الاختلاف بين العقار والمنقول في القانون المدني التونسي: مقاربة تحليلية

د. راسم قصارة[1]
د. مرتضى عبد الله [2]

https://aif-doi.org/AJHSS/119303

1) أستاذ مساعد في القانون التجاري - كلية الحقوق
جامعة الشرقية - سلطنة عمان1
racem.gassara@asu.edu.om
2) أستاذ مشارك في القانون المدني - كلية الحقوق
جامعة الشرقية - سلطنة عمان
murtadha.kheiri@asu.edu.om

الملخص:

عادة ما يميز القانون بين مفهومي "الشيء" و"المال"، فبينما يشير مفهوم "الشيء" إلى محل الحق، سواء أكان ماديا أم معنويا، يُعتبر المال كل حق يمتلك قيمة مالية. وعرّف المشرع التونسي المال في الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية بأنه: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية"، ويضيف الفصل الثاني من نفس المجلة أنه: "ينقسم المال إلى عقار ومنقول". وتكمن أهمية دراسة الاختلافات بين العقار والمنقول في القانون المدني التونسي في تحليل الفروقات بين القواعد المنظمة لهما سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية. ويهدف البحث إلى إثراء المعرفة القانونية، بتزويد الباحثين بدراسة أحكام القانون التونسي وتطبيقاته، عسى أن تكون منطلقا لدراسات مقارنة.

الكلمات المفتاحية:

قانون الأموال، منقولات، عقارات، نظام قانوني، بيع، انتقال ملكة، عقلة.

[1] أستاذ مساعد في القانون الخاص وعلوم الاجرام بالمعهد العالي لإدارة الأعمال بجامعة صفاقس، في إطار اعارة بكلية الحقوق جامعة الشرقية، بسلطنة عمان.

ISSN : 2410-1818

Abstract

The law distinguishes between the concepts of "thing" and "money." While the concept of "thing" refers to the object of a right, whether physical or moral, money is considered every right that possesses a monetary value. The Tunisian legislator defines money in the first article of the real rights code as: "Everything that is not outside the transaction by nature or by law and can be the subject of a right with a monetary value." The second article of the same code adds that "Money is divided into real estate and movable property."

The importance of studying the differences between real estate and movable property in the Tunisian Civil law, lies in analyzing the differences between the rules governing them, whether substantively or procedurally. The research aims to enrich legal knowledge by providing researchers with a study of the provisions of Tunisian law and its applications, which may serve as a starting point for comparative studies.

Keywords:

Property law, movable and immovable, legal system, sale, transfer ownership, seizure

.

المقدمة:

خلق اللّه الناس على حالة يحتاج فيها بعضهم إلى بعض، فليس يملك كل فرد ما يهمه ويكفيه، وألهمهم تبادل السلع والمنافع، بالبيع، والشراء[1]، وأكد ذلك عالم الاجتماع عبد الرحمان بن خلدون في مقدمته[2]، وعبر عنه بقوله إن الإنسان كائن اجتماعي أو مدني بالطبع، يختلط بغيره، فيشاركه في المعيشة، ويساهم معه في النشاط، ويتبادل معه النفع. وبمرور الأيام، أصبح الإنسان محتاجا في الحصول على قوته والدفاع عن نفسه إلى الاستعانة بأبناء جنسه، وتخلص من طبيعته الحيوانية، ليشعر بأنه جزء من الكل، حسب تعبير جان جاك روسو[3].

وقد أنعم اللّه تعالى على الناس بمتع كثيرة ومتعددة، فمن نعمة النساء، إلى نعمة البنين، إلى نعمة الثروة، إلى غير ذلك من النعم التي ترى في كل جوانب الحياة[4]. وللناس إزاء هذا المتاع مواقف

[1] يقول الله تعالى، "يا أيّها النّاس إنّا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا"، سورة الحجرات، الآية 13.

[2] عبد الرّحمان بن خلدون، المقدّمة، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، 2019، ص. 41.

[3] سالم كرير المرزوقي، التّنظيم السّياسيّ والإداريّ بالبلاد التّونسيّة، الدّار التّونسيّة للنّشر، تونس، 1991، ص. 67.

[4] ذكر الله تعالى بعض هذه النّعم وعدّدها. من ذلك قوله، "زيّن للنّاس حبّ الشّهوات من النّساء والبنين والقناطير المقنطرة من الذّهب والفضّة والخيل المسوّمة والأنعام والحرث ذلك متاع الحياة الدّنيا"، سورة آل عمران، آية 14.

ISSN : 2410-1818

مختلفة. فمنهم من يرى أنها الغاية، فيتعلق بها وتضعف إرادته، وتعم الفوضى، وتضيع جميع الحرمات[1]. ومنهم من يرفضها، ويزهد فيها لما يكتنفها من مشاق وتبعات. وهذا شأن المتصوفة، والزهاد. وقد حذر الإسلام من رفض الدنيا[2]، لأن ذلك يعطّل نشاط الحياة ويصيبها بالشلل. وثمة فريق وسط، لا ينغمس في المتاع المادي انغماسا يلهيه عن واجباته الروحية، ولا يزهد فيه زهدا ينسيه حاجاته، وهذه هي وجهة الإسلام[3]، وهي وجهة تتفق وطبيعة الإنسان [4]، وتساير منطق الإسلام كدين خالد[5]. فإذا كانت اليهودية أفرطت في الجانب المادي، والمسيحية أفرطت في الجانب الروحاني، فإن الإسلام جاء وسطا، جامعا بين المادة والروح، والدنيا والآخرة[6].

ومن الحقائق المسلم بها أن أي مجتمع، ولو كان بدائيا، لا يستطيع أن يستقر ويتطور دون حد أدنى من الضبط الاجتماعي، خاصة وأن العيش المشترك والمصالح المتشابكة والمتعارضة، تحتاج إلى ضبط وتنظيم، نظرا لما تتميز به الحياة الحديثة من تعقيد[7]، وتتمثل وسائل الضبط الاجتماعي في

[1] في هؤلاء يقول الله سبحانه وتعالى، "من كان يريد الحياة الدّنيا وزينتها نوفّ إليهم أعمالهم فيها وهم فيها لا يبخسون. أولئك الّذين ليس لهم في الآخرة إلاّ النّار وحبط ما صنعوا فيها وباطل ما كانوا يعملون"، سورة هود، آية 15 و16.

[2] يقول الله تعالى، "ورهبانيّة ابتدعوها ما كتبناها عليهم إلاّ ابتغاء رضوان الله فما رعوها حقّ رعايتها"، سورة الحديد، آية 27. وقال الرّسول صلّى الله عليه وسلّم، "لا رهبانيّة في الإسلام". وقال أيضا، "رهبانيّة أمّتي الجهاد في سبيل الله".

[3] يقول الله تعالى، "يا بني آدم خذوا زينتكم عند كلّ مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنّه لا يحبّ المسرفين. قل من حرّم زينة الله الّتي أخرج لعباده والطّيّبات من الرّزق. قل هي للّذين آمنوا في الحياة الدّنيا خالصة يوم القيامة. كذلك نفصّل الآيات لقوم يعلمون"، سورة الأعراف، آية 31 و32. وقال الرّسول صلّى الله عليه وسلّم، "إنّ الله يحبّ أن يرى أثر نعمته على عبده".

[4] لم يخلق الله في الإنسان الميول والغرائز، لكبتها وإخمادها فيضعف الجسم والعقل معا، ذلك أن العقل السّليم في الجسم السّليم. وضعف الجسم يعرّض الانسان للأمراض ويحول بينه وبين النّهوض بواجباته الشّخصيّة، والدّينيّة، والاجتماعيّة. وضعف العقل يفقد الإنسان حسن التّصرّف، ويمنعه من إدراك الحقائق إدراكا صحيحا، فتصدر أحكامه مجانبة للصّواب. وسلامة الجسم لا تتوفّر إلاّ بتوفّر كلّ ضروراته واحتياجاته.

[5] يريد الله أن تنتشر أحكام الإسلام، ومبادئه، وتعاليمه، في أرجاء الدّنيا، ولا يتمّ ذلك إلاّ إذا كانت لأصحابه قوّة العلم، وقوّة المال، وقوّة التّشريع. وهذه القوى ضرورة من ضرورات الاستخلاف في الأرض.

[6] يقول الله تعالى، "وكذلك جعلناكم أمّة وسطا لتكونوا شهداء على النّاس ويكون الرّسول عليكم شهيدا"، سورة البقرة، آية 143.

[7] مكّنت المدنيّة الحديثة الإنسان من عديد الآلات والمعدّات الّتي، ولئن وفّرت له الرّفاهيّة، إلاّ أنّها قد تصبح وسائل إضرار ودمار إذا ما أسيء استعمالها، وهو ما جعل إمكانيّة إحداث الضّرر على سلامة الإنسان، وحياته، وماله تتكاثر.

ISSN : 2410-1818

قواعد المجاملات والتقاليد[1]، أو في قواعد الأخلاق[2]، أو في القواعد الدينية[3]، أو في القواعد القانونية. ولم تعد وسائل الضبط الاجتماعي رقابة، وإجبارا، وتقييدا، وعقوبات فقط، بل أصبحت أيضا حماية، وإرشادا وتكريسا للحقوق، وخاصة الحقوق المالية التي تكون غايتها مصلحة مادية تقدر بالمال، وتترجم اقتصاديا، وتقبل التصرف فيها، والتنازل عنها، وتتقادم، وتنتقل إلى الورثة.

والمال في اللغة هو كل ما يملك وينتفع به، ولا يقتصر على العملات النقدية. ويسمى المال مالا لميل النفس إليه. فمن طبيعة الإنسان حب المال، والشغف بتملكه[4]. وقد عبر عن ذلك العلامة عبد الرحمان بن خلدون بقوله "اعلم أن العدوان على الناس في أموالهم ذاهب بآمالهم في تحصيلها واكتسابها ... وإذا ذهبت آمالهم في اكتسابها وتحصيلها انقبضت أيديهم عن السعي في ذلك ... ولا قوام للرجال إلا بالمال، ولا سبيل إلى المال إلا بالعمارة، ولا سبيل للعمارة إلا بالعدل"[5]. ومن الأقوال المأثورة التي تردد باستمرار أنه إذا لم يكن المال خادمك صار سيدك، وأن المال عبدك إذا أحسنت استعماله، وألا شيء يفسد الأخلاق كالمال وأن العلم خير من المال[6].

أما عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فالمال هو كل ما يمكن حيازته والانتفاع به على الوجه المعتاد شرعا، بحيث لا يكون الشيء مالا في نظر الشرع إلا إذا اجتمع فيه أمران، أولهما أن يكون من شأنه أن ينتفع به عند الحاجة، وثانيهما أن يكون الانتفاع به مباحا شرعا. وكان أول مبدأ قرره الإسلام أن الأصل في الأشياء والمنافع الحل والإباحة، ولا حرام إلا ما ورد نص صحيح صريح من الشارع

[1] قواعد المجاملات والتّقاليد هي مجموعة التّصرّفات، الّتي يتواضع أفراد المجتمع، في زمن معيّن، على إتّباعها في علاقاتهم اليوميّة، تدعيما لروابطهم، كالتّحيّة، والتّهنئة وتبادل الهدايا في المناسبات السّعيدة، والعزاء في الموت، والمواساة عند المصائب.

[2] قواعد الأخلاق هي مجموعة المبادئ، والقيم المستقرّة في ضمير الجماعة عن معنى الخير والشّرّ، والّتي تدعو إلى التّحلّي بالفضائل ونبذ الآثام والرّذائل، وتحثّ على اتّقاء الكذب والكراهيّة والنّفاق، والتّشبّث بالشّرف، والتّطلّع إلى معالي الأمور، والتّجرّد عن الهوى، ومدّ يد العون والمساعدة للمحتاجين والضّعفاء، والتّعاون على البرّ، والوفاء بالوعد، والصّدق في القول، والإخلاص في العمل، إلى غير ذلك من المبادئ الّتي تستهدف الكمال في سلوك الإنسان والسّموّ به عن النّقائص.

[3] القواعد الدّينيّة هي مجموعة الأوامر والنّواهي الّتي يعتقد الأفراد أنّها منزّلة عليهم من الله تعالى، عن طريق رسله، لهدايتهم، وتحقيق سعادتهم، في الدّنيا والآخرة.

[4] يقول الله تعالى، "زيّن للنّاس حبّ الشّهوات من النّساء والبنين والقناطير المقنطرة من الذّهب والفضّة والخيل المسوّمة والأنعام والحرث ذلك متاع الحياة الدّنيا"، سورة آل عمران، آية 14.

[5] عبد الرّحمان بن خلدون، المقدّمة، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، 2019، ص، 286.

[6] يقول الشّاعر، العلم أعلى من الأموال منزلة، لأنّه حافظ والمال محفوظ. ويقول أيضا، ما قيمة النّاس إلاّ في مبادئهم، لا المال يبقى ولا الألقاب والرّتب.

ISSN : 2410-1818

بتحريمه[1]. فإذا لم يكن النص صحيحا، أو لم يكن صريح الدلالة على الحرمة، بقي الأمر على أصل الإباحة[2].

[1] كان شرب الخمر مباحا في صدر الإسلام لقوله سبحانه وتعالى "ومن ثمرات النّخيل والأعناب تتّخذون منه سكرا وَرِزْقًا حَسَنًا ۗ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَةً لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ" سورة النحل، آية 67. فقد نزلت هذه الآية على الرّسول صلّى الله عليه وسلّم لمّا كان بمكّة المكرّمة قبل الهجرة والدّعوة الإسلاميّة. فمن الحكمة الإلاهيّة التّسهيل على المدعوّين للدّخول في الدّين الإسلامي، حتّى أنّ الرّسول صلّى الله عليه وسلّم كان يقول أنّ الدّخول في الدّين الإسلامي هو أن تقول "لا إلاه إلاّ الله محمّد رسول الله". وبعد الهجرة النّبويّة واعتزاز الدّين الإسلامي بمن دخل فيه من المهاجرين والأنصار، وبينما النّبيّ بالمدينة المنوّرة إذ سأله عمر بن الخطّاب ومعاذ ابن جبل وجماعة من الأنصار قائلين له يا رسول الله أفتنا في الخمر والميسر فإنّها تذهب العقل وتسلب المال، فأنزل الله سبحانه وتعالى قوله "يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للنّاس وإثمهما أكبر من نفعهما"، سورة البقرة، آية 219. ولمّا نزلت هذه الآية ولم تكن نصّا في تحريم الخمر، أقلع عن شربها قوم وبقي آخرون يتعاطونها. ومضى عن ذلك زمن إلى أن جعل عبد الرّحمان بن عوف وليمة دعا إليها أناس من أصحاب رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فأطعمهم وسقاهم الخمر وعندما حضرت صلاة العشاء فقدّموا أحدهم ليصلّي بهم فقرأ قل يا أيّها الكافرون أعبد ما تعبدون بحذف اللام النّافية، فأنزل الله عزّ وجلّ قوله "يا أيّها الّذين آمنوا لا تقربوا الصّلاة وأنتم سكارى حتّى تعلموا ما تقولون"، سورة النساء، آية 43. وجرى العمل على ذلك النّحو مدّة من الزّمن قلّ فيها تناول الخمر قال عمر اللّهمّ بيّن لنا في الخمر والميسر بيانا شافيا، فأنزل الله سبحانه وتعالى "يا أيّها الّذين آمنوا إنّما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشّيطان فاجتنبوه ... إلى قوله فهل أنتم منتهون"، سورة المائدة، آية 90. فقال عمر انتهينا يا ربّ، وكان ذلك بالمدينة المنوّرة بعد غزوة الأحزاب بأيّام.

[2] استدلّ علماء الإسلام على أنّ الأصل في الأشياء الإباحة بآيات القرآن الواضحة مثل قوله تعالى "هو الّذي خلق لكم ما في الأرض جميعا"، سورة البقرة، الآية 29، وقوله أيضا "وسخّر لكم ما في السّماوات والأرض جميعا منه"، سورة الجاثية، الآية 13. ووجه الاستدلال في ذلك أنّ الله سبحانه ما كان ليخلق هذه الأشياء ويسخّرها للإنسان ويمنّ عليه بها ثمّ يحرمه، وإنّما حرّم جزئيّات منها لسبب وحكمة. الدّكتور يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار غريب للطّباعة، القاهرة، الطّبعة العاشرة، 1976، ص. 21. وفي هذا ورد الحديث "ما أحلّ الله في كتابه فهو حلال، وما حرّم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، وتلا وما كان ربّك نسيّا"، رواه الحاكم وصحّحه وأخرجه البزار. فلم يشأ عليه الصّلاة والسّلام أن يجيب السّائلين عن هذه الجزئيّات، بل أحالهم على قاعدة يرجعون إليها في معرفة الحلال والحرام. وقال صلّى الله عليه وسلّم "إنّ الله فرض فرائض فلا تضيّعوها، وحدّ حدودا فلا تعتدوها، وحرّم أشياء فلا تنتهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها"، رواه الدّارقطني وحسّنه النّووي.

ISSN : 2410-1818

وينظر الإسلام إلى المال على أنه عصب الحياة، وقوامها، لا يستغني عنه الأفراد ولا الجماعات. وسماه الله خيرا[1]، وجعله زينة[2]، وشرع الإسلام عدة قواعد لحفظه أهمها الحجر على السفهاء الذين لا يحسنون التصرف فيه[3]، وكتابة الدين والرهن[4]، وتحريم الترف[5] والاعتداء على مال الغير[6].

واختلف فقهاء المسلمين في تعريفهم للمال حيث عرفته الحنفية بما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وعرفه المالكية بما يقع عليه الملك واستبد به المالك[7]، وعرفته الشافعية بما له قيمة يباع بها[8]، وعرفته الحنابلة بأنه كل عين مباحة النفع[9].

---

[1] يقول الله تعالى، "وإنّه لحبّ الخير لشديد"، سورة العاديات، آية 8. ويقول أيضا، " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصيّة للوالدين والأقربين بالمعروف حقّا على المتّقين"، سورة البقرة، آية 180.

[2] يقول الله تعالى، "المال والبنون زينة الحياة الدّنيا"، سورة الكهف، آية 46.

[3] يقول الله تعالى، "ولا تؤتوا السّفهاء أموالكم الّتي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم، وقولوا لهم قولا معروفا"، سورة النّساء، آية 5.

[4] يقول الله تعالى، "يأيّها الّذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمّى فاكتبوه"، سورة البقرة، آية 282. ويقول أيضا، "وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة"، سورة البقرة آية 283. وللرّهن في اللّغة معنيان. المعنى الأوّل هو الحبس مطلقا. يقول الله تعالى، " كلّ نفس بما كسبت رهينة"، سورة المدّثر، آية 38، أي محبوسة بوزر أفعالها. والمعنى الثّاني هو الثّبات والدّوام. يقال ماء راهن أي راكد، ويقال رهن بالمكان أي أقام به، ويقال نعمة راهنة أي ثابتة. والرّهن في الشّرع هو توثقة الدّين بالعين. ولقد عرّفته المادّة 975 من مرشد الحيران بكونه "جعل شيء مالي محبوسا في يد المرتهن أو في يد عدل بحقّ مالي يمكن استيفاؤه منه كلاّ أو بعضا".

[5] يقول الله تعالى في هذا السّياق، "ولا تبذّر تبذيرا إنّ المبذّرين كانوا إخوان الشّياطين"، سورة الإسراء، آية 26 و27 ويقول أيضا، " كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقّه يوم حصاده ولا تسرفوا إنّه لا يحبّ المسرفين"، سورة الأنعام، آية 141، ويقول أيضا، "ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كلّ البسط فتصبح ملوما محسورا"، سورة الإسراء، آية 29. كما جاء في الحديث، "ما عال، أي افتقر من اقتصد"، و "إنّ محمّدا وأهله أوّل من يجوعون إذا جاع النّاس وآخر من يشبعون إذا شبع النّاس".

[6] سورتان في القرآن بدأتا بالويل. الأولى تتعلّق بأعراض النّاس، ويل لكلّ همزة لمزة، والثّانية بأموالهم، ويل للمطفّفين. عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال، "من أخذ أموال النّاس يريد أداءها أدّى الله عنه، ومن أخذها يريد اتلافها أتلفه اللّ "، رواه البخاري وابن ماجة. وفي هذا الإطار، ذكر بعض العلماء في علّة تحريم الرّبا، أنّه يقتضي أخذ مال الإنسان من غير عوض، لأنّ من يبيع الدّينار بدينارين تحصل له زيادة دينار من غير مقابل، ومال الإنسان له حرمة كحرمة الدّم لقوله صلّى الله عليه "حرمة مال الإنسان كحرمة دمه"، فوجب أن يكون أخذ المال من غير عوض محرّما، أحمد عيسى عاشور، الفقه الميسّر في العبادات والمعاملات، الجزء الأوّل، مكتبة القرآن، مطبعة نهضة مصر، ص. 16 و17.

[7] أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشّاطبي، الموافقات، الجزء 2، دار ابن عفان، 1997، ص. 17.

[8] جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنّظائر، الجزء 1، دار الكتب العلمية، 1983، ص. 327.

[9] محمد بن صالح العثيمين، الشّرح الممتع على زاد المستقنع، الطّبعة الأولى، الرّياض، دار أسامة، 1416 هجري، الجزء 8، ص. 107.

ISSN : 2410-1818

ويرتبط المال في القانون ارتباطا وثيقا بالمعاملات المالية من بيع، وإجارة، وشركة، ورهن... وتقوم كل هذه المعاملات على مبدأ حرية التعامل، ويقتضي هذا المبدأ أن كل ما لم يمنع المشرع التعامل فيه يصلح أن يكون محلا للتعاقد، ويستند إلى القاعدة الأصولية التي مفادها أن الأصل في الأمور الإباحة، وأن المنع أو التجريم هو الاستثناء. وقد جاء بالفصل 62 من مجلة الالتزامات والعقود أنه "لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة. فما لم **تصرح القوانين بمنع** التعاقد فيه يصح التعامل فيه"[1]. ويندرج في هذا الإطار الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية، المأخوذ من الفصل 1890 من المجلة المدنية الفرنسية[2]، الذي يعرف المال بكونه " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية "[3]. ويحصر هذا الفصل المال في الشيء غير الخارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون. ويؤكد هذه القاعدة الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يذكر أنّه من بين أركان العقد الذي يترتب عليه تعمير الذمة "أن يكون المقصود من العقد مالا معينا يجوز التعاقد عليه"، وهو ما اصطلح على تسميته بمشروعية محل الالتزام، وكذلك الفصل 64 من نفس المجلة القاضي بإبطال العقد إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون. وتنص المادة 682 من القانون المدني الجزائري على أن "الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أن يستأثر أحد بحيازتها". ومن بين الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل يمكن أن نذكر مثالين. يتعلق الأول بالأشياء غير الموجودة أصلا، أي المعدومة. فمن جهة، لا يجوز بيع الحنطة في سنابلها، أو الصوف على ظهر شاة، ولا اللبن في ضرع البقرة[4]. ويقتضي الفصل 574 من مجلة الالتزامات والعقود أن "بيع المعدوم باطل". ومن المعدوم الذي يبطل التعاقد عليه الثمرة التي

---

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 8551، مؤرّخ في 27 جويلية 1972، مجلّة القضاء والتّشريع، 1972، ص. 47، "إنّ الفصل 62 من مجلّة الالتزامات والعقود إنّما ورد لبيان ما يجب توفّره في المتعاقد عليه، ومناط تطبيقه خاصّ بذاته".

[2] Aux termes de l'article 1890 du code civil français, « *les biens sont toutes choses qui ne sont pas hors du commerce par leur nature ou par disposition de la loi, et qui peuvent faire l'objet d'un droit ayant valeur pécuniaire* ». *G. LOISEAU*, « *Typologie des choses hors du commerce* », RTD civil, 2000, p. 49.

[3] تنصّ المادّة 682 من القانون المدني الجزائري على أنّ " كلّ شيء غير خارج عن التّعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح ان يكون محلاّ للحقوق الماليّة. والاشياء الّتي تخرج عن التّعامل بطبيعتها، هي الّتي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها. وأمّا الخارجة بحكم القانون، فهي الّتي لا يجيز القانون أن تكون محلاّ للحقوق الماليّة".

[4] محمّد سويسي، أنماط العمران البشريّ بإفريقيّة وجزيرة المغرب حتّى العهد الحفصي، مركز النّشر الجامعي، 2001، ص. 85. تواردت الأحاديث الصحيحة والصّريحة في النّهي عن بيع المعدوم. من ذلك ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع حبل الحبلة، صحيح البخاري، الحديث رقم 2036، ج. 2، ص. 753، وصحيح مسلم، الحديث رقم 1514، ج. 3، ص. 1153، وهو نتاج النّتاج.

ISSN : 2410-1818

لم تبرز والزرع الذي لم ينبت[1]، والنتاج، كالدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، وكذلك نتاج النتاج، كولد ولد الشاة وهي حامل به أو بيع اللبن في الضرع[2]. ويتعلق المثال الثاني بالأشياء التي تحتمل عدم الوجود، حيث يقتضي الفصل 574 من مجلة الالتزامات والعقود أن بيع ما في حصوله شك باطل، كحمل في بطن أمه، إلا أن هذا الفصل يجيز في فقرته الثانية "بيع الغلة المتعلقة بأصولها وغيرها من المنتوج البارز ولو قبل النضج"[3]، بحيث لا يتعلق الأمر بمعدوم، وإنما بشيء موجود. ويؤكد هذه الإمكانية الفصل 590 من المجلة نفسها الذي جاء فيه أنه "إذا بيعت أثمار على أشجارها، أو زرع قبل حصده، فإن ضمانها يكون على البائع إلى انتهاء نضجها". ويكمن أهم مثال للأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها فيما لا مالك له، كالهواء، وأشعة الشمس، ومياه الأنهار، وينص الفصل 571 من مجلة الالتزامات والعقود، والمتعلق بعقد البيع، على أن "ما لا يمكن تسليمه للمشتري، بناء على طبعه أو حاله، كالحوت في الماء، والطير في الهواء، والحيوان الشارد، لا يجوز بيعه". وتثير الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها مسألتين. تتعلق الأولى بالاستيلاء كسبب من أسباب اكتساب ملكية المنقول، حيث ورد بالفصل 24 من مجلة الحقوق العينية أن "من وضع يده بنية التملك على منقول **لا مالك له** صار مالكا له"[4]. ويستخلص من ذلك أنه إذا أمكن لشخص أن **يستولي** على شيء من هذا القبيل، ويدخله في حيازته، كأن يصيد سمكا من البحر، أو طيرا، أو حيوانا شاردا، فإنه يدخله حينئذ دائرة التعامل ويصيره مالا. وتتعلق المسألة الثانية بالتساؤل حول شرعية ملكية ما يسمى بـ "الشرافي"، وهي مصائد للسمك بجهة قرقنة، والخاضعة لمقتضيات الأمر المؤرخ في 5 فيفري 1931، المنظم لكيفية استغلال مياه البحر بجهة صفاقس. واعتبرت محكمة التعقيب التونسية أنه لا جدال في كون مياه البحر تعتبر من أملاك الدولة العامة التي لا تكتسب ملكيتها بأي وجه من أوجه اكتساب

---

[1] لا يجيز الفقه الإسلامي بيع الزّرع الأخضر إلاّ بشرط قطعه، لما روى مسلم "أنّ النّبيء صلّى الله عليه وسلّم نهى عن بيع ثمرة النّخل حتّى تزهر، والسّنبل والزّرع حتّى يبيضّ ويأمن العاهة".

[2] علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع، الجزء 5، مطبعة شركة المطبوعات العلمية بمصر، ص. 138.

[3] لا يجيز الفقه الإسلامي بيع الثّمرة مطلقا إلاّ بعد بدوّ صلاحها، وهو ظهور نضجها، أو حلاوتها بعد حموضها فيما لا يتلوّن، وفي المتلوّن بأن يحمرّ أو يصفرّ أو يسودّ، لقوله صلّى الله عليه وسلّم "لا تباع الثّمرة حتّى يبدو صلاحها"، رواه الشّيخان. أمّا إذا لم يبد صلاحها فلا يجوز بيعها إلاّ بشرط القطع سواء جرت العادة بقطعه أم لا، أحمد عيسى عاشور، الفقه الميسّر في العبادات والمعاملات، الجزء الأوّل، مكتبة القرآن، مطبعة نهضة مصر، ص. 20 و21.

[4] تنصّ المادّة 1203 من قانون المعاملات المدنيّة لدولة الإمارات العربيّة المتّحدة على أنّ "من أحرز منقولا مباحا لا مالك له بنيّة تملّكه ملكه". وتضيف المادّة 1204 من نفس القانون ما يأتي:

1- يصبح المنقول بغير مالك إذا تخلّى عنه مالكه بقصد التّخلّي عن ملكيّته.

2- وتعتبر الحيوانات غير الأليفة بغير مالك ما دامت طليقة، وما روّض من الحيوانات وألف الرّجوع إلى مكانه المخصّص ثمّ فقد هذه العادة صار بغير مالك.

ISSN : 2410-1818

الملكية، وأنه بالرجوع إلى الدعوى المرفوعة يتبين أنها لا تهدف الاعتراف بملكية جزء من البحر، وإنما تهدف إلى إثبات الانتفاع بمخزونه من الأسماك، وهو حق اعتبره الفصل 12 من مجلة الحقوق العينية من الحقوق العينية العقارية[1]. ويتضح من هذا القرار أن الاتفاقات التي تقع على الشرائح لا تتعلق بإحالة ملكية مياه البحر وإنما بإحالة حق الانتفاع بمخزونها من السمك.

كما توجد عديد الأشياء التي حجّر المشرع التعامل فيها لاعتبارات تهم النظام العام، مثل ملك الدولة العام، والمخدرات[2]، والحقوق الشخصية البحتة[3]، وما حرمه الشرع، والتعاقد على التركة المستقبلة. وإذا نظرنا فيما يتعلق بما حرمه الشرع، وجدنا الفصل 575 من مجلة الالتزامات والعقود ينصّ على أنه "لا يصح بين المسلمين ما حجر الشرع بيعه إلا ما رخصت التجارة فيه". وأبطل الفصل 834 من المجلة نفسها كل عقد موضوعه "تعليم السحر وما شاكله أو مباشرته ... والإجارة على عبادة عينية واجبة على كل مسلم كالصلاة والصوم". وأوضح الفصل 1463 من المجلة نفسها أن "ما لا يجوز بيعه أو إيجاره بين المسلمين شرعا لا يجوز فيه الصلح". ونص الفصل 1253 من المجلة نفسها على أن "تبطل الشركة بين المسلمين إذا كانت متعلقة بشيء ممنوع شرعا كما تبطل بين سائر الناس إذا كان موضوعها مما لا تسوغ التجارة فيه". وأوضح الفصل 1107 من المجلة نفسها أنه "لا يصح التوكيل ... إذا كان على أمر مخالف للقانون، أو للأصول الشرعية، أو للنظام العام، أو للأخلاق الحميدة ". كما أقر الفصل 317 من المجلة الجزائية تسليط عقاب بالسجن مدة خمسة عشر يوما مع خطية على "الأشخاص

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 61130، مؤرّخ في 5 فيفري 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، 1999، ص. 229.

[2] ينصّ الفصل 2 من القانون عدد 52 لسنة 1992، المؤرّخ في 18 ماي 1992، الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة، عدد 33، بتاريخ 26 ماي 1992، ص 621، والمنقّح بموجب القانون عدد 94 لسنة 1995، المؤرّخ في 9 نوفمبر 1995 والقانون عدد 101 لسنة 1998، المؤرخ في 30 نوفمبر 1998، والقانون عدد 39 لسنة 2017، المؤرّخ في 9 ماي 2017، الرّائد الرّسميّ للجمهوريّة التّونسيّة عدد 37، بتاريخ 9 ماي 2017، ص. 1480 على أنّه "يحجّر تحجيرا باتا زراعة النّباتات الطّبيعيّة المخدّرة المشار إليها بالفصل الأوّل من هذا القانون، وكذلك استهلاكها، أو إنتاجها، أو حصادها، أو مسكها، أو حيازتها، أو ملكيّتها، أو شراؤها، أو نقلها، أو ترويجها، أو إحالتها، أو عرضها، أو تسليمها، أو الإتّجار فيها، أو توزيعها، أو التوسّط فيها، أو توريدها، أو تصديرها، أو تصنيفها، أو استخراجها، أو تهريبها. وتمنع بصفة باتّة جميع العمليّات الزّراعيّة، أو الصّناعيّة، أو التّجاريّة، المرتبطة بالموادّ المخدّرة، إلاّ في الأحوال المسموح بها قانونا بالنّسبة إلى ميادين الطّبّ، والبيطرة، والصيدلة، والبحوث العلميّة دون سواها، عملا بأحكام النّصوص التّشريعيّة والتّرتيبيّة الجاري بها العمل". يراجع حول هذه المسألة، الطّاهر المنتصر، جرائم المخدّرات على ضوء القانون عدد 52 المؤرّخ في 18 ماي 1992، مجلّة القضاء والتّشريع، 1996، عدد 1، ص. 24، سامي بن فرحات، المخدّرات في القانون التّونسيّ وفقه القضاء وفق آخر التّعديلات وأحدث القرارات الصّادرة عن محكمة التّعقيب، محمّد محفوظ، تشريع المخدّرات من مظاهر تطوّر السّياسة الجنائيّة التّونسيّة، دراسات قانونيّة، مجلّة كلّية الحقوق بصفاقس، عدد 9، 2002، ص. 9.

[3] أبطل الفصل 201 من مجلّة الالتزامات والعقود الإحالة إذا كان موضوعها حقوقا شخصيّة بحتة. واستبعد الفصل 1462 من نفس المجلّة من نطاق الصّلح "الحقوق الخاصّة بذات الإنسان الّتي لا يجوز الاعتياض عنها بالمال كالحرّيّة والأبوّة ونحوهما".

ISSN : 2410-1818

الذين يناولون مشروبات كحولية[1] لمسلمين أو لأناس بحالة سكر"[2]. وفيما يتعلق بالتركة المستقبلة، ولضمان تطبيق أحكام الميراث التي تتعلق بالنظام العام، أبطل المشرع التعاقد على تركة إنسان لا يزال على قيد الحياة. فلئن أجاز الفصل 66 من مجلة الالتزامات والعقود "أن يكون المقصود من الالتزام شيئا مستقبلا وغير محقق عدا ما استثني في القانون"[3]، إلا أنه لم يجز "التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضى المورث"، معتبرا التعاقد فيما ذكر باطلا بطلانا مطلقا[4]. من أمثلة ذلك بيع وارث نصيبه من التركة المستقبلة لوارث آخر أو لغير وارث، أو أن يتفق وارثان على قسمة ما سيؤول لكل منهما من التركة في المستقبل، أو أن يتفق المورث مع أحد ورثته على إعطائه حصة في التركة تفوق أو تقل عن حصته القانونية، أو أن يتفق المورث مع غير وارث على إعطائه حصة

[1] كان العرب في الجاهليّة مولعين بشرب الخمر والمنادمة عليها. ظهر ذلك في لغتهم حيث جعلوا لها ما يناهز مائة اسم، فوصفوا في شعرهم، اقداحها، ومجالسها، وأنواعها. فلمّا جاء الإسلام أخذهم بمنهج حكيم، فتدرّج في تحريمها، فبيّن لهم أوّلا أنّ إثمها أكبر من نفعها، ثمّ منعهم من الصّلاة وهم سكارى، ثمّ أنزل سبحانه الآية القاطعة "يا أيّها الّذين آمنوا إنّما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشّيطان فاجتنبوه لعلّكم تفلحون. إنّما يريد الشّيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدّكم عن ذكر الله وعن الصّلاة فعل أنتم منتهون"، سورة المائدة، الآيتان 90 و91. ففي هاتين الآيتين، أكّد الله تحريم الخمر والميسر، القمار إذ قرنهما بالأنصاب والأزلام، وجعلهما رجسا، وهي لفظة لا تطلق في القرآن إلاّ على ما اشتدّ فحشه، وجعلهما من عمل الشّيطان، وطلب اجتنابهما، وجعل هذا الاجتناب سبيلا للفلاح، وذكر أضرارهما الاجتماعيّة، ثمّ طلب الانتهاء عنهما. وقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم "ما أسكر كثيره فقليله حرام"، رواه أحمد وأبو داود والتّرمذي.

[2] فقدت هذه النّصوص التّشريعيّة عمليّا كلّ قوّة ملزمة حيث لا تكاد تطبّق. فبيع الخمر للمسلمين معمول به في الحانات بموجب تراخيص إداريّة، وكذلك الشّأن بالنّسبة إلى عدّة صفقات وعقود موضوعها بيع أشياء محظورة شرعا، مثل الخنزير وغيره، وتثير القوانين المهجورة سؤالا يتعلّق بجواز اعتبارها منسوخة وغير محتفظة بطابعها الإلزامي. وتبدو الإجابة على هذا السّؤال صعبة لأوّل وهلة نظرا لتناقض النّصوص التّشريعيّة المتعلّقة بالغرض. فالفصل 537 من مجلّة الالتزامات والعقود، الّذي ينصّ على أنّ "ما أجازه القانون لسبب معيّن بطل بزواله"، يحمل اعترافا ضمنيّا من لدن المشرّع بجواز إلغاء قاعدة تشريعيّة بسبب عدم تطبيقها. لكن، لا يمكن المغالاة في هذا الحلّ واعتماده بصورة مطلقة نتيجة احتواء الفصل 542 من نفس المجلّة على قاعدة تقضي بخلاف ذلك، حيث جاء به ما يأتي، "لا تنسخ القوانين إلاّ بقوانين بعدها إذا نصّت المتأخّرة على ذلك نصّا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها". ويستخلص من هذا الفصل أنّ التّشريع يبقى ساري المفعول وواجب التّطبيق، لا يفنيه الزّمن، ولا ينسخه الواقع، ما لم يقم المشرّع بنسخه صراحة أو ضمنا. في نفس الاتّجاه، تقضي المادّة 5 من المجلّة المدنيّة الأردنيّة بأنّه "لا يجوز إلغاء نصّ تشريعيّ إلاّ بتشريع لاحق ينصّ صراحة على هذا الإلغاء أو ينظّم من جديد الموضوع الّذي سبق أن قرّر قواعده ذلك التّشريع وأن يشتمل على نصّ يتناقض مع نصّ التّشريع القديم".

[3] يجيز المشرّع أحيانا التّعاقد على شيء ممكن الوجود في المستقبل. من أمثلة ذلك بيع باعث عقاريّ مجموعة شقق قبل بنائها، على أن تنتقل الملكيّة إلى المشتري عند إتمام البناء.

[4] عبد الرزّاق السّعيدي، منع التّعاقد على التّركة المستقبلة، مجلّة القضاء والتّشريع، 1970، عدد 7، ص. 21.

ISSN : 2410-1818

في تركته[1]. ويرد على منع التعاقد على التركة المستقبلة استثناء هام يستمد مشروعيته من القرآن[2] والسنة[3]، يتمثل في الوصية، وهي "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة"[4]، أو "تصريح بنقل التملك إلى الموصى إليه بعد وفاة الموصي"[5].

ومن الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل المالي بحكم القانون جسم الإنسان. فالجسم في الديانات السماوية حامل الروح، وهو في الأنظمة القانونية المعاصرة ركيزة الشخصية، لذلك فهي تقر مبدأ حرمة جسد الإنسان، وتخرجه عن التعامل المالي، ولو أن التطور العلمي كشف النقاب عن مشاكل جديدة أدت إلى المساس بهذا المبدأ، كبيع الأعضاء البشرية، وكراء الأرحام[6]. وفي تونس، وبالإضافة إلى القوانين المتعلقة بإلغاء الرق، وخاصة الأمر العلي المؤرخ في 23 جانفي 1846، والأمر العلي المؤرخ في 28 ماي 1890، ينص الفصل 6 من القانون عدد 22 لسنة 1991، المؤرخ في 25 مارس 1991، والمتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها، على أنه "يحجر أخذ الأعضاء بمقابل مالي أو بأي صفة من صفات التعامل، بقطع النظر عن إرجاع المصاريف التي قد تستلزمها عمليات الأخذ والزرع"[7]. ويعاقب كل مخالف لأحكام هذا الفصل بالسجن من عامين إلى خمسة أعوام وبخطية تتراوح بين ألفي دينار وخمسة آلاف دينار[8]. وينص الفصل الأول من القانون عدد 93 لسنة 2001، المؤرخ في 7 أوت 2001، والمتعلق بالطب الإنجابي[9]، على ما يأتي "يخضع الطب الإنجابي لأحكام هذا القانون ويمارس في إطار كرامة الإنسان وصون حرمته الجسدية".

---

[1] يلجئ المورّث إلى هذا الاتّفاق لأنّ قواعد الوصيّة لا تخوّل له التّصرّف في ماله إلاّ في حدود نسبة معيّنة.

[2] يقول الله تعالى، "من بعد وصيّة يوصي بها أو دين"، سورة النّساء، آية 12.

[3] روي عن الرّسول صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال، "إنّ الله تصدّق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم".

[4] الفصل 171 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة.

[5] قرار تعقيبي مدني عدد 9842، مؤرّخ في 29 جوان 1974، نشريّة محكمة التّعقيب، 1974، ص. 175.

[6] Le corps humain et le droit. Travaux de l'Association Henri CAPITANT, tome XXVI, 1975 ; *L. JOSSROND*, « La personne humaine dans le commerce juridique », DH. 1932, chrono. p. 1.

[7] الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة 22 عدد، بتاريخ 29 مارس 1991، ص. 474.

[8] الفصل 18 من قانون 25 مارس 1991. رضا خماخم وسمير معتوق، زراعة الأعضاء بين الطّبّ والدّين والقانون، مجلّة القضاء والتّشريع، نوفمبر 1991، ص. 7.

[9] الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 63، بتاريخ 7 أوت 2001، ص. 2573.

ISSN : 2410-1818

وتنقسم الأموال من حيث ثباتها وحركتها إلى عقارات ومنقولات. ويجد هذا التقسيم جذوره في القانون الروماني، وتكرسه جل التشريعات المدنية المقارنة. ويتبنى المشرع التونسي تقسيم المال إلى عقار ومنقول. وقد ورد هذا التصنيف بالفصل 2 من مجلة الحقوق العينية، والفصل 57 من مجلة القانون الدولي الخاص[1]، والفصل 37 من مجلة المحاسبة العمومية[2]، وكرسته أيضا عديد الأحكام التشريعية الأخرى مثل الفصل 46 من مجلة الشركات التجارية[3]، والفصل 569 من مجلة الالتزامات والعقود[4]. ويكمن معيار التفرقة بين هذين الصنفين في الثبات وعدمه[5]. فإذا كان المال ثابتا اعتبر عقارا، وإذا كان ممكن النقل بلا تلف اعتبر منقولا[6]. وجاء بالفصل 3 من مجلة الحقوق العينية أن "العقار هو كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف". وينطبق هذا التعريف خاصة على العقارات الطبيعية التي تشمل الأراضي وما يقام فوقها من مبان ونباتات[7]، وما يلتصق بها من أجهزة وأنابيب كالمصاعد وأنابيب الغاز وقنوات المياه وأسلاك الكهرباء[8]. وتشمل العقارات الطبيعية أيضا الصابة على سوقها

[1] ينصّ الفصل 57 من مجلّة القانون الدّولي الخاصّ على أنّه "يوصف المال بمنقول أو عقار حسب قانون الدّولة التي يوجد بها المال".

[2] القانون عدد 81 لسنة 1973 المؤرّخ في 31 ديسمبر 1973، يتعلّق بإصدار مجلّة المحاسبة العموميّة، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 51، بتاريخ 31 ديسمبر 1973، ص. 2501.

[3] ينصّ الفصل 46 من مجلّة الشّركات التّجاريّة المتعلّق بتصفية الشّركة في فقرته الخامسة على أنّه "إذا كانت التّصفية ناتجة عن انحلال الشّركة، يجوز للشّركاء، بعد خلاص كلّ الدّائنين، استرجاع الأموال منقولات أو عقّارات كانت موضوع مساهمتهم إلاّ إذا نصّ العقد التّأسيسي على خلاف ذلك".

[4] ينصّ الفصل 569 من مجلّة الالتزامات والعقود على أنّ "السّماسرة والخبراء ليس لهم أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال المأمورين ببيعها أو بتقويمها، سواء كانت تلك الأموال منقولات أو عقارات. فالبيع باطل، ويحكم ببطلانه وبما ينتج عن ذلك من الخسائر".

[5] كانت الأنظمة القانونيّة التّقليديّة تفرّق بين المنقول والعقار من خلال معيار اقتصادي يتمثّل في الأهمّية الاقتصاديّة للشّيء. فلقد كان الاعتقاد سائدا بأهميّة العقارات مقارنة بالمنقولات، حيث كان العقار يمثّل، في مختلف الأنظمة القانونيّة التّقليديّة، المصدر الأساسيّ لثراء الفرد والدّولة. فهو الشّيء النّفيس، أمّا المنقول فهو الشّيء الخسيس، عبد الرّزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثّامن، حقّ الملكيّة، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، ص 16. إلا أن هذا الاعتقاد أصبح اليوم محلّ نقد خاصّة بالنّظر لما اكتسبته بعض المنقولات، كالحصص، وأسهم الشّركات، والأصول التّجاريّة، وبراءات الاختراع، ووسائل النّقل البحري والجوّي، من أهميّة اجتماعيّة واقتصاديّة. لهذا السّبب، أقرّ المشرّع أنظمة خاصّة ببعض المنقولات شبيهة بأنظمة العقارات، كآليّات التّسجيل فيما يخصّ الطّائرات والسفن.

[6] تنصّ المادّة 28 من التّقنين المدنيّ المصريّ على أنّ " كلّ شيء مستقرّ بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وما عدا ذلك فهو منقول".

[7] الفصل 5 من مجلّة الحقوق العينيّة.

[8] الفصل 6 من مجلّة الحقوق العينيّة.

ISSN : 2410-1818

والثمار[1] في أصولها[2] وحطب الأشجار[3]. وقد قضت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أنه "لا خلاف في أن المواجل بمعصرة زيت هي عقارات طبيعية وبالتالي فإنها لا تدخل بهذا المعني في عناصر الأصل التجاري التي لا تكون إلا منقولات"[4]. كما تعتبر من العقارات الطبيعية حقول المحروقات[5] والمواد المعدنية المصنفة كمناجم[6] سواء أكانت تستغل على سطح الأرض أم بباطنها. وتتبع هذه العقارات الملك العام للدولة بوصفها ثروة وطنية ولا تخضع لأحكام القانون العقاري المتعلق بالعقارات المسجلة ولا يمكن رهنها[7].

أهمية الموضوع العلمية والعملية:

يترتب عن تقسيم المال في القوانين الحديثة إلى عقارات ومنقولات آثار مهمة تنعكس في اختلاف القواعد القانونية المنظمة لكل منهما. فعادة ما تخضع التصرفات القانونية المرتبطة بالعقارات لإجراءات معقدة لتحقيق الشفافية وضمان حقوق الملاك. أما التصرفات التي تتعلق بالمنقولات، فغالبًا ما لا تُخضع لإجراءات معقدة بسبب سرعة تداولها. كما يترتب عن التمييز بين العقارات والمنقولات اختلاف القواعد القانونية المتعلقة بالحيازة والتقادم. كما يظهر تأثير التمييز بين العقارات والمنقولات في عديد المسائل الأخرى مثل الشفعة وحقوق الارتفاق.

---

[1] الثّمار هي الحمل الّذي تخرجه الشّجرة وإن لم يؤكل.

[2] الفصل 7 من مجلّة الحقوق العينيّة. تجدر الإشارة إلى أنّ الفصل 402 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة القاضي بأنّه "يمكن أن تعقل الصّابات والثّمار الّتي قاربت النّضج قبل قطعها"، ويندرج ضمن أحكام الباب السّادس من الجزء الثّامن من هذه المجلّة تحت عنوان "في عقلة المنقولات وبيعها". ويتضمّن هذا الباب الفصول 390 إلى 403 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

[3] الفصل 8 من مجلّة الحقوق العينيّة.

[4] محكمة التّعقيب، الدّوائر المجتمعة، قرار عدد 21626، مؤرّخ في 18 ماي 1995، مجموعة قرارات الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب، مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، وزارة العدل، 1994 – 1995، ص 40. مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصادية والتّصرّف بسوسة، العدد الأوّل، جوان 1997، ص 81 مع تعليق الأستاذ إيهاب بن رجب.

[5] الفصل 53 –1 من مجلّة المحروقات.

[6] الفصل 8 من مجلّة المناجم. "تعتبر مناجم المكامن الطّبيعيّة للموادّ المعدنيّة أو العضويّة المنصوص عليها بالفصل 5 من مجلّة المناجم سواء كانت تستغلّ على سطح الأرض أو بباطنها، وكذلك المكامن الجيوحراريّة الّتي يمكن أن تؤدّي إلى استخراج الطّاقة الحراريّة خاصّة عن طريق المياه السّاخنة والبخار الّتي تحتوي عليها هذه المكامن بباطن الأرض"، الفصل 2–ج من مجلّة المناجم.

[7] الفصلان 4 و53 –1 –من مجلّة المحروقات والفصلان 7 و8 من مجلّة المناجم.

ISSN : 2410-1818

مشكلة البحث:

تعتبر التفرقة بين العقار والمنقول جوهرية بالنظر إلى الآثار المتصلة بها، حيث يختلف نظام كل منهما، إلى حد بروز فرع من فروع القانون المدني يختص بتحديد القواعد المنطبقة على العقارات، هو القانون العقاري. ويندرج في هذا الإطار التساؤل الرئيس المتعلق بالاختلافات بين العقارات والمنقولات في القانون المدني التونسي. وللإجابة عن هذا السؤال أبرزنا أن الاختلافات بين العقار والمنقول لا تتعلق فقط بالأحكام الموضوعية (المبحث الأول) وإنما أيضا بالأحكام الإجرائية (المبحث الثاني).

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى المساهمة في التعريف بأساسيات القانون المدني التونسي، لفهم السياسة التشريعية التي تبناها المشرع التونسي في تقسيمه الأموال إلى منقولات وعقارات. كما يسعى البحث إلى التطوير القانوني واستخدام نتائجه لتوجيه عمليات تطوير السياسات القانونية المتعلقة بالعقارات والمنقولات في القانون المدني التونسي، خاصة مع ظهور أنواع جديدة من المنقولات، قد تفوق في قيمتها العقارات. كما يسعى الباحث إلى تقديم مساهمة علمية لفهم القانون المدني التونسي وإثراء المعرفة القانونية في هذا المجال، وذلك بتحليل الأحكام القانونية وتطبيقاتها.

منهج البحث:

اعتمد الباحث المنهج الوصفي التحليلي لتحليل الأحكام القانونية المتعلقة بين هذين الصنفين من الممتلكات وتحديد الفروقات بينهما وذلك لفهم الاختلافات القانونية بين المنقولات والعقارات في القانون المدني التونسي. كما لجأ الباحث إلى استخدام المنهج المقارن في بعض المواضع، لمقارنة الأنظمة القانونية في الدول الأخرى مع القانون التونسي.

هيكل البحث:

ينقسم البحث إلى مبحثين وخاتمة.

المبحث الأول: الاختلاف بين العقار والمنقول من حيث الأحكام الموضوعية وينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول-اختلاف طرق اكتساب الملكية.

المطلب الثاني-اختلاف أحكام البيع.

ISSN : 2410-1818

المبحث الثاني: الاختلاف بين العقار والمنقول من حيث الأحكام الإجرائية.

المطلب الأول-اختلاف قواعد العقلة.

المطلب الثاني-اختلاف قواعد الاختصاص الترابي.

الخاتمة.

النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: الاختلاف بين العقار والمنقول من حيث الأحكام الموضوعية

يختلف العقار والمنقول من حيث قواعد الوديعة التي يحصرها القانون في المنقول دون العقار، فقد جاء بالفصل 995 من مجلة الالتزامات والعقود أن "الوديعة شيء **منقول** يتسلمه شخص من آخر بمقتضى عقد ليحفظه ويرده بعينه"[1]. ويختلف العقار والمنقول كذلك من حيث طرق اكتساب الملكية (المطلب الأول)، وأحكام البيع (المطلب الثاني).

المطلب الأول-اختلاف طرق اكتساب الملكية

تختلف طرق اكتساب ملكية المنقول عن طرق اكتساب ملكية العقار من جانبين على الأقل. فمن جهة أولى، ينص الفصل 22 من مجلة الحقوق العينية على أن "تكتسب الملكية بالعقد، والميراث، والتقادم، والالتصاق، ومفعول القانون، وفي المنقول بالإستيلاء أيضا"[2]. ويستخلص من هذا الفصل أن المشرّع أقصى الاستيلاء من أسباب اكتساب الملكية العقارية. ويتأكد هذا الإقصاء من خلال مقارنة الفصلين 23 و24 من المجلة نفسها. ففي حين ينص الفصل 24 من هذه المجلة، في فقرته الأولى، على أن "من وضع يده بنية التملك على منقول لا مالك له صار مالكا له"، ينص الفصل 23 من المجلة نفسها على أن "العقارات التي لا مالك لها ملك للدولة". ويدعم هذه القاعدة الفصل 87 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنه "إذا لم يوجد ورثة، آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة". وتجد قاعدة اكتساب الملكية بالاستيلاء جذورها في عدة معطيات تاريخية، حيث تبنى القانون الدولي التقليدي نظرية الاستيلاء لتبرير فرض الدول الاستعمارية لسيادتها على أقاليم غير تابعة لأي

[1] تعرّف المادّة 590 من القانون المدني الجزائري الوديعة بأنّها "عقد يسلّم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه وعلى أن يردّه عينا".

[2] قرار تعقيبي مدني عدد 31021، مؤرّخ في 21 فيفري 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، 1992، ص. 201؛ قرار تعقيبي مدني عدد 12484، مؤرّخ في 28 نوفمبر 1985، نشريّة محكمة التّعقيب، 1985، عدد 2، ص. 231.

ISSN : 2410-1818

سيادة. وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان العقار مسجلا، فإن أسباب اكتساب ملكيته تنحصر في العقد، والميراث، والالتصاق، ومفعول القانون فحسب، إذ أن الحق المرسم لا يسري عليه مرور الزمن، ولا يكتسب بالتقادم مهما طالت مدته[1].

ومن جهة ثانية، في حين أن حوز المنقول قرينة على الملكية، إذ ينص الفصلان 53 من مجلة الحقوق العينية و488 من مجلة الالتزامات والعقود على أن "من حاز منقولا[2] أو صبرة من المنقولات شبهة حمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته"، لا يؤدي الحوز إلى اكتساب ملكية العقار إلا إذا توفرت فيه صفات معينة، وتواصل لمدة عشرة أو خمسة عشر أو ثلاثين عاما، حسب الحالات[3]. ويرجع هذا الاختلاف في النظام القانوني بين العقار والمنقول إلى سببين على الأقل. يتمثل السبب الأول فيما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة التعامل في المنقول، وما تتطلبه من أمن واستقرار، بينما لا يستوجب التعامل في العقار مثل هذه السرعة، إذ يجب على كل من يريد كسب ملكية العقار التثبت من صفة الشخص المتصرف فيه. ويرجع السبب الثاني إلى أن المشرع أراد، في مادة العقار، أن يمنح مالكه الحقيقي فرصة استرجاع حقه، فمكنه من مدة يستطيع خلالها القيام على الحائز.

المطلب الثاني-اختلاف أحكام البيع

يختلف بيع العقار عن بيع المنقول من عدة جوانب. فمن حيث كيفية تسليم المبيع، يتم تسليم العقار بتخلي البائع عنه، وفي الربع بإخلائه وتسليم مفاتيحه للمشتري. أما تسليم المنقول فيتم بالمناولة من يد إلى يد، أو بتسليم مفتاح المحل أو الصندوق الموضوع فيه[4]. ومن حيث دعوى ضمان العيوب، يقوم المشتري بدعوى رد المبيع، إذا وجده معيبا، في ظرف سنة، من وقت التسليم، إذا كان المبيع عقارا، ويقوم بهذه الدعوى في أجل شهر من تاريخ التسليم، إذا كان المبيع منقولا[5]. ومن حيث الآثار، لا تنسحب

[1] الفصل 307 من مجلّة الحقوق العينيّة. قرار تعقيبي مدني عدد 31021، مؤرّخ في 21 فيفري 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، 1992، ص. 185، لا يمكن التّمسّك بالحوز المكسب في العقارات المسجّلة، وهذه مسألة تهمّ النّظام العامّ، ويمكن بالتّالي لمحكمة التّعقيب إثارتها من تلقاء نفسها حتّى وإن لم يتعرّض لها الأطراف.

[2] ينصّ الفصل 13 من مجلّة التّجارة البحريّة على أنّ "السّفينة منقول مع مراعاة القواعد الخاصّة الواردة بهذه المجلّة، وهي لا تخضع لأحكام الفصل 488 من مجلّة الالتزامات والعقود".

[3] الفصول 45 و46 و47 من مجلّة الحقوق العينيّة.

[4] الفصل 593 من مجلّة الالتزامات والعقود.

[5] الفصل 672 من مجلّة الالتزامات والعقود.

ISSN : 2410-1818

أحكام الشفعة مبدئيا[1] إلا على بيع العقار. وقد كرس الفقه الإسلامي هذه القاعدة عملا بما جاء على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه "لا شفعة إلا في ربع أو حائط". ولئن لم يورد المشرع هذا الشرط بصفة صريحة، إلا أنه يمكن استنتاجه بصفة ضمنية من أحكام الفصلين 104 و109 من مجلة الحقوق العينية. فلا يجوز الأخذ بالشفعة في المنقول. غير أن أهم اختلاف بين بيع المنقول وبيع العقار يكمن في شروط الصحة. فإذا كان الأصل في بيع المنقول أنه رضائي[2]، إذ قلما يشترط المشرع شكلية معينة لصحة قيامه[3]، فإن الأمر مختلف بالنسبة إلى العقار الذي يستوجب بيعه احترام عدة شكليات، يتمثل أهمها في تعدد الرخص الإدارية، والكتب. وينص الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود في هذا الإطار، على أنه "إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية ...، يجب أن يكون بيعها كتابة بحجة ثابتة التاريخ قانونا، ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية"[4].

[1] رغم أنّ السّفينة منقول كما نص على ذلك الفصل 13 من مجلّة التّجارة البحريّة، أجاز المشرّع الأخذ فيها بالشّفعة، حيث ينصّ الفصل 21 من مجلّة التّجارة البحريّة في فقرته الأولى على أنّه "لكلّ شريك في ملكيّة سفينة أن يحيل للغير حصّته فيها دون إذن بقيّة الشّركاء. إلاّ أنّ لهم الحقّ في طلب ضمّها إلى حصصهم خلال الخمسة عشر يوما الموالية لإعلامهم بوقوع الإحالة".

[2] جاء بالفصل 580 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّه "إذا وقع من المتعاقدين ما يدلّ على الرّضا بالبيع، واتّفقا على الثّمن والمثمن وعلى بقيّة شروط العقد، انعقد البيع بينهما". وجاء في الفصل 583 من نفس المجلّة أنّه "إذا تمّ البيع بتراضي الطّرفين، انتقلت ملكيّة المشترى للمشتري". وقضت محكمة التّعقيب بأنّ بيع المنقولات مثل الجرّارات والمحراث لا يحتاج في إثباته إلى كتب طالما أنّ هناك إقرارا حكميّا بالبيع، قرار تعقيبي مدني عدد 19494 مؤرّخ في 28 مارس 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، 1990، ص. 199. كما قضت محكمة التعقيب أيضا بأنّ السّيّارة من المنقولات، ولذلك ينعقد بيعها وتنتقل ملكيّتها بمجرّد التّراضي كما يستفاد ذلك من أحكام الفصلين 580 و583 من مجلّة الالتزامات والعقود، ولا لزوم لإثبات بيعها للحجّة المكتوبة، قرار تعقيبي مدني عدد 18726 مؤرّخ في 26 فيفري 1988، مجلّة القضاء والتّشريع، 1992، عدد 1، ص. 109.

[3] أوجب الفصل 190 من المجلّة التّجاريّة أن يكون بيع الأصل التّجاري بكتب يحتوي عديد التّنصيصات الوجوبيّة وإلاّ كان باطلا. ونصّ الفصل 189 مكرّر من نفس المجلّة، الّذي أضيف بالقانون عدد 31 لسنة 2003، المؤرّخ في 28 أفريل 2003 على أنّه "يجب أن تحرّر العقود المتعلّقة بالأصل التّجاري بواسطة محامين مباشرين من غير المتمرّنين، باستثناء العقود الّتي تبرمها الدّولة والجماعات المحلّيّة والمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإداريّة، وكذلك رفع الرّهون، والعقود الّتي ينصّ القانون على إبرامها بحجّة رسميّة". ونصّ الفصل 16 من مجلّة التّجارة البحريّة، كما وقع تنقيحه بمقتضى القانون عدد 3 لسنة 2004، المؤرّخ في 20 جانفي 2004، والمتعلّق بتنقيح وإتمام مجلّة التّجارة البحريّة، على ما يأتي، "يجب أن يتمّ بكتب محرّر لدى السّلطة البحريّة المختصّة، كلّ عمل تنتقل به كامل ملكيّة سفينة تونسيّة، أو أنصبة مشاعة منها. كلّ نقل لملكيّة سفينة تونسيّة بالبلاد التّونسيّة خلافا لأحكام الفقرة الأولى من هذا الفصل يكون باطلا ولا عمل به". وينصّ الفصل 27 من القانون عدد 36 لسنة 2001، المؤرّخ في 17 أفريل 2001، والمتعلّق بحماية علامات الصّنع والتّجارة والخدمات، كما وقع تنقيحه بمقتضى القانون عدد 50 لسنة 2007، المؤرّخ في 23 جويلية 2007، على أنّه "يمكن أن تحال الحقوق المرتبطة بعلامة جزئيّا أو كلّيا أو أن تكون موضوع رهن، ولا يمكن أن تتضمّن الإحالة، ولو كانت جزئيّة، تحديدا ترابيّا. ويجب أن تتمّ الإحالة أو الرّهن بمقتضى كتب وإلاّ كانت باطلة". ووردت نفس المقتضيات، فيما يتعلّق ببراءة الاختراع، صلب الفصل 62 من القانون عدد 84 لسنة 2000، المؤرّخ في 24 أوت 2000، والمتعلّق ببراءات الاختراع، الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة عدد 68، بتاريخ 24 أوت 2000، ص. 2183.

[4] أحمد بن طالب، تنقيح الفصل 581 من مجلّة الالتزامات والعقود في محيط الإصلاح العقاري، الأحداث القانونيّة التّونسيّة، 1995، عدد 9، ص. 43.

ISSN : 2410-1818

وإذا كان العقار مسجلا، يشترط تحرير الكتب من أشخاص مؤهلين حددهم الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية، وترسيمه بالسجل العقاري، حتى يكون ناقلا للملكية، تطبيقا لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم[1].

المبحث الثاني: الاختلاف بين العقار والمنقول من حيث الأحكام الإجرائية

يختلف العقار والمنقول من حيث قواعد العقلة (الحجز) (المطلب الأول) والاختصاص الترابي (المطلب الثاني).

المطلب الأول-اختلاف قواعد العقلة

تهدف العقلة (الحجز) إلى وضع ما تتناوله من الأموال تحت يد العدالة، ومنع المدين من التصرف فيها بهدف الإضرار بدائنيه[2]، وبعد ذلك يتم بيع المكاسب المعقولة بالمزاد العلني[3]، حتى يتمكن الدائن من استخلاص دينه من ثمن البيع. ويبرز الاختلاف بين عقلة المنقول وعقلة العقار من جوانب ثلاثة. فمن جهة أولى، ينص الفصل 304 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية على أن "عمليات التنفيذ، فيما عدا الديون الموثقة برهن أو امتياز، تقع على الأموال المنقولة. فإن لم تكن كافية، أو كانت غير موجودة، فإن التنفيذ يقع على العقارات". ومن جهة ثانية، تتميز إجراءات عقلة العقارات بأنها إجراءات قضائية، طويلة، ومعقدة[4]، بينما تخضع عقلة المنقولات لإجراءات بسيطة، وميسرة[5]. إلا أن هذا الاختلاف فقد بعض حدته، حيث اتجه المشرع نحو تعميم إجراءات عقلة المنقولات. ومن أمثلة ذلك ما

---

[1] ينصّ الفصل 305 من مجلّة الحقوق العينيّة على أنّ " كلّ حقّ عيني لا يتكوّن إلاّ بترسيمه بالسّجلّ العقاري وابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم". يراجع حول الموضوع، محمّد كمال شرف الدّين، مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم في قوانين 4 ماي 1992، مجلّة القضاء والتّشريع، 1993، ص. 99.

[2] الفصل 309 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. قرار تعقيبي مدني عدد 76061، مؤرّخ في 29 جانفي 2014، غير منشور، أورده مصطفى صخري، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة معلّق عليها، المغاربيّة للطّباعة وإشهار الكتاب، تونس، 2016، ص. 728، "لئن كانت العقلة على العقار وسيلة من وسائل التّنفيذ تنقل الملكيّة، فهي تمنح حقوقا لضاربها تمنع المدين من التّصرّف في العقار بغاية الإضرار بدائنه من ذلك التّفويت فيه بالبيع الّذي رتّب عنه الفصل 309 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة البطلان، وتأسيسا على ذلك فإنّ وضع محكمة القرار المطعون فيه لعقد البيع ومحضر العقلة على نفس القدم من المساواة استنادا للنّتائج القانونيّة التي يرتّبها هذا الأخير واعتمادها لتاريخ التّسجيل الأسبق قد أحسنت تطبيق القانون".

[3] الفصل 311 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

[4] الفصل 410 وما بعده من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة. الهاشمي الكسراوي، العقلة العقاريّة في ضوء التّنقيح الجديد لمجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، مجلّة القضاء والتّشريع، 2003، عدد 1، ص. 34.

[5] الفصل 390 وما بعده من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

ISSN : 2410-1818

ورد بالفقرة الأولى من الفصل 450 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية من أنه "إذا لم يكن لأي عقار من العقارات التي شملتها إجراءات تتبع واحد، ثمن افتتاحي يتجاوز سبعة آلاف دينار، فإن العقلة والبيع يخضعان للإجراءات المقررة للمنقولات"[1]. ومن جهة ثالثة، تتسلط العقلة التوقيفية على المنقولات دون العقارات، وهي العقلة التي يجريها الدائن، تحت يد الغير المدين للمعقول عنه، أو الحائز لمنقولات مملوكة له، إذ يجيز الفصل 330 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية "لكل دائن بدين ثابت أن يجري عن إذن قاضي الناحية أو رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لدائرتها مقر المدين، كل في حدود نظره، عقلة توقيفية تحت يد الغير بقدر ما يفي بخلاص الدين المطلوب من **المبالغ المالية والمنقولات** التي يملكها هذا المدين، أو يستحقها، ولو كان استحقاقه لها مقترنا بأجل أو معلقا على شرط. ولا حاجة لاستئذان القاضي إذا كان بيد الدائن حكم، ولو لم يصبح بعد قابلا للتنفيذ".

ولقد خصت مجلة المرافعات المدنية والتجارية عقلة العقارات المسجلة، تحفظيا أو تنفيذيا، بأحكام خاصة تضمنتها فصولها من 327 إلى 329 بالنسبة إلى العقلة التحفظية، ومن 451 إلى 458 بالنسبة إلى العقلة التنفيذية. ويعقل العقار المسجل تحفظيا بترسيم اعتراض تحفظي برسم الملكية المخصص له بإدارة الملكية العقارية. وابتداء من تاريخ ترسيم هذا الاعتراض، لا يجوز ترسيم أي تفويت، غير البيع الواقع إثر عقلة، أو عقد القسمة، أو بيع الصفقة، إن تعلق الاعتراض المرسم بمناب مشاع فقط. كما لا يجوز ترسيم أي رهن اختياري أو غيره من الحقوق العينية، أو أية وصية. ويزول مفعول الاعتراض التحفظي، بقوة القانون، بمرور عامين على إدراجه[2]. ويعقل العقار المسجل عقلة تنفيذية بمقتضى سند تنفيذي أو سند مرسم بسجل العقار. وتجرى العقلة التنفيذية بصورة فعلية بتوجيه إنذار بالوفاء للمدين، عن طريق عدل منفذ، طبق الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 452 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. وإذا لم يقع الوفاء بالدين، فللدائن، خلال أجل قدره تسعون (90) يوما من تاريخ الإنذار، أن يتولى ترسيم ذلك الإنذار بسجل العقار ليقوم مقام العقلة، وأن يشرع في إجراءات بيعه بالمزاد العلني أمام الدائرة العقارية بالمحكمة الابتدائية لمكان العقار[3]. ولا يمكن أثناء هذه التتبعات أن يجرى على العقار أي ترسيم جديد يخص المدين المعقول عنه[4]. ويصبح الإنذار المرسم عديم الفائدة إذا لم تقع

[1] كان الفصل 450 قديم من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة يقتضي أنّ العقار الّذي لا تتجاوز قيمته مائتين وخمسين دينارا يقع بيعه طبق إجراءات عقلة المنقولات ويعفى من تعقيد العقلة العقاريّة.

[2] الفصلان 328 و329 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

[3] الفصل 423 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

[4] الفصل 453 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

ISSN : 2410-1818

البتة في الثلاثة أعوام الموالية لتاريخ ترسيمه. ولا يتم ترسيم البتة بسجل العقار المعقول إلا إذا صدر خلال ذلك الأجل حكم بتمديد أجل البتة ورسم قبل انقضاء أجل الثلاثة أعوام[1].

المطلب الثاني-اختلاف قواعد الاختصاص الترابي

يكون للمدعي في الدعوى المتعلقة بالمنقول، الخيار بين القيام لدى المحكمة التي يوجد بدائرتها مقر المدعى عليه، أو القيام لدى المحكمة التي يوجد بدائرتها المنقول المتنازع عليه[2]. أما بالنسبة إلى العقار، فيوجب الفصل 38 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية رفع الدعوى القضائية أمام المحكمة التي بدائرتها العقار، وذلك في صور ثلاث. تتعلق الأولى بالدعاوى الشخصية[3] الهادفة إلى التعويض عن الأضرار التي تلحق العقار. فعلى الرغم من التسليم بالصبغة الشخصية لمثل هذه الدعاوى، أوجب المشرع رفعها للمحكمة التي بدائرتها العقار. وتبرز هذه القاعدة حرص المشرع على تيسير إجراءات التقاضي التي تتطلب عادة التنقل على عين المكان لإجراء الأبحاث والتوجهات والاختبارات التي تقتضيها هذه الدعاوى. وتتعلق الصورة الثانية بالدعاوى الحوزية[4]، وهي ثلاثة أصناف، دعوى استرجاع حوز عقار أو حق عيني على عقار افتك بالقوة، ودعوى الاستبقاء على الحوز أو دعوى كف الشغب، ودعوى تعطيل أشغال. وقد أوجب المشرع على الحائز رفعها أمام المحكمة التي بدائرتها العقار بصرف النظر عن كونه مسجلا أو غير مسجل. ويمكن تبرير هذه القاعدة بأن اختيار أقرب محكمة للعقار من شأنه أن يسهل على القاضي عملية التوجه على العين للمعاينة والوقوف بنفسه على حقيقة الأمور المدعى بها من الطرفين، ولتلقي بينتهما على العين ومطابقتهما مع ما للخصمين من حجج على العقار، وتيسير عملية الإثبات لمصلحة الطرفين حتى يكون الحكم أقرب ما يمكن للحقيقة والواقع. وتتعلق الصورة الثالثة

[1] الفصل 456 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

[2] الفصل 36 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

[3] ينصّ الفصل 20 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة في فقرته الأولى على أنّه "توصف بدعاوى شخصيّة الدّعاوى المبنيّة على التزام مصدره القانون، أو العقد، أو شبه العقد، أو الجنحة، أو شبه الجنحة".

[4] جاء بالفصل 51 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة أنّه "توصف بدعوى حوزيّة القضيّة الّتي خوّل القانون القيام بها لحائز عقار أو حقّ عينيّ على عقار وذلك بقصد استرجاع الحوز أو استبقائه أو تعطيل أشغال". كما جاء بالفصل 52 من نفس المجلّة أنّ الدّعوى الحوزيّة أنواع ثلاثة هي دعوى كفّ الشّغب، ودعوى تعطيل أشغال، ودعوى استرجاع الحوز المفتكّ بالقوّة". ودعوى كفّ الشّغب هي الدّعوى الّتي خوّل القانون القيام بها للحائز قصد استبقاء حوزه، أو الاعتراف له به في صورة وقوع الشّغب، أو استرجاع حوزه في صورة افتكاكه منه. أما دعوى تعطيل أشغال فهي الدعوى التي يقوم بها الحائز إذا كانت له مصلحة في صدور الإذن بتعطيل الأشغال الّتي قد ينجرّ عنها شغب لو وقع إتمامها. ودعوى استرجاع الحوز المفتكّ بالقوّة هي دعوى يقوم بها الحائز إذا كان يقصد بقيامه استرجاع حوزه أو انتفاعه في صورة افتكاكه منه بالقوّة. وتجدر الإشارة إلى أنّ افتكاك الحوز بالقوّة يعدّ جنحة يعاقب عليها الفصل 255 من المجلّة الجزائيّة بالسّجن والخطيّة.

ISSN : 2410-1818

بالدعاوى الاستحقاقية[1] المتعلقة بالعقار. ولا تخص هذه الصورة العقارات المسجلة لأن التسجيل يقطع النزاع الاستحقاقي مما يجعل العقارات المسجلة مستثناة من التقاضي الاستحقاقي، فهو غير جائز ولا جدوى من ورائه، لا تتعلق هذه الصورة إلا بالعقارات غير المسجلة. غير أن القواعد المحددة للاختصاص الترابي ليست آمرة، ولا تتعلق بالنظام العام، بحيث يجب على من له مصلحة التمسك بها وإثارتها قبل الخوض في الأصل. ويمكن الاتفاق على استبعادها وعدم اتباعها، وهو ما يستنتج من أحكام الفصل 3 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية الذي ينص على أنه " لا عمل على كل اتفاق من شأنه مخالفة **الاختصاص الحكمي** المعين بالمجلة".

[1] يعرّف الفصل 20 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة في فقرته الثّالثة الدّعاوى الاستحقاقيّة بكونها "الّتي تستند إلى حقّ عيني عقاري"، أي الدّعاوى الرّامية إلى الاعتراف أو إلى نفي حقّ عينيّ عقاريّ على معنى الفصل 12 من مجلّة الحقوق العينيّة، بحيث تشمل دعوى المطالبة بملكيّة عقار من الغير الحائز له، ودعوى الاعتراف بحقّ الانتفاع، ودعوى الاعتراف بحقّ الارتفاق، وهي الدّعوى الّتي يقوم بها مالك العقار الموظّف له حقّ الارتفاق ضدّ مالك العقار الموظّف عليه حقّ الارتفاق أو حائز له ويطلب فيها الإقرار بحقّه، ودعوى الرّهن الّتي يمارسها الدّائن المرتهن لتتبّع العقار المرهون بين يد واضع اليد الّذي انتقلت له ملكيّته. في هذا الإطار، قضت محكمة التّعقيب أنّ الدّعوى الّتي يقوم بها المالك للاعتراف له بملكيّته لنصف الجدار الفاصل بين منزله ومنزل جاره تعدّ ذات صبغة استحقاقيّة، ويجب على محكمة النّاحية الّتي عرض عليها النّزاع في صيغة دعوى حوزيّة التّخلّي عن الدّعوى لأنّ المحكمة لا تتقيّد بالتّكييف الّذي يسبغه المدّعي على دعواه، بل عليها اختيار النّصّ القانوني الملائم للوقائع المعروضة وتطبيقه، قرار تعقيبي مدني عدد 9520، مؤرّخ في 13 فيفري 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، 1984، عدد 1، ص. 92.

ISSN : 2410-1818

الخاتمة:

تنقسم جميع الأموال، مهما كانت طبيعتها، إلى ممتلكات منقولة أو غير منقولة. وقد تبنى واضعو القانون المدني التونسي هذا التمييز الموروث من القانون الروماني، الذي كان يعتبر العقارات ا سلعًا ذات قيمة كبيرة، في حين يعد المنقولات أشياء "حقيرة"، كما توحي بذلك المقولة اللاتينية القائلة بأن " الشيء المنقول، شيء رخيص "res mobilis, res vilis". ويترتب على هذا التمييز اختلاف من حيث الأحكام الموضوعية والاجرائية لكل من الصنفين. ويطرح في هذا الإطار التساؤل حول ما إذا كان هذا التقسيم الذي تبناه المشرع في عام 1906، والذي يكرس علوية العقارات على المنقولات لا يزال ذا فائدة، أمام اكتساب عديد المنقولات أهمية كبيرة منذ ذلك الحين، أصبحت تضاهي في قيمتها العقارات، ومن ذلك مثلا الرقاع والأسهم في الشركات التجارية والعناصر غير الملموسة المرتبطة بها من زبائن واسم تجاري وحقوق الإيجار وحقوق الملكية الصناعية والتي ألحقها المشرع بصنف المنقولات. فهل يعني ذلك أن التمييز بين الممتلكات المنقولة وغير المنقولة لم يعد ذي جدوى؟

يبدو أن الإجابة على هذا التساؤل، لا يمكن أن تكون إلا سلبية، ذلك أن تطبيق العديد من القواعد يعتمد دائمًا على الطبيعة القانونية للمال التي تتعلق بها. وبناءً على ما تم التوصل إليه بعد دراسة الاختلافات بين العقار والمنقول في القانون المدني التونسي، يعرض الباحث بعض النتائج ويعقبها بعض التوصيات، نوردها كالتالي:

النتائج:

1- تحديد الفروقات القانونية الرئيسية بين العقارات والمنقولات في القانون المدني التونسي، بما يسهل فهم النظام القانوني لكل نوع منها.
2- تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على كل نوع من الممتلكات بما ويقلل من احتمالات النزاعات القانونية.
3- معرفة الإجراءات القانونية اللازمة للتعامل في العقارات والمنقولات في القانون المدني التونسي.

التوصيات:

1- تعزيز التوعية القانونية بين المواطنين والمهنيين القانونيين بالفروقات بين العقار والمنقول.
2- تبسيط الإجراءات القانونية المتعلقة بالعقارات والممتلكات المنقولة لتسهيل عملية التعامل معها وتقليل البيروقراطية.
3- تطوير التشريعات لتحديث القواعد المتعلقة بالعقارات والمنقولات في القانون المدني التونسي وتطويرها.

ISSN : 2410-1818

المراجع:

المراجع باللغة العربية:

الكتب:

أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشّاطبي، الموافقات، الجزء 2، دار ابن عفان، 1997.

أحمد عيسى عاشور، الفقه الميسّر في العبادات والمعاملات، الجزء الأوّل، مكتبة القرآن، مطبعة نهضة مصر.

جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنّظائر، الجزء 1، دار الكتب العلمية، 1983.

سالم كرير المرزوقي، التّنظيم السّياسيّ والإداريّ بالبلاد التّونسيّة، الدّار التّونسيّة للنّشر، تونس، 1991.

عبد الرّحمان بن خلدون، المقدّمة، دار نهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة، 2019.

عبد الرّزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثّامن، حقّ الملكيّة، دار إحياء التّراث العربي، بيروت.

علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع، الجزء 5، مطبعة شركة المطبوعات العلمية بمصر.

محمد بن صالح العثيمين، الشّرح الممتع على زاد المستنقع، الطّبعة الأولى، الرّياض، دار أسامة، 1416 هجري.

محمّد سويسي، أنماط العمران البشريّ بإفريقيّة وجزيرة المغرب حتّى العهد الحفصي، مركز النّشر الجامعي، 2001.

يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار غريب للطّباعة، القاهرة، الطّبعة العاشرة، 1976.

المقالات الفقهية:

أحمد بن طالب، تنقيح الفصل 581 من مجلّة الالتزامات والعقود في محيط الإصلاح العقاري، الأحداث القانونيّة التّونسيّة، 1995، عدد 9، ص. 43.

رضا خماخم وسمير معتوق، زراعة الأعضاء بين الطّبّ والدّين والقانون، مجلّة القضاء والتّشريع، نوفمبر 1991، ص. 7.

سامي بن فرحات، المخدّرات في القانون التّونسيّ وفقه القضاء وفق آخر التّعديلات وأحدث القرارات الصّادرة عن محكمة التّعقيب.

ISSN : 2410-1818

الطّاهر المنتصر، جرائم المخدّرات على ضوء القانون عدد 52 المؤرّخ في 18 ماي 1992، مجلّة القضاء والتّشريع، 1996، عدد 1، ص. 24.

عبد الرزّاق السّعيدي، منع التّعاقد على التّركة المستقبلة، مجلّة القضاء والتّشريع، 1970، عدد 7، ص. 21.

محمّد كمال شرف الدّين، مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم في قوانين 4 ماي 1992، مجلّة القضاء والتّشريع، 1993، ص. 99.

محمّد محفوظ، تشريع المخدّرات من مظاهر تطوّر السّياسة الجنائيّة التّونسيّة، دراسات قانونيّة، مجلّة كلّية الحقوق بصفاقس، عدد 9، 2002، ص. 9.

الهاشمي الكسراوي، العقلة العقاريّة في ضوء التّنقيح الجديد لمجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، مجلّة القضاء والتّشريع، 2003، عدد 1، ص. 34.

الأحكام القضائية:

قرار تعقيبي مدني عدد 12484، مؤرّخ في 28 نوفمبر 1985، نشريّة محكمة التّعقيب، 1985، عدد 2، ص. 231.

قرار تعقيبي مدني عدد 18726 مؤرّخ في 26 فيفري 1988، مجلّة القضاء والتّشريع، 1992، عدد 1، ص. 109.

قرار تعقيبي مدني عدد 19494 مؤرّخ في 28 مارس 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، 1990، ص. 199.

قرار تعقيبي مدني عدد 31021، مؤرّخ في 21 فيفري 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، 1992، ص. 201.

قرار تعقيبي مدني عدد 31021، مؤرّخ في 21 فيفري 1992، نشريّة محكمة التّعقيب، 1992، ص. 185

قرار تعقيبي مدني عدد 61130، مؤرّخ في 5 فيفري 1999، نشريّة محكمة التّعقيب، 1999، ص. 229.

قرار تعقيبي مدني عدد 76061، مؤرّخ في 29 جانفي 2014، غير منشور، أورده مصطفى صخري، مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة معلّق عليها، المغاربيّة للطّباعة وإشهار الكتاب، تونس، 2016، ص. 728.

قرار تعقيبي مدني عدد 8551، مؤرّخ في 27 جويلية 1972، مجلّة القضاء والتّشريع، 1972، ص. 47.

ISSN : 2410-1818

قرار تعقيبي مدني عدد 9520، مؤرّخ في 13 فيفري 1984، نشريّة محكمة التّعقيب، 1984، عدد 1، ص. 92.

قرار تعقيبي مدني عدد 9842، مؤرّخ في 29 جوان 1974، نشريّة محكمة التّعقيب، 1974، ص. 175.

محكمة التّعقيب، الدّوائر المجتمعة، قرار عدد 21626، مؤرّخ في 18 ماي 1995، مجموعة قرارات الدّوائر المجتمعة لمحكمة التّعقيب، مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، وزارة العدل، 1994 – 1995، ص 40. مجلّة العلوم القانونيّة والاقتصادية والتّصرّف بسوسة، العدد الأوّل، جوان 1997، ص 81 مع تعليق الأستاذ إيهاب بن رجب.

المراجع باللغة الفرنسية:

G. LOISEAU, « *Typologie des choses hors du commerce* », RTD civil, 2000, p. 49.

Le corps humain et le droit. Travaux de l'Association Henri CAPITANT, tome XXVI, 1975 ; *L. JOSSROND*, « La personne humaine dans le commerce juridique », DH. 1932, chrono. p. 1.