

الهيئة الوطنية للمحامين بتونس

الفرع الجهوي بتونس



محاضرة ختم التمرين

مجال تطبيق الفصل 36 من مجلة الحقوق العينية فى القانون  
التونسى

الأستاذ المشرف على التمرين:  
الأستاذ هشام بن الحاج حميدة

الأستاذ المؤطر:  
الأستاذ محمد رشاد الفري

الأستاذ المحاضر:

الأستاذ رمزي بالراجح

السنة القضائية: 2010-2011

# المقدمة

يتبين من خلال الفصل 22 م ح ع أن الإلتصاق هو مصدر من مصادر الملكية يكتسب بموجبه مالك شئ أصلي أو مال أصلي ملكية توابع هذا الشئ ، إذن فالإلتصاق هو سبب من أسباب إكتساب الملكية<sup>1</sup>.

ويعرف المشرع الإلتصاق صلب الفصل 27 من مجلة الحقوق العينية بأنه : " ما أضيف إلى عقار أو منقول واتصل به كان ملكا لصاحب الأصل بطريق الإلتصاق .

والإلتصاق يكون طبيعيا أو بفعل الإنسان".

فالإلتصاق إذن اتحاد شئيين يرجعان بالملكية إلى شخصين مختلفين بدون اتفاق بينهما على اتمام الإتحاد ، ويؤدي الإلتصاق إلى اكتساب صاحب العقار أو المنقول الأصلي ملكية العقار أو المنقول الفرعي مقابل افقاد صاحب العقار أو المنقول الفرعي ملكية هذه الأشياء.

مالك الشئ الأصلي يمتلك الشئ الفرعي بموجب واقعة قانونية هي واقعة الإلتصاق وفقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل .

لكي يتحقق الإلتصاق ويرتب أثره القانوني الرئيسي المتمثل في اكتساب ملكية الشئ الفرعي لمالك الشئ الأصلي يكون من المستلزم أن تجتمع أربعة عناصر:

- 1- اندماج واتحاد الشئيين مع تعذر الفصل بينهما.
- 2- تميز الشئيين كل واحد عن الآخر .
- 3- رجوع الشئيين بالملكية إلى شخصين مختلفين .
- 4- انتفاء اتفاق بين المالكين السابقين على اتمام الإتحاد.

ويكون الإلتصاق إما طبيعيا أو بفعل الإنسان ( الإلتصاق الصناعي)، والملاحظ أن المشرع لم ينظم مسألة إلتصاق المنقول بالمنقول ربما لإنعدام أهميتها العملية.

ويميز المشرع التونسي بين الإلتصاق الطبيعي و الإلتصاق بفعل الإنسان ، والإلتصاق الطبيعي يمكن أن يكون مادي أو غير مادي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>ينص الفصل 22 م ح ع : " تكتسب الملكية بالعقد والميراث والتفادم والإلتصاق وبمفعول القانون وفي المنقول بالاستيلاء أيضا".

الإلتصاق الطبيعي المادي فهو إلتحام بين شيئين أما الإلتصاق غير المادي فلا يستوجب الإلتحام بين شيئين<sup>3</sup>.

أما في ما يخص الإلتصاق بفعل الإنسان أو ما يعبر عنه بالإلتصاق الصناعي فإن المشرع التونسي تطرق إلى هذه الصورة صلب الفصل 36 من مجلة الحقوق العينية<sup>4</sup>:

" إذا أحدث شخص بأرض غيره وبدون رضاه بناءات ومغروسات ومنشآت مستعملا لذلك مواد خاصة به فالمالك مخير بين إبقاء تلك الأشياء بأرضه وبين إلزام محدثها بإزالتها.

فإن طلب صاحب الأرض إزالة الأشياء تكون مصاريف إزالتها على محدثها ولا حق له في أي تعويض على أنه يضمن لصاحب الأرض ما عسى أن يلحقه من ضرر.

وإن طلب صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء يلزمه ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون إلتفات لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقبة بسبب تلك الإحداثيات.

وإذا كانت البناءات والمغروسات والمنشآت محدثة من طرف شخص رفعت يده عن الأرض وكان حائزا بشبهة فلا يحق للمالك أن يطلب إزالة ما ذكر وإنما له الخيار بين ترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وبين دفع مبلغ يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثيات.

لئن جاءت مقتضيات الفصل 36 م ح ع عامة، فإن هذه المقتضيات لا تنطبق على جميع الفرضيات التي يقيم فيها شخص ما أشياء على أرض غيره فتخرج عن نطاق تلك المقتضيات فرضية التجاوز إلى أرض الغير ( تخضع إلى أحكام الفصل 37 م ح ع ) وفرضية الإحداثيات التي يقيمها الشريك في المشترك بدون رضاه بقية الشركاء ( تخضع إلى أحكام الفصل 62 م ح ع ) وفرضية المنشآت التي يجعلها المكتري في العين المكراة ( تخضع إلى أحكام الفصل 786 م ح ع ) وغيرها من الفرضيات.

<sup>2</sup> بالنسبة للإلتصاق الطبيعي المادي فهو يمكن أن يحصل بمقتضى عوامل طبيعية كأن يحصل بفعل المياه ولقد تعرض المشرع التونسي إلى هذه الحالات صلب الفصول 28 م ح ع إلى 32 م ح ع . مثال ينص الفصل 28 م ح ع : " التراب و الرواسب المجروفة التي تتجمع بطريقة تدريجية غير محسوسة على أرض مجاورة لأحد الأودية والأنهار تصبح ملكا لمالك هذه الأرض بشرط أن يبقى طريقا بالضفة على نحو ما تقتضيه القوانين".

بأنسبة للإلتصاق الطبيعي غير المادي فقد تعرض المشرع التونسي لهذه الصورة صلب الفصل 33 م ح ع : " حمام البروج وأرانب الأوجرة وسمك البرك إذا انتقلت من نفسها وبدون تحيل أو تغرير في إستجلابها إلى محل آخر تصير ملكا لصاحب هذا الأخير". هذه الصورة تهم انتقال حيوانات غير داجنة انتقلت من تلقاء نفسها إلى عقار معين .

<sup>3</sup> أنظر الفصل 551 من المجلة المدنية الفرنسية.

<sup>4</sup> قانون عدد 5 لسنة 1965 مؤرخ في 11 شوال 1384 ( 12 فيفري 1965 ) يتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية.

وحيث أن الصورة الواردة **بالفصل 36 م ح ع** تتناقض تماما مع الفصل السابق،

ففي صورة **الفصل 35 م ح ع** يعمد مالك أرض إلى استعمال مواد الغير لإحداث بنايات أو مغروسات أو منشآت بأرضه أما في **صورة الفصل 36 م ح ع** فإن مالك المواد هو الذي يعمد إلى إحداث بنايات أو مغروسات أو منشآت بأرض الغير.

كما أنه قد يعمد شخص إلى إحداث بنايات ومغروسات ومنشآت بأرض غيره مستعملا لذلك مواد خاصة به و هذه الصورة لسييت نادرة في التطبيق وقد تتجسم عمليا من خلال عدد من الحالات نذكر من بينها حالة حائز الأرض الذي يقيم عليها بنايات ثم تسترد منه الأرض بموجب دعوى استحقاقية يرفعها عليه المالك أو حالة مشتري الأرض بعقد باطل الذي يقيم عليها إحداثات ثم تسترد منه الأرض بعد التصريح ببطان عقد البيع.

إذا أقام شخص إحداثات بأرض غيره وبدون رضاه بنايات ومغروسات ومنشآت مستعملا لذلك مواد خاصة به فالمالك مخير بين إبقاء تلك الأشياء بأرضه وبين إلزام محدثها بإزالتها.

إذا اتبع صاحب الأرض خيار إزالة الأشياء تكون مصاريف إزالتها على محدثها الذي لا يكون له حق في أي تعويض بل عليه أن يضمن لصاحب الأرض ما عسى أن يلحقه من ضرر.

إذا اتبع صاحب الأرض خيار إبقاء الأشياء فإنه يلزم بترجيع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بدون التقات لما قد يحصل من الزيادة في قيمة الرقبة بسبب تلك الإحداثات، ويقدر ثمن المواد وأجرة اليد العاملة بالنظر إلى يوم الأداء<sup>5</sup>.

إن تمتع مالك الأرض بالخيارين السابقين رهين إثباته سوء نية محدث الأشياء على أرضه ، وقد يتم الإثبات بموجب محضر استجواب يعترف فيه الخصم بتحوز الأرض دونما سند.

إذا كانت البنائات والمغروسات والمنشآت محدثة من طرف شخص رفعت يده عن الأرض وكان حائزا بشبهة فلا يحق للمالك أن يطلب إزالة ذلك وإنما يكون له الخيار بين أمرين:

-أن يدفع ثمن المواد وأجرة اليد العاملة .

-أن يدفع مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب تلك الإحداثات<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> هذا الحل اعتمده الفصل 555 من المجلة المدنية الفرنسية.

<sup>6</sup> لم يتعرض المشرع التونسي كالمشرع الفرنسي إلى الحالة التي تكون فيها المحدثات قد بلغت حدا من الجسامه بحيث يتعدى على صاحب الأرض اتباع أحد الخيارين المذكورين لقاء ذلك تفتن المشرع المصري إلى حل ذكي يتمثل في تملك مقيم المحدثات، الأرض نظير تعويض عادل.

إن ما يمكن أن نلاحظه هو أن الفصل 36 م ح ع يتميز بشئ من التعقيد والغموض على المستوى التطبيقي ،

فما هو إذن مجال تطبيق الفصل 36 م ح ع في القانون التونسي؟

ومحاولة لرفع بعض الإلتباس والغموض الذين يشوبان الفصل 36 م ح ع، و لمعرفة مجال وإطار تطبيق الفصل 36 م ح ع في القانون التونسي يمكن في مرحلة أولى التطرق إلى مجال تطبيق الفصل 36 م ح ع من حيث الإحداثيات (الفصل الأول) ثم في مرحلة ثانية التعرض إلى مجال تطبيقه من حيث الأشخاص

( الفصل الثاني).

## الفصل الأول:

## مجال تطبيق الفصل 36 م ح ع من حيث الإحداثيات

## المبحث الأول: الصبغة العقارية للإحداثيات

لكي تتحول المنقولات التي إستعملها الباني إلى عقارات بطبيعتها و بالتالي خاضعة للفصل 36 م ح ع يجب أن تلتحم بالأرض إلتحاما ماديا ( الفقرة الأولى) و إلتحاما دائما (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: الإلتحام المادي

لا ينطبق الفصل 36 م ح ع إلا على العقارات بطبيعتها أي المنقولات التي استعملها الباني في إقامة المحدث وتحولت بموجب إلتحامها المادي بالأرض إلى عقار بطبيعته.

هذا وقد إعتبر المشرع في الفصل 5 م ح ع : " أن المباني والنبات تعتبر عقارات طبيعية ما دامت متصلة بالأرض "

كما نص الفصل 6 م ح ع : " أن الأجهزة والأنابيب اللاصقة بالأراضي والمتممة لها عقارات طبيعية". ويتعزز ذلك بموجب الفصلين 5 و6 م ح ع وذلك بتكليف المشرع تلك المنقولات بعقارات طبيعية كما أن الفصل 36 م ح ع لا ينطبق على العقارات الحكيمة لسببين :

- انعدام شرط وحدة المالك.

- إنعدام الإلتحام المادي .

### 1- انعدام شرط وحدة المالك :

في الفصل 36 م ح ع يوجد إختلاف بين مالك المنقول والعقار، أما الفصلين 9 و 10 م ح ع هناك وحدة قانونية لمالك المنقول والعقار، ووحدة إقتصادية تتمثل في تخصيص منقول لخدمة عقار.

هذا ما يبرر جعل المنقولات في أصلها بإعتبارها عقارات بالتخصيص، والوحدة الإقتصادية هي التي تبرر إخضاع هذا المنقول أو هذا العقار الحكي لخدمة العقار. إذا فمجال تطبيق الفصلين 9 و10 م ح ع هو العقارات الحكيمة، أما مجال تطبيق الفصل 36 م ح ع فهو العقارات الطبيعية.

### 2- إنعدام الإلتحام المادي :

على الأقل ظاهريا في الفصل 9 م ح ع المشرع التونسي لا يشترط الإلتحام.

الفكرة الجوهرية في الفصلين 9 و 10 م ح ع هي " التخصيص"، ففي الفصل 9 م ح ع يقوم "التخصيص دون الإلتحام وفي الفصل 10 م ح ع يتم بالإلتحام.

ما يظاهي الفصلان 9 و10 في القانون الفرنسي هما الفصلان 524 و525 من المجلة المدنية الفرنسية

كما أن فقه القضاء الفرنسي إعتبر اللوحات المثبتة في الجدار " عقارات بالتخصيص " ، فالفكرة الرئيسية هي التخصيص وليس الإلتحام .

معيار التفرقة بين الفصلين 9 و 10 م ح ع والفصل 36 م ح ع هي فكرة التخصيص وليس الإلتحام والفصلان 9 و 10 م ح ع يقومان على التخصيص وليس على الإلتحام .

إن الفصل 9 م ح ع محصور في النشاط الفلاحي دون التجاري والصناعي ، ففي المجال التجاري والصناعي عندما تكون المنقولات عقارات حكومية لإنعدام فكرة التخصيص بل يمكن إعتبارها من عناصر الأصل التجاري الذي هو قائم على فكرة التخصيص.

### الفقرة الثانية : الإلتحام الدائم

يجب أن يكون إلتحام المنقولات بالعقار على وجه الدوام وليس بصفة وقتية .

بالنسبة لمالك العقار الإلتحام يدل على الدوام لكن بالنسبة لغير المالك الذي يقيم إحداثيات بأرض ليست على ملكه، الأمر يختلف عن الباني المالك للعقار لأنه قد لا تكون لهذا الغير نية إقامة المحدث على وجه الدوام بل بصفة وقتية مثال تصور حالة المكثري الذي يقيم محدثا ملتحما بالعقار إلتحاما ماديا ، لكن هذا المكثري ليست له نية إقامة المحدث على وجه الدوام لكن له نية إقامة المحدث بصفة وقتية.

القانون السويسري يعتمد في التمييز بين الإحداثيات التي تبقى منقولات و الإحداثيات التي تتحول إلى عقارات بطبيعتها على عنصرين : - الإلتحام المادي .

- نية المحدث .

وينص الفصل 677 من المجلة المدنية السويسرية:"

**« Les constructions légères tél que chalets, boutiques et levés sur le sol d'autrui sans intention de les y établir à demeurer appartiennent au propriétaire de ses choses »<sup>7</sup>.**

لكن موقف المشرع السويسري يتعارض مع أحكام الفصل 5 م ح ع الذي لا يميز في خصوص تكييف البناءات أو الإحداثيات بين التي أقامها المالك أو الغير كما تتعارض مع مفهوم حق الملكية الوارد بالفصل 17 م ح ع باعتباره حق إقصائي أي لا يتحمل مزاحمة الغير للمالك.

الحل المعتمد في القانون السويسري لا يحقق الإستقرار القانوني لأنه يحمي الغير الذي يعتمد على الوضع الظاهري مثال إذا تبين أن مالك الأرض ليس مالك البناءة وقد تم إعطاء صاحب الأرض قرض من قبل بنك على أساس أن هذا الأخير قد أوهمها بأنه يملك البناءة المقامة على أرضه والبنك باعتباره غيرا فإنه يتضرر في القانون السويسري.

<sup>7</sup> Levie (Pierre) Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui, Louvain 1951 P.40, n°8. J.P.Delmas-Saint-Hilaire.

الصبغة العقارية لا تكفي لإنطباق **الفصل 36 م ح ع** على هذه الإحداثيات بل يجب أن تشكل هذه الإحداثيات كيانا مستقلا عن العقار الذي التحمت به .

### المبحث الثاني: إستقلالية الإحداثيات

تتمثل استقلالية الإحداثيات على معنى **الفصل 36 م ح ع** من **مجلة الحقوق العينية** من جهة أولى في جدة الإحداثيات ( **الفقرة الأولى**) المقامة على أرض الغير، ومن جهة ثانية في قابلية هذه الإحداثيات للإزالة ( **الفقرة الثانية**).

### الفقرة الأولى: جدة الإحداثيات

يجب أن تكون الإحداثيات جديدة<sup>8</sup> كي ينطبق عليها **الفصل 36 م ح ع** ، ذلك أن الإلتصاق كمصدر من مصادر الملكية يعني إكتساب شئ جديد وليس شيئا قديما وأبرز مثال لهذه الخاصية هو إقامة إحداثيات على أرض بيضاء مملوكة للغير ويمكن معيار الجدة من التفريق بين الإحداثيات و التحسينات .

التحسينات تنضاف إلى إحداثيات قديمة وتنصهر فيها وينتفع بها صاحب العقار بموجب الإندماج وليس بموجب الإلتصاق وكمثال لهذه التحسينات تجديد أو إعلاء إحداثيات موجودة.

الإحداثيات تطرح مسألة إستحقاق نزاع إستحقاق بين المحدث وصاحب العقار بينما التحسينات لا تطرح مسألة إستحقاقية بل تطرح مسألة تعويضات .

إن الشخص الذي يقيم إحداثيات هو المحدث على معنى **الفصل 36 م ح ع** بينما الشخص الذي يدخل التحسينات على إحداثيات قديمة هو متصرف فضولي على معنى **الفصل 1179 م إ ع** وما بعده وليس محدثا على معنى **الفصل 36 م ح ع** ، فالتصرف الفضولي هو من أشباه العقود وحيث أن أشباه العقود

### 3 أنواع :

-التصرف الفضولي.

- الدفع غير المستحق.

- الإثراء بدون سبب.

من شروط التصرف الفضولي عدم وجود اتفاق بين الفضولي ورب العمل وإن وجد إتفاق يسمى كفالة وهي كل شخص يكلف شخص آخر بعمل قانوني.

المشرع يعتبر الكفالة شبيهة بالوكالة لأن الآثار القانونية تتشابه من حيث الوكالة والكفالة .

<sup>8</sup> « La doctrine française soutient unanimement que les dispositions de l'article 555 du CCF (article 36 CDR) ne s'appliquent qu'aux constructions nouvelles exécutées sur un terrain nu et non à des simples ouvrages se rattachant d'une façon plus au moins intime à des bâtiments préexistants. » Cass.Civ. 5 Juin 1973 : Bull civ. III, N°405.P.292.

الفضولي لا يمكنه طلب الهدم بل يمكنه فقط استرجاع المصاريف وحيث أنه من شروط الفضالة أن تكون التحسينات ضرورية لرب العمل.

هناك ثلاثة أنواع من التحسينات :

-صالحة

-ضرورية

-مصاريف ترف

الفضولي له الحق في استرجاع مصاريف التحسينات الضرورية تطبيقاً للفصل 1185 م إ ع.

إذا كانت الأشغال تمثل إحداثيات فإن المحدث يطالب بأجرة اليد العاملة والمواد أو القيمة المضافة بحسب خيار مالك العقار وذلك عندما يكون المحدث حسن النية.

أما إذا كان المحدث سئ النية فإنه لا حق له إلا في ثمن المواد وأجرة اليد العاملة وذلك عندما يقرر مالك العقار الإبقاء على المحدث.

إن فقه القضاء الفرنسي أقصى من نطاق الفصل 555 من الجلة المدنية الفرنسية الذي يقابله

الفصل 36 م ح ع .

**أولاً :** الأشغال المتمثلة في الإصلاحات والتحسينات حيث أنه في قرار "كلمار" المؤرخ في 13 جانفي 1966، إعتبرت المحكمة أن التجهيزات التابعة لجهاز تسخين مركزي من قبيل التحسينات وليس من قبيل الإحداثيات.

**ثانياً:** التغييرات المدخلة على بناءات موجودة.

**ثالثاً:** إعلاء بناءات موجودة من قبيل التحسينات.

هل أن مجال تطبيق الفصل 36 م ح ع يقتصر على الإحداثيات المقامة باكملها على أرض الغير أم لا؟

التجاوز في البناء الوارد بالفصل 37 م ح ع ينطبق خارج مجال الفصل 36 م ح ع و هذا التجاوز المقصود على معنى الفصل 37 م ح ع هو تجاوز مادي يمكن أن يكون تحت الأرض أو فوق الأرض.

من شروط تطبيق الفصل 37 م ح ع هو أن يكون التجاوز يسيراً، كما يجب أن يكون التجاوز على أرض ملاصقة و عن حسن نية.

عند قراءة الفصل 36 م ح ع نلاحظ أن المشرع لا يشترط أن يكون المحدث مقاماً بأكمله على أرض الغير .

هل أن تطبيق **الفصل 36 م ح ع** على جميع حالات إقامة بنايات على أرض الغير باستثناءات **الفصل 37 م ح ع** سيؤدي إلى حلول غامضة ومبهماة؟

الفقه الإسلامي إعتبر أن البناء على أرض الغير حالة شيوع بين المالك والمباني .

بالرجوع إلى **الفصل 56 م ح ع** فإن المشرع التونسي يعرف الشيوع بأنه : " هو إشتراك شخصين فأكثر في ملكية عين أو حق عيني غير مفرزة حصة كل منهم".

الشيوع يفترض وحدة الحق على نفس الشيء ، هذا الحق حسب **الفصل 56 م ح ع** يمكن أن يكون حق ملكية أو حق عيني آخر متفرع عن حق الملكية دون التأمينات العينية وحيث أن المشرع قد تعرض للحقوق العقارية العقارية صلب **الفصل 12 م ح ع** وعددها.

هل يمكن تطبيق الشيوع على حالة البناء فوق أرض الغير، إذا كان التجاوز غير يسير أي خارج **الفصل 37 م ح ع**.

الإحداثيات الخاضعة **للفصل 36 م ح ع** هي التي تكون جديدة أي مقامة مبدئيا على أرض بيضاء، أما إذا كانت إضافات لإحداثيات قديمة فيجب أن تكون مستقلة وقابلة للفصل عن العقار الذي إلتحمت به معنى ذلك أن المعيار الأول المتمثل في جدة الإحداثيات غير كافي لإبراز الإستقلالية بل يجب أن تكون الإحداثيات قابلة للإزالة.

#### الفقرة الثانية:قابلية الإحداثيات للإزالة

ينص **الفصل 36 م ح ع** على إمكانية طلب إزالة الإحداثيات من قبل مالك العقار وذلك عندما يكون المحدث سئ النية وإعتمادا على هذه الإمكانية إستنتج الفقه أنه من خصائص الإحداثيات أن تكون قابلة للإزالة عن العقار، وإذا ما تعذرت هذه الإزالة فإن الأشغال المقامة تعد من قبيل التحسينات التي فقدت ذاتيتها في العقار وإنصهرت فيه ولا يمكن فصلها إلا بهدم الأصل، لكن هذه القابلية للإزالة ليست مطلقة لأن هناك تحسينات قابلة للإزالة ، إذن فهي مسألة تقديرية.

## الفصل الثاني:

مجال تطبيق الفصل 36 م ح ع

من حيث الأشخاص ( المحدث )

إن عبارة " الغير"<sup>9</sup> هي عبارة مستعملة في جميع الفروع القانونية، كما أن هذه العبارة تتميز بالغموض وتعدد التعريفات فهي يمكن أن يكون لها أكثر من معنى واحد بحسب اختلاف المادة القانونية التي تشملها هذه العبارة<sup>10</sup>.

يستعمل المشرع ضمن الفصل 36 العبارات التالية: " إذا أحدث شخص بأرض غيره وبدون رضاه"، " إلزام محدثها بإزالتها"، " مصاريف إزالتها على محدثها"، " من طرف شخص رفعت يده وكان حائزا بشبهة".

على من ينطبق الفصل 36 م ح ع ؟

الفقه يعتبر أن المحدث هو غير بالنسبة لمالك الأرض من ناحية ويتصرف لصالحه الخاص من ناحية أخرى.

### المبحث الأول: صفة الغير لدى المحدث (الحائز)

هذا الغير يمكن أن يكون الحائز أو الحائز العرضي .

#### الفقرة الأولى: مفهوم الحائز بشبهة

المشرع في الفصل 36 م ح ع لم يعرف الحائز ، حيث أن المشرع في الفصل 44 م ح ع إستعمل عبارة "حائز بشبهة"، أما المشرع في الفصل 46 م ح ع إستعمل عبارة " حائز عن حسن نية".

لتعريف الحائز على معنى الفصل 36 م ح ع يجب الرجوع إلى مفهوم الحائز بشبهة على معنى الفصل 44 م ح ع وليس على معنى الفصل 46 م ح ع.

فعبارة حائز بشبهة موجودة في الفصل 36 و44 من م ح ع، كما أن المحدث قبل أن يكون محدثا هو حائز وعندما يحدث يكتسب صفة حائز محدث والحائز المحدث قبل أن يكون محدثا قد كان مجرد حائز في الفصل 44 م ح ع بينما الفصل 46 م ح ع يتعلق بالحيازة المكسبة ( التقادم) كمصدر من مصادر الملكية.

ويعرف الفصل 38 م ح ع الحوز بأنه : " سيطرة لشخص بنفسه أو بواسطة على حق أو شيء".

الحوز يتمثل في السيطرة المادية بنية التملك والحوز يتكون من ركنين: ركن مادي و هو سيطرة فعلية أي التصرف في الشيء حسب نوعه ( إستغلال فلاحي، كراء،...) وركن معنوي هو نية التملك .

الحوز يختلف عن المسك المادي ويمارسه شخص دون نية التملك وذلك هو الفرق بين الحائز ( ركن مادي + ركن معنوي) أما الحائز العرضي ليس له نية التملك (مسك مادي) فقط.

<sup>9</sup> « Est tiers au sens de l'article 555 du CCF tout constructeur qui n'exerce sur le sol d'autrui qu'un pouvoir de fait et tirent argument de l'exemple du possesseur pris par le législateur, par conséquent dès qu'existe un rapport de droit entre le propriétaire du sol et le constructeur ce dernier perd la qualité de tiers et sera écarté du domaine d'application de l'article 555 du CCF ».H.GUENOT : « Des constructions élevées par un locataire sur les lieux loués, Thèse Paris ; 1982.P.73, Planiol, note D.P. P. 34.

<sup>10</sup> SAID MOHAMED, « Les constructions sur le sol d'autrui dans le cadre de l'article 36 et 37 du C.D.R. Mémoire de D.E.A. Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis, 1986-1987. P.33.

بالنسبة لحسن النية ما هو مفهومه في إطار الفصل 36 م ح ع ؟

مفهوم حسن النية في الفصل 44 م ح ع هو " جهل العيب"، " الحوز بوجه لا يعلم عيبه"

الجهل بالعيوب التي تعترى وجهه، الوجه هو السند والأساس، يمكن أن يكون شراء، مراث، أو أي سبب لإكتساب الملكية.

في الفصل 46 م ح ع " الحائز عن حسن نية " هو مفهوم تقني وفي الفصل 44 م ح ع هو مفهوم بسلوكي، نفساني مثال شخص يعتبر نفسه أنه وارث وهو ليس بذلك بينما في الفصل 46 م ح ع فالمفهوم تقني إضافة إلى الجهل بالعيوب يشترط سند مستوفي لجميع الشروط بصدور ذلك السند من غير المالك أي وجوب وجود عمل قانوني إلى جانب جهل العيب.

العمل القانوني هو كل إتفاق لغرض إنشاء آثار قانونية ويختلف عن الواقعة القانونية مثل الحياة، الموت.

كما أن الإرادة المنفردة تعد مصدرا من مصادر الإلتزام إذ يمكن أن تكون في شكل عقد وذلك لغاية إنشاء آثار قانونية .

و بالنسبة للبانى مفهوم حسن النية المشترط هو الجهل بسبب العيب (الفصل 44 م ح ع).

#### الفقرة الثانية: الحائز العرضي ( ليس غيرا)

أي الحائز الذي لا يتوفر فيه إلا الركن المادي دون الركن المعنوي لا ينطبق عليه الفصل 36 م ح ع مثال المكتري الذي يقيم إحداثات، المنتفع الذي يقيم إحداثات لا ينطبق عليه الفصل 36 م ح ع، الحائز العرضي ليس غيرا.

الحائز هو الذي يتصرف في العقار بنية التملك أي الذي يمارس الركن المادي المتمثل في السيطرة المادية على العقار والعنصر المعنوي أي التصرف على وجه الملكية.

الفصل 46 م ح ع يشترط عمل ناقل للملكية، أما الفصل 44 م ح ع لا يشترط عمل ناقل للملكية .

الفصل 44 م ح ع يشترط عدم العلم بالعيوب والمقصود بالعيوب هو كل عيب شكلي اعترى السند الذي قام عليه الحوز أما بالنسبة للفصل 46 م ح ع فالحوز مفهوم تقني وأضيق من الفصل 44 م ح ع لأنه يشترط عمل ناقل.

إن اشتراط جهل الحائز للعيوب المتمثل في صدور العيب عن غير مالك، كما أن السند في

الفصل 44 م ح ع هو مجرد عنصر لحسن النية وبالنسبة للفصل 46 م ح ع هو عنصر مستقل وضروري .

حسن النية في الفصل 44 م ح ع يجب أن يستمر لإستحقاق الثمار .

ومن شروط استحقاق الثمار هو استقرار حسن النية، أما بالنسبة للبناء في الفصل 44 م ح ع فالبانى تقدر حسن نيته زمن الإحداث.

بالنسبة للحيازة المكسبة حسب **الفصل 46 م ح ع** فإن حسن النية يشترط في بداية الحوز .

**الفصل 36 م ح ع** ينطبق على الحائز سواء كان سئ النية أو حسن النية لأنه يعتبر غيرا وذلك لسببين:

-الحائز هو أجنبي عن ملكية العقار المقام عليه الإحداث ويمارس سلطات فعلية .

-الحائز هو أجنبي عن ملكية العقار لعدم وجود علاقة قانونية سابقة بين الطرفين أي عدم وجود علاقة قانونية سابقة حول الإحداث إذ يمكن أن توجد علاقة قانونية بين الحائز والمالك مثال حق الحائز حسن النية في الثمار.

الحائز العرضي يمارس الركن المادي دون الركن المعنوي وتكون له علاقة قانونية تربطه بمالك العقار كالمكتري والمنتفع والوكيل والفضولي وغيرهم.

**الفصل 36 م ح ع** مبدئيا لا ينطبق على هؤلاء الأشخاص، لكن فقه القضاء وفقه القانون الفرنسي إعتد حل مخالف. كما أن وجود علاقة سابقة بين المحدث والمالك لا يحول دون تطبيق **الفصل 555 من المجلة المدنية الفرنسية المطابق للفصل 36 من م ح ع**.

هذا الحل المبدئي يستثني منه حالة وجود إتفاق حول مال الإحداث ففي هذه الحالة ينطبق الإتفاق،

### المثال الأول: حالة المكتري

باعتباره حائز عرضي فإن **الفصل 555 م ف** ينطبق على العلاقة القائمة بين المالك والمكتري الذي أقام إحداثات على العقار موضوع التسويغ وباعتبار أن المكتري يعلم أنه يقيم إحداثات على العقار موضوع الكراء فيعامل مثل الحائز سئ النية أي أن المالك المسوغ يمكنه الخيار بين الهدم والإبقاء على الإحداثات مع ترجيح ثمن المواد وأجرة اليد العاملة.

أما في صورة وجود اتفاق ينظم مال الإحداثات فإن هذا الإتفاق يطبق ويستبعد **الفصل 555 م م ف** مثال كأن يوجد بند في عقد التسويغ ينص أن ما يقيمه المتسوغ من احداثات يستحقه المالك بدون مقابل .

يوجد أيضا نظام قانوني استثنائي للإحداثات مثال **الفصل 12 من القانون المؤرخ في 12 جوان 1987** المنظم للكراء الفلاحي ينص على أن: " المكتري له الحق في غرامة مقابل الإستثمارات المحدثه على العقار الفلاحي موضوع الكراء تقدر اعتمادا على القواعد المنطبقة على مادة الإنتزاع".

### المثال الثاني: حالة المنتفع

لا ينطبق **الفصل 555 م م ف** على الإحداثات التي يقيمها المحدث المنتفع على العقار موضوع حق الإنتفاع بل ينطبق **الفصل 595 م م ف (فقرة ثانية)** ويقابله في القانون التونسي **الفصل 151 م ح ع** ، كما أن في تطبيق **الفصل 595 م م ف** اعتبرت محكمة التعقيب الفرنسية أن عبارة "التحسينات" تشمل البناءات والمغروسات لكن فقه القانون اعتبر هذا الموقف منتقد لإعطائه مفهوم موسع للإحداثات ثم لأن هذا المفهوم يؤدي إلى وضع المنتفع في حالة أسوء من الحائز سي النية، أما المنتفع فلا يتحصل على شئ فالحائز سيئ النية في صورة الإبقاء من المالك يمكنه الحصول على تعويض .

### المثال الثالث: الوكيل والمتصرف الفضولي

فقه القضاء الفرنسي لا يطبق **الفصل 555 م ف** عندما تكون الأحداثات مقامة من قبل وكيل أو متصرف فضولي فالعلاقة بين الوكيل الباني والموكل والعلاقة بين المتصرف الفضولي ورب العمل تحكمها قواعد الوكالة أو التصرف الفضولي ورب العمل لا يكون ملزما إلا في حدود ما التزم به.

### المثال الرابع: الشريك الذي يقيم الأحداثات على الأرض المشتركة

في هاته الحالة لا نطبق **الفصل 36 م ح ع** بل إن أحكام الشبوع الواردة **بالفصل 62 م ح ع** هي التي تنطبق.

هذا التحديد لمجال إنطباق **الفصل 555 م ف** هل يجد صداه في **الفصل 36 م ح ع** ؟

في **الفصل 36 م ح ع** استعمل المشرع التونسي عبارة " شخص " وهذه العبارة عامة إذ يمكن أن تشمل الحائز ، الحائز العرضي ، المنتفع أو الوكيل .

أما في آخر **الفصل 36 م ح ع** استعمل المشرع عبارة " الحائز " .

إن عبارة " شخص " هي عبارة عامة أما عبارة حائز فهي مضيقة، إذن فمجال تطبيق **الفصل 36 م ح ع** هو مجال واسع يمكن أن ينطبق على كل شخص .

### المبحث الثاني: تنظيم العلاقة القائمة بين المحدث ومالك الأرض

**الفصل 36 م ح ع** ينظم حالة إقامة أحداثات بمواد مملوكة للمحدث لكن قد يحصل أن تقام أحداثات على أرض الغير بمواد مملوكة للغير أيضا، إذن في هذه الحالة الثانية يقع تطبيق **الفصل 35 م ح ع** في العلاقة الرابطة بين الباني ومالك المواد ويقع تطبيق **الفصل 36 م ح ع** في العلاقة القائمة بين المحدث ومالك العقار. ينص **الفصل 35 م ح ع** على التحجير على مالك المواد من استردادها ثم يمنح لمالك المواد المطالبة بقيمة هذه المواد وبقيمة الضرر الحاصل له. أما النزاع القائم بين المحدث ومالك العقار فيتم حسمه اعتمادا على التمييز بين المحدث حسن النية والمحدث سئ النية.

## الفقرة الأولى: مآل الإحداثيات

هذا المآل يتحدد بما إذا كان المحدث حسن النية أو سيئ النية، لكن المشرع لم يعرف حسن النية ولا سوء النية.

### 1- الإحداثيات المقامة عن حسن نية ( مفهوم حسن نية )

#### 1) مفهوم حسن النية في المادة الحوزية على معنى الفصل 44 م ح ع:

حسن النية مفهوم قانوني هام ينطبق في عديد الحالات (الحوز، الإلتصاق، مادة الأموال وكذلك المادة التعاقدية،...) وهو مفهوم عام ومتغير.

في مادة الأموال حسن النية يهتم إستحقاق الثمار ففي **الفصل 44 م ح ع** من يستحق الثمار هو الحائز عن حسن نية .

حسن النية مفترض ومن يريد إثبات خلاف ذلك عليه أن يثبت سوء نية المحدث.

المشكل المطروح هو تحديد مفهوم حسن النية في **الفصل 36 م ح ع**.

مفهوم حسن النية في المادة الحوزية حسب الفقرة الثالثة من **الفصل 44 م ح ع**: " الحائز بشبهة هو الحائز بوجه لا يعلم عيبه".

"الوجه" هو سبب من أسباب الإستحقاق سواء بالميراث، بالشراء ، بالقسمة،...

جهل العيب الذي يعترى هذا السبب أي " الوجه".

-بالنسبة لنوع العيب لم يحدد الفصل 44 م ح ع نوع العيب الذي يعترى السند ويمكن أن

يكون هذا العيب شكلي أو أصلي ، ومن بين العيوب الشكلية عدم تحرير كتب مستوجب للصحة أو عدم الحصول على رخصة مستوجبة للصحة.

بالنسبة للعيوب الأصلية على سبيل المثال عيوب الرضى التي تؤدي إلى البطلان النسبي

-بالنسبة للغلط الذي وقع فيه الحائز يتمثل في جهل الحائز للعيب الذي اعترى السند وهذا الغلط

يمكن أن يكون قانونيا كأن يجهل الحائز بأن الوكالة العامة لا تمنح الحق في التفويت مثلا أو أن يكون الغلط واقعا مثال كأن يجهل الحائز أن البائع ليس مالكا.

#### 2) مفهوم حسن النية في مادة التقادم على معنى الفصل 46 م ح ع:

المدة الأصلية للتقادم المكسب حسب **الفصل 45 م ح ع** هي 15 سنة إلا أن هذه المدة تنخفض

إلى 10 سنوات إذا كان الحائز حسن النية حسب **الفصل 46 م ح ع** .

حسن النية يتمثل في اعتقاد الحائز زمن الإستحقاق أن معاقده الذي أحال له الملكية هو المالك

الحقيقي ويجب أن يكون هذا الاعتقاد مطلق لا يعتريه أي شك وإلا أعتبر الحائز سئ النية<sup>11</sup>.

إذا قارنا **الفصل 44** و **الفصل 46 م ح ع** لقلنا أن السند أو الوجه في **الفصل 44 م ح ع** هو

عنصر من عناصر حسن النية بينما السند في **الفصل 46 م ح ع** مستقل عن حسن النية

وضروري.

<sup>11</sup> " قضت محكمة الموضوع ابتدانيا واستئنافيا لصالح الدعوى فتعقب الطاعن الحكم الإستئنافي ناسبا إليه خرق أحكام الفصل 36 من مجلة الحقوق العينية الذي اقتضى أن أحكام الحائز عن حسن نية مغايرة لأحكام الغاصب ". قرار تعقيبي مؤرخ في 1977/10/18. ( أنظر الفهرس).

حسن النية في **الفصل 44 م ح ع** يجب أن يكون متواصلا لاستحقاق الثمار و إذا انقلب حسن النية إلى سوء نية فإن الحائز لا يحصل على الثمار .  
في **الفصل 46 م ح ع** حسن النية مشروط في بداية الحوز فقط وذلك باستحقاق العقار بتوفر الأجل.

### **(3) مفهوم حسن النية على معنى الفصل 36 م ح ع<sup>12</sup>:**

يشمل **الفصل 36 م ح ع** الحائز المحدث الذي رفعت يده دون أن يحرم من الثمار وبالتالي فإن هذا الفصل يحيل ضمنا إلى مفهوم حسن النية على معنى الفقرة الثالثة من **الفصل 44 م ح ع**. حسن النية مفترض و بالتالي يجب على مالك العقار أن يدحض هذه القرينة البسيطة و يقيم الدليل على سوء نية المحدث، أما تقدير حسن النية فهو خاضع لمحاكم الأصل بشرط التعليل و يجب أن يكون هذا التقدير زمن إقامة الإحداثيات فحسن النية السابق أو سوء النية اللاحق لتاريخ إقامة الإحداثيات لا يؤخذ بعين الاعتبار لكن يلاحظ أن إقامة الإحداثيات قد يتطلب حيزا زمنيا طويلا وقد يحصل أن يكون المحدث حسن النية في مرحلة أولى و سئ النية في مرحلة ثانية.  
حسن النية يؤدي إلى الإبقاء الوجوبي على الإحداثيات في **الفصل 36 م ح ع<sup>13</sup>**.  
نستنتج من **الفصل 36 م ح ع (فقرة 4)** أنه لا يحق للمالك أن يطلب الإزالة في حالة وجود محدث حسن النية هذا الإبقاء وجوبي بالرغم من إرادة صاحب العقار حتى في صورة ما إذا كان مالك العقار غير ملئ .

الإبقاء الوجوبي حتى في صورة ما إذا كان الإحداثيات خاص ، أو إذا لم يكن الإحداثيات غير مخصص لما أعد له العقار أو غير ملائم لرغبات المالك.  
هذا الإبقاء الوجوبي للإحداثيات ينقلب إلى إبقاء إختياري عندما يكون المحدث سئ النية.

### **2- الإحداثيات المقامة عن سوء نية :**

إذا كان المحدث سئ النية فإن المالك مخير بين الإبقاء أو هدم الإحداثيات .

حسن نية المحدث يتحدد اعتمادا على **الفصل 44 (فقرة أخيرة)** ، أي أنه يجب اعتماد مفهوم حسن نية في المادة الحوزية وليس مفهوم حسن النية في مادة التقادم المنصوص عليها في **الفصل 46 م ح ع (بالنسبة للحوز عن حسن نية تخفض مدة التقادم إلى 10 سنوات)**.

سوء النية يعني أن الحائز الذي يتصرف في العقار لا وجه له أي لا سند له أو أنه حائز له سند و يعلم العيب الذي يعتري هذا السند.

**الحائز بدون وجه:** هو من وجد عقارا شاغرا و تحوز به و أقام عليه إحداثيات هو أيضا من تحوز بالقوة بعقار و أقام به إحداثيات، وهذه الوضعية نادرة جدا خاصة وأن هذه الأفعال تشكل جريمة إفتكالك حوز بالقوة حسب **الفصل 255 م ج**.

<sup>12</sup> "إن موضوع قضية الحال يدخل تحت طائلة الفصل 36 الفقرة 4 من م ح ع و لكون المحدثين على أرض المدعي كانا حائزين لها بشبهة و عليه طلبا الحكم برفض الدعوى". حكم ابتدائي مدني ع 3804 دد مؤرخ في 28 جانفي 1983. (أنظر الفهرس).

<sup>13</sup> أنظر قرار تعقيبي مدني ع 10506 دد مؤرخ في 1973/11/27 ن.م.ت . 1972 . ص. 97.  
أنظر قرار تعقيبي مدني عدد 2051 مؤرخ في 1978/03/02. (أنظر الفهرس).

**الحائز بوجه يعلم عيبه:** هو الحائز بموجب سند لكنه يعلم أن هذا السند معيب مثال الشخص يشتري عقار من شخص يعلم علم اليقين أنه ليس المالك الحقيقي لهذا العقار أو أنه يعلم أنه المالك الحقيقي لكنه عديم أو ناقص الأهلية.

**الفصل 36 م ح ع** ينطبق كذلك على الحائز العرضي وعلى الحائز،

الحائز العرضي مثل المكترى يعتبر محدث سئ النية لأنه يعلم أن العقار الذي يتصرف فيه ليس على ملكه وسوء النية يدخل في نطاق تطبيق **الفصل 36 م ح ع**.

المشكل يطرح عندما يكون المالك عالما بالإحداثيات عند إقامتها والمبدأ أن السكوت يعتبر رفضا واستثناءا يعتبر قبولا.

العلم لا يعتبر رضى إلا إذا اعتبرناه رضى ضمنى.

عندما يكون المحدث سئ النية خول المشرع في **الفصل 36 م ح ع** إمكانية الإبقاء أو الهدم بالنسبة للمالك.

لتجاوز التضارب الموجود صلب الفصل 36 م ح ع إقترح الفقه أن مالك العقار عندما يطلب الهدم فإنه يطلب هدم شئ على ملكه لكن على نفقة المحدث سئ النية.

ممارسة الخيار بين الهدم والإبقاء<sup>14</sup> يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا وحيث أنه بالرجوع إلى القانون المقارن فإن المشرع المصري وضع أجل عام للمالك لممارسة الخيار وبمرور هذا الأجل يعتبر المالك رافضا.

عند طلب الهدم ماهو أساس الهدم؟

**الأساس الأول: ردع المحدث** لكن الجزاء لا يكون مقبولا إلا إذا كانت الأفعال الصادرة عن المحدث تشكل جريمة مثال إقامة بناء دون رخصة أو بمناطق غابية، المحكمة تحكم بالإدانة والهدم.

ما يمكن ملاحظته هو وجود فراغ تشريعي في ما يخص جزاء الهدم ، هذا الجزاء غير مدرج بالعقوبات الأصلية والتكميلية بالمجلة الجزائية .

لهذا فإن الهدم يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

**الأساس الثاني: الهدم هو جزاء عن سوء نية المحدث الذي عمد إلى إقامة إحداثيات عن سوء نية** وهو ما يحقق مصلحة مالك العقار والمصلحة العامة للمجتمع بإعتبار أن المحدث تعدى على ملك الغير .

<sup>14</sup> « Il revient toujours au propriétaire du sol d'apprécier l'utilité de la construction édiflée selon son propre intérêt. S'il estime qu'elle lui convient, il peut convoquer le droit de la conserver et de l'acquérir par accession ». Marie-Claude Fayard, les impenses, thèse pour le doctorat en droit. L.G.D.J. Paris 1969.P.63.

### الأساس الثالث: الصبغة الإقصائية لحق الملكية

فمن خصائص حق الملكية على معنى الفصل 17 م ح ع أن الملكية هو حق إقصائي كما ينص الفصل 14 من الدستور التونسي أن: " حق الملكية مضمون ويمارس في حدود القانون".

جزاء الهدم صارم لأنه يحرم المحدث من قيمة مالية ويتنافى مع الإطار الإجتماعي والإقتصادي الذي تهيمن عليه أزمة السكن ، كما أن ممارسة خيار الهدم قد يكون تعسفيا على معنى الفصل 103 م إ ع " التعسف في استعمال الحق".

### الفقرة الثانية: التعويض

بالإعتماد على المبدأ المانع لعدم إمكانية إثراء الغير دون سبب، فإن المالك المحدث يجب عليه تعويض مالك الأرض بإعطائه مقابل، وهذا المقابل يتمثل في تعويض سنتسائل عن كيفية تحديده وعن كيفية أدائه<sup>15</sup>؟

### تحديد التعويض:

يختلف التعويض باختلاف حسن وسوء نية المحدث لكن هذه الطريقة أي التعويض والتي نص عليها المشرع تعترتها بعض النقائص.

عندما يكون المحدث حسن النية فإن المالك له الخيار بين دفع قيمة المواد وأجرة اليد العاملة أي القيمة الجمالية للإحداثيات وبين القيمة المزيده للعقار أي القيمة التي أضيفت للعقار بإقامة الإحداثيات، أما إذا كان المحدث سئ النية فله قيمة المواد وأجرة اليد العاملة دون الإلتفات إلى القيمة المزيده (أي أن ليس له الخيار).

**ما هو مبرر الخيار الممنوح للمالك عندما يكون المحدث حسن النية ؟**

مبرر هذا الخيار هو إنتفاء الخيار للهدم عندما يكون المحدث سئ النية. المحدث هو الدائن و المدين هو مالك العقار.

**المدين هل هو زمن إقامة الإحداثيات أو زمن المطالبة بالتعويض؟**

قانونيا الإلتصاق يقوم زمن الإحداثيات .

مبدئيا المالك المدين هو الذي أقام البنائيات زمن الإحداثيات.

حسب فقه القضاء الفرنسي المدين بالتعويض هو المالك عند المطالبة بالتعويض لأنه هو المالك الحالي الذي يطالب المحدث بالخروج من العقار ويطالب بالتعويض.

التعويض في القانون التونسي هو زمن إقامة الإحداثيات أما في القانون الفرنسي التعويض هو زمن المطالبة بالتعويض أي تاريخ سداد الدين.

<sup>15</sup> « Certains auteurs tels que PORTALIS ont essayé de motiver la démolition des constructions par l'idée de répression du constructeur ».E.P. Henry « L'accession » thèse. Paris.1871.P.95.

## 2- عيوب التعويض:

العيوب متأنية من الخيار الممنوح للمالك عندما يكون المحدث حسن النية .  
العيب في أن المالك سيختار أي القيمتين أقل وهذا ما جعل المشرع التونسي يتدخل بموجب  
**قانون 17 ماي 1960** الذي يكرس الخيار.  
للمالك الخيار بين قيمة المواد أو القيمة المزيدة وذلك سواء كان المحدث سئ أو حسن النية،  
ويكون زمن تقدير التعويض زمن دفعه<sup>16</sup>.

كما يمكن أن نتبين أن التعويض الوارد **بالفصل 36 م ح ع** يشمل الإحداثيات الجزئية أي  
الإحداثيات الخفيفة ("**الأكشاك**") مثلا المبنية على أرض الغير إلا أن هذه الصورة لم يقع  
التعرض إليها من قبل الفقه ولا حتى فقه القضاء التونسي .  
بالنسبة للفقه الفرنسي المقارن يوجد جدل واتجاهين:  
**الإتجاه الأول:** يرى أن صورة **الفصل 555 من المجلة المدنية الفرنسية** يمثل قاعدة عامة وهو  
يشمل جميع إحداثيات الغير على أرض المالك بما فيها الإحداثيات الجزئية ومن بين أبرز أنصار  
هذا التيار "**ديمولمب**" و"**شوفو**".  
**الإتجاه الثاني:** يرى أن صورة **الفصل 555 من المجلة المدنية الفرنسية** لا تشمل إلا الإحداثيات  
المحدثة بواسطة مواد بناء ولا يمكن أن يشمل الإحداثيات الجزئية والخفيفة مثال "**الكشك**".  
ومن بين أبرز هؤلاء الفقهاء "**جيليس قوبو**".

<sup>16</sup>انظر قرار تعقيبي ع10506دد مورخ في 27 نوفمبر 1973 .ن.م.ت. 1976 .ص.97.

## الختاتمة:

حسب **الفصل 36 م ح ع** الهدم أو الإزالة ممنوح كخيار للمالك فقط في حالة ما إذا أقيم المحدث إحداثا عن سوء نية أي أن الباني حسب مفهوم المخالفة لحسن النية الوارد بالمادة الحوزية (**الفصل 44 م ح ع**) هو حائز بدون وجه، وهو من وجد عقارا شاغرا وتحوز به وأقام عليه إحداثات وهي وضعية تشكل جريمة إفتكاك حوز بالقوة<sup>17</sup> طبق الفصل 255 من المجلة الجزائية<sup>18</sup>.

**الفصل 36 م ح ع** ينطبق كذلك على الحائز العرضي مثال المكتري الذي يعتبر محدث سئ النية يتصرف في عقار ليس على ملكه ، وسوء النية يدخل في نطاق تطبيق **الفصل 36 م ح ع**. المبدأ أن سكوت المالك يعد رفضا واستثناء قبولاً والعلم لدى المالك بإقامة المكتري للإحداثات لا يعني بالضرورة الرضى .

هناك تضارب عندما يكون المحدث للبناءات هو نفسه مالك الأرض المقامة عليها الإحداثات ولتجاوز هذا التضارب إقتراح الفقه أن مالك العقار عندما يطلب الهدم فإنه يطلب هدم شئ على ملكه لكن على نفقة المحدث سئ النية .

وممارسة الخيار بين الهدم والإبقاء يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا . في القانون المقارن وضع أجل محدد للمالك لممارسة الخيار بين الهدم والإبقاء مثال ذلك أن المشرع المصري وضع أجل عام للمالك لممارسة الخيار و بمرور هذا العام يعتبر المالك رافضا لقرار الهدم.

إن جزاء الهدم قد وقع إنتقاده بشدة من قبل بعض الفقهاء فقد إعتبره بعض الفقهاء بأنه حق بربري وبدائي لأنه يحرم المحدث من قيمة مالية ويتنافى مع الإطار الإجتماعي والإقتصادي الذي تهيمن عليه أزمة السكن .

كما أن خيار الهدم قد يكون تعسفيا على معنى الفصل 103 من مجلة الإنترزامات والعقود " التعسف في استعمال الحق"<sup>19</sup>.

على المستوى العملي فإن المحكمة لا تعطي القوة العامة لتطبيق حق الهدم في إطار

<sup>17</sup> " إن الركن الجوهري لجريمة إفتكاك حوز هو استعمال القوة في انتزاع الحوز من بين يد الغير وذلك بافتكاه منه رغم معارضته" قرار تعقيبي جزائي عدد 12577 مؤرخ في 5 جوان 1985 . ن.م.ت . 1985.ص.125.

<sup>18</sup> الفصل 255 م ج: " يعاقب بالسجن مدة ثلاثة أشهر وبخطية قدرها مائة وعشرون دينارا كل من ينتزع بالقوة من يد غيره ملكا عقاريا دون أن يمنع ذلك من العقوبات الأكثر شدة المستوجبة لاجل التجمع بسلاح أو حمله أو التهديد أو العنف أو الضرب أو غير ذلك من الجرائم. والمحاولة موجبة للعقاب".

<sup>19</sup> الفصل 103 م إ ع: " من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه . فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية".

**الفصل 36 م ح ع** عن طريق السيد وكيل الجمهورية أما في فرنسا عند عدم إعطاء القوة العامة هناك تعويض مالي وهو حل غير معمول به في القانون التونسي. كما يمكننا أن نلاحظ تضارب في المصالح حيث أن خيار الهدم يخدم مصلحة المالك دون مصلحة المحدث والمصلحة العامة. نظرا لصرمة الهدم هناك من الفقهاء من يقترح إخضاع خيار الهدم لرقابة المحكمة وهو ما يتماشى مع الوظيفة الإقتصادية والإجتماعية التي كرسها المشرع التونسي<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> SAID MOHAMED, « Les constructions sur le sol d'autrui dans le cadre de l'article 36 et 37 du C.D.R. Mémoire de D.E.A. Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis, 1986-1987. P.80.

## الملاحق

# الفهرس

المقدمة :

الفصل الأول : مجال تطبيق الفصل 36 م ح ع من حيث الإحداثيات

المبحث الأول: الصبغة العقارية للإحداثيات

الفقرة الأولى : الإلتحام المادي

1- انعدام شرط وحدة المالك :

2- إنعدام الإلتحام المادي :

الفقرة الثانية :الإلتحام الدائم

المبحث الثاني :إستقلالية الإحداثيات

الفقرة الأولى : جدة الإحداثيات

الفقرة الثانية: قابلية الإحداثيات للإزالة

الفصل الثاني : مجال تطبيق الفصل 36 م ح ع من حيث الأشخاص ( المحدث )

المبحث الأول:صفة الغير لدى المحدث (الحائز)

الفقرة الأولى: مفهوم الحائز بشبهة

الفقرة الثانية:الحائز العرضي ( ليس غيرا)

المبحث الثاني :تنظيم العلاقة القائمة بين المحدث ومالك الأرض

الفقرة الأولى :مآل الإحداثيات

1- الإحداثيات المقامة عن حسن نية ( مفهوم حسن نية)

2- الإحداثيات المقامة عن سوء نية

الفقرة الثانية: التعويض

1- تحديد التعويض

2- عيوب التعويض

الخاتمة: