كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

OPEN ACCESS
Submitted: 03/04/2019
Accepted: 23/06/2019

مقالة بحثية

جزاء بند المنع من التصرّف في المادة المدنية – دراسة مقارنة

عبد الرؤوف اللومي
أستاذ مشارك، كلية الشرطة – قطر، كلية الحقوق بصفاقس، جامعة صفاقس
elloumi1@gmail.com

ملخّص

يطرح الموضوع إشكالية ضبط المسائل التي تحول دون نجاعة جزاء بند المنع من التصرف في القانون المدني. ورغم أنّ بعض القوانين نصّت على جزاء البطلان، إلا أنّ السؤال يُطرح لمعرفة مدى ونوع البطلان في حالة مخالفة شروط صحة البند، وكذلك في حالة مخالفة مضمونه. وتبرِز الدراسة قصور القوانين في تنظيم كل الجوانب المتعلقة بجزاء بند المنع من التصرف، وهو ما يحتم الرجوع للقواعد العامة؛ لتحديد الجزاء بدقة، تفاديًا لأي التباس.

وبالإضافة إلى جزاء البطلان، يطرح السؤال بالنسبة لإمكانية اللجوء للفسخ وللتنفيذ العيني، والسند القانوني الذي يتعين الرجوع إليه في هذه الحالة. وتبيّن هذه الدراسة الحاجة لتنظيم الفسخ بنص واضح، مع إزالة كل الغموض الذي يحوم حول جواز، أو عدم جواز طلب الدائن فسخ العقد دون المرور بمرحلة التنفيذ العيني.

وضمانًا لنجاعة بند المنع من التصرّف، تحاول هذه الدراسة إزالة الغموض المتعلق بتحديد الجزاء المقرر في حالة مخالفة شروطه، واقتراح بعض الحلول القانونية للوصول لهذه الغاية.

الكلمات المفتاحية: بند، شرط، المنع من التصرّف، قيود الملكية، الجزاء، البطلان، الفسخ، التنفيذ العيني

للاقتباس: اللومي ع.، "جزاء بند المنع من التصرّف في المادة المدنية – دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للقانون، المجلد 2019، العدد المنتظم الثاني

https://doi.org/10.29117/irl.2019.0067

© 2020، اللومي، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية بواسطة الوصول الحر ووفقًا لشروط Creative Commons Attribution license CC BY 4.0. هذه الرخصة تتيح حرية إعادة التوزيع، التعديل، التغيير، والاشتقاق من العمل، سواء أكان لأغراض تجارية أو غير تجارية، طالما ينسب العمل الأصلي للمؤلفين.

دار نشر جامعة قطر
Qatar University Press

كلية القانون
College of Law
QATAR UNIVERSITY جامعة قطر

OPEN ACCESS
Submitted: 03/04/2019
Accepted: 23/06/2019

Research Article

Prevention of Disposal clause's penalty in Civil Coding - Comparative study

Abderraouf Elloumi
Associate Professor, Police College - Qatar, College of Law of Sfax, University of Sfax
elloumi1@gmail.com

Abstract

This paper provides a critical appraisal of some issues related to the inefficiency of prevention of disposal clause's penalty in civil coding. Despite of some civil codes provided for penalty of nullity; the question that may arise here is the following: what are the types of nullity and its scope in case of violating the validity and substance of the conditions clause.

The paper seeks to address the shortcomings related statutory provisions that govern all aspects of the prevention of disposal clause's penalty. Therefore, reference should be made to the general rules in order to avoid confusion.

In addition to the nullity's penalty, the question arises as to the possibility of requesting the termination, in-kind enforcement and legal source. The paper also attempts to show the essential need of regulating the contract termination in clear cut provisions, with eliminating related ambiguity to the creditor's petition in the termination or not of the contract away from going through the stage of in-kind enforcement.

In order to guarantee an effective prevention of disposal clause, this paper seeks to clarify the ambiguity related to the determination of the legal consequences in case of violating its conditions. Finally, the paper recommends potential legal solutions for the issue in question.

Keywords: Clause; Condition; Inalienability; Property restrictions; Penalty; Nullity; Resolution; In-kind implementation

للاقتباس: اللومي ع.، "جزاء بند المنع من التصرّف في المادة المدنية – دراسة مقارنة"، المجلة الدولية للقانون، المجلد 2019، العدد المنتظم الثاني

https://doi.org/10.29117/irl.2019.0067

© 2020، اللومي، الجهة المرخص لها: دار نشر جامعة قطر. تم نشر هذه المقالة البحثية بواسطة الوصول الحر ووفقًا لشروط Creative Commons Attribution license CC BY 4.0. هذه الرخصة تتيح حرية إعادة التوزيع، التعديل، التغيير، والاشتقاق من العمل، سواء أكان لأغراض تجارية أو غير تجارية، طالما ينسب العمل الأصلي للمؤلفين.

مقدّمة

يعرف بند المنع من التصرف بأنه البند الذي يدرج عادة في التصرف القانوني المدني، أو التجاري، سواء كان تبرعًا، أو بعوض. وبمقتضاه يمنع المتصرَّف إليه من التصرف في الملكية التي انتقلت إليه مدة معينة، بهدف حماية مصالح مشروعة[1]. ويَطرح بند المنع من التصرف، من الناحية النظرية، حالة من حالات التنازع بين حق من الحقوق وهو حق التصرّف في الملكية، وبين حرية الأطراف في تقييد ذلك الحق لاعتبارات مختلفة بحسب الوضعيات[2]. فمن جهة يعتبر حق التصرّف أهمّ عنصر من عناصر حقّ الملكية؛ لأنه لا يخرج عن سيطرة المالك إلا بخروج الشيء عنه، بمعنى زوال ملكيته له[3]. ومن جهة أخرى، فإن الحرية التعاقدية تسمح للأطراف بتقييد سلطة المالك في التصرف في الشيء بشرط عدم مخالفة القواعد القانونية[4]. ويرسم الموضوع أيضًا صورة من صور تضارب المصالح بين الأفراد والمجتمع ككل، فمصلحة واضع البند تستوجب عدم التصرف في الشيء، بينما تتطلب مصلحة المجتمع ضمان حرية التصرف فيه، ويسر المعاملات؛ ضمانًا لنمو وتطور الاقتصاد[5].

ويعكس هذا التنازع بين حق التصرف والحرية التعاقدية، تنوع زوايا دراسة بند المنع من التصرف، بما أنه يعتبر قيدًا من قيود الملكية، يدرس عادة في إطار حق الملكية، بوصفه من الحقوق العينية الأصلية، وكذلك نوعًا من أنواع الالتزام، بما أنه رابطة شخصية يستطيع بمقتضاها الدائن أن يطلب من المدين – وهو المتصرَّف إليه – الامتناع عن التصرّف في الشيء، وهو ما يحيلنا إلى مفهوم الالتزام بالامتناع عن عمل[6]، وإلى فكرة التخصيص[7]. هذه الطبيعة المزدوجة لبند المنع من التصرف تنعكس بالضرورة على مفهومه وعلى نوع الجزاء المسلط في حالة عدم احترامه[8].

---

1 انظر: محمود خيال، نور الدين لعرج وعبد الرؤوف اللومي، **الحقوق العينيّة الأصلية في القانون المدني القطري**، ط. 1، كليّة الشرطة، دولة قطر، 2018، ص 60.

2 انظر:

Th. Favario, « La clause statutaire d'inaliénabilité » (2010) *Bulletin Joly Sociétés* 1, 100 ; J.-F. Barbieri, « L'inaliénabilité affectant des droits sociaux » (2008) *Bulletin Joly Sociétés* 5, 450.

3 انظر: F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, Précis Dalloz (2006), 7ème éd., n° 124 et s.

4 تنص المادّة 242 من مجلة **مدونة** الالتزامات والعقود التونسية على أنّ: "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين، ولا ينقض إلا برضاهما، أو في الصور المقررة في القانون".

5 يقول العميد "كاربونياي" "Carbonnier": "قد يموت المجتمع بسبب وجود أملاك لا تموت". هذه العبارة هي ترجمة غير حرفيّة لمقولته باللغة الفرنسية: "La société mourrait de propriétés qui ne mourraient pas".

انظر: J. Carbonnier, *Flexible droit*, « Les dimensions personnelles et familiales de la propriété », L.G.D.J., 10ème éd., 2001, p. 385.

6 انظر: W. Dross, « Les modèles de l'inaliénabilité conventionnelle », *Revue des contrats*, 1 mars 2016, n° 1, pp. 175 et s.

7 يرى البعض أنه يجب تمييز المنع من التصرف عن مفهوم التخصيص (l'affectation) الذي يقصد به إخضاع شيء ما لاستعمال محدد. انظر حول نقد ربط المنع من التصرف بفكرة التخصيص:

Sébastien Milleville, « Inaliénabilité, sûreté et extracommercialité : alliance ou mésalliance ? », *Petites affiches*, 5 juillet 2012, n° 134.

لكن التقارب بين المفهومين موجود في حقيقة الأمر؛ لأن المنع من التصرف هو في حد ذاته تخصيص لشيء معين لحماية مصلحة عامة، أو خاصة. انظر حول هذه المسألة:

S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, L.G.D.J., 1976, n° 15, p. 15 ; H. Corvest, « L'inaliénabilité conventionnelle », Def., 1979, article 32126, p. 1411 ; C. Kuhn, « Inaliénabilité contractuelle et affectation », *Petites affiches*, 19 septembre 2008, n° 189, pp. 6 et s.

8 انظر: C. Kuhn, article précité, *loc. cit*.

ولعل هذه الطبيعة المزدوجة لبند المنع من التصرف هي التي ساهمت في ظهور اختلافات بين قوانين بعض الدول، فهناك قوانين اعتبرت بند المنع من التصرف قيدًا من قيود الملكية، وبالتالي نظمته في إطار الحقوق العينية الأصلية ونجد من بين هذه القوانين القانون القطري[1] والقانون المصري[2] والقانون الأردني[3]، وهناك قوانين لم تنظمه بصفة صريحة في إطار الحقوق العينية ومنها القانون التونسي[4] والقانون المغربي[5]. أمّا القانون المدني الفرنسي فلم ينظم بصفة عامة بند المنع من التصرف إلا سنة 1971، وذلك لتجاوز تضارب الأحكام القضائيّة. وبمقتضى قانون 1971[6] وقع إدراج المادة 900-1[7] التي أجازت هذا النوع من البنود في التبرعات فقط[8].

ويختلف بند المنع من التصرّف عن شرط المنع الذي يفرضه القانون في بعض الحالات والذي

1 تُنظر المادتان 850 و851 من القانون المدني، الواردتان ضمن عنوان الفرع الثاني المتعلق بالقيود التي ترد على حق الملكية.

2 انظر: المادتين 823 و824 من القانون المدني.

3 انظر: المادتين 1028 و1029 من القانون المدني. وانظر بخصوص القانون الأردني: يوسف محمد عبيدات، **الحقوق العينيّة الأصليّة والتبعية**، ط. 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، بدون مكان النشر، 2011، ص 41 وما بعدها؛ غازي أبو عراب، "الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي"، **مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون**، ع. 1، مج. 25، 1998، ص 115 وما بعدها.

4 رغم أن المشرّع التونسي لم ينظم بصفة صريحة بند المنع من التصرّف إلا أنّه تعرّض لبعض جوانب المنع من التصرّف في بعض المواد المتفرّقة، ومنها المادّة 69 من مجلة **مدوّنة** الحقوق العينيّة التي جاء فيها: "لا تجبر الأقلية على قبول قرارات الأغلبية إذا كانت تتعلق: أولًا: بالتفويت في المشترك". كما نصّت المادّة 373 من نفس المجلّة على أنّ: "الأمور الآتية يجب إشهارها بطريق الترسيم برسم الملكية:

أولًا: جميع الصكوك والاتفاقات فيما بين الأحياء مجانية كانت، أو بعوض، وجميع الأحكام التي أحرزت قوة ما اتصل به القضاء سواء تعلقت تلك الصكوك والاتفاقات والأحكام بإنشاء حق عيني، أو بنقله، أو بالتصريح به، أو بتعديله، أو بانقضائه، أو بجعله غير قابل للتفويت، أو بالتقييد من حرية جولانه، أو بتغيير أي شرط آخر من شروط ترسيمه".

كما تعرّض المشرّع التونسي للمنع من التصرّف في المادّة 390 من نفس المجلّة التي جاء فيها: "لا تقع مباشرة العملية المطلوبة إلا إذا كان الحق المراد ترسيمه، أو قيده احتياطيًا من الحقوق التي أقرّتها هذه المجلة والتي يجب إشهارها، وعلى مدير الملكية العقارية زيادة على ذلك أن يتحقّق من كون الترسيم، أو القيد الاحتياطي، أو التشطيب المطلوب لا يتعارض قط مع البيانات الواردة برسم الملكية، وأن لا شيء يمنع المعني من التصرّف في الحق الذي تمّت إحالته أو إنشاؤه، وأنّ الوثائق المدلى بها تبيح مباشرة العملية المطلوبة". وتعرّض المشرّع لبند المنع من التصرّف أيضًا في المادّة 584 من مجلّة الالتزامات والعقود، التي نصّت على أنّه: "إذا تم البيع جاز للمشتري أن يفوت المبيع ولو قبل استلامه، وللبائع أن يحيل حقه في الثمن قبل قبضه، ما لم يتفقا على خلافه، ويستثنى من ذلك الطعام عند المسلمين".

5 لكن المشرع المغربي تعرّض لمسألة القيد على حق التصرّف في المادّة 69 من قانون 12 أغسطس 1913، بشأن التحفيظ العقاري، التي تنصّ على أنّه: "يجب على كل شخص يطلب تقييدًا، أو بيانًا، أو تقييدًا احتياطيًا بالرسم العقاري أن يقدم للمحافظ على الأملاك العقارية طلبًا مؤرّخًا وموقعًا من طرفه، أو من طرف المحافظ في حالة جهله، أو عجزه عن التوقيع. يجب أن يتضمن هذا الطلب بيان وتعيين ما يلي: 5- وعند الاقتضاء، بيان ما يطلب تقييده، في نفس الوقت الذي يطلب فيه تقييد الحق الأصلي، من أسباب الفسخ، أو قيد على حق التصرّف، أو أي تقييد خاص آخر، والكل مع بيان الحالة المدنية للمستفيدين من التقييد المذكور".

6 قانون عدد 71-526، مؤرّخ في 3 يوليو 1971، يتعلّق ببنود المنع من التصرّف الموجودة في الهبة، أو الوصيّة، الرائد الرسمي للجمهورية الفرنسية، 6 يوليو 1971، ص 643.

7 تنصّ هذه المادّة على أنّه: "لا تعتبر البنود التي تنص على عدم جواز التصرّف بمال موهوب، أو موصى به صحيحة إلا إذا كانت مؤقّتة، وترعاها مصالح جديّة ومشروعة. وحتى في هذه الحالة يجوز للقضاء أن يعطي للموهوب له، أو الموصى له إذنا بالتصرّف بالمال إذا زالت المصلحة التي كانت تبرّر البند المذكور، أو إذا تبيّن أنّ مصلحة أهم تتطلّب ذلك. ولا تؤثر أحكام هذه المادّة على التبرّعات التي تتمّ الموافقة عليها لصالح الأشخاص الاعتباريّين، أو حتى لأشخاص طبيعيّين مع تكليفهم بإنشاء أشخاص اعتباريّين".

8 انظر حول تفصيل هذه المسألة:

M. Morin, « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments », Def., 1971, 1184 ; Ph. Simler, « Les clauses d'inaliénabilité », D., 1971, chron., p. 416-1 ; H. Corvest, article précité, *loc. cit*.

يعتبر من عناصر الحق، بحيث لا يتصوّر وجوده في صورة تخلّفه[1]. وفي هذا الإطار يندرج شرط المنع من التصرّف المنصوص عليه في بعض القوانين مثل القانون المتعلّق بالعقارات الدوليّة الفلاحيّة[2]، وكذلك الشأن بالنسبة للقانون عدد 37 لسنة 1991، المؤرّخ في 8 يونيو 1991، والمتعلّق بإحداث الوكالة العقارية الصناعية[3]، وللأمر عدد 33 لسنة 1974، المؤرّخ في 21 يناير 1974، المتعلّق بتنظيم وتسيير الوكالة العقارية للسكنى[4].

وتستعمل بعض القوانين[5] وجانب من الفقه[6] عبارة "شرط المنع" بدل عبارة "بند المنع" من التصرف، وقد سبق لنا بيان أفضلية استعمال مصطلح البند بدل الشرط؛ لضمان عدم الخلط مع مفهوم الشرط كوصف من أوصاف الالتزام[7]. ويستعمل مصطلح الشرط أيضًا في الفقه الإسلامي، رغم تعدّد دلالاته وأنواعه، إذ ينقسم الشرط في هذا الفقه إلى شرط شرعي ويسمّى أيضًا حقيقيًّا، وهو

1 وقد أكدت محكمة التمييز القطرية على هذه المسألة بالقول إنه: "إذا كان القانون هو الذي فرض الشرط، وعلق عليه حكمًا من الأحكام، فذلك لا يعتبر شرطًا بمعناه الصحيح، إذ الشرط أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره، فيضاف إليه، ويمكن تصور الحق بدونه، وذلك بعكس الشرط الذي يكون القانون مصدره، لأنه في هذه الحالة يعد عنصرًا من عناصر الحق ذاته ولا يتصور قيام الحق بدونه". محكمة التمييز، مدني، جلسة 9 ديسمبر 2014، الطعن رقم 221 لسنة 2014، قرار متوفر على موقع المجلس الأعلى للقضاء القطري: http://www.sjc.gov.qa/.

2 انظر: قانون عدد 21، مؤرخ في 13 فبراير 1995، المتعلق بالعقارات الدولية الفلاحية، **الرائد الرسمي للجمهورية التونسية**، عدد 15، 21 فبراير 1995، ص 367. وقد تم تنقيح هذا القانون بالقانون عدد 48 لسنة 1996، مؤرّخ في 10 يونيو 1996، **الرائد الرسمي للجمهورية التونسية**، عدد 49، بتاريخ 18 يونيو 1996، ص 1266. وبالقانون عدد 11 لسنة 1998، مؤرّخ في 10 فبراير 1998، **الرائد الرسمي للجمهورية التونسية**، عدد 13، بتاريخ 13 فبراير 1998، ص 324. وبالقانون عدد 63 لسنة 2001، مؤرّخ في 25 يونيو 2001، **الرائد الرسمي للجمهورية التونسية**، عدد 51، بتاريخ 26 يونيو 2001، ص 1968. وما يلاحظ بالنسبة لقانون 13 فبراير 1995 هو أن موادّه تستعمل كلمة الشرط، أو الشروط وليس البند، أو البنود. انظر على سبيل المثال؛ المواد من 23 إلى 27 من هذا القانون. وقد نصّت المادّة 23 من هذا القانون على أنّه: "يجب على المشتري: هـ- عدم التفويت في العقار، أو الوعد بالتفويت فيه، كليًّا، أو جزئيًّا، خلال مدة لا تقل عن 20 سنة من تاريخ التحويز".

3 **الرائد الرسمي للجمهورية التونسية**، عدد 43، بتاريخ 14 يونيو 1991، ص 875. وقد نقح هذا القانون بالقانون عدد 31 لسنة 1997، المؤرّخ في 20 مايو 1997، **الرائد الرسمي للجمهوريّة التونسيّة**، عدد 41، بتاريخ 23 مايو 1993، ص 921. وقد أصبحت المادّة 2 خامسًا (جديد) تنصّ بعد تنقيح وإتمام قانون 1991 بمقتضى القانون عدد 34 لسنة 2009، المؤرخ في 23 يونيو 2009 **الرائد الرسمي للجمهورية التونسيّة**، عدد 52، بتاريخ 30 يونيو 2009، ص 2261)، على أنّه: "يسقط حق باعثي المشاريع في قطاعات الصناعات المعملية والصناعات التقليدية والحرف الصغرى والخدمات في الأراضي المهيأة والمقتناة في إحدى الحالات التالية: التفويت في العقار بأي شكل من الأشكال دون احترام الشروط المنصوص عليها بهذا القانون".

4 **الرائد الرسمي للجمهورية التونسية**، 25 يناير 1974، ص 190. نصّت المادّة 9، فقرة 3 من هذا الأمر على أنّه: "لا يمكن للمشتري التفويت في قطعة أرضه سواء كان ذلك بمقابل، أو بدون مقابل، أو أن يوظف عليها حقوقًا عينيّة قبل بنائها وقبل خلاص ثمنها أصلًا وفائضًا، وذلك مدّة خمس سنوات من تاريخ البيع، ما عدا في صورة ترخيص صريح من وزير التجهيز".

5 انظر مثلًا: المادتين 850 و851 من القانون المدني القطري، والمادتين 823 و824 من القانون المدني المصري، والمادّة 7 من الأمر عدد 1114 لسنة 2003، المؤرّخ في 19 مايو 2003، المتعلق بضبط إجراءات تطبيق النظام الجبائي التفاضلي الخاص بالسيارات السياحية التي لا تتجاوز قوتها 4 خيول بخارية جبائية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 41، 23 مايو 2003، ص 1821.

6 انظر على سبيل المثال: عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج. 8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ت، رقم 305، وما بعده، ص 508 وما بعدها؛ محمود السيد خيال، **الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني القطري**، ط. 1، دار النهضة العربية، 2015، رقم 47، ص 51.

7 انظر: عبد الرؤوف اللومي، "شروط بند المنع من التصرّف في القانون المدني (دراسة مقارنة)"، **المجلّة القانونية والقضائيّة**، ديسمبر 2018، مجلة محكمة، قطر، ص 93-155.

الـذي يتوقّـف عليـه وجـود الـشيء بحكـم الـشرع، وشرط جعـلي، وهو الـشرط الـذي يجعلـه المتعاقـدان بينهما، ولم ينـص الـشرع عليـه. ولصحـة الـشرط الجعـلي لا بـد أن يكـون منسـجمًا وغـير منـاف لحكـم التـصرف؛ لأنّـه يعتـبر مكمـلًا للسـبب، وإذا كان الـشرط الجعـلي منافيًـا لحكمـه اعتـبر مبطـلًا للتـصرف. والـشرط الجعـلي يمكـن أن يكـون معلّقًـا[1]، أو مضافًـا[2]، أو مقيّـدًا[3]. وإذا كان الـشرط يحتـوي عـلى خلـل مـا، فـإنّ الجـزاء في الفقه الإسـلامي يتمثّـل في اعتبـار التـصرّف إمّـا فاسـدًا، أو باطـلًا، أو صحيحًـا، بحسـب درجـة خطورتـه[4].

فالـشرط الباطـل هـو الـذي يعتريـه خلـل في أصـل التـصرّف أي في ركنـه، أو محلّـه، وقـد يتعلّـق هـذا الخلـل بصيغـة التـصرّف، أو بعاقديـه، أو بالمعقـود عليـه. ولا يترتّـب عـن التـصرّف الباطـل أيّ أثـر شرعـي[5]. أمّـا الـشرط الفاسـد فهـو الـذي يكـون خللـه متعلّقـا بوصـف مـن أوصـاف الالتـزام أي بـشرط خـارج عـن ماهيّتـه وأركانـه، ويرتّـب الـشرط الفاسـد بعـض الآثـار بالرغـم ممّـا يلحقـه مـن خلـل[6]. ويكـون الـشرط صحيحًـا حسـب الملكيّـة إذا كان شرطًـا يقتضيـه العقـد، كأن يشـترط المشـتري عـلى البائع تسـليم المبيـع، أو كان شرطًـا لا يقتضيـه العقـد ولا ينافيـه، كالبيـع بـشرط الأجـل[7].

ويطـرح بنـد المنـع مـن التـصرّف عديـد الإشـكالات المتعلّقـة بتحديـد الجـزاء المترتـب عـن الإخـلال بـه. ويعتـبر هـذا البنـد خطـيرا؛ لأنّـه يـؤدّي إلى تشـويه حـق الملكيـة الفرديّـة[8]، لدرجـة إفراغـه مـن أهـمّ عنـاصره

1 الـشرط المعلّـق هـو الـذي يعلّـق فيـه التـصرّف عـلى حـدوث، أو حصـول شيء فـلا يوجـد أثـر للتـصرّف إلا إذا وجـد الـشرط (ويعتـبر هـذا التعريـف منسـجمًا مـع مفهـوم الـشرط الواقـف في القوانـين الوضعيّـة). ويعتـبر جانـب مـن الفقـه أنّ الـشرط المعلّـق ينـافي مقتـضى التـصرّف ولذلـك فإنّـه يـؤدّي إلى بطلانـه. انظـر وهبـة الزحيـلي، **أصـول الفقـه الإسـلامي**، ج.1، دار الفكـر، دمشـق، 2005، ص 106. عـمار محمـد التمتـام، "مفهـوم الـشرط في الفقـه الإسـلامي"، **المجلـة العربيـة للعلـوم الاجتماعيـة**، عـدد 7، 2013، ص 127.

2 يقصـد بـشرط الإضافـة، الـشرط الـذي يـؤدّي إلى تأخـير نفـاذ، أو سريـان مضمـون التـصرّف إلى المسـتقبل، ويعتـبر مثـل هـذا التـصرّف قائمًـا بـين أطـراف التعاقـد منـذ إنشـاء الإضافـة. وينسـجم تعريـف شرط الإضافـة مـع مفهـوم الأجـل في القوانـين الوضعيّـة. انظـر وهبـة الزحيـلي، المرجـع السـابق، ص 107.

3 يـؤدّي هـذا الـشرط إلى تقييـد، أو تعديـل آثـار التـصرّف الأصليّـة، كأن يبيـع شـخص لآخـر منـزلًا بـشرط أن يظـلّ سـاكنًا فيـه مـدّة سـنة. ويدخـل هـذا النـوع في إطـاره الـشرط، أو البنـد المانـع مـن التـصرّف. انظـر حـول مفهـوم الـشرط المقيّـد، وهبـة الزحيـلي، المرجـع السـابق، ص 105 ومـا بعدهـا؛ عـمار محمـد التمتـام، المقـال السـابق، ص 127.

4 يراجـع حـول هـذه المسـألة عبـد الرحمـان الجزيـري، **كتـاب الفقـه عـلى المذاهـب الأربعـة**، المجلّـد الثـاني، دار الكتـب العلميّـة، بيروت–لبنـان، ص 203؛ وهبـة الزحيـلي، المرجـع السـابق، ص 108 ومـا بعدهـا.

5 انظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 110 وما بعدها.

6 وقـد عـرّف بعـض فقهـاء الحنفيّـة الـشرط الفاسـد بأنّـه الـذي لا يقتضيـه العقـد ولا يلائمـه ولم يـرد بـه الـشرع ولا العـرف. أمّـا المالكيّـة فقالـوا أنّ الـشرط لـه أربعـة أحـوال وهـو يكـون مفسـدًا للبيـع إذا اشـترط بـما لا يقتضيـه العقـد، أو ينـافي المقصـود منـه، أو إذا كان يخـلّ بالثمـن. وبالنسـبة للحنابلـة فـإنّ الـشرط يكـون فاسـدًا في ثلاثـة حـالات وهـي أوّلا أن يشـترط أحـد المتعاقديـن عـلى الآخـر عقـدا آخـر، كأن يبيـع أحدهـم منزلـه بـشرط الحصـول عـلى قـرض. ثانيًـا، أن يشـترط في العقـد مـا ينـافي مقتضـاه، كأن يشـترط بيـع الـشيء دون خسـارة. ثالثـا، أن يشـترط البائـع شرطًـا يعلّـق البيـع عليـه، والمقصـود هنـا الـشرط الإرادي المحـض. انظـر عبـد الرحمـان الجزيـري، المرجـع السـابق، ص 203؛ وهبـة الزحيـلي، المرجـع السـابق، ص 110 ومـا بعدهـا.

7 وحسـب الحنابلـة فـإنّ الـشرط يكـون صحيحًـا إذا اشـترط مـا يقتضيـه العقـد، أو مـا هـو مـن مصلحتـه، كتأجيـل الثمـن، أو أن يشـترط المعاقـد منفعـة مباحـة معلومـة في المبيـع، كأن يبيـع شـخص منزلـه مـع اشـتراط أن يسـكنها مـدّة معيّنـة. انظـر عبـد الرحمـان الجزيـري، المرجـع السـابق، ص 203.

8 انظر:

H. Conchon, « Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps », *Petites affiches*, 15 avril 2002, n° 75, pp. 6 et s.

وسماته وهو حق التصرّف[1] رغم أنّ عديد النصوص تأكّد على قيمة هذا الحق"[2]. كما أنّه يؤثّر بصفة واضحة على الدائنين لأنّه وإن كانت مكاسب المدين تعتبر ضمانًا لخلاص ديونهم، إلا أنّ وجود مثل هذا البند يشكّل خطرا عليهم[3] لأنّهم قد لا يستطيعون التنفيذ على تلك المكاسب[4]. ويؤثّر بند المنع من التصرّف أيضًا على الغير الذي يمكن أن يتعاقد مع المتصرّف إليه رغم وجود ذلك البند، إمّا دون علم به، أي عن حسن نيّة، أو رغم علمه به، أي بسوء نيّة، وهو ما يطرح السؤال حول إمكانيّة احتجاج المتصرّف بوجود البند، في التصرّفات المتعلّقة بمنقول، أو بعقار، والشروط الشكليّة المستوجبة في هذه الحالة[5].

وللإلمام بكلّ الجوانب القانونيّة التي يطرحها الموضوع يمكن التساؤل: ما هي أهمّ الإشكالات التي تحول دون نجاعة جزاء بند المنع من التصرّف في القانون المدني؟

ترتبط نجاعة بند المنع من التصرّف بالجزاء المنطبق في حالة مخالفة شروط صحّته، أو مضمونه. ويثير تحديد الجزاء إشكالات عدّة، تتعلّق بالبطلان (الفرع الأوّل) وبإمكانيّة اللجوء لجزاءات أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: الإشكالات التي يثيرها جزاء البطلان

يثير اللّجوء لجزاء البطلان بالنسبة لبند المنع من التصرّفات عديد الإشكالات، تتعلّق خاصّة بتحديد نوعه، سواء في حالة مخالفة شروط صحّة ذلك البند (المطلب الأوّل)، أو في حالة مخالفة مضمونه (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: تحديد نوع البطلان في حالة مخالفة شروط صحّة بند المنع من التصرّف

تنصّ المادّة 851-1 من القانون المدني القطري على أنّه: "إذا كان الشرط المانع من التصرّف صحيحًا، وتصرّف المشروط عليه بما يخالف الشرط، جاز لكل من المشترط ومن تقرّر الشرط لمصلحته طلب

---

1 انظر: A. Cheron, « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites », *RTD civ.*, 1906, n° 339.

2 انظر المادّة 17 من مجلّة الحقوق العينية التونسية والمادّة 837 من القانون المدني القطري والمواد 537 و544 و1598 من القانون المدني الفرنسي.

3 انظر: C. Kuhn, note précitée, pp. 8 et s.

4 لكن الدائن يمكنه اللجوء للدعوى المنحرفة لحماية مصالحه، ومثال ذلك أن يطلب رفع شرط المنع. وقد قبلت محكمة النقض (التمييز) الفرنسية هذا النوع من الدعاوى بعد التذبذب الذي شهدته في مواقفها. انظر:
Cass. Civ., 1re, 11 janv. 2000, n° 97-19136, Mme Bourdin c/Jumel, Bull. civ., I, no 3, p. 2 ; Cass. civ., 1re, 10 juillet 1990, J.C.P., éd. N., 1991, 197, obs. Ph. Salvage ; Def. 1991, article 34978, p. 272, note F. Lucet ; R.T.D. civ., 1991, p. 141, n° 1, obs. F. Zénati ; N. Nevejans,« La demande en mainlevée d'une inaliénabilité contenue dans une donation par le créancier du donataire agissant par voie oblique », *Petites affiches*, 12 juillet 2000, n° 138.

5 تجدر الإشارة إلى أنّه إذا كان المنع من التصرّف نصّ عليه القانون، وليس اتفاق الأطراف، فإنّ قاعدة لا يعذر الجاهل بجهله للقانون، تكفي للاحتجاج بذلك المنع تجاه الغير، ولو كان حسن النيّة. في هذا السياق تنصّ المادّة 545 من **مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة** على أنّ: "جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب ممنوع، أو فيما لا يخفى، حتى على العوام، وذلك بعد نشره، ومُضِي المدة المعينة لإجراء العمل به".

إبطال التصرّف المخالف". ما يلاحظ بالنسبة لهذه المادّة هو أنّ المشرّع ينطلق من فرضيّة أنّ الشرط المانع من التصرّف قد أبرم صحيحًا، لكن ما هو الجزاء في الصورة المخالفة[1]؟

الإجابة عن هذا السؤال لا يمكن أن تكون إلا نسبيّة، بحسب الخلل الذي يعتري البند، أو الشرط، وهو المصطلح الذي يستعمله المشرّع القطري. فإذا كان الباعث غير مشروع، كأن يهب أحدهم منزلًا لشخص ما، ويشترط عليه في أحد البنود السماح لشخص آخر باستعماله في نشاط محظور، فإنّ الجزاء في هذه الحالة هو البطلان المطلق؛ نظرا لتعارض ذلك الباعث مع القوانين الصريحة، أو النظام العام والأخلاق الحميدة[2]. وتنصّ المادّة 117 من مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة في هذا الاتّجاه، صراحة، على أنّ: "كل شرط تعلّق بمحال، أو بما يخالف الأخلاق الحميدة، أو القانون، فإنّه باطل، وبه يبطل العقد، ولا ينقلب إلى الصحّة، لو صار ذلك الشرط ممكنا فيما بعد"[3].

وفي حالة ما إذا كانت مدّة المنع من التصرّف غير معقولة، فإنّ تحديد الجزاء يطرح إشكالًا، لأنّه يمكن التساؤل في هذه الحالة: هل اشتراط المدّة المعقولة جعل لحماية المصلحة العامّة، وبالتالي فإنّ الجزاء سيكون في هذه الحالة البطلان المطلق[4]، أو أنّه وضع لحماية المتصرّف إليه؟ وهو ما يعني تطبيق جزاء البطلان النسبي[5].

في الواقع يهدف اشتراط مدّة معقولة إلى حماية المصلحتين العامّة والخاصّة في نفس الوقت. فبالنسبة للمصلحة العامّة، فإنّ هذا الشرط يضمن حريّة تنقّل الأموال وهو ما ينعكس على الاقتصاد ككل، أمّا المصلحة الخاصّة، فتتمثّل في حماية المدين ببند المنع، عبر تمكينه من حق التصرّف في ملكيّته، وضمان عدم تعسّف الدائن بالبند. فهل يغلّب القاضي المصلحة العامّة، فيقضي بالبطلان المطلق للبند الذي يحتوي المدّة غير المعقولة، أم أنّه سيراعي المصلحة الخاصّة للمتصرّف إليه، ليقضي تبعا لذلك بالبطلان النسبي للبند؟

للإجابة عن هذا السؤال نعتقد أنّه كلّما كانت المصلحة الخاصّة متأتّية من حريّة، أو قيمة، أو حق

---

1 ما يثير الانتباه هو أنّ أغلب الدراسات التي اعتنت ببند المنع من التصرّف لا تدرس إلا الحالة التي يخالف فيها المتصرّف إليه بند المنع، ولا تتعرّض لجزاء عدم صحّة بند المنع في حدّ ذاته.

2 تنصّ المادّة 155-1 من القانون المدني القطري على: "1- يبطل العقد إذا التزم المتعاقد دون سبب، أو لسبب غير مشروع. 2- ويعتد في السبب بالباعث الدافع إلى التعاقد إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه، أو كان من المفروض حتمًا أن يعلمه". أمّا القانون الفرنسي فإنّه يشترط لصحّة العقد أن يكون مضمونه مشروعًا، طبقا للمادّة 1128 من القانون المدني.

3 انظر أيضًا: المادّة 67 من نفس المجلّة.

4 انظر في هذا الاتجاه:

A. Sériaux, « Donations et testaments, dispositions générales, clauses d'inaliénabilité », J.-Cl. civ., article 900-1, fasc. 40, 1996, n° 7, p. 3.

5 تنصّ المادّة 1179 من القانون المدني الفرنسي، بعد تنقيح 10 فبراير 2016، على أنّه:

« La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.
Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

أساسي، فإنّ الجزاء يكون البطلان المطلق وليس البطلان النسبي[1]. وما يلاحظ بالنسبة للمصلحة الخاصّة للمدين ببند المنع، هو أنّ أساسها مستمدّ من حق أساسي، وهو حق الملكية، المكرّس في عدّة دساتير[2]. ويخوّل هذا الحق لصاحبه ممارسة جميع السلطات. ولذلك فإنّ الجزاء المناسب لمخالفة شرط المدّة المعقولة في بند المنع من التصرّف هو البطلان المطلق.

وقد انتقد جانب من الفقهاء اللجوء إلى البطلان، واعتبر أنّه من غير المنطقي إبطال البند في كليّته، بالرغم من أنّ جزءًا فقط منه يحتوي على الشطط. فالممنوع في بند المنع هو أن تكون المدّة غير معقولة، وإذا كانت المدّة فيها خلل فإنّ هذا الخلل فقط يجب إزالته لا البند برمّته[3]. وقد اعتبر البعض[4] أنّه من الأفضل أن ينقص القاضي من المدّة بدل إبطال البند، وهو ما من شأنه إنقاذ اشتراطات الأطراف وخاصّة احترام إرادة المتصرّف. ويستند أصحاب هذا الرأي إلى موقف القضاء تجاه بند عدم المنافسة، الذي ورغم اختلافه عن بند المنع من التصرّف، إلا أنّ ما يهمّ هو أنّ القضاة قبلوا تعديل البند بدل إبطاله[5]، دون وجود نصّ صريح يعطيهم هذه السلطة. ويؤدّي اللجوء إلى تخفيض المدّة كلّما كان الشرط مختلًا من حيث الكمّ، أو العدد إلى جعل البند مطابقا للقاعدة القانونيّة[6] وهو الهدف الذي وضعت من أجله تلك القاعدة.

وبالرّغم من أنّ جانبًا آخر من الفقهاء[7] اعتبر أنّه لا يجوز تدخّل القاضي لإنقاص المدّة، لأنّه من الأسلم أن يبطل الشرط لا أن ينقص من المدّة، إلا أنّنا نعتقد أنّ تدخّل القاضي يعتبر أفضل، لأنّه يحترم أكثر إرادة المتصرّف. كما أنّ مبدأ القوّة الملزمة للعقد وإن كان يفرض عدم تدخّل القاضي احترامًا لإرادة الأطراف، إلا أنّ تدخّله في بعض الحالات الاستثنائيّة، ومنها التقليص من مدّة المنع، ضروري لإرساء

---

1 انظر حول نفس الموقف:

Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, Projet Catala, art. 1129-1 ; M. Mekki, « Fiche pratique: la nullité, entre tradition et modernité », *Gazette du Palais*, 03 janvier 2017, n° 1 ; M. MEKKI, « Observations de Mustapha Mekki », *Petites affiches*, 12 février 2009, n° 31.

2 انظر المادّتين 26 و27 من دستور دولة قطر، والمادّة 41 من دستور الجمهوريّة التونسيّة، والمادّة 34 من الدستور الفرنسي.

3 انظر:

H. Conchon, article précité, *loc. cit*.

4 عبد المنعم فرج الصدة، **حق الملكية– الاستيلاء– الشفعة– الحيازة– الالتصاق**، 1964، فقرة 115؛ همام محمد محمود زهران، **الحقوق العينيّة الأصليّة: حق الملكية– أحكام حق الملكية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 242 وما بعدها؛ انظر أيضًا:

Th. Favario, article précité, *loc. cit*. ; H. Conchon, article précité, *loc. cit*.

5 انظر:

Cass. com., 1er décembre 1981, Bull. civ., IV, n° 423 ; Cass. soc., 21 avril 1971, Bull. civ., V, n° 240 ; note P. Diener, D. 1983, p. 162, Cass. soc., 16 mai 1972, Bull. civ., V, n° 348 ; Cass. soc., 25 janvier 1984, D., 1984, IR 443 ; Cass. soc., 27 septembre 1989, RJS, 10/1989, n° 762.

6 انظر:

M.-E. Tiam-Pancrazi, « La protection judiciaire du lien contractuel », P.U.A.M., 1996, n° 152 ; Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J., 1969, n° 209 et s.

7 انظر على سبيل المثال: السنهوري، المرجع السابق، فقرة 319، ص 715، الهامش 1.

العدالة ولضمان احترام إرادتهم. فالأفضل التخفيض من المدّة بدل إبطال بند المنع الذي يكون أحيانًا هو الدافع وراء إنشاء التصرّف.

أمّا إذا كانت المدّة معقولة والباعث مشروعًا، ولحق بالبند عيب آخر، فإنّه يقع إعمال القواعد العامّة، ويتحدّد الجزاء حسب الخلل الذي يعتريه، كأن يبطل بطلانًا نسبيًا إذا شابه عيب من عيوب الرضا.

ومن بين الإشكالات التي يثيرها تطبيق جزاء البطلان الإشكال المتعلّق بمعرفة الأساس القانوني الذي يمكن لدائني المتصرّف إليه الاستناد عليه للمطالبة بإبطال بند المنع[1] لعدم توفّر أحد شروط صحّته، أو كلّها. يتعيّن للإجابة عن هذا الإشكال التمييز بين حالتي البطلان المطلق للبند والبطلان النسبي. فإذا كان البطلان مطلقًا، كأن يكون الباعث غير مشروع، فإنّ الدائن بإمكانه استعمال حقّه الشخصي[2] للمطالبة بإبطال البند، إذا أثبت مصلحته للقيام بذلك[3]، والتي تتوفّر في حالة إعسار مدينه الكلّي، أو النسبي[4]. أمّا إذا كان البطلان نسبيًا، كأن يوجد عيب من عيوب الرضاء مثلًا، فإنّ الدائن بإمكانه ممارسة الدعوى غير المباشرة، أو ما يسمّى أيضًا الدعوى المنحرفة[5]، لطلب إبطال البند الذي به عيب[6]. ولا تعتبر هذه الدعوى من الدعاوى الخاصّة بشخص المدين[7]، التي لا يجوز للدائن أن يطالب بها باسم مدينه.

وفي حالة ما إذا قرّر القاضي الحكم بالبطلان لسبب، أو لآخر، فإنّ السؤال الذي يُطرح، يتعلّق بمدى ذلك البطلان، بمعنى؛ هل يحكم ببطلان البند فقط، أو أنّ الجزاء يشمل العقد في كليّته؟ ونفس السؤال يطرح في حالة مخالفة بند المنع من قبل المتصرّف إليه، أي؛ هل يحكم القاضي ببطلان التصرّف المخالف فقط، أو أنّه يقضي ببطلان التصرّف الأصلي الذي يحتوي على بند المنع؟

---

1 تتمثّل مصلحة الدائن في المطالبة بإبطال البند لا العقد برمّته، لأنّ ما يهمّه هو أن يصبح الشيء الذي هو على ملك مدينه خاليًا من كلّ الموانع؛ ليستطيع الحجز عليه واستخلاص دينه منه.

2 انظر:
J.-L. Aubert, « Le droit des créanciers d'agir en nullité des actes passés par son débiteur (un aspect particulier de la théorie générale des nullités) », *R.T.D. civ.*, 1969, p. 696.

3 القاعدة أنّه لا قيام بدون مصلحة. انظر المادّة 19 من مجلّة **مدوّنة** المرافعات المدنيّة والتجاريّة التونسيّة، والمادّة الأولى من القانون رقم 13 لسنة 1990 المتعلّق بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري.

4 يراجع حول هذه المسألة محمد الزين، النظريّة العامّة للالتزامات 1 – العقد، تونس، 1997، رقم 275.

5 يراجع المادّة 306 من **مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة**، والمادّة 270 من القانون المدني القطري والمادّة 1341-1 من القانون المدني الفرنسي. انظر أيضًا حول هذه الدعوى:
R. Libchaber, « Les incertitudes de l'action oblique », *Revue des contrats*, 1 avril 2014 au 1 juillet 2014, n° 2.

6 انظر:
N. Nevejans, article précité, *loc. cit*.

7 رغم بعض التذبذب فقد اعتبرت المحاكم الفرنسيّة بخصوص دعوى رفع بند المنع أنّ هذه الدعوى ليست خاصّة بشخص المدين. انظر:
CA. Lyon, 19 mai 1981, J.C.P., éd. N., 1983, II, 208 ; Cass. civ., 1re, 10 juillet 1990, J.C.P., éd. N., 1991, 197, obs. Ph. Salvage ; Def., 1991, article 34978, p. 272, note F. Lucet ; R.T.D. civ., 1991, p. 141, n° 1, obs. F. Zénati ; Cass., 1ère chambre civile, 11 janvier 2000, n° 97-19136, Bull. civ., I, n° 3, p. 2.

تنصّ المادّة 118 من مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة على بطلان الشرط وبطلان العقد: إذا كان "من شأنه أن يمنع، أو يقيد على إنسان تعاطي ما له من الحقوق البشرية، كحق التزوج ومباشرة حقوقه المدنية"، لكنّ نفس المادّة تضيف: "ولا يجري هذا الحكم فيما إذا تعهد إنسان بعدم تعاطي تجارة، أو صناعة معلومة في جهة، أو مدة معينة". يدلّ تفسير هذه المادّة على أنّه إذا كان المبدأ يتمثّل في بطلان الشرط والعقد الذي من شأنه منع الشخص من مباشرة حقوقه المدنيّة، إلا أنّ ذلك الشرط والمنع يكون صحيحًا إذا كان مقيدًا، مثل بند المنع من المنافسة، وقياسًا عليه بند المنع من التصرّف. ويترتّب على كلّ هذا أنّه إذا كان بند المنع من التصرّف غير مشروع، أو غير محدّد زمنيًا فإنّ الحكم بالبطلان يشمل البند وكذلك العقد برمّته. وينسجم هذا التفسير مع ما نصّت عليه المادّة 117 من نفس المجلّة[1]. لكنّ إعمال هذا الجزاء قد يضرّ بالمتصرّف إليه، رغم أنّه لا دخل له في الخلل الذي أصاب البند. لذلك فإنّ تحقيق العدالة قد يمرّ عبر تطبيق المادّة 326 من مجلّة الالتزامات والعقود[2]. وتبعا لذلك فإنّه يمكن اعتبار بند المنع من التصرّف المخالف للقانون بمثابة الالتزام التابع للالتزام الأصلي، الذي قد يكون بيعا، أو هبة... وهو ما يؤدّي إلى إبطال البند فقط دون العقد. ويمكن للقاضي كذلك أن يلجأ إلى المادّة 327 من نفس المجلّة في حالة توفّر شروطها[3]. ويمكّن اللجوء إلى انتقاص العقد من التخلّص من البند موضوع النزاع دون المسّ بالعقد وهو ما يحمي النظام العام من جهة ويشكّل جزاء مناسبًا لمن يضع بندا لا تتوفّر فيه الشروط القانونيّة ويريد بعد ذلك الاستفادة منه من جهة أخرى[4].

وفي خصوص نفس المسألة، يميّز القضاء الفرنسي عادة بين البند الدافع للتعاقد، أي الذي لولاه لما أقدم الدائن بالبند على إبرام التصرّف، وبين البند العرضي الذي لا يكون دافعًا للتعاقد أي أنّ التصرّف كان سيبرم في كلّ الأحوال. ففي الحالة الأولى يكون البطلان كليّا[5]، أي يشمل البند والتصرّف في كليّته[6]، أمّا في الحالة الثانية فإنّ ما يبطل هو البند فقط ويبقى التصرّف صحيحًا في الجزء الباقي[7].

---

1 تنصّ هذه المادّة على أنّ: "كل شرط تعلق بمحال، أو بما يخالف الأخلاق الحميدة، أو القانون، فإنه باطل، وبه يبطل العقد ولا ينقلب إلى الصحة، ولو صار ذلك الشرط ممكنًا فيما بعد".

2 تنصّ هذه المادّة على أنّه: "إذا بطل الالتزام الأصلي؛ بطل ما التحق به من الالتزامات، إلا إذا اقتضى نوعها أو القانون، ما يخالف ذلك. وبطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل".

3 تنصّ هذه المادّة: "بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص".

4 انظر: محمد الزين، المرجع السابق، رقم 310.

5 انظر مثلًا: CA. Bordeaux, 8 juin 1959, J.C.P., 1960, II, 11638, note Y. Guyon ; Cass. civ., 20 mai 1879, D.P., 79, I, 431.

6 انظر:

I. Pétel-Teyssié, « Louage d'ouvrage et d'industrie, Prohibition de l'engagement perpétuel », J.-Cl. civil, 1991, article 1780, fasc. B, n° 55.

7 انظر:

CA. Aix-en-Provence, 21 janvier 1999, Juris-data, n° 042147; Cass. Req., 16 janvier 1923, D., 1923, I, 177 ; Cass. civ., 29 juin 1933, D.H., 1933, 477.

هـذا الموقـف كان يتماشـى مـع المـادّة 900 مـن القانـون المـدني الفرنـسي[1]، بـما أنّهـا تنـصّ عـلى أنّ: "الـشروط المستحيلة الـواردة في أحـكام التبرّعـات بـين الأحيـاء، أو في وصيّـة، أو المخالفـة للقوانـين، أو الأخـلاق تعتـبر كأنّهـا لم تكـن"، لكـن مـع تنقيـح 10 فبرايـر 2016، أصبحـت المـادّة 1184 مـن نفـس القانـون تنـصّ عـلى أنّـه "إذا كان سـبب البطـلان لا يؤثّـر إلا عـلى بنـد واحـد، أو أكثـر مـن بنـود العقـد، فإنّـه لا يرتّـب بطـلان التـصرّف بأكملـه إلا إذا شـكّل ذلـك البنـد، أو تلـك البنـود عنـصرًا حاسـمًا في التـزام الأطـراف، أو التـزام أحدهـم.

ويحتفـظ بالعقـد عندمـا ينـصّ القانـون عـلى أنّ البنـد يعتـبر كأن لم يكـن، أو عندمـا تتطلّـب أهـداف القاعدة التـي وقـع تجاهلهـا المحافظـة عليه".

وتبعًـا لهـذا التنقيـح وبـما أنّ المـادّة 900 تنـصّ عـلى أنّ الـشروط المخالفـة للقانـون تعتـبر كأنّهـا لم تكـن، فإنّ الجـزاء يكـون بطـلان البنـد فقـط ويسـتمرّ العقـد بـين أطرافـه[2]، دون النظـر إلى التفرقـة بـين البنـد الحاسـم، أو الدافـع وبـين البنـد العـرضي، ويمكّـن هـذا الحـل مـن المحافظـة عـلى الرابطـة التعاقديّـة قـدر الإمـكان ويمنـع تحيّـل المتـصرّف الـذي قـد يـدرج بنـدًا مخالفًـا للقانـون بهـدف ضـمان إبطـال التـصرّف في المسـتقبل إذا اقتضـت الحاجـة لذلـك[3].

أمّـا في القانـون القطـري فـإنّ المـادّة 851 لا تنـصّ عـلى جـزاء عـدم صحّـة شرط المنـع مـن التـصرّف، وهو مـا يسـتوجب العـودة للأحـكام العامّـة، التـي تنـصّ عـلى أنّـه: "إذا كان الـشرط الـذي تضمنـه العقـد غـير مـشروع بطـل الـشرط وصـح العقـد، مـا لم يثبـت أحـد المتعاقديـن أنـه لم يكـن يرتـضى العقـد بغـيره فيبطـل العقـد"[4]. ويتّضـح مـن هـذه المـادّة أنّ المـشرّع القطـري يكـرّس التفرقـة بـين الـشرط الدافـع للتعاقـد، أي الـذي لـولاه لم يكـن أحـد المتعاقديـن ليرتـضي بالعقـد، والـذي يـؤدّي إلى إبطـال العقـد برمّتـه، بـشرط إثبـات المتعاقـد لذلـك، وبـين الـشرط العـرضي الـذي لا يؤثـر في الرضـا والـذي يـؤدّي لبطـلان الـشرط لا العقـد[5]. ويستحسـن تدخّـل المـشرّع القطـري لضبـط مـدى البطـلان في حالـة مخالفـة بنـد المنـع مـن التـصرّف، والتأكيـد عـلى أنّـه يقتـصر عـلى بطـلان البنـد فقـط، وذلـك محافظـة عـلى العلاقـة التعاقديّـة مـن جهـة، ومنعـا لتحيّـل المتـصرّف مـن جهـة أخـرى مثلـما وقـع تبيانـه بمناسـبة التعليـق عـلى القانـون الفرنـسي.

ومـن بـين الإشـكالات الأخـرى التـي يمكـن أن تطـرح في حالـة اللجـوء لجـزاء البطـلان تحديـد أجـل

1 قبل التنقيح المدخل على المادّة 1184 في 10 فبراير 2016.

2 مـن بـين أهـمّ مـا جـاء بـه تنقيـح القانـون المـدني الفرنـسي في 10 فبرايـر 2016 هـو تمييـزه بـين البطـلان الجزئـي واعتبـار البنـد كأن لم يكـن. انظـر حـول هـذه المسـألة M.Mekki, « Fiche pratique : la nullité, entre tradition et modernité », article précité, *loc. cit.*

3 انظر: Ph. Simler, *op. cit.*, n° 199 et s.;

4 المادّة 154-2 من القانون المدني.

5 يبـدو أيضًـا أنّ القانـون المـصري يكـرّس نفـس الموقـف في المـادّة 143 مـن القانـون المـدني. انظـر حـول هـذه المسـألة: نبيـل ابراهيـم سـعد، **الحقـوق العينيّـة الأصليّـة أحكامهـا – ومصادرهـا**، دار الجامعـة الجديـدة، 2015، ص 38.

تقادم الدعوى. لم يحدّد القانون التونسي هذا الأجل بصفة صريحة، وهو ما يستوجب اللجوء للقواعد العامّة. فإذا كان البند باطلًا بطلانًا نسبيًا، كأن يحتوي على عيب من عيوب الرضاء تطبّق المادّة 330 من مجلّة الالتزامات والعقود التي تبيّن أنّ أجل القيام يسقط بمضيّ سنة[1]. أمّا إذا كان البطلان مطلقًا، مثل حالة الباعث غير المشروع، فإنّ أجل القيام بالدعوى يطرح إشكالًا في القانون التونسي، بما أنّ البعض يعتبر أنّ الأجل يسقط بمرور 15 سنة[2]، والبعض الآخر يؤكّد أنّ دعوى المطالبة بالبطلان المطلق لا تسقط بمرور الزمن[3]. ولضمان الأمن القانوني وعدم تضارب الأحكام يستحسن تدخّل المشرّع التونسي، لتحديد الجزاء وأجل القيام بالدعوى، بصفة صريحة.

أمّا المشرّع القطري فإنّه لم يحدّد أجل القيام بالدعوى صلب المادّتين 850 و851 من القانون المدني، لكن وبما أنّ جزاء مخالفة المنع هو البطلان النسبي، فإنّه يقع إعمال المادّة 1-161 من نفس القانون، التي تنصّ على سقوط الحق في طلب إبطال العقد بمرور ثلاث سنوات[4]. وإذا كان البند باطلًا بطلانًا مطلقًا، فإنّ دعوى البطلان تسقط بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد[5].

وبالنسبة للقانون الفرنسي، فإنّ القواعد المنطبقة على أجل القيام بالدعوى تعتبر غامضة[6]، ويتعيّن التمييز بينها بحسب ما إذا كان بند المنع متعلقًا بالميدان المدني، أو بالميدان التجاري. وقد لجأ القضاة في إحدى القرارات إلى التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادّة L235-9 من مدوّنة التجاريّة[7]، بينما ميّز قرار آخر بين البطلان الناجم عن التصرّف في حدّ ذاته، والذي ينطبق عليه الأجل المنصوص عليه في الأحكام العامّة، وبين البطلان الناتج عن خلل في قرار صادر عن الشركة، والذي يخضع لأجل 3 سنوات[8]. وبما أنّ بند المنع من التصرّف لا يعتبر قرارًا صادرًا عن الشركة فإنّه يقع تطبيق الأجل العام المعمول به في المادّة المدنيّة، الذي هو 5 سنوات[9].

---

1 تنصّ المادّة 334 من نفس المجلّة على أنّ: "القيام بالفسخ يسقط على كل حال، بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد".

2 المادّة 402 من **مجلة الالتزامات والعقود**؛ ت. مدني عدد 39843، 25 أكتوبر 2018، غير منشور؛ ت. مدني، عدد 28197، مؤرخ في 26 يناير 1993، نشريّة محكمة التعقيب، 1993، ص 305.

3 انظر: ت. مدني، عدد 31158، مؤرّخ في 24 فبراير 2010، غير منشور؛ ت. مدني، 17 يناير 2009؛ ن. م. ت.، 2009، ج.1، ص 117؛ ت. مدني عدد 23712 مؤرّخ في 4 يونيو 2003، ن. م. ت.، 2003، ج. 2، ص 37؛ ت. م. عدد 11113 مؤرخ في 25 ديسمبر 1984، ن. م. ت.، 1984، ج. 2، ص 273؛ ت. مدني عدد 1637 مؤرخ في 12 ديسمبر 1978، ق. ت.، 1979، عدد 4، ص 106؛ يراجع أيضًا: محمد المالقي، **محاضرات في شرح القانون المدني التونسي**، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، 1991، ص 309 وما بعدها؛ محمد كمال شرف الدين، "تعليق على حكم صادر عن محكمة النّاحية في 27 مارس 1990" تحت عدد 9132، **الأحداث القانونيّة التونسيّة**، 1990، ع. 3، ص 97.

4 يطبّق نفس الجزاء في حالة بطلان البند بطلانًا نسبيًا؛ لوجود عيب من عيوب الرضاء.

5 المادّة 163-3 من القانون المدني.

6 انظر: Th. Favario, article précité, *loc. cit*.

7 انظر: Cass. com., 9 novembre 1993, D., 1994, jur. p. 435, note D. Velardocchio.

8 انظر: Cass. 3è civ., 6 oct. 2004, Dr. sociétés, 2004, comm, n° 215, note H. Hovasse.

9 انظر: المادّة 2224 من القانون المدني الفرنسي والمادّة السابقة 1304 قبل تنقيح 10 فبراير 2016. وانظر أيضًا: Th. Favario, article précité, *loc. cit*.

يتّضح إذن أنّ تحديد نوع الجزاء في حالة مخالفة شروط صحّة بند المنع من التصرّف ليس بالأمر الهيّن، بما أنّه يتطلّب اجتهاد القاضي بحسب الخلل الذي يعتري البند، ويمكن الوصول إلى نفس الاستنتاج أيضًا في حالة مخالفة مضمون ذلك البند.

المطلب الثاني: تحديد نوع البطلان في حالة مخالفة مضمون بند المنع من التصرّف

إذا توفّرت جميع شروط بند المنع من التصرّف، اعتبر صحيحًا ووجب على المتصرّف له أن يمتنع عن التصرّف في الشيء كامل المدّة المحدّدة في العقد، أو الوصيّة، سواء بالبيع، أو الهبة، أو المقايضة. وبالنسبة لجزاء مخالفة شرط المنع من التصرّف فإنّ المشرّع التونسي لم يتعرّض بوضوح لهذه المسألة في مجلّة الالتزام والعقود، ويعود السبب في ذلك إلى غياب أحكام خاصّة تنظّم بند المنع من التصرّف بصفة صريحة، فحتى المادّة 118 من مجلّة الالتزامات والعقود، الواردة ضمن باب خاص بالشرط، لا تشير بطريقة واضحة لبند المنع، ويعتبر التوسّع في تفسير أحكامها لجعلها تنطبق في هذه الحالة من قبيل الاجتهاد الفقهي.

وفي ظلّ غياب تنصيص صريح يتعيّن الرجوع للقواعد العامّة والتي يستفاد منها أنّ البطلان المطلق يكون إذا خلا الالتزام عن ركن من أركانه، أو إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة[1]. وبما أنّ هاتين الحالتين لا تتوفّران بالنسبة لفرضيّة مخالفة مضمون بند المنع من التصرّف، فإنّ البطلان يكون، في اعتقادنا، نسبيًا، خاصّة أنّ الهدف من بند المنع هو حماية الحريّة التعاقديّة، أي المصلحة الخاصّة، لا المصلحة العامّة[2].

وفي المقابل نصّ المشرّع التونسي على جزاء البطلان المطلق في عديد من حالات مخالفة المنع من التصرّف بمقتضى القانون. فقد نصّت المادة 5 من القانون عدد 69 لسنة 2016، المتعلّق بضبط النظام الأساسي للأراضي الاشتراكية[3]: "ويكون باطلًا ولا أثر له، كلّ تصرّف يبرم خلافًا لأحكام هذا القانون"[4].

وفي حالة التصرّف في العقارات الفلاحيّة الدوليّة، نصّت المادّة 24 من قانون 13 فبراير 1995،

1 المادّة 325 من **مجلة الالتزامات والعقود**.

2 انظر في نفس الاتجاه:

F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 1999, 6ème éd., n° 286 ; J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau, *La formation du contrat*, L.G.D.J., 1994, n° 192 ; I. Pétel-Teyssié, article précité, n° 54.

3 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 79، 27 سبتمبر 2016، ص3323.

4 انظر: قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسيّة، مدني، عدد 1287، مؤرّخ في 21 أكتوبر 2005، نشرية محكمة التعقيب، عدد 2، 2005، ص 25. وقد جاء في هذا القرار ما يلي: "حيث، وخلافًا لما تمسّك به نائب المعقّبين، فإنّ القانون عدد 28 لسنة 1964 هو من القوانين الآمرة التي تهمّ النظام العام، وأنّ البطلان موضوع الفصل الخامس منه (...) هو بطلان مطلق يخوّل لكلّ من له مصلحة المطالبة بإبطال العقود التي أبرمت، خلافًا لمقتضيات القانون المذكور (...)".

المتعلّق بالعقارات الدوليّة الفلاحيّة، على أنّه: "تعتبر الأعمال المجراة، والكتائب المحرّرة خلافًا للفقرات ج-د-هـ من الفصل 23 من هذا القانون باطلة بطلانًا مطلقًا".

ورغم أنّ المادّة 24 تشير صراحة إلى جزاء البطلان المطلق في حالة التفويت في العقار قبل مرور مدّة 20 سنة، إلا أنّ محكمة التعقيب (التمييز) التونسيّة[1] لم تلتزم بما يقتضيه هذا الجزاء من إمكانيّة مطالبة طرفيه بالبطلان[2]، وقضت أنّ: "شرط منع التفويت موضوع لفائدة ملك الدولة، التي لها وحدها حق طلب إبطال العقد لمخالفة الشرط. ولا يمكن لغيرها وخاصة البائع التمسك بهذا الشرط". من الواضح أنّ المحكمة تخلط في هذا القرار بين نطاق البطلان المطلق ونطاق البطلان النسبي. فالبطلان المطلق الذي يمكن أن يتقرّر إذا حكم القانون بذلك في صورة معيّنة[3]، مثلما هو الحال بالنسبة للمادّة 24 من قانون 13 فبراير 1995، يجيز لكلّ من له مصلحة طلب الحكم به، ومنهم أطراف العقد. وتنصيص المشرّع على البطلان المطلق لا يدع مجالًا لاجتهاد المحكمة عبر محاولة فهم لمصلحة من تمّ وضع تلك القاعدة.

وبالنسبة للقانون القطري، فقد نصّت المادّة 851 من القانون المدني على أنّ جزاء مخالفة شرط المنع من التصرّف هو بطلان ذلك التصرّف. وبالنسبة لطبيعة البطلان، فإنّ موقف المشرّع القطري يبدو واضحا في اعتماد البطلان النسبي، بما أنّ البطلان يمكن أن يطالب به من تقرّر الشرط لمصلحته، وهو أيضا يقبل الإجازة[4]. وبذلك يكون المشرّع القطري قد حسم، في المادّة 851، الجدل الذي كان سائدًا في القانون المصري حول طبيعة البطلان في حالة مخالفة شرط المنع من التصرّف، بما أن شقّ من الفقه[5] اعتبر أنّ البطلان لا يمكن أن يكون إلا مطلقًا[6]، في حين رجّح شقّ آخر أن يكون البطلان نسبيًا[7]،

1 قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية، مدني، عدد، 38183، مؤرّخ في 5 ديسمبر 1995، نشرية محكمة التعقيب، عدد 1، 1995، ص 322.

2 انظر: محمد الزين، المرجع السابق، رقم 273.

3 طبقًا للمادّة 325 من **مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة**.

4 من المعلوم أنّ العقد الباطل بطلانًا مطلقًا لا يمكن إجازته، إذ تنصّ المادّة 163-2 من القانون المدني القطري: "ولا يصحح العقد الباطل بالإجازة، أو بمرور الزمن". انظر أيضًا: المادّة 329 من **مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة**.

5 انظر على سبيل المثال: السنهوري، مرجع سابق، فقرة 323، ص 524؛ محمد لبيب شنب، **موجز في الحقوق العينية الأصلية**، طبعة 1973، دار وهدان للطباعة والنشر، فقرة 254، ص 268. وانظر في شرح هذا الاتجاه: خيال، مرجع سابق، ص 61؛ محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني الحقوق العينيّة الأصليّة**، منشأة المعارف بالإسكندريّة، 2005، ص 492 وما بعدها.

6 وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى عدّة مبرّرات، منها أنّ المشرّع المصري استعمل مصطلح "باطل" وكذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بمناسبة التعليق على المادّة 1192 من المشروع التمهيدي والتي أصبحت فيما بعد المادّة 824، من أنّه: "إذا توافر الشرطان اللذان تقدم ذكرهما (أي الباعث المشروع، أو المدة المعقولة) فالشرط المانع في التصرّف صحيح، فإن خولفا، كان التصرّف المخالف باطلًا بطلانًا مطلقًا؛ لعدم قابلية المال للتصرف".

7 انظر: محمد حسين منصور، **الحقوق العينيّة الأصليّة الملكية والحقوق المتفرّعة عنها أسباب كسب الملكية**، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 86؛ إسماعيل غانم، **الحقوق العينيّة الأصلية**، طبعة 1959، فقرة 41، ص 91، ذكره السنهوري، مرجع سابق، فقرة 323، ص 527، الهامش 2. وقد قضت محكمة النقض المصريّة باعتبار البطلان نسبيًا أيضًا في قرار مدني، الطعن رقم 750، مؤرّخ في 31 ديسمبر 1975، مجموعة أحكام النقض، ص 747.

وذهب اتّجاه آخر إلى اعتبار أنّ البطلان لا يمكن اعتباره بطلانًا مطلقًا ولا بطلانًا نسبيًا[1]، فهو بطلان من نوع خاص[2].

وإذا كان المشرّع له كامل الصلاحيّة في اختيار الجزاء الذي يراه مناسبًا، إلا أنّ اعتماد جزاء البطلان النسبي يثير إشكالًا من الناحية النظريّة، ذلك أنّه من المتعارف عليه أنّ البطلان النسبي جعل لحماية الشخص الذي يريد القانون حمايته[3]، والذي هو عادة أحد المتعاقدين[4]، وليس الغير[5]، بينما تنصّ المادّة 851 من القانون المدني على إمكانيّة طلب إبطال التصرّف المخالف من طرف المشترط ومن تقرّر الشرط لمصلحته، أي في نهاية الأمر من قبل الغير؛ لأنّ المشترط ومن تقرّر الشرط لمصلحته يعتبران أجنبيّان عن العقد الذي أبرمه المتصرّف إليه. فالمادّة 851 تكرّس حالة من الحالات التي يجوز فيها للغير المتضرّر طلب إبطال العقد الباطل بطلانًا نسبيًا. والواقع أنّ هذه الإمكانيّة الاستثنائيّة موجودة أيضا في بعض النصوص القانونيّة[6]، وهي تشير إلى توجّه القوانين الحديثة إلى حماية الغير بمنحهم الحق في المطالبة ببطلان التصرّفات الباطلة، التي لا يكونون طرفًا فيها، بطلانًا نسبيًا[7].

---

1 انظر: زهران، مرجع سابق، ص 255 و256. وانظر أيضًا موقفًا مشابهًا لكن بصفة غير صريحة: سعد، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها.

2 يرى صاحب هذا الرأي أنّه: "(...) لما كان من المعلوم أنّ الإجازة لا تثبت إلا لمن تقرّر الإبطال لمصلحته بشرط أن يكون طرفًا في العقد الذي تقرّر إبطاله، وهو ما لا يتحقّق في حالة ما إذا كان الشرط المانع من التصرّف مقرّرا لمصلحة المشترط، أو الغير، فإنّنا نرجّح الرأي الذي يرى أنّ البطلان الوارد في (م 824)، كما أنّه ليس بطلانًا مطلقًا، فهو أيضًا ليس بطلانًا نسبيًا؛ لاختلاف أحكامه عن البطلان النسبي. ومن ثمّ فهو بطلان من نوع خاص تصحّحه الإجازة الصادرة عمن تقرّر الشرط المانع لمصلحته سواء كان هو المشترط عليه، أو غيره (...)". انظر: زهران، مرجع سابق، ص 255 و256. وهذا الموقف يقبل النقاش؛ لأنّ من شروط الإجازة أن تصدر ممّن له الحق في طلب الإبطال. أمّا القول بأنّ من شروط الإجازة أن تكون صادرة عن أحد أطراف العقد، فإنّ ذلك لتمييز الإجازة عن التصديق الذي يخضع لنفس مفهوم ونظام الإجازة، باستثناء أنّه يصدر عن الغير وليس عن أحد أطراف العقد. والقانون التونسي لا يميّز بين الاثنين من حيث النظام القانوني (يراجع المواد 40 و41 و42 و329 و337 و338 من **مجلة الالتزامات والعقود**. كما أنّ القانون القطري لا يميّز بين المصطلحين، بما أنّه يتحدّث عن إجازة المشترط لمصلحته، أي الغير عن العقد، للتصرّف. فقد جاء في المادّة 851-2 من القانون المدني: "يكون لمن تقرر الشرط لمصلحته إجازة هذا التصرّف أيضًا، ما لم يتعارض ذلك مع الباعث الذي بنى عليه الشرط". وقبول التصرّف للإجازة يجعله يخرج عن دائرة البطلان المطلق ويجعله خاضعًا لأحكام البطلان النسبي، لأنّه ليس هناك نوع آخر من أنواع البطلان.

3 تنصّ المادّة 1181 من القانون المدني الفرنسي باللغة الفرنسيّة على:
« La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger ».

4 جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسيّة، عدد 575، مؤرّخ في 20 إبريل 1976 (نشريّة محكمة التعقيب، ج. 1، 1976، ص 207)، ما يلي: "وحيث إنّ القيام كان على أساس الغلط في الوصف طبق أحكام الفصل 45 من المجلّة المدنيّة التي لا تجيز لغير المتعاقدين، أو من انجر لهم منهم حق طلب الفسخ (ويقصد بالفسخ البطلان في القانون التونسي) عند وجود الغلط". انظر أيضًا:
H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, 8e éd., 1991, Montchrestien, p. 281.

5 يراجع حول عدم إمكانية مطالبة الغير بإبطال العقد الباطل بطلانًا نسبيًا:
Cass., ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20411, ECLI:FR:CCASS:2017:MI00283, Mme X c/SCI Lepante, PB (rejet pourvoi c/ CA Aix-en-Provence, 23 avril 2015), M. Louvel, prés. ; Me Le Prado, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av., AJ Contrat 2017, n° 2, obs. Delpech X. ; AJ Contrat 2017, n° 4, p. 175, note Houtcieff D. ; D. Houtcieff, « La nature de la nullité au gré de l'interprétation de la loi Hoguet », Gazette du Palais, 18 avril 2017, n° 15.

6 يراجع على سبيل المثال المادّة 215 من القانون المدني الفرنسي التي تسمح لأحد الزوجين بإبطال التصرّف الذي أبرمه القرين إذا لم يكن موافقًا عليه. يراجع أيضًا المادّة 595 والمادّة 1127 من نفس القانون. وانظر أيضًا بالنسبة للتطبيقات القضائيّة:
Cass. civ., 3e, 26 janvier 1972, Bull. civ., III, no 69 ; D. 1975, 22 ; J.C.P., 1972, II, 17104, note G. Goubeaux.

7 انظر:
M. Falaise, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », *Petites affiches*, 27 août 1997, n° 103.

وبالنظر إلى أنّه في حالة التصرّف المخالف لبند المنع من التصرّف، فإنّ جميع شروط تكوين العقد تعتبر متوفّرة، بما يقصي منطقيًا جزاء البطلان[1]، وبما أنّ الجزاء الطبيعي المخصّص للغير في حالة تضرّره من العقد هو عدم نفاذ ذلك العقد تجاهه (l'inopposabilité)[2]، فإنّ السؤال الذي يطرح يتعلّق بالسبب الذي جعل المشرّع القطري لا يكرّس هذا الجزاء ويفضّل عليه البطلان النسبي[3].

يهدف جزاء عدم نفاذ التصرّف، في العموم، إلى حماية الغير عبر رفض تطبيق آثاره تجاهه[4]، لكن آثار ذلك التصرّف تسري في حق طرفيه. وبما أنّ هدف الدائن ببند المنع من التصرّف هو ضمان بقاء الشيء دون تصرّف مدّة معيّنة، فإنّه لا يمكن له الوصول إلى هدفه إلا إذا كان من حقّه اللجوء إلى إبطال تصرّف المدين الذي لم يحترم التزامه. فعدم نفاذ التصرّف تجاه الدائن لا يفيده في شيء طالما انتقلت الملكية من المدين إلى المتصرّف له. فإعمال جزاء عدم نفاذ التصرّف المخالف لبند المنع يؤدّي إلى تجاهل التصرّف الذي أبرمه المدين مع معاقده، بما يجعله محقّقا لآثاره بينهما، ويزيل كلّ فائدة من بند المنع من التصرّف. كما أنّ تحقّق آثار العقد المخالف لبند المنع من التصرّف في العلاقة بين المدين بالبند ومعاقده يعطي لذلك المدين فرصة للاستفادة من تصرّفه المخالف لالتزاماته، وهو ما من شأنه تشجيع عدم الأمانة.

يتّضح إذن أنّه في حالة مخالفة بند المنع من قبل المتصرّف إليه، فإنّ إبطال التصرّف الذي قام به المدين بالبند يكفي لإعادة الشيء إليه وهو ما يضمن حقوق الدائن بالبند ويحافظ كذلك على الحقوق التي اكتسبها المدين.

ومن بين الإشكالات التي يمكن أن تطرح، يتعيّن إبراز أنّ المشرّع القطري أقرّ بحق المشترط، ومن تقرّر الشرط لمصلحته في طلب إبطال التصرّف المخالف، لكنّه لم يبيّن هل يجوز للشخص الذي تعاقد مع المدين ببند المنع من التصرّف المطالبة بإبطال العقد الذي أبرمه معه. في الواقع قد يبرم

---

1 انظر: R. Marty, « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (suite et fin) », *Petites affiches*, 22 novembre 2000, n° 233.

2 انظر:

Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des obligations*, 7è éd., 2015, L.G.D.J., Droit civil, n° 669 ; A. Benabent, *Droit des obligations*, 15è éd., L.G.D.J., 2016, n° 200 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 11è éd., 2013, n° 82.

3 في الواقع هناك عديد الحالات التي يتقارب فيها جزاء البطلان النسبي مع جزاء عدم نفاذ التصرّف، وهو ما جعل القضاء متذبذبًا أحيانًا في تطبيق الجزاء المناسب على نفس الوقائع. ومن أمثلة ذلك ما يبرمه الوكيل دون سلطة، فقد قضت المحاكم الفرنسيّة في بعض الحالات بالبطلان النسبي. انظر في هذا الصدد:

Cass., 1re civ., 2 juillet 2014, n° 13-19626, Contrats, conc. consom., 2014, comm. 128, obs. Leveneur L.- ; Cass., 1re civ., 9 juillet 2009, n° 08-15413, Contrats, conc. consom., 2009, comm. 260, obs. Leveneur L.- ; Cass., 1re civ., 2 novembre 2005, n° 02-14614, Bull. civ., I, n° 395; RTD civ. 2006, p. 138, obs. Gautier P.-Y.

لكنّ القضاء الفرنسي طبّق في قرارات أخرى جزاء عدم نفاذ التصرّف. انظر على سبيل المثال:

Cass., 3e civ., 6 oct. 2004, n° 01-00896, Bull. civ., III, n° 166.

4 انظر:

J. Ghestin, G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 2è éd., 1983, L.G.D.J., p. 685 ; M. Falaise, article précité, *loc. cit*.

شخص ما تصرفًا مع المدين ببند المنع دون أن يكون على علم بذلك البند، أي عن حسن نيّة، وبما أنّ البطلان النسبي وضع لحماية المتعاقد فإنّه يجوز له، حتّى في غياب تنصيص المشرّع على ذلك، طلب إبطال العقد الذي أبرمه مع المدين بالبند الذي أخفى عليه وجود المنع، أي أنّه سيستند على الأحكام المتعلّقة بعيوب الرضا، وخاصّة التدليس[1]. وقد تكون مصلحته من وراء المطالبة بالبطلان، تجنّب ما قد يعترضه من مشاكل في حالة رفع الدائن بالبند لدعوى إبطال التصرّف المبرم، بمعنى رغبته في الحصول على ملكيّة خالية من كلّ أنواع الشغب والنزاع، أو المحافظة على علاقته بالدائن بالبند، إذا كانت تجمعه به رابطة ما.

وفيما يتعلّق بالقانون الفرنسي فإنّه قبل صدور قانون 1971 وخاصّة في النصف الأوّل من القرن التاسع عشر، كانت المحاكم الفرنسيّة تقضي بالبطلان المطلق لبند المنع من التصرّف حتى لو كان المنع مؤقتًا[2]. وقد كانت تلك المحاكم تستند على المادّة 900 من القانون المدني، التي تعتبر الشروط المخالفة للقوانين والأخلاق كأن لم تكن[3]. ثمّ تطوّرت الأحكام القضائيّة بعد ذلك لتقبل ببند المنع من التصرّف إذا توفّرت مصلحة جديّة ومشروعة وكان المنع مؤقتًا[4]. وقد كرّس قانون 3 يوليو 1971 هذا التطوّر لكن ما يعاب عليه هو عدم تحديد الجزاء في حالة مخالفة بند المنع من التصرّف. وقد اتّجه القضاء إلى اعتبار أنّ البطلان في هذه الحالة هو بطلان نسبي[5]، وهو نفس الموقف الذي كان قد دافع عنه جانب من الفقه[6] قبل صدور القانون. لكن جانبا آخر من الفقه انتقد اللجوء لهذا الجزاء لأنّه لا يتصوّر كيف يمكن لمجرّد خطأ تعاقدي، أو تقصيري أن يعاقب بفرض الموافقة القسريّة على إبطال تصرّف قانوني، فالجزاء المنطقي في مثل هذه الحالة هو المسؤوليّة التقصيريّة للغير سيّء النيّة الذي يتعاقد مع المتصرّف إليه[7]. ولعلّ وجاهة مثل هذه الانتقادات من بين الأسباب التي جعلت القضاء الفرنسي يرفض الحكم بإبطال العقد في حالة خرق بند عدم المنافسة[8].

---

1 انظر: المادّة 134 من القانون المدني القطري.

2 انظر مثلًا:

CA. Lyon, 7 avril 1835, D., 1836, II, 83 ; CA. Paris, 11 mars 1836, S., 36, II, 360 ; CA. Douai, 29 décembre 1847, S., 48, II, 462.

3 يراجع حول موقف المحاكم الفرنسيّة:

A. Cheron, *La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites*, J.C.P., 1930, 1057 ; H. Corvest, article précité, *loc. cit*.

4 انظر:

CA. Angers, 29 juin 1842, D., 1842, II, 218 ; Cass. civ., 20 avril 1858, D.P., 1858, I, 154 ; Cass. civ., 12 juillet 1865, D.P., 1865, I, 113 ; Cass. Req., 20 février 1939, Gaz. Pal., 1939, I, 785.

5 انظر:

Cass. civ., 3e, 31 mai 2006, pourvoi n° 05-10270, Bull. civ., 2006, III, n° 136, p. 112 ; Cass. civ., 1re, 13 avril 1992, D., 1993, somm. 222, obs. M. Grimaldi; Papeete, ch. civ., 26 mai 2011, n° 10/00086, disponible sur le site: https://www.doctrine.fr/d/CA/

6 انظر مثلا: Y. Le Roux, *Des prohibitions d'aliéner insérées dans les contrats et testaments*, thèse Rennes, 1929, p. 170.

7 انظر: W. Dross, « Les modèles de l'inaliénabilité conventionnelle », *Revue des contrats*, 1 mars 2016, n° 1, pp. 175 et s.

8 انظر على سبيل المثال: Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-19419, Bull. civ., V, n° 258.

ويـرى جانـب مـن الفقـه أنّ أسـاس جـزاء البطـلان قـد يوجـد في مفهـوم التخصيـص[1]، إذ إنّ الـشيء الـذي يقـع تخصيصـه يكـون عليـه تحمّـل يمنعـه مـن الانتقـال مـن شـخص إلى آخـر منـذ إبـرام التـصرّف المتعلّـق بذلـك الـشيء. وتبعـا لذلـك فـإنّ جـزاء البطـلان يكـون مناسـبًا في مثـل هـذه الحالـة بـما أنّـه يـؤدّي إلى عـدم ترتيـب العقـد لآثـاره نتيجـة غيـاب شروط انعقـاده.

وإذا كان المـشرّع القطـري قـد اعتمـد في القانـون المـدني عـلى جـزاء البطـلان النسـبي، فإنّـه نـصّ أيضًـا عـلى جـزاء البطـلان المطلـق في حالـة خـرق شرط المنـع القانـوني مـن التـصرّف. فقـد نصّـت المـادّة العـاشرة مـن القانـون رقـم 2 لسـنة 2007 بشـأن نظـام الإسـكان، أنّـه:

"ويعتـبر باطـلًا **بطلانًـا مطلقًـا** كلّ تـصرّف، أو عقـد يخالـف هـذه الأحـكام، ولا يجـوز تسـجيله، ولا يترتّـب عليـه أيّ أثـر قانـوني، سـواء فيـما بـين المتعاقديـن أم الغـير، ويـسري الحظـر المشـار إليـه عـلى ورثـة المنتفع"[2].

يمكـن تبريـر لجـوء المـشرّع إلى البطـلان المطلـق في هـذه الحالـة بمصـدر المنـع وهـو القانـون وليـس إرادة الأطـراف، وبطبيعـة المـال المعطـى للشـخص، الـذي يهـدف إلى الإسـهام في توفـير السـكن الملائـم، وبالتـالي فـإنّ محتـوى المـادّة هدفهـا منـع المضاربـة في هـذا الميـدان ومنـع التحايـل عـلى القانـون[3]، خاصّـة وأنّ المـال مخصّـص عـادة لـذوي الدخـل المحـدود. ويعتـبر جـزاء البطـلان المطلـق جـزاء صارمـا، لأنّ المـشرّع نـصّ عـلى أنّ المنـع مـن التـصرّف يـسري أيضًـا عـلى ورثـة المنتفـع[4]، وهـو مـا يـبرز رغبتـه في ضـمان انتفـاع الورثـة بالسـكن لأكـبر مـدّة ممكنـة.

لكـن لجـوء المـشرّع للبطـلان المطلـق يجعـل مـن جـزاء عـدم احـترام المنـع مـن التـصرّف جـزاء مزدوجًـا، بحسـب ميـدان المنـع. فالأصـل أنّ الجـزاء هـو البطـلان النسـبي، إذا كان المنع مـن التـصرّف إراديّا، والاسـتثناء هـو البطـلان المطلـق، إذا كان المنـع قانونيًـا.

ولا يجـوز حسـب المـادّة العـاشرة مـن القانـون رقـم 2 لسـنة 2007 التـصرّف في العقـار قبـل انقضـاء مـدّة خمـس عـشرة سـنة مـن تاريـخ تسـلّمه، وسـداد القـرض وملحقاتـه كامـلًا، إلا إذا قـدّم ضمانًـا مناسـبًا يوافـق

---

1 انظر:
C. Kuhn, note précitée, *loc. cit*.

2 انظـر حـول هـذه المسـألة: محكمـة التمييـز، مـدني، جلسـة 22 نوفمـبر 2016، الطعـن رقـم 224 لسـنة 2016، قـرار متوفـر عـلى موقـع المجلـس الأعـلى للقضـاء القطـري: http://www.sjc.gov.qa/. وقـد جـاء في هـذا القـرار أنّ الحظـر المنصـوص عليـه في قانـون 2007: "(...) هـو حظـر عـام اسـتوجب أن يحـرص المـشرع عـلى سريانـه عـلى ورثـة المنتفـع وأن يرتـب البطـلان عـلى مخالفتـه، وهـو مـا صرح بـه النـص (...)".

3 جـاء في قـرار صـادر عـن محكمـة التمييـز، مـدني، جلسـة 27 مـن أكتوبـر سـنة 2015، الطعـن رقـم 244 لسـنة 2015، أن "المـشرع أراد توفـير السـكن الملائـم للمواطنـين لا سـيما أصحـاب الدخـل المحـدود وحظـر التـصرّف فيهـا بـأي نـوع مـن أنـواع التـصرّف (...) حتـى تتوافـر الأماكـن الخاليـة لطالبـي السـكنى التزامًـا بمقتضيـات الصالـح العـام وترجيحًـا لهـا عـلى مـا قـد يكـون للأفـراد مـن مصالـح مغايـرة (...)". قـرار متوفـر عـلى موقـع المجلـس الأعـلى للقضـاء القطـري: http://www.sjc.gov.qa

4 عـلى خـلاف القانـون القطـري، جـاء في القانـون التونـسي، وتحديـدًا في الأمـر عـدد 1114 لسـنة 2003 المـؤرخ في 19 مايـو 2003، المتعلـق بضبـط إجـراءات تطبيـق النظـام الجبائـي التفاضـلي الخـاص بالسـيارات السـياحية التـي لا تتجـاوز قوتهـا 4 خيـول بخاريـة جبائيـة، أنّ شرط المنـع مـن التفويـت لا ينطبـق عـلى الورثـة، يراجـع المـادّة السـابعة مـن هـذا الأمـر.

عليه البنك. يتّضح من هذه المادّة أنّ المشرّع يوجب توفّر شرطين لرفع الحظر عن التصرّف، وهما مرور 15 سنة من تاريخ تسلّم العقار، وسداد القرض وملحقاته كاملًا[1]. إلا أنّه بالإمكان، حسب القانون رقم 2 لسنة 2007، في حالة تقديم ضمان مناسب يوافق عليه البنك، أن يرفع شرط سداد القرض وملحقاته كاملًا[2].

ويعتبر التصرّف قبل انتهاء مدّة 15 سنة باطلًا[3] حتىّ لو اتفق طرفاه على إرجاء إجراءات التسجيل ونقل الملكية لحين انتهاء مدّة المنع. ويعود سبب ذلك إلى أنّ الشروط الإجرائيّة الواردة في قانون التسجيل تعتبر من عناصر الحق ذاته لا شرطًا واقفًا[4].

ويمكن للمتصرّف، أو لمن تقرّر الشرط لمصلحته أن يطلب إبطال التصرّف المخالف للشرط، بصرف النظر عن الجزاءات الأخرى التي يمكن اللجوء إليها قانونيًا.

الفرع الثاني: إمكانيّة اللجوء لجزاءات أخرى

قد ينصّ المشرّع أحيانًا على جزاء معيّن في حالة مخالفة المنع القانوني من التصرّف، ومثال ذلك ما نصّت عليه المادّة 9 فقرة أخيرة من الأمر عدد 33 لسنة 1974، المؤرّخ في 21 يناير 1974، المتعلّق بتنظيم وتسيير الوكالة العقارية للسكنى من أنّه في صورة مخالفة المشتري لالتزاماته، "يمكن للوكالة العقارية للسكنى المطالبة بتجريده من حقوقه جزئيًا، أو كليًا"[5]. وبالإضافة إلى إمكانيّة اللجوء للبطلان ولبعض الجزاءات الخاصّة، مثل تلك المنصوص عليها في القوانين المنظّمة للشركات[6]، يمكن للمتضرّر من عدم التزام المتصرّف إليه ببند المنع من التصرّف أن يلجأ إلى لقواعد المتعلّقة بالتنفيذ العيني (المطلب الأوّل) وبالفسخ (المطلب الثاني).

---

1 ويتقارب موقف المشرّع القطري مع ما جاء في القانون التونسي، ذلك أنّ المادّة السابعة من الأمر الحكومي عدد 161 لسنة 2017 المؤرّخ في 31 يناير 2017، نصّت على أنّه: "لا يمكن للمنتفع بمسكن في إطار هذا البرنامج (أي برنامج السكن الأوّل) التفويت فيه إلا بعد انقضاء اثني عشرة سنة من تاريخ إمضاء عقد البيع، واستكمال تسديد كامل قيمة القرض المسند بعنوان التمويل الذاتي أصلًا وفائضًا".

2 جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز، بتاريخ 27 أكتوبر 2015، أنّ: "(...) الثابت بالأوراق (...) أن مورث المطعون ضدهم أولًا (...) قام بسداد أقساط القرض من راتبه حتى وفاته (...) ومن ثم فإن عقار التداعي يخرج من نطاق الحظر الذي أوردته المادة العاشرة من القانون المشار إليه ويجوز التصرّف فيه بأي نوع من أنواع التصرّف". محكمة التمييز، جلسة 27 أكتوبر 2015، الطعن رقم 227 لسنة 2015، متوفر على الموقع http://www.sjc.gov.qa/.

3 يختلف القانون القطري عن القانون التونسي، ذلك أنّه يفهم من المادّة السابعة من الأمر الحكومي عدد 161 لسنة 2017 المؤرخ في 31 يناير 2017، أنّ بيع المسكن قبل مرور 12 سنة جائز لكن بشرط خلاص مبلغ التمويل الذاتي مع الفائض. ويتعزز هذا التفسير، خاصّة مع غياب التنصيص على جزاء عدم احترام شرط المنع من التفويت في بقيّة مواد الأمر الحكومي.

4 جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز أنّ إجراءات التسجيل ونقل الملكية: "(...) اشترطها قانون التسجيل العقاري لنقل ملكية العقار ومن ثم تعد من عناصر الحق ذاته لا شرطًا واقفًا". محكمة التمييز، مدني، جلسة 9 ديسمبر 2014، قرار سابق الذكر.

5 انظر أيضا: المادّة 10 من هذا الأمر؛ قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسيّة، عدد 23162، مؤرّخ في 19 يونيو 2003، نشرية محكمة التعقيب عدد 2 سنة 2003، ص 125.

6 إذا وقع إدراج بند المنع من التصرّف في النظام الأساسي للشركة، وقام أحد الشركاء بمخالفته، بالتفويت في البعض من أسهمه إلى الغير، يمكن أن يعاقب بتعليق بعض حقوقه، وقد يصل الأمر حتى إلى استبعاده من الشركة. انظر حول هذه المسألة:

Th. Favario, article précité, *loc. cit*.

المطلب الأوّل: التنفيذ العيني

قد لا يكون هدف الدائن فسخ العقد بما يعنيه من انحلال لذلك العقد بصفة رجعيّة، بل يكفي مجرّد إرجاع الشيء إلى ملكيّة المتصرّف إليه حتّى يحافظ على الغاية الأساسيّة التي دفعته لإبرام التصرّف منذ البداية، وهو ما يتحقّق بتطبيق جزاء التنفيذ العيني.

وقد يستغرب البعض من تطبيق القواعد المتعلّقة بالتنفيذ العيني، بما أنّ اللجوء للبطلان يمكّن الدائن من إرجاع الشيء للمتصرّف إليه في حالة مخالفته لبند المنع، أي أنّه لا حاجة له للمطالبة بالتنفيذ العيني، خاصّة أنّ التنصيص على جزاء خاص يغنينا عن الرجوع للجزاء العام إعمالًا لقاعدة الخاص يقيّد العام[1]. لكن اللجوء للتنفيذ العيني يبقى هامًا، لأنّه قد يطرح في حالة سقوط الحق في المطالبة بالبطلان النسبي، نظرًا لأنّ المدّة تسقط بمرور سنة في القانون التونسي و3 سنوات في القانون القطري. ففي مثل هذه الحالة فإنّ التساؤل حول إمكانيّة اللجوء للتنفيذ العيني يصبح مشروعًا، بما أنّ مدّة التقادم تكون 15 سنة[2]، بالنسبة للقانونين التونسي والقطري[3].

تجيز مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة[4] وكذلك القانون المدني القطري[5] اللجوء للقضاء لطلب إزالة ما أجراه المدين إخلالًا بالتزامه بالامتناع عن عمل. والإشكال الذي يطرحه تطبيق القانونين التونسي والقطري يتمثّل في السند القانوني للحكم القاضي بإزالة ما قام به المدين، فهل سيعتمد ذلك الحكم على وجوب التنفيذ العيني لالتزام المدين بالامتناع عن التصرّف، أو أنّه سيرتكز على القواعد التي تجيز الحصول على تعويض عيني في حالة إخلال المدين بالتزامه بالامتناع عن عمل؟

أثارت التفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني جدلًا واسعًا بين الفقهاء، فقد ذهب اتّجاه فقهي إلى إنكارها، وفي هذا الصدد، اعتبر البعض أنّ الحكم القضائي الصادر ضدّ المدين بوجوب اتّخاذ التدابير الماديّة اللازمة لجبر امتناعه عن التنفيذ ليست في حقيقة الأمر سوى التنفيذ العيني ذاته[6]، ورأى البعض الآخر أنّ عدم تنفيذ العقد لا يؤدّي أبدا إلى نشأة واجب التعويض، بل يؤدّي إلى التنفيذ

---

1 « Le spécial déroge au général » ، أو باللاتينيّة "specialia generalibus derogant".

2 انظر: المادّة 403 من القانون المدني القطري والمادّة 402 من **مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة**.

3 وبالنسبة للقانون الفرنسي، فإنّ الأجل العام للقيام بالدعوى أصبح 5 سنوات، بعد تنقيح القانون المدني بمقتضى القانون عدد 2008-561، المؤرّخ في 17 يونيو 2008، بعد أن كان 30 سنة. انظر المادّة 2224 من القانون المدني.

4 نصّ المادّة 276 من المجلّة: "إذا كان موضوع الالتزام النهي عن عمل شيء (...) يسوغ للملتزم له أن يطلب إذن الحاكم بإزالة ما أجراه الملتزم المذكور، ومصروف ذلك من مال المخالف".

5 تراجع المادّة 254 من القانون المدني سابقة الذكر.

6 انظر:

C. Larroumet et S. Bros, *Traité de droit civil*, t. 3, Les obligations. Le contrat, Economica, 2014, 7ᵉ éd., n° 675, p. 803.

العيني، أو ما يعادله، ولا يتصوّر تبعا لذلك وجود تعويض عيني في المسؤوليّة التعاقديّة[1]. وقد وصل الأمر إلى حدّ طرح إمكانيّة الاستغناء عن التعويض العيني في المادّة التعاقديّة[2].

بينما ذهب اتّجاه آخر إلى أنّ تنفيذ الالتزام الذي تعهّد به المدين في العقد يمكن أن يكون مختلفًا عن الحكم القاضي بالتعويض العيني[3]. وفي هذا الصدد اعتبر جانب من الفقه أنّ التنفيذ العيني يتمّ قبل وقوع الإخلال بالالتزام، بينما يكون التعويض العيني بعد وقوع الإخلال[4]، أي بعد حصول ضرر ناجم عن التنفيذ المعيب للعقد[5]. ويرى جانب من القضاء الفرنسي أنّ التنفيذ العيني يعتبر حقًا غير مشروط يستطيع الدائن أن يفرضه على القاضي، بينما يخضع التعويض العيني للسلطة التقديريّة للقاضي الذي يمكن له تقدير مدى ملاءمته[6] حسب الوقائع المعروضة[7].

ونعتقد أنّه في حالة إخلال المدين ببند المنع من التصرّف فإنّ إجباره على التنفيذ العيني يمرّ حتمًا عبر إزالة ما أجراه من تصرّف، كما أنّ اللجوء إلى التعويض العيني، يعني أنّ القاضي سيقضي بإزالة ما قام به ذلك المدين[8]، وتبعا لذلك فإنّه بالنسبة للالتزام بالامتناع عن عمل، بشكل عام والمنع من التصرّف بشكل خاص، يكاد يكون التقارب بين نوعي الجزاء تامًا، بما يجعل من مسألة التفرقة بينهما تطرح إشكالًا كبيرًا في التطبيق. ويذهب الفقيه السنهوري إلى القول أنّه في حالة الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل فإنّه لا يبقى للدائن إلا طلب الحصول على تعويض بما أنّ التنفيذ العيني يصبح مستحيلًا بمجرّد الإخلال بالالتزام[9]. ويرى جانب من الفقه أنّ محاولة إدراج بند التنفيذ الجبري في العقد

---

1 انظر:
P. Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *Revue des contrats*, 2005, p. 13.

2 انظر:
G. Viney, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Étude de droit comparé, Bruylant-L.G.D.J., 2001, p. 165.

3 انظر:
G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., 2010, 3è éd., n° 26, pp. 83 et s. ; C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, n° 47, p. 58.

4 انظر: عبد الرزّاق السنهوري، **الوسيط**، جزء 2، د. ت. ط.، فقرة 440.

5 انظر:
Ph. Malaurie, L. Aynes et Ph. S.-Munck, *Les obligations*, Défrénois, 4è éd., 2009, p. 626.

6 انظر:
Cass. civ., 3è, 16 juin 2015, n° 14-12.548, disponible sur le site https://www.legifrance.gouv.fr/

7 يراجع حول هذا الموقف:
Th. Genicon, « Droit inconditionnel du créancier à l'exécution en nature (même en cas de « coût exorbitant ») vs appréciation judiciaire de l'opportunité de la réparation en nature », *Revue des contrats*, 1 décembre 2015, n° 4.

8 انتقد البعض اللجوء للتنفيذ العيني في حالة الإخلال بالالتزام بالامتناع عن التصرّف لأنّه يستوجب موافقة المدين على إزالة التصرّف الذي أجراه، أي في نهاية الأمر إجباره على الموافقة وهو ما لا يستقيم من الناحية القانونيّة. انظر في هذا الصدد:
W. Dross, article précité, *loc. cit.*
لكنّ هذا الرأي لا يستقيم حسب رأينا لأنّ المسألة تتعلّق بجزاء لا حاجة فيه لموافقة المدين، الذي تسبّب بإخلاله بالتزامه في صدور الحكم القضائي بإزالة ما قام به من تصرّف مخالف.

9 انظر: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، جزء 2، فقرة 440.

ليس له جدوى في مثل هذه الحالة أيضا، لأنّ التنفيذ الجبري لالتزام سلبي يعتبر أمرًا مستحيلًا[1]. لكن ما يجب ملاحظته هو أنّ المدين ببند المنع من التصرّف يعتبر في حالة تنفيذ عيني لالتزامه إذا استمرّ في الامتناع عن التصرّف في الشيء كامل المدّة المتفق عليها، وإذا خالف البند فإنّه يعتبر متوقفًا عن التنفيذ العيني، وهو ما يسمح للدائن بالتدخّل لطلب تنفيذ عين ما التزم به أي التنفيذ الجبري لالتزامه ما لم يكن هناك استحالة تمنع ذلك. كما أنّ الالتزام بالامتناع عن التصرّف ممتدّ في الزمن بما يعني أنّه في حالة إخلال المدين بالتزامه أكثر من مرّة، فإنّه من الأسلم اللجوء إلى جزاء التنفيذ العيني، لأنّه لا يستقيم الحديث في كلّ مرّة عن تعويض عيني لنفس الالتزام. فلجوء الدائن إلى التنفيذ العيني للالتزام الممتدّ في الزمن أفضل لأنّه يمكن للقاضي منع المدين من الإخلال بالتزامه مستقبلًا، بدل انتظار الإخلال ومن ثمّ المطالبة بالتعويض العيني في كلّ مرّة. وفي حالة اللجوء إلى التنفيذ العيني فإنّ المدين سيصبح ملزمًا بالالتزام الأصلي وكذلك بمقتضى حكم قضائي، بما يدعم حق الدائن.

وبالنسبة للقانون المدني الفرنسي فإنّه كان يحتوي، قبل تنقيح 10 فبراير 2016، على مادّتين مختلفتين تمامًا. فقد كانت المادّة 1142 تشكّل حاجزا، يمنع اللجوء للتنفيذ العيني الجبري، وتسمح في المقابل بالحصول على تعويضات. أمّا المادّة 1143 فقد كانت تجيز إزالة التصرّف بصرف النظر عن إمكانيّة الحصول على تعويضات. ولم يمنع وجود المادّة 1142 من صدور قرارات قضائيّة تجيز التنفيذ العيني في حالة مخالفة التزام بالامتناع عن عمل[2]، رغم وجود توجّه قضائي آخر يرفض هذا الجزاء[3]، ورغم الانتقادات الفقهيّة أيضا لهذا التوجّه[4]. وفي المقابل فإنّ جانبًا من الفقه ساند إمكانيّة اللجوء للتنفيذ الجبري العيني، لأنّ رفض ذلك يجعل من المادّة 1142 المبدأ، في حين أنّه من المعلوم أنّ هذه المادّة تعتبر من بين الاستثناءات الضروريّة لمبدأ القوّة الملزمة للعقد والتي تحجّر اللجوء للإكراه المسلّط على شخص المدين[5].

---

1 انظر:

H. Moubsit, « Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés », *Revue Lamy droit des affaires*, nº 86, 1 octobre 2013, *loc. cit*.

2 انظر على سبيل المثال بخصوص الإخلال بالالتزام بالامتناع عن المنافسة: القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسيّة، الذي قضت فيه بالإضافة إلى التعويض بغلق المنشأة المنافسة:

Cass. com., 20 janvier 1981, Bull. civ., IV, n° 41 ; 4 mai 1993, R.J.D.A., 1993, n° 11, n° 870, p. 756 ; v. aussi Cass. civ., 3e, 17 janvier 1984, R.T.D. civ., 1984, p. 711, obs. J. Mestre.

3 انظر مثلًا:

Cass. com., 19 octobre 1999, Bull. d'actualité Lamy sociétés commerciales, avril 2000, n° 123, p. 6 ; Cass. soc., 18 novembre 2009, n° 08-19419, Bull. civ., V, n° 258.

4 يراجع مثلًا:

B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations*, Tome 2, Le contrat, Litec, 1998, p. 566, n° 1630 ; J. Mestre, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, P.U.A.M., 1993, p. 91.

5 انظر في هذا الاتجاه:

W. Jeandidier, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *R.T.D. civ.*, 1976, n° 7, p. 704, note 12 ; W. Dross, article précité, *loc. cit.* ; Pascal Puig, « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », *Revue des contrats*, 2005, n° 1, pp. 85 et s.

أمّا بعد تنقيح 10 فبراير 2016، فقد أصبحت المادّة 1221 من القانون المدني تجيز صراحة اللجوء للتنفيذ العيني، أيًا كان نوع الالتزام، بما أنّها تنصّ بوضوح على أنّه: "يجوز للدائن بالالتزام، بعد الإنذار، أن يواصل التنفيذ العيني إلا إذا كان ذلك التنفيذ مستحيلًا، أو إذا كان هناك عدم تناسب واضح بين ثمنه بالنسبة للمدين حسن النيّة وأهميّته بالنسبة للدائن".

وما يلاحظ بالنسبة للقانون التونسي[1] والقطري[2] أنّهما يشترطان تدخّل القاضي لإزالة ما قام به المتصرّف إليه. كما أنّ المشرّع الفرنسي قيّد اللجوء للتنفيذ العيني بغياب الاستحالة وغياب عدم التناسب، وهو ما يعني أيضا ضرورة تدخّل القاضي لتقدير هذه المسائل. ومن بين الأشياء التي يتعيّن على القاضي النظر فيها، التثبّت من حسن، أو سوء نيّة الغير المتعاقد مع المدين ببند المنع، لأنّ هذه المسألة حاسمة في معرفة إمكانيّة، أو عدم إمكانيّة التنفيذ العيني.

فإذا كان الغير حسن النيّة، كأن يشتري منقولا لا يخضع لأيّ شكليّة تمكّنه من معرفة وجود بند المنع، أو أن ينسى المتصرّف واجب ترسيم بند المنع ليتمكّن من الاحتجاج به تجاه الغير[3]، فإنّ التنفيذ العيني لصالح الدائن غير ممكن لانتقال الملكية لذلك الغير الذي يستحقّ الحماية، ولأنّ الدائن يحتفظ بحق اللجوء لجزاءات أخرى تمكّنه من حماية مصالحه، كالبطلان والتعويض والفسخ[4]، ولوجود مبدأ النسبيّة العقديّة[5].

أمّا إذا كان الغير سيّء النيّة، كأن يكون على علم ببند المنع ورغم ذلك تعاقد مع المدين، فإنّه بإمكان الدائن التنفيذ العيني وطلب إزالة التصرّف استنادًا إلى مبدأ الغش مفسد لكلّ شيء « la fraude corrompt tout »[6]. كما يمكن للدائن القيام ضدّ الغير لطلب الحصول على تعويضات، على أساس قواعد المسؤوليّة المدنيّة، بما أنّه تعمّد بخطئه المساهمة مع المدين بالبند في الإخلال بتنفيذ العقد[7]. فالعقد الذي يعتبر واقعة اجتماعيّة وقانونيّة بالنسبة للغير، ينشئ وضعيّة قانونيّة يتعيّن عليه

1 يراجع المادّة 273 و276 من مجلّة الالتزامات والعقود.

2 يراجع المادّة 851 من القانون المدني.

3 ليتمكّن المتصرّف من الاحتجاج ببند المنع من التصرّف تجاه الغير يتعيّن عليه احترام ما نصّت عليه المادّة 373 من مجلّة الحقوق العينيّة من وجوب ترسيم جميع الصكوك والاتفاقات المتعلّقة بإنشاء حق عيني، أو بنقله، أو بجعله غير قابل للتفويت، أو بالتقييد من حرية جولانه.

4 انظر: W. Dross, article précité, *loc. cit*.

5 انظر: المادّة 240 من **مجلة الالتزامات والعقود** والمادّة 177 من القانون المدني القطري وكذلك المادّة 1199 من القانون المدني الفرنسي بعد تنقيح 10 فبراير 2016، والتي أصبحت تنصّ بوضوح على أنّه لا يمكن إلزام الغير بتنفيذ العقد.

6 انظر:
M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Tome X, Contrats civils, 1ère partie, par J. Hamel, n° 179.

7 انظر:
P. Hugueney, *De la responsabilité du tiers-complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse, Dijon, 1910; B. Starck, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », J.C.P., 1954, I, 1180 ; W. Dross, article précité, *loc. cit*.

احترامهـا، وإلا أمكـن مؤاخذتـه عـلى أسـاس المسـؤوليّة التقصيريّـة القائمـة عـلى الخطـأ[1]. فلئـن كان المبـدأ يتمثّـل في النسـبيّة العقديّـة[2]، إلا أنّ هـذا المبـدأ لا يمنـع مـن إمكانيّـة معارضـة الغـير بالعقـد[3].

وأخـذا بعـين الاعتبـار اختـلاف مصالـح الدائنـين ببنـد المنـع مـن التـصرّف، فإنّـه قـد يكـون مـن الأفضـل بالنسـبة للدّائـن طلـب فسـخ العقـد الـذي أبرمـه مـع المتـصرّف إليـه.

المطلب الثاني: الفسخ

يمكـن التسـاؤل عـن جـدوى لجـوء المتـصرّف للفسـخ، بـما أنّ هدفـه هـو منـع المتـصرّف إليـه مـن التصرّف في الـشيء فقـط، والـذي يمكـن أن يتحقّـق دون اللجـوء لفسـخ العقـد، كأن يطلـب إبطـال التـصرّف الـذي قـام بـه المديـن بالبنـد. في الواقـع قـد يفقـد المتـصرّف ثقتـه في المتـصرّف إليـه، ويصبـح غـير متأكّـد مـن تنفيـذ بنـد المنـع في المسـتقبل، لأنّ مـن يخالـف التزاماتـه أوّل مـرّة قـد لا يتوانـى عـن تكـرار المخالفـة في المسـتقبل. وقـد يكـون تخـوّف المتـصرّف جديّـا إذا كانـت هنـاك إمكانيّـة لامتـداد بنـد المنـع بعـد وفاتـه، ففـي هـذه الحالـة تتكـوّن لديـه قناعـة أنّ المتـصرّف إليـه الـذي تنكّـر لالتزامـه في قائـم حياتـه، لـن ينفّـذه بعـد وفاتـه. ولهـذا فقـد يميـل المتـصرّف إلى طلـب فسـخ العقـد برمّتـه كجـزاء للإخـلال الحاصـل.

يذهـب البعـض إلى اعتبـار أنّـه لا شيء يمنـع المتـصرّف مـن طلـب فسـخ العقـد، في حالـة مخالفـة المتـصرّف إليـه لبنـد المنـع، اسـتنادًا إلى الأحـكام العامّـة المتعلّقـة بالفسـخ[4]. كـما أنّـه يجـوز للأطـراف الاتّفـاق عـلى أن يعتـبر العقـد مفسـوخًا مـن تلقـاء نفسـه في حالـة إخـلال المتـصرّف إليـه ببنـد المنـع مـن التـصرّف. ويعتـبر ذلـك تطبيقًـا للقواعـد العامّـة[5].

وتطبيـق جـزاء الفسـخ يخضـع للسـلطة التقديريّـة للقـاضي الـذي لـه سـلطة تقديـر الإخـلال الحاصـل ومعرفـة هـل أنّـه يصلـح كسـند لفسـخ كامـل العقـد[6]. ويمكـن للقـاضي أن يلجـأ في تقييمـه إلى التمييـز بـين بنـد المنـع الدافـع للتعاقـد وبنـد المنـع العـرضي كـما سـبق تحليلـه.

وتجـدر الإشـارة إلى أنّـه تـمّ التنصيـص عـلى جـزاء الفسـخ في حالـة عـدم احـترام الـشروط القانونيّـة

1 انظـر: المـادّة 82 مـن **مجلـة الالتزامـات والعقـود التونسـيّة** والمـادّة 199 مـن القانـون المـدني القطـري: والمـادّة 1240 مـن القانـون المـدني الفرنـسي بعـد تنقيـح 10 فبرايـر 2016. انظـر أيضًـا محمّـد الزيـن، المرجـع السـابق، رقـم 425.

2 المادّة 240 من **مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة** والمادّة 177 من القانون المدني القطري؛ والمادّة 1199 من القانون المدني الفرنسي.

3 انظر: Cass. com., 5 février 1991, D., 1992, somm. 54, obs. Y. Serra ; Cass. civ., 3e, 13 juin 1990, J.C.P., 1990, IV, 307.

4 انظـر في هـذا الاتجـاه: محمـد عـمار تركمانيـة غـزال وفـاروق الأباصـيري، **الحقـوق العينيّـة الأصليّـة في القانـون المـدني القطـري (أحكام-مصـادر)**، كليّـة القانـون، جامعـة قطـر، مطابـع الدوحـة الحديثـة المحـدودة، 2015، ص 30 وكذلـك موقـف القضـاء المـصري، نقـض، جلسـة 27 يونيـو 1978، س. 19، ص 1224. لكـن حـول نقـد اللجـوء للفسـخ انظـر: W. Dross, article précité, *loc. cit*.

5 انظر: المادّة 274 من **مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة** والمادّة 184 من القانون المدني القطري والمادّة 1184 من القانون المدني الفرنسي.

6 انظر: W. Dross, article précité, *loc. cit*.

للمنع من التصرّف في بعض القوانين، مثل القانون المتعلّق بنظام اللزمات[1]، وتحديدًا في المادّة 22 من هذا القانون. وقد كرّس القضاء التونسي هذا الحلّ أيضًا بالنسبة لما يعرف بشرط سقوط الحق[2]. فقد اعتبرت المحكمة العقارية بدوائرها المجتمعة أنّ شرط سقوط الحق، المضمّن في العقد، والذي يحتوي على العديد من الالتزامات التي يتعيّن على المتعاقد احترامها، كالالتزام بعدم التفويت في العقار خلال مدّة زمنيّة محدّدة[3]، يعتبر من الشروط الفسخيّة[4].

وقد يأخذ الفسخ، في حالة القيود الإراديّة الواردة على الملكية، شكل الرجوع في الهبة[5]. وتعتبر هبة العوض[6] من العقود التبادليّة التي تفرض التزامات على عاتق طرفيها، أي أنّه في حالة عدم التزام الموهوب له ببند المنع من التصرّف فإنّ الواهب يجوز له الرجوع في هبته، وهو ما يعني ضرورة فسخ العقد، وردّ الشيء وثماره مع كلّ ما يطرحه ذلك من إشكالات قانونيّة وواقعيّة[7]. وقد يتمّ الرجوع في الهبة باتّفاق الطرفين[8]. ورغم أنّ الرجوع في الهبة باتّفاق الطرفين يعتبر نادرًا في التطبيق، لكنّه

1 القانون عدد 23 لسنة 2008، المؤرّخ في أول إبريل 2008، المتعلق بنظام اللزمات (**الرائد الرسمي للجمهوريّة التونسي**، 4 إبريل 2008، عدد 28، ص 1260). ويعرّف الفصل 2 من هذا القانون اللزمة بأنّها: "العقد الذي يفوّض بمقتضاه شخص عمومي يسمّى "مانح اللزمة"، لمدّة محدّدة، إلى شخص عمومي، أو خاص يسمّى "صاحب اللزمة"، التصرّف في مرفق عمومي، أو استعمال واستغلال أملاك، أو معدّات عموميّة وذلك بمقابل يستخلصه لفائدته من المستعملين حسب الشروط التي يضبطها العقد".

2 يمكن تعريف شرط سقوط الحق بأنّه الشرط القانوني الذي يقع إدراجه في العقود الإداريّة التي تكون الدولة، أو المؤسّسات العموميّة طرفًا فيها، كالوكالات العقاريّة، والذي يحتوي على التزامات يتعيّن على المتعاقد احترامها وإلا سقط حقّه في الأشياء المكتسبة بموجب العقد المبرم، واسترجعت الدولة، أو المؤسّسة تبعا لذلك الحقوق التي أسندتها.

3 انظر: المادّة 23 من القانون المؤرّخ في 13 فبراير 1995، المتعلّق بالعقارات الدولية الفلاحيّة، والمادّة 2 خامسًا (جديد) من القانون عدد 37 لسنة 1991، المؤرّخ في 8 يونيو 1991 والمتعلّق بإحداث الوكالة العقارية الصناعية، والمادّة 9 من الأمر عدد 33 لسنة 1974، المؤرّخ في 21 يناير 1974، المتعلّق بتنظيم وتسيير الوكالة العقارية للسكنى.

4 حكم عقاري، المحكمة العقاريّة، الدوائر المجتمعة، عدد 170، مؤرّخ في 6 أبريل 1999، نشريّة قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادّة المراجعة، 1999–2000، مركز الدراسات القانونيّة والقضائيّة، 2001، ص 304. وقد جاء في حكم صادر عن المحكمة العقارية بدوائرها المجتمعة، عدد 404، بتاريخ 14 نوفمبر 2000 (**مجلة القضاء والتشريع**، مايو 2001، ص 161)، أنّ: "حق المشترين، وإن كان مقيّدًا بالشروط الفسخيّة المضمّنة بالعقد، لا يؤول بمجرّد الإخلال بتلك الشروط إلى استرجاع العقار من قبل الدولة".

5 العلاقة بين الفسخ والرجوع في الهبة تظهر بوضوح في بعض القوانين، مثل القانون المغربي، ذلك أنّ المادّة 286 من مدوّنة الحقوق العينيّة المغربيّة تنصّ على أنّه: "لا يمكن الاعتصار إلا بحضور الموهوب له وموافقته، أو بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفائدة الواهب". كما تنصّ المادّة 287 من نفس المدوّنة على أنّه: "يترتب على الاعتصار في الهبة، فسخ عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب". كما أنّ المادّة 204 من قانون الأسرة القطري تنصّ على أنّه: "يجوز للمحكمة فسخ الهبة إذا فاضل الزوج بين زوجاته، أو الوالد بين أولاده، ويمتنع الفسخ إذا كانت المفاضلة لسبب مقبول.

ولا تسمع الدعوى إذا سكت من له طلب الفسخ مدة سنة بلا عذر من تاريخ علمه بالهبة". انظر أيضًا حول العلاقة بين الفسخ والرجوع في الهبة:

F. Terre, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, 4e éd., 2013, Précis Dalloz, n° 592.

6 ويمكن تكييف الهبة التي تحتوي على بند المنع من التصرّف بأنّها هبة عوض، إذ تنصّ المادّة 200 من مجلّة **مدوّنة** الأحوال الشخصيّة التونسيّة في هذا الصدد: "ويجوز للواهب دون أن يتجرّد عن نيّة التبرّع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معيّن وتسمّى هبه عوض".

7 انظر: المادّة 213 من **مجلّة الأحوال الشخصيّة التونسيّة**، وانظر أيضًا:

V. Zalewski-Sicard, « Donations et restitutions après l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 », *Petites affiches*, 3 janvier 2017, n° 2.

8 انظر في هذا الاتّجاه:

Cass. 1re civ., 20 juin 1960, Bull. civ., I, n° 335 ; Cass., 1re civ., 14 février 1956, J.C.P., G., 1956, II, 9343, note P. Voirin ; RTD civ., 1956, obs. R. Savatier.

جائز بالنظر لما تنصّ عليه المادّة 242 من **مجلّة الالتزامات والعقود التونسيّة**. ويمكن أيضًا، بالنسبة لهبة العوض، أن يتمّ اشتراط فسخ العقد في حالة إخلال الموهوب له بالتزاماته، وفي هذه الحالة يتمّ الرجوع في الهبة بقوّة القانون[1]. كما أنّ الرجوع في الهبة قد يتمّ بإرادة منفردة عن طريق طلب يقدّم للمحكمة، في إطار الحالات المنصوص عليها في القانون[2].

ويعتبر عدم التزام الموهوب له ببند المنع من التصرّف إخلالًا بالتزام أساسي يمكن وصفه بالجحود الكبير، وهو ما يتيح للواهب إمكانيّة طلب الرجوع في هبته. وتشترط المادّة 210 مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونًا، وهو ما يفرض التمييز بين الغير حسن النيّة والغير سيّء النيّة. فإذا كان الغير، الذي تعاقد مع الموهوب له، حسن النيّة كأن يشتري شيئًا لا يعلم بأنّه مشمول ببند المنع من التصرّف، فإنّه لا يجوز للواهب في هذه الحالة طلب الرجوع في الهبة. أمّا إذا كان الغير سيّء النيّة فإنّه يجوز للواهب طلب الرجوع في الهبة رغم انتقال الشيء لذلك الغير.

لكنّ طلب الواهب الرجوع في الهبة، تطبيقا للمادّة 210 من مجلّة الأحوال الشخصيّة قد يطرح إشكالًا بالنظر لأنّ المادّة 212 من نفس المجلّة تنصّ على أنّه: "لا يجوز طلب الرّجوع في الهبة (...) إذا فوّت الموهوب له في الشيء الموهوب (...)". فهل يعني هذا أنّه لا يمكن طلب الرجوع في الهبة كلّما فوّت الموهوب له في الشيء؟

يعتبر تفويت الموهوب له في الشيء موضوع بند المنع من التصرّف مخالفًا لالتزامه بالامتناع عن التصرّف، ولا يتصوّر أنّ المشرّع قد أراد من وراء سنّ المادّة 212 حماية من يتعمّد مخالفة التزاماته. فالمادّة 212 تنطبق، في الحالات التي يقوم فيها الموهوب له بالتفويت في الشيء الموهوب دون أن يكون هناك بند يفرض عليه الامتناع عن التصرّف مدّة معيّنة. والهدف من وراء منع الواهب من الرجوع في الهبة في هذه الحالة هو ضمان استقرار المعاملات وضمان حقوق الغير الذي حرص المشرّع على حمايته حتى عند بيانه لإمكانيّة رجوع الواهب في هبته، في إطار المادّة 210 من مجلّة الأحوال الشخصيّة. كما

---

1 رغم أنّ المادّة 956 من القانون المدني الفرنسي تنصّ صراحة على أنّ الرجوع في الهبة لعدم تنفيذ الشروط، أو لوجود جحود لا يمكن أن يتمّ بقوّة القانون، إلا أنّ محكمة النقض الفرنسيّة ذهبت إلى اعتبار أنّه بإمكان الأطراف الاتفاق على أنّ الرجوع في الهبة يتمّ بقوّة القانون في حالة الإخلال بشروطها وهو ما يعني أيضًا تطبيق المادّة 1304 من القانون المدني (المادّة 1183 سابقًا). انظر في هذا الصدد:
Cass., 1re civ., 25 septembre 2013, n° 12-13747, ECLI:FR: CCASS: 2013: C101026, « Validité de la clause de révocation de plein droit d'une donation pour inexécution des conditions », Flash Def., du 15 octobre 2013 au 21 octobre 2013, n° 42.

2 تنصّ المادة 210 من مجلّة الأحوال الشخصيّة في هذا المجال على أنّه: "يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونًا طلب الرجوع في هبته لأحد الأسباب الآتية ما لم يوجد مانع من الموانع الواردة بالفصل 212:
إذا أخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحودًا كبيرًا منه". يراجع حول تطبيق المادّة 210 من **مجلّة الأحوال الشخصيّة** قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسيّة عدد 12135، مؤرّخ في 19 نوفمبر 2007، نشريّة محكمة التعقيب، 2007، ص 128. وبالنسبة للقانون الفرنسي انظر حول هذه المسألة:
M.-H. Giboin, « Les charges dans les donations entre parents et enfants », *Gazette du Palais*, 11 mai 2000, n° 132 ; O. Gazeau et S. Blin, « L'entrepreneur individuel gratifié », Def., mai 2016, n° 10, pp. 556 et s.

أنّ تنظيم المشرّع للحالات التي يجوز فيها الرجوع في الهبة والتنصيص في المقابل على الموانع التي تحول دون إمكانيّة طلب ذلك يؤكّد على أنّ الرجوع في الهبة لا يمكن أن يكون إلا استثنائيًا[1].

وبالنسبة للقانون القطري، فإنّه بالإضافة إلى حق الوالدين في الرجوع في الهبة التي أعطوها لولدهما[2] فإنّ المادّة 505-2 من القانون المدني تنصّ على أنّه: "ومع ذلك، يجوز الرجوع في الهبة بترخيص من القضاء إذا استند الواهب في ذلك إلى عذر مقبول"[3]. ويعتبر عدم تنفيذ بند المنع من التصرّف من الأعذار المقبولة قانونًا، في حالة ما إذا كان البند قد وضع لمصلحة الواهب، أو الغير، لكنّه قد يطرح إشكالًا على القاضي في حالة ما إذا كان لمصلحة الموهوب له.

أمّا في القانون المدني الفرنسي، فقد نصّت المادّة 953 على أنّه: "لا يمكن الرجوع في الهبة بين الأحياء إلا في حالة عدم تنفيذ الشروط التي تمّت بموجبها، وفي حالة الجحود، وكذلك في حالة إنجاب أطفال". ومن بين الشروط التي يمكن أن يؤدّي عدم احترامها إلى طلب الرجوع في الهبة لا بدّ من ذكر بند المنع من التصرّف. لكنّ القضاء الفرنسي يشترط توفّر شرطين أساسيّين، يتمثّل الأوّل في ضرورة أن يكون الشرط هو المحدّد والدّافع للهبة[4]، بينما يستوجب الثاني ضرورة أن يكون عدم تنفيذ الشروط خطيرًا[5].

ولحماية المتبرّع له من بند المنع من التصرّف الباطل، أو الذي تزول عنه المصلحة التي كانت تبرّره، أو الذي يظهر أنّ مصلحة أهم تتطلّب تجاوزه، نصّت المادّة 900-8 من القانون المدني الفرنسي على أنّه: "يعدّ كأنّه لم يكتب أيّ بند يحرم بموجبه المتبرّع، المتبرّع له من المال الذي يكون قد تبرّع له به في حال طعن في صحّة بند عدم قابليّة التصرّف، أو طلب الترخيص للتصرّف بالمال المذكور".

والإشكال الذي يطرح في القانون التونسي بالنسبة للّجوء إلى جزاء الفسخ بصفة عامّة، هو أنّ المادّة 273 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية تعتبر غامضة ولا تسمح بالحسم بسهولة في مسألة جواز اختيار الدائن للفسخ عوضًا عن الغصب[6]. وقد أدّى هذا الغموض إلى تضارب المواقف القضائيّة

---

1 يبرز الطابع الاستثنائي للرجوع في الهبة بالنظر إلى أجل سقوط الحق في ممارسة هذا الطلب، في حالة الجحود، الذي حدّد بسنة واحدة وفي أقصى الحالات 10 سنوات، وهو ما يختلف عن الأجل العام لسقوط الدعاوى. انظر المادّة 211 من **مجلة الحقوق العينيّة**.

2 انظر: المادّة 505-1 من القانون المدني والمادّة 203 من قانون الأسرة. انظر أيضًا محكمة التمييز، جلسة 14 مايو 2013، الطعن رقم 46 لسنة 2013، متوفّر على موقع المجلس الأعلى للقضاء: http://www.sjc.gov.qa/

3 تنصّ المادّة 506 من القانون المدني القطري: "يعتبر على وجه الخصوص عذرًا مقبولًا للرجوع في الهبة
1- أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب إخلالًا يعتبر جحودًا كبيرًا من جانبه".

4 انظر: Cass., 1re civ., 27 janvier 1981, Bull. civ., I, n° 32 ; RTD civ., 1981, 891, obs. J. Patarin.

5 انظر:
Cass., 1re civ., 18 décembre 1990, Bull. civ., I, n° 298 ; RTD civ., 1991, 783, obs. J. Patarin ; J.-G. Mahinga, « Révocation de donation pour inexécution de charges », *Petites affiches*, 14 avril 2015, n° 74.

6 على خلاف ذلك نصّت المادّة 300 فقرة أولى من المشروع التمهيدي **للمجلة المدنية والتجاريّة** على حق الدائن في الخيار.

والفقهيّة، بين من يرى بعدم إمكانيّة فسخ العقد قبل المرور بمرحلة غصب المدين[1]، وبين من يعتبر أنّ للدائن إمكانيّة الخيار بين طلب التنفيذ العيني، أو الفسخ حسب مصلحته[2].

وإذا كان مجال الدراسة، المتعلّق ببند المنع من التصرّف، لا يسمح بالخوض في الجدل من جميع أبعاده ومناقشة حجج الموقفين بالتفصيل، فإنّه يتعيّن رغم ذلك إبداء الملحوظات التالية.

أولًا: وردت المادّة 273 في إطار الباب المتعلّق بمطل[3] المدين وهي تستعمل بوضوح عبارة "تأخر المدين عن الوفاء"، والحقيقة أنّ اختيار هذا الموضع لم يكن أفضل الحلول، ذلك أنّ المشرّع لم يتعرّض للحالة التي لا يكون فيها وجود لمطل من قبل المدين بل عدم تنفيذ واضح للالتزام. وإذا كان عدم تنفيذ الالتزام يدخل في إطار المطل[4]، نظرا لإمكانيّة التنفيذ في المستقبل، فإنّ هذا الموقف يحتاج للتوضيح في بعض الحالات. ذلك أنّ اعتبار عدم تنفيذ الالتزام يدخل في إطار المطل يمكن فهمه إذا التزم المدين بأداء عمل ما، لكن قد يصعب تقبّله إذا كان التزامًا بالامتناع عن عمل، مثل بند المنع من التصرّف، ففي مثل هذه الحالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه ليس مؤقّت، ولا يعتبر مطل بل خرق للالتزام. فإذا قام المتصرّف إليه بالتفويت في الشيء، رغم وجود بند المنع من التصرّف، فإنّ المسألة لا تتعلّق في هذه الحالة بتأخر عن الوفاء بما التزم به في الكل، أو في البعض"[5] بل بخرق لالتزامه بعدم التصرّف، ولهذا فإنّ تأخر المدين عن الوفاء يصعب تصوّر وجوده في الالتزام بالامتناع عن عمل وخاصّة في بند

---

1 ت. مدني، عدد 7867، مؤرخ في 22 أكتوبر 1959، م.ق.ت، ج. 9 و10 لسنة 1960 ص 155؛ ت. مدني، عدد 12082، صادر عن الدّوائر المجتمعة بتاريخ 30 يناير 1976، م.ق.ت، 1976، عدد 2، ص 37؛ نذير بن عمو، "قراءة في تحول قضائي: فلسفة جديدة للفسخ على معنى الفصل 273 من م.إ.ع،" تعليق على قرار الدوائر المجتمعة المؤرخ في 27 فبراير 1996"، م.ق.ت، 1996، ص 273 وما بعدها؛ محمد الزين، النظريّة العامّة للالتزامات 1- العقد، تونس، 1997، رقم 399.2؛ أحمد بلحاج جراد، **القاضي وتنفيذ العقد**، أطروحة للإحراز على شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة المنار، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2008-2009، ص 633.

2 ت. م.، عدد 31336.2015، مؤرّخ في 18 فبراير 2018، غير منشور؛ ت.م.، عدد 20336,2014، مؤرّخ في 11 نوفمبر 2015، غير منشور؛ ت. م.، عدد 6437، مؤرّخ في 19 مارس 2007، غير منشور، ذكره ووضعه في الملحق: جراد، الأطروحة المذكورة سابقًا، الهامش رقم 1363؛ ت. م.، عدد 35350 مؤرخ في 29 فبراير 1996، م.ق.ت، 1996، ص 267، تعليق نذير بن عمّو؛ ت. م.، عدد 21342 مؤرخ في 26 مارس 1991، ن، القسم المدني، 1991، ص 227؛ محمد الغربي الخزامي، "خواطر حول تأويل الفصل 273 م.إ.ع"، م.ق.ت 1996، عدد 6، ص 13؛ الطيب اللومي، "خواطر حول دور فقه القضاء"، تأثير القرن العشرين في القانون التونسي الخاص، أشغال الملتقى المنعقد أيام 23، 24، 25، إبريل 1998، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2000، ص 22؛

I. Aribi, "L'article 273 du code des obligations et des contrats et l'option entre l'action en exécution et l'action en résolution", RTD, 2003, pp.1 et s.

3 يمكن تعريف المطل، أو مماطلة المدين بأنّه تأخر عن تنفيذه لالتزامه التعاقدي في الأجل المحدّد مع بقاء إمكانية التنفيذ لاحقًا قائمة. ويرى جانب من الفقه أنّه طالما وجد المطل فإنّ التنفيذ العيني يكون بالضرورة ممكنًا. انظر في هذا الصدد:

M.M. Chafai, *La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil*, thèse pour le doctorat d'État en droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1984, pp. 14 et 184.

4 المماطلة هي حسب الأستاذ الشافعي "عدم تنفيذ وقتي بمعنى أنّ الالتزام لم ينفذ في الأجل ولكنّه مع ذلك قابل لتنفيذ لاحق". انظر:

M.M. Chafai, thèse précitée, p. 174.

5 المادّة 268 من **مجلّة الالتزامات والعقود**.

المنع من التصرّف[1]. ولا تحيط المادّة 273 بإمكانيّة خرق الالتزام المتصوّر وقوعه في الالتزامات الملزمة للجانبين. فهل يعني تنظيم الفسخ في إطار القسم المخصص لمطل المدين أنّ ربط الفسخ بعدم إمكانيّة التنفيذ العيني، إذا ما أخذنا بهذا الفهم، مقتصر على الالتزام بعمل؟ يبدو أنّ هذا هو التفسير المنطقي لموقف المشرّع التونسي، وهو ما يعني أنّه في غير حالات المطل المرتبط بالتزام بعمل، فإنّه بإمكان الدائن طلب الفسخ دون اشتراط مروره بمرحلة الغصب، لأنّه: "إذا خص القانون صورة معينة، بقي إطلاقه في جميع الصور الأخرى"[2].

ورغم أنّ المشرّع نظّم الحالة التي يكون فيها موضوع الالتزام "النهي عن عمل شيء" في المادّة 276، إلا أنّه لم ينصّ على الفسخ ضمن أنواع الجزاء المقرّرة في هذه المادّة، ونعتقد أنّ ذلك لا يمنع من تطبيق جزاء الفسخ، لأنّه الجزاء الطبيعي لعدم تنفيذ أحد الأطراف المتعاقدة لالتزامه. وتنصيص المشرّع، في حالة الالتزام بالنهي عن عمل، على جزاء التعويض عن الخسارة، وطلب الإذن بإزالة ما أجراه المدين، لا يعني أنّه قد حصر الجزاء في هاتين الصورتين، بدليل أنّه تحدّث في المادّة 275 عن جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه بعمل شيء، ولم يذكر ضمنها جزاء الفسخ، الذي سبق أن نصّ عليه في المادّة 273. ويستنتج من هذا التحليل الحاجة لتدخّل المشرّع التونسي لإعادة تنظيم الفسخ بنص واضح، يشمل جميع أنواع الالتزام (بعمل، أو الامتناع عن عمل) مع إزالة كلّ الغموض الذي يحوم حول جواز، أو عدم جواز طلب الدائن فسخ العقد دون المرور بمرحلة التنفيذ العيني.

ثانيًا: لو أخذنا بالفهم الذي يرى أنّه لا مجال للفسخ حسب المادّة 273 إلا إذا ثبتت استحالة تنفيذ الالتزام[3]، بما أنّ نفس المادّة تشترط غصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا، فإنّ استحالة تنفيذ الالتزام بالنسبة للالتزام بالامتناع عن عمل قد لا تتحقق، لأنّ إمكانيّة غصب المدين على التنفيذ قد تكون ممكنة، في حالة بند المنع من التصرّف، وذلك بأن يطلب الدائن إزالة ما أجراه الملتزم[4]. لكن هذا الجزاء قد لا يمنع المدين من عدم تنفيذ التزامه مستقبلًا، بما أنّ المنع من التصرّف ممتدّ في الزمن. كما

---

1 وما يدعّم انطباق المطل على الالتزام بعمل واختلاف نظامه في الالتزام بالامتناع عن عمل بصفة عامة وفي بند المنع من التصرّف بصفة خاصّة هو أنّ المادّة 269 من مجلّة الالتزامات والعقود تشترط لاعتبار المدين مماطلًا أن: "ينذره الدائن، أو نائبه القانوني بوجه صريح بالوفاء بما عليه (...)"، في حين أنّ الإنذار لا يتصوّر في حالة الإخلال ببند المنع من التصرّف، بما أنّ المتصرّف إليه امتنع امتناعًا صريحًا عن الوفاء بالتزامه، وقد نصّت المادّة 270 من نفس المجلّة على أنّه: "لا يجب على الدائن أن ينذر المدين في حالتين:

أولهما: إذا امتنع المدين من الوفاء امتناعًا صريحًا.

ثانيهما: إذا صار الوفاء غير ممكن".

2 المادّة 534 من مجلّة الالتزامات والعقود. كما أنّ المادّة 540 من نفس المجلّة تنصّ على أنّه: "ما به قيد، أو استثناء من القوانين العمومية، أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة".

3 انظر: الزين، مرجع سابق، عدد 397، ص 319؛ أحمد بن طالب، **التفويت في ملك الغير**، دار الميزان للنشر، 2009، رقم 592، ص 603؛ نذير بن عمو، "قراءة في تحويل قضائي، فلسفة جديدة للفسخ على معنى الفصل 273 م اع: تعليق على قرار الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب عدد 35350 المؤرخ في 29 فبراير 1996"، م. ت. ق.، 1996، ع. 15، ص 282.

4 انظر: المادّة 276 من **مجلة الالتزامات والعقود التونسيّة**.

أنّ الأخـذ بالـرأي القائـل بـأنّ الفسـخ لا يمكـن اللجـوء إليـه إلا بعـد تعـذر التنفيـذ العينـي، لا يمكـن أن يكـون حـلًا للدائـن، الـذي قـد لا يتعـذر عليـه اللجـوء إلى التنفيـذ العينـي، رغـم تأكّـده مـن أنّ هـذا الجـزاء لا يخـدم المصلحـة التـي عـلى أساسـها أبـرم العقـد مـع المديـن. فهـل سـيحرم الدائـن مـن حقـه في طلـب فسـخ عقـد أصبـح متيقّنًـا مـن عـدم احـترام معاقـده لـه في المسـتقبل، بحجـة ضرورة المـرور بالغصـب قبـل الفسـخ؟

إنّ تنظيـم الفسـخ في إطـار الأحـكام المتعلّقـة بالمماطلـة، وغيـاب التنصيـص عـلى هـذا الجـزاء في حالـة عـدم التنفيـذ النهائـي للالتـزام، وتحديـدا في الالتـزام بالامتنـاع عـن عمـل بصفـة عامّـة، وفي بنـد المنـع مـن التـصرّف بصفـة خاصّـة، يجعـل مـن الملائـم تمكـين الدائـن مـن حـق ممارسـة الخيـار بـين طلـب التنفيـذ العينـي، أو القيام بالفسـخ. ويتدعّـم هـذا الـرأي بالنظـر إلى أنّ المـشرّع مكّـن الدائـن مـن طلـب الفسـخ ابتـداء، ولـو كانـت إمكانيّـة التنفيـذ العينـي ممكنـة، في عديـد الأحـكام المتعلّقـة بالعقـود المسـمّاة[1]. ويسـتند هـذا الـرّأي إلى معيـار مصلحـة الدائـن دون إغفـال مراقبـة محكمـة التعقيـب، أو التمييـز[2] منعـا لـكلّ تعسّـف في هـذه المسـألة.

وبالنسـبة للقانـون القطـري فقـد نصّـت المـادّة 1-183 مـن القانـون المـدني عـلى وجـوب إعـذار المديـن قبـل طلـب الفسـخ[3]، إلا أنّ المـادّة 262 مـن نفـس القانـون نصّـت عـلى خمـس حـالات لا يكـون فيهـا الإعذار ضروريًـا ومنهـا الحالـة التـي يصبـح فيهـا "تنفيـذ الالتـزام عينًـا غـير ممكـن، أو غـير مجـد بفعـل المديـن"[4]، وهو مـا يجعـل إمكانيّـة انطبـاق هـذه الحالـة في صـورة خـرق بنـد المنـع مـن التـصرّف مسـألة واردة، لكنّهـا تبقـى خاضعـة لاجتهـاد القـاضي بحسـب الوقائـع المعروضـة.

ويمكـن التسـاؤل حـول إمكانيّـة طلـب المتـصرّف الحصـول عـلى تعويضـات في حالـة تفويـت المتـصرّف إليـه في الـشيء وعـدم إمكانيّـة فسـخ العقـد، مراعـاة لحقـوق الغـير المكتسـبة قانونًـا. وتطـرح هـذه المسـألة خاصّـة في حالـة عـدم إمكانيّـة إبطـال التـصرّف الـذي قـام بـه المتـصرّف إليـه تجـاه الغـير، والمتعلّـق بالمنقـول، إذ يسـتطيع الغـير في هـذه الحالـة حمايـة مصالحـه إذا كان حسـن النيّـة، كـما سـبق تبيانـه.

لا شيء يمنـع، مـن الناحيـة القانونيّـة، مـن إمكانيّـة طلـب المتـصرّف الحصـول عـلى تعويضـات ماديّـة، إذا ثبـت الـضرر الحاصـل عليـه، والعلاقـة السـببيّة بـين ذلـك الـضرر وعـدم تنفيـذ المتـصرف إليـه لالتزامـه بالامتنـاع عـن التـصرّف. ومحتـوى المـادّة 276 مـن **مجلّـة الالتزامـات والعقـود التونسـيّة** يسـمح بذلـك، إذ

1 يراجـع المـواد: 796 فقـرة 3، 761، 640، 863، 641، 655، 759، 969، 657، و1412 فقـرة 5، مـن م. إ.ع. انظـر حـول هـذه النقطـة أحمـد بلحـاج جـراد، الأطروحـة المذكـورة سـابقًا، الهامـش رقـم 1264، ولـو أنّـه يذهـب إلى اسـتنتاج أنّ هـذه القواعـد الخاصـة متعلقـة فقـط بحـالات عـدم التنفيـذ النهائـي، وهـو نفـس موقـف الأسـتاذ الشـافعي. انظـر: M.M. Chafai, thèse précitée, pp. 203 et s.

2 انظر:

S. Jerbi, « La résolution du contrat dans la jurisprudence tunisienne : un hymne en quatre temps », in *Cinquante ans de jurisprudence civile*, CPU 2010, p. 5 et s.

3 تنـصّ هـذه المـادّة صراحـة: "في العقـود الملزمـة للجانبـين، إذا لم يـوف أحـد المتعاقديـن بالتزامـه، جـاز للمتعاقـد الآخـر بعـد إعـذاره أن يطلـب فسـخ العقـد مـع التعويـض إن كان لـه مقتـض".

4 انظر: المادّة 262/ 2.

تنصّ على أنّه: "إذا كان موضوع الالتزام النهي عن عمل شيء فالملتزم مطلوب بالخسارة بمجرد مخالفته لذلك (...)". وتؤكّد المادّة 278 من نفس المجلّة على هذه الإمكانيّة[1]. كما أنّ القانون القطري يجيز أيضا طلب الحصول على تعويضات[2].

لكن هذه الإمكانيّة المتاحة للمتصرّف قد لا تكون مناسبة أحيانًا، خاصّة إذا كان الشيء موضوع بند المنع من التصرّف له قيمة معنويّة كبيرة بالنسبة للمتصرّف، لا يمكن تقديرها بالمال.

خاتمة

يتّضح من دراسة جزاء بند المنع من التصرّف، مدى الترابط بين القواعد المنظمة للالتزام، والقواعد المنطبقة على الأموال، وهو ترابط يؤكّد التقارب بين القواعد القانونيّة المنظّمة للقانون الخاص من جهة، ويعكس من جهة أخرى تشعّب هذا النوع من البنود الذي لا يكفي فرع واحد من فروع القانون للإحاطة بجميع أبعاده وآثاره. ورغم تنوّع القواعد القانونيّة المنطبقة على بند المنع من التصرّف، إلا أنّ هذه القواعد تظلّ عاجزة عن إضفاء النجاعة الكاملة عليه، وقد يعود ذلك إلى اختلاف أهداف تلك القواعد، وإلى تضارب مصالح الأطراف المتدخّلة، مع رغبة المشرّع في ضمان حماية المصلحة العامة قبل حماية مصلحة المتصرّف.

ترتبط نجاعة القاعدة القانونيّة بنوعيّة الجزاء المقرّر في حالة مخالفة شروطها، ولا يمكن الحديث عن نجاعة لبند المنع من التصرّف إلا إذا كان جزاء مخالفته محددًا بدقّة من قبل المشرّع. ويجب أن يتنوّع الجزاء المنطبق على المنع من التصرّف بحسب نوع المنع[3]، وبحسب طبيعة المخالفة، التي يمكن أن تتعلّق بالباعث غير المشروع، أو بمدّة البند الطويلة وغير المعقولة...

يؤثّر بند المنع من التصرّف على طرفيه، كما يؤثّر أيضا على الدائنين، بل ويعتبر خطرًا عليهم؛ لأنّهم لا يستطيعون التنفيذ على المكاسب التي تكون مقيّدة بمثل هذا البند. ويمتدّ تأثير البند على الغير الذي قد يتعاقد مع المتصرّف إليه، إمّا عن حسن نيّة، أو مع علمه بالبند أي بسوء نيّة. وبالنظر لقدرة البند على التأثير على كلّ هذه الأطراف، يتعيّن ضبط الجزاء المنطبق في حالة عدم صحّته، أو مخالفته من قبل المتصرّف إليه، وتحديد الأسس القانونيّة التي يمكن للغير وللدّائنين اللجوء إليها؛ لطلب إبطال البند الذي لا يتوفّر فيه أحد شروط صحّته.

---

1 جاء في هذه المادّة أنّ: "عدم الوفاء بالعقد، أو المماطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة، ولو لم يتعمد المدين ذلك" وتنصّ المادّة 256 أيضًا من القانون المدني القطري، على أنّه: "إذا لم ينفذ المدين الالتزام عينًا، أو تأخر في تنفيذه، التزم بتعويض الضرر الذي لحق الدائن، وذلك ما لم يثبت أن عدم التنفيذ، أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه".

2 انظر: المادتين 254 و263 من القانون المدني. يراجع في نفس الاتّجاه المادّة 1231/ 1 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي.

3 إذا كان المنع قانونيًا، ويهدف لحماية مصلحة عامّة، فإنّ الجزاء يكون هو البطلان المطلق، أمّا إذا كان المنع اتفاقيًا، يحمي مصلحة شخصيّة، فإنّ جزاء مخالفته يكون البطلان النسبي.

وما يلاحظ بالنسبة للقوانين التي نظمت بند المنع من التصرّف، هو أنّها حدّدت الجزاء المنطبق في حالة مخالفة البند، لكنّها لم توضّح الجزاء المنطبق في الحالة التي يكون فيها ذلك البند مخالفا للقانون. ويتعيّن تنظيم هذه المسألة وتحديد الجزاء بحسب الخلل الذي يعتري ذلك البند، والذي قد يتعلّق بالباعث، أو بمدّة المنع، أو بأيّ عيب آخر. ويستوجب ضبط الجزاء منح القاضي سلطة تقديريّة واسعة، خاصّة في حالة الخلل المتعلّق بمدّة المنع من التصرّف، إذ يمكن في هذه الحالة منحه سلطة إنقاص المدّة، بدل إبطال البند برمّته.

وإذا كان اللجوء لجزاء البطلان في حالة مخالفة المتصرّف إليه لبند المنع من التصرّف يطرح إشكالًا يتعلّق بمدى ذلك البطلان، فإنّه من الأفضل ألّا يشمل الإبطال إلا التصرّف المخالف للبند، وبالتالي تقع المحافظة على التصرّف الأصلي. ويمكن في هذا المجال اعتبار البند بمثابة الالتزام التابع للالتزام الأصلي الذي تمّ بمقتضاه نقل الملكية للمتصرّف إليه، وتبعا لذلك فإنّ "بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل" طبقا للمادّة 326 من **مجلّة الالتزامات والعقود**.

وإذا كان القانون الفرنسي قبل تنقيح 10 فبراير 2016، والقانون القطري، يميّزان بين البند الدافع للتعاقد الذي يؤدّي إلى إبطال العقد، والبند العرضي الذي لا يؤدّي إلا لإبطال البند فإنّه، يستحسن تجاوز هذه التفرقة والتنصيص على بطلان البند فقط؛ حفاظًا على العلاقة التعاقديّة، ومنعا لتحيّل المتصرّف الذي قد يعمد إلى إدراج بندٍ مخالفٍ للقانون حتى يستطيع إبطال التصرّف في المستقبل إذا أحوجت الضرورة لذلك.

وإذا كان تحديد أجل القيام بدعوى البطلان لا يثير إشكالًا في القانون القطري، فإنّه يستحسن تدخّل المشرّع التونسي والفرنسي لتحديد هذا الأجل بصفة صريحة؛ نظرًا للغموض الذي لا زال يحيط هذه المسألة.

ويثير تحديد نوع البطلان في حالة مخالفة مضمون بند المنع من التصرّف إشكالًا في القانون التونسي؛ نظرا لغياب أحكام خاصّة تنظّم بند المنع من التصرّف بصفة صريحة، وهو ما يحيلنا إلى الأحكام العامّة التي يمكن أن نستنتج منها أنّ الجزاء يتمثّل في البطلان النسبي لا البطلان المطلق، وهو الموقف الذي كرّسه صراحة المشرّع القطري، رغم أنّه لم يبيّن هل يجوز للشخص الذي تعاقد مع المدين ببند المنع من التصرّف المطالبة بإبطال العقد الذي أبرمه معه؟ وهو ما يستدعي تطبيق القواعد المتعلّقة بعيوب الرضاء، التي تسمح للمتعاقد بطلب الحصول على البطلان إذا توفّرت شروطه.

وبالنسبة للقانون الفرنسي، فإنّه لم يحدّد أيضا الجزاء في حالة مخالفة بند المنع من التصرّف رغم صدور قانون 3 يوليو 1971. ويذهب الفقه إلى أنّ الجزاء المنطبق يتمثّل في البطلان النسبي، بما أنّ المتصرّف إليه فوّت في شيء وقع تخصيصه لمسألة ما.

وتبيّن دراسة النصوص القانونيّة المختلفة الحاجة إلى التنصيص على جزاء البطلان النسبي في حالة مخالفة مضمون بند المنع من التصرّف؛ تجنبًا للّجوء إلى جزاءات أخرى، مثل المسؤوليّة التقصيريّة، وهو ما قد يؤثّر في نجاعة البند.

ويمكّن اللجوء لجزاء التنفيذ العيني من منع المدين من الإخلال بالتزامه مستقبلًا، وهو ما يعطيه أهميّة قصوى، خاصّة أنّ تنفيذ بند المنع من التصرّف ممتدّ في الزمن. ويستوجب تطبيق جزاء التنفيذ العيني تدخّل القاضي الذي يتعيّن عليه التثبّت في شروطه، وخاصّة في مسألة مدى توفّر سوء نيّة الغير المتعاقد مع المتصرّف إليه. ويمكن للقاضي الحكم بالتنفيذ العيني في حالة توفّر سوء نيّة الغير؛ استنادًا إلى مبدأ "الغش مفسد لكلّ شيء"، مع ضمان حق المتصرِّف في الحصول على التعويضات المناسبة.

وقد لا يكون تطبيق جزاء البطلان النسبي مناسبًا، بالنسبة للمتصرّف الذي قد يفقد أحيانًا ثقته في المتصرّف إليه ويصبح غير متأكّد من تنفيذ بند المنع في المستقبل رغم إبطال التصرّف المخالف، وهو ما يجعل اللجوء إلى جزاء الفسخ من بين الحلول الفعالة لحماية المتصرّف مع ضمان حقّه في الحصول على تعويضات، إذا توفّرت شروطها.

وما يلاحظ في القانون التونسي، على خلاف القانون القطري، هو غموض **مجلة الالتزامات والعقود التونسية** التي لا تسمح بالحسم بسهولة في مسألة جواز اختيار الدائن للفسخ عوضًا عن الغصب. وقد أدّى هذا الغموض إلى تضارب المواقف القضائيّة والفقهيّة، الأمر الذي يبرز الحاجة لتدخّل المشرّع التونسي لإعادة تنظيم الفسخ بنص واضح، لا يكون مرتبطًا بحالة المطل، ويشمل جميع أنواع الالتزام (بعمل، أو الامتناع عن عمل) مع إزالة كلّ الغموض الذي يحوم حول جواز، أو عدم جواز طلب الدائن فسخ العقد دون المرور بمرحلة التنفيذ العيني، وخاصّة فيما يتعلّق ببند المنع من التصرّف.

ويستحسن تدخّل المشرّع بصفة صريحة لتنقيح القواعد الموجودة لإعطاء حماية أكبر للمتصرّف، بطريقة تضمن نجاعة بند المنع من التصرّف، ومن بين الوسائل الممكنة، منح المتصرّف حريّة اختيار الجزاء المناسب في حالة سقوط حق المطالبة بالبطلان، وذلك عبر تمكينه من الخيار بين طلب الفسخ، أو طلب التنفيذ العيني الجبري، تبعا للمصلحة المرجوّة التي يريد الوصول إليها. ولضمان نجاعة بند المنع من التصرّف، يمكن أيضا للمتصرّف أن يدرج في صلب العقد جزاء رادعًا يتمثّل إمّا في الشرط الفاسخ، أو في البند الجزائي[1]. وفي حالة مخالفة بند المنع يقع إعمال ذلك البند، وهو ما يعني قيام المسؤوليّة التعاقديّة للطرف المخلّ بالعقد.

1 انظر: H. Moubsit, article précité, *loc. cit.*

قائمة المختصرات

- ج.: جزء
- ص: صفحة
- ن.م.ت.: نشريّة محكمة التعقيب (التمييز)

- Art.: article
- Bull. civ.: Bulletin civil
- Bull.: Bulletin
- C.: Cour
- C.A.: Cour d'appel
- c/: contre
- Cass.: cassation
- Cass. civ.: cassation civile
- Cass. com.: cassation commerciale
- Cass. soc.: cassation sociale
- Ch.: chambre
- Chron.: chronique
- civ.: civile
- Com.: commercial
- Conc. consom.: concurrence consommation
- D.: Dalloz
- D. P.: Dalloz périodique
- D.H.: Recueil hebdomadaire de jurisprudence
- Def.: Defrénois
- Dir.: direction
- Dr.: droit
- Ed.: édition
- Fasc.: fascicule
- Gaz. Pal.: Gazette du Palais
- IR: Information Rapide
- J.-Cl. civ.: JurisClasseur civil
- J.C.P.G.: La Semaine Juridique Générale
- J.C.P.: La Semaine Juridique
- jur.: jurisprudence
- L.G.D.J.: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- loc. cit.: loco citato: à l'endroit cité précédemment
- N.: notariale
- n°: numéro
- obs.: observations
- op. cit.: opus citatum: œuvre citée
- p.: page
- P.U.A.M.: Presses universitaires d'Aix-Marseille
- req.: requêtes
- Rev.: Revue
- RTD civ.: Revue trimestrielle de droit civil
- RTD com.: Revue trimestrielle de droit commercial
- s.: suivante
- Somm.: Sommaire

المراجع

أولاً: المراجع العربية

الكتب:

- أحمد بن طالب، **التفويت في ملك الغير**، دار الميزان للنشر، 2009.
- إسماعيل غانم، **الحقوق العينيّة الأصلية**، 1959.
- عبد الرحمان الجزيري، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج. 8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- عبد المنعم فرج الصدة، **حق الملكية**: الاستيلاء، الشفعة، الحيازة، الالتصاق، 1964.
- محمد الزين، **النظرية العامة للالتزامات**، ج. 1، العقد، تونس، 1997.
- محمد المالقي، **محاضرات في شرح القانون المدني التونسي**، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1991.
- محمد حسين منصور، **الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرّعة عنها**، أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- محمد عمار تركمانية غزال وفاروق الأباصيري، **الحقوق العينيّة الأصليّة في القانون المدني القطري**، أحكام، مصادر، كليّة القانون، جامعة قطر، مطابع الدوحة الحديثة المحدودة، 2015.
- محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني الحقوق العينيّة الأصلية**، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005.
- محمد لبيب شنب، **موجز فى الحقوق العينية الأصلية**، دار وهدان للطباعة والنشر، 1973.
- محمود السيد خيال، **الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني القطري**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2015.
- محمود خيال، نور الدين لعرج وعبد الرؤوف اللومي، **الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني القطري**، ط. 1، كليّة الشرطة، دولة قطر، 2018.
- نبيل إبراهيم سعد، **الحقوق العينية الأصلية**، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- همام محمد محمود زهران، **الحقوق العينيّة الأصليّة حق الملكية**، أحكام حق الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
- وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج.1، دار الفكر، دمشق، 2005.
- يوسف محمد عبيدات، **الحقوق العينيّة الأصليّة والتبعيّة**، ط. 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمّان، 2011.

المقالات البحثية:

- عبد الرؤوف اللومي، "شروط بند المنع من التصرّف في القانون المدني (دراسة مقارنة)"، **المجلّة القانونية والقضائيّة**، ديسمبر 2018، مجلة محكمة، قطر.
- عمار محمد التمتام، "مفهوم الشرط في الفقه الإسلامي"، **المجلة العربية للعلوم الاجتماعية**، ع. 7، 2013.
- غازي أبو عرابي، "الشرط المانع من التصرّف بين الإطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي"، **مجلّة دراسات علوم الشريعة والقانون**، مج. 25، ع. 1، 1998.
- محمد كمال شرف الدين، "تعليق على حكم صادر عن محكمة النّاحية في 27 مارس 1990 تحت عدد 9132"، **الأحداث القانونيّة التونسية**، ع. 3، 1990.

ثانيًا: المراجع الأجنبية

الكتب:

- Benabent A., *Droit des obligations*, 15è éd., L.G.D.J., 2016.
- Bloch C., *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008.
- Carbonnier J., *Flexible droit*, « Les dimensions personnelles et familiales de la propriété », L.G.D.J. 10è éd., 2001.
- Chaffai M. M., *La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil*, thèse de doctorat, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1984.
- Ghestin J. et Goubeaux G., *Traité de droit civil, Introduction générale*, 2è éd., L.G.D.J., 1983.
- Ghestin J., Jamin Ch. et Billau M., *La formation du contrat*, L.G.D.J., 1994.
- Guinchard S., *L'affectation des biens en droit privé français*, L.G.D.J., 1976.
- Hugueney P., *De la responsabilité du tiers-complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse, Dijon, 1910.
- Larroumet C. et Bros S., *Traité de droit civil*, T. 3, Les obligations. Le contrat, Economica, 7è éd., 2014.
- Le Roux Y., *Des prohibitions d'aliéner insérées dans les contrats et testaments*, thèse Rennes, 1929.
- Malaurie Ph. et Aynes L., *Droit des obligations*, 7è éd., 2015, L.G.D.J., Droit civil.
- Mazeaud H., L., J. et Chabas F., *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, 8è éd., 1991, Montchrestien.
- Planiol M. et Ripert G., *Traité pratique de droit civil français*, Tome X, Contrats civils, 1ère partie, par J. Hamel.
- Simler Ph., *La nullité partielle des actes juridiques*, L.G.D.J., 1969, n° 209 et s.
- Starck B., Roland H. et Boyer L., *Droit civil, Les obligations*, Tome 2, Le contrat, Litec, 1998.
- Terré F. et Simler Ph., *Les biens*, Précis Dalloz, 7è éd., 2006.
- Terré F., Lequette Y. et Gaudemet S., *Les successions, Les libéralités*, 4è éd., Précis Dalloz, 2013.
- Terré F., Simler Ph. et Lequette Y., *Droit civil, Les obligations*, 11è éd., Dalloz, 2013.
- Tian-Pancrazi M.-E., *La protection judiciaire du lien contractuel*, P.U.A.M., 1996.
- Viney G. et Jourdain P., *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 3è éd., L.G.D.J., 2010.

المقالات البحثية:

- Aribi I., « L'article 273 COC et l'option entre l'action en résolution et l'action en exécution », *AJT*, 1998, n° 12, p. 137 et s.
- Aubert J.-L., « Le droit des créanciers d'agir en nullité des actes passés par son débiteur (un aspect particulier de la théorie générale des nullités) », *R.T.D. civ.*, 1969, p. 696.
- Barbieri J.-F., « L'inaliénabilité affectant des droits sociaux », *Bulletin Joly Sociétés*, 1 mai 2008, n° 5.
- Cheron A., « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites », *J.C.P.*, 1930, 1057.
- Cheron A., « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites », *Rev. trim. dr. civ.*, 1906, n° 339.
- Conchon H., « Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps », *Petites affiches*, 15 avril 2002, n° 75, pp. 6 et s.

- Corvest H., L'inaliénabilité conventionnelle, Defrénois, 1979, article 32126, p. 1411.
- Dross W., « Les modèles de l'inaliénabilité conventionnelle », *Revue des contrats*, 1 mars 2016, n° 1, pp. 175 et s.
- Falaise M., « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », *Petites affiches*, 27 août 1997, n° 103.
- Favario Th., « La clause statutaire d'inaliénabilité », *Bulletin Joly Sociétés*, 1 janvier 2010, n° 1.
- Gazeau Olivier et Blin Stéphanie, « L'entrepreneur individuel gratifié » , *Defrénois*, mai 2016, n° 10, pp. 556 et s.
- Genicon Th., « Droit inconditionnel du créancier à l'exécution en nature (même en cas de "coût exorbitant") vs appréciation judiciaire de l'opportunité de la réparation en nature », *Revue des contrats*, 1 décembre 2015, n° 4.
- Giboin M.-H., « Les charges dans les donations entre parents et enfants », *Gazette du Palais*, 11 mai 2000, n° 132.
- Houtcieff D., « La nature de la nullité au gré de l'interprétation de la loi Hoguet », *Gazette du Palais*, 18 avril 2017, n° 15.
- Jeandidier W., « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *R.T.D. civ.*, 1976, n° 7, p. 704.
- Jerbi S., « La résolution du contrat dans la jurisprudence tunisienne : un hymne en quatre temps », in *Cinquante ans de jurisprudence civile*, CPU 2010, pp. 5 et s.
- Kuhn C., « Inaliénabilité contractuelle et affectation », *Petites affiches*, 19 septembre 2008, n° 189, pp. 6 et s.
- Libchaber R., « Les incertitudes de l'action oblique », *Revue des contrats*, 1 avril 2014 au 1 juillet 2014, n° 2.
- Mahinga J.-G., « Révocation de donation pour inexécution de charges », *Petites affiches*, 14 avril 2015, n° 74.
- Marty R., « De l'indisponibilité conventionnelle des biens (suite et fin) », *Petites affiches*, 22 novembre 2000, n° 233.
- Mekki M., « Observations de Mustapha Mekki », *Petites affiches*, 12 février 2009, n° 31.
- Mekki M., « Fiche pratique : la nullité, entre tradition et modernité », *Gazette du Palais*, 3 janvier 2017, n° 1.
- Mestre J., « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, P.U.A.M., 1993, p. 91.
- Milleville S., « Inaliénabilité, sûreté et extracommercialité : alliance ou mésalliance? », *Petites affiches*, 5 juillet 2012, n° 134.
- Morin M., « Les clauses d'inaliénabilité dans les donations et les testaments », *Defrénois*, 1971, 1184.
- Moubsit H., « Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés », *Revue Lamy droit des affaires*, nº 86, 1 octobre 2013.
- Nevejans N., « La demande en mainlevée d'une inaliénabilité contenue dans une donation par le créancier du donataire agissant par voie oblique », *Petites affiches*, 12 juillet 2000, n° 138.
- Pétel-Teyssié I., « Louage d'ouvrage et d'industrie, Prohibition de l'engagement perpétuel », *J.-Cl. civil*, 1991, article 1780, fasc. B, n° 54.
- Puig P., « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », *Revue des contrats*, 2005, n° 1, pp. 85 et s.

- Rémy-Corlay P., « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC*, 2005, p. 13.
- Seriaux A., « Donations et testaments, dispositions générales, clauses d'inaliénabilité », *J.-Cl. civ.*, article 900-1, fasc. 40, 1996, n° 7, p. 3.
- Simler Ph., « Les clauses d'inaliénabilité », D., 1971, chron., p. 416.
- Starck B., « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *J.C.P.*, 1954, I, 1180.
- Viney G., « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, Bruylant-L.G.D.J., 2001, p. 165.