**جــــامــــعـــة ســـــوســــة**

**كـلـــيــــة الــحــقـوق والـــعــلــوم الـــسـيــاسيـــة بسوسة**

****

**محاضرات في**

|  |
| --- |
| **قــــانــــون الأمـــــوال** |

لطلبة السنة الأولى

من الإجازة الأساسية في القانون

**الأستاذ فـــتــحي حـــامـــدي**

**السنة الجامعية 2019-2020**

**مـــقــــدمـــة عـــامـــــة**

النزعة التملٌكية طبعٌ في كل نفس بشرية فلم يكن غريبا أن ترتبط أولى مظاهر التنظيم بهذا الجانب.

فالقانون في جوهره تنظيم عادل ومعقول لسلوك الأفراد داخل التنظمات البشرية فكان من الطبيعي أن تجد مسألة "المال" و"الملك" و"الثروة" مكانة بارزة منذ بدائية التنظيم القانوني في فترة إرتبط فيها سعي الإنسان أساسا إلى توفير حاجياته الحياتية.

ومن المسلم به أن الوظيفة المركزية للقانون، بصرف النظر عن تفريعاته، تتمثل في توجيه أوامر للأفراد لغاية بسط نظام للأشياء[[1]](#footnote-2). وبين "الأشخاص" و"الأشياء" ينتصب المفهوم المركزي: "المال". يُدرك الجميع تلقائيا معنى"المال" دون أن يعني ذلك ضروة التوافق مع مدلوله القانوني. قبل تدقيق تعريفه قانونا، يمكن أن يقدٌم "المال" بمعنى مبسٌط بما هو جملة الأشياء المستعملة من الإنسان لتلبية حاجياته سواء بإستعمالها مباشرة (بجني ثمارها أو بإستهلاكها) أو بصورة غير مباشرة عبر مبادلتها بما يحتاج إليه[[2]](#footnote-3).

في هذا الإطار يمكن أن نقدٌم **قانون الأموال** بما هو جملة الأحكام القانونية المنظمة للأشياء المعتبرة قانونا أموالا والحقوق المسلطة عليها كحق الملكية وحق الإنتفاع وحق الإرتفاق[[3]](#footnote-4).

هذه المادة كغيرها من المواد القانونية تتأثٌر بتطور المعطيات التاريخية والإقتصادية والسياسية، لذلك يرى جانب من الفقه أن قانون الأموال تجميع لمعطى "طبيعي" (Nature) ومعطى ثقافي (Culture)، إرتبطا بتاريخ بتطور المجتمعات حتى أن أبرز التقسيمات اليوم ترتبط بالتمييز بين الملك العام والملكية الخاصة بحسب طبيعة الأنظمة الإقتصادية الغالبة. ومما يؤكد أهمية قانون الأموال أن الفصل 41 من الدستور قد أدرج حق الملكية ضمن باب الحقوق الحريات إذ إقتضى نصٌه أن "**حق الملكية مضمون، ولا يمكن النيل منه إلا في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون**" وبذل المشرع الدستوري جهدا أقرب إلى التزيٌد[[4]](#footnote-5) بأن أضاف بذات الفصل أن "**الملكية الفكرية مضمونة**".

وصورة قانون الأموال اليوم هي نتاج مبادئ بارزة تجد صداها في أنظمة قانونية متعددة: التقسيم بين العقار والمنقول يجد جذوره في القانون الروماني كما ساهم القانون الإسلامي في تطوير المادة (حق الشفعة أو مشروعية المال) أما الأنظمة الأنقلوسكسونية فقد ساهمت أساسا في تثوير مفهوم المنقول غير المادي فيما يتعلق بحقوق الملكية والأدوات المالية. على أن أبرز تطور شهدته المادة تعلق بتخلي المجتمعات الحديثة عن "العبودية" والإسترقاق بعد أن كان البشر موضوع تملٌك منزٌلين منزلة الأشياء يُضاف إلى ذلك نشأة الذوات المعنوية (شركات، جمعيات، أحزاب...) في القانون الخاص بما سمح لها بالتملك وإكتساب الأموال بل و"خلق" أموال مستحدثة كالحصص الإجتماعية والأسهم وغيرها من الأوراق المالية.

أما تاريخ هذه المادة في القانون التونسي فقد إرتبط بداية بالقانون العقاري الذي دخل حيز النفاذ في 15 جويلية 1886 وإرتبط هذا التاريخ بإنطلاق عهد الحماية الفرنسية. ثم إنطوت مجلة الإلتزامات والعقود الصادرة في 15 ديسمبر 1906 جملة من القواعد المتعلقة بالأموال من ذلك الفصلان 99 و100 المتعلقين بمضار الجوار والفصول من 309 إلى 324 المنظمة لحق الحبس. أما أحكام الفصول 1532 إلى 1612 التي كانت تنظم أحكام الرهن والفصول من 1623 إلى 1632 من ذات المجلة التي كانت تنظم أحكام الإمتياز فقد تم نسخها بموجب الفصل الثاني من القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية.

مجلة الحقوق العينية تشكٌل اليوم المصدر الأساسي لقانون الأموال وتنقسم المجلة إلى كتابين يُعنى الأول بالحقوق العينية بوجه عام فيما خُصٌص الكتاب الثاني للعقارات المسجلة وإجراءات التسجيل. وقد كانت هذه المجلة محل مراجعة أبرز ملامحها القانون المؤرخ في 4 ماي 1992 بإتمام وتنقيح بعض فصول المجلة وكذلك القانون المؤرخ في 17 أفريل 2001. إضافة إلى ذلك نجد نصوصا قانونية أخرى على غاية من الأهمية أبرزها المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المتعلق بالتسجيل العقاري الإجباري والمرسوم عدد 4 لسنة 1977 المتعلق بالعمليات العقارية والقانون عدد 53 لسنة 1974 المتعلق بشهادة الحوز كما تم تنقيحه بموجب القانون عدد 10 لسنة 2000 المؤرخ في 24 جانفي 2000 والقانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية....[[5]](#footnote-6).

إلى جانب ذلك وجب إعتبار عدد من النصوص القانونية الأخرى التي لها إرتباط بقانون الأموال من ذلك أن الميراث وهو أحد أسباب إنتقال الملكية حسب الفصل 22 من مجلة الحقوق العينية يجد تنظيمه في مجلة الأحوال الشخصية (الفصول 85 وما يليها) كما أن لنظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين طبق ما ضبطه القانون عدد 94 لسنة 1998 المؤرخ في 9 نوفمير 1998 أثره على العقارات المشتركة بين الزوجين. علاوة على ما تقدم نذكر قواعد مجلة المرافعات المدنية والتجارية المنظمة لوسائل التنفيذ في فصولها 258 وما يليها إنطلاقا من قاعدة الفصل 192 من مجلة الحقوق العينية التي تقتضي أن "**مكاسب المدين ضمان لدائنيه يتحاصصون ثمنها إلا إذا كانت هناك أسباب قانونية في تفضيل بعضهم على بعض**". كما أن قواعد من القانون التجاري يمكن أن تُلحق بالأحكام المنظمة للأموال من ذلك أحكام الفصول 189 وما يليها المنظمة للأصل التجاري وكذلك قاعدة الفصل 314 وما يليها من مجلة الشركات التجارية المنظمة للأوراق المالية إضافة إلى كل النصوص المنظمة للملكية الفكرية والصناعية وبعض أحكام مجلة التجارة البحرية[[6]](#footnote-7) ومجلة المحروقات...

وتعدٌد المصادر لقانون الأموال لا يبدو غريبا في ظل التضخم التشريعي وعلى الأخص حرص المشرع في فترة أولى على تجسيد إستقلال البلاد[[7]](#footnote-8) وتغيير التوجهات التشريعية (حل الأحباس مثلا[[8]](#footnote-9)) من ناحية وإدماج الأملاك الخاصة والعامة في الدورة الإقتصادية من ناحية ثانية.

على أن ما يجب التنبٌه إليه أن توسٌع مفهوم الأموال جعله منقسما إلى أملاك راجعة للدولة والتي تتجزأ بين الملك العام للدولة (الطرقات – الموانئ – الجسور...) وملك خاص للدولة (الضيعات الفلاحية – السيارات الإدارية...) وهي مناط مواد ملحقة بالقانون العام (قانون الملك العمومي أو القانون الإداري للأموال) وجزء يهمٌ القانون المدني أي قانون الأموال (موضوع هذا الدرس) وهي الأموال المرتبطة بالملكية الخاصة، مع أن هذا التمييز لا ينفي التقاطع بين الفرعين كما في حالة الإنتزاع للمصلحة العامة أو المصادرة أو "الخصخصة".

ومن الثابت أن أبرز ملامح التطور التي عرفها قانون الأموال تتمثل في التحول الجوهري من إعلاء مكانة الملكية العقارية إلى الأهمية البارزة حديثا للمنقولات. فقد كانت العقارات تقليديا (ولا يزال الأمر كذلك لدى البعض) مصدر الثراء والمكانة الإجتماعية مقابل تفاهة وتحقير الثروة المنقولة[[9]](#footnote-10) بما إنعكس تاريخيا في المادة القانونية من خلال ثنائية القانون المدني (المالكون العقاريون) والقانون التجاري (قانون قائم على المنقولات وتبادل الثروات). لكن الصورة تبدو على الخلاف من ذلك في وقتنا الراهن إذ أصبحت بعض المنقولات المادية (اللوحات الفنية) أو غير المادية (Des meubles incorporels) كالأوراق المالية والأوراق التجارية وبراءات الإختراع تكتسي أهمية مادية بارزة بل وتلعب دورا بارزا في إنشاء الثروة حتى أن سندات ملكية رأس المال أضحت أهم غالبا من سندات الملكية العقارية. وكان لذلك إنعكاس مهم على تطوير مؤسسات تقليدية في مادة قانون الأموال كالعمل بقاعدة الشيوع بالنسبة لصناديق التوظيف الجماعي دون قسمة[[10]](#footnote-11) وكذلك إثراء مفهوم الذمة المالية من زاوية مكوناته.

هذا التطور الذي عرفته مادة الأموال يجسٌد تحولا من وجهة تقليدية قائمة على المادية المحسوسة للأشياء المعتبرة أموالا إلى الإهتمام بالمنفعة الإقتصادية الإعتبارية للشيء وقد تمثلت أقدم مظاهرها إقرار الأصول التجارية أو الحق في الحرفاء. على أن هذا التحول لم يُغير مقومات المادة التي تُعنى في كل الأحوال بـــــ"مال" ينقسم تقليديا إلى عقار أومنقول، تنصهر جميعها في وعاء الذمة المالية.

**فـــصل تــمــهــــيـــــدي:**

|  |
| --- |
| **مـــقــومات قـــانـــــون الأمــــــــوال** |

لكل مادة قانونية مفاهيم مركزية تمثل الأسس التي تجمع سائر القواعد التفصيلية التي تحتويها المادة فهي مقومات بنائها. وإنطلاقا من تسميتها ترتكز هذه المادة على مفهوم مركزي هو المال (الفرع الأول) مدار الحقوق العينية ويقتضي النظر فيه مراعاة تقسيماته التقليدية (الفرع الثاني) ثم دراسة الوعاء الذي يشمل الأموال على تفرعاتها وهو مفهوم الذمة المالية (الفرع الثالث).

**الـــفــرع الأول: الـمــــــال**

تستدعي الإحاطة بمفهوم المال الإنطلاق من تعريفه التشريعي (فقرة أولى) ومن ثمة تمييزه عن مفاهيم مقاربة له (فقرة ثانية) إعتبارا للتقارب والخلط بينها أحيانا وللآثار القانونية المتداخلة بينها.

**الفقرة الأولى: تعريف المال**

لئن عرٌف المشرع المال من خلال أول فصول مجلة الحقوق العينية (أ) فإن إستعراض تعاريف أخرى للمال (ب) مقاربة لتعريف الفصل الأول تساعد على تدقيق المفهوم.

1. **التعريف التشريعي**

يعرٌف الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية المال بما "**هو كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية**".

إنطلق المشرع، على غرار تشريعات أخرى، في تعريف المال من مفهوم "الشيء" وقد إستقر الفقه على أن كل الأموال من الأشياء ولكن ليست كل الأشياء مالا.

ويُشترط في الشيء أمران: ألا يكون خارجا عن التعامل (1) وأن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية (2).

1. **المال: شيء غير خارج عن التعامل**

يقتضي الفصل 62 من مجلة الإلتزامات والعقود أنه " **لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح التعامل فيه من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرٌح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه**". يمكن أن نخلص من مبدإ هذا الفصل إلى جواز التعامل في كل الأشياء التي لم يمنع القانون التعامل فيها أي تلك التي يجوز أن تكون موضوع عقد بين الأطراف بمثل البيع والمعاوضة والكراء... على أن المشرع من خلال قاعدة الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية قد وضع حدٌا آخر لوصف الأشياء قانونا بالأموال هو طبيعتها.

* المال، شيئ غير خارج عن التعامل بطبيعته:

في الطبيعة أشياء عديدة متاحة يمكن إستعمالها دون أن تدخل في دائرة الأموال (أي في تملٌك شخص) لكونها مشتركة بين الكافة من ذلك الهواء وأشعة الشمس ومياه البحر ....فهي متاحة للجميع وليس لأحد أن يدعي ملكيتها[[11]](#footnote-12).

وهناك من الأشياء التي لا تكون ملكا لأاحد فهي خارجة عن التعامل بطبيعتها ولكنها يمكن أن تصبح من الأملاك بشرط، من ذلك:

* الفصل 571 من مجلة الإلتزامات والعقود يقتضي أن "**ما لا يمكن تسليمه للمشتري بناء على طبعه أو حاله كالحوت في الماء والطير في الهواء والحيوان الشارد لا يجوز بيعه**" ويضيف الفصل 26 من مجلة الحقوق العينية أن "**الحق في صيد البر والبحر واللقطة والأشياء الأثرية تنظمه قوانين خاصة**". ويستخلص من ذلك أن الحيوانات الوحشية والطيور البرية والأسماك هي ممٌا يخرج عن التعامل بطبيعته لكن متى تم صيدها وإمتلاكها وفق القانون صارت من الأملاك بما يجيز التعامل فيها.

ومن أبرز الإشكاليات التي طُرحت في شأن الأشياء إمكانية التعامل في الجسد البشري. بإستبعاد ظاهرة العبودية أو الإسترقاق لا يبدو طرح هذا الإشكال مستغربا ذلك أن ممارسات عديدة برٌرت طرح هذا التساؤل.

الجسد في كلٌيته خارج عن التعامل: أساس ذلك قد يكون طبيعيا وقد يكون بموجب القانون كما يرتئيه البعض إنطلاقا من حلول تشريعية متفرقة. ومن أبرز النصوص الحديثة التي تؤكد هذا التوجه القانون الأساسي عدد 61 لسنة 2016 المؤرخ في 3 أوت 2016 يتعلق بمنع الإتجار في الأشخاص ومكافحته[[12]](#footnote-13).

ويمكن أن يطرح الإشكال أيضا حول "أجزاء"الجسد حين يتعلق الأمر بأعضاء أو بما يفرزه الجسد البشري. في هذ الصدد يبدو المنع بموجب القانون هو القاعدة ذلك أن المشرع التونسي قد أتاح أخذ الأعضاء وزرعها لكن منع التعامل فيها بطريق التجارة إذ جاء بالفصل 6 من القانون عدد 22 لسنة 1991 المؤرخ في 25 مارس 1991 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها أنه "**يحجر أخذ الأعضاء بمقابل مالي أو بأي صفة من صفات التعامل في الحالات المشار إليها بالفصلين 2 و 3 بقطع النظر عن إرجاع المصاريف التي قد تستلزمها عمليات الأخذ والزرع**". كما منع القانون عدد 93 لسنة 2001 المؤرخ في 7 أوت 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي تكوين الجنين أو إستعماله لغايات تجارية أو صناعية كما حجٌر كراء الأرحام والإستنساخ البشري.

* المال، شيء غير خارج عن التعامل بحكم القانون

أوردت مجلة الحقوق العينية هذا التقييد عامٌا فيحتاج تدقيقه إلى النظر في أحكام القانون التفصيلية التي تُخرج جملة من الأشياء عن التعامل. ومع أن هذه المسألة تبدو تقليدية سواء في القانون التونسي أو في غيره كالقانون الفرنسي والمصري مثلا فإن مجموع هاته الموانع تنبع في جوهرها من تمثٌل لمفهوم النظام العام. فهناك إعتبارات عدة تدفع المشرع إلى إخراج جملة من الأشياء عن التعامل.

إعتبار السلامة والصحة العامة أفضى إلى منع تجارة وإستهلاك المخدرات[[13]](#footnote-14) كما منع الإتجار في المواد السامة [[14]](#footnote-15) ومنع تجارة وإمتلاك الأسلحة[[15]](#footnote-16).

وضرورات حماية الملك العام للدولة أفضى إلى خروجه عن التعامل مع تقدير الإختلاف الضروروي بين الملك العام للدولة الذي لا يقبل التعامل فيه بحكم القانون وملك الدولة الخاص الذي يقبل التعامل فيه بالتفويت والتصرف بالكراء أو المعاوضة.

إضافة إلى ما تقدٌم، قد تقوم إعتبارات دينية أو أخلاقية وراء خروج مجموعة من الأشياء عن التعامل بموجب أحكام خاصة. من أبرز أمثلة ذلك منع التعامل في التركة المستقبلة إنطلاقا من قاعدة الفصل 66 من مجلة الإلتزامات والعقود التي تقتضي أنه "**لا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضى المورث فالتعاقد فيما ذُكر باطل مطلقا**". ونتيجة ذلك أن "الوارث الإحتمالي" لا يمكنه التصرف في أموال مورثٌه قبل تحقق الواقعة (موت المورث) المؤدية إلى إكتساب تلك الصفة قانونا.

وهناك عديد النصوص الأخرى الواردة بمجلة الإلتزامات والعقود تمنع عديد التصرفات أي تجعل موضوعها غير قابل للتعامل في شأنه لأسباب تجد أساسها في التشريع الإسلامي من ذلك قاعدة الفصل 575 من هذه المجلة الذي ينص أنه "**لا يصح بين المسلمين ما حجر الشرع بيعه إلا إذا رخصت التجارة فيه...**" والفصل 1253 الذي يقتضي أنه " **تبطل الشركة بين المسلمين إذا كان متعلقها ممنوعا شرعا. كما تبطل بين سائر الناس إذا كان موضوعها مما لا تسوغ التجارة فيه**".[[16]](#footnote-17)

1. **المال: ...موضوع حق ذو قيمة نقدية**

كل الأشياء الداخلة في التعامل الأصل فيها أن تكتسب قيمة يمكن تقديرها نقدا. فالأشياء التي يعتبرها القانون من الأموال تنطوي على منفعة للمتعاملين فيها يمكن تقديرها بقيمة نقدية حتى لو إعتمدت المبادلة في شأنها. ويجب التفطن بداية إلى أن النقود تُعتبر من الأموال (بمعناه الوارد بالفصل الأول م ح ع) وهي كذلك بدلٌ للمال إذ تتيح إمكانية تملك جميع الأموال منقولات كانت أم عقارات إضافة إلى وظيفتها الإبرائية في الوفاء بالإلتزامات[[17]](#footnote-18).

هذه القيمة النقدية للأموال الداخلة في الذمة المالية هي التي تسهل وظيفتها كأداة إئتمان. رضائيا، تُراعى في مادة التأمينات العينية قاعدة التناسب بين المال المخصص للضمان وقيمة الدين، وهو ما يمثل إلتزاما قانونيا على مؤسسات القرض. أما عند التنفيذ الجبري فقد أرسى المشرع ضمن قاعدة الفصل 407 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أنه " **لا يمكن إجراء عقلة تنفيذية على أكثر مما يلزم لخلاص الدائن العاقل**". وتجدر الملاحظة في هذا الباب أن المشرع قد أخذ في باب التنفيذ الجبري أيضا بفكرة علوية العقار على المنقول من خلال نص الفصل 304 من ذات المجلة الذي إقتضى أن " **عمليات التنفيذ فيما عدا الديون الموثقة برهن أو إمتياز تقع على الأموال المنقولة فإن لم تكن كافية أم كانت غير موجودة فإن التنفيذ يقع على العقارات**".

1. **مفهوم المال في النظم المقارنة**

التعريف التشريعي الذي إعتمده الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية يعتمد التفرقة القائمة منذ القانون الروماني بين الأشياء الداخلة في التعامل (Res in commercium) والأشياء الخارجة عن التعامل (Res extra commercium).

وقد أوردت المادة 126 من مجلة الأحكام العدلية أن "**المال هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إدخاره إلى وقت الحاجة منقولا كان أو غير منقول**" وأضافت المادة 127 من ذات المجلة أن " **المال المتقوٌم يُستعمل في معنيين: الأول: ما يُباح الإنتفاع به. والثاني: بمعنى المال المحرز فالسمك في البحر غير متقوم وإذا إصطيد صار متقوٌما بالإحراز**".

ولا يبدو موقف القانون التونسي فريدا من ذلك أن القانون المصري أورد في الفقرة الأولى من المادة 81 من المجلة المدنية أن "**كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية**" أي أن يكون مالا. أما في القانون الجزائري فقد إقتضت الفقرة الأولى من المادة 682 من القانون المدني الجزائري أن "**كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية**".

وتبدو سائر التعاريف مرتبطة بمسألتي التعلق بالموجودات في الطبيعة أي الأشياء الحسية إضافة إلى القيمة الإقتصادية للمال من خلال دخوله في التعامل.

**الفقرة الثانية: تمييز المال**

تعريف المال بموجب نص الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية تعريف إيجابي لماهية المال، على أن الإحاطة بذات المفهوم تستدعي تمييزه عن "الشيء" (أ) ثم النظر في علاقته بمفهوم "الحق" (ب).

1. **المال والشيء**

تتلخص علاقة المال بالأشياء في القولة المتداولة فقها من كون جميع الأموال هي من الأشياء ولكن الأشياء ليست جميعها أموالا. فالشيء يبدو مفهوما حاضرا في المادة القانونية[[18]](#footnote-19) أساسا من خلال قاعدة الفصل 45 من مجلة الإلتزامات والعقود (الغلط في الشيئ) وكذلك في أحكام الفصول 94 و 95 من ذات المجلة حول المسؤولية عن فعل الحيوان المعتبر قانونا من الأشياء وبالفصل 96 المنظم للمسؤولية عن فعل الأشياء.

ويؤول الشيء إلى مال متى أصبح موضوع لحقٌ. ومعنى ذلك ان الدخول في دائرة الأموال رهين تأكد حق (عيني) لشخص قانوني على واحد من الأشياء ولهذه العلاقة وجهة مغايرة حين يتحول المال إلى شيء بفقدان صفة المالك وتتحقق هذه الصورة في حالة الفصل 24 من مجلة الحقوق العينية الذي جاء به أن "**من وضع يده بنية التملك على منقول لا مالك له صار مالكا له. ويصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد التنازل عن ملكيته**". وهذ الفرضية محصورة في الأملاك المنقولة دون العقارات إنطلاقا من مقتضيات الفصل 23 من مجلة الحقوق العينية الذي يقتضي أن "**العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة**".

التعريف التشريعي للمال يبدو على إرتباط وثيق بالموجودات المادية (الأشياء) وهو ما يجعله تصورا تقليديا وضيقا للمال. فمن ناحية أولى تطورت المنافع ذات القيمة الإقتصادية دون حاجة ضرورية إلى الإرتباط بــ"عين" لها وجود خارجي محسوس. ومن ناحية ثانية فإن الربط الوثيق بين الملكية (الشخص القانوني المالك) والمال لا يبدو على درجة كبيرة من الوجاهة طالما أن الملكية هي "التقنية التي تمكن من إدراج الأشياء في الذمة المالية للشخص"[[19]](#footnote-20). وقد رأى جانب من الفقه الفرنسي[[20]](#footnote-21) إمكانية تأسيس مفهوم المال على عنصري قابلية التملك (L’appropriation ) وقابلية العقلة (Saisissabilité ). وأبرز ما يمكن ملاحظته في شأن هذا التوجهه أنه لم يخرج عن الربط الوثيق بين المال والملكية التي تسمح بإدراجه في الذمة المالية. ثم إن قابلية العقلة أي تأمين وظيفة الضمان لديون المالك تٌعارض حلولا تشريعية إعتمدها المشرع في باب التنفيذ من ذلك أن قاعدة الفصل 308 من م م م ت تُخرج عددا من الأشياء الموصوفة قانونا بالأموال من دائرة العقلة (التنفيذ الجبري) كما أن إحترام ضرورات عيش المدين وحاجياته الضرورية تقيٌد ضرب العقلة على أموال أخرى من خلال أحكام الفصلين 331 و 354 من ذات المجلة.

1. **المال والحق**

شهد تعريف "الحق" مواقف فقهية عديدة. ويمكن تعريفه بما الصلاحية التي يمنحها القانون ويكفل ممارستها تحقيقا لمصلحة جديرة بالحماية.

ويتم تقسيم سائر الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية، إعتبارا لما دخل منها في الذمة المالية وما كان خارج التداول.

**الحقوق غير المالية** (Droits extra patrimoniaux ) هي الحقوق اللصيقة بالشخصية ومنها الحق في الإسم، الحق في الحياة، الحق في التعبير، حق الإنتخاب، حق حضانة الأبناء...إلخ. ولا تعتبر هذه الحقوق من الأموال حتى إذا كان المساس بها يفضي إلى تعويض مادي يدخل في الذمة المالية للمعني بها. هذه الحقوق غير المالية تخرج عن دائرة التعامل فلا تجوز إحالتها أو التنازل عنها[[21]](#footnote-22). وقد اشارت مجلة القانون الدولي الخاص إلى هذا الصنف من الحقوق إذ جاء بفصلها 28 أن " **قاعدة التنازع من قواعد النظام العام إذا كان موضوعها صنفا يتضمن حقوقا ليست فيها للأطراف حرية التصرف**".

أما **الحقوق المالية** فتكوٌن الذمة المالية إذ يمكن تقويمها إقتصاديا بما يتيح إجراء سائر التصرفات القانونية في شأنها، وهي حقوق تنتقل إلى الورثة كجزء من الذمة المالية لمورثهم.

وفي باب الحقوق المالية يتم التمييز بين:

1. **الحق الشخصي:**

ويطلق عليه أيضا حق الدائنية أو الإلتزام وهو رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بموجبها المدين بأداء معين للطرف الآخر بوصفه دائنا وتتيح للدائن المطالبة قانونا بذلك الأداء.

هذه الرابطة تمثل حقا من جانب الدائن وإلتزاما محمولا على المدين وقد عرف الفقه مذهبين في تحليل هذه الرابطة بين رؤية شخصية ترتكز على طرفي العلاقة ورؤية موضوعية تنصبٌ على موضوع الحق (الإلتزام).

وإذا كان العقد أبرز مظاهر الإلتزامات فإن مصادر الإلتزام كم عددها الفصل الأول من مجلة الإلتزامات والعقود تتمثل في "**الإتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه الهقود والجنح وشبهها**".

وأبرز ما يميز الحق الشخصي أنه يجمع شخصين بموجب رابطة محلها إلتزام مالي.

1. **الحق العيني:**

هو سلطة قانونية يمارسها الشخص على شيء مادي. ويوصف هذا الحق بالعيني لأنه يتسلط على "عين Res" أي الشيء المعتبر مالا. وبذلك فإن الحق العيني يضع شخصا قانونيا في مواجهة "مال" لا شخص آخر كما هو الحال في الحق الشخصي.

وإذا كانت الحقوق الشخصية متسعة المجال إنطلاقا من الحرية التعاقدية المتروكة مبدئيا للأشخاص فإن قائمة الحقوق العينية قد وردت بنص الفصل 12 من مجلة الحقوق العينية وهي الملكية، الإنزال والكردار ودخلهما، حق الإنتفاع، حق الإستعمال، حق السكنى، حق الهواء، الإجارة الطويلة (الأمفيتيوز)، حق الإرتفاق، الإمتياز والرهن العقاري. ويعتبر حق الحبس أيضا كما نظمته مجلة الإلتزامات والعقود من الحقوق العينية، فهو إن لم يرد بقائمة الفصل 12 من م ح ع فقد جاء بالفصل 193 من ذات المجلة في باب الـامينا العينية أن "**الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدائنين على بعض هي الإمتياز والرهن وحق الحبس**".

إلى جانب ذلك وجبت مراعاة قاعدة الفصل 191 من ذات المجلة الذي إقتضى أنه "**يحجٌر إبتداء من تاريخ العمل بهذه المجلة إنشاء الإجارة الطويلة وتجديد عقودها الجارية وكذلك إنشاء حق الهواء أو الإنزال أو الكردار**". وما يترتب على ذلك قانونا أنه لا يجوز إبتداء من دخول أحكام مجلة الحقوق العينية حيز النفاذ إنشاء الإجارة الطويلة وتجديد عقودها الجارية في ذلك التاريخ كما لا يسوغ إنشاء حق الهواء أو الإنزال أو الكردار. وعلى الخلاف من ذلك تظل الحقوق الناشئة قبل ذات التاريخ خاضعة للأحكام السابقة لمجلة الحقوق العينية.

وقد طرحت قائمة الحقوق العينية الواردة بالفصل 12 إمكانية إنشاء حقوق عينية غير واردة بهذا الفصل. سببان يدفعان إلى القول بعدم جواز ذلك: من ناحية أولى تقتضي قاعدة الفصل65 من الدستور أن "**تتخذ شكل قوانين عادية النصوص المتعلقة بــ:...المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية...**" وهو ما يعني أن الحق العيني لا يمكن أن ينشأ إلا بموجب القانون. ومن ناحية ثانية فإن الحرية التعاقدية لم تنشئ ماضيا وحاضرا سوى الحقوق الشخصية.[[22]](#footnote-23)

وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية ( Des Droits Réels principaux) وحقوق عينية تبعية (Des Droits Réels accessoires).

**الحق العيني الأصلي** هو الحق الذي يقوم بذاته مستقلا أي أن وجوده لا يستند إلى حق آخر يتبعه. أما الحق العيني التبعي فلا يوجد مستقلا ولكنه يتبع حقا شخصيا ويضمن الوفاء به وهو ما برٌر تسميته بالحق التبعي، وهذه الوظيفة أفضت إلى إعتبار هذه الحقوق تأمينات عينية (Des garanties réelles). وإذا كان المشرع لم ينصق صراحة على هذا التقسيم فإن ذلك يبرز من خلال تخصيص الفصول من 1 إلى 191 من مجلة الحقوق العينية للأحكام المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية مقابل تنظيم التأمينات بالفصل 192 وما يليه من ذات المجلة وكذلك بالفصول 309 إلى 324 من مجلة الإلتزامات والعقود في ما يتعلق بحق الحبس.

والحق العيني الأصلي هو حق الملكية، حق يخول لصاحب المال حق الإستعمال والإستغلال والتصرف في ملكه. كما توجد حقوق أصلية أخرى ولكنها حقوق متفرعة عن حق الملكية وتتمثل في حق الإنتفاع، حف السكنى، حق الإرتفاق، الإجارة الطويلة، حق الهواء، حق الإنزال والكردار[[23]](#footnote-24).

أما **الحقوق العينية التبعية** فهي توفر ضمانا، بموجب القانون أو العقد، لتنفيذ إلتزام شخصي. وهذه الحقوق هي:

* الرهن وهو "**عقد يخصص بموجبه المدين أو من يقوم مقمه شيئا منقولا أو عقارا أو حقا مجردا لضمان الوفاء بإلتزام ويخول للدائن الحق في إستيفاء دينه من ذلك الشيء قبل غيره من الدائنين إذا لم يوف له المدين بما عليه**" (الفصل 201 م ح ع).

على أن الطابع العقدي للرهن لا يمنع وجود حالات محصورة بترتب فيها أثر الرهن من خلال نص القانون. من ذلك أن قاعدة الفصل 458 من م م م ت تقتضي أنه "**على مدير الملكية العقارية أن يتولى من تلقاء نفسه عند ترسيمة لمحضر التبتيت ولصالح المعقول عنه أو البائه صفقة أو من إنجر له حق منهما ترسيم رهن على العقار توثقة في أداء ثمن التبتيت وعند الإقتضاء المصاريف والأجور المسعٌرة إن لم يدل إليه بما يثبت أداء ذلك أو تأمينه....**".[[24]](#footnote-25)

* الإمتياز وهو "**حق عيني يعطيه القانون في تفضيل بعض الدائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظرا لصفة ديونهم**" (الفصل 194 من م ح ع).
* حق الحبس وهو "**الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتى يؤدي ما عليه للدائن ولا يجري العمل به إلا في الأحوال التي خصصها القانون**" (الفصل 309 من م إ ع).

في مقارنة الحق العيني بالحق الشخصي يرى جانب من الفقه أن الأول "أقوى"[[25]](#footnote-26) من خلال ثلاث خاصيات.

من ناحية أولى يخول الحق لصاحبه معارضة الغير به، في حين أن الحق الشخصي لا يرتب أثره سوى تجاه المدين من ذلك أن العقد يحكمه مبدأ الأثر النسبي عملا بقاعدة الفصل 240 من م إ ع فلا يلزم سوى طرفيه أو من إنجر له حق منهما (الفصل 241).

على أن هذه التفرقة لا يمكن أن تُؤخذ بإطلاق بإعتبار أن معارضة الغير بالحق العيني رهينة الإلتزام بشكليات معينة[[26]](#footnote-27) إضافة الى وجوب الإشهار لتحقيق هذه المعارضة في مقابل ذلك فإن العقد وإن كان لا يلزم مبدئيا إلا المتعاقدين فإنه من الممكن الإحتجاج على الغير بوجود العقد.

الميزة الثانية في هذه المقارنة (المفاضلة) هي حق التتبع (Droit de suite) المقترن بالحق العيني ومفاد ذلك أن من حق المالك أن يتتبٌع المال الذي يملكه (العين) أو الذي له حق مسلط عليه أينما وجد وأن يسترده من كل شخص وضع يده عليه. على العكس من ذلك فإن الضمان العام المخول لصاحب الحق الشخصي تطبيقا لقاعدة الفصل 192 من م ح ع يتسلط على كامل الذمة المالية لمدينه فلا يسمح له سوى بالتنفيذ على الأملاك الموجودة في ذمة مدينه زمن التنفيذ دون تلك التي خرجت من ذمة المدين[[27]](#footnote-28).

أما الخاصية الثالثة للحق العيني فتتعلق بحق الأفضلية ( Droit de préférence) ويعني ذلك أسبقية صاحب الحق العيني (التبعي) في خلاص دينه قبل الدائن العادي الذي يتأسس دينه على حق شخصي. فالمستفيد من تأمين عيني له حق أفضلية أما الدائنون العاديون فيتحاصصون ما يتحصل من عقلة أملاك المدين.

1. **الحق المعنوي:**

سمٌي حقا معنويا لكونه سلطة يقرٌها القانون لفائدة شخص على شيء غير مادي بإعتباره ناتجا عن فكره أو إبداعه أو نشاطه. ما تتسلط عليه هذه الحقوق أشياء غير مادية ترتبط بالنشاط المهني أو الإبداعي إذ هي أقرب إلى الإنتاج الذهني، لكنها مع ذلك تكتسي قيمة إقتصادية بما يجعلها قابلة للتداول. وقد طرحت هذه الحقوق تقليديا إشكالية من ناحية التصنيف بما أفضى إلى وصفها لدى البعض بالحقوق المختلطة: هي في الغالب مرتبطة بالشخصية حتى أن حقوق الملكية الفكرية تفضي إلى "حق أبوة" مع ذلك فلها طابع مالي يجعلها أقرب إلى الحقوق المالية. على أن أبرز ما شهدته هذه الحقوق هو التحول من إلحاقها إلى قائمة "المنقولات غير المحسوسة meubles incorporels إلى الحقوق غير المادية Droits immatériels.

من هذه الحقوق نذكر حق الملكية الأدبية والفينة الذي عرفه الفصل الأول من القانون عدد 36 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994[[28]](#footnote-29) بأنه " **كل مصنٌف مبتكر أدبيا كان أو علميا أو فنيا مهما تكن قيمته والوجهة التي هو معدٌ لها والطريقة أو الصيغة المستعملة في التعبير عنه وكذلك عنوان المصنف**". وقد نص الفصل 8 (جديد) من هذا القانون على أنه "**يتمتع المؤلف بحقوق أدبية ومادية على مصنفه. ولا تكون الحقوق الأدبية قابلة للتقادم أو التنازل أو التصرف فيها غير أنها قابلة للإنتقال بموجب الإرث أو الوصية..**.".

ويندرج في باب الحقوق المعنوية أيضا براءات الإختراع وعلامات الصنع أو التجارة أو الخدمات والرسوم أو النماذج الصناعية والتصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة. وما يميز هذه الحقوق عن حق الملكية الفكرية أو الأدبية هو إشتراط قابليتها للإستغلال الصناعي.

وتعتبر من الحقوق المعنية أيضا الحقوق المتعلقة بالحرفاء Droits de clientèle وهي حقوق ترتبط بالأنشطة المهنية من خلال إستقطاب وإستبقاء الحرفاء في علاقة بهذا النشاط. وتتعلق المسألة في القانون التونسي بحرفاء التاجر الذين يكونون أحد عناصر أصله التجاري إذ يتقضي الفصل 189 من المجلة التجارية أنه "...**يشمل الأصل التجاري وجوبا الحرفاء والسمعة التجارية..**.". وقد لقي هذالتوجه قديما نقدا فقهيا يتعلق بإدماج أشخاص يتمتعون بحريتهم ضمن مكونات مؤسسة إقتصادية ولكن ذلك لم يمنع قواني أجنبية من توسيع دائرة هذا الحق ليمتد إلى أنشطة غير تجارية.

**الـــفــرع الـــثــــاني: تـــقــســـيم الأمــــوال**

بالقدر الذي تتسع به دائرة الأشياء المعتبرة أموالا تتعدد التقسيمات المقترحة من الفقه والتي تبقى تقسيمات ثانوية (الفقرة الثانية) لكونها تعاضد تقسيما أساسيا (الفقرة الأولى) إعتمده المشرع من خلال أحكام مجلة الحقوق العينية.

**الفقرة الأولى: التقسيم الأساسي للأموال: العقارات والمنقولات**

بعد تعريفه للمال من خلال الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية مرٌ المشرقع إلى تقسيمها من خلال الفصل الثاني من الذي جاء به أنه "**ينقسم المال إلى عقار ومنقول**".

وهذا التقسيم ليس مستحدثا إذ يجد جذورا له في القانون الروماني والقانون الإسلامي وكذلك القانون الفرنسي الذي يشكل مصدر إستلهام أحكام مجلة الحقوق العينية. على أن أحد فقهاء المادة[[29]](#footnote-30) يرى أن هذا التفرقة بين العقار والمنقول لم تصبح تقسيما أساسيا إلا إبتداء من القرن الثالث عشر مسيحيا من خلال القانون الفرنسي القديم (Ancien droit)[[30]](#footnote-31).

وما كان هذا التقسيم يرتكز عليه هو إعلاء شأن العقارات لأهميتها الإقتصادية مقابل تفاهة المنقولات وإن كان جانب من الفقه يقلص من هذا المعيار إعتبارا للمكانة البارزة تاريخيا للذهب والأحجار الكريمة رغم كونها منقولات. إلى جانب المعطى الإقتصادي فإن لهذا التقسيم أسبابه النفسية طالما أن الأرض والعقار تحتل مكانة هامة عند الإسنان حتى أن بعض الديانات تربط بين الإنسان والأرض.

على أن المعيار الذي لا يثير نقاشا كبيرا هو المعيار المادي: في مقابل ثبات وإستقرار العقار يتميز المنقول بحركيته وإمكانية نقله من مكان إلى آخر.

ولتدقيق هذه التفرقة في الأموال يرى جانب من الفقه إمكان إعتماد تقسيم إضافي داخل مبدإ الفصل الثاني من م ح ع قائم على تمييز الأموال المسجلة عن غير المسجلة ولكن المسألة تبدو أقرب إلى تحديد النظام القانوني للأموال إكتسابا وتداولا وهو ما يتجاوز المشغل في الأساس في هذا الباب ليشمل العنصر الأبرز في المادة علاوة على تفصيلاته التي قد تزيد من تعقيد هذا التقديم العام.

1. **محتوى التقسيم**

مهما تنوٌع المال فإن الاشياء الداخلة في التعامل لا تخرج عن أحد قسمين: العقار (1) أو المنقول (2).

1. **العقار**

العقار كما عرٌفه الفصل 3 من م ح ع "**هو كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف**". وقد ميٌز الفصل الرابع بين العقارات الطبيعية والحكمية والتبعية بما يوجب عرضها تباعا لبيان النظام الذي يخضع له كل صنف.

* **العقار الطبيعي**

العقار هو كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف. هذا التعريف يتعلق بالعقارات الطبيعية مثلما يتأكد من الأشياء التي إعتبرتها مجلة الحقوق العينية من ذات الصنف من العقارات. فــــــ"**الأراضي والمباني**" تعتبر من العقارت الطبيعية حسب الفصل الخامس "**ما دامت متصلة بالأرض**" (الفصل 5) وتعتبر من العقارات الطبيعية أيضا "**الأجهزة والأنابيب اللاصقة بالأراضي والمباني المتممة لها**" (الفصل 6).

وتمتد قائمة العقارات الطبيعية إلى "" **الصابة على سوقها والثمار في أصولها**" وذلك لإندماجها في النباتات المنغرسة في الأرض لذلك يعتبر المشرع ضمن الفصل 6 أنها "**إذا جذٌت صارت من المنقولات ولو لم تُنقل**" على أن إعتبار الصابة والثمار من العقارات لم يمنع المشرع من أن يخضعها عند التنفيذ إلى نظام عقلة المنقولات إذ تقتضي قاعدة الفصل 402 من م م م ت[[31]](#footnote-32) أنه " **يمكن أن تُعقل الصابات والثمار التي قاربت النضج قبل قطعها....والثمار والصابات المعقولة تباع ما دامت على سوقها**".

والعقار الطبيعي يشمل سطح الأرض (العقار) وما في باطنها من ذلك ما جاء بالفصل 1.53 من مجلة المحروقات[[32]](#footnote-33) الذي إعتبر أنه "**تعتبر حقول المحروقات عقارت**" وقد عرف الفصل الثاني من ذات المجلة "**حقل محروقات: تراكم طبيعي للمحروقات**". كما نص الفصل 8 من مجلة المحروقات[[33]](#footnote-34) على أنه "**تعتبر المواد المنجمية المصنفة "مناجم" عقارات. وهي لا تخضع لأحكام القانون العقاري المتعلق بالعقارات المسجلة كما لا يمكن رهنها**".

وتجدر الملاحظة أن نص الفصل 8 من م ح ع قد إقتضى أيضا أن "**حطب الأشجار لا يصير منقولا إلا بالنسبة إلى ما وقع قطعه**". والتأويل الذي يفضي إليه هذا الفصل أن الحطب معتبر من العقارات ما لم يُقطع. وصيغة الفصل تبدو غير موفقة طالما أن الحطب هو ما تمٌ قطعه فعليا من الأشجار علاوة على أن الصيغة الفرنسية لذات الفصل تشير إلى أشياء أخرى هي " الأشجار والأغصان" (Les arbres et les branches) مع الإقرار بعلوية النص العربي في فهم منطوق الفصل يمكن القول أن ما عناه الفصل 8 من م ح ع هو الشجر اليابس الذي لا ينتفع به إلا كخشب عملا بقاعدة الفصل 611 من مجلة الإلتزامات والعقود[[34]](#footnote-35).

* **العقار الحكمي:**

يُظهر هذا الصنف من العقارات تقنية المشرع القائمة على الإفتراض ذلك أن الأشياء المعتبرة عقارات حكمية هي منقولات في حقيقتها. على أن تخصيص هذا المنقولات لخدمة العقار الطبيعي وإستغلاله أو إلتحامها بالعقار بما يتعذر معه فصلها عنه دون ضرر قادت المشرع إلى إعتبارها عقارات بناء على إفتراض قانوني وهو ما برٌر وصفها بالعقارات الحكمية أي بحكم القانون. وللعقارت الحكمية في مجلة الحقوق العينية صورتان:

* صورة الفصل 9 من م ح ع: العقار الحكمي بموجب الترابط الإقتصادي

يقتضي الفصل 9 من م ح ع أنه " **يعد عقارات حكمية ما يضعه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء رصدا على خدمتها وإستغلالها**".

ولتطبيق قاعدة الفصل 9 يُشترط أولا أن يكون مالك الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء هو في نفس الوقت المالك للعقار الموضوعة به. وما يترتب عن شرط وحدة مالك المنقول والعقار أن إنفصالهما يؤدي إلى إستبقاء الوصف الأصلي للأدوات بما هي منقولات. فإذا كان إستغلال العقار الفلاحي واقعا بوجه الكراء فإن كل ما يضعه المكتري يبقى على صبغته الأولى كمنقول وذات الأمر إذا كان ما يستعمله الفلاح في إستغلال أرضه هو منقول مكريٌ وليس ملكا له.

إلى جانب ذلك فإن الفصل 9 م ح ع قد إتسم بصياغة عامة تشمل الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء بما يسمح بمد حكم "التعقير" إلى كل ما يتم وضعه في الأرض لغاية إستغلالها. ومن الطبيعي أن غياب شرط الغرض ("رصدا على...") من وضع المنقول ينفي إمكان العمل بقاعدة الفصل 9. ومن أمثلة ذلك أن توضع أحصنة بالأرض لغاية النزهة لا لحراثة الأرض أو أن توجد حيوانات تم تربيتها لغاية الإتجار فيها لا خدمة للأرض. وفي كل الأحوال يبقى تقدير "رصد المنقول" لخدمة الأرض داخلا في السلطة التقديرية لمحاكم الأصل مع مراعاة المعايير التي وضعها المشره وهي الإستعمال الفعلي والأساسي للمنقول مع ضرورته دون الوقوف عند النفع المنجر منه.

وقد رأى جانب من الفقه أن في ربط مجال تطبيق الفصل 9 م ح ع بالأرض الفلاحية يعتبر تضييقا من مجاله من خلال قصره فقط على التخصيص الفلاحي. فالصيغة الفرنسية للفصل 9 تعتمد مفهوما مغايرا (fonds ) وهو صياغة عامة تتجاوز الأرض الفلاحية فقط. كما أن إقتصار التخصيص الإقتصادي على المجال الفلاحي يفقد قاعدة الفصل 9 من كثير من جدواها ويحيل وجوبا على أحكام الفصل 10 دون غيره.

مع ذلك يبدو الأخذ بهذا الرأي مناقضا لما ورد بالصياغة العربية لنص الفصل 9 خاصة مع العمل بقاعدة الفصل 532 من مجلة الإلتزامات والعقود بما يؤول إلى توجه إرادة المشرع إلى إعتماد الأرض الفلاحية دون غيرها بدليل الأمثلة الواردة بالفصل 9 علاوة على مفهوم الخدمة والإستغلال التي لا تتحقق إلا في النشاط الفلاحي.

* صورة الفصل 10 م ح ع: الترابط المادي / الإلتحام

أورد الفصل 10 من م ح ع " **يعد عقارات حكمية ما يضعه المالك بعقاره من الأشياء المنقولة الملتحمة بالعقار بشكل يتعذر معه فصلها عنه دون إفسادها أو إفساد ما هي متصلة به**".

تقوم فرضية هذا الفصل أولا على وحدة المالك للعقار الطبيعي وللمنقولات الملتحمة به. وكنتيجة لذلك فإن إختلاف المالكين ينفي قيام هذه الصورة كأن يضع المكتري لعقار لممارسة نشاط صناعي آلات بالعقار المذكور.

ولتحقق هذه الفرضية يلزم أيضا أن تكون المنقولات مدمجة بالعقار بشكل يتعذر معه فصل المنقول عن العقار دون إفساد يلحق أحدهما. وخلافا للشمرع الفرنسي الذي أورد أمثلة للمنقولات الملتحمة بالعقارات ( مرايا - لوحات حائطية) كما ضبط وسائل الإلتحام التي تحقق هذا الترابط من إسمنت أو جبس أو كلس (الفصل 525 من المجلة المدنية الفرنسية) فإن المشرع التونسي لم يعتمد ذات النهج. وفي هذه الصورة يبقى لمحاكم الأصل سلطة مراقبة تحقق شروط الفصل 10 وأهمها الإلتحام حتى تقرر إعتبار المنقولات عقارات حكمية أو إبقائها على وصفها الأصلي. وقد قضت محكمة التعقيب في هذا الباب أن " *الآلات والمعدات المرهونة كمنقولات تفقد طبيعتها تلك بمجرد إلتحامها ببناية معصرة الزيتون أي بعقار طبيعي فتصبح عقارات حكمية وتخرج بالتالي عن عناصر الأصل التجاري التي لا تكون إلا منقولات وذلك عملا بالفصل 10 م ح ع*"[[35]](#footnote-36).

وقد لاقى تطبيق الفصل 10 نقدا فقيها جوهره أنه لا يمكن الإقتصار على معيار وحيد هو الإلتحام المادي لأن صيغته تظل "غير مقبولة بالنظر إلى سطحية ما إعتمده من معيار الفساد الناجم عن فصل العقار الحكمي عن العقار الطبيعي"[[36]](#footnote-37). مقابل ذلك يحسن إعتماد التخصيص المادي الدائم وبذلك فالمعتبر هو التخصيص (فقط) للقول بطبيعة المنقول كعقار حكمي دون التوفق على وسيلة واحدة لإثبات هذا التخصيص. ومن أمثلة ذلك تصميم بنايات لتحتوي على رافعات لتثبيت تماثيل أو رسوم أو نافورات (يمكن فصلها دون ضرر) أو صورة المكتبة التي تم صنعها لتناسب تماما وحصريا مقاييس جزء من العقار الطبيعي (البناء).

رغم ما قد يبدو من سلامة هذا الموقف فإن فيه مخالفة صريحة لعبارات الفصل 10 من م ح ع خاصة عند العمل بمقتضيات الفصل 534 من مجلة الإلتزامات والعقود.

* **العقارات التبعية**

يقتضي الفصل 11 من م ح ع أنه " **تعد عقارات تبعية الحقوق العينية العقارية والدعاوى المتعلقة بها**". ومن خلال هذه القاعدة أدمج المشرع الحق والدعوى المتعلقة به ليلحقهما بصنف العقارات ومؤدى ذلك إحداث تفرقة حاسمة وقاطعة بين المقولات والعقارات.

وقد عدٌد الفصل 12 من ذات المجلة الحقوق العينية العقارية التي تراعى في قراءتها دائما قاعدة الفصل 191 من المجلة.

أما الصنف الثاني فيتعلق بالدعاوى المرتبطة بحقوق عينية عقارية أي الدعاوى التي ترفع أمام المحاكم لإدعاء حق يجد أساسه في أحد الحقوق العينية الواردة بالفصل 12 وأبرزها حق الملكية أو الحق الناشئ عن حق عيني تبعي كالرهن.

ومن هذ الدعاوى أساسا الدعوى الإستحقاقية التي يعرفها الفصل 20 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بكونها "**الدعاوى التي تستند إلى حق عيني عقاري**" ومناط هذه الدعاوى التوصل إلى إثبات وحماية الحق العيني (الملكية) متى كان محل منازعة من الغير بطريق حكم قضائي. وتضاف لها أيضا دعاوى كف الشغب عن العقار المسجل التي تجد أساسها في قاعدة الفصل 305 من م ح ع الذي يقتضي أنه "... **يختص قاضي الناحية بالحكم بكف الشغب الحاصل في الإنتفاع بالعقار المسجل**". وعلى الخلاف من ذلك فإن الدعوى الحوزية تهم العقارات غير المسجلة وتستهدف حماية الحائز للعقار دون أن تسند له ضرورة صفة المالك كما لا تحول دون الغير والقيام بدعوى إستحقاقية لإثبات صفته كمالك.

1. **المنقولات**

يقتضي الفصل 13 من م ح ع أن "**المنقول إما أن يكون منقولا بطبيعته أو بحكم القانون**" وبذلك فقد ميٌز المشرع بين صنفين من المنقولات:

* **المنقول بطبيعته:**

يجد هذا الصنف تعريفه في قاعدة الفصل 14 من م ح ع التي ورد بها أنه "**تعد منقولات بطبيعتها الأجسام التي يمكن إنتقالها من مكان لآخر سواء إنتقلت بنفسها أو بمفعول قوة أجنبية عنها**".

ينبني هذا التعريف على معيارين: يمثل الأول معيارا ماديا بما أن المشرع إعتمد مفهوم "الأجسام" أي الأشياء الحسية التي لها وجود مادي وهو تواصل مع التفرقة التقليدية القائمة على ما يوجد في الطبيعة مشاهدا من الأشياء في إستبعاد للمنقولات "غير المادية" من مجال المنقولات بطبيعتها. وأما المعيار الثاني فيتعلق بقابلية هذه الأشياء للحركة تلقائيا (الحيوانات) أو للتحرك تحت مفعول قوة أجنبية (العربات ذات محرك).

وفي القانون التونسي نصوص خارج مجلة الحقوق العينية تضبط صفة المنقول لبعض الأجسام من ذلك:

* الفصل 13 من مجلة التجارة البحرية "**السفينة منقول مع مراعاة القواعد الخاصة الواردة بهذه المجلة، وهي لا تخضع لأحكام الفصل 488 من مجلة الإلتزامات والعقود**".
* الفصل 10 من مجلة الطيران المدني " **تعد الطائرات من المنقولات**".

إلى جانب ذلك أورد الفصل 8 من مجلة المناجم أن "**الخامات المعدنية المستخرجة وكذلك الحصص والأسهم في كل شركة تباشر أنشطة الإستغلال** " تعتبر منقولات في حين أوردت الفقرة الأولى من نفس الفصل أنه " **تعتبر المواد المعدنية المصنفة مناجم عقارات**".

وإذا كانت الحيازة في المنقولات قرينة على الملكية عملا بقاعدة الفصل 53 من م ح ع التي تقتضي أن "**من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات شبهة حُمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته**" فإن بعض المنقولات تخضع بموجب القانون للتسجيل في سجلات إدارية بما لا يمكن أن تقوم معه قرينة الفصل 53 لفائدة الحائز لهذه المنقولات حتى متى كانت السيطرة المادية على المنقول بين يديه.

* **المنقول بحكم القانون**

جاء بالفصل 15 من م ح ع أنه "**تعدٌ منقولات بحكم القانون الإلتزامات والحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بالمنقول والحصص والأسهم والرقاع في مختلف الشركات وإن كانت هذه الشركات مالكة لعقارات**".

ويندرج هذا الفصل في إطار الإفتراض القانوني الرامي إلى الفصل بين نظامي العقارات والمنقولات. فسائر الدعاوى الناشئة عن ملكية منقول أو عن حق مترتب عنه وقد أورد الفصل 20 من م م م ت أنه "**توصف بدعاوى متعلقة بمنقول الدعاوى التي القصد منها إستحقاق شيء منقول بطبيعته أو إعتبره القانون منقولا**".

أما الحصص والأسهم فتمثل سندات مقابل قيمة مساهمة الشريك في تكوين في رأس مال الشركة وتعطي للشريك حقوقا إجتماعية (التصويت) وإقتصادية تتمثل في إقتسام ما يتحقق من نشاط الشركة من مرابيح أو إقتصاد. وتوجد الحصص في شركات الأشخاص والشركة ذات المسؤولية المحدودة أما الأسهم فتوجد في الشركات خفية الإسم. ولا تأثير لملكية الشركة لعقارات على الوصف القانوني للحصص والأسهم: تبقى منقولات ولا تسند أي حق على العقارات التي تملكها الشركة.

أما الرقاع فهي "**أوراق مالية قابلة للتداول تمثل حق المديونية**"[[37]](#footnote-38) ومعنى ذلك أن الشركة تصدر أوراقا مالية بمناسبة توجهها للعموم للإقتراض فتكون "الرقعة" إثباتا لصفة المقرض كدائن للشركة ويجوز لهذا الأخير تداولها إضافة إلى أن قيمة الرقاع تمثل عنصرا إيجابيا في الذمة المالية لحاملها.

1. **الآثار القانونية لتقسيم الأموال بين عقارات ومنقولات**

كانت غاية المشرع من خلال إعتماد التفرقة إنطلاقا من قاعدة الفصل 2 من م ح ع، علاوة على التنظيم الضروري للأموال، إفراد كل صنف منها بنظام قانوني واضح ومتفرد. على أنه من البارز أن المشرع قد واصل في إعلاء مكانة العقارت إذ شمل الكتاب الأول من مجلة الحقوق العينية لـــــ"الحقوق العينية بوجه عام" فيما خصص الكتب الثاني لـــ"العقارات المسجلة وإجراءات التسجيل".

وتتضح الفوارق بين نظامي العقارات والمنقولات بدء من العقود التي ترد على كليهما. فالمبدأ في بيع المنقولات هو الرضائية إنطلاقا من قاعدة الفصل 580 من مجلة الإلتزامات التي أوردت أنه " **إذا وقع من المتعاقدين ما يدل على الرضا بالبيع وإتفقا على الثمن والمثمن وعلى بقية شروط العقد إنعقد البيع بينهما**". هذه القاعدة العامة المنطبقة في مادة المنقول تحتاج تدقيقا ضروريا ذلك أن المنقولات الخاضعة وجوبا للتسجيل في سجلات خاصة لا يمكن أن تنتقل ملكيتها إلا بواسطة الكتب كما هو الحال في السيارات والسفن والطائرات. وقد قيٌد المشرع الرضائية في تداول بعض المنقولات بأن إشترط إثباتها كتابة (الحصص والأسهم[[38]](#footnote-39)) وجعل من إتمام موجبات الإشهار شرطا للإحتجاج بها على الغير كما هو الحال في إحالة الأصول التجارية[[39]](#footnote-40).

على الخلاف من ذلك فإن الكتب مشترط في بيع العقارات إذ يقتضي الفصل 581 من مجلة الإلتزامات والعقود أنه " **إذا كان البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابت التاريخ قانون ولا يجوز الإحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة**".

ووجبت التفرقة في هذا المجال بين العقارات المسجلة وغير المسجلة. ذلك أن إنتقال ملكية العقارت غير المسجلة تكون إنطلاقا من تاريخ تسجيل الكتب بالقباضة المالية عملا بقاعدة الفصل الفصل 581 المذكورة التي تضبط ثبوت تاريخ الكتب وعملا بذلك فتنازع شخصين أو أكثر حول ملكية عقار غير مسجل يؤول للأسبق في تسجيل العقد بالقباضة المالية لا الأسبق في تاريخ تحرير العقد أو إمضائه.

أما في مادة العقارات المسجلة فإن المشرع قد أورد شروطا إضافية في خصوص الكتب سواء في صفة محرره أو في ضبط محتواه (الفصلان 377 و 377 مكرر من م ح ع) كما أن إنتقال الملكية بالنسبة للعقار المسجل يكون من تاريخ ترسيم الحق إذ يقتضي الفصل 305 من م ح ع أن "**كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري وإبتداء من تاريخ ذلك الترسيم**". وبناء على ذلك فإن العقد بعد إمضائه وتسجيله بالقباضة المالية لا ينشئ سوى حقا شخصيا دون أي تأثير على الحق العيني المرسم إلا إبتداء من إدراجه بالسجل العقاري.

وتتضح التفرقة بين المنقولات والعقارات أيضا في ما يتعلق بالحيازة. ففي مادة المنقولات تكون الحيازة قرينة على الملكية تطبيقا لقاعدة الفصل 53 من م ح ع. أما بالنسبة للعقارات فلا يمكن الحديث عن الحوز إلا فيما يتعلق بالعقارات غير المسجلة طالما أورد الفصل 307 من م ح ع أنه " **لا يسري مرور الزمن على الحق المرسم. وليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طالت مدته**".

وبناء عليه فإن الحوز أو التقادم المكسب لا يمكن إثارته إلا فيما يتعلق بالعقارات المسجلة. والمقصود بالحوز هو "**سيطرة مادية لشخص بنفسه أو بواسطة على حق أو شيء**" (الفصل 38) ولترتيب أثره لا بد أن يكون هذا الحوز "**بصفة مالك حوزا بدون شغب مشاهدا مستمرا وبدون إنقطاع ولا إلتباس..**." (الفصل 45). ومدة الحوز المكسب خمسة عشر سنة يمكن التخفيض فيها إلى عشر سنوات متى "**إنجر الحوز بحسن نية وبمقتضى عمل قانوني من شأنه أن تنتقل به الملكية لو صدر ممن له الحق** " (الفصل 46) و "**تُرفع مدة التقادم إلى ثلاثين عاما فيما بين الورثة والشركاء**" (الفصل 47).

وللتفرقة بين العقارات والمنقولات أثرها في إختصاص المحاكم بمناسبة النزاعات المرتبطة بكل صنف من هذه الأموال.

ففي النزاعات الإستحقاقية العقارية تكون المحكمة الإبتدائية هي المختصة حكميا ويُعقد الإختصاص الترابي للمحكمة التي يوجد بدائرتها العقار موضوع الدعوى (الفصل 38 من م م م ت) ولا أهمية لقيمة العقار على تحديد قواعد الإختصاص.

أما في دعاوى إستحقاق المنقولات فإن الإختصاص الحكمي يتحدد بحسب قيمة المنقول. ومن زاوية الإختصاص الترابي يكون المدعي مخيرا بين رفع دعواه لدى المحكمة التي يوجد بها مقر المطلوب أو التي يوجد بها المنقول (الفصل 36 م م م ت).

**الفقرة الثانية: التقسيمات الثانوية للأموال**

علاوة على التقسيم التشريعي للأموال بين عقارات ومنقولات يعتمد الفقه تقسيمات ثانوية أخرى. على أن هذه التقسيمات وإن كانت تجد لها منطلقات تشريعية فإنها لا تكتسي ذات الأهمية التي يحظى بها التقسيم الأساسي.

1. **الأشياء القابلة للإستهلاك (**choses combustibles **) والأشياء غير القابلة للإستهلاك**

الأشياء المعتبرة أموالا والقابلة للإستهلاك[[40]](#footnote-41) هي الأشياء المعدة للإستهلاك بطريق إستعمالها كما هو الحال بالنسبة للطعام والدواء والمحروقات. ويدخل في هذا الباب أيضا "المال النقدي" إذ يتم إستعماله للتحصيل على مقابل له من خدمة أو سلعة وكذلك سائر وسائل الدفع الأخرى.

في مقابل ذلك فإن مجموعة من الأموال قابلة للإستعمال دون أن يؤدي ذلك إلى إستهلاكها بصورة مباشرة أو سريعة. فالعقارات لا تفنى بمجرد إستعمالها وحتى إن فقدت قيمتها فإن ذلك يستدعي وقتا طويلا نسبيا وهو نفس الأمر الذي ينطبق على عدد من المنقولات غير المعدة للإستعمال الحيني كالسيارات والآلات والساعات...

ومن الآثار القانونية لهذه التفرقة أن الأشياء غير القابلة للإستهلاك تفضي إلى إمكان إستعمالها من طرف غير الملك مع الإلتزام بردها بعد إنقضاء المدة المتفق عليها. فالمنتفع مطالب برد المحل بعد إنقضاء مدة إنتفاعه وفي عقد عارية الإستعمال يقتضي الفصل 1056 من مجلة الإلتزامات والعقود أن " **عارية الإستعمال عقد يسلم به أحد الطرفين شيئا للآخر لينتفع به مدة معينة أو في غرض معين على أن يرجع المستعير عين المُعار ويبقى للمُعير ملكية الشيء وحوزه الشرعي بحيث لا يكون للمستعير إلا المنفعة**".

وإذا كانت الأشياء مما لا يقبل الإستهلاك كان الردبذات الشيء أما إذا كانت مما يقبل الإستهلاك فإن ردها لا يكون إلا بمثلها من ذلك أن من إقترض مبلغا ماليا يكون مطالبا بالوفاء نوعا وقدرا ووصفا فقد أورد الفصل 1081 من مجلة الإلأتزامات والعقود أن "**القرض عقد على دفع شيء مما يُستهلك أو منقول على أن يرجع له المقترض نظير ذلك نوعا وقدرا ووصفا عند إنقضاء الأجل المتفق عليه**".

1. **الأشياء المثلية (**choses de genre **) والأشياء القيمية (**corpscertains**)**

المثليات أو الأشياء المعينة بالنوع هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض، ويتم تقديرها بالوزن أو الكيل أو العدد. وتعتبر مثليات لوجود نظير مساو لها من ناحية الخصائص من ذلك الحبوب والزيت والقماش والنقود.

أما القيميات فهي أشياء معينة بذاتها وأوصافها فلا يقوم بعضها كمقام بعض وتكون لها في الغالب قيمة متفاوتة بالنظر لندرتها أو لقدمها. من أمثلة ذلك اللوحات أو السيارات النادرة والبيوت والحيوانات الفريدة.

ولهذه التفرقة آثارها القانونية ومن أبرزها أن دعاوى الإستحقاق لا يمكن أن يكون موضوعها سوى أشياء قيمية أما المثليات فتجوز المطالبة قضائيا بالتنفيذ العيني (من إلتزم بدفع مبلغ مالي أو بالتزويد بسلعة موجودة بالسوق يمكن جبره على تنفيذ عين ما إلتزم به). ولهذا التمييز بين المثليات والقيميات أثره في الألتزامات المحمولة على الأطراف بالردٌ أو التسليم من ذلك ما إقتضته الفصول 650 و 696 و 1082 من مجلة الإلتزامات والعقود.

**الــــفـــرع الــثــالث: وعـــــــاء الأمــــوال: الـــــذمــــة الــمـــالـــــيـــــــة**

يعتبر مفهوم الذمّة الماليّة من المفاهيم القديمة تاريخيّا إذ يمتد تاريخه إلى القانون الروماني[[41]](#footnote-42)، كما نجد ذات المفهوم حاضرا في الفقه الإسلامي تحت مسمى "الذمة" بما هو "وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان ويصير به أهلا للإلزام والإلتزام أي صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات"[[42]](#footnote-43). وعلى هذا النحو فالذمة شرعا تشمل الحقوق المالية وغير المالية لتقارب مفهوم الشخصية القانونية.

أما حديثا فإن بناء مفهوم الذمة المالية لم يتحقٌق إلا في إطار النظريّة التقليدية قد تحقّق من خلال أعمال الفقيهين "أوبري" "ورو"[[43]](#footnote-44) وهو ما يصطلح على إعتباره بالنظريّة الشخصية أو التقليدية.

ومعنى الذمة المالية في الإصطلاح القانوني مغاير للمدلول الدارج الذي يجعل منها مجموع الأموال التي يملكها الفرد، إذ لها مفهوم تقني يجعل منها ملازمة للشخصية في قدرتها على أن تكون لها أموال وحقوق وديون. والعنصر الأبرز في بناء نظرية الذمة المالية هو إلتصاقها بالشخص القانوني الطبيعي بداية ذلك أنه بدا لفترة طويلة من المتعذٌر تصور "مجموعة من الأموال" دون صاحب تستند إليه وتعرٌف من خلاله.

هذه الشخصية القانونية تعتبر "مفهوما قانونيا وثيق الإرتباط بالإنسان"[[44]](#footnote-45) تعطيه القدرة على تحمل الواجبات والتمتع بالحقوق وممارستها. والشخصية القانونية بهذا التعريف لا تنحصر في الأهلية لأن المفهوم الأول "يشمل الإعتراف لكل فرد بالقدرة على المشاركة في الحياة القانونية في حين يقتصر المفهوم الثاني على معرفة وتحديد شروط هذه المشاركة تمتعا وممارسة"[[45]](#footnote-46) .

ونتيجة للترابط المحوري بين الشخصية القانونية والذمة المالية فقد إكتسبت الثانية مميزات الأولى: فوحدة الشخصية تؤول إلى وحدة الذمة المالية وكما أن الأولى لا تقبل الإنتقال ولا القسمة فإن للذمة المالية نفس الخاصيات[[46]](#footnote-47) على الأقل في التصور الذي أرسته النظرية الشخصية وأخذ به المشرع التونسي. وللوحدة في هذا الباب معنيان: الأول أن الذمة المالية لا تكون إلا واحدة لكل شخص والثاني أن عناصر الذمة تندمج فيما بينها لتشكل كيانا واحدا[[47]](#footnote-48) .

وتجدر الملاحظة أن المشرٌع لم يُورد تعريفا لمفهوم الذمة المالية ولكن ذلك لا يعني غيابه في التشريع التونسي وذلك من خلال أحكام مجلة الإلتزامات والعقود بما أن عنوان الكتاب الأول منها هو "فيما تعمٌر به الذمة مطلقا" كما يلقى هذا المفهوم أجلى تعبيراته في قاعدة الفصل 192 من م ح ع .

التوقف عند ما يستدعيه هذا المفهوم في إرتباط بمادة الأموال يقتضي تحديد مكوناتها أولا (الفقرة الأولى) ثم ضبط خصائصه في القانون التونسي (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: مكونات الذمة المالية**

تشمل الذمة المالية العناصر الإيجابية والسلبية لكل شخص قانوني وتدمجهما. فهي مجموع الحقوق والإلتزامات المتعلقة بشخص قانوني والتي تكتسي قيمة مالية، ولذلك قدم جانب من الفقه الذمة المالية بكونها الإمتداد الإقتصادي للشحص القانوني.

والعناصر الإيجابية هي كل الموجودات ذات الطبيعة المالية التي يحق للشخص المطالبة بها قانونا. ويجب أن تكون لهذه الحقوق قيمة مالية ومنفعة إقتصادية وهو ما يؤدي إلى إستبعاد الحقوق غير المالية كالحق في الشرف أو الحق في الحضانة أو النسب. وتتسع الذمة المالية للأموال الموجودة فعليا في تصرف الشخص وكذلك الأموال المستقبلة التي ستؤول ملكيتها للشخص.

أما العناصر السلبية فتتمثل في مجموع الديون أو الإلتزامات ذات الطابع المالي (واجب أداء النفقة، خلاص القرض، دفع معينات الكراء... مثلا) المحمولة على الشخص. ولضمان خلاص هذه الإلتزامات يجوز إجراء العقلة على العناصر الإيجابية الموجودة في ذمة المدين وهو جوهر قاعدة الفصل 192 من م ح ع. وقد شكل التراجع عن فكرة التنفيذ على ذات المدين أحد أوجه تطور فكرة الضمان المؤسس على الذمة المالية لا شخص المدين.

وصورة الذمة المالية (إيجابية أو سلبية) تقوم على موازنة بين صنفي العناصر الإيجابي منها والسلبي توصلا إلى ملائ أو إعسار صاحب الذمة المالية. وهذا الحاصل متغير بطبيعته بفعل إمكان إضافة عناصر من الصنفين تبعا للتعهدات أو التصرفات التي يجريها الشخص القانوني. على أن وضعية الذمة المالية (الفارق بين الموجودات والإلتزامات سلبي أو إيجابي) مهما تكن لا تأثير لها على وجودها طالما أنها مرتبطة بوجود الشخص القانوني ذاته.

وتقوم الذمة المالية على الترابط الوثيق بين بين العناصر الإيجابية والعناصر السلبية فتضمن الأولى الوفاء بالثانية بطريق رضائي أولا أو بطريق الجبر على التنفيذ (ضرب العقلة على أموال المدين عدا ما خرج عنها عن العقلة بموجب القانون).

وتلعب الذمة الماليىة دور الوعاء الجامع لمختلف المكونات دون أن تتأثر بتغير هذه المكونات بالزيادة في عدد أو حجم العناصر الإيجابية أو الإغراق في التحملات والإلتزامات. ومن نتائج ذلك أن التتبعات التي يمارسها الدائن على أموال مدينه تُباشر على ما كان موجودا في الذمة المالية لمدينه زمن ضرب العقلة دون أن تلحق العقلة ما خرج من ملك المدين بطريقة قانونية[[48]](#footnote-49).

ولإعتبار الذمة المالية من توابع الشخصية القانونية فإنها لا تعتبر في ذاتها مالا بما يخرجها عن التعامل: التفويت في كامل المكاسب لشخص بأي وجه من وجوه التفويت قانونا لا يؤول إلى تنازله عن ذمته المالية.

**الفقرة الثانية: خصائص الذمة المالية**

تقوم النظريّة الكلاسيكيّة للذمة الماليّة على اعتبار هذه الأخيرة نابعة من الشخصيّة القانونيّة ومظهر السلطة القانونيّة المنوطة لها[[49]](#footnote-50). والذمّة الماليّة بهذا النحو هي الإمتداد الإقتصادي للشخصيّة القانونيّة وهي فكرة حاضرة أيضا في الفقه التّونسي ذلك أن "إندماج الذمة المالية في الشخصية يعني أن الشخص وحده هو الذي تكون له ذمة مالية وأن كل شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا له حتما ذمة مالية"[[50]](#footnote-51).

ومن نتائج هذا الترابط بين الذمة المالية والشخص أنه لا يمكن الحديث عن ذمة مالية (وتبعيا العناصر الموجودة بها من أموال) إلا في وجود شخص طبيعي أو معنوي كالشركات التي تكون لها ذمة مالية منفصلة عن الذمم المالية لكل واحد من الشركاء بناء على إقرار المشرع من خلال قاعدة الفصل 4[[51]](#footnote-52) وما يليه من مجلة الشركات التجارية.

ورغم بعض التوجهات الفقهية إلى الإقرار بالذمة المالية للعائلة وذلك من خلال نظام الإشتراك في الملكية بين الزوجين وبالنظر للإلتزامات المالية الناشئة عن عقد الزواج (واجب الإنفاق المحمول على الزوج والمساهمة في الإنفاق بالنسبة للزوجة) فإن هذا الطرح يبقى نظريا صرفا طالما لم يتم إقرار الشخصية المعنوية للعائلة بما يسمح لها بإمتلاك ذمة مالية منفصلة عن ذمم مكونات العائلة. فالمشرع التونسي يتبنى نظرية الإفتراض القانوني بما لا يسمح بالحديث عن وجود شخصية قانونية إلا في وجود نص تشريعي يقرها صراحة أو ضمنا فيكون من آثاره إكتساب الذمة المالية.

وأبرز خصائص الذمة المالية أنها واحدة وموحٌدة.

1. **وحدة الذمة المالية:**

إن وحدة الذمة المالية نتيجة لوحدة الشخصية القانونية فكما أن الشخصية لا تتجزأ لا تكون الذمة المالية قابلة للتجزئة. وأهم ما يطرحه هذا العنصر إمكانية الحديث عن ذمة مالية بالتخصيص من ذلك أن يفرز ذات الشخص جزء من أمواله لمممارسة نشاطه المهني (التجارة مثلا) ويبقي سائر العناصر الأخرى في ذمته لعائلته وحياته الخاصة ليكون بذلك على رأس ذمتين ماليتين. وقد كان منطلق هذا الراي وجود نصوص متفرقة تكرٌس ما رآه البعض "ذمما مالية مخصٌصة" منفصلة عن الأشخاص حتى أن جانبا من الفقه يميز بين القبول الصريح من المشرع وما يمكن أن يعتبر إقرارا ضمنيٌا بوجود ذمة مالية بالتخصيص[[52]](#footnote-53). بقي أن الإستثناء الوحيد الصريح الذي قد يدعم هذا التوجه يتعلٌق بمؤسسة "المال المحدود" التي تجد أساسها في أحكام الفصول 132 وما يليها من مجلة التجارة البحرية، دون غيره من الأمثلة.

فالمؤسسة القديمة المعروفة بـ"ثروة البحر" والتي تمكٌن صاحب السفينة من الإختيار بين خلاص الديون المترتبة عن الرحلة البحرية أو التخلي عن السفينة لدائنيه يستوفون حقوقهم من ثمنها بعد التنفيذ عليها دون المساس بباقي ممتلكاته يمكن أن يشكل ذمة مالية بالتخصيص وذلك من خلال قسمة صاحب السفينة لذمته المالية إلى إثنتين واحدة "للبحر" وأخرى "للبر"[[53]](#footnote-54).

على أن أحكام مجلة التجارة البحرية التي تكرٌس إمكانية تجزئة الذمة المالية لمجهز السفينة فإن هذا الإتجاه قد فقد جانبا كبيرا من أهميته الواقعية، ذلك أن التطور التقني قلٌص من إستقلاليٌة مجهٌز السفينة في إتخاذ القرارات المتعلقة بالرحلة البحرية علاوة على أن الأخطار البحرية لم تعُد بذات القدر من الجسامة بما أن الوسائل الحديثة تحدٌ منها سواء من خلال توقٌعها أو توفير السبل لتفاديها. وإذا إعتبرنا أن النقل البحري أصبح نشاطا تجاريا يدر المرابيح على متعاطيه أكثر من كونه مغامرة محفوفة بالمخاطر فلا غرابة أن يدعو الفقه إلى تجاوز هذه المؤسسة التي لم تعد ملائمة للمعطيات الحالية.

ويجد جانب من الفقه أيضا في وضعية التركة قبل سداد ديونها الأساس لتأكيد وجود ذمة التخصيص في القانون التونسي. فإنطلاقا من القاعدة المستمدة من الفقه الإسلامي "**لا تركة إلا بعد سداد الديون**" يقتضي نص الفصل 553 من مجلة الإلتزامات والعقود أن " **الدائن يقدٌم على الوارث ولا إرث إلا بعد أداء الدين**"، كما جاء الفصل 87 من مجلة الأحوال الشخصية ليدعم ذات المبدأ بما أنه جعل من الميراث آخر ما يؤدٌى من التركة[[54]](#footnote-55). ولمٌا كانت القاعدة أنه "يستحق الإرث بموت المورٌث ولو حكما وبتحقق حياة الوارث من بعده"[[55]](#footnote-56) فإن أول الآثار أنه لا يمكن ربط وجود مجموعة الأموال المورٌثة بشخص المتوفي وأما اختلاطها بذمة الوارث فيتحدٌد على ضوء طبيعة التركة: إذا لم تكن التركة مدينة دخلت في ذمة الوارث وإختلطت بمكاسبه إعمالا لقاعدة عدم التجزئة وأما "ذمة التخصيص" فتفترض لنشأتها تركة مدينة. في هذه الصورة، تخصٌص أموال التركة لغاية الإيفاء بديون التركة وهو ما يجعل منها "ذمة مؤقتة هدفها خلاص دائني المورث"[[56]](#footnote-57).

وعلى خلاف ذلك يرفض جانب من الفقه[[57]](#footnote-58) "ذمة التخصيص" ويرى إمكانية إعتبار عناصر التركة باقية في ذمة المورٌث بناء على إفتراض قانوني مفاده تواصل الشخصية القانونية للمورث في حدود تصفية التركة. ولكن هذا التوجه يجابه أساسا بغياب نص قانوني يقرٌ مبدأ مواصلة الورثة لشخصية مورثهم بما يجعل موقف القانون التونسي أقرب إلى "أحكام الفقه الإسلامي التي تقرٌ مبدأ إستقلال شخصية الورثة عن شخص المورث وتجعل من التركة المسؤولة الوحيدة عن ديون صاحبها"[[58]](#footnote-59).

وضمن ذات الإطار من الإستثناءات التقليدية لترابط الذمة المالية بالشخص يتوقف الفقه عند "مال التاجر" مجسٌدا في الأصل التجاري. وتجد هذه المقارية منطلقها في أحكام الفصل 220 من مجلة الإلتزامات والعقود للإقرار بتكريس المشرع ضمنيا لنظرية ذمة التخصيص، ذلك أن إحالة التاجر لمحل تجارته مع إستمرار المحال له على مباشرة الأعمال به بنفس عنوانه التجاري يجعله (أي المحيل) متحملا لجميع الإلتزامات الناشئة عن تعاطي التجارة. وينشأ هذا الإنتقال بمقتضى القانون[[59]](#footnote-60) ولا عمل على أي إتفاق مخالف إزاء الغير إلا إذا تم إعلامه بإنتقال ملكية المحل التجاري.

وإذا أضفنا إلى قاعدة الفصل 220 من م إ ع ما إقتضاه الفصل 15 من مجلة الشغل من أنه " **يبقى عقد الشغل قائما بين العامل والمؤجر في صورة تغيير حالة هذا الأخير القانونية خاصة بالميراث أو البيع أو تحويل المحل أوتكوين شركة**" أمكن إعتبار الأصل التجاري ذمة مخصصة غير مشخصة تشكل "مجموعة من الأموال التي تضمن الوفاء بالديون الناتجة عن إستغلالها".

وعلى النقيض من ذلك ينفي جانب من الفقه إمكانية إعتبار الأصل التجاري ذمة تخصيص. فمن ناحية أولى تتجمع سائر العناصر المكونة للأصل التجاري لتجعل منه وحدة متكاملة غايتها جلب الحرفاء، وهذه الوحدة تمثل بدورها مالا "un bien" يدخل في ذمة التاجر ويمكن أن يكون محل عمليات قانونية مختلفة من إحالة وكراء ورهن أو مساهمة في رأسمال شركة كما قد تحمل تصرفات قانونية على بعض عناصره الثانوية دون تأثير على وجود القانوني. ومن ناحية ثانية فإن الأصل التجاري ولئن كان يشكل وحدة إقتصادية فإنه من المتعذٌر فصله تماما عن شخص التاجر: العناصر الأصلية لهذه الوحدة ترتبط عند النشأة بشخص التاجر كما أن دائني الأصل التجاري هم دائنو التاجر (شخصا طبيعيا كان أم إعتباريا) بدليل أنهم مخولون قانونا لتتبع عناصر ذمته المالية ولو لم يكن لها إرتباط بنشاطه التجاري كما يمكن لدائني التاجر التنفيذ على الأصل التجاري ولو لم يكن لدينهم علاقة بنشاطه المهني.

وعلاوة على ما تقدم فإنه يتوجٌب إعتبار مقتضيات الفصول المنظمة للأصل التجاري صلب المجلة التجارية. من ذلك أن المشرٌع منح دائني التاجر إمكانية المعارضة في دفع الثمن عند بيع الأصل التجاري[[60]](#footnote-61) وهو ما ينفي إمكانية إعتباره مجموعة قانونية منفصلة عن ذمة التاجر. وفي هذاالسياق يرى جانب من الفقه[[61]](#footnote-62) أن قاعدة الفصل 193 من المجلة التجارية قد نسخت ضمنيا قاعدة الفصل 220 من مجلة الإلتزامات والعقود طالما أنها قصرت حقوق دائني بائع الأصل التجاري على الإعتراض على ثمن البيع أو التسديس[[62]](#footnote-63).

وقد خلص الغالب من الفقه من كل ذلك إلى إعتبار الأصل التجاري "مجموعة واقعية" لا يمكن أن تنفصل بصورة حاسمة عن شخص التاجر سيٌما وأن المشرع لم يسند له الشخصية المعنوية. على أن غاية تكريس الأصل التجاري كذمة مالية مستقلة ترمي في جوهرها إلى حماية التاجر من خلال تقليص المخاطر الناجمة عن تعاطيه للنشاط التجاري قد تحققت بعد ما يربو عن القرن من العمل بقاعدة الفصل 220 من مجلة الإلتزامات والعقود ولكن بطريق مغاير وذلك من خلال إقرار شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة وهي أبرز الإستثناءات المستجدة لمبدإ وحدة الذمة المالية بما أدخلته من تطوير لفكرة الترابط بين الذمة المالية والشخص.

وتقدم شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة المكرسة من خلال أحكام الفصل الثاني من مجلة الشركات التجارية كمثال للذمة المالية بالتخصيص على أن التمعن في النظام القانوني لهذه الشركة يؤكد عكس ذلك تماما.

لقد أقر المشرع للشخص الطبيعي بصفة شريك وحيد إمكانية تخصيص جانب من ذمته المالية لتكوين رأس مال الشركة وهي ذمة مالية منفصلة عن ذمته الخاصة.

وأول الملاحظات التي يثيرها النظام القانوني لشركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة أن هذه الشركة تحظى بالشخصية المعنوية عملا بقاعدة الفصل 4 من مجلة الشركات التجارية وهو ما يعني قدرتها قانونا على تملك رأسمالها كأول مقومات ذمتها المالية وذلك بتوظيف تقنية الشخصية المعنوية والفصل بين الشخصين القانونيين، ولكن هذه الصورة تبقى على جانب كبير من التجريد ولا تنمٌ إلا على تمسٌك المشرع بالترابط التقليدي بين الذمة المالية والشخصية القانونية.

ومن العناصر التي تحدٌ بشكل لافت من إستقلالية الشخص المعنوي عن شخص الشريك الوحيد رغم الفصل الظاهر بين الذمم المالية نذكر سيطرة الشريك الوحيد على جميع دواليب الشركة إذ له أن يتخذ بمفرده جميع القرارات في غياب جلسة عامة للشركاء ووجوب توليه شخصيا مهمة تسيير الشركة. وإرادة الشريك الوحيد المنفردة التي تنشئ الشركة بداية يمكنها أن تغيٌر من تركيبة الذمة (الترفيع أو الحط من راس المال) أو أن تنهي وجودها القانوني بما تعود معه الذمة المالية للشركة لتنصهر في ذمة الشريك الوحيد.

على أن السلطات الواسعة المخولة للشريك الوحيد لا تنفي أن المشرٌع حافظ على الطابع الأخلاقي لمبدإ الفصل بين الذمم المالية تحقيقا لحماية دائني الشركة التجارية من ذلك العقوبة الجزائية التي يمكن أن تسلٌط عليه في حال سوء إستعمال أموال الشركة أو سمعتها[[63]](#footnote-64) وإمكانية تحميله كل ديون الشركة أو جزءا منها متى إتضح أن الصعوبة الإقتصادية التي تمر بها الشركة أو تفليسها ناتجة عن سوء تصرٌف صادر عنه. ففي هذه الحالات جميعا "يرفع حجاب الشخصية المعنوية" لتتجاوز تتبعات الدائنين الإستقلالية القانونية، ومنها الذمية، للشخص المعنوي وتتعداها للذوات المكونة لها.

وبذلك فإن القاعدة تبقى في كل الأحول وحدة الذمة المالية في التشريع التونسي طالما لم يتم تغيير قاعدة الفصل 192 من م ح ع.

1. **توحيد الذمة المالية:**

المقصود بتوحيد الذمة المالية هة الترابط بين كامل العناصر الإيجابية في الذمة المالية للشخص القانوني والإلتزامات المحموله عليه قانونا فتضمن الأولى الوفاء بالثانية. ويحقّق هذا الترابط مطلبا مهمّا هو "الأمان القانوني" كأحد إستتباعات مبدإ وحدة الذمّة الماليّة. وتتأسس هذه الغاية على فكرة "المجموعة القانونيّة" والتي تعني شمول الذمّة لكافّة أموال المدين (عدا ما استثناه القانون) وتخويل دائنيه تتبعها قانونا حتى ما دخل منها في ذمّة المدين بعد نشأة الدين. وفكرة الضمان بما تعنيه من حماية الدّائن تبقى فكرة مركزيّة في إطار النظريّة التقليديّة ذلك أنّ الأمن الذي توفره في المعاملات يرسي الثقة الضروريّة لازدهار الإئتمان كقيمة ضروريّة ذات بعد إقتصادي مهمّ. وقد عبّر الفقه التقليدي عن ذلك من خلال ربط الإئتمان بالأدوات التي يتسلّح بها الدّائن إزاء مدنيه. هذه الفكرة لا تمس منها الإمكانية المخولة للمدين في إسناد تأمينات إتفاقية (عقد رهن) لفائدة أحد دائنيه طالما أن الأمر يتعلق بتخويل تشريعي كما أن ذلك لا يمنع باقي الدائنين من تتبع المال المرهون مع علمهم بحق الأفضلية المخول للدائن المرتهن.

**الفصل الأول:**

|  |
| --- |
| **حــــــق الـــــمـــــلـــــكـــــيــــــة** |

**(الحق العيني الأصلي)**

لا خلاف في كون حق الملكية هو الحق العيني الأصلي الذي تتفرع منه وعنه كل الحقوق العينية التي تنظمها مجلة الحقوق العينية وحتى التي توجد خارجها (حق الحبس).

ويمكت تعرف حق الملكية بداية من خلال عنصري الحق والملكية. فالحق هو الصلاحية الممنوحة قانونا وهو في نظر البعض حق طبيعي لما له من إرتباط بنفسية الإنسان من خلال نزوعه للتملك ورغبته بالإستئثار بالأشياء. وأما الملكية فهي تمثل خارجي للأشياء عبر قبول المجتمع لسيطرة شخص أو مجموعة على عين. وجوهر تنظيم حق الملكية إرساء نظام في علاقة الأشخاص بالأشياء من شأنه أن يمنع الإعتداءات والفوضى[[64]](#footnote-65).

وصورة حق الملكية اليوم هي نتاج التطور التاريخي للملكية، التي كانت أهم محركات النزاعات والصراعات منذ بدء تشكل التنظمات البشرية[[65]](#footnote-66).

ففي القانون الروماني ساد التمييز بين الملكية الجماعية وملكية العائلة بما جعل الأملاك مقسمة عموما بين ملكية "الدولة" والملكية الخاصة المقررة للمواطنين.

أما في التشريع الإسلامي فإن تنظيم الملكية ينطلق من قاعدة أولى مناطها أن المالك الأصلي لكل شيء هو الله تعالى، وأن الإنسان مستخلف من الله في ما يملك.

وملكية الفرد في التشريع الإسلامي لا يمكن أن تكون مطلقة إذ تتكون من ثلاث عناصر: حق الله، حق الجماعة، حق الفرد المالك.

في مقابل ذلك شهد حق الملكية في القانون الأوروبي ثلاث مراحل. المرحلة الأولى كانت مرحلة الإقطاع فمع تعدد المالكين وهم من يستغلون الأرض فعليا يوجد "السيد" (النبيل) الذي يمارس حقوقا عل نفس الأرض. وفوق هاتين الفئتين يوجد الملك كمالك أصلي مطلق.

وإنطلاقا من الثورة الفرنسية تحولت الملكية إلى ملكية تامة ومطلقة تجعل الأرض في الصرف المطلق لمالكها.

ثم وإنطلاقا من منتصف القرن التاسع عشر تراجعت إطلاقية حق الملكية ليتم تكريس حقوق للدولة وللمجموعة بموازاة حق الملكية الفردية. هذه المرحلة عرفت بداية نشأة الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية.

أما القانون التونسي فقد شهد ثلاث مراحل كبرى في تنظيم حق الملكية.

إلى حدود سنة 1881 مرحلة بداية الإستعمار الفرنسي، كانت الملكية العقارية خاضعة أساسا لأحكام الفقه الإسلامي علاوة على بعض الأعراف المحلية. وكانت ملكية الأراضي مقسمة إلى :

* أراضي "الملك" وهي ملكية فردية،
* أراضي "الأحباس" أو "الأوقاف"،
* أراضي "العروش" (ملك للعرش أو القبيلة وتخصص غالبا للرعي)،
* أراضي الملك العمومي الراجعة للباي.

ومع حلول الإستعمار الفرنسي تمت صياغة القانون العقاري في غرة جويلية 1885 الذي أقر نظام تسجيل العقارات وغايته تمكين المعمرين من الإستيلاء وتملك الأراضي التونسية.

ثم وبعد الإستقلال تم حل الأحباس وإسترجاع الأراضي التي كانت مملوكة من المعمرين وتنظيم الأراضي الإشتراكية، وقد كان للفترة الإستعمارية أثرها في الإختيارات التشريعية إلى يومنا هذا من خلال تنظيم مقيد لتملك الأجانب في ما له علاقة بالعقارات والإبقاء على المنع في خصوص الأراضي الفلاحية. على أن الأهم في هذه المرحلة هو صدور مجلة الحقوق العينية بموجب قانون 12 فيفري 1965 كنص أساسي في تنظيم حق الملكية.

وأبرز ما جاءت به مجلة الحقوق العينية، فوق التنظيم الدقيق للحقوق العينية، هو تكريس الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية. فقد ورد صراحة بالأعمال التحضيرية لهذه المجلة "**إن الملكية حسب المبدإ التقليدي كان حقا مقدسا لا يقبل التحديد وكان حقا مطلقا يشما حق الإتلاف. وهذا يتنافى ومصلحة المجتمع المتمثلة في ضرورة رفع المنتوج القومي وإعتبار أن كل عمل فردي له تأثير على المصلحة العامة، ومن ذلك أتى مبدأ إعتبار الملكية وظيفة إجتماعية مثل كل الوظائف التي يطالب في إستعمالها حسن الإستعمال...".**

وفي شأن الملكية كان الفصل 56 من القانون العقاري المؤرخ في 1 جويلية 1885 يعرٌف الملكية العقارية كما يلي "**حق الملك العقاري هو حق الإنتفاع والتصرف في عقار حقيقي أو حكمي تصرفا مطلقا بشرط أن لا يكون التصرف المذكور مخلا بالقوانين والتراتيب المقررة**".

في مقابل ذلك عرف الفصل 17 من مجلة الحقوق العينية حق الملكية بكونه "الحق الذي يخول صاحب الشيء وحده إستعماله وإستغلاله والتفويت فيه". ويقوم هذا التعريف على عنصرين: العنصر الأول هو الإستئثار من خلال عبارة "صاحب الشيء وحده" أما العنصر الثاني فيتمحور حول توابع أو عناصر حق الملكية (الإستعمال- الإستغلال- التفويت).

ومع تكريس حق الملكية لم تخلُ مجلة الحقوق العينية من إرساء للوظيفة الإجتماعية لحق الملكية وهو ما يبرز أساسا من خلال قاعدة الفصل 21 من هاته المجلة الذي يقتضي أنه "**على المالك أن يراعي في إستعمال حقه ما تقتضيه النصوص التشريعية المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة**".

ولا يبدو هذا الحل مستفردا ضرورة أن هاته الخاصية الإجتماعية لممارسة الحقوق ترتقي إلى قيمة المبدإ العام المكرس من خلال الفصل 557 من مجلة الإلتزامات الذي أورد أنه "**إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق بينهما قدٌمت العامة**". ومن أبرز آثار هذا التوجه إقرار مؤسسة التعسف في إستعمال الحق (قاعدة الفصل 103 من مجلة الإلتزامات والعقود) ومضار الجوار إضافة إلى التحملات التي يمكن أن تُفرض على المالك (حق الإرتفاق).

**الـفــرع الأول: خـــصــائـــص حـــق الـمـلـكــيـــــة**

مع وجوب مراعاة القيود أو الإستثناءات التي يمكن أن ترد على حق الملكية فإن هذا الأخير يجمع خصائصا ثلاثا لا يقوم بدونها. فحق الملكية حق جامع (**الفقرة الأولى**) أي أنه يشمل جميع السلطات التي تلحق بالشيء المملوك والتي عدٌدها الفصل 17 م ح ع. وهو إلى جانب ذلك حق إستئثاري (**الفقرة الثانية**) ومفاد ذلك أنه حق يسمح للمالك وحده أن ينفرد بالصلاحيات التي منحها القانون ومنع الغير من منازعته في ممارستها دون رضاه. وحق الملكية أيضا حق دائم (**الفقرة الثالثة**).

**الفقرة الأولى: حق الملكية: حق جامع**

حق الملكية حق أساسي وأصلي تتفرع عنه جميع الحقوق العينية الأخرى. وهو يجمع سائر السلطات التي يمكن أن ترد وتُمارس على الشيء ويتعلق الأمر بحق الإستعمال (أ) وسلطة الإستغلال للمال (ب) إضافة إلأى إمكانية التفويت (ج) فيه. ومن الآثار المترتبة عن ذلك أن االمالك الذي يُثبت صفته تلك قانونا مخول لممارسة سائر الصلاحيات ما لم يثبت أن القانون أو الإتفاق (العقد) قد قيٌدا من سلطاته. وفي مقابل ذلك فإن إنتهاء أثر الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية يؤدي إلى إعادة إستجماع المالك لجميع سلطاته على الشيء المملوك[[66]](#footnote-67).

1. **الإستعمال *usus***

يمكن أن نعرٌف الإستعمال بأنه "إستخدام الشيء المملوك والإنتفاع به". ويختلف الإستعمال، مبدئيا، عن الإستغلال الذي يتمثل في توظيف حقوق على المال المملوك ككراء العقار أو المنقول أو رهنه أو إعارته ومثيل ذلك إنفاق النقود أو إدخارها. لكن يمكن أن يختلط الإستعمال بالإستغلال كما في صورة ملكية الأراضي الفلاحية التي تحتاج إلى خدمة قد يتولاها المالك أو يفوض إستغلالها قانونا للغير بطريق الكراء أو في إطار شركة فلاحية.

وفي حالات أخرى ينقضي الحق في الملكية من خلال الإستعمال وينطبق ذلك على جميع الأشياء المعدة للإستعمال بطريق الإستهلاك كحالة الأطعمة أو الأدوية...

ولم يُورد الفصل 17 م ح ع تقييدا لصلاحية الإستعمال، وبذلك يمكن أن تتخذ هذه الصلاحية بُعدان: إيجابي وسلبي:

* البعد الإيجابي: يتمثل في حق المالك في إختيار وجه الإستفادة من ملكه أو إستخدامه، فإستعمال عقار مبني يمكن أن يتم لغاية السكنى أو التجارة كما أن إستعمال العربات (السيارات) قد يكون لغاية السياحة أو النقل...كل ذلك مع مراعاة الضوابط القانونية المنظمة لأوجه الإستعمال: عند إقامة بناء سكني يجب إحترام أمثلة التهيئة العمرانية، إستغلال الأراضي الفلاحية يجب أن يراعي القوانين المنظمة لبعض أنواع الزراعات أو لشروط التنقيب عن المياه...

وفي المادة القانونية تمييز بين أصناف التصرفات إلى أعمال الحفظ وأعمال الإدارة وأعمال التصرف، وصلاحية الإستعمال تتمحور أساسا حول الحفظ والإدارة.

* البعد السلبي: للمالك الحرية في إستعمال ملكه أو الإمتناع عن ذلك فمالك العقار له أن يسكنه، أن يتولى كرائه أو تركه مغلقا دون إستعمال....في هذا الباب وجب التنبه إلى التمييز بين العقارات المسجلة وغير المسجلة فإذا كانت الأولى محمية بموجب التسجيل فإن عدم إستعمال الصنف الثاني يمكن أن يؤول إلى فقد ملكيتها إذا ما سيطر عليها الغير وذلك بطريق التقادم[[67]](#footnote-68). إضافة إلى ذلك فإن عدم إستعمال المال لا يعفي المالك من التحمل ببعض الإلتزامات القانونية كالأداءات الموظفة على العقارات المبنية أو وجوب التأمين على العربات أو ضمان الضرر الناجم عن الأشياء التي هي في حفظه....

ويتعين التدقيق في هذا السياق أن المشرع حدٌد في صور مخصوصة الحرية المتروكة للمالك في الإستعمال أو عدم الإستعمال وذلك مراعاة للمصلحة العامة أو توفيقا بين المصالح الخاصة.

فقد أورد الفصل الأول من القانون المؤرخ في 7 ماي 1957 أنه "يمكن إئتمان الأراضي الصالحة للفلاحة التي يملكها الأشخاص المعنوية أو الذاتية، إذا كانت مهملة أو ناقصة الإستغلال، وذلك قصد إستثمارها أو حفظها" وبالتالي فإن إهمال أرض فلاحية بعدم إستعمالها يؤول إلى عقاب مالكها بأخذها منه وإخضاعها لنظام الإئتمان.

ذات المآل نجده في إطار أحكام قانون 13 فيفيري المتعلق بالأراضي الفلاحية الذي أوجن منخلال فصله 23 إستغلال الأرض إستغلالا فلاحيا مباضرا بصفة مجدية طيلة 20 سنة من تاريخ التحويز. وعند الإخلال بهذا الإلتزام يسقط حق الملكية عن المشتري تطبيقا للفصل 26 من ذات القانون.

علاوة على ما تقدم يمثل التعسف في إستعمال الحق ( 103 مجلة الإلتزامات والعقود) ومضار الجوار (الفصلان 99 و 100 من مجلة الإلتزامات والعقود)[[68]](#footnote-69) الناجمة عن إستغلال الملك العقاري حدودا لحق الإستعمال المخول للمالك.

1. **سلطة الإستغلال *fructis***

يتجسد الإستغلال في الصلاحية المخولة للمالك في الحصول على ما يتولٌد عن الشيء من ثمار مهما تكن طبيعتها. فالأصل أن للمالك حرية إستغلال المال الذي يملكه أو عدم إستغلاله كما أن له حرية وجه الإستغلال: له إمكانية كرائه، إسناد إستعماله على وجه الفضل، المساهمة في شركة دون التخلي عن الملكية، إستعماله كضمان للوفاء بإلتزاماته....كل ذلك مع التقيد بمقتضيات القانون في تنظيم أوجه الإستغلال كمراعاة طبيعة التنظيم للمناطق العمرانية (المناطق السكنية أو الصناعية) وتقيييد سلطة قطع الأشجار (الزيتون مثلا)....

وقد أورد الفصل 19 م ح ع في هذا الباب أنه " **لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وفيما إلتصق به ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك**".

والمقصود بالثمار هو "كل ما يتولد عن الشيء بصورة دورية دون إنتقاص من أصله" فالثمار هي الدخل المنتظم للشيء.

وقد أشار المشرع للثمار بما هي "الغلة" في الفصول 44 و 113 من م ح ع كما أورد ذلك في الفصلين 660 و 705 من مجلة الإلتزامات والعقود.

وللغلة أو الثمار في المادة القانونية مفاهيم متعددة:

* ثمار طبيعية : تلك التي ينتجها الشيء بصورة تلقائية كتوالد الحيوان أو ثمار الأشجار وقد جاء بالفصل 144 م ح ع أن " **الغلال الطبيعية هو ما يغلٌه الشيء تلقائيا أو بفعل الإنسان**".
* ثمار صناعية مستحدثة: ومن أمثلة ذلك تدخل الإنسان لضمان تكاثر الماشية (إعتماد تقنية التلقيح الصناعي أو من خلال العناية البيطرية) وكذلك زيادة المحصول الزراعي بإعتماد تقنيات مستحدثة ولعل الشكل الأكثر تعقيدا هي "المنتجات المعدلة جينيا" في التشريعات التي لا تمنع ذلك.
* ثمار مدنية: تتمثل في الدخل النقدي للشيء من ذلك معاليم الكراء مقابل إستعمال الشيء منقولا كان أم عقارا وكذلك الفوائض التي يرتبها مبلغ القرض أو مرابيح المساهمات في الشركات التجارية. وقد أورد الفصل 145 م ح ع أن " **الغلال المدنية هي معين الأكرية والمستحق من راتب الإنزال وفوائض الديون ونحوها**".

أما المنتجات فهي ما يتحصل من الشيء بصفة غير دورية ويترتب عليها الإنتقاص من أصل الشيء أي المساس بماهيته ومن أمثلة ذلك أخذ الأشجار من الغابة أو ما يُستخرج من الأرض من أحجار أو رخام أو رمل.

وتبرز أهمية التمييز بين الثمار والمنتجات عند إسناد المالك حق إنتفاع للغير. فالفصل 19 م ح ع أعطى لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وأما عند وجود حق إنتفاع فقد إقتضى الفصل 143 م ح ع أن "**للمنتفع جميع الغلال الطبيعية والمدنية**". وبذلك يكون للمنتفع الحق في الثمار أما المنتجات فتبقى للمالك.

1. **سلطة التصرف *abusus***

يعتمد الفصل 17 م ح ع مفهوم "التفويت" وهو مفهوم يفيد التخلي عن الملكية ونقلها سواء بمقابل أو بدونه.

على أن سلطة التصرف تتخذ مجالا أوسع ضرورة أنها يمكن أن تتخذ معنيين:

* التصرف المادي وذلك من خلال تجزئة الشيء أو تحويله أو إهلاكه أو كسره...
* التصرف القانوني : سلطة إجراء جميع التصرفات القانونية في شأن المال بما يؤدي إلى إنتهاء حق الملكية (البيع أو الهبة) أو من خلال إنشاء حق عيني لفائدة الغير على الشيء كما في صورة الرهن أو توظيف حق إنتفاع، وقد عرف الفصل 142 م ح ع "**الإنتفاع هو الحق في إستعمال شيء على ملك الغير وإستغلاله مثل مالكه لكن بشرط حفظ عينه**".

**الفقرة الثانية: حق الملكية: حق إستئثاري**

يقتضي الفصل 17 م ح ع أن سائر السلطات مخولة لـــ"**صاحب الشيء وحده**". كما نجد تكريسا صريحا لهذا الطابع من ذلك أن المشرع يعرٌف حق التأليف بأنه "الحق الذي ينفرد به صاحب المصنف دون سواه في إستغلال مصنفه أو في الترخيص للغير في إستغلاله"[[69]](#footnote-70).

وجوهر الإستئثار حرمان الغير من الشيء المملوك من المالك وتكريس القانون القانون حماية لهاته العلاقة الإستئثارية.

وما يترتب عن الطابع الإستئثاري لحق الملكية صلاحية المالك في التمتع بجميع الأثار التي يقرها القانون لفائدته فله أن يستعمل ملكه وأن يستغله وأن يتصرف فيه لوحده. ويقتضي ذلك ان يمنع الغير من القيام بأي من هاته الصلاحيات دون إذن من المالك ولا حتى أن يشاركه فيها دون رضاه. وتتخذ هذه الحماية طابعا مدنيا من خلال الدعاوى الإستحقاقية والحوزية ودعاوى التعويض وكذلك طابعا جزائيا من خلال أحكام الفصول 255 إلى 309 من المجلة الجزائية المندرجة في باب "الإعتداء على الملك" وأبرز الجرائم التي تنظمها هتك حرمة المال والمسكن والنهب والسرقة والتحيل والخيانة والإضرار بملك الغير...

**الفقرة الثالثة: حق الملكية: حق دائم**

للزمن في مادة الأموال، كما سائر المواد الأخرى، تأثير حاسم من ذلك أن الوصف القانوني للأشياء (دخولا في قائمة الأموال أو خروجا منها) يتأثر بتغير المعطيات الزمنية وما يرفقها من تبدٌل في الإختيارات التشريعية ثم إن لتغير النصوص القانونية في الزمان أثره في حق الملكية.

أما دوام الملكية (إستمراره في الزمن) فإنه يتخذ بعدين.

* إستمرار حق الملكية مادام الشيء موجودا: ذلك أن حق الملكية كقاعدة عامة لا يرتبط بمدة معينة بل بالشيء موضوع الحق فلا ينتهي الحق إلا بهلاك الشيء أو إضمحلاله. ويتميز حق الملكية عن شخص المالك فيمكن أن يتغير شخص المالك بسائر التصرفات القانونية دون تأثير على حق الملكية (إنتقال ملكية عقار من شخص إلى آخر: من يتغير هو شخص أو أشخاص الملاك كما في حالة الإرث ولكن المال موضوع الملكية مستمر).

ومما يدعم هذه الإستمرارية أن العقارات التي لا مالك لها تعد ملكا للدولة (الفصل 23 م ح ع) والتركة في غياب وارث تؤول ملكيتها أيضا إلى الدولة أما المنقولات التي يتخلى عنها مالكها (الفصل 24 م ح ع) فإنها يمكن أن تعود إلى دائرة الأموال بطريق الإستيلاء فتصبح مناط حق ملكية.

ومما يدعم دوام حق الملكية وطبيعته كحق عيني أصلي أيضا أن سائر الحقوق العينية التبعية تنقضي (نهاية الرهن بخلاص القرض أو التنفيذ على الذمة المالية للمدين[[70]](#footnote-71)، إنقضاء حق الإنتفاع بموت المنتفع أو إنتهاء المدة[[71]](#footnote-72)) في مقابل دوام حق الملكية.

* عدم إنقضاء حق الملكية بعدم الإستعمال:

خلافا للتأمينات (الحقوق العينية التبعية) التي ترتبط وجوبا بطابع مؤقت فإنه لا أثر للإستعمال من عدمه على بقاء حق الملكية. وفي هذا الباب وجب التمييز بين صنفي العقارات:

في العقارات المسجلة فإن التسجيل يمثل ضمانة ناجعة للحفاظ على حق الملكية أما بالنسبة للعقارات غير المسجلة فإن عدم إستعمالها يمكن أن يفتح المجال لإمكانية تملكها من طرف الغير بطريق التحوز بها مع إستيفاء المدة المشترطة قانونا.

إلى جانب ذلك فإن جانبا من الفقه يطرح الإشكال المتعلق بنظام الملكية بالتناوب الذي يشكله "الإيواء السياحي بنظام إقتسام الوقت" وقد عرفه الفصل الثاني من القانون عدد 46 لسنة 1997 المؤرخ في 14 جويلية 1997 الذي يقتضي أنه " **يتمثل الإيواء السياحي بنظام إقتسام الوقت في الإنتفاع بحق الإقامة لمدة محددة في وحدة سياحية معدة لهذا الغرض طبقا لمقتضيات هذا القانون**". ولكن الإشكال المثار يبدو في غير طريقه طالما أن الأمر لا يتعلق بنظام ملكية إذ أورد الفصل الثالث من ذات القانون صراحة أنه "**يعتبر الإنتفاع بالإقامة بنظام إقتسام الوقت حقا شخصيا...**" وهو ما يخرجه بصريح النص عن دائرة الحقوق العينية.

**الـفــرع الثاني: نـــــطـــاق (مجال) حق الملكية**

يطرح إشكال تحديد مجال حق الملكية أساسا بالنسبة للعقارات. فعلى الخلاف من ذلك فإن المنقولات تتميز بإمكانية نقلها وإنفصالها عن غيرها من الأشياء بما يسمح مبدئيا[[72]](#footnote-73) بضبط حدودها المادية وتحديد نطاقها.

ويمثل الفصل 18 من م ح ع النص الأساسي بالنسبة لضبط نطاق ملكية العقارات فقد جاء به أن "**ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلا ما إستثناه القانون أو الإتفاق**".

وقد عبر جانب من الفقه عن هذا المجال بكونه يشمل السطح (سطح الأرض)، وما فوق السطح، وما تحت السطح.

وبذلك فإن تحديد مجال نطاق الملكية العقارية يستدعي العرض تباعا لعلو الأرض (**الفقرة الأولى**) وعمقها (**الفقرة الثانية**) مع الإستثناءات القانونية أو الإتفاقية التي يمكن أن تلحق كليهما.

**الفقرة الأولى: علوٌ الأرض: ما فوقها**

الأصل أن من ملك الأرض فهو يملك علوها (وعمقها)، والمقصود بعلوٌ الأرض سطحها وكل ما يمكن أن ينشئ فوقها. ومن تطبيقات ذلك ذلك ما أوردته قاعدة الفصل 34 م ح ع من أن "**البناءات أو المغروسات أو المنشآت على الأرض أو في باطنها تعتبر أن مالك الأرض قد أقامها على نفقته وأنها ملك له ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك**".

هذه القاعدة تفترض أن من يملك السطح هو من أنفق المال لغاية إحداث ما يوجد فوقه بما يجعله مالكا له. وقد قضت محكمة التعقيب أن هذه القرينة "*بسيطة يمكن دحضها بجميع وسائل الإثبات*"[[73]](#footnote-74).

في هذا التوجه إرتباط بالفكرة التقليدية القائمة على كون الأصل في العقارات هو الأرض بما يربطها بكل توابعها، ومنه يتأتى حق المالك في إقامة ما شاء من النبايات أو المغروسات فوق أرضه كما خوله القانون إمكانية إلزام الجار بقطع الأغصان التي تمتد إلى ملكه لأن في ذلك تعديا على عقه (أي المالك) في علوٌ أرضه. فقد أوردت الفقرة الأولى من الفصل 170 م ح ع أنه "**إذا إمتدت أغصان أشجار إلى ملك الجار فله إلزام صاحبها بقطعها إلى حد ملكه وما يسقط في أرضها من ثمرها بطبيعته فهو له**".

في المقابل تلحق شمول حق الملكية للعلوٌ عدة إستثناءات. أول هذه الإستثناءات يتعلق بقاعدة الفصل 191 م ح ع الذي منع من تاريخ دخول المجلة حيز النفاذ إنشاء حق الهواء. على أن قاعدة الفصل 573 من مجلة الإلتزامات والعقود تقتضي أنه "**يجوز بيع مقدار معلوم من الهواء فوق بناء وللمشتري أن يبني هناك إذا تعين نوع البناء وأبعاده لكن ليس للمشتري أن يبيع مما فوقه منه إلا برضى البائع الأول**". والملاحظ أن قانون إصدار مجلة الحقوق العينية ألغى صراحة جملة من القواعد المضمنة بمجلة الإلتزامات والعقود دون أن يعرض للفصل 573 المشار إليه. وبناء عليه يرى جانب من الفقه أنه يتوجب التمييز بين حق الهواء مطلقا وهو ممنوع بصريح النص وبين بيع على عقار مبني وهو ما يتيحه الفصل 573 م إ ع بشرط إمكان تعيين أبعاده، ونفاذ نص الفصل 573 يعفي من إعتماد التنصيص في بعض العقود على "علو بصدد البناء" في سعي لتجاوز المنع الوارد بالفصل 191 م ح ع[[74]](#footnote-75).

وأول الإستثناءات التي تحد من سلطة المالك على علوٌ عقاره تتعلق بوجوب إحترام المسافات عند الغرس أو البناء طبق ما ضبطته قاعدة الفصل 168 م ح ع إضافة إلى مسافة التراجع مع الجار وتجنب الإحداثات التي من شأنها أن تفضي إلى الإضرار بالجار كحالات الكشف أو التعدي عند إحداث النوافذ أو الكوٌات.

إلى جانب ذلك يمكن أن تتسلط على علوٌ الأرض حقوق إرتفاق تفرضها المصلحة العامة كتركيز خطوط الربط المتعلقة بالشبكة العمومية للإتصالات (الفصل 43 من مجلة الإتصالات) أو الأسلاك الكهربائية.

وتوجب أحكام الفصل 97 من مجلة الطيران المدني ضمان حرية الجولان في المجال الجوي إزالة الحواجز التي تشكل خطرا على الجولان الجوي.

إضافة إلى كل ما تقدم فإن حرية المالك في إستعمال العلو يجب أن تخضع للترتيب الإدارية التي تضبطها مجلة التهيئة الترابية والتعمير ويتعلق الأمر أساسا بمراعاة أمثلة التهيئة العمرانية التي تحدد تخصيص العقارات والعلو الواجب إحترامه في عدد الطوابق القابلة للبناء.

**الفقرة الثانية: العمق: ما تحت الأرض**

تمتد سلطات المالك طبق قاعدة الفصل 18 م ح ع إلى عمق ملكه بما يتيح له إستغلال ما تحت سطح الأرض. يجوز للمالك تبعا لذلك البناء تحت الأرض (الأقبية، الطوابق تحت الأرضية...) وحفر الآبار لإستخراج المياه أو إستخراج المواد (أتربة، رمل، حجارة) من عمق الأرض التي يملكها. وتضمن قاعدة الفصل 170 م ح ع في فقرته الثانية حماية هذا الحق من إعتداء الغير إذ جاء بها أنه "...**أما إذا إمتدت جذورها** (الأشجار) **إلى أرضه فله أن يقطعها بنفسه إلى حد ملكه**".

وكما هو الشأن بالنسبة للعلوٌ تلحق العمق أيضا إستثناءات تحدٌ من صلاحيات المالك وجوهرها أنه ليس كل ما تحت الأرض تابع لمالك العقار بما يتوافق أيضا مع الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية بتقييدها تحقيقا للمنفعة العامة.

يتعلق الأمر أولا بما يعتبره القانون مناجما فالفصل 7 من ملجة المناجم يقتضي أنه " **تعتبر المواد المعدنية المصنفة مناجما والموجودة على سطح الأرض أو بباطنها في كامل التراب الوطني وبال جال البحري التونسي تابعة للملك العمومي للدولة التونسية بوصفها ثروة وطنية**". وينطبق ذات الحكم القانوني على حقول المحروقات التي تعتبر ملكا عموميا للدولة وثروة وطنية تطبيقا لأحكام الفصل الرابع من مجلة المحروقات الذي يقتضي أنه "**تعتبر وجوبا حقول المحروقات الكامنة بباطن الأرض في كامل التراب الوطني وبالفضاءات البحرية التونسية بوصفها ثروة وطنية ملكا عموميا للدولة التونسية**".

وتقيٌد ملكية العمق أيضا في شأن العيون وطبقات الماء بباطن الأرض التي تتبع الملك العمومي للمياه طبق قاعدة الفصل الأول من مجلة المياه. ومن نتائج ذلك أن البحث عن المياه الباطنية من خلال حفر الآبار العميقة أو التنقيب يخضع لترخيص من وزير الفلاحة كلما تجاوز عمق البئر الخمسين مترا (على الخلاف من ذلك تعتبر بئرا سطحية لا تخضع للترخيص إذا كان العمق أقل من ذلك).

وتعتبر الآثار الموجودة في باطن الأرض ملكا للدولة لا لصاحب الأرض فقد جاء بالفصل 60 من مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفنون التقليدية[[75]](#footnote-76) أنه " **لا حق لمالك الأرض في القيام بحفريات فيها ولا حق له في المطالبة بملكية ما يمكن إكتشافه على أديمها أو في باطنها من مكتشفات أثرية كما ليس له الحق في التمتع بهذه المكتشفات**" وأوجب الفصل 61 من ذات المجلة في فقرته الثانية وجوب التحصيل على ترخيص مسبق من المصالح المختصة بالوزارة المكلفة بالتراث قبل القيام بالتنقيب في أرض على ملكه أو على ملك الغير لغاية التفتيش عن الآثار المنقولة أو الثابتة. ولا يُسند هذا الترخيص إلا للباحثين الأثريين المختصين والذين أثبتوا كفاءتهم وخبرتهم في الميدان.

آخر الإستثاءات التي تطال نطاق الملكية لعمق الأرض تتعلق بالكنز. فقد أورد الفصل 25 من م ح ع أن "**الكنز أو الشيء المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون ثلاثة أخماسه لمالك ما وُجد فيه ذلك الكنز أو ذلك الشيء وخمسه لمكتشفه والخمس الأخير للدولة**".

**الـفــرع الــثـالــث: أســبــــاب إكـــتـــســاب الــــــمـــــلــــكـــيـــــة**

أورد المشرع أسباب إكتساب الملكية في الفصل 22 م ح ع إذ إقتضى "**تُكتسب الملكية بالعقد والميراث والتقادم والإلتصاق ومفعول القانون وفي المنقول بالإستيلاء أيضا**".

وما يمكن أن نلاحظه في شأن القائمة الواردة بالفصل 22 المذكور:

* جمع المشرع بين التصرفات الإرادية (العقد) والوقائع القانونية (الميراث، التقادم، الإلتصاق، الإستيلاء).
* هناك من الأسباب ما يقتضي إنتقال ملكية ثابتة بين الأحياء (العقد) ويعتبرون في هذه الصورة خلفا خاصا وأسباب تفضي إلى إنتقال الملكية بين المتوفي وورثته (الميراث) وهم في هذه الصورة خلف عام للمورث (أي أن عناصر الذمة المالية لمورثهم هي موضوع الإنتقال[[76]](#footnote-77)).
* هناك من الأسباب ما يتعلق بإنتقال ملكية سابقة وثابتة ( من مالك أول إلى مالك ثان كما في صورة العقد أو الميراث) وأسباب منشئة للملكية بداية (التقادم).
* أورد الفصل 22 م ح ع "مفعول القانون" ضمن قائمة أسباب إكتساب الملكية والحال أن الأسباب جميعا لا ترتب أثرها إلا بموجب تخويل من القانون[[77]](#footnote-78). وبغض النظر عن هذا الرأي فإن "مفعول القانون" يمكن أن يفضي إلى إدراج أسباب أخرى بحسب إرادة المشرع وأبرزها الشفعة. ويمنك أن نضيف في هذا السياق أن توجه المشرع يمكن أن يؤثر في أسباب إكتساب الملكية بأحد وجهين: إما بواسطة توسيع دائرة الأشياء المعتبرة أموالا بإجازة تداولها بعد المنع (بما يتيح لاحقا تملكها ويتعلق الأمر أساسا بالمنقولات) أو بإضافة أسباب أخرى لإكتساب الملكية[[78]](#footnote-79)، مع الإقرار بأن إستقرار مادة الأموال وثبات مبادئها يحدٌ بصورة واضحة من هذه الفرضية.

ومع أن المشرع قد أورد جملة الأسباب المكسبة للملكية ضمن مجلة الحقوق العينية فإنه نظم في إطارها (أي هذه المجلة) الإستيلاء والإلتصاق والتقادم المكسب في حين تجد باقي الأسباب تنظيمها في مجلات أخرى أبرزها مجلة الإلتزامات والعقود (العقد) ومجلة الأحوال الشخصية (الميراث).

يعتمد أغلب الفقه تقسيما لأسباب إكتساب الملكية بين تلك المنشئة للملكية إبتداء وتلك الناقلة لها أو التمييز بين الأسباب الإرادية والأسباب غير الإرادية (الوقائع القانونية كالوفاة) أو بين إكتساب الملكية بالخلافة (عامة في حالة الورثة وخاصة بموجب العقد) وأسباب إكتساب الملكية بغير الخلافة (التقادم – الإلتصاق – مفعول القانون – الإستيلاء في المنقول). وسنعتمد في عرض هذه الأسباب هنا إلى تلك الناقلة لملكية ثابتة وسابقة (**الفقرة الأولى**) وتلك المنشئة للملكية إبتداء (**الفقرة الثانية**) مع إفراد أسباب متعلقة بالمنقول دون العقار (**الفقرة الثالثة**)[[79]](#footnote-80).

**الفقرة الأولى: الأسباب الناقلة لملكية ثابتة، سابقة**

تندرج في هذا الباب الأسباب الحالات التي تنتقل فيها ملكية من المالك الأول إلى خلفه الذي تؤول له الملكية. وقد يكون الخلف خاصا متى نشأ حقه العيني عن تصرف قانوني إرادي وخلف عام تؤول له (أو لهم) الملكية بناء على إنتقال جملة الحقوق والإلتزامات التي لمورثهم. وبناء عليه يتم التمييز بين التصرفات القانونية (**أ**) والميراث (**ب**).

1. **التصرفات القانونية**

تتعين الملاحظة أولا أن المشرع قد أورد ضمن قائمة الفصل 22 م ح ع "العقد" كأحد أسباب إكتساب الملكية، ولكن مقصد المشرع قد إتجه إلى جميع التصرفات الإرادية الناقلة للملكية. فإذا كان العقد هو "تلاقي إرادتين لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها وآثارها" فإن تصرفات قانونية أخرى تنبني على إرادة منفردة (لا تفترض تلاقي إرادتين أو أكثر وإنما تقوم على تصريح إنفرادي) يمكن أن تؤول إلى نفس الأثر القانوني أي إنتقال الملكية وأبرزها الوصية.

ورغم أن المشرع قد جعل من العقد، متى إستوفى شروطه القانونية، سببا لنقل الملكية فقد إرتأت محكمة التعقيب لفترة من الزمن أن عقد البيع لا يكفي في صورة النزاع بل لا بد أن "يدعم" العقد بحوز للمبيع[[80]](#footnote-81) وهو ما يشكل مخالفة لمقتضيات الفصل22. وقد تراجعت لاحقا عن هذا التوجه لتقرٌ صراحة أن "أسباب إكتساب الملكية هي أسباب مستقلة بعضها عن بعض فكل واحد منها يقوم بذاته وليس في حاجة إلى الإستقواء بسبب آخر لأان القانون لم يُوجب ذلك وعليه فإنه متى قام سبب في جانب شخص قامت له الملكية"[[81]](#footnote-82).

ومراجعة القانون التونسي تكشف وجود عدة تصرفات قانونية مفضية إلى إنتقال الملكية وتتمثل في:

1. **عقد البيع**

البيع كما يعرفه الفصل 564 من مجلة الإلتزامات والعقود هو "**عقد تنتقل به ملكية شيء أو حق من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به**". والأصل في عقد البيع كونه عقدا رضائيا أي لا يستدعي شكلية محددة. ولكن الإستثناءات المتعددة لهذا المبدأ تمس من هذه القاعدة التي تنطبق فقط على جزء من المنقولات.

ففي المنقولات التي تخضع لواجب التسجيل (العربات البرية، السفن) لا تنتقل ملكيتها إلى من خلال إبرام كتب بيع في شأنها وإدراجه بالسجل المعد لذلك[[82]](#footnote-83).

أما في شأن العقارات فيجب مراعاة قاعدة الفصل 581 من مجلة الإلتزامات والعقود التي تقتضي أنه" **إذا كان البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابت التاريخ قانون ولا يجوز الإحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة**". هاته القاعدة التي تنطبق على جميع البيوعات العقارية توجب أيضا مراعاة وجوبية الإدراج بالسجل العقاري بالنسبة للعقارات المسجلة لإنتقال الملكية (305 م ح ع). وما يستتبع ذلك قانونا أن إنتقال الملكية في العقارات المسجلة لا يرتبط بإبرام العقد ولا بتسجيله بالقباضة المالية (كما في صورة العقارات غير المسجلة) ولكن من تاريخ الترسيم بالسجل العقاري.

ويمكن أن يتم إرجاء إنتقال الملكية في صور متعددة ففي المنقولات التي تفترض إفراز المبيع طبق قاعدة الفصل 590 من مجلة الإلتزامات والعقود أو في صورة التعاقد على منقول يلتزم البائع بصناعته[[83]](#footnote-84). ويعرف التطبيق أنماطا من التصرفات الرامية إلى إرجاء إنتقال المكية في العقارات من ذلك "بنود الإحتفاظ بالملكية"[[84]](#footnote-85) ففي البيوعات مؤجلة الثمن يحتفظ البائع بالملكية ضمانا لخلاص الثمن ولا نتقل الملكية إلا بتمام الخلاص.

1. **الــــــــــمــــــــعــــــــــــاوضـــة**

عرٌف الفصل 718 من مجلة الإلتزامات والعقود المعاوضة بأنها "**العقد الذي يسلم بموجبه كل من المتعاقدين للآخر على وجه الملكية شيئا منقولا أو غير منقول أو حقا مجردا**". هذا العقد رضائي يقوم على تلاقي إرادتي الطرفين وينبني على تقابل في الإلتزامات المتقابلة محوره قيمة الأشياء المتبادلة فلا وجود لثمن في هذا العقد وإنما "تثمين" لقيمة الأملاك بين الطرفين. ويوجب الفصل 724 من مجلة الإلتزامات والعقود أن" **أحكام البيع تجري على المعاوضات بحسب ما يقتضيه نوع هذا العقد**". وبناء على الطابع الناقل للملكية في هذا العقد يلزم إحترام الشكليات والإجراءات التي أوجبها المشرع في شأن الأموال موضوع المعاوضة: إذا شملت المعاوضة عقارا وجبت الكتابة إضافة إلى التسجيل والترسيم إذا كان العقد يشمل عقارا أو عقارات مسجلة، وكذا إذا شمل منقولات خاضعة وجوبا لإجراء التسجيل.

1. **الــــهـــــــــــــــبــــــــــــــــــــــــــــة**

الهبة كما عرٌفها الفصل 718 من مجلة الأحوال الشخصية **"...عقد بمقتضاه يملٌك شخص آخر مالا بعوض**". والهبة بذلك عقد ناقل للملكية يخرج بموجبه المال من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له. وقد أوجب الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية أن "**لا تصحٌ الهبة إلا بحجة رسمية**"[[85]](#footnote-86) وبذلك بالهبة عقد شكلي بإمتياز وتُستثنى من هذه القاعدة المنقولات عدا تلك التي تخضع لوجوبية التسجيل فقد أضاف الفصل 204 أنه " **فيما يخص المنقولات المادية، فالهبة تصح بالمناولة مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالمنقولات المسجلة**".

وقد أكدت محكمة التعقيب هذا التوجه فقضت أن "عقد الهبة حسب منطوق الفصل 204 من م أ ش "*لايصح إلا بحجة رسمية..." وأن للرسمية معنيان عام وخاص. ويقصد بها في معناها العام تحرير السند من قبل مأمور عمومي. أما في معناها الخاص فينصرف إلى تحرير الكتب أو السند من قبل مأمور عمومي ويلزم السند الرسمي في عقد الهبة لإبرام العقد نفسه بمعنى وأن السند الرسمي يصبح شرط صحة لإبرام العقد نفسه لا مجرد إثباته..*."[[86]](#footnote-87).

ويتحقق إنتقال الملكية في الهبة من تاريخ التسليم عملا بقاعدة الفصل 201 التي تقتضي أن " **تتمٌ الهبة بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له والهبة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم وإن إجتهد الموهوب له في طلبه**".

وينتج عن الهبة إنتقال الملكية إلى الموهوب له بإعتباره خلفا خاصا للواهب فيحل محل الواهب في جميع ما له من الحقوق الوالدعاوى طبق ما إقتضته الفقرة الثانية من الفصل 207 من مجلة الأحوال الشخصية أنه " **إذا إستحق الشيء الموهوب حلٌ الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى**".

1. **الــــوصـــــــــــــيــــــــــــــــــــة**

"**الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة**" كذا عرٌف المشرع الوصية من خلال قاعدة الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية. وبما أن الوصية تصدر عن المُوصي وحده فإنها تمثل تصرفا أُحاديا (منفردا) من شأنه نقل الملكية من الموصي إلى الموصى له. ولترتيب هذا الأثر أوجب الفصل 176 من ذات المجلة أنه " **لا تثبت الوصية إلا بالحجة الرسمية أو بكتب محرر ومؤرخ وممضى من الموصي**".

وينجم عن الوصية إنتقال الملكية من تاريخ وفاة الموصي على أن يشمل هذا الإنتقال ما زاد في موضوع الوصية من زمن وفاة الموصي (الفصل 181 من مجلة الأحوال الشخصية).

1. **الــــمـغـــــــــــــارســـــــــــــــــــــــــــــة**

أورد الفصل 1461 من مجلة الإلتزامات والعقود أنه " **إذا كان موضوع الشركة أشجارا مثمرة أو نحوها من ذوات الدخل وتكلٌف الشريك العامل بغرسها في أرض شريكه على أن يكون له مناب شائع في الأرض والأشجار عند بلوغها إلى حد معلوم أو حد الإثمار سمي العقد عقد مغارسة. عقد المغارسة يحرر فيه رسم صحيح**".

والمغارسة هي إحدى أصناف شركات الفلاحة التي نظمها المشرع من خلال أحكام الفصول 1365 وما يليها من مجلة الإلتزامات والعقود. والرسم الصحيح المشترط لصحة عقد المغارسة هو " الكتب الرسمي المحرر بواسطة مأمور عمومي"[[87]](#footnote-88).

ويتضح الأثر الناقل للملكية لعقد المغارسة من خلال قاعدة الفصل 1421 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي جاء به أنه "**إذا أطعم الشجر أو بلغ الحدٌ المتفق عليه صارت الأرض والشجر ملكا شائعا بين صاحب الأرض والعامل على النسبة التي عينها العقد أو العرف فإن لم يكن في العقد شرط يتعلق بذلك جاز حينئذ لكل من الطرفين طلب القسمة**". وبذلك يعتبر عقد المغارسة من الأسباب المكسبة للملكية وهو ما أكدته محكمة التعقيب بقضائها أن "*عقد المغارسة وعملا بأحكام الفصلين 1416 و 1421 م إ ع هو عقد عند إبرامه يشكل مجرد إلتزام بالعمل في جانب المغارسي وهذا الأخير يصبح شريكا في الأرض والأشجار موضوع عقد المغارسة عند إنجاز العمل المتفق عليه وإطعام الشجر وبلوغه الحد المتفق عليه،*

*وحيث ترتيبا على ذلك فإن عقد المغارسة هو عقد مُكسب للملكية بشرط إنجاز العمل المتفق عليه حسب العقد*..."[[88]](#footnote-89).

1. **الــــمـســـــــــــــاهــــــــــــــــــــــــــــــمـــــــــــــــــــــــــــــة في رأس مال شركة**

من النادر أن يتوقف دارسو مادة قانون الأموال عند هذا التصرف القانوني رغم أنه يمثٌل دون أدنى شك سببا لإنتقال الملكية من المساهم إلى الشركة وهو بذلك يندرج في قائمة التصرفات القانونية التي تجسد سببا لإنتقال الملكية. وقد أورد الفصل 5 من مجلة الشركات التجارية أنه "**تكون المساهمات في الشركة نقدا أوعينا أو عملا...**" وأضاف الفصل 6 في فقرته الثانية أنه " **إذا كانت مساهمته عينا، فإن المساهم ضامن للشركة بنفس الشروط المحمولة على البائع ...**".

وتثبت المساهمة كتابة مع مراعاة الواجبات الخاصة بالعقارات المسجلة عملا بما إقتضاه الفصل الثالث من مجلة الشركات التجارية من أنه "**إذا كانت من بين المساهمات حصص عينية تتعلق بعقار مسجل يجب أن يحرٌر** (العقد التأسيسي) **طبقا للتشريع الجاري به العمل وإلا عدٌ باطلا**" والمقصود هنا مراعاة شروط الفصل 377 من م ح ع في شأن الكتائب المتعلقة بالعقارات المسجلة.

وإذا كانت الطبيعة الناقلة للملكية للمساهمة ليست محل خلاف فإن طبيعتها القانونية تختلف بحسب زمن تحققها: إذا قدٌمت المساهمة في فترة تأسيس الشركة فإنها تتخذ طابع التصرف المنفرد طالما أن الشركة لم تنشأ قانونا بما لا يمكنها معه أن تكون طرفا في عقد أما إذا تم تقديم المساهمة بمناسبة ترفيع في رأس مال الشركة ما يعني أن الشخصية القانونية للشركة قد نشأت فإن المساهمة تتخذ طابع العقد بين المساهم والشركة. وأيا تكن الطبيعة القانونية للمساهمة فإن الإلتزامات المحمولة على المساهم هي ذات الإلتزامات المحمولة على البائع.

وفي كل الحالات فإن المساهمة تمثل سببا ناقلا للملكية بمقابل لكن المساهم لا يتلقى ثمنا وإنما عددا من الحصص أو الأسهم في رأس المال مساويا لقيمة مساهمته العينية أو المالية.

1. **الواقعة القانونية سبب لإكتساب الملكية: الميراث**

الميراث قانونا هو إنتقال المال من الذمة المالية للمتوفي إلى الذمة المالية لشخص أو أشخاص (الورثة) على قيد الحياة بناء على تحقق واقعة قانونية هي واقعة الوفاة. ويتسلط الإنتقال في هذه الصورة على التركة التي تعرٌف بكونها جميع ما يتركه المورث بعد موته من أموال.

يعتبر الورثة في هذا الإطار خلفا عام للمتوفي ولكن تعدد النصوص القانونية التي تهتم بإنتقال الملكية بموجب الميراث تطرح إشكالات حول زمن إنتقال الملكية والمركز القانوني للورثة تجاه التحملات (الديون) التي قد تترافق مع وفاة المورث.

1. **خصائص إنتقال الملكية بموجب الميراث**

تنتقل الملكية بموجب الوفاة إلى الورثة جبريا أي بقوة القانون ورغم إرادة الأطراف. على الخلاف من ذلك أقر الشمرع الفرنسي لفائدة الورثة إمكانية رفض التركة[[89]](#footnote-90). ويستشفٌ هذا الأثر الفوري لإنتقال الملكية بتحقق الوفاة من خلال قاعدة الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء به أنه "**يُستحق الإرث بموت المورٌث ولو حكما وبتحقق حياة الوارث من بعده**".

ومن المهم أن الطابع الفوري للإنتقال يوجب الأخذ بعين الإعتبار للإجراءات المتعلقة بالعقارات المسجلة.

1. **إنتقال الديون إلى الورثة**

إن إعتبار الورثة خلفا عاما للمورث يقتضي مبدئيا تحمٌل الورثة بالإلتزامات (العنصر السلبي في الذمة المالية للموث) المحمولة على مورثهم (التركة) ذلك أن الذمة المالية لللمورث تنتقل بجميع عناصرها. يُضاف إلى ذلك أن الأموال (العناصر الإيجابية) تنتقل مُشاعة بين الورثة بحسب نصيب كل واحد منهم في الإرث.

يخضع هذا الإلتزام مبدئيا لقاعدة الفصل 241 م إ ع التي جاء بها أن " **الإلتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الإلتزام بمقتضى العقد أو القانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم.**

**فإن إمتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحينئذ لا يسع أصحاب الدين إلا تتبع مخلف المدين**". ولكن نصوصا قانونية أخرى أدخلت إضطرابا في المواقف حول زمن إنتقال الملكية من ناحية وحول رفض الورثة للتركة.

فعلاوة على قاعدة الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية أورد الفصل 553 من مجلة الإلتزامات والعقود أنه "**الدائن يقدٌم على الوارث ولا إرث إلا بعد سداد الدين**" إلى جانب أحكام الفصلين 59 و 123 من مجلة الحقوق العينية.

وقد خلص الفقه الغالب إلى فورية إنتقال التركة إلى الورثة محملة بما عليها من إلتزامات ومؤدى ذلك أن تدخل الأموال الموروثة في الذمم المالية للورثة على قدر نسبة إستحقاق كل وارث ويكونون مسؤولين عن خلاص ديون مورثهم في حدود تلك النسبة من الأموال المورثة. فالخلافة حينية بالنسبة للورثة تطبيقا لقاعدة الفصل 85 م أ ش وأما قاعدة الفصل 553 م إ ع فإمها تتعلق بترتيب الأداء بين المستحقين فيسبق دائنو المورث الورثة حال ترتيب الديون لغاية توزيع أموال التركة.

ومما يدعم هذا الرأي أن الأموال لا يمكن أن توجد إلا في إرتباط بذمة مالية لشخص قانوني وبإنتهاء الشخصية القانونية للمورث بموجب الوفاة فإن أموال التركة تدخل في الذمم المالية للورثة لتبقى على طبيعتها كأموال.

وقد سبق التعرض ألى ما رآه جانب من "الفقه التونسي" شأن هذه المسألة ربطا بمفهوم الذمة المالية. ذلك أن بعضهم [[90]](#footnote-91) يرى في وضعية التركة قبل سداد ديونها الأساس لتأكيد وجود ذمة التخصيص في القانون التونسي إنطلاقا من القاعدة المستمدة من الفقه الإسلامي "لا تركة إلا بعد سداد الديون" المكرسة من خلال قاعدة الفصل 553 من مجلة الإلتزامات والعقود وبالرجوع لقاعدة الفصل 87 من مجلة الأحوال الشخصية لدعم ذات المبدأ الذي يجعل من الميراث آخر ما يؤدٌى من التركة[[91]](#footnote-92). ولمٌا كانت القاعدة أنه "**يستحق الإرث بموت المورٌث ولو حكما وبتحقق حياة الوارث من بعده**"[[92]](#footnote-93) فإن أول الآثار أنه لا يمكن ربط وجود مجموعة الأموال المورٌثة بشخص المتوفي وأما اختلاطها بذمة الوارث فيتحدٌد على ضوء طبيعة التركة: إذا لم تكن التركة مدينة دخلت في ذمة الوارث وإختلطت بمكاسبه إعمالا لقاعدة عدم التجزئة وأما "ذمة التخصيص" فتفترض لنشأتها تركة مدينة. في هذه الصورة، تخصٌص أموال التركة لغاية الإيفاء بديون التركة وهو ما يجعل منها "ذمة مؤقتة هدفها خلاص دائني المورث"[[93]](#footnote-94).

وعلى خلاف ذلك يرفض جانب من الفقه[[94]](#footnote-95) "ذمة التخصيص" ويرى إمكانية إعتبار عناصر التركة باقية في ذمة المورٌث بناء على إفتراض قانوني مفاده تواصل الشخصية القانونية للمورث في حدود تصفية التركة. ولكن هذا التوجه يجابه أساسا بغياب نص قانوني يقرٌ مبدأ مواصلة الورثة لشخصية مورثهم[[95]](#footnote-96) بما يجعل موقف القانون التونسي أقرب إلى "أحكام الفقه الإسلامي التي تقرٌ مبدأ إستقلال شخصية الورثة عن شخص المورث وتجعل من التركة المسؤولة الوحيدة عن ديون صاحبها"[[96]](#footnote-97).

وعلى هذا النحو فإن أموال التركة تشكٌل مجموعة قانونية مستقلٌة من الأموال معدة لخلاص الخصوم المتعلقة بالتركة. ويتدعم هذا الموقف بصورة واضحة من خلال قاعدة الفصل 241 من مجلة الإلتزامات والعقود. ويخلص مما تقدم في نظر المدافعين عن هذه الفكرة أن المشرع قد جعل من أصول التركة ذمة تخصيص تجمع بين الإيجابي من العناصر والسلبي منها (الديون) دون أن ترتبط بالذمة المالية للوارث.

على أن هذا التوجه يتعارض مع مقتضيات النصوص وتوجه المشرع في إنكار ذمة التخصيص وإشتراط الأساس القانوني للإقرار بالشخصية القانونية.

ومن النقاط القانونية التي تطرح في هذا الباب الإمكانية المتاحة للورثة في رفض التركة. العمل بأثر الإنتقال الفوري للتركة يمنع الورثة من رفض التركة إبتداء إذ لا يمكنهم التصرف فيما لم يصبح قانونا ملكا لهم (التخلي عن مال لم يدخل في ذمتهم المالية) ولكن يجوز لهم التنازل عن التركة وهو ما يبقي على حق الدائنين في تتبع أموال التركة لغاية خلاص ديونهم.

وقد قضت محكمة التعقيب في هذا الإطار أنه " *يُلزم الورثة بدين مورثهم وتنتقل إليهم تبعات التركة ما لم يمتنعوا عن قبولها. والإمتناع عن قبول التركة لا يتم بمجرد الإدلاء للمحكمة بكتائب سواء كانت خطية أو بالحجة العادلة بل بتصريح للقباضة المالية قياسا على ما يقتضيه التصريح بالتركة تطبيقا لأحكام الفصل 7 من ملجة التسجيل والطابع الجبائي*"[[97]](#footnote-98).

**الفقرة الثانية: أسباب إكتساب الملكية إبتداء**

خلافا للصور السابقة التي تتلخص في إنتقال ملكية ثابتة من مالك إلى آخر فإن قائمة الفصل 22 م ح قد إنطوت على أسباب من شأنها "خلق" الملكية إبتداء أي إنشاء هذا الحق لأول مرة. وتتمثل هذه الأسباب من ضمن تلك الواردة بقائمة الفصل 22 في التقادم (أ) والإلتصاق (ب) ومفعول القانون (ج).

1. **الــــــــتــــقــــــادم**

لمرور الزمن، التقادم، أثره في المادة القانونية سواء في ما تعلق بالحقوق أو الدعاوى[[98]](#footnote-99): قد يكون الأثر سلبيا تسقط به الدعوى أو إيجابيا ينشأ عنه حق جديد. هذه الصورة الثانية أي المنشئة لحق جديد (الملكية) هي التي تنطبق على التقادم.

ويمثل التقادم المُكسب مؤسسة تستمد جذورها من القانون الروماني وتلقى تطبيقات لها في عديد الأنظمة القانونية. وتُستعمل مفردات متعددة كالحوز أو الحيازة أو التقادم المكسب تعبيرا عن ذات المؤسسة.

وقد إعتمد المشرع هذه المؤسسة من خلال قاعدة الفصل 45 م ح ع التي جاء بها أن "**من حاز عقارا أو حقا عينيا على عقار مدة خمسة عشر عاما بصفة مالك حوزا بدون شغب مشاهدا مستمرا بدون إنقطاع ولا إلتباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني العقاري بطريق التقادم...**".

والتقادم كسبب لإكتساب الملكية يجد له مجالا محددا يتلخص في العقارات غير المسجلة دون غيرها. فالعقارات المسجلة مستثناة من هذا المجال عملا بقاعدة الفصل 307 م ح ع التي تقتضي أنه " **لا يسري التقادم على الحق المرسم. وليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طالت مدته**" كما لا يمتد التقادم إلى الأملاك العمومية. وأما الأموال المنقولة فلا حاجة فيها لمرور الزمن طالما أن المبدا هو ما إقتضته قاعدة الفصل 53 م ح ع أن "**من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات شبهة حُمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته**".

1. **شروط الحوز**

حتى تُكتسب الملكية بالتقادم يجب قيام حوز يستجيب لجملة من الشروط القانونية ثم مرور المدة المفترضة قانونا لتحقق الأثر المنشئ للملكية.

* قيام الحوز:

عرٌف الفصل 38 م ح ع الحوز بأنه " **سيطرة فعلية لشخص بنفسه أو بواسطة على حق أو شيء**". وبذلك فالحوز مسألة واقعية لا قانونية ومع ذلك فإنها يمكن أن ترتٌب آثارا قانونية متى إستجمعت شروطها.

وتُظهر شروط الحوز ان المشرع التونسي قد إعتنق النظرية الشخصية[[99]](#footnote-100) للحوز التي تستوجب عنصرا ماديا وآخر معنوي للحوز. فإذا كان الفصل 38 من م ح ع لم يُشر إلى العنصر المعنوي فإن هذا الجانب النفسي حاضر في قاعدة الفصل 45 الذي شترط صراحة أن يتم الحوز "**بصفة مالك**" كما أن قاعدة الفصل 54 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية قد جعلت أحد شروط قبول الدعوى الحوزية "..**إذا كان الحوز مستمرا بدون إلتباس ولا إنقطاع ولا شغب مشاهدا بصفة مالك**".

والعنصر المادي يفترض سيطرة فعلية على الحق أو الشيء من طرف الحائر كما يمكن أن تتحقق السيطرة بواسطة الغير. وتتجسد هذه السيطرة من خلال القيام بجميع الأعمال المادية المرتبطة بموضوع الحوز كإستعماله وإستغلاله والعناية به من ذلك إستغلال الأرض بطريق الحرث أو الرعي...

أما العنصر المعنوي (النفسي) فجوهره إنصراف وإتجاه نية الحائز إلى تملٌك الشيء الذي يخضع لسيطرته الواقعية. وبإعتبار هذا العنصر داخليا يصعب التثبت منه فإن وسيلة الجزم في شأنه تقوم على القرائن الخارجية دعما أو دحضا له.

من وجهة أولى يفترض هذا العنصر النفسي غياب الشبهة في سيطرة الحائز على العقار أي أن كل من يتصرف في العقار بناء على علاقة تسويغية أو على تخويل (سماح) من المالك تنتفي عنه نية التملك.

من ناحية وبإعتماد ما يصدر خارجيا عن الحائز تتوصل المحاكم في إطار سلطتها التقديرية إلى إستخلاص توفر هذا العنصر فقد قضت محكم التعقيب أن " ا*لفصل 45 من م ح ع يقتضي أن تكون الحيازة قائمة على عنصريها المادي والأدبي وخاليةمن العيوب ومستكملة لمدتها المشروطة قانون فيكون على المحكمة أن تبحث في نطاق ما خوله لها الفصل 86 من م م م ت في توفر شروط كسب الملكية بالتقادم ...*"[[100]](#footnote-101).

في هذا الإطار تمثٌل السيطرة المادية قرينة على توفر نية التملك وتجسم الأعمال المادية الصادرة عنه (أي الحائز) هذه الإرادة وقد قضت محكمة التعقيب أن "*صفة المالك هي أن يتصرف الحائز في العقار تصرف المالك في ملكه ينسبه لنفسه وينسبه الناس إليه*".[[101]](#footnote-102) ويجوز إعتماد شهادة الشهود لإثبات هذا العنصر النفسي إذ " *أن المراد بصفة المالك الواردة بالفصل 45 من مجلة الحقوق العينية هي أن يشهد الشهود بأن الحائز يتصرف في عقار أو حق عيني على عقار تصرف المالك في ملكه...*"[[102]](#footnote-103). ويبدو هذا التوجه سليما ضرورة أن الإثبات المادي المباشر للعنصر المعنوي بما يتوقف معه الأمر عند إشتراط العنصر المادي (السيطرة) في تطبيق لفحوى القرينة القضائية: يستنتج الأمر المجهول (العنصر النفسي) من الواقعة المعلومة الثابتة (السيطرة الفعلية).

ويقتضي الفصل 41 م ح ع أنه "**يبقى الحوز بالصفة التي بدأ بها وقت كسبه ما لم يقم الدليل على عكس ذلك**".

* خصائص الحوز:

لغاية ترتيب أثره القانوني المتمثل في إكتساب الملكية يجب ألا يكون الحوز مشوبا بأحد العيوب. وتُستخلص هاته العيوب من خلال قراءة عكسية لقاعدة الفصل 45 م ح ع. وتتمثل هذه العيوب تباعا في:

* الإكراه: طالما إشترط المشرع أن يكون الحوز هادئا فإنه يتٌسم بالتعيٌب إذا كان قائما على الإكراه ومن صور ذلك أن يستعمل الحائز القوة أو الغصب أو العنف أو التهديد. ويمكن أن يكون الإكراه ماديا أو معنويا. ومن المفيد الإشارة إلى أن المشرع قد عرٌف الإكراه في الفصل 50 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي إقتضى أن " **الإكراه هو إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا لم يرتضه**" وإستثنت قاعدة الفصل 51 الموالية التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو غير ذلك من الطرق القانونية من دائرة الأفعال المكونة للإكراه.
* عيب الخفاء: أوجب الفصل 45 م ح ع أن يكون الحوز مشاهدا ومعنى ذلك أن يكون ظاهرا وعلنيا وبذلك لا يعتدٌ بالحوز إذا تمت ممارسته في الخفاء أو كان مستترا. فتصرف الحائز بذات صلاحيات المالك يفترض قيامه بسائر الأعمال المادية اللزمة بشكل ظاهر وهذا الطابع العلني هو الذي يقيم الحجة لاحقا على المالك بفقدان ملكيته طالما أنه كان بإمكانه معارضة الحائز وحماية ملكه. إلى كل ذلك يبدو من الصعب واقعا أن تتحقق الحيازة في العقارات بصورة خفية.
* عيب الإنقطاع: يشترط الفصل 45 في الحوز أن يكون مستمرا. فالحائز مطالب بالسيطرة المادية على الشيء وإن بواسطة بنية تملكه بصورة مستمرة بدون إنقطاع. من ذلك أن يقوم بالأعمال المادية المتعلقة بالعقار بإسترسال بإستعمال العقار في أوقاته المعتادة كمواقيت الحرث والبذر والحصاد في المواقيت المعتادة. وعلى العكس تنقطع حيازته بتوقفه عن مواصلة هاته الأعمال.

وجدير بالتدقيق أن المشرع أباح للخلف ضم حوز سلفه إذ يقتضي الفصل 40 م ح ع أنه " **للحائز أن يضمٌ إلى حوزه حوز ما إنجرٌ منه الحق بجميع صفاته**"، ومن صور ذلك أن يضم المشتري إلى حوزه الحوز السابق من البائه أو أن يضيف الوارث حوزه إلى حوز مورثه.

* عيب الإلتباس: يمنع الفصل 45 أن يكون الحوز ملتبسا ويستتبع ذلك ان الحائز يتصرف بوضوح بنية التملك والإستئثار بالعقار. و على الخلاف من ذلك يكون الحوز ملتبسا بمعنى مشوبا بالغموض والخلط متى أصبح الحوز محل شك كما في الصورة التي يتحوز فيها الحائز بشيء مشترك متداول بين أطراف عدة بما تلتبس فيه طريقة تصرفه إن كانت واقعة لخاصة نفسه بنية التملك او داخلة في إطار الإستغلال لحساب الغير.

وتجدر الملاحظة في هذا الباب أن إعتماد القاعدة الواردة بالفقرة الثانية من الفصل 45 م ح ع التي تقتضي أن "**الحوز المعيب لا تأثير له إلا من وقت زوال العيب**" يفضي إلى التأكيد أن سائر العيوب التي يمكن أن تعتري الحوز هي عيوب مؤقتة ينتهي أثرها بزوالها ليسترد الحوز مفعوله القانوني كسبب لإكتساب الملكية.

* مدة الحوز:

المدة هي الفترة الزمنية التي وضعها المشرع لغاية إنشاء الحوز كوضعية قانونية للأثر المكسب للملكية بشرط إستجماعه للشروط المنصوص عليها بالفصل 45 جميعا.

وتتعين الملاحظة بداية أن إحتساب الآجال يخضع لقاعدة الفصل 51 م ح ع الذي إقتضى أنه "**تسري قواعد سقوط الدعوى بمرور الزمان المنصوص عليها بمجلة الإلتزامات والعقود على التقادم المكسب فيما يخص حساب المدة وتعليق التقادم والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه**".

في هذا الإطار جعل المشرع من المدة الأصلية خمسة عشر عاما[[103]](#footnote-104) وهو ما ينهض من خلال قاعدة الفصل 45 م ح ع.

ويمكن أن تنخفض هذم المدة إلى عشرة أعوام إذ إقتضى الفصل 46 م ح ع أن "**مدة التقادم تخفٌض إلى عشر سنوات إذا إنجر الحوز بحسن نية وبمقتضى عمل قانوني من شأنه أن تنتقل به الملكية لو صدر ممن له الحق**".

فحسن النية يمثل قرينة قانونية بسيطة أرساها الفصل 558 من مجلة الإلتزامات والعقود بما يجعلها مفترضة في كل شخص. وأما العمل القانوني الذي من شأنه نقل الملكية فالمقصود به كل التصرفات القانونية التي تفضي إلى تحقق هذا الأثر والقائمة على تعبير عن الإرادة كما في صور عقد البيع أو الهبة. ومن صور ذلك أن تؤول الملكية إلى المشتري (الحائز) بناء على عقد بيع صادر عن شخص بصفة بائع ولكن لا تتوفر فيه صفة المالك فالحائز بحسن نية بناء على عقد بيع لملك الغير معتقدا أنه يتعامل مع المالك الحقيقي يمكن أن يستفيد من المدة المخفضة إلى عشر سنوات لغاية إستحقاق العقار بموجب التقادم.

وعلى العكس من ذلك ترفٌع المدة إلى ثلاثين سنة في صورة الفصل 47 م ح ع الذي ورد به أنه " **تُرفع مدة التقادم إلى ثلاثين عاما فيما بين الورثة والشركاء**".

وفي كل الأحوال لا يرتٌب التقادم أثره القانوني إلا متى تمت المطالبة به من طرف من يدعيه فلا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه[[104]](#footnote-105) إذ جاء بالفصل 385 من مجلة الإلتزامات والعقود أن "**سقوط الدعوى بمرور الزمان لا يقوم بنفسه با يحتج به من له مصلحة فيه**".

ويخضع أجل التقادم لإمكانية التعليق (suspension) إذا تعلق بحقوق القاصرين (الفصل 392 من م إ ع) أو في علاقة الوالدين وأولادهما (الفصل 391 م إ ع). كما خول الفصل 393 خامسا م إ ع تعليق أجل السقوط إذا كان للمالك الحقيقي عذر أعاقه عن القيام بحقوقه أثناء مدة سريان أجل التقادم[[105]](#footnote-106).

ويكون من نتائج التعليق توقف إحتساب المدة طيلة إمتداد سبق التعليق على أن ستم العودة إلى الإحتساب بعد إنتهاء السبب ويتم إحتساب المدة السابقة للقطع وضمها للفترة اللاحقة لغاية التوصل إلى المدة المشترطة قانونا.

وينقطع (interruption) أجل التقادم لسببين أوردهما الفصل 52 م ح ع: يتعلق الأول بالقيام لدى المحكمة المختصة ومعنى ذلك قيام صاحب الحق الأصلي بمنازعة الحائز أما المحكمة المختصة للمطالبة بحقه والسبب الثاني إقرار الحائز بحق من كان التقادم جاريا ضده أي إعتراف الحائز بإفتقاده لصفة المالك قانونا بما يعيد الحق العيني إلى صاحبه الأصلي. وينجم عن الإنقطاع إنهاء كل أثر قانوني للمدة السابقة من الحوز.

ولا يجوز أن يفضي التقادم إلى إكتساب الملكية إلا بتوفر شروطه وإنقضاء المدة المشترطة قانونا دون تعليق أو إنقطاع.

1. **الآثار القانونية للتقادم**

لا خلاف في كون التقادم، بتحقق شروطه، سببا في إكتساب الملكية كما أورده الفصل 22 م ح ع. على أن التقادم ينشئ لفائدة الحائز ملكية جديدة بما يجعله مالكا ويسقط الحق العيني للمالك القديم عملا بما إقتضاه الفصل 50 م ح ع من أنه "**تسقط دعوى المطالبة بالملكية بحصول التقادم المكسب**".

فنشأة حق الملكية الجديدة، بما برٌر إعتبار التقادم (إلى جانب الإلتصاق) من أسباب إكتساب الملكية إبتداء، ينهي الملكية القديمة ولا يواصلها كما هو الأمر حين يخلف المالك الجديد المالك القديم بأحد أوجه إنتقال الملكية السابقة.

وثبوت الملكية للحائز يقتضي إعتماد صفته كمالك منذ بداية الحوز لا عند تاريخ إكتمال المدة المشترطة قانونا. ويكون من نتائج ذلك أن الحائز يعتبر مالكا لثمار العقار منذ بدء الحوز ولو كان سيء النية كما أن جميع الحقوق العينية التي أنشأها الحائز على العقار تعتبر صحيحة بعد بداية حوزه كما ان الحقوق العينية التي قد يكون المالك وظفها على العقار تزول وتتطهر منها الملكية طالما أن الحائز يكتسب بموجب التقادم ملكية جديدة ترجع إلى بداية سريان مدة التقادم[[106]](#footnote-107).

ومن الطبيعي أن كل شخص آلت له الملكية بموجب التقادم يمارس سائر الصلاحيات المخولة له قانوني كمالك تطبيقا لقاعدة الفصل 17 م ح ع.

1. **الإلـــتــصــــاق**

الإلتصاق، طبق قاعدة الفصل 22، سبب مُكسب للملكية ويُطلق عليه في نُظم قانونية أخرى الإتٌصال أو الإلحاق. والإلتصاق يُكسب ملكية جديدة إبتداء طالما أنها تنشأ تبعا لتحقق حالة الإلتصاق في إحدى صورها الواردة بمجلة الحقوق العينية.

في هذا الصدد يقتضي نصٌ الفصل 27 م ح ع أن "**ما أُضيف إلى عقار أو منقول وإتصل به كان ملكا لصاحب الأصل بطريق الإلتصاق**".

من خلال عبارة الفصل 25 فإن المشرٌع يمدٌ أثر الإلتصاق إلى العقار والمنقول على السواء. ويمكن أن يتحقق إلتصاق المنقول بمنقول في عدة صور: ضمٌ وإتحاد منقولين مع إمكانية الفصل بينهما (الصورة التي توضع في إطار أو الحجر الكريم في العقد) أو الخلط بين منقولين بما لا يتيح لاحقا الفصل بينهما (خلط زيت ذرة مع زيت زيتون أو خلط نوعين من الطحين) أو دمج منقولين بما يؤدي إلى تولٌد شيء جديد (تحويل قطعتي خشب لإنتاج قطعة أثاث).

والملاحظ في هذا الباب أن هذه الصور غير ذات أهمية تطبيقية[[107]](#footnote-108) وذلك إنطلاقا من قاعدة "الحوز في المنقول سند الملكية" فالمنقول ملك للحائز له بصرف النظر عن تركيبته.

ولعل ذلك ما يتضح من خلال موقف المشرع الذي لم ينظم صور إلتصاق المنقولات في ما بينها مكتفيا بصورتين للإلتصاق : إلتصاق عقار بعقار وإلتصاق منقول بعقار.

هاته الصور يمكن أن تتحقق بفعل الطبيعة دون تدخل للإنسان فهو إلتصاق طبيعي (1) وقد يتحقٌق بناء على تدخل من الإنسان أي بفعله (2) وهو التقسيم الذي إعتمدته م ح ع في تنظيم قسمي الإلتصاق ضمن الفصول 28 وما يليها.

1. **الإلتصاق الطبيعي:**

أوردت الفصول 28 إلى 33 م ح ع أربع صور للإلتصاق الطبيعي. وقد قسٌمها الفقه إلى إلتصاق مادي أو غير مادي (حالة الفصل 33) لكننا سنعرض لها تباعا كما جاءت بمجلة الحقوق العينية"

* صورة الفصل 28 م ح ع: تراكم التراب والرواسب:

يطلق الفقه على هذه الصورة "الطمي". عملا بأحكام الفصل 28 م ح ع يكتسب مالك الأرض المجاورة لأحد الأودية أو الأنهار بالإلتصاق ملكية التراب والرواسب المجروفة التي تتجمع بطريقة تدريجية غير محسوسة على أرضه بفعل المياه ودون تدخل من الإنسان.

ويُشترط لتحقق إكتساب ملكية الأرض بفعل تراكم الطمي عدة شروط:

* يجب أن يتجمع التراب والرواسب المجروفة بطريقة طبيعية غير محسوسة على أرض مجاورة لأحد الأنهار أو الأودية.
* يجب أن يتحقق تراكم الطمي بفعل مياه النهر ولا يجوز أن يكون بسبب أعمال قام بها المالك بقصد ترسيب مياه النهر للإسراع في عملية تراكم الطمي كأن يضع أحجارا أو أخشابا في مجرى النهر تساعد على تجمع الطمي.
* يجب أن تكون الأرض المتكونة من الطمي قد إلتصقت إلتصاقا حقيقيا وتاما بالأرض المجاورة للنهر.

إذا توفرت هذه الشروط يمتلك صاحب الأرض المجاورة لضفة النهر ملكية الأرض المتكونة من تراكم الطمي بطريق الإلتصاق. وهو يكتسبها دون دفع أي مقابل أو تعويض للمالك السابق. ولكن في كل الأحوال يجب الإبقاء على طريق يمثل ضفافا للوادي أو النهر إذ يقتضي الفصل الأول من مجلة المياه أنه " **تتبع الملك العمومي للمياه: - مجاري المياه على إختلاف أنواعها والأراضي الداخلة في ضفافها الحرة.....**".

* صورة الفصل 29 م ح ع: تحول الأرض عن موقعها بسبب حادث وقع بقوة قاهرة:

عملا بأحكام الفصل 29 م ح ع، إذا تحوٌلت ضفٌة نهر من مكانها إلى أرض منخفضة عنها بسبب حادث وقع بقوة قاهرة (كالفيضانات وغير ذلك) يمكن لمالك الأرض المطالبة بها في أثناء السنة الموالية للحادث إذا كان من الممكن معرفتها. وتؤول ملكية هذه الأرض بالإلتصاق إلى صاحب الأرض الملتصقة بأرضه إذا لم يقم مالكها بالمطالبة بها في أثناء السنة الموالية للحادث. أما إذا لم يضع مالك الأرض المتحول إليها يده على الأرض المنتقلة. فلا يسقط حق المالك في المطالبة بأرضه بعد فوات أجل السنة لأن في إمتناع مالك الأرض إقرارا بملكية الغير لها.

ويُشترط لإكتساب الملكية بحكم الإلتصاق في هذه الصورة توفر ثلاثة شروط:

* تحوٌل الأرض من مكانها إلى أرض أخرى أوطأ منها بسبب حادث وقع بقوة قاهرة ( فيضان، زلزال، هزة أرضية، إنزلاق أرضي...).
* عدم المطالبة بالأرض المتحولة في أثناء السنة الموالية للحادث. يجيز الفصل 29 م ح ع لمالك الأرض المتحولة من مكانها حق المطالبة بها وإستردادها في بحر سنة من ذلك التحول إن أمكن التعرف على تلك الأرض، ويسقط حقه في المطالبة بذلك بمجرد إنقضاء تلك المدة.
* وضع اليد على الأرض من قبل صاحب الأرض المتحوٌل إليها أي السيطرة الفعلية على ذلك الجزء المضاف أو الملتصق بنية إمتلاكه.

ويترتب على توفر هذه الشروط إكتساب ملكية الأرض المتحولة من مكانها من قبل صاحب الأرض المتحول إليها. وإكتساب الملكية بموجب الإلتصاق في هذه الصورة يتم دون دفع أي تعويض للمالك السابق للأرض المتحولة.

* صورة الفصول 30-31 – 32 م ح ع: إنحسار المياه أو تحول وادي عن مجراه الأصلي

يقتضي الفصل 30 م ح ع أن الأملاك الخاصة التي غمرتها مياه البحر أو البحيرات أو الغدران أو المستنقعات تعود إلى أصحابها إذا إنحسرت عنها تلك المياه. وبالتالي فإن الشمره لم يعتبر هذه الأملاك جزء من الملك العام حين تغمرها المياه وهو ما يسمح بإستعادة ملكيتها .

وعلى العكس من ذلك (صورة الفصل 31) فإن تحول مجرى الوادي يؤدي إلى إدماج المجرى الجديد في الملك العام فقد جاء بالفقرة الأول من الفصل 7 من مجلة المياه أنه " **في صورة تحول مجرى الوادي سواء لأسباب طبيعية أو غي طبيعية فإن المجرى الجديد للوادي مع الضفاف الحرة التي يشتمل عليها تدمج في الملك العمومي للمياه**".

وفي المقابل يمكن لأصحاب العقارات المجاورة إكتساب ملكية المجرى القديم بالإلتصاق كل واحد في المساحة الممتدة أمام أرضه لغاية خط يُفترض وقوعه في وسط الوادي. ويكون تملك هؤلاء مقابل ثمن يتم تعيينه بواسطة خبراء يعينهم رئيس المحكمة التي يوجد بدائرتها العقار بطلب من والي الجهة. وإذا لم أصحاب العقارات المجاورة في إكتساب الملكية بالثمن المعين في أجل ثلاثة أشهر يتم بيع المجرى القديم حسب الإجراءات المقررة لأملك الدولة.

وما يتحصل من بيع المجرى القديم يتم توزيعه على أصحاب الأراضي التي يشغلها المجرى الجديد بعنوان تعويض كل حسب نسبة قيمة الأرض التي خسرها.

وفي الصورة التي ينظمها الفصل 32 م ح ع فإن تغير مجرى الوادي في شكل تفرٌع بما يؤدي إلى تكوٌن جزيرة فإن الأرض التي يحيط بها مجرى الوادي من كل الجوانب تبقى لمالكها.

* صورة الفصل 33 م ح ع: إنتقال بعض الحيوانات من محل إلى آخر

يقتضي الفصل 33 م ح ع أن " **حمام البُروج[[108]](#footnote-109) وأرانب الأوجرة وسمك البرك إذا إنتقلت من نفسها وبدون تحيٌل أو تغرير في إستجلابها إلى محل آخر تصير ملكا لصاحب هذا الأخير**".

ويُشترط لتطبيق أحكام هذا الفصل توفر شرطين أساسيين أولهما أن تنتقل هذه الحيوانات تلقائيا (من نفسها) إلى محل آخر غير الذي كانت فيه وذلك دون أن يتحيل صاحب العقار أو أي شخص آخر في إستجلابها أو في تنفيرها من العقار السابق. والشرط الثاني أن تستقر في المكان الجديد.

وترتيبا على ذلك جعل نص الفصل 33 إنتقالها إلى عقار آخر بصفة طبيعية سببا لإنتقال ملكيتها إلى صاحب ذلك العقار بشرط أن لا يحتال لإستجلابها. وهذه الأحكام تسري على النحل ولكنها لا تشمل الحيوانات والطيور الداجنة التي تظل ملكا لصاحبها حتى بعد أن تغادر مكانها الأصلي فقد إقتضى الفصل 572 من مجلة الإلتزامات والعقود في فقرته الثانية أنه "**ما كان على ملك صاحبه ولم يكن في قبضته وقتيا جاز بيعه كالحيوانات الداجنة التي من عادتها الرجوع إلى أصحابها**".

وبتفر الشرطين المشار إليهما (الإنتقال والإستقرار) يتحقق أثر الإلتصاق وهو إكتساب الملكية من قبل صاحب العقار الذي تم إنتقال الحيوان إليه، ولا يدفع هذا الأخير أي مقابل للمالك السابق للحيوانات.

1. **الإلتصاق الصناعي**

إن الأصل هو أن المالك يُحدث ما شاء من المنشآت أو المغروسات على أرضه وبمواد هي أيضا على ملكه. في هذع الصورة تتحقق له ملكيته للإحداثات تبعا لملكيته للأرض المقامة عليها وهو ما أسس لقرينة الفصل 34 م ح ع الذي يقتضي أن "**البناءات أو المغروسات أو المنشآت على الأرض أو في باطنها تعتبر أن مالك الأرض قد أقامها على نفقته وأنها ملك له...**". الإلتصاق يلعب في هذا الإطار دور السبب المُكسب للملكية من ناحية والقرينة القانونية على الملكية العقارية من ناحية أخرى. وهذه القرينة إمتداد لقاعدة الفصل 18 م ح ع ولكنها قرينة بسيطة ضرورة أن الفصل 34 المذكور قد أرسى قرينة الملكية المزدوجة للأرض والإحداثات"...**ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك**".

وبذلك فإن جميع الصور الواردة بالفصول 35 وما يليه م ح ع تفترض دحض قرينة الفصل 34 القائمة على إتحاد المالك للأرض والإحداثات. فالإلتصاق الصناعي أو بفعل الإنسان يتحقق إذا أحدث شخص بأرضه بناءات أو مغروسات أو منشآت بمواد على ملك غيره أو أحدث ذلك على أرض الغير بمواد على ملكه أو أحدثها في أرضه ولكنه تجاوز تجاوزا يسيرا إلى أرض الجار.

ويمكن أن تُختزل هذه الصور الثلاث للإلتصاق الصناعي في صورتين: إحداثات بمواد الغير وإحداثات على أرض الغير.

**2- أ- إحداثات بمواد على ملك الغير**

يقتضي الفصل 35 م ح ع أنه " **إذا أحدث صاحب الأرض بناءات أو مغروسات أو منشآت بمواد على ملك غيره لزمته قيمتها وإذا نتج عن ذلك ضرر غرم قيمته ولا يجوز لصاحب المواد أن يرفعها من محل وضعها**".

يؤخذ من هذا الفصل أنه إذا أحدث شخص بأرضه بناءات أو مغروسات أو منشآت بمواد على ملك شخص آخر كأن يبني منزلا على أرضه بمواد بناء على ملك جاره) يتملك صاحب الأرض ما تم إحداثه بالإلتصاق. ولا يجوز لمالك المواد أن يلزم صاحب الأرض بفصلها عن المكان الموضوعة فيه لكنه يستطيع أن يلزمه بالتعويض له عن قيمتها وعن الضرر الحاصل له.

ويتحقق إكتساب ملكية المواد لفائدة صاحب الأرض بصفة نهائية سواء كان حسن النية أو سيء النية طالما جاءت عبارة الفصل 35 مطلقة دون تمييز في خصوص نية مالك الأرض.

ولا يحق لمالك المواد المطالبة بإستردادها ولكنه في المقابل يستحق تعويضا عن فقدانه لملكيتها. وبذلك جعل الفصل 35 م ح ع مالك المواد دائنا لصاحب الإحداثات بقيمة مواده. وتقدر قيمة المواد وقت حدوث الإلتصاق لأنه وقت إنتقال الملكية من صاحب المواد إلى صاحب الإحداثات.

إلى جانب ذلك يمكن لصاحب المواد طلب التعويض عن الضرر الذي يكون قد لحقه جراء ذلك كأن يكون قد إضطر إلى تأجيل إصلاحات عاجلة بسبب فقد المواد.

**2- ب- إحداثات على أرض الغير**

نجد في تطبيقات هذه الصورة وضعيتان:

* الوضعية الأولى: الإحداث كلٌه في أرض الغير:

تتعلق هذه الوضعية بصورة الفصل 36 م ح ع أي قيام شخص بإحداث بناءات أو مغروسات أو منشآت على أرض غيره ويستعمل في ذلك مواد على ملكه.

والملاحظ أن عبارة الفصل 36 قد جاءت عامة بما يوجب الأخذ بها على إطلاقها لتشمل كل الإحداثات والإنشاءات بصرف النظر عمٌا إذا كانت مثبتة ودائمة بالأرض أم لا. لكن جانب من الفقه[[109]](#footnote-110) يرى عدم العمل بقاعدة الفصل 36 في شأن البناءات غير الدائمة من قبيل الأكشاك أو المآوى المتنقلة والحوانيت إستنادا إلى ما إتجهت له قوانين مقارنة كالقانون المصري.

* يكون الإكتساب **إختياريا** (الفقرة الأولى من الفصل 36 م ح ع). هذه الصورة تقتضي أن يقوم المُحدث بمنشآت دون موافقة مالك الأرض ودون رضاه. ويتوفر عدم رضا المالك إذا أحدث شخص المنشآت على الأرض دون علمه كأن يكون مالك الأرض مسافرا أو غائبا ويستغل المُحدث ذلك الظرف ويقوم بالبناء أو الغرس. ويحصل عدم رضا المالك كذلك إن كان عالما بواقعة البناء وكان غير موافق عليها لأنها تمت رغم معارضته (التي يمكن أن تثبت من خلال إعتراضه بواسطة تنبيه للمُحدث).[[110]](#footnote-111)

في هذه الصورة أي عند قيام المُحدث بمنشآت دون موافقة مالك الأرض يعطي الفصل 36 م ح ع لمالك الأرض التي أقيمت عليها المنشآت دون رضاه خيارا بين أمرين:

**الخيار الأول**: طلب إزالة تلك الإحداثات أي هدم البناء أو قلع المغروسات أو إزالة المنشآت ويكون الهدم أو القلع أو الإزالة على نفقة المُحدث ولا يستحق المُحدث تعويضا بل إنه هو الذي قد يُطالب بالتعويض لفائدة صاحب الأرض إن حصل لها ضرر عملا بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 36 م ح ع.

**الخيار الثاني**: الإبقاء على البناءات والمغروسات والمنشآت بأرضه، وفي هذه الحالة يكتسب صاحب الأرض ملكية المحدثات بموجب الإلتصاق لكنه يكون ملزما بترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون إلتفات إلى ما يحصل من الزيادة في قيمة العقار بسبب تلك الإحداثات عملا بأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 36 م ح ع.

وبذلك يعطي الفصل 36 لمالك الأرض التي اُقيمت فيها المنشآت دون رضاه خيارا بين إكتساب الملكية أو رفض إكتسابها طالما خول له هذا الفصل إما طلب إزالة الإحداثات أو الإبقاء عليها فيتملكها بالإلتصاق. وإذا أقيمت الإنشاءات من قبل حائز بشبهة ينعدم هذا الخيار بالنسبة لمالك الأرض ويُجبر على إكتساب الملكية (الفقرة الرابعة من الفصل 36).

وبذلك يكون المالك، بموجب ما يتمتع به من خيار، في موقع قوة. وهذا الخيار الممنوح للمالك بين الإبقاء أو الإزالة هو خيار قانوني لا يمكن حرمانه منه ولا يمكن للمحكمة ممارسته عوضا عنه بل يجب أن يثبت أنه تمٌ تخيير المالك بين الحلين المتاحين له قانونا.

* يكون الإكتساب للملكية **وجوبيا** إذا كان المُحدث حسن النية عملا بأحكام الفقرة الرابعة من الفصل 36 م ح ع التي إقتضت أنه "**إذا كانت البناءات والمغروسات والمنشآت محدثة من طرف شخص رفعت يده عن الأرض وكان حائزا بشبهة فلا يحق للمالك أن يطلب إزالة ما ذكر وإنما له الخيار بين ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات....**".

هذا الحل يقوم على إفتراض حيازة المُحدث للأرض بشبهة من ذلك أن يعتقد أنه هو المالك ثم رُفعت يده عنها فليس من حق صاحب الأرض طلب إزالة الإحداثات وإنما يجبر على تملكها بالإلتصاق ويعوٌض للمُحدث إما بأن يُرجع له ثمن المواد وأجرة اليد العاملة أو أن يدفع له مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات.

وبذلك فإذا كانت المنشآت محدثة من طرف حائز بشبهة رفعت يده عن الأرض فإن الملكية تؤول إلى صاحب الأرض وهو إكتساب إجباري يتم رغم الإرادة المخالفة لمالك الأرض الذي لا يتمتع في هذه الصورة بالخيار بين إكتساب الملكية أو عدم إكتسابها طالما أنه لا يملك الحق في طلب إزالتها طبقا للقفرة الأخيرة من الفصل 36 م ح ع.

ونلاحظ أن المشرع يحمي الحائز بشبهة الذي عرفه الفصل 44 م ح ع بأن "**الحائز بشبهة هو الحائز بوجه لا يعلم عيبه**" أي أنه الحائز بسند معيب ولكنه لا يعلم ذلك العيب. ولا يمكن في تقدير الشبهة الواردة بالفصل 36 فقرة رابعة إعتماد ما جاء بالفصل 46 م ح ع: الحوز بشبهة على معنى الفصل 36 يقتضي عدم غصب الأرض ولا يشترط فيه أن تكون حيازة المُحدث "**بمقتضى عمل قانوني من شأنه أن تنتقل به الملكية لو صدر ممن له الحق**" ذلك أن الفصل 46 أضاف هذا الشرط لحسن النية وهو ما يعني أن "توفر السند المعيب" شرط مضاف لشرط حسن النية[[111]](#footnote-112).

ويعتبر كذلك من قبيل الحائز بموجب سند باطل من أحيا أرضا وشجٌرها على وجه المغارسة دون أن يحرٌر فيها كتبا فيكون حائزا بشبهة يستحق إسترجاع قيمة عمله دون الأرض[[112]](#footnote-113) .

* الوضعية الثانية: الإحداث، جزء يسير منه فقط واقع في أرض الغير

يقتضي الفصل 37 م ح ع في شأن هذه الوضعية أنه "**إذا أحدث مالك الأرض بناءات أو منشآت بأرضه وتجاوز عن حسن نية إلى جزء يسير بأرض ملاصقة، فللمحكمة أن تملٌكه بهذا الجزء مقابل قيمة عادلة**".

على خلاف صورة الفصل 36 م ح ع الذي ينظم فرضية البناء فوق أرض الغير مشترطا أن يكون البناء المقام كلٌه فوق أرض الغير فإن قاعدة الفصل 37 م ح ع تشترط أن يبني الشخص على أرض هي على ملكه ويتجاوز إلى أرض الغير. وتطبيقا لهذا الفصل يجوز لمن أقام البناء طلب تمليكه ذلك الجزء. ويقتضي ذلك توفر شرطين:

* التجاوز اليسير: يجب أن يكون هذا التجاوز إلى أرض الجار بجزء يسير عملا بمقتضيات الفصل 37. ويدخل تقدير طبيعة التجاوز يسيرا أم غير ذلك في إطار السلطة التقديرية لمحاكم الأصل بشرط تعليل الموقف الذي تتوصل إليه. ويتأكد من خلال التطبيق القضائي أن مساحة التجاوز يمكن أن تتغيٌر بحسب الملابسات الواقعية لكل قضية. ومن أمثلة ذلك ما أكدته محكمة التعقيب[[113]](#footnote-114) من أن شرط حسن النية غير متوفر إنطلاقا من وقائع ثابتة أولها التنبيه على المعقب من طرف المالك وثانيها مساحة التجاوز بالنسبة إلى أرض المعقب حيث أن أرضه لا تتجاوز 206 مترا مربعا فيما إستولى على مساحة تتجاوز نصف المساحة التي تعود له وفق ما هو مبين بتقرير الإختبار (111 م ² ) وبالتالي فإن التجاوز كبير وواضح.
* التجاوز عن حسن نية: يجب أن يكون التجاوز بحسن نية وهو المفترض حسب قاعدة الفصل 558 من مجلة الإلتزامات والعقود. ولحسن النيٌة مدلول خاص في هذا الإطار أساسه جهل المالك لحدود ملكه عند التجاوز معتقدا أنه يبني على ملكه. ويتم تقدير ذلك من المحكمة في تاريخ إنجاز البناء أو المنشآت ذلك أن العلم اللاحق بالتجاوز لا يؤثر على حسن النية. وحسن النية. فمن يدعي أن التجاوز لم يكن عن حسن نية مدعو لإثبات ذلك. وقد توسعت محكمة التعقيب في القبول بحسن النية ليشمل التجاوز في العقارات المسجلة: رغم أن التسجيل العقاري يُفضي إلى علم الغير بمساحة العقار وحدوده فقد إرتأت محكمة التعقيب القبول بالتجاوز "لو كان ذلك من باب الغلط في القيس"[[114]](#footnote-115) . هذا الموقف القديم لمحكمة التعقيب لا يمكن تصوٌر العمل به خاصة في ظل التنقيحات الهامة التي عرفتها مادة التسجيل العقاري إنطلاقا من سنة 1992.

وعند إجتماع هذه الشروط من تجاوز يسير وحسن نية يمكن للمتجاوز أن يقوم بدعوى أمام القضاء يطلب فيها تمليكه بالجزء اليسير الذي تجاوز إليه. وللمحكمة في هذه الصورة الخيار بين قبول طلبه والقضاء بتمليكه أو برفض الطلب والتمليك شريطة تعليل حكمها. فللمحكمة في هذه الحالة سلطة تقديرية إنطلاقا من عبارة الفصل 37 الذي إقتضى أنه "...**لـــــلمحكمة أن تملٌكه بهذا الجزء**".

فإذا قُضي بقبول طلب التمليك يكتسب المالك المتجاوز ملكية الجزء اليسير من الأرض مقابل دفع قيمة عادلة وهذه القيمة تحددها المحكمة مستعينة في ذلك بعمل الخبراء.

1. **مــفــــعــــول القانون**

لا خلاف في أن جميع الأسباب الواردة بقائمة الفصل 22 م ح ع تنشئ أثرها القانوني (إكتساب الملكية) بموجب القانون أي بناء على إختيار تشريعي لهاته الوسائل في تداول الأموال وإنتقالها. وهذه الأسباب هي الأكثر تطبيقا دون أن تشكٌل قائمة حصرية أو مغلقة لأسباب إكتساب الملكية. فما خرج عن الأسباب الواردة بالفصل 22 يكون مُكسبا للملكية بمفعول القانون. ومن أبرز الأسباب التي تفضي إلى إكتساب الملكية بحكم القانون الإنتزاع من أجل المصلحة العمومية (**1**) والشفعة (**2**) وحق الأولوية في الشراء (**3**).

1. **الإنتزاع من أجل المصلحة العمومية**

يمثل الإنتزاع من أجل المصلحة العمومية إحدى صور إنتقال الملكية بموجب القانون. ويؤكد الإنتزاع الطابع الإجتماعي للملكية الذي يفرض على المالك تنازلا بعوض عن ملكيته لغاية تسهيل تحقيق منفعة عامة.

وتنظٌم أحكام القانون عدد 53 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016[[115]](#footnote-116) الإنتزاع من أجل المصلحة العمومية، إذ ألغى هذا القانون جميع الأحكام المخالفة له[[116]](#footnote-117).

ويمكن تعريف الإنتزاع من خلال الفصلين الأول والثاني من القانون المذكور بكونه نقلا جبريا لملكية عقار لفائدة جهة عمومية لغاية إنجاز مشاريع أو تنفيذ برامج تكتسي صبغة المصلحة العمومية مقابل تعويض عادل وبالضمانات التي ضبطها القانون. وفي ذلك مراعاة لقاعدة الفصل 40 من الدستور الذي أسبغ حماية على الملكية لكنه أباح وسمح بالنيل منها في الحالات وبالضمانات التي يضبطها القانون وهو ذات المبدأ المقرر بالفصل 20 م ح ع الذي يقتضي أنه " **لا يُجبر أحد على التنازل على ملكه إلا في الأحوال التي يقرٌرها القانون وفي مقابل تعويض عادل**".

ويجري الإنتزاع لفائدة الدولة والجماعات المحلية ولفائدة المؤسسات والمنشآت العمومية المخول لها ذلك بموجب قوانين إحداثها. ويمكن للمؤسسات والمنشآت العمومية الأخرى الإنتفاع بالإنتزاع عن طريق الدولة التي تحيل لها العقارات المنتزعة (الفصل 3 من القانون).

ويتم الإنتزاع من أجل المصلحة العمومية " **بأمر حكومي يعرض على المحكمة الإدارية لإبداء الرأي. ويبيٌن بأمر الإنتزاع طبيعة العقار والمشروع المزمع إنجازه** "(الفصل 8).

ويقتضي الفصل العاشر من هذا القانون أن "**تنتقل الملكية إلى المنتزع بمفعول أمر الإنتزاع مع مراعاة أحكام الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية بالنسبة إلى العقارات المسجلة الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم**".

ويجري الإنتزاع مقابل غرامة مالية تضبط رضائيا أو قضائيا[[117]](#footnote-118) (الفصل 5): يمكن أن يتم ضبط الغرامة بالتراضي بين المالكين أو المنتزع منهم بناء على عرض من المنتزع، وفي صورة الإمضاء بالموافقة النهائية لا يمكن للمنتزع منه الرجوع في الموافقة أو اللجوء للمحاكم (الفصل 29). وفي صورة النزاع حول هذه الغرامة يتم تقدير قيمة العقار المنتزع في تاريخ صدور أمر الإنتزاع عن طريق المحكمة بمبادرة من أحرص الطرفين. وما تضبطه المحكمة من قيمة للعقار المنتزع "**يعارض بها جميع المستحقين المحتملين أي كان زمن ظهورهم**" (الفصل 30). ويسقط حق المطالبة بغرامة الإنتزاع بمرور خمسة عشر سنة من تاريخ صدور أمر الإنتزاع (الفصل 40).

ويمكن التحوز بالعقارات المنتزعة بصورة مباشرة بعد تأمين غرامة وقتية أو دفعها حسب الحال. ويتحقق ذلك بموجب إذن يصدره رئيس المحكمة الإبتدائية المختصة ترابيا بناء على طلب من المنتزع (الفصل 27).

وقد مكٌن الفصل 41 من هذا القانون المالكين السابقين أو من إنجر لهم منهم حقوق من المطالبة بإسترجاع العقارات المنتزعة التي لم يتم إستعمالها لإنجاز المشروه المنصوص عليه بأمر الإنتزاع. ويجب على المستحقين تقديم مطلبهم الكتابي للمنتزع في بحر السنتين المواليتين لنهاية أجل الخمس سنوات وأن يُرجعوا كامل مبلغ الغرامة التي قبضوها.

1. **الــــــــــشـــــــــــفــــــــــــــــــــعـــــــــــــــــــــــــة**

الشفعة كما عرٌفها الفصل الفصل 103 م ح ع هي "**حلول الشريك في التملك بمبيع شريكه في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها بالقانون**". وخلافا لسائر أحكام قانون الأموال المأخوذة عن القانون الفرنسي فإن مؤسسة الشفعة تجد مصدر إستلهامها في التشريع الإسلامي.

والغاية من إقرار الشفعة تحقيق مصلحة المالك الشريك بتمكينه من التملك بالمناب الذي يبعه شريكه للتوصل إلى منع تشتت الملكية العقارية وتجنيبه التشارك مع شخص أجنبي (المشتري).

وقد أبرز فقه القضاء هذا الطابع الإستثنائي للشفعة في الحد من سلطات المالك في التصرف في ملكه. فقضت محكمة التعقيب أن ""*الشفعة كما عرفها المشرع من خلال مقتضيات الفصل 103 م ح ع حلول الشريك محل المشتري في التملك بمبيع شريكه في الأحوال وبالشروط القمررة قانونا، فإنها تعد من هذه المثابة من قبيل الإحالة القانونية الجبرية لعقد بيع متعلق بعقار ما - سواء كان مسجلا أو غير مسجل- وتشكل بذلك قيدا على حرية التعاقد وممارسة حق الملكية*"[[118]](#footnote-119). وكان قد سبق للدوائره المجتمعة لمحكمة التعقيب أن إعتبرت أن الشفعة وإن كانت سببا من أسباب كسب الملكية يستطيع بواسطتها الشفيع إكتساب الملكية بإرادة منفردة إلا أن ذلك مشروط بتوفر موجباتها القانونية...وهي رخصة مخولة للشفيع قانونا.[[119]](#footnote-120)

وللشفعة طبيعة قانونية متفردة: يمكن إعتبارها سببا لإكتساب الملكية تسمح للشفيع بإكتساب الملكية بإرادته المنفردة مع وجوب مراعاة الشروط المفروضة قانونا. والشفعة تفضي إلى تقييد حرية الشريك في إختيار معاقده طالما أن الشفيع سيحلٌ محلٌ هذا المشتري في التملك بموجب القانون، وهي بهذه الصفة تشكل قيدا لحق التصرف في الملكية بالنسبة للشريك البائع وكذلك قيدا على حرية المشتري بما أن المبيع يخرج من يديه بموجب القانون رغم إرادته. وفي هذه الأسباب ما برٌر إدراج الشفعة (لدى جانب من الفقه[[120]](#footnote-121)) كأحد القيود الواردة على حق التصرف في الملكية. مع ذلك فلا خلاف في كون الشفعة سببا لإنتقال الملكية بموجب القانون طالما أنها مكرٌسة بنظام متكامل بموجب أحكام الفصل 103 وما يليه من م ح ع بما يجعلها سببا لإكتساب الملكية بفعل القانون. ووجب التنبه إلى أن الشفعة لا يمكن أن تعتبر حقا عينيا: فالشفعة لم يأت ذكرها بقائمة الحقوق العينية الواردة بالفصل 12 م ح ع. إلى جانب ذلك فالشفعة تبقى حقا مخولا للشريك أو الشركاء لهم المطالبة بها أو التخلي عن ذلك. وهي في كل الأحوال مؤسسة إستثنائية تؤدي عند العمل بها إلى إنتقال الملكية بفعل القانون من المشتري إلى الشفيع.

ورغم عديد الإشكاليات التطبيقية التي تطرحها الشفعة في العمل القضائي فإن عرضها في هذا الباب سينصبٌ على نظامها القانوني بفرعيه من شروط (2- أ) وآثار (2- ب).

**2- أ- شروط الشفعة**

يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط أصلية وأخرى إجرائية.

* **الشروط الأصلية**

ترتبط الشروط الأصلية للشفعة بصفة الشفيع وبالعقد وبالعقار محل الشفعة (ويسمى المشفوع فيه).

**1**- صـفــة الشفيع

تُمارس الشفعة كما إقتضى الفصل 103 م ح ع من "الشريك". وقد عرٌفه الفصل 104 من ذات المجلة الذي إقتضى أنه" **يعدٌ شريكا:**

**أولا: كل مالك أو وارث لحصة مشاعة من عقار مشترك.**

**ثانيا: مالك الهواء بالنسبة للأرض المبيعة.**

**ثالثا: مالك الأرض بالنسبة لهوائها المبيع.**

**رابعا: كل شريك في دار معدة للسكنى غير خاضعة لأحكام ملكية الطبقات إستقل بجزء منها دون بقيتها**".

وتكون للشفيع صفة الشريك حين يكون مالكا في إطار ملكية عقارية شائعة أي أن العقار شائع. فالملكية غير مفرزة أو مقسٌمة فإذا تبين أن الشيوع قد إنقضى بالقسمة فلا تصح الشفعة فيه[[121]](#footnote-122). فإذا تمت قسمة العقار المشترك إلى أجزاء مفرزة وتحصل كل شريك على منابه لا تجوز فيه الشفعة حتى قبل ترسيم حجة المقاسمة بالسجل العقاري. إذ أن الشفيع يفتقد في هذه الصورة لصفة الشريك ويفقد تبعا لذلك حق القيام بالشفعة. وقد أكد فقه القضاء أن "*عنصر الإشتراك في الملك شرط أساسي لصحة الشفعة*"[[122]](#footnote-123). ويُفترض بعد ذلك أن يبيع أحد الشركاء حصته الشائعة ويمكن أن يتعلٌق البيع بكامل حصته الشائعة أو بجزء منها فقط.

ولتاريخ إكتساب صفة الشريك أثره الحاسم في ممارسة الشفعة. فلا يكفي أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه بل يجب أيضا أن يكون مالكا في تاريخ بيع العقار المشفوع فيه. ومن نتائج ذلك أن الشريك إذا إكتسب صفته تلك بعقد البيع الذي تم تحريره في تاريخ لاحق للبيع موضوع الشفعة ولم يكن شريكا في الملكية في تاريخ إبرام البيع المسلطة عليه الشفعة فذلك لا يخوله القيام بالشفعة ولو تمكن من ترسيم شرائه قبل ترسيم البيع موضوع الشفعة،"**فالعبرة بالإشتراك حين العقد لا بعده**" كما قضت بذلك محكمة التعقيب[[123]](#footnote-124).

وعلى العكس من ذلك فمن الطبيعي أن إنتهاء صفة الشريك بموجب قسمة رضائية أو قضائية تمنع من كان شريكا من ممارسة حق الشفعة.

وقد إستبعد المشرع صراحة قائمة من الأشخاص من دائرة الشفعة: من ذلك أنه "**لا شفعة للجار على جاره**" (الفصل 106) و"**لا شفعة للشريك على شريكه**" (الفصل 107) كما لا تجوز الشفعة "**إذا حصل البيع بالمزاد العلني أو إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين**"(الفصل 108).

يُضاف إلى ذلك فإن الشفعة لا تنطبق في حالة بيع الشقق حسب الفصل 101 م ح ع.

وفي مقابل هذا التضييق فقد وسٌع المشرع هذه القائمة من خلال تمكين ورثة الشفيع من حق القيام بالشفعة عند وفاة مورثهم (الفصل 110). أما في صورة تعدد الشركاء الذين يمارسون الشفعة في شأن العقار المبيع فقد تضمن الفصل 109 م ح ع ترتيبا لهؤلاء الشفعاء في التملك بالعقار.

**2-** الشرط المتعلق بالعقد

تقتضي ممارسة حق الشفعة ضرورة وجود عقد بيع فقد أورد الفصل 103 م ح ع أن الشفعة "**حلول الشريك محل المشتري**" وهو ما يُفضي إلى عقد البيع. نفس التأكيد يتوضٌح من خلال عبارة الفصل 105 م ح ع الذي أشار إلى "**الشفعة في المناب المبيع**" وتصريح الفصل 112 أيضا بحلول الشفيع "**إزاء البائع محل المشتري**".

ويتأكد من خلال ذلك أن الشفعة لا تمارس إلا في البيع. وفوق ذلك يجب أن يكون البيع الواقع صحيحا إذ قضت محكمة التعقيب أن لا شفعة في البيع الباطل[[124]](#footnote-125) وسبب عدم قبول الشفعة في العقد الباطل خطر الزوال فإذا زال العقد لا يمكن أن تحصل الشفعة بموجبه.

وبناء على ذلك فلا شفعة إذا إنتقلت الملكية بموجب الميراث أو الهبة أو الوصية أو المعاوضة، فالشفعة عند المشرع هي حلول الشريك محل الغير بالمقابل الذي دفعه هذا الغير. فإذا كان الغير موهوبا له فلا مقابل دفعه.

على أن أهم إشكال يطرحه العقد المنشئ لحق الشفعة يتعلق بحالة "الإقالة"[[125]](#footnote-126) أي الرجوع في البيع الواقع بين البائع والمشتري وأثر ذلك على حق الشفيع. هاته الفرضية إستدعت تأويل المقصود من " عمليات التفويت" المنصوص عليها بالفصل 114 م ح ع الذي يقتضي أنه " **لا تمضي على الشفيع عمليات التفويت التي قام بها المشتري قبل إنقضاء أجل القيام بالشفعة**". وقد أقرت محكمة التعقيب في هذا الإطار أن الإقالة من أعمال التفويت فلو وقعت فإنها لا تؤثر على حق الشفيع في ممارسة الشفعة.[[126]](#footnote-127)

**2-** الشرط المتعلق بالعقار المشفوع فيه

يجب أن يكون موضوع البيع عقارا طبيعيا فلا شفعة في بيع المنقولات أو العقارات الحكمية. ولئن لم يورد المشرع هذا الشرط صراحة إلا أنه يمكن إستنتاجه بطريقة ضمنية من أحكام الفصلين 104 و 109 م ح ع: أوردت هذه الفصول مفاهيم الأرض والدار (104) والعقار (109). ويعود هذا التوجه إلى كون أحكام الشفعة مستمدة من الفقه الإسلامي الذي يقر أنه لا شفعة إلا في العقار ولا تكون في المنقول شفعة. هذا الموقف يتدعم من خلال موقف محكمة التعقيب التي أقرت أنه "لا جدال ان الشفعة لا تكون إلا في العقار"[[127]](#footnote-128).

وعبارة العقار تشمل مبدئيا الشقق ولكن الفصل 101 إقتضى أنه "**لا شفعة في ملكية الطبقات**" بما يعني إستبعاد الشقق.

ويجب التدقيق أن لموضوع البيع أثره في ممارسة حق الشفعة من جانب آخر: سواء كان موضوع البيع جميع الأجزاء المملوكة من البائع أو جزء منها فقط جاز للشريك ممارسة حق الشفعة على ما تمٌ بيعه[[128]](#footnote-129). وفي المقابل لا يمكن للشفيع ممارسة الشفعة إلا في خصوص كل ما تمٌ بيعه لا الإقتصار على جزء منه فقط[[129]](#footnote-130) ذلك أن قبول بيع البعض لشخص أجنبي يعدٌ قبولا من الشفيع بالشريك الجديد وبتجزئة الملكية العقارية وهو ما يناقض غاية مؤسسة الشفعة.

**ب- الشروط الإجرائية**

قد يتمٌ التراضي بين المشتري والشفيع بحيث يتملك الشفيع العقار بالتراضي مقابل أداء ما بذله المشتري من ثمن ومصاريف وهو ما يستبعد فرضية الدعوى القضائية المرتبطة بالشفعة.

أما في صورة عدم قبول المشتري بالحلول الرضائي للشفيع فإن هذا الأخير مجبر على إتمام إجراءات معينة لغاية تملٌك العقار بحكم القانون وإلا سقط حقه في التملك بميبع شريكه. وقد إعتبر فقه القضاء أن الأحكام المتعلقة بإجراءات الشفعة تمسٌ النظام العام بما يتيح للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها[[130]](#footnote-131). هذه الإجراءات تنقسم إلى إجراءات سابقة للقيام بدعوى الشفعة وأخرى مرتبطة بدعوى الشفعة في حد ذاتها.

1. **الإجراءات السابقة للقيام بدعوى الشفعة**

يجب على الشفيع الذي وقع إعلامه بالبيع أن يعلن عن رغبته في أخذ العقار بالشفعة وذلك بموجب محضر يحرره عدل منفذ ويعرض بموجبه عملا بأحكام الفصل 111 م ح ع كامل ثمن البيع مع مصاريف العقد على المشتري. وفي صورة إمتناع المشتري (المشفوع عليه) من قبول ذلك العرض يقوم الشفيع بتأمين المبلغ بصندوق الودائع والأمانات على ذمة المشتري.

والثمن المعروض يجب أن يكون كاملا فلا يعتبر إذا تم عرضه منقوصا. وفي شأن مصاريف العقد أقرت محكمة التعقيب أنه "*نص الفصل 111 من م ح ع أنه على الشفيع أن يقدم دعواه مصحوبة بما يفيد أنه عرض على المشتري كامل الثمن ومصاريف العقد دون غيرهما، ولم ينص على مصاريف إدراج العقود بإدارة الملكية العقارية أو مصاريف الإعلام بإنتقالها، وعبارته كانت واضحة*"[[131]](#footnote-132).

ويجب أن يتمٌ العرض والتأمين قبل رفع الدعوى وقبل إنقضاء الأجل القانوني. وفي صورة عدم القيام بهذا الإجراء يترتب على ذلك سقوط الحق في المطالبة بالشفعة وإذا قام الشفيع بـتأمين الثمن والمصاريف دون عرضها على المشتري يؤدي ذلك أيضا إلى بطلان إجراءات الشفعة. ويجب التأكيد أيضا أن تأمين المصاريف إلى جانب الثمن إجراء وجوبي فإذا أمٌن الشفيع ثمن البيع دون المصاريف المتعلقة بالعقد يسقط حق المطالبة بالشفعة.

1. **الاجراءات المتعلقة بدعوى الشفعة**

أخذا بمقتضيات الحفاظ على إستقرار المعاملات وحتى لا يُفاجأ المشتري بقيام الشريك بإجراءات الشفعة بعد مدة طويلة من وقوع البيع حدٌد المشرع الآجال التي يجوز أثنائها ممارسة الشفعة. وهو ما كرٌسه الفصل 115 م ح ع كما نقٌحه القانون المؤرخ في 15 ماي 2006 والذي أقرٌ آجالا تختلف بحسب ما إذا قام المشتري بإعلام الشريك بوقوع البيع أو عدم إعلامه بذلك.

وبالتالي يميز الفصل 115 م ح ع بين فرضيتين:

* **الأولى**: إذا قام المشتري بإعلام الشفيع بالشراء مع بيان الثمن والمصاريف فإن القيام بدعوى الشفعة يكون وجوبا في أجل شهر من تاريخ محضر الإعلام. وتجدر الإشارة إلى أنه "**يجب على المشتري إعلام الشفيع بالشراء بواسطة عدل تنفيذ مع بيان الثمن والمصاريف**" (الفقرة الأولى من الفصل 115).
* **الثانية**: في صورة تعذٌر الإعلام كما في صورة عدم معرفة عنوان الشفيع أو كان المشتري مريضا أو مسافرا غير قادر على القيام بواجب الإعلام ، فإن الأجل يكون ستة أشهر. ويبدأ سريان وإحتساب هذا الأجل من يوم ترسيم العقد بالسجل العقاري بالنسبة للعقارات المسجلة الخاضعة لمبدإ المفعول المنشئ للترسيم أما بالنسبة للعقارات المسجلة غير الخاضعة لمبدإ المفعول المنشئ للترسيم والعقارات غير المسجلة فأجل الستة أشهر يجري من يوم تسجيل العقد بالقباضة المالية.

والملاحظ أن المشرع قد غيٌر بموجب تنقيح الفصل 115 بالقانون المؤرخ في 15 ماي 2006 عبارة "في صورة عدم الإعلام" بعبارة "عند تعذٌر الإعلام" وذلك إعتبارا للأثر الهام لفوات الأجل (سقوط الحق). ولتجنب ما يلحق هذا الإجراء أقرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة أن" *لم يقتصر تنقيح الفصل 115 م ح ع على تبرير عدم إعمال أجل السقوط الأول المقدر بسهر وإبقاء حق الشفيع قائما إلى أن يقوم المشتري بتسجيل الكتب بالقباضة المالية أو بترسيمه بالسجل العقاري فينطلق الأجل الثاني للسقوط وقدره ستة أشهر من تاريخ ذلك التسجيل أو الترسيم بحسب الأحوال، وإنما جاء ليشدٌد على الواجب المحمول على المشتري ويحمله عبء إثبات التعذر حتى يسري هذا الأجل الأخير، وإلا لما كان له من موجب طالما أن عبارة "عدم الإعلام" كانت مطلقة تسوعب حالة التعذر،*

*وحيث وفضلا عن وضوح النص فقد تضمن شرح الأسباب المتعلق بالتنقيح المذكور ما يؤكد هذا التوجه من المشرع لغاية منع أساليب التحايل التي قد يستعملها المشتري بإخفاء عملية البيع وتعمٌد عدم إعلام الشفيع بها،*

*وحيث لا مجال في غياب توفر حسن النية للمطالبة بإعمال مبدإ إستقرار الوضعيات القانونية، وإنما تتطلب محاججة الشفيع بسقوط حقه تبعا لإنقضاء أجل الستة أشهر من تاريخ تسجيل العقد إثبات تعذٌر إعلامه بالعقد بشتى وسائل الإثبات المخولة قانونا*"[[132]](#footnote-133).

**2- ب- : آثــــــــار الـــشــفـــــــعـــــــــــــة**

تفضي قراءة الفصول 112 و 113 و 114 م ح ع إلى أن للشفعة ثلاثة آثار: أثر رئيسي وأثران ثانويان.

1. **الأثر الأساسي للشفعة**

الأثر الأساسي للشفعة حسب الفصل 112 م ح ع هو حلول الشفيع محل المشتري في التملك بالعقار المبيع.

ويحلٌ الشفيع "**محل المشتري في جميع حقوقه وإلتزاماته**" فيتحمٌل البائع تجاه الشفيع بالإلتزام بالتسليم وكذلك الإلتزام بالضمان بنوعيه: ضمان الإستحقاق وضمان العيوب الخفية.

على أن الإشكال يظل مطروحا في ما يتعلق بتاريخ حلول الشفيع محل المشتري أي بداية ملكيته للمشفوع فيه خاصة وأن

الفصل 112 م ح ع لم يتعرض لهذا التاريخ. ويتعلق الأمر بالشفعة القضائية ذلك أن إنتقال الملكية في صورة الإتفاق بالتراضي يكون في زمن إتمام الإنفاق بين الطرفين كما هو الشأن في عقد البيع (الفصل 580 من مجلة الإلتزامات والعقود)[[133]](#footnote-134).

وقد ظهرت ثلاث مواقف في شأن إنتقال الملكية بمناسبة دعوى الشفعة.

يرى أنصار إتجاه أول أن الحلول يكون في تاريخ إبرام البيع مع المشتري الأصلي، وينطبق ذلك بالنسبة للعقارات غير المسجلة وتلك التي لا تخضع لمبدإ المفعول المنشئ للترسيم أما في صورة العقارات الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم فإن الملكية تؤول للشفيع من تاريخ ترسيم المشتري لحقه.

الموقف الثاني يقوم على أن ملكية الشفيع تبدأ من تاريخ رفعه لدعوى الشفعة. وهذا الموقف يتماشى مع أحكام الفصل 113 م ح ع الذي يقتضي أن الغلة للمشتري إلى حين قيام الشفيع بالدعوى. فالفصل 113 يجعل للمشتري الأصلي الحق في الغلال التي ينتجها المشفوع فيه إلى تاريخ القيام عليه بدعوى الشفعة وبالتالي نستنتج من هذا الفصل أن حق الشفيع يثبت من تاريخ القيام بالدعوى[[134]](#footnote-135). ورغم ما يبدو عليه هذا الرأي فإن القيام بدعوى الشفعة لا يفضي في كل الحالات إلى الحكم بصحة الدعوى بما يمكن أن يعيد ملكية العقار للمشتري مع ما في ذلك من إضطراب. وإذا كان نص الفصل 113 م ح ع يؤول إلى القول بغير ذلك فإن عبارته يجب أن تُفهم أن للشفيع الثمار لا أكثر وإلا لجاز له إجراء تصرف ناقل للملكية قبل الحكم لفائدته وهو ما لا يستقيم قانونا.

أما الموقف الثالث فيؤكد أن الملكية تنتقل للشفيع من تاريخ الحكم له بالشفعة ففي ذلك التاريخ يتحقق الحلول ويكتسب الشفيع الملكية. هذا الموقف يمكن تبريره من جهة بكون أحكام الشفعة أخذت من الفقه الإسلامي حيث يؤكد المذهب المالكي أنه "يُملٌك الشفيع المشفوع فيه بحكم الحاكم...". ومن جهة ثانية يمكن تبرير هذا الحل بإعتبار الشفعة سببا من أسباب إكتساب الملكية بمفعول القانون وهذا الأثر لا يتحقق إلا بصدور الحكم النهائي القاضي بالشفعة بعد التحقق من توفر جميع شروط إكتساب الملكية بالشفعة وثبوت الحق للشفيع فيها.

1. **الآثار الثانوية للشفعة**

عملا بأحكام الفصلين 113 و 114 م ح ع يترتب على الشفعة أثران آخران:

* إستحقاق الشفيع للغلة: يقتضي الفصل 113 م ح ع أن "**غلة المشفوع فيه للمشتري إلى وقت القيام بدعوى الشفعة. وعلى الشفيع المصاريف الضرورية والتحسينية التي بذلها المشتري**".

ويؤخذ من هذا الفصل إستحقاق المشتري للغلال التي ينتجها العقار المشفوع فيه إلى وقت القيام عليه بدعوى الشفعة. أما بعد رفع الدعوى فتصبح الغلال من حق الشفيع ولكن في المقابل فقد أتاح الفصل 113 للمشتري أن يطالب الشفيع بأداء ما بذله وما أنفقه على العقار من مصاريف ضرورية أو تحسينية. في هذه الصورة يكون تاريخ القيام بدعوى الشفعة مهما إذ على ضوئه يتحدد إنتهاء إستحقاق المشتري للغلة وبداية إستحقاق الشفيع لها.

* عدم معارضة الشفيع بالعمليات التي يقوم بها المشتري قبل إنقضاء أجل القيام بدعوى الشفعة: أكٌد الفصل 114 م ح ع أنه "**لا تمضي على الشفيع عمليات التفويت التي قام بها المشتري قبل إنقضاء أجل القيام بالشفعة**". وأوضحت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في هذا الإطار أن "*كلمة لا تمضي تدلٌ بدون إلتباس ولا غموض على أن تلك العمليات لا تأثير لها على الشفيع...منعا لكل تحايل وحتى لا يتأثر حق الأخذ بالشفعة في حدود الأجل المذكور بتلك التفويتات*"[[135]](#footnote-136). وبذلك تكون عمليات التفويت كالبيع أو الهبة التي يقوم بها المشتري قبل إنقضاء أجل القيام بالشفعة لا تمضي على الشفيع أي أن المشرع يمنع المشتري من التصرف في العقار قبل إنقضاء الأجل المعين للقيام بالشفعة حماية لحق الشفيع.

ويتأكد من خلال العناصر السابقة أن الشفعة تعتبر قيدا على حق المالك البائع في إختيار الطرف المقابل في التصرٌف. ونفس هذا الأثر التقييدي نجده حاضرا أيضا في ما يتعلق بحق الأولوية في الشراء.

1. **حق الأولوية في الشراء**

حق الأولوية في الشراء هو حق أسنده القانون لشخص تجاه مالك عقار يرغب في بيعه، ويكون هذا الأخير مطالبا بعرض البيع على المنتفع بحق الأولوية.

ويلتقي حق الأولوية في الشراء مع الشفعة في كونه حدا لحرية إختيار المعاقد (المشتري) بالنسبة للمالك، وفي كونهما سببا لإكتساب الملكية بموجب القانون. وإذا كانت الشفعة تُمارس بعد حصول البيع صحيحا فإن حق الأولوية في الشراء يُمارس قبل البيع فإذا أراد المنتفع بهذا الحق أمكن له إبرام العقد مباشرة مع المالك. ولكن قد يتحقق أثر حق الأولوية بطريق الدعوى القضائية عند عدم إحترام المالك لحق الأولوية بما يضطر المنتفع بالحق للجوء إلى المحكمة لطلب إحلاله محل المشتري، ويتقاطع بذلك مع الشفعة القضائية.

وقد ضبط المشرع قائمة في المستفيدين بهذا الحق (3- أ) وإجراءات مباشرة هذا الحق (3- ب).

**3- أ- المستفيدون من حق الأولوية**

أسند المشرع حق أولوية في الشراء لطائفتين من الأشخاص.

القائمة الأولى تضم أشخاص من القانون العام ويتعلق الأمر بالوكالة العقارية للسكنى، الوكالة العقارية السياحية، الوكالة العقارية[[136]](#footnote-137) الصناعية والوكالة العقارية الفلاحية ووكالة التجديد والتهذيب العمراني.

وفي قائمة أشخاص القانون الخاص نجد:

* القانون عدد 39 لسنة 1978 مؤرخ في 7 جوان 1978 يتعلق بمنح حق الأولوية في الشراء للمتسوغين: يمنح بموجب فصله الأول حق الأولوية في الشراء إلى : كل شخص طبيعي تونسي الجنسية شاغل عن حسن نية على وجه الكراء لمحل معد للسكنى ومستعمل فعليٌا لهذا الغرض ولا يملك مسكنا في منطقة الولاية الكائن بها العقار. وكذلك إلى كل شخص طبيعي مستفيد بحق البقاء بعقارات معدة للسكنى طبقا للتشريع الجاري به العمل أي طبقا لقانون 18 فيفري دون أن تكون له صفة المتسوغ.
* القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 يتعلق بالعقارات التي هي على ملك الأجانب والمبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956. منح هذا القانون أولوية في الشراء لفائدة المتسوغين والشاغلين عن حسن نية، لعقار كائن بالبلاد التونسية، وعلى ملك أجنبي، مبني قبل غرة جانفي 1956.

ومفهوم "الشاغل عن حسن نية" المنصوص عليه بالقانونين المشار إليهما أعلاه ينصرف إلى كل شخص شغل المحل دون أن يكون له عقد كراء تام الشروط ودون اللجوء إلى وسائل يعاقب عليها القانون كإستعمال العنف[[137]](#footnote-138). ويبقى تقدير هذا العنصر متروكا للسلطة التقديرية لمحاكم الأصل عند التنازع في ممارسة حق الأولوية.

**3- ب- إجراءات ممارسة حق الأولوية**

يجب على المالك (4 من قانون 7 جوان 1978) توجيه تنبيه للمستفيد بحق الأولوية في الشراء بواسطة عدل تنفيذ. يتضمٌن هذا التنبيه عرض البيع على المتسوغوعليه إن قبل شراء العقار دفع الثمن أو تأمينه في أجل شهر. ويكون جواب المنتفع بحق الأولوية في صورة رغبته في ممارسة حقه وقبول الشراء في ذات الأجل (شهر) من تاريخ التنبيه. ويعتبر إمتناعه عن الجواب أو تأمينه لمبلغ الشراء بعد الأجل المنصوص عليه تخليا من جانبه عن ممارسة حق الأولوية. ولا يعتدٌ قانونا بالجواب المبلغ من المستفيد بحق الأولوية للمالك والذي يتضمن التعبير عن الرغبة في الشراء دون دفع الثمن أو تأمينه[[138]](#footnote-139).

وفي صورة بيع عمارة صُبرة واحدة فإنه لا يكفي دفع الثمن أو تأمينه بل يجب أيضا في ظرف شهرين تكوين شركة مدنية عقارية لممارسة حق الأولوية في الشراء تضم على الأقل أغلبية المنتفعين بحق البقاء والمتسوغين للمحلات مهما كان إستعمالها ويجب أن يشغل هؤلاء نصف مساحة جملة هذه المحلات.

وفي صورة عدم التنبيه على المتسوغ المستفيد بحق الأولوية عملا بقانون 1978 أو عند بيع العقار بثمن أقل من الثمن المصرح به في التنبيه يجوز للمنتفع الحلول محل المشتري في أجل شهر من علمه بالبيع على أن يتم ذلك في بحر الستة أشهر الموالية لتاريخ البيع كأجل أقصى تطبيقا للفصل 6 من القانون المذكور.

وتتم نفس الإجراءات في شأن حق الأولوية المخول للمتسوغين أو الشاغلين عن حسن نية لعقارات على ملك الأجانب مع فارق وحيد هو الأجل المتروك للجواب على التنبيه الموجه من المالك وقدره سنة من تاريخ التنبيه عملا بقاعدة الفصل الرابع من قانون27 جوان 1983.

وفي صورة عدم التنبيه طبق أحكام قانون 1983 يمكن للمتسوغ أو الشاغل لعقار على ملك الأجانب المطلبة بفسخ عقد البيع حسب ما إقتضاه الفصل 4 من قانون 27 جوان 1983. على أن الفقه يرى ضرورة العمل بمبدإ إحلال المستفيد من حق الأولوية في الشراء محل المشتري عوض العمل بجزاء الفسخ[[139]](#footnote-140) .

**الفقرة الثالثة: الأسباب الخاصة بإكتساب ملكية المنقولات**

تُكتسب ملكية المنقولات كما العقارات بجميع التصرفات الإرادية أو الوقائع الواردة بالفصل 22 م ح ع. بقي أن هذا الفصل قد أورد سببا خاصا بالمنقولات وهو الإستيلاء (**أ**) إضافة إلى ذلك يمثل الحوز في المنقول (**ب**) قرينة على الملكية بما يبرٌر إخراجه من دائرة التقادم المنصوص عليها بالفصل 22.

1. **الإســــتـــــيـــــــــــــــــــــــــلاء**

مثل أغلب أسباب إكتساب الملكية لا يعتبر الإستيلاء سببا مستحدثا إذ يستمد جذوره من القانون الروماني وهو حاضر أيضا في الفقه الإسلامي الذي وسٌع نطاق الإستيلاء ليشمل "الأرض الموات" التي يجوز الإستيلاء عليها لغاية إحيائها لا مجرد وضع اليد لتملكها.

والإستيلاء سبب خاص لإكتساب الملكية ينحصر في المنقول: إنطلاقا من صريح عبارة الفصل 22 م ح ع الذي يقتضي أن "...**في المنقول بالإستيلاء أيضا**" من ناحية وبالنظر لقاعدة الفصل 23 م ح ع من ناحية أخرى التي تجعل "**العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة**".

ويمثل الفصل 24 م ح ع الأساس القانوني لهذه الوسيلة إذ جاء به أن "**من وضع يده بنية التملك على منقول لا مالك له صار مالكا له. ويصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد التنازل عن ملكيته**".

ويتضح بذلك أن الإستيلاء يُكسب ملكية منقول لا مالك له.

يلتقي الإستيلاء مع حوز المنقول[[140]](#footnote-141) في إشتراط عنصري وضع اليد على المنقول ( الركن المادي) ونية تملك المنقول(الركن المعنوي). وفي الحالتين ليس هناك مدة مشروطة (خلافا للتقادم في العقارات) لإكتساب الملكية.

ولكن الإستيلاء يتسلط على منقولات لا مالك لها أما الحوز فيفترض أن يكون المنقول مملوكا للغير. فحوز المنقول يستدعي "الشبهة" عملا بما جاء بالفصل 53 م ح ع " **من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات شبهة...**" وأما الإستيلاء فيُحقٌق أثره في التملٌك بغض النظر عن حسن نية الحائز أو سوئها.

والعنصر الأبرز في نظام الإستيلاء هو تسلطه على منقول لا مالك له ، وهذ الوضعية تتحقق في صورتين:

* الصورة الأولى: منقول لم يكن له مالك من قبل،
* الصورة الثانية: منقول كان مملوكا ثم أصبح غير مملوك لتنازل أو تخلي مالكه عنه (أي الشيء المتروك).

1. **المنقولات التي لم يكن لها مالك من قبل**

يقتضي الفصل 24 م ح ع أن "**من وضع يده بنية التملك على منقول لا مالك له صار مالكا له".** وفي تطبيقذلك يمكن أن يمتد الإستيلاء إلى الأشياء المباحة التي لم تكن من قبل مملوكة من ذلك الصيد في البرٌ والبحر كالسمك في البحر والطير في الهواء. ويتضح الفارق في أسباب إمتلاك هذه الحيوانات بحسب طبيعتها: فالحوت في البحر يمكن أن يُكتسب بالإستيلاء وعندما يضحي في ملك البائع يُكتسب بالعقد أما إن كان في البركة فيُمكن أن يُكتسب بالإلتصاق (الفصل 33 م ح ع). على أن تحقق الإستيلاء في مثل هذه الصور يفرض إحترام القوانين الخاصة المنظمة للصيد البري والبحري عملا بأحكام الفصل 26 م ح ع[[141]](#footnote-142).

أما في شأن الأشياء المشتركة والمشاعة كالهواء ومياه البحر[[142]](#footnote-143) فيرى البعض "أنها أشياء لا يمكن تملكها بالإستيلاء وإنما يخول للناس كافة إستعمالها"[[143]](#footnote-144) في حين يرى غيرهم[[144]](#footnote-145) أنه "يمكن السيطرة على جزء من شيء مشترك بنية تملكه. فإذا فُعل هذان كفٌ الجزء عن أن يكون مشتركا وصار مملوكا". والواضح أن الأقرب هو العمل بالرأي الثاني مع تدقيقه بإضافة شرطي الإباحة القانونية أي أن يكون من الجائز قانونا الإستيلاء على جزء من المشترك ثمٌ إعتبار القيمة الإقتصادية للمال المستولى عليه.

1. **المنقولات التي أصبحت غير مملوكة (المتخلى عن ملكيتها)**

يقع الإستيلاء في هذه الصورة على المنقولات التي أصبحت غير مملوكة وهي الأشياء المتروكة أو المتنازل عنها. فهذه الأشياء تكون مملوكة أصلا لكن مالكها يلقيها قاصدا التخلي عن ملكيتها بما يجعلها دون مالك. ومن أمثلة ذلك الملابس القديمة وبقايا الطعام أو الأثاث أو الدواء وغيرها من الأشياء التي يقرر صاحبها التخلص منها بمحض إرادته لفقدها كل منفعة لانسبة له. وطالما أضحت هذه الأشياء دون مالك فإنه من السائغ لأي شخص الإستيلاء عليها.

على أنه يتوجه التمييز بين المنقولات المتخلى عن ملكيتها والأشياء الضائعة (اللُقطة) أو المخبوءة (الكنز).

تنبني قاعدة الفصل 24 م ح ع على "قصد التنازل عن ملكية المنقول" أي أن إرادة المالك (السابق) إنصرفت بوعي إلى التخلي عن سيطرته القانونية على المنقول. هذه الصورة تختلف في حالة ضياع المنقول فالشيء الضائع والمعبٌر عنه قانونا باللُقطة خرج من ذمة صاحبه دون إرادته نتيجة فقده. وقد أورد الفصل الأول من الأمر العلي المؤرخ في 15 فيفري 1935 المتعلق باللٌقطة البرية أن اللٌقطة تشمل الأشياء المتحركة أو الجامدة الضائعة التي لا يعرف مالكها والتي لم يطلبها أحد وضاعت في غير البحر ومجاري المياه القابلة للملاحة أو التعويم. أما اللٌقطة البحرية (الحطام البحري) فينظمه القانون عدد 21 لسنة 1989 المؤرخ في 22 فيفري 1989.

وبناء على ذلك فإن المنقول الضائع لا يقبل الإستيلاء عليه ومن سعى في تملكه بطريق الإستيلاء وإحتفظ به يرتكب جريمة "الإستيلاء على لقطة" عملا بأحكام الفصل 280 من المجلة الجزائية[[145]](#footnote-146). ويتأكد بذلك أن اللُقطة تبقى مبدئيا على ملك صاحبها. لكن إذا لم يظهر لها مالك قد يكتسبها من عثر عليها بعد إحترام الإجراءات القانونية التي تفرض مرور آجال معينة وفي كثير من الأحيان تؤول ملكية هذه الأشياء للدولة.

أما الكنز فقد عرٌفه الفصل 25 م ح ع بأنه "**الشيء المخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته**"[[146]](#footnote-147). ذلك ان المنقولات التي يستطيع أحد إثبات ملكيتها لا تعتبر كنزا ولكنها تدخل في باب المنقولات الضائعة. ومن يعثر على كنز يكتسب خمسه (5/1) بالإستيلاء وثلاثة أخماسه لمالك الأرض التي وُجد بها والخمس الأخير للدولة طبق ما أورده الفصل 25.

1. **حــــوز الـــــــــــمــــــنــــــــــقــــــــــــــول**

الحوز سبب لإكتساب ملكية المنقول المملوك في الحقيقة للغير[[147]](#footnote-148)، وذلك دون إشتراط مدة خلافا لما يفترضه الحوز في العقارات غير المسجلة. فقد أورد الفصل 53 م ح ع أن "...**من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات شبهة حُمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته...**"، وهذه القاعدة إستعادة لذات القرينة الواردة بالفصل 488 من مجلة الإلتزامات والعقود[[148]](#footnote-149). وتحقق الأثر المكسب للملكية لحوز المنقول يستدعي مراعاة شروط العمل بهذه القرينة قانونا وإعتبار الإسثناءات التي ترد عليها.

1. شروط الحوز في المنقول:

يمكن أن نستنتج من خلال قاعدة الفصل 53 شرطين أساسيين للعمل بها: موضوع الحوز وشبهة الحوز.

* المنقول موضوع الحوز

وردت عبارة المنقول مطلقة في الفصل 53 م ح ع بما قد يوحي بتطبيقها على كل المنقولات. غير أن نظام حوز المنقول يفرض الأخذ ببعض الإستثناءات مردٌها طبيعة المنقول.

فالمنقولات غير المادية كالحقوق المعنوية والأصل التجاري والأوراق المالية[[149]](#footnote-150) أو الأوراق التجارية[[150]](#footnote-151) مالم تكن للحامل لا تخضع لنظام الحيازة المكسبة. كما أن المنقولات التي تخضع لوجوبية التسجيل كالسفن والطائرات والعربات البرية لا تدخل في قائمة المنقولات المشمولة بقاعدة الفصل 53 م ح ع.

إلى جانب ذلك فإن المنقولات التي تدخل في الأموال العامة لا تخضع لقاعدة الحوز ومن ذلك أسلحة الجيش، والكتب بالمكتبات العمومية...

مع كل ذلك تخرج المنقولات المعتبرة عقارات حكمية من دائرة إعمال قاعدة الفصل 53 فمن إشترى عقارا من غير ملكه ورجع عليه المالك الحقيقي وإسترد العقار، لا يمكنه أن يتمسك بالحوز لإدعاء ملكية المنقولات الموجودة بالعقار ومن صور ذلك شراء المنزل المؤثث فإذا إستعاده مالكه الحقيقي لا يمكن للمشتري التمسك بحوز الأثاث.

* الشبهة في حوز المنقول:

يشترط الفصل 53 حتى يؤول حوز المنقول إلى إكتساب الملكية أن يتمٌ ذلك بشبهة. وخلافا لمدلولها الإعتيادي فإن الشبهة في هذا الإطار تعدٌ مساوية لحسن النية في تطبيق لمبدإ الفصل 558 من مجلة الإلتزامات والعقود. وتغيبُ الشُبهة المقبولة متى كان الحائز عالما أن الذي حاز المنقول منه ليس مالكا كأن يكون قد سرقه أو أنه يستغل المنقول بموجب عقد كراء أو أن المنقول بين يديه بموجب عقد وديعة[[151]](#footnote-152).

وخلافا لقاعدة الفصل 46 م ح ع في شأن حوز العقار غير المسجل فلا يلزم أن يتدعٌم حوز المنقول بتصرف قانوني من شأنه أن تنتقل الملكية لو صدر ممن له الحق.

ومن المهم الإشارة إلى أن المعتبر في قاعدة الفصل 53 هو وقت توفر الشبهة: "...**عند توصله بالشيء المنقول**..." هذه المفردات التي إستعملها المشرع في نص الفصل 53 تفيد الحينية أي أن تقدير الشبهة ومدى توفرها يكون وقت تسلم الحائز للمنقول من غير مالكه فلا تلتبس ملكيته لاحقا إن علم بتعيٌب ملكية من نقل له الملكية ومعنى ذلك أنه" إذا كان الحائز حائزا بشبهة زمن بداية الحوز، فلا تأثير لعلمه بعد ذلك أن المتوصٌل منه غير مالك"[[152]](#footnote-153).

1. إستثناءات الحوز في المنقول:

تقتضي الفقرة الأولى من الفصل 54 م ح ع أنه "**يجوز لمالك المنقول أو السند للحامل إذا فقده أو سرق منه أن يستردٌه ممٌن يكون حائزا له**". وعملا بهذه القاعدة فإن الحوز لا يقوم، مبدئيا، سببا لإكتساب ملكية المنقول المسروق أو الضائع.

ويرى الفقه أن الإستثناء يجب أن ينحصر في هاتين الصورتين تحديدا، ذلك أن المشرع يرجح مصلحة الحائز في صورة خروج حوز المنقول من مالكه بإختياره بموجب عقد كالكراء أو الوديعة مع الشخص الذي سلم المنقول للحائز، فخوٌل المشرع لهذا الأخير تملك المنقول لأان المالك يعتبر قد ساهم في إيجاد مظهر ينخدع به الحائز"[[153]](#footnote-154).

هذا الأثر يستدعي ملاحظتين:

* من نقل الحيازة دون أن يكون مالكا قانونا يعد مرتكبا لجريمة التحيل أو خيانة الأمانة (عند توفر عقد)[[154]](#footnote-155) مع بقاء الملك المنقول بين يدي الحائز إذا كان حسن النية (شبهة).
* تعتبر قرينة الحيازة في المنقولات أحد تطبيقات نظرية الظاهر التي تستمد جذورها من القانون الروماني وتجد لها أمثلة متعددة جوهرها تفضيل الحقيقة الواقيعة الظاهرة على الحقيقة القانونية تكريسا لإستقرار المعاملات. وإعتماد هذه القرينة في المنقولات مبرٌر بسرعة إنتقال المنقول بين الأشخاص.

وعملا بالفقرة الثانية من الفصل 54 م ح ع "...**دعوى الإسترداد تسقط بمرور ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة**" ومعنى ذلك أن الحائز لا يكتسب ملكية المنقول المسروق أو الضائع بموجب الحوز طيلة هذه المدة. وفي المقابل فإن أجل الثلاث سنوات لا يكون فاعلا تجاه السارق أو الشخص الذي تحوز بالمنقول دون أي شبهة ففي هذه الصورة يجوز للمالك المطالبة بإسترداد المنقول دون توقف عند أجل الثلاث سنوات.

وتتوجب الإشارة إلى أن الحائز للمنقول يمكن له المطالبة بالثمن من المالك الذي يطالب بإسترداد المنقول الضائع أو المسروق بشرط أن يكون هذا الخائز قد إشترى المنقول "**بحسن نية في سوق أو مزاد علني أو إشتراه ممن يتٌجر في مثله**" عملا بما جاء بالفقرة الثالة من الفصل 54 م ح ع.

1. Le Droit donne des ordres aux Hommes pour donner un ordre aux choses. [↑](#footnote-ref-2)
2. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Droit civil. Les biens, Précis Dalloz, 5ème édition, 1998, n°3, p.3. [↑](#footnote-ref-3)
3. حاتم محمدي، دروس في القانون المدني، الجزء الأول: قانون الأموال، مجمع الأطرش للكتب المختص، تونس 2012، ص 9. [↑](#footnote-ref-4)
4. الملكية الفكرية أحد مواضيع الملكية فلم تكن من حاجة لتخصيصها بفقرة مستقلة. يُضاف إلى ذلك أن "ضمانات" حق الملكية الفكرية مكرٌسة تشريعيا قبل نص الدستور بمدة طويلة (القانون عدد 36 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 كما تم تنقيحه بموجب القانون عدد 33 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009). [↑](#footnote-ref-5)
5. في تفصيل تاريخي لهذه النصوص، أنظر حاتم محمدي سبق ذكره، ص 79 وما يليها. [↑](#footnote-ref-6)
6. أساسا الفصول 13 - 14 و 65 وما يليها من مجلة التجارة البحرية. [↑](#footnote-ref-7)
7. القانون عدد 28 لسنة 1964 المؤرخ في 4 جوان 1964 المتعلق بالنظام الأساسي للأراضي الإشتراكية والنصوص المنقحة له. [↑](#footnote-ref-8)
8. أمر علي مؤرخ في 18 جويلية 1957 يتعلق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والمشتركة. [↑](#footnote-ref-9)
9. من دلالات ذلك أن المشرع يفرض عند التنفيذ على مكاسب المدين البدء بالمنقولات قبل العقارات (الفصل 304 من م م م ت يقتضي أنه " **عمليات التنفيذ فيما عدا الديون الموثقة برهن أو إمتياز تقع على الأموال المنقولة فإن لم تكن كافية أو كانت غير موجودة فإن التنفيذ يقع على العقارات**"). [↑](#footnote-ref-10)
10. الفصل 10 من مجلة مؤسسات التوظيف الجماعي " **يمثل الصندوق المشترك للتوظيف في الأوراق المالية ملكية مشتركة للأوراق المالية. لا تكون للصندوق المشترك للتوظيف في الأوراق المالية الشخصية المعنوية ولا تطبق عليه أحكام مجلة الحقوق العينية الخاصة بالأملاك المشاعة وكذلك الأحكام المتعلقة بشركات المحاصة**". [↑](#footnote-ref-11)
11. الفصل 714 من المجلة المدنية الفرنسية. [↑](#footnote-ref-12)
12. أورد الفصل الثاني من هذا القانون كأحد أوجه الإستغلال "الإسترقاق" وعرفه بما هو "وضع تمارس فيه على الشخص السلطات الناجمة عن حق الملكية كلها أو بعضها". [↑](#footnote-ref-13)
13. القانون عدد 52 لسنة 1992 مؤرخ في 18 ماي 1992 المتعلق بالمخدرات كما تم إتمامه بالقانون عدد 6 لسنة 2009 المؤرخ في 26 جانفي 2009 ثم تنقيحه بموجب القانون عدد 39 لسنة 2017 المؤرخ في 8 ماي 2017. [↑](#footnote-ref-14)
14. القانون عدد 54 لسنة 1969 المؤرخ في 26 جويلية 1969 المتعلق بتنظيم المواد السمية. [↑](#footnote-ref-15)
15. القانون عدد 33 لسنة 1969 المؤرخ في 12 جوان 1969 المتعلق بضبط توريد ا أسلحة والإتجار فيها ومسكها وحملها. [↑](#footnote-ref-16)
16. في ذات المعني تُراجع عديد الفصول الأخرى من مجلة الإلتزامات والعقود: 210- 369- 584- 720 – 733 – 834 – 1023 – 1107 – 1255 – 1428 و 1463. [↑](#footnote-ref-17)
17. الفصل 340 من مجلة الإلتزامات والعقود " ينقضي الإلتزام بأداء الدين للدائن على الصور المقررة بالإتفاق أو بالقانون". في وظائف النقود أنظر:

    Rémy LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préface P. MAYER, LGDJ, 1992. [↑](#footnote-ref-18)
18. راجع في تفصيل ذلك: عبد المجيد الزروقي، الأموال (الحقوق العينية الأصلية)، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013، ص 14 وما يليها. [↑](#footnote-ref-19)
19. حاتم محمدي، سبق ذكره، ص 21 وما يليها. [↑](#footnote-ref-20)
20. في القانون الفرنسي برزت تعريفات المال أساسا من خلال المواقف الفقهية وهو ما يتم بسطه في محور "الذمة المالية" ثم في الفصل المخصص لحق الملكية. [↑](#footnote-ref-21)
21. Des droits indisponibles. [↑](#footnote-ref-22)
22. محمد كمال شرف الدين، قانون الأموال، درس مرقون، كلية الحقوق العلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2002-2003، ص 15. [↑](#footnote-ref-23)
23. تؤخذ بعين الإعتبار قاعدة الفصل 191 من م ح ع السابق بيانها. [↑](#footnote-ref-24)
24. في مادة الإجراءات الجماعية أورد الفصل 486 أنه " يترتب قانونا على الحكم بالتفليس من تاريخ صدوره وإلى حين الحكم بختم الفلسة رفع يد المدين عن إدارة جميع مكاسبه والتصرف فيها بما في ذلك المكاسب التي يكتسبها بأي وجه من الوجوه...." ويرى الفقه في هذا الحل تكريسا لحق رهن على مكاسب المدين لفائدة الدائنين المرسمين. [↑](#footnote-ref-25)
25. عبد المجيد الزروقي، سبق ذكره، ص 60. [↑](#footnote-ref-26)
26. أنظر قاعدة الفصل 581 من مجلة الإلتزامات والعقود والفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية. [↑](#footnote-ref-27)
27. يُستثنى من ذلك الإمكانية المتاحة للدائن في إبطال عقود المدين التي أبرمت للإضرار بحقوق الدائنين (الفصل 306 م إ ع) أو دعاوى الردٌ (actions de rapport) المنصوص عليها بقانون الإجراءات الجماعية صلب المجلة التجارية (الفصل 447). [↑](#footnote-ref-28)
28. كما تمٌ تنقيحه بموجب القانون عدد 33 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009. [↑](#footnote-ref-29)
29. محمد كمال شرف الدين، مرجع سبق ذكره، ص 10. [↑](#footnote-ref-30)
30. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Droit civil. Les biens, précité, n°66 et ss, p.65 et s. [↑](#footnote-ref-31)
31. يندرج هذا الفصل في الباب السادس من المجلة وعنوانه "في عقلة المنقولات وبيعها". [↑](#footnote-ref-32)
32. مجلة صادرة بموجب القانون عدد 93 لسنة 1999 مؤرخ في 17 أوت 1999. [↑](#footnote-ref-33)
33. مجلة صادرة بموجب القانون عدد 30 لسنة 2003 مؤرخ في 28 أفريل 2003. [↑](#footnote-ref-34)
34. أنظر في تدقيق ذلك: يوسف الكناي و فوزي بلكناني، سبق ذكره، ص 31، فقرة 64. [↑](#footnote-ref-35)
35. قرار الدوائر المجتمعة عدد 21626 بتاريخ 18 ماي 1995، المجموعة 1994/1995، ص 40. [↑](#footnote-ref-36)
36. يوسف الكناي و فوزي بلكناني، سبق ذكره، ص 38، فقرة 78. [↑](#footnote-ref-37)
37. الفصل 327 من مجلة الشركات التجارية. [↑](#footnote-ref-38)
38. الفصول 110 و 315 من مجلة الشركات التجارية. [↑](#footnote-ref-39)
39. الفصل 189 مكرر من المجلة التجارية. [↑](#footnote-ref-40)
40. لا بد من مثل هذا التدقيق لإستبعاد الأشياء التي تُستهلك رغم كونها لا تدخل في قائمة الأموال كالمخدرات مثلا. [↑](#footnote-ref-41)
41. عرفت الذمة في القانون الروماني تحت مفردة *PATRIMONIUM* وقد كانت قليلة الإستعمال ولم تكن تشمل سوى العناصر الإيجابية التي يملكها رب الأسرة، أما المجموع الخالص للأموال بعد خصم الديون فيعبر عنه بلفظة *BONA*، يراجع في هذا الخصوص: **عمر ممدوح مصطفى**، "القانون الروماني، المقدمة التاريخية، الأشخاص، الملكية، الحقوق العينية المقررة على مال الغير"، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة 1959، ص 280. [↑](#footnote-ref-42)
42. **عبد الرزاق السنهوري**، "مصادر الحق في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، دار الهناء للطباعة والنشر، القاهرة 1954، ص 16. [↑](#footnote-ref-43)
43. Ch. AUBRY et Ch. RAU, “Cours de Droit Civil Français » par E. Bartin, 5ème édition, 1917. [↑](#footnote-ref-44)
44. **محمد كمال شرف الدين**، "قانون مدني – النظرية العامة – الأشخاص – إثبات الحقوق"، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، الطبعة الأولى، تونس 2002، فقرة 168، ص 175. [↑](#footnote-ref-45)
45. ذات المرجع السابق. [↑](#footnote-ref-46)
46. **عبد المجيد الزروقي**، " الأموال (الحقوق العينية الأصلية)"، سبق ذكره، فقرة 23، ص 48. [↑](#footnote-ref-47)
47. " نظرية الذمة المالية قائمة على "الوحدانية" (كل شخص له ذمة مالية واحدة) و"الوحدة" (عناصر الذمة المالية تندمج في مجموع تتكون منه وحدة مجردة)"، **خليفة الخروبي**، "التأمينات العينية والشخصية"، سبق ذكره، ص 88، هامش 1. [↑](#footnote-ref-48)
48. يخرج من هذه القاعدة الصور التي يتولى فيها المدين التفويت في أمواله للإضرار بدائنيه ومن صور ذلك ما تعرض له المشرع في الفصول 306 وما بعده من مجلة الإلتزامات والعقود إضافة إلى بعض الحلول الإستثنائية الواردة بنظام الإجراءات الجماعية التي تخول للدائنين إبطال تصرفات المدين ومباشرة دعوى الرد (أي إعادة الأموال للذمة المالية للمدين). [↑](#footnote-ref-49)
49. «  Le patrimoine étant une émanation de la personnalité et l’expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle », Aubry et Rau, op.cit, § 573, p.335. [↑](#footnote-ref-50)
50. **خليفة الخروبي**، "قانون مدني – أوصاف الإلتزام"، سبق ذكره، فقرة 217، ص 166، وفي ذات المعنى: حاتم محمدي، مرجع سابق، فقرة 30، ص 28. [↑](#footnote-ref-51)
51. إستثنى الفصل 4 شركة المحاصة من إكتساب الشخصية المعنوية بما لا يتيح لها ذمة مالية فلا يمكنها أن تمتلك ذمة مالية (رأس مال). فهي لا توجد إلا بين الشركاء ومن خلالهم. [↑](#footnote-ref-52)
52. هذا التقسيم الذي إعتمده الأستاذ الملولي في مقاله المذكور آنفا بالصفحة الخامسة عشر منه. [↑](#footnote-ref-53)
53. تتشكل الذمة المخصصة من مبلغ جزافي يُحدد قيمته الفصل 132 من ذات المجلة ويخصص لدائنين بعينهم هم دائنو الرحلة البحرية عملا بما إقتضته الفقرة الأخيرة من الفصل 135 من مجلة التجارة البحرية أنه "...يختص بها الدائنون المبينون بالفصل 132". وتتضح الغاية من "المال المحدود" من خلال الاثر الذي يرتبه الفصل 137 من المجلة عن ذلك إذ يقتضي أنه " بعد تأمين المبالغ المتكون منها المال المحدود لا تجوز ممارسة أي حق على أي شيئ آخر من مكاسب المجهز بموجب الديون التي يسمح له فيها بتحديد المسؤوليٌة". [↑](#footnote-ref-54)
54. ينص الفصل 87 من مجلة الأحوال الشخصية أنه "يؤدى من التركة بحسب الترتيب لآتي:

    1. الحقوق المتعلقة بعين التركة.
    2. مصاريف التجهيز والدفن.

    ج- الديون الثابتة في الذمة.

    د- الوصية الصحيحة النافذة.

    ه- الميراث.

    فإذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة." [↑](#footnote-ref-55)
55. الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية. [↑](#footnote-ref-56)
56. **فرج القصير**، "أحكام المواريث"، الطبعة الثانية، دار الميزان للنشر، تونس 2001، ص 50. [↑](#footnote-ref-57)
57. **محمد الشرفي** و**علي المزغني**، "أحكام الحقوق"، دار الجنوب للنشر، تونس 1995، فقرة 148 "يتوجب الإبقاء على الشخصية القانونية ولو إعتباريا بعد الوفاة...فتبقى سارية إلى حد تصفية التركة".- **حاتم** **الرواتبي**، المرجع السابق، فقرة 314 وما يليها، ص 340 وما يليها. [↑](#footnote-ref-58)
58. **خليفة الخروبي**، "قانون مدني – أوصاف الإلأتزام"، سبق ذكره، فقرة 225، ص 174. [↑](#footnote-ref-59)
59. ينص الفصل 220 من م إ ع أنه " إذا أحيل محل تجارة بجميع ما فيه وإستمر المحال له على مباشرة الأعمال به بعنوانه التجاري **فعليه حتما** جميع ما على المحيل من الإلتزامات الناشئة من تعاطس تجارة المحل المحال....". [↑](#footnote-ref-60)
60. الفصل 193 من المجلة التجارية. [↑](#footnote-ref-61)
61. يوسف الكناني و فوزي بلكناني، المرجع السابق، هامش فقرة 56، ص 22. [↑](#footnote-ref-62)
62. الفصل 194 من المجلة التجارية. [↑](#footnote-ref-63)
63. الفصل 158 من مجلة الشركات التجارية. [↑](#footnote-ref-64)
64. أنظر مقدمة المحاضرات. [↑](#footnote-ref-65)
65. حول التطور التاريخي لحق الملكية، يراجع: عبد المجيد الزروقي، مرجع سبق ذكره، ص 161 وما يليها. [↑](#footnote-ref-66)
66. مالك العقار الذي يقوم بكرائه يتخلى طيلة مدة الكراء عن صلاحية إستعمال العقار لفائدة المكتري (مقابل معين الكراء) وعند إنتهاء مدة الكراء يسترجع هذه الصلاحية على العقار. ونفس الأثر يمكن أن يترتب عن رهن المال (منقولا أو عقارا) مع مراعاة القواعد الخاصة المنظمة لهذا الحق العيني التبعي. [↑](#footnote-ref-67)
67. حول شروط تحقق هذه الفرضية أنظر أدناه في أسباب إكتساب الملكية. [↑](#footnote-ref-68)
68. يلي تفصيل هذه الأحكام أدناه في إطار الفرع المخصص للقيود الواردة عل حق الملكية. [↑](#footnote-ref-69)
69. الفصل الثاني من القانون عدد 36 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية كما تم تنقيحه بموجب القانون عدد 33 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009. [↑](#footnote-ref-70)
70. الفصلان 266 و 291 من مجلة الحقوق العينية. [↑](#footnote-ref-71)
71. الفصل 157 من مجلة الحقوق العينية. [↑](#footnote-ref-72)
72. علاوة على إمكانية تغيير الوصف القانوني لبعض المنقولات تطبيقا لموجبات الفصلين 9 و 10 من م ح ع (أنظر أعلاه) فإن الطبيعة الخاصة لبعض المنقولات غير المادية تطرح إشكالا في ضبط مجالها من ذلك ان الأصل التجاري كمنقول غير محسوس يفضي إلى إلزام بائعه بعدم منافسة المشتري وهو ما يطابق الإلتزام التقليدي بالتسليم في المنقولات المادية وكذلك الأمر بالنسبة للأوراق المالية التي تتوافق مع قيمة مالية متغيرة بحسب النتائج التي تحققها الشركة وتتجسد ملكيتها من خلال إدراجها وجوبا بدفاتر تمسكها الشركة. [↑](#footnote-ref-73)
73. قرار تعقيبي مدني عدد 45355 بتاريخ 15 أفريل 1997، النشرية، ص 373. [↑](#footnote-ref-74)
74. في تفصيل ذلك أنظر: أحمد بن طالب، خمسينية مجلة الحقوق العينية. [↑](#footnote-ref-75)
75. الصادرة بموجب القانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994. [↑](#footnote-ref-76)
76. أنظر في شأن الإشكاليات المتعلقة بإنتقال التركة الفقرة أدناه المخصصة للميراث كأحد أسباب إنتقال الملكية. [↑](#footnote-ref-77)
77. إذا كان تلاقي الإرادتين في عقد البيع مثلا يؤدي إلى إنتقال الملكية فإن هذا الأثر لا يتحقق في جوهره بموجب إرادة الأطراف ولكن بناء على إختيار تشريعي أبرز ملامحه قاعدة الفصل 242 من مجلة الإلتزامات والعقود. [↑](#footnote-ref-78)
78. من ذلك الأسباب التقليدية الناشئة عن القانون كالمصادرة والتأميم التي تراجعت بفعل تطور المجتمعات والنظم القانونية. [↑](#footnote-ref-79)
79. إن الأسباب المتعلقة بملكية المنقول (الحوز والإستيلاء) يمكن أن تندرج في إطار التمييز المعتمد في الفقرتين الأولى والثانية على أننا أفردنا هذين السببين بفقرة خاصة لسببين: الأول تعلقهما بالمنقولات دون العقارات والثاني لتسهيل المقارنة بينهما والتوصل إلى إبراز الفوارق القائمة بينهما. [↑](#footnote-ref-80)
80. في تفصيل ذلك، يراجع : حاتم محمدي، مرجع سبق ذكره، ص..... [↑](#footnote-ref-81)
81. قرار تعقيبي عدد 14398 بتاريخ 24 ديسمبر 2009، النشرية 2010، ص 341. [↑](#footnote-ref-82)
82. الفصل الثاني من قرار وزير النقل المؤرخ في 25 جانفي 2000 يتعلق بتسجيل العربات، والفصل 16 من مجلة التجارة البحرية "**يجب أن يتم بكتب محرر لدى السلطة البحرية المختصة كل عمل تنتقل به ملكية سفينة تونسية أو أنصبة مشاعة منها**". [↑](#footnote-ref-83)
83. الإجارة على الصنع كما عرفها الفصل 828 من مجلة الإلتزامات والعقود هو "**عقد على إصطناع شيء معين بالوصف المنضبط مقابل أجر معين..".** [↑](#footnote-ref-84)
84. Clauses de réserve de propriété. [↑](#footnote-ref-85)
85. الفصل 442 من مجلة الإلتزامات والعقود **" الحجة الرسمية هي التي يتلقاها المأمورون العموميون المنتصبون لذلك قانونا في محل تحريرها على الصورة التي يقتضيها القانون".** [↑](#footnote-ref-86)
86. قرار تعقيبي عدد 63622 بتاريخ 10 مارس 2012، ورد ضمن: مقالات في قانون العائلة، جمعية الحقوقيين بصفاقس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2016، ص.260. [↑](#footnote-ref-87)
87. قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب بتاريخ 24 جوان 1962، النشرية لسنة 1961، ص 69. [↑](#footnote-ref-88)
88. قرار تعقيبي عدد 69115 بتاريخ 15 أفريل 2014 غير منشور (يمكن الإطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني لمحكمة التعقيب). [↑](#footnote-ref-89)
89. من المهم الإشارة إلى هذا الموقف لأنه أثر على تأويل جزء من الفقه التونسي لمقتضيات الفصل 241 من م إ ع حال أن الأمر مختلف جذريا بين النظامين. ففي القانون الفرنسي يجوز للورثة بمقتضى الفصل 768 من المجلة المدنية الفرنسية إختيار أحد الحلول التالية: قبول التركة قبولا مجردا (أي بما لها وما عليها) أو التنازل عنها أو قبولها في حدود ما يبقى صافيا منها. [↑](#footnote-ref-90)
90. في **عرض** هذا الموقف: يراجع: **حاتم** **الرواتبي**، " الحماية القانونية للدائن العادي"، دار الميزان للنشر، تونس 2008،، فقرة 320 وما يليها، ص 348 وما يليها. (صاحب المؤلف يخالف هذا الموقف). [↑](#footnote-ref-91)
91. ينص الفصل 87 من مجلة الأحوال الشخصية أنه "يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتي:

    1. الحقوق المتعلقة بعين التركة.
    2. مصاريف التجهيز والدفن.

    ج- الديون الثابتة في الذمة.

    د- الوصية الصحيحة النافذة.

    ه- الميراث.

    فإذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة." [↑](#footnote-ref-92)
92. الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية. [↑](#footnote-ref-93)
93. **فرج القصير**، "أحكام المواريث"، الطبعة الثانية، دار الميزان للنشر، تونس 2001، ص 50. [↑](#footnote-ref-94)
94. **محمد الشرفي** و**علي المزغني**، "أحكام الحقوق"، دار الجنوب للنشر، تونس 1995، فقرة 148 "يتوجب الإبقاء على الشخصية القانونية ولو إعتباريا بعد الوفاة...فتبقى سارية إلى حد تصفية التركة".- **حاتم** **الرواتبي**، المرجع السابق، فقرة 314 وما يليها، ص 340 وما يليها. [↑](#footnote-ref-95)
95. هذه النقطة تحديدا تبدو مغايرة تماما في ما يتعلٌق بالأشخاص المعنويين، من ذلك ما جاء بالفصل 29 من مجلة الشركات التجارية من أن "...الشخصية المعنوية للشركة تبقى قائمة إلى حين ختم أعمال التصفية". [↑](#footnote-ref-96)
96. **خليفة الخروبي**، "قانون مدني – أوصاف الإلأتزام"، سبق ذكره، فقرة 225، ص 174. [↑](#footnote-ref-97)
97. قرار تعقيبي عدد 79375 بتاريخ 13 مارس 2014، ورد ضمن: مقالات في قانون العائلة، جمعية الحقوقيين بصفاقس، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2016، ص.310. [↑](#footnote-ref-98)
98. تمييز منهجي لغاية التبسيط بإعتبار ترابط الحق والدعوى لأن الثانية جعلت لحماية الأول فالدعوى حق في حالة تحرك. إلى ذلك وجب إعتبار الفارق في إحتساب المدد بين ما تعلٌق بالدعاوى (الإجراءات) والحقوق أساسا في إمكانية القطع والتعليق. [↑](#footnote-ref-99)
99. يعتبر الفقيه "سافيني SAVIGNY" رائد النظرية الشخصية التي تشترط توفر عنصر مادي (السيطرة الواقعية على الحق أو الشيء بواسطة الحائز أو الغير والتي تفترض القيام بجميع الأعمال المادية المتعلقة بالحق أو الشيء) وعنصر معنوي يتمثل في إنصراف نية الحائز شخصيا إلى تملك الحق أو الشيء موضوع الحيازة. في المقابل برزت نظرية مادية دافع عنها الفقيه إيهرنق IHERING تكتفي بالعنصر المادي دون الحاجة إلى العنصر المعنوي. [↑](#footnote-ref-100)
100. قرار تعقيبي عدد 68064 بتاريخ 04 ديسمبر 2018 غير منشور (يمنك الإطلاع عليه من خلال الموقع الرسمي لمحكمة التعقيب). [↑](#footnote-ref-101)
101. قرار تعقيبي عدد 10924 بتاريخ 13 جانفي 1976، النشرية، ج 1، ص 13. [↑](#footnote-ref-102)
102. قرار تعقيبي عدد 1495 بتاريخ 07 جويلية 1977، النشرية، ج 2، ص 23. [↑](#footnote-ref-103)
103. يقتضي الفصل 141 من مجلة الإلتزمات والعقود أن "...**السنة ثلاثمائة وخمسة وستين يوما كاملة**" وأورد الفصل 403 من ذات المجلة أنه "**تسقط الدعوى بمضي عام ذي ثلاثمائة وخمسة وستين يوما**...". [↑](#footnote-ref-104)
104. ما يؤكد أن الأمر يتعلق بمصلحة خاصة هي مصلحة الحائز الذي له وحده أن يتمسك بها أمام المحاكم. فعلى الخلاف من ذلك متى تعلق الأمر بمسألة تتعلق بالنظام العام جاز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها وهو ما لا ينطبق في حالة التقادم المكسب. [↑](#footnote-ref-105)
105. يشير هذا الفصل إلى "**حالة حصول عذر للدائن عاقه عن القيام بحقوقه أثناء المدة المحددة لسقوط الدعوى لتعطل المحاكم في تلك المدة أو لسبب آخر لا قدرة له على دفعه".** [↑](#footnote-ref-106)
106. حاتم محمدي، المرجع السابق، فقرة 222، ص 171 والقرارات المذكورة. [↑](#footnote-ref-107)
107. على الخلاف من ذلك: أنظر في الصور والحلول المرتبطة بخلط منقول بمنقول في الفقه الإسلامي والقانون الروماني: يوسف الكناني وفوزي بلكناني، مرجع سبق ذكره، ص 106 إلى 109. [↑](#footnote-ref-108)
108. تنقسم الحيوانات بالنظر إلى العلاقات القانونية إلى ثلاثة أقسام: أولا الحيوانات الوحشية التي تسمح لها طبيعتها بأن تعيش في إستقلالية تامة عن الإنسان وهذ يكتسبها من يستولي عليها طالما ظلت تحت سيطرته، فإذا فرٌت ترجع كما كانت أشياء مباحة.

     ثانيا الحيوانات الأهلية animaux domestiques وهي قابلة للملكية (البقرة، الماعز، الخرفان..) ولا يفقذ مالكوها ملكيتهم لها إذا ضاعت منهم.

     ثالثا الحيوانات التي ليست وحشية تماما ولا أهلية تماما، ولكن من عادتها أن تسكن مكانا معينا وأن يكون لها نوعا من التبعية للإنسان، وهو القسم الذي ينظمه الفصل 33 م ح ع. [↑](#footnote-ref-109)
109. حاتم محمدي، مرجع سابق، ص 133. [↑](#footnote-ref-110)
110. مثال ذلك الشركة التي تستقر بأرض وتهدم ما عليها من بناءات وتبني مكانها مركبا سياحيا كاملا بموافقة السلطات المحلية تخضع للفقرة الأولى من الفصل 36 م ح ع لأن موافقة غير المالك لا تِخذ بعين الإعتبار ولأن مسعى السلطة المحلية لا يضفي الشرعية على العمل الذي قامت به الشركة، قرار تعقيبي مدني عدد 9151 بتاريخ 01 نوفمبر 1983، غير منشور أورده الأستاذ محمد كمال شرف الدين، المجلة القانونية التونسية، 1984، ص 618 (بالفرنسية). [↑](#footnote-ref-111)
111. من صور ذلك: شخص إشترى أرضا وبنى عليها ثم تبيٌن بعد ذلك أن البائع لم يكن مالكا وقام المالك الحقيقي على المشتري بدعوى الإستحقاق وإستحق العقار منه بالفعل فإعتُبر المشتري حائزا للأرض بشبهة فقُضي بالإحداثات للمالك الحقيقي واُلزم بأداء قيمتها، قرار تعقيبي مدني عدد 10506 بتاريخ 27 نوفمبر 1973، النشرية، ص 97. [↑](#footnote-ref-112)
112. راجع: قرار تعقيبي مدني عدد 8833 بتاريخ 10 أكتوبر 1973، النشرية، ج 2، ص 198. [↑](#footnote-ref-113)
113. قرار تعقيبي مدني عدد 3402 بتاريخ 14 ديسمبر 2006، النشرية، ج1، ص 319. [↑](#footnote-ref-114)
114. قرار تعقيبي مدني عدد 14343 بتاريخ 11 نوفمبر 1985، النشرية، ج 2، ص 224. [↑](#footnote-ref-115)
115. الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 22 بتاريخ 29 جويلية 2016، ص 2677. [↑](#footnote-ref-116)
116. القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 المتعلق بمراجعة التشريع المتعلق بالإنتزاع من أجل المصلحة العمومية والمنقح بالقانون عدد 26 لسنة 2003 المؤرخ في 14 أفريل 2003. [↑](#footnote-ref-117)
117. يمكن الفصل 5 من القانون من إبرام إتفاق معاوضة عينية مع مالك العقار إذا تسلط أمر الإنتزاع على عقارات فلاحية خاضعة إلى ترتيب حماية وذلك في حدود المدخر المتاح للمنتزع. [↑](#footnote-ref-118)
118. قرار تعقيبي مدني عدد 47632 بتاريخ 08 جانفي 2018، غير منشور، يمكن الإطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني لمحكمة التعقيب. [↑](#footnote-ref-119)
119. قرار الدوائر المجتمعة عدد 10488 بتاريخ 07 جانفي 1992، المجلة القانونية التونسية، ص 135. [↑](#footnote-ref-120)
120. حاتم محمدي، مرجع سابق، ص 199 وما يليها، عبد المجيد الزروقي، مرجع سابق، ص 227 وما يليها. [↑](#footnote-ref-121)
121. الشيوع " إشتراك شخصين فأكثر في ملكية عين أو حق عيني غير مفرزة حصة كل واحد منهم" (الفصل 56 م ح ع). هذه الوضعية تجمع بين شخصين أو أكثر في ملكية عقار. و قد يكون مصدر الشيوع الإرث أو تصرفا قانونيا قائما على إرادة واحدة (الوصية) أو إرادتين (عقد بيع). [↑](#footnote-ref-122)
122. قرار تعقيبي عدد 46510 بتاريخ 27 نوفمبر 1997، النشرية، ج 2، ص 366. [↑](#footnote-ref-123)
123. قرار تعقيبي مدني عدد 20580 بتاريخ 14 فيفري 2003، النشرية، ج1، ص 348. [↑](#footnote-ref-124)
124. قرار تعقيبي مدني عدد 1675 بتاريخ 29 جانفي 1980، النشرية، ج 1، ص 36. [↑](#footnote-ref-125)
125. الإقالة أحد أسباب إنقضاء الإلتزامات (الفصل 339 من مجلة الإلتزامات و العقود) وقد إقتضى الفصل 414 من هاته المجلة أنه "**تنفسخ الإلتزامات الناشئة من العقود إذا تراضى الطرفان على فسخها إثر التعاقد في الصور التي يبيحها القانون**". [↑](#footnote-ref-126)
126. قرار تعقيبي مدني عدد 63825 بتاريخ 18 ماي 1999، النشرية، ص 256. [↑](#footnote-ref-127)
127. قرار تعقيبي مدني عدد 15210 بتاريخ 19 أفريل 1988، النشرية، ص 220. [↑](#footnote-ref-128)
128. إذا كان البائع مالكا لألف متر على الشياع وقام ببيع النصف أي خمسمائة متر فإن الشفعة تُمارس من الشفيع في حدود الجزء المبيع. وإن تمٌ البيع على كامل الألف متر وجب أن يمتد أثر الشفعة للكامل. [↑](#footnote-ref-129)
129. نفس المثال السابق: لو باع الشريك كل أو جزء من ملكه يجب على الشفيع ممارسة (أو الإمتناع عن ذلك) في خصوص الكل المبيع، فلا يمكنه الإقتصار على عدد من الأسهم التي يحتاجها فقط (تم بيع ألف متر وكان الشفيع في حاجة فقط إلى مائتي متر لتوسعة عقاره لا يمكنه حصر الشفعة في هذا الجزء فقط). [↑](#footnote-ref-130)
130. قرار تعقيبي مدني عدد 44843 بتاريخ 19 نوفمبر 1996، النشرية، ص 351. [↑](#footnote-ref-131)
131. قرار تعقيبي مدني عدد 1215 بتاريخ 19 سبتمبر 2006، النشرية، ص 1. [↑](#footnote-ref-132)
132. قرار تعقيبي مدني (الدوائر المجتمعة) عدد 24634 بتاريخ 8 مارس 2018، غير منشور (يمكن الإطلاع عليه من خلال الموقع الإلكتروني لمحكمة التعقيب). [↑](#footnote-ref-133)
133. مع وجوب مراعاة ما يفرضه القانون في شأن العقارات المسجلة. [↑](#footnote-ref-134)
134. التاريخ المعتبر لرفع الدعوى هو تاريخ تبليغ عريضة الدعوى للخصم بمحضر عدل تنفيذ (قرار الدوائر المجتمعة بتاريخ 24 ديسمبر 1982، النشرية، ص 115. [↑](#footnote-ref-135)
135. قرار الدوائر المجتمعة عدد6216 بتاريخ 25 نوفمبر 1983، مجموعة قرارات الدوائر المجتمعة 1961-1992، منشورات مركز الدراسات، ص 381. [↑](#footnote-ref-136)
136. أحدثت الوكالات الثلاث بموجب القانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرخ في 14 أفريل 1973. [↑](#footnote-ref-137)
137. "الشاغل لمحل أجنبي عن حسن نية هو الشاغل له والمتصرف فيه فعلا ولم يداخله علم سابق بفساد السند ولا عدوان اليد على العقار المشغول أو إستغلال الظرف القانوني وأن يكون شغل المحل لمدة طويلة سابقة عن تاريخ صدور القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983"، قرار إستئنافي عدد 94737 بتاريخ 10 جويلية 1991، مجلة القضاء والتشريع، عدد 1 لسنة 1992، ص 124. [↑](#footnote-ref-138)
138. قرار تعقيبي مدني عدد 39021 بتاريخ 25 أكتوبر 1994، النشرية، ج 1، ص 216. [↑](#footnote-ref-139)
139. حاتم محمدي، المرجع السابق، ص 221، هامش 623. [↑](#footnote-ref-140)
140. في تفصيل نظام حوز المنقول أنظر أدناه الفقرة الموالية وقارن مع التقادم الوارد شرحه أعلى هذا. [↑](#footnote-ref-141)
141. تراتيب الصيد البري تضبطها أساسا أحكام الفصول 165 وما يليه من مجلة الغابات. [↑](#footnote-ref-142)
142. راجع في تعريف ذلك التمييز أعلاه (الفصل التمهيدي) بين الأشياء والأموال. [↑](#footnote-ref-143)
143. حاتم محمدي، المرجع السابق، فقرة 247، ص 183. [↑](#footnote-ref-144)
144. عبد المجيد الزروقي، مرجع سابق، فقرة 236، ص 385. ويورد مثالا لذلك من يملأ آنية من ماء البحر، يصير مالكا للماء الذي لم يكن ملكا لأحد. [↑](#footnote-ref-145)
145. " يعاقب مدة عامين كل من يستولي على شيء وجده لقطة ولم يُعلم به إما من له النظر من السلطات المحلية أو صاحب الشيء. ويستوجب نفس العقاب المقرر بالفقرة المتقدمة كل من يستولي عن سوء قصد على شيء وصل ليده غلطا أو بالمصادفة". [↑](#footnote-ref-146)
146. يورد الأستاذان الكناني وبلكناني (مرجع ساب، ص 105) الكنز في إطار "الإستيلاء على منقول كان له مالك" أي الصورة الأول لا الثانية. ومن أسباب ذلك كما يوردانه أن "..الكنز لا يمكن إعتباره دون مالك بدأ لأن دفنه دليل على أن مالكه كان موجودا. كما أن الدفن حجة كذلك على حرص هذا الأخير على صيانة ملكه بإخفائه عن العيون، مما ينفي عنه نية التخلي عن ملكية ما دُفن". [↑](#footnote-ref-147)
147. قارن مع الإستيلاء كسبب لإكتساب ملكية المنقول. [↑](#footnote-ref-148)
148. **" من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات بشبهة حُمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يُثبته ولا يحمل على الشبهة من علم أو كان من حقه أن يعلم عند توصله بالشيء المنقول أن المتوصل منه ليس له التصرٌف في ذلك".**  [↑](#footnote-ref-149)
149. منذ صدور القانون عدد 35 لسنة 2000 المؤرخ في 21 مارس 2000 والمتعلق بإرساء السندات غير المادية لم يعد من المتاح وجود "أوراق مالية للحامل" أي لا تحمل إسم مالكها. ويتوجب في هذا الباب إعتبار قاعدتي الفصلين 111 و 314 من مجلة الشركات التجارية. [↑](#footnote-ref-150)
150. يمكن إنشاء أوراق مالية للحامل أي أن الشخص المتحوز بها يمكنه المكالبة بما جاء بها من مبالغ مالية. على أن القانون المنظم للشيكات قيد هذه الصورة في حدود الكمبيالة إذ لم يجعل الفصل 269 من المجلة التجارية ذكر إسم المستفيد تنصيصا وجوبيا. ونجد في مقابل ذلك تنظيم حالات سرقة وضياع الكمبيالة في الفصول 300 وما يليه من المجلة التجارية. [↑](#footnote-ref-151)
151. الفصل 995 من مجلة الإلتزامات والعقود " **الوديعة شيء منقول يتسلمه شخص من آخر بمقتضى عقد ليحفظه ويردٌه بعينه**". [↑](#footnote-ref-152)
152. حاتم محمدي، المرجع السابق، فقرة 230، ص 174. [↑](#footnote-ref-153)
153. حاتم محمدي، المرجع السابق، فقرة 2332، ص 175. [↑](#footnote-ref-154)
154. أورد الفصل 297 من المجلة الجزائية. [↑](#footnote-ref-155)