفيّة وإفقادها البعد العائليّ الذي يميّزها. لذلك وفي صورة عدم إيصاء المورّث بها لأحد أفراد العائلة وعدم اتّفاق الورثة في شأنها، تقوم المحكمة بإسنادها كاملة للقرين أو لأكبر الورثة أو للأقدر منهم على حفظها وتقدير قيمتها العاطفيّة مع احتفاظ البقيّة بحقّهم في الاطّلاع عليها ونسخها وتصويرها وقتما يشاؤون [...] هذا التّحليل لا يستقيم في القانون التّونسيّ

الذي لا تمثّل فيه الأوراق العائليّة والأشياء المتّصلة بعاطفة الورثة نحو المورّث حالة من حالات الشّيوع الإجباريّ إذ خصّها المشرّع بحكم خاصّ في إطار قسمة التّركات، فخوّل للمحكمة أن تحكم ببيع هذه الأشياء أو إعطائها لأحد الورثة مراعية في ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصيّة، ممّا يعني أنّ الشّيوع في هذه الحالة مؤقّت وقابل للانقضاء بالقسمة.

"وهو ما يصحّ كذلك في خصوص نظام الاشتراك في الأموال بين الزّوجين [...] (فرغم) الطّابع المشروط لإمكانيّة طلب القسمة فيه، فإنّ هذا النّظام يعتبر من قبيل الشّيوع العاديّ والمؤقّت رغم إفراده بتنظيم قانونيّ خاصّ [...]

"(النّوع الثّاني: الشّيوع المؤقّت التّبعيّ) يتمثّل في اشتراك جملة من الملّاك المتجاورين في ملكيّة بعض الملحقات العقّاريّة الضّروريّة وتخصيصها بصفة دائمة لخدمة عقّاراتهم الأصليّة المفرزة. وبفعل عمليّة التّخصيص العينيّ يبقى المال الشّائع تابعا للملكيّات المفرزة، فلا يمكن قسمته ولا التّصرّف فيه منفردا. ومن أمثلة هذا الشّيوع الحائط الفاصل المشترك والأجزاء المشتركة في العمارات المقسّمة إلى شقق وطوابق، وكذلك الطّرق والآبار والمساقي وغيرها من الأجزاء العقّاريّة الشّائعة التي تخصّص لخدمة العقّارات المفرزة للشّركاء". مراد وريمي، الشّيوع الإجباريّ، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، تونس، 2002 – 2003، ص 6 وما بعدها. انظر أيضا: محمّد سعيد، م س، ص 83.

ومحلاّت. لكن ثمّ صورة ثالثة يمكن استخراجها من ثنايا المجلّة. على هذا تكون الصّور الواردة في مجلّة الحقوق العينيّة قسمان: صور وردت صراحة، وصورة وردت ضمنا[1397].

أ) الصّور الواردة صراحة

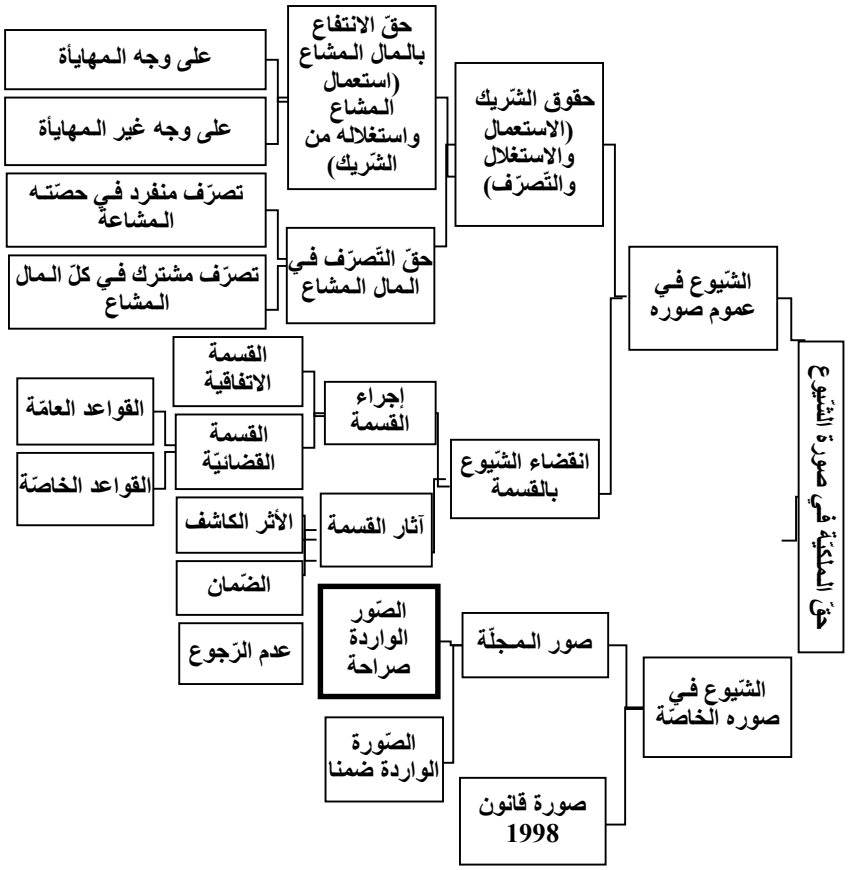
287 **تقسيم البحث** ◊ يتعلّق الأمر كما قيل منذ قليل بصورتين: صورة الحائط والخندق المشترك، وصورة ملكيّة العقّارات المقسّمة إلى طوابق وشقق ومحلاّت[1398].

1/ صورة ملكيّة الحائط والخندق المشترك

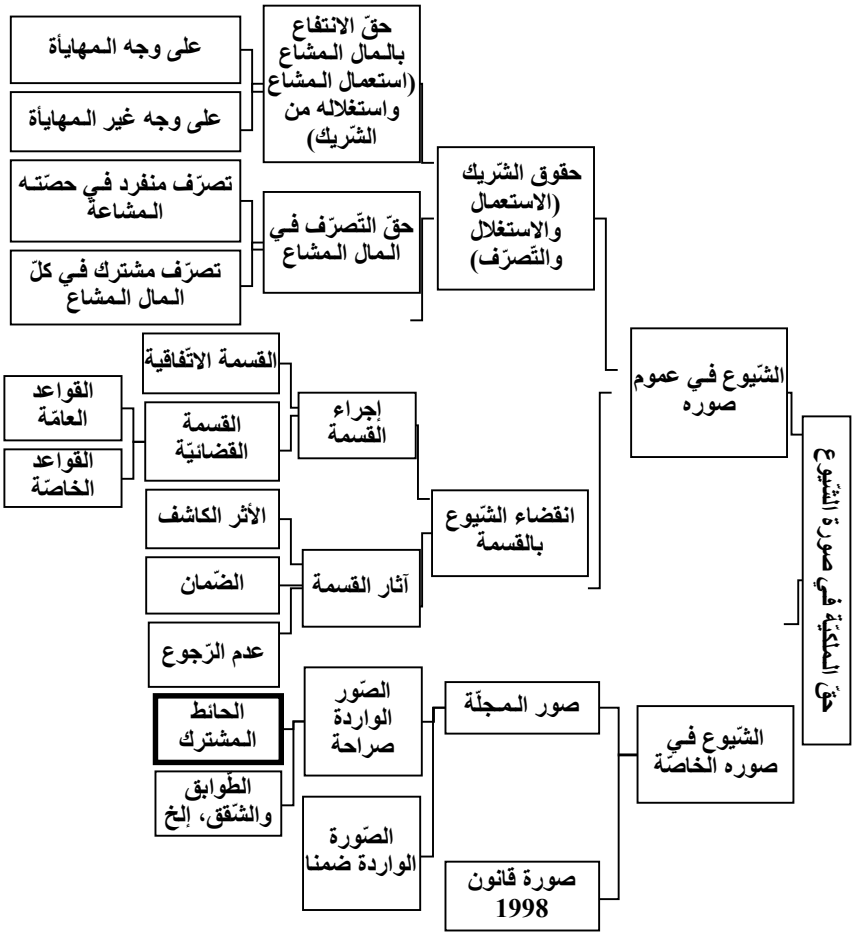
288 **أحكام الاشتراك مصدرا وطبيعة** ◊ نظّمت مجلّة الحقوق العينيّة الشّيوع الدّائم المتمثّل في الحائط المشترك (mur mitoyen)[1399] والخندق المشترك (fossé mitoyen) في الفصول من 72 إلى 84 (تحدّثت النّصوص أيضا عن السّياج المشترك المتكوّن من شوك ونحوه. لكن لم ترد عبارة السّياج في عنوان الباب الثّالث إلى جانب عبارة الحائط والخندق). ومن ينظر إلى هذه النّصوص يجدها نقلا يكاد أن يكون حرفيّا للفصل 163 وما بعده من القانون العقّاريّ[1400]. وفي مطلع الدّراري قيل إنّ هذه النّصوص من القانون العقّاريّ مأخوذة من الفصل 653 إلى الفصل 673 من القانون المدنيّ الفرنسيّ مع تغيير في بعض أحكام هذه الفصول لحفظ أحكام عوائد البلاد التّونسيّة[1401].

وفي القانون الفرنسيّ قيل – في تحديد طبيعة الاشتراك في الحائط – إنّنا لسنا أمام اشتراك وشيوع؛ وحسب القائلين بهذا الموقف هنالك خطّ وهميّ يقسّم الحائط نصفين، ويجعل كلّ نصف مملوكا ملكيّة مفرزة لكلّ واحد من الجارين. في موقف

(1397)


حقّ الملكيّة في صورة الشّيوع
الشّيوع في عموم صوره
حقوق الشّريك (الاستعمال والاستغلال والتّصرّف)
حقّ الانتفاع بالمال المشاع (استعمال المشاع واستغلاله من الشّريك)
على وجه المهايأة
على وجه غير المهايأة
حقّ التّصرّف في المال المشاع
تصرّف منفرد في حصّته المشاعة
تصرّف مشترك في كلّ المال المشاع
انقضاء الشّيوع بالقسمة
إجراء القسمة
القسمة الاتفاقية
القسمة القضائيّة
القواعد العامّة
القواعد الخاصّة
آثار القسمة
الأثر الكاشف
الضّمان
الشّيوع في صوره الخاصّة
صور المجلّة
الصّور الواردة صراحة
عدم الرّجوع
الصّورة الواردة ضمنا
صورة قانون 1998

(1398)



(1399) حول الملكيّة الشّائعة في الجدار المشترك في القانون الإسلاميّ انظر مثلا: علي الخفيف، م س، ص 163 وما بعدها.

(1400) انظر فصول القانون العقّاريّ في كتاب محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 265.

(1401) محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ص 265 و266.

وحول القانون الفرنسيّ انظر:

ل-ليون بيتي، في الاشتراك في القانون الفرنسيّ، مطبعة أ دوبري، بواتييه، 1872.

آخر قيل – بسبب موقع النّصوص – إنّ الحائط المشترك نوع من الارتفاق القانونيّ[1402]. وفي موقف ثالث وقع التّمسّك بأنّ طبيعة الاشتراك مختلطة بين الارتفاق القانونيّ والشّيوع. وثمّ مواقف أخرى. لكنّ فقهاء اليوم لم يعودوا يتحدّثون عن الارتفاق وصاروا يكتفون بالقول إنّ الأمر يتعلّق بشيوع يخضع لنظام خاصّ. ومن ينظر لا يجد للاختلاف في تحديد الطّبيعة القانونيّة جدوى عمليّة لأنّ النّصوص حدّدت النّظام القانونيّ للحائط المشترك[1403].

289 تقسيم البحث ◊ يتعلّق هذا النّظام في القانون التّونسيّ – إذا أضفنا إليه الخندق (والسّياج) المشترك – بإثبات الاشتراك، وبحقوق الشّركاء، وبالتزاماتهم.

L.-Léon Petit, *De la mitoyenneté en droit français*, Imprimerie de A. Dupré, Poitiers, 1872.

أدموند كوفالييه، في الحائط المشترك في القانون الفرنسيّ، مطبعة أرنوس دي ريفيار وشركاؤه، باريس، 1875.

Edmond Cuvelier, *Du mur mitoyen en droit français*, Imprimerie Arnous de Rivière et Cie, Paris, 1875.

ليون مارشان، في الاشتراك في الحيطان، مطبعة فر سيمون، رين، 1900.

Léon Marchand, *De la mitoyenneté des murs*, Imprimerie Fr. Simon. Succr. de A. le Roy, Rennes, 1900.

[1402] انظر حول الارتفاق القانونيّ الفقرة 361 وما بعدها.

[1403] حول ما جاء في طبيعة الحائط المشترك انظر:

جيل بيسون، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 653 إلى الفصل 662، الكرّاس 10، الفقرة 33 وما بعدها.

Gilles Paisant, J. –cl. Civ. Code, art 653 à 662, fasc10, § 33 s.

بيار فاليت، «الاشتراك»، الموسوعة المدنيّة دالوز، مارس 1997، الفقرة 5 وما بعدها.

Pierre Walet, « Mitoyenneté », *Rép. Civ. Dalloz*, mars 1997, n° 5 s.

1.1/ إثبات الاشتراك

290 القرينة ◊ يقول الفصل 72: "كلّ حائط في مدينة أو ريف فاصل بين بناءين إلى حدّ اتّصالهما، أو بين بناءين، أو بستانين، أو بين مزرعتين مسيّجتين يُعدّ حدّا مشتركا ما لم يقم عرف أو دليل على خلافه". ويقول الفصل 82: "كلّ سياج أو خندق فاصل بين أرضين لمالكين مختلفين يُعتبر مشتركا ما لم يقم عرف أو دليل على خلافه".

ومن ينظر يجد في هذين النّصّين قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بوجود عرف مخالف أو بما يدلّ على أنّ الحائط أو الخندق (أو السّياج) مملوك ملكيّة خاصّة[1404]. وفيما يخصّ الحائط جاء في الفصل 164 من القانون العقّاريّ – وهو نصّ لم يُنقَل إلى مجلّة الحقوق العينيّة – أنّ من الأمور "[...] التي تدلّ على عدم الاشتراك [...] كونه [...] قد جعل له من جهة واحدة وقت بنائه [...] ميازيب [...]".

فإذا ثبت أنّنا أمام حائط مشترك أو خندق (أو سياج) له الوصف نفسه، قامت حقوق للشّركاء.

2.1/ حقوق الشّركاء

291 عرض الحقوق ◊ هنا نحن أمام ملكيّة (إذن الحقوق الثّلاثة)، وملكيّة مشاعة (إذن الحقوق الثّلاثة مقيّدة)، وملكيّة مشاعة خاصّة (إذن الحقوق الثّلاثة مقيّدة على نحو خاصّ). هذا يعني أن تنطبق أحكام الملكيّة، وقبلها أحكام الملكيّة

(1404) حول هذه القرينة، وفيما يخصّ الحائط المشترك، انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 3942 12 جانفي 1982، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 93.

المشاعة، وقبل الجميع أحكام هذا النّوع من الملكيّة (الحجّة: قاعدة الخاصّ يُقدّم على العامّ[1405]). من هذه الأحكام:

أوّلاً الحكم المتعلّق بالحقّ في البناء على الحائط المشترك. على هذا المستوى جاء الفصل 76 من مجلّة الحقوق العينيّة ليقول: "لكلّ شريك الحقّ في إقامة بناء على الجهة الموالية لعقّاره في الحائط المشترك أو غرز أخشاب فيه إلى حدّ نصف سُمكه ولا يجوز له أن يتجاوزه إلّا برخصة كتابيّة من شريكه". تتمّةً لما سبق، جاء الفصل 78 ليقول: "إذا كان الحائط المشترك لا يتحمّل ما يُراد إنشاؤه فوقه من مبان، فعلى الشّريك أن يعيد بناءه كاملا من ماله. وما يلزم من زيادة في السُّمك يؤخذ من عقّاره".

ثانياً الحكم المتعلّق بالحقّ في تعلية الحائط المشترك. على هذا المستوى جاء الفصل 77 ليقول: "لكلّ شريك أن يعلّي الحائط المشترك. وعليه وحده مصاريف ما أنشأه مع مصاريف حفظه. كما عليه في مقابل ذلك تعويض جاره عن تكاليف الثّقل الواقع على الجدار". وحسب الفصل 79، "يمكن للشّريك الذي لم يساهم في مصاريف إعلاء الحائط المشترك أن يكسب حقّ الاشتراك في ملكيّة الجزء المعلّى مقابل دفع نصف المصاريف. ويضاف إليها عند الاقتضاء نصف قيمة الأرض المستعملة للزّيادة في سُمك الحائط".

زيادة على ما تقدّم قال الفصل 84: "الشّريك في سياج من شجر أو شوك أو هشيم له أن يزيل منه ما كان من جهته إلى حدّ ملكه بشرط أن يعوّضه بحائط. وكذلك الحكم في ردم الخندق الذي لا يُستعمل إلّا كفاصل بين أرضين". وهكذا ينتج الاشتراك في الخندق (وفي السّياج من الشّجر ونحوه) حقّ الإزالة. قبالة هذا

[1405] حول هذه القاعدة انظر الفقرة 233 (الهامش).

الحقّ يوجد التزام يتمثّل في تعويض ما أزيل بحائط. فإذا وصلنا إلى الالتزامات، وجب أن نتناول لا ما جاء الآن فحسب، ولا ما يهمّ الخندق (والسّياج) فقط.

1. 3/ التزامات الشّركاء

292 عرض الالتزامات ◊ نجد، فيما يخصّ الحائط المشترك، ما وجدناه في عموم الشّيوع من توزيع المصاريف على الشّركاء بحسب نسبة حصّة كلّ واحد في المال المشترك. فيقول الفصل 74: "ما يصرف على إصلاح الحيطان المشتركة أو إعادة بنائها يوزّع على الشّركاء بحسب حصّة كلّ منهم". وينبغي، لسكوت النّصوص الخاصّة بالحائط المشترك، إتمام ما جاء للتّوّ بواسطة أحكام عموم الشّيوع، أي ينبغي القول: لا يُلزم الشّريك بالمشاركة في المصاريف إلّا إذا كان إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه ضروريّا[1406]. مع ما ورد الآن حكم خاصّ. فلقد قال الفصل 75: "يُعفى الشّريك من دفع حصّته من مصاريف إصلاح الحائط المشترك أو إعادة بنائه بتركه حقّه فيه ما لم يكن له بناء مرتكز على ذلك الحائط".

إلى جانب ما تقدّم، ثمّ حكم خاصّ آخر. فلقد جاء في الفصل 80: "لا يجوز للشّريك أن يحدث ثقبا في الحائط المشترك ولا أن يسند عليه غير البناءات الخفيفة من المنشآت إلّا برضاء الشّريك الآخر. فإن لم يوافق هذا الشّريك على ذلك، يُرفع الأمر إلى المحكمة".

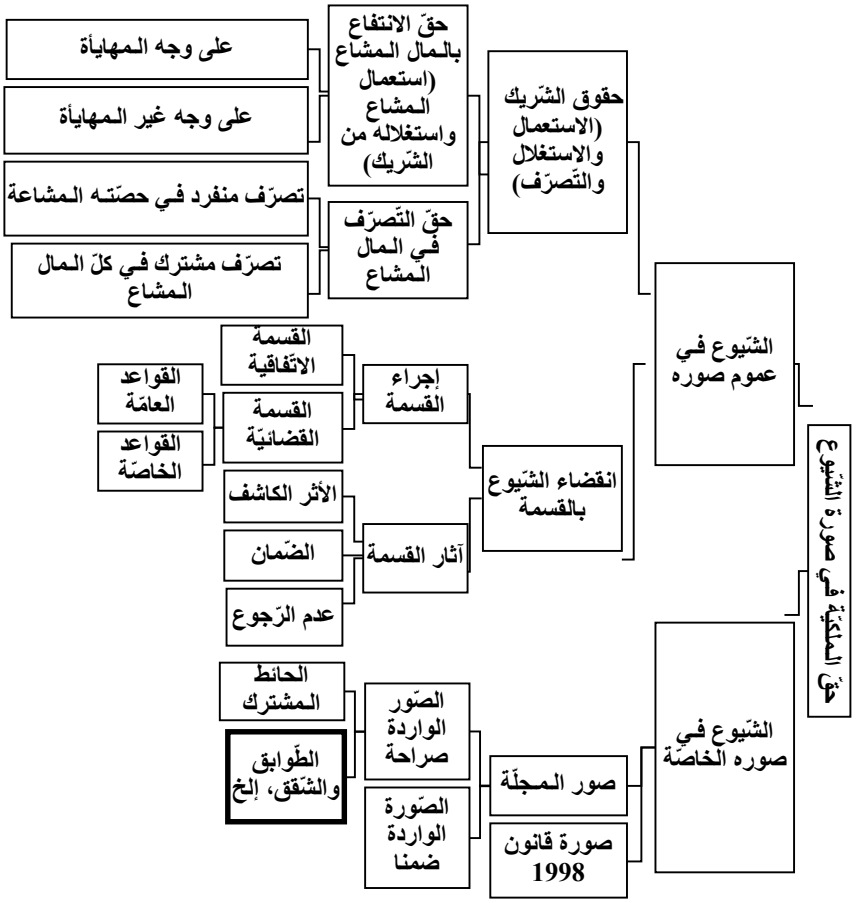
وفيما يخصّ الخندق (والسّياج) المشترك جاء الفصل 82 وقال: "مصاريف حفظ السّياج أو الخندق توزّع على الشّركاء. ويُعفى الشّريك من دفع حصّته من المصاريف

[1406] انظر الفقرة 256.

بترك حقّه في الاشتراك. إلّا أنّه لا يمكنه التّرك إذا كان الخندق يُستعمل عادة لسيلان المياه".

هذه هي الأحكام الخاصّة في الحائط والخندق (والسّياج) المشترك. إلى جانب هذه الصّورة، ثمّ صورة أخرى خاصّة للشّيوع وردت بدورها وبصفة صريحة في مجلّة الحقوق العينيّة[1407].

(1407)



2/ صورة ملكيّة العقّارات المقسّمة إلى طوابق وشقق ومحلاّت

293 تحديد الأجزاء المشتركة ◊ فوق الفصول من 85 إلى 102 من مجلّة الحقوق العينيّة نجد: في الصّياغة العربيّة العنوان "ملكيّة الطّبقات"، وفي الصّياغة الفرنسيّة العنوان "الملكيّة المشتركة للعقّارات المقسّمة إلى طوابق وشقق" (la copropriété des immeubles divisés par étages ou par appartements). ولقد بدا لنا هذا العنوان أدقّ من ذاك للتّعبير عمّا نحن بصدده. هذا ما دعانا لاختياره بعد إدخال مزيد من التّفصيل عليه.

فإذا تركنا العناوين واهتممنا بالمعنون، قلنا إنّ في ملكيّة العقّارات المقسّمة إلى طوابق وشقق ومحلاّت تجاريّة ومهنيّة (كما يقول الفصل 85) ملكيّتان: ملكيّة مفرَزة، وملكيّة مشاعة. بعبارة أخرى: ثمّ ملكيّة الأجزاء المفرَزة، وثمّ ملكيّة الأجزاء المشتركة. وتشمل ملكيّة الأجزاء المفرزة الشّقّة (أو المحلّ، إلخ) وما يوجد بداخلها. لكن ما يهمّنا، بالنّظر إلى العنوان الذي نحن داخله، هو ملكيّة الأجزاء المشاعة. على هذا المستوى يقول الفصل 85 من مجلّة الحقوق العينيّة في فقرته الأولى إنّ الأرض المقام عليها العمارة تعدّ من الأجزاء المشتركة. وتضيف الفقرة الثّانية قائلة: "وتعتبر مشتركة أجزاء المباني وكذلك الأراضي والمساحات والفضاءات والممرّات والمعابر والتّجهيزات والقنوات وبيوت الحراسة والمصاعد والمدارج والسّطوح والصّحون

وغيرها من الأجزاء والعناصر المخصّصة لاستعمال أو لمنفعة كافّة الشّركاء أو لبعضهم [...]"[1408].

لكنّ الفقرة الثّالثة تقول إنّ "الحواجز الفاصلة بين شقّتين أو محلّين تكون ملكيّتهما مشتركة بين مالكيها" لا مشتركة بين جميع المالكين.

وحسب الفصل 86، تخضع ملكيّة الأجزاء المشتركة إلى أحكام الملكيّة الشّائعة وقواعد الحائط المشترك. لكن ثمّ أحكام خاصّة. في هذه الأحكام الخاصّة نجد نقطتين.

294 حقوق المالكين والتزاماتهم في الأجزاء المشتركة ◊ فإذا بدأنا بالنّقطة الأولى، قلنا إنّها تهمّ حقوق المالكين والتزاماتهم في الأجزاء المشتركة.

فأمّا الحقوق فتناولها الفصل 87 حين قال: "لكلّ مالك أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدّت له على أن لا يحول دون استعمال باقي المالكين لحقوقهم. وتقدّر حقوق المالك في الأجزاء المشتركة بنسبة الجزء المفرز الذي له في العمارة ما لم يوجد اتّفاق على غير ذلك".

وأمّا الالتزامات فجاءت في الفصل 88 الذي قال: "على كلّ مالك أن يساهم في تكاليف حفظ الأجزاء المشتركة وصيانتها وترميمها وإدارتها. ويكون نصيبه في هذه التّكاليف بنسبة الجزء المفرز الذي له في العمارة ما لم يوجد اتّفاق على غير ذلك".

إضافة لما سبق، يقول الفصل 100: "كلّ تفويت أو قسمة أو إنشاء حقّ عينيّ يتعلّق بموضوع الرّسم يشمل قانونا ما يتبعه من حقوق على الأجزاء المفرزة. ولا يجوز أصلا طلب قسمة الأجزاء المشتركة أو بيعها صفقة وكلّ شرط مخالف لذلك

[1408] انظر قرارا تحدّث عن المدخل والمدرج (إلخ): تعقيبيّ مدنيّ، عدد 22867، 4 ماي 1989، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 187. انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2009. 35093، 19 سبتمبر 2009، ذكره: عصام الأحمر، فقه قضاء محكمة التّعقيب، د ن، تونس، 2011، ص 97.

يعدّ لاغيا". بتعبير مغاير: إذا وقع مثلا بيع الشّقّة، دخل في البيع الدّرج والفناء وغير ذلك من الأجزاء المشتركة، ثمّ إنّ هذه الأجزاء تجسّد شيوعا يتّصف – لكي يتحقّق الغرض منه – بالجبريّ وبالدّائم.

295 إدارة الأجزاء المشتركة، نقابة المالكين ◊ فإذا مررنا الآن إلى النّقطة الثّانية من الأحكام الخاصّة، وجدناها تتعلّق بإدارة الأجزاء المشتركة. تتولّى هذه الإدارة نقابة المالكين[1409]. وتتكوّن هذه النّقابة وجوبا من مجموع المالكين؛ وتتمتّع بالشّخصيّة المدنيّة؛ ولها رئيس (syndic)[1410] يعتبر الوكيل الرّسميّ المكلّف بنيابتها لدى القضاء ومختلف الإدارات (الفصل 89)؛ ويُختار الرّئيس ويعوّض بواسطة أغلبيّة المالكين (الفصل 97)، ولكلّ مالك عدد من الأصوات يقابل نسبة ملكيّته في الأجزاء المشتركة والمشاعة، غير أنّه إذا تجاوزت نسبة اشتراك أحد المالكين النّصف، فإنّ عدد أصوات هذا المالك يخفّض إلى مجموع أصوات بقيّة

[1409] انظر في القانون التّونسيّ: محمّد النّوري، «اتّحاد المالكين في ملكيّة الطّبقات»، مجلّة دراسات قانونيّة، كلّيّة الحقوق بصفاقس، عدد 5، 1997، ص 157؛ وانظر في القانون المقارن: خالد حمدي يوسف، شرح أحكام النّظام القانونيّ لاتّحاد الملّاك وملكيّة الطّبقات والشّقق، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2005؛ لوي–مارصيل بوماري، نظام الملكيّة المشتركة في العقّارات المنقسمة إلى شقق، تعريب إدريس ملين، وزارة العدل. المعهد الوطني للدّراسات القضائيّة، المملكة المغربيّة، د ت؛
كريستيان أتياس، «الاشتراك في العقّارات المبنيّة»، الموسوعة المدنيّة دالوز، جانفي 2002.
Christian Atias, « Copropriété des immeubles bâtis », *Rép. Civ. Dalloz*, janvier 2002.

[1410] حول رئيس النّقابة انظر: منصف الكشو، «مدير الاتّحاد في ملكيّة الطّبقات»، القضاء والتّشريع، عدد 6، جوان 1997، ص 29؛ منصف الكشو، «مدير الاتّحاد في ملكيّة الطّبقات»، مجلّة دراسات قانونيّة، كلّيّة الحقوق بصفاقس، عدد 5، 1997، ص 177.

المالكين (الفصل 91)؛ ويمكن لنقابة المالكين أن تسند جزءًا من مهامّ رئيس النّقابة أو كلّ هذه المهامّ إلى نقيب عقّاريّ محترف (الفصل 97).

هذه بعض أحكام ملكيّة الطّوابق والشّقق والمحلاّت[1411]. وهي – إلى جانب الحائط والخندق المشترك – صورة للشّيوع الخاصّ وردت صراحة في المجلّة. لكن ثمّ صورة وردت بصفة ضمنيّة[1412].

ب) الصّورة الواردة ضمنا

296 عرض الصّورة ◊ يمكن للورثة، أثناء قسمة العقّار الذي ورثوه، أن يبقوا المسقاة الموجودة فيه شائعة بينهم على الدّوام، وأن يخصّصوها لريّ الأجزاء المفرزة التي سترجع لكلّ واحد منهم. هنا نحن أمام عقّار جعل ملحقا وتابعا لعقّارين أو عدّة

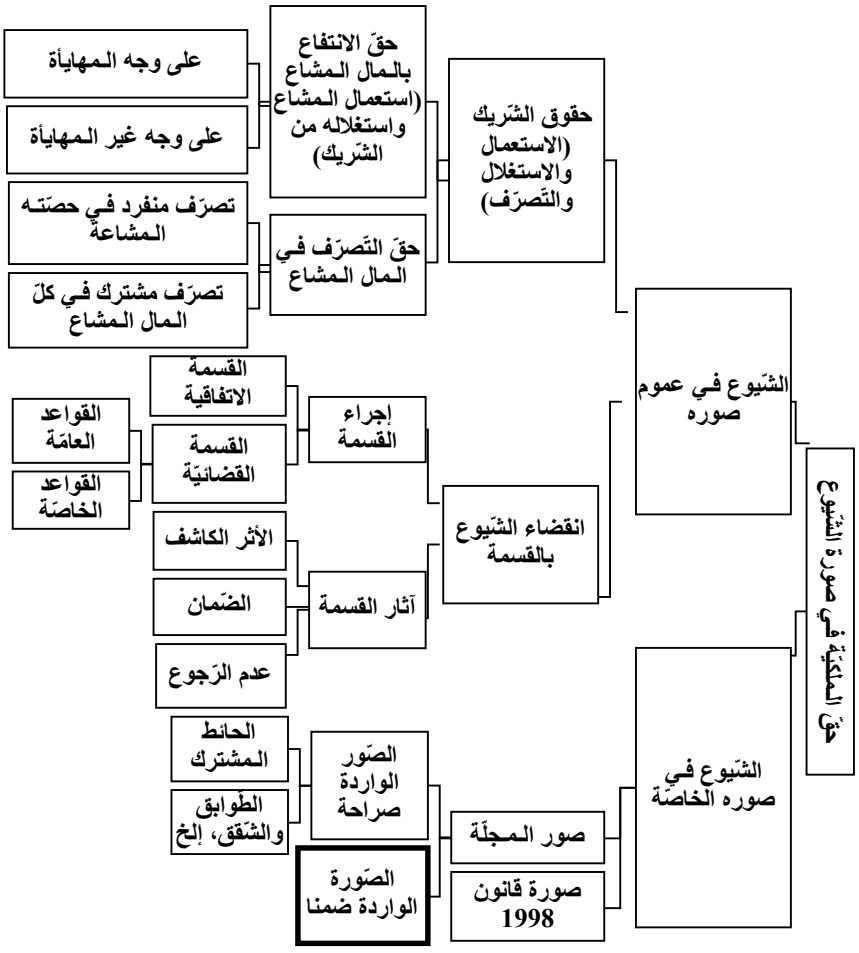
[1411] انظر تفصيل هذه الأحكام عند: مراد وريمي، م س؛ التّيجاني عبيد، «حقوق وواجبات المالك في ملكيّة الطّبقات»، القضاء والتّشريع، عدد 10، أكتوبر 1997، ص 31؛ الحبيب الشّطّي، «بيع الشّقّة، القضاء والتّشريع»، عدد 2، فيفري 1999، ص 233؛ الحبيب الشّطّي، دراسات في القانون العقّاريّ، دار الميزان للنّشر، سوسة – تونس، ط 1، 2001، المجموعة الثّانية، ص 161 وما بعدها؛ نعمان الرّقيق، «العقّار في ملكيّة الطّبقات»، مجلّة دراسات قانونيّة، كلّيّة الحقوق بصفاقس، عدد 5، 1997، ص 107؛ التّيجاني عبيد، «حقوق وواجبات المالك في ملكيّة الطّبقات»، مجلّة دراسات قانونيّة، كلّيّة الحقوق بصفاقس، عدد 5، 1997، ص 135؛ حافظ بوعصيدة، «تسجيل العمارة»، مجلّة دراسات قانونيّة، كلّيّة الحقوق بصفاقس، عدد 5، 1997، ص 211؛ الحبيب الشّطي، «بيع الشّقّة»، مجلّة دراسات قانونيّة، كلّيّة الحقوق بصفاقس، عدد 5، 1997، ص 233؛ فؤاد بن عيّاد، «الملكيّة المشتركة للعقّارات المقسّمة طوابق وآفاق»، مجلّة دراسات قانونيّة، كلّيّة الحقوق بصفاقس، عدد 5، 1997، ص 233؛ منير الفرشيشي، محاضرات في القانون العقّاريّ التّونسيّ، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2011، ص 45 وما بعدها؛

نعمان الرّقيق، الاشتراك في العقّارات المقسومة إلى طوابق أو شقق، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1990 – 1991.

Noomen Rekik, *La copropriété des immeubles divisés par étages ou par appartements*, Mémoire, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1990 – 1991.

عقّارات مملوكة ملكيّة مفرزة. والعقّار التّابع ضروريّ لخدمة العقّارات المفرزة. وفي المثال المذكور، كان الاتّفاق بين المتقاسمين هو مصدر تخصيص العقّار التّابع. لكن يمكن أن يكون الاتّفاق بين متجاورين. بل يمكن أن يكون بقضاء من المحكمة في إطار قسمة عينيّة عقّاريّة. وزيادة على المثال المذكور حيث الشّيوع التّبعيّ ورد على

(1412)



المسقاة، يمكن أن نضرب أمثلة لشيوع "يرد على الطّرق والممرّات والمماشي والأزقّة والسّاحات والأفنية والآبار والجسور والبالوعات والمجاري والخنادق المعدّة لصرف مياه عدد من المنازل مجتمعة"[1413].

297 الصّورة موجودة ضمنا في القانون ◊ ولقد تناول القانون البلجيكيّ (الفصل 577 مكرّر من المجلّة المدنيّة) والعراقيّ (المادّة 956 من القانون المدنيّ) هذه الصّورة، لكنّ المشرّع التّونسيّ والفرنسيّ وغيرهما سكتوا عنها[1414]. فإذا اهتممنا بفرنسا، وجدنا القضاء – بسبب كون هذه الصّورة شائعة في التّطبيق – قد وضع لها نظاما خاصّا. ويمكن للمحاكم التّونسيّة أن تفعل الشّيء نفسه، إذا اعتمدت قياس المثل على أحكام الحائط المشترك وخاصّة على أحكام ملكيّة الطّبقات. فانطلاقا من حالتين خاصّتين (الحائط المشترك وملكيّة الطّبقات) يمكن، بواسطة قياس المثل، أن نضع قاعدة عامّة[1415] موضوعها كلّ شيوع يقتضي تحقيق الغرض منه أن يكون دائما، بعد ذلك نطبّق هذه القاعدة العامّة على صورة الشّيوع الدّائم التّبعيّ

[1413] مراد وريمي، م س، ص 37.

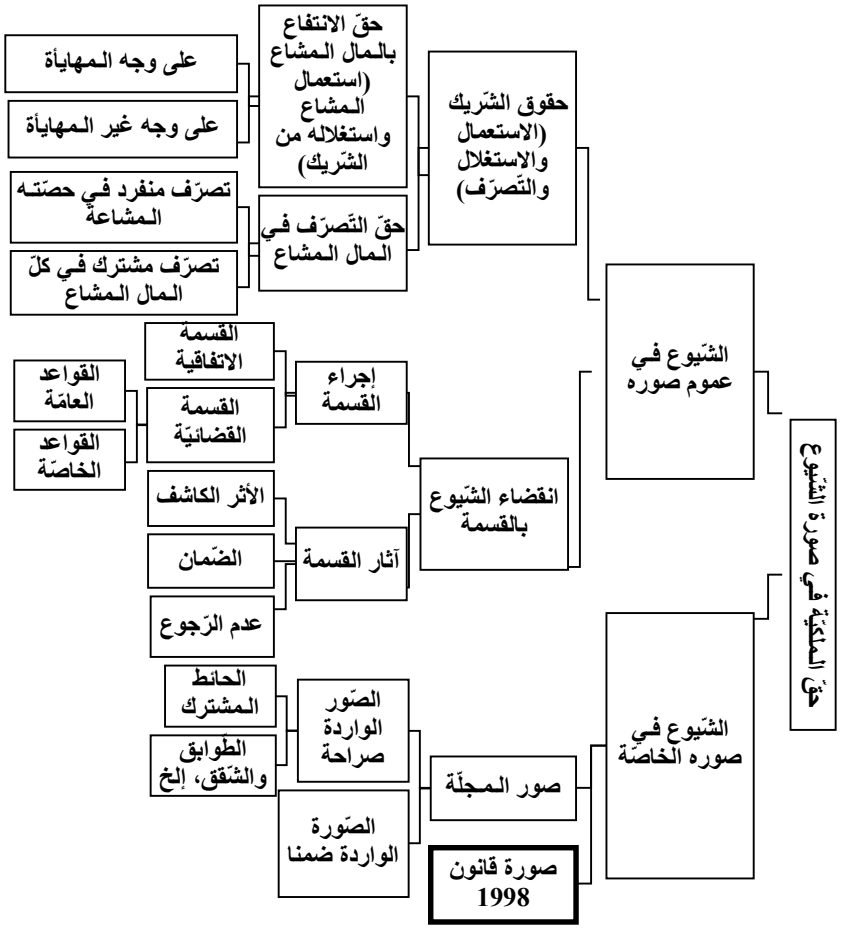
[1414] م س، ص 35.

[1415] انظر كيف أنّ قياس المثل هو انطلاق من خاصّ نحو عامّ ثمّ عودة إلى خاصّ مختلف عن الخاصّ الأوّل: عبد المجيد الزّرّوقي، «التّفكير العكسيّ. دراسة في المنهجيّة القانونيّة المقارنة»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 45؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (أصول الفقه)، الفقرة 318؛ عبد المجيد الزّرّوقي، م س (المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة)، الفقرة 321 وما بعدها.

(لأنّنا أمام أكثر من حالة، فيمكن وبدل قياس المثل أن نعمد إلى الاستقراء). ومن يقبل بهذا الكلام، يمكنه القول إنّ هذه الصّورة موجودة ضمنيّا في القانون.

بعد الشّيوع الدّائم التّبعيّ، تنبغي العودة إلى الشّيوع المؤقّت، وتحديدا إلى صورة خاصّة له هي صورة الاشتراك في الأموال بين الزّوجين(1416).

(1416)



الفقرة الثّانية: الشّيوع في صورته الخاصّة الواردة بقانون 1998 (صورة الاشتراك في الأموال بين الزّوجين)

298 قبل 1998 ◊ نصّ الفصل 24 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة على أنّه "لا ولاية للزّوج على أموال زوجته الخاصّة بها". وهكذا للمرأة المتزوّجة التي ملكت أموالا قبل أو أثناء الزّواج الحقوق الثّلاثة (الاستعمال والاستغلال والتّصرّف) على أموالها، والزّوجيّة لا تؤثّر في شيء على تلك الحقوق وتقلّص منها لفائدة الزّوج.

فإذا اقتربنا أكثر من العنوان الذي نحن بصدده، قلنا إنّ ما يملكه أحد الزّوجين ملكيّة مفرزة قبل أو بعد الزّواج يضلّ على هذه الحالة. فالزّواج في ذاته لا يوجد شيوعا بين الزّوجين. بعبارة أخرى: يمكن للزّوجين، كأيّ شخصين آخرين، أن يشتركا بواسطة العقد في هذا المال أو ذاك. لكن لا علاقة للزّواج بهذه الملكيّة الشّائعة بينهما.

299 بدءًا من 1998 ◊ هذه الوضعيّة تغيّرت بصدور قانون 9 نوفمبر 1998 المتعلّق بنظام الاشتراك في الأموال بين الزّوجين[1417]. فلقد صار للزّواج في بعض الأحيان دخل في توصيف بعض الملكيّات بالمشاعة بين الزّوجين[1418].

فإذا أردنا تلخيص أحكام هذا القانون، قلنا إنّه تضمّن خمسة عناوين:

[1417] القانون عدد 91 لسنة 1998، المؤرّخ في 9 نوفمبر 1998، الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، 13 نوفمبر 1998، ص 2284.

حول هذا القانون انظر: شيماء التليلي، نظام الملكيّة المشتركة بين الزّوجين. دراسة مقارنة، صفحات للدّراسات والنّشر، دمشق، 2008؛ نزار الحموني، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1999/ 2000؛ الطّيّب اللومي، «دراسة حول القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرّخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين»، القضاء والتّشريع، 1999، ص 2؛ نبيل القن وجمال الزرلي، «نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين في القانون التّونسيّ»، القضاء والتّشريع، عدد 6، جوان 1999، ص 67؛ جلال الدّين بوكتيف، «نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 1999، ص 71؛ بديع بن عبّاس، «نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين بين الواقع والقانون»، القضاء والتّشريع، أكتوبر 2009، ص 49؛ مريم اللوز، نظام الأموال بين الزّوجين، مذكّرة، كلّيّة الحقوق بصفاقس، 1999 – 2000.

Meriem Ellouz, *Le régime des biens entre époux*, Mémoire, Faculté de droit de Sfax, 1999 – 2000.

[1418] تنبغي ملاحظة أنّه، وفي فرنسا، لم يسمّ نظام الاشتراك (communauté) شيوعا (indivision). والسّبب هو تلك النّظرة للشّيوع على أنّه أمر سلبيّ وانتقاليّ (تمّ التّفكير انطلاقا من الميراث حيث يجد الورثة أنفسهم في وضعيّة المشتركين في مال) وللاشتراك على أنّه أمر إيجابيّ (هو وضعيّة أريدت من أطرافها). انظر: فرانسوا كسافييه تيستو، «الشّيوع»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 7 وما بعدها.

وانظر في تونس من قال إنّ نظام الاشتراك عقدٌ عند اختياره، شيوعٌ من نوع خاصّ عند قيامه: نبيل القن وجمال الزرلي، م س، ص 71.

في العنوان الأوّل، نجد الفصل الأوّل يقول إنّ نظام الاشتراك اختياريّ لا إجباريّ. أمّا عن زمن الاختيار، فيمكن أن يكون وقت إبرام عقد الزّواج أو بعد ذلك.

وفي العنوان الثّاني من القانون، نجد الفصل 10 يحدّد المال الذي تُجعل ملكيّته مشاعة، فيقول: تُعتبر مشتركة بين الزّوجين العقّارات المكتسبة بعد الزّواج أو بعد عقد الاشتراك بشرط أن تكون مخصّصة لاستعمال العائلة أو مصلحتها سواء كان الاستعمال مستمرّا أو عرضيّا أو موسميّا. ويستثني النّصّ من هذه العقّارات تلك التي يكتسبها أحد الزّوجين بأحد الأسباب التّالية: الميراث والوصيّة والهبة. لكن يمكن للزّوجين جعل الاشتراك شاملا لجميع العقّارات، بما فيها تلك المكتسبة قبل الزّواج وتلك التي انجرّت ملكيّتها من إرث أو وصيّة أو هبة. مع الأموال السّابقة، يضيف الفصل 12 للمشترك بين الزّوجين العقّارَ الذي على ملك أحدهما والذي، لتحسينه أو للزّيادة فيه، صُرف عليه من مداخيل ما هو مشترك. مِثلُ هذا العقّار يصير مشتركا بحكم القانون بشرط أن تساوي أو تفوق قيمة التّحسينات أو الزّيادات قيمته الأصليّة.

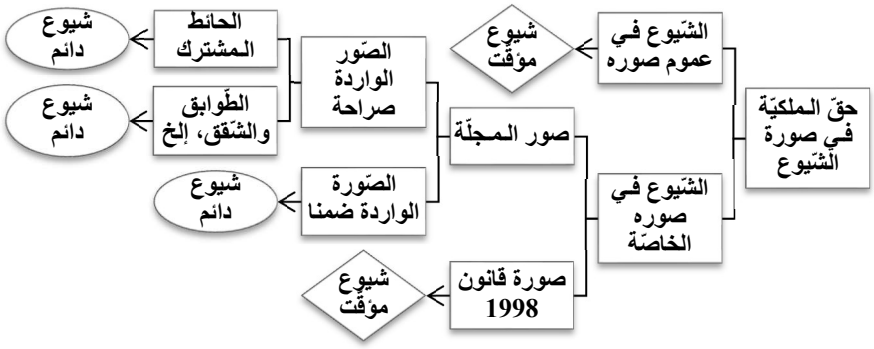
فإذا انتقلنا الآن إلى العنوان الثّالث، وجدنا أحكام إشهار الاشتراك.

أمّا في العنوان الرّابع، فنجد أحكاما تتعلّق بالحقوق الثّلاثة: الاستعمال والاستغلال والتّصرّف. فالفصل 16 يقول: "يجوز لكلّ واحد من الزّوجين القيام بجميع الأعمال الرّامية إلى حفظ الأموال المشتركة وإدارتها والانتفاع بها والقيام بجميع الأعمال النّافعة التّحسينيّة [...] غير أنّه يجوز لكلّ واحد منهما أن يستصدر حكما استعجاليّا قاضيا برفع يد قرينه مؤقّتا عن الإدارة متى أثبت سوء تصرّفه أو تبديده [...]". ويضيف الفصل 17 قائلا: "لا يصحّ التّفويت في المشترك ولا إنشاء الحقوق العينيّة عليه ولا كراؤه للغير لمدّة تفوق الثّلاثة أعوام [...] ولا [...] التّبرّع [...] (به أو ببعضه) إلّا برضا كلا الزّوجين".

أخيرا يأتي العنوان الخامس ويتعلّق بانتهاء الاشتراك. على هذا المستوى يمكن الاكتفاء بالفصل 18 الذي عدّد أسباب ذلك الانتهاء وقال إنّها: وفاة أحد الزّوجين، الطّلاق، تفريق أملاكهما قضائيّا، الاتّفاق بينهما. على هذا نحن أمام شيوع مؤقّت[1419].

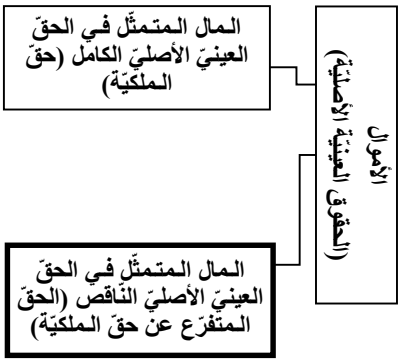
هذه بعض أحكام الاشتراك في الأموال بين الزّوجين. وهي صورة خاصّة للملكيّة المشاعة. قبلها تناولنا صورة الشّيوع الدّائم التّبعيّ وصورة ملكيّة الطّوابق وصورة الحائط المشترك، وكلّ هذه الصّور صور خاصّة للنّوع نفسه من الملكيّة. قبل الصّور الخاصّة تناولنا عموم الملكيّة الشّائعة. وقبل الملكيّة الشّائعة في عمومها وخصوصها

[1419] تحدّثنا سابقا (الفقرة 286، الهامش) عن الشّيوع المؤقّت (أو العاديّ أو العرضيّ) وعن الشّيوع الدّائم (أو الإجباريّ). فإذا قرّبنا هذا التّقسيم من التّقسيم الذي اعتمدناه أعطى ذلك ما يلي:



تناولنا حقّ الملكيّة في عموم صوره. وحقّ الملكيّة حقّ عينيّ أصليّ كامل. إلى جانبه يوجد الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص(1420).

(1420)



الجزء الثّاني:
المال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ
النّاقص
(الحقّ المتفرّع عن حقّ الملكيّة)

 ◊ رأينا: أنّ هنالك الشّيء[1421]، وأنّ بعض الشّيء[1422] مالٌ[1423]، وأنّ بعض المال حقٌّ عينيّ، وأنّ بعض الحقّ العينيّ حقٌّ عينيّ أصليّ، وأنّ بعض الحقّ العينيّ الأصليّ حقّ ملكيّة[1424].

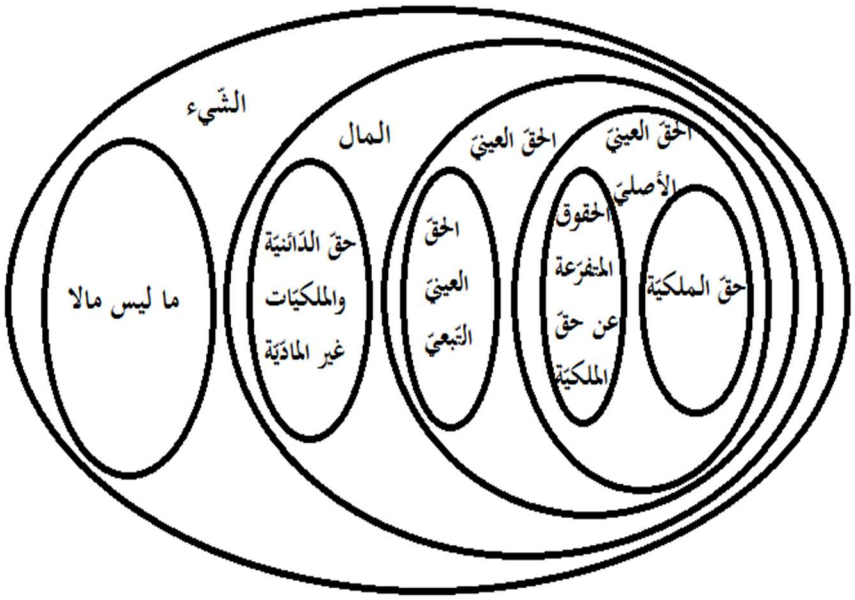
ورأينا أنّ حقّ الملكيّة يتكوّن من ثلاثة حقوق: الاستعمال، والاستغلال، والتّصرّف. هذه الحقوق هي كلّ ما يمكن أن يرد على الشّيء. لذا قلنا عن حقّ الملكيّة إنّه

(1421) الخارج عن التّعامل/ الدّاخل في التّعامل.

(1422) الدّاخل في التّعامل.

(1423) حقّ الدّائنيّة/ الحقّ العينيّ/ إلخ.

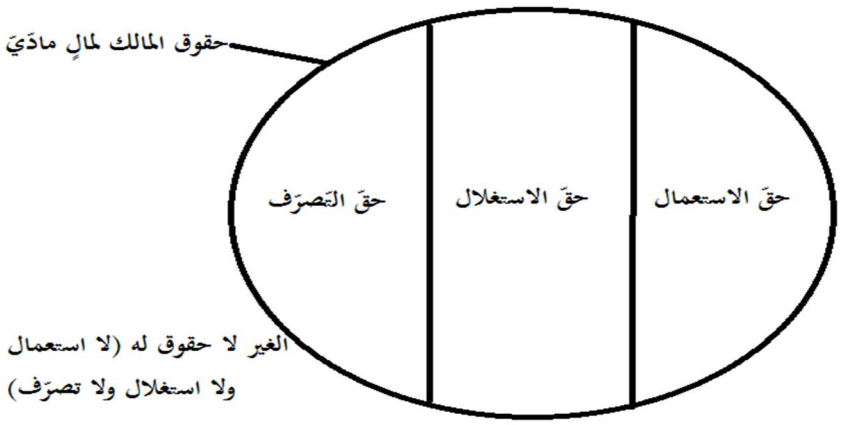
(1424) انظر الفقرة 5 وما بعدها.



حقّ عينيّ أصليّ كامل[1425]. ولأنّ حقّ الملكيّة لا ينفصل عن موضوعه المتمثّل في الشّيء المادّيّ، أضفنا لحقّ الملكيّة وصفا آخر: أنّه مال مادّيّ[1426].

فإذا وُجد حقّ الملكيّة لشخصٍ، أمكن أن يُقتطع منه لفائدة شخص آخر حقّ الاستعمال (usage/ *usus*) أو أن يُقتطع منه حقّ الاستعمال والاستغلال معا (usufruit/ *usufructus*)[1427]. بهذا الاقتطاع يقوم – إلى جانب حقّ الملكيّة – حقّ عينيّ أصليّ يمكن وصفه بالنّاقص. يسمّي الوسط القانونيّ الحقّ النّاقص – بسبب كونه مأخوذا من حقّ الملكيّة – الحقّ المتفرّع عن حقّ الملكيّة.

[1425] انظر الفقرة 24.



[1426] انظر الفقرة 63.

[1427] في الصّورة الأولى، مكّن المالكُ الغيرَ من أن ينتفع بالاستعمال، وفي الصّورة الثّانية مكّنه من أن ينتفع بالاستعمال والاستغلال معا.

والسّؤال: هل يمكن للمالك أن يمكّن الغير من أن ينتفع بحقّ الاستغلال لوحده؟ تعرّضنا لجواب هذا السّؤال سابقا (انظر الفقرة 29)، وسنعاود التّذكير به بعد قليل (انظر الفقرة 302).

هذا الحقّ حقٌّ، أي مالٌ غير مادّيّ؛ لكن، لأنّ محلّه شيء مادّيّ، فهو مال غير مادّيّ نسبيّا[1428].

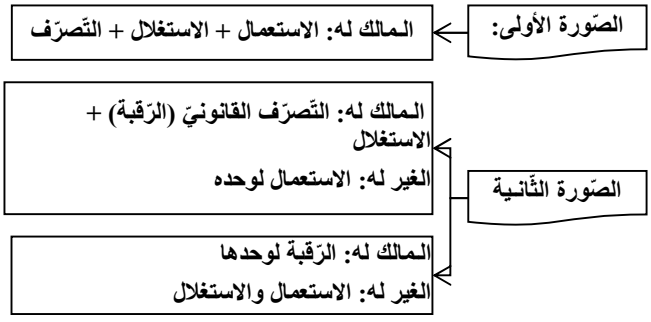
301 رؤية القانون الإسلاميّ ◊ وما جاء أعلاه يمثّل التّصوّر المتبنّى في القانون التّونسيّ وغيره من القوانين المتأثّرة في تقسيم المال بالقانون الفرنسيّ. الأمر مختلف قليلا في القانون الإسلاميّ. في هذا القانون[1429]، تقسّم الملكيّة إلى قسمين: ملكيّة تامّة وملكيّة ناقصة. فأمّا الملكيّة التّامّة، فموضوعها العين (أي الرّقبة) ومنافعها؛ أي هي تعطي صاحبها حقّ التّصرّف في العين ومنافعها، كما تعطيه حقّ الانتفاع بالعين. وأمّا الملكيّة النّاقصة، فملكيّة إمّا للرّقبة لوحدها، أو للمنفعة لوحدها.

وللملكيّة الرّقبة لوحدها صورتان:

الصّورة الأولى: أن يوصي شخص بمنفعة عين بعد موته، هنا إذا كانت الوصيّة لمدّة معيّنة أو طيلة حياة الموصى له سيكون لدينا في المدّة المعيّنة أو في حياة الموصى له مالكان: مالك الرّقبة، أي الورثة؛ ومالك المنفعة، أي الموصى له.

الصّورة الثّانية: أن يوصي المالك لشخص بالرّقبة، ويوصي لشخص مختلف بالمنفعة لمدّة معلومة أو طوال حياة الموصى له؛ هنا – وكما في الصّورة السّابقة – سيكون

[1428] انظر الفقرة 63.



[1429] فيما يخصّ القانون الإسلاميّ، سننقل بطريقة حرفيّة أو تكاد ما جاء عند: محمّد أبو زهرة، م س (الملكيّة ونظريّة العقد)، ص 68 وما بعدها.

لدينا في المدّة المعيّنة أو في حياة الموصى له مالكان: مالك رقبة من جهة، ومالك منفعة من جهة أخرى[1430].

وملك الانتفاع من دون ملك الرّقبة يشمل نوعين من الحقوق: حقّ الانتفاع وملك المنفعة. فأمّا حقّ الانتفاع، فهو أن يُعطى شخص إمكانيّة أن يباشر بنفسه الانتفاع، مثال ذلك: أن يسكن منزلا؛ هنا لا يجوز لمن أعطي الحقّ أن يؤجّر أو يعاوض أو يسكن غيره (إلخ). وأمّا ملك المنفعة، فهو أن يُعطى شخص إمكانيّة أن يباشر بنفسه الانتفاع وإمكانيّة أن يؤجّر هذا الانتفاع أو يعيره (إلخ) للغير، وذلك بحسب ما ينتج عن العقد الذي استحقّت به المنفعة[1431].

[1430] حول الوصيّة بحقّ الانتفاع انظر ما سيأتي في الفقرة 314.

[1431] ويثبت حقّ الانتفاع بسببين:

أوّلا أن تكون الأعيان المنتفع بها مخصّصة لكلّ النّاس ولا يملكها أحد منهم، كالأنهر والطّرق وبعض المدارس والمستشفيات وغير ذلك. فالاستفادة بهذه الأعيان تدخل تحت حقّ الانتفاع لا تحت ملك المنفعة.

ثانيا الإباحة (أو ما يسمّى في القوانين تمكين الغير من عين على وجه المسامحة). هنا ما أعطي حقّ انتفاع لا ملكيّة منفعة. فإذا خصِّصت دار لسكنى من انقطع بهم الطّريق، لا يمكن للمنتفعين أن يملّكوا المنفعة للغير بعوض أو بدون عوض لأنّ المنتفعين لهم حقّ انتفاع لا ملكيّة منفعة.

أمّا ملك المنفعة فيثبت بالإعارة والإجارة والوقف والوصيّة.

والإعارة لا تمكّن المنتفع من أن يؤجّر العين ويأخذ عوضا، لأنّ المنتفع مستعير، أي ملك المنفعة بدون عوض.

الأمر مختلف مع الإجارة، فالمستأجر يمكنه – زيادة على الانتفاع بنفسه – أن ينتفع بطريق الاستغلال، كأن يؤجّر العين بعوض بشرط أن لا تكون المنفعة المعيّنة في العقد ممّا يختلف باختلاف المنتفعين.

بقي الوقف والوصيّة. هنا للمنتفع بواحد من هذين السّببين أن ينتفع بالاستعمال أو بالاستغلال أو بهما معا وذلك بحسب ما ورد في الوقف أو في الوصيّة. فإذا تمّ التّنصيص على الاستغلال وتمّ السّكوت عن الاستعمال، طرح السّؤال: هل أنّ الاستعمال معنى ضمنيّ للاستغلال؟ قدّم لهذا السّؤال

وملك المنفعة متعلّق بالعين. لكن لأنّ العين ملكٌ للغير، فالمنتفع مطالب بالمحافظة عليها لكي يعيدها إلى صاحبها. فإذا هلكت دون خطأ منه، لم يضمن؛ وإن هلكت بخطئه، ضمن قيمتها إن كانت قيميّة أو مثلها إن كانت مثليّة[1432].

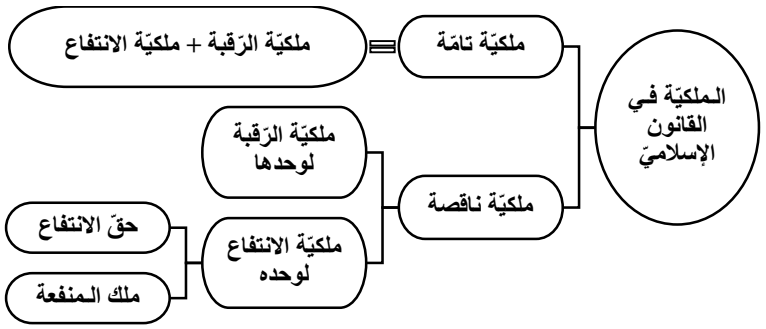
وملك المنفعة يقبل – خلافا للملك التّامّ – التّقييد بالزّمان وبالشّروط في أوجه الانتفاع. كما أنّ ملك المنفعة يخالف الملك التّامّ من زاوية أخرى تتمثّل في أنّه لا يورث (لكن ثمّ في الفقه من خالف وقال إنّه يورث). وينتهي ملك المنفعة بالأسباب التّالية: موت مالك العين أو المنتفع، انقضاء المدّة المعيّنة للانتفاع، هلاك المنتفع به أو تعذّر استيفاء المنفعة منه[1433].

جوابان: جواب بالإيجاب، وجواب بالنّفي (وهو جواب غالبيّة الفقهاء). قبالة هذا، وإذا تمّ التّنصيص على الاستعمال والسّكوت عن الاستغلال، فالكلّ متّفق على عدم دخول الاستغلال. أخيرا تأتي الصّورة التي يطلق فيها الواقف أو الموصي فيذكر في الوقف أو في الوصيّة الانتفاع ولا يذكر أفراده هل هي الاستعمال أو الاستغلال. هنا يُصرف الكلام إلى الاستغلال تطبيقا للقاعدة الأصوليّة القائلة إنّ المطلق يُصرف إلى الفرد الكامل (الاستغلال أكمل من الاستعمال).

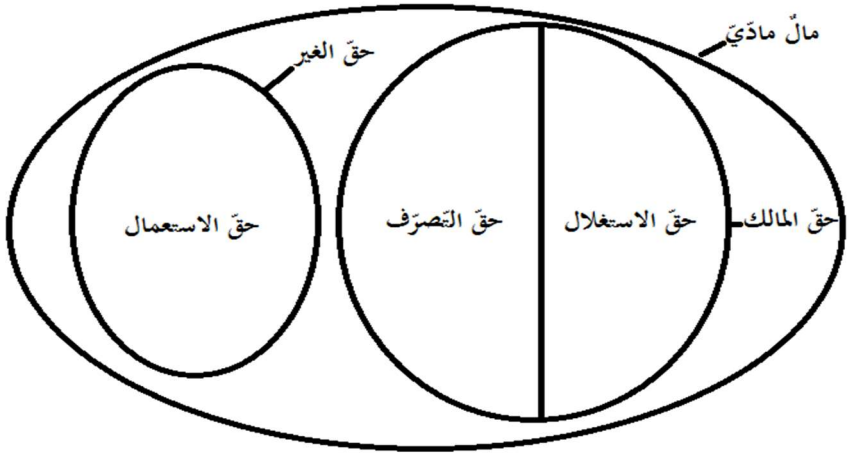
[1432] هذا إذا كانت العين يمكن الانتفاع بها مع بقائها. أمّا إذا لم يمكن ذلك، أي إذا كان الانتفاع ينتهي باستهلاكها (صورة إعارة بعض المثليّات)، فهنا لا تردّ العين ذاتها، بل يردّ مثلها، ويكون عقد العارية عقد قرض.

[1433] انتهى النّقل الحرفيّ أو شبه الحرفيّ عن الإمام أبو زهرة. انظر حول المسألة نفسها: محمّد مصطفى شلبي، م س، ص 297 وما بعدها؛ علي الخفيف، م س، ص 18 وما بعدها؛ تيسير محمّد بَرمو، نظريّة المنفعة في الفقه الإسلاميّ، دار النّوادر، دمشق – سوريا/ بيروت – لبنان، ط 1، 1429 هـ، 2008 م، ص 77 وما بعدها.

302 عودة إلى القانون التّونسيّ ◊ فإذا عدنا من القانون الإسلاميّ إلى القانون التّونسيّ (وغيره من القوانين المتأثّرة على المستوى الذي نحن بصدده بالقانون الفرنسيّ)، قلنا إنّ الحقّ العينيّ الذي يرد على شيء مملوك للغير له عدّة صور: الصّورة الأولى أن يحيل المالك لشخص آخر حقّ الاستعمال. هنا ينشأ لهذا الآخر حقّ عينيّ أصليّ ناقص هو حقّ الاستعمال (droit d'usage)[1434].



(1434)

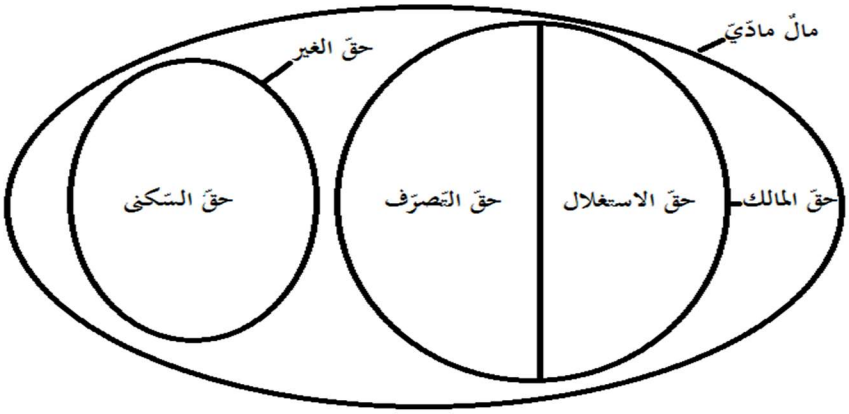


الصّورة الثّانية أن يحيل المالك لشخص آخر حقّ استعمالٍ محدّدٍ: السّكن في عقّار. هنا ينشأ للمحال إليه حقّ عينيّ أصليّ ناقص هو حقّ استعمال مقيّد، يسمّى حقّ السّكنى (droit d'habitation)[1435].

الصّورة الثّالثة أن يحيل المالك لشخص آخر حقّ الاستعمال (*usus*) والاستغلال (*fructus*) معا. هنا ينشأ للمحال إليه حقّ عينيّ أصليّ ناقص يسمّى حقّ الانتفاع *usufructus* /usufruit (كلمة *usufructus* مركّبة من كلمتين: *usus* + *fructus*). ويسمّى المالك الذي ينشئ للغير حقّ انتفاع مالك الرّقبة (nu-propriétaire)[1436]. وفي اللّغة الفرنسيّة نحن أمام عبارة مركّبة من (nue) ومن (propriété). وحسب المعجم تعني (nue) ما عرّي من الفوائد الاقتصاديّة الرّاهنة[1437]. ويمكن القول إنّ هنالك: من جهةٍ الملكيّة الكاملة (pleine

---

[1435] إنّ الرّسم الذي سيرد أسفله يهمّ المنازل فحسب، لأنّنا سنرى لاحقا (الفقرة 344) من يقول إنّ السّكنى للمنازل، والاستعمال لبقيّة الأشياء.



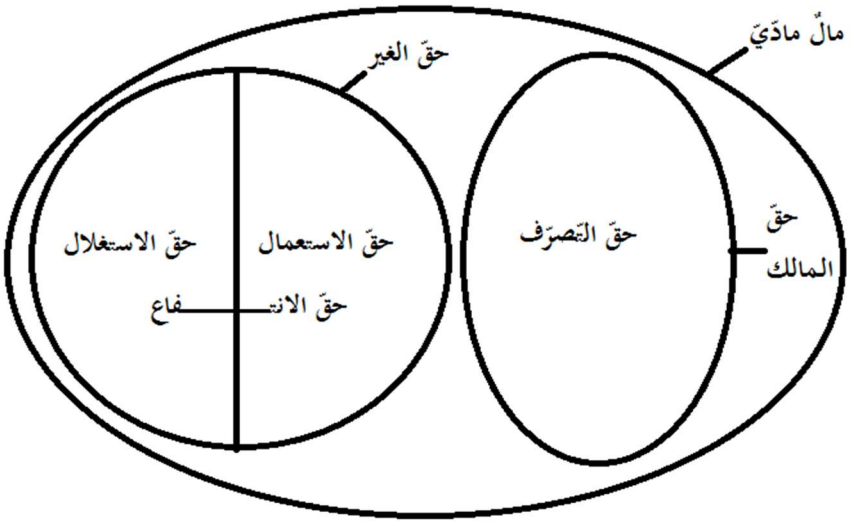
[1436] جيرار كورنو (تحت إدارة)، م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "ملكيّة الرّقبة" nue- propriété.

[1437] م س (المعجم القانونيّ)، تحت عبارة: "عارية" nu, ue.

propriété)، وهنالك من جهةٍ أخرى ملكيّة نزعنا عنها الاستعمال والاستغلال فصارت "ملكيّةً عارية" (nue-propriété)[1438].

الصّورة الرّابعة أن يحيل المالك منفعة معيّنة (مرور، استقاء، إلخ)[1439] على عقّاره لفائدة عقّار آخر مجاور. هنا ينشأ حقّ ارتفاق (servitude)[1440].

[1438] برودون، م س، ج 2، الفقرة 706، ص 315.



ملاحظة: هذا الرّسم سيقع تعديله لاحقا (الفقرة 322).

[1439] تختلف هذه الصّورة الرّابعة عن سابقاتها من عدّة وجوهٍ، منها هذا الوجه.

[1440] ولقد كتب في إطار القانون الفرنسيّ (فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، الفقرة 367، ص 95) عن الحقوق الواردة للتّوّ وعن الفرق بينها وبين وضعيّات أخرى معروفة أكثر لدى النّاس كالكراء فقيل: إنّ العلائق القانونيّة التي تنشأ يمكن تنظيمها في شكل حقّ عينيّ أو في شكل حقّ شخصيّ. مثال ذلك: حقّ الاستفادة (jouissance) بشيء على ملك الغير يمكن إنشاؤه إمّا كحقّ انتفاع (usufruit)، أي كحقّ عينيّ، وإمّا كحقّ مكتر، وهو حقّ شخصيّ. مثال آخر: حقّ المرور على أرض يمكن تنظيمه كحقّ ارتفاق، أي كحقّ عينيّ، كما يمكن تنظيمه كحقّ دائنيّة. هذا وإنّنا نعرف أنّنا أمام حقّ عينيّ حين يكون صاحب الحقّ (صاحب حقّ الانتفاع أو الارتفاق) له سلطة الاستفادة من الشّيء مباشرة. ونعرف أنّنا أمام حقّ شخصيّ، إذا كان صاحب الحقّ (المتسوّغ) ينبغي

هذه هي الصّور التي تمّ تنظيمها في مجلّة الحقوق العينيّة. وثمّ صورة أخرى: أن يحيل مالك الرّقبة للغير الاستغلال فحسب. هذه الصّورة موجودة في القانون الإسلاميّ. فهل يمكن القول بها في القوانين التي سكتت عنها كالقانون التّونسيّ؟ قدّمنا الجواب سابقا، وقلنا إنّ قائمة الحقوق العينيّة في الفصل 12 وردت على سبيل الحصر وإنّ حقّ الاستغلال لوحده لا يُعَدّ حقّا عينيّا[1441].

فإذا اكتفينا بالصّور الأربع التي وردت في التّشريع، قلنا إن بالإمكان ردّها إلى صورتين:

صورة الحقّ الذي يمنح لفائدة شخص معيّن فيرتبط به ويزول بزواله؛ هنا نجد حقّ الانتفاع، وحقّ الاستعمال، وحقّ السّكنى.

وصورة الحقّ الذي يمنح لفائدة عقّار معيّن وفي منفعته ولا يزول بتغيّر مالكه؛ هنا نجد حقّ الارتفاق[1442].

عليه المرور عبر شخص آخر (المسوّغ) للحصول على المنفعة المنتظرة من الشّيء. واختيار التّنظيم الأوّل له آثار تختلف عن اختيار التّنظيم الثّاني.

[1441] انظر الفقرة 29.

[1442] لكن انظر من يسمّي حقّ الانتفاع ارتفاقا لفائدة شخص (يقول إنّه أهمّ هذه الارتفاقات)، ويسمّي ما جاء في المتن تحت اسم الارتفاق ارتفاقا لفائدة عقّار: فيليكس لوغران، م س، ص 3 وما بعدها.

انظر أيضا حول توصيف حقّ الانتفاع بالارتفاق الشّخصيّ:

م برودون، مؤلّف حقوق الانتفاع والاستعمال والسّكنى والسّطح، فيكتور لارجييه، ديجون، 1824، ص 7.

Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Victor Lagier Librairie, Dijon, 1824, p. 7.

بتعبير مفصّل أكثر:

في القانون الفرنسيّ القديم – وتأثّرا بالقانون الرّومانيّ – كان الفقهاء يتحدّثون عن الارتفاقات، ويعرّفونها بأنّها حقوق عينيّة بمقتضاها يُسمح لشخص بأن يأخذ منافع شيء هو لشخص آخر.

والارتفاقات تكون شخصيّة (servitudes personnelles) إذا أعطيت من أجل المنفعة الذّاتيّة لشخص، ولم تجب إلّا لهذا الشّخص، ولم تمثّل لأجل هذا إلّا حقوقا مؤقّتة أو عمريّة.

وتكون الارتفاقات عينيّة (servitudes réelles) إذا فرضت على عقّار لمنفعة عقّار على ملك شخص آخر، وكانت واجبة للعقّار في ذاته، وكان لها من أجل ما سبق طابعا مؤبّدا.

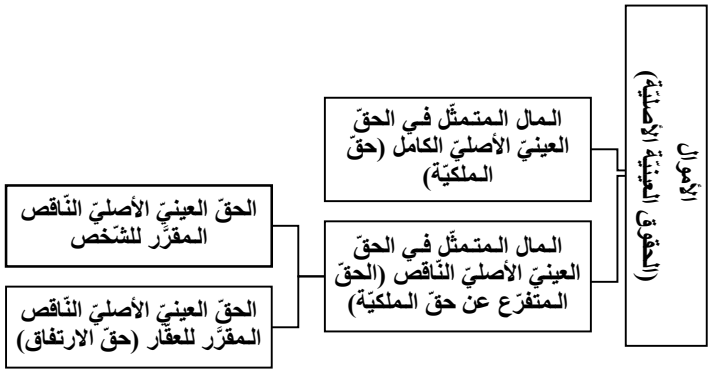


لكنّ المجلّة المدنيّة أسمت الارتفاقات الأولى "حقوق انتفاع" (droits de jouissance)، وتخلّت عن تسميتها بالارتفاقات الشّخصيّة، كما أنّ مجلّة نابليون أسمت الارتفاقات الثّانية بـ: "الخدمات العقّاريّة" (services fonciers) أو بـ: "الارتفاقات" (servitudes). انظر: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 225، ص 412.

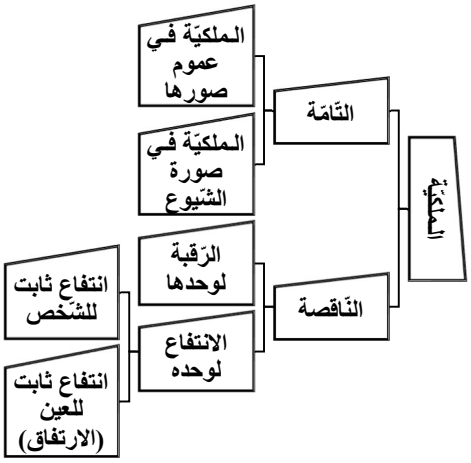
انظر أيضا "لوران" وهو يردّ التّخلّي عن عبارة servitude personnelle إلى جوّ الثّورة الفرنسيّة وإلى أنّ العبارة بدت في ذلك الزّمن غير مناسبة (عبارة "servitude" تقابلها في وضع اللغة العربيّة عبارة العبوديّة). ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 323، ص 408.

بعبارة أخرى، الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص حقّان: حقّ مقرَّر للشّخص، وحقّ مقرّر للعقّار (حقّ الارتفاق)[1443].

(1443)



ولقد كان بالإمكان الاستفادة ممّا قيل في القانون الإسلاميّ، وعنونة هذا الكتاب بـ: الملكيّة. ثمّ ردّ الجوهر إلى جزأين (بالإضافة إلى الجزء التّمهيديّ): جزء أوّل للملكيّة التّامّة (ملكيّة ذات العين + ملكيّة منفعة العين) وجزء ثان للملكيّة النّاقصة؛ ثمّ تقسيم الملكيّة التّامّة إلى الملكيّة في عموم صورها وإلى الملكيّة في صورة الشّيوع؛ ثمّ تقسيم الملكيّة النّاقصة إلى ملكيّة رقبة لوحدها وملكيّة انتفاع لوحده؛ ثمّ تقسيم ملكيّة الانتفاع لوحدها إلى ملكيّة انتفاع ثابتة للشّخص وملكيّة انتفاع ثابتة للعين (الارتفاق).



وما حال دون الاستفادة الواردة أعلاه أمران على الأقلّ:

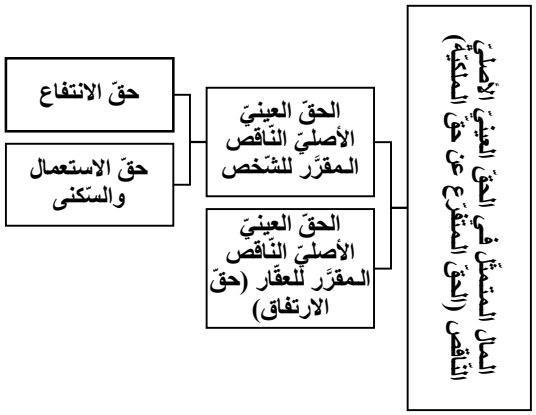
الأمر الأوّل أنّنا لم نرد تركيب ما جاء داخل القانون الإسلاميّ على ما جاء في القانون التّونسيّ وفي مصدره أي في القانون الفرنسيّ، لأنّنا رأينا أنّ الأفضل في عمل مدرسيّ كالذي نحن بصدده أن يبقى الاختلاف بين القانون الأوّل والقانونين الثّانيين بيّنا في ذهن الطّالب.

الأمر الثّاني أنّنا لم نرد أن نأتي بعمل يبتعد على مستوى عنوانه وعنوان تقسيماته عن الأعمال التي سبقته، لأنّنا نعتقد أنّ الأفضل في عمل له طبيعة مدرسيّة أن لا يكون مختلفا على هذا المستوى.

الفصل الأوّل
الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص المقرَّر للشّخص

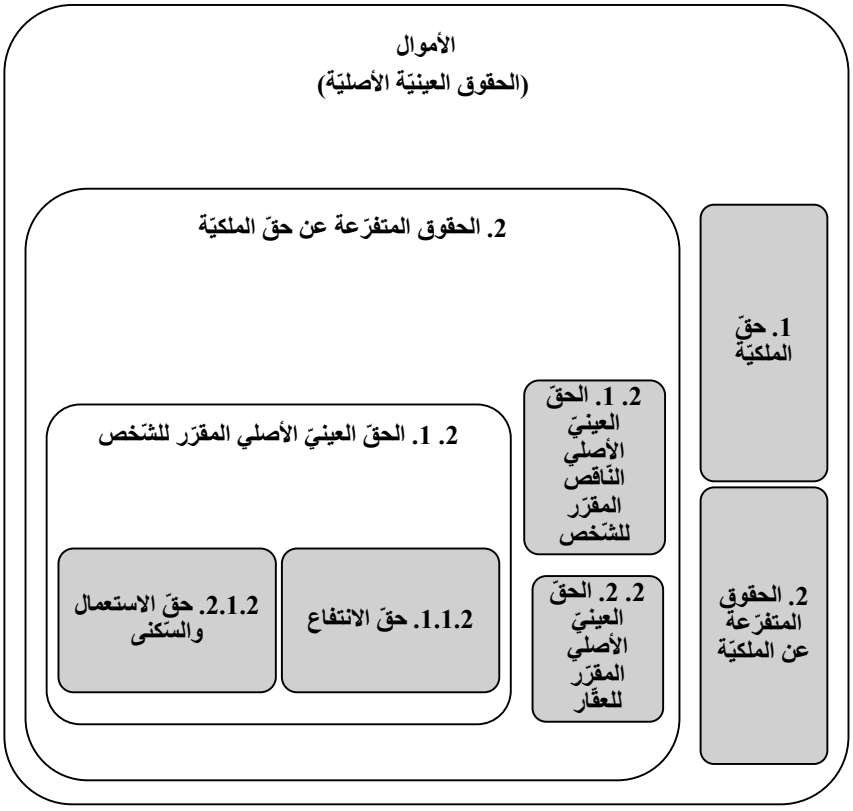
303 **تقسيم البحث** ◊ يتعلّق الأمر هنا بحقّ الاستعمال، وبحقّ السّكنى، وبحقّ الانتفاع. ولقد جرت الكتابات على تناول حقّ الانتفاع لوحده، وتناول حقّ الاستعمال والسّكنى مجتمعين(1444).

(1444)



المبحث الأوّل: حقّ الانتفاع

304 حقّ الانتفاع. خصائصه الاقتصاديّة ◊ في فرنسا كُتب عن الانتفاع[1445] فقيل إنّه يُعَدّ طريقة استفادة من المال تقوم على الفصل بين الملكيّة أو رأس المال من



[1445] جاء في الفصل 142 من مجلّة الحقوق العينيّة تعريف لحقّ الانتفاع: "الانتفاع هو الحقّ في استعمال شيء على ملك الغير واستغلاله مثل مالكه لكن بشرط حفظ عينه". هذا النّصّ هو نقل يكاد أن يكون حرفيّا للفصل 578 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. عن هذا الفصل كتب "لوران" إنّه قد قيل فيه إنّه من الفصول القليلة التي أعطت تعريفا واضحا لموضوعها، وإنّ من يريد أن يوضّح هنا سيسقط في الغموض (توضيحُ الواضح تحويلٌ له إلى غامض). لكنّ "توليبه" (Toullier) عاب على هذا التّعريف – المأخوذ من الفقيه الرّوماني "پول" (Paul) – أنّه لا يبيّن بصفة كافية طبيعة الانتفاع.

يقول "توليبيه" إنّ التّعريف ينطبق أيضا على الكراء: أليس الكراء في القانون هو حقّ انتفاع بشيء على ملك المسوّغ مثل المسوّغ، وأن على المتسوّغ حفظ العين؟ (ملاحظة: سيقول "لوران" لاحقا، أي في صفحة 414، إنّ في كلام "توليبيه" مبالغة، لأنّ الفصل 1719 لم يقل إنّ المكتري له حقّ انتفاع بل قال إنّ المكري ملزم بتمكين المكتري من الانتفاع) هل هذا الكلام لـ"توليبيه" يفيد أن لا اختلاف بين حقّ الانتفاع والكراء؟ يجيب "لوران": هنالك اختلاف جوهريّ عبّر عنه الرّومان بكلمة حين قالوا إنّ حقّ الانتفاع هو ارتفاق (servitude) والحال أنّ الكراء حقّ دائنيّة. فالانتفاع ارتفاق شخصيّ (servitude personnelle)، أي ارتفاق أنشئ لفائدة شخص المنتفع. لكن ألم يمنع الفصل 686 إنشاء ارتفاقات لفائدة الأشخاص، ومن ثمّ ألا ينبغي أن نستنتج أنّ الانتفاع في المجلّة المدنيّة ليس ارتفاقا شخصيّا؟ الجواب: إنّ الانتفاع في المجلّة بقي كما كان ارتفاقا شخصيّا. فنحن أمام مؤونة على عقّار لفائدة شخص (الأمر نفسه يصحّ على حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى). لكن إذا كان الانتفاع ما زال كما كان، فلماذا إذن لم تعطه المجلّة هذا الاسم؟ ولماذا قالت في الفصل 686 إنّه لا يمكن إنشاء ارتفاقات لفائدة الأشخاص؟ عن السّؤال الأوّل يمكن القول إنّ المجلّة وضعت مباشرة بعد الثّورة التي قامت لأجل الحرّيّة والمساواة. لذا بدت عبارة ارتفاق شخصيّ غير مناسبة لأنّها تذكّر بالإقطاع وبالمؤن المسلّطة على الأرض وعلى حائزها. وعن السّؤال الثّاني يمكن القول إنّ سبب المنع لا يعود إلى مسألة لها ارتباط بالنّظام العامّ بل يعود إلى أنّ المشرّع أراد تفادي مشاكل كانت تقع في القديم. فحقّ المرور يمكن أن يُتّفق على أن يكون ارتفاقا شخصيّا أو ارتفاقا عينيّا. والاختلاف كبير: ففي الصّورة الأولى ينقضي المرور بموت صاحبه، وفي الثّانية يكون دائما. ولقد كان من الصّعب التّمييز بين الارتفاقين: ففي الغالب كانت عبارات الاتّفاقات قابلة لأن تفهم على أنّها أنشأت ارتفاقا شخصيّا وفي الوقت نفسه على أنّها أنشأت ارتفاقا عينيّا. لأجل هذا حسمت المجلّة المسألة، ومنعت الارتفاقات الشّخصيّة. وهكذا لم يعد بالإمكان الاتّفاق على أن تكون الارتفاقات العينيّة لفائدة الأشخاص. لكن ما جاء الآن لا يمنع من الاتّفاق على جعل حقّ المرور وغيره حقوق دائنيّة. انظر حول جميع ما سبق: ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 323، ص 407.

وبعيدا عمّا جاء للتّوّ ينبغي، ونحن نبدأ دراسة حقّ الانتفاع، أن نقرّبه من الأحباس أو الأوقاف. فلقد رأينا سابقا (الفقرة 301) الفقه الإسلاميّ، ورأينا أنّه يميّز بين حقّ الانتفاع وملك المنفعة، ويقول إنّ الوقف من الأسباب التي يثبت بها ملك المنفعة. كما رأينا في الجزء التّمهيديّ (الفقرة 24، الهامش المتعلّق بالإنزال) من يقول إنّ الأحباس (أو الأوقاف) هي إعطاء المنفعة فقط مع بقاء المالك مالكا

للرّقبة (وهذا موقف المالكيّة. لكن ثمّ داخل الفقه الإسلاميّ من يقول إنّ الوقف ينقل الملكيّة. انظر: محمّد أبو زهرة، م س: محاضرات في الوقف، ص 106 وما بعدها. انظر عموما حول "حقّ الانتفاع بالأحباس": محمّد ابن معجوز، م س: الحقوق العينيّة في الفقه الإسلاميّ والتّقنين المغربيّ، ص 379 وما بعدها). ولقد ألغيت الأحباس في تونس من قبل حكومة ما بعد الاستقلال (انظر الأمر المؤرّخ في 31 ماي 1956 المتعلّق بإلغاء الأحباس العامّة: الرّائد الرّسميّ التّونسيّ عدد 44، غرّة جوان 1956، ص 963؛ وانظر الأمر العليّ المؤرّخ في 18 جويلية 1957، والمتعلّق بإلغاء نظام الأحباس الخاصّة والمشتركة: الرّائد الرّسميّ التّونسيّ عدد 58، 19 جويلية 1957، ص 1160). لكن وبعد ثورة 17 ديسمبر 2010/ 14 جانفي 2011، وجدت دعوات لإعادته. لذا كلّفت وزارة الشّؤون الدّينيّة لجنة لإعداد قانون يتعلّق بالأوقاف. وانتهى عمل هذه اللجنة إلى صياغة مشروع (مؤرّخ في 3 جويلية 2012) يمكن أن نذكر منه هنا فصوله الأولى:

الفصل 1 – الوقف تحبيس مال وتسبيل منفعة.

الفصل 2 – الوقف عامّ أو خاصّ أو مشترك.

الوقف العامّ ما خصّصت منفعته في وجوه الخير ابتداء أو مآلا.

الوقف الخاصّ ما كان لأشخاص معيّنين بذواتهم أو صفاتهم على أن يؤول عند انقطاعه إلى جهة برّ عامّة وفق ما يضبطه هذا القانون.

الوقف المشترك ما تصرف منفعته لأشخاص معيّنين ولجهة برّ معا.

الفصل 3 – للوقف شخصيّة معنويّة يكتسبها بإتمام شكليّات إنشائه المنبّه عليها بالفصلين 24 و25 من هذا القانون، وذلك من تاريخ توثيق حجّته لدى إدارة الأوقاف.

يترتّب عن الشّخصيّة المعنويّة للوقف أن يثبت له ما يلي:

– ذمّة مالية مستقلّة تسأل عن ديونه التي أنفقت على مصارفه.

– أهليّة في الحدود التي يقرّرها القانون.

– ممثّل قانونيّ هو الناظر.

– مقرّ مستقلّ، وإذا تعذّر تحديد مقرّ عيّن مقرّ النّاظر مقرّا للوقف.

– حقّ التّقاضي طالبا أو مطلوبا.

جهة والانتفاع أو الدّخل من جهة أخرى. وقيل أيضا إنّ هذه الطّريقة سيّئة اقتصاديّا: فالمنتفع ينزع نحو الرّبح الآني لا الاستثمار الطّويل المدى؛ ومالك الرّقبة لا يجد ما يشجّعه على أن يأتي بالنّفقات الضّروريّة، لأنّه ليس هو من يحصل على مداخيل الشّيء. لكن قيل أيضا إنّ الانتفاع ليس بالسّوء الذي يُصوَّر به. فالمنتفع ملزم بحفظ عين الشّيء (انظر الحكم نفسه في القانون التّونسيّ: الفصل 142 من مجلّة الحقوق العينيّة)؛ ثمّ، وبسبب كون الانتفاع في الغالب عمريّا، أي مدّته مدّة حياة المنتفع، فالمنتفع لن يرهق مصدر دخله ليبقي هذا الدّخل في مستوى معيّن. زيادة على ما تقدّم، يشهد الانتفاع اليوم توسّعا، فلم يعد يقتصر على الأشياء المادّيّة التي يُخشى عليها من الاستعمال المفرط، بل صار يشمل الأشياء غير المادّيّة: انتفاع الدّيون (usufruit des créances)، والأوراق الماليّة (usufruit des valeurs mobilières)، والأصول التّجاريّة (usufruit des fonds de

---

إدارة الأوقاف هي ناظر الأوقاف العامّة والمشتركة وممثّلها القانونيّ. وتشكّل مجموع الأوقاف العامّة ذمّة ماليّة واحدة مستقلّة تشتمل على جميع الأموال الموقوفة وقفا عامّا وعائداتها وكلّ الأموال الأخرى المرصودة لفائدتها.

تنتهي الشّخصيّة المعنويّة للوقف الخاصّ بانقضاء الوقف أو بأيلولته إلى الوقف العامّ. وفي هذه الحالة الثّانية تنصهر شخصيّته في الشّخصيّة المعنويّة للوقف العامّ.

الفصل 4 – يقصد من "إدارة الأوقاف" الأمانة العامّة للأوقاف وأجهزتها المختلفة بحسب السّياق وما يضبطه هذا القانون. [...]

الفصل 27 – يجوز أن يكون الوقف العامّ مؤبّدا أو مؤقّتا، إلّا إذا كان مسجدا أو مقبرة فيجب فيه التّأبيد. وإذا أطلق الوقف العامّ كان مؤبّدا.

لا يكون الوقف الخاصّ إلّا مؤقّتا، ولا يجوز على أكثر من طبقتين من ذريّة المحبّس الموقوف عليهم ثمّ أولادهم.

إذا أُقّت الوقف بمدّة معيّنة، عاد بعدها إلى ملك الواقف أو ورثته أو إلى الدّولة حسب قواعد الإرث.

commerce)، وحقوق المؤلّف (usufruit des droits d'auteur)[1446]، وجميعها أموال لا تتأثّر بدرجة استعمالها. أخيرا قيل إنّ الانتفاع، إذا انصبّ على شيء مادّيّ، وكان قابلا للاستهلاك، فحقوق المالك محفوظة لأنّه سيستردّ حين ينتهي الانتفاع أشياء بالكمّ والكيف نفسه الذي للأشياء التي أعطاها في إطار الانتفاع[1447].

305 حقّ الانتفاع. خصائصه الاجتماعيّة ◊ ودائما في فرنسا كُتب عن الانتفاع فقيل إنّ الغالب أن يتمّ إعماله داخل الدّائرة العائليّة؛ فهو أداة تمكّن من أن يُضمن دخلُ شيءٍ لشخصٍ طوال حياته؛ فإذا توفّي، عاد الشّيء إلى العائلة. مثال ذلك أن يوصي زوج بمنفعة شيء لفائدة زوجته ما بقيت حيّة ليجنّبها الخصاصة[1448].

[1446] سنصل لاحقا إلى الخصائص القانونيّة للانتفاع، ومنها أنّه حقّ عينيّ. ولقد تردّد البعض في إعطاء الانتفاع هذا الوصف إذا كان محلّه مالا غير مادّيّ. انظر هذا المشكل عند:

بوليت فو-فورنيري ودانيال فو، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 578 إلى الفصل 581، كرّاس وحيد، الفقرة 7.

Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, J. –cl. Civ. Code, art 578 à 581, fasc. unique, 7.

وانظر المقالة التي أحيل عليها، وهي:

ر ليشابير، «انتفاع الدّيون هل هو موجود؟»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ 1997، ص 615 وما بعدها.

R. Lichaber, « L'usufruit des créances existe-il ? », RTD civ. 1997, p. 615 s.

[1447] انظر حول ما ورد في المتن:

ألفريد ريغ، «الانتفاع»، الموسوعة المدنيّة دالوز، أوت 1990، الفقرة 23 وما بعدها.

Alfred Rieg, «Usufruit», *Rép. Civ. Dalloz*, août 1990, n° 23 s.

انظر أيضا: فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، الفقرة 803، ص 254؛ جون كاربونييه، م س، الفقرة 103، ص 168.

[1448] انظر: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 25.

306 حقّ الانتفاع. خصائصه القانونيّة ◊ زيادة على ما تقدّم، للانتفاع خصائص قانونيّة: فهو حقّ مؤقّت، وعينيّ:

أوّلا: حقّ الانتفاع حقّ مؤقّت.

جاء في الفصل 157 من مجلّة الحقوق العينيّة أنّ حقّ الانتفاع ينقضي بموت المنتفع. ولأنّ المنتفع ككلّ إنسان آيل حتما إلى الموت، فحقّ الانتفاع آيل بدوره وحتما إلى الزّوال، أي هو حقّ مؤقّت بالضّرورة. ويقول "برودون" (Proudhon) في إطار حديث في القانون الفرنسيّ: لو كان حقّ الانتفاع دائما، لأصبح حقّ الملكيّة دون معنى[1449].

فإذا كان المنتفع ليس شخصا طبيعيّا بل شخصا معنويّا، هنا لا ينتظر القانون انحلال الشّخص المعنويّ و"وفاته" إن صحّت العبارة، بل إنّ الفصل 159 يقول إنّ "مدّة المنفعة [...] لا يمكن أن تتجاوز ثلاثين سنة". والسّبب في وضع مدّة قصوى على هذا المستوى هو منع تحوّل حقّ الانتفاع إلى حقّ دائم إذا نشأ هذا الحقّ لفائدة شخص معنويّ (في العادة الشّخص المعنويّ طويل العمر، أي دائم

انظر أيضا: فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، الفقرة 802، ص 253 وما بعدها؛ جون كاربونييه، م س، الفقرة 103، ص 168.

[1449] ورد كلام "برودون" عند: مروان كركي وسامي بديع منصور، م س، ص 402.

بالمعايير الإنسانيّة للدّوام)[1450]. وتنبغي ملاحظة أنّه كلّما كان المنتفع متقدّما أكثر في السّنّ، كانت مدّة الانتفاع أقصر، وكانت قيمته أقلّ[1451].

إضافة للتّأقيت، لحقّ الانتفاع وصف آخر هو العينيّة.

ثانيا: حقّ الانتفاع حقّ عينيّ.

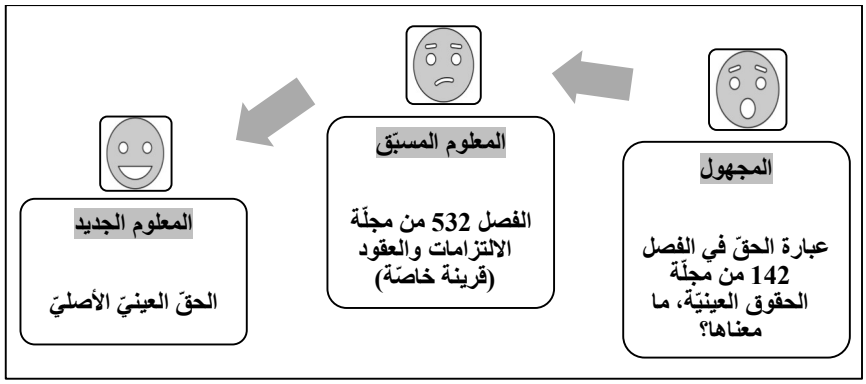
جاء بالفصل 142 ما يلي: "الانتفاع هو الحقّ [...]". فإذا أخذنا سياق هذا النصّ (الفصل 12 – كون الفصل 142 جاء في عنوان داخل ضمن عنوان آخر هو: "الحقوق العينيّة بوجه عامّ" – إلخ)، قلنا إنّ معنى الحقّ• الحقّ العينيّ، وتحديدا الحقّ العينيّ الأصليّ[1452].

[1450] لم يفعل القانون التّونسيّ إلّا أن نقل أحكام الفصل 619 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. حول هذا النّصّ وحول إعطاء حقّ انتفاع إلى شخص معنويّ انظر: بوليت فو–فورنيري ودانيال فو، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 578 إلى الفصل 581، كرّاس وحيد)، الفقرة 69.

[1451] هذا الكلام قيل في فرنسا (جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 257، ص 254؛ فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، الفقرة 804، ص 254 وما بعدها). وهو قابل ليُقال في غيرها.

• عبارة الحقّ في النّصّ جعلتنا أمام صورة غموض.

[1452]



وتعريف الانتفاع بكونه حقّا عينيّا أصليّا يعني أنّ المنتفع يمارس سلطة مباشرة على الشّيء، أي دون وساطة أحد. لذا فتمكين المالكِ المنتفع من الشّيء ليس نتاج تنفيذٍ لالتزام من الأوّل بالقيام بعمل، بل هو تنفيذ للالتزام العامّ المحمول على كلّ شخص بأن لا يعطّل ممارسة الآخرين لحقوقهم[1453].

وتنجرّ عن الطّبيعة العينيّة لحقّ الانتفاع النّتائج التّالية:

[1453] انظر في إطار القانون الفرنسيّ من قال إنّ حقّ الانتفاع يمكّن من سلطة مباشرة على الشّيء: صوفي شيلر، م س، الفقرة 222، ص 170.

وانظر داخل القانون نفسه من ميّز على هذا المستوى (مستوى العينيّة) بين الانتفاع وحقوق المكتري، فقال: الفارق الأساسيّ أنّ حقّ المنتفع عينيّ أمّا حقّ المكتري فشخصيّ. إنّ الكراء لا ينتج إلّا التزامات متبادلة: فالمسوّغ ليس لديه إلّا حقّ دائنيّة ضدّ المتسوّغ الذي وعده بتمكينه من الانتفاع بالشّيء. الأمر مختلف فيما يخصّ علاقة مالك الرّقبة بالمنتفع. فبين هذين الشخصين لا توجد علاقة لا عقديّة ولا حتّى قانونيّة. والاختلاف بين الوضعيّتين يؤدّي إلى عدّة نتائج:

أوّلا أنّ المنتفع، كصاحب حقّ عينيّ، يمكنه أن يعارض بحقّه الجميع. مثال ذلك أن يعارض الغير الذي يدّعي الملكيّة أو الذي عمد إلى الحوز سواء كان حسن أو سيّئ النّيّة. ويمكنه لأجل هذا أن يقوم بالدّعاوى الحوزيّة بل وأيضا بدعوى عينيّة استحقاقيّة خاصّة هي دعوى الاعتراف بحقّ الانتفاع (action confessoire d'usufruit). في المقابل لا يمكن للمتسوّغ، باعتباره مجرّد دائن للمسوّغ، أن يعارض بحقّه الغير الذي ينازع في ممارسته له. لكن يمكن للمتسوّغ إذا شاغبه الغير أن يقوم على المسوّغ لأنّه ضامن للانتفاع الهادئ والنّافع.

ثانيا حقّ المنتفع بعقّار حقّ عقّاريّ، أمّا حقّ متسوّغ العقّار فمنقول.

ثالثا المنتفع يأخذ الشّيء على الحال التي هي عليها عند بداية الانتفاع، أمّا المتسوّغ فيمكنه أن يطالب بتسليمه الشّيء في حالة جيّدة.

رابعا لا يلزم مالك الرّقبة بإصلاح الشّيء طيلة الانتفاع ولا يضمن الانتفاع الهادئ، وكلّ ذلك بخلاف المتسوّغ.

لكن من المعلوم أنّ المشرّع، بزيادته في حقوق المتسوّغ، أنقص من الاختلافات بين الانتفاع والكراء. فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 778.

أنّ حقّ الانتفاع قد يكون محلّه عقّارا، فيكون حقّا عينيّا عقّاريّا؛ وقد يكون محلّه منقولا، فيكون حقّا عينيّا متعلّقا بمنقول (أمّا حقّ المكتري، فحقّ دائنيّة، وحقّ الدّائنيّة كما جاء في الفصل 15 من مجلّة الحقوق العينيّة منقولٌ بحكم القانون).

أنّ حقّ الانتفاع يعارَض به الجميع.

أنّ للمنتفع حقّ أفضليّة؛ فإذا قام دائنو مالك الرّقبة بعقلة مال مدينهم، يمكن عندئذ للمنتفع مواجهتهم بحقّه.

أنّ للمنتفع حقّ التّتبّع.

أنّ حقّ الانتفاع يقبل الحوز ويقبل، إذا كان محلّه عقّارا، الرّهن العقاريّ (الفصل 271 من مجلّة الحقوق العينيّة)، كما يخضع في هذه الصّورة للعقلة العقّاريّة (الفصل 410 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة).

لكن ينبغي التّنبيه إلى أنّ حقّ الانتفاع هو حقّ عينيّ منفصل عن حقّ عينيّ آخر هو ملكيّة الرّقبة. هذا يعني أن لا شيوع بين المنتفع ومالك الرّقبة، لأنّ الشّيوع – كما قدّمنا – يفترض وجود حقّين من الطّبيعة نفسها على شيء واحد[1454]. ينجرّ عن هذا أن لا قسمة بين صاحب حقّ الانتفاع وبين صاحب حقّ ملكيّة الرّقبة.

[1454] انظر الفقرة 246. وانظر القرار التّعقيبيّ الذي جاء فيه أنّ "مالك الرّقبة والمنتفع ليسا شريكين في المال. فالشّيوع لا يكون إلّا في حقوق من طبيعة واحدة تتزاحم على الشّيء الواحد. وما دامت طبيعة حقّ الرّقبة تختلف عن طبيعة حقّ الانتفاع، فلا يجوز لمالك الرّقبة ولا للمنتفع أن يطلب قسمة المال كما يجوز ذلك للمالك على الشّياع؛ فيبقى كلاهما محتفظا بحقّ متميّز عن حقّ الآخر؛ ولكن يجوز أن تكون في الرّقبة نفسها أو حقّ الانتفاع نفسه ملكيّة على الشّيوع لعدّة أشخاص، فيجوز للشّريك في الرّقبة أو الشّريك في حقّ الانتفاع أن يطلب القسمة". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 50321، 5 مارس 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 322.

وينبغي التّنبيه أيضا إلى أنّ حقّ الانتفاع هو حقّ شخصيّ، لا بالمعنى الذي سبق معنا للحقّ الشّخصيّ[1455]، بل بمعنى أنّه مرتبط بشخص المنتفع؛ لذلك فإنّه لا يقبل الانتقال بسبب الموت، بل إنّ موت المنتفع يؤدّي إلى انقضائه[1456].

ممّا تقدّم يخلص أنّ حقّ الانتفاع له خاصّيّتان قانونيّتان: التّأقيت والعينيّة.

307 حقّ الانتفاع. أقسامه ◊ وفي فرنسا ثمّ من ميّز داخل حقّ الانتفاع بين عدّة أقسام:

فاعتمادا على معيار طريقة النّشأة، تحدّث عن انتفاع قانونيّ (في القانون الفرنسيّ، يمكن للزّوج الذي ورث زوجه: إمّا أن يختار وراثة حقّ ملكيّة الرّبع، وعندها يأخذ الفروع الذين وُلدوا من الزّوجين ثلاثة أرباع التّركة؛ وإمّا أن يختار أن يكون ميراثه حقّ انتفاع على كلّ التّركة، وعندها تكون ملكيّة الرّقبة لفائدة الفروع[1457]) وانتفاع رضائيّ (مصدره العقد أو الوصيّة) وانتفاع قضائيّ (في إطار التّعويض المعطى بعد الطّلاق).

[1455] انظر الفقرة 19.

[1456] انظر الفقرة 304.

وانظر في القانون التّونسيّ الفصل 306 من مجلّة الالتزامات والعقود في فقرته الثّانية (المتعلّقة بالدّعوى المنحرفة) حيث وصف حقّ الانتفاع بالحقّ الخاصّ المتعلّق بذات صاحبه.

وانظر في القانون الفرنسيّ حول التّأكيد بأنّ حقّ الانتفاع حقّ شخصيّ بالمعنى الوارد في المتن: جيرار كورنو، م س (مقدّمة. الأشخاص. الأموال)، الفقرة 1263، ص 519.

[1457] انظر: عبد المجيد الزّرّوقي، المساواة في الإرث. في مقولة إنّ الوارثات في القانون الإسلاميّ لا يحصلن إلّا على نصف مناب الورثة من المرتبة نفسها، مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2011، الفقرة 43، الجدول الموجود في الهامش.

حول مثال انتفاع قانونيّ في التّشريع التّونسيّ انظر الفقرة 312.

واستنادا إلى معيار طبيعة المال الذي انصبّ عليه الانتفاع، تحدّث عن انتفاع موضوعه أشياء يمكن استعمالها دون الإنقاص من ماهيّتها، وانتفاع موضوعه أشياء لا يمكن استعمالها دون استهلاكها (في القانون التّونسيّ، وردت هذه الصّورة في الفصل 148 من مجلّة الحقوق العينيّة)؛ في الصّورة الأولى يُتحدَّث عن انتفاع، وفي الصّورة الثّانية عن شبه انتفاع (quasi-usufruit)[1458].

فإذا بقينا مع المعيار نفسه، أمكن أن نفرّق بين انتفاع موضوعه الأشياء المادّيّة وانتفاع موضوعه الأشياء غير المادّيّة. ولقد رأينا أعلاه أن ثمّ من يتردّد في الحديث فيما يخصّ هذه الصّورة الثّانية عن انتفاع.

أخيرا يأتي معيار امتداد الانتفاع؛ هذا المعيار يمكّن من تمييز الانتفاع بوجه عامّ (usufruit à titre universel) والذي يهمّ كلّ الذّمّة الماليّة أو نسبة مائويّة مجرّدة منها عن الانتفاع بوجه خاصّ (usufruit à titre particulier) والذي يهمّ مالا أو مجموعة أموال معيّنة[1459].

[1458] حين يرد الانتفاع على شيء قابل للاستهلاك (موادّ غذائيّة، محروقات، إلخ)، فمالك الشّيء يكون في الحقيقة قد نقل الملكيّة إلى الغير؛ لذا لا يُعدّ الأوّل مالك رقبة ومن ثمّ لا يُعدّ الثّاني منتفعا بل مالكا. وتسمّى هذه الصّورة بصورة شبه الانتفاع. انظر في القانون المقارن حول شبه الانتفاع: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 788 وما بعدها؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 524، ص 545؛

فرانك إيليارد، تجزئة الملكيّة: الانتفاع وشبه الانتفاع، إيلليبس، باريس، 2008.

Franck Eliard, *Démembrement de propriété : usufruit et quasi-usufruit*, Ellipses, Paris, 2008.

مروان كركبي وسامي بديع منصور، م س، ص 402 وما بعدها؛ توفيق حسن فرج، الحقوق العينيّة الأصليّة، المكتبة القانونيّة، الدّار الجامعيّة، د م، د ت، ص 276.

[1459] انظر حول ما ورد في المتن: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 27 وما بعدها.

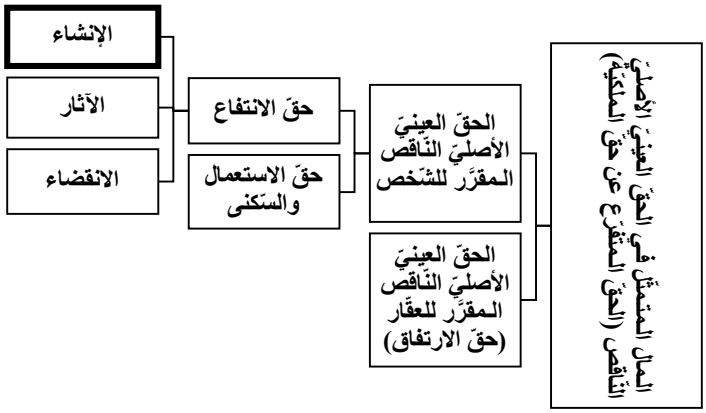
308 تقسيم البحث ◊ ويمكن في القانون التّونسيّ أن نقول بالأقسام الواردة أعلاه. فهذا القانون منقول في بعضه عن الفصل 90 وما بعده من القانون العقّاريّ[1460]، والقانون العقّاريّ منقول في بعضه عن القانون الفرنسيّ[1461].

فإذا اهتممنا الآن فقط بفصول القانون التّونسيّ، أمكن أن نردّ مضمونها إلى ثلاث نقاط: نقطة تتعلّق بإنشاء الانتفاع، ونقطة تهمّ آثاره، ونقطة ترتبط بانقضائه[1462].

(1460) انظر الفصل 90 وما بعده من هذا القانون، وقارن بينها والفصل 142 من مجلّة الحقوق العينيّة.

(1461) جاء هذا الكلام في مطلع الدّراري. انظره عند محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 204.

(1462)



الفقرة الأولى: إنشاء حقّ الانتفاع

309 تقسيم البحث ◊ ينشأ حقّ الانتفاع بواسطة أسباب معيّنة، وعلى محلّ معيّن(1463).

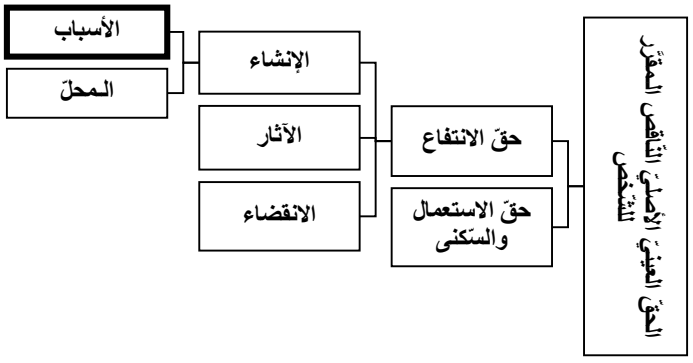
أ) الأسباب التي ينشأ بها حقّ الانتفاع

310 تقسيم البحث ◊ أسباب نشأة الانتفاع هي: القانون، والتّصرّف القانونيّ، والتّقادم(1464).

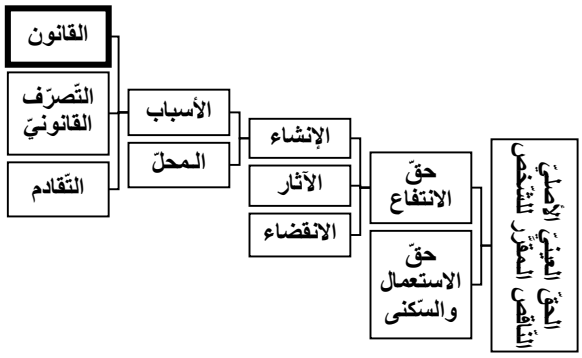
1/ القانون

311 القانون الفرنسيّ ◊ رأينا سابقا أنّ القانون الفرنسيّ يقول: إذا توفّي شخص عن قرين وعن أبناء مولودين منه ومن القرين الباقي على قيد الحياة، فإنّ هذا الذي بقي على قيد الحياة مخيّر: إمّا أن يأخذ الرّبع، وحينئذ يبقى للأبناء ثلاثة أرباع التّركة؛ وإمّا أن يأخذ حقّ انتفاع على كلّ التّركة، وعندها تبقى للفروع ملكيّة الرّقبة

(1463)



(1464)



وفي بعض المؤلّفات يُتحدّث – زيادة على التّصرّف القانونيّ والتّقادم – عن الشّفعة: "تعتبر الشّفعة سببا لكسب حقّ الانتفاع. فإذا بيع حقّ الانتفاع، كان لمالك الرّقبة الحقّ في الشّفعة، وذلك بقصد تخليص مالك الرّقبة من حقّ الانتفاع المقرّر على عقّاره (انظر م 229/ 1 ملكيّة لبناني و936/ 1 مصري)". توفيق حسن فرج، م س، ص 281. انظر أيضا: نبيل إبراهيم سعد، م س، ص 242.

وثمّ من يدرج الشّفعة والتّقادم تحت عنوان سبب إنشاء الانتفاع المتمثّل في القانون: مروان كركبي وسامي بديع منصور، م س، ص 405.

وخلافا لما تقدّم فإنّ القانون العراقيّ "لم يأخذ بالشّفعة كسبب مكسب لحقّ المنفعة". محمّد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينيّة. الحقوق العينيّة الأصليّة – الحقوق العينيّة التّبعيّة، وزارة التّعليم العالي والبحث العلميّ، العراق، د ت، ج 1، ص 301، الفقرة 315.

انظر الفقرة 128 من كتابنا هذا.

أخير يمكن أن نضيف أنّ القانون الرّومانيّ كان يقول بانتفاع مصدره القضاء. ففي القسمة القضائيّة كان للحاكم الحقّ (إذا كانت القسمة تؤدّي إلى هلاك المال أو إذا كان لا يمكن التّعديل بواسطة شائط) أن يعطي الانتفاع لمتقاسم والرّقبة لآخر. ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 337، ص 429.

(الفصل 757 من المجلّة المدنيّة)[1465]. في الحالة الثّانية نحن أمام حقّ انتفاع نشأ بسبب هو القانون. خارج هذه الحالة ثمّ في القانون الفرنسيّ حالات أخرى يكون سبب الانتفاع فيها هو القانون[1466].

312 القانون التّونسيّ ◊ فإذا تركنا القانون الفرنسيّ، واهتممنا بالقانون التّونسيّ، وجدنا – في إطار تعليق لا على مجلّة الحقوق العينيّة بل على الفصل 91 من القانون العقّاريّ القائل: "المنفعة المذكورة إمّا أن تكون قانونيّة أو تقرّر بعقد بين المالك وذي المنفعة" – ما يلي: "ممّا جاء في مطلع الدّراري [...] (ص 138) المنفعة القانونيّة صادقة بحقّ الانتفاع الشّرعيّ كسكنى الزّوجة في بيت زوجها وسكنى الولد في بيت والده. فإنّ إسكان الزّوجة والأولاد والآباء من الحقوق الشّرعيّة التي لا تتوقّف على تعاقد بين المالك والسّاكن، وتكون بعقد إذا ما كانت بين أجنبيّين كالإعارة"[1467].

[1465] انظر حول هذا المثال الفقرة 307، وانظر أيضا: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 783.

[1466] انظر: ألفريد ريغ، م س، ج 6، الفقرة 34 وما بعدها؛ فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، الفقرة 81، ص 263؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 783؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 231، ص 176؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 528، ص 448.

بول جوللي، الانتفاع القانونيّ للأباء والأمّهات في القانون الفرنسيّ، فيتري لوفرانسوا، د م، 1864.
Paul Jolly, *L'usufruit légal en droit français des père et mère*, Vitry-Le-François, s. l., 1864.

فيليب–إميل كريتيان، الانتفاع الأبويّ، مطبعة رينو ومولد، باريس، 1860.
Philippe-Emile Chrétien, *De l'usufruit paternel*, Imprimerie et lithographie Renou et Maulde, Paris, 1860.

[1467] انظر محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 205.

فإذا تركنا الفقه القديم الذي همّ قانونا لم يعد منطبقا اليوم في تونس، واهتممنا بالفقه الجديد[1468]، وجدناه يورد مثال حقّ الانتفاع بالغابات ومثال حقّ الانتفاع بالمياه ليقول إنّ الأوّل يشبه حقّ الاستعمال والثّاني هو في حقيقته حقّ ارتفاق.

في إطار المثال الأوّل، نجد الفصل 35 من مجلّة الغابات (يتعلّق النّصّ بالغابات التّابعة لملك الدّولة) القائل: "إنّ حقوق الانتفاع بالغابات عبارة عن حقّ يخوّل لصاحبه أن ينتفع ببعض منتوجات الغابات مجّانا لسدّ حاجته وذلك اعتبارا لمقرّه"[1469]. ويشترط الفصل 38، لكي يكون الشّخص صاحب مثل هذه

[1468] انظر: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 395 وما بعدها، ص 290 وما بعدها.

[1469] قد ينبغي أن نذيّل هذا النّصّ بملاحظة تتعلّق بالمنهجيّة التّشريعيّة. حاصل الملاحظة أنّ الفصل جاء في صيغة خبريّة مؤكّدة باللام. وفي كتب البلاغة قيل إنّ الخبر ثلاثة أنواع:

النّوع الأوّل ما يخلو عن أدوات التّوكيد (الطّقس بارد)؛ هذا النّوع يُستعمَل إذا كان المخاطَب خالي الذّهن من مضمون الخبر؛ ويسمّى الخبر الابتدائيّ.

النّوع الثّاني: الخبر المؤكَّد بأداة توكيد واحدة (قَدْ يَعْلم اللَّهُ المعَوِّقِينَ مِنْكُمْ [الأحزاب: 18]/ إنّ البناء إذا ما انهدّ جانبه، لم يأمن النّاس أن ينهدّ باقيه)؛ في هذا النّوع المخاطَب له إلمام قليل بالخبر يمتزج بالشّكّ وله تشوّف إلى معرفة الحقيقة؛ لذلك يحسن أن يُلقى إليه الخبر وعليه مسحة من اليقين تحلو الأمر وتدفع الشّبهة؛ ويسمّى هذا النّوع من الخبر خبرا طلبيّا.

النّوع الثّالث: الخبر المؤكّد بأداتي توكيد أو ثلاث أدوات (لَتُبْلَوُنَّ فِي أَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ [آل عمران: 186]/ إنّي لصاحب همّة/ والله إنّي لصاحب همّة)؛ هنا المخاطَب منكرٌ للخبر جاحدٌ له؛ لذلك يجب أن يُضمَّن الكلام من وسائل التّقوية والتّوكيد ما يدفع الإنكار والجحود ويدعو إلى التّسليم؛ ويجب أن يكون ذلك بحسب الإنكار قوّة وضعفا؛ ولذلك كان التّوكيد في المثال الأوّل بالقسم والنّون، وفي المثال الثّاني بـ: إنّ واللاّم، أمّا في المثال الثّالث فالإنكار أقوى واحتاج القسم وإنّ واللاّم؛ ويسمّى هذا النّوع الخبر الإنكاريّ. علي الجارم ومصطفى أمين، البلاغة الواضحة، دار المعارف، مصر، 1999، ص 153 وما بعدها.

ولقد بدأ الفصل الوارد في المتن بـ "إنّ"؛ هذا يعني أنّنا أمام خبر طلبيّ. والسّؤال: هل يستوجب الأمر من زاوية المنهجيّة التّشريعيّة اعتماد هذا النّوع من الخبر؟

الحقوق، أن يكون تونسيّا وأن يكون مقيما داخل تلك الغابات. أمّا الفصل 36 فيقول: "حقوق الانتفاع بالغابات هي الآتية: 1) التقاط الحطب اليابس السّاقط فوق الأرض. 2) قطع الغابة الرّقيقة من الأنواع الثّانويّة دون تقليع جذورها. 3) حقّ الانتفاع بالمرعى لغاية تغذية المواشي التي على ملك المنتفعين بهذا الحقّ عدا الإبل. 4) حقوق الانتفاع الأخرى بالغابات التي ترمي إلى استعمال بعض منتوجات الغابات المعدّة للشّؤون المنزليّة دون بيعها. 5) حقّ الانتفاع بزراعة بعض قطع من الأراضي. ويقع تنظيم حقّ الانتفاع المذكور بقرار من وزير الفلاحة". وبسبب كون الفصل 37 يقول: "تنحصر حقوق الانتفاع في حاجيّات المنتفع الشّخصيّة وحاجيّات أفراد عائلته القاطنين معه بدون أن تكتسي تلك الحقوق صبغة تجاريّة أو صناعيّة [...] هذا وإنّ حقوق الانتفاع غير قابلة للإحالة"، بسبب ما سبق، يقول الفقه إنّ هذه الحقوق شبيهة بحقّ الاستعمال. ويضيف الفقه ملاحظا أنّها لا تتضمّن التزاما بالردّ. هذا يجعلها مرّة أخرى مختلفة عن بقيّة حقوق الانتفاع.

هذا عن المثال الأوّل. أمّا في المثال الثّاني، فنجد الفصل 21 من مجلّة المياه القائل: "يقع تحويل حقوق ملكيّة الماء خاصّة بواحات الجنوب الموجودة في تاريخ إصدار هذه المجلّة والمضبوطة من طرف لجنة تصفية حقوق الماء إلى حقوق انتفاع بالماء يساوي حجمها حجم حقوق الملكيّة". ويقول الفصل 22: "يخوّل حقّ الانتفاع بالماء لصاحبه التّصرّف في كلّ ظرف من الظّروف في حجم سنويّ معيَّن من مجموع الموارد المتوفّرة من الماء [...]". أمّا الفصل 23 فيقول: "يبقى حقّ الانتفاع بالماء تابعا لأرض معيَّنة [...] وفي صورة إحالة الأرض، فإنّ حقّ الانتفاع يُحال وجوبا للمالك الجديد [...]". وهذه الأحكام هي التي جعلت الفقه المذكور أعلاه يقول إنّ الانتفاع بالمياه ليس انتفاعا كما سمّاه المشرّع بل ارتفاق.

لكن ثمّ مثال تناوله الفقه نفسه وسبق أن أوردنا قول محكمة التّعقيب فيه. ومفاد هذا القول: "لا جدال في كون البحر يعتبر من أملاك الدّولة العامّة (ينبغي أن يكون المقصود الأرض التي عليها الماء لا الماء. والسّبب كما رأينا أنّ ماء البحر شيء مشترك وليس ملكا لأحد بما في ذلك الدّولة[1470]) التي لا تكتسب بأيّ وجه من أوجه اكتساب الملكيّة، وأنّه بالرّجوع إلى الدّعوى المرفوعة من طرف الطّاعنين يتبيّن أنّها لا تهدف أساسا إلى ملكيّة جزء من البحر، وإنّما تهدف أساسا إلى إثبات حقّ الانتفاع بمخزونه من الأسماك، وهو حقّ اعتبره الفصل 12 من مجلّة الحقوق العينيّة من الحقوق العينيّة العقّاريّة، وذلك باستحقاق مناب على الشّياع من المصائد المقامة بمكان محدّد من البحر التي يمكن بواسطتها صيد الأسماك، وهو حقّ أقرّه الأمر المؤرّخ في 5/ 2/ 1931 الذي لم يتضمّن إلغاء ملكيّة البحر اعتبارا أنّ تلك الملكيّة لا وجود لها مثلما سلف بيانه، وإنّما جاء منظّما لكيفيّة استغلال مياه البحر بجهة صفاقس وقرقنة، وإقرار أصحاب المصائد ممّن لهم رسوم صحيحة في ملكيّتهم لها، ونظّم كيفيّة إسناد الرّخص الإداريّة في التّصرّف الوقتيّ في حرم الأملاك العامّة البحريّة، وجاء الأمر عدد 392 المؤرّخ في 18/ 3/ 1989 منظّما استغلال مصائد الشّرافي بقرقنة ممدّدا بفصله الخامس في صلوحيّة التّراخيص الوقتيّة في استغلال الملك العامّ البحريّ المقامة عليه مصائد الشّرافي بجزر قرقنة المسندة بمقتضى الأمر الصّادر في 5/ 2/ 1931 المشار إليه بحيث أنّ محكمة الحكم المطعون فيه لمّا اعتبرت الدّعوى تهدف إلى الملكيّة في البحر وأنّ تلك الملكيّة ألغاها الأمر المذكور تكون قد أساءت تأويل وتطبيق أحكامه وبالتّالي حرّفت وقائع القضيّة وأساءت فهم الدّعوى وما ترمي إليه"[1471]. وهكذا، وبحسب محكمة القانون،

[1470] انظر الفقرة 14، الهامش.

[1471] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 61130، 5 فيفري 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 229.

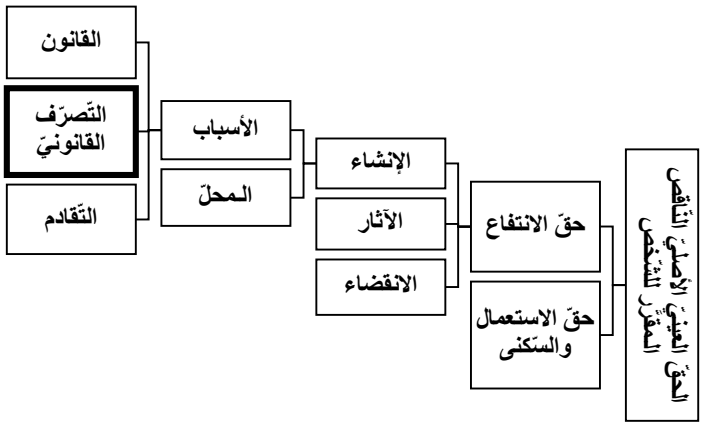
نحن أمام حقّ انتفاع مصدره القانون. لكنّ الانتفاع يمكن أيضا أن يكون مصدره التّصرّف القانونيّ[1472].

2/ التّصرّف القانونيّ

313 العقد ◊ ينشأ الانتفاع إمّا بالعقد وإمّا بالوصيّة. والعقد يمكن أن يكون بعوض[1473] أو بدونه[1474].

والمبدأ أنّ العقد رضائيّ إلّا إذا نصّ القانون على شكليّة معيّنة. زيادة على مسألة الشّكل تنطبق على العقد الانتفاعيّ كلّ الشّروط الأصليّة التي تنطبق على غيره من العقود، والتي تتعلّق بالأهليّة والرّضا والموضوع والسّبب. كما يؤوَّل وفق القواعد

(1472)



(1473) لكن انظر محكمة التّعقيب وهي تقول: "بيع الانتفاع الوارد به الفصل 157 من مجلّة الحقوق العينيّة هو ليس بيعا بدليل أنّه بدون مقابل وله أجل مضبوط". تعقيبيّ مدنيّ، عدد 35169، 7 جانفي 1995، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 250.

(1474) سنورد بعد قليل وتحت عنوان الوصيّة قرارا لمحكمة التّعقيب تقول فيه إنّ هبة منفعة لمدّة عمر المنتفع لا تنطبق عليها أحكام الهبة. انظر الفقرة 314 حيث ورد القرار التّالي: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 5162، 5 أكتوبر 1982، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 227.

نفسها، ومنها قاعدة الفصل 515 التي تدعو لتقديم النّيّة الحقيقيّة لأطراف العقد على ظاهر ألفاظهم[1475]؛ في هذا السّياق ينبغي اعتبار العقد انتفاعيّا حتّى وإن أظهرت عباراته غير ذلك، وينبغي اعتباره غير انتفاعيّ ولو أظهرت عباراته أنّه انتفاعيّ، وكلّ هذا بحسب ما يثبت أنّه المراد الحقيقيّ للمتعاقدين[1476]. وأهمّ ممّا تقدّم أن يُقال إنّ العقد يكسب حقّ الانتفاع بطريقتين: الطريقة الأولى مباشرة، وحاصلها أن يمكّن المالكُ الغيرَ من حقّ استعمال واستغلال، ويبقي لنفسه ملكيّة الرّقبة؛ الطّريقة الثّانية غير مباشرة، ومفادها أن يمكّن المالكُ الغيرَ من ملكيّة الرّقبة ويحتفظ لنفسه بحقّ الاستعمال والاستغلال[1477].

[1475] انظر حول الفصل 515: عبد المجيد الزّرّوقي، «المسار التّأويليّ: العقد والقانون نموذجا»، مقالة سابقة الذّكر، الفقرة 70 وما بعدها، ص 838 وما بعدها.

[1476] حول العقد الانتفاعيّ في القانون الفرنسيّ انظر مثلا "أوبري" و"رو" اللذين يقولان إنّ هذا العقد يمكن أن يكون مجرّدا كما يمكن أن يحوي شروطا. ويقولان إنّ المنتفعين يمكن أن يكونوا عدّة أشخاص في الوقت نفسه (هؤلاء سيكون حقّ الانتفاع مشاعا بينهم) أو عدّة أشخاص على التّوالي. في هذه الصّورة ينبغي أن يكون المدعوّون للانتفاع في المرتبة الثّانية وما بعدها موجودين وقت العقد. ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 228، ص 416. انظر أيضا حول المسألة نفسها في القانون الفرنسيّ: ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 333، ص 425 وما بعدها.

[1477] من العقود الانتفاعيّة الخاصّة نجد العقد الذي يهمّ العقّارات الفلاحيّة المملوكة للدّولة، والذي ورد في القانون عدد 28 لسنة 1984 المؤرّخ في 12 ماي 1984 المتعلّق بتنظيم الوحدات التّعاضديّة للإنتاج الفلاحيّ المستغلّة للأراضي الدّوليّة (الرّائد الرّسميّ عدد 33، الصّادر في 18 ماي 1984، ص 1287). يقول الفصل الأوّل من هذا القانون: "يمكن أن تتمتّع بحقّ الانتفاع على الأراضي الدّوليّة ذات الصّبغة الفلاحيّة [...] الوحدات التّعاضديّة للإنتاج الفلاحيّ [...] ويخضع حقّ الانتفاع المذكور إلى أحكام مجلّة الحقوق العينيّة ما لم تقع مخالفتها بهذا القانون [...]".

ولقد جاء في الفصل الأوّل من القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرّخ في 13 فيفري 1995 والمتعلّق بالعقّارات الدّوليّة الفلاحيّة (الرّائد الرّسميّ عدد 15، الصّادر في 21 فيفري 1995، ص 367): "يتمّ

استغلال العقّارات الدّوليّة الفلاحيّة عن طريق: التّخصيص، الكراء، حقّ الانتفاع". وجاء في الفصل 16: "يقتصر استغلال الأراضي الدّوليّة الفلاحيّة بوجه الانتفاع على الوحدات التّعاضديّة للإنتاج الفلاحيّ طبقا للشّروط المنصوص عليها بالقانون عدد 28 لسنة 1984 المؤرّخ في 12 ماي 1984 والمتعلّق بتنظيم تلك الوحدات".

ولقد ألغي الفصل 16 سنة 1996 (القانون عدد 48 المؤرّخ في 10 جوان 1996 المتعلّق بتنقيح وإتمام القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرّخ في 13 فيفري 1995 والمتعلّق بالعقّارات الدّوليّة الفلاحيّة. الرّائد الرّسميّ عدد 49، الصّادر في 18 جوان 1996، ص 1266)، وعوّض بالفصل 16 أوّلا الذي يقول: "يقع استغلال الأراضي الدّوليّة الفلاحيّة بوجه الانتفاع من قِبل الوحدات التّعاضديّة للإنتاج الفلاحيّ طبقا للشّروط المنصوص عليها بالقانون عدد 28 لسنة 1984 المؤرّخ في 12 ماي 1984 والمتعلّق بتنظيم تلك الوحدات والشّروط المنصوص عليها بهذا القانون. كما يقع استغلالها على وجه الانتفاع من قِبل الفنّيّين المتخرّجين من مدارس التّكوين الفلاحيّ والفلاّحين الشّبّان المكترين لأرض دوليّة فلاحيّة. ويمنح حقّ الانتفاع بمقتضى عقد يمضى من الوزير المكلّف بأملاك الدّولة، وذلك وفق كرّاس شروط يُضبط في الغرض من قِبل هذا الأخير، وينصّ العقد بالخصوص على مساحة الأرض ومدّة الانتفاع والمعلوم الواجب دفعه ممّن أسند له ذلك الحقّ وبقيّة الالتزامات الهادفة لإحياء وتنمية الأرض الدّوليّة الفلاحيّة المسلّمة على وجه الانتفاع [...]".

انظر مثال هذا العقد الانتفاعيّ عند: نزار بلهوان، حقّ الانتفاع العقّاريّ، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1995 – 1996، ص 13.

ويمكن أن نضيف مثال عقد انتفاعيّ خاصّ آخر جاء به القانون عدد 33 لسنة 2008 المؤرّخ في 13 ماي 2008 والمتعلّق بالإيواء السّياحيّ بنظام اقتسام الوقت (الرّائد الرّسميّ عدد 40، الصّادر في 16 ماي 2008، ص 1836). يقول الفصل الثّاني من هذا القانون: "الإيواء السّياحيّ بنظام اقتسام الوقت هو حقّ الانتفاع بالإقامة لمدّة محدّدة في وحدة سياحيّة معدّة للغرض طبقا لمقتضيات هذا القانون. ويكون هذا الحقّ قابلا للإحالة والإعارة والكراء والمبادلة والميراث".

انظر حول الطبيعة العينيّة لحقّ الانتفاع هذا: عبد النّاصر بن عبد الله، العقود المتعلّقة بالإيواء السّياحيّ، مذكّرة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والاجتماعيّة بتونس، 2009 – 2010، ص 45 وما بعدها.

314 الوصيّة ◊ زيادة على العقد، ينشأ حقّ الانتفاع عن الوصيّة[1478]. فحسب الفصل 171 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة يمكن أن يكون محلّ الوصيّة عينا أو منفعة. وعبارة المنفعة في النّصّ مطلقة•، فتشمل المنفعة المتأتّية من طريق مباشر والمنفعة المتأتّية من طريق غير مباشر.

فإذا بدأنا بالطّريق المباشر، وجدنا إطلاقا آخر، إذ يشمل هذا الطّريق الصّورة التي يوصي فيها مالك العين بمنفعتها لغير وارث فتبقى الرّقبة للورثة، ويشمل الصّورة التي يوصي فيها بملكيّة الرّقبة لشخص وبحقّ الانتفاع لشخص آخر. والمطلق هنا ككلّ مطلَق ينبغي فهمه على إطلاقه إذا لم توجد قرينة مقيِّدة.

انظر هذا العقد (الذي وصف خطأ بالملكيّة المشتركة، والذي ينبغي وصفه بالانتفاع مع تقاسم الوقت، والذي يسمّى في الإنجليزيّة: Timeshare) في القانون الفرنسيّ: جيرار كورنو، م س (مقدّمة. الأشخاص. الأموال)، الفقرة 1320، ص 543 وما بعدها. انظر أيضا:

سيلفي بيراشيني، "الملكيّة المؤقّتة". محاولة لتحليل لحقوق الانتفاع مع تقاسم الوقت، أطروحة، جامعة جنوب طولون فار، طولون، 2008.

Sylvie Pieraccini, *La « propriété temporaire ». Essai d'analyse des droits de jouissance à temps partagé*, Thèse, Université du Sud Toulon Var, Toulon, 2008.

[1478] حول الوصيّة بحقّ الانتفاع في القانون التّونسيّ انظر: حاتم محمّدي، «الوصيّة بحقّ الانتفاع»، حوليّات العلوم القانونيّة، كلّيّة العلوم القانونيّة والتّصرّف بجندوبة، 2010، ص 7.

وحول الوصيّة بالمنافع في القانون الإسلاميّ انظر: محمّد أبو زهرة، م س (شرح قانون الوصيّة)، ص 142 وما بعدها؛ تيسير محمّد بَرمو، م س، ص 98 وما بعدها.

وحول الوصيّة بحقّ الانتفاع في القانون الرّومانيّ انظر:

هنري مسنيل، دراسة حول خصوصيّات الوصيّة بحقّ الانتفاع، أرتور روسو، باريس، 1887.

Henri Mesnil, *Etude sur les particularités du legs d'usufruit*, Arthur Rousseau, Paris, 1887.

وفي القانون الفرنسيّ انظر مثلا: ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 334، ص 427 وما بعدها.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

فإذا مررنا إلى نشأة حقّ الانتفاع عن الوصيّة بطريق غير مباشر، قلنا إنّ ذلك يتمّ إذا أوصى الموصي بملكيّة الرّقبة لغير وارث. بهذا يبقى حقّ الانتفاع للورثة.

والوصيّة بحقّ الانتفاع وصيّة. لذا تجري عليها أحكام الفصول التّالية:

أوّلا أحكام الفصل 179 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة القائل: لا وصيّة لوارث إلّا بإجازة الورثة بعد موت الموصي، ولا وصيّة لغير الوارث فيما زاد على الثّلث إلّا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي[1479]. لكنّ محكمة التّعقيب لا تقول بانطباق حكم الفصل 179 على الوصيّة بالمنافع طوال عمر الوارث، وتقول إنّ الأمر يتعلّق بالعمرى "المنصوص عليها وعلى أحكامها بالفقه الإسلاميّ [...] (و) هي تمليك منفعة عقّار طيلة حياة المعمّر له [...] (وهي) مندرجة ضمن أحكام حقّ الانتفاع الوارد بها الفصل 142 وما بعده من مجلّة الحقوق العينيّة ولا يمكن إلحاقها بالهبة أو الوصيّة لتعلّقهما بالرّقبة"[1480].

ثانيا أحكام الفصل 182 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة القائل: "لا تصحّ الوصيّة بالمنافع إلّا لطبقة واحدة وبانقراضها تعود العين لتركة الموصي". فإذا تمّت الوصيّة بحقّ الانتفاع لأبناء شخص، عندها ينقضي حقّ الانتفاع بموت آخر فرد فيهم ولا ينتقل لأبنائهم. هذه القاعدة سببها أنّ حقّ الانتفاع حقّ مؤقّت.

[1479] انظر الفقرة 174.

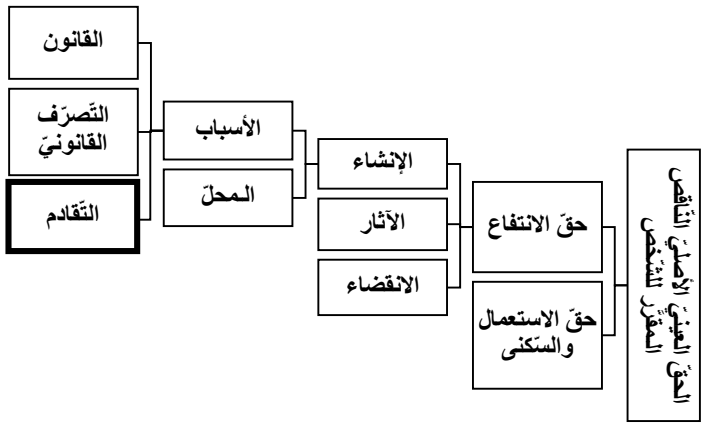
[1480] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 5162، 5 أكتوبر 1982، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 227.

إلى جانب الوصيّة والعقد ومن قبلهما القانون، يمكن أن ينشأ حقّ الانتفاع عن التّقادم(1481).

3/ التّقادم

315 **التّقادم المكسب** ◊ ينصّ الفصل 45 من مجلّة الحقوق العينيّة على أنّ "من حاز عقّارا أو حقّا عينيّا على عقّار [...] كانت له ملكيّة العقّار أو الحقّ العينيّ بوجه التّقادم". وعبارة الحقّ العينيّ في النّصّ مطلقة•، ولا قرينة (في الأعمال التّحضيريّة) تقيّدها، لذا يمكن القول إنّها تشمل حقّ الانتفاع الذي رأينا أن من

(1481)



• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

أوصافه العينيّة. ويمكن أن نتصوّر اكتساب حقّ الانتفاع بواسطة التّقادم حين يتلقّى الغير حسن النّيّة، بواسطة عقد مثلا، حقّ الانتفاع من غير المالك[1482].

من كلّ ما تقدّم يخلص أنّ التّقادم والتّصرّف القانونيّ والقانون جميعها أسباب ينشأ بمقتضاها حقّ الانتفاع. زيادة على الأسباب، ينشأ حقّ الانتفاع على محلّ[1483].

ب) المحلّ الذي ينشأ عليه حقّ الانتفاع

316 العقّار والمنقول ◊ يقول الفصل 581 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة إنّ الانتفاع يمكن أن يكون محلّه مالا منقولا أو مالا عقّارا. وفي تونس تحدّث الفصل 148 من

[1482] حول التّقادم المكسب انظر الفقرة 214 وما بعدها.

وجاء في القانون المقارن: "من المتصوّر نظريّا كسب حقّ الانتفاع بعقّار أو منقول بالتّقادم الطّويل، كأن يحوز بسوء نيّة حقّ الانتفاع بعقّار أو منقول مدّة خمس عشرة سنة أو يتلقّى شخص هذا الحقّ بسوء نيّة من غير مالك ويظلّ حائزا له هذه المدّة. لكن من النّاحية العمليّة لا يقنع الحائز في هذه الظّروف بادّعاء كسب حقّ الانتفاع، وإنّما يستطيع الادّعاء بكسب حقّ الملكيّة ذاته حيث أنّ الأعمال اللاّزمة لمباشرة الحقّ موضوع الحيازة لا تختلف بالنّسبة إلى حقّ الملكيّة عنها بالنّسبة لحقّ الانتفاع. ومع ذلك فإنّه من المتصوّر عملا كسب حقّ الانتفاع بعقّار بالتّقادم المكسب القصير، وذلك حين يتلقّى شخص بحسن نيّة وبسبب صحيح حقّ الانتفاع بعقّار من غير مالكه ويظلّ حائزا لهذا الحقّ مدّة خمس سنوات، فيكسب حقّ الانتفاع بالتّقادم القصير. وإذا تعلّق الأمر بمنقول، فإنّ حيازة حقّ الانتفاع عليه بحسن نيّة وبسبب صحيح يكسب الملكيّة؛ تطبيقا لذلك إذا تلقّى شخص بحسن نيّة حقّ الانتفاع بمنقول من غير مالكه، فإنّه يكسب هذا الحقّ بمجرّد الحيازة". إبراهيم سعد، م س، ص 242 و243.

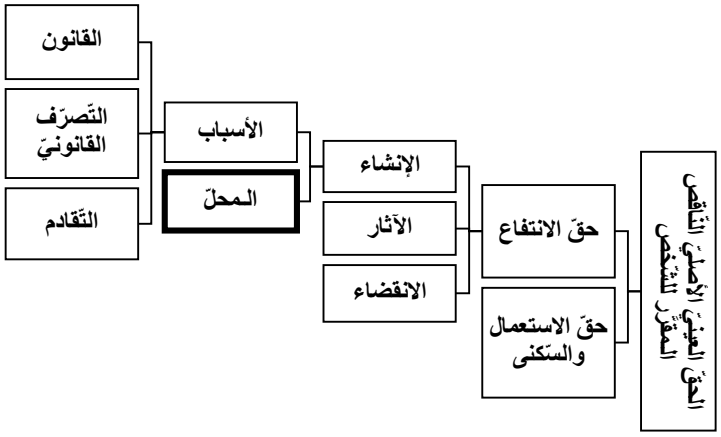
وفي القانون المقارن أيضا قيل إنّ حيازة حقّ الانتفاع تتمّ في إطار العقّار غير المسجّل. مروان كركبي وسامي بديع منصور، م س، ص 406؛ توفيق حسن فرج، م س، ص 281.

انظر أيضا حول التّقادم المكسب، لكن في القانون الفرنسيّ: ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 530، ص 448.

مجلّة الحقوق العينيّة عن انتفاع محلّه شيء قابل للاستهلاك، وتناول الفصل 154 مسألة تهدّم محلّ الانتفاع؛ والكلام الأوّل يعني أنّ محلّ حقّ الانتفاع يمكن أن يكون منقولا؛ أمّا الكلام الثّاني فيفيد أنّه يمكن أن يكون عقّارا.

317 الشّيء المادّيّ وغير المادّيّ ◊ والانتفاع يتأقلم مع كلّ مال مادّيّ، سواء كان منقولا أو عقّارا، شيئا قابلا للاستهلاك (هنا نكون أمام شبه انتفاع) أو غير قابل له، شيئا مثليّا أو غير مثليّ. كما يمكن أن يكون محلّ الانتفاع مالا غير مادّيّ، أي حقوقا. ويمكن أن تكون هذه الحقوق عينيّة أو شخصيّة. والحقوق العينيّة يمكن أن تكون الملكيّة أو الارتفاق أو الأمفتيوز أو غير ذلك؛ بل يمكن أن يكون محلّ حقّ الانتفاع حقّ انتفاع. أمّا الحقوق الشّخصيّة فيمكن أن تكون ديونا وجرايات ودعاوى وحصص شركات وحقّ كراء وغير ذلك. والسّؤال: ألن تتغيّر طبيعة الحقّ إذا انصبّ على دين، لأنّه لا يمكن تصوّر وصف حقّ بالعينيّ إذا كان محلّه حقّا شخصيّا. ثمّ إنّ الانتفاع يمكن أن يكون محلّه حقوقا فكريّة كبراءة الاختراع وعلامة الصّنع والملكيّة الأدبيّة والفنّيّة. ويمكن أن ينصبّ على "كلٍّ" (une

(1483)



universalité). هذا "الكلّ" قد يكون قانونيّا (انتفاعٌ محلّه كلّ الذّمّة الماليّة أو نسبة مائويّة منها) وقد يكون واقعيّا[1484] (أموال متفرّقة لكنّها تمثّل وحدة اقتصاديّة: قطيع غنم، عناصر أصل تجاريّ)[1485].

كلّ هذا الكلام قيل في فرنسا، أمّا في تونس فقيل إنّ الانتفاع يرد على العقّار والمنقول. وقيل إنّ الفصل 142 عرّف الانتفاع وأدخل شرط حفظ العين؛ لذا فإنّ محلّ هذا الحقّ لا يكون شيئا قابلا للاستهلاك. لكنّ الفصل 148 من مجلّة الحقوق العينيّة قال: "إذا شمل المنتفع به أشياء لا يمكن استعمالها بدون استهلاكها، لا يمنع المنتفع من التّصرّف فيها. ولكن يلزمه عند انقضاء مدّة الانتفاع المذكور أن يردّ مثلها قدرا وصفة أو يدفع ثمنها حسبما يقع تقويمه". وهكذا يمكن أن يكون الشّيء القابل للاستهلاك محلّ حقّ انتفاع؛ لكن ما يلاحظ أنّ النّصّ مكّن صاحب حقّ الانتفاع لا من الانتفاع بل من التّصرّف؛ ثمّ إنّ النّصّ ألزم بردّ المثل أو بدفع القيمة؛ هذا يعني أنّ ملكيّة الشّيء القابل للاستهلاك تنتقل إلى المنتفع، أي أنّه يصير مالكا لا مجرّد منتفع؛ من أجل هذا لسنا أمام انتفاع بل شبه انتفاع يقترب من القرض (في كلٍّ من شبه الانتفاع والقرض تنتقل الملكيّة ويترتّب التزام بردّ المثل؛ لكن شبه الانتفاع ينتهي بموت المنتفع، والقرض لا ينتهي بموت المقترِض).

ويضيف الفقه التّونسيّ فيما يتعلّق بما يمكن أن يكون محلّا للانتفاع، فيقول: حقّ الانتفاع – بسبب كونه حقّا عينيّا – لا يكون محلّه إلّا شيئا ماديّا؛ فهو إذن لا

[1484] حول "الكلّ القانونيّ" انظر الفقرة 21.

[1485] انظر حول ما ورد في المتن: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 99 وما بعدها. انظر كذلك: صوفي شيلر، م س، الفقرة 236 وما بعدها، ص 177 وما بعدها.

انظر أيضا حول مسألة الدّين وكونه يمكن أن يمثّل موضوع حقّ انتفاع:

أ فرانسون، «الانتفاع بالدّيون»، المجلّة الفصليّة للقانون المدنيّ، 1957، 1.

A. Françon, « L'usufruit des créances », RTD civ., 1957, 1.

يرد على الأموال غير المادّيّة كحقوق الملكيّة الأدبيّة والفنّيّة والصّناعيّة؛ لكن قد يكون محلّ حقّ الانتفاع الأوراق الماليّة (استنتاجا من الفصلين 695 فقرة 2 و714 من المجلّة التّجاريّة) والدّيون (استنتاجا من الفصل 145 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي يصف فوائض الدّيون بأنّها "غلال مدنيّة" تكون من حقّ المنتفع عملا بالفصل 143 من المجلّة نفسها)؛ وفي هذه الصّور لا يكون حقّ الانتفاع حقّا عينيّا؛ وإذا كان لا يوجد حقّ انتفاع حقيقيّ محلّه الأموال غير المادّيّة، فيمكن أن يوجد حقّ يشبه حقّ الانتفاع ويكون محلّه هذه الأموال غير المادّيّة، وخصوصا منها حقوق الملكيّة الأدبيّة والصّناعيّة؛ فيمكن للمؤلّف أن يرخّص للغير في استغلال حقوق التّأليف (الفصل 2 من قانون 24 فيفري 1994). ويمكن لصاحب علامة الصّنع (الفصل 28 من قانون 17 أفريل 2001) أو لصاحب براءة الاختراع (الفصلان 63 و64 من قانون 24 أوت 2000) أن يمنح ترخيصا للغير في الاستغلال.

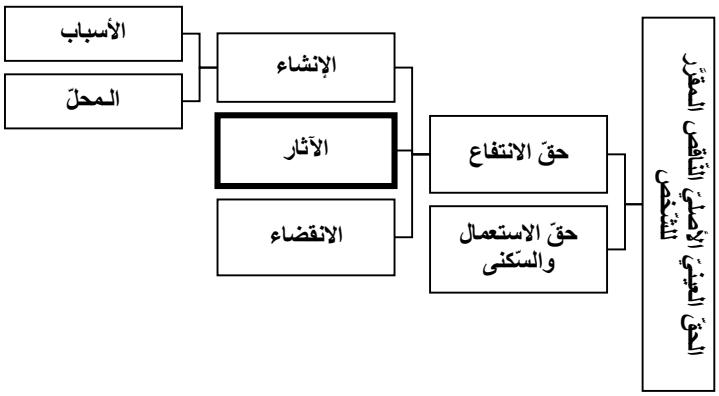
ويضيف الفقه التّونسيّ نفسه قائلا إنّ حقّ الانتفاع لا يرد على حقّ الانتفاع[1486]. لكن ثمّ فقه تونسيّ آخر يقول بالحلّ النّقيض[1487].

[1486] انظر: حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 387 وما بعدها، ص 281 وما بعدها.

[1487] يوسف الكناني وفوزي بالكناني، م س، الفقرة 470، ص 282.

وهكذا قيل في تونس ما قيل في فرنسا حول محلّ حقّ الانتفاع. فإذا انصبّ الانتفاع على محلّ، ومن قبل ذلك إذا نشأ بسبب القانون أو التّصرّف القانونيّ أو التّقادم، أدّى كلّ ذلك إلى إحداثه آثارا[1488].

(1488)



الفقرة الثّانية: آثار حقّ الانتفاع

318 تقسيم البحث ◊ بإعمال حقّ الانتفاع تكون للمنتفع وضعيّة ولمالك الرّقبة أخرى[1489].

أ) وضعيّة المنتفع

319 تقسيم البحث ◊ للمنتفع حقوق، وعليه واجبات[1490].

1/ حقوق المنتفع

320 تقسيم البحث ◊ للمنتفع حقّ استعمال واستغلال الشّيء؛ ويتضمّن هذا الحقّ سلطات معيّنة.

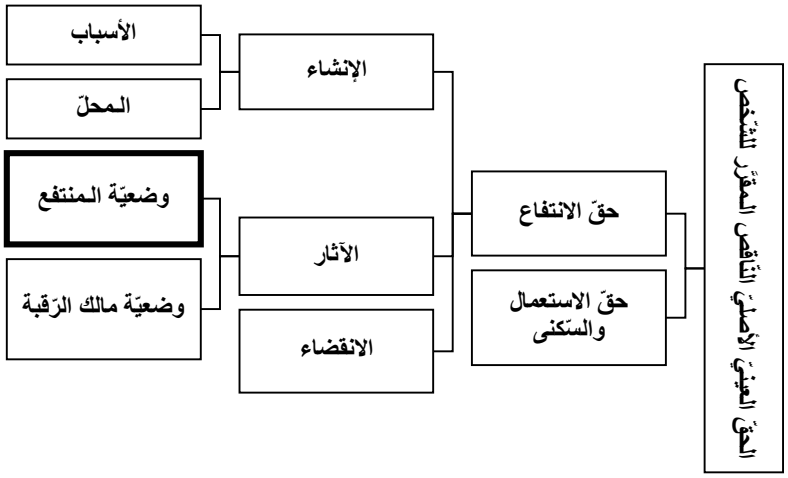
1. 1/ حقّ الاستعمال والاستغلال

321 حقّ الاستعمال ◊ للمنتفع أن يستخدم الشّيء لحاجياته الشّخصيّة بنفسه أو بواسطة الغير. مثال ذلك أن يسكن منزلا ويستفيد من أثاثه. ويمتدّ حقّ استعمال المنتفع إلى كلّ توابع الشّيء كالارتفاقات المقرّرة لفائدة العقّار المنتفع به[1491].

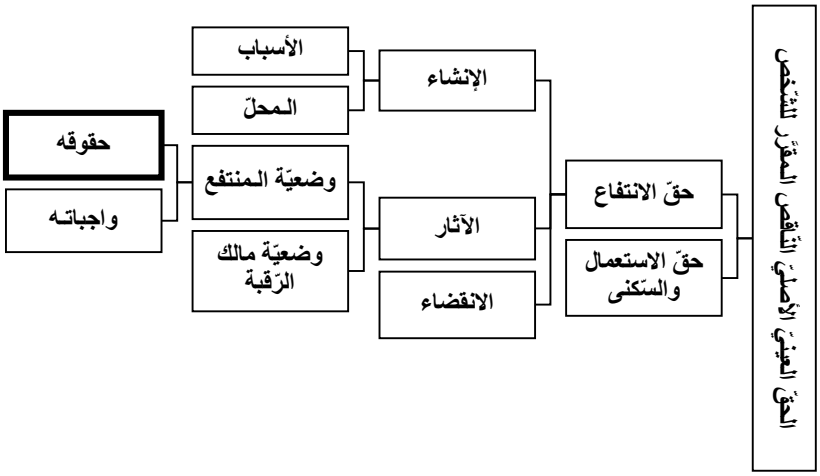
322 حقّ الاستغلال. معنى الغلال ◊ زيادة على حقّ الاستعمال، للمنتفع حقّ الاستغلال. ويمثّل حقّ الاستغلال ما به يمتاز صاحب حقّ الانتفاع عن صاحب حقّ الاستعمال.

ويشمل حقّ الاستغلال، حين رأيناه في إطار حقّ الملكيّة، إمكانيّة الحصول على الثّمار وعلى المنتجات. لكن في حقّ الانتفاع لا يحوي حقّ الاستغلال إلّا الثّمار، لأنّ المنتجات من حقّ المالك[1492]. وإذا كان ثمّ تحديد هنا، فثمّ إطلاق من وجه

(1489)



(1490)

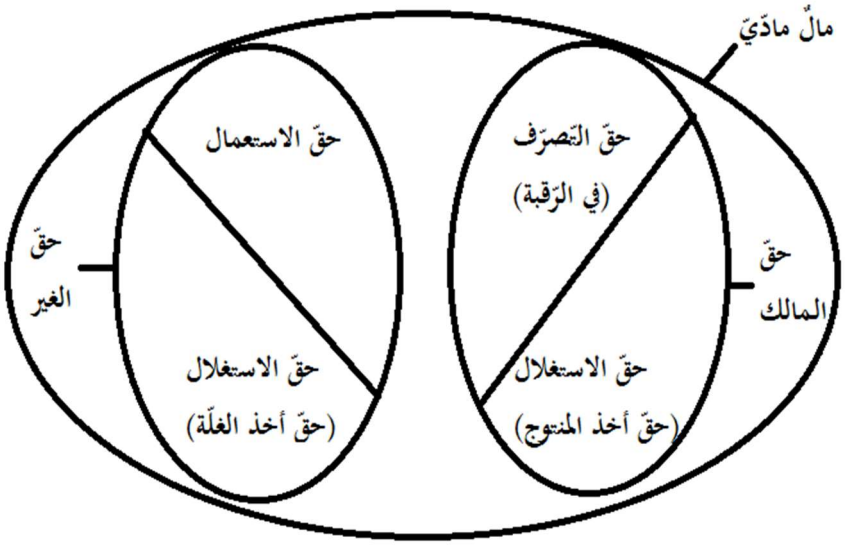


(1491) انظر الكلام نفسه وقد أتي به في القانون الفرنسيّ: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 112 وما بعدها؛ جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيماموننتي، م س، الفقرة 253، ص 264. انظر أيضا حول حقّ استعمال المنتفع: صوفي شيلر، م س، الفقرة 240، ص 180؛ ناداج ريبول-موبان، م س، الفقرة 534، ص 449 وما بعدها.

آخر. فالثّمار تشمل، حسب الفصل 143، الطّبيعيّ منها (الطّبيعيّ هنا يساوي في اصطلاح آخر رأيناه سابقا: الطّبيعيّ والصّناعيّ[1493]) والمدنيّ. ولقد عرّف الفصل 144 الأولى فقال: "الغلال الطّبيعيّة هي ما يغلّه الشّيء تلقائيّا أو بفعل الإنسان". ومثال ما يغلّه الشّيء تلقائيّا الكلأ وتزايد المواشي والسّمك في البرك. أمّا ما يحدث بفعل الإنسان، فمثاله المحاصيل الزّراعيّة. إلى جانب تعريف الفصل 144 للثّمار الطّبيعيّة عرّف الفصل 145 الثّمار المدنيّة بواسطة المثال، فقال: "الغلال المدنيّة هي معيّن الأكرية والمستحقّ من راتب الإنزال وفوائض الدّيون ونحوها".

[1492] انظر حول الثّمرة والمنتَج والفرق بينهما: الفقرة 95 وما بعدها. وانظر حول كون المنتَج هو للمالك: الفقرة 97.

وعلى أساس ما جاء في المتن، ينبغي أن نعدّل رسما سبق معنا (انظره في الفقرة 302) ليصبح:



[1493] انظر الفقرة 96.

323 حقّ الاستغلال. اكتساب الغلال ◊ والسّؤال الآن: متى يبدأ وقت الانتفاع بالغلال؟

عن هذا السّؤال أجاب الفصل 146 فقال: "الغلال الطّبيعيّة (أي الطّبيعيّة والصّناعيّة) القائمة عند بدء الانتفاع تكون من حقّ المنتفع. وعند انقضاء مدّة الانتفاع فما وجد قائما من الغلال الطّبيعيّة يكون لمالك العين، وما بذل من المصاريف في الصّورتين لا تقع المطالبة به. ولا تمسّ أحكام هذا الفصل بالحقوق التي اكتسبها الغير". ويبدو هذا النّصّ نقلا غير حرفيّ للفصل 98 من القانون العقّاريّ القائل: "الثّمار الطّبيعيّة والصّناعيّة التي تكون على سوقها أو على أغصانها عند ابتداء المنفعة يستغلّها صاحب المنفعة المذكورة. فإذا انقضت مدّة الانتفاع ووجب ردّ العين لمالكها الأصليّ، فما وجد من الثّمار المذكورة على سوقه أو على أغصانه يكون لمالك العين. ولا يطالب المنتفع في الحالة الأولى بدفع مصاريف العمل وأثمان البذار، ولا صاحب العين في الحالة الثّانية. وهذا في غير نصيب المزارعين، فهم يأخذون في كلتا الحالتين ما شرط لهم". وتعليقا على هذا النّصّ جاء في مطلع الدّراري (ص 140 – 141): "الثّمار الطّبيعيّة والصّناعيّة الموجودة حين العقد لصاحب المنفعة من غير أن يؤدّي شيئا من مصاريفها. وعند نهاية مدّتها يترك ما يكون من الثّمار كذلك. ونصيب المزارع في الحالتين يخرج له [...] وأمّا كون المزارع يأخذ نصيبه في الحالتين أي ممّا زرعه المالك أو زرعه صاحب المنفعة لأنّ المزارع شريك والمالك أعطى منفعة ملكه فلا يصحّ شمولها لنصيب شريكه والمنتفع إنّما ينتفع بما للمالك"[1494].

[1494] محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 208 وما بعدها.

هذا عن بدء وقت استفادة المنتفع بالغلال الطّبيعيّة والصّناعيّة، أمّا بالنّسبة إلى الغلال المدنيّة، فقد قال الفصل 147: "الغلال المدنيّة تحصل يوما فيوما، فيكون نصيب المنتفع منها بقدر انتفاعه". هذا النّصّ هو نقل حرفيّ أو يكاد للفصل 99 من القانون العقّاريّ القائل: "الغلال المدنيّة تحصل يوما فيوما، فيكون نصيب صاحب المنفعة منها بقدر مدّة منفعته". وفي التّعليق على هذا النّصّ قيل: "الغلال المدنيّة تقدّر بأيّام الانتفاع"[1495].

وهكذا فللمنتفع أن يستغلّ وأن يستعمل. هذان الحقّان يتضمّنان سلطات معيّنة.

1. 2/ السّلطات التي يتضمّنها حقّ الاستعمال والاستغلال

324 أعمال الإدارة ◊ رأينا الفصل 142 يقول إنّ المنتفع له حقّ استعمالٍ واستغلالٍ تماماً كحقِّ استعمال واستغلال المالك. هذا يعني أنّ للمنتفع القيام بأعمال الإدارة. ولقد رأينا[1496] أنّ هذه الأعمال تتمثّل في التّصريف اليوميّ والتّأهيل الطّبيعيّ للذّمّة الماليّة. من أمثلة ذلك: صيانة المال، إبرام عقد تأمين في شأنه، إبرام عقد

ولقد جاء في المقتطف حديث عن المساقاة، وقد عرّفها الفصل 1395 من مجلّة الالتزامات والعقود بأنّها: "عقد تكليف شخص لآخر بتعاطي ما يلزم لخدمة شجر قد بلغ الإطعام أو زرع قد ظهر إلى وقت اقتطاف الغلّة أو جمع الصّابة بجزء معيّن من ثمره. والمباشر للخدمة يسمّى العامل".

انظر في تطبيق الفصل 146 الوارد في المتن: تعقيبيّ مدنيّ، 26 مارس 1968، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 26.

[1495] محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 209.

[1496] الفقرة 89.

إيداع، إبرام عقد إعارة، إبرام بعض عقود الكراء[1497]، إبرام عقود المزارعة، إبرام عقود المساقاة[1498]، إلخ. ثمّ إنّ أعمال الإدارة تنوّع بتنوّع الشّيء موضوع الإدارة (مؤسّسة تجاريّة، أرض فلاحيّة، عمارة) وتضمّ: أعمال البيع (بيع بضاعة أو محصول) والشّراء (شراء بذور، آلات صغيرة)، أي تضمّ الأعمال التي تحتلّ مرتبة ثانية في سلّم خطورة الأعمال القانونيّة (بعد أعمال التّصرّف وقبل أعمال الحفظ)[1499].

325 أعمال التّصرّف ◊ زيادة على الإدارة، للمنتفع حقّ تصرّف. والمقصود بالتّصرّف لا التّصرّف في الشّيء موضوع الانتفاع. فلقد رأينا الفصل 17 يقول إنّ حقّ الملكيّة يتكوّن من حقوق ثلاثة هي الاستعمال والاستغلال والتّصرّف. على خلاف ذلك رأينا الفصل 142 يقول إنّ حقّ الانتفاع يتكوّن من حقّين هما الاستعمال والاستغلال. كلّ هذا يعني أنّ حقّ التّصرّف في الشّيء موضوع الانتفاع هو لمالك الرّقبة.

[1497] حول مسألة إبرام عقود الكراء في القانون المقارن انظر: جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيماومنتي، م س، الفقرة 256، ص 266 وما بعدها؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 538، ص 452 وما بعدها؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 244، ص 182 وما بعدها.

[1498] تمّ منذ قليل إيراد الفصل 1395 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي عرّف المساقاة. أمّا المزارعة، فعرّفها الفصل 1369 وقال: "شركة المزارعة هي التي يكون فيها الأرض والبذر والظّهر على أحد الشّريكين والعمل على الآخر على أن يكون المتحصّل بين المتعاقدين حسبما يعيّنه العقد".

[1499] انظر الفقرة 84 و89 و 92.

لكن، لئن لم يكن للمنتفع حقّ التّصرّف في موضوع الانتفاع، فله حقّ التّصرّف في حقّ الانتفاع ببيعه أو بإحالته بدون عوض إلى الغير[1500]. ويمكن استخراج هذا الحكم من الفصل 150 القائل: "للمنتفع مباشرة حقّه في الانتفاع بنفسه أو بجميع أوجه التّصرّف الأخرى". وفي القانون المقارن قيل: لأنّ القاعدة أنّه لا يمكن لشخص أن يمنح غيره أكثر ممّا له من الحقّ (توجد هذه القاعدة في القانون التّونسيّ في الفصل 551 من مجلّة الالتزامات والعقود)، فمدّة انتفاع المنتفع الجديد تنتهي بموت المنتفع القديم أو بحلول الأجل الذي اتّفق عليه هذا الأخير مع مالك الرّقبة[1501].

326 الدّعاوى القضائيّة ◊ زيادة على ما تقدّم، للمنتفع –ككلّ صاحب حقّ– أن يقوم بجميع الدّعاوى المتعلّقة بحقّه. فله مثلا أن يقوم بالدّعاوى التي تهدف إلى الاعتراف له بحقّ الانتفاع (action confessoire d'usufruit) أو إلى تحويزه أو تسليمه الشّيء محلّ الحقّ (إلخ)[1502].

[1500] في القانون الإسلاميّ رأينا ملك الانتفاع، ورأينا أنّه يردّ إلى حقّ الانتفاع وملك المنفعة (انظر الفقرة 301). وما جاء في المتن هو ملك منفعة لا حقّ انتفاع إذا اعتمدنا التّسمية الموجودة في هذا القانون الإسلاميّ.

[1501] جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيماومنتي، م س، الفقرة 258، ص 268.

[1502] انظر حول تفاصيل مختلف حقوق المنتفع في القانون الفرنسيّ: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 110 وما بعدها؛ جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيماومنتي، م س، الفقرة 253، ص 264؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 230، ص 427 وما بعدها؛ ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 362 وما بعدها، ص 456 وما بعدها.

بوليت فو–فورنيري ودانيال فو، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 582 إلى الفصل 599، الكرّاس 10.

Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, J. –cl. Civ. Code, art 582 à 599, fasc. 10.

إلى جانب الحقوق، على المنتفع واجبات[1503].

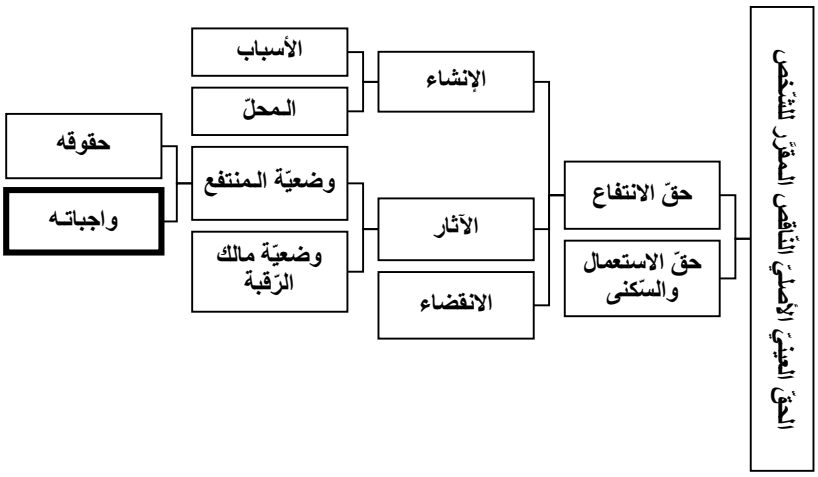
2/ واجبات المنتفع

327 تقسيم البحث ◊ على المنتفع واجب سابق لبداية الانتفاع وواجبات أثناء الانتفاع.

2. 1/ الواجب السّابق لبداية الانتفاع

328 ضبط الأشياء محلّ الانتفاع بكشف ◊ تنصّ مجلة الحقوق العينيّة على واجب واحد يتحمّله المنتفع قبل بدء الانتفاع هو واجب ضبط الأشياء المنتفع بها في كشف. فلقد قال الفصل 152: "يتسلّم المنتفع الأشياء على حالتها. وعليه قبل

وحول المسألة نفسها في بعض البلاد العربيّة انظر: نبيل إبراهيم سعد، م س، ص 243 وما بعدها؛ مروان كركبي وسامي بديع منصور، م س، ص 414 وما بعده؛ توفيق حسن فرج، م س، ص 286 وما بعدها؛ رمضان أبو السّعود، م س، ص 514 وما بعدها.
(1503)



أن يتسلّمها أن يضبطها بكشف بمحضر مالكها أو بعد استدعائه كما يجب بواسطة عدل أو عدل منفّذ"[1504].

إلى جانب الواجب السّابق، ثمّ واجبات؛ لكنّ هذه الواجبات تعمل أثناء الانتفاع.

2. 2/ الواجبات أثناء الانتفاع

329 واجب حفظ الشّيء ◊ يقول الفصل 153 من مجلّة الحقوق العينيّة: "لا يلزم المنتفع إلّا بإصلاحات الحفظ. أمّا الإصلاحات الجسيمة فهي على مالك الرّقبة ما لم يكن سببها تقصير المنتفع في القيام بإصلاحات الحفظ منذ بدء الانتفاع، ففي هذه الصّورة تكون محمولة عليه". ويقول الفصل 154: "لا يلزم مالك الرّقبة ولا المنتفع ببناء ما انهدم بسبب قدمه أو بقوّة قاهرة أو بأمر طارئ". وفي القانون العقّاريّ نجد النّصوص التّالية: أوّلا الفصل 116 القائل: "يجب على ذي المنفعة من الإصلاح في العين ما كان لازما لحفظها. أمّا الإصلاحات الجسيمة فمصروفها على المالك ما لم يكن سببها تقصير المنتفع في حفظ العين من حين ابتداء الانتفاع فيلزم بها كغيرها من الإصلاحات". ثانيا الفصل 117 القائل: "الإصلاحات الجسيمة هي إصلاحات الجدران الكبيرة والقباب وإعادة جسور السّقف وتجديد السّقوف بتمامها وإصلاح السّدود والدّعائم والسّياجات بتمامها". ثالثا

[1504] انظر حول تفاصيل هذا الواجب في القانون الفرنسيّ:

جونيفياف توماس-ديبيني، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 600 إلى الفصل 604.

Geneviève Thomas-Debenest, J. –cl. Civ. Code, art 600 à 604, fasc. Unique.

جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيماومنتي، م س، الفقرة 259، ص 269؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 796 وما بعدها؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 229، ص 420 وما بعدها؛ ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 492 وما بعدها، ص 613 وما بعدها؛ ناداج ريبول-موبان، م س، الفقرة 541، ص 454 وما بعدها؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 246، ص 184.

الفصل 117 القائل: "لا يلزم صاحب الملك ولا صاحب المنفعة ببناء ما انهدم بسبب قدمه أو بآفة سماويّة". وجاء في التّعليق أنّه جاء بمطلع الدّراري (ص 146): "وإعادة الجسور وتجديد السّقف وإصلاح أبنية مثل السّدّ على البحر أو الخندق ودعائم الجسور ودعائم السّقف وما يحيط بالمحلّ من السّياجات، وأمّا مسألة عدم إلزام المالك والمنتفع ببناء ما انهدم بعارض سماويّ فهي مسألة فقهيّة عليها حكم المذهب المالكيّ في الإجارة التي هي في مقابلة عوض"[1505].

330 واجب تحمّل التّكاليف المعتادة ◊ إلى جانب الحفظ، على المنتفع واجب ثانٍ. فالفصل 155 من مجلّة الحقوق العينيّة يقول: "على المنتفع جميع ما يفرض على العين المنتفع بها من التّكاليف المعتادة". ومن يرجع إلى الفصل 119 من القانون العقّاريّ، يجد أن على المنتفع دفع جميع الأموال الموظّفة على الشّيء ممّا يُعتبر أداء على الغلّة[1506]. ولقد سكتت مجلّة الحقوق العينيّة على ما يُفرض على العين من

[1505] انظر محتوى النّصّ عند: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 221. وانظر حول تفاصيل المسألة نفسها في القانون الفرنسيّ:

بوليت فو-فورنيري ودانيال فو، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 605 إلى الفصل 616، كرّاس وحيد، الفقرة 6 وما بعدها.

Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, J. –cl. Civ. Code, art 605 à 616, fasc. Unique, 6 s.

ألفريد ريغ، م س، الفقرة 345 وما بعدها؛ ف لوران، م س، ج 6، الفقرة 525 وما بعدها، ص 651 وما بعدها؛ ناداج ريبول-موبان، م س، الفقرة 543، ص 455؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 248، ص 185.

[1506] محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 220. وانظر حول تفاصيل المسألة نفسها في القانون الفرنسيّ:

بوليت فو-فورنيري ودانيال فو، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 605 إلى الفصل 616، كرّاس وحيد)، الفقرة 13 وما بعدها؛ ألفريد ريغ، م س، الفقرة 382 وما بعدها.

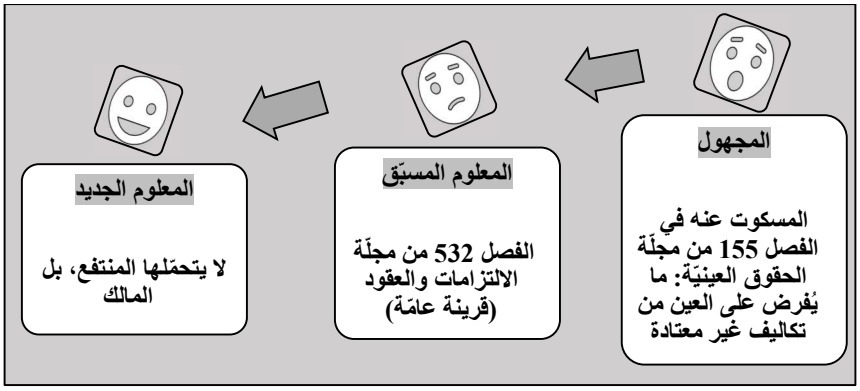
تكاليف غير معتادة•. وضُرب في فرنسا لهذه التّكاليف مثال ما يُفرَض على المالكين من الدّولة من قرض إجباريّ لسدّ حاجة عاجلة، أو ما يُفرض عليهم من العدوّ من مساهمة إجباريّة في الحرب؛ أو ما يُفرض عليهم من أموال كتكاليف لإقامة أرصفة الشّوارع (إلخ)[1507]. ويبدو أن بالإمكان أن نقول في شأن التّكاليف غير المعتادة: أوّلاً لا وجود في الأعمال التّحضيريّة ولا في غيرها لما ينبئ على وجه القطع بما أراده المشرّع. ثانيا قياس الأولى متعذّر، لأنّ التّكاليف غير المعتادة ليست أولى بالحكم الوارد في الفصل 155 (وجوب دفع التّكاليف من المنتفع) من التّكاليف المعتادة. ثالثا إنّ قياس المثل متعذّر بدوره، لأنّ التّكاليف غير المعتادة ليست مثل التّكاليف المعتادة. رابعا إنّ قياس العكس ممكن (هو ممكن، بعد تعذّر القياسين السّابقين). فإذا قلنا إنّ حكم المسكوت عنه هو ما يمثّل أصلا، فالأصل أن يتحمّل المالك تكاليف الشّيء الذي يملكه[1508].

331 واجب إعلام مالك الرّقبة بالشّغب الواقع على العين ◊ زيادة على واجب تحمّل التّكاليف ومن قبله واجب الحفظ، على المنتفع واجب ثالث. ورد هذا

• إذن نحن أمام صورة فراغ في القانون.

[1507] انظر: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 388 وما بعدها.

[1508]

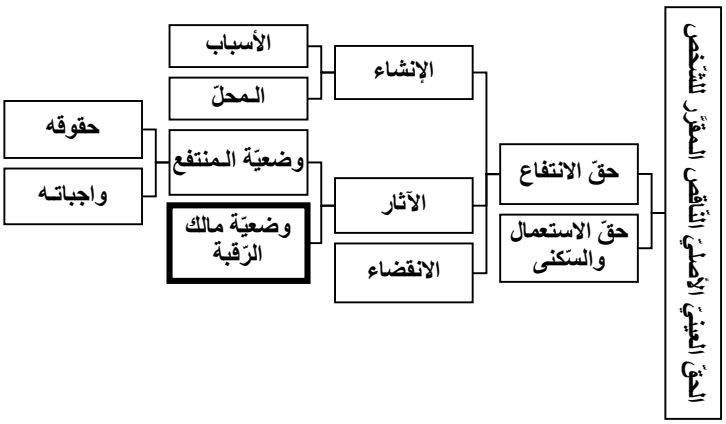


الواجب بالفصل 156 من مجلّة الحقوق العينيّة القائل: "على المنتفع إعلام مالك الرّقبة بكلّ شغب يقع على العين أو يمسّ بحقوقه وإلّا ضمن ما ينتج عن ذلك من أضرار". ويبدو هذا النّصّ نقلا للفصل 125 من القانون العقّاريّ القائل: "إذا تعدّى أجنبيّ في مدّة الانتفاع على العين أو على شيء من حقوق المالك، وجب على صاحب المنفعة إعلام المالك بذلك وإلّا ضمن ما ينتج عن التّعدّي من الخسارة على صاحب الملك كما يضمن ما يتلفه بنفسه من الملك"[1509].

هذه هي وضعيّة المنتفع، وهي مختلفة عن وضعيّة مالك الرّقبة[1510].

[1509] انظر النّصّ عند: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 223.

[1510]



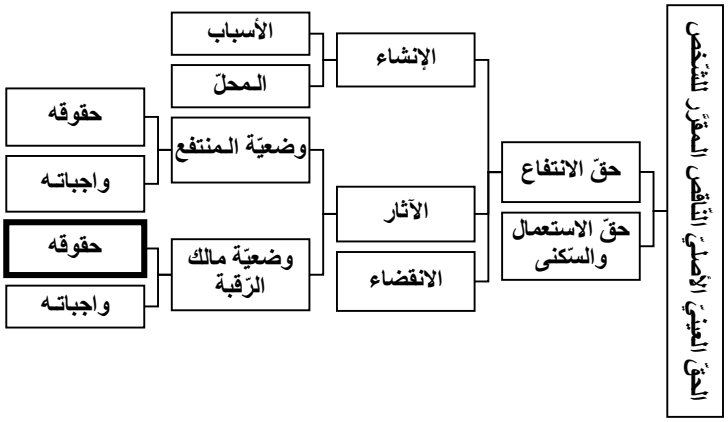
ب) وضعيّة مالك الرّقبة

332 تقسيم البحث ◊ لمالك الرّقبة حقوق وواجبات(1511).

1/ حقوق مالك الرّقبة

333 تعداد بعض الحقوق ◊ كما رأينا، تؤدّي نشأة حقّ الانتفاع إلى فقدان المالك لحقّي الاستعمال والاستغلال ممّا يجعل ملكيّته "ملكيّةً عارية" (nue-propriété)، إذا استعملنا تعبير القانون الفرنسيّ؛ وملكيّة رقبة، إذا استعملنا تعبير القانون الإسلاميّ. ويبقى للمالك حقّ التّصرّف في الشّيء. وليس المقصود من التّصرّفِ التّصرّفَ بنوعيه المادّيّ والقانونيّ، إنّما المقصود التّصرّف القانونيّ، أي التّصرّف في الرّقبة (من هنا جاءت تسميته: مالك رقبة). ويشمل التّصرّف القانونيّ أو التّصرّف في الرّقبة البيع والهبة والوصيّة والرّهن وإنشاء ارتفاقات جديدة إذا لم

(1511)



تمثّل عائقا يحول دون المنتفع وممارسة حقّه في الانتفاع. ويمكن للبيع مثلا أن يهمّ الملكيّة الكاملة لا الرّقبة لوحدها إذا وافق المنتفع على ذلك.

زيادة على التّصرّف، لمالك الرّقبة حقّ القيام على الغير بالدّعاوى المتعلّقة بملكيّة الرّقبة؛ بل له أن يقوم بالدّعاوى المرتبطة بالرّقبة والانتفاع معا؛ لكن في هذه الصّورة، لكي يعارض المالكُ المنتفعَ بالحكم القضائيّ، عليه أن يدخله في الدّعوى.

ولمالك الرّقبة أيضا الحقّ في مطالبة المنتفع بأن ينفّذ التزاماته.

كما أنّ للمالك – وهذا سبق منّا – الحقّ في منتوجات الشّيء[1512].

[1512] انظر الفقرة 97.

إضافة إلى هذه الحقوق وإلى أخرى غيرها[1513]، على المالك واجبات[1514].

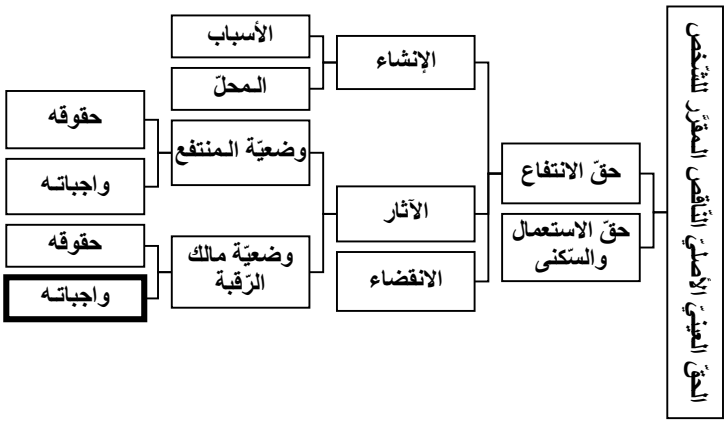
2/ واجبات مالك الرّقبة

334 تعداد بعض الواجبات ◊ رأينا بعدُ أن على مالك الرّقبة الإصلاحات الجسيمة[1515] والتّكاليف غير المعتادة[1516]. هذا في القانون التّونسيّ، أمّا في القانون الفرنسيّ فقيل إنّ مالك الرّقبة ليس مدينا بأيّ التزام بالقيام بعمل؛ هكذا

(1513) انظر تفاصيل حقوق مالك الرّقبة في القانون الفرنسيّ: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 422 وما بعدها؛ جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامومنتي، م س، الفقرة 267، ص 273 وما بعدها؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 803 وما بعدها؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 547، ص 457 وما بعدها؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 252، ص 187 وما بعدها؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 233، ص 454 وما بعدها؛ ف لوران، م س، ج 7، الفقرة 34 وما بعدها، ص 45 وما بعدها.

وفي غير القانون الفرنسيّ انظر: مروان كركبي وسامي بديع منصور، م س، ص 418 وما بعدها.

(1514)



(1515) انظر الفقرة 329.

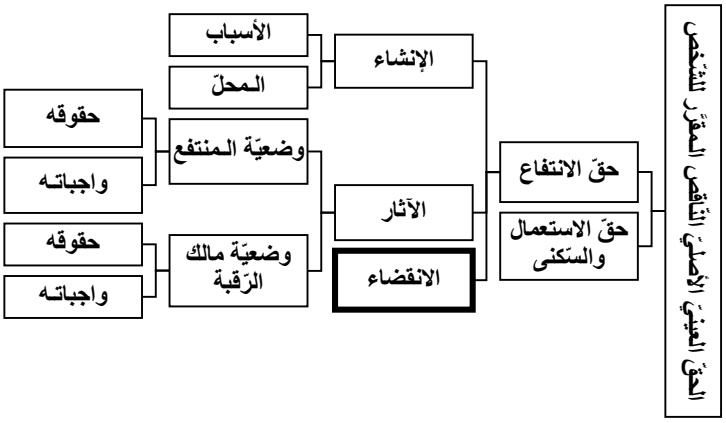
(1516) انظر الفقرة 330.

يختلف عن المسوّغ المطالب مثلا ببعض الإصلاحات الضّروريّة؛ نعم على مالك الرّقبة في القانون الفرنسيّ الإصلاحات الكبيرة، لكنّ المنتفع لا يمكنه أن يجبره على القيام بها[1517].

يخلص ممّا سبق أن للمالك والمنتفع حقوقا وواجبات، أي وضعيّة قانونيّة محدّدة. تمثّل هذه الوضعيّة أثرا للانتفاع. قبل الأثر تناولنا إنشاء الانتفاع. على هذا لم يبق إلّا النّظر في انقضاء الحقّ[1518].

[1517] انظر تفاصيل واجبات مالك الرّقبة في القانون الفرنسيّ: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 430؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 548، ص 458؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 253، ص 188 وما بعدها؛ ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 233، ص 452 وما بعدها؛ ف لوران، م س، ج 7، الفقرة 43 وما بعدها، ص 56 وما بعدها.

[1518]



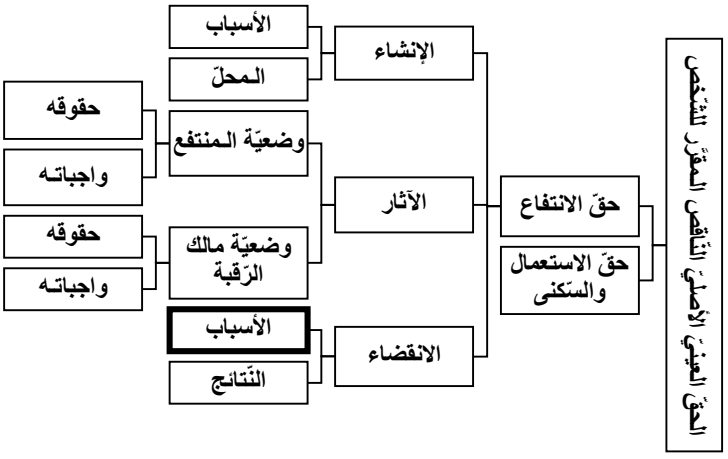
الفقرة الثّالثة: انقضاء حقّ الانتفاع

335 تقسيم البحث ◊ ينقضي حقّ الانتفاع بعدّة أسباب يحدّدها الفصل 157 وما بعده. فإذا انقضى الحقّ، انجرّت عن ذلك نتائج[1519].

أ) أسباب انقضاء حقّ الانتفاع

336 تقسيم البحث ◊ يذكر الفصل 157 من مجلّة الحقوق العينيّة خمسة أسباب لانقضاء حقّ الانتفاع: موت المنتفع، وانتهاء مدّة الانتفاع، واجتماع حقّي الانتفاع والملكيّة في شخص واحد، وعدم ممارسة حقّ الانتفاع لمدّة معيّنة، وهلاك الشّيء. ويضيف الفصل 158 من مجلّة الحقوق العينيّة سببا سادسا: سوء تصرّف المنتفع

(1519)



في العين. ويمكن – أسوة بما كتب في إطار القانون الفرنسيّ[1520] – أن نجمع هذه الأسباب في عنوانين: الأسباب العاديّة، والأسباب العرضيّة[1521].

1/ الأسباب العاديّة

337 موت المنتفع ◊ يقول الفصل 157 إنّ الانتفاع ينتهي بموت المنتفع[1522]. ويقول الفصل 158 إنّ الانتفاع المقرّر لفائدة شخص معنويّ لا يمكن أن يتجاوز الثّلاثين سنة. والأحكام نفسها نجدها في فرنسا حيث أضاف الفقه وقال إنّ انقضاء الانتفاع بموت المنتفع حكم يهمّ النّظام العامّ وإنّ كلّ شرط مخالف يُعدّ

[1520] بوليت فو–فورنيري ودانيال فو، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 617 إلى الفصل 624، كرّاس وحيد، الفقرة 2 وما بعدها.

Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, J. –cl. Civ. Code, art 617 à 624, fasc. Unique, 2 s.

انظر أيضا تقسيمات أخرى لأسباب انقضاء حقّ الانتفاع: ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 550 وما بعدها، ص 460 وما بعدها؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 255 وما بعدها، ص 192 وما بعدها.

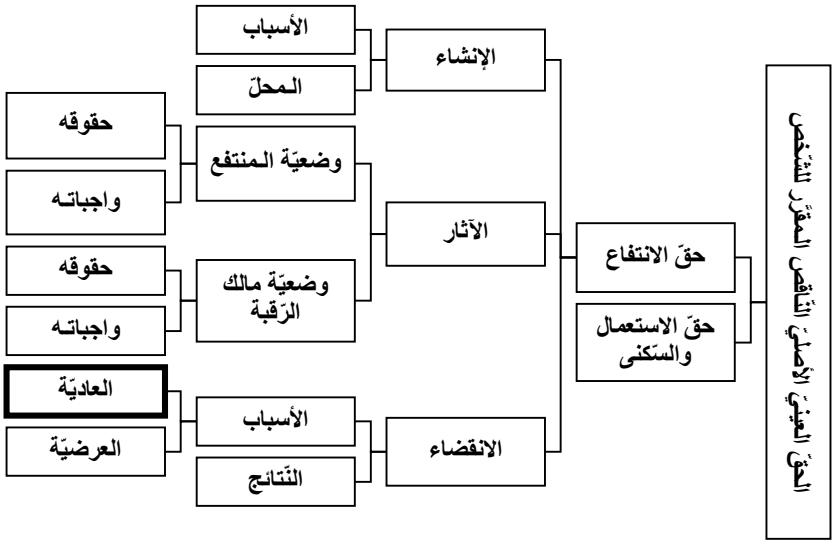
جول–شارل–ماري ناموروا، انقضاء الارتفاق. آثار هذا الانقضاء على مستوى القانون المدنيّ والقانون الجبائيّ، الإخوة شارل دي مورغ ورثة دي فيشون، باريس، 1858، ص 6 وما بعدها.

Jules-Charles-Marie Namuroy, *Extinction de l'usufruit. Conséquences de cette extinction, soit au point de vue du droit civil, soit par rapport au droit fiscal*, Charles de Mourgues Frères. Successeurs de Vinchon, Paris, 1858, p. 6 s.

باطلا[1523]. الكلام عينه ينبغي أن يُقال في الحكم المتعلّق بالشّخص المعنويّ. لكنّ محكمة استئناف فرنسيّة قبلت أن تحيل جمعيّةٌ مِلكيّة رقبة متحفٍ وأن تبقي لنفسها الانتفاع طوال قيامها وإن تجاوز ذلك الثّلاثين سنة[1524].

338 انتهاء مدّة الانتفاع ◊ زيادة على الموت ينقضي حقّ الانتفاع، حسب الفصل 157، بانتهاء مدّته. هذه المدّة قد يحدّدها التّصرّف القانونيّ أو القانون.

(1521)



(1522) جاء في أحد الكتب، وهو يتحدّث في إطار قانونٍ تضمّن الحكم نفسه الوارد في المتن، ما يلي: "وهذا يؤكّد أنّ حقّ الانتفاع لا ينتقل مع موجودات التّركة وديونها إلى الورثة، لأنّه حقّ غير قابل للانتقال إرثا". ندين محمّد مشموشي، حقّ الانتفاع. دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، ط 1، 2006، ص 357.

(1523) انظر: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 442.

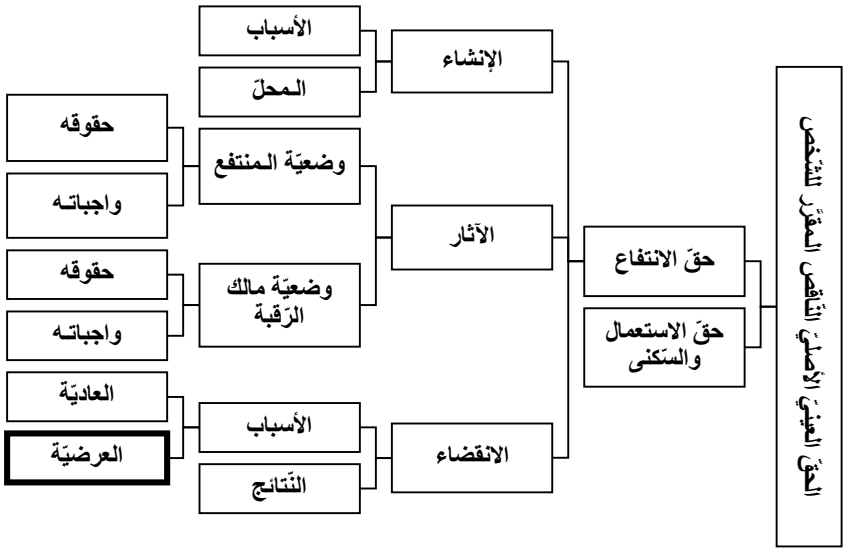
(1524) انظر: محكمة الاستئناف بكان، الدّائرة المدنيّة الأولى، 24 جانفي 1995 (Cour d'appel de Caen, 1re ch. civ., 24 janv. 1995)، ورد عند: بوليت فو–فورنيري ودانيال فو، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 617 إلى الفصل 624، كرّاس وحيد)، الفقرة 5.

لكن يمكن أن ينقضي الانتفاع قبل انتهائها، وذلك إذا ما توفّي المنتفع. ويقول الفصل 160 – ناقلا بذلك أحكام الفصل 620 من المجلّة المدنيّة –: "إذا كان الأجل المضروب لحقّ الانتفاع ينتهي ببلوغ طرف ثالث سنّا معيّنة، استمرّ الانتفاع إلى نهاية ذلك الأجل ولو مات الطّرف قبل بلوغ السّنّ المعيّنة". وفي فرنسا قيل إنّ هذا الحكم متمّم للإرادة، أي أنّه لا ينطبق إلّا إذا لم تثبت للأطراف نيّة مخالفة[1525].

بعد موت المنتفع وانتهاء مدّة الانتفاع، مرّ الفصل 157 إلى الأسباب العرضيّة، أي إلى الأسباب التي لا تنهي الانتفاع إلّا إذا اجتمعت ظروف استثنائيّة[1526].

(1525) انظر: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 444.

(1526)



2/ الأسباب العرضيّة

339 اجتماع حقّ الانتفاع وحقّ الملكيّة في يد شخص واحد ◊ حسب الفصل 157 ينقضي الانتفاع باجتماع حقّي الانتفاع والملكيّة في شخص واحد. ولقد أسميت هذه الصّورة في الفصل 126 من القانون العقّاريّ بـ: "التّمكين"، وهي ترجمة للعبارة المستعملة في الفصل 617 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة: consolidation. وحكم القانون التّونسيّ الحاليّ أو السّابق هو نقل لحكم القانون الفرنسيّ. في هذا القانون قيل إنّ الإجماع حاصل على الاجتماع الذي يحصل في شخص المنتفع، أي على الصّورة التي يحصل فيها المنتفع على ملكيّة الرّقبة إمّا كوارثٍ لمالك الرّقبة أو كمفوَّتٍ له من هذا المالك. لكن ثمّ اختلاف على الاجتماع الذي يحصل في شخص مالك الرّقبة. فبعض الفقهاء يرى الأمر مستحيلا أو عديم الفائدة، لأنّ الوقائع التي تسمح لمالك الرّقبة بأن يجمع الانتفاع مع الملكيّة يمكن اعتبارها أسبابا مستقلّة لانتهاء الانتفاع. تفسير ذلك: إذا ورث مالك الرّقبة المنتفع، فحقّ المنتفع انتهى بموته؛ وإذا حصل مالك الرّقبة على الانتفاع خارج صورة موت المنتفع، فالانتفاع انتهى بتنازل المنتفع عنه بعوض أو بدون عوض. مقابل الفقهاء السّابقين ثمّ من يقول: نعم لا اجتماع في صورة الميراث والتّنازل المتمثّل في تصرّف إراديّ أحاديّ من المنتفع، لكن ثمّ اجتماع إذا حصل تفويت بعوض أو بغير عوض.

خارج هذا المشكل – ودائما في إطار القانون الفرنسيّ – طرح السّؤال حول الصّورة التي يتمّ فيها إبطال السّند الذي حصل بسببه الاجتماع. فإذا قام المنتفع مثلا بتصرّف يقوم به مالك، لأنّه صار مالكا، ثمّ أبطل السّند، فعاد المنتفع منتفعا ليس مالكا، طرح السّؤال حول مآل تصرّف المنتفع. هنا قيل بتطبيق نظريّة الظّاهر

على العلاقة مع الغير[1527] وتطبيق نظريّة الإثراء بلا سبب (يمكن أن نقول ببساطة: تطبيق أحكام آثار البطلان التي هي مصداق من مصاديق الإثراء بلا سبب) على العلاقة بين المنتفع ومالك الرّقبة.

وفي فرنسا أيضا طرح السّؤال: هل الاجتماع سبب لانقضاء شبه الانتفاع[1528]؟ الإجابة بالنّفي، لأنّ المنتفع – ومنذ قيام حقّ الانتفاع – هو مالك ملكيّة كاملة. وفي الحقيقة الاجتماع هنا هو "اختلاط ذمّة" (confusion)[1529]، أي اجتماع وصف الدّائن والمدين في شخص واحد[1530].

340 عدم ممارسة حقّ الانتفاع مدّة معيّنة ◊ فإذا عدنا الآن إلى الفصل 157، وجدناه يتحدّث عن سبب آخر لانقضاء حقّ الانتفاع هو عدم ممارسة هذا الحقّ مدّة خمس سنوات. وفي الفصل 126 من القانون العقّاريّ نجد المدّة عشرين سنة. أمّا في الفصل 617 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة، فالمدّة ثلاثون سنة[1531]. ولقد قيل في إطار هذا القانون إنّه مطلق ويهمّ العقّارات والمنقولات. لكن قيل إنّ فوائد الدّيون التي مثّلت موضوع انتفاع تخضع للفصل 2277، أي للسّقوط بمضيّ خمس سنوات. ودائما في القانون الفرنسيّ، قيل إنّ سقوط الانتفاع بعدم الاستعمال

[1527] حول نظريّة الظّاهر انظر الفقرة 149.

[1528] حول شبه الانتفاع انظر الفقرة 307.

[1529] انظر الفصل 339 من مجلّة الالتزامات والعقود القائل: "تنقضي الالتزامات بأحد الأوجه الآتية وهي: أوّلا الأداء، ثانيا تعذّر الوفاء، ثالثا الإبراء الاختياريّ، رابعا تجديد الالتزام، خامسا المقاصّة، سادسا اختلاط الذّمّة، سابعا سقوط الدّعوى بمرور الزّمان، ثامنا الإقالة".

[1530] انظر حول كلّ ما جاء أعلاه: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 445 وما بعدها.

[1531] وجاء في مطلع الدّراري (ص 147 – 148) أنّ المدّة في القانون العقّاريّ اختلفت عن المدّة في القانون الفرنسيّ وأنّ "أمد العشرين سنة اعتبره الفقهاء في أقصى أمد كراء الرّبع بالنّقد". محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 224.

يفترض غيابا تامّا ومتواصلا للاستعمال والاستغلال سواء من المنتفع باسمه أو من الغير باسم المنتفع. والمدّة لا يُبدأ احتسابها إلّا من آخر فعل استعمال أو استغلال. ويمكن أن تقطع أو تعلّق بواسطة الأسباب العاديّة للقطع والتّعليق[1532]. وتنبغي ملاحظة أنّ الانتفاع غير الممارَس يمكن أن ينقضي قبل المدّة، إذا انتقل المنقول موضوع الانتفاع إلى غير حسن النّيّة، وذلك تطبيقا لأحكام الحوز[1533]. كما تنبغي ملاحظة أنّ عدم الاستعمال لا ينهي شبه الانتفاع لأنّ هذا لا يتضمّن إلّا استعمالا واحدا هو استهلاك الشّيء[1534].

341 هلاك الشّيء محلّ الانتفاع ◊ أخيرا تعرّض الفصل 157 إلى انقضاء الانتفاع بهلاك العين. هذا النّصّ – كما قيل – هو نقل للفصل 126 من القانون العقّاريّ الذي هو نقل للفصل 617 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة.

وفي التّعليق على القانون العقّاريّ قيل إنّ "الفقهاء على فسخ الإجارة بتلف المأجور. قال خليل فسخت بتلف ما يستوفى منه، أي إذا تلفت الدّار بالسّقوط أو الحرق أو تلفت السّفينة بالغرق أو تلفت الدّابّة بالموت فسخت الإجارة المنعقدة على ما تلف"[1535].

أمّا في التّعليق على القانون الفرنسيّ – وهو الذي تحدّث عن تلف كامل – فقد قيل إنّ العبارة لا تعني فقط التّلف المادّيّ بل كلّ تغيير يلحق بالأوصاف الأساسيّة للشّيء ويجعله غير صالح للاستعمال الذي أعدّ له. مثال ذلك: حرق مبنى ينهي الانتفاع، إذا جعل السّكنى فيه مستحيلة. فإذا انصبّ الانتفاع على حقّ، أدّى

[1532] حول القطع والتّعليق انظر الفقرة 216.

[1533] انظر هذه الأحكام في الفقرة 217.

[1534] انظر حول كلّ ما جاء أعلاه: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 451 وما بعدها.

[1535] مطلع الدّراري، ص 147 – 148، حسب: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 224.

انقضاء الحقّ إلى انقضاء الانتفاع. وإذا كان هلاك الشّيء جزئيّا، بقي الانتفاع على ما تبقّى من الشّيء وعلى توابع الشّيء. مثال ذلك: إذا تهدّم مبنى، بقي الانتفاع على الأرض وعلى الموادّ. مثال ذلك أيضا: إذا مات بعض قطيع الماشية، بقي الانتفاع على ما بقي حيّا منه. والهلاك التّامّ للشّيء لا يؤدّي إلى انقضاء الانتفاع إلّا إذا نتج عن أمر طارئ. أمّا إذا كان سببه خطأ مالك الرّقبة أو المنتفع، فلا انقضاء. وفي هذه الحالات، إذا أدّى هلاك الشّيء إلى أن تستوجب غرامة (غرامة تأمين مثلا)، انتقل حقّ المنتفع بواسطة الحلول العينيّ إلى الغرامة. وفي صورة الانتزاع للمصلحة العامّة، فالغرامة التي تعطيها الإدارة يأخذها المنتفع لكي ينتفع بها بدل المال المنتزع. ولأنّ الحقّ السّاقط لا يعود، فإنّه — وبعد انقضاء الانتفاع — وإذا أعاد المالك مثلا بناء الدّار التي تهدّمت، لا يقوم عليها الانتفاع القديم. والهلاك ليس سببا لانقضاء شبه الانتفاع لأنّ شبه المنتفع له أصلا حقّ الاستهلاك، أي حقّ الإهلاك[1536].

342 **التّعسّف في التّصرّف** ◊ إضافة إلى هلاك الشّيء وإلى غيره من أسباب انقضاء الانتفاع الواردة في الفصل 157، جاء الفصل 158 بسبب آخر، فقال: "لمالك العين طلب انقضاء حقّ الانتفاع لسوء تصرّف المنتفع في العين. ويجوز لدائني المنتفع التّداخل في الدّعوى حفظا لحقوقهم، ويمكن عرض إصلاح ما تخرّب وتقديم ضمانات للمستقبل. وللمحكمة حسب الظّروف أن تحكم إمّا بانقضاء حقّ الانتفاع وإمّا بتسليم العين لمالكها مع فرض جراية عليه يدفعها سنويّا للمنتفع أو لمن انتقل إليه حقّه وذلك إلى نهاية المدّة التي كان ينقضي فيها الانتفاع". هذا

[1536] انظر حول كلّ ما جاء أعلاه: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 457 وما بعدها.

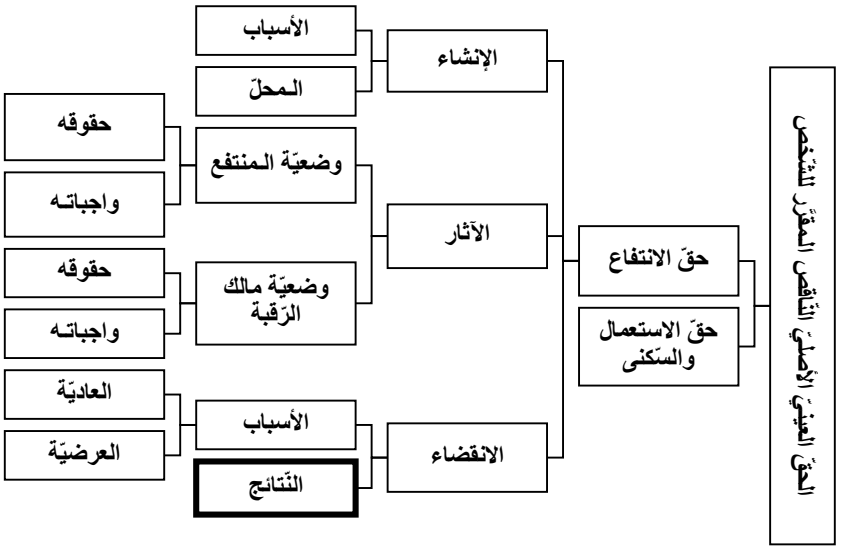
النّصّ منقول عن الفصل 127 من القانون العقّاريّ[1537] المنقول بدوره عن الفصل 618 من المجلّة المدنيّة. وفي إطار التّعليق على هذا النّصّ أعطيت أمثلة لسوء التّصرّف تناولها القضاء: انخفاض مردود أرض مزروعة بالكروم لعدم القيام بالأعمال الفلاحيّة الملائمة، اقتلاع أشجار دون الالتزام بنظام التّهيئة، اقتلاع أشجار مثمرة، تغيير ما أعِدّ له الشّيء، إلخ. ولأنّ الانقضاء هنا عقوبة مدنيّة، فينبغي أن يكون سوء التّصرّف من عمل المنتفع نفسه أو من عمل من ينتفع باسمه كالوكيل والمكتري ونحو ذلك[1538].

ممّا تقدّم يخلص أن ثمّ عدّة أسباب لانقضاء حقّ الانتفاع. فإذا انقضى هذا الحقّ، ترتّبت نتائج[1539].

[1537] انظر الفصل 127 والتّعليق عليه في مطلع الدّراري، وذلك عند: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 225.

[1538] انظر حول ما جاء في المتن عن القانون الفرنسيّ: ألفريد ريغ، م س، الفقرة 464 وما بعدها.

[1539]



ب) نتائج انقضاء حقّ الانتفاع

343 واجب الردّ ◊ لانقضاء الانتفاع نتيجتان: ردّ الشّيء، وتصفية الحسابات بين المالك والمنتفع.

وبردّ الشّيء، يعود للمالك حقّ الانتفاع، وتتشكّل من جديد الملكيّة التّامّة. وعلى هذا المستوى — مستوى الرّدّ — يميّز القانون بين الشّيء القابل للاستهلاك والشّيء غير القابل للاستهلاك:

حول الشّيء الأوّل، يقول الفصل 148: "إذا شمل المنتفع به أشياء لا يمكن استعمالها بدون استهلاكها، لا يمنع المنتفع من التّصرّف فيها؛ ولكن يلزم عند انقضاء مدّة الانتفاع أن يردّ مثلها قدرا وصفة أو أن يدفع ثمنها حسبما يقع تقويمه".

هذا النّصّ هو نقل حرفيّ أو يكاد للفصل 100 من القانون العقّاريّ القائل: "إذا شملت المنفعة أشياء لا يمكن استعمالها بدون إتلافها، لا يمنع صاحب المنفعة من التّصرّف فيها؛ ولكن يلزمه عند انقضاء مدّة المنفعة المذكورة أن يردّ مثلها في العدد والجنس والقيمة أو أن يدفع ثمنها بحسب ما يقع تقويمه". وفي التّعليق على هذا النّصّ قال صاحب مطلع الدّراري (ص 141): "صورة المسألة فيما إذا أعطاه منفعة هنشير فيه تبن، أو منفعة فرن فيه حطب أو غيره من لوازم الوقد، فأوقد الحطب في الفرن، واستعمل التّبن في علف دوابّه، فبموجب كونه ضامنا لما أخذه من الأعيان يلزمه أداء المثل أو القيمة شرعا"[1540].

وحول الشّيء الثّاني، يقول الفصل 149: "إذا كان المنتفع به لا يهلك بمجرّد الاستعمال لكنّه يبلى تدريجيّا، فللمنتفع استعماله فيما أعدّ له، وليس عليه في نهاية الانتفاع أن يردّه إلّا على الحالة التي صار عليها، عدا ما وقع بتغريره أو بخطئه".

[1540] محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 210.

هذا النّصّ هو نقل حرفيّ أو يكاد للفصل 101 من القانون العقّاريّ القائل: "إذا كان المنتفع به لا يتلف بالاستعمال بل يبلى تدريجيّا، فلذي المنفعة استعماله فيما أعدّ له، وليس عليه في نهاية مدّة الانتفاع أن يردّه كما تسلّمه، بل يردّه على الحالة التي صار عليها بشرط أن لا يكون ما وقع به من البلاء ناتجا عن تقصير أو تعمّد ضرر". وفي التّعليق على هذا النّصّ قال صاحب مطلع الدّراري (ص 141 – 142): "صورة المسألة فيما إذا أعطاه منفعة حانوت الحلاقة أو النّجارة أو نحوهما، وفيهما آلات الحلق أو النّجارة، فلا شكّ أنّ الآلات المذكورة تبلى بالاستعمال، ولا يلزم المنتفع أن يغرم شيئا في هلاكها باستعمالها فيما هي معدودة له وإلاّ لزمه ضمانها. وقد ذكر هذه المسألة وما قبلها صاحب التّحفة في الإعارة بقوله:

"وَمَا اسْتُعيرَ رَدُّهُ مُسْتَوْجَبُ وَمَا ضَمانُ المسْتَعيرِ يَجِبُ بَيِّنةٌ

"إلّا بِقابلِ المغيبِ لم تَقُــمْ عليه أنّه عُـــــــــــــــــدِمْ

"أو ما المعَارُ فيه قَدْ تحقّقا تَعدَّ أوْ فَرَّطَ فيه مُطْلَقَـــــــــا

"فإذا استعار نحو الفأس والمنشار أو السّيف للقتال، فأتى بشيء من ذلك مكسورا، فقال خليل وبرئ في كسر كسيف أن شهد له أنّه معه في اللقاء أو ضرب به ضرب مثله؛ وهذا قول ابن القاسم في المدوّنة حيث أنّ المستعير لم يفعل إلّا ما أذن به، بخلاف ما إذا فعل ما لم يؤذن به فهو تعدٍّ يوجب غرما"[1541].

[1541] محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 211.

هذه هي أحكام حقّ الانتفاع. إلى جانبه يوجد حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى(1542).

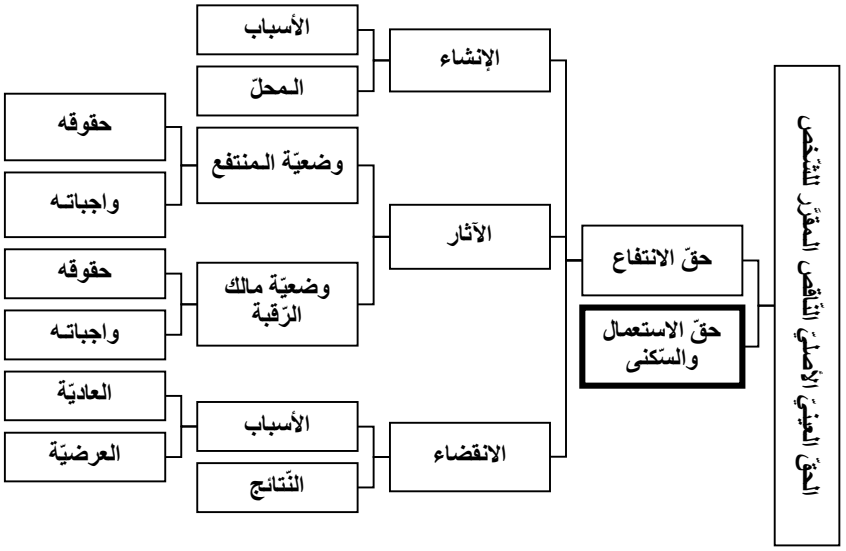
المبحث الثّاني: حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى

344 السّكنى (استعمال المنازل) والاستعمال (استعمال بقيّة الأشياء) ◊ قيل سابقا إنّ الحقوق التي ترد على الأشياء ثلاثة لا غير: حقّ الاستعمال، وحقّ الاستغلال، وحقّ التّصرّف.

وقيل أيضا إنّ حقّ الملكيّة يتكوّن من الحقوق الثّلاثة.

كما قيل إنّ حقّ الانتفاع الممنوح لغير المالك يتكوّن من: حقّ الاستعمال، وحقّ الاستغلال (أخذ الغلّة دون أخذ المنتوج).

(1542)



زيادة على حقّ الانتفاع، يمكن أن يأخذ غير المالك حقّ الاستعمال أو حقّ السّكنى. وحقّ السّكنى يرتبط بالمنازل؛ وهو فيما يخصّها – والكلام لـ: "دوما" (Domat) – بمثابة الاستعمال فيما يتعلّق ببقيّة الأشياء[1543].

345 القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ القديم ◊ وفي القانون الرّومانيّ، كان حقّ الاستعمال يعطي لصاحبه حقّ الاستعمال دون حقّ أخذ الغلال[1544]؛ في المقابل كان حقّ السّكنى يمنح صاحبه صلاحيّات واسعة قريبة جدّا من الصّلاحيّات التي يعطيها حقّ الانتفاع. وفي القانون الفرنسيّ القديم اعتبر حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى ارتفاقات شخصيّة؛ وأصبح حقّ الاستعمال يمكّن صاحبه من أخذ الغلّة في حدود حاجيّاته؛ كما لم يعد حقّ السّكنى يسمح لصاحبه بأن يسوّغ المنزل. هذا التّصوّر هو الذي أخذت به المجلّة المدنيّة في 1804[1545].

(1543) النّصّ الأصليّ:

"L'habitation est pour les maisons, ce que l'usage est pour les autres fonds".

دوما، م س، ج 1، ص 386.

(1544) وهكذا يشمل حقّ استعمال قطيعٍ من الماشية جزّ المرج وتسميد الأرض، لكنه لا يمتدّ إلى جزّ صوف الغنم أو إلى ما تلده الأنعام، بل – وحسب بعض المؤلّفين – لا يمتدّ الاستعمال إلى أخذ حليب البقر ونحوها. انظر:

جون-فرانسوا بيلبوت، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 625 إلى الفصل 636، الكرّاس 10، الفقرة 2.

Jean-François Pillebout, J. –cl. Civ. Code, art 625 à 636, fasc. 10, n° 2.

(1545) ستيفان بييديلييفر، «استعمال – سكنى»، الموسوعة المدنيّة دالوز، ماي 1999، الفقرة 5؛ ف لوران، م س، ج 7، الفقرة 102، ص 118.

Stéfane Piedelièvre, « Usage-Habitation », *Rép. Civ. Dalloz*, mai 1999, n° 5.

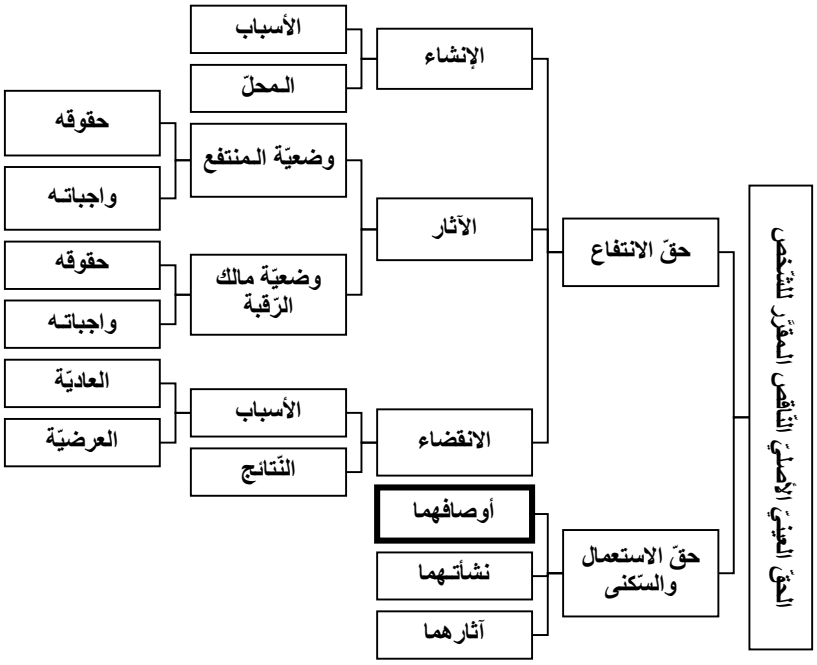
ف لوران، م س، ج 7، الفقرة 102، ص 118.

346 تقسيم البحث ◊ وفي تونس نظّمت مجلّة الحقوق العينيّة حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى في أربعة نصوص (الفصل 161 إلى 164). انطلاقا من هذه النّصوص (وغيرها) يمكن أن نتحدّث عن أوصاف هذين الحقّين، وعن نشأتهما، وعن آثارهما(1546).

الفقرة الأولى: أوصاف الحقّين

347 الحقّان ووصف العينيّة ◊ حسب الفصل 12 من مجلّة الحقوق العينيّة، يُعدّ حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى حقّين عينيّين.

انظر أيضا حول تكييف حقّ الاستعمال بالارتفاق الشّخصيّ: برودون، م س، ص 7؛ فيليكس لوغران، م س، ص 3 وما بعدها.
(1546)



والوصف نفسه قيل به في فرنسا؛ وقيل إنّه يفرز نتائج. تتمثّل النّتائج في أنّ للمستعمل حقّ تتبّع وحقّ أفضليّة؛ نعم الحقّ لا يقبل الإحالة، لكنّه يقبل التّعويض؛ ثمّ إنّ المحكمة المختصّة هي التي يوجد بها العقّار لا التي يوجد فيها مقرّ المالك. فإذا كانت الدّعوى مختلطة، أصبحت المحكمة المختصّة ترابيّا هي المحكمة التي يوجد بها مقرّ المدّعى عليه. ويمكّن وصف العينيّة – والكلام دائما مأخوذ ممّا كتب حول القانون الفرنسيّ – من تمييز حقّ الاستعمال والسّكنى عن وضعيّات قريبة. من هذه الوضعيّات حقّ المكتري. هذا الحقّ شخصيّ (بالمعنى الذي سبق معنا للحقّ الشّخصيّ[1547]). لكنّه قد لا يكون مرتبطا بصاحبه كما يرتبط حقّ الاستعمال والسّكنى. فحقّ المكتري في المجلّة المدنيّة يُعارَض به من أحيل إليه العقّار. كما أنّ التّطوّر اللاحق للقانون منح المكتري بعض الصّلاحيّات، ومنها إحالة حقّ الكراء أو توريثه. بل إنّ المكتري يمكنه أن يصبح مالكا بواسطة حقّ الأولويّة في الشّراء[1548]؛ ولأجل هذه الصّلاحيّات، وتحديدا لأجل التّفصّي من الطّابع الآمر للأحكام المنظّمة للكراء، قد يعمد المالكون إلى إخفاء هذا التّصرّف تحت عباءة حقّ الاستعمال والسّكنى. وثمّ أمر آخر: حقّ الاستعمال والسّكنى – خلافا للكراء – لا يشمل المحلاّت التّجاريّة، لأنّ هذا الحقّ مقصور على حاجيّات صاحبه. كلّ هذه الأمور وغيرها تجعل حقّ الاستعمال والسّكنى مختلفا عن حقّ المكتري. لكن لا ينبغي أن ننسى الأمفتيوز[1549]، فهو كراء يمكّن للمكتري من

[1547] انظر الفقرة 19.

[1548] انظر حول الأولويّة في الشّراء: الفقرة 137 وما بعدها.

[1549] انظر حول الأمفتيوز الفقرة 24.

حقّ عينيّ[1550]. وما قيل إلى حدّ الآن قيل في إطار القانون الفرنسيّ. لكنّه قابل لأن يقال في القانون التّونسيّ.

348 الحقّان ووصف التّأقيت ◊ وزيادة على العينيّة، يمكن وصف حقّ الاستعمال والسّكنى بالحقّين المؤقّتين. فالفصل 164 قال إنّ أحكام حقّ الانتفاع تنطبق على حقّ الاستعمال والسّكنى فيما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقّين. ومن أحكام الانتفاع التي لا يوجد فيها هذا التّعارض أنّ الحقّ يزول بموت صاحبه[1551]. وإذا كان صاحب الحقّين شخصا معنويّا، انطبقت أحكام الفصل 159، فلا تتجاوز المدّة ثلاثين سنة. وفي إطار التّأقيت أيضا، ولعدم وجود تعارض مع طبيعة الحقّين، تنطبق أحكام الفصل 160، أي أنّه إذا كان الأجل المضروب للحقّين ينتهي ببلوغ طرف ثالث سنّا معيّنة، استمرّ الحقّان إلى نهاية ذلك الأجل، ولو مات الطّرف قبل بلوغ السّنّ المعيّنة. ويمكن أن ينتهي الحقّان، تطبيقا للفصل 157، بالتّمكين وبصيرورة المستعمل مالكا. كما يمكن أن ينتهيا بعدم الممارسة مدّة خمس سنوات أو بهلاك الشّيء. ويمكن أيضا إنهاء الحقّين قبل الأوان بسبب تعسّف صاحبهما في استعمال العين على معنى الفصل 158. وفي هذا الإطار حوى القانون العقّاريّ

[1550] انظر حول جميع ما جاء في المتن عن القانون الفرنسيّ وانظر تفاصيل أخرى: ستيفان بييديلييفر، م س، الفقرة 7 وما بعدها.

انظر أيضا توصيف الحقّين بالعينيّة: جون كاربونييه، م س، الفقرة 101، ص 166؛ جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 278 وما بعدها، ص 283 وما بعدها؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 228، ص 173.

وفي غير القانون الفرنسيّ انظر: مروان كركبي وسامي بديع منصور، م س، ص 423.

[1551] انظر حول وصف التّأقيت وقد أتي به في إطار القانون الفرنسيّ وانظر تفاصيل أخرى: ستيفان بييديلييفر، م س، الفقرة 7 وما بعدها.

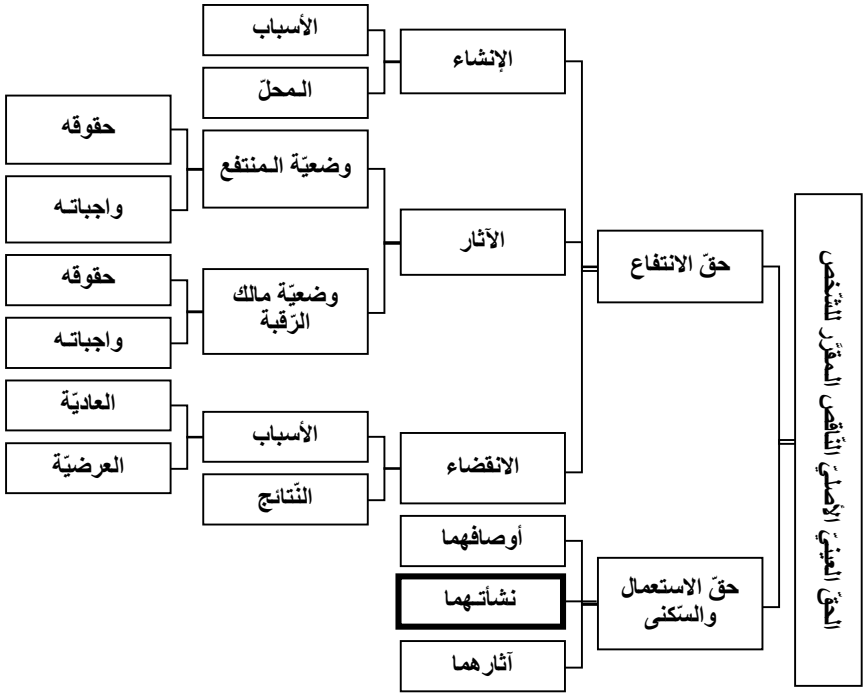
نصّا هو الفصل 136 والذي يقول: "يجب على من له حقّ الاستعمال أو السّكنى أن ينتفع بحقّه كالمالك الشّفيق"[1552].

هذا عن التّأقيت، بعد هذا الوصف ووصف العينيّة، ينبغي تناول النّشأة[1553].

[1552] انظر النّصّ والتّعليق عليه عند: محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 229.

وانظر حول وصف التّأقيت في القانون الفرنسيّ: جون–فرانسوا بيلبوت، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 625 إلى الفصل 636، الكرّاس 10)، الفقرة 29 وما بعدها؛ ستيفان بييديلييفر، م س، الفقرة 21 وما بعدها؛ جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 278، ص 283.

[1553]



الفقرة الثّانية: نشأة الحقّين

349 الأسباب ◊ في فرنسا أعطيت أمثلة عديدة لحق استعمال أو سكنى ينشأ عن القانون[1554]. وفي تونس تساءل أحدهم "حول الطّبيعة القانونيّة لحقّ سكنى الحاضنة على معنى الفصل 56 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة: هل هو مجرّد حقّ شخصيّ يتمثّل في التزام الأب بإسكانها مع المحضون إن لم يكن لها مسكن أم أنّ الحاضنة لها حقّ عينيّ في السّكن؟ يبدو من صيغة الفقرة الأولى من الفصل 56 [...] أنّ المشرّع يفرض التزاما على الأب بإسكان الحاضنة ممّا يجعل حقّها من صنف الحقوق الشّخصيّة؛ ولكنّه ليس مجرّد حقّ شخصيّ، بل هو حقّ شخصيّ معزّز بعدّة ضمانات"[1555].

[1554] انظر هذه الأمثلة عند: جون–فرانسوا بيلبوت، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 625 إلى الفصل 636، الكرّاس 10)، الفقرة 103 وما بعدها.

[1555] حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 438، ص 313.

وثمّ من قال فيما يخصّ حقّ البقاء الوارد في الفقرة الثّانية من الفصل 56 (يترتّب للحاضنة عند إلزام الأب بإسكانها مع المحضون حقّ البقاء في المسكن الذي على ملك الأب ويزول هذا الحقّ بزوال الموجب) أنّه حقّ عينيّ لا شخصيّ. فـ: "بالرّجوع إلى صيغة الفصل 56 نلاحظ أنّ المشرّع لم يقم أيّة علاقة دائنيّة بين الأب والحاضنة إذ اعتمد الصّيغة التّالية: «يترتّب ... حقّ البقاء في المسكن ...». فلقد خيّر إقامة علاقة قانونيّة مباشرة بين الحاضنة والعقّار تنتهي بانتهاء الموجب. فحقّ البقاء إذن حقّ عينيّ تتمتّع به الحاضنة على المسكن الذي تقطنه مع المحضون للاعتناء بهذا الأخير والاهتمام به والقيام بشؤونه. غير أنّ هذا الحقّ لا يُضاف إلى قائمة الحقوق العينيّة العقّاريّة الواردة بالفصل 12 من مجلّة الحقوق العينيّة، بل هو وجه من وجوه حقّ السّكنى الذي نظّمه المشرّع بالفصول 161 إلى 164 من المجلّة المذكورة". نعمان الرّقيق، «الجديد في أحكام الفصل 56 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة»، القضاء والتّشريع، عدد 9، نوفمبر 2008، ص 36.

زيادة على القانون – وتماما مثل الانتفاع – يمكن أن ينشأ حقّ الاستعمال والسّكنى بواسطة التّقادم وبواسطة التّصرّف القانونيّ المتمثّل في وصيّة أو في عقد. وفي هذه الصّورة، يمكن أن يولد حقّ الاستعمال بطريقتين: الطريقة الأولى مباشرة، وحاصلها أن يمكّن المالكُ الغيرَ من حقّ استعمال أو سكنى، ويحتفظ لنفسه بما تبقّى من حقوق داخلة في حقّ الملكيّة؛ الطّريقة الثّانية غير مباشرة، ومفادها أن يمكّن المالكُ الغيرَ من ملكيّة الرّقبة ومن الاستغلال ويبقي لنفسه حقّ الاستعمال أو السّكنى.

350 المحلّ ◊ وينشأ حقّ الاستعمال على العقّار والمنقول. أمّا حقّ السّكنى، فينصبّ على العقّار. لكن لا ينبغي أن ننسى هنا ما نجده في بعض البلاد من مساكن هي منقولات كالقوارب (péniches) أو المقطورات (caravanes).

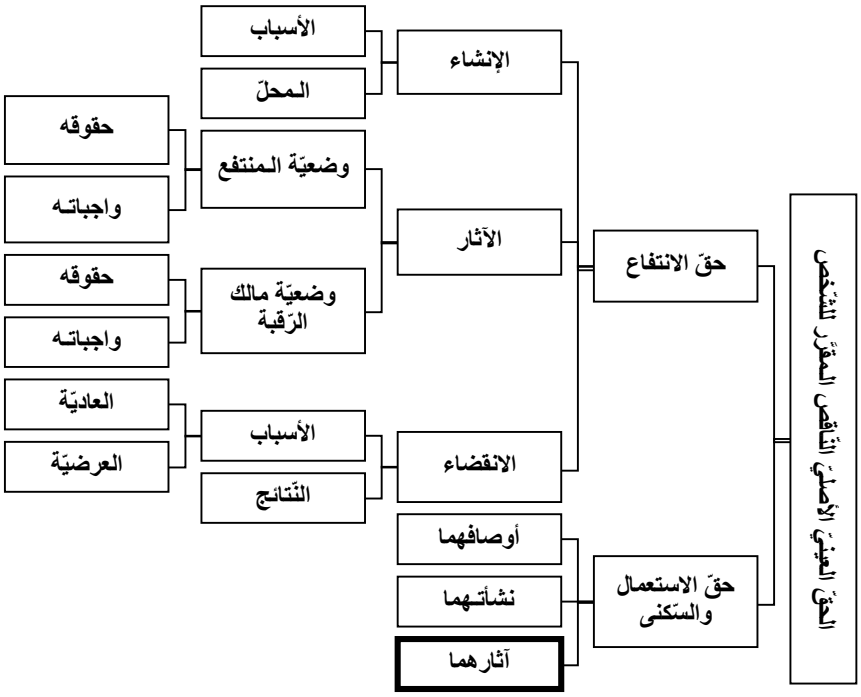
وعلى كلّ، وفيما يخصّ النّشأة، ينبغي أن نقول تقريبا كلّ ما قلناه في إطار حقّ الانتفاع[1556]. الأمر لا يختلف كثيرا على مستوى الآثار[1557].

الفقرة الثّالثة: آثار الحقّين

351 الإرادة، وإلاّ فالقانون المكمِّل للإرادة ◊ حسب الفصل 161 من مجلّة الحقوق العينيّة: "حقّ الاستعمال أو حقّ السّكنى يُعيّن في السّند المنشئ له [...]". ولقد

(1556) انظر الفقرة 309 وما بعدها.

(1557)



كان الفصل 137 من القانون العقّاريّ يقول إنّ حدود الحقوق تضيق أو تتّسع بحسب الشّروط التي يقع الاتّفاق عليها. وجاء كتعليق في مطلع الدّراري أنّ العمرى أقسام: "مقيّدة بأجل، وحياة المعمَّر بالفتح، ومطلقة، ومعقّبة. فالمقيّدة بأجل أو حياتي أو حياتك هي إلى دخول ذلك الأجل، وإن أطلق ولم يقيّد كان محمله على عمر المعطى له حتّى يقول عمري أو حياتي، وإنّ عقّبها فقال أعمرتك أنت وعقبك فهي إلى أن ينقرض العقب"[1558].

خارج مسألة الزّمن، يمكن للسّند أن يوسّع من حقوق المستعمِل أو أن يضيّق منها. فإذا لم يفعل، انطبقت أحكام الفصل 162 و163 و164. وحسب النّصّ الأوّل: "نطاق حقّ الاستعمال أو حقّ السّكنى يتحدّد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحقّ هو وأسرته لخاصّة أنفسهم"؛ وحسب النّصّ الثّاني: "لا يجوز إحالة ولا كراء حقّ الاستعمال أو حقّ السّكنى"[1559]؛ وحسب النّصّ الثّالث: "تسري أحكام حقّ الانتفاع على حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى فيما لا يتعارض مع طبيعة هذين الحقّين"[1560]. وانطلاقا من هذا الفصل، يمكن أن نقول إنّ على صاحب الحقّين

[1558] محمّد الطّاهر السّنوسي، م س، ج 1، ص 229.

وانظر حول وصف التّأقيت في القانون الفرنسيّ: جون–فرانسوا بيلبوت، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 625 إلى الفصل 636، الكرّاس 10)، الفقرة 29 وما بعدها؛ ستيفان بييديلييفر، م س، الفقرة 21 وما بعدها.

[1559] رأينا – في الفقرة 301 – أنّ القانون الإسلاميّ يفرّق داخل ملك الانتفاع بين حقّ الانتفاع وملك المنفعة. وما جاء أعلاه من أنّ حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى لا يقبلان الإحالة يعني أنّهما من قبيل حقّ الانتفاع لا ملك المنفعة إذا استعملنا اصطلاحات القانون الإسلاميّ.

[1560] جاء في أحد كتب فقه القانون الفرنسيّ: يمكّن حقّ الاستعمال من استعمال الشّيء وأخذ غلّته في حدود حاجيّات صاحب الحقّ وحاجيّات أسرته. ويمكن للعقد أن يوسّع في امتداد الحقّ. ولا شيء أيضا يمنع من تقليص الحقّ وحصره في أمر معيّن كالصّيد. فإذا كان الاستعمال متمثّلا في

واجب حفظ الشّيء[1561]، وواجب أداء التّكاليف المعتادة ممّا يُعتبر أداءً على الاستعمال أو السّكن[1562]، وواجب إعلام مالك الرّقبة بالشّغب الواقع على العين[1563]. في المقابل على مالك الرّقبة الإصلاحات الجسيمة والتّكاليف غير المعتادة[1564].

هذا عن حقّ الاستعمال والسّكنى. قبل هذين الحقّين تناولنا حقّ الانتفاع. وجميع هذه الحقوق حقوق عينيّة أصليّة منقوصة ومقرّرة لفائدة الأشخاص. إلى جانبها يوجد حقّ له الطّبيعة نفسها، لكنّه مقرّر لفائدة العقّارات[1565].

سكنى، فهذه هي لصاحب الحقّ وأسرته فحسب. ويمكن بواسطة الاتّفاق تحديد امتداد آخر لحقّ السّكنى غير الذي ورد للتّوّ. ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 563 وما بعدها، ص 464 وما بعدها.

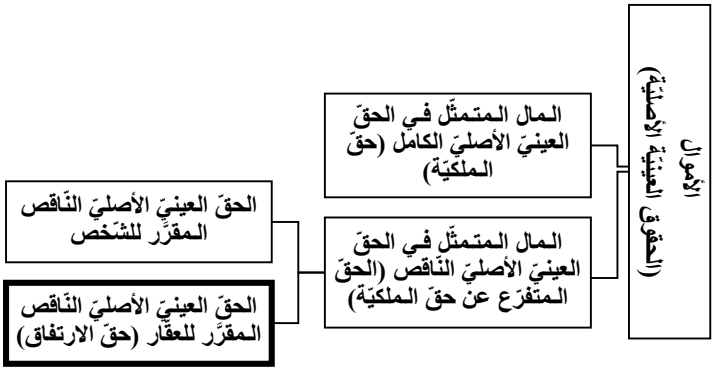
(1561) انظر الفقرة 329.

(1562) قرّب من الفقرة 330.

(1563) انظر الفقرة 331.

(1564) انظر الفقرة 334.

(1565)



الفصل الثّاني
الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص المقرَّرللعقّار(حقّ الارتفاق)

352 تعريف الارتفاق ◊ نظّم المشرّع التّونسيّ الارتفاق (servitude) في الفصول 165 إلى 190 من مجلّة الحقوق العينيّة. هذه النّصوص هي نقل حرفيّ أو يكاد لجزء من أحكام القانون الفرنسيّ الواردة في الفصل 637 إلى 710 من المجلّة المدنيّة. ولقد قال الفصل 165 – وقال النّصّ المنقول عنه، أي الفصل 637 – إنّ الارتفاق حقّ مرتّبٌ على عقّار لمنفعة عقّار يملكه شخص غير مالك العقّار الأوّل.

ويسمّى العقّار الذي يستفيد من المنفعة "العقّار الموظّف له الحق" أو "العقّار المرتفِق" أو "العقّار المخدوم" (fonds dominant)؛ أمّا العقّار الذي يتحمّل المنفعة، فيسمّى "العقّار الموظّف عليه الحقّ" أو "العقّار المرتفَق به" أو "العقّار الخادم" (fonds servant)[1566].

ومن أمثلة الارتفاق ارتفاق المرور: هنا يُمَكّن لأرض لا منفذ لها على الطّريق العامّ من ممرّ في الأراضي المجاورة وذلك من أجل الدّخول إليها والخروج منها.

[1566] انظر الأسماء الفرنسيّة مثلا عند: جون كاربونييه، م س (الأموال)، الفقرة 146، ص 246؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 266، ص 202؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 576، ص 491؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 868؛ ماري–لور ماتيو، م س، الفقرة 718، ص 263؛ إيفان بوفلون–لانور، م س، الفقرة 551، ص 217؛

جول–هيبوليت فوراج، في إنشاء الارتفاقات العقّاريّة في القانون الرّومانيّ وفي القانون الفرنسيّ، مطبعة موكي، باريس، 1867، ص 6.

Jules-Hippolyte Faurège, *De l'établissement des servitudes réelles en droit romain et en droit français*, Imprimerie Moquet, Paris, 1867, p. 6.

والارتفاق يعيدنا إلى حقّ الانتفاع والاستعمال والسّكنى؛ ففي كلّ هذه الصّور، لدينا مالكٌ حصل إنقاصٌ في حقّ ملكيّته[1567].

بل إنّ الارتفاق يعيدنا إلى ما أبعد، أي إلى الجزء التّمهيديّ؛ فهنالك تناولنا مسألة تخصيص شيء (منقول) من أجل خدمة ومنفعة شيء آخر (عقّار)[1568]. الأمر لا يختلف في الارتفاق إلّا على مستوى أنّ التّخصيص هو لعقّار لفائدة عقّار آخر، وإلّا على مستوى أنّ الشّيئين هما على ملك شخصين مختلفين.

353 **العناصر المكوِّنة** ◊ وانطلاقا من التّعريف الوارد أعلاه تكون العناصر المكوِّنة للارتفاق ثلاثة:

أوّلا: عقّارات طبيعيّة على ملك أشخاص مختلفين. فالارتفاق لا يهمّ المنقولات بجميع أنواعها (مثلا أصل تجاريّ) ولا العقّارات الحكميّة أو التّبعيّة، بل فقط

[1567] هنالك من اعتبر حقّ الارتفاق قسما من حقّ الانتفاع. انظره عند: محمّد أبو زهرة، م س، ص 78، الهامش 3.

[1568] انظر الفقرة 40 وما بعدها.

العقّارات الطّبيعيّة، أرْضاً كانت هذه أو بناءً[1569]. ينجرّ عن هذا أن لا ارتفاق على ارتفاق أو على أيّ حقّ عينيّ آخر[1570].

ويقتضي الارتفاق أن نكون على الأقلّ أمام عقّارين: واحدٌ خادم والآخر مخدوم. لكن هذا المقتضى غير موجود في الارتفاق القانونيّ الهادف إلى تحقيق مصلحة عامّة (تهيئة، بيئة، إلخ)[1571]، أي في الارتفاق الإداريّ[1572] (هو ارتفاق لا يوجد فيه عقّار مخدوم محدَّد؛ أي هو ليس ارتفاقا، إذا قلنا إنّ العقّار المخدوم المحدَّد من الأوصاف الذّاتيّة للارتفاق[1573]).

[1569] انظر: محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق الخاصّة في فقه القضاء»، منشور في: خمسون عاما من فقه القضاء المدنيّ. 1959 – 2009، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2010، ص 1461. وانظر في القانون الفرنسيّ: جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 307، ص 310. وفي القانون نفسه جاء في أحد الكتب (صوفي شيلر، م س، الفقرة 165، ص 201) أنّ سبب عدم إمكان أن يكون موضوع الارتفاق عقّارا حكميّا أنّه متحرّك، وسبب عدم إمكان أن يكون عقّارا تبعيّا استحالة أن يكون محلّ سيطرة مادّيّة. وفي كتاب آخر (فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 869) جاء – إلى جانب ما تقدّم – أنّ الارتفاق لا يكون على الأشجار والنّباتات الأخرى. فرغم أنّها عقّارات طبيعيّة، إلّا أنّها ليس لها أمد وجود كاف لكي ينشأ عليها ارتفاق. وهكذا فالارتفاق لا يهمّ إلّا الأراضي غير المبنيّة أو المباني المقامة على الأراضي.

[1570] انظر هذا الكلام وقد أتي به في إطار القانون الفرنسيّ: جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 307، ص 310.

[1571] انظر هذا الارتفاق في الفقرة 361.

[1572] انظر هذا الكلام وقد أتي به في إطار القانون الفرنسيّ: جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 309، ص 312.

[1573] انظر حول هذه النّقطة: محمّد السّيّاري، م س، ص 10 وما بعدها.

هوغ بيريني-ماركيت، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 637 إلى الفصل 639، كرّاس وحيد، الفقرة 11 وما بعدها.

Hugues Perinet-Marquet, J. –cl. Civ. Code, art 637 à 639, fasc. unique, § 11.

والمقتضى غير موجود أيضا في ملكيّة الطّبقات. هنا، وكما رأينا[1574]، ثمّ ملكيّة خاصّة وملكيّة مشتركة؛ أي ثمّ عقّاران؛ لكن لأنّ الملكيّتين لا تنفصلان عن بعضهما، فنحن في الحقيقة أمام ملكيّة واحدة، ومن ثمّ أمام عقّار واحد لا أمام عقّارين واحدٌ مخدوم والآخر خادم[1575].

وحسب الفصل 165 لا يستوجب الارتفاق عقّارا (أو أكثر) مخدوما وعقّارا (أو أكثر) خادما فحسب، بل يستوجب أيضا أن يكون مالك العقّار الأوّل ليس مالك العقّار الثّاني. لأجل هذا السّبب سنجد لاحقا الارتفاق ينقضي بالتّمكين، أي باجتماع العقّارين في يد مالك واحد[1576]. وقد يتّفق أن يهيّئ مالكٌ لعقّارين واحدا منهما لخدمة الآخر؛ هنا لا ارتفاق، لأنّ القاعدة أن "لا ارتفاق للمرء على ما يملك" (Pas de servitude sur sa propre chose/ *Nemini res sua servit*)[1577]؛ لكن يمكن أن تتحوّل هذه الوضعيّة إلى ارتفاق، إذا صار مالك أحد العقّارين في يومٍ ماَ مختلفاً عن مالك العقّار الآخر[1578]. إضافة لما سبق، تنبغي الإشارة إلى أنّ العقّار الخادم قد يكون مملوكا على الشّياع والعقّار المخدوم

(1574) انظر الفقرة 293.

(1575) انظر هذا الكلام وقد أتي به في إطار القانون الفرنسيّ: جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 310، ص 313.

(1576) انظر الفقرة 375.

(1577) انظر القاعدة عند: هنري رولان ولوران بواييه، م س، ص 483.

ألفونس بوفي دي شافان، الخصائص المميّزة وتقسيم الارتفاقات في القانون الرّومانيّ، أ بارون مطبعيّ كلّيّة الطّب، باريس، 1875.

Alphonse Puvis de Chavannes, *Caractères distinctifs et classification des servitudes prédiales en droit romain*, A. Parent Imprimeur de la Faculté de médecine, Paris, 1875, p. 2.

(1578) انظر الفقرة 369.

مملوكا ملكيّة مفرزة، كما يمكن أن يحصل العكس. وتنبغي الإشارة أيضا إلى أنّ أحد العقّارين قد يكون مملوكا لشركة والآخر مملوكا ملكيّة خاصّة لأحد المسيّرين أو الأعضاء[1579].

ثانيا: التزام مفروض على العقّار الخادم. هذا ما قاله الفصل 165 حين تحدّث عن "حقّ مرتّب على عقّار". ويؤدّي هذا المكوّن الثّاني إلى أن تكون صلاحيّات مالك العقّار الخادم منقوصة مقارنة بصلاحيّات مالك عقّار عاديّ. فلهذا المالك كما رأينا حقّ استعمال؛ وحقّ الاستعمال يتضمّن حقّ منع الغير من أن يستعمل؛ لكن حين نكون أمام مالك أرضٍ عليها ارتفاق مرور مثلا، فهنا لا يستطيع المالك أن يمنع صاحب الارتفاق من هذا النّوع من الاستعمال. مثالٌ آخر: يحوي حقُّ الاستعمال، الذي يحويه حقُّ ملكيّة بنايةٍ، حقَّ فتح نوافذ؛ لكن إن وجد ارتفاق عدم الكشف على الجار، عندها يكون بناء النّوافذ خاضعا لضوابط، أي يكون حقّ الاستعمال منقوصا[1580].

فإذا تركنا الأمثلة، وجب أن نلاحظ أنّ نقص الصّلاحيّات على العقّار الخادم ينعكس اقتصاديّا نقصا في قيمته في السّوق حين بيعه. فالارتفاق لا ينتهي حين تنتقل الملكيّة، لأنّه التزام على العقّار لا على شخص مالك العقّار[1581].

[1579] انظر حول ما جاء أعلاه وقد أتي به في القانون الفرنسيّ: جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 311 وما بعدها، ص 314 وما بعدها.

[1580] انظر هذا الكلام وقد أتي به في إطار القانون الفرنسيّ: جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 313 وما بعدها، ص 315 وما بعدها.

[1581] انظر هذا الكلام وقد أتي به في إطار القانون الفرنسيّ: جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 313، ص 315 وما بعدها.

ثالثا: منفعة لعقّار مخدوم. ولقد جاء هذا المكوّن في الفصل 165، أي في تعريف الارتفاق. وعبارة المنفعة في النّصّ مطلقة. ولقد قيل عن العبارة نفسها في الفصل 637 من المجلّة المدنيّة، أي في النّصّ الذي يُعدّ مصدرا للنّصّ التّونسيّ، إنّها تفيد لا فقط ما هو ضروريّ بل أيّ ضرب من ضروب المنفعة والمصلحة ولو كانت تحسينيّة؛ مثال ذلك ما يوجد تحت اسم ارتفاقات المساكن البورجوازيّة (منع مالك منزل من أن يمارس فيه نشاطا تجاريّا أو صناعيّا وذلك لضمان الهدوء لفائدة المساكن المجاورة)[1582]. كما قيل عن العبارة نفسها إن فيها إقصاءً للمنفعة الشّخصيّة. نعم حين يستفيد العقّار المخدوم يستفيد مالكه، لكن هذا المالك لا يستفيد بوصفه "المالك" بل بوصفه "المالك الحاليّ". من أجل هذا لم تعتبر المحاكم الفرنسيّة من أُعطيَ حقّ صيد على أرض الغير أو حقّ قطف الغلال أو الخضار صاحب حقّ ارتفاق، لأنّ كلّ هذا يُعطى إليه كشخصٍ لا كمالكٍ حاليٍّ لعقّارٍ مخدوم[1583].

ممّا تقدّم يخلص أنّ تعريف الارتفاق الوارد في الفصل 637 من المجلّة المدنيّة – ومن ثمّ التّعريف الوارد في مجلّة الحقوق العينيّة – يمكّن من القول إنّ الارتفاق يتركّب من ثلاثة مكوّنات.

354 الخصائص القانونيّة ◊ زيادة على المكوّنات، يتحدّث الفقه الفرنسيّ – انطلاقا من النّصّ نفسه وانطلاقا من بقيّة النّصوص – عن أنّ الارتفاق له "خصائص

[1582] جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 316 وما بعدها، ص 319 وما بعدها؛ هوغ بيريني-ماركيت، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 637 إلى الفصل 639، كرّاس وحيد)، الفقرة 37.

[1583] جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 317، ص 320.

قانونيّة"[1584]. وكما سنلاحظ هنالك تداخل بين ما غادرناه وهو المكوّنات، وما سنتعرّض له الآن والذي أسمي خصائص:

أوّل خاصيّة أنّ الارتفاق حقّ تابع للعقّار. ففي كلّ الصّور هو وصف إيجابيّ لعقّار وسلبيّ لآخر (هذا ما تعرّضنا إليه في المكوّنات حين تحدّثنا مثلا عن عقّار مخدوم وآخر خادم). وكوصفٍ هو تابع للموصوف ولا يفارقه: فالحقّ الذي ينشئه الارتفاق يباع ويُرهن مع العقّار المخدوم؛ والالتزام الذي ينشئه الارتفاق ينتقل إلى المالكين المتعاقبين للعقّار المخدوم[1585].

ثاني وثالث خاصّيّة هما نتائج ولوازم للخاصّيّة الأولى. فأمّا الثّانية فهي الدّوام؛ فالارتفاق مدعوّ ليبقى ما بقي العقّار الخادم والمخدوم. وعليه يتميّز حقّ الارتفاق عن الانتفاع والاستعمال والرّهن وغير ذلك من الحقوق العينيّة الأصليّة والتّبعيّة المنصبّة على ملك الغير[1586]. لكنّ دوام حقّ الارتفاق ليس كالدّوام الذي رأيناه لحقّ الملكيّة[1587]؛ فحقّ الملكيّة لا يسقط بعدم الاستعمال، أي لا يرد عليه

[1584] جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 327 وما بعدها، ص 330 وما بعدها. انظر أيضا: محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1461 وما بعدها.

[1585] جون كاربونييه، م س، الفقرة 146، ص 235؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 874، ص 775؛ ماري-لور ماتيو، م س، الفقرة 732، ص 268. انظر أيضا: محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1462 وما بعدها.

[1586] جون كاربونييه، م س، الفقرة 146، ص 235؛ جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 328، ص 332؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 875.
انظر أيضا: محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1462؛ حاتم محمّدي، م س (قانون الأموال)، الفقرة 454، ص 324 وما بعدها.

[1587] حول دوام حقّ الملكيّة انظر الفقرة 156.

التّقادم المسقط، بل التّقادم المسقط يرد على دعوى المطالبة بالملكيّة التي يقوم بها شخصٌ نتيجة حصول تقادم مكسب لفائدة شخص آخر[1588]؛ الأمر مختلف مع حقّ الارتفاق، فهو ينقضي كما سنرى بعدم الاستعمال مدّة معيّنة، أي أنّه يرد عليه التّقادم المسقط[1589]؛ وهذا يعني حسب البعض أنّ الدّوام وصف عرضيّ للارتفاق وليس وصفا ذاتيّا[1590]؛ كما أنّ هذا يبرّر على الأقلّ هنا الحديث عن خصائص إلى جانب المكوّنات.

الخاصّيّة الثّالثة، وهي لازمة بدورها للخاصّيّة الأولى، أنّ الارتفاق حقّ عينيّ. فمن زاوية إيجابيّة، الارتفاق حقّ عينيّ عقّاريّ؛ ومن زاوية سلبيّة هو مؤونة عينيّة عقّاريّة تنصبّ لا على كلّ أموال صاحب العقّار الخادم (كما هو حال الدّين العاديّ[1591])، بل فقط على هذا العقّار الخادم، وتحديدا على جزئه الذي سيمارس عليه الارتفاق (يمكن للمالك أن يتفصّى من المؤونة إن هو تنازل عن ملكيّة هذا الجزء)[1592]. وما جاء الآن لا يتعارض مع وصف الارتفاق بأنّه غير

(1588) انظر الفقرة 204 وما بعدها.

لكن يمكن القول إنّ حقّ الملكيّة يسقط بعدم الاستعمال إذ الدّعوى الاستحقاقيّة تسقط. وهذه الدّعوى هي مجرّد ممارسة لذاك الحقّ (انظر الفقرة 52). مع ذلك ثمّ فرق مع الارتفاق. فهذا لا يرتبط تقادمه المسقط بتقادم مكسب، أمّا في الملكيّة فنعم. حول التّقادم المسقط لحقّ الملكيّة انظر الفقرة 217.

(1589) انظر الفقرة 375.

(1590) جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 329، ص 333؛ محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1462.

(1591) انظر الفقرة 22.

(1592) جون كاربونييه، م س، الفقرة 146، ص 236.

انظر قرارا لمحكمة التّعقيب التّونسيّة اعتبرت فيه حقّ السّقي حقّا عينيّا موظّفا على ذات العقّار ولا يتعدّاه: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2473، 9 ديسمبر 1980، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 170.

قابل للتّجزئة، وبأنّه لمنفعة كلّ العقّار المخدوم، وبأنّه مؤونة على كلّ العقّار الخادم؛ فالمقصود من وصف عدم قابليّة التّجزئة أنّه إذا قُسِّم العقّار الموظّف له الارتفاق، يبقى الارتفاق القديم صالحا لكلّ جزء من أجزائه بدون زيادة إرهاق للعقّار الموظّف عليه الحقّ (الفصل 185)[1593].

زيادة على ما سبق، يوصف الارتفاق بأنّه "حقّ يُعارَض به الكافّة بمفعول القانون بالنّسبة للارتفاقات الطّبيعيّة والقانونيّة [...] وبموجب الإشهار بالنّسبة للارتفاقات الاتّفاقيّة، ويأخذ هذا الإشهار شكل التّسجيل بالقباضة الماليّة في العقّارات غير المسجّلة وشكل التّرسيم في العقّارات المسجّلة وفق الفصل 305"[1594]. ولقد قالت الفقرة الثّانية من الفصل 166 إنّ الارتفاقات القانونيّة والارتفاقات النّاجمة عن الوضعيّة الطّبيعيّة لا يلزم فيها التّرسيم.

[1593] جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 330، ص 333؛ محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1462. وانظر الفقرة 374.

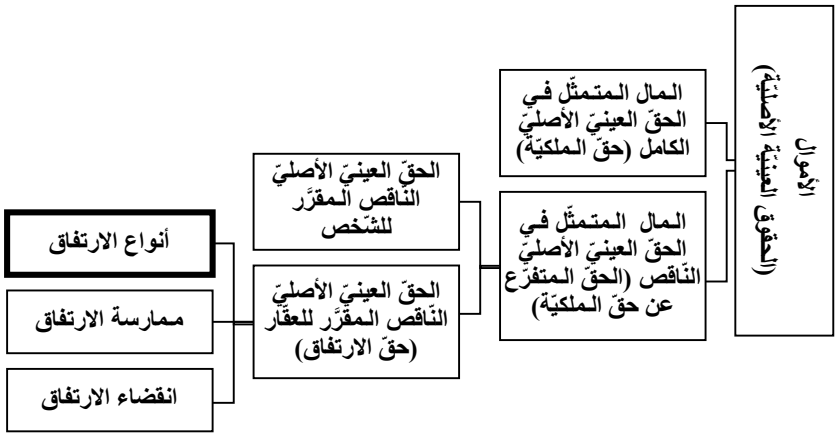
[1594] محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1462.

355 تقسيم البحث ◊ فإذا نظرنا الآن إلى جملة نصوص مجلّة الحقوق العينيّة المتعلّقة بالارتفاق، وجدنا أنّها بدأت بتناول أنواعه، ثمّ مرّت إلى مسألة ممارسته، وختمت بانقضائه[1595].

المبحث الأوّل: أنواع الارتفاق

356 الارتفاق المستمرّ والارتفاق غير المستمرّ ◊ يقول الفصل 181 من مجلّة الحقوق العينيّة – ناقلا في ذلك أحكام الفصل 688 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة – إنّ "الارتفاق مستمرّ وغير مستمرّ. فالمستمرّ هو ما يكون استعماله، أو يمكن أن يكون استعماله، متواصلا بدون حاجة إلى الفعل الحاليّ للإنسان، كمجاري المياه والميازيب والمنافذ وما أشبه ذلك. وغير المستمرّ هو الذي يكون استعماله في حاجة إلى فعل الإنسان حالّا، كحقّ المرور واستقاء المياه وما أشبه ذلك"[1596].

(1595)



(1596) سنتعرّض بعد قليل إلى ارتفاق مجاري المياه وغيره ممّا ورد في الفصل 181.

ويبدو هذا التّقسيم واضحا، لكن في فرنسا قيل فيه: إنّ ارتفاق الميازيب مستمرّ إذا تعلّق الأمر بتلك التي تصرّف مياه الأمطار من السّطوح؛ أمّا ارتفاق قنوات صرف المياه، فارتفاق غير مستمرّ، لأنّه – ورغم كون القنوات دائمة – يحتاج إلى أن يصبّ الإنسان الماء الذي سيصرّف. من جهة أخرى قيل إنّ هنالك وضعيّات تغيّرت تحت تأثير التّطوّر التّقنيّ: فاستقاء الماء الذي هو ارتفاق غير مستمرّ يمكن أن يكون ارتفاقا مستمرّا إذا كان مجراه متحكّم فيه بواسطة سِكر vanne (باب متحرّك حول محور ينظّم سريان سائلٍ ما) بفتحه يتدفّق الماء دون تدخّل من صاحب العقّار المخدوم[1597].

357 الارتفاق الظّاهر والارتفاق غير الظّاهر ◊ زيادة على المستمرّ وغير المستمرّ، قد يكون الارتفاق ظاهرا أو غير ظاهر. هنا ثمّ في المجلّة المدنيّة الفرنسيّة نصّ، لكنّ مجلّة الحقوق العينيّة لم تنقله. يقول النّصّ الفرنسيّ (الفصل 689):

"الارتفاقات ظاهرة وغير ظاهرة.

"الارتفاقات الظّاهرة هي التي تعلن عن نفسها بآثار خارجيّة، كالباب، والنّافذة، وقناة الماء.

"الارتفاقات غير الظّاهرة هي التي لا أثر خارجيّ على وجودها، مثل منع البناء على أرض، أو منع عدم البناء إلّا إلى ارتفاع معيّن"[1598].

[1597] جون–لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 332، ص 335 وما بعدها.

انظر أيضا: صوفي شيلر، م س، الفقرة 277، ص 209 وما بعدها؛ هوغ بيريني–ماركيت، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 637 إلى الفصل 639، كرّاس وحيد)، الفقرة 61 وما بعدها. انظر أيضا في الفقه التّونسيّ: محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1461 وما بعدها.

[1598] النّصّ الأصليّ:

" Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

358 تقسيم البحث ◊ وما جاء أعلاه من أنواع ارتفاق[1599] ليست هي التي أريدَ أن تُتناول في هذا المبحث؛ بل ما أريد أنواعٌ أخرى يندرج في نطاقها الارتفاق المستمرّ وغير المستمرّ والظّاهر وغير الظّاهر[1600].

والأنواع المرادة جاءت في الفقرة الأولى من الفصل 166 من مجلّة الحقوق العينيّة. تقول هذه الفقرة – ناقلة أحكام الفصل 639 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة –: "ينشأ الارتفاق: إمّا عن الوضعيّة الطّبيعيّة للأماكن، وإمّا عن القانون، وإمّا عن اتّفاقات

"Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

"Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée".

سنتعرّض بعد قليل إلى صورة النّافذة وغيرها: الفقرة 365. انظر حول الارتفاق الظّاهر وغير الظّاهر: هوغ بيريني–ماركيت، م س (الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 637 إلى الفصل 639، كرّاس وحيد)، الفقرة 65 وما بعدها؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 279، ص 210 وما بعدها.

[1599] للمقارنة التّاريخيّة انظر أنواع الارتفاق في القانون الرّومانيّ:

ألفريد ماري، دراسة حول حقّ المرور، مطبعة أبناء دي ساليت، كوتنس – فرنسا، 1871.

Alfred Marie, *Etude sur le droit de passage*, Imprimerie de Salettes Fils, Coutances - France, 1871.

[1600] بعبارة أكثر تفصيلا: يمكن تقسيم الارتفاقات:

أوّلا من خلال معيار طريقة ممارستها. وهذا يعطينا ما جاء في المتن من قسم الارتفاقات المستمرّة وغير المستمرّة، وقسم الارتفاقات الظّاهرة وغير الظّاهرة (بالإضافة إلى قسم الارتفاقات الإيجابيّة والسّلبيّة والتي سنشير إليها في الفقرة 361 وما بعدها).

ثانيا من خلال معيار مصدرها أو طريقة نشأتها. وهذا يعطينا ما سيرد بعد قليل من أنواع.

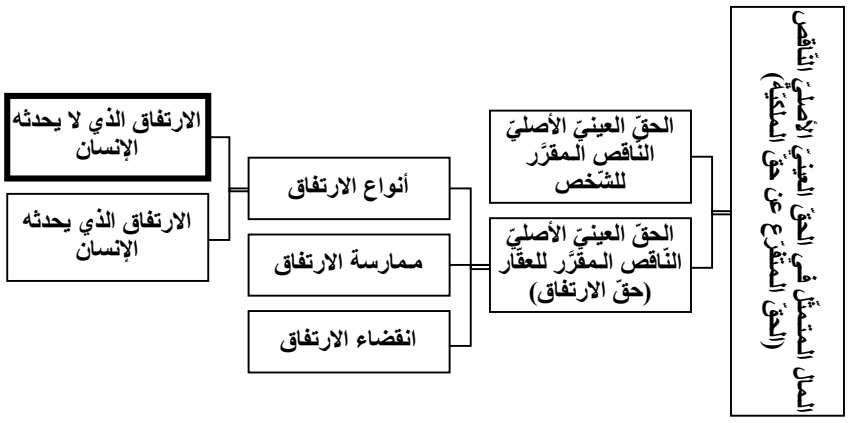
ثالثا من خلال معيار الغاية منها. ويرجعنا هذا المعيار إلى قسم الارتفاقات التي تحقّق مصلحة خاصّة وتلك التي تحقّق مصلحة عامّة (سنشير إليها في الفقرة 361). انظر هذا الكلام وقد ورد في القانون الفرنسيّ: فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 880.

بين مالكي العقّارات [...]". ويُعدّ هذا الارتفاق الثّالث – حسب بعض من كتب في المسألة في القانون الفرنسيّ – الارتفاق الحقيقيّ، لأنّه يجمع في الوقت نفسه العناصر المكوِّنة، والخصائص القانونيّة، ويستجيب بالتّمام للتّعريف الوارد بالفصل 637 من المجلّة المدنيّة[1601] (يقابله كما قلنا الفصل 165 من مجلّة الحقوق العينيّة).

فإذا تركنا هذه المسألة، قلنا إنّ الفصل 166 من مجلّة الحقوق العينيّة أورد ثلاثة أنواع للارتفاق. لكن يمكن إرجاع الثّلاثة إلى اثنين: ارتفاق لا يحدثه الإنسان (الارتفاق النّاشئ عن الوضعيّة الطّبيعيّة للأماكن، والارتفاق النّاشئ عن القانون)، وارتفاق يحدثه الإنسان[1602].

(1601) جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 331، ص 334.

(1602)



الفقرة الأولى: الارتفاق الذي لا يحدثه الإنسان

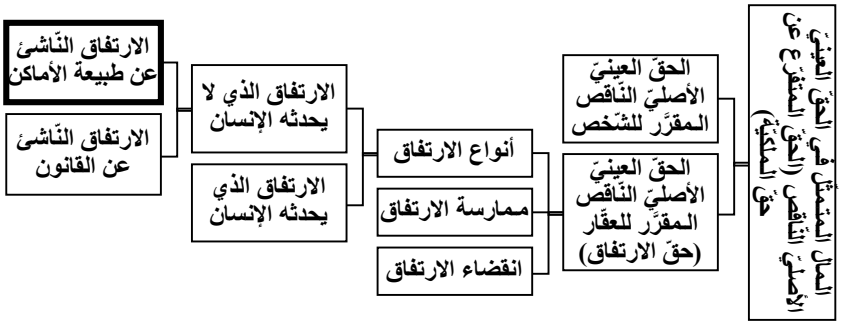
359 تقسيم البحث ◊ قيل منذ قليل: الارتفاق الذي لا يحدثه الإنسان قسمان: ارتفاق ناشئ عن طبيعة الأماكن، وارتفاق ناشئ عن القانون[1603].

أ) الارتفاق النّاشئ عن طبيعة الأماكن

360 ارتفاق سيلان المياه أو مرورها ◊ يقول الفصل 167 من مجلّة الحقوق العينيّة – ناقلا بعض أحكام الفصل 640 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة –: "الأراضي المنخفضة تتحمّل إزاء الأراضي المرتفعة عنها سيلان مياهها، إذا كانت المياه جارية بنفسها بدون فعل فاعل".

ويقول الفقه التّونسيّ إنّ ما يميّز الارتفاق الذي نحن بصدده "هو عدم تدخّل فعل الإنسان في إحداث [...] السّيلان وإلّا انقلب من ارتفاق غير إراديّ إلى ارتفاق إراديّ"[1604]. هذا أيضا ما قالته محكمة التّعقيب[1605]. من جهة أخرى يقول

(1603)



(1604) محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1468.

(1605) تعقيبيّ مدنيّ، عدد 10798، 18 ديسمبر 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 239؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 26606، 12 ماي 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 220.

الفقه الفرنسيّ إنّ هذا الارتفاق يتميّز عن ذاك الذي ينشأ عن القانون، لأنّه يتولّد عن الوضعيّة الطّبيعيّة لا عن موقف تشريعيّ[1606]. بهذا الكلام نصل إلى النّوع الثّاني من الارتفاق الذي لا ينشئه الإنسان، أي إلى الارتفاق الذي ينشئه القانون[1607].

ولقد تناول المشرّع التّونسيّ بتفصيل أكبر ارتفاق مرور المياه في الفصل 34 وما بعده من مجلّة المياه.

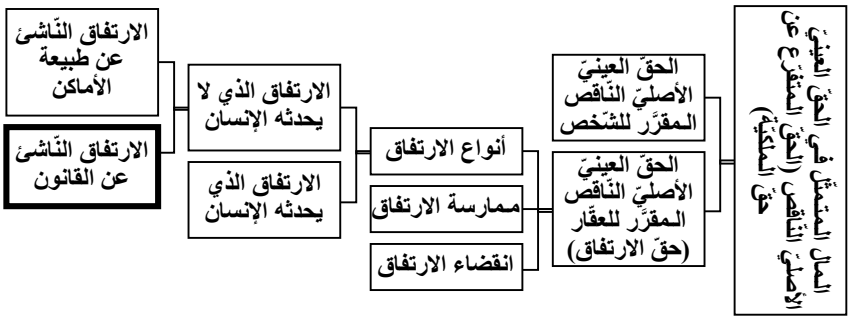
(1606) جون كاربونييه، م س، الفقرة 147، ص 236.

انظر أيضا حول هذا الارتفاق: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 240، ص 486 وما بعدها؛ ف لوران، م س، ج 7، ص 357 وما بعدها، ص 424 وما بعدها؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 593، ص 498؛ باتريك كورب وماتياس لاتينا، م س، ص 124؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 881؛ إيفان بوفلون–لانور وفيرجيني لاريبو تارناير، م س، الفقرة 565، ص 220 وما بعدها؛ ماري–لور ماتيو، م س، الفقرة 737، ص 270؛

لودوفيك بالون، في الارتفاقات أو الارتفاقات العينيّة في القانون الرّومانيّ. في الارتفاقات المنجرّة عن الوضعيّة الطّبيعيّة للأماكن في القانون الفرنسيّ، طوبوغرافيا هنري أودين، بواتييه، 1869.

Ludovic Balland, *Des servitudes prédiales ou réelles en droit romain. Des servitudes qui dérivent de la situation naturelle des lieux en droit français*, Typographie de Henri Oudin, Poitiers, 1869.

(1607)

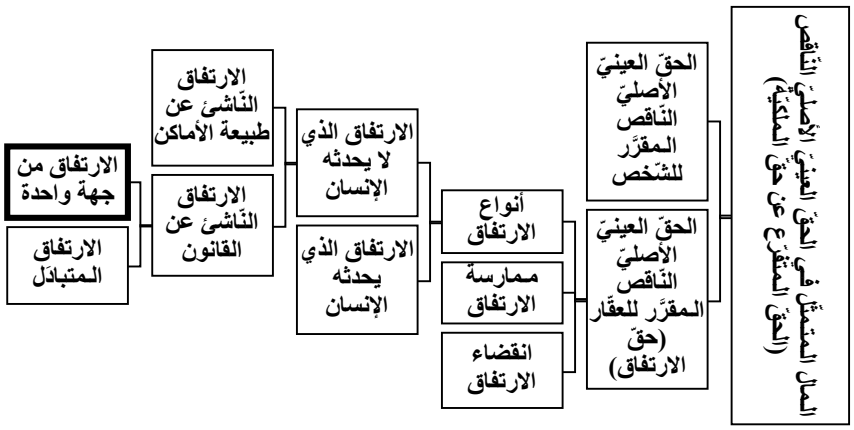


ب) الارتفاق النّاشئ عن القانون

361 إقصاء الارتفاق للمصلحة العامّة أو الارتفاق الإداريّ ◊ الارتفاق النّاشئ عن القانون قسمان: ارتفاق للمصلحة العامّة وارتفاق للمصلحة الخاصّة. من أمثلة الارتفاق الأوّل الارتفاق المتضمّن لمنع صاحب عقّار من البناء أو من البناء بعد ارتفاع معيّن، أو الارتفاق المتضمّن للسّماح بالمرور لأعوان الإدارة المكلّفين بالدّراسات والعمليّات لفائدة الأشغال العامّة، أو الارتفاق المتمثّل في غرز أعمدة على الحيطان لتمرير أسلاك الكهرباء أو الهاتف (إلخ)[1608]. لكن لأنّ ما يعنينا هو القانون المدنيّ، فينبغي أن نكتفي بالارتفاق للمصلحة الخاصّة. لهذا الارتفاق صورتان: أن يكون من جهة واحدة، وأن يكون متبادلا[1609].

[1608] انظر: محمّد السّيّاري، م س، الفقرة 33 وما بعدها.

[1609]



1/ الارتفاق القانونيّ من جهة واحدة

362 حقّ المرور ◊ إذا نظرنا إلى مجلّة الحقوق العينيّة، وجدنا فيها نوعا واحدا من الارتفاق القانونيّ الأحاديّ هو ارتفاق المرور. ولقد ورد هذا الارتفاق في الفصول: 177 و178 و179 من مجلّة الحقوق العينيّة؛ وهي نقل للفصول: 682 و683 و684 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة[1610].

وحسب الفصل 177: "لمالك العقّار المحاط من كلّ جانب، إذا لم يكن له منفذ إلى الطّريق العامّ أو كان منفذه غير كاف لمصلحة عقّاره، أن يطلب ممرّا في العقّارات المجاورة مقابل دفعه تعويضا عادلا"[1611]. ويضيف الفصل 178 قائلا: "يؤخذ الممرّ من الجهة التي تكون فيها مسافته أقصر ما يمكن. ويُراعى في تعيينه أخفّ ضرر لمالك العقّار المحدَث به"[1612]. أخيرا يقول الفصل 179: "إذا جزّئ عقّار

[1610] انظر حول هذه النّصوص الفرنسيّة: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 243، ص 503 وما بعدها؛ جون كاربونييه، م س، الفقرة 148، ص 249؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 297 وما بعدها، ص 224 وما بعدها؛ ناداج ريبول–موبان، م س، الفقرة 597 وما بعدها، ص 499 وما بعدها؛ إيفان بوفلون–لانور وفيرجيني لاريبو–تارنيار، م س، الفقرة 567، ص 221؛ ماري–لور ماتيو، م س، الفقرة 744، ص 272.

[1611] جاء في قرار لمحكمة التّعقيب (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 3607، 14 ديسمبر 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 1) ربط بين أحكام الفصل 177 من جهة والدّستور الذي يؤكّد على احترام حقّ الملكيّة: لا تتعارض أحكام الفصل 177 من مجلّة الحقوق العينيّة مع المبادئ العامّة للدّستور بل هو متمّم لها لأنّ العقّار المكتنف من كلّ الجهات يتنافى مع حقّ الملكيّة الذي يمكّن المالك من التّصرّف فيه واستغلاله بصفة قانونيّة وذلك بإجازة الحصول على ممرّ من بعض العقّارات المجاورة".

[1612] جاء في قرار لمحكمة التّعقيب (تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2171، 21 نوفمبر 2005، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 277): "إنّ شقّ الطّرقات بأملاك الغير يحدث لهم ضررا. ولمّا كان رفع ضرر الاحتباس

وبقي أحد أجزائه بدون منفذ، فإنّ صاحب هذا الجزء يأخذ ممرّا من بقيّة الأجزاء الأخرى. ولا يأخذه من الأراضي المجاورة إلّا عند تعذّر ذلك. ففي هذه الصّورة يجري العمل بأحكام الفصلين السّابقين"[1613].

ومن ينظر، يجد الفصل 177 مطلقا• يشمل منفعة العقّار الفلاحيّ أو الصّناعيّ أو التّجاريّ أو غير ذلك. والمطلق، في غياب القرينة المقيِّدة، يجري على

لا يتحقّق إلّا بإحداث ضرر بعقّار الغير، لزم أن يكون الضّرر النّازل أخفّ ما يمكن لأنّ الأصل يقتضي ارتكاب أخفّ الضّررين، ولكنّه إذا تعارض المانع والمقتضي قدّم المانع".

[1613] انظر في تطبيق النّصوص المذكورة في المتن: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 8575، 2 جانفي 1973، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 114؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 10468، 27 أكتوبر 1973، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 116؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11593، 15 أفريل 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 197؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2967، 23 جانفي 1979، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 33؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 13605، 18 ديسمبر 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 225؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 16040، 12 جانفي 1989، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 40؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 26369، 15 ماي 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 112؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 28505، 30 جوان 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 233؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 56483، 4 فيفري، 1997، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 346؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 48144، 20 جانفي 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 312؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 60525، 24 فيفري 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 318؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 65478، 15 جوان 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 258؛ تعقيبيّ مدنيّ عدد 7047، 20 أكتوبر 2005، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 281.

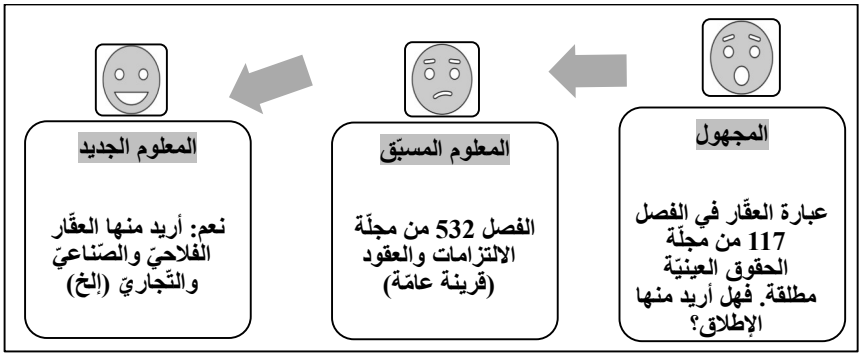
وحول حقّ المرور قبل صدور مجلّة الحقوق العينيّة انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 1053/ 18، 24 مارس 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 86.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

الإطلاق[1614]. وحسب الفقه الفرنسيّ، لكي يُعطى حقّ المرور للعقّار المكتنَف، ينبغي أن لا يكون المكتَنَف قد اكتنف نفسه بمحض إرادته، كأن يكون قد باع الأرض التي تفتح على الطّريق[1615]. في المقابل إذا وجدت الحاجة إلى الممرّ، فإنّه يُعطى على أيّ نوع من العقّار وإن كان مسجّلا أو على ملك الدّولة[1616].

خارج النّصوص العامّة، يتناول الفقه الفرنسيّ الارتفاقات القانونيّة الأحاديّة الواردة في القوانين الخاصّة. من ذلك إعطاء القانون لأرضٍ، ولأجل السّقاية، الحقّ في أن تمرّ فوق أرض أخرى قناة المياه. مثال ذلك أيضا أن يوجب القانون لأجل إعطاء رخصة بناء أن لا يُتجاوز علوٌّ معيّن، وذلك لمصلحة العقّارات المجاورة[1617].

(1614)



(1615) جون كاربونييه، م س، الفقرة 148، ص 237؛ شارل-بول-فيكتور بويليي، ارتفاقات المرور، أ بارون مطبعيّ كلّيّة الطّب، باريس، 1873.

(1616) محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1471.

وعلى مستوى العقّار المسجّل انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 26369، 15 ماي 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 112.

أمّا على مستوى العقّار المملوك للدّولة فانظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 54774.96، 20 جانفي 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 297.

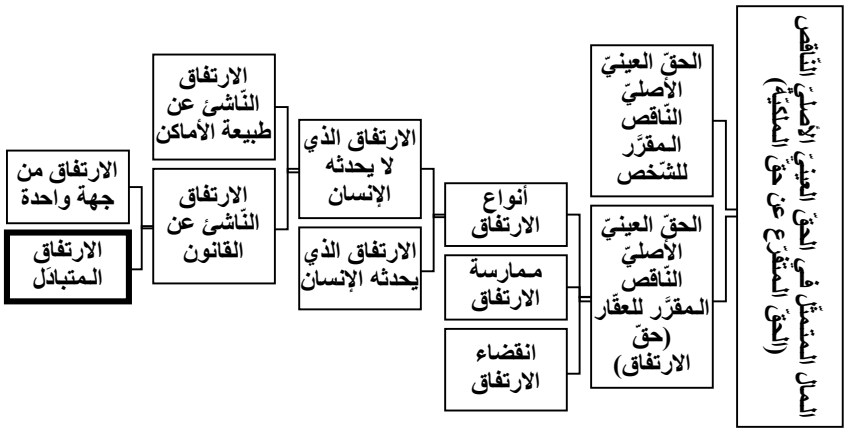
(1617) انظر: جون كاربونييه، م س، الفقرة 149، ص 238.

وزيادة على هذه الصّور وصورة المرور حيث الارتفاق هو ضدّ عقّار ولفائدة آخر، نجد القانون يحدث ارتفاقات هي في الوقت نفسه ضدّ ولفائدة عقّارين[1618].

2/ الارتفاق القانونيّ المتبادَل

363 تقسيم ◊ من يقرأ مجلّة الحقوق العينيّة، يجد هنا ثلاثة أنواع من الارتفاق: ارتفاق مرتبط بالمغروسات (الفصل 168 إلى 171)، وارتفاق مرتبط بالفتحات في المباني (الفصل 172 إلى 175)، وارتفاق مرتبط بميازيب المباني (الفصل 176). وفي فرنسا، وبسبب الطّابع التّبادليّ، ثمّ من رفض وصف الأمر بالارتفاق؛ والسّبب أنّ الارتفاق بالنّسبة إليه خروج عن القواعد العامّة للملكيّة العقّاريّة، أمّا هنا فنحن أمام إعمال لهذه القواعد، والدّليل أن لا تعويض لقاء ممارسة الارتفاق خلافا لما سبق معنا في إطار حقّ المرور[1619].

(1618)



(1619) انظر: جون كاربونييه، م س، الفقرة 149، ص 238 وما بعدها.

364 المغروسات ◊ فإذا بدأنا بالنّوع الأوّل من الارتفاق القانونيّ المتبادَل، أي إذا بدأنا بالمغروسات، وجدنا الفقرة الأولى من الفصل 168 تقول: "لا يجوز غرس أشجار ولا شجيرات بقرب أرض الجار إلّا على البعد المعيَّن بالقوانين الخاصّة بذلك أو بمقتضى العادات. فإن لم يكن هنالك قوانين ولا عادات، يلزم أن تكون المسافة بقدر مترين من الخطّ الفاصل بين الأرضين في المغروسات التي ترتفع أكثر من مترين، وبقدر نصف متر فيما دون ذلك من النّباتات". وهكذا إذا كانت لدينا أرض على ملك (أ) وبجانبها أخرى على ملك (ب)، فحقّ ملكيّة كلّ واحد منهما (وتحديدا حقّ الاستعمال) يقتضي حقّ الغراس إلى منتهى ما يملك. لكنّ النّصّ الوارد أعلاه قيّد ملكيّة (أ) لفائدة (ب)، وقيّد ملكيّة (ب) لفائدة (أ)؛ وفرض على كلّ واحد من العقّارين ارتفاقا سلبيّا لفائدة الآخر (منطقة "منزوعة" من المغروسات)[1620].

بعد القيد والارتفاق، استدرك الفصل 168، وأعادنا إلى الملكيّة العاديّة وإلى عدم الارتفاق، فقال إنّ الأشجار التي تسند إلى الحيطان (التّعريشة أو كما يُقال في تونس: "الشَّعْباطَة") لا تعنيها الأحكام السّابقة، لكن لا يجوز الخروج بها عن قمّة الحائط.

زيادة على الأحكام السّابقة، أوردت مجلّة الحقوق العينيّة أحكاما أخرى:

وانظر ما رأيناه سابقا في الفقرة 104 على مستوى كلام "أوبري" و"رو"، ومفاده أنّ أحكام الميازيب والفتحات لا علاقة لها بالارتفاق، بل الأمر يتعلّق بقيود مفروضة بطريقة متبادلة على المالكين المتجاورين. انظر أيضا ما قاله الإمام محمّد أبو زهرة، وذلك في أحد هوامش الفقرة 109.

[1620] انظر في تطبيق الفصل 168: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 25580، 16 أفريل 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 351؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 32416، 21 أفريل 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 431.

فقال الفصل 169: "للجار أن يفرض قلع الأشجار والشّجيرات المغروسة على غير القواعد المنصوص عليها أعلاه أو قطع ما زاد من طولها على ما تعيّن بالفصل السّابق إلّا إذا كان هناك سند أو ترسيم يخالف ذلك. فإن ماتت الأشجار أو قطعت أو قلعت، فلا يمكن لصاحبها أن يعوّضها إلّا بمراعاة المسافات المبيّنة بالفصل السّابق".

وقال الفصل 170: "إذا امتدّت أغصان أشجار إلى ملك الجار، فله إلزام صاحبها بقطعها إلى حدّ ملكه؛ وما يسقط من ثمرها بطبيعته، فهو له. أمّا إذا امتدّت جذورها إلى أرضه، فله أن يقطعها بنفسه".

أخيرا قال الفصل 171: "لا يمكن التّمسّك بالتّقادم في الصّور المنصوص عليها بالفصلين 169 و170".

365 الفتحات في المباني ◊ وكلّ ما تقدّم يهمّ المغروسات؛ وعليه فالمباني تبقى خاضعة للمبدأ، أي أنّ (أ) في مثالنا يمكنه أن يبني إلى آخر "سنتمتر" في أرضه المجاورة لـ (ب)، وكذلك الأمر بالنّسبة إلى (ب). لكن لئن كانت المباني في ذاتها وفي العادة لا تحدث ضررا للجار[1621]، فالفتحات فيها يمكن أن تفعل. من أجل هذا أوجدت النّصوص الارتفاقات السّلبيّة المتبادلة التّالية:

إذا كان ما يفصل بين الجارين حائط مشترك، فلا يمكن إحداث فتحة فيه أيّا كان نوعها إلّا بإذن كتابيّ من الجار (الفصل 172).

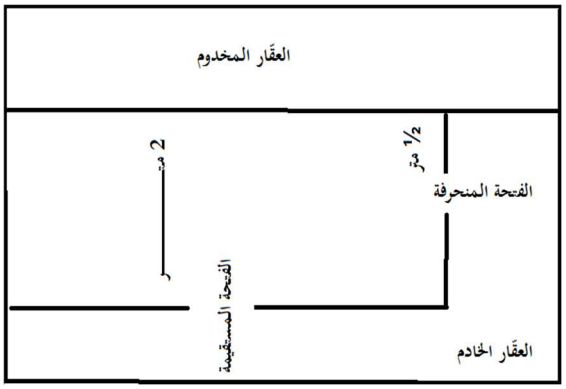
إذا كان ما يفصل بين الجارين حائط على ملك أحدهما، فلا يمكن إحداث فتحة فيه إلّا بشروط معيّنة (أن يوضع عليها زجاج ثابت لا يفتح، وأن تكون على ارتفاع

[1621] حول مضارّ الجوار انظر الفقرة 108.

مترين ونصف من أرض البيت المراد إضاءته إذا كان الطّابق سفليّا وعلى ارتفاع مترين إذا كان الطّابق علويّا: الفصل 173).

إذا تعلّق الأمر ببناء ومن ثمّ بحائط غير فاصل، فلا يجوز إحداث فتحة فيه (نافذة، شرفة، إلخ) مقابلة للأرض المجاورة إلّا على بعد مترين منها؛ كما لا يجوز إحداث فتحة منحرفة إلّا على بعد نصف متر (الفصل 174)[1622].

(1622)



انظر في تطبيق الفصل 174: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 12843، 28 أكتوبر 1986، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 231؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 51319، 16 فيفري 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 308.

وانظر قرارا يقول إنّ التّرخيص البلديّ بالبناء لا يمنع تطبيق الفصل 172 وما يليه من نصوص منعت الكشف على الجار: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 22634، 16 مارس 1989، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 141. انظر أيضا قرارا يقول إنّ أحكام مجلّة الحقوق العينيّة تجيز إحداث مطلّ في الحدّ الفاصل بين العقّارين المجاورين شريطة انعدام الكشف وإلّا يكون البناء قد خالف التّراتيب البلديّة ومثال التّهيئة العمرانيّة: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 16899، 19 أفريل 2008، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 128.

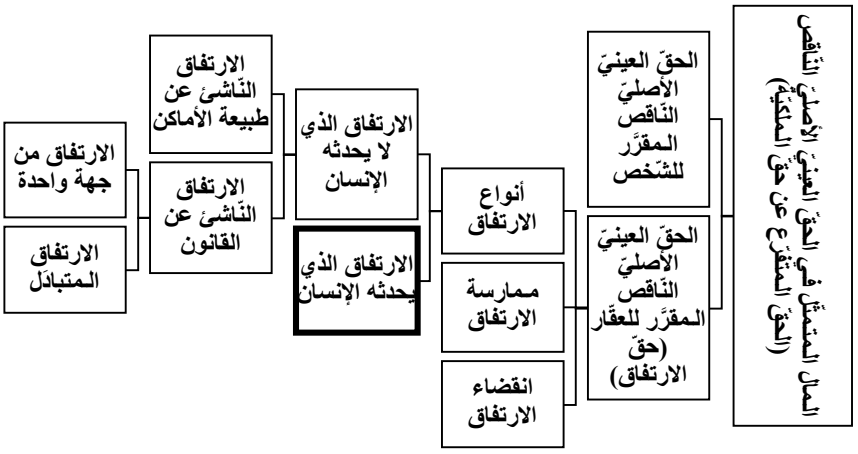
وانظر في تطبيق الفصل 175: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 54734، 17 مارس 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 326؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 16899، 19 أفريل 2008، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 128.

انظر أيضا قرارا يقول إنّ التّحجيرات المتعلّقة بمنع الكشف على ملك الجار لا تنسحب على السّطوح والمطلّات المفتوحة على الطّريق العامّ: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2111، 27 أكتوبر 2006، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 1.

366 ميازيب سطوح المباني ◊ بعد الفتحات، تناولت مجلّة الحقوق العينيّة ارتفاقا قانونيّا متبادلا وسلبيّا آخر، فقال الفصل 176: "على كلّ مالك عقّار أن يبني سطوحه بصورة تسيل معها مياه الأمطار في أرضه أو الطّريق العامّ ولا يجوز له أن يجعلها تصبّ في أرض غيره".

هذا عن الارتفاق القانونيّ، لكنّ الارتفاق يمكن أن ينشأ بإرادة الإنسان[1623].

(1623)



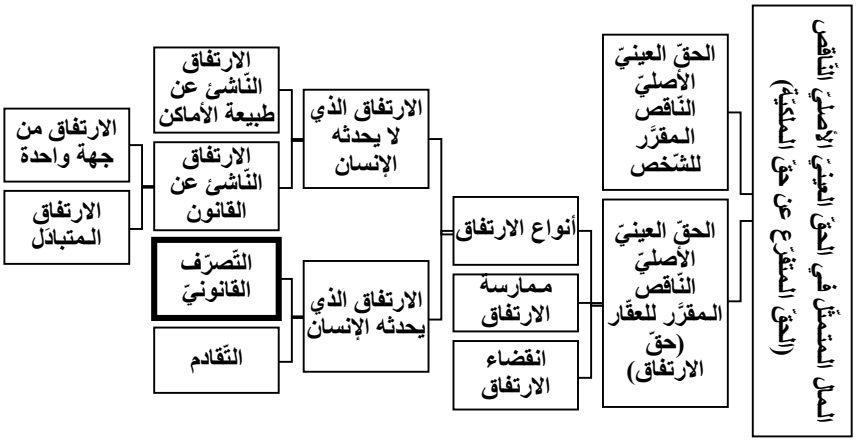
الفقرة الثّانية: الارتفاق الذي يحدثه الإنسان

367 تقسيم البحث ◊ هنا نجد التّصرّف القانونيّ والتّقادم[1624].

أ) التّصرّف القانونيّ

368 التّصرّف القانونيّ الصّريح ◊ يقول الفصل 180 من مجلّة الحقوق العينيّة – ناقلا في ذلك ما جاء في الفصل 686 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة –: "يجوز لمالكي

(1624)



حول الارتفاق الذي يحدثه الإنسان في القانون الرّومانيّ والفرنسيّ انظر: ش أوبري وش رو، م س، ج 2، الفقرة 247، ص 537 وما بعدها؛ جون كاربونييه، م س، الفقرة 151، ص 253 وما بعدها؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 285 وما بعدها، ص 216 وما بعدها؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 888 وما بعدها؛

ألبار مارتينو، في إنشاء الارتفاقات بفعل الإنسان، مطبعة أ دوبري، بواتييه، 10.

Albert Martineau, *De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme*, Imprimerie de A. Dupré, Poitiers, 1879.

ألبار داربيلوت، في إنشاء وانقضاء الارتفاقات المقامة بفعل الإنسان في القانون الرّومانيّ والقانون الفرنسيّ، مطبعة دي رينو ومولد، باريس، 1859.

العقّارات أن يحدثوا لها أو عليها ما شاؤوا من حقوق الارتفاق [...]". والنّصّ مطلق•، ولا قرينة في الأعمال التّحضيريّة أو في غيرها تقيّده، لذا ينبغي إجراؤه على إطلاقه، والقول إنّ الارتفاق ينشأ بواسطة العقد (بعوض، كالبيع والمعاوضة؛ أو

Albert D'herbelot, *De l'établissement et de l'extinction des servitudes constitués par le fait de l'homme en droit romain et en droit français*, Imprimerie et lithographie de Renou et Maulde, Paris, 1859.

ليون بولار، في الارتفاقات في القانون الرّومانيّ. الارتفاقات بفعل الإنسان في القانون الفرنسيّ، مطبعة ج لوفور، ليل، 1879.

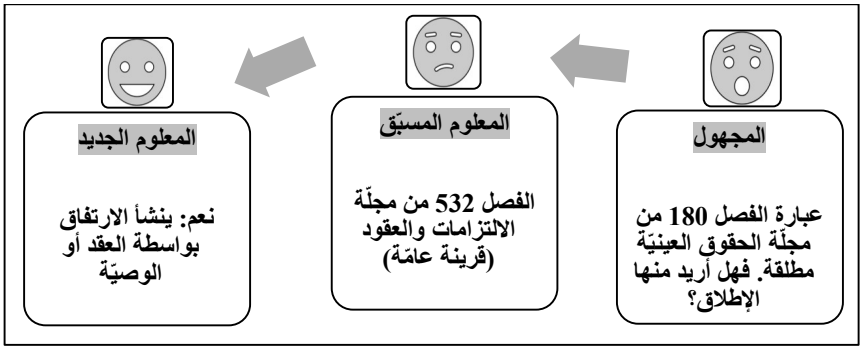
Léon Bollaert, *Des servitudes prédiales en droit romain. Des servitudes par le fait de l'homme en droit français*, Imprimerie de J. Lefort, Lille, 1879.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

بدون عوض) بين صاحب العقّار الخادم والعقّار المخدوم أو بواسطة الوصيّة من صاحب العقّار الأوّل لفائدة صاحب العقّار الثّاني(1625).

والنّصّ مطلق من جهة أخرى•، فهو يشمل الارتفاقات المسمّاة كحقّ المرور وغيره ممّا تناولناه سابقا، كما يشمل ما يمكن أن يحدثه الأفراد من ارتفاقات غير مسمّاة. ومرّة أخرى: لغياب القرينة المقيِّدة، ينبغي إجراء المطلق على إطلاقه(1626).

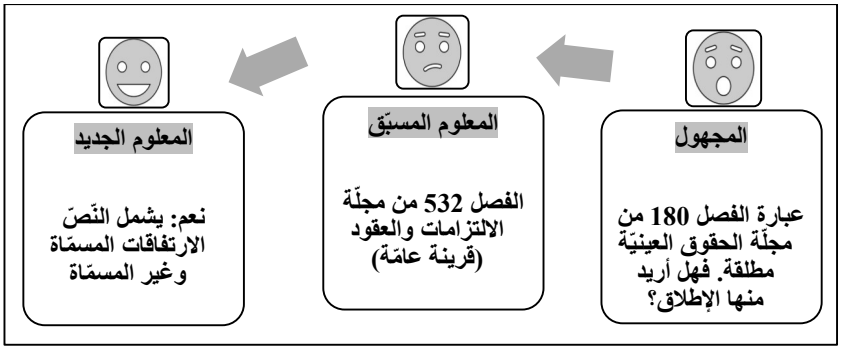
(1625)



حول هذه المسألة انظر: محمّد الحبيب الشّريف، «حقوق الارتفاق التي يحدثها الإنسان»، القضاء والتّشريع، جوان 2002، ص 16؛ زكيّة الصّافي، م س، ص 227.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

(1626)



وسواء كانت مسمّاة أو غير مسمّاة، فما يحدثه الأفراد ينبغي أن يدخل في تعريف الارتفاق الوارد في الفصل 165، أي: من جهة أن يكون مؤونة مفروضة على عقّار لا على شخص، ومن جهة أخرى أن يكون منفعة واجبة لعقّار لا لشخص.

وحسب الفقرة الثّانية من الفصل 180، لا يمكن إثبات حقّ الارتفاق النّاشئ عن التّصرّف القانونيّ إلّا بواسطة كتب[1627]. هذا الحكم لا ينطبق – كما تقول محكمة التّعقيب – على الارتفاق المكتسب قبل دخول مجلّة الحقوق العينيّة حيّز التّنفيذ[1628].

369 التّصرّف القانونيّ الضّمنيّ ◊ فإذا مررنا الآن إلى الفقرة الثّالثة من الفصل 180، وجدناها تقول: "إذا رتّب مالك عقّارين منفعة لأحدهما على الآخر، تقوم هذه الحالة الواقعيّة مقام الكتب، ويتكوّن من ذلك حقّ ارتفاق". وتسمّى هذه الحالة في فرنسا: "تخصيص ربّ الأسرة" (destination du père de famille)، وحاصلها: شخص يملك عقّارين، ويعمد إلى تهيئتهما على نحو يفترض وجود

[1627] جاء عند أحدهم (محمّد الحبيب الشّريف، «حقوق الارتفاق التي يحدثها الإنسان»، مقالة سابقة الذّكر، ص 31 وما بعدها) أنّ الكتب يمكن أن يكون عقدا مكتوبا أو إقرارا كتابيّا. والعقد المكتوب يمكن أن يكون رسميّا أو غير رسميّ. ويجب أن يكون الكتب ثابت التّاريخ إذا تعلّق الأمر ببيع (الفصل 581 من مجلّة الالتزامات والعقود) أو بوصيّة. ويمكن أن يكون عقد الارتفاق محرّرا في كتب مستقلّ أو داخلا في كتب آخر كعقد المقاسمة. أمّا الإقرار الكتابيّ بحقّ الارتفاق، فيمكن أن يكون حكميّا أو غير حكميّ. والإقرار الحكميّ هو في العادة شفويّ، ولكنّه يصبح كتابيّا بمجرّد تحريره من قبل القاضي ويكتسي بذلك قيمة الكتب الرّسميّ. أمّا الإقرار غير الحكميّ بالحقّ الارتفاقيّ، فيجب أن يكون كتابيّا.

[1628] تعقيبيّ مدنيّ، عدد 2380، 28 أكتوبر 1980، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 126؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 6306، 19 أكتوبر 1982، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 223.

ارتفاق لو كان العقّاران على ملك شخصين مختلفين[1629]. مثال ذلك أن يمرّر مالكٌ قنوات ماء فوق الأرض (ب) لسقاية الأرض (أ)، أو أن يفتح في حائط المنزل (أ) نافذة مستقيمة على مسافة أقلّ من مترين من الحديقة (ب)، ثمّ يبيع واحدا من العقّارين أو يموت فيرث شخصان مختلفان كلّ واحد من العقّارين. بدءًا من لحظة صيرورة العقّارين في ذمّة مالكين مختلفين، ينشأ ارتفاق لفائدة العقّار (أ)، وتقوم التّهيئة التي عمد إليها المالك القديم مقام الكتب (الفقرة الثّالثة من الفصل 180). ويعود مصدر الارتفاق هنا لا إلى التّهيئة التي قام بها المالك بل إلى اتّفاقه الضّمنيّ مع المشتري أو إلى الاتّفاق الضّمنيّ بين من تقاسموا ميراثه[1630].

[1629] انظر عنوان "تخصيص المالك الأصليّ" عند: محمّد الحبيب الشّريف، «حقوق الارتفاق التي يحدثها الإنسان»، مقالة سابقة الذّكر، ص 36.

[1630] لم نفعل هنا إلّا أن نقلنا بشيء من التّصرّف ما جاء عند: جون كاربونييه، م س، الفقرة 153، ص 244. انظر حول النّقطة نفسها في القانون التّونسيّ: محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1465؛ وانظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 10389، 27 جانفي 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 52.

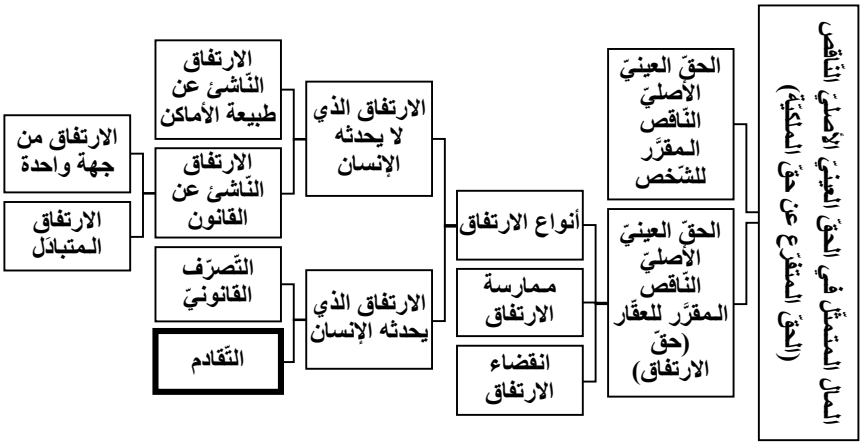
وحسب الفقرة الأخيرة من الفصل 180، يمكن أن يرد الارتفاق بتخصيص ربّ الأسرة على العقّار ولو كان مسجّلا. الأمر مختلف حين يكون اكتساب الارتفاق بمقتضى التّقادم(1631).

ب) التّقادم

370 العقّار غير المسجّل ◊ يقول الفصل 45 من مجلّة الحقوق العينيّة: "من حاز عقّارا أو حقّا عينيّا على عقّار مدّة خمسة عشر سنة حوزا بدون شغب مشاهدا مستمرّا وبدون انقطاع ولا التباس، كانت له ملكيّة العقّار أو الحقّ العينيّ بوجه التّقادم. والحوز المعيب لا تأثير له من وقت زوال العيب".

ومن ينظر للنّصّ، يجده يتحدّث عن حوز عقّار أو حقّ عينيّ على عقّار. وعبارة الحقّ العينيّ مطلقة•؛ ولعدم وجود قرينة تقيّدها، ينبغي أخذها على إطلاقها؛ فإذا

(1631)

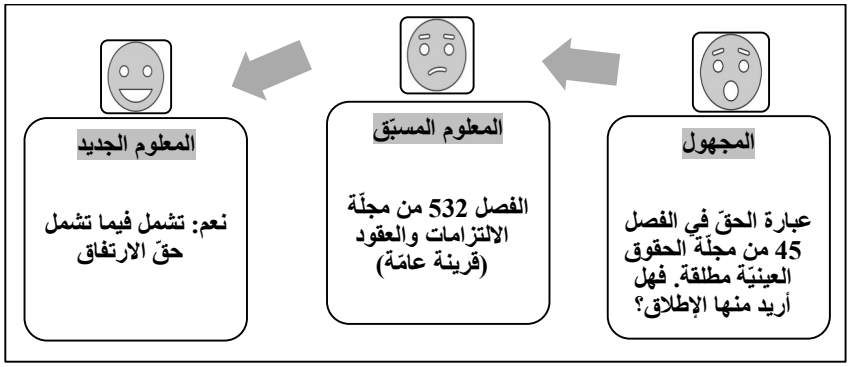


• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

فعلنا، دخل فيها حقّ الارتفاق[1632]. فإذا أخذنا القضاء، وجدنا لمحكمة التّعقيب موقفين: موقف اعتبرت فيه أنّ حقّ الارتفاق لا يُكتسب بالتّقادم[1633]؛ وموقف قالت فيه بالحلّ النّقيض[1634].

وزيادة على الفصل 45، ينبغي هنا ذكر الفصلين 46 و47. والنّصّ الأوّل يقول: "تخفّض مدّة التّقادم إلى عشر سنوات، إذا انجرّ الحوز بحسن نيّة، وبمقتضى عمل قانونيّ من شأنه أن تنتقل به الملكيّة لو صدر ممّن له الحقّ. والعبرة في حسن النّيّة بوقت تلقّي الحقّ". أمّا النّصّ الثّاني فيقول: "ترفع مدّة التّقادم إلى ثلاثين عاما فيما بين الورثة والشّركاء"[1635].

(1632)



(1633) تعقيبيّ مدنيّ، عدد 35251، 28 فيفري 1995، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 263؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 3946، 17 نوفمبر 2000، ص 236. وضمنيّا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 51128، 24 فيفري 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 315.

(1634) تعقيبيّ مدنيّ، عدد 9396، 18 مارس 1975، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 156؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 11258، 2 مارس 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 122؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 567، 3 أكتوبر 2005، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 273.

(1635) حول تفاصيل أحكام الحوز انظر الفقرة 214 وما بعدها.

ولأنّ من أوصاف الحوز الذّاتيّة أنّه سيطرة مادّيّة على شيء[1636]، ولأنّ الارتفاق غير المستمرّ (المرور، إلخ) هو الذي يحتاج فعلا من الإنسان، فإنّ هذا النّوع فقط هو الذي يمكن أن يُكتسب بالحوز المرفوق بمرور المدّة الواردة بالفصل 45 أو 46 أو 47. الأمر مختلف مع الارتفاق غير المستمرّ (ارتفاق ميازيب سطوح المنازل، إلخ)؛ فهنا لا فعل للإنسان؛ وإذا لم يكن فعلٌ، لم تكن سيطرة مادّيّة؛ وإذا لم تكن سيطرة، لم يكن وصف ذاتيّ؛ وإذا لم يكن وصف ذاتيّ، لم يكن الموصوف، أي لم يكن الحوز.

371 **العقّار المسجّل** ◊ هذا عن العقّار غير المسجّل؛ أمّا فيما يخصّ العقّار المسجّل، فقد نصّ الفصل 307 من مجلّة الحقوق العينيّة على أن "ليس لأيّ كان أن يتمسّك بالحوز مهما طالت مدّته". والنّصّ مطلق• يشمل ضمن ما يشمل التّمسّك بالحوز

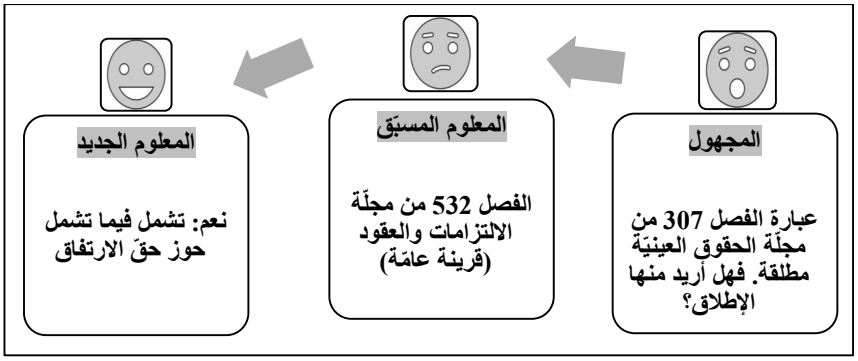
[1636] انظر الفقرة 188.

• إذن نحن أمام صورة غموض في القانون.

لاكتساب حقّ الارتفاق. ولأنّه لا قرينة مقيِّدة، فينبغي إجراء النّصّ على إطلاقه(1637).

بعد التّقادم ومن قبله التّصرّف القانونيّ؛ أي بعد الارتفاق الذي يحدثه الإنسان، وبعد الارتفاق الذي لا يحدثه الإنسان، ينبغي تناول مسألة إعمال وممارسة الارتفاق(1638).

(1637)



وفي القانون المقارن انظر حول التّقادم المكسب في مادّة الارتفاق: جون كاربونييه، م س، الفقرة 152، ص 255 وما بعدها؛ صوفي شيلر، م س، الفقرة 286، ص 217 وما بعدها؛ ناداج ريبول-موبان، م س، الفقرة 616، ص 508 وما بعدها؛ باتريك كورب وماتياس لاتينا، م س، ص 129 وما بعدها؛ فرانسوا تيري وفيليب سيملر، م س، الفقرة 896 وما بعدها؛ إيفان بوفلون-لانور وفيرجيني لاريبو-تاينار، م س، الفقرة 580 وما بعدها، ص 224 وما بعدها؛ ماري-لور ماتيو، م س، الفقرة 771 وما بعدها، ص 281 وما بعدها.

رافائيل لوكونت، في التّقادم المكسب في مادّة الارتفاقات، مطبعة أبناء دي ساليت، كوتونس، 1874.

Raphaël Leconte, *De la prescription acquisitive en matière de servitudes*, Imprimerie de Salettes Fils, Coutance, 1874.

ألفريد بينو، في إنشاء وانقضاء الارتفاقات العقّاريّة بالتّقادم، ف بيشون المطبعي-المكتبي، باريس، 1875.

Alfred Pineau, *L'établissement et l'extinction des servitudes réelles par la prescription*, F. Pichon Imprimeur-Libraire, Paris, 1875.

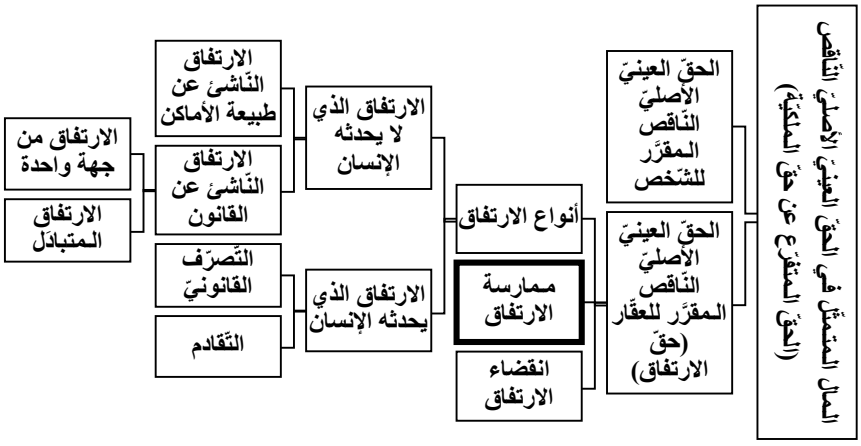
المبحث الثّاني: ممارسة الارتفاق

372 وضعيّة مالك العقّار المخدوم ◊ لئن كان حقّ مالك العقّار المخدوم يتغيّر بحسب السّبب المنشئ للارتفاق، إلّا أنّ هنالك أمرين ثابتين:

الأمر الأوّل أنّ الحقّ هو حقّ عينيّ. فصاحب العقّار المخدوم ليس دائنا لصاحب العقّار الخادم، بل له حقّ مباشر على هذا العقّار. في هذا الإطار – ودون الحاجة إلى إذن مسبّق – يمكنه، حسب الفصل 184، القيام بجميع الأعمال اللازمة لاستعمال الارتفاق. مثال ذلك: من له ارتفاق استقاء ماء عين، يلزمه التّمتّع بحقّ المرور إليها. بتعبير جامع: يتضمّن كلّ ارتفاق ما يلزمه من ارتفاقات تابعة.

زيادة على ما سبق، يضيف الفصل 184 قائلا: لمالك العقّار المخدوم القيام بجميع أعمال الحفظ؛ وعليه أن يتحمّل مصاريفها.

(1638)



كما أنّ لهذا المالك أن يقوم بجميع الدّعاوى الحوزيّة الهادفة إلى حماية حقّ الارتفاق[1639]. "ويستنتج منطقيّا من هدف الحماية الحوزيّة أنّها تقتصر ضرورة على الحقوق الارتفاقيّة القابلة للحوز، أي الارتفاقات غير المستمرّة التي يكون استعمالها في حاجة إلى فعل الإنسان حالّا كحقّ المرور واستقاء المياه وما أشبه ذلك تطبيقاً للفقرة الثّالثة من الفصل 181 من مجلّة الحقوق العينيّة.[...] (وهذا على خلاف) الحقوق الارتفاقيّة غير القابلة للحوز، أي الارتفاقات المستمرّة التي يكون استعمالها متواصلا بدون حاجة إلى الفعل الحاليّ للإنسان، كمجاري المياه والميازيب والنّوافذ"[1640].

الأمر الثّاني أنّ الحقّ هو حقّ ثابت. فإذا نشأ، لم يمكن التّوسيع فيه. في هذا المعنى يقول الفصل 187 إن على مالك العقّار المخدوم أن لا يُحدث في عقّاره أو في العقّار الخادم ما من شأنه أن يرهق هذا العقّار (الفصل 187)[1641].

[1639] حول هذه الدّعاوى انظر: التّيجاني عبيد، «دعوى الحوز والحيازة في حقوق الارتفاق»، القضاء والتّشريع، جوان 1990، ص 7؛ محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1471؛ عماد بوكيل، الحيازة وحقوق الارتفاق، مذكّرة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1989 – 1990.

انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 25049، 26 مارس 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 36.

[1640] محمّد سعيد، «حقوق الارتفاق»، مقالة سابقة الذّكر، ص 1472.

انظر أيضا: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 25049، 26 مارس 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 36.

[1641] بسبب نقل القانون التّونسيّ لأحكام القانون الفرنسيّ، يمكن النّظر إلى الكتابات الفرنسيّة التي فصّلت في وضعيّة صاحب العقّار المخدوم، ومنها:

أندريه روبير، «الارتفاقات»، الموسوعة المدنيّة دالوز، أفريل 1990، الفقرة 236 وما بعدها.

André Robert, « Servitudes », *Rép. Civ. Dalloz*, avril 1990, n° 236 s.

373 وضعيّة مالك العقّار الخادم ◊ في المقابل على مالك العقّار الخادم أن لا يفعل ما يؤدّي إلى تضييق استعمال حقّ الارتفاق أو إلى جعل هذا الاستعمال شاقّا. وإذا أصبح بقاء حقّ الارتفاق في مكانه أشدّ إرهاقا لمالك العقّار الخادم أو كان يمنعه من القيام بإصلاحات مفيدة، فله أن يعرض على مالك العقّار المخدوم مكانا آخر بدون أن يلحق به إرهاقا عمّا كان عليه؛ وفي هذه الصّورة لا يملك مالك العقّار المخدوم رفض العرض (الفصل 186)[1642].

وقد يعمد مالك العقّار الخادم إلى عدم احترام الارتفاق. هنا يمكن إجباره على التّنفيذ العينيّ. فإذا أتى مثلا بفتحة مستقيمة على بعد متر بدل مترين، ألزم بسدّها[1643].

374 تجزئة العقّار المخدوم أو الخادم ◊ وإذا جُزّئ العقّار المخدوم، يبقى الارتفاق صالحا لكلّ جزء من أجزاء ذلك العقّار، بدون زيادة إرهاق للعقّار الخادم (الفصل 185). وفي فرنسا قيل عن الفصل 700 – الذي تعدّ أحكام الفصل 185 نقلا له – إنّه قابل، رغم سكوته، لأن ينطبق على العقّار الخادم[1644].

[1642] بسبب نقل القانون التّونسيّ لأحكام القانون الفرنسيّ، يمكن النّظر إلى الكتابات الفرنسيّة التي فصّلت في وضعيّة صاحب العقّار الخادم، ومنها: أندريه روبير، م س، الفقرة 270 وما بعدها.

[1643] قرّب من: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 5114، 12 أكتوبر 1982، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 225؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 26031، 12 أكتوبر 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 237؛ تعقيبيّ مدنيّ، عدد 51319، 16 فيفري 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 308.

[1644] أندريه روبير، م س، الفقرة 310.

ممّا تقدّم يخلص أنّ في الارتفاق حقوقا والتزامات مشتركة. بعد عنوان الحقوق والالتزامات، تناولت مجلّة الحقوق العينيّة مسألة انقضاء الارتفاق[1645].

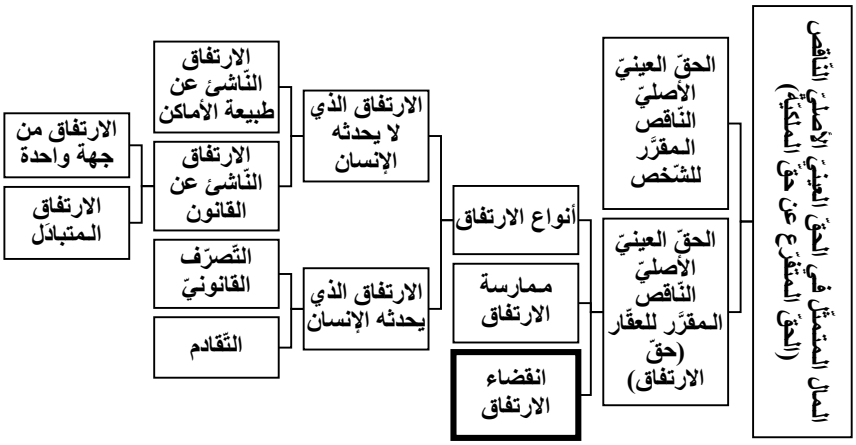
المبحث الثّالث: انقضاء الارتفاق

375 الأسباب ◊ حسب الفصلين 188 و189 ينتهي الارتفاق بثلاثة أسباب:

السّبب الأوّل: زوال الموجب. فككلّ معلول، يدور الارتفاق وجودا وعدما مع علّته. فارتفاق المرور سببّه الاكتناف؛ لذا فإنّ زوال هذا يؤدّي إلى زوال ذاك[1646].

السّبب الثّاني: التّمكين، أي اجتماع العقّار المخدوم والعقّار الخادم تحت يد مالك واحد. فاختلاف مالك العقّار الأوّل ومالك العقّار الثّاني – وهذا رأيناه[1647] – وصف ذاتيّ للارتفاق؛ فإذا زال الوصف الذّاتيّ، زال الموصوف[1648].

(1645)



(1646) انظر: تعقيبيّ مدنيّ، عدد 54336، 12 جانفي 1998، نشريّة محكمة التّعقيب، ص 291.

(1647) انظر الفقرة 353.

(1648) انظر الفقرة 7.

السّبب الثّالث: عدم الاستعمال مدّة خمس عشرة سنة، أي التّقادم المسقط. والتّقادم المسقط يرد على الارتفاق الذي يحدثه الإنسان سواء كان مستمرّا أو غير مستمرّ، ظاهرا أو غير ظاهر؛ لكنّه لا يرد على الارتفاق الذي لا يحدثه الإنسان. ويقول الفصل 190: "تحسب بداية مدّة السّقوط من يوم عدم استعمال الارتفاق إذا كان الحقّ غير مستمرّ، ومن يوم القيام بعمل معارض إذا كان الحقّ مستمرّا". ولأنّ أجل الخمس عشرة سنة أجل تقادم مسقط، أي أجل غير محدّد مسبّقا، فإنّه يقبل التّعليق والانقطاع(1649).

(1649) حول التّعليق والانقطاع انظر الفقرة 216.

وانظر حول التّقادم المسقط للارتفاق وأسباب أخرى لانقضائه: محمّد الحبيب الشّريف، «حقوق الارتفاق التي يحدثها الإنسان»، مقالة سابقة الذّكر، ص 38. وفي القانون الفرنسيّ انظر: جون كاربونييه، م س، الفقرة 155، ص 246 وما بعدها؛ فيليب مالوري ولوران أيناس، م س، الفقرة 1167 وما بعدها؛ جون-لويس بارجال ومارك بروشي وسيلفي سيمامونتي، م س، الفقرة 347 وما بعدها، ص 349 وما بعدها؛ أندريه روبير، م س، الفقرة 329 وما بعدها.

هنري-جاك لوكاس، الملفّ القانونيّ المدنيّ. المجلّة، الفصل 690 إلى 710، كرّاس وحيد، الفقرة 121 وما بعدها.

Henri-Jacques Lucas, J. –cl. Civ. Code, art 690 à 710, fasc. unique, § 121 s.

فِهرس المراجع المختارة

1/ المراجع باللغة العربيّة

ابن طالب (أحمد) (تحت إدارة)، خمسينيّة مجلّة الحقوق العينيّة 1965 – 2015، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2017.

ابن معجوز (محمّد)، الحقوق العينيّة في الفقه الإسلاميّ والتّقنين المغربيّ، النّاشر: المؤلّف، فاس، 1437 هـ/ 2016 م.

ـــــ الشّفعة في القانون المغربيّ، أطروحة دكتوراه دولة، جامعة محمّد الخامس –كلّيّة الحقوق، الرّباط، د ت.

أبو السّعود (رمضان)، الوجيز في الحقوق العينيّة الأصليّة. أحكام ومصادر الحقوق العينيّة الأصليّة، دار المطبوعات الجامعيّة، الإسكندريّة، 1997.

أبو زهرة (محمّد)، الملكيّة ونظريّة العقد في الشّريعة الإسلاميّة، دار الفكر العربيّ، د م، د ت.

البشير (محمّد طه) وطه (غني حسون)، الحقوق العينيّة. الحقوق العينيّة الأصليّة – الحقوق العينيّة التّبعيّة، وزارة التّعليم العالي والبحث العلميّ، العراق، د ت.

الجلاصي (نور الدّين) والبليّش (عبد الهادي) (تحقيق)، محاضر مجلّة الأحكام الشّرعيّة. تحت رئاسة وزير العدليّة وشيخ الإسلام المالكيّ محمّد العزيز جعيّط، دار المازري وجامعة الزّيتونة، تونس، 1441 هـ/ 2020 م (4 أجزاء).

الزّرّوقي (عبد المجيد)، المنهجيّة القانونيّة. الجزء الأوّل. المنهجيّة الفقهيّة والتّشريعيّة والقضائيّة، النّاشر: المؤلّف، تونس، ط 2، 2022.

سعد (نبيل إبراهيم)، الحقوق العينيّة الأصليّة، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، 2010.

السّنهوري (عبد الرّزّاق)، الوسيط في شرح القانون المدنيّ الجديد. حقّ الملكيّة مع شرح مفصّل للأشياء والأموال، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، د ت (المجلّد 8).

ـــــ الوسيط في شرح القانون المدنيّ الجديد. أسباب كسب الملكيّة مع الحقوق العينيّة الأصليّة المتفرّعة عن الملكيّة (حقّ الانتفاع وحقّ الارتفاق)، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، د ت (المجلّد 9).

سوار (محمّد وحيد الدّين)، الحقوق العينيّة الأصليّة. أسباب كسب الملكيّة، مكتبة دار الثقافة، عمّان، 1997.

ـــــ حق الملكيّة في ذاته في القانون المدنيّ، مكتبة دار الثّقافة، عمّان، 1999.

شبير (محمّد عثمان)، المدخل إلى فقه المعاملات الماليّة. المال/ الملكيّة/ العقد، دار النّفائس، عمان – الأردن، ط 2، 1430 هـ/ 2010 م.

شرف الدّين (محمّد كمال)، قانون الأموال (درس مرقون)، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، السّنة الجامعيّة 2002/ 2003.

شلبي (محمّد مصطفى)، المدخل في التّعريف بالفقه الإسلاميّ وقواعد الملكيّة والعقود فيه، النّاشر: المؤلّف، د م، 1382 هـ/ 1962 م.

شهبون (عبد الكريم)، الشّافي في شرح مدوّنة الحقوق العينيّة الجديدة وفق القانون رقم 08-39، مكتبة الرّشاد، سطات، ط 2، 1438 هـ/ 2017 م.

عبده (عيسى) ويحيى (أحمد إسماعيل)، الملكيّة في الإسلام، دار المعارف، القاهرة، د ت.

عتر (محمّد محمّد ماجد)، المفصّل في الفقه الحنفيّ. الأموال والمعاملات الماليّة، مكتبة دار المستقبل، حلب، 1426 هـ/ 2005 م.

فرج (توفيق حسن)، الحقوق العينيّة الأصليّة، المكتبة القانونيّة، الدّار الجامعيّة، د م، د ت.

قاسم (محمّد حسين)، موجز الحقوق العينيّة الأصليّة. حقّ الملكيّة. حقّ الملكيّة في ذاته. أسباب كسب الملكيّة، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، ط 1، 2006.

كركبي (مروان) ومنصور (سامي بديع)، الأموال والحقوق العينيّة العقّاريّة الأصليّة، منشورات الحلبي الحقوقيّة، بيروت، 2009.

الكناني (يوسف) وبالكناني (فوزي)، قانون الأموال، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2003.

محمّدي (حاتم)، دروس في القانون المدنيّ. الجزء الأوّل: قانون الأموال، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2012.

منصور (محمّد حسين)، الحقوق العينيّة الأصليّة. الملكيّة والحقوق المتفرّعة عنها. أسباب كسب الملكيّة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2007.

هاشم (محمّد العربيّ)، قانون الأموال (درس مرقون)، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، السّنة الجامعيّة 1989/ 1990.

يكن (زهدي)، الملكيّة والحقوق العينيّة الأصليّة علما وعملا، منشورات المكتبة العصريّة، صيدا – بيروت، ط 2، 1962.

2/ المراجع بغير اللغة العربيّة

Alexander (Gregory S.) and Penalver (Eduardo M.), *An Introduction to Property Theory*, Cambridge University Press, New York, 2012.

Atias (Christian), *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, Paris, 12e éd., 2014.

Aubry (C.) et Rau (C.), *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S Zachariæ*, Imprimerie et Librairie générale de Jurisprudence, Paris, 3e éd., 1863.

Barr (Warren), *Modern Studies in Property Law*, Bloomsbury, USA, 2015.

Bergel (Jean-Louis), Bruschi (Marc) et Cimamonti (Sylvie), *Les biens*, LGDJ, Paris, 1999.

Bergel (Jean-Louis), *Le droit des biens*, Presses universitaires de France, Paris, 2e éd., 1990.

Bridge (Michael), *Personal Property Law*, Oxford University Press, United Kingdom, Fourth Edition, 2015.

Carbonnier (Jean), *Droit civil. Les biens : Monnaie, immeubles, meubles*, PUF, Paris, 18e éd., 1998.

Clarcke (Alison) and Kohler (Paul), *A Theory of Property*, Cambridge University Press, New York, 1990.

—— *Property Law. Commentary and Materials*, Cambridge University Press, New York, 2005.

Cornu (Gérard), *Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, Paris, 11e éd., 2003.

Courbe (Patrick) et Latina (Mathias), *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 7e éd., 2014.

Dabin (Jean), *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris, 2008.

Davies (Margaret), *Property. Meanings, Histories, Theories*, Routledge, USA and Canada, 2007.

Grimaldi (Cyril), *Droit des biens*, LGDJ, Paris, 2016.

Hepburn (Samantha), *Principles of Property Law*, Cavendish Publishing, London, Second edition, 2001.

Howell (Claire) and Farrand (Benjamin), *Intellectual Property Law*, Pearson, United Kingdom, Fifth edition, 2017.

Jourdain (Patrice), *Les biens* (Droit civil, Gabriel Marty – Pierre Raynaud), Dalloz, Paris, 1995.

Lahovary (Alexandre N.), *Du* dominum *ou droit de propriété en droit romain. Du régime de la propriété foncière*, E. Thunot et C^ie^, Paris, 1865.

Larroumet (Christian), *Droit civil, T. 2, Les biens. Droits réels principaux*, Economica, Paris, 3^e^ éd., 1997.

Laurent (F.), *Principes de droit civil français*, A. Durand et Pedone Lauriel, Paris/ Bruylant-Christophe et Comp., Bruxelles, 1871.

Malaurie (Philippe) et Aynès (Laurent), *Les biens*, Defrénois, Paris, 2007.

Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre), *Les biens*, Sirey, Paris, 1980.

Mathieu (Marie-Laure), *Droit civil. Les biens*, Sirey, Paris, 3^e^ éd., 2013.

Mazeaud (Henri, Léon et Jean) et Chabas (François), *Leçons de droit civil, T. II, 2^e^ vol., Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8^e^ éd. Par François Chabas, Montchrestien, Paris, 1994.

Mémeteau (Gérard), *Droit des biens*, Larcier, Bruxelles, 11^e^ éd., 2018.

Merill (Thomas W.) and Smith (Henry E.), *Property*, Cambridge University Press, New York, 2010.

Ourliac (P.) et de Malfosse (J.), *Histoire du droit privé. 2. Les biens*, Presses Universitaires de France, Paris, 2^e^ éd., 1971.

Penner (James) and Smith (Henry E.), *Philosophical Foundation of Property Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013.

Pollaud-Dulian (Frédéric), *La propriété industrielle*, Economica, Paris, 2010.

Proudhon (M.), *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé*, Victor Larcier Libraire – Editeur, Dijon, 1839.

Reboul-Maupin (Nadège), *Droit des biens*, Dalloz, Paris, 5^e^ éd., 2014.

Romero (Alen), *Property Law for Dummies*, John Wiley and Soons Inc., New Jersey, 2013.

Saunders (Kurt M.), *Intellectual Property and the Law of Ideas*, Routledge, New York, 2021.

Schiller (Sophie), *Droit des biens*, Dalloz, Paris, 6e éd., 2013.

Smith (Roger S.), *Property Law*, Pearson, United Kingdom, Eighth Edition, 2014.

Snow (Gérard), *Les biens. Généralités – Biens personnels*, Collection de la common law en poche. sous la direction de Jacques Vanderlinden, Centre international de la common law en français. École de droit. Université de Moncton, Les éditions Yvon Blais Inc., Canada, 1998.

Strickler (Yves), *Les biens*, PUF, Paris, 2e éd., 2017.

Terré (François) et Simler (Philippe), *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 10e éd., 2018.

Vivant (Michel) et Bruguière (Jean-Michel), *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Paris, 4e éd., 2019.

Voirin (Pierre) et Goubeaux (Gilles), *Droit civil : Personnes – Famille – Incapacité – Biens – Obligations – Sûretés*, LGDJ, Paris, 29e éd., 2003.

Zenati-Castaing (Frédéric) et Revet (Thierry), *Les biens*, PUF, Paris, 2008.

فِهرس المصطلحات

أ

أثر كاشف · 819, 820, 822

إ

إجارة طويلة · 129, 135, 251, 252
إجازة · 95, 467, 577

أ

أجل محدّد مسبّقا · 674

ا

احتفاظ بالملكيّة · 420, 550
اختصاص ترابيّ · 169, 807
اختصاص حكميّ · 807
اختلاط الذّمّة · 919

إ

إرث · 81, 84, 88, 118, 134, 149, 427, 455, 456, 460, 462, 464, 465, 504, 534, 535, 536, 560, 563, 570, 575, 576, 577, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 603, 676, 762, 768, 797, 813, 815, 816, 817, 830, 849, 850, 858, 872, 878, 890, 891, 916, 918, 966

أ

أرض اشتراكيّة · 671
أرض اشتراكيّة · 671
أرض اشتراكيّة · 672
أرض دوليّة · 429
أرض موات · 80, 744

ا

استصحاب · 19, 20
استيلاء · 318, 557, 561, 562, 597, 598, 696, 743, 744, 745, 747, 749, 750, 751, 752, 754, 756, 758, 763
اسم
الجنس · 175

أ

أصل تجاريّ · 97, 105, 117, 140, 187, 235, 259, 269, 282, 895, 937

إ

إطلاق
بدليّ · 175

ا

اعتباريّات · 203, 312, 314

أ

أعضاء بشريّة · 93
أعمال الإدارة · 344, 345, 346, 353, 902, 903
أعمال التّصرّف · 336, 344, 345, 783, 903
أعمال الحفظ · 337, 343, 344, 345, 783, 903, 969
أغلبيّة · 776, 782, 783, 793, 795

ا

افتراض قانونيّ · 202

أ

أفضليّة · 146

إ

إقالة · 919

ا

اكتناف · 952, 972
اكراه · 690

إ

إكراه · 605, 623, 624, 626, 627, 674, 690, 758, 822, 823, 824, 826, 828

ا

التزام · 11, 31, 32, 40, 43, 56, 58, 59, 70, 71, 78, 88, 95, 105, 106, 115, 118, 119, 127, 130, 132, 133, 135, 142, 144, 148, 149, 170, 177, 196, 197, 212, 232, 245, 252, 255, 256, 267, 293, 294, 300, 329, 338, 350, 353, 368, 375, 376, 377, 382, 388, 389, 390, 391, 392, 394, 397, 402, 407, 419, 428, 435, 449, 465, 467, 475, 476, 505, 534, 535, 549, 563, 566, 567, 569, 570, 571, 573, 574, 582, 583, 584, 608, 619, 624, 628, 653, 654, 660, 676, 683, 688, 689, 690, 698, 713, 734, 736, 739, 740, 768, 777, 795, 796, 800, 802, 803, 804, 808, 823, 824, 825, 827, 828, 838, 841, 876, 889, 895, 902, 903, 904, 912, 919, 922, 931, 940, 963
التزام عينيّ · 148, 149
التصاق · 182, 188, 219, 233, 356, 700, 702, 703, 704, 706, 707, 708, 709, 711, 715, 716, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 730, 731, 733, 739, 740, 743, 747, 756, 758, 768
العمرى · 934
امتياز · 139, 140, 151, 180, 195, 201, 218, 224, 251, 529, 791

أ

أمفتيوز · 128, 211, 894, 928

ا

انتزاع للمصلحة العامّة · 84, 245, 758, 760, 921

إ

إنزال · 132, 133, 134, 135, 136, 158, 251, 252, 361, 900

ا

اهليّة · 535

أ

أهليّة · 534
أهليّة أداء · 118, 119
أهليّة وجوب · 118
أوراق عائليّة · 817, 831
أوراق ماليّة · 652, 809, 896

إ

إيواء سياحيّ · 889

ب

بحر · 23, 48, 67, 69, 70, 71, 83, 85, 113, 167, 224, 711, 716, 747, 752, 886, 907
براءة الاختراع · 278, 280, 281, 283, 284, 285, 896
بطلان مطلق · 681, 685, 686
بطلان نسبيّ · 685
بلديّة · 223, 401, 830, 958
بناء على أرض الغير · 729
بنك · 53, 54, 55, 272
بئر · 224, 377, 379, 387, 388, 450, 523
بيع الصّفقة · 808, 819
بيّنة · 374, 478

ت

تأميم · 429, 762
تأمين عينيّ · 125, 138, 140, 143, 146, 161, 170, 245, 307, 425, 808
تبتيت · 811, 827
تبرّع · 95, 478, 574, 698, 850
تجارة · 54, 121, 122, 132, 172, 230, 282, 283, 304, 323, 653, 654
تخصيص بالاستثناء · 693
تخصيص بالأفضليّة · 575, 816
تخصيص بالشّرط · 404
تخصيص باللقب · 75, 471, 711, 744, 791
تخصيص بالوصف · 198, 481, 660, 750
ترسيم · 304, 305, 344, 496, 571, 582, 944, 957
تركة · 81, 84, 88, 89, 574, 576, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 679, 806, 810, 812, 813, 815, 816, 831, 878, 881, 916
تسجيل · 84, 129, 133, 159, 169, 261, 271, 281, 282, 284, 289, 301, 303, 304, 305, 306, 321, 322, 453, 489, 491, 496, 513, 555, 653, 672, 844, 944

تصرّف قانونيّ · 336, 337, 345, 362, 417, 418, 419, 420, 426, 427, 431, 436, 437, 456, 490, 494, 503, 565, 566, 575, 582, 611, 658, 680, 683, 684, 685, 686, 768, 800, 802, 882, 887, 897, 910, 916, 932, 960, 963, 968
تعريف · 175
تعسّف في استعمال الحقّ · 368, 369, 371, 375, 380, 393
تغرير · 208, 822, 823, 825, 826
تفكير · 271
تفويت · 81, 84, 86, 128, 168, 330, 334, 336, 337, 344, 345, 346, 418, 428, 429, 430, 474, 501, 503, 505, 510, 511, 513, 568, 596, 780, 787, 792, 794, 803, 841, 850, 918
تقادم · 689
تقادم مسقط · 409, 554, 674, 676, 688, 697, 943, 973
تقادم مكسب · 84, 209, 554, 639, 670, 674, 675, 683, 685, 688, 693, 696, 697, 744, 892, 893, 943, 968

ث

ثمرة · 48, 73, 192, 196, 352, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 411, 412, 521, 687, 703, 898, 900, 901
ثمن · 50, 51, 52, 105, 117, 139, 140, 147, 212, 216, 256, 321, 418, 435, 439, 476, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 504, 510, 513, 681, 715, 718, 730, 731, 732, 735, 753, 785, 791, 808
ثورة · 316, 690, 865, 870, 871

ج

جنّة · 89, 90, 95
جحود · 115
جدار · 206, 400, 530, 834, 837
جراية · 921
جعل · 28
جنحة · 40, 254, 255, 368, 375, 376, 379, 380, 383, 391, 566
جنون · 173, 611
جنين · 40, 254, 368, 375, 376, 379, 380, 383, 391
جوهر · 19, 20, 193, 272, 305, 308, 348, 356, 420, 421, 539, 548, 866

ح

حائط · 131, 149, 191, 387, 388, 753, 830, 831, 832, 835, 836, 837, 838, 839, 841, 844, 846, 851, 951, 956, 964
حبس · 133, 134, 142, 143, 151, 159, 170, 268, 324, 625, 673, 766, 870
حجّة السّلطة · 159, 194, 210, 214, 222, 232, 260, 262, 445, 501, 557, 559, 568, 581, 626, 659, 660, 677, 679, 767, 788, 789, 808
حجّة وفاة · 815
حرب · 134, 302, 690, 747, 908
حريف · 97, 108, 269, 287, 542

حسن النّيّة · 535, 536, 632, 658, 663, 677, 678, 679, 684, 685, 686, 687, 725, 730, 732, 733, 739, 745, 751, 827, 893, 920, 966
حصّة · 168, 269, 277, 435, 652, 766, 767, 791, 792, 798, 810, 819, 838
حضانة · 34, 102, 114
حطب · 182, 197, 923
حقّ الأفضليّة · 146, 877, 928
حقّ البقاء · 150, 931
حقّ التّأليف · 114, 279, 280, 281, 283, 285, 896
حقّ التّتبّع · 145, 146, 877, 928
حقّ الحبس · 142, 143
حقّ الدّائنيّة · 4, 43, 104, 105, 107, 114, 124, 125, 127, 139, 144, 153, 254, 256, 276, 277, 856, 870, 876, 877
حقّ الهواء · 131, 133, 252, 457, 525
حقّ تجديد الكراء · 151
حقّ شخصيّ عقّاريّ · 255
حقّ طبيعيّ · 315
حقّ عينيّ تبعيّ · 125, 139, 141, 143, 151, 307
حكر · 129
حلول شخصيّ · 212
حلول عينيّ · 212, 213, 921
حوز · 24
حيوان · 17, 28, 29, 33, 34, 35, 50, 71, 118, 204, 214, 215, 218, 220, 227, 229, 260, 274, 318, 357, 358, 378, 415, 425, 717, 719, 720, 747

خ

خلف خاصّ · 562, 563
خلف عامّ · 563, 575
خندق · 907

د

دائن حابس · 139
دائن عاديّ · 147, 808
دائن مرتهن · 139, 142, 170, 791
دائن ممتاز · 139
دستور · 156, 322, 323
دعوى حوزيّة · 253, 254, 284, 592, 593, 970
دكتاتور · 690
دين عقّاريّ · 255, 256

ذ

ذاتيّ · 22, 23, 24, 32, 48, 302, 407, 415, 578, 602, 606, 607, 612, 613, 615, 636, 865, 938, 967, 972
ذمّة ماليّة · 100, 101, 111, 113, 117, 118, 120, 121, 122, 123, 124, 149, 209, 299, 345, 346, 574, 585, 768, 783, 872, 895

ر

رأس مال · 53, 271, 345, 869
رضائيّة · 507, 508, 510, 513, 800, 802, 803, 804, 808, 822, 827, 878, 887

رقّ · 90, 93, 94
رقبة · 127, 129, 130, 131, 137, 420, 550, 609, 735, 765, 766, 785, 790, 798, 858, 859, 862, 864, 866, 872, 876, 877, 878, 879, 881, 882, 888, 890, 891, 898, 903, 904, 906, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 916, 918, 919, 921, 932, 935
رهن · 85, 139, 141, 143, 151, 170, 201, 203, 245, 251, 268, 344, 345, 418, 425, 428, 566, 599, 699, 712, 766, 787, 791, 794, 877
رومانيّ · 69, 113, 130, 141, 165, 166, 204, 250, 316, 358, 359, 367, 397, 600, 617, 618, 675, 706, 749, 765, 865, 869, 882, 890, 926, 947, 960
رئيس الجمهوريّة · 427, 762
رئيس النّقابة · 842, 843

ز

زواج · 34, 81, 107, 534, 689, 848, 850

س

سرقة · 54, 316, 663
سفينة · 83, 122, 172, 304, 444, 653, 752, 920
سلاح · 88
سهم · 135, 159, 168, 277, 652
سوء النيّة · 369, 679, 739
سوء النّيّة · 127, 631, 632, 680, 699, 730, 732, 733, 876
سياق · 160, 176, 178, 181, 197, 343, 429, 590, 682, 741, 744, 761, 777, 872, 875, 888

ش

شائط · 810, 882
شبه العقد · 255
شبه انتفاع · 879, 894, 895, 919, 920, 921
شبه حوز · 600, 609
شبهة · 654, 655, 658, 659, 660, 664, 667, 730, 884
شجر · 20, 24, 50, 73, 130, 132, 195, 197, 198, 357, 358, 377, 384, 386, 413, 569, 571, 902, 922, 956, 957
شخص طبيعيّ · 281, 282, 512
شخص معنويّ · 118, 120, 282, 768, 874, 875, 915
شرط تعليقيّ · 687
شرط فاسخ · 476, 688, 733, 801
شركة · 72, 73, 88, 120, 122, 123, 145, 172, 209, 267, 269, 277, 324, 390, 400, 439, 451, 457, 462, 510, 569, 652, 768, 894, 903
شغب · 80, 84, 254, 397, 592, 593, 620, 621, 623, 624, 626, 627, 821, 909, 965
شفيع · 433, 435, 464, 468, 469, 478, 479, 481, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 490, 494, 495, 496, 498, 501, 503, 504, 505, 826
شقّة · 452, 811, 831, 840, 842, 844
شمول · 175

شيء خارج عن التّعامل · 60, 66, 82, 89, 228
شيء ضائع · 81, 664, 753
شيء قابل للاستهلاك · 292, 298, 879, 894
شيء قيميّ · 52, 296, 298, 301, 302
شيء لا مالك له · 74, 548, 743, 746
شيء مباح · 72
شيء متروك · 74, 746, 756
شيء مثليّ · 295, 298, 299, 300, 301, 302, 571, 625, 655, 860
شيء مشترك · 67, 68, 70, 71, 72, 82, 83, 85, 113, 318, 747, 774, 777, 886
شيك · 212, 272

ص

صابة · 140, 192, 196, 261, 902
صبيّ · 611
صداقة · 478
صفقة · 301, 321, 811, 813, 814, 827, 841
صلح · 384, 683
صوري · 681
صيد · 71, 85, 86, 140, 216, 218, 342, 358, 718, 747, 748, 749, 886, 941

ض

ضجيج · 398, 402

ط

طائرة · 169, 304, 527, 654, 752
طمي · 710

ظ

ظاهر · 535

ع

عارية الاستعمال · 293, 294, 350, 568, 777
عارية الاستهلاك · 293
عائلة · 6, 107, 168, 272, 830, 850, 873, 963, 965
عبوديّة · 92, 316, 865
عذر · 690
عرف · 28
عشب · 72
عقّار غير مسجّل · 254, 324, 489, 570, 893, 944, 965, 967
عقّار مسجّل · 453, 489, 669, 802, 944, 954, 967
عقد الشّغل · 90, 145, 362
عقلة · 114, 116, 117, 122, 168, 193, 204, 683
علامة الصّنع · 282, 283, 284, 285, 896
علامة تجاريّة · 283
علي الحسيني السّيستاني · 18
عمل قانونيّ · 254, 336, 337, 344, 345, 357, 362, 417, 418, 419, 420, 426, 427, 431, 436, 437, 456, 490, 494, 503, 565, 566, 575,

582, 611, 658, 677, 680, 681,
682, 683, 684, 685, 686, 768,
783, 800, 802, 882, 887, 897,
903, 910, 916, 932, 960, 963,
966, 968
عملة · 2, 54, 272, 299

غ

غابة · 71, 73, 85, 86, 357, 358,
359, 414, 671, 884
غائب · 676, 689, 807
غبن · 119, 809, 823, 826
غرامة · 716, 758, 759, 760, 921
غرس · 182, 384, 521, 522, 523,
526, 703, 722, 723, 725, 729,
730, 733, 738, 956, 957
غصب · 625, 626, 684, 734
غصن · 386, 957
غلّة · 129, 140, 192, 196, 298,
334, 351, 357, 358, 361, 362,
497, 498, 499, 500, 625, 777,
827, 896, 898, 900, 901, 902,
907, 925, 926, 941
غلط · 25, 31, 32, 197, 376, 377,
534, 535, 536, 538, 605, 678,
681, 685, 687, 690, 822, 823,
824, 825, 826

ف

فتحة · 386, 401, 957, 958, 959,
971
فسخ · 253, 450, 501, 513, 920
فقه إسلاميّ · 56, 72, 73, 113, 134,
137, 182, 248, 271, 296, 301,
320, 322, 371, 372, 397, 400,
438, 444, 458, 463, 464, 475,
481, 482, 497, 521, 540, 573,
597, 598, 639, 690, 744, 749,
753, 760, 764, 766, 798, 814,
860, 870
فلسفة · 14, 27, 28, 311, 316, 426,
736

ق

قانون إسلاميّ · 8, 46, 118, 119, 129,
134, 166, 168, 172, 219, 308,
324, 375, 425, 468, 483, 558,
582, 639, 689, 744, 752, 764,
786, 834, 858, 861, 864, 866,
867, 878, 890, 910
قانون طبيعيّ · 594
قرابة · 81, 107
قرض · 293, 476, 860, 895, 908
قرينة · 78, 79, 121, 176, 178, 179,
183, 185, 188, 199, 219, 221,
262, 268, 343, 360, 478, 522,
530, 577, 578, 608, 615, 618,
634, 651, 653, 658, 663, 669,
670, 671, 682, 687, 690, 696,
703, 721, 723, 725, 734, 736,
767, 781, 788, 794, 804, 808,
824, 825, 826, 836, 890, 892,
953, 961, 962, 965, 968
قوّة قاهرة · 566, 625, 690, 713, 715
قوّة ملزمة · 145
قياس أولى · 209, 404, 500, 553, 660,
803, 908
قياس عكس · 209, 389, 404, 445,
553, 660, 741, 908
قياس مثل · 209, 381, 404, 553, 803,
846, 908

ك

كراء · 94, 127, 128, 130, 132, 140, 151, 283, 293, 294, 337, 344, 346, 350, 351, 354, 357, 362, 412, 476, 512, 568, 766, 777, 783, 788, 870, 876, 889, 894, 903, 919, 928, 934
كردار · 135, 252, 253
كفالة · 123
كلأ · 72, 73, 324, 357, 360, 521, 900
كنز · 81, 529, 531, 752, 753, 755
كنسيّ · 679, 680
كيل · 295, 296, 300, 301

ل

لزمة · 129, 731
لقطة · 750, 751, 752, 753

م

ماء · 22, 23, 33, 69, 70, 71, 72, 74, 83, 85, 86, 216, 244, 262, 311, 378, 379, 387, 398, 450, 523, 532, 614, 709, 710, 716, 718, 747, 761, 846, 885, 886, 945, 946, 949, 950, 954, 959, 964, 969, 970
ماهية · 18, 20, 22
مبنى · 177, 178, 179, 181, 182, 185, 189, 195, 241, 242, 258, 527, 618, 619, 840, 920, 955, 957, 959
مجلس الأمّة · 55, 158, 184, 185, 233, 234, 262, 322, 335, 343, 352, 719, 725, 813, 815, 816
مجنون · 611
محروقات · 86, 181, 223, 224, 240, 241, 246, 261, 291, 529, 761, 879
محكمة ابتدائيّة · 253, 397, 404, 489, 496, 510, 782, 807
محكمة ناحية · 397, 404
مزاد · 477, 510, 664, 797, 804, 811, 813, 814
مزارعة · 217, 903
مساقاة · 172, 468, 902, 903
مسؤوليّة تقصيريّة · 145, 393
مسؤوليّة عقديّة · 145
مسؤوليّة عن فعل الحيوان · 32
مسؤوليّة عن فعل الشّيء · 32
مسؤوليّة مدنيّة · 32, 145, 281, 282, 375, 376, 380, 381
مشروع · 534
مشفوع · 435, 443, 452, 454, 455, 464, 471, 475, 490, 497, 498, 499, 504
مصادرة · 428, 761, 762
مصاريف · 81, 139, 140, 142, 149, 484, 485, 486, 498, 781, 782, 837, 838, 901
مضار الجوار · 393, 395, 396, 400, 403, 404, 526, 957
مضارّ الجوار · 393, 395, 396, 400, 403, 404, 526, 957
معارضة الغير · 145, 169, 533
معاوضة · 302, 439, 472, 569, 570, 684

معدن · 51, 53, 54, 180, 272, 523, 528, 529, 531, 532
معنى عرفيّ · 61
معنى عرفيّ · 59
معنى عرفيّ · 233
معنى عرفيّ · 402
معنى عرفيّ · 624
معنى عرفيّ · 628
معنى عرفيّ · 630
معنى عرفيّ · 780
معنى عرفيّ · 786
معنى وضعيّ · 59, 78, 179, 232, 403, 455, 608, 624, 627, 630, 634, 739
مغارسة · 130, 253, 569, 571
مقاصّة · 298, 299, 300, 919
مقبرة · 504, 830, 872
ملك الدّولة الخاصّ · 80, 84, 85, 670
ملك عموميّ · 70, 71, 80, 81, 83, 85, 86, 87, 113, 355, 526, 529, 653, 670, 710, 715, 716, 731, 751, 830, 884, 886, 954
ملكيّة أدبيّة وفنّيّة · 4, 278, 280, 282, 285, 896
ملكيّة صناعيّة · 280, 281, 282, 285
منافسة · 145, 284, 285
منتوج · 196, 299, 322, 355, 500, 884, 911, 925
منجم · 85, 86, 181, 193, 195, 227, 261, 528, 529, 761
منحرفة · 807, 958
منطق · 19, 79
منقول بالاستباق · 180, 190, 193, 195, 197, 198, 201, 263, 266
منهجيّة · 2, 8, 10, 11, 25, 32, 59, 60, 62, 63, 75, 78, 80, 153, 155, 159, 160, 163, 164, 175, 177, 196, 198, 224, 225, 232, 233, 271, 273, 311, 338, 339, 346, 353, 381, 402, 404, 407, 441, 455, 457, 459, 534, 557, 558, 559, 560, 608, 612, 651, 656, 672, 695, 736, 787, 846, 884, 975
منهجيّة قانونيّة · 673
مهايأة · 773, 774, 775, 776, 777, 778, 785
موت · 88, 103, 120, 121, 139, 546, 560, 574, 575, 577, 581, 582, 583, 585, 679, 767, 830, 851, 860, 874, 878, 891, 914, 915, 916, 917, 918
ميزاب · 836, 946, 956, 959, 967

ن

نافذة · 206, 222, 401, 940, 958, 964
نبتة · 17, 33, 72, 181, 190, 191, 192, 193, 197, 198, 199, 200, 710, 956
نظام عامّ · 154, 155, 156, 480, 737, 798, 808, 870, 915
نفقة · 103, 107, 140, 730, 735, 784
نقابة · 842
نقود · 2, 43, 51, 52, 53, 54, 99, 100, 267, 271, 272, 274, 276, 291, 296, 300, 301, 302, 342, 798, 804, 810, 816
نهر · 23, 70, 71, 216, 318, 387, 450, 710, 713, 714, 716, 718

ه

هبة · 115, 119, 254, 475, 476, 478, 504, 562, 569, 571, 681, 684, 777, 850, 887

و

وادي · 216, 709, 711, 715, 716, 718
واقعة قانونيّة · 337, 490, 566, 584, 616, 768
وديعة · 54, 345
وزن · 52, 295, 296, 298, 300, 301
وزير · 90, 135, 224, 429, 430, 529, 885, 889
وصيّة · 56, 81, 418, 465, 504, 534, 535, 563, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 579, 580, 581, 587, 679, 682, 789, 850, 858, 859, 878, 887, 890, 891, 892, 932, 962
وظيفة اجتماعيّة · 317, 322, 323, 324, 332, 336, 349, 366, 417, 426, 521, 554
وقف · 84, 129, 132, 133, 134, 172, 421, 541, 673, 752, 753, 859, 870, 871, 872
وكالة · 509, 510, 511, 734
ولاية · 535

ي

يمين حاسمة · 802

فِهرس العناوين

المقدّمة _____ **1**

الجزء التّمهيديّ: تعريف المال _____ **13**

الفصل الأوّل: تعريف المال من زاوية كونه حقّا عينيّا أصليّا _____ **15**
المبحث الأوّل: الشّيء _____ 16
المبحث الثّاني: الشّيء موضوع الحقّ أو المال _____ 38
الفقرة الأولى: المال في نفسه _____ 38
الفقرة الثّانية: المال في وعائه (الذّمّة الماليّة) _____ 101
المبحث الثّالث: الحق العينيّ الأصليّ _____ 124

الفصل الثّاني: تعريف المال من زاوية تقسيماته _____ **163**
المبحث الأوّل: المال من زاوية تقسيمه الرّئيس (المالُ العقّارُ والمالُ المنقول) _____ 163
الفقرة الأولى: المالُ العقّار _____ 174
أ) المالُ العقّارُ الطّبيعيّ _____ 174
ب) المالُ العقّارُ الحكميّ _____ 202
ج) المالُ العقّارُ التّبعيّ _____ 247
الفقرة الثّانية: المالُ المنقول _____ 258
أ) المالُ المنقول بطبيعته _____ 259
ب) المالُ المنقول بحكم القانون _____ 263
المبحث الثّاني: المال من زاوية تقسيماته الثّانويّة _____ 270
الفقرة الأولى: التّقسيم المرتبط بالتّطوّر المعاصر لقانون الأموال (المال المادّيّ والمال غير المادّيّ) _____ 274
الفقرة الثّانية: التّقسيمات غير المرتبطة بالتّطوّر المعاصر لقانون الأموال290
أ) المالُ القابل للاستهلاك والمالُ غير القابل للاستهلاك _____ 290
ب) المالُ المثليّ والمالُ غير المثليّ _____ 295
ج) المالُ المسجّل والمالُ غير المسجّل _____ 303

الجزء الأوّل: المال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ الكامل (حقّ الملكيّة) _____ **310**

الفصل الأوّل: حقّ الملكيّة في عموم صوره _____ **327**
المبحث الأوّل: تعريف حقّ الملكيّة _____ 328
الفقرة الأولى: تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة مكوّناته _____ 333
أ) المكوّن الأوّل: حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع _____ 340
1/ محتوى حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع _____ 340
1. 1/ محتوى حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال _____ 340
1. 2/ محتوى حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال _____ 351
1. 2. 1/ مكوّنا حقّ الاستغلال (الحقّ في الثّمار أو الغلال، والحقّ في المنتجات) _____ 357

1. 2. 2/ ثمار التّفرقة بين مكوّني حقّ الاستغلال_____ 362
2/ حدود حقّ الانتفاع وعدم الانتفاع_____ 364
2. 1/ حدود حقّ الاستعمال وعدم الاستعمال _____ 365
2. 1. 1/ القاعدة العامّة: منع التّعسّف في استعمال الحقّ _____ 367
2. 1. 2/ تطبيقات القاعدة العامّة_____ 394
2. 1. 2. 1/ التّطبيقات المرتبطة بالمصلحة الخاصّة _____ 394
2. 1. 2. 2/ التّطبيقات المرتبطة بالمصلحة العامّة _____ 407
2. 2/ حدود حقّ الاستغلال وعدم الاستغلال _____ 411
2. 2. 1/ الحدود المتعلّقة بالثّمار_____ 411
2. 2. 2/ الحدود المتعلّقة بالمنتجات _____ 413
ب) المكوّن الثّاني: حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف _____ 415
1/ محتوى حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف _____ 415
1. 1/ محتوى حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف المادّيّ _____ 415
1. 2/ محتوى حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف القانونيّ_____ 418
2/ حدود حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف _____ 424
2. 1/ حدود حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف المادّيّ _____ 424
2. 2/ حدود حقّ التّصرّف وعدم التّصرّف القانونيّ_____ 427
2. 2. 1/ الشّفعة _____ 433
2. 2. 1. 1/ شروط الشّفعة_____ 442
2. 2. 1. 1. 1/ الشّروط الأصليّة_____ 443
2. 2. 1. 1. 2/ الشّروط الإجرائيّة _____ 479
2. 2. 1. 2/ آثار الشّفعة _____ 494
2. 2. 1. 2. 1/ الأثر الرّئيس _____ 494
2. 2. 1. 2. 2/ الآثار الثّانويّة _____ 498
2. 2. 2/ حقّ الأولويّة في الشّراء _____ 506
الفقرة 2: تعريف حقّ الملكيّة من حيثيّة كيفيّة عمل مكوّناته _____ 515
أ) المكوّنات تعمل بطريقة مطلقة_____ 516
1/ الإطلاق وسلطات المالك_____ 518
2/ الإطلاق وموضوع الملكيّة_____ 520
2. 1/ المبدأ _____ 521
2. 2/ الاستثناءات _____ 525
2. 2. 1/ الاستثناءات المتعلّقة بالفوق_____ 525
2. 2. 2/ الاستثناءات المتعلقة بالتّحت _____ 528
3/ الإطلاق ومعارضة الغير _____ 533
ب) المكوّنات تعمل بطريقة استثناريّة _____ 538
ج) المكوّنات تعمل بطريقة دائمة_____ 545

1/ الملكيّة دائمة ما دام الشّيء _____ 545
2/ الملكيّة لا تزول بعدم الاستعمال _____ 552
المبحث الثّاني: أسباب اكتساب حقّ الملكيّة _____ 557
الفقرة الأولى: أسباب اكتساب الملكيّة بالخلافة _____ 562
أ) اكتساب الملكيّة بالخلافة الإراديّة _____ 565
1/ اكتساب الملكيّة بالعقد _____ 565
2/ اكتساب الملكيّة بالوصيّة _____ 573
ب) اكتساب الملكيّة بالخلافة الجبريّة (الميراث) _____ 580
الفقرة الثّانية: أسباب اكتساب الملكيّة بغير الخلافة _____ 587
أ) السّبب الرّئيس (الحوز) _____ 588
1/ أوصاف الحوز _____ 602
1. 1/ الأوصاف الذّاتيّة _____ 607
1. 1. 1/ الوصف الذّاتيّ المادّيّ _____ 607
1. 1. 2/ الوصف الذّاتيّ المعنويّ _____ 611
1. 2/ الأوصاف العرضيّة _____ 620
1. 2. 1/ الأوصاف العرضيّة المرتبطة بالوصف الذّاتيّ المادّيّ _____ 623
1. 2. 1. 1/ وصف الهدوء _____ 623
1. 2. 1. 2/ وصف الظّهور _____ 627
1. 2. 1. 3/ وصف الاستمرار _____ 630
1. 2. 2/ الوصف العرضيّ المرتبط بالوصف الذّاتيّ المعنويّ (الوضوح) _____ 633
2/ آثار الحوز _____ 637
2. 1/ آثار حوز المنقول _____ 642
2. 1. 1/ صورة تلقّي المنقول من غير مالكه _____ 650
2. 1. 1. 1/ المبدأ _____ 650
2. 1. 1. 2/ الاستثناءات _____ 663
2. 1. 2/ صورة تلقّي المنقول من مالكه _____ 666
2. 2/ آثار حوز العقّار _____ 668
ب) الأسباب الثّانويّة (الالتصاق والاستيلاء ومفعول القانون) _____ 700
1/ الأسباب التي تمثّل صنفا مغلقا _____ 702
1. 1 / الالتصاق _____ 702
1. 1. 1/ الالتصاق الطّبيعيّ _____ 709
1. 1. 2/ الالتصاق الصّناعيّ _____ 722
1. 2/ الاستيلاء _____ 743
1. 2. 1/ الاستيلاء على المنقولات التي لم يكن لها من قبلُ مالكٌ 747
1. 2. 2/ الاستيلاء على المنقولات المتخلّى عن ملكيّتها _____ 749

2/ السّبب الذي يمثّل صنفا مفتوحا (مفعول القانون) _____ 758
الفصل الثّاني: حقّ الملكيّة في صورة الشّيوع _____ 764
المبحث الأوّل: الشّيوع في عموم صوره _____ 770
الفقرة الأولى: حقوق الشّريك (الاستعمال والاستغلال والتّصرّف) ____ 771
أ) حقّ الانتفاع بالمال المشاع (حقّ استعمال المشاع وحقّ استغلاله من الشّريك) _____ 773
1/ حقّ الانتفاع على وجه المهايأة _____ 773
2/ حقّ الانتفاع على غير وجه المهايأة _____ 778
ب) حقّ التّصرّف في المال المشاع _____ 786
1/ حقّ كلّ شريك في التّصرّف في حصّته من المال المشاع _____ 786
2/ حقّ كلّ شريك في مشاركة البقيّة في التّصرّف في كلّ المال المشاع793
الفقرة الثّانية: انقضاء الشّيوع بالقسمة _____ 796
أ) إجراء القسمة _____ 800
1/ القسمة الاتّفاقيّة _____ 800
2/ القسمة القضائيّة _____ 806
2. 1/ القواعد العامّة لدعوى القسمة _____ 806
2. 2/ القواعد الخاصّة بدعوى قسمة التّركات _____ 812
ب) آثار القسمة _____ 819
1/ الأثر الكاشف للقسمة _____ 819
2/ الضّمان المتبادل بين المتقاسمين للشّغب والاستحقاق ____ 821
3/ عدم إمكان الرّجوع في القسمة _____ 822
المبحث الثّاني: الشّيوع في صوره الخاصّة _____ 829
الفقرة الأولى: الشّيوع في صوره الخاصّة الواردة في مجلّة الحقوق العينيّة830
أ) الصّور الواردة صراحة _____ 832
1/ صورة ملكيّة الحائط والخندق المشترك _____ 832
1. 1/ إثبات الاشتراك _____ 836
1. 2/ حقوق الشّركاء _____ 836
1. 3/ التزامات الشّركاء _____ 838
2/ صورة ملكيّة العقّارات المقسّمة إلى طوابق وشقق ومحلاّت _ 840
ب) الصّورة الواردة ضمنا _____ 844
الفقرة الثّانية: الشّيوع في صورته الخاصّة الواردة بقانون 1998 (صورة الاشتراك في الأموال بين الزّوجين) _____ 848

الجزء الثّاني: المال المتمثّل في الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص (الحقّ المتفرّع عن حقّ الملكيّة) **854**

الفصل الأوّل: الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص المقرَّر للشّخص **868**
المبحث الأوّل: حقّ الانتفاع 869
الفقرة الأولى: إنشاء حقّ الانتفاع 881
أ) الأسباب التي ينشأ بها حقّ الانتفاع 881
1/ القانون 881
2/ التّصرّف القانونيّ 887
3/ التّقادم 892
ب) المحلّ الذي ينشأ عليه حقّ الانتفاع 893
الفقرة الثّانية: آثار حقّ الانتفاع 898
أ) وضعيّة المنتفع 898
1/ حقوق المنتفع 898
1. 1/ حقّ الاستعمال والاستغلال 898
1. 2/ السّلطات التي يتضمّنها حقّ الاستعمال والاستغلال 902
2/ واجبات المنتفع 905
2. 1/ الواجب السّابق لبداية الانتفاع 905
2. 2/ الواجبات أثناء الانتفاع 906
ب) وضعيّة مالك الرّقبة 910
1/ حقوق مالك الرّقبة 910
2/ واجبات مالك الرّقبة 912
الفقرة الثّالثة: انقضاء حقّ الانتفاع 914
أ) أسباب انقضاء حقّ الانتفاع 914
1/ الأسباب العاديّة 915
2/ الأسباب العرضيّة 918
ب) نتائج انقضاء حقّ الانتفاع 923
المبحث الثّاني: حقّ الاستعمال وحقّ السّكنى 925
الفقرة الأولى: أوصاف الحقّين 927
الفقرة الثّانية: نشأة الحقّين 931
الفقرة الثّالثة: آثار الحقّين 933

الفصل الثّاني: الحقّ العينيّ الأصليّ النّاقص المقرَّر للعقّار (حقّ الارتفاق) **936**
المبحث الأوّل: أنواع الارتفاق 945
الفقرة الأولى: الارتفاق الذي لا يحدثه الإنسان 949
أ) الارتفاق النّاشئ عن طبيعة الأماكن 949

ب) الارتفاق النّاشئ عن القانون _____ 951
1/ الارتفاق القانونيّ من جهة واحدة _____ 952
2/ الارتفاق القانونيّ المتبادَل_____ 955
الفقرة الثّانية: الارتفاق الذي يحدثه الإنسان_____ 960
أ) التّصرّف القانونيّ_____ 960
ب) التّقادم_____ 965
المبحث الثّاني: ممارسة الارتفاق_____ 969
المبحث الثّالث: انقضاء الارتفاق _____ 972

فِهرس المراجع المختارة _____ 974

فِهرس المصطلحات_____ 981

فِهرس العناوين _____ 994