الهيئة الوطنيّة للمحامين بتونس

الأموال ذات الصّبغة المهنيّة في ظلّ نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين

محاضرة ختم التّمرين

إعداد الأستاذ

باديس دمّق

إشراف الأستاذة

آمنة اللّواتي

السّنة القضائيّة: 2020-2021

المقدّمة:

كرّس القانون التّونسيّ منذ صدور مجلّة الأحوال الشّخصيّة وطوال عدّة عقود مبدأ الفصل بين أموال الزّوجين دون غيره والمتمثّل في عدم اختلاط الذّمم الماليّة الرّاجعة لكليهما بعد قيام العلاقة الزّوجيّة متأثّرا بذلك بالتّشريع الإسلاميّ الّذي يعتبر مصدرا ماديّا اعتمده المشرّع لتكريس المبدأ المذكور وهذا ما تبرزه بوضوح أحكام مجلّة الأحوال الشّخصيّة[1] الّتي تمنع صراحة ولاية الزّوج على أموال زوجته لتبقى هذه الأخيرة المالكة الوحيدة لكلّ ما كسبته من أملاك قبل الزّواج وبعده.

إلّا أنّ التطوّرات السّريعة الّتي شهدتها البلاد منذ الاستقلال والّتي غيّرت بصفة جذريّة وعميقة النّسيج الاجتماعيّ والاقتصاديّ التّونسيّ حثّت المشرّع التّونسيّ على تأسيس نظام ملكيّة جديد إلى جانب نظام الفصل والمتمثّل في الاشتراك في الملكيّة بين الزّوجين[2] وذلك عبر إرساء القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرّخ في 09 نوفمبر 1998[3] متأثّرا في ذلك بأنظمة قانونيّة مقارنة على غرار القانون الفرنسيّ والألمانيّ والّتي يمكن اعتبارها مصادر ماديّة استأنس بها المشرّع التّونسيّ واطّلع عليها قبل إرساء هذه المنظومة نظرا لسابقيّتها في الزّمن وتجذّرها في ثقافة هذه الدّول.

ويجدر بالذّكر أنّ القانون المتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين لا ينطبق بصفة آليّة، بل هو نظام اختياريّ يخضع لإرادة القرينين ويفرز آثاره بينهما بعد إتمام البناء[4].

ويتميّز القانون المذكور بطابع ماليّ ومدنيّ يأخذ بعين الاعتبار الخصوصيّات الجديدة للعائلة والمتمثّلة بالأساس في اشتراك الزّوجين في بناء الأسرة وتحمّل أعباءها بالخصوص من النّاحية الاقتصاديّة إذ

---

[1] الفصل 24: "*لا ولاية للزّوج على أموال زوجته الخاصّة بها*".

[2] مداولات مجلس النّواب – عدد 2 – جلسة يوم الثّلاثاء 20 أكتوبر 1998.

[3] قانون عدد 91 لسنة 1998 مؤرّخ في 9 نوفمبر 1998 يتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين.

[4] قرار تعقيبيّ عدد 41051 الصّادر في 16 سبتمبر 2010.

يجعل من العقّارات المكتسبة بعد الزّواج ملكا مشتركا بين القرينين متى كانت من متعلّقات العائلة وذلك على عكس منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين في القانون المغربيّ الّتي تشمل كذلك المنقولات[5].

وقد حصر القانون مجال تطبيقه بتحديده لطبيعة الأموال الّتي تشملها منظومة الاشتراك وضبط أسباب اكتسابها[6] فأقصى العقّارات المكتسبة بوجه الإرث أو الهبة أو الوصيّة وأبقى فقط على العقّارات المكتسبة بعد إبرام عقد الزّواج سواء كانت بطبيعتها أو بالتّبعيّة شريطة أن تكون مخصّصة لاستعمال العائلة.

ويستشفّ من أحكام القانون المذكور أنّ الأعباء المتأتّية من العقّارات الّتي تشملها منظومة الاشتراك يتحمّلها الزّوجان على حدّ السّواء على غرار الدّيون مثلا. كما يتقاسم القرينان إدارة الملك المشترك واستغلاله[7].

تبدو أحكام القانون عدد 91 لسنة 1998 واضحة في الظّاهر، ولكن بعد مرور فترة من تطبيقه أفرز العديد من الإشكاليّات المتعلّقة بعدّة جوانب على غرار مجال انطباق المنظومة أو انتهائها[8].

---

[5] محمّد زيتونة، *قراءة في نظام الاشتراك في الملكيّة بين الزّوجين على ضوء القانون عدد 91 لسنة 1998 وبعض التّشريعات المقارنة*.

[6] الفصل 10: *"تعتبر مشتركة بين الزوجين العقارات المكتسبة بعد الزواج او بعد إبرام عقد الاشتراك ما لم تؤل ملكيتها الى احدهما بوجه الإرث او الهبة او الوصية، بشرط ان تكون مخصصة لاستعمال العائلة او لمصلحتها، سواء كان الاستعمال مستمرا او موسميا او عرضيا.*

كما تعد مشتركة بالتبعية توابع ذلك العقار وغلته مهما كانت طبيعتها.

ولا تعد كذلك العقارات المعدة لاستعمال مهني بحت.

وفي صورة الاتفاق على الاشتراك بمقتضى عقد لاحق لعقد الزواج، يمكن للزوجين، ان صرحا بذلك في العقد، اعتبار الاشتراك شاملا للعقارات التي تم اكتسابها بداية من تاريخ عقد الزواج.

كما يمكنهما الاتفاق على جعل الاشتراك شاملا لجميع عقاراتهما ، بما فيها تلك المكتسبة ملكيتها قبل الزواج وتلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية.

[7] الفصل 16: *"يجوز لكل واحد من الزوجين القيام بجميع الاعمال الرامية الى حفظ الاملاك المشتركة وادارتها والانتفاع بها والقيام بجميع الاعمال النافعة التحسينية، مادية كانت ام قانونية.*

[8] نجيبة الشّريف، *إشكالات قانونيّة وواقعيّة حول تطبيق قانون الاشتراك في الملكيّة بين الزّوجين*، تونس 2019، ص 19.

وتعدّ مسألة الأموال ذات الصّبغة المهنيّة من أهمّ المسائل الّتي يمكن أن تفرز إشكاليّات تطبيقيّة جدّيّة في بعض الحالات عند انتهاء منظومة الاشتراك في الأملاك خاصّة إن تعلّقت بمهن يشترط لممارستها الحصول على شهادة أو ترخيص[9].

إلّا أنّ الفقه التّونسيّ لم يتطرّق لهذه المسألة رغم أهميّتها وتعلّقها الوطيد بالواقع وكذلك الشّأن بالنّسبة لفقه القضاء الّذي لم تسنح له الفرصة لإبداء رأيه فيها.

وكانت فترة التّمرين فرصة للتّعرّض لهذه المسألة وذلك في إطار نزاع نشب حول مآل صيدليّة إثر انتهاء منظومة الاشتراك في الأملاك بالطّلاق مع العلم أنّ أحد الزّوجين لا يملك صفة صيدليّ.

فإلى أيّ مدى يمكن أن تشمل منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين الأموال ذات الصّبغة المهنيّة؟

تستوجب الإجابة على هذه الإشكاليّة التطرّق في مرحلة أولى إلى الأسس القانونيّة لإمكانيّة إدماج الأموال ذات الصّبغة المهنيّة في منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين (الفصل الأوّل) ودراسة آثارها في مرحلة ثانية (الفصل الثّاني).

[9] على غرار مهنة الصّيدليّ والمخبريّ.

الفصل الأوّل: الأسس القانونيّة لإمكانيّة إدماج الأموال ذات الصّبغة المهنيّة في منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين:

إمكانيّة إدماج الأموال ذات الصّبغة المهنيّة في منظومة الاشتراك في الأملاك تجد مصدرها في الطّبيعة القانونيّة الخاصّة لهذه المنظومة من ناحية (الفقرة الأولى) وفي النصّ القانونيّ من ناحية أخرى (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: الطّبيعة القانونيّة الخاصّة لمنظومة الاشتراك في الأملاك:

أسال تحديد الطّبيعة القانونيّة لمنظومة الاشتراك في الأملاك الكثير من الحبر نظرا لخصوصيّة القواعد الّتي تنظّمها، فتعدّدت النّظريّات والتّعاريف الهادفة لتكييف هذه المنظومة وتحديد خصوصيّاتها. وتكتسي دراسة هذه النّقطة أهميّة بالغة في موضوعنا إذ من شأنها تحديد مصير الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة في ضلّ نظام الاشتراك في الأملاك.

تعتبر منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين منظومة فريدة من نوعها نظرا لتعلّقها بمؤسّسة العائلة، فاعتبرها البعض منظومة من نوع خاصّ [10] («institution «sui generis)فلا يمكن بذلك اختزالها في المفاهيم القانونيّة المألوفة والكلاسيكيّة[11].

لكن تعرّض هذا التّوجّه إلى النّقد من قبل العديد من الفقهاء الّذين عابوا عليه نوعا من التّهرّب من التّحليل القانونيّ وعدم اعتماد المنهجيّة القانونيّة والمؤّسسات المألوفة لدراسة الطّبيعة القانونيّة لمنظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين.

---

[10] Voir dans ce sens : (M) NICOD, *Les affres de la qualifications juridiques,* Actes de colloque de l'IFR, Presse de l'université Toulous 1 Capitole – LGDJ – Lextenso Editions, 2015.

[11] (H) DESCHENAUX, *La nature juridique de la communauté de biens entre époux d'après le droit français, allemand et suisse, Etude de droit comparé*, Paris, Rousseau et Cte éditeurs, 1934, p.120.

وذهب جزء من الفقه إلى اعتبار منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين حالة شيوع تخوّل لكلّ شريك امتلاك حصّة من الذمّة الماليّة المشتركة تعادل نصف قيمة المشترك[12].

وكانت هذه النّظريّة (Communauté–indivision) سائدة في القانون الألمانيّ لمدّة طويلة وحاول فقه القضاء تطويعها قدر الإمكان لتتلاءم مع خصوصيّات منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين فاعتبر أنّ الحصص المتأتّية من حالة الشّيوع تنسحب على الذمّة الماليّة المشتركة برمّتها وليس على كلّ مال على حدا[13].

إلّا أنّ هذا التّوجّه ورغم محاولة تطويعه لا يستقيم لعدم أخذه بعين الاعتبار لخصوصيّة منظومة الاشتراك في الأملاك.

فلا يمكن أن تعتبر منظومة الاشتراك في الأملاك حالة شيوع[14] على معنى الفصل 56 من مجلّة الحقوق العينيّة[15] إذ أنّ الشّيوع يفترض قسمة عادلة ومثلى للذّمّة الماليّة، فلكلّ شريك سلطة مطلقة على حصّته تخوّل له إحالتها أو رهنها لفائدة الغير باعتبارها جزء لا يتجزّأ من ذمّته الماليّة. كما تسمح منظومة الشّيوع للشّركاء طلب قسمة المشترك في أيّ وقت.

وتتنافى خصائص الشّيوع مع منظومة الاشتراك في الأملاك إذ أنّ حصّة كلّ شريك لا تظهر مادام الزّواج قائما ويقوم الزّوجان جماعيّا بإدارة الأملاك الّتي تشملها منظومة الاشتراك.

---

[12] LAURENT, *Principes de droit civil*, XXI, n°194 et ss.

[13] (CH) AUBRY, *Cours de droit civil français : Selon la méthode de Zachariae, Tome 8*, Hachette Livre BNF, 2014, p.182. DEMANTE et COLMET de SANTERRE, *Cours analytique de Code Civil*, IV, p.41 et ss.

[14] (H) DESCHENAUX, *op.cit*, p.57.

[15] الفصل 56: *"الشّيوع هو اشتراك شخصين فأكثر في ملكيّة عين أو حقّ عينيّ غير مفرز حصّة كلّ منهم"*.

كما لا يخوّل نظام الاشتراك في الأملاك للزّوجين طلب القسمة أو إحالة الحصص الرّاجعة لكلّ منهما. ويقول أحد الفقهاء في هذا الإطار: *«Pendant la durée du mariage, les époux ne peuvent posséder qu'en commun le patrimoine conjugal aussi bien dans sa totalité que dans ses parties individuelles. Est exclue toute idée d'un droit distinct et propre à l'un des époux sur une part réelle ou idéale de la masse commune »*[16].

وبذلك يبرز بوضوح تنافي قوعد الشّيوع مع منظومة الاشتراك في الأملاك.

وفي ضلّ عدم انطباق الشّيوع على منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبارها شخصا معنويّا(communauté-personne morale)[17] ، فتتحوّل بذلك منظومة الاشتراك في الأملاك إلى شخص مستقلّ ومختلف عن الأطراف الّتي كوّنته (أي الزّوجان) على غرار الشّركات المدنيّة والجمعيّات[18] ولا يمكن عندئذ الحديث عن حصص على معنى مؤسّسة الشّيوع.

وفي هذا الإطار تمّت المقاربة بين ما يسمّى في قانون الشّركات بنيّة التّشارك والتّعاقد (Affectio Societatis) ونيّة إنشاء حياة مشتركة في قانون العائلة (Affectio Conjugalis)[19]، وعلى هذا الأساس برّر روّاد هذا التّوجّه إسناد الشّخصيّة المعنويّة لمنظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين إذ تتضافر جهود كلا الزّوجين لتحقيق هدف موحّد.

---

[16] (J) CARBONNIER, *Régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport de société et d'association*, Thèse, Bordeaux, Bordeaux : Delmas, 1932.

[17] (J) CARBONNIER, *op.cit.*

[18] (V) PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, Paris, Libraire Edit, 1836, p.258.

[19] (A) BAROIN, *Le couple en droit au moyen âge : autour de l'affectio maritalis et des relations patrimoniales*, Médiévales 65, 2013, p.93-107.

كما دعّم هذا التّوجّه الهدف الّذي أنشأت من أجله منظومة الاشتراك في الأملاك والمتمثّل في إدارة العائلة أي مؤسّسة الزّواج والّذي يختلف عن المصالح الخاصّة لمكوّنيها ويتجاوزها مثلما هو الأمر في خصوص الشّركات والجمعيّات.

وباعتبار منظومة الاشتراك في الأملاك شخصا معنويّا يفقد الزّوجان حقوقهما على الأشياء الّتي تشملها المنظومة إذ تصبح على ملك الشّخص الاعتباريّ ويصبح كلّ من الزّوجين مجرّد عضو في تلك "المؤسّسة"، وبذلك يتصرّف الزّوجان كوكلاء للذّات المعنويّة المحدثة.[20]

وتبعا لذلك تخرج ديون الزّوجين من ذممهم الماليّة الشّخصيّة لتنتقل إلى ذمّة الشخص القانونيّ الّذي تمّ إحداثه. وكانت بعض قرارات فقه القضاء المقارن قد اتّبعت هذا التّوجّه لفترة معيّنة[21].

فعندما يلتزم كلا الزّوجين بالتّضامن مع مدين آخر تجاه الغير مثلا لا يمكن اعتبار لا الزّوج ولا الزّوجة مسؤولا في حالة عدم الوفاء، بل تتسلّط المسؤوليّة التّعاقديّة على المنظومة برمّتها باعتبارها شخص معنويّ مستقلّ عن مكوّنيه.

تسمح الحجج الّتي تمّ بسطها أعلاه بطرح التّساؤل التّالي: فيما تختلف منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين على الأقلّ من النّاحية القانونيّة البحتة عن الذّوات المعنويّة الأخرى؟

يطرح هذا التّكييف رغم الحجج المقدّمة من قبل روّاده عديد التّساؤلات إذ كيف يمكن للدّائنين الرّجوع على الأملاك المكتسبة من قبل أحد الزّوجين في حالة إفلاس الشخص المعنويّ أي منظومة الاشتراك في

[20] (H) DESCHENAUX, *op.cit*, p.101 et ss.

[21] نفس المصدر.

الأملاك؟ وعلى أيّ أساس يمكن للدّائنين الرّجوع على الأملاك الخاصّة لأحد الزّوجين إن كانت الأملاك الرّاجعة للمنظومة غير كافية لتغطية كلّ الدّيون؟

كما أنّ منظومة الاشتراك في الأملاك تستمدّ وجودها وأهميّتها من الزّواج وبالتّالي من الزّوجين فلا يمكن فصلها عنهما باعتبارها شخصا معنويا مستقلّ عن مكوّنيه.

ويمكن القول أنّ اعتبار المنظومة شخصا معنويّا يفرغها من محتواها إذ أنّه في هذا الإطار لا يمكن الحديث عن اشتراك في الأملاك، بل عن وحدة في الأملاك.

وأخيرا تعتبر الشّخصيّة المعنويّة أمرا افتراضيّا واستثنائيّا من وجهة نظر القانون التّونسيّ لذا فلا يمكن التّوسّع في تأويلها وإسنادها إلى جميع المؤسّسات خاصّة في حالة تعارضها مع الأهداف الّتي أنشأت من أجلها مثلما هو الحال في خصوص منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين.

وطرح بعض الفقهاء في خصوص تكييف منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين نظريّة اندماج ذوات الزّوجين لتكوين ذات واحدة، ولكن دون منحها الشّخصية القانونيّة *«Théorie de la fusion de deux êtres: élargissement du sujet du droit»*[22].

دفعت نقائص النّظريّات السّابقة الذّكر الفقهاء إلى البحث عن تكييف يراعي خصوصيّات منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين[23].

[22] (H) DESCHENAUX, *op.cit*, p.98 et ss.

اقترح البعض في هذا الإطار ما يسمّى بنظريّة "اليد المشتركة" والّتي تجد جذورها في العرف الجرماني القديم.[24] وتتمثّل الملكيّة باليد المشتركة في حالة خاصّة من الشّيوع تختلف عن التّعريف المألوف لهذه المؤسّسة والّذي يكرّسه الفصل 56 من مجلّة الحقوق العينيّة.

فعلى عكس وضعيّة الشّيوع العاديّة لا تسمح الملكيّة باليد المشتركة للزّوجين من امتلاك حصص واضحة (Parts idéales) بل يملكان فقط حقوقا لا يمكن أن تقدّر قيمتها مادام الزّواج قائما. ويتمتّع كلا الزّوجان في هذا الإطار بحقّ ملكيّة مشترك ينسحب على الذمّة الماليّة للمنظومة برمّتها. وتبعا لذلك يكون التّصرّف كما لو أنّه يوجد صاحب حقّ واحد إذ لا تظهر الحصص إلّا بعد انحلال العلاقة الزّوجية.

يقول أحد الفقهاء في هذا الإطار «*La communauté constitue une masse de biens et de dettes, douée d'une vie propre, tendant à un but qui lui est assigné et vers lequel elle se dirige pour ainsi dire d'elle-même, en vertu de l'impulsion qui lui a été donnée et sans organe représentatif, sans personnification: elle est une communauté agissante et non personnifiée, ressortissant à deux personnes physiques, les époux*». [25]

وباعتماد هذا التّوجّه تمّ التّخلي من قبل فقه القضاء المقارن على النّظريّات الّتي تمّ بسطها أعلاه وخاصّة منها نظريّة الشّخص المعنويّ ونظريّة الشّيوع.

---

[23] (M) PICARD, *Traité pratique de droit civil français, III, Les biens,* Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, P.286-287.

[24] SALEILLES, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales du droit commercial,* 1895, p.161.

[25] (L) JOSSERAND, *Cours de droit civil français, III,* n°16, 3ème édition, 1939.

كما تأثّر القانون الفرنسيّ بنظريّة الملكيّة باليد المشتركة وكرّسها في تكييفيه لمنظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين معتبرا أنّ الجذور التّاريخيّة لكلّ من مؤسّسة الزّواج الفرنسيّة والألمانيّة هي نفسها بالإضافة إلى كونهما عرفتا نفس التّطوّر عبر التّاريخ ويكون بذلك قد أيّد التّوجّه الّي عرفه القانون الفرنسيّ القديم (السّابق للتّشريع)[26]. وهذا ما فعله كذلك المشرّع السّويسريّ صراحة المجلّة المدنيّة الّذي ينصّ الفصل 652 منها عل ما يلي «*Lorsque plusieurs personnes formant une communauté en: vertu de la loi ou d'un contrat sont propriétaires d'une chose, le droit de chacune s'étend à la chose entière*».[27]

وبقراءة القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرّخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين يبدو واضحا أنّ المشرّع التّونسيّ كرّس نظريّة اليد المشتركة السّابقة الّذكر ويكون بذلك قد أخذ بعين الاعتبار خصوصيّة المنظومة.

وفي هذا الإطار لم ينظّم القانون المذكور إحالة الحصص الرّاجعة لكلّ طرف، بل تعرّض فقط لصورة التّفويت في المشترك (ما دامت العلاقة الزّوجيّة قائمة)[28] باعتبار أنّه لا يجوز التّحدّث عن حصص في ضلّ العلاقة الزّوجيّة إذ أنّ كلّ الأملاك تتصهر في المنظومة لتصبح ملكا للزّوجين وهذا ما يميّزها عن المؤسّسات القانونيّة المألوفة والّتي تتنافى وروح مؤسّسة الاشتراك في الأملاك.

---

[26] RICOL, *La propriété en main commune et son application possible en droit français,* Thèse, Toulouse, 1907.

[27] (H) DESCHENAUX, *op.cit*, p.104 et ss.

[28] الفصل 17: "*لا يصحّ التّفويت في المشترك ولا إنشاء الحقوق العينيّة عليه ولا كراؤه للغير لمدّة تفوق الثّلاثة أعوام ولا تجديد كرائه بما يجعل مجمل مدّة الكراء يتجاوز الثّلاثة أعوام إلّا برضا كلا الزّوجين*".

وتبعا لذلك لا يمكن أن تطالها قواعد لا تتماشى مع طبيعتها الفريدة من نوعها خاصّة وأنّ الأساس من هذا النّظام هو تدعيم وتثبيت الرّوابط الأسريّة وحماية الأطراف المكوّنة للعائلة من خلال خلق إطار خاصّ تدمج فيه الأملاك لصالح الأسرة.

ويكتسي تحديد الطّبيعة القانونيّة لمنظومة الاشتراك في الأملاك أهميّة بالغة في موضوع الحال خاصّة إذا تعلّق الأمر بالأملاك الرّاجعة لبعض المهن الّتي يكون فيها حقّ الملكيّة أو الملكيّة المشتركة مقيّدا وخاضعا لشروط على غرار مهنة الصّيدليّ التّي يعتبر القانون المنظّم لها كلّ شرط يسند الملكيّة المشتركة لشخص غير متحصّل على شهادة صيدليّ باطلا.

ويقصد هنا بعبارة الملكيّة المشتركة الشّيوع على معنى الفصل 56 من مجلّة الحقوق العينيّة. فإن اعتبرنا أنّ الطّبيعة القانونيّة لمنظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين هي حالة الشّيوع العاديّة عندها يمكن القول أنّه حتّى في ضلّ منظومة اشتراك **شامل** للأملاك لا يمكن إدراج صيدليّة مثلا ضمن الأملاك الخاضعة لنظام الاشتراك إذا كان أحد الزوجين غير حائز على شهادة صيدليّ.

ولكن إذا اعتبرنا منظومة الاشتراك في الأملاك ملكيّة بيد مشتركة أي نوعا خاصّا من الملكيّة المشتركة يكون الأمر مختلفا ويمكن حينها إدراج هذا النّوع من الأملاك في المنظومة (على شرط أن تكون شاملة) باعتبار أنّ الحقوق المتسلّطة عليها لا تجد مصدرها في مؤسّسة الشّيوع.

واتّبع هذا التّمشّي فقه القضاء الفرنسيّ الّذي لا يعتبر منظومة الاشتراك في الأملاك حالة شيوع بحتة وعاديّة، بل بالعكس يؤكّد على كونها كتلة موظّفة لصالح العائلة فلا يمكن تبعا لذلك تحديد ملكيّة كلّ مال إلاّ بعد انحلال المنظومة وانتهاء القسمة.[29]

ويفهم من هذا التّوجّه أنّه تمّ تغليب خصوصيّات منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين على قواعد ومؤسّسات القانون المدنيّ.

ولئن كانت الطّبيعة القانونيّة الفريدة من نوعها للمنظومة أحد الأسس الّتي تبرّر إمكانيّة إدراج الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة صلبها إلّا أنّها ليست كافية لوحدها لتبرير ذلك إذ لا يمكن قبول هذه الفرضيّة إلّا في إطار معيّن.

<u>الفقرة الثّانية: إمكانيّة التّوسيع في منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين (قراءة للفصل الثّاني من القانون):</u>

ينصّ الفصل الثّاني من قانون الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين على ما يلي: "*إذا صرّح الزّوجان بأنّهما يختاران نظام الاشتراك في الأملاك فإنّهما يخضعان لأحكام هذا القانون إلّا أنّه يحقّ لهما الاتّفاق على توسيع نطاق الاشتراك بشرط التّنصيص على ذلك صراحة في العقد*".

يفهم من قراءة هذا الفصل أنّ مقتضيات القانون المذكور تنطبق على نظام الاشتراك في الأملاك لا سيما منها الأحكام المتعلّقة بالأملاك الّتي تشملها منظومة الاشتراك، إذ ينصّ القانون صراحة على أنّ الأملاك المنضوية تحت المنظومة هي العقّارات المكتسبة بعد الزّواج متى كانت متعلّقة بمصلحة العائلة.

[29] Trib. Civ. Seine, 1er juin 1946, Gaz. Pal. 1946.2. 20.

وبقراءة عكسيّة، يخرج نفس القانون جملة من الأملاك من المنظومة والّتي تتمثّل في المنقولات والعقّارات المكتسبة بعد الزّواج والمتأتّية من الإرث أو الهبة أو الوصيّة وكذلك العقّارات ذات الصّبغة المهنيّة.

إلّا أنّ الفصل الثّاني من ذات القانون يفتح المجال للأطراف بالخروج عن أحكامه فيما يخصّ نطاق المنظومة، أي بعبارة أخرى بإمكان الزّوجين عبر الاتّفاق إدراج أملاك مستثناة مبدئيّا من القانون بما فيها الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة.

ويفهم ذلك بوضوح من خلال صيغة الاستدراك الّتي استعملها المشرّع في صياغة الفصل "إلّا أنّه..." الّتي تجعل من القواعد المنظّمة لمنظومة الاشتراك في الأملاك قواعد مرنة يمكن للأطراف الاتّفاق على خلافها فيما يخصّ طبيعة الأملاك الممكن إدراجها.

وتؤكّد هذه المرونة الّتي أتاحها المشرّع للزّوجين في تحديد الأملاك التّي تشملها المنظومة على أنّ هذا الجانب من القانون لا يهمّ النّظام العامّ وذلك على عكس ما يعتقده البعض.

إذ يعتبر جانب من الفقه وخاصّة من ممارسي القانون أنّ التّوسيع في الأملاك الّذي أتاحه الفصل الثّاني يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الأملاك الّتي أخرجها القانون صراحة من نطاقه واعتبرها غير منضوية في منظومة الاشتراك. أي بعبارة أخرى لا يمكن ان يشمل اتّفاق الزّوجين على الأملاك ذات صبغة مهنيّة أو عقّارات متأتّية من الهبة، أو الإرث أو الوصيّة أو أملاك تمّ اكتسابها قبل إبرام عقد الزّواج.

ويؤسّس روّاد هذا التّأويل توجّههم بكون قانون نظام الاشتراك في الأملاك يهمّ النّظام العامّ لتعلّقه بمؤسّسة العائلة وبالتّالي لا يمكن الخروج عن أحكامه حتّى في صورة التّوسيع في نطاق منظومة الاشتراك.

إلّا أنّ هذه القراءة لا تستقيم إذ أنّها تتناقض والمبادئ العامّة لتأويل النّصوص القانونيّة. وينصّ الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود في هذا الإطار على ما يلي: "*نصّ القانون لا يحتمل إلّا المعنى الّذي تقتضيه عباراته بحسب وضع اللّغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون*".

فاعتماد هذا التّوجّه يفرغ النصّ من محتواه. فما غاية المشرّع إذن بالسّماح للزّوجين بالتّوسيع في نطاق الاشتراك في الملكيّة إن استثنينا كلّ الأملاك الّتي أخرجت من المنظومة في صورة سكوت الزّوجين؟

بعد أن بينّا عدم وجاهة هذه القراءة، يمكن القول أنّ للزّوجين الحقّ في التّوسيع في نطاق المنظومة بقدر ما يشاءا فإمكانهم مثلا اختيار منظومة الاشتراك في الأملاك الشّاملة المعتمدة في عدّة أنظمة قانونيّة مقارنة على غرار القانون الفرنسيّ. وتكون الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة سوآءا كانت عقّارات أو منقولات منضوية بطبيعتها باعتبار أنّ المنظومة الشّاملة لا تستثني أي ملك مهما كانت طبيعته.

وتجدر الملاحظة في هذا الإطار أنّ القانون الفرنسيّ[30] والألمانيّ يكرّسان صراحة منظومة الاشتراك في الأملاك الشّاملة وينظّمان آثارها وذلك على عكس القانون التّونسيّ الّذي لم ينصّ على ذلك صراحة، بل اكتفى فقط بفسح المجال للزّوجين في اختيار هذا النّوع من الاشتراك في الأملاك.

وبما أنّ القوانين المقارنة المذكورة تعتبر مصادر ماديّة بالنّسبة للقانون التّونسيّ باعتباره اطّلع عليها واستأنس بها لإرسائه لقانون الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين، فمن الوجاهة إذن دراسة كيفيّة تنظيمها لآثار إدراج الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة في منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين ومدى ملاءمتها مع مقتضيات القانون التّونسيّ.

[30] الفصل 1404 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة وما بعده.

الفصل الثّاني: آثار انضواء الأموال ذات الصّبغة المهنيّة في منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين.

تستوجب دراسة آثار إدماج الأموال ذات الصّبغة المهنيّة في منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين التطرّق في مرحلة أولى لأثر هامّ ألا وهو مبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة (الفقرة الأولى) و تحديد مآل تلك الأموال عند انقضاء منظومة الاشتراك في مرحلة ثانية (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: مبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة:

الطّبيعة القانونيّة الفريدة من نوعها لمنظومة الاشتراك في الأملاك أفرزت مبدئا هامّا يعكس هذه الخصوصيّة ويتمثّل في التّفرقة بين الصّفة والماليّة.

وتبرز أهميّة هذا المبدأ خاصّة عندما يتعلّق الأمر بأملاك (سوآءا كانت عقّارات أو منقولات) مرتبطة بمهن يشترط لممارستها الحصول على شهادات علميّة أو اجتياز مناظرات أو التّرسيم بهياكل مهنيّة معيّنة لاكتساب تلك الصّفة، وذلك على غرار مهنة الصّيدليّ أو الطّبيب المخبريّ.

إذ أنّ السّؤال البديهيّ الّي يتبادر إلى ذهن رجل القانون في هذه الحالة هو الآتي: كيف يمكن للزّوج الذي لا يمتلك الصّفة أن يكون شريكا لقرينه في ملكيّة عقّار أو منقول متعلّق بمهنته في ضلّ نظام الاشتراك في الأملاك الموسّع؟

الإجابة على هذا السّؤال تقتضي تعريف مبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة ودراسة أسسه القانونيّة من ناحية وتقديم تطبيقاته الفقه قضائيّة عن طريق بعض القرارات المقارنة من ناحية أخرى.

تعود التّفرقة بين الصّفة والماليّة في القانون الفرنسيّ إلى ما قبل صدور قانون 13 جويليّة 1965 الّذي أدخل تحويرات هامّة على مادّة الأحوال الشّخصيّة لا سيما بإرسائه لنظام الاشتراك في الأملاك.

وكانت هذه التّفرقة معتمدة من قبل فقه القضاء الفرنسيّ في ضلّ النّظام القانونيّ القديم قبل أن يتمّ التّخلّي عنها لفترة بعد صدور القانون السّابق الذّكر. ويعود هذا التّوجّه إلى غموض أحكام الفصل 1404 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة الّذي ينصّ في فقرته الثّانية على ما يلي: «Forment *aussi des propres par leur nature, mais sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté.*»

فاعتبر البعض أنّه لا يمكن إدراج الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة سواء كانت عقّارات أو منقولات في منظومة الاشتراك مهما كانت طبيعتها، فلا يحقّ تبعا لذلك للقرين أن يطالب بحقوق أيّا كان نوعها إذا تعلّق الأمر بأموال متّصلة بمهنة قرينه حتّى في حالة انحلال المنظومة.

إلّا أنّ فقه القضاء الفرنسيّ بدأ في نهاية الثّمانينات بتغيير موقفه تدريجيّا ليكرّس من جديد مبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة في بعض قراراته إلى أن تمّ تكريسه نهائيّا بقرار مبدئيّ لمحكمة التّعقيب الفرنسيّة بتاريخ 12 جوان 2014.[31]

ويمكن القول أنّ عناصر الذمّة الماليّة هي المكوّنة لما يسمّى بالماليّة (la finance) والّتي يمكن اختزالها في معناها الضّيّق في حقّ الملكيّة وتنظّمها تبعا لذلك قواعد الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين.[32]

في حين أنّ العناصر الشّخصيّة تكوّن الصّفة (le titre) الّتي تبقى متّصلة حصريّا بالقرين الّذي اكتسبها والّتي تخوّل له الإدارة والتّصرّف في الأموال المتعلّقة بمهنته دون تدخّل قرينه.[33]

---

[31] Cour de Cassation, 1ère Chambre civile, 12 juin 2014, n°13-16309.

[32] (V) BILLETTE, « Le titre et la finance : De la théorie à la pratique », *https://www.village-justice.com/articles/titre-finance-theorie-pratique,26457.html,* 15novembre 2017.

ويرى بعض الفقهاء أنّ الفصل 1421 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة يؤسّس مبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة إذ ينصّ في فقرته الثّانية على ما يلي: «*L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci*».

إلّا أنّ هذه القراءة قابلة للنّقد باعتبار أنّ الفصل المذكور تحدّث عن إدارة الأملاك والتّفويت فيها دون الخوض في مسألة الماليّة، فتكون بذلك القراءة المعزولة لأحكامه غير كافية لتأسيس مبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة. لذا تجدر قراءة الفصل 1421 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة على ضوء الأحكام المنظّمة لمنظومة الاشتراك في الأملاك لتأسيس المبدأ وهذا ما انتهجه فقه القضاء الفرنسيّ.

فلو كان مثلا أحد الزّوجين صيدليّا مالكا لصيدليّة في ضلّ نظام اشتراك في الأملاك شامل وقرينه غير حامل لتلك الصّفة، لا يجوز لهذا الأخير أن يكون شريكا لزوجه في ملكيّة الصّيدليّة إذ أنّ ذلك يتعارض مع مقتضيات القانون المنظّم للمهن الصّيدليّة الّذي يشترط الحصول على صفة الصّيدليّ لاكتساب حقّ الملكيّة أو الاشتراك في الملكيّة.

ولكنّ الأمر يختلف إذا ما طبّقنا مبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة، فيصبح بذلك القرين الحامل لصفة الصّيدليّ هو المسيّر والمتصرّف الوحيد للصيدليّة دون أن ينازعه في ذلك قرينه باعتباره المالك الحقيقيّ. ولكن الحقوق الماليّة المتأتّية من التّسيير أو من التّفويت في الأصل التّجاريّ للصّيدليّة تندرج ضمن منظومة الاشتراك في الأملاك ويمكن لقرين غير الحامل لصفة الصّيدليّ أن يطالب بها. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التّعقيب الفرنسيّة في قرارها المؤرّخ في 18 أكتوبر 2005[34] والآتي نصّه: « *Attendu que*

---

[33] Ibid.

[34] Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 octobre 2005, 02-20.329, Publié au bulletin, https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052051.

Mme X…fait grief à la cour d'appel (Paris, 22 septembre 2002) de l'avoir déboutée, alors, selon le moyen, qu'il résulte de la combinaison des articles L.5125-17 et L.5125-18 du Code de la santé publique que le pharmacien doit être propriétaire de l'officine dont il est titulaire et qu'est nulle et de nul effet toute stipulation destinée à établir que la propriété ou la copropriété d'une officine appartient à une personne non diplômée ;

Mais attendu que par motifs propres ou adoptés, l'arrêt, après avoir retenu que les dispositions des articles L.5125-17 et L.5125-18 du Code de la santé publique, laissaient en dehors de leurs prévisions celles régissant les ***régimes matrimoniaux,*** *et* ***que la propriété de l'officine était réservée aux personnes titulaires du diplôme de pharmacien mais que la valeur du fonds de commerce tombait en communauté,*** *a décidé à bon droit que les époux X…avaient valablement souscrits les emprunts contestés, l'acte d'acquisition* ***ne mentionnant aucune atteinte à l'exploitation exclusive par le mari*** *; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé* ».

ونلاحظ أنّ هذا القرار ميّز بوضوح بين ملكيّة وتسيير الصّيدليّة من ناحية وبين الحقوق المتسلّطة على قيمة الأصل التّجاريّ الّذي يتبعه والّتي تجد مصدرها في نظام الاشتراك في الأملاك الموسّع من ناحية أخرى، فأخذت بعين الاعتبار خصوصيّة وطبيعة هذه المنظومة وبيّنت عدم تضاربها مع القوانين المنظّمة للمهن الصّيدليّة.

ويمكن القول أنّ فقه القضاء المقارن بتكريسه لمبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة قام بتغليب أحكام منظومة الاشتراك في الأملاك على القواعد المنظّمة لمؤسّسات أخرى، آخذا بذلك بعين الاعتبار أهمّيّة مؤسّسة العائلة وعلويّة مصالحها.

<u>الفقرة الثّانية: مآل الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة عند انقضاء منظومة الاشتراك في الأملاك</u>

عند انتهاء حالة الاشتراك لسبب من الأسباب المذكورة بالفصل 18 من القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرّخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين، تتمّ تصفية الأملاك المشتركة. ويضيف الفصل 19 من نفس القانون أنّ حالة الاشتراك تظلّ قائمة حتّى تتمّ تصفية المشترك.

السّؤال الّذي يطرح نفسه في هذه الحالة هو الآتي: هل يجوز للقرين في ظلّ نظام الاشتراك في الأملاك الشّامل أن يفوّت بمفرده في الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة في الفترة الفاصلة بين انتهاء حالة الاشتراك وتصفية المشترك؟

ينصّ الفصل 17 من القانون المذكور على أنّه لا يصحّ التّفويت في المشترك ولا إنشاء الحقوق العينيّة عليه ولا كراؤه للغير لمدّة تفوق الثّلاثة أعوام ولا تجديد كراؤه بما يجعل مجمل مدّة الكراء تتجاوز الثّلاثة أعوام إلّا برضا الزّوجين.

يمكن أن يفهم من قراءة أوّليّة للفصل المذكور أنّه يمنع على القرين التّفويت في الأملاك المتعلّقة بمهنته (سواء كانت منقولات أو عقّارات) أو إنشاء حقوق عينيّة عليها دون موافقة قرينه. كما يمكن تكييف هذا التّصرّف كبيع لملك الغير مع كلّ التّبعات الجزائيّة والمدنيّة الّتي نظّمها القانون.

إلّا أنّ هذا التّأويل فاقد للدّقّة ومجانب للصّواب إذ أنّ القرين غير الحامل للصّفة لا يتمتّع بحقّ عينيّ على الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة الرّاجعة لقرينه بل فقط بحقّ شخصيّ (une créance) على قيمتها عند بيعها مثلا.

وعلى سبيل المثال يجوز لصيدليّ أن يفوّت في الأصل التّجاريّ لصيدليّته دون موافقة قرينه، إلاّ أنّه بإمكان هذا الأخير أن يطالب بنصف ثمن البيع تطبيقا لمبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة.

الخاتمة:

أبرزت دراسة مآل الأموال ذات الصّبغة المهنيّة في ضلّ نظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين مسائل وإشكالات قانونيّة هامّة لم يتطرّق لها المشرّع.

ونلاحظ أنّه لا يمكن اختزال هذه المنظومة الفريدة من نوعها نظرا لتعلّقها بمؤسّسة العائلة في المفاهيم القانونيّة المألوفة الّتي ينظّمها القانون المدنيّ بصفة عامّة إذ أنّ هذه المفاهيم لا تتناغم وروح منظومة الاشتراك في الأملاك ولا تسمح بمراعاة حقوق الزوجين. وهذا ما جعل فقه القضاء المقارن يلتجئ في بعض الأحيان إلى تغليب المبادئ المنظّمة لقانون العائلة على القوانين الأخرى في حالة وجود تضارب بينهما لا سيّما عندما يتعلّق الأمر بالأموال ذات الصّبغة المهنيّة المنضوية تحت منظومة الاشتراك في الأملاك كي لا تهدر حقوق أحد الزّوجين.

ولم يكتف القانون المقارن بذلك، بل قام بإرساء مبادئ تأخذ بعين الاعتبار خصوصيّة منظومة الاشتراك في الأملاك وتسعى إلى خلق توازن بين الأطراف.

ولعلّ هذا العمل المتواضع يكون منطلقا لدراسة إشكالات قانونيّة أخرى متعلّقة بمنظومة الاشتراك في الأملاك وإيجاد حلول تراعى فيها مصلحة الزّوجين والعائلة.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربيّة:

- قانون عدد 91 لسنة 1998 مؤرّخ في 9 نوفمبر 1998 يتعلّق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين.

- مداولات مجلس النّواب – عدد 2 – جلسة يوم الثّلاثاء 20 أكتوبر 1998.

- محمّد زيتونة، قراءة في نظام الاشتراك في الملكيّة بين الزّوجين على ضوء القانون عدد 91 لسنة 1998 وبعض التّشريعات المقارنة.

- نجيبة الشّريف، إشكالات قانونيّة وواقعيّة حول تطبيق قانون الاشتراك في الملكيّة بين الزّوجين، تونس 2019.

- قرار تعقيبيّ عدد 41051 الصّادر في 16 سبتمبر 2010.

Les ouvrages en langue française :

- (M) NICOD, Les affres de la qualifications juridiques, Actes de colloque de l'IFR, Presse de l'université Toulous 1 Capitole – LGDJ – Lextenso Editions, 2015.

- (H) DESCHENAUX, La nature juridique de la communauté de biens entre époux d'après le droit français, allemand et suisse, Etude de droit comparé, Paris, Rousseau et Cte éditeurs, 1934.

- (CH) AUBRY, Cours de droit civil français : Selon la méthode de Zachariae, Tome 8, Hachette Livre BNF, 2014.

- (J) CARBONNIER, Régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport de société et d'association, Thèse, Bordeaux, Bordeaux : Delmas, 1932.

- DEMANTE et COLMET de SANTERRE, Cours analytique de Code Civil, IV.

- (V) PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, Paris, Libraire Edit, 1836.

- (A) BAROIN, *Le couple en droit au moyen âge : autour de l'affectio maritalis et des relations patrimoniales*, Médiévales 65, 2013.

- (M) PICARD, Traité pratique de droit civil français, III, Les biens, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

- SALEILLES, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », Annales du droit commercial, 1895.

- (L) JOSSERAND, Cours de droit civil français, III, n°16, 3ème édition, 1939.

- RICOL, La propriété en main commune et son application possible en droit français, Thèse, Toulouse, 1907.

- (V) BILLETTE, « Le titre et la finance : De la théorie à la pratique », https://www.village-justice.com/articles/titre-finance-theorie-pratique,26457.html, 15novembre 2017.

- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 18 octobre 2005, 02-20.329.

- Trib. Civ. Seine, 1er juin 1946, Gaz. Pal. 1946.2. 20.

الفهرس:

المقدّمة: 1

الفصل الأوّل: الأسس القانونيّة لإمكانيّة إدماج الأموال ذات الصّبغة المهنيّة في منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين: 5

الفقرة الأولى: الطّبيعة القانونيّة الخاصّة لمنظومة الاشتراك في الأملاك: 5

الفقرة الثّانية: إمكانيّة التّوسيع في منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين (قراءة للفصل الثّاني من القانون): 13

الفصل الثّاني: آثار انضواء الأموال ذات الصّبغة المهنيّة في منظومة الاشتراك في الأملاك بين الزّوجين. 16

الفقرة الأولى: مبدأ التّفرقة بين الصّفة والماليّة: 16

الفقرة الثّانية: مآل الأملاك ذات الصّبغة المهنيّة عند انقضاء منظومة الاشتراك في الأملاك 20

الخاتمة: 22

قائمة المراجع: 23