

دروس في القانون المدني: العقود الخاصة الأركان المتعلقة بذات المتعاقدين

الأستاذ: نذير بن عمرو



تعود ملكية هذا الدرس الرقمي إلى جامعة تونس الافتراضية دون سواها.
لذا فإنه يمنع منعاً باتاً نسخه لغايات تجارية. و يرخص في تحميله أو نسخه للاستعمال
الشخصي فقط .

الكتاب الأول: العقود الناقلة للملكية

الجزء الأول: البيع

الباب الأول: أركان البيع

الفصل الأول: الأركان المتعلقة بذات المتعاقدين

- تتكوّن الشروط المتعلقة بذات المتعاقدين من الأهلية (الفرع الأول) ومن الرضى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأهلية

- يقتضي الفصل 3 م.أ.ع أن "كلّ شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرّح القانون بخلافه". وهو ما يترتب عنه أن الأهلية سواء أكانت أهلية الأداء أم أهلية الوجوب [1] هي المبدأ. أمّا انعدامها أو نقصانها فهو الاستثناء، ويتكفل القانون تبعا لذلك بحصر تلك الحالات التي لا تخرج في عقد البيع عن أن تكون إمّا لتقييد أهلية البيع (الفقرة الأولى) أو لتقييد أهلية المشتري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تقييد أهلية البيع

- يقيد المشرّع أهلية البائع إما لأسباب موضوعية يقتضيها وضعه الاستثنائي الناجم عن سجنه أو تقييده أو ضرب عقلة على مكاسبه (I) وإمّا بسبب ما يشعر به ويتصرّف على مقتضاه نظرا لدنوّ أجله ، وهو سبب ذاتي يتمثل في مرض البائع مرض الموت (II).

[1] راجع حول هذين المفهومين ، محمد الزين، العقد، عدد 83 وما بعده ، ص 81 وما بعدها ، محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس 1995، ص 164 وما بعدها.

1- الأسباب الموضوعية في تقيّد أهلية البائع

- أ- يمنع الفصل 309 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المدين الذي ضربت عقله على أمواله من التصرف في تلك الأموال ، وهو منع شامل لا يهتم البيع فقط بل كلّ أعمال التفويت بعوض (كالمقايضة) أو بدونه (كالهبة) كما تمنع أعمال الإدارة كالكرءاء.

وغاية المشرّع من هذا المنع واضحة إذ أنّه يسعى إلى تحجير كلّ الأعمال التي من شأنها أن تقلّص أو تعدم حظوظ الدائنين في استيفاء ديونهم. أمّا جزاء مخالفة المنع فهو البطلان، لقول المشرّع إنّ كلّ ما يقع "باطل ولا عمل عليه إزاء الدائنين". ويبدو من هذه الصياغة أنّ البطلان نسبيّ لكونه شرع حماية لمصالح الدائنين [2]. غير أنّ ما ورد ببداية الفصل من أنّ كلّ عقله تهدف إلى وضع ما تتناوله الأموال تحت يد العدالة من ناحية ، وإقرار عقوبات جزائية ضدّ من يفرط في معقول (الفصل 278 م.ج.) قد يبرّر القول بأنّ البطلان مطلق.

- ب- من جهة أخرى يضع الفصل 30 من المجلة الجنائية تحت قيد الحجر من تاريخ الحكم عليه إلى إتمام مدة عقابه كلّ محكوم عليه في جناية واحدة بالسجن مدّة تتجاوز العشرة أعوام. وينجرّ عن ذلك أنّ المحكوم عليه لا يمكنه التصرف في مكاسبه إلاّ بالإيصاء. ويمنعه القانون من قبول أيّ مبلغ ولو جزئي من ربحها. أمّا بالنسبة لإدارة تلك المكاسب، فإنّه يعيّن في شأنها مقدّم يحاسب المحكوم عليه عن تصرفه مدّة تقديمه بانقضاء مدّة العقاب.

وهكذا فإنّه طيلة المدّة التي يدوم فيها الحجر والتي تنطلق من تاريخ الحكم إلى إتمام مدّة العقاب [3] يمنع المحكوم عليه لا من إبرام بيع فحسب ، بل وبصفة عامّة من كلّ أعمال التفويت بعوض أو بدونه باستثناء الوصيّة.

[2] فارن مع الحلّ المقرّر في فقه القضاء الفرنسي: Cass. Civ.، 2è، 4 décembre 1953، D.1954، 91

أنظر حول المسألة: GHESTIN et DESCHE، op.cit.، n°253، p.293.
[3] ويفهم من القرار التعقيبي المدني ع-24252دد المؤرخ في 26 ماي 1992 (ن.ص 340) "أنّ الحجر لا يتواصل إلى انقضاء مدّة العقاب بل يتوقّف بمجرد سراح المحكوم عليه بمقتضى السراح الشرطي مثلاً ولربما كان هذا الحل مخالفاً لمبدأ التأويل الضيق للقانون الجنائي ما دام الفصل 30 يتحدث عن إتمام المحكوم عليه عقابه وأنّ السراح الشرطي لا يعتبر معه العقاب قد تمّ قضاؤه إلاّ إذا لم يقع قبل انتهاء مدّة العقاب إلغاء السراح الشرطي (الفصل 360 من مجلة الإجراءات الجزائية).

ورغم أنّ المشرّع سكت عن بيان جزاء الأعمال المبرمة خلافا لهذا المنع ، فإنّ الطبيعة الجزائية لهذا النصّ- الذي يجعل من التحجير عقوبة تبعية بالنسبة إلى عقوبة السجن تدلّ على أنّ البطلان يكون في هذه الحالة مطلقا .

. ج - أخيرا ينجرّ عن الحكم بتفليس التاجر رفع يده عن التصرف في جميع مكاسبه وإدارتها (الفصل 457 من المجلة التجارية). ويفضي ذلك إلى جعله عديم أهلية الأداء (الفصل 6 م.أ.ع) فلا يباشر الأعمال القانونية بل أنّ ذلك يتمّ بواسطة أمين الفلسة الذي ينبغي عليه كلّما رأى ضرورة بيع أملاك منقولة أو عقارات أن يستأذن الحاكم المنتدب طبق ما هو مقررّ بالفصل 494 من المجلة التجارية.

. - يخلص من عرض مختلف الحالات السابقة أنّ تقييد أهلية البائع لا يرمي إلى حمايته بل هو إجراء اقتضته الريبة منه بسبب ما ثبت عليه من سوء تصرف يدعو إلى حماية الغير منه. أمّا في حالة المريض مرض الموت فالأمر مختلف.

II- السبب الذاتي: تقييد الأهلية بسبب مرض الموت

-يقنضي الفصل 565 م.أ.ع^[4] أنّ "بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لوأرث وظهر فيه قصد المحاباة كأن يبيع له بأقلّ من الثمن المتعارف بكثير أو يشتري منه بأزيد وإذا كان البيع لغير وارث يتنزّل عليه حكم الفصل 355". ويتبين من النص المذكور أنّ المشرع لم يعرّف مرض الموت مما قد يورث ترددا حول مفهومه(أ) ومع أنه تعرض إلى جزائه إلا أن الاضطراب غلب على فقه القضاء في تحديد طبيعة ذلك الجزاء والأساس الذي يبرر تقييد أهلية البائع (ب).

أ- مفهوم مرض الموت

(1 - توجب محكمة التعقيب الرجوع في تعريف مرض الموت إلى الفقه الإسلامي ، وخصوصا الفصل 1595 من المجلة العثمانية^[5] .

^[4] لم يكن لهذا النصّ أصل في المشروع التمهيدي. وقد تلافي محرّروا المجلة النقص في اللائحة الابتدائية بالفصل 661 محيلين في ذلك على الفقه المالكي رغم افتقار هذا المذهب خلافا للمذهب الحنفي لاجتهاد خاصّ في تركيز هذا المفهوم. أنظر في هذا المعنى.

Mohamed Kamel CHARFEDDINE ، «Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière» ,préf. M.Hachem ، C.E.R.P. ، 1993 ، n° 274 ، p.228 et s.

^[5] ات م عدد 9162 مؤرخ في 24 نوفمبر 1982 ن 4 ص 351.

ويستخلص من جملة ما استقرّ عليه فقه القضاء أنّ مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض عن مباشرة المصالح والذي يشعر فيه بدنوّ الأجل والذي ينتج عنه الموت فعلا في ظرف سنة من بدايته ^[6]. ويظهر من هذا التعريف أنّ فقه القضاء قد ضبط الشروط التي لا يمكن دونها وصف المرض بأنه من قبيل مرض الموت. - لعلّ أبرز الفوائد من وضع هذه الشروط تتمثل في أنّ تقدير المرض المعجز عن قضاء المصالح راجع بالأساس إلى أهل الاختصاص ^[7] الذين لا تكفي البيّنة لمعارضة ما شهدوا به ^[8] وينتج عن ذلك أنّه لا تكفي شهادة عدلين بالحالة الصحيّة للبائع في إثبات حالة المرض ^[9]. ويبدو حينئذ قابلا للنقاش الموقف الذي يكتفي لتحقيق تلك الحالة بتصريح المشتري أنّ والدته قعد بها المرض في اليومين السابقين للوفاة ^[10] أو بمجرد إقامة و وفاة البائع بالمستشفى غداة إبرام العقد ^[11]. كما تفيد شهادة أهل الاختصاص في تحديد نوعية المرض الذي لا يعتبر مرض موت إذا كان مزمنّا ^[12] والذي لا يمكن أن يأخذ ذلك الوصف إلا إذا تعرّك حال صاحبه في المدة السابقة للوفاة ^[13].

^[6] حول هذه الشروط راجع محمّد الزين ، تعليق على ت.م. عدد 11502 في 10 - 6 - 1975 ، مجلة المحاماة لسنة 1983 عدد 1 ، ص 79 وما بعدها، المجلة التونسية للقانون 1979 - I - 109 (بالفرنسية) ، السنهوري IV ، فقرة 176.

KNANI (Y). La protection juridique du malade ،Réflexions sur la politique législative tunisienne ،Thèse ، Université de droit ،d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II) ، 1980. P.75 et s ; CHARFEDDINE ،Th. préc. P.230 et s.، MERCHAOUI (M.H) ،Le malade et l'acte juridique patrimonial ، mémoire D.E.S. Tunis ; BEN SALEM (N) ،les incapacité en matière de vente ،mémoire D.E.A. Tunis ، 1991 - 1992.

عواطف شلفوح ، جزاء البيع في مرض الموت ، مذكرة د. م. تونس 1990 - 1991.

^[7] ت. م. عدد 11582 في 10 - 6 - 1975 ، سابق الذكر ت. م. 19 / 1432 في 24 - 3 - 1960 ، ن. 111.

^[8] ت.م. عدد 39458 في 1994/11/30 ، ن. 441.

^[9] ت.م. عدد 6378 في 1982/3/23 ، ن. II ، 293 ، ت.م. عدد 11502 في 1975/6/10 ، سابق الذكر.

^[10] ت.م. عدد 3294 في 1981/6/30 ، ن. II ، 297.

^[11] ت.م. عدد 6846 في 1982/5/6 ، ن. III ، 188.

^[12] ويعتبر فقه القضاء من الأمراض المزمنة السكري (ت.م. عدد 28662 في 1993/3/9 ، ن. 398) والسّل (ت.م. عدد 4295 في 1982/5/18 ، ن. III ، 270) والفالج (ت.م. عدد 29895 في 1993/2/2 ، ن. 401) وقرحة المعدة (ت.م. عدد 39458 في 1994/11/3 ، ن. 441).

^[13] ت.م. عدد 36384 في 1992/12/28 ، م.ق.ت. 1993 ، عدد 2 ، ص 83 ، وقارن ت.م. عدد 28662 في 1993/3/9 ، ن. 398.

أمّا شرط اتصال الموت بالمرض فهو يمكن بالخصوص من اعتبار العقود المبرمة من مريض نجى من الموت أو طال به الأمد عقوداً صحيحة لا سبيل إلى الطعن فيها ، وقد رفضت محكمة التعقيب اعتبار المرض من قبيل مرض الموت إذا كانت المدة الفاصلة بينه وبين الوفاة خمس سنوات [14].

ولكنّها قبلت ذلك الوصف في حالة كانت فيها تلك المدة ثلاثة أشهر [15]. وقد يصعب الحديث عن استقرار فقه القضاء حول هذا الموضوع إلا أن الاتجاه الغالب هو الذي يقدر تلك المدة بسنة واحدة [16].

ويبقى شرط الشعور بدنو الأجل نفسانياً بحثاً يصعب إثبات توفره ، ولعله يساعد -دون أن يكون معياراً أوحده- في استنتاج المحاباة ، ولربّما أمكن استخلاصه من الفترة التي تتعكّر فيها حالة المريض بمرض مزمن فينصهر في الشرط الأوّل بما يبرّر التفكير في امكانية الاستغناء عنه [17].

- لقد اقتضى تعريف مرض الموت وضع شروط لم يأت بها المشرّع ، وفائدة ذلك أنّ المفهوم الذي يكون تقديره خاضعاً لاجتهاد حكام الأصل يصبح داخلاً في رقابة التكيف الراجعة إلى محكمة التعقيب. لذلك فإنّ أدنى ما يقال في القرارات التي تواصل ترك تقدير مرض الموت إلى حكام الأصل [18] أنّها غريبة تفرغ تعريف مرض الموت من محتواه.

- (2) على أنّ تحقيق شروط مرض الموت لا يكفي لإبطال البيع. ففيما يخصّ البيع لوارث، ينتج عن مقارنة الفصلين 565 و 354 م.إ.ع. أنّ البيع لا يصحّ إذا ظهر فيه قصد المحاباة، إلا بمصادقة جميع الورثة عليه.

[14] ت.م. عدد 11510 في 1985/12/31 ، II ، ص 276.

[15] ت.م. عدد 4408 في 1966/12/20 ، م.ق.ت. 1967 ، ع 2 ، ص 38.

[16] ت.م. عدد 1150 ، في 1985/12/31 ، سابق الذكر ، ت.م. 1982/11/24 ، سابق الذكر ، ت.م. عدد 3638 في 1992/12/28 ، م.ق.ت. 1993 ، ع 2 ، ص 33.

[17] أنظر خلافاً لهذا الرأي محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقدي البيع والمقايضة، المطبعة العالمية ، 1953 ، ع 254-253.

[18] ت.م. عدد 19/1432 في 1960/3/24 ، ن 111 ، ت.م. عدد 5872 في 1973/4/17 ، ن I ، 13 ، ت.م. عدد 18890 في 1988/3/24 ، م.ق.ت. 1990 ، ع 3 ، ص 70 ، ت.م. عدد 39458 في 1994/11/30 ، ن 441.

إن قصد المحاباة أمر نفساني ذاتي يصعب اثباته ، إنما يمكن الاستدلال عليه بأمر ماديّة ذكر منها النصّ حالتين : "كان يبيع بأقلّ ... أو يشتري بأزيد". ولا شكّ في أنّ ذلك لا يفيد الحصر بسبب استعمال أداة التسمية كأن ، لهذا فإنّ المحاباة تستفاد كذلك من الشكّ في وجود الثمن [19] أو من استحالة العثور على الثمن على الهالكة حال أنّ العقد أبرم يومين قبل وفاتها [20].

أمّا فيما يتعلق بالبيع لغير وارث فظاهر النصّ يحمل على أنّه لا يشترط المحاباة ، وهو ما ذهب إليه إحدى محاكم الاستئناف معتبرة أنّ نصّ الفقرة الثاني من الفصل 565 صريح ولا يتحمّل أيّ تأويل [21]. لكن لا سند لهذا الموقف في فقه قضاء محكمة التعقيب [22]. كما لا أساس له في مصادر النصّ إذ جاء في الفصل 394 من المجلة العثمانية أنّه "إذا باع المريض في مرض موته لأجنبي بثمن المثل صحّ بيعه". أمّا الفقه فإنّه يتفق مع ما تراه محكمة التعقيب. ويرى الأستاذ محمّد الزين أنّه عندما تكون الأدعاءات متعادلة لا يمكن اعتبار البيع هبة مستترة ولا شيء يبرّر إخضاعه للنظام القانوني للوصيّة [23]. لذلك فإنّه في كلّ مرّة يخرج مال من ذمّة المريض مرض الموت وتدخل عوضا عنه قيمة معادلة غابت علة تقييد تصرّفه.

ب - الأساس والجزاء :

- لننّ توصّل الفقه والقضاء إلى فضّ خلاف قديم حول أساس تقييد أهليّة البائع في مرض الموت (1) فإنّ تحديد جزاء البيع في هذه الحالة لا يزال محلّ جدل (2) .

- (1) الأساس: ظهر في المنتصف الثاني للستينات وعلى امتداد السبعينات اتجاه قضائي يردّ سبب تقييد تصرّفات المريض في مرض موته إلى نظريّة عيوب الرضى [24].

[19] ت.م. 1949/4/24 ، م.ق.ت. 1959 ، ع 4 ، ص 36.

[20] ت.م. عدد 3294 في 1981/6/30 ، ن II ، 297.

[21] استئنافي مدني عدد 78523 في 1992/5/30 ، م.ق.ت. 1992 ، ع 7 ، ص 125.

[22] ت.م. عدد 10430 ، في 1985/2/11 ، ن II ، 66.

[23] محمّد الزين ، تعليق سابق الذكر ، ص 124.

[24] حول هذه المسألة، محمّد الزين ، التعليق المذكور ، ص 112 وما بعدها، العقد، نرجع سابق الذكر ص 122 ، هامش 94. والقرارات المذكورة بالمرجعين ، ومحمّد كمال شرف الدين ، الأطروحة ص 240 وما بعدها.

وقد لاحظ الفقه عن صواب الخلط في هذا الاتجاه بين مرض الموت والمرض على معنى الفصل 59 م.إ.ع. فالمرض على معنى هذا الفصل هو الذي يؤثر على الإدارة فيجعل المعاهد المريض عرضة أكثر من غيره ليكون ضحية غلط أو تغيير أو إكراه . فهو ليس عيباً مستقلاً للرّضى بقدر ما يعين القاضي على تقدير عيب رئيسي ضحيته مريض [25].

أمّا مرض الموت فلا علاقة له بعيوب الرضى بل يقتضي على العكس من ذلك ألا يؤثر المرض المخيف على مدارك المريض الذي يتصرّف بمقتضى إرادة واعية تهدف إلى حرمان الورثة من كل التركة أو بعضها. ولما كان المشرّع قد منع بالفصل 179 م.أ.ش الوصية لوارث وبما يتجاوز ثلث التركة إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي ، ونزّل بالفصل 206 من نفس المجلة الهبة خلال مرض الموت منزلة الوصية ، فإن المريض سيتجاوز هذا المنع بإبرام بيع صوري لكنّ المشرّع يتصدّى لذلك فينزّل بيع المريض محابة لوارث منزلة الوصية ليسلّط عليه حكمها ، ويعتبر البيع محابة لغير وارث هبة مستترة وينزلها أيضاً منزلة الوصية . ويتبيّن هكذا أنّ مؤسسة مرض الموت لا تهدف مثلاً يهدف إليه المرض على معنى الفصل 59 إلى حماية إرادة المريض بل إلى ضمان احترام القواعد الآمرة المنظمة للميراث والوصية [26].

- لقد انتهى فقه القضاء إلى اعتناق هذا الأساس غير أنّ استقراره على الحلّ الجديد [27] تعاوده أحيانا نزعة الحلّ القديم [28] وهي نزعة لا مبرر لها طالما أنّ وضوح الأساس ينجّر حتماً وضوح الجزاء.

(2 - الجزاء: تفرز مقاربة الفصول 565 و 354 و 355 م.إ.ع. أنّ بيع المحابة من مريض مرض الموت لوارث " لا يصحّ إلا بمصادقة جميع الورثة عليه".

[25] محمّد الزين ، تعليق مذكور ص 116 وما بعدها.
[26] محمّد الزين ، تعليق سابق الذكر ، ص 125 ، ونحن من جهتنا لا نرى فائدة لما توكّده بعض القرارات متأثرة بالفقه المصري (السنهوري IV، 181) من أنّ سبب تقييد تصرّف المريض تعلّق حقّ الورثة بأموال المريض من وقت المرض (استئنافي عدد 78523 في 1992/9/30، م.ق.ت. عدد 7، ص 125) طالما أنّ حقّ الورثة على التركة لا يقوم إلا منذ وفاة المورث.
[27] ت.م. عدد 8162 في 1982/11/24 ، سابق الذكر ، ت.م. عدد 18890 في 1988/3/24 ، ن 341 ، ت.م. عدد 6864 في 1982/5/6 ، ن III 188 ، ت.م. عدد 4295 في 1982/5/18 ، ن III 270 .
[28] ت.م. عدد 10102 في 1994/11/30 ، ن 441 ... "ولا يندّر بالموت ولا يعيب الرضا".

أما إذا كان لغير وارث فهو "يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته". وتثير هذه الصيغ تساؤلات تتعلق بنوعية الجزاء ومداه.

- لا يكاد فقه القضاء يستقرّ على رأي فهو بين الفسخ [29] والبطلان [30]

والعقد الموقوف [31]. ويلاحظ أحد الفقهاء بحقّ أنّه أمام نصوص مستلهمة من الفقه الإسلامي يجد القضاء صعوبة تتمثل في محاولته الابتعاد عن ضبط العناصر المميزة لتصرّفات المريض مرض الموت حال أنه يسعى بطريقة تشدّ الانتباه إلى استقاء تعريف هذه المؤسسة وشروطها من المؤلفات الفقهية [32].

إنّ دور الفقيه- باحثا كان أم قاضيا – لا يقتصر على بيان الأصول التاريخية لمؤسسة معينة بقدر ما يتمثل في جعل الحلول التي سهى عنها المشرّع أو تترك شكا حول حقيقة مفهومها متناسقة مع النظام القانوني. فاعتماد العقد الموقوف مثلا من شأنه أن يدخل اضطرابا على نظام جزاء التصرفات المعتمد في القانون الوضعي الذي لا يخرج عن الفسخ أو البطلان. وهكذا فإنّ تأسيس تقييد تصرّفات المريض في مرض موته على فكرة ضمان احترام قواعد المواريث والوصيّة [33] يبيّن الهدف الذي تسعى إليه القاعدة بينما يوفّر ربط المؤسسة بأحكام الأهلية الوسيلة الفنيّة لبلوغ تلك الغاية.

إنّ الجزاء الذي يصاحب أحكام الأهلية هو بلا شكّ البطلان [34] ويتأكد هذا الحل بالرجوع إلى نص الفصل 565 م ا ع ذاته عندما يقرر أن البيع لا يصحّ إذ أن ما هو غير صحيح لا يكون إلا باطلا ويبقى أن نبين في صورة بيع مرض الموت نوعية هذا البطلان.

[29] ت.م. عدد 580 في 1976/7/20 ، ن II ، 219.
[30] ت.م. عدد 961 في 1978/2/14 ، م.ق.ت. 1979 ، ع 1 ، ص 105 ، ت.م. عدد 4295 في 1982/5/18 ، سابق الذكر ، ت.م. عدد 8162 في 1982/11/24 ، سابق الذكر ، ت.م. عدد 17768 في 1989/11/30 ، ن ، 427 ، ت.م. عدد 1962 في 1990/3/13 ، ن ، 278.
[31] ت.م. عدد 11128 في 1985/6/11 ، ن I ، 205 ، ونفس القرار يتحدّث أيضا عن الإبطال.
[32] محمّد كمال شرف الدين ، سابق الذكر ، ص 250 .
[33] أعلاه عدد 37.
[34] محمّد الزين ، العقد ، ص 197 وما بعدها.

لا بدّ في هذا الإطار في التذكير بأحكام الفصل 6 م.ا.ع الذي نصّ أنّ "كلّ من يمنع عليه القانون عقدا من العقود له أهلية مقيدة . ومع العلم أنّ الفصل 565 م اع يقع في قائمة صور يمنع فيها المشرّع البيع أو الشراء على أشخاص معيّنين ، فإنّه لا بدّ من ملاحظة أنّ البطلان في تلك الحالات يكون نسبياً أو مطلقاً بحسب إمكانية التصديق على البيع الباطل [35]. لذلك فإنّه مادام البيع في مرض الموت لا يصحّ إلا بمصادقة الورثة عليه فإنّ البطلان الذي يلحق البيع في مرض الموت هو البطلان النسبي.

وقد يتأتّى الحرج من هذا الوصف من كون المصادقة على هذا البيع ستكون من أجنبي على العقد [36] ، على أنّ تنزيل التصديق منزلة الإمضاء من قبل المشرّع [37] وعمومية عبارات الفصلين 337 و 338 تمكّن من تجاوز هذه الصعوبة [38].

- لكن لا بدّ من بيان حكم عدم مصادقة بعض الورثة في البيع لو ارث، ونطاق البطلان من البيع لأجنبي . ففي الحالة الأولى لا يمضي البيع إلا في حقّ من صدر منه التصديق وبحسب نصيبه في الإرث [39]. أمّا في الحالة الثانية فإنّ الطعن في بيع المريض لا يكون إلا فيما يتجاوز ثلث التركة دون أن يكون للمحكمة الحكم بإبطال البيع برمته [40].

- يتضح هكذا أن الحجر الخاصّ المقتضى في بيع المريض مرض الموت يستند إلى فلسفة حمائية استثنائية تهيمن بدورها على صور تقييد أهلية الشراء.

[35] محمد الزين، العقد ، ع 266.

[36] حول صفة الورثة كغير في هذه الحالة، محمد كمال شرف الدين، سابق الذكر، ص 240.

[37] محمد الزين، العقد، ص 207.

[38] في نفس المعنى ، شرف الدين ، ص 247، محمد الزين، العقد، ص 199.

[39] أنور سلطان، سابق الذكر ، ع 367.

[40] ت. م. عدد 10430 في 1985/2/11، ن ا ، 66.

الفقرة الثانية: تقييد أهلية الشراء

- تحدّد الفصول 566 إلى 570 م.إ.ع. ميدان تقييد أهلية الشراء (I) ويتبيّن من تفحص مختلف حالات التقييد أنّ اختلاف الجزاءات مرده تباين في الأسس (II) .

I - الميدان :

- يتحدّد ميدان تقييد أهلية الشراء انطلاقا من معيارين، الأشخاص أو بالأحرى الوظائف المبرّرة لتقييد أهليّتهم (أ) والتصرفات المشمولة بالتقييد (ب).

- أ- الأشخاص صنفان، صنف مقصود أصالة ، وصنف آخر يسمّيهم المشرّع واسطة.

- أمّا المعنيون أصالة فهم من جهة أعضاء المجالس الحكميّة، وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام والعدول وأمور و الدولة (الفصلان 566 و 567 م.إ.ع.). والمقصود بأعضاء المجالس الحكميّة، الحكّام وأعضاء النيابة العموميّة. أمّا المقصود بمأموري الدولة فهم الموظفون الذين يعهد إليهم القانون في بعض الحالات الإذن أو الترخيص في بيع معيّن. وهم من جهة أخرى وكلاء الإدارات البلدية ورؤساء المصالح العامّة والأوصياء والمقدمون والنظار والمتصرفون في أموال أبنائهم وأمناء التفليس والأشخاص المعيّنون لتصفية حسابات والشركات عند انحلالها (الفصل 568 م.إ.ع.).

- ويشمل المنع بالإضافة إلى من وقع ذكرهم، من كان واسطة أي من وقع التعاقد باسمه ولكن لفائدة من شملهم المنع ويعرّفهم الفصل 570 م.إ.ع. بكونهم "أزواج الأشخاص المذكورين وأولادهم وإن كانوا رشداً".

- وقد تشهد قائمة الأشخاص الممنوعين من الشراء انتقاصا كما هو الشأن بالنسبة إلى الوكلاء الذين ألغيت وظيفتهم^[41] أو النظار الذين لم يتعرّض المشرّع إلى تنظيم مهامهم .

^[41]أمر 28 فيفري 1958 المتعلق بتجديد تنظيم مهنة المحاماة التونسية.

ولكن التساؤل المطروح يتعلّق بمعرفة ما إذا كانت الإضافة إلى هذه القائمة ممكنة في غياب نصّ صريح يقضي بذلك. وإذ يجمع الفقهاء على الصبغة الحصريّة للتعداد الوارد بالفصول 566 إلى 570 م.إ.ع. نظر للطبيعة الاستثنائية التي يكتسبها تقييد الأهلية [42] فإنّ فقه القضاء يبدو مضطرباً بين رفض وقبول القياس على حالات الفصل 566 وما بعده من م.إ.ع.

ففي حلّ أول أقرت محكمة التعقيب قرار محكمة الاستئناف بتونس التي قضت ببطلان البيع الصادر من مصقّي وقف لفائدة زوجته بناء على الفصلين 568 و 570 م.إ.ع. حال أنّ ذلك الشخص غير مشمول ضمن من ذكرهم الفصل 568 من المجلة. [43] كما اعتبرت في قرار قديم أنّه " لا يستفاد من الفصل 568 من المجلة المدنية اقتصاره على النواب القانونيين أو العدليين دون الوكيل الاتفاقي " [44]. ثمّ أكدت نفس الحلّ في قرار 17 نوفمبر 1981 [45] لما قرّرت نقض القرار الاستئنافي الذي كيّف كتب الاتفاق بـ "مجرّد وكالة" لا تشملها الفصول 566 إلى 570 م.إ.ع، مؤكدة في نفس الوقت اعتماداً على الفصل 549 م.إ.ع. أنّه يؤخذ من هذا النصّ "أنّ التحجير الذي جاء به هو تحجير عامّ شامل لكافة النواب سواء الوارد ذكرهم بالفصول 566 إلى 569 أو غيرهم من المشبّه بهم كالوكيل الاتفاقي ...". رغم أن الحل يستند إلى الفصل 549 إلا أنه كان من الضروري التمييز بين الميدانيين.

ولا يخفى سوء الصناعة القانونية الذي يميّز هذا التمشّي. فالوكيل الاتفاقي غير مشمول بالفصول 566 إلى 569 م.إ.ع ولا يمكن الطعن في ما يبرمه لفائدة نفسه اعتماداً على هذه النصوص نظراً لما سلف بيانه حول طبيعتها الاستثنائية. بل إن ما يبرمه يندرج فيما تعارف عليه الفقه بتعاقد النائب مع نفسه [46].

[42] محمّد الزين، العقد، ع 84، ص 82، محمّد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس 1995، ع 204، ص 165، 166، وقارن في الفقه المصري، السنهوري، IV، فقرة 111، أبو السعود، شرح العقود المسماة، سابق الذكر، ص 116، وفي الفقه الفرنسي: GHESTIN et DESCHE، op. cit. n°258.

[43] ت.م. عدد 4503 في 1981/11/24 ن IV، 185.

[44] ت.م. عدد 467 في 1944/11/21، م.ق.ت. 1960، ع 9 و 10، ص 180 ع 72.

[45] ت.م. عدد 4242 مؤرخ في 1982/11/17 م.ق.ت. 1982، ع 7، ص 102.

[46] راجع حول هذه المسألة محمد الزين، العقد، ع 116، ص 99.

ويمكن الطعن فيه على أساس الفصل 549 م.إ.ع.^[47] دون الفصول 566 إلى 570 التي يشكل اعتمادها خطأ وإنكاراً للمبادئ الأولية في تطبيق القانون وتأويله.

على أن محكمة التعقيب تبدو في آخر ما نشر من قراراتها متخلية عن الحلّ السابق عرضه ، فقد اعتبرت من ناحية أنّ الفصول 566 إلى 569 م.إ.ع. " تتعلق بأشخاص محددين لا يجوز القياس عليهم ولا يمتدّ الحضر إلى غيرهم " ^[48] ، ومن ناحية أخرى أنّه " ولئن أفراد المشرّع كلّ حالة من حالات النيابة في التصرف في حقّ الغير بالبيع والإحالة وأفرز لها نصوصاً خاصة بحسب كلّ صنف من أصناف النائبيين صلب الفصول 566 إلى 569 م.إ.ع. إلا أنّه وضع مرجعاً صلب الفصل 549 م.إ.ع. فيما لم يشمل التخصيص وهو يقتضي التحجير على من فوّض في التصرف في مال غيره الشراء لنفسه ولو بواسطة سواء كان التفويض صادراً لوكيل اتفاقي أو قانوني " ^[49].

- يبرز من هذا القرار أنّ محكمة التعقيب أصبحت تميّز بين ميدان الفصل 549 م.إ.ع. من جهة لتأويله تأويلاً واسعاً طبق ما يسمح به نصّه ، وميدان الفصول 566 إلى 570 من جهة أخرى لتأويلها تأويلاً ضيقاً وفق ما تقتضيه طبيعتها . ويبدو هذا الحلّ أكثر مطابقة للمنطق الذي تفرضه الطبيعة الاستثنائية لحالات تقييد الأهلية ، فالمشرّع وحده هو الذي يمكنه أن يضيف إلى قائمة المشمولين بها ، وقد تولى ذلك مثلاً بالفقرة الثانية من الفصل 50 من قانون إنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية ^[50] ، حيث قرّر بصريح العبارة أنّه "تنطبق أحكام الفصول 566 إلى 570 م.إ.ع. على المتصرف القضائي والخبير ومراقب التنفيذ الواقع تعيينهم في إجراءات التسوية القضائية للمؤسسة " . كما تولى ذلك بالفصل 20 من القانون المتعلّق بالمصقيين والمؤتمنين العدليين وأمناء الفلسة والمتصرفين القضائيين ^[51] الذين حجّر عليهم وعلى أزواجهم وفروعهم وأصولهم وأقاربهم

^[47] يأخذ هذا النصّ شكل المبدأ العام ولا يتضمن جزاء ويمكن في هذا الصدد الاعتماد لتأسيس جزاء البطلان على أحكام الفصل 539 من نفس المجلة الذي قرّر أنّه " إذا صرّح القانون بالنهي عن شيء كان إثباته باطلا لا يبني عليه شيء " .

^[48] ت.م. عدد 44867 ، في 1995/2/6 ، ن ، 480 .

^[49] نفس القرار ، ص 485 .

^[50] قانون عدد 34 لسنة 1995 مؤرخ في 17 / 4 / 1995 ، يتعلّق بإنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية ، الرائد الرسمي عدد 33 ، في 25 أفريل 1995 ، ص 792 .

^[51] قانون هدد 71 لسنة 1997 مؤرخ 11 نوفمبر 1997 رائد عدد 91 لسنة 1997 .

إلى الدرجة الثانية وأصهارهم أن يكسبوا سواء بالشراء أو بالإحالة ، مباشرة أو بصفة غير مباشرة شيئا من الحقوق التي باسروا بشأنها مهامهم وقرر أن أحكام الفصول 566 إلى 570 تنطبق عليهم . ومن جهة أخرى قرر الفصل 34 من مجلة الشركات التجارية أن الإحالة تكون باطلة بطلانا مطلقا إذا تعلقت بكل أو بعض أصول الشركة لفائدة المصفي أو قرينه أو أصوله أو فروعه أو عماله أو كل شخص معنوي تكون له فيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة.

- ب- على أن تعدّد الحالات المشمولة بالمنع ، لا تتعدّد معه التصرفات المحجّرة فهي شراء (أو بيع لفائدة الأشخاص المذكورين) أو إحالة. فلا يجوز للحكام وغيرهم ممن ذكرهم الفصل 566 شراء الحقوق المتنازع فيها ^[52] لدى المحاكم التي يباشرون فيها وظائفهم. ويؤوّل المنع تأويلا ضيقا إذ لا يمنع الشراء من حقوق وقع النزاع فيها وفصل ^[53] كما لا يمنع الشراء على الأشخاص المذكورين أمام محاكم لا يباشرون فيها وظائفهم ^[54].

كما لا يجوز للحكام وغيرهم ممن ذكرهم الفصل 567 شراء الأموال والحقوق والديون المأمورين ببيعها أو التي يكون بيعها بإذن منهم. فليس للمحامي القائم بالتتبع في إطار عقلة عقار مسجّل أن يشتري العقار موضوع البيع ، وليس للحاكم المنتدب في الفلسفة أن يشتري الأموال التي أذن لأمين الفلسفة في بيعها.

ولا يجوز لمن ذكرهم الفصلان 568 و 569 شراء ما وقع تفويته من الأموال التي لنظرهم والتي كلّفوا ببيعها أو تفويتها ^[55].

^[52] أنظر حول هذا المفهوم الفرع الأول من الفصل الثاني.
^[53] ويؤكد قرار تعقيبي في هذا المعنى أنه "بمجرّد صدور الحكم البات في القضية من الحاكم المتعهّد لا يبقى مجال للقول بأنّ الحقوق متنازع فيها بل أنّ النزاع قد تمّ فعلا ويرفع حينئذ التحجير عن الأشخاص المذكورين بالفصل المذكور ولو أراد المشرّع عكس ذلك لعبّر بالحقوق التي كان وقع النزاع فيها..."، تعقيب 26 مارس 1959، ق.ت. 1960، ع 6، ص 33.
^[54] قارن السنهوري، فقرة 111.
^[55] تستثني النسخة الفرنسية للفصل 568 حالة الأشخاص المذكورين من المنع عندما يكونون شركاء في الأموال المراد تفويتها: « Sauf copropriétaires des biens à aliéner dans le cas où ils seraient » ونفس الحلّ معمول به قضاء في فرنسا (. GHESTIN et DESCHE, op.cit, p.297).
ولكن غياب هذا الجزء من النصّ من النسخة العربية يمنع م أخذ الاستثناء المذكور بعين الاعتبار عملا بقاعدتي أفضلية النصّ العربي والتأويل الضيق للاستثناءات.

أما الإحالة فالمقصود بها حوالة الحقّ على معنى الفصول 199 وما بعده من م.ا.ع. [56] ويعتبرها الفقه بمثابة "بيع الدين" [57]. فتأخذ الحوالة حكم الشراء وتنزّل منزلته وتبرّر هكذا المنع المسلط على من ذكرتهم الفصول 566 إلى 570 خصوصاً إذا علمنا أنّ الحوالة قد تستعمل كوسيلة للمضاربة تهدف إلى شراء دين بأقلّ من قيمته [58]. ولا يخفى ما يحويه ذلك الأمر من إمكانية الإثراء على حساب من أراد المشرّع حمايتهم.

II- جزاء مخالفة تقييد أهلية الشراء

- يتنوّع جزاء المنع المنصوص عليه بالفصل 566 إلى 570 من البطلان المطلق (أ) إلى البطلان النسبي (ب)، وقد يسكت المشرّع أحيانا عن بيان الجزاء (ج).
- أ- يجازي المشرّع بالبطلان المطلق كلّ شراء أو إحالة قام بها الحكّام وكتبة المحاكم والعدول والموظفون. فقد نصّ الفصل 566 على أنّ "البيع باطل والحكم بالبطلان يقع بالطلب ممّن له مصلحة فيه أو بغير طلب" فعبارة بغير طلب تشير إلى إمكانية أن يثير القاضي مسألة البطلان من تلقاء نفسه وذلك من خصائص البطلان المطلق دون البطلان النسبي الذي لا يثيره إلا من شرع لمصلحته.
- يفسّر هذا الحل فيما يتعلق بالقاضي بما تتطلبه وظيفته من ضرورة فصل القضايا بكلّ ما تقتضيه النزاهة فلا ينبغي له أن يتحوّل إلى مضارب يحطّ من علوّ مركزه ويهدّد ثقة الناس فيه فينهى بذلك عمله كقاضٍ ويتحوّل إلى جبار. لذلك فإنّه لا بدّ للمجتمع من أن يكون المكلفون بتحقيق العدل العدل نفسه [59]. ولا شكّ أنّ ما يقال في القضاة ينطبق بالضرورة على مساعديهم. فيكون المنع في شأنهم راجعا إلى ما يوجب احترام ما يسمّيه الفقه بالأخلاق العامّة (La morale publique) [60]. كما أنّ الثقة العامّة في المؤسسات وضرورة استتباب الأمن [61] يقتضيان ألا يصدر من الموظفين العموميين ما من شأنه أن يخلّ بهما، بما يخضعهم إلى نفس فلسفة المنع المسلط على القضاة ومساعديهم ويبرّر البطلان المطلق الذي يجازي شراءهم أو إحالتهم للحقوق التي أمروا أو أذنوا ببيعها.

ب- أما في صورة الفصل 568 م.ا.ع. فإنّ الجزاء المقرّر هو البطلان النسبي. ويستخلص ذلك من الامكانية التي أقرتها الفقرة الثانية من ذلك الفصل حول تصديق من شرع البطلان لفائدتهم على الشراء المحظور، أو من المحكمة أو من السلطة المختصة.

ج- وينفرد الفصل 569 م.ا.ع. بتقرير إمكانية التعويض لفائدة من شرع البطلان لفائدته، لكنّه لا يبيّن نوع هذا البطلان. ويفيد الرّجوع إلى أصل هذا النصّ، أي الفصل 665 من اللائحة الابتدائية أنّ البطلان المستوجب هو البطلان المطلق. لكن قد يبرّر عدم تقرير نوعية البطلان في النسخة النهائية لهذا الفصل باختلاف سبب المنع من صورة الخبراء إلى صورة السماسرة. فانتفاء الخبراء إلى صنف مساعدتي القضاء يبرّر جزاء البطلان المطلق الذي يسلب على شراء هؤلاء. ولكن تنظير السماسرة مع مساعدتي القضاء لا يستقيم لانتفاء هذه الصفة فيهم. وهكذا فإنّ المشرّع قد يكون قصد ترك تقرير نوعية البطلان بحسب الحالة المعروضة على القضاء، أي بحسب ما إذا كانت المصلحة المحمية عامة أو خاصة.

- وقد يجدي هذا المعيار (معيار المصلحة المحمية) في تقرير نوعية البطلان في صورة المتصرفين القضائيين والخبراء ومراقبي التنفيذ الواقع تعيينهم في إجراءات التسوية القضائية للمؤسسة التي تمرّ بصعوبات اقتصادية [62]. فاندراج القانون المنظم فهذه المسألة في إطار نظام عام اقتصادي توجيهي يبرّر تطبيق جزاء البطلان المطلق فيما يتعلق بشراء المؤسسة عند تعدّد إنقاذها. ولقد كان موقف المشرّع في هذا الاتجاه صريحا في ما يتعلق بمصفي الشركات التجارية (الفصل 34 من مجلة الشركات التجارية).

[56] محمد الماقي، محاضرات في شرح القانون المدني، المطبعة الرسمية 1990، ص 192.
[57] STARCK، ROLAND ET BOYER، Obligations، 3، Régime général، 4è éd.، Litec، 1992، n°11.

[58] STARCK، ROLAND et BOYER، op.cit؛ n°13 p.8.

[59] Jean-Etienne-Marie PORTALIS، Ecrits et discours juridiques et politiques، Presses universitaires d'Aix-Marseille، 1988، p.136.

[60] GHESTIN ET DESCHE، op. cit.p.300.

[61] PORTALIS، ibid.

[62] أنظر أعلاه رقم 50.

- لقد أبرزت دراسة مختلف حالات تقييد الأهلية الطابع الاستثنائي لتدخل المشرع

بما يؤكد أنّ القاعدة تبقى أهلية البيع والشراء. والتساؤل يمكن حول ما إذا كان نفس هذا التمشي سائدا فيما يتعلق بالتراضي.

ن

ق

الفرع الثاني : التراضي

- يخضع البيع كسائر العقود إلى مبدأ الحرية . فلا يجبر أحد على الشراء ولا على البيع. وكلّ حرّ في اختيار معاقده. ويكفي تبادل الرضا حتى ينبرم العقد دون مقدّمات أو شروط شكلية. ويتفق هذا مع منطوق الفصل 580 م.ا.ع. في أنّ انعقاد البيع يتمّ بما يدلّ على رضا المتعاقدين على الثمن والمثمن وبقية شروط العقد.

على أنّ هذا التقديم لا يعكس بأمانة ما صار عليه واقع البيع حاضرا . فمن جهة أولى ظهرت بمقتضى القوانين الحديثة المرتبطة أساسا بحماية المستهلك حلول تمكّن من حماية المشتري انطلاقا من ضعفه المفترض ومنعا لدخوله في علاقة لم يقدر عواقبها يوفر المشرع للمشتري إمكانية التفكير *cooling off period* من ذلك ما ورد بالفصل 14 من قانون 14 جويلية 1997 المتعلق بالإيواء السياحي بنظام اقتسام الوقت^[1] من منح المنتفع بحق الإقامة بنظام اقتسام الوقت أجل تأمل قدره عشرة أيام من تاريخ إمضاء العقد يحق له فيه التراجع عن العقد دون قيد ولا شرط وكذلك ما ورد بقانون 2 جوان 1998 المتعلق

^[1] قانون عدد 46 لسنة 1997 مؤرخ في 14 جويلية 1997 يتعلّق بالإيواء السياحي بنظام اقتسام الوقت رائد عدد 57 ص 1324. وانظر أيضا قرار وزير السياحة والصناعات التقليدية المؤرخ في 26 ماي 1998 المتعلّق بالمصادقة على العقد النموذجي لإحالة الانتفاع بحق الإقامة وخصوصا الفصل الرابع من العقد النموذجي تحت عنوان "أجل التأمل".

بالببيعات بالتقسيط^[2] الذي يفرض على التاجر أن يمكّن المستهلك من ممارسة حق العدول عن الشراء في ظرف عشرة أيام من تاريخ إمضاء العقد (الفصل 10) و ما ورد بقانون 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية^[3] الذي يفرض على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية أن يوفر للمستهلك المعلومات المتعلقة بإمكانية العدول عن الشراء وأجله (الفصل 25).^[4]

من جهة ثانية ولئن تطابق البيع في شكله الممكن وصفه بالبداي مع ما يبرم يوميًا من عقود متواضعة القيمة اقتصاديا موضوعها بعض الأصناف من المنقولات ، أو ما يسمّيه العميد كاربونيبي الببيعات اليدوية^[5] كالمشتريات من مغازات العرض الحرّ ، فإنّه لا يتلاءم والببيع الأكثر أهميّة كبيع العقارات المسجّلة أو بيع الأصول التجارية إذ تتعدّد في القانون القيود الواردة على حرية البيع والشراء (الفقرة الأولى) . كما تبرز صور تتراجع فيها الرضائية وصار بالإمكان الحديث عن شكليات التعبير عن الرضا (الفقرة الثانية). ولا شكّ أنّ مختلف هذه المعطيات يؤثر على فورية انبرام البيع بما يفسّر تعدّدًا للأحوال أو المراحل التي يتمّ فيها التراضي ويبرر التعرض إلى مختلف صور التراضي (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: القيود الواردة على حرية البيع والشراء

- يقتضي الخضوع المبدئي لسلطان الإرادة تطبيق أحد نتائجه وهي الحرية التعاقدية التي تتمثل في حرية البيع وعدم البيع وفي حرية اختيار المعاهد. غير أنّ المشرّع يتدخل- وكذلك إرادة الأطراف أنفسهم- للتّيل من حرية اختيار المعاهد (I) ومن حرية البيع وعدم البيع (II) .

^[2] قانون عدد 39 لسنة 1998 مؤرخ في 2 جوان 1998 يتعلّق بالببيعات بالتقسيط رائد ص 1204.
^[3] قانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 بالمبادلات والتجارة الالكترونية رائد ص 2084.
^[4] يتعرّض الفصل العاشر في فقرته الثالثة من قانون 2 جوان 1998 دون غيره من القوانين التي تمكن المستهلك من حق العدول بيان آثار هذه الممارسة بقولها إن ممارسة حق العدول "تبطل البيع" وهذا جزاء غريب مادام لأن البيع إذا فرض وانعقد لن يكون إلا بيعا صحيحا لانعدام أي سبب من أسباب البطلان .

^[5] Les ventes manuelles : Jean CARBONNIER «sociologie de la vente» in flexible droit» op. cit. p.329.

أ - النيل من حرية اختيار المعاهد

- قد تتدخل إرادة الأطراف لفرض قيود على حرية اختيار المعاهد في حالات من

أبرزها اتفاقيات الانفراد (أ) ، ولكن أهم هذه القيود تلك التي يفرضها المشرع وهي الشفعة وحق الأولوية في الشراء (ب).

أ- اتفاقيات أو شروط الانفراد

- قد يقرر الأطراف في إطار معاملات تجارية متواصلة اللجوء إلى الاتفاق على شرط انفراد^[6] يتعلق سواء بالبيع فيكون شرط انفراد بالبيع ، أو بالشراء فيكون شرط انفراد بالشراء ، وقد يجتمع الأمران فيكون شرط انفراد متبادل. ومؤدى ذلك أن من تعهد بإفراد معاقده بالأداء المبيّن يلتزم التزاما سلبيا بعدم التعاقد مع غيره. وينجرّ عن ذلك أنه لن يتعامل إلا معه وإلا فإنه يترك النشاط الذي يمارسه^[7]. إن هذه الاتفاقات متعددة في ميدان تجارة التوزيع كبيع السيارات والمواد البترولية والمشروبات والعطور وغير ذلك وتتخذ أشكالاً مختلفة مثل النيابة الاقصائية^[8] التي تقتضي أن يسند منتج لموزع الحق في توزيع منتوجه باسمه ولحسابه الخاص^[9]. وفيما عدا ميدان المعاملات التجارية يمكن تصور اتفاقية يتم بمقتضاها تعهد شخص على أن لا يبيع إلى شخص معين. ويحلل الفقه هذه الاتفاقات على أنها تنازل عن حق البيع أو الشراء وهو ما يمكن أن يؤدي إلى تقييد الشخص بملكه فلا يستطيع التصرف فيه^[10].

وتبرز الفائدة من مثل هذه الاتفاقات في أنها تمكن من تنظيم التعامل التجاري بتطوير عمليات البيع وتنظيمها وتسهيل إرساء مراقبة على التأهيل المهني للباعة. ولكنها تشكل في نفس الوقت أداة للضغط على النائب وعلى الحرفاء وتمنع المنافسة بين مختلف المتدخلين بما قد يؤثر على تحقيق التقدم الاقتصادي ولذلك يتخذ منها قانون المنافسة موقفاً محترزاً^[11]

^[6] Une clause d'exclusivité

^[7] قارن: BENABENT. Op.cit. n°67. أنظر كذلك مالوري وأيناس، مرجع سابق الذكر عدد 826 وما بعده ص 467 وما بعدها.

^[8] concession exclusive

^[9] يرى الفقه والقضاء الفرنسيان أن هذا الصنف من الاتفاقات لا توصف بالبيع كولا ر دوتبول ودلوبك 935.

^[10] BENABENT. Op.cit. n°68

^[11] راجع أدناه الفقرة

- لم تتعرض مجلة الالتزامات والعقود بنص خاص لمثل هذه الاتفاقات، وقد يكون في الاحتكام إلى مبدأ الحرية التعاقدية من حيث المضمون ما يبرر القول بصحتها. لكن الرجوع إلى أحكام الفصل 118 م.أ.ع. يفرض الاحتراز إذ يعتبر هذا النص باطلا وبه يبطل العقد كل شرط يمنع أو يقيد على الانسان تعاطي ماله من الحقوق. وباعتبار أن اتفاقيات الانفراد تقيد وأحيانا تمنع المتعاقد الذي يقبل بها من ممارسة حق البيع والشراء فإنها تبدو مشمولة بهذا المنع.

على أن الفصل 118 م.أ.ع. يستثنى من المنع التعهد بعدم تعاطي تجارة أو صناعة معلومة في جهة أو مدة معينتين . ومع أن أبرز تطبيق لهذه الصورة هو ما يلجأ إليه الأطراف في بيع الأصول التجارية من اشتراط عدم الانتصاب الذي يلتزم به البائع^[12]، فإن عمومية عبارات الفصل 118 م أ ع قد تصلح لتأسيس صحة شروط الانفراد فيما يتعلق بتجارة معينة كلما كانت تلك الشروط محدودة في الزمان والمكان.

- لكن ينبغي إلى جانب ذلك ان نأخذ بعين الاعتبار قانون المنافسة والأسعار الذي لم يتعرض حين صدوره في 1991^[13] بصريح العبارة إلى مثل هذه الاتفاقات رغم أن فصله الخامس في كان يمنع الاتفاقيات التي ترمي إلى منع تطبيق قواعد المنافسة في السوق أو الحد منها أو الخروج منها وهو ما كان معه من الممكن اعتبار أن المشرع يحيل على الشريعة العامة أي القانون المدني فتعتبر اتفاقيات الامتياز صحيحة إذا كانت محدودة في المكان أو في الزمان. لكن المشرع سرعان ما تخلى عن هذا المبدأ. فنقح قانون المنافسة والأسعار في 24 أبريل 1995^[14] وأضاف بمقتضاه فقرة إلى الفصل الخامس من قانون 1991 مقتضاها أنه "تمنع في كل الحالات عقود الامتياز والتمثيل التجاري

^[11] راجع أدناه الفقرة 63

^[12] V° G.RIPERT et ROBLOT, 'Traité de droit commercial', T/1, 16 éd, par. GERMAIN, n°616, p.485, BERGEL, 'les clauses de non-concurrence en droit administratif français', Etudes A. Jauffret, 1974, p.21.

^[13] القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 1991/7/29 المتعلق بالمنافسة والأسعار ، الرائد الرسمي عدد 55 لسنة 1991 ، ص 1145.

^[14] قانون عدد 42 لسنة 1995 مؤرخ في 24 أبريل 1995 يتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار رائد رسمي عدد 35 ص 968.

الحصري" وقرر في الفقرة الأخيرة من نفس الفصل أن مثل هذه العقود باطل بطلانا مطلقا. ولكنه استثنى في الفصل 6 كيفما تم تنقيحه بنفس بقانون 1995 الحالات التي يثبت فيها من يعتزم اللجوء إلى مثل هذا الاتفاقات أنها ضرورية لضمان تقدّم تقني أو اقتصادي وأنها تدرّ على المستعملين قسطا عادلا من فوائدها. ولذلك فرض المشرّع الحصول على ترخيص مسبق من الوزير المكلف بالتجارة بعد أخذ رأي مجلس المنافسة مبقيا للوزير المذكور مطلق السلطة في الرجوع قرار الترخيص كلما رأى ضرورة لذلك وعملا بأحكام الفصل 7 مكرّر من القانون سابق الذكر. وقد أبقى القانون عدد 41 لسنة 1999 المؤرخ في 10 ماي 1999 الذي نفتح الفصل 5 على نفس مبدأ منع عقود الامتياز.

ب-الشفعة وحق الأولوية في الشراء [15]

-الشفعة هي حلول الشريك محلّ المشتري في التملك بمبيع شريكه في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها بالقانون [16]. أمّا حقّ الأولوية في الشراء فهو المكنة التي يخولها القانون بمقتضى نصوص خاصة في أن يحلّ أجنبي عن بيع معتزم محلّ المشتري المتوقع طبق شروط وأجال محدّدة. وإذ تتماثل المؤسسات في عقد البيع في الآثار من حيث أنّهما تؤديان إلى حلول المنتفع بهما محلّ المشتري فإنّها لا تخضعان إلى نظام قانوني موحدّ (3) رغم التقارب في الأهداف (1) والتشابه في الطبيعة القانونية لكلّ منها (2).

1-الأهداف :

- تسعى الشفعة وحقّ الأولوية في الشراء لضمان مصالح خاصة أو عامة على حدّ سواء.

[15] راجع حول المسألة، محمد كمال شرف الدين ، Les droit des tiers... ، ص 334 وما بعدها.

- خديجة الكنزاري، الشفعة وحقّ أولوية الشراء، مذكرة، دراسات معمّقة، تونس 1989 -1990.

[16] قارن الفصل 103 م.ج.ع.

فالشفعة على معنى الفصول 103 وما بعده من مجلة الحقوق العينية تهدف إلى الحفاظ على حقوق الشريك دون أن تكون مجردة من اعتبارات موضوعية ترمي إلى ترشيد استغلال الملكية العقارية^[17]. كما أن حق الأولوية في الشراء الممنوح للمتسوّغين بمقتضى قانون 7 جوان 1978^[18] وحق الأولوية في الشراء المسند إلى المتسوّغين لعقارات على ملك الأجانب بمقتضى الفصل الرابع من قانون 27 جوان 1983^[19] موجهان أساسا لحماية المتسوّغين.

وتتخذ الشفعة وحق الأولوية في الشراء المقرران ضمانا للمصلحة العامة صورا مختلفة. فحق الشفعة الذي كان ممنوحا لإرادة الجباية بمقتضى الفصل 113 من مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي^[20] الواقع إلغاؤه بمقتضى قانون 4 أوت 1998^[21] كان يهدف إلى حماية الإدارة من الضرر الذي قد يحصل لها من التصريح بثمن أدنى من الثمن الفعلي تهربا من معاليم التسجيل. كما أن حق الأولوية في الشراء المقرر لفائدة الوكالات العقارية (الوكالة العقارية للسكنى، الوكالة العقارية السياحية والوكالة العقارية الصناعية) بمقتضى الفصل 42 من مجلة التهيئة الترابية والتعمير يهدف إلى تحقيق سياسة تهيئة ترابية والحد من المضاربة العقارية في بعض الجهات وترشيد استغلال الأراضي^[22]. ويخضع حق الأولوية في الشراء المسند لوكالة التهذيب والتجديد العمراني بمقتضى نفس الفصل لنفس الفلسفة إذ جاء بالفصل الأول من قانون غرة أوت 1981 المحدث لهذه الوكالة^[23] أنه يعهد للوكالة المذكورة "للقيام بالأشغال اللازمة لتحسين ظروف السكنى في بعض

[17] محمد كمال شرف الدين، المرجع المذكور، ص 345.
[18] قانون عدد 39 لسنة 1978 مؤرخ في 7 جوان 1978 يتعلق بمنح حق الأولوية للمتسوّغين في الشراء، الرائد الرسمي عدد 42 بتاريخ 6 و9 جوان 1978، ص 1803.
[19] قانون عدد 61 لسنة 1983 مؤرخ في 27 جوان 1983 يتعلق بالعقارات التي هي على ملك الأجانب والمبنية أو المكتسبة قبل سنة 1956، رائد رسمي عدد 48 بتاريخ 1983/7/1، ص 1952.
[20] الذي يلغي ويعوض القانون عدد 53 لسنة 1973 المؤرخ في 2 أوت 1973 المتعلق بمعاليم التسجيل، كما وقع تنقيحه بالفصل 86 من القانون عدد 101 لسنة 1974 المؤرخ في 1974/12/25 المتعلق بقانون المالية لتصرف 1975.
[21] قانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرخ في 14 أفريل 1973 المتعلق بتهيئة المناطق السياحية والصناعية والسكنية، الرائد الرسمي 20/17 أفريل 1973 ص 701.
[22] قانون عدد 73 لسنة 1998 مؤرخ في 4 أوت 1998 يتعلق بتبسيط الإجراءات الجبائية والتخفيض في نسب الأداء رائد عدد 64 ص 1780.
[23] حول القانون المحدث لهذه الوكالات مداولات مجلس النواب (جلسة 11 أفريل 1973، ص 400).
قانون عدد 69 مؤرخ في 1 أوت 1981 يتعلق بإحداث وكالة التهذيب والتجديد العمراني.

الأحياء والتمكين من استعمال أحسن لبعض المقاسم العمرانية".

كما أن حق الشفعة المسند إلى وكالة الإصلاح الزراعي بالمناطق السقوية العمومية (الوكالة العقارية الفلاحية حاليا^[24]) بمقتضى الفصل 5 من قانون 16 مارس 1977^[25] يهدف إلى مساعدة الوكالة المذكورة على تحقيق الأهداف المتعلقة بالإصلاح الزراعي.

وسواء تعلّق الأمر بحماية مصالح خاصة أو مصالح عامة فلا يبدو أنّ قائمة حقوق الشفعة والأولوية في الشراء ستتوقف في يوم ما إذ لا ينفكّ المشرّع يتدخل لتقريرهما^[26] متوسّعا هكذا في استعمال تقنيات هي بالأساس استثنائية^[27].

2- الطبيعة القانونية للشفعة وحق الأولوية

- يركّز الاهتمام غالبا حول الاختلاف بين ما إذا كانت حقوق الشفعة وحق الأولوية في الشراء عينية أم شخصية^[28]. وحول ما إذا كانا سابقين أو لاحقين للعقد.

- إنّ المسألة المتعلقة بتحديد الطبيعة العينية أو الشخصية لهذين الحقين لا تستدعي جدلا طالما أنّ الفصل 12 م.ح.ع قد ضبط حصرا الحقوق العينية في قائمة لا تشمل لا الشفعة ولا حقوق الأولوية في الشراء. ويرى الفقه عن صواب أنّ هذين المؤسستين تنتميان بلا منازع إلى قانون العقود. فلئن كان موضوعهما شيئا منقولا أو عقارا، فهما لا تتعلّقان بذلك الشيء ولا تنقلانه بالتحمّل الذي تمثلانه وليستا هكذا بحقوق عينية^[29]. وينتج عن ذلك أنّه لا مجال لاعتبار الدّعاوى الرامية إلى الاعتراف بتلك الحقوق من قبيل الدّعاوى العينية.

^[24] أمر عدد 1877 مؤرخ في 31 أوت 1999 يتعلّق بتغيير تسمية وكالة الإصلاح الزراعي بالمناطق العمومية السقوية رائد ص 2004.
^[25] قانون عدد 17 لسنة 1977 مؤرخ في 16 مارس 1977 يتعلّق بإحداث وكالة الإصلاح الزراعي بالمناطق العمومية السقوية رائد ص 717.
^[26] أنظر القانون عدد 79 لسنة 1991 مؤرخ في 2 أوت 1991 يتعلّق بحق الأولوية للدولة في العمليات العقارية التي ينجّر عنها نقل الملكية والتي تتوقف على ترخيص إداري، الرائد الرسمي عدد 56 بتاريخ 9 و 13 أوت 1991، ص 1171، والفصل 89 من القانون عدد 94-35 المؤرخ في 1994/2/24 المتعلّق بمجلة التراث والذي يمنح حق أولوية في الشراء للدولة لكل معلم تاريخي مصنّف أو محمي.
^[27] أنظر مثلاً بالنسبة إلى الشفعة ت.م. 146 في 5/4 / 1975 م.ق.ت.ع. 6 / 1976 ص 5638 ت.م. 2895 في 1979/12/25 م.ق.ت. ع 1981/1 ص 97، وت.م. 17743 في 89/11/12 ن 424 بالنسبة إلى حق الأولوية في الشراء.
^[28] راجع في هذا الخصوص محمّد العربي هاشم، خواطر الشفعة وحقّ الأولوية في الشراء، المجلة القانونية التونسية 1992 ن 13 وما بعده.
^[29] GHESTIN et DESCHE, op. cit. n° 494, p.556.

كما أنّ ضبط الاختصاص الترابي للمحكمة المتعّهدة لا يتمّ على مقتضى الفصل 38 م.م.ت. أي المحكمة التي يقع بدائرتها العقار بل على مقتضى الفصل 30 م.م.ت أي المحكمة التي بدائرتها مقرّ المطلوب [30].

. - إنّ ربط حقي الشفعة والأولوية في الشراء بميدان العقود يقتضي تقرير ما إذا كانا سابقين أو لاحقين للعقد. فالشفعة مؤسسة لاحقة للعقد يتمّ بمقتضاها حلول الشفيع محلّ المشتري بعد إبرام البيع [31]، أمّا حق الأولوية فهو مؤسسة سابقة للبيع [32] إذ تسند الملكية إلى شخص بتفضيله على الآخرين فتمارس الأولوية قبل العقد بما يدرجها في إطار المؤسسات ما قبل التعاقدية. لذلك فإنه لا مبرر للخلط الذي قد يقع فيه البعض ومن بينهم المشرّع عندما يصفون حق الأولوية بأنه شفعة فلقد نصّ الفصل 2 من قانون 14 أفريل 1973 المحدث للوكالات العقارية أن هذه الوكالات يمكن أن تشتري "باستعمال حق الشفعة" بينما اقتضى الفصل 5 من نفس القانون أن كل تفويت في عقار موجود في منطقة شفعة لا بدّ أن يكون مسبقا بتصريح من المالك يذكر فيه شخص التفويت وشروطه، بما يجعل الأمر متعلقا بحق أولوية لا بحق بشفعة. وقد تدارك المشرّع الأمر عندما كيف هذا الحق بحق الأولوية في الشراء بالفصول 42 وما بعده من مجلة التهيئة الترابية والتعمير. وليس الفارق في التسمية فارقا لفظيا. فالمتأمل في حقيقة الأولوية يلاحظ اعتماد المشرّع فيه على تقنيات سائدة في مرحلة ما قبل التعاقد، دون أن يكون لتلك التقنيات مثيل في الشفعة فالفصل 43 من م.ت.ت. مثلا [33] يعتمد تقنية الإيجاب كما ورد تنظيمه بالفصل 23 م.ا. ع إذ يقرر أنه يمكن للمالك أن يعرض اقتناء العقار على المنتفع بحق الأولوية وهو إيجاب مقيد بأجل (مع أن الأجل هنا قانوني) على معنى الفصل 33 م.ا. ع نظرا لأنّ المشرّع يوجب على المنتفع إعلام المالك برغبته في قبول العرض أو رفضه في أجل

[30] راجع في هذا المعنى:

GHESTIN et DESCHE ، op. cit. n°474. P.537.

[31] (Post re venditam)

[32] (ante re venditam)

[33] قارن في نفس المعنى الفصل الخامس من القانون عدد 39 المؤرخ من 7 جوان 1978 المتعلق بمنح حق الأولوية للمتسوقين في الشراء.

شهر من تاريخ تلقي ذلك العرض. وهكذا ينعقد العقد بمجرد تطابق القبول مع الإيجاب . أما في الشفعة فلا وجود لهذين المرحلتين إذ يكفي احترام الشروط والاجراءات المقررة قانونا حتى يترتب حلول الشفيع محل المشتري في عقد مستكمل شروطه أي في عقد تم ابرامه بعد .

على أنه ينبغي عدم المبالغة في اعتبار الفروق بين المؤسستين طالما أن القانون في كلتا الحالتين يسند خيارا لفائدة شخص يمكنه بمقتضاه من الحلول محل آخر في البيع فكلاهما إحالة قانونية وإجبارية للعقد ولا يكمن الفرق الا في ضرورة الإعلام المسبق الذي يفرض في صورة الأولوية في الشراء والذي ينتفع به المستفيد من ذلك الحق حتى يتمكن من ممارسة خياره وهكذا فإن هذين المؤسستين تقتضيان حلول مشتر محل آخر وليستا فسخا لبيع يتبعه بيع آخر [34].

3- النظام القانوني للشفعة وحق الأولوية في الشراء

. لا يمكن الحديث عن نظام قانوني موحد لهذين المؤسستين الذين تشهدان اختلافا من وضعية إلى أخرى في الشروط وكذلك في الجزاء.

- فلئن كان من الثابت أن الشفعة على من الفصول 103 وما بعده من م.ح.ع تستوجب توفّر عقد بيع صحيح [35] دون غيره من العقود الناقلة للملكية فإنّ قانون 1991 المتعلق بحق الأولوية للدولة في العمليات العقارية شمل جميع العقود الناقلة للملكية .
أما فيما يتعلق بإعلام المستفيد وممارسة الخيار فهو كذلك يختلف من حالة إلى أخرى. ففي الشفعة على معنى مجلة الحقوق العينية يكون الإعلام من قبل المشتري منطلقا لاحتساب الأجل الذي بانقضائه يسقط حق الشفيع في ممارسة الشفعة، ولكن عدم الإعلام لا يكون حائلا دون تلك الممارسة التي تنطلق آجالها من يوم علم الشفيع بالبيع .

[34] Corinne SAINT-ALARY-HOUIN «Le droit de préemption etc. Paris II, L.G.D.J. 1979, Préf. P.Raynaud.

[35] أنظر مثلا: ت.م. 10563 في 1975/7/1 ن II ، 155 اب.م. 11481 في 1976/5/11 ن II ، 33.

وهو علم مفترض اعتمادا على ثبوت تاريخ الكتب الواقع البيع بمقتضاه.

أما بالنسبة إلى حق الأولوية في الشراء داخل دوائر المدخرات العقارية فإن الفصل 43 من م.ت.ت.ت يستوجب عرضا دون أن يبيّن شكله بما يجعل الخيار مفتوحا أمام مختلف الوسائل كالرسائل ومحاضر عدول التنفيذ. ويفرض الفصل 5 من قانون 7 جوان 1978 المتعلق بمنح حق أولوية في الشراء للمتسوّغين تنبيهها بواسطة عدل منفذ.

- وتختلف الآجال الممنوحة للمستفيد لممارسة الشفعة أو الخيار الممنوح له بحسب الحالات فهو سنة بداية من تلقي العرض بالشراء على معنى الفصل 43 م.ت.ت.ت ، وهو شهران من تاريخ التنبيه الموجه للمتسوّغين على معنى الفصل 5 من قانون 7 جوان 1978 المتعلق بمنح الأولوية في الشراء للمتسوّغين .

- أما الجزاء فهو أيضا مختلف بحسب الحالات من إمكانية إبطال العقد وإحلال المستفيد محل المشتري كما هو مقرّر بالنسبة للدولة والجماعات العمومية المحلية والوكالات العقارية (الفصل 44 م.ت.ت.ت.) إلى حلول الشفيع محلّ المشتري دون إبطال العقد، وهو الحلّ المعمول به بالنسبة إلى الشفعة على معنى مجلة الحقوق العينية (الفصل 112) وحق الأولوية للمتسوّغين (الفصل 6 من قانون 7 جوان 1978).

ويبقى الحلّ بالنسبة إلى قانون 27 جوان 1983 المتعلق بحق الأولوية للمتسوّغين في شراء العقارات التي هي على ملك الأجانب موضوع نقاش ، إذ بعد أن قرّر فصله الرابع أن أحكام قانون 7 جوان 1978 المتعلق بمنح حق الأولوية في الشراء للمتسوّغين تنسحب على المتسوّغين أو الشاغلين عن حسن نية لعقارات على ملك الأجانب ، نصت الفقرة الأخيرة من نفس الفصل أن عدم التنبيه على المتسوّغين لمحلات على ملك الأجانب يخول للمتفعين المطالبة بفسخ البيع ولكن المشرع لم يقرر ما إذا كان إحلال المستفيد محلّ المشتري يستتبع ذلك الفسخ. وعلى الرغم من أن النظر إلى أسس وغايات قانون 1983 ومجمل عبارات الفصل الثاني منه تمكن من إقرار حلول المستفيد محل المشتري مثلما اتجه

إليه البعض ^[36] إلا أنّ مبدأ التأويل الضيق للاستثناءات يشكل حائلا قانونيا جديا دون ذلك.

-وليس من مبرر قانونا للاختلاف في الشروط والآجال سوى أنّ المشرع لا يعالج مختلف صور الشفعة وحقوق الأولوية بنظرة أحادية رغم الإحالات التي يقررها أحيانا من قانون إلى آخر ^[37].

II -النيل من حرية البيع وعدم البيع

-لئن كان المبدأ هو أن كلّ شخصي حرّ في أن يبيع أو أن لا يبيع فإنّ المشرّع يقرر أحوالا تحدّ فيها هذه الحرية. فهو يجرم الامتناع عن البيع (أ) وأحيانا يجعل البيع إجباريا (ب) .

الامتناع عن البيع

- يشكل الامتناع عن البيع في مبدئه حقّا يجد سنده في مبدأ الحرية التعاقدية التي تقتضي حرية عدم التعاقد ، كما يؤكد هذا الحق الفصل 20 م.ح.ع الذي جاء به أنه "لا يجبر أحد على التنازل على ملكه"، ويعتقد بعض الفقهاء في فرنسا أنّ هذا الحق أي الحق في الامتناع عن البيع لا يتيح إمكانية لتطبيق مبدأ منع التعسف في استعمال الحقوق ^[38]. غير أن هذا التحليل لا يتطابق مع الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية التي تبرز سواء من الفصل 20 نفسه الذي يستثني من عدم إمكانية جبر الشخص عن التنازل عن ملكه الأحوال التي يقررها القانون وفي مقابل تعويض عادل أو من الفصل 21 من نفس المجلة والذي يقتضي من المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضيه النصوص المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة.

^[36] قارن شرف الدين ، سابق الذكر ص 429 عدد 520.
^[37] ومثال ذلك الإحالة من قانون 27 جوان 1983 الأولوية للمتسوغين والشاغلين لعقارات على ملك الأجانب إلى قانون 7 جوان 1978 (الأولوية في الشراء للمتسوغين).

^[38] BENABENT ،op. cit, n°57, p.46.

- وفي هذا السياق تتناول النصوص المتعلقة بالمنافسة والأسعار رفض البيع^[39] بالمنع .
ففي إطار الالتزامات تجاه المستهلكين يحجر الفصل 24 من قانون المنافسة والأسعار
الامتناع عن بيع مواد أو منتجات للمستهلك طالما أن طلباته لا تكتسي صبغة غير عادية
أو أن المنتجات موضوع تلك الطلبات لا تخضع لتراتبية خاصة. وكذلك الشأن بالنسبة
إلى الالتزامات تجاه المهنيين . فالفصل 29 من نفس القانون يمنع على كل تاجر أو صناعي
أو حرفي أن يرفض في حدود إمكانية وحسب الشروط المطابقة للعرف المهني تلبية
طلبات شراء منتجات طالما أن هذه الطلبات لا تكتسي صبغة غير عادية وتصدر عن
طالبين حسني النية ومادام بيع هذه المنتجات غير محجر بتراتبية صادرة عن السلطة
العمومية.

- وخلافا للقانون الفرنسي الذي يفرق -مثل نظامنا القانوني - بين الامتناع عن البيع تجاه
المستهلكين، ورفض البيع تجاه المهنيين من حيث الجزاء إذ يعاقب الأول بعقوبات جزائية
بينما لا تسلط على الثاني أي جزاء جزائي ولا مدني^[40] فإن نظامنا القانوني يقرر نفس
العقاب^[41] مهما كانت الجهة التي رفض البيع حيالها.

- ومن خلال وضع العقوبات عن رفض البيع في إطار الباب الثاني من قانون جويلية
1991 المخصّص للمخالفات المتعلقة بالممارسات الاحتكارية وعدم شفافية الأسعار،
يتضح أن المشرّع يسعى بالأساس لا إلى حماية المستهلك فحسب بل وكذلك إلى تشجيع
المنافسة ونبذ الممارسات الاحتكارية من قبل التجار الصناعيين والحرفيين تجاه المستهلكين
أو تجاه بعضهم البعض.

^[39] تستعمل النصوص رفض البيع والامتناع عن البيع على حد سواء لا حظ مثلا الفصل 24 والفصل 38 من قانون المنافسة والأسعار.
^[40] بعد أن ألغى المرسوم الفرنسي المؤرخ في 1 ديسمبر 1986 الجزاء الجنائي المسلط على رفض البيع بين المهنيين ولم يقرر إلا
جزاءات مدنية ألغى بدوره قانون 1 جويلية 1996 رفض البيع بصفة الجنحة المدنية عن رفض البيع بين مهنيين وهكذا فإنه فيما عدا
إثبات سوء نية المهني (خطئه) حسب قواعد المسؤولية المدنية فإن رفض البيع في هذه الصورة يندرج في إطار الحرية التعاقدية ، أنظر هذا
الشأن:

André DECOQ, sur l'abolition du délit civil de refus de vente, J.C.P. 1997, I. 3997.

^[41] الفصل 38 جديد كيفما وقع تنقيحه بقانون 10 ماي 1999 (الخطية من 50 إلى 5000 ديناراً)

والأمر مختلف عما كان عليه في ظلّ قانون 19 ماي 1970^[42] الذي كان يجعل رفض البيع وسيلة لحماية المستهلك بالأساس طالما أنه كان يعتبره ممارسة غير مشروعة للأسعار. وتتأكد الاتجاهات الجديدة للمشروع من خلال ما تمكن ملاحظته حول النفس التحرري الذي أضفاه على قانون 1991 بإلغاء عقوبة السجن التي كان يقررها قانون 1970 والتخفيف من الخطية^[43]. لكن مهما يكن من أمر هذا التوجه فإن الصبغة المميزة للقانون الاقتصادي هو تدخل القانون الجنائي لدعم الاختبارات التشريعية الأمر الذي لا يتوفر في الصور الأخرى التي يقع فيها الحد من حرية البيع والشراء.

- الإحالة الإجبارية

- يشهد مبدأ حرية احتفاظ الشخص بملكه استثناءات أخرى تتمثل في الانتزاع من أجل المصلحة العامة والتبثيت إثر عقلة أموال المدين.

ينظم الانتزاع من أجل المصلحة العامة قانون 11 أوت 1976^[44] الذي يضبط إجراءات وشروط الانتزاع وخصوصا طريقة تحديد غرامة الانتزاع بصورة مدققة^[45] ومن جهتها تتولى مجلة المرافعات المدنية والتجارية تنظيم عقلة وبيع الأموال من منقولات وعقارات (الفصول 390 وما بعدها من م.م. م.ت).

ولعلّ أبرز تساؤل تثيره هذه الإحالات الإجبارية ما يتعلق بصحة وصفها بالبيع^[46]،

^[42] قانون عدد 70-26 مؤرخ 19 ماي 1970 المتعلق بطرق ضبط الأسعار ومعاقبة المخالفات الاقتصادية، واطر حول رفض البيع من ظل ذلك القانون :

Toufik BEN NASR, «Le refus de vente», mémoire de D.E.A. Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, Tunis 1981.

^[43] قارن الفصل 23 من قانون 19 ماي 1970 الذي كان يقرر عقابا بالسجن من شهر إلى خمس سنوات أو بالخطية من 50 إلى 20000 دينار.

^[44] قانون عدد 85 لسنة 1976 مؤرخ في 11 أوت 1976 يتعلق بمراجعة التشريع المتعلق بالانتزاع للمصلحة العمومية، رائد الرسمي عدد 51.

^[45] راجع الفصل 4 و 21 الى 33 من قانون 11 أوت 1976.

^[46] op.cit. p.121, MELLOULI, voies d'exécution على تفاصيل أكثر راجع

أحمد بن طالب، استحقاق المعقول، م.ت.ق. 1995 ص 85 وما بعدها. وخاصة صفحتي 99 و 100
وفتحية بن جميع، آثار البيع الجبري، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسية
بتونس، تونس 2000-2001.

ذلك أنّه ولئن أنتجت هذه الإحالات أهمّ أثر للبيع وهو نقل الملكية فإنّ التساؤل يبقى مطروحا فيما إذا كان الضمان (الاستحقاق والعيوب الخفية) مفروضا على من لم تكن له أيّة إرادة في التفويت في ملكه (المنتزع منه، والمعقول عليه). فالقانون لا يجيب عن هذا التساؤل إلا بصفة جزئية إذ اكتفى الفصل 674 م.إ.ع. بالقول بأنّه "لا قيام بالعيوب فيما بيع على يد الحاكم". لكن لا مثال لهذه القاعدة فيما يتعلّق بالانتزاع، والمشرع نفسه لم يتعرض إلى حلّ هذه المسألة في قانون 1976 المتعلّق بالانتزاع من أجل المصلحة العامة ويبدو من الغريب أن يطالب من انتزع منه ملكه، أي ذلك الذي لم يسع إلى التفويت ولا شاركت فيه إرادته بضمان عيوب الشيء المنتزع. لكن من ناحية أخرى تعرّض المشرع إلى مسائل الاستحقاق المتعلقة بالأموال المنتزعة بالفصل 14 من قانون 11 أوت 1976 إذ أوجب على كلّ مستحق أو يدعى استحقاق أن يعرف بنفسه لدى الولاية أو المنتزع حتى يمكنه المطالبة بالغرامات الراجعة له، فيما يوجب على المالك أن يعرف بالمكترين، ولكل من له حق عيني أو منقول وإلا يصبح ملزما بإزاء المستحقين بأداء الغرامات التي لم يتمكنوا من المطالبة بها في الإبان من المنتزع.

أمّا فيما بتعلّق ببيع العقول، فإنّه يمكن تأويل سكوت المشرّع بأنّه إحالة على القواعد العامّة. وهذا ما اتجه فيه الفقه الحديث بما يعني أنه كلما ثبت استحقاق الغير للمعقول المبيع إلا و توفرت للمبتت له دعاوى مختلفة من ضمنها دعوى ضمان الاستحقاق على معنى الفصول 631 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود.

- ويستخلص ممّا سبق بيانه أنّ القيود الواردة على حرّية البيع والشراء تمثّل تعبيراً ملموساً في إطار البيع عن التقييد الذي يشمل بصورة أعمّ حرّية التعاقد، والذي ينضاف إليه تقييد آخر يهمّ الحرّية التعاقدية من حيث الشكل.

الفقرة الثانية: أشكال التعبير عن الرضا

- يؤكد الفقهاء أنّ البيع عقد رضائي ويبقى ذلك هو المبدأ (I) الذي يشهد استثناءات لا تنفك تتعدّد مبرهنة على تطوّر الشكلية (II).

I - مبدأ الرضائية في البيع

- ينصّ الفصل 580 م.أ.ع أنّه "إذا وقع من المتعاقدين ما يدلّ على الرضا بالبيع واتفقا على الثمن والمثلثان انعقد البيع بينهما". ويؤكد هذا الفصل فكرة رضائية البيع أي انعقاده بمجرد التقاء الإرادتين ودون التوقف على أي شرط شكلي، ويتطابق هذا الفصل مع روح ونصّ الفصل 2 من نفس المجلة الذي يجعل أركان العقد أربعة أي الأهلية والرضا والمحلّ والسبب ولا يجعل من ضمنها ركن الشكل.

لا خلاف في أنّ مبدأ الرضائية في البيع يخدم مصالح الأطراف بشكل واضح بفضل ما يخوّلهم من حرية ، وسرعة في إبرام العقد ، وما يوفّره لهم من اقتصاد في تكلفته ، على أنّ ذلك لا يخلو من مخاطر على المتعاملين أنفسهم من ذلك ما يتعلق بصعوبة الإثبات كما أنّه لا يخدم بالضرورة مصلحة المجتمع التي تكمن في أن يتمّ العلم بما يبرم من عقود [1] . ولعلّ ذلك ما يبرّر ظهور الشكلية وتطوّر ها في البيع.

II - تطوّر الشكلية

- يقصد بالشكلية كلّ عنصر محسوس (حركة ، كتابة...) من شأنه أن ينشئ أو يغيّر أو يحيل أو ينهي حقاً. فالشكلية المقصودة قانوناً هي التي يجازى غيابها بانعدام الأثر القانوني للتصرف [2] . لكن مهما يكن من أمر، فإنّ الشكلية تقتضي في كلّ الأحوال إقامة كتب ولو أنّه لا يقوم إلا بوصف لاحق لمضمون الاتفاق [3] . وتقوم الشكلية في البيع بأدوار تختلف من الإثبات إلى الصحة (أ) إلى الاحتجاج و الرقابة (ب).

[1] قارن: MALAURIE et AYNES, op.cit. n°156.

[2] Jacques FLOUR, quelques remarques sur l'évolution du formalisme, mélanges , Ripert, L.G.D.J. 1955, t.I, pp. 93 et s, spéc.p.96.

[3] قارن: BENABENT, op. cit. p.81.

أ- الإثبات والصحة

- ينبغي التمييز بين الشكليات المستوجبة للإثبات والشكليات المستوجبة لصحة التصرف .
فعندما يعتبر الفصل 473 م.ا.ع. أنه ينبغي تحرير كتب كلما كان قدر المال أكثر من ألف دينار فإنّ ما تقتضيه المشرّع ليس لصحة البيع بل لإثباته^[4] . وعلى العكس من هذا فإنّ البيع يصبح شكليا كلما اشترط المشرّع كتابا لصحته ، ويتمّ ذلك مثلا كلما كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه. وهذا ما يقتضيه الفصل 581 م.ا.ع. ويضيف المشرّع الى ذلك شكلية أخرى تتمثل في وجوب تحرير الكتب من قبل أشخاص عددهم الفصل 337 مكرّر جديد م.ح.ع. على سبيل الحصر وإلا عدّ البيع باطلا بطلانا مطلقا كلما كان المبيع عقارا مسجلا^[5] . ويتأكد بذلك أنّ بيع العقارات المسجلة هو عقد شكلي بلا منازع. والأمر نفسه بالنسبة إلى بيع الأصول التجارية إذ يقتضي الفصل 190 م.ت أنّ كلّ تصرف في أصل تجاري بالبيع "يجب اثباته كتابة وإلا كان باطلا" ولا ينفكّ المشرّع يعدّد صور اشتراط الشكلية لصحة البيع، من ذلك الفصل الرابع من قانون 2 جوان 1998 المتعلق بالبيوعات بالتقسيط الذي يعدّ باطلا وغير نافذة كلّ من عملية لبيع بالتقسيط لا تتضمنّ سنداً كتابيا".

- كما يكون البيع شكليا كلما وقع بالمزاد العلني وتختلف إجراءاته من البساطة إلى التعقيد بحسب ما إذا كان موضوع البيع منقولا أو عقارات وبحسب ما إذا كان عقارا غير مسجّل أو عقارا مسجلا^[6] ، لكن في كلّ الأحوال يسعى المشرّع من خلال التدقيق في الإجراءات إلى ضمان تحقيق أعلى سعر ممكن حفاظا على مصالح الدائنين والمدنيين على حدّ سواء.

^[4] انظر مثلا آخر في بيع الطائرات الفصل 10 فقرة 3 من مجلة الطيران المدني "لا تثبت إحالة الملكية إلا بكتب".
^[5] راجع حول هذه المسألة، أحمد بن طالب، تنقيح الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود في محيط الإصلاح العقاري، الأحداث القانونية التونسية، عدد 9، 1995، ص 43 وما بعدها.
^[6] راجع الفصول 390 وما بعدها من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بالنسبة إلى بيع المنقولات، وكذلك MELLOULI, Slaheddine, procédures juridiques et recouvrement des créances, éd, voies d'exécution, C.L.E., Tunis, 1991, pp.103 et s 410 وما بعده من نفس المجلة ، والملولي، مرجع سابق الذكر ، ص 167 وما بعدها.

- أخيرا يكون البيع شكليا كلما توقف على ترخيص قضائي. من ذلك ما جاء بالفصل 15 م.أ.ع الذي يمنع على الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفية، أو الولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني التصرف بالبيع في ذلك الكسب إلا بإذن خاص من حاكم التقاديم^[7] الذي لا يسلم الإذن المذكور إلا "عند الضرورة و المصلحة الواضحة" للمقدم عليه. كما لا يجوز بيع أموال المفلس من عقارات ومنقولات إلا بإذن من الحاكم المنتدب (الفصل 494 م.ت.).

إن التمييز بين الشكالية المستوجبة لصحة المعاملة والشكالية المستوجبة للإثبات لا يكتسي طابعا نظريا مجردا. فإن كان من الثابت أن الشكالية إذا كانت لازمة لصحة المعاملة تكون في نفس الوقت صالحة لإثباتها فإنه لا يجدي الأطراف نفعا التمسك بآثار المعاملة فيما بينهم إذا كان المشرع قد فرض إفراغها في شكل معين بحيث أن وجود تلك المعاملة في حد ذاته ولو بين الأطراف فحسب يصبح موضع شك.

ب-الاحتجاج والرقابة

- تكون الشكالية أحيانا ضرورية للاحتجاج بالبيع، وفي أحيان أخرى تكون وسيلة لممارسة رقابة إدارية على هذا العقد . ويشترك الأمران (الاحتجاج والرقابة) في أنهما يأخذان بعين الاعتبار غيرا عن أطراف العقد حتى يكون هذا الأخير محرزا على فعاليته.

- ولعله من غير العسير أن نفهم لماذا تكون الشكالية ضرورية للاحتجاج بالبيع. فإذا كان أثر البيع نقل حق عيني إلى المشتري يواجهه به الكافة فإنه يكون من الضروري إعلام الغير بذلك الانتقال. لذلك فإنه في كل مرة يضع المشرع نظاما للإشهار فإن الاحتجاج بالبيع تجاه الغير لا يمكن أن يتم إلا إذا وقع احترام إجراءات ذلك الإشهار. من ذلك ما تعلق بحوالة الحق - التي هي بيع لحق شخصي إذا ما تمت بمقابل نقدي^[8] - إذ قرر الفصل 205 م أ ع

^[7] راجع الفصلين 7 و 11 من أمر 18 جويلية 1957 المتعلق بترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم ، الرائد الرسمي عدد 58 في 19 جويلية 1957.

^[8] الحكيم ، فقرة 30.

أنه لا يتم انتقال الحق للمحال له تجاه المدين وكذلك تجاه الغير إلا بالإعلام بانتقال الدين أو قبول المدين للانتقال برسم ثابت التاريخ. ولعلّ من أبرز الأمثلة الأخرى على الشكلية المستوجبة للاحتجاج بالبيع هو ما تعلق ببيع العقارات. فلا يمكن الاحتجاج ببيع العقارات المسجلة إلا باستكمال إجراءات الترسيم برسم الملكية العقارية (الفصلان 581 م.إ.ع. و 373 م.ح.ع.)^[9] أمّا بالنسبة للعقارات غير المسجلة فإن الاحتجاج بالبيع لا يمكن إلا بعد تسجيل العقد بقباضة المالية (الفصل 581 م.إ.ع.). ولا يختصّ بيع العقارات بشكالية الإشهار التي تمتدّ إلى بيع بعض أنواع المنقولات كالأصول التجارية^[10] والسفن^[11] والطائرات.^[12]

- من جهة أخرى تكون الشكلية وسيلة للمراقبة كلما خضع البيع إلى ترخيص إداري.

إنّ أبرز صور التراخيص الإدارية في التطبيق رخصة الولاية في العمليات العقارية والتي كانت مستوجبة جميع العمليات العقارية مهما كان أطرافها^[13] قبل أن يقع التصديق في ميدانها بمقتضى مرسوم 21 سبتمبر 1977 ليقصر على العمليات العقارية مع الأجانب^[14] وهو ما خفف من الحركية القضائية والجدل الفقهي الذي حام حولها^[15].

^[9] علما وأنّ الفصل 581 م.إ.ع. في صياغته المقررة منذ تنقيح 4 ماي 1992 قد دخل حيز التنفيذ بالنسبة إلى الرسوم العقارية المحدثة منذ قانون 20 أفريل 1998 وتلك التي سيقع تحيينها بمقتضى القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية، رائد عدد 30 ص 967 (حول مبدأ المفعول المنشئ للترسيم ودخوله حيز النفاذ تدريجيا، راجع أدناه، الفقرة 179 والهامش) وقد جاء تنقيح الفصل 581 م.إ.ع. بمقتضى قانون 4 ماي 1992 ليرفع اللبس خصوصا فيما يتعلق بالفرق بين مفهومي التسجيل (قباضة المالية) والترسيم (برسم الملكية العقارية).

^[10] الفصلان 191 و 192 م.ت.

^[11] الفصل 29 م.ت.ب.

^[12] الفصل 10 فقرة 3 من مجلة الطيران المدني.

^[13] أمر 4 جوان 1957 متعلق بالعمليات العقارية في الأراضي الفلاحية (رائد عدد 45 مؤرخ في 4 جوان 1957) والنصوص المنقحة له.

^[14] مرسوم عدد 4 لسنة 1977 مؤرخ في 1971/9/21 يتعلق بالعمليات العقارية (رائد رسمي عدد 63 مؤرخ في 1977/9/30).

^[15] Ezzeddine ARFAOUI, l'autorisation du gouverneur dans le contrat de « vente immobilière », mém. DES, Droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, Tunis 1975-1976.

الصادق مرزوق، الوعد بالبيع ورخصة الولاية، م.ق.ت. 1975 العدد الثاني ص 374.

حول رخصة الولاية في العمليات وتأثير تاريخ العقد في تلك العمليات وفي أجل القيام بالشفعة، م.ق.ت. 1972، ص 909.

وراجع بصفة عامة حول التراخيص الإدارية في العقود الناقلة للملكية محمد كمال شرف الدين، مرجع سابق الذكر، ص 19 وما بعدها.

لكن ذلك لا يعني انعقاد عزم المشرع عن التخلي عنها . ولعل من أحدث القوانين التي تؤكد ذلك القانون عدد 29 لسنة 2000 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 17 لسنة 1977 المؤرخ في 16 مارس 1977 المحدث لوكالة الإصلاح الزراعي بالمناطق السقوية العمومية^[16] الذي أضاف فصلا ثانيا مكررا مقتضاه أن كل إحالة بعوض أو بدونه لعقارات كائنة بدوائر تدخل الوكالة العقارية الفلاحية تخضع إلى ترخيص مسبق من والي الجهة التي يوجد بدائرتها العقار موضوع الإحالة طبقا للشروط المنصوص عليها بالأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 والمتعلق بالعمليات العقارية. - هكذا تظهر أهمية التراخيص الإدارية في مادة البيع لا من الناحية العملية فحسب بل وكذلك من الناحية النظرية. إذ لا تنحصر التراخيص الإدارية في العمليات العقارية في رخصة الولاية بل تتجاوزها إلى رخصة رئيس الدولة^[17] ورخصة الوزير الأول^[18] ورخصة وزير الفلاحة ثم وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية في عمليات التفويت في أراض دولية ذات صبغة فلاحية^[19] ورخصة البنك المركزي في عمليات التفويت التي يكون أحد أطرافها من غير المقيمين بالبلاد التونسية^[20] ورخصة وزير الإسكان ثم وزير أملاك الدولة والشؤون العقارية في عمليات التفويت التي يكون موضوعها عقار على ملك الأجانب^[21] وغيرها^[22] كما أن المواد التي لا يمكن تسويقها إلا بعد استحضار التراخيص اللازمة كثيرة من ذلك بيع المواد الكحولية ، والأسلحة ، والأدوية وغير ذلك.

^[16] رائد رسمي عدد 20 لسنة 2000 ص 608.
^[17] الفصل الأول من القانون عدد 56 الصادر في 22 ديسمبر 1969 والمتعلق بالإصلاح الزراعي والقاضي بأن الأشخاص الطبيعيين الأجانب لا يمكنهم اكتساب عقار فلاحى للاستقرار به إلا بعد الحصول على أمر يقضي بالترخيص لهم في ذلك.
^[18] الفصل الأول من القانون عدد 31 لسنة 1959 الصادر في 28 فيفري 1959 المتعلق بالعمليات العقارية الذي يفرض الحصول على ترخيص مسبق من كاتب الدولة للرئاسة (الوزير الأول) في جميع التصرفات المكتسبة للملكية بعوض أو بدونه والتي تستفيد منها سلطة أجنبية.
^[19] الفصل 6 جديد من القانون عدد 25 لسنة 1970 الصادر في 19 ماي 1970 كيفما تم تنقيحه بالقانون عدد 112 لسنة 1988 الصادر في 18 أوت 1988 الذي أحال هذا الاختصاص إلى وزير أملاك الدولة.
^[20] الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 7 جويلية 1977 المتعلق بتطبيق مجلة الصرف والتجارة الخارجية كيفما وقع تنقيحه بالأمر عدد 1696 لسنة 1993 المؤرخ في 16 أوت 1993 (إعفاء الأشخاص الطبيعيين من التونسيين من هذه الرخصة)
^[21] الفصل الثاني من القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 المتعلق بالعقارات التي هي على ملك الأجانب والقانون عدد 50 لسنة 1992 الذي أحال هذا الاختصاص إلى وزير أملاك الدولة.
^[22] انظر حول هذه التراخيص محمد كمال شرف الدين ، الأموال ص 99.

من الناحية النظرية تمثل التراخيص ميدانا بارزا ما سمّاه بعض الفقهاء هيمنة القانون الإداري على القانون المدني ^[23]. وهي هيمنة لا تنفك تتأكد خصوصا بتطور القوانين المتعلقة بالميدان الاقتصادي . أمّا على صعيد القانون المدني البحت فإنّ التراخيص الإدارية لا تزال تطرح تساؤلات حول مآل البيع قبل الحصول على الترخيص الإداري ، والمدة القصوى التي ينبغي أن يحصل فيها ذلك الترخيص. ولا يبدو أنّ فقه القضاء قد توصّل في هذا الشأن إلى حلول مقنعة، فهو ولئن استعمل تقنية العقد الموقوف ليجيب عن التساؤل الأول ^[24] ، فقد كانت إجابته فيما يهم التساؤل الثاني قابلة جدّا للنقاش إذ قبل أن يقع الترخيص ثماني سنوات بعد تاريخ البيع ^[25].

الفقرة الثالثة: صور التراضي

- إنّ المبدأ في تكوين البيع هو الفورية ، أي التكوين بمجرد التقاء الإرادتين، وهذا ما يقرّره الفصل 583 م ا ع بقوله "إذا وقع ... انعقد ..." غير أنّه توجد استثناءات تبرّرها الأهمية الاقتصادية لبعض العقود ، أو ما يستتوبه المشرّع من شكلية فيلجأ الأطراف إلى إبرام البيع على مراحل بالاستعانة بعقود مهيّدة للبيع ^[26] كالعقود الإطارية ^[27] والاتفاقيات المبدئية ^[28] ولكن أكثرها تداولاً هي وعود البيع (I) كما أنه ولنفس الأسباب يمكن للأطراف اللجوء إلى إبرام بيع مشروطة (II).

I – الوعد بالبيع

- قد لا تنصرف نية المتعاقدين إلى إبرام عملية البيع النهائية لعدة أسباب أهمها صعوبة الحصول على التراخيص الإدارية اللازمة أو على القروض الضرورية لتمويل عملية البيع

^[23] Jean RIVERO, Droit public et droit privé, conquête ou statu-quo ? Dalloz chr. P.69.

^[24] تعقيب مدني عدد 7859 في 1989/5/16، ن 194، وتعقيب مدني عدد 8054 مؤرخ في 1983/12/23 (دوائر مجتمعة) ن 253 I، 1985، "المشرّع لم يحدّد أجلاً معيّناً ينتهي عنده العقد المحرّر من العدول بدفتر المسودات كما أنّه لم يقرّر تاريخاً مضبوطاً أو محدداً للإحراز على الترخيص الإداري بالموافقة، وإزاء ذلك فإنّ العقد الغير محدّد اتفاقاً بأجل لا يعتبر مختلاً من ذاته ولا باطلاً ولكنه يبقى موقوفاً وصحته معلقة على ورود رخصة الموافقة " (مدني، دوائر مجتمعة في 1983/12/23، سابق الذكر).

^[26] J.M. MOUSSERON , la durée dans la formation des contrats, mel. Jauffret, L.G.D.J. 1974, p.509 et s. R. DEMOGUE, les contrats provisoires, Etudes Capitant, 1939, p.159 et s.

^[27] contrats cadres

^[28] Accords de principe

أو بغرض توفير وقت أكثر للتثبت من الوضعية العمرانية للمبيع إذا كان عقارا أو في انتظار تسوية الوضعية العقارية لذلك العقار فيبرمون عقودا يعرب فيها أحدهم أو كلهم عن نيته في التعاقد النهائي. لم يعرف المشرع الوعد بالبيع ولم ينظمه بنص عام وهو ما قد يبرر التردد في تحديد نظامه القانوني. لكن يمكن تعريف الوعد بالبيع بكونه الاتفاق الذي يوعد أو يتواعد به بالبيع أو بالشراء أو بكليهما لشيء معين وبثمن معين مع منح الخيار لأحد الطرفين أو لكليهما في قبول التعاقد النهائي من عدمه. ويتبين من هذا التعريف أن وعد البيع أو الشراء يمكن أن يكون ملزما لجانب واحد (أ) كما يمكن أن يكون ملزما للجانبين (ب).

أ - الوعد بالبيع أو بالشراء من جانب واحد

- يخضع الوعد بالشراء الملزم لجانب واحد لنفس القواعد التي تنظم الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، ويختلف عنه فقط فيما يتعلق بموضوع التزام الواعد إذ يكون هنا ، واعدا بالشراء. ويتعلق الأمر بصورة تطبيقية نادرة ، (كبنود الانفراد وعقود حمل الأسهم) خلافا للوعد بالبيع الملزم لجانب واحد . وتمكن أهمّ المسائل المتعلقة بالوعد بالبيع الملزم لجانب واحد في تكوين الوعد (1) وفي تحديد وضعية طرفيه قبل ممارسة الخيار (2) وفي مآله (3).

1- تكوين الوعد بالبيع (أو بالشراء)

- الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو عقد وهو عقد غير مسمّى وهو يفترض التقاء إرادتين واتفاقهما على التزام الواعد بالبيع^[29]. فالإيجاب والقبول اللذان يتكوّن بهما هذا العقد يقعان على الوعد في حدّ ذاته لا على العملية النهائية أي البيع^[30]. ولا يصحّ حينئذ مثلما ذهبت إليه محكمة التعقيب وصفه بالالتزام بإرادة منفردة على معنى الفصل 22 م.ا.ع

^[29] راجع محمّد الزين ، مرجع سابق الذكر، عدد 151 .
^[30] أنظر ملحوظات وكالة الدولة العامة في القضية عدد 358 تحت قرار تعقيبي مدني عدد 358 مؤرخ في 31/10/1960، ن 1130 .

لأنّ هذا التصرف القانوني لا ينشأ عن التقاء إرادتين بل هو تعبير اختياري عن إرادة واحدة تلزم صاحبها ولا يتوقف في قيامه على مشاركة طرف آخر. فقد يتعهد شخص بمحض إرادته بعدم بيع ملكه مدة معينة وبدون مشاركة من وقع التعهد لفائدته. فلا يمكن وصف هذه العملية بعقد وعد بالتعاقد ملزم لجانب واحد. أمّا في صورة التقاء الإرادتين واتفقهما على أن يعد أحدهما بالبيع دون أن يكون الآخر ملزماً بشيء فإن ما يقع إبرامه هو عقد لا يلزم إلا الواعد دون الموعود له. فهدف الوعد الملزم لجانب واحد هو توفير خيار للموعود له مدة معينة، حتى يفكر في إبرام البيع من عدمه أو يتمكن من استحضار التراخيص اللازمة، فالوعد الملزم لجانب واحد يمكن من تضمين الإيجاب أي إلزام الموجب بالابقاء عليه مدة إلى أجل معين أو إلى حين حصول حدث معين (الحصول على قرض أو ترخيص) [31].

- قد يلجأ الأطراف إلى الاتفاق على أن يدفع الموعود له للواعد غرامة تسمى "غرامة تجميد" [32]. وهي مقابل الخدمة التي يسديها الواعد للموعود له والمتمثلة في التزام الواعد بعدم البيع للغير أثناء أجل الخيار [33] ورغم أنّ هذه الغرامة تحدّ من حق المالك في اختيار المشتري إلا أنّها لا تؤثر على طبيعة العقد الملزم لجانب واحد، فهي لا تحوّل إلى عقد ملزم للجانبين [34] ذلك أنّ الموعود له لا يلتزم بالشراء رغم موافقته على دفع هذه الغرامة.

وقد يصعب وصف هذه الغرامة بغرامة نكول لأنّ الموعود له لم يلتزم بشيء كما لا يمكن وصفها بالشرط التغريمي المتميّز بصفته الجزائية اعتباراً إلى أن غرامة التجميد لا تجازي عن عدم الوفاء بالتزام أو التأخير فيه لعدم قيام أي التزام من جانب المستفيد [35].

[31] J.L. AUBERT, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Paris, 1974, n°21 et 30.

[32] في نفس المعنى: MALAURIE et AYNES, op. cit. n°110.

[33] COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, n°63, p.58, GHESTIN et DESCHE, n°153.

[34] في نفس الهامش مالوري وأيناس، فقرة 110.

[35] COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, op. cit. 102. cit

وربما يجوز وصف هذه الغرامة بالعربون الذي يعرفه الفصل 303 م.أ.ع. بكونه "ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر لأجل إتمام ما تعاقدوا عليه". ولعلّ الفائدة من وصف هذه الغرامة بالعربون تكمن في تطبيق نظامه القانوني عليها. فإذا ما استقرّ قرار المستفيد على الشراء تثقل الغرامة المدفوعة على ثمن المبيع ، أمّا إذا لم يختار المستفيد الشراء فإنه يسترجع ما وقع دفعه ولا سبيل إلى القول بحق الواعد في حبسها (الفصل 305 م.أ.ع.). طالما أن عدم الشراء لم يكن "بسبب تقصير من العاقد الذي دفع " الغرامة ^[36] بل هو حق مستمدّ مما وقع عليه اتفاق الطرفين حسب عقد الوعد بالبيع.

- وما من شكّ في أنّ وعد البيع الملزم لجانب واحد يخضع لشروط أصلية تتعلق بضرورة تعيين المبيع والثمن علماً بأنّ الوعد يضمن الإيجاب فإنّ ذلك الإيجاب لا بدّ أن يكون باتاً لا لبس فيه دقيقاً ومشتماً على كامل أركان العقد ^[37] بحيث يكفي التعبير عن القبول لينبرم البيع. أمّا من حيث الشكل فإنّ الوعد يخضع لمبدأ الرضائية، فلا يلزم لصحته أن يتخذ شكلاً معيناً إلا في الصور التي حدّدها القانون كالوعد ببيع أصل تجاري (الفصل 190 م.ت.). والوعد بالبيع في نطاق البعث العقاري ^[38]، وهي صور مخصوصة لا يتوسع في تأويلها. وهكذا فإنه فيما يتعلق بالوعد ببيع عقار مسجل فإنّ ذلك الوعد لا يخضع في تحريره إلى موجبات الفصل 377 مكرر من مجلة الحقوق العينية الذي يتعلق بالصكوك والاتفاقات الخاضعة للتسجيل بالسجل العقاري طالما أن الوعد بالبيع لا يخضع للتسجيل بل يمكن قيده احتياطياً على معنى الفصل 366 من نفس المجلة.

من جهة أخرى يخضع التشريع الجبائي الوعود بالبيع إلى التسجيل الوجوبي ^[39] لكن دون أن يجازي عدم التسجيل ببطان العقد ، وذلك خلافاً للقانون الفرنسي ^[40].

^[36] أنظر في اتجاه مخالف COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE , op.cit, n° 65, p.59.

^[37] محمّد الزين ، عدد 125 و126.

^[38] القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلّق بمراجعة التشريع الخاص بالبعث العقاري كيفما وقع تنقيحه بالقانون عدد 76 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 والقانون عدد 1330 لسنة 1991 المؤرخ في 26 أوت 1991 المتعلّق بالمصادقة على كراس الشروط العامة للبعث العقاري والقانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرخ في 11 نوفمبر 2000.

^[39] الفصل الثاني من مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي.

^[40] Article 1840 du code général des impôts (France) .

2- وضعية الأطراف قبل ممارسة الخيار

- أثناء المدة الفاصلة بين إبرام الوعد وممارسة الخيار من عدمه تكون وضعية الواعد متمثلة في التزام سلبي أي التزام بامتناع عن عمل ، أي الامتناع عن القيام بكل ما من شأنه أن يعطل إبرام البيع إذا ما اختار الموعد له إبرامه. فلا يمكن للواعد الرجوع في وعده [41]. ولكن قد يطرح إشكال كلما أغفل الأطراف تحديد أجل لممارسة الخيار. في هذه الحالة لا ينفك التزام الواعد إلا بعد انذار الموعد له طبقا لأحكام الفصول 284 و 286 و 289 وما بعده من م ا ع [42] لكنه فيما عدا ذلك فإن الواعد يتحلل من التزامه بمضي خمسة عشرة سنة من العقد على معنى الفصل 402 م ا ع [43]. وهكذا فإنه ليس للموعد له سوى حق شخصي. فهو لا يملك على المبيع أي حق عيني ذلك أن الوعد لا ينشأ عنه بيع ، ويبقى للموعد له أن يقيد قيدا احتياطيا إذا كان الموعد به عقارا مسجلا حتى يمكنه الاحتجاج به الغير .

من ناحية أخرى يمكن للموعد له إحالة الوعد لفائدة الغير إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك. وعموما ينص عقد الوعد على إمكانية هذه الإحالة ويترك للموعد له حرية تعيين المستفيد بالإحالة لاحقا.

3- مآل الوعد

- يمكن للموعد له أن لا يمارس الخيار، فيتخلى هكذا عن التعاقد النهائي . وينتج ذلك إما عن تصريح أو عن اتخاذ سلوك سلبي (عدم الحضور في الأجل ، عدم دفع الثمن). ولا ينجر عن عدم ممارسة الخيار أية مسؤولية. كما يمكن للموعد له أو لورثته ممارسة الخيار. ولا يوجد شكل محدد لذلك، ولكن يمكن أن يتضمن عقد الوعد شكليّة معينة (رسالة مضمونة ، حضور بمكتب محام ...) بدونها لا تكون ممارسة الخيار منتجة لآثارها.

[41] ت.م. عدد 34، مؤرخ في 1976/10/26، ن. III، 67.

[42] محمد الزين، ص 118.

[43] طالما أن حق المستفيد بكل الحقوق الشخصية يسقط بمرور خمسة عشر عاما.

- بممارسته للخيار يعبر الموعد له عن رضاه بالبيع وينجرّ عن ممارسة الخيار أنّ البيع يتكوّن في ذلك الزمن. فمن ذلك الزمن يقع تقدير صحة البيع، واحتساب الآجال للقيام بالابطال أو التنفيذ أو الضمان [44]. ومن ذلك يكون الواعد ملزماً بإتمام إجراءات البيع أي إبرام العقد النهائي، ويمكن للموعد له جبره قضائياً على ذلك.

ب - الوعد بالبيع الملزم للجانبين

- الوعد بالبيع الملزم للجانبين أو الوعد المتبادل هو العقد الذي يتواعد به الطرفان، أحدهما على البيع وثانيهما على الشراء . وهو مثل الوعد الملزم لجانب واحد عقد موضوعه التواعد على إبرام البيع النهائي لا عملية البيع في حد ذاتها. فالمقصود منه لا نقل ملكية الموعد به إلى الموعد له بل تعطيل الأثر العيني الذي يبقى أثراً من آثار العقد النهائي [45] . ومقتضاه أنه يمكن لكل من الطرفين من ممارسة خيار البيع أو الشراء إذا عبّر عن قبوله ولكنه لا يستطيع التحلل من البيع أو الشراء إذا ما أبدى الطرف الآخر رغبته في إبرامه وهو ما يمكن من القول إن السلطة الممنوحة لكل من الطرفين هي سلطة إيجابية في إبرام البيع لا تعطّلها إرادة سلبية من الطرف الآخر. [46]

- على أن هذه الخاصيات التي تصاحب وعد البيع الملزم للجانبين لم تكن محل إجماع في فقه القضاء الذي تميّز إلى منتصف السبعينات باضطرابه حول الطبيعة القانونية لهذا العقد. وقد ظهر هذا الاضطراب بسبب ما استوجبه أمر 4 جوان 1957 حول رخصة الولاية في العمليات العقارية التي جعلت إبرام عقود بيع ناجزة أمراً مستحيلاً وأظهرت في التطبيق عقود الوعد بالبيع. ففي اتجاه أول اعتبرت الدائرة الأولى لدى محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 25 فيفري 1974 [47] أن "الوعد لا يفيد إلا التزاماً ملزماً لجانب الواعد، أما إذا

[44] BENABENT, op.cit.p. 117 ;MALAURIE et AYNES, op.cit.n°117

[45] Pierre TERCIER, La partie spéciale du code des obligations, Schulthess polygraphischer Verlag Zurich, 1988, n° 507.

[46] الحكيم ، فقرة 36.

[47] قرار تعقيبي مدني عدد 10031 مؤرخ في 25 فيفري 1974 ن 1 ص 13.

كان الالتزام بين الجانبين بصورة تدل على إبراز نية المتعاقدين على إيقاع البيع فعلا بينهما مع قبض البعض من الثمن فإنه يعتبر عقد بيع كامل لا وعدا به جانب واحد" لتقرر أنه مادام الأمر كذلك وما دام ذلك العقد خاليا من رخصة الولاية فإنه باطل بطلانا مطلقا. وقد أكدت نفس الدائرة هذا الموقف في قرارها المؤرخ في 22 جويلية 1974^[48] معتبرة أن "الوعد سواء بالبيع أو بالشراء أو بهما معا يقتضي التزام الواعد بتنفيذ وعده إن رغب الموعود له في إتمامه بحيث لا يكون هناك إلا التزام فردي من طرف واحد يرمي إلى إبرام العقد في المستقبل بدون أن يكون الموعود له ملتزما بإبرام العقد الموعود به ويجب أن يتوفر هذا المعنى في عقد الوعد ... أما إذا كان الوعد بالبيع من الجانبين وفي وقت واحد وبصورة تبرز نية الطرفين في الرضا بالعقد بعد الاتفاق على أركانه وشروطه فإنه يعتبر بيعا تاما ولو وقع وصفه بالوعد" منتهية إلى أن الأمر لا يعدو أن يكون بيعا معلقا على شرط (الحصول على رخصة الولاية).

يتبين من هذين القرارين أن الدائرة الأولى لمحكمة التعقيب لا تعتبر من الوعد إلا ما كان ملزما لجانب واحد وأنه لا وجود لما يمكن أن يوصف بوعد البيع الملزم لجانبين والذي تعتبره بيعا تاما وهو بيع معلق على شرط ولو وصفه أطرافه بالوعد. ولربما كان هذا الحل متأثرا إلى حد كبير بالذي كان مقررا بالمشروع الأولي للمجلة المدنية والتجارية إذ نص الفصل 532 منه أن "الوعد بالبيع لا يكون بيعا إلا إذا وقع قبوله دون قيد ولا شرط من الطرف الآخر". كما أن تأثير القانون الفرنسي غير خاف إذ يقرّر الفصل 1589 من المجلة المدنية الفرنسية أن "الوعد بالبيع يعدّ بيعا إذا تبادل الطرفان الرضا على المبيع والثمن..." لكن الحل الفرنسي يعتمد نصا لا مثيل له في القانون التونسي كما أن تخلي المشرع عن مثل هذا الحل سواء بالمشروع التمهيدي أو بالنسخة النهائية للمجلة يحمل يؤكد تبني المشرع التونسي حلا مخالفا لنظيره الفرنسي.

^[48] قرار تعقيبي مدني عدد 9717 مؤرخ في 22 جويلية 1974 ن 1 ص 141.

أمام النقد الذي وجه إلى هذا الحل^[49] غيّرت محكمة التعقيب موقفها واعتبرت في قرارها

الصادر عن دوائرها المجتمعة في 30 جانفي 1976 أنّ الوعد بالبيع الملزم هو "التزام بعمل بتقيد به طرفاه موضوعه حق شخصي لا حق عيني فلا تنتقل به الملكية ولا تشترط فيه الرخصة المسبقة ويجوز لكل من المتعاقدين عند الاخلال به أن يجبر صاحبه على الوفاء وعند التعذر له المطالبة بالغرم وذلك تطبيقاً لأحكام الفصل 273 م.إ.ع." [50]. فلا يعتبر الوعد بالبيع بيعاً مع ما يترتب عن ذلك من آثار خصوصاً فيما يتعلق بالآثار العيني للبيع إذ لا يترتب الوعد سوى التزامات شخصية.

لقد استقر فقه القضاء على هذا الحل منذ صدور القرار المذكور الذي يعتبر المرجع في ضبط النظام القانوني للوعد بالبيع الملزم لجانبين .

- لكن وضوح المسألة يبدو أحياناً وضوحاً ظاهرياً بسبب ما يعتري بعض القرارات من الارتباك خصوصاً فيما يتعلق بوصف الوعد بالبيع بيعاً معلقاً على شرط. ففي قرار صادر بتاريخ 3 مارس 1993 [51] تبدو محكمة التعقيب متجهة نحو ذلك الحل. فهي تفرّق بين الوعد بالبيع والبيع الناجز لتقول إنه في الوعد بالبيع "يقع الاتفاق على الثمن والمثمن ومساحة العقار وموقعه ويبقى معلقاً على شرط ... وعند توفّر الشرط حسب الاتفاق يبرم عقد نهائي بين الطرفين يحولّ الوعد إلى بيع تام ..."

وقد يمكن الأخذ بهذا التحليل لو اعتبرنا عقد الوعد الملزم للجانبين بيعاً تاماً. وقد يستوي حينئذ القول بأنه وعد ملزم للجانبين أو أنه بيع معلق على شرط. لكن هذا الرأي يكون قابلاً للنقاش لأن اعتبار الشرط يفرض أن يكون هذا الشرط أمراً مستقبلاً غير متحقق الوقوع. ولا يكون الشرط شرطاً إلا إذا لم يكن لإرادة الأطراف دخل في تحقيقه وبهذا فإنه كلما كان الأمر المستقبل متعلقاً بتعبير أحد الطرفين عن رغبته فإن ذلك لا يعد شرطاً بل ربما أمكن اعتباره أجلاً [52].

[49] - مثله ت.م. عدد 9717 مؤرخ في 1974/7/22، ن، ا، 141.

[50] ت.م.د.م. عدد 12082 مؤرخ في 1976/1/30، ق.ت. 1976 ص 111 مع ملحوظات وكيل الدولة العام.

[51] ت.م. عدد 24368 مؤرخ في 9 مارس 1993، ص 250.

[52] مالوري وأيناس فقرة 129.

من جهة أخرى ونظرا إلى أن القانون الوضعي التونسي يفرّق بين الوعد بالبيع والبيع الناجز فإنه لا يصحّ اعتبار الوعد بالبيع بيعا مشروطا. ففي البيع المشروط يكفي تحقق الشرط حتى يعدّ البيع منبرما منذ تاريخه عملا بالأثر الرجعي للشرط (الفصل 133 م.أ.ع.). أما في الوعد بالبيع فالأمر مختلف ، ذلك أن الالتزام الذي علق وقوعه على حصول الشرط ليس الوعد نفسه بل البيع النهائي. ومؤدى ذلك أن تحقق الشرط يجعل الطرفين ملزمين بإبرام عقد البيع النهائي أي أن الملكية لن تنتقل من تاريخ الوعد بالبيع بل من تاريخ البيع النهائي. ولا مجال للقول بأنّ الوعد "يتحوّل" إلى بيع تامّ إذ رغما عن الدور التمهيدي الذي يقوم به الوعد فإنّ البيع التام مستقلّ بذاته إلا إذا أحالت بنوده على عقد الوعد.

II- البيوع المعلقة على تحقيق أمر

- تدرج ضمن هذا الوصف أصناف مختلفة بسبب اشتراكها في التمهيد للبيع النهائي، وفي كونها تتضمن احتمال وقوعه أو عدم وقوعه وهذه الأصناف نوعان البيوع بشرط واقف^[53] من جهة (أ) وبيع الخيار من جهة أخرى (ب).

أ- البيع بشرط واقف

- يعلّق البيع في هذه الصورة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع كالحصول على رخصة أو على قرض. تلك هي أبرز الصور التطبيقية والتي تمكن أن تتعدّد وتنوّع بحسب اتفاقات وحاجات الأطراف.

- لكنّ المشرّع يجعل الشرط التعليقي مفترضا أحيانا . من ذلك البيع بالكيل أو بالوزن أو بالعدّ أو بشرط التجربة أو البيع بالمذاق والتي ينظمها الفصل 586 م.أ.ع ولا يفرّق هذا النصّ ، خلافا للقانون الفرنسي، بين البيع بشرط التجربة الذي يعتبره ذلك القانون بيعا معلقا على شرط والبيع بالمذاق الذي يحلله الفقهاء بأنه وعد بالبيع ملزم لجانب واحد.

^[53] لن نتحدّث عن البيع بشرط فاسخ لأنّ هذا الشرط لا يمنع البيع من الانعقاد ومن انتاج آثاره المتعلقة خصوصا بنقل الملكية والمخاطر . فالعقد موجود ، ولكن استمراره هو الذي يكون محلّ شكّ ، فإذا لم يتحقّق الشرط الفاسخ استمر العمل بالعقد أمّا إذا تحقق ذلك الشرط اعتبر كان لم يكن مطلقا من تاريخه . (راجع محمد المالقي، ص 158).

ولربما كان لهذه التفرقة أساس منطقي فالتجربة والكيل والوزن تعتمد معايير موضوعية :
فالأمر المستقبلي غير محقق الوقوع يقدر بالنسبة إلى تلك المعايير: أن يكون الوزن أو الكيل
مطابقا لما وقع عليه التعاقد ، أمّا نتيجة المذاق فشخصية، لا يقدرها إلا من ترك له الخيار
بعد المذاق في الشراء من عدمه.

- لكن مهما يكن من أمر هذه التفرقة، فإنّ البيع المشروط في صورة الفصل 586 م.ا.ع
يؤدي إلى أنّ البيع تكون بعد ، ولكن الملكية والمخاطر يكونان للبائع ما لم يقع الوزن أو
الكيل أو التجربة أو المذاق [54] .

ب - بيع الخيار

- يقرّر الفصل 121 م.ا.ع أن الالتزام يبطل إذا كان وجوده موقوفا على مجرد رضا
الملتزم . وهو ما يسمّى بالشرط الإداري المحض [55] أي ذلك الذي يترك لمطلق إرادة
المدين. لكن نفس الفصل يستثنى الحالات التي يبقى فيها أحد المتعاقدين لنفسه الخيار في
إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة.

[54] إن قراءة الفصل 133 م 1 ع تترك ترددا حول موقف المشرع من أثر الشرط فهل أن هذا الفصل يقر بالأثر الرجعي للشرط كمبدأ أم كاستثناء ؟
فقله أنه إذا حصل الشرط استند عمله إلى يوم الالتزام فيه إقرار بالرجعية ولكن استعمال أداة الشرط إن تحصر الرجعية في نوع الالتزام وفي اتفاق
الأطراف . لا يطرح اتفاق الأطراف إشكالا فإذا استقر على الرجعية كان أثر الشرط رجعيا أما إذ لم يوجد في الاتفاق ما يدل على ذلك فلا بد من
الرجوع إلى نوع الالتزام وهو ما يستنتج معه في تصور أولي أن المبدأ أنه لا رجعية للشرط وأن الاستثناء هو الأثر الرجعي للشرط بخلاف القانون
الفرنسي (الفصل 1197 م م ف الذي يذكره مع ذلك صانتيلانا بهامش الفصل 151 من اللائحة الابتدائية) وفي نفس اتجاه القانون السويسري
(الفصل 151 فقرة 2 من مجلة الالتزامات "لا ينتج العقد أثرا إلا من وقت تحقق الشرط إلا إذا تبين خلاف ذلك من اتفاق الأطراف" Daniel
GUGGENHEIM, Le droit suisse des contrats, Les effets du contrat, Georg éditeur; Genève , 1995, Claude WITZ, Droit privé allemand, 1.Actes
juridiques , droits subjectifs, BGB, Partie générale, loi sur les conditions générales d'affaires, Litec, 1992, n°555).
(n°555) لكن الحل التونسي لم يكن بوضوح الحل السويسري والألماني رغم شبهة بهما ما دام علق الأثر الرجعي على نوع الالتزام والمقصود
من نوع الالتزام بالرجوع إلى النسخة الفرنسية للنص طبيعته. لكن هذا التحديد يبدو على قدر من الغموض. وقد يكون في الرجوع إلى الفقه
الإسلامي ما يمكن من توضيح الحل . فالمأمل من هذا الفقه يلاحظ أن ما يمكن المقاربة معه هو خيار الشرط وهو خيار يشترطه أحد العاقدين أو
كلاهما بموجب يكون له الخيار في نقض العقد في خلال مدة معينة فإن لم ينقضه نفذ. فالعقد الذي فيه خيار الشرط يكون إذن غير لازم من جانب من
له الخيار.(السنهوري مصادر 4، 199) فميدان خيار الشرط هو حينئذ ما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة كالبيع والإجارة والصلح أو العقود التي
فيها لأحدهما خيار الرجوع فيه كخيار العيب وخيار الشرط (السنهوري 4 ، 201). لكن هذا الصنف لا يفيدنا في شيء مادامت كل العقود قابلة مبدئيا
لأن توصف بشرط أما ما سبقه حول العقود التي تكون قابلة للفسخ من جانب واحد فهو يتعارض مع قانوننا الوضعي باعتبار أن ما أبرمته إرادتان لا
تحله إرادة واحدة (الفصل 242 م 1 ع). وهكذا نلاحظ أن اللجوء إلى الفقه الإسلامي يستوجب اعتماد تقنيات لا أثر لها في القانون الوضعي وهي
المتعلقة بجزئات العقود التي لا تخرج عن الفسخ والبطلان وهو ما يمنع من الحديث عن عقود نافذة غير لازمة أي العقد القابل للرجوع فيه من
طرف أحد المتعاقدين بإرادته وحده (السنهوري 4 ، 131). حينئذ لا بد من الانطلاق من معطيات وضعية صرفة لنلاحظ أن أنواع الاتفاقات التي
ليس من شأنها أن تحدث أثرها من يوم الالتزام لا وجود لها وهو ما يعني أن المشرع أقر مبدأ لا مجال لتطبيقه فعمل الشرط يكون إذن في ما عدا
اتفاق الأطراف رجعيا.

[55] محمد الماقي ، ص 152. كاربونبي 4 ، فقرة 135 ص 247.

- من أبرز صور هذا الاستثناء ما ورد بالفصل 700 و ما بعده من م.ا.ع تحت تسمية "بيع الخيار" وهو البيع الذي يترك فيه الاختيار للمشتري أو للبائع في إبرامه أو عدم إبرامه أثناء أجل معلوم بشرط أن يقع التنصيص على ذلك بالعقد نفسه أو بملحق له. ولا خلاف في أن أحكام هذه النصوص متأثرة إلى حد بعيد بالفقه الإسلامي فيما تعلق بما يسمى بخيار الشرط ^[56]. ويعتبر الفصل 701 م.ا.ع إن البيع الواقع على هذه الصورة بيعا "وقف بئنه" إلى أن يصرح من له الخيار بإمضائه أو فسخه "... و يتضح من الصيغة الفرنسية لنفس الفصل أنه يعدّ بيعا بشرط واقف. لذلك يترتب المشرّع عن إمضاء العقد نفس الآثار الناجمة عن تحقق الشرط الواقف إذ يصير البيع بائنا، ويعتبر المشرّع مالكا للمبيع من يوم العقد إذا ما تمّ الإمضاء في الأجل المعين قانونا أو اتفاقا. و يترتب عن اختيار عدم إمضاء البيع آثار الشرط الفاسخ فالفصل 710 م.ا.ع يقرر أنه في تلك الحالة يعتبر العقد كأن لم يكن ويلزم كل من المتعاقدين بردّ كلّ ما قبضه إلى الآخر، ويبطل كلّ الحقوق التي أنشأها المشتري خلال مدّة الخيار.

- ورغم أنّ بيع الخيار يمثل مرحلة تجعل التعاقد النهائي أقرب من الوضعية التي ينشئها الوعد بالبيع إلا أنّ التعامل به نادر نظرا للصبغة الوجوبية للأجل التي يضربها المشرّع فهي على معنى الفصل 704 م.ا.ع آجال حتمية لا يمكن الزيادة فيها وإن زيد فيها تحط إلى أقصاها المحدّد بثلاثين يوما بالنسبة إلى بيع العقارات و بخمسة أيام بالنسبة إلى المنقولات. ولا بد هنا أيضا من الإشارة إلى تأثير الفقه الإسلامي وخصوصا المذهب المالكي. إذ لدى الحنفية والحنابلة يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طالت أما عند المالكية فإن المدة تقدر بحسب الحاجة نظرا إلى تفاوت المبيعات (في اختيار الثوب يكفي يومان وفي اختيار الدار قد تصل مدة الخيار إلى الشهر). أما إذا لم تعين مدة الخيار فالشافعية والحنفية يعتبران أن ذلك يفسد العقد أما عند المالكية فإن العقد صحيح والقاضي يحدد المدة. ^[57]

^[56] راجع السنهاوري، مصادر الحق، 4، 199.
^[57] حول كل ذلك، السنهاوري، مصادر، 4، 202.

أ

الفصل الثاني : الأركان المتعلقة بموضوع البيع

- المحل من الأركان الأساسية للعقد وهو الذي يعبر عنه المشرع بقوله "أن يكون القصد من العقد مالا معيناً يجوز التعاقد عليه" (الفصل 2 م 1 ع). ولا يختلف الأمر في عقد البيع الذي يشتمل كسائر العقود الملزمة للجانبين على محلين اثنين. فالمال الذي يقع التعاقد عليه هو من ناحية المبيع وهو محل التزام البائع (الفرع الأول) وهو من ناحية أخرى الثمن وهو محل التزام المشتري (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المبيع

- يقال في لغة العموم إن كل شيء يباع. ولكن هذه العبارة التي لا تخلو من التندر قاصرة وفي نفس الوقت متسعة لبيان المدلول الحقيقي للمبيع إذ لا ينحصر في الأشياء بل يمتد إلى الحقوق فيكون المبيع شيئاً أو حقاً (الفقرة الأولى) كما أن هناك من الأشياء ما لا يمكن بيعه. لذلك فإنه لا بد من توفر جملة من الشروط وهي تلك المتعلقة بضرورة أن يكون المبيع موجوداً (الفقرة الثانية) وقابلًا للتعامل فيه (الفقرة الثالثة) ومعيناً أو قابلاً للتعيين (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى : شيء أو حقّ

- ينص الفصل 564 م 1 ع أن " البيع عقد تنتقل به ملكية شيء أو حقّ من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به". لم يكن أصل هذا النص أي الفصل 658 من المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية متضمناً لنفس هذه الصيغة إذ كان يعتبر أن " البيع عقد يحيل به أحد الأطراف ملكية شيء للمشتري". وكذلك كان موقف المشرع اللباني فقد نص

الفصل 372 من قانون الموجبات والعقود أن "البيع عقد يلتزم فيه البائع بأن يتفرغ عن ملكية شيء". ونتيجة ذلك أن واضعي هذا القانون شأنهم في ذلك شأن محرري المشروع التمهيدي يحصرون المبيع في الأشياء المادية دون الحقوق لذلك كانت صياغة الفصل 564 م 1 ع مستجيبة أكثر لضرورة التوسع في نطاق موضوع البيع ليشمل الحقوق بأنواعها إلى جانب الأشياء المادية وهو ما جعل أحد الفقهاء يشيد بفضل التعريف التونسي على التعريف اللبناني¹.

- هكذا ، تعبّر صياغة الفصل 564 م 1 ع عن تطور هام في تصور التصرفات الناقلة للملكية إذ تبرز درجة التجريد التي بلغها الفكر القانوني متأثراً بظهور فكرة الحق مع ما تضمنته من أنواع جديدة من الحقوق وما أفرزه التطور الاقتصادي من تأثير على القانون. فلئن كان موضوع البيع عادة نقل ملكية أشياء مادية² تتفاوت قيمتها المالية فإن ما يشهده تطور الأفكار والمعاملات أظهر ما يسمى بالحقوق المعنوية³ أو ما يسمى بالحقوق المجردة. فالأشياء المادية هي كل ما يمكن معاينته ولمسه وهو بصفة عامة العقار كالأراضي والمباني والمنقول بطبيعته كالأثاث والسيارات وكذلك العقارات بالتخصيص كالتجهيزات التي يضعها المالك في ملكه لاستغلال مصنع. أما الأشياء أو المنقولات غير المادية (أو المعنوية) فهي أشياء لا تلمس ولا تعين ولكن وجودها ثابت ما دامت تمثل حقوقاً ذات قيمة مالية لها مكانها في الذمة المالية. وهي من جهة الحقوق التي تقع على أشياء مادية وهي الحقوق العينية كحق الملكية وحق الانتفاع ، والحقوق الشخصية أو الديون والدعاوى إلى جانب الأصول التجارية المتمثلة أساساً في الحق على الحرفاء ، وحقوق الملكية الفكرية (حقوق المؤلفين وعلامات الصنع وبراءات الاختراع) ومن جهة أخرى الحقوق التي ليس لها اتصال بالأشياء المادية وهي التي تتمثل في حصص الشركاء والأسهم والرقاع.

¹ زهدي يكن ، عقد البيع ، الطبعة الأولى ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت ، ص 41

² Choses corporelles

³ Droits incorporels

- إن في إشارة الفصل 572 م ا ع إلى إمكانية بيع الحقوق المجردة تماشياً مع ما قرره بالفصل 564 تأكيد على أخذ المشرع بما شهده مفهوم الحقوق من تطور. لكن الأمثلة التي يضربها لا تتطابق وما هو عليه الأمر من واقع هذه الحقوق. فهو ولئن أشار إلى حقوق عينية عقارية مثل حقوق الارتفاق وهي حقوق عينية عقارية مجردة فإنه لا يشير إلى غير ذلك من الحقوق المجردة. غير أن القائمة غير حصرية بما يجعل للتطبيق وللغة تصور الحالات التي يمكن فيها بيع الحقوق المجردة كبيع الحقوق على البرامج الإعلامية التي ظهرت في التطبيق قبل أن يكرسها المشرع في قانون الملكية الأدبية والفنية⁴.

- على أنه من جهة أخرى قد يبدو التدقيق المتعلق بإمكانية بيع الحقوق إلى جانب بيع الأشياء دون أهمية كبرى لأنّ التحليل القانوني لعقد البيع يؤدي إلى ملاحظة مرحلتين : أنّ هذا العقد يقع على الحقّ الذي للبائع على شيء ما ، وأنّه لا يشمل شيئاً معيّناً إلا بصفة غير مباشرة . فمن يبيع منزلاً أو سيارة إنّما يبيع حقّ ملكية ذلك المنزل أو تلك السيارة . فلا يكفي إذن أن يوجد الشيء (المنزل أو السيارة) بل ينبغي أن يتوفّر لبائعه حقّ عليه . لذلك فإنه لا بد من التثبت في مثل هذه العقود من وجود الشيء من ناحية ومن وجود الحق الذي يقع على هذا الشيء. وهذا التفكيك لا يهم سوى بيع الأشياء المادية بل يتعلق بالحقوق أيضاً ففي حوالة الدين مثلاً لا بد من التثبت من وجود الدين من جهة ومن أن المحيل تتوفر فيه صفة الدائن فعلاً من جهة أخرى.

غير أنه لو اكتفى المشرع بالإشارة إلى بيع الأشياء دون الحقوق فهل كان من الصعب تصور إمكانية وقوع عقد بيع يتناولها ؟ لا يتصور ذلك طالما أن في أحكام الحوالة المقررة بالفصل 199 وما بعده من م ا ع ما يكفي لتنظيم تلك العملية . لكن التأكيد على أن موضوع البيع يمكن أن يكون حقاً يبين أن إحالة الحقوق ليست إلا بيعاً⁵ كلما كانت الإحالة مقابل ثمن نقدي ويخضع تلك العملية إلى جانب الأحكام المتعلقة بالإحالة إلى القواعد الخاصة بالبيع كلما دعت الحاجة إلى ذلك . فإحالة الأصل التجاري بيع إذا كان ذلك بثمن

⁴ قانون عدد 36 لسنة 1994 مؤرخ في 24 فيفري 1994 رائد عدد 17.

⁵ COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, op.cit. n° 120 et s. BENABENT, op.cit, n°19.

نقدي وآثارها هي تماما آثار عقد البيع فيما يتعلق بضمان الاستحقاق وضمان العيوب وكذلك الأمر في إحالة حصص الشركاء أو إحالة حقوق المؤلف أو إحالة براءات الاختراع.⁶

الفقرة الثانية : شيء أو حق موجود

- يختلف الأمر بين ما إذا كان الشيء معدوما (أ) وبين ما إذا كان الشيء مستقبلا (ب).

أ – بيع المعدوم

- يقتضي الفصل 574 م.إ.ع. أن " بيع المعدوم باطل كثرمة لم تبرز أو ما في حصوله شك كزرع لم ينبت وحمل في بطن أمه " ويتطابق هذا النص مع ما جاء بالفصل 64 م أ ع حول بطلان العقد إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث من حيث القانون ، فالبيع يبطل هنا لاستحالة المحل استحالة طبيعية. ويبدو تأثير الفقه الإسلامي هنا واضحا . فالفقه الإسلامي يجعل بيع المعدوم باطلا إمعانا في الخشية من الغرر، تماما كما هو الشأن في المقامرة.⁷

- لم يعالج المشرع مسألة هلاك الشيء زمن البيع أو قبله، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي تعرض إلى هلاك الشيء بالفصل 1601 من مجلة المدنية فاعتبر أن الهلاك الكلي للشيء زمن البيع يبطل به العقد ، وقرّر أنه في صورة حدوث الهلاك الجزئي فللمشتري الخيار بين التخلي عن المبيع أو الاحتفاظ بالجزء المتبقي مع تخفيض في الثمن. ولكن لا شك أن الهلاك الكلي للشيء قبل أو زمن البيع ينتزل في قانوننا منزلة بيع المعدوم وأن الهلاك الجزئي يؤدي إلى تغيير في محلّ البيع يفترض تبادل الرضا حوله كما لو كان بيعا جديدا (الفصل 580 م.إ.ع.)⁸

⁶ الفصل 62 من القانون عدد 84 لسنة 2000 المتعلق ببراءات الاختراع ، راند ع 68 ص 2183.

⁷ عبد الرزاق أحمد السّنهوري ، مصادر الحق 3 ، ص، 14 وما بعدها.

⁸ وينبغي هنا عدم الخلط مع صورة الفصل 607 م.إ.ع التي لا تتعلق بتكوين البيع بل بتنفيذه إذ أن الهلاك الكلي أو الجزئي يقع بعد انعقاد البيع ولكن قبل تسليم المبيع.

- ويستثنى الفصل 574 (والاستثناء من الاستثناء رجوع إلى القاعدة) في فقرته الثانية بعض الحالات يعتبر فيها أنه " يجوز بيع الغلة المتعلقة بأصولها وغيرها من النتائج البارزة ولو قبل النضج " فلا يتعلّق الأمر حينئذ بمعدوم بل بأمر ممكن الوجود وهو ما يلحق نظامه بنظام بيع الأشياء المستقبلية.

ب - بيع الأشياء المستقبلية

121- ينصّ الفصل 66 من م.إ.ع أنه " قد يكون المقصود من الالتزام شيئاً مستقبلاً وغير محقق الوجود عدا ما استثنى في القانون ". ولا شكّ في ما يحمله التعاقد على أشياء مستقبلية من مخاطر فيتصدى المشرّع لبعض الحالات بالمنع فيجعل التعاقد حول تركة مستقبلية باطلاً بطلاناً مطلقاً. كما أنه يقرر بالفصل 200 من م.إ.ع أنه لا يجوز إحالة حقوق يرجى حصولها والمقصود منه الحقوق الاحتمالية.

- أمّا فيما عدا ما استثناه القانون فإنّ بيع الأشياء المستقبلية جائز من ذلك بيع الغلة المتعلقة بأصولها (الفصل 574 م.إ.ع). أو زرع قبل حصده (الفصل 590) كما يجوز بيع الأشياء الموصى بصنعها.

من أبرز الأمثلة في بيع الأشياء المستقبلية هو ما يتعلّق ببيع المباني المعدة للإنجاز⁹ والتي يتولاها المشرّع بالتنظيم في إطار التشريع الخاصّ بالبعث العقاري¹⁰. الذي يتوخى فيه المشرّع موقفاً حذراً من التعامل بمثل هذا النوع من البيوع فيحصر إمكانية بيع عقار قبل إنجازهِ في الباعثين العقاريين المرخص لهم بعد توفر الشروط القانونية فيهم¹¹. ولكنه يراعي في نفس الوقت مصالح كل من الباعث العقاري والمشتري فيفرض بصيغة الوجوب أن تحدد شروط بيع العقارات المعدة للبناء بواسطة عقد كتابي بين الباعث العقاري والمشتري¹² كما يفرض أن يبرم بين هذين وعد بيع يحتوي بيانات وجوبية تتعلّق

⁹ Vente d'immeubles à construire

¹⁰ قانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 1990/2/26 المتعلّق بتحويل التشريع الخاصّ بالبعث العقاري ر.ع. 17 - 1990 6 مارس 1990، ص 319 كيفما وقع إتمامه بالقانون عدد 76 لسنة 1991 المؤرخ في 1991/8/2 ر.ع 56 9-13 أوت 1991 ص 1170 وكما نصح بالقانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرخ في 11 نوفمبر 2000 سابق الذكر.

¹¹ الفصل 9 من قانون 26 فيفري 1990

¹² الفصل 5 من نفس القانون.

بوصف العقار والثلثين ومراجعتهم وطرق الخلاص والتسليم وعقوبات التأخير و ضمان حسن التنفيذ¹³. ويمنع على الباعث العقاري تسلم تسبقات على الثمن قبل إبرام الوعد بالبيع ويجعل من هذه التسبقات بعد إبرام الوعد اختيارية بشرط تسليم ضمان بنكي لفائدة المشتري¹⁴. لكنه في المقابل يوجب على الباعث العقاري إبرام عقد البيع النهائي في أجل أقصاه شهر من تاريخ دفع كامل ثمن العقار الموعود ببيعه¹⁵ ويكمن المشتري من العدول عن الشراء لكن لا يمكنه من استرجاع التسبقات إلا بعد طرح جميع المصاريف وقيمة الأضرار مع تسقيفها بعشرة بالمائة من مجمل التسبقات¹⁶ ويمكن الباعث من الفسخ عند عدم دفع المشتري دفعتين متتاليتين من الثمن الموعود به¹⁷.

إن مجمل هذه النصوص يبين حرص المشرع على إحاطة بيع البناءات بصدد الإنجاز بأكثر ما يمكن من الضمانات بسبب الأخطار التي تعترض خصوصا المشتريين لكن دون أن يحدد حقوق الباعثين تشجيعا لهم على الاستثمار ويمكن من القول بأن هذه العقود هي من قبيل عقود الإذعان التي يضبط المشرع مضمونها بصيغة الوجوب ويقربها من النظم القانونية مثل عقود الشغل بسبب ما تكتسبه من تعلق بالنظام العام الاقتصادي.

الفقرة الثالثة : شيء أو حق قابل للتعامل فيه

- هناك أشياء غير قابلة للتعامل فيها بمقتضى طبيعتها أو بمقتضى القانون فبيعه محجّر (I) كما يمنع المشرع بيع الحقوق المتنازع فيها (II) ويبقى السؤال مطروحا حول جواز بيع ملك الغير (III).

¹³ الفصول 9 وما بعده من قانون 26 فيفري 1990 والفصل 7 وما بعده من كراس الشروط العامة للبعث العقاري (أمر عدد 1330 لسنة 1991 مؤرخ في 26 أوت 1991 يتعلق بالمصادقة على كراس الشروط العامة لبعث العقاري رائد 1991 ص 1347).

¹⁴ الفصل 12 من قانون 90 والفصل 11 من كراس الشروط العامة سابق الذكر.

¹⁵ الفصل 15 من قانون البعث العقاري بعد تنقيحه بمقتضى قانون 11 نوفمبر 2000 وكان النص القديم يقتضي أن الملكية لا تنتقل إلا عند تاريخ الخلاص التام للثمن النهائي.

¹⁶ الفصل 17 من نفس القانون.

¹⁷ الفصل 13 من نفس القانون.

1 - بيع الأشياء غير القابلة للتعامل فيها بمقتضى طبيعتها أو بمقتضى القانون

- لا يوجد بمجلة الالتزامات نظير للفصل 1598 من المجلة المدنية الفرنسية الذي يقتضي أنّ " كلّ ما يمكن التعامل فيه يمكن بيعه عندما لا يوجد بالقوانين الخاصة ما يحجّر التقويت فيه" وقد تضمن المشروع التمهيدي الفصل 667 نصّا مماثلاً للفصل 1598 م.ف المذكور. ولعلّ تخلي المشرّع عنه في نطاق الصيغة النهائية للمجلة راجع إلى اقتناعه بأنّ الأحكام العامة المتعلقة بالمحلّ كافية لتحديد نطاق التعامل في الأشياء . فالفصل 62 م.ا.ع يعتبر أنّه " لا يسوغ التعاقد إلّا فيما يقع التعامل فيه من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرّح القوانين بمنع التعاقد فيه يصحّ التعامل فيه" ¹⁸ . فمبدئياً يكون كلّ شيء قابلاً لأن يباع ويشتري إلّا ما استثناه القانون. لذلك لا بد في كل مرة من الرجوع إلى النصوص الخاصة لمعرفة ما إذا كان الشيء المزمع بيعه ممنوعاً من التعامل فيه أم لا . تأسيساً على ذلك لا يجوز بيع الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون كالحقوق التي لها مساس بسيادة الدولة ، فلا يجوز مثلاً التقويت في ملك الدولة العام والحقوق المتعلقة بالذات البشرية ، فلا يباع جسم الإنسان ولا يشتري ولا تقبل حقوقه الشخصية إحالة وهو ما يعني أنّ أحكام البيع في هذا المجال لا تختلف عن أحكام النظرية العامة إلّا فيما تعلق بتخصيص البيع بالمنع . ويكتفي المشرّع ضمن أحكام البيع بالفصل 571 م.ا.ع بمنع التعاقد في الأشياء الخارجة من التعامل بطبيعتها بقوله " ما لا يمكن تسليمه للمشتري بناء على طبيعة أو حالة كالحوت في الماء والطير في الهواء والحيوان الشارد لا يجوز بيعه". لكن هذا الفصل ليس هو أيضاً سوى تطبيق لقاعدة الفصل 64 م.ا.ع الذي يقرّر أنّه " يبطل العقد إذا كان على شيء غير ممكن من حيث طبيعته ...". وغني عن التذكير أنّ هذه الأشياء هي تلك التي لا يمكن لأحد الاستئثار بها كأشعة الشمس أو الهواء أو ماء المطر.

- غير أنّ المشرّع استثنى من هذا المنع ما أورده بالفصل 573 م ا ع عندما أجاز بيع مقدار معلوم من الهواء فوق بناء. لكنه منع منذ صدور مجلة الحقوق العينية إنشاء حق

¹⁸ انظر محمّد الزين ص 156

الهواء بمقتضى الفصل 191 من تلك المجلة. ومع ذلك فقد تصور التطبيق حيلة لتجاوز هذا المنع مضمونها أن الأطراف يتفقون على بيع علو بصدد البناء مع تحديد حدوده ومساحته وليس الأمر لا أكثر ولا أقل من الرجوع إلى الفصل 573 الذي يقتضي تعيين نوع البناء وأبعاده.

II – بيع الحقوق المتنازع فيها

- يمنع الفصل 202 م.أ.ع بيع الحقوق المتنازع فيها ولا يستثنى من ذلك إلا حالة موافقة المدين على ذلك البيع ويضبط نفس الفصل معنى الحق المتنازع فيه وفي ذلك صورتان. الأولى إن كان النزاع في أصل الحق أو في أصل الدين حين البيع أو الإحالة. والثانية إذا كان هناك أحوال من شأنها أن توقع نزاعا مهما لدى المحاكم في أصل الحق. لذلك فإن الحق المتنازع فيه هو الحق الذي يطعن الغير في وجوده أو في نسبته إلى صاحبه وذلك هو المقصود بأصل الحق كأن ينكر المدعى عليه الدين أصلا أو قضاءه أو انقراض الدعوى فيه بمرور الزمان أو كأن ينازع شخص في ملكية الشيء بادعاء انعدام صفة الوارث فيه أو بادعاء تعلق حق عيني بالعقار كالارتفاق أو الانتفاع أو الرهن. على أن المشرع لا يكتفي بنزاع موجود ، أي قضية جارية بل يضيف إلى ذلك احتمال نشوب نزاع مهم حول أصل الحق والقصد من ذلك أن يكون النزاع المحتمل جديا كأن يصدر إنذار من الدائن بالوفاء يبقى دون جواب لا مجرد ادعاء لا يستند إلى سند من الواقع أو القانون.

إن الشرط المتعلق بأن يكون النزاع الجاري أو المحتمل متعلقا بأصل الحق يؤدي بالضرورة إلى إقصاء النزاع الاستعجالي تبعا لما يتميز به القضاء الاستعجالي من كونه هادفا إلى اتخاذ وسيلة وقتية لحماية الحقوق دون خوض في أصل تلك الحقوق ما دام المشرع يشترط بالفصل 201 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية ألا يتعاطى قاضي الأمور المستعجلة الخوض في الأصل.

- والغاية من منع بيع الحقوق المتنازع فيها تفادي المضاربة عليها إجحافا بأصحابها اللذين قد يقبلون البيع بثمن بخس بسبب وجود النزاع والحيلولة دون مقاضاة المدين من قبل المضاربين دون شفقة به ، وإذ يمنع المشرع البيع فإنه يشجع على أن تنتهي العلاقة بين الدائن والمدين الأصليين بأكثر ما يمكن من فرص التصالح. وذلك ما يفسر اشتراط رضى المدين المحال حتى يكون البيع جائزا .

ولا يهم أن يكون النزاع في جزء أو في كل الحق، لأن الغاية تبقى نفسها في حماية المدين وهو خلافا لما ذهبت إليه محكمة التعقيب في ¹⁹ التي لم تفرق بين أحكام بيع الشيء المتنازع فيه وأحكام الاستحقاق الجزئي للمبيع كما وردت الفصل 640 م 1 ع²⁰.

III - بيع ملك الغير

- لا يطرح إشكال حينما يثبت أن البائع مالك للمبيع ولكن توجد أحوال يكون فيها البائع غير مالك وهي صور متعددة تفرض ضبط ميدان هذا التصرف (أ) وهي من ناحية أخرى تطرح السؤال حول توفر حق للبائع في بيع مال غيره خاصة وأن المبدأ العام الوارد بالفصل 551 م 1 ع²¹ يفرض أنه لا يمكن لأحد أن يحيل لغيره أكثر مما له من الحقوق في حين يقر الفصل 576 من نفس المجلة بجواز هذا البيع . غير أنه بالرجوع إلى موقع الفصل 576 من مجلة الالتزامات والعقود من جملة نصوص تتعلق بموضوع البيع وفي إطار الاستثناءات من صور المنع (بيع ما لا يمكن بيعه من حيث طبيعته ، بيع المعدوم) من ناحية والتأمل من صياغته من ناحية أخرى قد يمكّن تجاوز الخلاف الفقهي والقضائي القائم حول جزاء هذا التصرف (ب).

¹⁹ قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 9 / 12 / 1923 ق.ت، 59 ع 6 ص 69.

²⁰ ليس في اعتقادنا ما يبرّر اعتماد الفصل 640 م 1 ع. المتعلق بإمكانية الفسخ للاستحقاق الجزئي للمبيع فليس لهذا النص علاقة إطلاقا بالبيع الجزئي للحقوق المتنازع فيها.

²¹ لاحظ الفصل 497 من القانون المدني والجنائي التونسي الذي يقتضي أنه يجب لصحة البيع أن يكون الشيء مملوكا للبائع.

أ - ميدان بيع ملك الغير

- تختلف الصور التي يمكن أن تحلل بكونها من صور بيع ملك الغير على أنه يمكن تصنيفها على النحو التالي :

1- بيع الشريك للملك المشاع . لكل شريك الحق في بيع منابه من الملك المشاع طبقا للفصل 59 من مجلة الحقوق العينية ولا يعتبر في هذه الصورة بائعا لملك الغير . لكن الشريك الذي يتولى بيع حصّة تتجاوز نصيبه من الملك المشاع تجاوزا جزئيا أو كليا كمن يبيع النصف أو الكل حال أنه لا يملك إلا الثلث يعتبر بائعا لملك الغير فيما تجاوز نصيبه²².

2- البيع الصادر من النائب بدون سلطة (الفصل 40 م.إ.ع) ، أو من النائب الذي تجاوز حدود نيابته (سواء أكان نائبا قانونيا كالأب الذي يدير مكاسب ابنه الفصل 15 م.إ.ع أم اتفاقيا كالوكيل) أو النائب المتعاقد مع نفسه²³.

3- البيع الصادر ممّن لا يملك سوى حقّ شخصي تجاه مالك الشّيء ، وهي وضعية الموعود له بالبيع . لقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرار 29 ديسمبر 1980²⁴ أنّه بإمكان الموعود له أن يفوّت في الشّيء بمقتضى البيع. لكن هذا التحليل يتنافى مع ما استقر عليه فقه قضائها السابق الذي مقتضاه أن وعد البيع لا ينقل الملكية لذا فإنّ الموعود له الذي يتولى بيع الموعود به بائعا لما لا يملك²⁵ . وفي المقابل ، إذا صدر حكم نهائي بإتمام الوعد بالبيع، فإنّ الواعد يصير بائعا لما لا يملك إذا ما فوّت في الموعود به الذي انتقلت ملكيته إلى الموعود له بمقتضى الحكم القائم مقام عقد البيع النهائي²⁶ .

4- البائع الذي لم تكن له ملكيّة الشّيء ، إطلاقا.

²² قرار تعقيبي مؤرخ في 28 فيفري 1939، القضاء والتشريع 1960 ، ع9و10، ص26.

²³ حول هذه الحالات ، محمد كمال شرف الدين ، مرجع سابق الذكر ن ص 257 وما بعدها.

²⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 2523 مؤرخ في 1980/12/9، ن II، 72.

²⁵ قارن قرار تعقيبي مدني عدد 14194 مؤرخ في 24 مارس 1987، م.ق.ت. عدد 5، 1989، ص 21.

²⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 15178 مؤرخ في 9 مارس 1988، ن 35.

5-البائع الذي سبق له أن فوّت بالبيع في ما كان يملك ، وهذه هي الوضعية التي أفرزت أبرز الصّور التطبيقية لبيع ملك الغير إذ يتولى مالك الشيء بيعه بمقتضى عقد أوّل لزيد ، ثمّ يتولى بمقتضى عقد ثان بيع نفس الشيء لعمرو. تعرّض فقه القضاء لهذه الحالة من زوايا مختلفة ليعتبر البيع الثاني باطلا لفقدانه ركن المحلّ²⁷ أو غير قابل للاحتجاج به عملا بأحكام الإشهار العقاري كما وردت في مجلة الحقوق العينية عندما يتسلط البيع على عقار مسجّل.²⁸

ولعلّ التنقيحات التي أدخلها المشرّع على مجلة الحقوق العينية فيما يتعلق بتحرير الصّكوك الخاضعة للتسجيل²⁹ من شأنها أن تقلّص من الأهمية العملية التي تشهدها مسألة بيع ملك الغير في العقارات المسجلة طالما أنّ واجب اطلاع محرّر الكتب على الرّسم العقاري يسعى في جملة ما يسعى إليه إلى ألا يقع البيع إلا من مالك. ولكنّ الإشكال يبقى هو نفسه بخصوص العقارات غير المسجلة والمنقولات . ومؤدى ذلك أنّ أهمية النقاش حول جزاء بيع ملك الغير لا تزال قائمة.

ب - جزاء بيع ملك الغير

- تختلف الآراء فقها وقضاء حول جزاء بيع ملك الغير، وسيتبيّن من عرض مختلف الآراء (أ) أنّ مبادئ الحلّ تفترض اعتماد منطلقات مخالفة لتلك التي ارتكز عليها الفقه والقضاء لفهم مؤسسة الفصل 576 م.ا.ع (ب).

1- الحلول المقترحة

- تتمحور هذه الحلول حول نظرية البطلان من جهة (1.1) ونظرية العقد الموقوف من جهة ثانية (1.2)

²⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 2656 مؤرخ في 13 مارس 1979، ن، I، 130.

²⁸ مثلا : قرار تعقيبي مدني عدد 167633 مؤرخ في 14 جانفي 1988، ن.م.ت. 1990، عدد 2، ص 64.

²⁹ خصوصا التنقيحات الواردة على الفصل 377 من م ح ع بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والقانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001.

1.1/البطلان

- يعتبر البعض ³⁰ أن البطلان يستنتج من قراءة عكسيّة للفصل 576 م.إ.ع³¹ وخاصةً النسخة الفرنسيّة³² ليقرّروا أنّه إذا لم يتحقّق أحد الشرطين صار البيع باطلاً . كما ينطلق البعض الآخر من استعمال كلمة بطلان في نفس ذلك الفصل ³³ ويضاف إلى ذلك ما نصّ عليه الفصل 551 أنّه لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق.
- تجد فكرة البطلان سنداً لها في المشروع الأوّلي لمجلة الالتزامات والعقود الذي كان يعتبر بيع ملك الغير باطلاً (الفصل 557) تماماً كالقانون الفرنسي (الفصل 1599 م.م.ف) وإلى جانب ذلك فإنّ تحليل البيع الصادر عن غير المالك يؤدي حتماً إلى اعتباره باطلاً بطلاناً مطلقاً إمّا لانعدام السبب (التزام المشتري لا سبب له) ³⁴ أو لانعدام الموضوع طبقاً للفصلين 2 و 325 م.إ.ع . كما أن فكرة البطلان تتأكد لدى البعض الآخر ³⁵ بما يقرّره المشرع من عقوبات جزائية بالفصل 277 م.ج. ضدّ الوارث أو شريكه اللذين يتصرّفان تعدياً منهما على الأموال المشترك فيها وكذلك عندما يعاقب بيع ما سبق بيعه بالعقوبة المقرّرة للتّحليل (الفصل 292 م.ج.)
- من جهة أخرى يمكن الاستناد إلى البطلان النسبي من أجل عيب في الرضا وبالتحديد الغلط في الصّفة الموجبة للتّعاقّد على معنى الفصل 45 م.إ.ع. طالما أنّ المشتري لم يكن ليتعاقّد لو كان يعلم أن المبيع ليس على ملك البائع، أو الغلط في صفة المتعاقّد باعتبار أن البائع لم يكن مالكا (الفصل 46 م إ ع).

³⁰ محمد كمال شرف الدّين ، مرجع سابق الذكر ، ص 274.

³¹ ينص الفصل 576 على أنّه يجوز بيع ملك الغير أولاً : إذا أجازّه ربّه ثانياً : أو صار المبيع ملكاً للبائع...

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

³² La vente de la chose d'autrui est valable

³³ Nouredine GHAZOUANI, Réflexions sur la vente de la chose d'autrui, R.T.D. 1987 p. 119 et s.

³⁴ جاك يوسف الحكيم، ص 77.

³⁵ محمد الصالح العياري، ليس لما يرسم بسجل الملكية العقارية حصانة لا ترفع في كلّ الحالات، مذكرات وبحوث قانونية ، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله ، تونس 1987، ص 70 وما بعدها .

وفي أحد قراراتها رأت محكمة التعقيب تطبيقاً للفصل 576 أن هذا النص قرّر إمكانية بيع ملك الغير إذا أجاز له ربه أو صار المبيع ملكاً للبائع بعد وأنه في صورة عدم إجازة المالك يحقّ للمشتري فسخ البيع، ومعنى ذلك أنه عقد فاسد لكن لا يوجب البطلان بحكم القانون إذ القضاء به يتوقف على الطلب ن فهو بطلان نسبي³⁶. لكن هذا القرار اعتبر في نفس الوقت أن هذا العقد فاسد مذكراً هكذا بالجزاءات المقررة في الفقه الإسلامي وخصوصاً نظرية العقد الموقوف.

2.1- نظرية العقد الموقوف

- العقد الموقوف عقد صحيح تعلّق به حقّ الغير ويمثل بيع ملك الغير أحد أبرز تطبيقاته ويسمّيه الفقهاء بيع الفضولي. فالبيع ينعقد صحيحاً ولكنه موقوف فلا ينتج أثر البيع إلى أن يجاز. فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ويتوقف التزام المشتري بدفع الثمن³⁷.

يتمسك بهذا التحليل جانب من الدارسين في تونس³⁸ اعتماداً على الأصول التاريخية للنصّ وما جاء فيه من عبارات تتوافق مع تعريف هذا البيع في الفقه الإسلامي واستعمال عبارة الفسخ الملائمة لجزاء ذلك العقد. كما يجد هذا التحليل صدى في فقه القضاء ففي قرار 12 أفريل 1985 نبذت محكمة التعقيب صراحة نظرية البطلان لتعتنق نظرية العقد الموقوف بقولها "وحيث يؤخذ من صريح عبارات هذا النصّ أنّ مجال تطبيقه لا يتعدّى صورة تسلط البيع على شيء مملوك لغير البائع وأنه متى حصل ذلك فليس من الضروري أن يحمل العقد في طياته بذور البطلان بل أن انعقاد البيع جائز وأثر العقد في حقّ المتعاقدين قائم إلا أنّ نفاذه بالنسبة للمالك الحقيقي موقوف على الإجازة..."³⁹

- إنّ مختلف الحلول السابق عرضها قابل للنقاش رغم أنّ كلا منها يحاول الاستناد إلى مبررات تاريخية يأخذها من الفصل 576 نفسه.

³⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 41956 مؤرخ في 17/1/1995 ن، 456.

³⁷ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، 4 ص 178 وما بعدها راجع أيضاً فتحي الورتاني العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 1990-1991

³⁸ نور الدين الغزواني، سابق الذكر.

³⁹ قرار تعقيبي مدني عدد 11257 مؤرخ في 12 أفريل 1985 ن، I، 152

فيتعارض البطلان مع صريح النص الذي يعتبر أنّ بيع ملك الغير "يجوز" وهو الأمر الذي تتأكد معه خطورة التأويل بمفهوم العكس. هذا بالإضافة إلى أنّ السند التاريخي في اعتماد البطلان يفنّده تخليّ المشرّع نفسه عن فكرة بطلان بيع ملك الغير منذ المشروع التمهيدي لمجلة الالتزامات والعقود (الفصل 673 من المشروع).

لكن على فرض التسليم بإمكانية القول بأنّ الجزاء هو البطلان فإنه لا بد من تحديد ما إذا كان نسبيا أم مطلقا. فإذا كان نسبيا فإنه لا بد من بيان سببه من بين الأسباب التي يقرها الفصل 330 من مجلة الالتزامات والعقود. ومنطقيا لا يمكن الاستناد إلا إلى عيوب الرضا التي بالتأمل منها تنتفي كل إمكانية للاعتماد على أحدها كلما وقع التفكير في الدعوى التي قد يمارسها المالك. لكن السبب الأساسي لرفض فكرة البطلان النسبي هو عدم تحقق معيار المصلحة المحمية بالبطلان النسبي يحمي من شرع البطلان لفائدته بينما لا مجال للقول أنه بإمكان المالك القيام بدعوى البطلان ما دامت صفة الطرف في العقد قد انتفت منه. لذلك فإنّ التفكير في البطلان المطلق يصبح أكثر نفعاً ما دامت الدعوى فيه مقررة لكل ذي مصلحة. ليس الأمر مستحيلا ولكن الأساس لن يكون الفصل 576 لأنّ إجازة هذا التصرف التي يقرّها هذا النص تتعارض مع صريح الفصل 329 م.إ.ع الذي يعتبر إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه.

ودون أن تكون مردودة تماما فإنّ أهم ما يعاب على فكرة العقد الموقوف هو عدم التلاؤم بين ما تصوره الفقهاء المسلمون والواقع الذي تفرضه التقنيات الحديثة في إشهار التصرفات الناقلة للملكية. فلا مجال في هذه النظرية لتقنيتي التسجيل والإشهار اللتين تحددان في الغالب مصير العقد وطرق حماية المالك الحقيقي. هذا فضلا عن تعارض ما يقرره الفقه الإسلامي من حظوظ تصحيح بيع ملك الغير مع مختلف التجريمات التي تقرها المجلة الجنائية للتصرفات الواقعة على ملك الغير منذ 1913⁴⁰.

⁴⁰ محمد كمال شرف الدين ، ص 270 - 271.

2 - مبادئ الحلّ

- أن قراءة متأنية للفصل 576 ووضعه في إطاره العام من مجلة الالتزامات والعقود يمكن من ردّ الفكرة القائلة باختلاط السبيل حول جزاء هذا البيع.

لذلك لا بد من الانطلاق من الفصول 40 إلى 42 من مجلة الالتزامات والعقود التي تمثل الإطار العام لإباحة التصرفات في حق الغير. فقد ورد الفصل 40 بصيغة العموم حين أكد أنه "يصح التعاقد في حق الغير على شرط تصديقه فيكون حينئذ للطرف الآخر أن يسأل من وقع العقد في حقه الموافقة أو عدمها فإذا لم يعرف بموافقه في أجل مناسب غايته خمسة عشر يوما من تاريخ إعلامه بالعقد انفك التزام صاحبه". وبين الفصل 41 أن التصديق يكون صراحة أو دلالة ثم حدد مبدأ مفعوله كما بين الفصل 42 متى يكون السكوت تصديقا.

إن التمعن من هذه النصوص يمكن من القول إن الفصل 576 ليس إلا تطبيقا خاصا للقواعد الواردة فيها على عقد البيع. فبيع ملك الغير صحيح بشرط تصديق المالك الذي يمكن سؤاله من قبل المشتري لمعرفة موقفه من البيع المبرم في حقه. فإن صادق على العقد مضى أثره من يوم إبرامه أي بآثر رجعي. وإن رفض اعتبر العقد كأن لم يكن.

حينئذ يمكن أن يحل بيع ملك الغير بكونه بيعا بشرط واقف ما دام الشرط تصريحاً بمراد المتعاقدين يعلق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقق الوقوع. فصيرورة البائع مالكا أمر مستقبل غير متحقق الوقوع⁴¹ وكذلك الشأن بالنسبة إلى موافقة المالك ويؤكد ذلك ما جاء بالفصل 128 م 1 ع عندما يعتبر الشرط منعدا إذا كان الوفاء به متوقفا على مشاركة الغير وامتنع ذلك الغير منها.

⁴¹ لكن بشرط أن لا يكون ذلك الشراء راجعا لمطلق إرادة البائع لملك الغير بما يجعل ذلك الشرط شرطا إراديا محضا. قارن في فقه القضاء الفرنسي. Civ. 3 e 13 oct. 1993, B. III, n°121; D. 1994, som.231, note G. Paisant, J. C P 1994, II, 22280, note Y. Dagorne-Labbé.

- لذلك لا يمكن القول بوجود خلط ضمن الفصل 576 م 1 ع بين البطلان والفسخ فهو نصّ

يحمي بالأساس مالك الشيء ويقوم بتوزيع للأدوار يتلاءم مع هذه الغاية . فليس للمالك سوى أن يجيز أو يرفض الإجازة . وعلى كلّ حال لا يوقّر له هذا النصّ أيّة دعوى يمكنه القيام بها ضدّ البائع وخصوصا دعوى الفسخ أو البطلان لسبب بسيط وهو أنه أجنبي عن العقد الذي يبقى خاضعا لمبدأ النسبية العقدية. لكن فيما عدا النص المذكور فإنه يبقى للبائع القيام بالدعوى الاستحقاقية ضد المشتري مع مخاطرها فيما يتعلق بالمنقول بسبب قرينة الحيازة الفصل 53 م ح ع . أمّا المشتري فبإمكانه أن يطلب فسخ البيع ويطلب تعويض الخسارة إن كان حسن النية أي إن لم يكن يعلم وقت الشراء أنّ البائع فضولي. كما أنّه إن اختار عدم القيام فإنّه يبقى معرضا لاستحقاق المبيع منه ولكن في هذه الصورة يحتمل المشرّع البائع بضمان الاستحقاق ويعتبر شرط البراءة منه لاغيا (الفصل 642 / 2 م.ا.ع.) أمّا البائع فلا يسند له هذا النصّ أيّة دعوى . فإمّا أن يصبح مالكا، وينتج البيع أثره أو أنّه ينتظر ردّ فعل المالك أو المشتري. هذه الوضعية السلبية لا تمكّنه حتى من معارضة المشتري ببطلان البيع في صورة قيام هذا الأخير بدعوى في جبره على الوفاء . وفي هذا الحلّ استثناء للقاعدة المقرّرة بالفصل 335 م.ا.ع. ولا يعني هذا أنّ هذه الدّعى أي دعوى البطلان مستحيلة ولكنها لن تؤسّس على الفصل 576 م.ا.ع (2، 325 أو 45...) إذا ما اعتبرنا أنّ هذا النصّ غير إقصائي.

فبيع ملك الغير إذن صحيح، وتبقى جدوى اللجوء إلى العقد الموقوف منحصرة في تحديد وضعية الأطراف خلال فترة الجمود (لا تصديق ولا دعوى) لكن دون أن يكون الاعتماد على هذه النظرية ضروريا بسبب ما بيّناه من تحليل البيع في هذه الصورة من قبيل البيع بشرط واقف. و مع ذلك فإن اللجوء إلى تلك النظرية يبقى ممكنا . لكن ما نعييه على فقه القضاء هو أنّه اعتبر أنّ العقد لا يمضي تجاه المالك. حال أنّه لا أثر له مطلقا طالما أنّ الإجازة لم ترد.

- خلاصة القول أن بيع ملك الغير ينظر إليه من زاويتين فإمّا أن يكون بيعا صادرا من شخص له نيابة دون توكيل أو هو على صلة بالمالك تفترض إمكانية التصرف باسمه

ويندرج ذلك في علاقة من القرابة أو الصداقة أو ترابط المصالح في الأعمال بحيث أن مصادقة المالك تكون واردة خاصة إذا شفع البائع البيع بتعهد عن الغير فيكون البيع صحيحا وتقضى كل الوسائل الأخرى ولا يكون من مجال إلا لانطباق الفصل 576. وإما أن يكون بيعا صادرا عن متحيل فيصبح الفصل 576 غير ذي انطباق وتجد الأحكام الجزائية مبررا لانطباقها .

إن مثل هذا التحليل يمكن من تجاوز التصور الضيق الذي يؤدي إليه الحل القاضي ببطلان بيع ملك الغير ففي المعاملات الاقتصادية كثيرة هي الصور التي يتعلق فيها الأمر بهذه العملية التي لو قبلنا ببطلانها لانجر عن ذلك مساس بسرعة المعاملات فالمدبر لشركة الذي يتولى بيع مال دون أن يكون مأذونا في ذلك أو تجاوز حدود نيابته سيعتبر في كل الأحوال بائعا لملك الغير .

الفقرة الرابعة : شيء معين أو قابل للتعين

- لا يكفي أن يكون الشيء المبيع قابلا للتعامل به فيه بل ينبغي أن يكون أيضا معينا أو قابلا للتعين وفي هذا الصدد اقتضى الفصل 577 م 1 ع أنه قد يكون المبيع معين النوع فقط. وليس في هذه القاعدة سوى تطبيق لما نصّ عليه الفصل 63 م 1 ع من وجوب تعيين المعقود عليه ولو بالنوع وإمكانية ترك تعيين مقداره وعدده إلى زمن لاحق.

- على أن تعيين المبيع يأخذ أوجها مختلفة بحسب ما إذا كان من القيميات (أو الأشياء المعينة بذاتها) أي الأشياء التي تتميز عن بعضها البعض بخصائص لا يمكن معها أن تقوم الواحدة مقام الأخرى⁴² أو من المثليات أي الأشياء التي يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء⁴³ والتي تقدر في التعامل بالوزن أو بالكيل أو بالقياس أو بالعدد⁴⁴ . فإذا كان المبيع

⁴² Corps certain القيمي ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة ، الفصل 146 من مجلة الأحكام العدلية

⁴³ أنور سلطان ، العقود المسماة ، مرجع سابق الذكر ، ص 183.

من القيميات يحب أن تتوفر بيانات كافية حتى يمكن تمييز الشيء عن غيره . ففيما يتعلق مثلا ببيع شقة فإنه لا يكفي ذكر موقعها من بناية بل لابد من تحديد المبنى الذي تقع فيه ورقمها ومحتوياتها ومساحتها⁴⁵ . أما فيما يتعلق بالمثلثات فإن تعيينها لا يتم إلا بتحديد عددها أو بقيسها أو بوزنها أو بكيلها وهذا ما يبينه الفصل 577 م 1 ع الذي يستدرك فيما يتعلق بإمكانية التعيين أن يكون الشيء من المثلثات وأن يكون المبيع معرّفا بالوجه الكافي عددا أو قياسا أو كيلا أو صفة. و طالما أنّها لم تعدّ أو تقس أو توزن فإنّها تبقى في ملك البائع الذي يتحمل تبعاتها ولو كانت بيد المشتري (الفصل 586)⁴⁶. لكن ما ينبغي ملاحظته أن المشرع نفسه يبين الغاية من هذه الشروط وهي "ليكون رضا المتعاقدين مبنيًا على العلم" وهكذا يقع تلافي التعاقد على مجهول الذي يفتح المجال أمام الغرر.

⁴⁴ Choses de genre ou choses fungibles قارن بالفصل 686 من المجلة المدنية الجزائرية وراجع في الفقرة بين القيميات والمثلثات محمد كمال شرف الدين ، قانون الأموال ، دروس لطلبة السنة الأولى من الأستاذية في الحقوق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس ، السنة الجامعية 1999-2000 ص 26.

⁴⁵ وقد اعتبرت محكمة التعقيب أنّه يمكن عدّ المساحة تقريبا والاقتصار على الحدّ اعتمادا على عرف الجهة ، قرار مدني عدد 6748، مؤرخ في 21 ديسمبر 1981، ن. IV، ص 273.

⁴⁶ حول انتقال الملكية والمخاطر الفقرات 159 وما بعده أدناه.

أ

الفصل الثاني : الأركان المتعلقة بموضوع البيع

- المحل من الأركان الأساسية للعقد وهو الذي يعبر عنه المشرع بقوله "أن يكون القصد من العقد مالا معيناً يجوز التعاقد عليه" (الفصل 2 م 1 ع). ولا يختلف الأمر في عقد البيع الذي يشتمل كسائر العقود الملزمة للجانبين على محلين اثنين. فالمال الذي يقع التعاقد عليه هو من ناحية المبيع وهو محل التزام البائع (الفرع الأول) وهو من ناحية أخرى الثمن وهو محل التزام المشتري (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: الثمن الفصل 111 فقرة 2 م ح ع الثمن المجهول

- الثمن هو المقدار من المال الذي يؤديه المشتري إلى البائع مقابل الشيء الذي اشتراه فهو المحل الثاني في عقد البيع. فمثل أن المبيع هو محل التزام البائع يكون الثمن محل التزام المشتري أي ما يلتزم المشتري بأدائه. فإذا غاب الثمن في عقد البيع انعدم ركن من أركانه فهو إذن شرط لصحة البيع (الفقرة الثانية) أما إذا لم يتمثل في مقابل نقدي ما أمكن وصف العقد بالبيع فالثمن هو حينئذ معيار ضروري لتكييف العقد بيعاً (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى : الثمن معيار لتكييف البيع

- للثمن طبيعة نقدية ، فهو يعرف بكونه مقدارا من النقود. والنقد وسيلة قانونية تحظى بقوة إسرائيلية مطلقة لتبادل السلع والخدمات وتقويم الأموال والنقد المقصود بهذا المعنى هو كل ما

كان وسيلة دفع معترف بها قانونا أو عرفا سواء في ذلك أكانت أوراقا مالية أو قطعا معدنية أو شيكا أو بطاقة ائتمان. ويرتبط البيع هكذا ارتباطا وثيقا بالنقد إذ يعتبره البعض شكلا متطورا من المقايضة ويتمثل مقابل تسليم شيء ونقل ملكيته في التمكن من شيء ذي طابع مجرد رمزي¹ فالثمن هو إذن المقابل النقدي². نتيجة لذلك فإنه كلما غاب الثمن انتفت إمكانية وصف العقد بالبيع. فالبيع الذي ينعدم فيه الثمن يمكن وصفه بالهبة إذا ظهرت لدى البائع نية التبرع (ولكن لا بد من الانتباه إلى الشرط الشكلي المتعلق بكون الهبة لا تصح إلا بحجة رسمية، الفصل 204 من م أ ش)، وفيما عدا ذلك فهو باطل لانعدام ركن المحل فيه. أما العقد الذي لا يكون فيه مقابل التّفويت في شيء مقدارا من المال فإنه لا يكون بيعا فقد يكون مقايضة إذا ما كان مقابل الشيء المفوت فيه شيئا آخر وقد اعتبرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة أن "أهم ما تميّز به المعاوضة عن البيع هو أن لا يكون أحد البديلين من النقود وإلا اعتبر ثمنا والعقد بيعا"³، ويفهم من ذلك بقراءة عكسية أنه إذا لم يكن أحد البديلين ثمنا ما أمكن وصف العقد بالبيع.

كما يمكن أن يوصف العقد بالشركة عندما يقع تقديم مساهمة عينية تتمثل في نقل ملكية عقار أو منقول في مقابل الحصول على حصص أو أسهم في شركة. كما يمكن أن تحلل العملية بكونها تصيبيرا بالدين إذا كان نقل ملكية الشيء يهدف إلى الوفاء بدين من مدين إلى دائنه أو عقدا آخر غير مسمى ومثل ذلك العقد الذي يكون فيه مقابل التّفويت في أسهم خلاص عدد من الكمبيالات ودفع عدد معيّن من أجرة شهور عمل⁴.

الفقرة الثانية: الثمن شرط لصحة البيع

- يجب أن يكون الثمن معيّنا أو قابلا للتعيين (I) فعليا وجدّيا (II) وقد يطرح النقاش حول ما إذا كان من الضروري أن يكون الثمن عادلا (III).

¹ - COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE .

² لاحظ الفقرة الثانية من الفصل 497 من القانون المدني والجزائي التونسي أن الثمن يمكن أن يتمثل في كل ما يتفق عليه الأطراف.

³ - BENABENT ، n° 32.

⁴ - VERSAILLES ، 10 avril 1992، Bull. Joly، juin 1992.

أ - ثمن معيّن أو قابل للتعيين

- إن القاعدة كما وردت بالفصل 63 م 1 ع تفرض أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين وهي قاعدة لا يحيد عنها الثمن إذ يستخلص من الفصل 579 م.1.ع أن الثمن ينبغي أن يكون معيّنًا (أ) أو على الأقلّ قابلا للتعيين (ب).

أ - ثمن معيّن

- لقد جاءت عبارات الفصل 579 م 1 ع بصيغة الوجوب عند استعمال المصدر من فعل لزم بقوله إن "تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم ... " وهو ما ينتج عنه أن الثمن إذا لم يكن معينا فإن العقد يصير مختلا لانتفاء ركن من أركانه (إذا ما تبين إلى جانب ذلك أن الأطراف لم يتفقوا على جعله قابلا للتعيين) . أما المقصود من تعيين الثمن فهو أن يقع التعرف عليه بمجرد الاطلاع على العقد بأن يقع التنصيص على مقدار محدد بكذا من الدينار إذا كان المبيع قيميا أو جملة أو بسعر وحدة تقديره إذا كان من المثليات كأن يقال بأنه كذا مليما للتر الواحد من الزيت مثلا .

- يكون تحديد الثمن أو تعيينه من قبل الطرفين والملاحظ أنه لا يوجد بالفصل 579

م.1.ع. مثال لما نص عليه الفصل 1591 من المجلة المدنية الفرنسية أن تعيين الثمن من قبل الطرفين لازم ، وإنما يفهم ذلك من سياق النصّ طالما أنّه يقصي التعيين من غيرهما. وتبرير هذا الحلّ راجع إلى قاعدة عامّة تتعلّق بالعقود التي تنشئ التزاما بإعطاء ومؤدى هذه القاعدة أنّه يعود للأطراف وحدهم تقييم الشّيء المتعاقد عليه وأنّه ليس لهم اللجوء إلى التقدير القضائي إذ ليس من دور القاضي إكمال العقود الناقصة⁵. ورغم أنّ هذا الحل قد يبدو قابلا للنقد لعدم تماشيه مع الممارسة التجارية وسرعة المعاملات، فلا شكّ أنّه يضمن عدالة أكثر للمتعاقدين بما أنّه لا يجعل تعيين الثمن راجعا للإرادة المطلقة لأحد الطرفين. وقد اعتبرت محكمة التعقيب في هذا الإطار أنه يؤخذ من الفصل 579 م 1 ع أن الثمن

⁵ - MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 212.

يقتضي أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين باتفاق بين المتبايعين لا يستقل به أحدهما وأن موقف المشرع من هذه الناحية هو موقف متطور إذ يتضمن حكماً عادلاً يتفق مع القواعد العامة⁶.

غير أن المشرع نفسه يتدخل أحياناً ليقر استثناءات على قاعدة تعيين الثمن من قبل الأطراف ومثل ذلك ما تعلق بممارسة الأولوية في الشراء داخل دوائر المدخرات العقارية إذ ترك للمالك أن يتقدم بعرض للمنتفع بحق الأولوية يحدد فيه الثمن (الفصل 43 فقرة 1 م ت ت ت) فإن وقع الاتفاق على الثمن أبرم البيع (الفصل 43 فقرة 3 م ت ت ت)، أما إذا لم يمكن الاتفاق فإنه يقع تحديد الثمن من قبل المحاكم المختصة مثلما هو معمول به في مادة الانتزاع من أجل المصلحة العمومية (الفصل 43 فقرة 4 م ت ت ت) فلا يكون تعيين الثمن في مثل هذه الحال من قبل الأطراف بل أن القاضي هو الذي يحدده مستعيناً في ذلك بأهل الخبرة على النسق المعمول به في تقدير قيمة الأملاك التي تكون موضوع انتزاع⁷.

- إن قاعدة تعيين الثمن من قبل الأطراف تهم العقارات والمنقولات على حد سواء. ذلك أن قاعدة العرض والطلب هي المرجع الأساسي في تحديد ثمن العقارات.

أما بالنسبة إلى المنقولات فقد شهد نظامنا القانوني تحولاً هاماً بالنسبة إلى ما كان معمولاً به في ظل قانون 19 ماي 1970 الذي لم يكن يقر بنظام الحرية إلا فيما يخص بعض المواد التي ضبط قائمتها بأمر⁸. فقد جاء الفصل الثاني من قانون 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار ليجعل من حرية الأسعار مبدأً بعدما كانت الاستثناء عندما قرر أنه "تحدد أسعار المواد والمنتجات والخدمات بكل حرية باعتماد المنافسة الحرة" .. ولكنه استثنى من هذا المبدأ المواد والمنتجات الأساسية كالخبز والعجين أو المتعلقة بقطاعات أو مناطق تكون فيها المنافسة بواسطة الأسعار محدودة إما بسبب حالة احتكار السوق كتوزيع الكهرباء أو صعوبات في التمويل أو بحكم القانون (الفصل 3) وتولى بأمر 23 ديسمبر 1991 ضبط المواد والمنتجات والخدمات المستثناة من نظام حرية الأسعار و تدعيما

⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 41341 الصادر بتاريخ 24 جوان 1996 غير منشور.

⁷ الفصول ... من قانون 1976 المتعلق بتحويل التشريع

⁸ أمر عدد 543 لسنة 1970 مؤرخ في 24 أكتوبر 1970 ص 1418

لذلك منع الزيادة غير القانونيّة في الأسعار وأقر عقوبات في شأنها (الفصلان 40 و 41) . كما عدّل الفصل 4 من نفس القانون مبدأ حرية الأسعار بأن ترك لوزير الاقتصاد إمكانية التدخّل بصفة وقتيّة لمقاومة الزيادات المشطّة في الأسعار. وفرض احترام شفافية الأسعار تجاه المستهلكين بأن أوجب على بائعي المنتجات بالتفصيل إعلام المستهلك بالأسعار بوسائل شتى (علامات ملصقات) وذكرها بصفة واضحة سواء أكان ذلك بمحلات البيع بالتفصيل أو النزل والمقاهي والمطاعم (الفصل 22 ق م أ) وفرض بين المهنيين أن تتضمن الفواتير أسعار الوحدة (الفصل 25 فقرة 3 ق م أ) وحجّر البيع بالخسارة وهو البيع الذي موضوعه منتج على حالته بسعر دون السعر الحقيقي لإعادة بيعه مضافا إليه الأداءات والمصاريف بسبب ما ينجر عن ذلك من إخلال بقواعد المنافسة (الفصل 26 ق م أ).

- لكن مع العلم أن قانون المنافسة لا يشمل بالتنظيم كافة أنواع البيوع فإن اتفاق الأطراف على تحديد الثمن بكل حرية يفترض مساواة مطلقة بين المتعاقدين⁹. غير أنه ربما تجاوزت الأحداث هذه النظرة. فالملاحظ أن الواقع يعطينا صورا مختلفة عن استبداد أحد الأطراف بتعيين الثمن وخصوصا في عقود الإذعان فيقوم البائع بتحديد ثمن المبيع دون إمكانية لمناقشة ذلك من قبل المشتري.

- يمكن الحل الذي مقتضاه أن يكون تعيين الثمن من المتعاقدين من إقصاء إمكانية الغرر التي تنأتى من ترك تعيين الثمن إلى الغير . فالمشرّع يقرّر أنّه لا يصحّ "بعت أو اشتريت بما يعينه فلان أو بمثل ما اشترى به فلان" . ومعنى ذلك أنّه لا يصحّ ترك تقدير الثمن إلى أجنبيّ. وهذا الحكم مختلف تماما مع ما اتّجه إليه القانون الفرنسي (الفصل 1592 م.م.) أو الإيطالي (الفصل 1473) اللذين يمكنان من ترك تعيين الثمن إلى تحكيم الغير ، وقد كان هذا الحلّ شبيها بالحلّ الذي تبناه المشرّع التونسي سواء بالمشروع الأوّلي (الفصلان 540 و 541) أو باللائحة الابتدائية إذ جاء بالفصل 678 من هذه اللائحة أن "تعيين الثمن

⁹ V. Sélinsky, Les limites à la liberté de fixer le montant du prix; mël. Mouly, T. II; 161.

الذي انعقد عليه البيع لازم لكن يجوز أن يفوض تعيينه للغير ... "ولكنّ المشرع تخلى عنه واختار موقفا مخالفا في النسخة النهائية للفصل 579 م.ا.ع. وما من شك في أنه اعتنق بصفة جلية أحكام الفقه الإسلامي الذي لا يجيز أن يترك تقدير الثمن إلى حكم أجنبي ، ولا يعتبر الثمن في هذه الحالة قابلا للتعيين بتقدير الحكم ، بل يعتبره مجهولا جهالة فاحشة فلا يصحّ البيع¹⁰.

ولربما كان في هذا الحل من الصرامة ما يجعله سببا في تعطيل المعاملات خاصة في الميدان التجاري (ما دامت مجلة الالتزامات والعقود الشريعة العامة في المعاملات المدنية والتجارية) لذلك فلا مانع لو فكر المشرع في تنقيح هذا النص فيمكن الأطراف من ترك تعيين الثمن لأجنبي معين بالعقد أو باتفاق لاحق على أن يضرب له أجل فإن تعذر ذلك لسبب من الأسباب فإنه يقع تعيين أحد الخبراء بطلب أحد الأطراف بمقتضى إذن على عريضة¹¹.

- يستثني المشرع من حالة عدم جواز تعيين الغير للثمن الوضعية التي كان فيها المتعاقدان على علم بالثمن الذي عينه أو الذي اشترى به الغير. ومثال ذلك أن يعتمد الطرفان ثمنا باع به البائع لمشتري آخر¹² أو ثمنا عينه خبير بصفة سابقة لإبرام البيع (أما إذا كان ذلك بصفة لاحقة فإنه يندرج في نطاق المنع) وتبرير الاستثناء واضح لأنه إذا توفّر العلم بالثمن انتفت الجهالة وانتفى بذلك سبب عدم جواز ترك تقدير الثمن إلى أجنبي .

وقد يؤثر اشتراط العلم بالثمن الذي يعينه الغير في نوعية الجزاء في هذه الحالة ، فمعلوم لدى الفقه أنّ عدم تعيين الثمن يجعل البيع فاقدا لأحد أركانه بما يقتضي مجازاته بالبطلان المطلق الذي يحقّ لكل من له مصلحة المطالبة به والذي لا يجوز تصديقه . ومع أنّ الحلّ مقبول مبدئيا إذا لم يعين الثمن مطلقا ، فإنه يبدو قابلا للنقاش إذا تعلّق الأمر

¹⁰ - السّنهوري ، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي ، III ، 73 .

¹¹ قارن في نفس الاتجاه الفقرة الثانية من الفصل 1473 من المجلة المدنية الإيطالية.

Se il terzo non vuole o non può accettare l'incarico , ovvero le parti non si accordano per la sua nomina o per la sua sostituzione , la nomina , su richiesta da una delle parti , è fatta dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto.

¹² والمثال من الفقه الإسلامي راجع هامش الفصل 678 من المشروع التمهيدي.

بتعيين الثمن من أجنبي ، طالما أن شرط العلم يمكن أن يتحقق بصفة لاحقة للعقد. ولكن مهما يكن من أمر ، فإنّ توقّر علم المتعاقدين بالثمن الذي يعيّنه الأجنبي عن العقد لا يجعل الثمن قابلا للتعيين بل هو معيّن فعلا.

ب - ثمن قابل للتعيين

- لم يرد بالفصل 579 م 1 ع بصريح اللفظ أن الثمن ينبغي أن يكون قابلا للتعيين. لكن ذلك يستنتج من صياغة النص التي اعتمد فيها المشرع التأكيد على وجوب التعيين في بداية النص ثم بالاستدراك الوارد بعد ذلك في قوله "وقد يصح الاعتماد على ما هو معيّن بقائمة السوق أو بتعريف معينة أو على متوسط أسعار السوق إذا كان ثمن المبيع لا يتغيّر فإن كان متغيّرا حمل المتعاقدان على أنّهما اعتمدا متوسط الثمن الواقع."

ولربما بدت صياغة هذا النص غريبة والسبب في ذلك ما أدخل عليه من تغيير في النسخة النهائية للمجلة إذ كان أصل هذا النص أي الفصل 678 من اللائحة الابتدائية متضمنا أن "تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم لكن يجوز أن يفوض تعيينه للغير أو يبنى على متوسط قيم البيع في سوق معين فإن امتنع الغير أو عجز عن ذلك فلا يترتب على ذلك فسخ وللرفيقين أن ينتخبا أمينا آخر فإن لم يتيسر الاتفاق انحل العقد حينئذ." فكان بناء النص متماسكا طالما أن الاستدراك بلكن يعود على تعيين الثمن وأن إمكانية الاحتكام إلى الغير أو متوسط سعر البيع في السوق تدرج في قابلية التعيين. غير أن المشرع لما استبدل إمكانية تعيين الثمن من قبل أجنبي بالمنع بإضافة الجملة التفسيرية "فلا يصح..." أدخل ارتباكا على تلك الصياغة فبدت إمكانية الاعتماد على ما هو معين بقائمة السوق استثناء من منع التعيين من قبل الغير. والأمر كذلك بالفعل طالما أن الاحتكام إلى قوائم أو تعريفات تكون صادرة عن الغير (الإدارة مثلا) فيه تعيين من الغير للثمن. لكن الارتباك يتدعم أكثر باستعمال عبارات "إذا كان ثمن المبيع لا يتغير" ومؤدى ذلك أن هذه القاعدة -أي الاعتماد على متوسط الأسعار- تهم التعيين ما دام الرجوع إلى ثمن لا يتغير هو ثمن معين لا ثمن قابل للتعيين. فإذا كان الثمن لا يتغير فإن مجرد الاطلاع على قائمة السوق أو على تعريف معينة

كاف في حد ذاته للعلم بالثمن . وتبقى قابلية التعيين منحصرة في آخر ما ورد من النص أي اعتماد متوسط أسعار السوق إذا كان الثمن متغيرا.

على أن هذه الرؤيا إلى جانب صبغتها المفردة في الاصطناع قد لا تعكس ما اتجهت إليه نيّة المشرع بالفعل إذ ليس من شأن الجملة التفسيرية الاعتراضية أن تحمل تغييرا في معنى ما سبقها أو تركيب الفقرة التي تليها. لذلك فإن كل ما ورد بعدها يتعلق بقابلية التعيين.

و قد يبقى الحرج قائما فيما يتعلق باعتماد "ما هو معين بقائمة السوق /إذا كان ثمن المبيع لا يتغير" من ناحية و "إن كان متغيرا/ حمل المتعاقدان على أنهما اعتمادا متوسط الثمن الواقع" من ناحية أخرى. غير أن فهم المعنى المقصود من شأنه أن يرفع كل التباس. فالإشارة إلى الثمن الذي لا يتغير يقصد منها الثمن الثابت¹³ أي السعر المعتمد بتاريخ التعاقد ، فهو ثابت لأن التحديد سيعاد فيه إلى معيار لن يشهد تغييرا ، ففي تلك الحال يحدد الثمن على مقتضى ما هو موجود بقائمة السوق أو بتعريفه معينة كتلك الصادرة عن الإدارة في تحديد أسعار بعض المواد أو على مقتضى متوسط أسعار السوق في غياب تلك القوائم أو التعريفات وهو ما يوجب البحث في مختلف الأسعار الممارسة ثم احتساب متوسطها. أما الإشارة إلى الثمن الذي يتغير أو بعبارة أخرى الثمن المتحول¹⁴ فالمقصود منه السعر المعمول به في وقت لاحق للتعاقد كأن يعتمد مثلا السعر المعمول به زمن التسليم¹⁵ وهو يعتبر متحولا لأنه يتوقف تحديده على التقلبات المستقبلية للأسعار. فيكون المرجع هنا لا المتوسط من السعر المعمول به زمن التعاقد كما في الوضعية السابقة بل يضع المشرع قرينة مفادها أن الأطراف استندوا إلى متوسط السعر المعمول به زمن التسليم مثلا وهي دون شك قرينة بسيطة تحتمل إثبات العكس.

- يتبين هكذا من هذا النص أنّ الثمن يكون قابلا للتعين إذا كان ذلك التعيين يعتمد معايير دقيقة وموضوعية . فتكون تلك المعايير دقيقة أي أنها تغني عن اللجوء إلى اتفاق جديد حول الثمن (قائمة ، تعريفة ،) أي أنها تعتمد إما بمجرد الاطلاع عليها أو بمجرد

¹³ Prix ferme
¹⁴ prix variable
¹⁵ الحكيم فقرة 172 ص 143.

القيام بعملية حسابية بسيطة (احتساب متوسط الأسعار). وتكون تلك المعايير موضوعية ، بمعنى أنها تكون خارجة عن كل ما يمكن استبداد إرادة أحد الطرفين بتحديد الثمن . ولا تعتبر قائمة الفصل 579 حصرية ، بل هي واردة على سبيل المثال . ويمكن حينئذ تصور أساليب أخرى لتحديد الثمن بشرط احترام الدقة والموضوعية وعلى شرط أن لا تكون تلك الطرق مخالفة للقواعد العامة في تكوين العقد. فالإتفاق مثلا على إرجاء تعيين الثمن لاتفاق لاحق لا يصح طالما أن الفصل 24 م.إ.ع. لا يعتبر العقد تاما إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لاتفاق تال. وفي نفس هذا المعنى جاء في قرار لمحكمة التعقيب أنه " إذا كان بين المتعاقدين سابقة تعامل وتبين من الظروف أنهما تركا تحديد الثمن إلى السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما صح أيضا لأن المتعاقدين اتفقا ضمنا على جعل الثمن قابلا للتحديد "16.

- ليست مسألة قابلية الثمن للتعيين كما تبدو عليه من البساطة. إذ هناك أحوال يستشكل فيها الأمر حول معرفة هل أن الثمن معين فعلا أم هو قابل للتعيين أم أنه ينتفي فيه العنصران. فقد طرح التساؤل حول ما إذا كان البيع الذي يلتزم فيه المشتري بصرف جارية عمرية للمشتري يمكن أن يتحقق معه شرط تعيين الثمن. وقد اعتبرت محكمة التعقيب ردّا على ذلك "أن التعهد بالإنفاق ... إنما هو تعهد بثمن مبهم يتنافى وما اقتضاه الفصل 579 من لزوم تعيين الثمن"17. ففي اعتبار محكمة التعقيب انتفى شرط تعيين الثمن أما مسألة قابليته للتعيين فإنها لم تطرح إطلاقا ولربما استبعدتها المحكمة قصدا لاستحالة التعرف بدقة على المقدار الذي سينفقه المشتري والذي سيرتفع أو ينخفض بحسب سنّ البائع وأمله في الحياة وهو ما يدرج العقد في نطاق عقود الغرر. غير أن المشتري إذا ما تعهد بالإنفاق لكن مع تحديد المبلغ الجملي فإن شرط تعيين الثمن يكون متوفرا.

من ناحية أخرى أقرت محكمة التعقيب حكام الأصل الذين اعتبروا شرط التعيين غير متوفر في عقد تم فيه الاتفاق على أن يكون جزء من الثمن ألف دينار فيما يمثل الجزء الآخر تعهد

¹⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 41341 الصادر بتاريخ 24 جوان 1996 غير منشور سبق ذكره.

¹⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 7009 بتاريخ 10 ماي 1983 النشرة ج 2 ص 238.

المشتري بالانفاق على البائع طيلة حياته. ومع أن الحل الذي اعتمدته محكمة التعقيب وحكام الأصل يبدو أقرب إلى الإنصاف منه إلى القانون إلا أنه كان من الأفضل لمحكمة التعقيب أن تبين حكم العقد الذي يكون فيه الثمن معيناً في جزء منه وغير قابل للتعيين في جزء آخر . ولقد توارت في ذلك وراء سلطة حكام الأصل في تفسير العقود في حين كانت مطالبة بقول كلمة القانون حول توفر شرط التعيين. فالثمن في القضية المعروضة كان معيناً في جزء منه وكان من المفروض من ناحية اعتبار عقد البيع صحيحاً دون أن يؤثر في ذلك زهادة المقابل النقدي طالما أن الثمن لا يشترط فيه أن يكون عادلاً. ولم يكن للأمر لأن يكون كذلك لو غاب تعيين الجزء النقدي من الثمن إذ في تلك الحال يكون العقد باطلاً لأن الثمن غير قابل للتعيين كما في قرار 10 ماي 1983 . من جهة أخرى كان من الضروري الرد بوضوح على تحليل نائب المشتري الذي تمسك بكون الالتزام بالانفاق التزاماً مستقلاً عن مسألة تحديد الثمن.

مكرر .- على صعيد آخر طرح الإشكال في فقه القضاء الفرنسي بمناسبة النزاعات المتعلقة بالعقود الإطارية للتزويد والتوزيع مع أنها ليست بيعاً (توزيع البترول أو توزيع الجعة)¹⁸ ، وهي عقود يتعهد بمقتضاها مزود (شركة بترولية أو منتج جعة) بتزويد معاقده بما يحتاجه من وقود أو جعة. وبما أن العقد لا يمكن أن يضبط الأسعار مسبقاً فإنه يقع اللجوء إلى الأسعار المعمول بها يوم التسليم. وقد اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية منذ سنة 1971 أن تلك العقود باطلة لعدم تعيين الثمن . ولكن وقع التراجع عن هذا الحل منذ 29 نوفمبر 1994¹⁹ . وقد اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن التعريف الصادرة عن أحد الطرفين تجعل الثمن قابلاً للتعيين ، ولا تكون هذه التعريف فاقدة لأثرها إلا إذا ثبت تعسف من صدرت عنه أو سوء نيته.

أما بالنسبة لفقه القضاء التونسي ، فإن محكمة التعقيب تبدو رافضة للحل الذي مقتضاه أن الثمن في البيوع المتواترة²⁰ ، هو الثمن المعمول به يوم التسليم وهي تفضل

¹⁸ Contrats de bière ou contrats de pompistes de marque.

¹⁹ - Civ. 1er، 29 novembre 1994، 2e arrêt، D. 1995، 122، note AYNES، J.C.P. 1995، II، 22371، note GHESTIN.

²⁰ Ventes successives

بصفة ضمنية الحلّ الذي يقتضي أنّ الثمن هو ذلك المعمول به وقت الطلب²¹. وقد طرح هذا الإشكال بصفة خاصة فيما يتعلق ببيع الأشياء الموصى بصنعها في إطار علاقات تجارية جارية، إذ في إطار نظام أسعار خاضع إلى التصديق (في ظل قانون 19 ماي 1970) تعلّق الأمر بمعرفة ما إذا كان الثمن الواجب اعتماده هو الثمن المعمول به وقت الطلب أو الثمن المعمول به يوم التسليم. وقد اعتبرت محكمة التعقيب جواباً على ذلك أنّ "تعديل الثمن المعين بالتعريف القانونيّة الجاري بها العمل من تاريخ التعاقد والزيادة فيه إنّما يعتبر من قبيل الإيجاب الذي يفتقر إلى قبول الطرف الآخر..."²².

لكن يبدو من غير المجدي اللجوء إلى القواعد العامّة بخصوص الإيجاب والقبول في هذه الصّورة بالذات طالما أن وصف العقد الإطاري بالبيع مثلاً اتجهت فيه محكمة التعقيب²³ لا يستوجب فيما يبرم بمقتضاه من بيوع الاتفاق في كل مرة على الثمن طالما تضمن الاتفاق الأولي الرجوع في ذلك إلى التعريف التي تصادق عليها الإدارة المعنية وتكون بذلك متوفرة على شرط قابلية الثمن للتعيين وكان حينئذ بالامكان الاكتفاء بما نصّ عليه الفصل 579 م 1 ع حول معايير التعيين التي تظهر في مثل هذه القضايا جدوى الرجوع إليها والقياس عليها عند الاقتضاء.

II – ثمن فعلي وجدي

- لكي يكون البيع صحيحاً لا بدّ أن يكون الثمن فعلياً وجدياً²⁴. ويتميّز الثمن الفعلي عن الثمن الذي لا يعكس حقيقة اتفاق الأطراف، أو الثمن الصّوري²⁵، فلا يتعلّق الأمر ببيع حقيقي. لكنّ ذلك لا يعني أنّ العقد بالضرورة باطل، فالفصل 26 م 1 ع يجيز المكاتيب السريّة فيما بين المتعاقدين، وهكذا يمكن للأطراف أن يتفقوا بمقتضى العقد الصّوري على ألا يدفع الثمن إطلاقاً، وبحسب ما إذا توفّرت نيّة التبرّع فإنّه يمكن أن يوصف العقد بالهبة

²¹ au moment de la commande – قرار تعقيبي مدني عدد 483 مؤرخ في 25 نوفمبر 1975 ن 144 ص 144.

²² قرار تعقيبي مدني عدد 483 مؤرخ في 25 نوفمبر 1975 ن 144 ص 144.

²³ لاحظ قرار 25 نوفمبر 1975 سابق الذكر الذي قرر أنّ "المعاملات الجاري بها العمل بين الطرفين إنّما تعتبر من قبيل الاتفاق على بيع أشياء معينة موصى بصنعها محدد ثمنها بتعريف قانونية وهو بذلك عقد تام الأركان القانونية..."

²⁴ انظر ملحوظات صانتيلانا على هامش الفصل 678 من اللائحة الابتدائية والإشارات إلى القانون الروماني والفقه الإسلامي.

وفي فقه 35، n° BENABENT، 212، n° MALAURIE et AYNES، 212، n° -Prix fictif ou simulé. Sur cette notion. والقضاء ت م ع 7009 في 10 ماي 1983 سابق الذكر.

، بما يستوجب إخضاعه إلى قواعد هذا العقد من حيث الشكل (الفصول 200 وما بعدها م.أ.ش.) إلا إذا تعلق الأمر بمنقول مادي حيث تكفي فيه المناولة.

لكن الاتفاق السري قد يكون هادفا إلى التحايل على الغير مثل إدارة الجباية إذا صرح بثمن أدنى من الثمن المتفق عليه حقيقة ، أو الشفيع أو المتمتع بحق الأولوية في الشراء إذا كان الثمن أرفع . ولكن مهما يكن من أمر فإنه بإمكان الغير أن يختار بحسب ما تمليه مصلحته إما التمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد الصوري²⁶ كأن يتمسك الشفيع بالثمن الحقيقي لممارسة الشفعة على معنى الفصول 111 وما بعده من مجلة الحقوق العينية وكأن تلجأ إدارة الجباية إلى الاختبار لتقدير القيمة الحقيقية للمبيع حتى توظف عليها المعاليم المستوجبة (الفصلان 111 و 112 من م ت م ج) كما يمكن للمنتفع بحق الأولوية في الشراء على معنى قانون 7 جوان 1978 في صورة بيع عقار بثمن دون الثمن المصرح به أن يحل محل المشتري في الآجال المبينة بالفصل السادس من القانون المذكور.

- **أما الثمن الجدي** ، فهو الذي يتميز عن الثمن التافه²⁷ ويكون كذلك إذا انعدم تماما أو كاد أي هو الثمن البخس²⁸ الذي يميزه الفقه الفرنسي عن الثمن الناقص²⁹ المؤسس لدعوى الإبطال من أجل الغبن في صور محدّدة³⁰. والحلّ مختلف في الفقه المصري الذي يرى أنه "ليس من الضروري ليكون الثمن جدّيا ألا يكون ثمنا بخسا. فقد يكون بخسا يدخله الغبن الفاحش، ومع ذلك يكون جدّيا"³¹. على أنّ المسألتين تختلفان فالثمن البخس يعادل في واقعه انعدام كلياً للثمن أو أنه يسير إلى حدّ غير عادي (كيلو غرام من الذهب بدينار). والمعيار بدون شكّ موضوعي لا اعتماده القيمة الفعلية للشيء والثمن المشتري به³². بينما يكون الثمن

محمد الزين ، النظرية العامة ، محمد كمال شرف الدين ، 35، n° BENABENT - 26

- محمد الزين ، 488.

(dératoire) 27

Le vil prix 28

insuffisant 29

30 - BENABENT ، n° 36.

31 - الستهوري ، IV ، 214 .

32 يحيل صانتيلا في هامش الفصل 678 من اللائحة الابتدائية على ابن عابدين لبيان الفرق بين القيمة والثمن. يقول ابن عابدين ما نصه " والفرق بين الثمن والقيمة ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة أو نقص والقيمة ما قوّم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان." (رد المحتار على الدر المختار ج 4 ص 51). فيلاحظ إذن أنه من غير الضروري أن يكون الثمن مطابقا للقيمة وأن القيمة هي المقدار الموضوعي للشيء.

ناقصا (المشوب بغبن) دون أن ينعدم تماما في واقعه. وللتفرقة أهميّة عمليّة واضحة ، ففي حين لا يمكن إبطال العقد تأسيسا على الغبن إذا كان الثمن ناقصا إلا في صور عدّها المشرّع حصرا يمكن إبطاله تأسيسا على انعدام ركن المحل فيكون باطلا بطلانا مطلقا إذا كان الثمن بخسا³³.

وهكذا يتبيّن أنّ الفرق بين شرط الثمن الفعلي وشرط الثمن الجدّي يكمن في أنّ للأوّل مضمونا ذاتيا (ويقدر بالرجوع إليه نيّة الأطراف) أمّا الثاني فله مضمون موضوعي (تقدير الجدّيّة يتمّ على أساس موضوعي أي القيمة الفعلية والثمن المدفوع فعلا)³⁴.

III – ثمن عادل³⁵

- تتّصل مسألة الثمن العادل بأسس القانون إذ نتساءل كيف يمكن بصفة فعلية فرض عدالة عقديّة على من كان لهم حق اختيار التعاقد بحسب الشروط التي وقع عليها اتفاقهم ؟ لقد سبق للفقهاء المسلمين أن اعتبروا أنه من غير الضروري أن يكون الثمن عادلا³⁶. من ناحية أخرى وبالنظر إلى معطيات القوانين الحديثة يفترض اعتناق مبدأ الحرية التعاقدية أن يترك المجال للأطراف ليحدّدوا الثمن باتفاقهم. ولا شكّ أنّ في هذا الاتجاه إمكانية لتسلّط الطرف القويّ وتعسّفه. لكنّ ذلك هو ثمن الاستقرار التعاقدي. ويتّخذ القانون التونسي من المسألة موقفا مبدئيّا تتخلّله بعض الاستثناءات والتّعديلات.

- فمن حيث المبدأ لا تقرّ مجلّة الالتزامات والعقود الغبن كعيب أصلي ومستقلّ من عيوب الرّضى. ويستثنى من ذلك إذا ما كان المغبون صغيرا أو فاقدا لأهليّة التصرّف وتجاوز الفرق في القيمة الثلث (الفصل 61 م.إ.ع) كما أنّ الفصل 125 م.ح.ع لا يقبل الإبطال من أجل الغبن في القسمة الرّضائية إلا إذا كان المغبون عديم أهليّة التصرّف وكان الفرق في

³³ قارن الحكيم فقرة 180 ص 151.

³⁴ - قارن MALAURIE et AYNES، op. cit.، p. 212.

³⁵ انظر ملحوظات صانتيلا على هامش 678 من اللائحة الابتدائية
³⁶ لاحظ تعليق صانتيلا بهامش الفصل 687 من اللائحة الابتدائية.

القيمة الرّبع. ويعدّل الفصل 60 م.إ.ع. مبدأ عدم الإبطال من أجل الغبن بقبول ذلك الإبطال إذا اقترن الغبن بتغريير³⁷.

- إن اعتماد نمط لبرالي يفترض أن يقع تحديد الثمن بالرجوع إلى قاعدة العرض والطلب بما يفتح المجال واسعا أمام حرية الأطراف وهو ما يؤدي مبدئيا إلى عدم تدخل القانون لمراقبة عدالة الثمن. لكن هذه النتيجة تبقى نظرية. فبعد أن أقر قانون المنافسة والأسعار حرية الأسعار استثنى حالات تبررها اعتبارات اجتماعية من ذلك أسعار المواد الأساسية.

من جهتها دعمت القوانين الخاصة المرتبطة بميدان حماية المستهلك التدخل من أجل فرض ثمن عادل من ذلك ما اقتضاه الفصل 13 من قانون 2 جوان 1998 المتعلق بالبيوعات بالتقسيط حيث نص أنه "في صورة الدفع بالتقسيط يجب أن يكون ثمن البيع المقترح هو الثمن الأدنى الذي يطبق فعليا بالنسبة للشراءات بالحاضر للمنتوج أو الخدمة المعنية في نفس المؤسسة خلال الثلاثين يوما السابقة لعملية البيع للتقسيط." كما قرر أنه في صورة التنصيص على أن البيع بالتقسيط يتم بدون فائض فإنه لا يمكن تثقيل الثمن بأية مصاريف أخرى. واعتبر بالفقرة الثالثة من الفصل الأول من قانون 15 جويلية 1999 المتعلق بنسبة الفائدة المشطة عملية البيع بالتقسيط قرضا اتفاقيا خاضعا لمقتضيات ذلك القانون ففرض التنصيص على نسبة الفائدة الفعلية الجمالية في كل عقد قرض (أو بيع بالتقسيط) وأقر جزاء مدنيا وعقوبات جزائية في صورة مخالفة ذلك الواجب وفي صورة توظيف فائدة مشطة.

كما أن مختلف الوسائل التي أقرها قانون المنافسة والأسعار (شفافية الأسعار، ضبط الأسعار ومخالفة الترفيع فيها...) تمكن من القول أنّ هذا القانون يسعى بصفة غير مباشرة إلى تحقيق عدالة الثمن من خلال ضمان حرية المنافسة، وأنه يتدخل بصفة مباشرة في تحقيق هذه العدالة ولكن ليس لذلك التدخل إلا صبغة استثنائية.

³⁷ راجع حول هذه المسألة محمد الزّين ، فقرة 182.

الباب الثاني : آثار البيع

يتميز البيع عن غيره من العقود الملزمة للجانبين بكونه عقدا ينتقل بمقتضاه حق من ذمة إلى أخرى . ذلك هو ما يسمى بالآثر العيني للبيع فهو عقد تنتقل به الملكية والمخاطر (الفصل الأول) إلى جانب ما يرتبه ككل عقد ملزم للجانبين من التزامات يقع بعضها على البائع (الفصل الثاني) فيما يقع البعض الآخر على المشتري (الفصل الثالث).

الفصل الأول: انتقال الملكية والمخاطر

- ينقل البيع ملكية المبيع من البائع إلى المشتري . ومبدئيا يتلقى المشتري من البائع حق الملكية كاملا بما يعني الحق في استعمال الشيء واستغلاله والتفويت فيه لكن دون أن يمنع ذلك من حصر الانتقال في أحد عناصر حق الملكية فيقع الاقتصار على نقل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع. فالبيع ينقل حينئذ حقا من أحد الجانبين إلى الآخر وهو ما يبرر تحليل مضمون انتقال الملكية بين الأطراف (الفرع الأول). لكن هذا لا يكفي لإبراز ما يؤثر به البيع على مراكز الغير ، فبما أن البيع يكسب المشتري حقا عينيا على الشيء يواجه به كافة فلا بدّ من بيان انتقال الملكية تجاه الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول : انتقال الملكية والمخاطر بين الأطراف

- يشكل انتقال الملكية بمجرد التقاء الإرادتين مبدأ (الفقرة الأولى) يشهد بعض الاستثناءات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مبدأ انتقال الملكية والمخاطر بمجرد التعاقد

- تنتقل الملكية بمجرد التعاقد (أ) وكذلك الشأن بالنسبة إلى المخاطر (ب).

أ – انتقال الملكية بمجرد التعاقد

- لم يكن البيع في القانون الروماني ناقلاً للملكية بحد ذاته بل كان مرتباً للالتزامات وإنما كان نقل الملكية مرتبطاً باستكمال شكليات¹ في نظام قانون الألواح الاثني عشر. ثم مع قوانين جوستينيان صار انتقال الملكية مرتبطاً بعمل منفصل عن البيع متمثل في تسليم المبيع إلى المشتري². فلم يكن البيع منشأً للالتزام في جانب البائع بنقل ملكية الشيء إلا في حالة شرط خاص متعلق بإعطاء³. ولا يزال الفصل بين العقد وانتقال الملكية قائماً في الكثير من النظم القانونية كالقانون الألماني (الفقرات 873 و 925 و 929 من المجلة المدنية) والقانون السويسري (الفصلان 655 و 714 من المجلة المدنية). أما في الفقه الإسلامي فإن البيع يحقق نقل الملك إلى المشتري مباشرة عند التعاقد ولا يشكل التزاماً في جانب البائع والأمر نفسه في القانون الفرنسي (الفصل 1583 من المجلة المدنية).

- ولا شك أن القانون التونسي قد تأثر تأثراً واضحاً بهذين النظامين فقد اقتضى الفصل 583 م.إ.ع. أنه "إذا تمّ البيع بتراضي الجانبين انتقلت ملكية المشتري للمشتري". وبذلك يقر هذا النصّ في قانوننا مبدأ انتقال الملكية بمجرد تبادل الرضا⁴، فانتقال الملكية إذن أثر قانوني لعقد البيع، بمعنى أنه لا يحلّ بكونه التزاماً من التزامات البائع⁵. ويتأكد ذلك

¹ mancipation

² traditio

³ dare

⁴ Le transfert solo consensu

⁵ انظر خلافاً لذلك السّنهوري ، IV ، فقرة 226 وما بعدها. لكن هذا الحل قد لا يؤخذ على إطلاقه ففي بيع ملك الغير مثلاً يمكن أن يقع التفكير في وجود التزام يقع على كاهل البائع في نقل ملكية الشيء إلى المشتري ولا يبدو هذا الحل غريباً ولربما كان في القانون المقارن ما يمكن أن يدعمه إذ يعتبر الفصل 1476 ثانياً من المجلة المدنية الإيطالية لسنة 1942 أن نقل الملكية يعد من التزامات البائع إذا لم يكن الانتقال أثراً مباشراً للبيع ومن ذلك ما قرره بالفصل 1478 أنه إذا لم يكن البائع زمن العقد مالكا للمبيع فإن هذا ملزم بنقل الملكية إلى المشتري واعتبر في الفقرة الثانية من نفس الفصل أن المشتري يصبح مالكا في الوقت الذي يحصل فيه البائع على ملكية المبيع من صاحبه. على أن تحليل بيع ملك الغير بالبائع بشرط واقف والذي يقتضي أنه بيع لا تنتقل فيه الملكية للبائع ما لم يتحقق الشرط المتعلق بموافقة المالك أو بصيرورة البائع مالكا يفرض القول بأن الانتقال لا يكون بفعل البائع بل بمفعول القانون أي الأحكام المنظمة للشرط. كذلك الأمر بالنسبة إلى بند الاحتفاظ بالملكية فعند تمام خلاص الثمن لا يكون البائع ملزماً بنقل الملكية بل أن ذلك الانتقال هو من آثار الأجل الواقف.

بالرجوع إلى النسخة الفرنسية من الفصل 583⁶ . والصيغة المعتمدة وخصوصا استعمال فعل انتقل في الماضي التي تفيد اللزوم تعبر عن الصبغة الآمرة للقاعدة بحيث أنه لا يمكن الاتفاق على خلافهما والنتيجة نفسها بما يعني أنه لا يجوز الاتفاق في البيع على أن لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري مطلقا.

وهكذا يكون المشرع قد تخطى عما كان مقررا باللائحة الابتدائية إذ جاء بالفصل 658 من تلك اللائحة أن "البيع عقد يحيل به أحد الأطراف ملكية شيء للمشتري" بما كان يعبر عن نية المشرع في تبني الحل الموروث من القانون الروماني والذي مقتضاه أن نقل الملكية التزام يقع على كاهل البائع.

- إن انتقال الملكية بمجرد التعاقد لا يهّم إلا القيمات والبيع جزافا. وهو يفيد أنّ الانتقال يكون فورياً أي لا يتوقف على أجل ما⁷، مباشرا أي بدون لزوم للقيام بأي عمل لتحقيقه ، فلا يهّم إن كان التسليم لم يقع وإن لم يقع دفع الثمن كما يشير إلى ذلك الفصل 584 م.ا.ع. فيمكن إذن للمشتري أن يتصرّف في المبيع ولو كان بيد الغير . فمنذ ذلك الوقت ينتقل المبيع إلى ذمة المشتري ويخرج من ذمة البائع ، فلا يمكن لدائنيه التنفيذ عليه⁸.

ب - انتقال المخاطر

- إن مسألة انتقال المخاطر أو التبعات في البيع تتدرج في الإطار العام لاستحالة الوفاء بالالتزام بلا خطأ من الدائن أو المدين (القوة القاهرة والأمر الطارئ). ويتعلق المشكل بالخصوص بمعرفة ما إذا كان المشتري مطالبا بدفع الثمن عند استحالة الوفاء دون خطأ من البائع (وهو ما يعبر عنه بتبعة الثمن⁹) أي بعبارة أخرى هل يبقى المشتري مطالبا بدفع الثمن حال أن البائع معفى من الالتزام بالتسليم¹⁰. إن القاعدة العامة في العقود الملزمة للجانبين هي تلك التي وردت بالفصل 348 في فقرته الأولى من م ا ع التي جاء بها أنه "إذا لم يتيسر الوفاء بالعقد بغير اختيار العاقدين وبغير مظل من المدين برئت ذمته ويسقط

⁶ « L'acheteur acquiert de plein droit la propriété de la chose vendue... ».

⁷ - قارن قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 30 أبريل 1958 ، ق.ت. 1960 ، عدد 9 و 10 ، ص 31 ، ع 39.

- قرار استئنافي تونس مؤرخ في 25 ديسمبر 1962 ، ق.ت. 1963 ، عدد 8 ، ص 41.

⁸ - لاحظ في الفقه الإسلامي أنّ هذه القاعدة بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز إلا في العقارات ، الفصل 253 من المجلة العثمانية.

⁹ Le risque du prix

¹⁰ راجع تارسيي ص 61.

حقه في طلب ما عسى أن يترتب عنه في ذمة الآخر". وتأسيسا على ذلك فإن العين المأجورة إذا هلكت دون خطأ ينسب إلى المتعاقدين يفسخ العقد ولا يمكن لأحدهما أن يقوم بالخسارة على الآخر ولا يلزم المكثري من الكراء إلا بقدر انتفاعه بالمكثري (الفصل 763 م.ع. 1).

- على أن الحل مختلف في البيع فتبعا لقاعدة أن المخاطر تقع على المالك¹¹ تنتقل المخاطر من البائع إلى المشتري تبعا لانتقال الملكية عملا بالمبدأ المأخوذ من القانون الروماني القاضي بأن المخاطر تنتقل إلى المشتري منذ إبرام العقد¹² فإذا هلك المبيع بعد إبرام العقد وقبل التسليم يكون المشتري مبدئيا ملزما بدفع الثمن . وقد تبنى المشرع هذا الحل عندما نص بآخر بالفصل 585 م.ع. أن المبيع يصير في ضمان المشتري من وقت تمام البيع ولو قبل تسلمه إيّاه¹³. وليست هذه القاعدة سوى تطبيق للمبدأ العام الذي مقتضاه أن الغرم بالغنم (الفصل 554)، فمن صار مالكا لشيء يشرع في الانتفاع به من وقت البيع ويؤكد ذلك الفصل 609 م.ع. الذي نص على "أن ما أثمره المبيع وما زاد عليه طبيعة أو عملا من وقت تمام العقد يسلم للمشتري ما لم يتفق على خلاف ذلك"، ومن المنطقي أن يتحمل تبعته من ذلك الوقت أيضا. فكلما هلك المبيع بين زمن البيع وقبل التسليم فلا يعفى المشتري من التزامه بدفع الثمن ("ولو قبل تسلمه إيّاه")¹⁴. لكن لا بد من التذكير أن الالتزام بشيء معين النوع فقط أي من المثليات لا يمكن موضوعيا مستحيلا لأن المثليات لا تهلك وأن الاستحالة لا تتوفر إلا إذا كان الأداء متعلقا بشيء من القيميات. ويبدو المشرع حريصا على مراعاة التوازن العقدي بين البائع والمشتري. إذ رغم أنه خلافا للمشرع الفرنسي (الفصل 1302 م.م.ف) لم ينص صراحة على أن تلف المبيع بغير فعل من البائع يعفيه من واجب التسليم فقد قرر أن حصول التلف بسبب من البائع يجعل المشتري محقا في غرم قيمة

¹¹ res perit domino

¹² "periculum est emptoris"

¹³ في نفس المعنى الفصل 66 من اتفاقية فيينا حول البيع الدولي للبضائع الذي نص على أن "La perte ou la détérioration des marchandises survenue après le transfert des risques à l'acheteur ne libère pas celui-ci de son obligation de payer le prix, à moins que ces événements ne soient dus à un fait du vendeur".

¹⁴ راجع محمد الزين ، فقرة 402 ص 325. الذي يعتبر أن تحميل المشتري بتبعية الثمن ليس استثناء من القاعدة العامة الواردة بالفصل 348 م.ع. بقدر ما هو حل ناتج عن الانتقال الفوري لملكية الشيء إلى المشتري فهو (أي المشرع) حملته بذلك بوصفه مالكا للشيء لا بصفته دائنا

المبيع، أمّا إذا كان ذلك سبب من المشتري فلا غرم على البائع (الفصلان 607 و608 م.إ.ع.).

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة على مبدأ نقل الملكية والمخاطر بمجرد التعاقد

- توجد استثناءات قانونية (I) كما توجد استثناءات اتفاقية (II).

I – الاستثناءات القانونية

- يؤجل المشرّع أحيانا نقل الملكية والمخاطر (أ) وقد يكتفي في أحيان أخرى بتأجيل نقل المخاطر دون الملكية (ب).

أ – تأجيل نقل الملكية والمخاطر

- إن الأحوال التي يؤجل فيها انتقال الملكية والمخاطر تهم بيع المثليات والبيع بشرط التجربة أو المذاق وبيع الأشياء المستقبلية.

1- بيع الأشياء المعينة بالنوع

- إنّ الانتقال الفوري للملكية والمخاطر بمجرد التعاقد لا يهمّ إلاّ القيميات أو ما يسمّى بالأشياء المعيّنة بالذات. أمّا في بيع الأشياء المثلية فإن الملكية والمخاطر لا ينتقلان إلاّ بالفرز. وفي هذا الإطار فإنه لا بد من التمييز بين البيع جزافا والبيع بالوزن أو بالكيل أو بالعدد أو بالوصف.

- في البيع جزافا وهو كما تعرّفه الفقرة الثانية من الفصل 582 م 1 ع بيع جملة من الأشياء بثمن واحد ككميّة من الأقمشة أو الدّواب يعتبر المبيع مفرزا ويكفي في ذلك بيان المكان الذي توجد به الأشياء ، أو تحديد قائمة فيها أو اعتماد أيّة طريقة أخرى¹⁵. وفي هذه

¹⁵MALAURIE et AYNES, op.cit., n° 170

الحالة لا يؤخذ وزن أو قيس هذه الأشياء بالاعتبار إلا لتقدير الثمن الجملي. فالمشرع يعتبر (الفصل 582 فقرة 1) أنه إذا وقع البيع جزافا فإنّ العقد يتمّ بتراضي المتعاقدين ولو لم يحصل كيل أو وزن ولا عدّ ومؤدى ذلك أنّ انتقال الملكية والمخاطر يتمّ زمن العقد فلا يمكن مثلا لدائني البائع أن يضربوا على المبيع جزافا عقلة من أي نوع كانت.

- أما إذا كان البيع بالكيل أو بالوزن أو بالعد أو بالوصف¹⁶ كبيع كذا لترا من الزيت أو كذا قطارا من القمح فإن انتقال الملكية والمخاطر لا يتم إلا بالفرز وقبول البضاعة من المشتري ومن ذلك الوقت فقط. ومع أن مجلة التجارة البحرية تعد نصا خاصا بالنسبة إلى مجلة الالتزامات والعقود إلا أن تعريفها للفرز الذي تسمية التمييز يمكن من الانطلاق منه لتصوير كتعريف عام لما تمتاز به عباراته من الشمول إذ يؤخذ مما ورد بالفقرة الخامسة من الفصل 228 من تلك المجلة أن التمييز أو التطبيق هو العملية التي تتمثل في فرز تلك الأشياء المعينة بالنوع من مجموع شامل توصلا لانطباق ما وقع فرزه على الأشياء المبيعة . فالفرز هو حينئذ العملية التي يتم بمقتضاها تمييز المبيع المثلي عن غيره من المثليات بعده إن كان من المعدودات أو قيسه إن كان مما يقاس أو بوزنه إن كان من الموزونات أو بأية طريقة أخرى كأن تودع المبيعات على ذمة المشتري بمخزن مخصص بهدف فصله وتمييزه عن باقي الأشياء المماثلة وتحقيق التطابق بين ما وقع فرزه والمتفق عليه.

- إن ظاهر الفصل 586 م 1 ح يبعث على الظن أن المشرع لا يهتم إلا بتأجيل نقل المخاطر وأن انتقال الملكية حاصل لقوله "تبقى في ضمان البائع". غير أن الاعتماد على حرفية النص يؤدي إلى إنكار السبب الموضوعي الذي يبرر عدم انتقال الملكية . إن عدم انتقال ملكية المبيع المعين بالنوع فقط إلى حين الإفراز يجد تبريره بالنظر إلى أنّ البيع في هذه الصورة لا يمكن أن ينقل الملكية لعدم إمكانية توقّف موضوع يمكن التعرف عليه مباشرة¹⁷.

¹⁶ يذكر هذا النوع بالبيع بخيار الرؤية في الفقه الإسلامي وهو نوع لم يعرفه الفقه المالكي . ففي هذا المذهب لا يصح البيع إذا اشترى المشتري عينا لم يرها وهي موجودة بمجلس العقد ولم يكن في رؤيتها مشقة أما إذا كانت غائبة عن مجلس العقد أو في رؤيتها مشقة جاز بيعها على الصفة فإذا بيعت العين على هذا النحو انعقد البيع نافذا وليس للمشتري خيار الرؤية أي فسخ العقد... ولكن له خيار الوصف إن كانت العين على غير ما وصفت.. السنهوري مصادر 238/4 ، 126/2. قارن بضمان فوات الوصف ولاحظ أن المشرع هنا لا يهتم بمال المبيع إذا فات الوصف بل ينظم انتقال الملكية والمخاطر إذا كان المبيع مطابقا للوصف.

¹⁷ - GHESTIN et DESCHE، op. cit.، n° 544 ; BENABENT، op. cit. ;

السنهوري IV ، فقرة 245 .
توفيق حسن فرج ، فقرة 110 .

فبالرجوع إلى معيار طبيعة الأشياء نقول إنه لا تنتقل الملكية لعدم توفر أساسها المادي أو قاعدتها (L'assiette) فالشيء قبل فرزه غير معروف بالذات ، فهناك استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى المشتري قبل الفرز¹⁸. ويختلف الأمر في البيع جزافا الذي هو بيع أشياء مثلية محدّدة بصورة جمالية، فالمبيع مفرز منذ إبرام العقد بمجرد الإشارة إلى "جملة الأشياء" المقصودة بالبيع، فيعتبر البيع هنا كأنه واقعا على شيء معيّن بالذات¹⁹.

- غير أنه إذا كان من البديهي أن انتقال الملكية والمخاطر لا يتم في بيع الأشياء المعينة بنوعها إلا بالفرز فإن التساؤل يبقى قائما حول الشكل الذي يجب أن يقع فيه ذلك الفرز. يقرر الفصل 586 م 1 أن الأشياء المباعة الوزن أو بالكيل "تبقى في ضمان البائع ما لم يقع كيلها أو وزنها ... وقبولها من المشتري أو من نائبه". فاستعمال عبارة القبول من المشتري تفرض أن تقع عملية الفرز بحضور الطرفين أو من نائبيهما . ولا شك أن في ذلك ضمانا للمشتري حتى يقع تلافي ما يمكن أن يعتمد له البائع من حيل لادعاء أن الفرز تم قبل وقوع الحادث المؤدي إلى هلاك المبيع. لكن لا يخفى ما يحمله هذا الحل من سلبيات في ميدان العلاقات التجارية طالما أن الإفراط في الشكليات لا يحترم متطلبات السرعة في المعاملات التجارية وهو ما جعل المشرع يقرر حلا خصوصيا في البيوعات البحرية إذ نص بالفقرة السادسة من الفصل 228 أن "الرضى بقبول البضاعة يتم عند التسليم أو التمييز " بمعنى أن المشرع يضع قرينة قبول فيفترض أن القبول وقع زمن التسليم عندما يتعلق الأمر بمبيع مفرز وعند الفرز عندما يتعلق الأمر ببضاعة معينة بالنوع.

أما فيما عدا ذلك من الأحوال فإن القاعدة المقررة بالفصل 586 مكملة بما يعني إمكانية اتفاق الأطراف على أن يتم الفرز بصفة انفرادية من البائع الذي يبقى على عاتقه إثبات وقوعه فعليا وبصفة موضوعية ونهائية²⁰.

18 - السّنهوي ، IV ، فقرة 245.

19 - توفيق حسن فرج ، فقرة 110.

20 قارن ، D.1954, Le transfert de propriété dans les ventes de choses de genre, F. Goré, Ghestin et Desché n°545; chr.XXXI, p175.

2- البيع على التخيير والبيع بشرط التجربة أو المذاق

- بالرغم من ظاهر النصوص التي توحى قراءتها السريعة أن المشرع ينظم تأجيل انتقال المخاطر دون الملكية فإن نفس الحل أي تأجيل انتقال الملكية والمخاطر ينطبق على البيع على التخيير على شرط تعيين المدة كأن يخير المشتري بين شراء سيارتين من نوعين مختلفين بشرط التعبير عن اختياره في أجل معين. فالملكية لا تنتقل إلى المشتري ولا المخاطر إلا من وقت وقوع الاختيار ما لم يتضمن اتفاق الأطراف خلاف ذلك (الفصل 587 م 1 ع) فلا علم للطرفين زمن إبرام العقد على أي الشئئين سيقع اختيار المعاهد المستفيد بالخيار حتى تنتقل ملكيته ومخاطره إليه.

والحل نفسه كلما كان البيع بشرط التجربة أو بشرط المذاق (الفصل 586). ولم يتخل المشرع عن هذا الحل في إطار البيع عن بعد كما نظمه بقانون 2 جوان 1998 المتعلق بطرق البيع والإشهار التجاري إذ نص بالفصل 32 من هذا القانون أنه " يجب على التاجر في حالات البيع عن بعد مع التجربة تحمل الأخطار التي قد يتعرض إليها المنتج وذلك إلى غاية انتهاء مدة تجربة المنتج " (عشرة أيام من عمل من تاريخ التسليم، الفصل 31 من نفس القانون) معتبرا في نفس الوقت أنه لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلاف ذلك بما يجعل تلك القاعدة أمرة. وهو نفس ما قرره فيما يتعلق بالبيع المبرم في إطار المعاملات التجارية الالكترونية كيفما وقع تنظيمها بقانون 9 أوت 2000²¹. وقد سبق أن بيّنا أن هذه البيوع (بشرط التجربة) تندرج في صنف البيع بشرط واقف ومعلوم أن العقد الموصوف بمثل هذا الشرط لا ينتج آثاره طيلة المدة التي لا يتحقق فيها الشرط بما يبرر عدم انتقال الملكية والمخاطر إلى المشتري أثناء تلك المدة.

²¹ الفصل 34 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية رائد ع 64 ص 2084 " باستثناء حالات سوء الاستعمال يتحمل البائع في حالة البيع مع التجربة الأخطار التي يتعرض إليها المنتج وذلك إلى غاية انتهاء مدة تجربته . ويعد لاغيا كل شرط للاعفاء من المسؤولية يكون مخالفا لأحكام هذا الفصل."

3- بيع الأشياء المستقبلية

- يؤجل نقل الملكية والمخاطر إذا بيعت ثمار على أشجارها أو مقائى قبل جذها أو زرع قبل حصده (الفصل 590) ولا يتم الانتقال إلا بانتهاء النضج ومن البديهي أن لا تنتقل الملكية والمخاطر ما دام التعاقد قد وقع على أشياء مستقبلية²² وأنه لا يمكن القول بالانتقال الفوري للملكية الذي لا بد أن يكون في مثل هذه الأحوال مؤجلا إلى حين النضج التام. وهكذا فإنه يعدّ مخالفا للقانون القرار الذي اعتبر أن بيع الغلة على رؤوس أشجارها يجعل المبيع داخلا في ضمان المشتري من تاريخ العقد ومردّ ذلك الخطأ الرجوع إلى أحكام الفصل 583 م.ا.ع. في انتقال الملكية والمخاطر بمجرد العقد²³ والذي يعتبر تطبيقا لنصّ عام حال أنّه يوجد نصّ خاص.

- لكن رغم أن المشرع لم يتناول المسألة بنص عام فإن من استثناءات مبدأ الانتقال الفوري للملكية بمجرد العقد بيع الأشياء الموصى بصنعها حيث يتأخّر إلى حين الفراغ من صنع الشيء²⁴.

4- البيع عن بعد

- تضمن الفصل 589 م ا ع حكما خاصا بالبيوعات البحرية إذ نص أنه "إذا باع شخص أمتعة قبل ورودها وعين نوعها ووصفها بما ينفي عنها الجهالة وبين اسم المركب الموسوقة به أو الذي سينقلها فبيعه موقوف على وصول المركب ويبقى المبيع في ضمان البائع إلى وقت تسليمها". ويبدو من استعمال "بيعه موقوف" والتي لا مثيل لها بالنسخة الفرنسية أن الملكية والمخاطر لا تنتقلان. على أن وقف انتقال الملكية لا مبرر له إذا عين نوع ووصف البضاعة بما ينفي عنها الجهالة وهو ما يفهم معه أن انتقال الملكية والمخاطر يؤجلان إذا

²² Huet 11210 p.165

²³ ت م 12968 في 24 / 3 / 1986 ن 101.

²⁴ l'achèvement.

تعلق الأمر ببيع بضاعة موسوقة معينة بالنوع فقط أما إذا كانت مفرزة فإن الملكية تنتقل ويؤجل انتقال المخاطر إلى وقت التسليم²⁵. ويتأكد هذا التحليل بالرجوع إلى أحكام مجلة التجارة البحرية التي عرف فصلها 227 البيع البحري بأنه "بيع بضاعة معدة للنقل بحرا أو بصدد النقل يلتزم فيه البائع بأن يسلم في ميناء الشحن أو ميناء التفريغ وفي الآجال المحددة بضاعة معينة نوعا وكمية". فالبضاعة المعينة نوعا وكمية تكون ملكيتها قد انتقلت منذ التعاقد أما المخاطر فإنها تبقى محمولة على البائع إلى حين التسليم الذي يحدد المشرع زमानه بحسب ما إذا كان البيع بالشحن على رصيف ميناء الإقلاع أو بالشحن على رصيف ميناء الوصول. أما إذا كانت البضاعة معينة بالنوع فقط فيؤجل انتقال الملكية والمخاطر إلى حين الفرز.

5- بيع العقارات المسجلة

- يستثنى المشرع من مبدأ الانتقال الفوري للملكية بمجرد التعاقد بيع العقارات المسجلة. إذ بعد أن قرّر الفصل 581 جديد م.إ.ع أنه إذا كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية أو غيرها مما يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة ، وأنه لا يجوز الاحتجاج بالعقد على الغير إلا إذا سجل بقباضة المالية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقارات المسجلة ، نصّ الفصل 305 جديد م.ح.ع على أن كلّ حقّ عيني لا يتكوّن إلا بترسيمه بالسجلّ العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم . وينتج من ذلك أنّ عقد البيع في العقارات المسجلة لا ينقل الملكية إلا بالتّرسيم بالسجلّ العقاري ومن تاريخ ذلك التّرسيم²⁶.

- وتجدر الإشارة إلى أنّ تأجيل انتقال الملكية في هذه الصورة ، كما هو الأمر في غيرها مما شابهها ، لا يعني أنّ العقد لم يتكوّن بل يعني فقط تعطيل الأثر العيني لعقد البيع . وينجرّ عن ذلك أنّ العقد ينتج مباشرة آثاره الشخصية و يقرّر الفصل 373 م.ح.ع في هذا لمعنى أنّه يترتب عن عدم إشهار الأمور الواردة بالفقرتين (1 و 2 من نفس الفصل) "أنّ الحقوق

²⁵ قارن Huet, 11216

²⁶ - حول هذه المسألة : محمد كمال شرف الدين ، مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم في قوانين 4 ماي 1992 م.ق.ت. 1993 ، ص 99 وما بعدها ، تنذكيرا بأن هذا المبدأ لم يدخل حيز التنفيذ منذ صدور القوانين المشار إليها ولكن أرجئ ذلك إلى سنة 1995 ثم وقع تمديد التأجيل مرة أولى لمدة ثلاث سنوات بالقانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أفريل 1995 ثم مرة ثانية لمدة ثلاث سنوات أخرى بمقتضى القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أفريل 1998 مع استثناء الرسوم المحدثة في تاريخ دخوله حيز التنفيذ ثم صدر القانون عدد 34 لسنة 2000 المشار إليه ليضع حدا للتمديدات المتتالية وأقر مبدأ الدخول التدريجي للمفعول المنشئ للتّرسيم.

العينية الواردة بها لا تكون حجة فيما بين المعنيين بالأمر أنفسهم ولا يترتب عن تلك الأمور غير المرسمة سوى الالتزامات الشخصية". ومن أهم تلك الالتزامات ما يفرض على البائع تطبيقا لواجب التعاون من ضرورة تسهيل عملية الترسيم بمد المشتري بالوثائق اللازمة لذلك ، فهي تحل كالتزام بعمل يمكن للمشتري بمقتضاه أن يطالب بالخسارة عند عدم الوفاء به أو إجراءه على نفقة المدين عملا بأحكام الفصل 275 م.إ.ع. أما في البيوع المعلقة على شرط فإن الفصل 135 م.إ.ع. يخول للدائن (المشتري) اتخاذ الوسائل التحفظية لحفظ حقه.

-من البديهي أن لا يأتي المشرع على جميع الحالات التي يمكن أن يؤجل فيها انتقال المخاطر والملكية ولا شك أن التطبيق يفرز مشاكل لم يفكر المشرع في حلها . من ذلك البيع بمغازات العرض الحر وهي التي يتناول فيها الحريف بنفسه البضاعة التي يرغب في شرائها. فكثيرا ما يهلك المبيع المعروض بعد أخذه من أماكن العرض وقبل دفع ثمنه. ويطرح التساؤل عمّن من البائع أو المشتري يتحمل تبعه هلاك ذلك الشيء. إن تطبيق المبادئ العامة المنظمة لتكوين العقد من ناحية والقواعد المتعلقة بتكوين البيع تمكن من القول إن وضع السلع بأماكن العرض مع بيان أثمانها يمثل من جانب البائع عرضا يقبله المشتري إذا ما تولى أخذ البضاعة المعروضة فيتكون بذلك عقد البيع الذي ينتج آثاره مباشرة طبقا للفصل 583 م 1 ع فتنتقل الملكية والمخاطر من ذلك الوقت ويكون المشتري مطالبا بدفع الثمن حتى إذا هلك المبيع.

ب - تأجيل انتقال المخاطر دون الملكية

- إذا كان انتقال المخاطر يستتبع انتقال الملكية فإن المشرع استثنى صوراً تنتقل فيها الملكية ويؤجل انتقال المخاطر ، من ذلك ما تعلق بالبيوعات البحرية إذا كان المبيع معيناً بالذات. وبالإضافة إلى ذلك فإن القواعد العامة تجعل انتقال المخاطر منفصلاً عن انتقال الملكية في بعض الصور حيث يعتبر الفصل 257 م.إ.ع. أن تسليم الشيء الملتزم بأدائه بعد الزمن المتفق عليه يجعل المدين متحملاً بتبعته إذا كان العيب من فعله أو تقصيره أو إذا كان مماتلاً فحصل العيب أثناء مماتلته.

II – الاتفاقات المتعلقة بانتقال الملكية والمخاطر

- لا يطرح إشكال خاصّ حول جواز الاتفاق على تأجيل انتقال المخاطر ويظهر ذلك جلياً من آخر الفصل 585 م.أ.ع حيث نصّ أنّ المبيع يصير "حينئذ في ضمان المشتري ولو قبل تسلمه إيّاه ما لم يكن في ذلك ما ينافي العقد". ويخلص من استعمال هذه الصيغة الأخيرة أنّ قاعدة انتقال المخاطر بانتقال الملكية ليست من النّظام العامّ. وبهذا فإنّه يمكن للأطراف أن يتفقوا على أن يواصل البائع تحمّل تبعه الشّيء الذي بقي في حوزته ولو أنّ الملكية انتقلت إلى المشتري كما يمكن أن يتفقوا على تحميل البائع بتبعه الشّيء ولو كان في حوزة المشتري.

- على أنّ الإشكال قد يطرح فيما يتعلّق بالاتفاق على تأجيل نقل الملكية. وتتخذ هذه المسألة أهميّة خاصّة فيما يتعلّق **ببنود الاحتفاظ بالملكيّة**²⁷ الراجعة في ميدان البيع بالإئتمان (أو بيع النسيئة)²⁸ دون ميز بين المنقولات و العقارات.

يعرّف هذا الصّنف من البنود بكونه الاتفاق الذي يحتفظ البائع بمقتضاه بملكيّة الشّيء إلى حين الوفاء بكامل الثمن وإلاّ فإنّه يستردّ المبيع ، ويحفظ البائع نفسه من احتمال ضياع حقّه خصوصاً إذا ما أفلس مدينه . لذلك يعتبر هذا الشرط ضماناً من ضمانات الوفاء مما يطرح السؤال المتعلق باعتباره من التأمينات العينية وخصوصاً فيما يمكن اعتبار الملكية ائتماناً والإمكانية المتاحة للأطراف في الاتفاق على تأمين لم ينص عليه المشرع ومن ثمة مسألة الاحتجاج بهذا البند على دائني المشتري في حالة إفلاسه أو في حالة التسوية القضائية بما يفترض استرداد المبيع من المشتري ما دامت الملكية لم تنتقل إليه. لكن كل هذه المسائل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألتين أوليتين تهمان صحّة هذا البند وطبيعته القانونية.

للإجابة عن السؤال المتعلّق **بصحّة** هذا البند لا بدّ من ملاحظة أنّ الصبغة الأمّرة لقاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد تقتصر على الانتقال في حدّ ذاته دون زمانه. فلا يمكن

²⁷ - Clauses de réserve de propriété. V. sur cette question, GHESTIN « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D. 1981, Chr.I; GHESTIN et DESCHE, La vente, n° 581 et s.; MALAURIE et AYNES, Les sûretés, La publicité foncière, Cujas, 1995, n° 754 et s. ; M. PEDAMON, La réserve de propriété en droit allemand et en droit français, Rev. Jur. Com. Février 1982, n° spécial, pp. 60 et s.

²⁸ Les ventes à crédit

للأطراف أن يتفقوا على أنه لا انتقال للملكية إذ لا ينشأ من ذلك الاتفاق بيع ، ولكنه بإمكانهم الاتفاق على تأجيل ذلك الانتقال .

أما **طبيعة** هذا البند فإنها تثير نقاشا له تأثير مباشر على تحديد نظامه القانوني. فمن الفقهاء من اعتبر هذا البند شرطا تعليقيا. ويعاب على هذا التحليل أنه يجعل انتقال الملكية التزاما والحال أنه أثر قانوني للبيع. أما لو قيل بأن موضوع الشرط هو أداء كامل الثمن ، فإن ذلك يبدو قابلا للنقاش أيضا اعتبارا إلى أنه من الصعب القول بأن تنفيذ أهم التزام للمشتري (وهو دفع الثمن) يمكن أن يقوم به شرط²⁹ . لذلك فلا يبدو أنه بإمكان وصف تأجيل انتقال الملكية شرطا. وهذا ما يمكن من رد الرأي القائل بمخالفة بند الاحتفاظ بالملكية للفصل 119 من م ا ع الذي يقتضي بطلان الشرط المخالف لمقتضى العقد.³⁰

ويبدو تحليل بند الاحتفاظ بالملكية بكونه أجلا تعليقيا (أو واقفا) أقرب إلى المنطق وإلى غاية الأطراف من هذا الصنف من البنود ، إذ خلافا لما قد يذهب إليه الظن فإن الأجل الواقف لا يحول دون انعقاد العقد ولكن آثار العقد تتعطل إلى حين حوله. فتطبيق قواعد الأجل تؤدي إلى القول أن العقد منبرم ولكن خلال أجل التوقيف لا يترتب عنه وجود أي التزام وأن جميع آثار الالتزام لا تتجّد إلا ابتداء من حلول الأجل³¹. فما دام الأجل لم يحل لا تنتقل الملكية ولا المخاطر³². وفي هذا الحل مساوئ يتداركها الأطراف عادة باشتراط تحميل المشتري تبعة المبيع أثناء المدة التي لم يحل فيها الأجل .

²⁹- GHESTIN ، art. préc. ، n° 13.

³⁰ في هذا المعنى ، خليفة الخروبي ، نقل الملكية في عقد البيع : أثر أم التزام؟ المجلة القانونية التونسية ، 1997 ص 11 وما بعدها وخصوصا ص 17 هامش 16.

³¹ - لاحظ تعليق محمود بن الشيخ ، هامش الفصل 144 م.إ.ع.

³² لذلك يبدو قابلا للنقد القرار التعقيبي الذي اعتبر من الجائز وقوع وعد بالبيع من مشتر لم تنتقل ملكية المبيع إليه ، قرار تعقيبي مدني عدد 2523 بتاريخ 9 ديسمبر 1980 ن 2 ، 172.

ب	ب
ب	ب
ب	ب
ب	ب

الفصل الأول: انتقال الملكية والمخاطر

- ينقل البيع ملكية المبيع من البائع إلى المشتري . ومبدئيا يتلقى المشتري من البائع حق الملكية كاملا بما يعني الحق في استعمال الشيء واستغلاله والتفويت فيه لكن دون أن يمنع ذلك من حصر الانتقال في أحد عناصر حق الملكية فيقع الاختصار على نقل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع. فالبيع ينقل حينئذ حقا من أحد الجانبين إلى الآخر وهو ما يبرر تحليل مضمون انتقال الملكية بين الأطراف (الفرع الأول). لكن هذا لا يكفي لإبراز ما يؤثر به البيع على مراكز الغير ، فبما أن البيع يكسب المشتري حقا عينيا على الشيء يواجه به الكافة فلا بدّ من بيان انتقال الملكية تجاه الغير (الفرع الثاني).

الفرع الثاني : انتقال الملكية تجاه الغير ، الاحتجاج بالبيع

- يجدر التساؤل عما إذا كان البيع يتميز بنظام خصوصي للاحتجاج به (فقرة أولى) حتى يمكن تحديد المشمولين بالاحتجاج بسبب ما يحدثه البيع من تأثير على وضعية الغير تبعا لأثره الناقل للملكية (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : الخصائص العامة لنظام الاحتجاج بالبيع

- إنَّ الحديث عن نظام احتجاج بالبيع يقتضي البحث عن جملة من القواعد المتكاملة والتي تكون المرجع في حلّ الإشكالات التي تتعلق بمواجهة الغير بمفعول العقد . ولا يخلو البحث عن هذه القواعد من بعض الصّعوبات الرَّاجعة إلى تحديد مفهوم النّسبيّة العقديّة (أ) ومفهوم الغير (ب) واختلاف أنواع المبيع وتنظيم الإشهار (ج).

- أ – يبدو الحديث عن انتقال الملكيّة تجاه الغير متعارضا مع ما قرّره الفصل 240 م.أ.ع من أنّ العقد لا يلزم إلا العاقدين وأنه لا ينجرّ منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصّور المقرّرة في القانون . على أنّ الفهم السّليم لمبدأ النّسبيّة العقديّة الذي يكرّسه هذا الفصل يقتضي التّمييز بين أمرين . يتعلّق الأوّل بتأثير العقد على ذمّة الغير ، فهذا لا يصبح بمقتضى العقد الذي لم يشارك في إبرامه لا دائنا ولا مدينا¹. وهذا هو مفهوم النّفع والضرر. فلا يطالب الغير بتنفيذ العقد كما لا يجوز له المطالبة بتنفيذه². أمّا الأمر الثاني فهو يتعلّق باحترام الغير لذلك العقد بوصفه حدثا اجتماعيا يؤثّر على المراكز القانونية للأطراف التي قد تنعكس بدورها على المراكز القانونية للغير³ ولا يختلف البيع في هذا المجال عن غيره من العقود ولربّما كان أبرز مثال لتأثير العقد على وضعيات الغير دائنين كانوا -بما يؤثّر على حقّ الضّمان العام- أم خلفاء خاصّين أم غيرا مطلقا.

- ب – كما لا يختلف البيع عن بقية العقود في تحديد مفهوم الغير ، وهو مفهوم ذو مضمون مركّب يختلف بحسب الحالات موضوع النظر. فلئن اعتبر الفصل 241 م أ ع أنّ الورثة والخلف الخاص لا يعدّون غيرا ، وينزّلون منزلة سلفهم ، فقد قرر الفصل 26 من نفس المجلّة أنّ الخلف الخاص لا يعتبر غيرا إذا تعلّق الأمر بعقد صوري . أمّا بالنّسبة إلى مفهوم الغير في نظام الإشهار العقاري، فقد جاء ببعض القرارات التعقيبيّة أنّ الورثة

¹ - محمد الزّين ، العقد ، فقرة 404.

² - BENABENT، op. cit., n° 143.

³ - قارن محمد الزّين ، نفس المرجع .

ينزلون منزلة سلفهم⁴ ، بينما ذهبت قرارات حديثة إلى اعتبار أنّ طبيعة نظام التسجيل العقاري تسمح بسحب مفهوم الغير على الورثة⁵. وإلى جانب ذلك يشهد مفهوم الغير تعقيدا أكثر نتيجة لما تفرضه التفرقة التي يقرّها القانون أحيانا للتمييز بين الغير حسن النية والغير سيّء النية. (مثلا الفصل 305 م.ح.ع.).

من ناحية أخرى ينجر عن اختلاف مفهوم الغير تطبيق قواعد مختلفة بحسب ما إذا كان موضوع المطالبة متعلقا بممارسة دائن صاحب حق عيني (دائن مرتين) لحقه في استيفاء الدين أو بمعارضة من لم يكتسب من سلفه سوى حق شخصي بالبيع كالمكتري في مقابلة المالك الجديد أو بحق الغير المطلق في التعويض عن الضرر الحاصل له عن فعل الشيء والذي سيطالب به مالك ذلك الشيء بصفته حافظا له.

- ج - ويتميّز الاحتجاج بالبيع بضرورة التفرقة بين ما إذا كان المبيع منقولا أو عقارا، وفي إطار هذين الصنفين فيما إذا كان خاضعا لنظام إشهار خصوصي أم لا.

وهكذا يتبيّن أنّ نظام الاحتجاج بالبيع يعتمد بالأساس على القواعد العامة المنطبقة على سائر العقود ولكّنه يبقى متميّزا بخصوصيات راجعة إلى أثره الناقل للملكية .

الفقرة الثانية : المشمولون بالاحتجاج بالبيع

- تتعلّق أهمّ الإشكالات بالاحتجاج بالبيع بالنسبة إلى الخلف الخاصّ صاحب الحقّ العيني على الشّيء (أ) أو بالنسبة إلى الخلف الخاصّ الذي لم يكتسب من سلفه إلاّ حقّا شخصيا (ب). إلى جانب أنّ البيع يطرح إمكانية الاحتجاج به من قبل الغير المطلق أو تجاهه (ج).

⁴ انظر مثلا قرار تعقيبي مدني عـ13065 دد مؤرخ في 13 جانفي 1986 ، ن I ، 186 ؛ قرار تعقيبي مدني عـ3151 دد مؤرخ في 25 ماي 1981 ، ن II ، 59 .

⁵ - انظر مثلا قرار تعقيبي مدني عـ38598 دد مؤرخ في 28 فيفري 1995 ، ن 325 ؛ قرار تعقيبي مدني عـ38834 دد مؤرخ في 28 فيفري 1995 ، ن 329 .

أ - الخلف الخاص صاحب الحق العيني على الشيء

يهمّ الاحتجاج بالبيع في الآن نفسه الخلف الخاصّ للبائع والخلف الخاصّ للمشتري.

1- - فهو يهمّ **الخلف الخاصّ للبائع** لمعرفة ما إذا كان البائع مالكا للمبيع وقت البيع ، وإلا فإنه يكون بائعا لما لا يملك ، والمثال على ذلك هو بالبيع مرتين من بائع واحد لشخصين مختلفين . وقد يتعلّق الأمر بترتيب حقّ عيني آخر على الشيء كأن يسند البائع رهنا على عقار أو على منقول . ويهمّ المشتري حينئذ أن يعلم ما إذا كان بالإمكان أن يعارض بذلك أم لا وتختلف الحلول هنا بحسب ما إذا كان المبيع منقولا أم عقارا.

- فإذا تعلّق الأمر **بعقارات** فإنه يجب التمييز بين العقارات المسجّلة والعقارات غير المسجّلة . فاعتمادا على الفصل 581 م.إ.ع فإن شكلية التّسجيل بالقبوضة⁶ هي التي تكون معتبرة لفضّ تنازع انتقال الملكية في العقارات **غير المسجّلة**. لأجل ذلك يبدو مخالفا للقانون القرار الذي يفضّل بين مشتريين لعقار واحد من بائع واحد اعتمادا على تاريخ العقد وبناء على الفصل 583 م.إ.ع⁷. كما أنّ الاعتماد على تاريخ العقد لتقرير انتقال الملكية هو بدوره مخالف للقانون عندما يستعمل للحسم بين دائن عاقل ضرب عقلته على العقار في تاريخ سابق عن تاريخ تسجيل البيع ، إذ خلافا لما ارتأته محكمة التعقيب لا يكون للتّسجيل دور جبائي فحسب بل يكون أيضا وخصوصا منطلقا للاحتجاج بالبيع على الغير⁸.

من ناحية أخرى ، لا يمكن لدائن البائع أن يحتجّ على المشتري بتوظيف رهن لفائدته على العقار غير المسجّل إلا إذا وقع التّنصيب على ذلك الرّهن برسم الملكية بواسطة عدلين (الفصل 279 م.ح.ع.).

⁶ - حول هذا الفهم قرار تعقيبي مدني ع-21353 دد مؤرخ في 1 جوان 1989 ، ن 194. وانظر بخصوص هذه المسألة ، شرف الدين الأطروحة فقرة 105.

⁷ - قرار تعقيبي مدني ع-34478 دد مؤرخ في 3 جانفي 1995 ، ن 453.

⁸ - قرار تعقيبي مدني ع-34745 دد مؤرخ في 31 جوان 1995 ، ن 474.

- أما في خصوص العقارات المسجلة ، فإن الاحتجاج ببيعها لا يكون إلا باستعمال شكلية الترسيم في ما يخص الرسوم غير الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم ، أما بالنسبة إلى الرسوم المشمولة بذلك المبدأ فإن انتقال الملكية في حد ذاته هو الذي يكون رهين تحقيق شكلية الترسيم بما ينجر عنه أن الحق العيني لا يتكوّن بين الأطراف ولا يعارض به الغير إلا بالترسيم ومن تاريخ ذلك الترسيم (الفصل 581 م.أ.ع جديد و305 م.ح.ع. جديد)

- أما إذا تعلق الأمر بمنقول فإنه يجب التمييز بين بيع المنقولات المادية والمنقولات غير المادية واعتبار ما إذا كانت تلك المنقولات بنوعها خاضعة إلى شكليات الإشهار أم لا.

- في المنقولات المادية أي تلك التي تكون قابلة للحوز المادي وعندما لا تكون تلك المنقولات خاضعة لشكليات الإشهار فإن الحائز حسن النية للمنقول ينتفع بالقرينة الواردة بالفصل 53 م ح ع الذي مقتضاه أن "من حاز منقولا أو صبرة من المنقولات حمل أنه يملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته". فقرينة الملكية المؤسّسة على حيازة الشيء تجعل حائز الشيء مالكا له إذا كان حسن النية. وتبعا لذلك إذا اشترى الشخص شيئا وكان ذلك الشيء في حوزته فإنه يفضل على غيره الذي لا يبقى أمامه سوى ممارسة دعوى استرداد المنقول على معنى الفصل 54 من م ح ع فيدحض قرينة الملكية بإثبات واقعة ضياع الشيء أو سرقة منه⁹. لكن خلافا لما تقدم فإن قرينة الفصل 53 م ح ع لا تبدو منطبقة على الحقوق العينية الأخرى. فالدائن الذي تسلم على وجه الرهن منقولا أو جملة من المنقولات من غير مالكا لا يكتسب حق الرهن عليها ولو كان حسن النية (الفصل 211 م ح ع).

وإذا كان المبيع من المنقولات المادية الخاضعة لإشهار فإنه لا يمكن للمشتري معارضة الغير بشرائه إلا إذا استوفى شكليات الإشهار. ومثال ذلك ما تعلق ببيع السفن إذ

⁹ قارن في المنقولات غير المادية حلا مماثلا متعلقا ببراءات الاختراع الفصل 8 من القانون عدد 84 لسنة 2000 المؤرخ في 24 أوت 2000 المتعلق ببراءات الاختراع رائد 2183.

اقتضى الفصل 29 م.ت.ب أن "كل حقّ متعلّق بسفينة سبق تسجيلها لا يعارض به الغير إلا بترسيمه من قبل السلطة البحرية بورقة التسجيل المرقومة والخاصة بها وابتداء من تاريخ ذلك التسجيل".

- أما فيما يتعلق بالمنقولات غير المادية فإن الحلول تتنوع بحسب الحالات. فبالنسبة لبراءات الاختراع تنص الفقرة الخامسة من الفصل 62 من قانون براءات الاختراع أنه "لا يمكن الاحتجاج لدى الغير بكل إحالة أو انتقال حقوق ... إلا إذا تم ترسيمها بالسجل الوطني للبراءات". وبالنسبة إلى إحالة الدين لا يواجه الغير إلا بالإعلام بانتقال الدين أو بقبول المدين للانتقال برسم ثابت التاريخ ، فيما يخضع بيع الأصل التجاري إلى نوعين من الإشهارات تنظمهما المجلة التجارية ومجلة الالتزامات والعقود . فالقواعد الواردة بالفصلين 191 و 192 م ت تنظم الإشهار الذي ينبغي على المشتري تحقيقه حتى يتمكن دائنو البائع من المعارضة في دفع الثمن ولا تبرأ ذمة المشتري الذي دفع الثمن دون القيام بذلك الإشهار (الفصل 204 م ت). لكن قواعد الإشهار الواردة بالمجلة التجارية والتي ليست موجهة لتأسيس نظام عام للاحتجاج على الغير ببيع الأصل التجاري بل فقط للاحتجاج على دائني البائع بدفع الثمن تصبح تطبيقاً للفصل 220 م ا ع قائمة بهذا الدور فقد قرر ذلك الفصل فيما يتعلق بإحالة الأصول التجارية أن "الإشهار الجاري به العمل بين التجار يقوم مقام التعريف القاضي به الفصل 205 بالنسبة لغير المتعاقدين" بمعنى أن تحقيق شكايات الإشهار طبقاً لأحكام المجلة التجارية يمكن من الاحتجاج ببيع الأصل التجاري على الغير دون لزوم للإعلام أو القبول بكتب ثابت التاريخ على معنى الفصل 205 م ا ع. (لكن راجع الأمر الصادر في 35 المتعلق بالأصل التجاري والذي يبدو أنه ألغى أحكام مجلة الالتزامات والعقود)

- 2- ويهمّ الاحتجاج كذلك **الخلفاء الخاصين للمشتري (المشتري الثاني ، الدائن المرتهن)** الذي يكون من مصلحته التمسك بالانتقال الفوري للملكية ليبين أنه كان لسلفه الحق في أن يبيع له أو في أن يوظف لفائدته رهنا على المبيع.

كما أن الاحتجاج يمكن أن يشمل شروط البيع ويهم التساؤل خصوصا بند الاحتفاظ بالملكيّة . والغالب على الاعتقاد أنّه بالنسبة إلى العقارات لا يكون الاحتجاج بذلك البند على المشتري الثاني ممكنا إلا إذا قام البائع الأصلي بإشهاره سواء بالتسجيل (الفصل 373 أولا)، إذا حللنا هذا البند على كونه أجلا واقفا أو بمقتضى قيد احتياطي (الفصل 366 أولا) إذا ما اعتبرناه شرط تعليق. أما بالنسبة إلى المنقولات فإنه لا يمكن أن يعارض بهذا البند إلا المشتري الثاني الذي كان على علم بوجوده ، أما غيره أي المشتري الثاني حسن النية فإنه ينتفع بقرينة الفصل 53 م ح ع ولا يبقى للبائع الأصلي إلا الحق على ثمن البيع.

غير أن أهم ما يمكن أن تهدد به وضعية الخلف الخاص للمشتري هو إعدام البيع الأصلي أي الذي اشترى سلفه بمقتضاه إما بفسخ أو بإبطال. ذلك أنه بموجب المفعول الرجعي للفسخ أو البطلان يجد المشتري الثاني نفسه في وضعية من اشترى شيئا من غير مالكه بما يعرضه لمختلف الدعاوى التي تهدف إلى استرجاع ذلك الشيء منه. لا تجيب النصوص بالوضوح اللازم وفي إطار مبدأ عام لمعالجة مثل هذه الوضعيات . فلئن تعرض الفصل 336 م 1 ع إلى آثار البطلان النسبي فإنه اقتصر فيما يتعلق بالحقوق التي اكتسبها الغير عن حسن نية على الإحالة على "الأحكام الخاصة بالعقود الخاصة". كما أنه لا أثر لحل فيما يتعلق بالفسخ ولربما جاز قياسا تطبيق الحل المقرر في البطلان الأمر الذي يقتضي في كلتا الحالتين البحث عن الحلول الملائمة في مختلف النصوص الخاصة. من ذلك ما ورد بالفصل 305 في فقرته الثانية من مجلة الحقوق العينية أن "إبطال التسجيل لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على التسجيلات الواردة بالسجل" وهو ما يعبر عنه بالقوة الثبوتية المطلقة للتسجيلات تجاه الغير حسن النية¹⁰. وهو حل يهدف إلى حماية من اكتسب حقا على العقار جاهلا بما قد يوجد من عيوب في أصل تملك سلفه ومعتمدا على ظاهر التسجيلات. وفي هذا الإطار اعتبرت المحكمة الابتدائية بتونس أنه لا يمكن معارضة مشتر حسن النية لعقار بشرط سقوط حق موظف على العقار ولم يسبق ترسيمه بقولها إن "عدم ترسيم شرط سقوط الحق لا يمكن أن يتضرر منه (الغير) الذي اكتسب حقه على العقار عن حسن نية واعتمادا على التنصيصات

¹⁰ راجع شرف الدين ، الأطروحة فقرة 187 وما بعدها.

التي تضمنها السجل العقاري"¹¹. فيبقى إذن حق الخلف الخاص في هذه الصورة وغيرها من الحالات المماثلة قائما رغم الإبطال أو التشطيب ولا يمكن بالتالي إعمال قاعدة ما بني على باطل فهو باطل. ويستخلص من ذلك أن القوة الثبوتية للترسيم تصير مطلقة إزاء الغير حسن النية "فلا يجوز تفاديها إلا بإثبات علمه بالعيب إما لسبق وجود قيد احتياطي أو لقيام حجة مقنعة أمام المحكمة"¹². غير أن هذا الحل لا ينطبق على العقارات غير المسجلة بما يجعل حقوق الغير المتعلقة بها عرضة للسقوط بمجرد بطلان أو فسخ العقود التي اكتسب بها أسلافهم حقوقا عليها وليس ذلك إلا نتيجة قسوة قاعدة الرجعية ومبدأ عدم جواز أن يمنح الشخص لغيره أكثر مما له من الحقوق¹³.

ب - الخلف الخاص صاحب حقوق أو التزامات شخصية

- يتعلق الأمر بالمكتري ، ومشتري الشيء المؤمن والدائن . فبالنسبة للمكتري يتواصل العقد مع المالك الجديد بمفعول القانون إذ ينص الفصل 798 م 1 ع أن "خروج الملك من يد مالكة طوعا أو كرها لا يفسخ الكراء وإنما يحل المالك الجديد محل القديم فيما له وعليه من الحقوق في الكراء المذكور إن كان عقده خاليا من التدليس وله تاريخ ثابت سابق على تاريخ التوقيت".

ويجعل الفصل 22 من مجلة التأمين عقد التأمين ساريا وجوبا لصالح المشتري في صورة بيع الشيء المؤمن .

أما الدائن العادي فإنه يعارض بانتقال الملكية بمجرد العقد ، ولكن توفّر له حماية خصوصية في الصورة التي يعمد فيها مدينه إلى إبرام البيع تغريرا بحقوقه وتدليسا ، بما يخول له إمكانية ممارسة الدعوى البوليائية على معنى الفصل 306 فقرة أولى م.1.ع.

¹¹ المحكمة الابتدائية بتونس ، الدائرة 10 ، حكم مدني عدد 94757 بتاريخ 22 ماي 1996 م ق ت 1996 ص 357 مع تعليق لمحمد كمال شرف الدين.

¹² شرف الدين ، التعليق المذكور بالهامش السابق ص 368.

¹³ في هذا المعنى ، محمد الزين ، فقرة 303.

ج - الغير المطلق

- قد يهيم البيع أشخاصا ليست لهم علاقة بالبائع أو المشتري أي أنهم لم يكتسبوا لا حقا شخصيا ولا حقا عينيا من أحد طرفي العقد ولكنهم يجدون أنفسهم في علاقة مع المالك إما بصفتهم مدعين كأن يكون الغير متضررا أو بصفتهم مدعى عليهم كالحائز أو ملحق الضرر بشيء على ملك الغير ويهم في هذا الصدد معرفة الزمان الذي يمكن ابتداء منه الاحتجاج على ذلك الغير بالبيع واحتجاج الغير نفسه بالعقد على مالك الشيء . فهل يكفي تاريخ البيع أم لا بد من الإشهار ؟ مبدئيا وانطلاقا من الفصل 583 م ا ع واعتبارا لأن الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد التعاقد فإن الاحتجاج بالبيع على الغير المطلق كما أن احتجاج هذا الأخير بالعقد يكون منذ ذلك التاريخ. فمالك الشيء يمكنه القيام على الغير لاسترداده منذ تاريخ العقد كما أن المتضرر من فعل شيء يمكنه مطالبة مالكة بالتعويض انطلاقا من تاريخ البيع. على أن الاستثناءات تعدد بتعدد الصور التي يخضع فيها المبيع عقارا كان أم منقولا إلى نظام إشهار يهدف إلى تنظيم مواجهة الغير بالعقد. ففي بيع العقارات غير المسجلة يمكن القول أنه في غياب التسجيل لا يمكن الاحتجاج بالبيع حتى على الغير المطلق¹⁴ كما لا يمكن الاحتجاج ببيع العقار المسجل في غياب التسجيل¹⁵ . أما في ما عدا ذلك من المبيعات أي المنقولات الخاضعة بيعها إلى إشهار وفي كل مرة يستعمل فيها المشرع عبارة الغير دون تخصيص لا تتم معارضة الغير المطلق بالعقد إلا باستكمال شكليات ذلك الإشهار.

¹⁴ قارن شرف الدين ، الأطروحة فقرة 105

¹⁵ قارن شرف الدين ، الأطروحة فقرة 122 وما بعدها. وقد يبدو من قرار محكمة التعقيب عدد 23046 المؤرخ في 16 مارس 1989 (م ق ت ع 8 ص 93) أن القاعدة الواردة بالفصل 305 من م ح ع لا تهم الغير المطلق إذ جاء به أنه "ولئن اقتضى الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية أن كل حق لا يعارض به الغير إلا بتسجيله بإدارة الملكية العقارية وابتداء من ذلك التسجيل فإن الغير المقصود من ذلك الفصل هو من انجر له حق بوجه خاص وأما من لاحق له على ذلك العقار فلا يجوز له الاحتجاج بذلك الفصل والطاعن في هاته الصورة لم يقدم ما يعتمد قانونا لاعتباره قد انجر له حق بوجه خاص". على أنه بالنظر إلى وقائع القضية التي أصدر هذا القرار بمناسبتها فإنه لا يمكن أخذ ما جاء به على إطلاقه. فقد كان النزاع قائما بين مشتر لجزاء من عقار مسجل لم يقم بتسجيل شرائه من ناحية وشخص آخر استولى على جزء من هذا المشتري. فقام المشتري أمام محكمة الناحية في كف الشغب على معنى الفصل 307 من م ح ع وقد رفضت تلك المحكمة الدعوى بناء على كونه لم يقدم ما يفيد إدراج ترسيمه بالسجل العقاري فاستأنف وقضت محكمة الاستئناف بالنقض والقضاء من جديد بكف الشغب. فتعقبه المستأنف ضده وقضت محكمة التعقيب بالرفض بناء على الأسباب السابق عرضها. وليس في اعتقادنا لهذا الموقف من مبرر قانوني فلم يكن بإمكان المشتري اللجوء إلى أحكام الفصل 307 م ح ع ما دام حقه غير مرسوم وكان على محكمة الاستئناف ومن بعدها محكمة التعقيب أن تقر ما قضى به حاكم الناحية. لذلك فإن هذا القرار ليس سوى قرار منعزل لا يمكن أخذ ما جاء به في حل مسائل مواجهة الغير المطلق ببيع واقع على عقار مسجل.

بـ
بـ
بـ
بـ
بـ
بـ

الفصل الثاني : التزامات البائع

- تنحصر التزامات البائع على مقتضى الفصل 591 م.ا.ع في أمرين وهما تسليم المبيع وضمانه . على أنّ الفقهاء المحدثين¹ يتساءلون حول ما إذا كانت تلك الالتزامات أكثر من اثنين . ومردّ التساؤل راجع إلى أنّ القوانين المعاصرة تسعى إلى إقحام التزامات لم يتفق عليها الأطراف صراحة ولكنها تبدو ضرورية لإعادة التوازن بين أطراف غير متساوين اقتصاديا، وهي التزامات اجتهد فقه القضاء المقارن (فرنسا) في تصوّرها وتأسيسها على مبدأ حسن النية ، وتتمثل في الالتزام بالإرشاد والالتزام بضمان السلامة ، ويعتبر الفقه الفرنسي أنّ هذه الالتزامات تهمّ النظام العام².

والملاحظ أن التقنين الاقتصادي الحديث يولي مكانة هامة لهذه الواجبات القديمة المتجددة فيكرس قانون المنافسة والأسعار واجب الإعلام ليفرض على بائع المنتجات

¹ - MALAURIE et AYNES، op. cit.، n° 280 et s.

- BENABENT ، op. cit.، n° 197 et s.

- COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE، n° 207 et s.

² - BENABENT، op. cit.، n° 197، R.T.D. 1981، p. 401، note Y. KNANI.

بالتفصيل إعلام المستهلك بأسعار البيع وشروطه وأساليبه الخاصة (الفصل 22) كما يوجب الفصل 15 من قانون البيع بالتقسيط على كل تاجر وقبل إبرام العقد تمكين المستهلك من معرفة الخاصيات الأساسية للمنتوج أو الخدمة. ويفرض المشرع على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة وقبل إبرام العقد جملة من المعلومات تتعلق خصوصا بطبيعة وخصائص وسعر المنتوج وشروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع وغيرها³، كما أنه يكرّس كذلك واجبي السلامة ونزاهة المعاملات الاقتصادية وذلك بقانون حماية المستهلك (الفصول 1 و 5 و 10 و 11). وتتصل هذه الالتزامات بالنظام العام طالما أنّ الإخلال بها يؤدي إلى تتبّعات وعقوبات جزائية⁴. كما أن نزعة الفقه الحديث إلى إزالة الحدود بين الالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان والتي قد يدعمها البيع الدولي للبضائع⁵ من شأنها أن تدخل بعض الارتباك على فهم هذين النوعين من الالتزامات رغم وضوح النصوص في نظامنا القانوني والفصل الواضح بين الميدانيين. من جهته بدا فقه قضائنا خلال مدة طويلة غير مهتمّ بمثل هذه التطوّرات ، بل أنه ذهب بصورة ضمنية إلى فرض واجب استعلام على المشتري الذي لم يتنبّث قبل العقد من قابلية الأرض المشتراة للبناء⁶، معفيا البائع هكذا من واجب إعلام معاقده. ولكنّ القرارات الحديثة تتّجه بصورة واضحة نحو إحياء الفصل 243 م.إ.ع والاعتماد خصوصا على مبدأ حسن النية لا في تنفيذ العقد فحسب بل وكذلك في تكوينه⁷.

غير أنه مهما يكن من أمر التطوّر التشريعي والقضائي فيما يتعلق بهذه الالتزامات في نظامنا القانوني ، فالملاحظ أنّها لا تقتصر على البيع، بل تمتدّ إلى سائر العقود الأخرى بما يجعلها من مكونات الشريعة العامة للعقود ، وهو ما يؤدي إلى وجوب تمييز الميدانيين (النظرية العامة والعقود الخاصة) في شأنها ولكن دون أن يؤدي ذلك إلى القول بأنّها لن

³ الفصل 25 من قانون 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

⁴ الفصل 37 ق.م.أ. حول مخالفة واجب الإعلام على معنى الفصل 22 من نفس القانون والفصول 32 وما بعدها من ق.ح.م. بالنسبة إلى واجبي النزاهة والسلامة

⁵ يؤخذ من المبحث الثاني (الفصل الثاني الجزء الثالث) من اتفاقية فيينا حول البيع الدولي للبضائع (الفصول 35 وما بعدها) تحت عنوان "مطابقة البضائع وحقوق أو ادعاءات الغير" أن هذه الاتفاقية قد تخلت عن مفهوم الضمان بشقيه (التعرض والعيوب) وتبنّت مفهوما شاملا مشتركا يشمل التسليم والضمان وهو مفهوم المطابقة la conformité des biens ، راجع كارل هـ. نوماير و كاترين منغ ، المرجع السابق ص 270 وما بعدها.

⁶ - قرار تعقيبي مدني عدد 11667 مؤرّخ في 14 أفريل 1976 ، ن I ، 195.

⁷ - قرار تعقيبي مدني عدد 31607 مؤرّخ في 20 جويلية 1994 ، ن 456.

تؤثر⁸، ولو بصفة غير مباشرة في مضمون الالتزامات الخاصة بالبيع أو ما يمكنه تسميته بالالتزامات الأصلية أي الالتزام بالتسليم (الفرع الأول) والالتزام بالضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الالتزام بالتسليم

- ينظم هذا الالتزام الفصول 592 إلى 629 من م.ا.ع لكن لا بد إلى جانب ذلك من الرجوع إلى القواعد العامة في الوفاء بالالتزامات لاستكمال النظام القانوني للتسليم وخاصة الفصل 254 م ا ع فيما يهم تسليم الملتزم به في العقد قدرا وصفة و 256 إلى 258 م ا ع في أحكام تسليم الملتزم به إذا كان من المثليات أو من القيميات و 262 إلى 264 م ا ع في مكان التسليم وأجله.

إنّ لمفهوم الالتزام بالتسليم مضمونا خصوصيا يستوجب تحليله (الفقرة الأولى) قبل الخوض فيما قد يطرأ عليه من عوارض تمنع أو تعطل الوفاء به بما يبرر الحديث عن جزاء الإخلال به (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مضمون الالتزام بالتسليم

- يقتضي الفصل 592 م ا ع أنّه "يتمّ التسليم إذا تخلّى البائع عن المبيع ومكّن المشتري من حوزة بلا مانع غير أن هذا النص ولئن بيّن كيف يقع التسليم فإنه لا يبدو كافيا في توضيح مفهومه (I) وموضوعه (II) وأوصافه (III) وإثباته (IV).

(I) مفهوم التسليم

- يستوجب تعريف التسليم كما ورد بالفصل 592 م ا ع إبداء ملاحظتين ، تتعلق الأولى باستعمال عبارة الحوز في نص هذا الفصل. ذلك أن حديث النصّ عن الحوز يركّز الاهتمام على أنّ التزام البائع بالتسليم يقتضي تخليه عن الحوز ماديّ للشّيء (La détention

⁸ - لكن لاحظ أنّ واجب إعلام المعاهد مكرّس فعلا بالأحكام الخاصة بالبيع ، أنظر كمثال على ذلك الفصل 642 فقرة ثانية ثانيا م ا ع .

(matérielle) ولربما كان من الأفضل الحديث عن إحالة السلطة الفعلية على الشيء من البائع إلى المشتري⁹. فإلى حدّ التسليم لم يكن البائع حائزا بالمعنى القانوني بما يفترضه من توفر نية امتلاك الشيء ، بل أنّه مجردّ حائز عرضي. فواقعة التسليم تفترض رفع اليد عن الشيء أي التخلي عنه وتركه على ذمة المشتري. وهكذا فإن النقد الموجه من الفقه لمثل هذا التعريف في القانون الفرنسي له ما يعضده قانونا . فالحوز بالمعنى القانوني لا ينتقل بالتسليم بل ينتقل مع الملكية منذ اتفاق الأطراف¹⁰.

من جهة أخرى يقتضي الحديث عن الحوز تمييزه عن الملكية وهو ما يؤكّد أنّ التسليم لا يتعلّق بنقل الملكية فنقل الملكية لا يحلّ بكونه من التزامات البائع بل أثرا قانونيا للعقد كما سلف بيانه لذلك وخلافا لما هو عليه الأمر في القانون المصري الذي يعتبر فيه الفقهاء أن الالتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية¹¹. أما في نظامنا القانوني فإن هذا التمييز بين نقل الملكية والتسليم يكرّس وجوب الفصل بين الشيء والحقّ الذي يقع على الشيء . فبمجرد العقد (البيع) تنتقل ملكية الشيء بينما يحقّق التسليم انتقال الشيء إلى يد مشتريه¹².

- أما الملاحظة الثانية فهي تتعلّق بتمييز التسليم عن نقل الشيء إلى محلّ المشتري La livraison . فالتسليم لا يعني نقل الشيء من البائع إلى المشتري بل فقط وضعه على ذمة المشتري حتى يستلمه¹³. علما وأنّ ذلك النّقل لا يلزم البائع إلا إذا طلبه المشتري عملا بالفقرة الثانية من الفصل 595 م.ا.ع بما يسبغ عليه صبغة الالتزام الاتفاقي بينما للتسليم صبغة الالتزام القانوني ، كما أنه من واجبات المشتري تسلم المبيع برفعه ونقله إن اقتضى الأمر.

⁹ تارسي فقرة 173. transférer à l'acheteur la maîtrise de fait sur la chose.

¹⁰ Mazeaud et chabas TIII 2 e vol.n°930.

¹¹ السنهوري ، الوسيط ، 4 ، فقرة 291.

¹² - قارن أدناه فقرة 259.

¹³ - MAZEAUD ، n° 930 ; BENABENT، n° 183.

II – موضوع التسليم

- يكون البائع مطالبا بتسليم الشيء موضوع البيع (أ) مع غلاله وتوابعه (ب) .

أ – تسليم الشيء موضوع البيع

- يمثل التسليم عملا تنفيذيا للبيع¹⁴، ولا بدّ حينئذ أن يقع على ذات الشيء الذي تمّ عليه التعاقد ، وهذا هو المقصود من قول الفصل 606 م ا ع أنّه على البائع أن يسلم المبيع على حالته التي هو عليها حين العقد (1) بينما يتولى الفصلان 607 و608 من م.ا.ع بيان حكم تلف الشيء أو تعييبه السابقين للتسليم (2) .

1 - شيء على الحالة التي هو عليها حين العقد

- إنّ الحديث عن حالة الشيء وقت التعاقد لا تعني فقط الحالة المادية للشيء بل الحالة التي شملها اتفاق الأطراف ، فلا يعتدّ بالتسليم إلا إذا كان الشيء المسلم مطابقا لما ينتظره المشتري موضوعيا من التعاقد . وقد توحى قراءة سريعة للفصل 606 من م.ا.ع أنّ حكمه لا يهتمّ القيميات. غير أن الأمر خلاف ذلك فالنص يهتم القيميات والمثلثات على حد سواء. والمرجع في ذلك قاعدة الفقرة الأولى من الفصل 254 م ا ع التي مقتضاها أن ذمة المدين لا تبرأ إلا بتسليم ما التزم به في العقد قدرا وصفة. فيراعى في تسليم المثلثات ما وقع الاتفاق عليه نوعا ومقدارا وجودة. أمّا في صورة عدم الاتفاق فإنّه يقع اللجوء إلى القواعد العامة ، فتراعى أحكام الفصل 256 م ا ع الذي جاء به "إذا كان الملتزم به معيّنا نوعا فقط فليس على المدين أن يعطيه من الأعلى كما لا يسوغ له أن يعطيه من الأدنى" بمعنى أنّ البائع يكون مطالبا بتسليم شيء من الصنف المتوسط. فتفاديا للإضرار بمصالح البائع لا يكون التسليم من الصنف الجيد وحتى لا يتضرر المشتري لا يكون التسليم من الصنف الرديء¹⁵ علما وأن حكم الفصل 256 يحتوي قاعدة من القواعد المكملّة . أما إذا كان البيع على العينة أو ما يسميه المشرع بيعا على مقتضى أنموذج فإنّه خلافا لما هو عليه الأمر في قوانين أخرى كالقانون الفرنسي الذي يعتبر أن البائع لا يفي بالالتزام بالتسليم إلا إذا كانت

¹⁴ - BENABENT ، n° 187.

¹⁵ قارن السنهاوري ، الوسيط 4 ، فقرة 294. الذي يتحدث عن الغبن علما وأن المصطلح لم يقع استعماله بمعناه التقني كعيب تابع واستثنائي من عيوب الرضا.

البضاعة المسلمة مطابقة للعين¹⁶ فإنه في نظامنا القانوني لا يلحق بالالتزام بالتسليم بل يندرج في نطاق ضمان الوصف على معنى الفصل 649 م 1 ع الخاضع لنظام ضمان عيوب المبيع.

- أمّا لو تعلق الأمر بقيميّات فإنّ البائع ملزم بتسليم الشّيء ذاته. وتنصرف القاعدة إلى المنقولات وإلى العقارات رغم أنّ المشرّع التونسي لم يفرد هذه بأحكام خاصّة على غرار المشرّع الفرنسي الذي تعرّض بأسهاب في الفصول 1616 إلى 1623 م.م.ف. إلى مسألة محتوى العقار (La contenance).

- وتتأكّد ضرورة تسليم الشّيء ذاته بالرجوع إلى المنع الذي اقتضاه الفصل 606 م.ا.ع والذي حجرّ على البائع تغيير الشّيء بأيّ وجه . فمن التزم بتسليم سيارة من نوع وصنف محدّدين لا يعتبر أنّه أوفى بالالتزام بالتسليم إذا سلّم سيارة أخرى أو نفس السيّارة مع إدخال تغييرات عليها . وقد ذهب فقه القضاء الفرنسي في هذا المجال إلى أنّ تسليم سيارة بلون مختلف اختلافا طفيفا فيه إخلال بالالتزام بالتسليم¹⁷. ومن ناحية أخرى يفيد الرجوع إلى القواعد العامة أنّه لا يجوز للبائع أن يسلم لمشتري شيئا آخر عوضا عن المبيع¹⁸ (الفصل 254 فقرة ثانية). وفي نفس الاتجاه يعتبر قانون حماية المستهلك مخالفة لقاعدة نزاهة المعاملات الاقتصادية مخادعة المشتري أو محاولة ذلك "بتسليم منتجات غير التي كانت موضوع المعاملة المتعاقد عليها" (الفصل 11 ق ح م) ويعاقب على ذلك (الفصل 32 من نفس القانون).

ومع أن اتفاق الأطراف قد يجيز تغيير المبيع فإن المشرع يتدخل في إطار القوانين الرامية إلى حماية المستهلك ليمنع مثل تلك الاتفاقات فقد نص الفصل 23 من قانون 2 جوان 1998 المتعلق بالبيوعات بالتقسيط أنّه "يمنع إدراج بنود في العقد يكون موضوعها أو من آثارها إعطاء التاجر الحق في أن يغير من جانب واحد خاصيات المنتج المزمع

¹⁶ راجع Huet فقرة 11245

¹⁷ - Civ. 1er ، 12، 1987، Bull. I، 324 et 325.

¹⁸ aliud

بيعه..." ويعتبر كل شرط مخالف باطلا. ولا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي ينص فيها بالعقد على إمكانية إحداث تغييرات "مرتبطة بالتقدم التقني" لكن بشرط أن لا ينتج عنها زيادة في الثمن أو إضرار بالجودة.

وهكذا يتحقق شرط تسليم شيء على الحالة التي هو عليها حين العقد إذا تحقق التماثل L'identité بين ما وقع التعاقد عليه وما وقع تسليمه فعلا، أما إذا حصل الفرق (تغيير – استبدال) فإنه يجدر التساؤل عن أساس الدّعى التي يمكن للمشتري القيام بها. ويطرح هذا السؤال بإلحاح خاصة عند التذكير بأن الفصل 606 بعدما فرض على البائع تسليم المبيع على حاله ومنع عليه تغييره لم يتعرض في النصوص اللاحقة إلى جزاء ما قد يصدر عن البائع.

لذلك لا بد في هذا الإطار من التمييز بين مسألتين: ضرورة أن يقع التسليم فعلا من جهة وضرورة مطابقة الشيء الواقع تسليمه للحالة التي كان عليها حين العقد. من جهة أخرى. فإذا وقع التسليم وكان المبيع مطابقا لما ينتظره المشتري موضوعيا أو لما وقع عليه الاتفاق برئت ذمة البائع من التزامه بالتسليم. أما إذا لم يقع التسليم إطلاقا فلا شك في انطباق القاعدة العامة الواردة بالفصل 273 م.إ.ع أي جبر البائع على التسليم أو الفسخ إذا تعذر ذلك (مع إقصاء التعذر في حالة تسليم المثليات إلا في صورة فقدانها الذي يخول فيه المشرع الخيار بين انتظار وجودها والفسخ مع التعويض فيما يصرفه على ذلك الفصل 258 فقرة 2). لكن إذا وقع تسليم شيء غير مطابق لما ينتظره المشتري موضوعيا أو إذا وقع تسليم شيء غير مطابق لما وقع عليه الاتفاق فالتردد وارد. فهل أن تسليم شيء على غير حاله كعدم التسليم إطلاقا يخول للمشتري طلب جبر معاقده على الوفاء أو الفسخ في كلتا الحالتين أم أن هناك تداخل ممكن بين هذه الدّعى ودعوى الإبطال من أجل عيب في الرضا من جهة ودعوى ضمان العيوب الخفية من جهة أخرى؟ وبعبارة أخرى ، هل أن للمشتري الخيار بين مختلف هذه الدّعاوى؟

- لا يوجد من حيث المبدأ مانع قانوني يحول دون اختيار المشتري القيام إما لطلب الفسخ بناء على مخالفة واجب التسليم أو لطلب الإبطال من أجل عيب في الرضا ما دامت الدعويان معتبرتان من دعاوى الشريعة العامة وأن حظوظ كل منهما متوقفة على تحقق شروطهما. لكن من الناحية العملية يُمكن الرجوع إلى مفهوم "شيء على حاله زمن العقد" من استبعاد القيام بدعوى الإبطال من أجل عيب في الرضا (الغلط والتغيير) كلما وقع تسليم شيء على غير حاله لما في ذلك من تعارض بين تقنيات وغايات كلٍّ من الدّعويين . فمن يدّعي أنّه تسلّم شيئاً على غير حاله لا يدّعي الفرق بين ما توهمه أو ما وقع إيهامه به زمن العقد وما وقع عليه التعاقد فعلاً . والمثال على ذلك أن المشتري يعتقد أنه اشترى لوحة للفنان بيكاسو والحال أن تلك اللوحة ليست إلا نسخة. أما المشتري الذي يمارس دعوى جبر معاقده على التسليم فإنه يدّعي الفرق بين ما أراده فعلاً ، وما وقع تسليمه إيّاه . والمثال على ذلك من أبرم عقدا موضوعه شراء لوحة لبيكاسو تعود إلى سنة 1955 بينما سلمت له لوحة لنفس الفنان تعود إلى سنة 1930. فمطالبته بتسليم شيء على حاله زمن العقد فيها تمسك بمفعول العقد لأنه أراد التعاقد على ذلك الشيء ، أما مطالبته بإبطاله فهي ترمي إلى إعدام عقد كانت إرادته فيه معيبة.

- أما بخصوص التداخل بين دعوى الوفاء بالالتزام بالتسليم ودعوى ضمان العيوب الخفية فإن ما يمكن أن يبرره هو ما تكتسيه التفرقة بين الميدانين من دقة. فهل أن من تسلّم شيئاً على حاله يمكنه في كل الأحوال القيام على أساس الفصل 273 م 1 ع أو الفصل 647 وما بعده على حد سواء أم أنه توجد حالات لا يجوز فيها إلا القيام على أساس أحكام الضمان؟ تبدو الإجابة في ظاهرها بسيطة بمجرد الرجوع إلى الفقرة الثانية من الفصل 647 م.1. ع الذي يعتبر أنّه "على البائع أيضا ضمان الصفات التي صرّح بها عند البيع أو التي اشتراطها المشتري"، وهو ما يمكن مبدئياً من القول من ناحية إنّ الالتزام بتسليم شيء على حاله لا يخرج عن نظام ضمان العيوب الخفية ومن ناحية أخرى أنّه طالما أنّ الالتزام بتسليم شيء على حاله والالتزام بضمان العيوب الخفية يتخذان نفس المظاهر ، فلا بدّ من الاعتراف

للمشتري بإمكانية القيام على إحدى هذين الدعويين ، خاصة وأنّ الفصل 523 م.إ.ع. يسمح بذلك فضلا عن أنّ جانبا من الفقه الحديث ينادي بوحدة الالتزامين¹⁹. ولا يخفى ما يحمله ذلك الحلّ من مزايا بالنسبة للمشتري الذي إن فاتته الآجال في القيام بدعوى ضمان العيوب الخفية تبقى له إمكانية القيام على معنى الفصل 606 م.إ.ع .

على أن هذا الحل ولئن بدا موافقا للاتجاهات التشريعية المعاصرة في حماية المستهلك فهو يتضمّن عيبا أصليا إذ أنّه يهدّد استقرار المعاملات ويخالف غاية المشرّع . وبالإضافة إلى ذلك فإنه يؤدي إلى الخلط بين القوانين الخاصة والشرعية العامة وما ينتج عنه من ازدواجية للحماية والمبالغة فيها بحيث تؤدي إلى الإفراط في حماية المستهلك بما ينتج عنه من إحباط للمبادرة من قبل المهنيين ، ولا بدّ حينئذ من بيان الفرق بين ميداني دعوى التسليم ودعوى العيوب الخفية . فدعوى ضمان العيوب الخفية خاضعة لأحكام خاصة من حيث الشّروط والآجال ، وتستوجب التطبيق بالأفضلية على الأحكام العامة التي تخضع لها دعوى التسليم . وهكذا فإنّه في كلّ مرّة يتعلّق فيها الأمر بصفات صرّح بها البائع أو اشترطها المشتري صراحة (الفصل 647 فقرة 2 م ا ع) إلا وكان المشتري ملزما بتأسيس دعواه على أحكام ضمان عيوب المبيع. ومعنى ذلك أنه كلما كان المبيع قد سلم على حالة غير التي وقع الاتفاق عليها صراحة بالعقد إلا وكانت الدعوى في فوات الوصف أي خاضعة لنظام ضمان العيوب بدليل قول النصّ إنه على البائع ضمان الصفات التي صرح بها البائع أو التي اشترطها المشتري بما يجعل تلك الصفات مندرجة حتما في نطاق الاتفاق الصريح للأطراف. ولا يبقى للمشتري تبعا لذلك من إمكانية للقيام على أساس الشريعة العامة من أجل عدم تسليم شيء على حاله إلا في حالة انعدام تصريح من البائع بصفات المبيع أو اشتراط المشتري توفر تلك الصفات . وهكذا تبرز الفائدة من تعريف تسليم شيء على حاله بأنّه تسليم مطابق لما يشترطه المشتري موضوعيا من العقد . وهو ما يجعل نطاق دعوى التسليم على غاية من الحصر.

¹⁹ - Alter ، L'obligation de délivrance...

2 - حكم التلف أو التعيب السابقين للتسليم

- يقع التمييز في هذا الإطار بين التلف أو التعيب قبل التسليم بفعل من البائع أو بتفريطه (1-2) والتلف أو التعيب بفعل المشتري أو تفريطه (2-2).

2-1- ينظم الفصل 607 م 1 ع²⁰ مسألة التلف أو التعيب بخطأ من البائع أو بتقصير منه ولا بد في هذا النطاق أيضا من التمييز بين المثليات والقيميات . فإن كان المبيع من القيميّات فإنه يحقّ للمشتري إمّا المطالبة بقيمة الشّيء إذا تلف أو بتعويض مساو لما نقص من قيمته في حالة تعيبه . وينزل البائع في هذا الإطار منزلة الأجنبي . والأمر طبيعي طالما أنّه لم يعد مالكا للشّيء وأنّ ما أصاب الشّيء لم يكن بأمر غير راجع إلى إرادته بما يجعل تبعة هلاكه على المشتري ، بل كان بفعل منه . أمّا إذا كان المبيع من المثليات ، فإنّ الفقرة الثانية من الفصل 607 م 1 ع تقرّر أنّه ينبغي على البائع أن يُسلم مثل المبيع قدرا وصفة ، وهذا حلّ منطقي طالما أنّ المثليات لا تهلك²¹ ولكنّ المشتري يبقى على حقّه في المطالبة بالتعويض عملا بالقواعد العامة ، وخاصة الفصل 277 م.1.ع الذي يمكن الدائن من القيام بالخسارة ولو لم يكن المدين متعمدا التأخير .

2-2 من جهة أخرى يعالج الفصل 608 م 1 ع الحالة التي يتلف فيها المبيع أو يتعيب بخطأ أو بتقصير من المشتري قبل تسليمه. ففي هذه الوضعية لا يطالب البائع بشيء بل يكون على المشتري تسلم المبيع على تلك الحالة أي الحالة التي صار عليها ويكون ملزما بدفع ثمنه كاملا. وهذا منطقي ما دام المشتري متحملا لتبعة الشيء ولو كان الهلاك بأمر طارئ فيكون من باب أولى متحملا بهلاكه أو تعيبه إذا كان هو المتسبب في ذلك بخطئه أو تقصيره.

²⁰ قارن في القانون اللبناني الفصل 416 موجبات وانظر توفيق حسن فرج ، فقرة 137 .
²¹ - الحكيم ، فقرة 280 .

ب - غلال الشيء وتوابعه

1 - تستخلص ضرورة تسليم الثمار إلى المشتري من الفصل 609 م ا ع. ويقصد بالثمار لا الثمار الطبيعية فحسب (محصول الأرض ، منتج المقاطع...) بل وكذلك الثمار المدنية كأجرة العقار وأرباح الأسهم. ويطبّق نفس الحكم الوارد بالفصل 609 م ا ع على ما زاد على المبيع طبيعة أو عملا **Accroissement** ، أو ما يعبر عنه الفقه بالنماء²² . فما يزيد على المبيع طبيعة يتمثل في نموّ الثّبات أو الحيوان مثلا ، وما يزيد عملا هو ما يضاف إلى المبيع من قيمة بفضل المجهود الذي يبذله الشخص لتوسيع نشاط مصنع مثلا أو لتنمية عدد الحرفاء في استغلال أصل تجاري. على أن القاعدة الفصل 609 م ا ع ليست من القواعد الآمرة بل أنّه يمكن للأطراف أن يتفقوا على أنّ الثمار والنماء تبقى للبائع. ويستحقّ المشتري ثمار المبيع لا من تاريخ التسليم بل من وقت تمام العقد (الفصل 609 م.ا.ع) وهذا راجع إلى أنّ انتقال ملكيّة الشيء يتمّ بمجرد العقد .

2 - من جهة أخرى نص الفصل 610 م ا ع أن لزوم تسليم المبيع يتضمن تسليم توابعه. وهذا تكريس في مادة البيع للمبدأ القانوني العام الذي مقتضاه أن الفرع يتبع الأصل. لكن المشرع لم يعرف التبعية بل توخى في ذلك منطقا عمليا فأحال على اتفاق الأطراف فإن تعذر فيطبق العرف وإلا فالقواعد المكملّة التي أوردها بالفصول 611 إلى 622 م ا ع. وقد نظم المشرع ضمن هذه الفصول تسليم توابع المبيع **Les accessoires** -أو ما يسمّى بالملحقات- بحسب تعدد أنواع المبيع كأن يكون أرضا أو بناء أو حيوانا أو مركبا أو أصلا تجاريا . والملاحظ في هذه القواعد مبالغتها في التفاصيل أحيانا وفي نفس الوقت قصورها عن تناول مختلف وضعيات التبعية .

- لننّ تعرض المشرع بالفقرة الأولى من الفصل 611 إلى التوابع المادية²³ في بيع العقارات معتبرا البناء والغرس وزرع وثمر غير مأبور تابعة للأرض المبيعة إلا أن ما

²² - الحكيم ، فقرة 289.

²³ les accessoires matériels

قرره في شأن الأشياء الثابتة التي لا يضر قلعها بالفصل 612 في فقرته الثانية يدعو إلى التساؤل عن مدى أخذ المشرع في هذه النصوص بتبعية العقارات بالتخصيص ويثير صعوبة تتعلق بفض النزاع بين أحكام مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بتوابع المبيع وأحكام مجلة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات بالتخصيص. وسبب هذه الصعوبة راجع إلى أن تنقيحاً شمل الفصل 611 م.إ.ع بما يوجب أخذه بالاعتبار لتقرير ما إذا وقع نسخ هذا الفصل أم بقاؤه نافذاً . فقد صدر في 14 أكتوبر 1934 أمر تمم الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية لسنة 1910 بمنع عقلة بعض العقارات وأضاف إلى تلك المجلة الفصل 175 مكرر جاء فيه "تعتبر أملاكاً غير منقولة من حيث تخصيصها دواب الحرث والآلات الفلاحية ... وبصفة عامة الأشياء التي وضعها صاحب الملك ومستحق الريع والمستنزل والمغارس بعقاراتهم أمّا بصفة مستقرة أو لمصلحة استغلال تلك العقارات" ثم قرّر نفس الأمر إبطال العمل بالفصل 611 م.إ.ع فيما يكون مخالفاً لما جاء به. وهكذا فقد نسخ أمر 1934 الفقرة الثانية من الفصل 611 نسخاً صريحاً ليركّز مفهوم العقار بالتخصيص المستمد مباشرة من الفصل 524 من المجلة المدنية الفرنسية الذي أشار إليه بديباجة النص²⁴ فلا مجال حينئذ للاعتماد على ما جاء بالفقرة الثانية أنه لا يعتبر من التوابع الشجر المغروس في الأوعية أو المشاتل بل لا بد من الرجوع في ذلك إلى أحكام التبعية بالتخصيص كما وردت بمجلة الحقوق العينية التي استوعبت أحكام الفصل 175 مكرر من مجلة المرافعات لسنة 1910 . لكن الصعوبة قد تبقى قائمة فيما يتعلق بالفقرة الثانية من الفصل 612 م.إ.ع التي لم يشملها تنقيح 1934 صراحة والتي لا تعتبر من الملحقات الأشياء الثابتة التي لا يضر قلعها وكذلك الأمر عندما يعتبر الفصل 614 م.إ.ع الذي جاء به أن بروج الحمام وأجباح النحل لا تدخل في المبيع إذا لم تكن ثابتة مستقرة فيه ببناء أو غيره. على أنه بتطبيق القواعد المتعلقة بالنسخ الضمني تعتبر الأحكام مجلة الالتزامات والعقود المخالفة لما جاء بمجلة الحقوق العينية حول العقارات الحكيمة منسوخة وينبغي

²⁴ وذلك رغم أن المشرع قد سبق له أن استعمل مفهوم التخصيص بالفصل 619 المخصص لتوابع السفن في قوله "وغير ذلك من الأشياء التابعة له (المركب) حكماً" ويظهر ذلك بصفة أوضح من النسخة الفرنسية "Tous autres objets qui y sont attachés par destination" لكن الأمر يتعلق بتخصيص منقول لخدمة منقول. وكذلك الأمر في الفصل 615 الذي لا يعتبر البستان أو الأرض الخارجة عن الدار تابعة للدار إلا إذا تبين أن المالك جعلها تابعة لها "à moins qu'il ne résulte de la destination du père de famille qu'il a été considéré comme accessoire" ولكن التخصيص هنا يتعلق بعقار لعقار آخر وهو ما يمكن معه القول أن استعمال التخصيص لم يكن هدفه تكريس مفهوم العقارات الحكيمة بل هو تحديد لأنواع التبعية بين منقولات وبين عقارات.

حينئذ اللجوء إلى معيار التخصيص²⁵. لذلك فإنه في غياب الاتفاق على التوابع فإن أحكام مجلة الحقوق العينية هي التي تكون واجبة التطبيق نظرا لتأخرها في الزمن.

أما التوابع المادية للمنقولات فقد تعرض المشرع في شأنها إلى مبيعات مختلفة فاعتبر أن الدراهم والأشياء الثمينة الموجودة في منقول لا تعتبر داخلية في المبيع إلا بشرط صريح (الفصل 622) وبين بالفصل 621 م 1 ع أن بيع البضائع يشمل ما لفت فيه والظروف والطوابع وكل ما من شأنه أن يحميها أو يضمن أصالتها. والملاحظ أن اتفاقية فيانا حول النقل الدولي للبضائع تدرج اللف في مفهوم المطابقة (الفصل 35 الحرف د) وتجعل كمعيار لللف جدواه دون مظهره الجمالي وتتفق هنا مع الفصل 621 م 1 ع الذي بين الغاية من اللف في كونها حفظ البضاعة من الخطر أو ضمان أصالتها. وضبط الفصل 619 م 1 ع توابع السفن فاعتبر أن بيع المركب يشمل ما له من أدوات وضرب أمثلة تستجيب لما هو مطابق لوضع السفن زمن سن المجلة ، لكن المعيار يبقى ما هو تابع للسفينة حكما ، والنسخة الفرنسية أوضح في اعتبار معيار التخصيص²⁶ وترك التقدير في حالة الشك للمحكمة التي تستعين برأي الخبراء. ولا يوجد اختلاف بين هذا النص وما تضمنه الفصل 14 من مجلة التجارة البحرية الذي يعتبر كجزء من السفينة جميع الملحقات الضرورية لاستغلالها وهي على حسب قول المشرع جميع ما أعد لأن يستعمل معها دون أن يكون جزءا منها²⁷ محتفظا بمعيار التخصيص المقرر بالفصل 619 م 1 ع. ومن ناحية أخرى يضبط الفصل 620 م 1 ع توابع الأصول التجارية. ورغم أن المجلة التجارية نظمت بيع الأصل التجاري إلا أن المرجع في تحديد توابع الأصل التجاري يبقى الفصل 620 م 1 ع. وتولى الفصل 616 م 1 ع تحديد ما يدخل في توابع النبات والثمر والأزهار في حين تعرض الفصل 617 لتحديد توابع الحيوان.

لكن الملاحظ في كل هذه الصور قصور التشريع عن اعتماد معيار عام يرجع إليه لتحديد التبعية. فكان التعداد قاصرا عن مواكبة التقدم التقني الذي تشهده أنواع المنقولات

²⁵ بقطع النظر عن النقاش المتعلق بحصر التخصيص في الميدان الفلاحي دون غيره من الميادين ، محمد كمال شرف الدين —، الأموال فقرة 30 وما بعدها

²⁶ Tous autres objets qui y sont attachés par destination

²⁷ "sont destinés à être utilisés avec lui"

وخاصة تلك المعتمدة بالأساس على الالكترونيات كالحاسوب وآلات التصوير . ولربما كان في ذلك الحل ما يبرره فيوكل المشرع للتطبيق ولفقه القضاء تصور ما يمكن أن يعتبر من التوابع بحسب التطور الذي تشهده مختلف الميادين. والملاحظ في هذا المعنى أن تطور المعاملات جعل المهنيين يحتاطون فيضبطون ما هو تابع وما ليس بذلك. ولكن تفاوت المراكز الاقتصادية للأطراف قد يفتح الباب أمام التعسف الذي يعالجه المشرع بإلزام المهنيين ببيان خاصيات المنتج وعناصره الضرورية²⁸.

- أمّا بالنسبة إلى التوابع الإدارية²⁹ فقد ركّز المشرع اهتمامه في شأنها على العقارات وعلى بعض أنواع المنقولات. فقرّر بالفصل 613 م 1 ع أن بيع غير المنقول يشتمل ما يوجد من رسوم صورته . والمقصود بذلك الأمثلة الهندسية كما يشمل تقدير مصاريف إقامته³⁰ وحجج ملكيته ولا يكون البائع مطالباً إلا بتسليم نسخة رسمية من الوثائق المطلوبة عندما تهم تلك الوثائق عقارا آخر لم يشملها البيع. ولا شك أن تلك القاعدة تنطبق دون إشكال على العقارات غير المسجلة. كما أنها تنطبق كذلك على بيع العقارات المسجلة وخاصة إذا ما اعتبرنا أن انتقال الملكية فيها لن يكون إلا بالتسجيل فتظهر هكذا أهمية ما نص عليه المشرع بالفصل 373 م 3 ح ع عندما قرر أنه لا يترتب عن الأمور غير المرسمة سوى الالتزامات الشخصية . وتكون محكمة التعقيب على حقّ حينما تقرّر أنه إذا باع ورثة عقارا مسجلاً وجب عليهم أن يقدّموا ما يسهّل التسجيل بدفتر الأملاك العقارية وخاصة حجة وفاة مورثهم³¹ متراجعة هكذا فيما قرّرت سابقا من أن الإدلاء برسم الملك هو أمر شكلي خارج عن نطاق الاتفاق³².

أما بالنسبة إلى التوابع الإدارية للمنقولات فإن المشرع لم يهتم إلا ببعض منها فتعرض بالفصل 620 إلى توابع الأصل التجاري (الأوراق التي لها تتعلق بالمبيع) و في

²⁸ راجع أدناه ، فقرة 200.

²⁹ Les accessoires administratifs

³⁰ devis

³¹ قرار تعقيبي مدني عدد 9555 مؤرخ في 29 سبتمبر 1974، ن 74، III ، 125.

³² قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 31 جانفي 1956 ق.ت. 1960، ع 9 6 10، ص 33، 53.

ما عدا ذلك ، فالحلول تؤخذ من اجتهاد فقه القضاء الذي قرر منذ الخمسينيات أنه في بيع السيارات والشاحنات تعتبر الأوراق المتعلقة بها من توابعها سيما البطاقة الرمادية.³³

أما في إحالة الديون والحقوق فقد ضبط الفصل 209 من م ا ع الرسوم اللازمة لممارسة الحقوق المحالة وهي بالخصوص رسم الإحالة ووسائل الإثبات

- ولم تتعرض المجلة إلى الملحقات القانونية³⁴ ويمكن تعريفها بأنها الحقوق المتصلة بالشيء اتصالا وثيقا يجعلها تابعة له وتنتقل معه³⁵ ودون أن يمكن تصور بيعه دونها³⁶. وتتفرّع إلى أنواع ثلاثة : *الحقوق العينية المتصلة بالشيء*³⁷ وهي حقوق الارتفاق الطبيعي التي تتبع الأرض في أية يد انتقلت إليها ، وهي تنتقل تبعا لذلك للمشتري . وكذلك الأمر بالنسبة إلى بعض العقود وهي تلك التي بالرغم من مبدأ الأثر النسبي للعقد تتبع المبيع بمقتضى نصوص خاصة فتنتقل معه كعقد الكراء³⁸ وعقد التأمين وعقد الشغل³⁹ ، وهي أخيرا *الدعاوى* سواء الدعاوى المتعلقة بالمنقول أو الدعاوى المتعلقة بالعقار . وقد قرّرت محكمة التعقيب في هذا الشأن أنه " إذا انتقلت ملكية محل التسويغ إلى الغير فإنّه يحلّ محلّ المالك بوجه الشراء أو بغيره من انتقلت إليه ملكية العقار وبالخصوص في القضايا المنشورة في شأنه دون إجراء جديد تطبيقا للفصل 583 م ا ع"⁴⁰ . لكن لئن توصّل فقه القضاء الفرنسي إلى تقرير صفة للمشتري في القيام بالدعاوى التي كان للبائع القيام بها

³³ قرار تعقيبي مدني عدد 6302 مؤرخ في 19 ديسمبر 1950، م.ق.ت. 1965، عدد9 - 10 ص 31
³⁴ les accessoires juridiques لا يوجد إجماع حول مضمون هذا المفهوم فهناك من الفقهاء من يعتبر أن انتقال العقود والديون والدعاوى لا يندرج في نطاق الالتزام بالتسليم بل في نطاق النظرية العامة من خلال مبدأ الأثر النسبي للعقد (كولار دوتويوي ودولوباك فقرة 228) بينما يرى البعض الآخر أن هذه العناصر تنتقل حكما إلى المشتري تبعا للحق المبيع (الحكيم فقرة 291 ويسمى هذا الفقيه الملحقات الضرورية). غير أن وصف هذه العناصر بالملحقات القانونية يشمل في الواقع كل ما كان تابعا للمبيع بحكم القانون إذ كلما نص المشرع على انتقال حق (إلا واعتبر ذلك ملحقا قانونيا بينما يتعلق الأمر بملحق اتفاقي كلما غاب النص وتعرض إلى المسألة اتفاق الأطراف). ومثل ذلك ما جاء بالفصل 210 م ا ع حول ما تشمله إحالة الدين فالإحالة لا تشمل الرهن والضمان إلا بالنص الصريح فيكون الرهن والضمان هنا من غير الملحقات إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك فيكونان من الملحقات الاتفاقية وبالعكس من ذلك يشكل الامتياز ملحقا قانونيا للدين المحال تبعا لنص المشرع على ذلك صراحة بالفصل 210.

³⁵ BENABENT، n°191

³⁶ وهذا مقترح أوبري ورو (الجزء 2 الطبعة السابعة إسمان فقرة 176 رقم 169) لكن النقد الذي وجه إليه تعلق بالقول بأن الحق لا يمكن أن يكون تابعا لشيء.

³⁷ قارن الفصل 41 م.ح.ع.

³⁸ الفصل 798 م.إ.ع.

³⁹ الفصل 22 م.ش.

⁴⁰ قرار تعقيبي مدني عدد 14353 مؤرخ في 18 ديسمبر 1986 ، ن 1986 ، 2 ، 263 و م.ق.ت. 1988، عدد 2، ص 81.

ضدّ الصّانع⁴¹ أو لقيام مشتري بناية بدعوى مباشرة ضدّ المقاول⁴² فإنه يستخلص من أحد قرارات محكمة التعقيب أنّه ليس لمشتري منزل معد للسكنى من باعث عقاري القيام مباشرة على المقاول من أجل ضمان عيوب المبيع لانتهاء العلاقة معه⁴³. ولربما كان تبرير ذلك راجعا إلى تمسك محكمة التعقيب بمبدأ النسبية العقدية من ناحية و لتأثرها من ناحية أخرى بالفكرة القائلة أن الدعوى المباشرة لا يمنحها إلا المشرع.

III- أوصاف التسليم

- يتطلب بيان أوصاف التسليم تحديد كفياته ومصاريفه من ناحية (أ) وزمائه ومكانه من ناحية أخرى (ب)

أ - كيفية التسليم ومصاريفه

- تختلف كفيات التسليم بحسب نوع المبيع ففي العقارات يميّز الفصل 593 / 1 م ا ع بين الأراضي من جهة التي يسميها خطأ العقارات وبين المباني (الرّبع) من جهة أخرى ففي الأولى يتمّ التسليم بتخليّ البائع عنها⁴⁴ وفي الثانية يكون بتسليم مفاتيحها. ويشترط في الحالتين أن لا يجد المشتري مانعا في حوز ما اشتراه. وبالنسبة إلى المنقولات يتمّ التسليم كذلك بكفيات مختلفة فيكون فيه بالمناولة أو بتسليم المفاتيح (2°/593) أو بإحالة وصل المستودع (4°/593) أو باتفاق المتعاقدين (3°/593) أو بكلّ وجه جرت به العادة (2°/593). ويكون في الحقوق المجردة بتسليم حججها أو بإذن البائع في التصرف فيها

⁴¹Civ. 3é ، 7/3/1990، B، III ، n° 72.

⁴² حول هذه المسألة Bénabent سابق الذكر ، فقرة 191 وفقه القضاء الذي أورده بالهامش .
⁴³ قرار تعقيبي مدني عدد 27392 مؤرخ في 13 مارس 1992، ب 412. ويتعلق الأمر بنزاع قام بين مشتر والشركة القومية العقارية للبلاد التونسية من أجل عيوب بالمبيع (محل سكني) وقد تمسكت الشركة البائعة أمام محكمة التعقيب بأنها لم تتول بعث مشاريع سكنية بصفتها مقاول بناء بل تعهد بالإنجاز إلى مقاولين واعتبرت لتدرا ضمان العيوب عن نفسها أن المقاولين هم وحدهم المسؤولون عن جميع العيوب التي يمكن أن تلحق بالعقارات المعهود إليهم ببنائها " لكن محكمة التعقيب لم تجارها في هذا الموقف وقررت أن المشتري لا يمكنه الرجوع على المقاولين الذين قاموا بالبناء لانتهاء العلاقة معهم. من ناحية ثانية ينبغي الفصل بين الدعوى المباشرة التي قد يقع الإقرار بها للمشتري ضد المقاول من أجل ضمان العيوب والدعوى الممنوحة له بمقتضى قانون 31 جانفي 1994 (قانون عدد 9 متعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء راند ع 9 ص 187). والتي يمكنه القيام بها ضد المتدخلين بناء على مسؤوليتهم العشرية بسبب انهيار البناية أو تداعيتها للسقوط من أجل " عيب في المواد أو في كيفية البناء " فالأمر لا يتعلق بضمان عيوب المبيع بل بالمسؤولية المتدخلين.

⁴⁴ (Délaissement)

(594 م ا ع) والمثال على ذلك في بيع حق الارتفاق أو بيع حق المؤلف في إعادة طبع كتاب ، ويضاف إلى ذلك ما يقرّره الفصل 593 ثالثا ، أي أنّ التسليم يكون هنا أيضا بمجرد اتفاق الطرفين إن كان المشتري واضعا يده على المبيع بوجه آخر كالكراء مثلا.

- وتحمل مصاريف التسليم على البائع سواء تعلق الأمر بعقار أو بمنقول. وإذا كان المبيع حقا مجردا يتحمّل البائع بمصاريف الرّسوم اللازمة لإثبات ذلك الحق أو إحالته ، كلّ ذلك ما لم يتفق الأطراف على خلافه (الفصل 603 م.إ.ع.)

ب - زمان التسليم ومكانه

- 1 - يستنتج من قول المشرع "التسليم يكون إثر العقد" في الفصل 597 م.إ.ع مبدأ فورية التسليم وذلك من استعمال كلمة إثر التي تفيد وقوع الأمر في الحال . لكن المشرع يفرض في نفس الوقت مراعاة العرف أو نوع المبيع⁴⁵ . والمقصود هنا طبيعة المبيع كأن يكون من الأشياء الموصى بصنعها ، بما يبرّر تأجيل تسليمه ، ولكن قد يكون ممّا يناله الفساد بسرعة فيتطلّب الأمر حرصا أكثر على التسليم الفوري.

- والنصّ لا يشير إلى اتفاق الأطراف بخصوص تأجيل التسليم . ولكن بالنظر إلى أنّ مختلف القواعد المتصلة بالتسليم تتيح المجال لاتفاقات الأطراف وأن تلك القواعد مكّمة لا أمرة ، فإنّه لا مانع من اتفاق الأطراف على مخالفة مبدأ فورية التسليم ، وهذا هو ما اتجهت فيه محكمة التعقيب لتقرّر - خلافا لما توصّل إليه حكام الأصل - أنّ جوهر عقد البيع الناقل للملكية يتوقّر بمجرد تراضي الطرفين وأنّ تأجيل التسليم غير مؤثر على جوهر هذا العقد ، وهو بذلك جائز⁴⁶.

⁴⁵ انظر الحل القضائي في القانون الفرنسي مثلا : 274. n° III، 10/4/1973، Civ 3 e -

⁴⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 3672 مؤرخ في 17 مارس 1981، ن، 117.

- 2 - أما مكان التسليم فهو محلّ وجوده وقت البيع (الفصل 595 فقرة أولى) . وهذا الفصل استثناء من للقاعدة الواردة بالفصل 262 م 1 ع أن الوفاء يقع بمحلّ الغريم أي الدائن⁴⁷.

IV- إثبات التسليم

- التسليم تنفيذ من المدين لالتزامه الأصلي. هو إذن أداء ، وفاء بالالتزام⁴⁸. ويقع على البائع عبء إثباته عملا بالقواعد العامة في الإثبات . وهو واقعة تثبت بجميع الوسائل ومنها تحوّل المشتري بالمبيع ، أو الاستلام La réception و يرى بعض الفقهاء أنه عمل قانوني يعترف المشتري بمقتضاه أنّ المبيع مطابق لما وقع عليه التعاقد⁴⁹ وهو ما يمنع عليه بعد ذلك الادّعاء بأنّ المبيع على غير حاله . ويستثنى من ذلك الاستلام مع التحفظ (أو الاحتراز⁵⁰) ، إذ أن التحفظات تنزع عن الاستلام مفعوله الإعفائي ، على أنّ الاستلام من غير تحفظ لا يحمل المشتري إلا بالعيوب الظاهرة⁵¹ ويبقى من حقه القيام بدعوى ضمان العيوب الخفية إن توقرت شروطها.

الفقرة الثانية : جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم

- يتخذ الإخلال بالالتزام بالتسليم أشكالا مختلفة ، فيكون انعداما كاملا أو تأخيرا في التسليم أو تسليما لشيء على غير حاله . لكن البائع لا يكون في كل الأحوال مسؤولا إذ لا بد من التثبت من السبب المبرر للإخلال بالواجب المقرر . وقد سبق أن بيّنا أنه بإمكان المشتري جبر البائع على التسليم أو تسليم الشيء على حاله إن كان مختلفا ولم يكن في اتفاق الطرفين

⁴⁷ Règle de la portabilité de la dette

⁴⁸ الفصول 248 وما بعده م.1 ع

⁴⁹ BENABENT، op.cit.، n°193

⁵⁰ Réserve

⁵¹ MALAURIE et AYNES، n° 321، BENABENT، n° 321، BENABENT، n°193.

اشتراط من المشتري أو وصف من البائع وإلا فسخ العقد على معنى الفصل 273 م.إ.ع.⁵² لكن عدم القيام بالتسليم لا يكون في كل الأحوال بتقصير من البائع الذي تتوفر له وسائل يمكنه معارضة المشتري بها (I) كما يمكن لهذا أن يمارس الخيارات التي يمنحها له القانون (II).

أ - وسائل دفاع البائع :

- هناك من الوسائل ما هو راجع للنظرية العامة وهناك ما هو خاصّ بالبيع. فيمكن للبائع أن يحتجّ بالقوة القاهرة والأمر الطارئ على معنى الفصلين 282 و 283 م.إ.ع بشرط إثبات شروطهما فيعفى من الوفاء بالتزامه أو يعلق الوفاء بحسب الأحوال⁵³ كما هو الأمر عندما يتعلق بمنع توريد بضاعة لمدة محدودة . كما يمكن للبائع الدفع بعدم التنفيذ. وقد اعتبرت محكمة التعقيب في هذا الشأن أن "عقد البيع ينطوي على التزام التبادلي بما يخول تطبيق الفصل 246 الذي مقتضاه أن لكل واحد من طرفي الالتزام التبادلي أن يتمتع عن الوفاء بما عليه حتى يتم الآخر ما التزم به من جهته". ثم أضافت أن الفصل 598 م.إ.ع. خول للبائع الامتناع عن تسليم المبيع إذا تأخر المشتري عن دفع الثمن⁵⁴ . وبالفعل ليست الفقرة الأولى من الفصل 598 م.إ.ع سوى تطبيق للقاعدة العامة الواردة بالفصل 247 م.إ.ع (وليس 246 كما ذكرته المحكمة) . على أن الفقرة الثانية من الفصل 598 م.إ.ع تتميز بالحكم الذي مقتضاه أن الكفالة أو أي تأمين آخر لا يقوم مقام دفع الثمن ، وهذا تذكير بالقاعدة العامة الواردة بالفصل 254 م إ ع التي مقتضاها أن ذمة المدين لا تبرأ إلا بتسليمه ما التزم به في العقد قدرا وصفه. وينتفي حق البائع في الامتناع عن التسليم حسب الفصل 600 م.إ.ع إذا أحال الغير بقبض الثمن أو ما بقي منه ، وإذا أحاله المشتري على الغير بالثمن كله أو بجزء منه وقبل الإحالة وإذا أعطى للمشتري أجلا بعد البيع لأداء الثمن.

⁵² انظر أعلاه فقرة 209.

⁵³ قارن قرار تعقيبي مدني عدد 16857 مؤرخ في 25 أبريل 1989 ، ن 149، حول المسألة محمد الزين ، العقد ، فقرة 373.

⁵⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 16960 مؤرخ في 28 مارس 1989، ن 129.

أما **حق حبس المبيع** المخوّل للبائع فتنظمه الفصول 599 و 501 و 602 م ا ع التي تحصر صورته في البيع صفقة واحدة إلى تمام قبض كامل الثمن (الفصل 599 م ا ع) وفي إفسار المشتري في تاريخ لاحق للبيع ، وفي إفلاسه السابق عن البيع وكان البائع جاهلاً به ، وفي صورة ما إذا عمد إلى إضعاف الوثيقة المعطاة في دفع الثمن (الفصل 601 م.ا.ع) . ولكن في كلّ هذه الأحوال يحلّ المشرع البائع بضمان المبيع وينزله منزلة المرتهن الحائز للرهن (الفصول 233 وما بعده م.ا.ع) الذي يفرض عليه القانون الاعتناء بحفظ الشيء عنايته بالأشياء التي هي على ملكه.

II – الخيارات الممنوحة للمشتري

- إنّ خضوع الالتزام بالتسليم إلى مبادئ العامة في عدم الوفاء بالالتزامات لا يترك للمشتري إلا القيام بجبر معاقده على الوفاء على معنى الفصل 273 م.ا.ع أو الفسخ مع التعويض في كلتا الحالتين تطبيقاً للفصل 277 من م ا ع . ويترتب عن أعمال الفصل 273 أنّه لا خيار للمشتري بين طلب جبر معاقده على الوفاء أو الفسخ على أن المشرع يقرّر حالات يمنح بها الخيار للمشتري تستوجب بعد بيانها (أ) والبحث عن أسسها ونظامها (ب).

أ - حالات الخيار

- يمنح المشرع للمشتري خياراً بين الفسخ وقبول المبيع في أربع صور تمثل كلها حلولاً مكتملة يقع الرجوع إليها في غياب اتفاق من الأطراف.

الصورة الأولى : الخيار بين الفسخ أو قبول المبيع ناقصاً مع تخفيض في الثمن بما يناسب النقص (الفصل 623 م.ا.ع). وفي هذه الصورة يجب التمييز بين ثلاث وضعيات : الأولى – بيع الأشياء بالوزن أو بالعدّ والتي لا يوجد تغيير محسوس في أثمانها (كأن نقول بيع ألف كيلو غرام من السكر أو مائة رأس من الماشية) والثانية – بيع الأشياء التي لا تضرّها التجزئة أو التبعض (بيع كمية من السيارات الجديدة)، دون أن يهم أن يكون بيعها بثمن

واحد أو بئمن الوحدة. فإن وجدت كاملة عند التسليم يكون البيع لازما في الكل ، ويسترجع البائع ما زاد على الكمية المتفق عليه ولا يمكن الخيار للمشتري إلا عند النقص ويسترجع ما زاد عن الثمن (الفصل 623 م.إ.ع). أما الوضعية الثالثة فتشتمل بيع الأشياء بالعدّ والتي تشهد أثمانها تفاوتاً في القيمة ، فإذا بيعت جزافاً وبئمن واحد يفسد البيع إن ظهر عند التسليم أنها زائدة أو ناقصة. أما إذا كان الثمن مفصلاً بحسب الوحدة وتبين أن الأشياء ناقصة فيخبر المشتري بين الفسخ والإبقاء على العقد مع دفع ما يناسب النقص (الفصل 624).

الصورة الثانية: الخيار بين الفسخ أو قبول المبيع ناقصاً مع أخذ الموجود بجميع الثمن أي دون تغيير في الثمن (الفصل 625 م.إ.ع. فقرة أولى) وهي صورة البيع بالوزن أو بالكيل والذي يضره التبعض وكان الثمن للجملة مثل ذلك بيع عقار بئمن جملي فما وجد زائداً عند التسليم يكون للمشتري وليس للبائع خيار، ويبقى الخيار للمشتري في حالة النقص بين فسخ العقد وأخذ الكل بدون تغيير في الثمن.

الصورة الثالثة : الخيار بين الفسخ وأخذ الموجود زائداً أو ناقصاً مع أداء الثمن الملائم (زيادة أو نقصا) (الفقرة 2 من الفصل 625 م.إ.ع)، وتتعلق هذه الصورة بالبيع بالوزن أو الكيل فيما يضره التبعض ولكن مع تفصيل الثمن ، فالمشتري عند الزيادة أو النقصان يختار بين الفسخ وأخذ الموجود زائداً فيزيد في الثمن ما يناسب الزيادة وإن وجده ناقصاً أخذه مع تخفيض مناسب.

الصورة الرابعة: الخيار بين الفسخ وأخذ ما زاد على المبيع مع زيادة في الثمن ، وهو حل استثنائي في صورة البيع جزافاً أو عينا معينة مع تحديد المقدار أو الكيل أو الوزن أو العدّ (كبيع قطعة أرض حدّدت مساحتها) فالقاعدة أن الزيادة أو النقصان لا تتيح لا للبائع ولا للمشتري طلب الزيادة في الثمن أو النقص فيه (الفصل 626 م.إ.ع) إلا إذا تجاوزت الزيادة الخمس . وفي هذه الصورة فقط يمنح خيار للمشتري في فسخ العقد أو قبول المبيع مع دفع ما يجب زيادته (الفصل 627).

والملاحظ هكذا أنه يتوفر للمشتري نوعان من الدعاوى ، دعوى الفسخ ودعوى التنقيص في الثمن . أما البائع فليس له إلا دعوى الرجوع على المشتري في تكميل الثمن. وكل هذه الدعاوى تسقط بمضي سنة واحدة من التاريخ المبين في العقد لابتداء تصرف المشتري في المبيع وإلا فسنة من تاريخ العقد ، وهو أجل قصير⁵⁵ تبريره الغاية في عدم ترك البائع مهدها مدة طويلة بما يمكن المشتري ممارسته من الدعاوى وحتى لا يبقى المشتري مهدها أيضا بدعوى تكملة الثمن التي يمكن أن يقوم بها البائع ضده⁵⁶.

ب - أسس الخيار و نظامه

- يبين الرجوع إلى أصل الفصول 623 و 629 من المشروع التمهيدي (الفصول 725 إلى 732) أنّ المشرع استمدّ أحكامه من الفقه الإسلامي ومن القانون الفرنسي وأنه على خلاف هذا لم يخصّص هذه القواعد للعقارات بل جعلها منطبقة على المنقولات أيضا. ولكن أبرز ما يلاحظ هو غاية المشرع في تحقيق حماية للمشتري، وهو ما يفسّر غياب تقرير خيار لفائدة البائع. فيتضح من الفقرة الثانية من الفصل 725 ومن الفصل 726 من المشروع أنّ طلب الفسخ يبرّره الفرق زيادة أو نقصا الذي لو علمه لما قبل المشتري التعاقد.

- وقد تذكر هذه الصياغة بعيوب الرضى ، وبالخصوص الغلط والتغريب (إذا اقترن الأمر بامتناع البائع عن إعلام المشتري) . وهذا ما قد يفسّر في نفس الوقت غياب هذا التوضيح في النسخة النهائية للمجلة. لكن المجلة لا تزال تحمل آثار هذا التنظير فالفصل 624 يتحدث عن فساد البيع إذا كان المبيع من المعدودات المتفاوتة القيمة وفصل ثمنها ووجد المبيع زائدا . وقد استعملت النسخة الفرنسية للفصل المذكور البطلان كجزء في هذه الصورة . ولكن هذا التشابه لا يعني تماثلا بين ما يوفره المشرع من خيارات بين الفسخ أو قبول المبيع زائدا

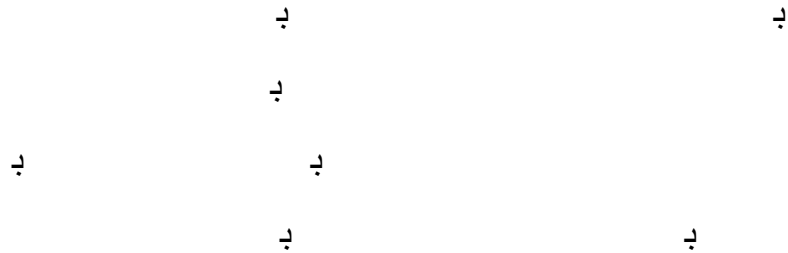
⁵⁵ وهو أجل سقوط لا أجل تقادم

⁵⁶ قارن في القانون المصري ، السنهوري 4 ص 566 وما بعدها.

أو ناقصا ، ففي حين يؤدي الغلط إلى إبطال العقد ، لا يمكن للمشتري في هذه الصور إلا الإبقاء على العقد أو فسخه بحيث أن توفر حالة من حالات الخيار يجعل تطبيق هذه النصوص وجوبيا دون أن يمكن للمشتري طلب تطبيق القواعد المتعلقة بالغلط أو التغيرير .

- من ناحية أخرى لا يحق للمشتري الخيار بين هذه القواعد وقواعد الضمان. ذلك أنه لا تدخل بين المسألتين لا من حيث التعريف باعتبار أن النقص ليس عيبا ولا بالخصوص من حيث الآجال . فالأجل الذي تحدده الفصل 629 م 1 ع هو سنة من التاريخ المبين في العقد لابتداء تصرف المشتري أو سنة من تاريخ العقد إذا لم يذكر تاريخ تصرف المشتري ، في حين أن احتساب الآجال في القيام بالعيب ينطلق من تاريخ التسليم . وهو ولئن كان في العقارات سنة فهو في المنقولات ثلاثون يوما . ومن أجل ذلك فإنه لا يصح القول مثلما اتجهت إليه محكمة التعقيب بأن "النقص في المبيع يعد من العيوب الظاهرة" ⁵⁷ ، علما بأن هذا الصنف من العيوب لا يندرج في الضمان (الفصل 688 م.1.ع) ولا تنطبق عليه الآجال المقررة للقيام بدعوى ضمان العيوب الخفية وبذلك فلا يصح إخضاع حالات النقص في المبيع لأحكام الفصل 672 من حيث الآجال بل للفصل 629 م 1 ع.

⁵⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 14708 مؤرخ في 10 مارس 1987 ن، 292.



ن

الفرع الثاني : الالتزام بالضمان

- لا يختصّ البيع بمفهوم الضمان الذي يستعمله المشرّع في عديد المواقع الأخرى من مجلة الالتزامات والعقود خصوصا في أحكام المسؤولية (الفصول 87 و 91 و 93 إلى 97 مثلا) ، وهذا ما قد يؤدي إلى تردّد حول مدلوله إذ قد يتّخذ أحيانا معنى المسؤولية ، أو معنى التعويض إلى جانب المعاني الأخرى بما في ذلك الدّفاع عن مصالح شخص آخر (كما هو الحال في ضمان الاستحقاق) . ولكن الفقهاء يقرّرون ¹ استقلال مفهوم الضمان عن فكرة المسؤولية نظرا لما يميّز به عليها من تلقائية² من ناحية ، وهو المعنى الذي يقرّره الفصل 630 م.إ.ع. في فقرته الثانية بقوله أنّ البائع محمول على الضمان ولو لم يشترط صراحة ويبرز ذلك بصفة واضحة من النسخة الفرنسية³ . ومن ناحية أخرى يميّز الضمان

¹ انظر : BENABENT ، n° 207 -

² automaticité

³ « La garantie est due de plein droit, quand même elle n'aurait pas été stipulée ».

عن المسؤولية لاستقلاله عن مفهوم الخطأ . ويستخلص ذلك أيضا من الفصل 630 في قوله " ولا تنفك عهده (أي البائع) بثبوت شبهة له " ومعناه بالرجوع إلى النسخة الفرنسية أن حسن النية البائع لا يعفيه من واجب الضمان. " ويحلل الالتزام بالضمان كنتيجة حتمية للتسليم (دون أن يعنى ذلك تداخل النوعين من الالتزامات. فلا يفيد المشتري في شيء أن يتسلم المبيع ليسترد منه مباشرة بعد ذلك وهذا هو المقصود من قول المشرع أن البائع يضمن حوز المبيع والتصرف فيه بلا معارض وهو ضمان الاستحقاق (الفقرة الأولى) كما لا يفيد تسلم الشيء إذا كان قاصرا عن تحقيق الغاية من الحصول عليه وهو ما يصفه المشرع بسلامة الشيء من العيب أي ضمان العيوب الخفية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : ضمان الاستحقاق

- في مفهوم مأخوذ عن القانون الروماني يفيد استحقاق الهزيمة في منازعة قضائية ، أي أن المشتري يفقد حقه على الشيء لأن القاضي أقر للغير بحق على نفس الشيء⁴. وفي تعليقه على أصل الفصل 631 م.أ.ع. (الفصل 733 من المشروع التمهيدي) يلاحظ صانتيلا أن الكلمة العربية استحقاق معناها أن المشتري يحرم من حقه بمقتضى ظهور حق للغير ثابت قانونا وأعلى مرتبة من حق المشتري . على أن هذا التعريف يبدو أوسع من التعريف الأول إذ لا أثر فيه للمنازعة القضائية.

- لكن كلا من التعريفين يهمل نطاق الاستحقاق الذي يمكن أن يكون كليا ، كما يمكن جزئيا (الفصل 633 م.أ.ع) . إلا أن أهم ما يمكن ملاحظته هو ما يتعلق بمصدر الاستحقاق⁵ فالمشرع يتجاوز المعنى الضيق لضمان الاستحقاق فيرتبه لا بناء على ظهور حق للغير فقط (I) بل وكذلك بناء على فعل البائع (II).

⁴Eviction du latin evinco ere : mettre en déroute ، vaincre en justice ، une personne perd son droit parce qu'un droit contraire est reconnu à un tiers par le juge. V. Malaurie et Aynès، op.cit.، p.229 note 2.

⁵ يكيّف الفقيهان Ghestin و Desché هذه التفرقة بالأساسية ، المرجع السابق ، فقرة 792 .

أ - ضمان الفعل الشخصي

- يكرّس الفصل 631 م.أ.ع القاعدة التي مقتضاها أنّ من عليه الضمان لا يمكنه الحرمان⁶، ويقتضي ذلك تحديد مفهوم هذا الضمان (أ) ونطاقه (ب).

أ - مفهوم ضمان الفعل الشخصي

- في قوله "يكفّ عن كل فعل أو دعوى..." بالفصل 631 م.أ.ع يفرض المشرع على البائع التزاما سلبيا يقتضي منه أن يمتنع عن مشاغبة المشتري ماديا أو حرمانه من الانتفاع بمشتراه ولهذا الالتزام أهمية بالغة إذ أنّه يمنع على البائع أن يستردّ بطريقة غير مشروعة ما كان قد باعه . من أجل ذلك يعتبر المشرع الاتفاقات التي ترمي إلى عدم ضمان البائع لفعله الشخصي باطلة بطلانا مطلقا لمخالفة ذلك الشرط للنظام العام⁷، ويكون البائع في هذه الصورة ملزما بتعويض الخسارة (الفصل 642 م.أ.ع) . غير أنّه يجوز الاتفاق على الزيادة في الضمان . ويبرز ذلك بالخصوص في بيع الأصول التجارية فيما يسمّى باتفاقات عدم تعاطي التجارة⁸.

- وقد تثير صياغة الفصل 631 م.أ.ع إشكالا حول معنى قول المشرع حرمان المشتري من الفوائد التي له الحقّ أن يعول عليها نظرا لما أعدّ له المبيع وإلى الحالة التي كان عليها وقت البيع . إذ قد توحى قراءة سريعة لهذا الجزء من الفصل أنّ هناك تداخلا بين ضمان الفعل الشخصي وضمن العيوب الخفية من ناحية ، وضمان الفعل الشخصي وواجب التسليم من ناحية ثانية . غير أنّه لا سبيل إلى هذا التداخل مطلقا . فعبارات الفصل 631 المتعلقة بالفوائد "التي له الحقّ أن يعول عليها نظرا لما أعدّ له المبيع وإلى الحالة التي كان عليها وقت البيع" قد تتشابه مع عبارات الفصل 647 م.أ.ع فيما يتعلق بالعيوب التي "تجعل المبيع غير صالح للاستعمال فيما أعدّ له" ولكّنها لا تؤدي إلى نفس معناها ، فالعيب أمر ناتج من الشيء ذاته بينما إذا تعلّق الأمر بضمان الفعل الشخصي فإنّ الحرمان لا يتأتّى من

⁶ Qui doit garantir ne peut évincer

⁷ BENABENT ، op. cit.، n° 210.

⁸ GHESTIN et DESCHE، op. cit.، n° 846. Convention de non rétablissement

الشيء ذاته بل من فعل البائع ، فالعيب مسألة داخلية بالنسبة إلى الشيء⁹ وفعل البائع أمر خارج عنه¹⁰.

- وبالرغم من القول بأن الالتزام بالضمان هو نتيجة للالتزام بالتسليم ، فإنه ينبغي عدم الخلط بينهما بناء على التشابه في العبارات المستعملة . فتسليم شيء على حاله يقتضي ألا يبدل البائع أو يستبدل المبيع بعد البيع وقبل التسليم، أما ضمان الاستحقاق فهو يقتضي أنه وقع تسليم الشيء على حاله ولكن ما طرأ بعد التسليم هو الذي سيقص أو يعدم ما كان ينتظره المشتري منه كأن يقع البيع على منزل معد للكراء ويقع تسليمه على الحالة التي هو عليها حين العقد ثم يتولى البائع مواصلة قبض معينات الكراء عوضاً عن المشتري.

ب - نطاق ضمان الفعل الشخصي

- يقتضي ضمان التعرض الشخصي أن البائع يكف عن كل فعل (1) أو دعوى (2).

1- - فالمقصود بالفعل الشغب المادي أو ما يعبر عنه بالتعرض المادي¹¹ وهو أهم ما يميز ضمان الفعل الشخصي لأن البائع لا يضمن الشغب المادي الصادر عن الغير¹². والشغب غير المؤسس على حق هو كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى التضيق على المشتري أو حرمانه حرماناً مطلقاً من الانتفاع بمشتراه، أي أن يؤدي إلى حرمانه كلياً أو جزئياً من الانتفاع بالمبيع¹³. وأبرز مثال على ذلك أن يعمد بائع متجر إلى استغلال متجر آخر مجاور بهدف استرجاع الحرفاء، وكذلك بائع براءة الاختراع الذي يواصل استغلال تلك البراءة¹⁴.

⁹ intrinsèque

¹⁰ extrinsèque

¹¹ Trouble de fait

¹² أدناه ، الفقرة 244.

¹³ السنهوري IV ، 330

¹⁴ Paris ، 2 ، 10 ، 1978 ; D. 1980 ، 439 ، note MOUSSERON.

2- - والمقصود بالدّعى أو ما يسمى بالتعرّض القانوني هو أن يتمتع البائع عن القيام بالدعاوى التي من شأنها أن تؤل إلى استرجاعه المبيع. لكن الكف عن الدّعى لا يؤخذ على حرفيته. فلا يمنع على البائع القيام بدّعى إبطال العقد لعيب في الرضا مثلا ، كما لا يمنع عنه دعوى جبر معاقده على الوفاء بالعقد أو الفسخ بناء على عدم تنفيذ العقد . ففي كلتا الحالتين يؤدي الإبطال أو الفسخ إلى إعدام البيع فلا يكون البائع مطالبا بالضمان . كما لا يمنع عليه المنازعة في مدى التزامه عن طريق تفسير العقد. فالمقصود بالكفّ عن الدّعى هو حينئذ امتناع البائع عن استعمال الطرق التي تؤدي إلى منازعة المشتري في مشتراه - فليس للبائع أن يتمسك بالتّقدم المكسب على معنى الفصل 45 و ما بعده من مجلة الحقوق العينية . فالبائع لعقار غير مسجل لا يمكنه التمسك بالتّقدم المكسب تجاه المشتري فهو ضامن ولا يمكنه الحرمان.

يعتبر فقه القضاء الفرنسي أنّ هذا الضّمان لا يقبل التّقدم أي لا يسقط بالتّقدم¹⁵ ، على أنّ هذا الحلّ لا يبدو مطابقا لما يقرّره المشرّع في بلادنا ، فقد نصّ الفصل 393 م.إ.ع الوارد تحت باب سقوط الدّعى بمرور الزّمن أن " سقوط الدّعى بمرور الزمان لا يتسلط على الحقوق إلّا من وقت حصولها وعليه فلا محلّ له في الصّور الآتية 2) دعوى الرّجوع بالدّرك حتى يتمّ الاستحقاق أو يحصل الأمر الدّي ترتّب عليه الرّجوع بالدّرك " .

وتؤدي قراءة هذا النصّ بمفهوم العكس أنّ دعوى الضّمان تسقط بمرور الزّمان وأنّ المشرّع لا يستثني دعوى الضّمان عن الفعل الشّخصي ، ولا مجال للاستثناء حيث لا يستثني المشرّع . ويؤكّد هذا المعنى ما يقابل النصّ الفرنسي بخصوص " الأمر الذي ترتّب عليه الرّجوع بالدّرك " يقول المشرّع La réalisation du fait donnant lieu à garantie l'éviction accomplie بما يعني أنّه يقصد بعبارة " Fait " الفعل الشّخصي للبائع تمييزا عن استحقاق الغير - وهذا هو موقف فقه القضاء الذي قرّر أن الفصل 631 م 1 ع لم ينصّ على أبدية هذا الضمان ولم يخرج منه عن

¹⁵ انظر مثلا : 168° n° B.III ، 20/10/1981 ، 3° Civ -

القواعد العامة المنطبقة على كلّ الالتزامات التي منها التمسك بالتقادم المكسب المنصوص عليه بالفصل 45 م.ح.ع عند توافر شروطه¹⁶.

II - ضمان تعرض الغير

- يضمن البائع استحقاق الغير للمبيع بشروط (أ) وإجراءات لا بدّ من احترامها (ب) حتى ينتج الضمان آثاره (ج).

أ - الشّروط

- تهّم هذه الشّروط سبب الاستحقاق (1) وزمانه (2) ولا تكون مؤثرة إلا في غياب اتفاق على عدم الضمان (3).

1 - سبب الاستحقاق

- يقتضي الفصل 632 م.ا.ع أنّه على البائع ضمان استحقاق المبيع من يد المشتري لسبب موجود وقت البيع ... وقد لا توحى العبارات المستعملة بالمعنى المقصود حقيقة إذ قد تبعث على الاعتقاد أن البائع يضمن الشغب المادي والقانوني على حدّ سواء . لكن خطأ ذلك التحليل يبرز من مراجعة الفصل 644 م ا ع من ناحية الذي يقرّر أنّه لا ضمان على البائع " إذا حصل التعدي من الغير على المشتري في تصرفه من دون أن يدعي ذلك الغير حقاً في المبيع " والفصل 644 م ا ع ، من ناحية أخرى ، الذي يعفى البائع من الضمان في صورة انتزاع المبيع بالغصب بما يتأكد معه أنّ ضمان فعل الغير لا ينصرف إلا إلى التعرض القانوني Trouble de droit ولعلّ النسخة الفرنسية للفصل 632 م.ا.ع. تؤكد ذلك¹⁷.

¹⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 11987 مؤرخ في 26 ماي 1975 ، II ، 81 .

¹⁷ le vendeur est tenu à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre en vertu d'un droit subsistant au moment de la vente .

- يتخذ سبب الاستحقاق أشكالا ثلاثة يحددها الفصل 632 م.أ.ع فيتمثل الأول (الفصل 632 أولا) من حرمان المشتري من حوز مشتراه في الكلّ أو في البعض. وهو الصورة الاعتيادية للاستحقاق إذ يتحوز فعلا بالمبيع بالمشتري ، ولكنّ الحاكم يقرّ بحق الغير على الشيء في الكلّ كأن يكون المبيع مملوكا للغير¹⁸ كما قد يقر الحاكم بحق الغير في البعض من الشيء كأن يوجد على المبيع حق ارتفاق. وتختلف هذه الوضعية عن الشكل الثاني للاستحقاق (الفصل 632 ثانيا) في أن هذه الصورة تفترض أنّ المشتري لا يتمكن من التحوز بالمبيع إطلاقا لوجوده بيد الغير الذي يدعي حقا عليه ، كأن يباع على الشخص ملكه دون أن يخرج من يده ، فلا يتمكن المشتري من حوزة .

أما الصورة الثالثة (الفصل 632 ثالثا) فهي تتمثل في ضرورة أن يتحمل المشتري مصاريف إضافية لتخليص المبيع من يد الغير، والمثال على ذلك أن يؤدي المشتري لحابس المبيع ما يلزم (طبقا للفصل 310 م.أ.ع.) حتى يردّه إليه إذ يجوز للبائع الذي لم يقع خلاصه أن يحبس الشيء ولا يسلمه للمشتري الثاني حتى إذا كان هذا قد دفع الثمن كاملا¹⁹.

- واستحقاق الجزء كاستحقاق الكلّ إذا كان للجزء من الأهمية بالنسبة إلى الكلّ بحيث أن المشتري ما كان ليتعاقد لو علم به (الفصل 633 فقرة أولى) . وهو ما يستوجب تقييم الأهمية من ناحية ، وإثبات تأثيرها على إرادة المشتري من ناحية أخرى. ولا يخفى ما يحيط هذه المعايير من ذاتية وكان الأفضل الاعتماد على معيار حسابي كتجاوز الجزء للثلث مثلا كما هو الأمر في الفقه المالكي²⁰.

كما يضمن البائع الاستحقاق كلّما وجد حقّ غير ظاهر ، (الفصل 633 فقرة ثانية) والمقصود به حقوق الارتفاق الممنوحة ضمنيا²¹. وقد قررت الفقرة الأولى من الفصل 182 من مجلة الحقوق العينية أن "من أحدث ارتفاقا فقد منح ضمن ما هو لازم لاستعماله"

¹⁸ انظر مثلا قرار تعقيبي مدني عدد 10506 مؤرخ في 1973/11/27، I ، 97.

¹⁹ انظر أيضا : Com. 14 avril 1992، B/ IV، n° 164 -

²⁰ راجع هامش الفصل 736 من المشروع التمهيدي.

²¹ (Servitudes non apparentes)

وضرب المشرع مثلاً على ذلك بالفقرة الثانية من نفس الفصل لما بيّن أن "حق الاستقاء من عين يتضمن حتماً حق المرور في العقار الذي تقع فيه العين". ولا يكون البائع في مثل هذه الحالة معفى من الضمان إلا إذا كان الحق المرتب لملك آخر لازماً وتابعا للملك طبيعة ومثل ذلك ما ورد بالفصل 634 م 1 ع فيما تعلق بحق المرور لعقار محاط من كلّ جانب. واستثناء من ذلك يكون البائع ضامناً إذا صرح بانعدام وجود حق للغير على المبيع. ويؤخذ من تأويل النص بمفهوم العكس أنه تدرج في ضمان البائع الحقوق المرتبة على الملك والتي لا تكون لازمة طبيعة كحق الارتفاق الممنوح لشركة بترولية لتمير قنوات أرضية لنقل البترول.

- وتضيف الفقرة الثانية من الفصل 633 م 1 ع إلى جانب الحقوق غير الظاهرة الحقوق الأخرى التي لم تذكر حين البيع. ولا شك أن تلك الحقوق هي الحقوق الشخصية كوجود عقد كراء مثلاً، أو الحقوق العينية كحق الرهن الممنوح للدائن على المبيع. وبتحمله بضمان الاستحقاق يضع المشرع على كاهل البائع واجب إعلام معاقده وقد يتأثر هذا الواجب بالقوانين المتعلقة بالإشهار (العقاري أو المتعلق بالمنقولات). كما يؤدي إلى وجوب مساهمة المشتري في الاسترشاد، ولكن هذه القوانين لا تنقص من قيمة هذا الواجب بمعنى أن البائع يبقى دائماً مطالباً بالضمان إذا لم يعلم معاقده بالحقوق المذكورة. ويتدعم هذا الحلّ بالرجوع إلى أحكام الفصل 642 م 1 ع الذي يقتضي أنه لا عمل على شرط براءة البائع "إذا كان موجب الاستحقاق من غروره كبيعه لما هو لغيره أو لما يعلم سبب استحقاقه ولم يعرف به المشتري" فالمشرع يقرّر نفس الحكم في صورة العلم بسبب استحقاق الغير والتعرض الشخصي للبائع في عدم جواز الاتفاق على عدم الضمان.

2- زمن الاستحقاق

- اقتضى الفصل 632 أن على البائع ضمان استحقاق المبيع لسبب موجود وقت البيع، بما يعني أسبقية الحق المضاد الذي للغير على المبيع. وتتأكد تلك الأسبقية بالنظر إلى الفصل 644 م 1 ع، فرغم تقريره أن البائع معفى من الضمان إذا كان انتزاع المبيع بأمر

الأمير، إلا أنه حمّله مع ذلك بالضمان إذا كان الانتزاع مبنياً على حق سابق مما كان على الأمير تنفيذه أو حفظه ، ومثل ذلك أن يتولى البائع التقويت فيما سبق انتزاعه من أجل المصلحة العمومية وقبل أن تتحوّز به الهيئة المنتزع لفائدتها.

- على أنّ أسبقية الحق المضاد لا تكفي بمفردها حتى يحمّل البائع بالضمان فكُلما قصر المشتري أو تعمّد بما أدّى إلى حصول استحقاق المبيع منه لا يطالب البائع بالضمان ، ويعتبر الفصل 645 م.أ.ع أنّ ما يصدر من المشتري يعفي البائع من الضمان، ويضرب المشرّع أمثلة على ذلك، ومنها أن يبتدأ الغير مدّة الحوز قبل البيع ويتوانى المشتري فيستفيد الغير من انقضاء مدّة التقادم المكسب (645 أولاً) أو أن يقوم الغير بطلب تسجيل العقار المبيع دون أن يعارض المشتري في الوقت المناسب (645 ثانياً) وكذلك الأمر كلّما كان الاستحقاق مبنياً على فعل من المشتري أو سبب من ذاته (الفصل 645 ثالثاً) كأن يعترف للغير بحقه على المبيع²²

3- غياب اتفاق في عدم الضمان

- إذا كان من الثابت أن الاتفاق على عدم ضمان البائع لفعله الشّخصي باطل بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام فهل من الممكن الاتفاق على عدم ضمان استحقاق الغير ؟

قد يبدو التساؤل غريباً طالما أنّ الفصل 642 م.أ.ع يقرّر أنّه للطرفين أن يتّفقا على أن لا ضمان للبائع أصلاً. على أنه لا يمكن أن تؤخذ هذه العبارات على إطلاقها نظراً لما سبق تقريره من ناحية من أنّ الالتزام بالضمان يهّم النظام العام طالما أنّ الفصول 591 و 632 جاءت لتؤكد بوضوح تلقائية هذا الضمان²³ ولأنّ الفقرة الثانية من الفصل 642 تحدّد نطاق الإعفاء من ناحية أخرى أي أنّ البائع لا يلزم بردّ الثمن ، وهذا هو ما يعبر عنه بشرط عدم الضمان البسيط.

²²BENABENT ، op.cit. ، n° 216.

²³ انظر أعلاه فقرة 232.

وقد صيغت هذه الفقرة في عبارات عامة بكيفية لا تسمح بالتمييز بين تعرض البائع واستحقاق الغير بما يجوز معه القول أن الاتفاق على عدم الضمان سواء تعلق الأمر بضمان استحقاق الغير أو بضمان التعرض الشخصي لا يؤدي إلا إلى الإعفاء من تعويض الخسارة، أما شرط الإعفاء الكلي فهو باطل لمخالفته للنظام العام. ويختلف القانون التونسي هنا عن القانون الفرنسي لغياب نصّ شبيهه بالفصل 1629 م. م. ف الذي يعفي البائع من ردّ الثمن إذا كان المشتري عالما بخطر الاستحقاق أو إذا اشترى مع قبوله لتوقع الاستحقاق. وهذه صورة من صور عقود الغرر التي يقرّها المشرع الفرنسي. بل بالعكس من ذلك يوجب الفصل 643 م ا ع على البائع ردّ الثمن أو حطه ولو مع علم المشتري للسبب المقتضي لاستحقاق أو للحقوق المترتبة على المبيع .

ب - الإجراءات

- يقتضي ضمان الاستحقاق مساندة البائع للمشتري في الدّعى المرفوعة ضده من الغير الذي يدّعي حقاً على المبيع، وهذا هو الضّمان العارض (1) كما أنّه للمشتري في أحوال محدّدة مباشرة الدّعى على البائع، وهو ما يسمّى بالضّمان الأصلي (2).

1 (الضّمان العارض

- يمثل الضّمان العارض الشّكل الإجرائي الأوّل لضمان الاستحقاق إذ يفترض أنّ الغير الذي يدّعي حقاً على المبيع يقوم على المشتري ، فيتولى هذا طلب إدخال البائع على معنى الفصل 224 فقرة 2 م.م.ت.

وينظّم الفصل 635 م.ا.ع. هذا الإجراء فيقرّر أنّه إذا وجّهت دعوى على المشتري في شأن المبيع وأقام المدّعي بيّنة ، فعلى المشتري إعلام البائع بذلك. غير أنّ إعلام البائع يبقى رغم عبارة الفصل 635 م ا ع اختياريًا. إذ قد يقرّر المشتري مباشرة الخصام بنفسه طالما أنّه يملك حقاً عينياً على المبيع²⁴. لكن ينجرّ عن هذا القرار نتيجتان ، تتمثل الأولى

²⁴ قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1960/4/5، ن 101 قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1974/6/18، III، ص 35.

في أنّ الحاكم مجبر على تذكير المشتري بأنّ مباشرته للخصام بمفرده تمنع رجوعه على البائع، والإخلال بهذا الواجب يكون سببا في نقض حكمه²⁵. و مبرّر القاعدة حماية المشتري من خطر ضياع حقه والرجوع بالضمان على البائع²⁶ غير أنّه ينبغي التذكير بانعدام الجدوى من ذلك الإعلام كلّما كان سبب استحقاق المبيع تفريط المشتري أو تعمّده (الفصل 645 م.إ.ع)²⁷. وتتمثل النتيجة الثانية المنجّرة عن مباشرة المشتري الخصام بنفسه ودون إعلام البائع بالنّازلة المرفوعة ضده أنّه يفقد حقه في الرجوع على البائع. ولا خلاف حول ما يوقّره إدخال البائع من مزايا (وكذلك طلبه بالتدّاخل في القضية طوعا ، الفصل 224 فقرة أولى م.م.ت) فهو يمكّن من الفصل بحكم واحد في دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير وفي الحكم للمشتري بما يلزم رده له إذا ثبت استحقاق الغير²⁸.

2) الضمان الأصلي

- قد لا يلجأ المشتري إلى الضمان العارض إمّا لأنّ الغير لم يقم ضده بعد، أو لأنّه تمّ استحقاق المبيع من يده ولم يقم بإدخال البائع. ففي كلتا الحالتين يمكن له القيام ضدّ البائع بدعوى أصليّة بالضمان (أو دعوى الرجوع بالضمان).

- تتطابق الوضعيّة الأولى القائمة على توقع الاستحقاق²⁹ مع التعريف الموسّع لضمان الاستحقاق الذي يتبنّاه المشرّع بالفصل 632 م.إ.ع وخصوصا صورته الثانية التي تفترض أنّه لم يمكن للمشتري التحوّل بالمبيع أصلا، وكذلك في صورة الفصل 633 فقرة 2 فيما يتعلّق بوجود حقّ ارتفاق أو حقّ آخر لم يذكر حين البيع (كوجود رهن على المبيع)³⁰.

²⁵ قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1932/2/25 ، ق.ب. 1960، ع9 و 10 ص 25، ع 15.

²⁶ قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 1960/4/5، ن101.

²⁷ لنظر أعلاه .

²⁸ قارن أنور سلطان ، ص 209 218 ، p. cit ، BENABENT.

²⁹ Une menace d'éviction

³⁰ قارن في القانون الفرنسي BENABENT، op. cit.، n° 219.

- أَمَّا الوضعية الثانية (استحقاق البيع من يد المشتري ولم يتم بإدخال البائع) فهي تقتضي التمييز بين حالتين تتمثل الأولى في مباشرة المشتري للخصام بعد إعلام البائع، وبقي ذلك الإعلام دون نتيجة . ويعالج الفصل 646 م.إ.ع هذه الوضعية عندما يتعرض إلى البائع الغائب غيبة ثابتة بحيث يتعدّر إعلامه . فيقرّر المشرّع أنّ مباشرة المشتري للخصام بمفرده لا تمنع رجوعه على البائع . على أنّ ضرورة اللجوء إلى القواعد الإجرائية في التداخل تمكّن من تجاوز الصيغة الحصرية لهذا النصّ ، إذ يكفي طلب إدخال البائع في الخصومة ، وبقطع النظر عن غيبته الثابتة حتى يمكن حفظ حقّ المشتري في الرجوع عليه طالما أنّ الغاية من إعلام البائع ليست إلا بهدف إدخاله في القضية المرفوعة على المشتري.

أَمَّا الحالة الثانية فهي المتمثلة في مباشرة الخصام من المشتري بعد تذكير الحاكم إيّاه بأنّ عدم إدخال البائع لا يبقى له رجوعا على البائع. في هذه الصورة لا تكون دعوى المشتري مرفوضة شكلا بل تقبل ولكنها تبقى معرضة للحكم بعدم سماعها إذا ما تبين أنّ الحاكم أعلمه طبقا للفصل 635 م 1 ع بضرورة إدخال البائع ولكّنه فضّل مباشرة الخصام وحده . ولربّما أمكن تبرير هذا الحلّ بأنّ مباشرة المشتري للخصام بمفرده كانت حائلا دون إدلاء البائع بما من شأنه أن يحبط ادّعاء الغير أو بما يثبت أنّ سبب الاستحقاق من فعل المشتري أو تقريظه. وقد كانت هذه القاعدة المطابقة للفصل 1640 م.م.ف مقرّرة ضمن الفصل 752 من المشروع التمهيدي. لكنّ المشرّع تخلّى عنها في النسخة النهائية لمجلة الالتزامات والعقود بما أدّى إلى غموض الجزاء المقرّر بآخر الفصل 635 م.إ.ع.

ج - آثار الضمان

- تختلف آثار الضمان بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً (1) أو جزئياً (2) .

1 - آثار الاستحقاق الكلي

- يوجب الفصل 636 م.إ.ع على البائع إذا ما استحق المبيع في الكل أن يرد للمشتري ثمن المبيع وهو الحد الأدنى للاسترداد . فالمشرّع يفرض ردّ الثمن كاملا ولو تغيّر المبيع

في الكلّ أو في البعض ، أو ظهر نقض في قيمته، وحتى لو كان ذلك النقص بفعل من المشتري أو بخطئه أو بقوة قاهرة.

والحلّ مختلف عمّا يقرّره القانون الفرنسي الذي يسمح للبائع بالفصل 1632 م.م.ف. بحبس جزء من الثمن يعادل مقدار ما انتفع به المشتري من النقص الحاصل في المبيع . وقد كان نفس الحلّ مقرّرا بالفقرة الثانية من الفصل 740 من المشروع التمهيدي والتي تخلّى عنها المشرّع في الصياغة النهائية للفصل 638 م.ا.ع وهو ما يسبغ نوعا من طابع الجزاء على الاسترداد في مثل هذه الحالات.

ويتدعّم حق المشتري على الثمن بما يخوّله له الفصل 682 م.ا.ع من إمكانية حبس الثمن إذا ما حصل تعرّض من البائع أو توقع حصول استحقاق الغير بصفة جدية إلا إذا تعهّد بدفع الثمن بقطع النظر عن التعرّض أو كان عالما بخطر الاستحقاق . على أنّه يكمن للبائع كلّما كان للمشتري حقّ حبس الثمن أن يجبره على الدّفع لكن مع إعطاء كفيل أو أيّ تأمين آخر في إرجاع الثمن والمصاريف إذا استحقّ المبيع.

- كما أنّ البائع مطالب بإرجاع المصاريف وهي مصاريف العقد (الفصل 636 أولا) ومصاريف الدّعوى قيامه على البائع (الفصل 636 ثانيا) ومصاريف التحسين والتّرف كلّما كان البائع سيّء النية ، وكان المشتري حسن النية (الفصل 638)³¹.

- ولم يتعرّض المشرّع إلى مسألة ردّ غلّة الشيء علما بأنّ المشتري الذي لم يعلم بسبب الاستحقاق يوصف بالحائز بشبهة ويكون مطالبا بردّ ما كان موجودا من الغلّة وقت قيام عليه من مستحقّها على معنى الفصل 44 م.ح.ع. وقد يمكن إلحاق ذلك بما يوجبه المشرّع بالفصل 636 ثالثا م ا ع من تعويض الأضرار الحاصلة للمشتري من جرّاء استحقاق المبيع من يده أي الخسائر التي يجوز للمشتري طلب التعويض عنها الزيادة في قيمة المبيع، ولم يكن للمشتري يدّ فيها، كلّما أثبت هذا سوء نية البائع (الفصل 639).

³¹ وقد كان الفصل 739 ثالثا من المشروع التمهيدي قد خول للمشتري استرداد ما كان ينبغي عليه ردّه أو دفعه لمن استحقّ منه المبيع.

2- آثار الاستحقاق الجزئي

- يكون المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي إما مخيراً بين الفسخ وقبول الجزء الذي لا يشمل الاستحقاق ، أو مجبراً على الاحتفاظ بالمبيع أو مجبراً على الفسخ.

- فيكون المشتري مخيراً بين الفسخ في الكلّ واسترداد الثمن أو الإبقاء على المبيع في الباقي استرجاع قيمة الجزء المستحقّ كلما كان للجزء المستحق من الأهمية ما يورث عيباً بحيث لو علم بذلك لما اشترى (الفصل 640 فقرة أولى م.أ.ع) ويكون هذا في المنقولات ، وخصوصاً الأشياء المعيّنة بذاتها فيما عدا صورة البيع جزافاً ، وكذلك في العقارات . ولكن المشرّع لم يتعرّض بالفصل 640 م أ ع إلى حقوق الارتفاق والحقوق الأخرى التي لم تذكر حين البيع. على أنّ تنظير هذه الوضعيّة مع وضعيّة الاستحقاق الجزئي الذي يورث عيباً بمقتضى الفصل 633 فقرة ثانية، يمكن من تطبيق نفس الحلّ.

- ولا يبقى المشرّع خياراً للمشتري إذا كان الجزء المستحقّ لا يورث عيباً، بل لا يترك له إلا طلب أن يستردّ من الثمن بما يوافق الجزء المستحقّ (الفصل 640 فقرة ثانية).

- ويخيّر المشتري بين الفسخ واسترداد الثمن كاملاً أو الاحتفاظ بالجزء المتبقي واسترداد ما يوافق الجزء المستحقّ في صورة البيع جزافاً لمنقولات (الفصل 641 فقرة أولى) ولا يجبر على الفسخ في كامل المبيع إلا إذا كانت تلك المنقولات غير قابلة للقسمة (الفصل 641 فقرة ثانية) على أنّ المشرّع لم يبيّن الحالات التي يكون فيها للبائع طلب الفسخ ما إذا كان له طلب استرجاع المصاريف والخسائر . فقد توحى قراءة الفصلين 640 و 641 م أ ع أنّ المشرّع لا يجيز إلا استرجاع الثمن . لكن لا مبرر لمثل هذا الحلّ طالما الفصل 633 جعل استحقاق الكلّ استحقاق الجزء إذا ما كان للجزء من الأهمية ما يورث عيباً، فيمكن تنظير الوضعيتين من تطبيق نفس الآثار فيما يتعلّق بالمصاريف و تعويض الخسارة.

وللمشتري أن يحبس من الثمن ما يناسب الاستحقاق بنفس القيود والشروط المقررة في الاستحقاق الكلي (الفصل 682 الفقرة الثانية ، م.ا.ع.)

الفقرة الثانية : ضمان العيوب وفوات الوصف

- ينظم المشرع ضمان عيوب المبيع بالفصول 647 إلى 674 م.ا.ع بطريقة مدققة لا تخلو أحيانا من التعقيد تبرز حرصه على الإحاطة بأقصى ما يمكن من الوضعيات مع محاولة التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي من جهة والحلول المعتمدة في القوانين الغربية من جهة أخرى. لكنه ابتعد في ذلك عما ينبغي أن يكون عليه التشريع الأفضل الذي يقتصر على ضبط الاتجاهات العامة دون مبالغة في الجزئيات بما يترك لفقه القضاء المجال مفتوحا لتصور الحلول المواكبة لتطور العصر.

- والملاحظ أنّ ضمان عيوب المبيع لم يكن حتى التسعينات محلّ تطبيقات قضائية كثيرة ولربما كان السبب في ذلك قلة المشاكل المتعلقة بهذه المسألة أو ندرة لجوء المعنيين بالأمر إلى القضاء ، وهو ما قد يفسّر عدم تدخّل المشرع منذ سنة 1906 في الجزء المتعلق بهذا الضمان من مجلة الالتزامات والعقود. على أنّ ذلك لا يعني ركود التشريع في هذا المجال، فالخصوص الخاصة التي لها مساس من قريب أو بعيد بالبيع جاءت بأحكام جديدة تتعلق بالضمان ومنها قانون البعث العقاري وقانون حماية المستهلك . وبصفة متزامنة تكاثرت التطبيقات القضائية منذ بداية التسعينات لتبرهن على تطور في دور ضمان العيوب لا في عقد البيع فحسب بل وكذلك في عقود أخرى أهمّها عقد المقايضة . على أنّ التساؤل جازئ حول قدرة القواعد المنظمة للضمان على تحقيق الغاية منها بالنسبة إلى المشتري إذا ما علمنا أنّ المشرع حاول بالخصوص تحقيق استقرار المعاملات بالتضييق في ميدان هذا الضمان وأقصى البيوع القضائية من ذلك الميدان (الفصل 674)³².

³² لا تكون البيوع القضائية محل ضمان. وتبرير ذلك أن مثل هذه البيوع ترافقها إجراءات مطولة ومدققة تنتج للمشتري مبدئيا فحص المبيع فحفا كافيا يحميه من مخاطر العيوب (انظر، جاك الحكيم ، ص 333) في ضمان العيب في البيع الجبري بصفة عامة راجع فتحية بن جميع آثار البيع الجبري ، مذكّرة سابقة الذكر.

- إن ما يميز مجلة الالتزامات والعقود يتمثل في أن المشرع لا يقصر ضمان البائع على العيوب بل يتجاوز ذلك إلى الصفات التي صرح بها أو تلك التي اشترطها المشتري. فبعد أن بيّن بالفقرة الأولى من الفصل 647 ما يقع على البائع من ضمان العيوب أضاف في فقرته الثانية أنه "وعلى البائع أيضا ضمان الصفات التي صرح بها عند البيع أو التي اشترطها المشتري".

وخلافا لما قد يذهب إليه الفهم فإن ما جاء بهذه الفقرة لا يعني توسيعا في مفهوم العيب³³ بل هو توسيع في ميدان الضمان المحمول على البائع وإخضاع ضمان الوصف إلى النظام القانوني لضمان العيب فيما نص عليه المشرع صراحة كالفصل 655 والفصل 672 م 1 ع. ف ضمان الصفات التي صرح بها البائع عند البيع أو التي اشترطها المشتري تخضع بحكم هذا النص إلى نظام العيوب وهو ما يضيق في إمكانيات الاعتماد على أحكام التسليم طالما أنه - كما أسبقنا -³⁴ لا يبقى للمشتري للقيام على معنى أحكام القواعد العامة إلا الحالات التي لم يقع فيها هذا التصريح أو هذا الشرط والذي أشرنا في شأنه إلى الفائدة من تعريف تسليم شيء على حاله بأنه تسليم شيء مطابق لما ينتظره المشتري موضوعيا من البيع. وهو ما يقصي إمكانيات التداخل بين ميداني التسليم وضمان الوصف. وفي ذلك دون شك خصوصية من خصوصيات القانون التونسي بالنسبة إلى نظرائه ، إذ لا وجود لمثل هذا الحل مثلا في القانون الفرنسي الذي لا يزال الفقه والقضاء يتساءلان فيه عن الحدود بين التزام البائع بتسليم شيء مطابق وضمان عيوب المبيع³⁵. أما في القانون السويسري فإن الفقهاء يعتمدون تعريفا للعيب يشمل فوات الوصف إذ يعتبرون العيب غيابا لصفة ضمن البائع وجودها أو كان المشتري متوقعا توفرها طبقا لقواعد حسن النية³⁶ بما يمكن من المقاربة بين نظامنا القانوني والقانون السويسري لكن دون أن ينجر عن ذلك تطابق في الحلول.

إن ضمان العيوب وفوات الوصف لا ينتج آثاره (II) إلا إذا تحققت شروطه (I)

³³ انظر رأيا مخالفا ، جاك الحكيم مرجع سابق الذكر ص 321.

³⁴ انظر أعلاه ، فقرة 211.

³⁵ HUET, op. cit. n° 11228

³⁶ Pierre TERCIER, La partie spéciale du code des obligations, Schulltess, Zurich, 1988, n°278, p.38.

أ - شروط الضمان

- تتعلق هذه الشروط أساسا بضمان العيوب دون أن تهم ضمان الصفات طالما أن المشرع لا يطبق نظام العيب على فوات الوصف بصفة تلقائية بل يخص هذه بالإشارة كلما دعت الحاجة إلى ذلك وتنقسم الشروط إلى شروط أصلية (أ) وشروط ممارسة (ب).

أ - الشروط الأصلية

- لا بدّ أن يتوقّر عيب في الشيء (1°) وأن يكون قديما (2°) وأن يكون خفياً (3°) .

1 - العيب

- لم يعرف المشرع العيب ولا بد من الرجوع إلى المعنى اللغوي والمقصود به العلة أو النقيصة. ويتطابق هذا الفهم مع ما نص عليه الفصل 647 م 1 ع حين يتحدث عن ضمان العيوب التي تنقص من قيمته أي المبيع. ولكن المعنى القانوني يتجاوز ذلك الفهم إذ قد لا تكون هناك نقيصة بل أن المبيع في ذاته لا يمكن من بلوغ غايته الطبيعية أو العقدية.

على أن المشرع لا يمكن من ضمان كلّ العيوب بقطع النظر عن قيمتها إذ ينصّ الفصل 647 م.1 ع في هذا المعنى أنّ "البائع يضمن للمشتري سلامة المبيع من العيوب التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا أو تصيره غير صالح لاستعماله، فيما أعدّ له بحسب نوعه أو بمقتضى العقد". ويتبيّن من هذا الفصل أنّ المشرّع يتّخذ في تعريف العيب اتجاها موضوعيا. فالمقصود بالعيب هو ما ينقص من قيمة الشيء نقصا محسوسا أي أن يؤثر العيب في القيمة الاقتصادية للشيء تأثيرا سلبيا هاما . ولعله تأثر في هذا بالفقه الإسلامي الذي يعتبر العيب "مؤثرا في قيمة المبيع إذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا ... والتعويل في كل ذلك على عرف التجار فما كان من شأنه أن ينقص ثمن المبيع في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار" ³⁷ هذا فضلا عن اعتماد المشرع على العرف والعادة لتحديد العيوب موضوع الضمان بإقصاء تلك التي تكون مغتفرة حسب ذينك المعيارين.

³⁷ السنهاوري مصادر 4 ، 248

٢٠. أما تقدير العيب فهو يعود بالأساس إلى القاضي مستعينا بأهل الاختصاص³⁸ وتبدو محكمة التعقيب ممارسة لرقابة تكيف على هذا الشرط فقد قررت في هذا المجال³⁹ أن "عدم احترام القواعد الفنية في البناء والنقص الواضح في استعمال الكمية الضرورية من المواد الأولية وإنجاز الأشغال دون احترام القواعد المعدة لذلك ينقص من قيمة المحل...". لكن لا بدّ من التأكيد على أنّ النقص يجب أن يكون هاماً. فالعيب الذي يلحق الأجهزة الكهربائية لسيارة بما من شأنه أن يؤثر على سعرها إذا ما أراد المشتري بيعها يكون محسوساً. أمّا إذا كان العيب لا ينقص قيمة الشيء إلا بما لا أهمية له فلا يضمنه البائع (الفصل 647 م ١ ع) كعيب في أضواء السيارة مثلاً.

٢١. أمّا المقصود بالعيب الذي يجعل الشيء غير صالح للاستعمال فيما أعدّ له بحسب نوعه أو بمقتضى العقد فهو الذي من شأنه أن يعدم الانتفاع بالمبيع . والمقصود بعدم الصلوحية للاستعمال بحسب النوع هو ما يقع تقديره بالرجوع إلى طبيعة الأشياء⁴⁰ كأن يكون جهاز تدفئة أو جهاز تبريد لا يقومان بوظيفتهما. وقد تنتفي المنفعة من استعمال الشيء فيما أعدّ له بمقتضى العقد، فالإتفاق هو الذي يحدّد وجهة استعمال المبيع فيقع الاتفاق مثلاً على أنه سيقع إعداد المبيع محلاً لخزن السلع ، فينتفي الانتفاع منه إذا كان يتسرب إليه الماء. أمّا لو كان هناك نقص طفيف في الانتفاع فلا ضمان على البائع. والفرق بين هذه الوضعية وضمن الصفات المصرّح بها أو المشترطة (الفصل 647 فقرة 2) أنّ العيب المؤثر في الانتفاع بالشيء يمنع استعمال المبيع في الغاية المتفق عليها، بينما لا يكون فوات الوصف عيباً في حدّ ذاته، كما لا يكون بالضرورة مانعاً من ذلك الاستعمال (الفرق بين منزل للاصطياف ومنزل للاصطياف له مطلّ على البحر)⁴¹ . هكذا، فإنّ العيب الموجب للضمن هو العيب المؤثر موضوعياً على قيمة الشيء والانتفاع به. ولا يقصد به التأثير على الإرادة، بما قد يوحي بالتدخل بين دعوى الإبطال من أجل عيب في الرضا ودعوى

³⁸ قارن قرار تعقيبي مدني عدد 136 مؤرخ في 1975/10/24 م.ق.ت. عدد 4، 1976، جزء 492.

³⁹ (1994/11/16، ن 414)

⁴⁰ d'après sa nature

⁴¹ انظر خلافا لهذا الرأي، الحكيم، رقم 378.

ضمان العيوب والذي قد يمكّن المشتري من الخيرة بينهما. ولا يصعب فهم الفائدة بالنسبة إلى المشتري من توقّر هذه الخيرة لما تمكّنه من حظوظ لإبطال العقد بعد ما فاتته أجال القيام بدعوى ضمان العيوب الخفية.

٢- إنّ التفرقة التي تبدو واضحة نظرياً تصطدم في التطبيق بصعوبة الفصل بين عيب في الشيء وعيب في الرضا. وبالرغم ممّا قد يؤول إليه الأمر من إخلال بالاستقرار التعاقدى، فإنّ الفصل بين المسألتين يبقى إلى درجة بعيدة رهين قدرة الطالب على إثبات أنّه وقع في غلط أو تغرير، وقدرة البائع في بيان أنّ المسألة لا تعدو أن تكون عيباً. أمّا قبول هذه الخيرة من قبل قضاينا فهو رهين تبني سياسة حمائية من عدمها لفائدة المشتري.

2 - عيب قديم

٢- لا يضمن البائع من عيوب المبيع القيمي إلا تلك التي وجدت فيه وقت البيع أما إذا كان مثلياً مما بيع بالوصف أو بالكيل أو بالوزن فالبائع لا يضمن إلا العيوب الموجودة فيه وقت التسليم (الفصل 650 م.أ.ع). وقد ربط المشرع التونسي مثل نظيره اللبناني (الفصل 445 موجبات) بين انتقال الملكية وضمان العيوب. فالملكية في القيميات تنتقل بمجرد العقد، وفي المثليات تنتقل بالفرز الذي يتمّ عادة وقت التسليم⁴². فالمقصود بالعيب القديم هو العيب الموجود زمن البيع أي زمن انتقال الملكية ويميّز عن العيب الحادث أي الذي يقع بعد البيع (الفصلين 664 و665 م.أ.ع). وقد يكون العيب قديماً، ولكّنه عارض أي أنّه يوجد زمن البيع ولكّنه يزول قبل نشر الدعوى أو أثناءها وبدون إمكانية أن يعود. ويتصوّر ذلك مثلاً في بيع الحيوان الذي يكتشف مرضه بعد البيع ثم يبرأ برءاً نهائياً قبل نشر الدعوى أو أثناءها. ففي هذه الحالة لا يكون البائع ضامناً، ولكن إذا كان من شأن العيب أن يتجدد فلا ينطبق هذا الحكم (الفصل 667 م.أ.ع).

⁴² أنو سلطان، فقرة 233

- وتبرز الفائدة من شرط قدم العيب في ضرورة التفرقة بين نشأة العيب وزمن ظهوره⁴³ فالعيب الكامن في المبيع زمن البيع والذي لم يظهر إلا بعد البيع (كالتسوس في الخشب) يلزم البائع بالضمان لوجوده زمن البيع فالعبرة حينئذ بزمن نشأة العيب لا بزمن ظهوره.

3 - عيب خفي

- لا يستعمل المشرع وصف " الخفاء " في العيب إلا في أربعة فصول (648 و 652 فقرة 2 ، 669 و 673 م.إ.ع) ولكنه لم يعرف العيب الخفي. ورغم أن الفصل 652 م.إ.ع يهتم المنقولات ، فيما عدا الدواب ، فإنه يمكن القول بأن العيب يكون خفياً كلما تعدد الاطلاع عليه بدون تفحص المبيع ("يقلبه عند وصوله") ومن باب أولى وأحرى كلما تعدد الاطلاع عليه بعد تفحص عادي ("تخفى عند التقلب على من لم يتأمل")⁴⁴. ويمكن تعريف العيب الخفي حينئذ بعكسه ، أي العيب الظاهر الذي لا يكون محلّ ضمان (الفصل 668 م.إ.ع). وتظهر هنا العلاقة بين ضمان العيوب والالتزام بالتسليم. وقد سبق أن بينّا أن قبول الشيء أي استلامه من المشتري بدون تحفظ يحلّ المشتري بالعيوب الظاهرة ويمنعه من القيام على البائع من أجل تسليم شيء على حاله⁴⁵.

- على أن التفرقة بين العيب الخفي والعيب الظاهر ليست في التطبيق على ما هي عليه من وضوح نظري. فمحكمة التعقيب تمارس على هذين المفهومين (العيب خفي والعيب الظاهر) رقابة غير مباشرة على التكييف من خلال رقابتها على التسبب فتفرض على حكام الأصل تعليل أحكامهم بالوقوف على هذه العيوب و"التأمل منها ومعرفة طبيعتها، وهل هي تنقص من المبيع نقصاً محسوساً أم تعتبر عيوباً مغترة بحسب العرف والعادة"⁴⁶.

⁴³ BENABENT، op. cit.، n° 227.

⁴⁴ ordinaire Vices non reconnaissables par un examen

⁴⁵ أدناه ، فقرة 224.

⁴⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 37447 مؤرخ في 16 مارس 1993 ، ن 299 .

— قارن تعقيب مدني عدد 25438 مؤرخ في 5 ماي 1992 ، ن 311 ، وتعقيب مدني 26729 مؤرخ في 5 ماي 1991 ، ن 257 .

وتمكن رقابة التعليل من تقدير العيب الظاهر أو الخفيّ تقديراً واقعياً⁴⁷ يؤدي إلى ضرورة أن تؤخذ بعين الاعتبار خصوصيات كلّ حالة على حدة ولكن ذلك قد يؤدي بمحكمة التعقيب إلى الخروج عن وظيفتها كمحكمة قانون لتتولى ، تماماً كما لو كانت حاكم أصل ، مناقشة الوقائع من اختبارات ومراسلات لتحديد الوصف "النهائي" للعيب بأنه ظاهر أو خفي⁴⁸.

ـ غير أنّ اشتراط خفاء العيب يستوجب بيان حدوده. فمن ناحية، ليست كلّ العيوب الخفية محلّ ضمان إذ يقصد المشرّع كما أسلفنا العيوب التي لا تنقص قيمة المبيع أو الانتفاع به إلا ما لا بال له وكذلك العيوب المغتفرة بحسب العرف والعادة (آخر الفصل 647) والعيوب التي لا يمكن الاطلاع عليها إلا بتغيير في ذات المبيع كالثمار في قشرتها إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو كان البائع مطالباً بالضمان على مقتضى العرف (الفصل 648 م.أ.ع). وكذلك لا يضمن البائع العيوب الخفية التي علمها المشتري أو كان يمكنه أن يعلمها بسهولة (الفصل 668 م.أ.ع).

على أنّ إمكانية العلم بالعيب بسهولة تختلف من شخص إلى آخر وهو ما قد يبرّر العمل بالتفرقة التي أقرّها فقه القضاء الفرنسي بين المشتري العادي والمشتري المحترف الذي تقع على كاهله قرينة بسيطة بالعلم بالعيب، بينما ينبغي على البائع إثبات أنه كان بإمكان المشتري العادي أن يعلم بسهولة عيب الشيء⁴⁹. كما أنّ العيب الخفيّ يقصى من الضمان إذا صرح به البائع أو اشترط عدم الضمان (الفصل 670 م.أ.ع) وكذلك إذا اطلع المشتري على العيب ورضي به أو تصرف في المبيع تصرف المالك أو انتفع به إلا إذا كان الأمر متعلقاً بعقار إذ يجوز الانتفاع به بالسكنى مدة طلب الفسخ (الفصل 671 م.أ.ع).

⁴⁷ Une appréciation in concreto

⁴⁸ راجع على سبيل المثال قرار تعقيبي مدني عدد 27904 مؤرخ في 5 مارس 1995 ن 194.

⁴⁹ حول هذه المسألة راجع -MALAURIE et AYNES, op.cit., n° 390 et s.; BENABENT op.cit., 228

من جهة أخرى ليست كلّ العيوب الظاهرة مقصاة من الضمان. فالفصل 669 م.أ.ع ينصّ على أنّه "إذا صرّح البائع بسلامة المبيع كان عليه درك العيوب حتى التي لا تخفى على الشّاري". وكذلك الأمر كلّما اتفق الطرفان على ضمان العيوب الظاهرة. ويتميّز إلى جانب ذلك قانون البعث العقاري بخصوصيّة تتمثّل في كونه يقرّر ضمان العيوب الظاهرة بتمكين المشتري من طلب الفسخ أو التّخفيض في الثّمن بشروط تضمّنها الفصل 16 من ذلك القانون⁵⁰.

- وهكذا يتبيّن أنّ المشرّع يكون على حقّ حينما لا يصف ضمان عيوب المبيع بضمان العيوب الخفيّة بل يترك العبارة دون وصف لما يشملها الضمان من بعض العيوب الخفيّة وبعض العيوب الظاهرة.

ب - شروط الممارسة

- لا بدّ للمشتري حتى يتمكّن من ممارسة دعوى الضمان من احترام الإجراءات الأوليّة (1) و الأجل المقرّرة للقيام بالدّعوى (2) إلى جانب إثبات العيب المدّعى به (3).

1- الإجراءات الأوليّة

- تتمثّل هذه الإجراءات في تفحص المبيع وفي إعلام البائع بالعيب وتحقيق حالة المبيع وحفظه.

- يفرض الفصل 652 م.أ.ع . في فقرته الثانية على المشتري تفحص المبيع (التقليب) منذ وصوله إلى المشتري. وقد تحمل العبارة المستعملة على الاعتقاد أنّه على البائع نقل المبيع إلى محلّ المشتري. ولكن علما بأنّه ليس على البائع إلا تسليم المبيع (إلا في صورة

⁵⁰ القانون عدد 17 لسنة 1990 ، في 26/2/1990 ، المتعلّق بتحويل النّشريع الخاصّ بالبحث العقاري سابق الذكر .

الاتفاق على خلاف ذلك)⁵¹ فإنّ المقصود بالوصول هو تسلّم المشتري للشيء ، والذي يقع مبدئيًا منذ البيع (الفصل 679 م.ا.ع). ويفيد استعمال اسم الزمان "عند" الوقت الذي لا بد أن يتم فيه التّقليب فيكون ذلك زمن تسلّم المبيع ويعني ضرورة القيام بالتّقليب فور ذلك التّسلم.

ولا يفرض المشرّع تفحص المبيع إلا عندما يكون منقولاً ، ومن غير الحيوانات. ويرى البعض⁵² أنّ واجب التّفحص يمكن أن يفرض في كلّ الصّور الأخرى وفي العقارات على وجه الخصوص وذلك اعتماداً على الفصل 668 م ا ع الذي يعفي البائع من الضّمان كلّما كان للمشتري أن يعلم بالعيب بسهولة وهو ما يؤدّي إلى فرض التزام بالحزم على المشتري⁵³.

لكن مع العلم أنّ احتجاج البائع بالفصل 668 م.ا.ع لا يكون إلا بخصوص العيوب التي يمكن للمشتري أن يعلمها بسهولة بما يقضي إمكانية الاحتجاج بذلك الفصل كلّما تعدّر الاطلاع على العيب بعد تفحص عادي (الفصل 647 م ا ع) فإنّ التّفحص المفروض لا يهدف إلاّ للإعداد إلى الإجراء الموالي أي إعلام البائع بالعيب الذي لا يرتّب المشرّع عن عدم وقوعه شيئاً بالنسبة للمبيعات الأخرى وخصوصاً العقارات ، إذ خلافاً للمنقولات التي يشترط للقيام بضمان العيوب فيها إعلام البائع على معنى الفصل 652 م ا ع لا يستوجب المشرّع ذلك الإعلام⁵⁴. هذا فضلاً على أنّ فرض إجراء التّقليب في كلّ الأحوال يطبّق على المشتري في صورة لم يقرّها المشرّع مما ينجّر عنه مخالفة للقاعدة العامّة في تأويل القانون أنّ ما به قيد لا يتجاوز القدر المحصور مدّة وصورة. (الفصل 540 م.ا.ع)

⁵¹ انظر أعلاه ، الفقرة 204.

⁵² Soukeina BOURAOUI, Contribution à l'étude des défauts réhibitoires en matière de vente dans le code des obligations et des contrats R.T.D., 1989, p.145 et s. et spéc.p.170.

⁵³ Obligation de diligence

⁵⁴ مع الانتباه إلى ما يفرضه قانون البعث العقاري حول الإعلام بالعيوب الظاهرة للبناء.

١٠- ويلي التفحص إعلام البائع بالعيب. ويتم ذلك في أجل يختلف بحسب حالتين . فإما أن يقع اكتشاف العيب بعد تفحص عادي فيكون أجل الإعلام سبعة أيام من تاريخ التسليم وإما أن التفحص العادي لم يمكن من اكتشاف العيب أو حال مانع دون القيام بالتقليب وحينئذ يكون الإعلام بمجرد الإطلاع على العيب (وقد تبرز الفائدة هنا مرة أخرى من التفرقة بين المشتري العادي والمشتري المحترف الذي بخلاف الأول سيكون مجبرا على إثبات تعذر اكتشاف العيب) . ولا يفرض المشرع شكلا خاصا بالإعلام الذي قد يكون برسالة مضمونة الوصول أو عن طريق عدل تنفيذ .

ويترتب عن عدم الإعلام أن المشتري يعدّ قابلا للمبيع المعيب ولا ويستثنى من ذلك إلا ما يتعلق بالبائع سيء النية (آخر الفصل 652 م.أ.ع) كما أنّ الإعلام خارج أجل السبعة أيام ، والإعلام المتأخر يسقطان حق المشتري في القيام تطبيقا للفقرة الثانية من الفصل 672 م.أ.ع⁵⁵ .

والإعلام بالعيب يكون في المنقول دون الحيوان وهو لا ينطبق في العقارات. ويبقى أن تراعى في هذا المجال الأحكام الخاصة بالبعث العقاري حيث يقرّر الفصل 16 من قانون البعث العقاري بخصوص العيوب الظاهرة للبناء أنّه على المشتري أن يعلم بها البائع العقاري في أجل ثلاثة أشهر بداية من تاريخ التسليم بما يحصر هذا الأجل في العيوب الظاهرة دون الخفية وفي البيع في إطار البعث العقاري دون غيره من البيوع.

١١- ويفرض الفصل 653 م.أ.ع على المشتري تحقيق حالة المبيع حالا ، أي في أقرب وقت بواسطة خبير بإذن من القضاء. ويتم ذلك بحضور البائع أو نائبه ، إذا كانا بالمكان الذي يوجد فيه المبيع. ويعفى المشتري من تحقيق حالة المبيع إذا كان البيع بمقتضى أنموذج لم يحصل بين المشتري والبائع نزاع حول أصله. أما إذا حصل النزاع فلا بد من التحقيق. ويدرّب عن عدم تحقيق حالة المبيع ضرورة إثبات المشتري لوجود العيب في المبيع وقت تسلّمه له مثل ما اقتضاه الفصل 653 م.أ.ع .

⁵⁵ قرار تعقيبي مدني ع 27489 مؤرخ شفي 1991/5/23 ، ن. 185 .

٢٠- إلى جانب ذلك يكون المشتري ملزماً باتخاذ جميع الوسائل لحفظ المبيع وقتياً إذا كان مجلوباً من مكان آخر، ويجوز له تنفيذاً لذلك بيعه إذا كان مما يهلك بسرعة. ويصير من الواجب عليه بيعه إذا اقتضته مصلحة البائع. ويتم البيع بواسطة القضاء ويكون المشتري ملزماً في كلتا الحالتين بإعلام البائع فوراً بكل ما قام به من حفظ للمبيع أو بيعه وإلا كان عليه تعويض الخسارة.

ولا شك أنه ينتج عن مثل هذه الإجراءات السابقة للدعوى مبالغة واضحة في حماية مصالح البائع وتفضيل له على المشتري يتأكد بالتشديد على هذا من حيث آجال القيام بالدعوى.

2- آجال القيام بدعوى الضمان

٢١- تهم آجال القيام بدعوى الضمان العيوب وفوات الوصف على حد السواء وذلك بصريح عبارة الفصل 672 م ١ ع بقول المشرع إن "القيام بالعيوب أو بفوات الوصف المرغوب يكون..." و يميز الفصل المذكور بين العقارات والمنقولات. فأجل القيام بدعوى العيوب أو فوات الوصف يكون في العقارات سنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً. وهو في المنقولات ثلاثون يوماً بشرط مراعاة الإعلام على الصور المقررة بالفصل 652 م ١ ع . ويبدأ احتساب تلك الآجال في الحالتين من يوم التسليم. وهي آجال سقوط ، لا آجال تقادم ، بمعنى أنها لا تقبل لا القطع ولا التعليق. ويتأكد ذلك بما جاء بصريح نصّ الفقرة الأولى من الفصل 672 من ناحية " وإلا سقط الحقّ فيها " ومن ناحية أخرى لأنّ الفقرة الأخيرة من نفس الفصل قرّرت أنّه يجري على سقوط القيام بالعيوب الفصول 384 إلى 390 وأقصت بذلك ضمناً ولكن بصورة مؤكدة أحكام القطع والتعليق المقررة بالفصول 392 و 396 إلى 400 م.١ ع والمتعلقة بآجال التقادم⁵⁶.

⁵⁶ قارن بوراوي، المقال سابق الذكر ، ص 173 .

- على أن هذه الآجال لا تهمّ النظام. وتمكّن الفقرة الأخيرة من الفصل 672 م.أ.ع من الاتفاق على الزيادة أو الإنقاص فيها. لكن وبقطع النظر عن تلك الاتفاقات فإنّ الملاحظ أنّ هذه الآجال قصيرة خصوصا إذا ما اعتبرنا بداية احتسابها. ولربّما كان من الأفضل اعتبار يوم اكتشاف العيب. ولعلّ ما يبرّر قصر هذه الآجال الاعتقاد بأنّه كلّما مرّ الزّمن ضعفت إمكانيات تقرير ما إن كان العيب قديما⁵⁷. ولكن تطوّر تقنيات الاختبار وخاصة عندما يتعلق الأمر بتحديد العيب في التصميم أو الصّنع يمكّن من القول بأنّ هذه الفكرة قد تجاوزتها الأحداث نسبيا.

- وقد يبرّر قصر الآجال التفكير في هجر القواعد الخاصة بالمنظمة لضمان العيوب واللجوء إلى القواعد العامة، إمّا لطلب إبطال العقد من أجل عيب في الرضا (التّغريب أو الغلط)⁵⁸ أو طلب الجبر على الوفاء أو الفسخ على معنى القواعد العامة وفي إطار تنفيذ الالتزام بالتسليم (تسليم شيء على حاله)⁵⁹. ولقد كان ذلك هو نفس من ردّ الفعل في القانون الفرنسي الذي يشهد نقاشا فقهيّا وقضائيّا بخصوص محاولات تجنب أحكام الفصل 1648 م.م.ف. الذي لم يضبط خلافا للفصل 672 م.أ.ع آجالا محدّدة عدّا بل اقتصر على مفهوم "الأجل القصير" (Le bref délai). وفي أهمّ ما صدر من قرارات عن محكمة التّعقيب الفرنسيّة اعتبرت الدائرة المدنية الأولى لدى هذه المحكمة في قرار 14 ماي 1996⁶⁰ أن وجود عيب في الشّيء يجعل العيوب الخفيّة هي الأساس الوحيد لدعوى المشتري مقصية هكذا إمكانيات التداخل مع الدّعوى من أجل الغلط ودعوى تسليم شيء مطابق (على حاله).

⁵⁷ قارن BENABENT, n° 230

⁵⁸ انظر أعلاه، فقرة 210

⁵⁹ انظر أعلاه فقرة 211، وخلافا لما تراه الأستاذة بوراوي (مقال سابق الذكر، ص 172) من أنّ القيام على معنى أحكام التسليم خاضع من حيث الآجال للفصل 629 م.أ.ع. نعتقد أنّ أحكام ذلك الفصل لا تهمّ إلا صور الخيار الممنوحة للمشتري بطريقة حصرية، عند وجود نقص أو زيادة في المبيع طبقا للفصول 623 إلى 627 م.أ.ع. (انظر أعلاه فقرة 227 وما بعدها) ولا يمكن تبعا لذلك تعميمها على كامل أحكام التسليم.

⁶⁰ Christophe RADE, l'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de cass. 1ère Civ. 14 mai 1996, Chavanne C/ Stè lambert distribution, JCP 1997, Etude 4009.

لا شك أنّ في مثل هذا التوجّه أكثر احتراماً للمبادئ العامة في التأويل وخاصة المبدأ الذي مقتضاه أن الخاصّ يزيج العام. كما أنه أكثر مطابقة لمتطلبات استقرار العلاقات التعاقدية.

ـ. وقد يمكن تحقيق حماية للمشتري من خلال قواعد ضمان العيوب وفوات الوصف ذاتها وذلك بمحاولة إعادة النظر في الصّور التي يمنع فيها على البائع الاحتجاج بفوات الآجال المنصوص عليها بالفصل 672 م.إ.ع إذ يقتضي الفصل 673 في هذا المعنى أنه " ليس للبائع المدّلس أن يحتجّ على المشتري بمضيّ الآجال المبينة في الفصل السابق أو بشيء آخر اشترطه في التبرّيء من العهدة...". ومع العلم بأنّ أبرز ميدان تكون فيه حماية المشتري ضرورية هو ميدان العلاقات بين بائع محترف ومشتري عادي ، فإنّ التساؤل يتعلّق بإمكانية اعتبار البائع المحترف بائعاً مدلساً لمنعه من الاحتجاج بمضيّ الآجال أو بالاتفاق على التضييق فيها وبصفة عامّة كلّ اتفاق يؤدّي إلى إعفائه من الضمان؟

يبدو هذا الحلّ ممكناً انطلاقاً من الفصل 673 م.إ.ع ذاته ؛ إذ يعرف هذا النصّ البائع المدّلس بأنه كلّ بائع "تحيل على المشتري في إخفاء العيوب عليه أو كان سبباً فيها". فيوجد صنفان من الباعة المتحيلين صنف يعلم بوجود العيب ويتعمّد إخفائه باستعمال الخزعبلات أو بالسكوت عن العيب ، ويظهر ذلك بالخصوص من النصّ الفرنسي للفصل 673 م.إ.ع الذي يشير إلى أساليب التّغريب محيلاً ضمناً إلى الفصل 56 م.إ.ع. الذي لا يحصر التّغريب في المخاتلات بل يتوسّع فيه إلى الكنايات. أمّا الصّنف الثاني فهو البائع الذي لا يستعمل الحيل ولكنه يتسبّب في العيب (ولا تظهر هذه التّفارقة في النصّ الفرنسي الذي يعتبر البائع مدلساً من تحيل لإخفاء العيب أو التسبّب فيه⁶¹). وفي كلتا الحالتين يكون المشتري مطالباً بإثبات المخاتلات أو الكنايات أو التسبب في العيب. ولا يفرّق النصّ بين بائع ظرفي وبائع محترف. ولكن ربما أمكن إعطاء معنى مفيد لفعل "تسبّب" يتلاءم

⁶¹. est de mauvaise foi tout vendeur qui aurait employé des manœuvres pour créer ou dissimuler les vices de la chose vendue

وتطوّر الأوضاع. فمن تسبّب في العيب قد يكون قاصداً ذلك. ولكّنه قد لا يكون قاصداً. ولكنّ التمييز بين من أخفى العيب ومن تسبّب فيه يؤدي إلى افتراض علم البائع بالعيب. ويكون ذلك الافتراض مجدياً في صورة البائع الذي صنع الشيء⁶². ولكنّ النصّ يبدو قاصراً عن بلوغ هذه النتيجة إذا كان البائع محترفاً ولكّنه ليس صانع الشيء لأنه لم يتسبّب فيه أي لم يكن متدخلًا بوجه من الوجوه في صناعته.

لقد تجاوزت الدائرة السادسة لدى محكمة التعقيب في قرارها المؤرّخ في 16 جانفي 1991⁶³ هذه الصعوبة فاعتبرت البائع المحترف، الذي لم يصنع المبيع، بائعاً مدلساً بتطبيق مترامن للفصلين 655 و 673 م.إ.ع بقولها "حيث أنّ المعقبة محمولة على العلم بعيوب المبيع باعتبارها تاجراً وباعت شيئاً من متعلقات تجارتها عملاً بأحكام الفصل 655 م.إ.ع".

وحيث أنّ البائع الدّي يكون عالماً بعيوب المبيع الخفية ويتعمّد مع ذلك بيعه للمشتري الذي يعتقد سلامته هو بائع مدلس على معنى الفصل 673 ... لأنّ صنيعه الذي يدلّ على سوء نية واضحة تتكوّن منه جنحة مدنيّة ويعتبر على هذا الأساس من قبيل المتحيّل على المشتري في إخفاء العيوب عليه".

غير أنّ هذا الحلّ لم يعتمد ركائز ثابتة في التعليل. لقد قاربت محكمة التعقيب بين الفصلين 655 و 673 م.إ.ع دون أن ترتّب عن ذلك نتيجة مقبولة منطقياً. فالمفروض أنّ قرينة العلم بالعيب التي يضعها الفصل 655 م.إ.ع تستعمل لتنظير البائع المحترف - صنع الشيء أم لم يصنعه - بالبائع سيء النية. لكنّ الدائرة السادسة ذكّرت بقرينة الفصل 655 م.إ.ع في مرحلة أولى لتقرّر في مرحلة ثانية أنّ البائع تعمّد البيع فانتقلت من افتراض العلم بالعيب إلى تقرير تحيّل فعلي من قبل البائع. وهو تمشّ قابل للنقاش جدياً لأنّ قرينة العلم لا تعني بالضرورة علماً فعلياً، ولا يبرز من تولّي البائع بيع الشيء المعيب تحيّل فعلي. لذلك فإنّه لا يمكن تنظير البائع المحترف بالبائع المدلس إلاّ بافتراض علمه بالعيب سواء أكان بائعاً صانعاً أو بائعاً محترفاً دون أن يكون صانعاً للشيء.

⁶² Le fabricant

⁶³ قرار تعقيبي مدني ع 28552 مؤرّخ في 16/1/1991 ن. 169.

وقد بدا فقه القضاء في مرحلة أولى محتزرا على هذا التنظير بما جعل قرار الدائرة السادسة منعزلا. فقد رفضت الدائرة الثانية ضمناً اعتبار البائع المحترف (صانع الشيء - علف الحيوانات) بائعا مدلسا عندما أقرت حكام الأصل حين اعتبروا أنّ المشتري لم يثبت أنّ البائع مدلس حال أنّ المطعن أثار مسألة التنظير بين البائع المحترف والبائع المدلس⁶⁴. كما نقضت الدائرة الثالثة القرار الاستئنافي الذي اعتبر الشركة العقارية للبلاد التونسية بائعا مدلسا تطبيقا للفصلين 655 و 673 م ا ع⁶⁵. لكنّ الدائرتين الثانية والثالثة لا تعتمدان أيّ تعليل لتبرير موقفهما وقد قررتا نقض أحكام الأصل بناء على عدم تحقيق صفة العيب في الشيء. لكنّ هذا الموقف يبقى غير ملائم للتطور الذي يشهده نسق العلاقات بين مهنيين وغير مهنيين . ولا يبدو التشريع الحديث أفضل وضعا من هذه الناحية. فلئن أقرّ قانون حماية المستهلك بالفصل 17 أنه "يتعين على المزود لكلّ منتج ان يعترف للمستهلك بحقه في الضمان" واعتبر الاتفاقات على عدم الضمان باطلة، فقد أخضع بالفقرة الثالثة من نفس الفصل الضمان للشروط العامة بمجلة الالتزامات والعقود، ولربما كان من الأفضل إلى جانب ذلك تقرير عدم مواجهة البائع المحترف للمستهلك بالأجل المقررة بالفصل 673 م.ا.ع.

من جهة أخرى يبدو فقه القضاء المنشور متجها نحو الاستقرار على تنظير البائع المحترف بالبائع المدلس وإن اختلفت الأسس المعتمدة. فلئن اعتبرت الدائرة الثالثة عشرة في قرارها المؤرخ في 26 سبتمبر 1996⁶⁶ مثل الدائرة السادسة أنّ البائع المحترف محمول على العلم بالعيب تطبيقا للفصل 655 م.ا.ع إلا أنها أضافت أن البائع المحترف مدلس بناء على كونه كان سببا في العيب. وقد قرّرت نفس الدائرة في مناسبة أخرى أن البائع المحترف مدلس دون تبرير بقولها أن الطاعنة هي شركة مختصة في شؤون

⁶⁴ قرار تعقيبي جزائي عدد 27489 مؤرخ في 1991/5/23 ، ن. 185 .

⁶⁵ قرار تعقيبي مدني عدد 27904 مؤرخ في 1991/3/5 ، ن. 194. وكان نفس المعنى قرار تعقيبي مدني عدد 37447 (نفس الدائرة)

مؤرخ في 1993/3/16 ، ن. 299 .

⁶⁶ ت.م 53630 في 1996/9/26 ، I ، 282 .

الأراضي والبناء وعلى معرفة بمهنتها وتعتبر بالتالي بائعة مدلسة على مع الفصل 673⁶⁷

أما قرار الدائرة التاسعة المؤرخ في 16 أبريل 1996⁶⁸ فقد كان أكثر جرأة عندما اعتبر أن "المعقبة لا تنازع في كونها تحترف بناء العقارات وبيعها ولذا فإنها تعتبر قانونا على علم بالعيوب الخفية التي تظهر في المبيع بعد تسلمه من المشتري وهذا العلم يسويها بالبائع سيء النية ... وهي قرينة قانونية لا تدحض إلا بإثبات علم المشتري بوجود العيب الخفي عند التعاقد ورضائه بالمبيع رغم علمه بعيبه". وتتمثل جرأة هذا القرار في إنشاء قرينة لم يأت بها نصّ فافتراض العلم بالعيب في البائع المحترف دون أن يلجأ إلى الفصل 655 م.أ.ع لينظر بين البائع المحترف والبائع سيء النية.

3 - الإثبات

-. يطالب المشتري بإثبات العيب أو فوات الوصف. ويعتبر العيب ثابتا إذا ما قام المشتري بتحقيقه على مقتضى الفصل 653 م.أ.ع وإلا فإنه يتعين عليه إثباته إما بالوسائل التي قررها الفصل المذكور أي الاختبار أو بشئ الوسائل الأخرى باعتباره واقعة قانونية . وكذلك يلزم المشتري بإثبات أنّ المبيع دون الأنموذج في البيع على مقتضى الأنموذج إذا ادعى المشتري أنّ المبيع خال عن وصف ذلك الأنموذج. كما أنّ المشتري مطالب بإثبات زمن العيب (العيب القديم) ويضيف الفصل 651 م.أ.ع أنّه حصل ريب في زمن حصول العيب فالقول " قول البائع بيمينه ". كما أنّه على المشتري إثبات أنّ البائع محترف حتى يمكنه الحصول على التعويض (الفصل 655 م.أ.ع) وعليه إثبات سوء نية البائع حتى لا يعتبر سكوته رضاء بالمبيع المعيب وحتى لا يواجه بفوات آجال القيام.

⁶⁷ ت.م 52554 في 26 ماي 1996 – ن I ، 288 .

⁶⁸ ت م 51687 في 16 أبريل 1996 ن 1 274

. - ومن جهته يكون البائع مطالباً بإثبات أن العيب ظاهر أو أن المشتري رضي بالعيب أو أنه فرط في الشيء أو استعمله لغاية نفسه أو فوت فيه أو صيره غير صالح للاستعمال فيما أعد له.

II - آثار الضمان

. - يقرّر المشرّع بالفصل 683 م ا ع حقا للمشتري في حبس الثمن إذا ما اطلع على عيب ردّ في المبيع، في انتظار أن يقرّر الحلّ الذي يخوّله له الفصل 655 الذي جاء فيه انه " إذا وجب الرد لثبوت العيب أو لفوات الوصف كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع وردّ الثمن ، فإن اختار عدم ردّ المبيع فلا حق له في تنقيص الثمن وإثما له الحقّ في طلب تعويض الخسارة في الصّور الآتية ... " و يتبيّن من هذا الفصل أن الحلّ المبدئي هو الفسخ (أ)، فإذا قرّر المشتري الاحتفاظ بالمبيع فإنّه لا حقّ له في تنقيص الثمن إثما يكون له في صورة هلاك الشيء الحقّ في تعويض الخسارة بما يجعل هاذين الإمكانيتين من بين الحلول الاستثنائية (ب).

أ - الحلّ المبدئي

. - إذا ما تقرّر الفسخ (1) فإنّه يؤدّي إلى الاسترداد المتبادلة (2).

1 - الفسخ

. - يكون للمشتري طلب الفسخ إذا ثبت العيب أو فوات الوصف. على أن هذا الحلّ لا ينطبق إلا على القيميات، أمّا إذا كان المبيع من المثليات فإنّه ليس للمشتري إلا جبر البائع على أن يأتيه بمثله سالما ويعوّض له الخسارة إن وقعت (الفصل 656 م ا ع). وكذلك لا يمكن للمشتري طلب الفسخ في صورة الفصل 663 أي إذا تعيب المبيع بتفريط منه أو ممن هو مسؤول عنه أو استعمله قبل العلم بالعيب بما يحط من قيمته بوجه هام.

- ويمكن أن يكون الفسخ في البعض أي في الجزء المعيب. ولا يكون هذا الحل ممكناً إلا في البيع جزافاً ودون تبويض في الثمن وإذا كانت المبيعات مما لا يضرّها التبويض. أمّا إذا كانت بعكس ذلك فإنّه لا يجوز له إلا طلب الفسخ في جميعها (الفصل 657) وكذلك إذا كان المبيع من القيميات وظهر بعضها معيباً، فليس للمشتري إلا طلب الفسخ أو الاحتفاظ بالمبيع على معنى الفصل 655 (الفصل 656).

- أمّا إذا كان العيب في التّوابع فلا يفسخ البيع إلا في شأنها بمعنى أنّ العقد لا يفسخ في الأصل. وبالعكس من ذلك إذا فسخ العقد في الأصل يسري حكم الفسخ للتّوابع ولو كان لكلّ منها ثمن معيّن.

2 - الاستردادات

- إذا ما تقرّر الفسخ فإنّ المشرّع - على غير عادته ينظم الاستردادات المتبادلة.

- فالمشتري مطالب بردّ المبيع المعيب وتوابعه المتعلقة به منذ العقد والتي انضافت إليه بعد العقد، وكذلك عليه ردّ غلّته منذ التراضي على الفسخ أو الحكم به وغلّته السابقة عن ذلك التاريخ (الفصل 660). ولكن ليس على المشتري ردّ المبيع إذا هلك بعيب فيه أو بأمر طارئ نشأ عن العيب المذكور (الفصل 662).

- أمّا البائع فهو مطالب بردّ الثمن الذي قبضه من المشتري مع مصاريف العقد، وما أنفقته على الغلّة التي ردّها إليه (الفصل 660 فقرة 3 أولاً وثانياً) ولا يحقّ للمشتري المطالبة باسترجاع الثمن كلّهُ أو بعضاً إذا تعدّر عليه ردّ المبيع بسبب هلاكه بخطأ منه أو ممن هو مسؤول عنه ، أو بقوة قاهرة أو إذا سرق أو ضاع. والحلّ منطقي طالما أنّ هلاك الشيء

على مالكة، وكذلك إذا غيّر المشتري هيئة الشيء وصيّرهُ غير صالح للاستعمال فيما أعدّ له (الفصل 661).

ب - الحلول الاستثنائية

- تتمثل هذه الحلول في ثلاث صور: التّقيص من الثمن والتّعويض والخبرة بين الاحتفاظ بالمبيع أو رده.

1. - يقرّر الفصل 655 م ا ع أنّه إذا اختار المشتري عدم ردّ المبيع فلا حق له في تنقيص الثمن. وهكذا فانه لا مجال مبدئياً للاحتفاظ بالمبيع مع طلب تنقيص في الثمن إلا في صورتين المقرّرتين بالفصل 663 م.ا.ع وهما : تعييب المبيع بتفريط أو ممّن هو مسؤول عنه ، وصورة ما إذا استعمل المبيع استعمالاً يحطّ من قيمته بقدر له بال قبل الإطلاع على العيب (فإذا كان بعد الإطلاع على ذلك لم يبق له رجوع على البائع (الفصل 671).
والحالتان تختلفان عن صور الفصل 661 م ا ع لأنّه في هذه الحالة، يهلك المبيع هلاكاً تاماً أو يصير غير صالح للاستعمال أما في صورة الفصل 663 فإن هناك تعييب لا هلاك للشيء واستعمال يحطّ من قيمته دون أن يجعله غير صالح تماماً⁶⁹.

ويقع حطّ الثمن بالرجوع إلى معيار الفصل 659 م ا ع ، أي بتقدير قيمة المبيع سالماً وقت البيع وتقدير قيمته معيباً.

2. - إذا تعلق الأمر بالمثلّيات فإنّ التعويض الذي يصاحب الحل المبدئي المتمثل في استبدال المبيع المعيب بآخر سليم ، لا يكون تلقائياً بل لا بد من إثبات الضرر . أما في

⁶⁹ انظر احترازات السيدة سكيّنة بوراوي، في المقال سابق الذكر ص 183.

القيمات فإن التعويض يظهر كنتيجة استثنائية للاحتفاظ بالمبيع المعيب في صور ثلاث عددها الفصل 655 م 1 ع .

فإذا قرّر المشتري الاحتفاظ بالمبيع، لم يكن له طلب تخفيض في الثمن وإنما يكون له طلب تعويض الخسارة.

- إذا كان البائع عالما بعيوب المبيع أو بعدم وجود الوصف الموعود به، ولم يشترط عدم الضمان. والحلّ مطابق لما جاء بالفصل 670 م 1 ع من أنّه لا شيء على البائع من عيوب المبيع ومن عدم وجود الأوصاف المطلوبة إذا صرّح بذلك أو اشترط البراءة . على أنّه يجب التذكير بأنّه على الأقلّ في ميدان حماية المستهلك يقرّر الفصل 17 في فقرته الثانية من قانون حماية المستهلك أن كلّ اتفاق أو عقد يتعلق بعدم الضمان يكون لاغيا ، وهو ما من شأنه أو يوسّع في إمكانيات طلب التعويض إذا ما رام المشتري الاحتفاظ بالمبيع المعيب.

ومن ناحية أخرى وفي نطاق الشريعة العامة يضع المشرّع بالفصل 655 م 1 ع على كاهل البائع المحترف قرينة علم بالعيب ، والبائع المحترف هو التاجر أو البائع الذي يكون بيع مثل ذلك الشيء من مقتضيات تجارته.

وكذلك يكون البائع مطالبا بالتعويض إذا صرّح بعدم وجود العيب أو كان المبيع خاليا عن الوصف المشترط فيه (الفصل 655 ثانيا وثالثا). كذلك يكون التعويض ممكنا إذا تعلق البيع بمثلّيات معيبة وبشرط إثبات الضرر⁷⁰ كما أنّ تعويض الخسارة ممكن إذا البائع مدّسا وهلك المبيع لعيب فيه أو لأمر طارئ (الفصل 662).

لكنّ التعويض لا ينحصر في الصّور التي لا يقع فيها الفسخ، بل يتعدّاه إلى صورة الفسخ، فالبائع المدّس يؤدّي إضافة إلى ما ينبغي عليه ردّه الخسائر التي تسبب فيها للمشتري (الفصل 660 فقرة 2 ، ثالثا).

⁷⁰ انظر الفقرة 299 أعلاه.

3 -) وينظم الفصل 664 الحالة الخاصة للعيب الحادث الذي يطرأ على العيب القديم فيمكن كلا من البائع والمشتري من خيار.

فيجوز للمشتري الاحتفاظ بالمبيع معيبا والرجوع على البائع فيما يتعلق بالعيب القديم، أو ردّ المبيع مع تحمّل نقص في الثمن ملائم للعيب الحادث أي أنّ البائع لا يرجع له كامل الثمن بل الثمن منقوصا منه ما يناسب العيب الحادث.

على أنّ البائع يمكنه طلب ردّ المبيع على الحالة التي هو عليها بشرط التنازل عن المطالبة بالتعويض عن العيب الحادث. وفي هذه الصورة يخيّر المشتري بين الاحتفاظ بالمبيع على حالته مع التنازل عن القيام بالعيب القديم أو يلزم بإرجاعه بدون تحمّل التّقص من الثمن المناسب للعيب الحادث.

دروس في القانون المدني: العقود الخاصة الأركان المتعلقة بموضوع البيع

درس : الأستاذ: نذير بن عمرو

تحذير!

تعود ملكية هذا الدرس الرقمي إلى جامعة تونس الافتراضية دون سواها.
لذا فإنه يمنع منعاً باتاً نسخه لغايات تجارية. و يرخص في تحميله أو نسخه للاستعمال
الشخصي فقط .

بـ	بـ
بـ	بـ
بـ	بـ
بـ	بـ

الفصل الثالث : التزامات المشتري

- المشتري ملزم بأمرين هما دفع الثمن (الفرع الأول) وتسلم المبيع (الفرع الثاني).

الفرع الأول : دفع الثمن

- إنّ الأحكام الخاصة بالمنظمة بالفصول 675 إلى 684 م.ا.ع لا تغني عن الرجوع إلى الأحكام العامة في الوفاء باعتبار دفع الثمن أداء لمبلغ مالي. ويستوجب هذا تحديد أوصاف الأداء (الفقرة الأولى) وضمانات الوفاء بالثمن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : أوصاف أداء الثمن

- ينبغي تحديد زمان ومكان دفع الثمن (I) ومصرفه وإثباته (II).

1 - الزمان والمكان والكيفية

- يؤدّي المشتري الثمن على الصّورة والزّمن المتّفق عليهما في العقد. وعند سكوت العقد يكون دفع الثمن بالحاضر (نقدا) ¹ وتراعى في العملة المعتمدة القواعد المتعلقة بتنظيم الصرف ² والفصول 259 أي 261 م.ا.ع فيما لم يكن فيه تعارض مع تلك القوانين.

ويستثني المشرّع من ضرورة دفع الثمن حاضرا، وعند التسليم صورة ما إذا اقتضى العرف أداء الثمن مؤجلا أو أقساطا. وفي صورة ما إذا كان الدفع مؤجلا سواء باتفاق الأطراف أو بالعرف فإن بداية احتساب الأجل تكون من تاريخ العقد إلا إذا وقع الاتفاق على تاريخ آخر. أمّا إذا لم يحدّد أجل فيراعى حكم الفصل 136 م ا ع أنّ الالتزام إذا كان غير مقيد بأجل أجري حالا أي منذ العقد.

- وقد بيّن الفصل 676 من م ا ع أن زمن الوفاء بالثمن يكون "عند تسلم المبيع". لكن هذا الحل لا يتطابق مع الصيغة الفرنسية لهذا الفصل الذي يتحدث عن التسليم بمعنى أن أداء الثمن يكون عند تسليم المبيع أي مبدئيا منذ العقد ، ولعل ذلك أقرب إلى غاية المشرع علما بأن القانون الفرنسي قد اعتمد نفس هذا الحل (الفصل 1651 م.م.ف.) وهو من شأنه أن يثني المشتري سيء النية الذي قد يتوانى في تسلم المبيع حتى لا يكون مطالبا بدفع الثمن.

وتطبّق القواعد العامّة في المماثلة في الوفاء بأداء مقدار مالي معيّن على التأخير في أداء الثمن - أي الفصل 278 فقرة 2، 3، 4 و 5 بمعنى أنّ غرم الضّرر لا يكون إلا بالحكم بالفائض الذي عيّنه القانون، دون لزوم لإثبات الخسارة ، ويحكم بالغرم من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين ، ويمكن إلى جانب ذلك المطالبة بجبر الضّرر الحاصل عند إثبات سوء نيّة المشتري.

¹ au comptant

² انظر على سبيل المثال الفصل 21 من مجلة الصرف والتجارة الخارجية الذي يمنع على المقيمين التعامل بغير الدينار التونسي إلا بترخيص من البنك المركزي.

- ولم يبيّن المشرّع مكان الوفاء ، ويلزم هنا الرجوع إلى القواعد العامة المقرّرة بالفصل 262 م ا ع ، وأهمّ ما فيها أنّ الوفاء يخضع لمبدأ حمل الدين إلى الدائن.

II - المصاريف والإثبات

- مصاريف دفع الثمن على المشتري (الفصل 676 ثانياً)، وهذا تطبيق للقاعدة العامة الواردة بالفصل 264 م ا ع أما مصاريف الأداء فهي على المدين.

- ويكون إثبات الخلاص على المشتري، ويكون ذلك كتابة على معنى القواعد العامة (الفصول 420 و 421 وخصوصاً 473 م ا ع). وتنظّم الفصول 265 ، 266 و 267 م ا ع وسائل إثبات الوفاء بالدين عامّة بما يمكن تطبيقها على الوفاء بالثمن في البيع (استرجاع رسم الدين ، حجة بالشهادة العادلة، توصيل، توصيل في أداء دوري).

الفقرة الثانية : ضمانات الوفاء بالثمن

- المقصود بالضمانات هي الوسائل المقررة لفائدة البائع حتى يحصل الوفاء بالثمن. فمثل ما يمكن للمشتري حبس الثمن عندما يحصل أو يتوقع استحقاق المبيع أو عند اطلاعه على عيب موجب للرد على معنى الفصلين 682 و 683 من م ا ع ، يراعي المشرع التوازن بين المصالح فيقر للبائع بحق استرداد المبيع . وينحصر هذا الحق في المنقول دون العقار ويمارس كلما تأخر المشتري في الوفاء وما دام المبيع في حوزة المشتري. كما يمكن للبائع أن يمنع المشتري من بيع تلك المنقولات إلى شخص آخر. وفي الحالتين لا بد أن تكون المطالبة في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ التسليم وإلا لم يمكنه الاسترداد. أما إذا توفرت شروط الاسترداد فإن ممارسة الحق تتوفر ولو أدرج المبيع في عقار، ولو كان للغير حقوق على ذلك العقار المدرجة فيه المنقولات (الفصل 681 م.ا.ع).

الفرع الثاني : تسلّم المبيع

- للتسلّم مفهوم وأوصاف لا بد من عرضها (فقرة أولى) قبل التطرق إلى آثاره (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم التسلّم وأوصافه

- يعبّر المشرّع على التسلّم بالقبض، ويعبّر عنه أيضا بالاستلام وهو مختلف عن التسليم الذي يكون التزاما محمولا على البائع، بينما يكون التسلّم التزاما محمولا على المشتري. ويكون في المكان والتاريخ المتفق عليهما بالعقد فإذا سكت العقد كان التسلّم حالا وهذه نتيجة منطقية للانتقال الفوري للملكية إلا إذا كان نوع المبيع يقتضي تأخيرا كالأشياء الموصى بها. وتكون مصاريف السلم على المشتري (آخره الفصل 264 م ا ع).

- وتطبق القواعد العامة من المماثلة عند عدم التسلم أو التأخير فيه أو عند عدم أداء الثمن وكان الدّفع بالحاضر (الفصل 679 فقرة أولى) وهذا خلافا لما اعتمدته المشرع الفرنسي الذي يقرّر جزاء قاسيا الفسخ بحكم القانون بدون تنبيه³.

ويقرّر الفصل 679 من م ا ع في فقرته الثانية أنّه إذا كان من شروط البيع تسلّم المبيع شيئا فشيئا فإن تأخّر المشتري في تسلّم القسط الأوّل يعتبر متأخرا في تسلّم جميعها.

الفقرة الثانية : آثار التسلّم (تذكير)

- إنّ التسلّم بوصفه عملا قانونيا من شأنه أن يبرئ ذمّة البائع على الأقلّ من الالتزام بتسليم شيء على حاله. وينجرّ عنه قبول للعيوب الظاهرة، ولكنّه لا يعفيه من ضمان العيوب الخفية، ولا يشكل التسلّم إبراء من العيوب الظاهرة إذا كان مصحوبا باحتراز أو تحفظ.

³ : Malaurie et Aynés, n°512