

د. علي كحلون

القضاء العقاري

طرق فصل النزاعات العقارية

2013

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

المطلوب بداية تحديد معنى العمل القضائي (I) قبل إبراز مفهوم القضاء العقاري (II).

1- مفهوم العمل القضائي

الثابت تاريخياً أنّ القضاء¹ ظهر مع بداية تشكّل المجتمعات وتعارض المنافع والمصالح². وكان الفرد الواحد يجمع بين جميع السلطات القضائية والإدارية، سواء كان ذلك في شخص رئيس القبيلة أو الملك أو الحاكم على وجه الإجمال. وقد عاين رجال الفكر نفس العلاقة والتنظيم في مجمل المجتمعات الإنسانية القديمة بدرجات مختلفة حسب عمق المصالح والمنافع. ومع شيء من التطوّر تشكّل الجهاز القضائي العدلي في عدّة مجتمعات وربما قامت الضرورة في ضمان نوع من الخصوصية والاستقلالية³، ولكنّه إلى حدّ القرن الثامن عشر تقريباً كان بإمكان الحاكم أو الإدارة بشكل عام التّدخل لحسم إشكاليّات قضائية⁴، كما أنّ الجهاز القضائي كان بإمكانه التّطرق لمسائل إدارية⁵، ولم تقم فكرة فصل

¹ القضاء لغةً إتمام الشيء قولاً وفعلاً، وشرعاً هو الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للخلاف وقطعاً للنزاع.

² ول ديونارت: قصّة الحضارة، المجلّد الأوّل والثاني، ص 39 وما بعد.

³ السيّد سابق: فقه السنّة، المجلّد الثالث، ص 223 وما بعد في معنى القضاء وتطبيقاته ومفهومه وحدوده وشروطه بالفقه الإسلامي.

بدران أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، الإسكندرية.

محمود شمام: تاريخ القضاء، مطبعة الوفاء، تونس 1992.

سمير عالية: القضاء والعرف في الإسلام، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع بيروت 1991.

⁴ أشار ابن أبي الصّيف، إتحاف أهل الزّمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، الدّار التّونسيّة للنّشر 1990 تونس، ص 231 وما بعد، ج 4، إلى أنّ محمّد باي " لازم الجلوس بالمحكمة لظنّه أنّ ذلك هو معنى الحكم... فباشر سائر القضايا على اختلاف أنواعها... يحكم فيها بما يظهر لاجتهاده من غير توقّف للتأمّل ولا مراجعة... وكان جريئاً على تنفيذ ما يراه بسرعة فيّ الحين..... وعلى إثر تنفيذ حكم الإعدام على يهودي تونسي (بتهمة شتم مسلم وسبّ دينه) ضغطت كل من فرنسا وانجلترا على الباي لوضع قانون يحمي الرعية. فخاطب القنصل الانكليزي الباي قائلاً : فائدة هذا الأمان راجعة لبنيك .. والمتولّى بعدك يفعل ببنيك ما يظهر له من غير قانون يمنع.. فاترك أولادك في أمان."

⁵ Chevalier :L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, L.G.D.J., 1970, « à la veille de 1789 le pouvoir judiciaire n'existait encore qu'en germe », p.45. « l'administration rend la justice, et les tribunaux font des actes d'administration », p.46.

القضائي إلا مع بداية القرن التاسع عشر⁶، بعدما أصبحت مطلباً دستورياً يأتي في إطار تنظيم الدولة العصرية وضمان الحريات العامة وحقوق الإنسان⁷. فنتج عن هذا التيار بأن قام تنظيم قضائي عدلي مستقلّ عن الإدارة ومنعت الإدارة من التدخل في العمل العدلي بعدما تقرّر الفصل بين السلطات الثلاثة⁸. ونجد هذه الملاحظة في أغلب الدساتير في العالم أجمع⁹.

⁶ حول تاريخ السلطة القضائية في تونس. يراجع: علي كحلون: أزمة الإجراءات والسجلات الاعيية في تونس، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، 2 جوان 2007، ص 84 وما بعد. محمد الشرفي: مدخل لدراسة القانون، ص 128 وما بعد.

⁷ كان القضاء الإسلامي يقوم على كفاءة القضاة في فهم الشريعة الإسلامية كتاباً وسنة. وعرف القضاء في الدولة الإسلامية نوعاً من الاستقلالية وخضع لجملة من المبادئ الأصلية والإجرائية في سماع الدعوى والحكم فيها وتنفيذها، لكن الفصل الواضح بين السلط لم يتحقق إلا أخيراً. وعرفت البلاد التونسية فصلاً للسلطات مع قانون الدولة لسنة 1861، لكن التجربة سرعان ما توقفت سنة 1864. وعاد التطبيق لفترة ما قبل عهد الأمان المحرر سنة 1857. وحتى بعد الإصلاحات التي قام بها خير الدين باشا (1870-1877)، انحصرت الهياكل القضائية قبل عهد الحماية في ثلاث مؤسسات، محكمة الوزارة والمجالس الشرعية ومجالس العمال. وقررت سلطات الحماية إنشاء محكمة ابتدائية فرنسية بموجب أمر 27 مارس 1883 وتبعها محاكم أخرى. وتقرر سنة 1896 إنشاء محاكم تونسية سميت بالمحاكم الأفريقية بموجب أمر 18 مارس 1896 (اختصاص في الدعاوى الشخصية والمنقولة والجنح) وأعيد تعديل إجراءات المحاكم الشرعية بموجب أمر 15 ديسمبر 1876 وبموجب أمر 15 ديسمبر 1896 بعد أن تم تنظيمها بموجب أمر 14 نوفمبر 1856. كما تم إعادة تنظيم محكمة الأخبار بموجب أمر 28 نوفمبر 1898 بعد أن تم تحديد مرجع نظر الأخبار بموجب أمر 3 سبتمبر 1872. وبعد حركة التقنين التي عرفتها البلاد التونسية مع بداية القرن العشرين وصدر عدة مجلات قانونية بما في ذلك مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 ومجلة المرافعات المدنية سنة 1910 والمجلة الجزائية سنة 1913 وقانون المرافعات الجنائية سنة 1921، أنشئت أول مرة وزارة العدل سنة 1921 بعد أن أعلن الباي التفريق بين السلطتين الإدارية والقضائية بموجب أمر 26 أبريل 1921. وأمكن بموجب أمر 3 أوت 1956 توحيد القضاء وتونسته وأدمجت المحاكم الشرعية بالمحاكم التونسية وحذفت محكمة الأخبار والمحاكم الفرنسية بموجب اتفاقية 9 مارس 1957 وأحيلت صلاحياتها إلى المحاكم التونسية بداية من 1 جويلية 1957.

⁸ الشيباني بنبلغيث: النظام القضائي في البلاد التونسية: 1857-1921، مكتبة علاء الدين صفاقس 2002.

محمد بن سلامة: حول محكمة التعقيب، مجلة القضاء والتشريع، جوان 1975. عبد الله المامغلي: التنازع بين القضاء العدلي والقضاء الإداري، مجموعة لقاء الحقوقيين، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989، ص 283.

- Ben Ammou Nadhir: Le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, thèse, dactyl. faculté de droit et des sciences politiques de Tunis 1996.

-Belaid S.:Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, publication de l'université de Tunis, 1973 .

ولكنّ النزاعات الإداريّة مثّلت إشكالا في زمن فصل الإدارة عن التنظيم العدلي¹⁰. غير أنّ الرأي استقرّ بوضوح مع بداية القرن التاسع عشر على ضرورة إخضاع تقديرات الإدارة للمراقبة القضائيّة، بعد أن حاولت الإدارة في مرحلة أولى ادّعاء المراقبة الذاتيّة. فقد يمتدّ سلطان المراقبة القضائيّة إلى قواعد الاختصاص والشّكل وصحّة تفسير القوانين وحسن تقديرها.¹¹ والواضح أنّ المراقبة لا تنحصر فقط في محتوى القرار وإنّما في الأسس الموضوعيّة والأسس الشّكليّة التي قام عليها القرار. فيحقّ لكلّ شخص أن يطعن في القرار الإداري كلّما خالف المشروعيّة المطلوبة سواء عن طريق التّظلم الإداري أو الطّعن القضائي، ويكون ذلك بواسطة دعوى تجاوز السّلطة في الحالة الثّانية.¹² ويحقّ للمتضرّر كذلك

-Ben Ammar A. :Essai sur les fonctions de la cour de cassation en matière civile, mémoire D.E.A, droit privé, faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, Tunis 1984.

-El Ghachem h. : l'organisation judiciaire de la Tunisie, thèse, dactyl. Paris 1950.

-Mellouli S. Les effets de l'arrêt de cassation en matière civile, mémoire D.E.S. droit privé, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Tunis 1976.

⁹ الباب الرّابع من الدّستور التونسي لسنة 1959 في السّلطة القضائيّة، الفصول 64 و65 وما بعد. ويذكر أنّ العمل بدستور 1959 انتهى بموجب القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 المتعلق بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية (الرائد الرسمي عدد 97 لسنة 2011 بتاريخ 23 ديسمبر 2011) وقد نصّ الفصل 27 منه على ما يلي "يقرّ المجلس الوطني التأسيسي ما تمّ من تعليق العمل بدستور الأول من جوان 1959 ويقرر إنهاء العمل به بصور هذا القانون التأسيسي".

¹⁰ P. Sabourin : Recherche sur la notion d'autorité administrative en droit français. Paris, L.G.D.J., 1966.

¹¹ J.Rivero : le juge administratif, gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité, Mélanges Waline, p. 701.

¹² دعوى تجاوز السّلطة هي الدّعوى الموجهة ضدّ القرارات التي أخّلت بمبدأ المشروعيّة، وتجد أساسها بالقانون الفرنسي وتحديدًا القانون الصادر بتاريخ 24 ماي 1872. وقد بقيت لفترة طويلة خاضعة لمبدأ التسلسل الإداري قبل أن تجد استقلاليتها. واليوم تُعدّ من أهمّ المبادئ في القانون الإداري في جميع البلدان وقد أشار إليها المشرّع التونسي بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في 1 جوان 1972 كما وقع تنقيحه بموجب القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 3 جوان 1996 وبموجب القانون الأساسي عدد 11 لسنة 2002 المؤرخ في 4 فيفري 2002 وبموجب القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2003 المؤرخ في 15 فيفري 2003 وتحديدًا بالفصل 5 منه. ويشترط رفعها في أجل شهرين من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو الإعلام به. ويمكن للمعني قبل انقضاء ذلك الأجل أن يقدّم بشأنه مطلبًا مسبقًا لدى السلطة المصدّرة له. ويعتبر مضيّ شهرين على تقديم المطلب المسبق دون أن تجيب عنه السلطة المعنيّة رفضًا ضمنيًا يخوّل للمعني بالأمر اللّجوء إلى المحكمة الإداريّة على أن يتمّ ذلك في أجل الشّهرين المواليين

الدفع بعدم المشروعية خلال نشر القضية دون طلب الإلغاء أو المطالبة بتعويض الأضرار عند الاقتضاء.¹³ وإذا بلغت عدم المشروعية حداً خطيراً يكون القرار في حكم المعدوم أصلاً.

والواضح أنّ الأنظمة ليست موحدة في تعيين الجهة التي يمكن أن تختص بمراقبة العمل الإداري. فالبعض منها يعتمد على وحدة الاختصاص، فترد جميع الاختصاصات إلى المحاكم العدلية،¹⁴ والبعض الآخر اعتمد ازدواجية الاختصاص بأن أنشأ نظاماً خاصاً يختص بالنظر في القضايا الإدارية،¹⁵ وأبقت

للأجل المذكور (الفصل 37). ويعدّ هذا الأجل أجل سقوط. غير أنّ هذا الطعن لا يوقف تنفيذ القرار الإداري إلاّ بإذن خاص من رئيس المحكمة الإدارية (الفصل 38). ولا توجب هذه الدعوى تكليف محامي (الفصل 35). وتوجب توفر ركن المصلحة فقط. لكنّ توفر الإمكانية للمدعي في التحصيل على حقوقه بطريقة أخرى يمكن الإدارة من الدفع بوجود دعوى موازية *L'exception du recours parallèle*، وهو دفع يهّم النظام العام يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. وبشروط كذلك أن يتعلّق الطعن بقرار إداري نافذ، فستبعد الأعمال المادية والعقود الإدارية والأعمال التحضيرية أو الاستشارية والاقتراحات والإرشادات والتوجيهات والاستدعاءات والمناشير والأعمال النموذجية. وحدّد الفصل السابع من هذا القانون الحالات التي يمكن فيها القيام بهذه الدعوى وهي عيب الاختصاص وخرق الصيغ الشكلية الجوهرية وخرق قاعدة من القواعد القانونية والانحراف بالسلطة أو بالإجراءات. وتلغى المقررات التي وقع الطعن فيها إذا ثبت لديها أنّ دعوى تجاوز السلطة ترتكز على أسس صحيحة وتعتبر كأنّها لم تكن، ولكن دون أن تعلّي على الإدارة ما يجب فعله. ويكون لقرارات المحكمة الإدارية نفوذ مطلق لاتّصال القضاء فيما يخصّ دعوى تجاوز السلطة عند الإلغاء الكلّي أو الجزئي. وفي حالة عدم قبول الدعوى فليس لهذه القرارات إلاّ مفعول نسبي، ويبقى الغير على حقه في رفعها (الفصل 8). والمشهور أنّه لا يمكن التّنفيد الجبري على الإدارة وينتظر أن تستجيب الإدارة لهذه القرارات، بقي أنّ عدم التّنفيد المقصود لها يعدّ خطأ فاحشاً معمراً لزمّة السلطة الإدارية المعيّنة بالأمر (الفصل 10). يراجع النصوص المتعلّقة بالنّزاع الإداري، منشورات المطبعة الرسمية، 1998، ص 9 وما بعد. وكذلك إصلاح القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 283.

Chapus, op.cit., p.624 et suiv. G.vedel; Pierre Delvolvé, op.cit., p.602 et suiv.

M.Hauriou, op.cit., p.401 et suiv.

¹³ فإلى جانب مبدأ المشروعية تحتكم الإدارة إلى **مبدأ المسؤولية**، فتلزم بالتعويض عن الضرر الذي تلحقه بالغير نتيجة الأشغال العامة وأعمالها المادية المضرة بشكل عام وعدم تنفيذ العقود. وقد أقرّ هذا المبدأ بتونس منذ أمر 27 نوفمبر 1888 إلى أن أشارت إليه أخيراً عدّة نصوص هامة بما في ذلك مجلّة الالتزامات والعقود (الفصل 84) ومجلّة الحقوق العينية (الفصلان 402 و403) وغيرهما. ورغم أنّ القضاء الإداري بقي متأثراً بالنظرية العامة للمسؤولية في القانون المدني إلاّ أنّه توصّل أخيراً إلى صياغة نظرية مستقلة. فتسأل الإدارة إذا ارتكب الموظف خطأ مرفقياً أي الذي له علاقة بالنشاط العام للمرفق، أمّا الأخطاء الشخصية العمدية أو التي كانت نتيجة خطأ فادح أو كانت خارج أوقات العمل فتحمّل شخصياً عليها الموظف. وبعد أن كانت مسؤولية الإدارة تأسّس على الخطأ انتهى العمل إلى الاعتراف بالمسؤولية بدون خطأ بناء على نظرية المخاطر أو الإخلال بمبدأ المساواة في تحمّل الأعباء العمومية.

Chapus, op.cit., p.981 et suiv.

G.vedel; Pierre Delvolvé, op.cit., p.446 et suiv.

M.Hauriou, op.cit., p.505 et suiv.

¹⁴ ومثال ذلك انقلترا وأمريكا ومن تبعهما.

¹⁵ والمثال في ذلك هو النظام الفرنسي بطبيعة الحال منذ نشأته.

بعض الدّول على وحدة الاختصاص واستقلاليّة القضاء الإداري، أي أنّ القضاء العدلي يبقى مختصاً في جميع الصّور ويطلب منه تطبيق القانون الإداري في المنازعات الإداريّة.¹⁶ وقد اعتمدت البلاد التّونسيّة النظام المزدوج بالفصل 69 من دستور 1959¹⁷. ولربّما كان المنطق يقتضي توحيد القضاء¹⁸، فأقلّ ما يطرحه هذا النّظام المزدوج هو انعدام المعيار الواضح للفصل بينهما،¹⁹ ويؤدّي بالضرورة إلى خلق عدّة مؤسّسات جديدة، مثل مجلس تنازع الاختصاص، ربّما كنّا في غنى عنها.²⁰ كما أنّ النّظام المزدوج لا يمنع مطلقاً من بقاء بعض المسائل من اختصاص القضاء العدلي،²¹ " فهناك اعتقاد تقليدي بأنّ القاضي العدلي هو

¹⁶ وهو نظام موجود بالجزائر والمغرب.

¹⁷ ولا بدّ كذلك من الإشارة إلى تجربة الموقّ الإداري المنطبقة بعدّة بلدان والذي يمكنه أن يتدخّل بين الإدارة ومنظورها في عدّة مسائل خاصّة إذا لم يكن الإشكال من أنظار القضاء. يراجع بالنسبة إلى القانون التّونسي الأمر عدد 2143 لسنة 1992 المؤرّخ في 10 ديسمبر 1992، الرّائد الرّسمي عدد 84، بتاريخ 18 ديسمبر 1992، ص 1599.

¹⁸ وربّما يتجاوز ذلك حدود بحثنا، لكنّه لا بدّ من الإشارة إلى ذلك النقاش الذي يدفع به عادة لتبرير قيام مثل هذه الهياكل الخاصّة.

Chevalier :L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, L.G.D.J., 1970,p. 37-292.

رجع الكاتب بالجزء الأوّل من بحثه (من صفحة 37 إلى صفحة 86) إلى وقت كانت فيه التفرقة منعقدة بين العمل الإداري والقضاء الإداري، ووقف بالجزء الثّاني (من صفحة 87 إلى صفحة 195) على ظروف نشأة التفرقة، وانتهى بالجزء الثّالث والأخير (من صفحة 87 إلى صفحة 292) إلى ظروف تبنّيها بالكامل بالقانون الفرنسي.

¹⁹ فقد تردّد الفقه الفرنسي، في غياب النصّ التشريعي، بين أعمال السّلطة العامّة وأعمال التّصرّف في البداية، ثمّ اعتمد معيار المرفق العام، وانتهى أخيراً إلى الأخذ بمعيار طبيعة القانون المنطبق لتحديد اختصاص المحكمة الإداريّة. وإن حاول الفقه إيجاد تقسيمات منطقيّة لاختصاص هذه المحكمة فلخّصّها في الاختصاص الموضوعي ويتعلّق بقضايا تجاوز السّلطة وقضايا التعقيب إجمالاً والقضاء الشّخصي ويتعلّق بدعاوى المسؤوليّة والنزاعات المتعلّقة بالعقود الإداريّة.

²⁰ يراجع القانون التّونسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرّخ في 3 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص. الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 11 جوان 1996، عدد 47، ص 1213.

²¹ مثل النزاعات المتعلّقة بالملك الخاص للدولة والمرافق ذات الصبغة الصناعيّة والتّجاريّة وهناك عدّة استثناءات تشريعيّة مثل الطعن في قرار التّوظيف الجبائيّ وحوادث المرور والنظر في قضايا الضّمان الاجتماعيّ وحوادث الشّغل والأمراض المهنيّة.

-الفصل الأوّل والثّاني من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرّخ في 3 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدليّة والمحكمة الإداريّة وإحداث مجلس تنازع الاختصاص، مشار إليه سابقاً.

-القانون عدد 82 لسنة 2000 المؤرّخ في 9 أوت 2000 المتعلّق بإصدار مجلّة الحقوق والإجراءات الجبائيّة، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 11 أوت 2000.

الأقدر على ضمان حماية الحريات الفردية وحق الملكية،²² وقد استقرّ الرأي فعلا على إقصاء اختصاص المحكمة الإدارية كلّما كانت الإدارة لا تسلك في اتّخاذها للقرار قواعد القانون العام.²³ ولكنّ القضاء الإداري أصبح في نهاية الأمر موجودا وله خصوصياته الموضوعية والإجرائية.

ولم يقف التطوّر عند ذلك الحدّ، بل تكوّنت مع بداية القرن العشرين هيئات مختصة في أغلب المجالات، وهي كثيرة اليوم، في الاتّصالات والمعلوماتية والمنافسة وغيرها، وأصبح لهذه الهيئات مجالات قضائية تنافس اختصاص القضاء العدلي.²⁴ وعادة ما تطرح هذه الهيئات أسئلة هامة حول طبيعة تدخلها، وقد تختلف الاتّجاهات في شأن طبيعتها القانونية.²⁵

ولكن، تجاوزا للقضاء الإداري والهيئات القضائية المختصة، وما يلفت الانتباه هو التطوّر المضاد في اتّجاه تكليف القضاء العدلي بعدّة مهام واختصاصات²⁶، قد تبدو بعيدة عن مفهوم العمل القضائي، ربّما بسبب فقدان المعيار الواضح بين القضائي والإداري²⁷. فقد انتشرت الإجراءات الصّليحية في

-القانون عدد 28 المؤرّخ في 21 فيفري 1994 المتعلّق بالتّعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية، الرّائد الرّسمي عدد 5 بتاريخ 22-2-1994، ص 300. والقانون عدد 65 المؤرّخ في 28 جوان 1995 المتعلّق بالنظام الخاصّ للتّعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية في القطاع العمومي، الرّائد الرّسمي عدد 53 بتاريخ 4-7-1995، ص 1411.
-القانون عدد عدد 15 لسنة 2003 المؤرّخ في 15 فيفري 2003 المتعلّق بإحداث مؤسّسة قاضي الضّمان الاجتماعي، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسية 18 فيفري 2003، عدد 14، ص 452.

²² توفيق بوعشبة، المرجع السّابق، ص 388.

²³ قرار المحكمة الإدارية عدد 363 المؤرّخ في 15 جويلية 1980. نفس المرجع السّابق.

²⁴ علي كحلون: المسؤولية المعلوماتية، مركز النشر الجامعي، ص 290 وما بعد.

²⁵ Chevalier :L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active,op.cit

²⁶ الواضح أنّ تشعب الحياة حتم اللّجوء إلى نوع من الاختصاص في تعهّد القاض، وأصبح من الممكن الحديث عن قاضي الأسرة وقاضي الأطفال وقاضي الضّمان الاجتماعي وقاضي المؤسّسة وقاضي السجلّ العيني وقاضي السجلّ التجاري وقاضي تنفيذ العقوبات، والقائمة طويلة، وقد يحبّذ البعض هذا الاتّجاه وقد ينكره البعض الآخر. لكنّه أصبح حقيقة موجودة.

²⁷ « Beaucoup plus graves sont les empiètements des autorités administrative et judiciaire sur leurs attributions respectives. Ces empiètements s'expliquent facilement par l'histoire, en effet, comme jusqu'à la fin du 19 siècle, on avait généralement confondu les pouvoirs administratif et judiciaire, il restait presque partout des traces de cette

أغلب المراحل القضائية²⁸ وتعمّمت اختصاصات المراقبة²⁹ والنظر الاستيفائي والاستشارات القضائية وقول القانون³⁰، وربما تخير البعض هذا الاتجاه وربما أنكره البعض الآخر. ولكنّه مهما كانت الصورة لا يجب الخلط نظرياً بين الإجراءات الإدارية والإجراءات القضائية فكلّ منهجه وشرعته وضوابطه وحدوده ومميّزاته. ولا يجب أن تخضع جميع الأعمال للإجراءات القضائية بعلّة توفّر الضمانات، فهو قول باطل. فلا يمكن للقاضي أن يقف على باب الضابطة المدنية ليحرّر مضامين الحالة المدنية ويتلقّى الإعلانات، فللقاضي مهام أعقد بكثير من ذلك. فلا نسعى لتطبيق الإجراءات القضائية إلّا إذا توفّر الموجب. ومن هذه الناحية يجب التمييز بين الأعمال الإدارية والأعمال القضائية ونبحث كما بحث الأولون عن معيار تمييز العمل القضائي. وإذا تجاوزنا مسألة المعيار لضبط أساس العمل القضائي، كان السؤال حول طريقة معالجة وحسم النزاع. والواضح أنّ العمل القضائي أصبح محاطاً بجملة من الأشكال الإجرائية، قد يستخفّ بها البعض ويرأها عائناً أمام الحقيقة الموضوعية، وقد يتمسك بها الآخر ويرى فيها الضامن للحق الموضوعي. ومهما كانت الصورة أصبح من الممكن الحديث عن الحقوق الإجرائية مثل الحقوق الموضوعية، بل إنّ الحق الموضوعي أصبح رهين مراعاة الحقّ الإجرائي.

فمن السهل التمييز بين العمل التشريعي والعمل القضائي، حيث إن عمل القضاء هو تطبيق القانون، ولا يمكن بحال أن تكون السلطة القضائية سلطة تشريعية في حين أن الصعوبة تبقى مرتبطة بالتمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري، فمنهم من يعتمد على معايير موضوعية، والبعض الآخر يكتفي

aberration ». Chevalier :L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active,op.cit,p. 45.

28 على كحلون: الصلح في المادّة المدنيّة، المرجع السابق، ص 37 وما بعد.

29 يراجع على سبيل المثال القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرّخ في 11 نوفمبر 1997 المتعلّق بالمصفين والمؤتمنين العدلين وأمناء الفلسفة والمتصرّفين القضائيين.

30 ولعلّ أحسن مثال لذلك ما يتعلّق بإجراءات المسح الإجباري وإجراءات التسجيل الاختياري وإجراءات التحيين العقّاري من خلال القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أبريل 2001. يراجع في جميع ذلك على كحلون: أحكام القانون العقّاري التونسي، دار الميزان للنشر 2000، ص 158 وما بعد.

بالعصر الشكلي وقال آخرون بالجمع بين العنصرين. وربما يعود سبب الإشكال إلى نشأة عدد من اللجان الإدارية التي أسند إليها المشرع جملة من الاختصاصات القضائية³¹. ولنا أن نبين المناقشة الفقهية لمعيار تمييز العمل القضائي (أ) قبل إبراز المعيار المعتمد، والذي نعتبره معبرا عن حقيقة العمل القضائي (ب).

أ- المناقشة الفقهية لمعيار تمييز العمل القضائي

لم يخرج النقاش مهما تعدد ضبطا لمعيار العمل القضائي عن فكرتين أساسيتين، المعايير الموضوعية (1) والمعايير الشكلية (2).

1- مناقشة المعايير الموضوعية

ذهبت التيارات الحديثة إلى استبعاد عنصر النزاع كمعيار موضوعي وأساسي في تحديد العمل القضائي واعتبرت أن القضاء لم يوجد في الدولة المعاصرة لفض النزاع وتحقيق السلم الاجتماعي، بل لتطبيق القاعدة القانونية، ولا يمكن لمعيار النزاع أن يحدد كامل مجالات تدخل القضاء مثل القضايا الجزائية والطعن بالإلغاء في المقررات الإدارية، وطلب التصريح ببطلاق الزواج صلحا بين الطرفين، والإفلاس والحجر والأحكام الاتفاقية.³² ولا يعني النزاع بالضرورة الخصومة القضائية التي يمكن أن تتوفر بدون نزاع كالدعوى التي يقوم بها أحد الأطراف لإنشاء سند تنفيذي مع اعتراف الطرف المقابل.³³ كما يقصر معيار النزاع على أن يأتي بتوضيحات لجملة من المؤسسات والجراءات مثل الأحكام

³¹ والطريف أن المسألة لم تبقى منحصرة في إطار القانون المدني أو الإجراءات المدنية، ولكنها كانت موضوعا دسما تناوله رجال القانون بالدرس في إطار عرضهم للنظرية العامة للدولة، خاصة مع بداية القرن العشرين.

P. Sabourin : Recherche sur la notion d'autorité administrative en droit français. Paris, L.G.D.J., 1966, p. 196.

تعرض الكاتب بالعنوان الثاني من الجزء الأول لتناقض الفقه في عرضهم للفوارق بين العمل القضائي والعمل الإداري.

³² عبد الله الأحمد، المرجع السابق، ص 256 وما بعد.

أحمد أبو الوفاء: المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 569 وما بعد.

³³ عبد الله الأحمد، المرجع السابق ص 37.

الغيابية وأعمال التنفيذ. ثم إنه بالإمكان أن تتدخل بعض السلط لحسم النزاع ومع ذلك لا يعتبر قضاء.³⁴

ولهذا الغرض انصرف الفقه إلى تجميل جملة من المبادئ في اتجاه بناء ما يقنع، وتعددت المعايير. فاعتمد البعض معيار العناصر الهيكلية المكوّنة للعمل القضائي لتمييز الإجراءات القضائية، ويقول به الفقيه Duguít،³⁵ حيث ميّز القضاء عن الأعمال التشريعية والإدارية بالهيكلية القضائية التي يجب أن يقوم عليها العمل القضائي بصرف النظر عن الشكل. وتقوم هذه الهيكلية على ثلاثة عناصر أساسية مترابطة ببعضها: الادعاء La prétention والتقرير La constatation والقرار La décision.³⁶ فالادعاء لا يعني النزاع، فهو طرح لمسألة قانونية أمام القضاء لإيجاد حلّ،³⁷ والحل هو تقرير القضية أي دراسة

³⁴ Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, 27 édition, 2003 Dalloz, p.206 n° 158, p.204 n°156.

³⁵ Duguít.Léon :Traité de droit constitutionnel, 3 édit ;T2.Paris 1928, p.418 et suiv,n° 28. « la fonction juridictionnelle ».

أكد الباحث بطالع الفقرة 28 من الجزء الثاني أنّ للدولة ثلاث وظائف، الإدارية والتشريعية والقضائية. وانخرط في البحث عن معيار مقنع في التفرقة بين الوظيفتين الإدارية والقضائية، فانتهى إلى ضرورة الفصل بين الادعاء والتقرير والقرار منتقدا مفهوم الدعوى في شكله التقليدي وأنكر أن يكون مرادفا للحق باعتبار الدعوى حقّا ذاتيا في حد ذاتها. وانتهى إلى عرض أفكار من عاصره من المفكرين: Jacquelin-Arthur-Hauriou-Jeze-Carré de Malberg-Laband-Jellinek-Rocco-Vizioz-Japiot- (Tissier-Kelsen)

مستحسننا بعض ما ذهب في اتجاه مذهبه ومنكرا ما خالفها.

Voir :Aussi, l'acte administratif et l'acte juridictionnel,RDP, 1906, p.446 et suiv.

نجد تلخيصا لهذا الاتجاه بعدة مؤلفات:

أحمد مليجي، أعمال القضاة: الأعمال القضائية-الأعمال الإدارية، مكتبة عالم الكتب 1990، ص 29.

P. Sabourin,op.cit., p.196 et 197. Jean Vincent, S.Guinchard,op.cit.,p.207,n° 159.

³⁶ « Finalement ,trois éléments apparaissent dans l'acte juridictionnel :1- on pose au juge ou il se pose à lui-même une question de droit qu'il doit résoudre ;2 - le juge donne une solution à la question de droit, une solution qui a force de vérité légale ;3- le juge tirant la conséquence logiquement nécessaire de cette solution fait un acte juridique , acte condition ou acte subjectif ,tendant à la réalisation en fait de cette solution ». Duguít,Tome 2,op.cit.,n ° 28,p. 431.

³⁷ « Je n'aperçois que trois catégories de questions qui puissent être posées au juge et que voici : 1-on peut demander au juge s'il y a eu une attitude, action ou abstention, contraire à la règle de droit, à la loi ; 2- s'il y a eu une action ou une

الموضوع المطروح وبيان الحل إما ايجابيا أو سلبيا، والمهم أن التقرير أي الحل يُعدّ هدف وغاية العمل القضائي وليس مجرد وسيلة، ولا يمكن أن يكون العمل قضاءً إذا كان الحل مجرد وسيلة، ولهذا الحل القوة الحقيقية للقانون وبذلك يتميز عمل القضاء عن العمل الإداري.³⁸ أما القرار فهو النتيجة الحتمية لعمل القضاء، فلا يقف القضاء عند التوصل إلى الحل القانوني، حيث يمكن لكل إداري أن يتدارس موضوعا ما ويضع له الحلول الممكنة، لكن ذلك لا يمكن اعتباره قضاءً طالما لم يعلن عن القرار المتخذ نهائية.³⁹ وعلى خلاف التقرير الذي هو هدف العمل القضائي، فالقرار هو وسيلة لإظهار التقرير حيّز الوجود،

abstention qui constitue une atteinte à une situation de droit objectif ;3- s'il y a eu une action ou abstention qui soit une atteinte à une situation juridique subjective ». Duguit, Tome 2, op.cit., n ° 28, p. 435-436.

³⁸ « Il n'ya d'acte juridictionnel que lorsque l'agent intervient pour résoudre une question de droit . Afin de savoir si l'acte considéré est ou non un acte juridictionnel , il faut rechercher si l'agent public est intervenu ou non pour résoudre une question de droit . Si, en intervenant , il a poursuivi un autre objet , si la solution qu'il a donnée à une question de droit est un moyen et non une fin, on doit affirmer qu'il n'y a pas d'acte juridictionnel . Il arrive très souvent que l'agent public doit résoudre des questions de droit. Mais il ne fait un acte juridictionnel que si c'est pour résoudre la question de droit qu'il intervient . Si son intention est de prendre une décision qui implique la solution préalable d'une question de droit, il ne fait pas un acte juridictionnel ; il ne le fait que s'il intervient au contraire pour résoudre une question de droit. ». Duguit, Tome 2, op.cit., n ° 28, p. 424.

³⁹ « L'essentiel seulement est de comprendre qu'après qu'il a résolu la question de droit qui lui est posée, le rôle du juge n'est pas achevé. Il lui reste à faire un acte juridique qui a pour objet d'amener à réalisation la solution qu'il a donnée . Cet acte juridique a tous les caractères qui ont été analysés au tome I, chapitre III.

Mais il y a ici cela de particulier que cet acte est déterminé logiquement par la solution donnée à la question de droit , c'est -à-dire que telle solution étant admise par le juge, il ne peut pas ne pas faire un certain acte juridique et ne pas le faire avec un certain objet et dans une certaine direction ». Duguit, Tome 2, op.cit., n ° 28, p. 430.

« L' acte juridictionnel est donc en substance l'acte d'ordre juridique accompli par un agent public comme conséquence logique de la constatation qu'il a faite qu'il y avait ou non violation du droit objectif ou à une situation subjective ». Duguit, Tome 2, op.cit., n ° 28, p. 423.

وما يميّز العمل القضائي هو وحدة الادعاء والتقرير والقرار، بحيث لا غنى عنها للقول بالعمل القضائي.

ورغم الأثر الذي أبقاه هذا المعيار فقد انتقد بدوره باعتباره يهمل الجوانب الشكلية في العمل القضائي، ثم إن القضاء ليس فقط مجرد محطة لعرض المسائل القانونية التي قد تخرج عن حقيقة العمل القضائي وإن كان الادعاء ضروريًا لتدخل القضاء، كما اعتبر البعض أن التقرير ليس هدف العمل القضائي وإنما وسيلته. وتعرضت فكرة الاتحاد لشيء من النقد، وقد لا يأتي القرار بالضرورة بعد التقرير في عدّة صور مثل الأحكام الصادرة برفض الدعوى والأحكام التمهيدية. ثم إن القضاء لا يحسم مجرد مسائل قانونية، بل يطلب منه دراسة مسائل واقعية بعيدة كل البعد عن النظم القانونية. لكن النقد الهام الذي وجه لهذا المعيار أنه لا يفصل حقيقة بين العمل القضائي والعمل الإداري.⁴⁰

ودفع البعض الآخر بمعيار **حلول القضاء محل الخصوم**، وهي فكرة إيطالية المنشأ⁴¹. ويتلخص هذا المعيار في أن دور القضاء لا ينحصر فحسب في تطبيق القانون لأن الأفراد والإدارة يطبقون بدورهم القواعد القانونية، ولكن القضاء يتميز بعنصر أساسي وهو أن تدخله عام وليس خاص، فيحل محل الأفراد في تطبيق القاعدة، فكلّما كان التطبيق عاما يكون العمل قضاء، في حين أن الإدارة لا تطبق إلا القواعد الموجهة إليها، وبذلك يعتمد هذا المعيار على فكرة الحل. وينتقد هذا الرأي في حدود أن مفهوم الحل لا يرتبط بالعمل القضائي بل إن عمل الإدارة يمكن أن يكون فيه شيء من الحل، كما أن هذا المفهوم قد لا يؤدي المعنى الحقيقي لتدخل القضاء. ولا يمكن أن يتناسق مع حجّة الشيء

⁴⁰ Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, op.cit., p. 207, n°159. «C'est cette réunion dans un même acte d'éléments divers, lui donnant une complexité de structure originale, qui permettrait d'isoler l'acte juridictionnel, de le distinguer notamment de l'acte administratif.

Parmi ces trois éléments il nous semble que, seule la constatation caractérise réellement l'acte juridictionnel »

تجد بهذه الصفحة عرضاً لنظرية Duguitt ونقداً لجملة أفكاره.

فتحي والي: مبادئ قانون القضاء المدني، ص 27 وما بعد.

⁴¹

المقضى به وفكرة المراقبة التي تسند عادة للعمل القضائي والدور الخلاق للقضاء في غياب القانون.

وأخذ البعض الآخر بمعيار غاية العمل القضائي⁴²، ومنهم من حصر الغاية في حل مسألة قانونية⁴³، ومنهم من قال بتقرير حقوق المتقاضين الخاصة على خلاف الإداري الذي يطلب منه تطبيق القاعدة القانونية في إطار عمله وفي حدود ما تمليه المصلحة العامة⁴⁴، ومنهم من يجعل غاية القضاء هي التدخل لإزالة عوارض النظام القانوني⁴⁵. والحقيقة أن غاية العمل القضائي لا

⁴² Guillien.Raymond :L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée,thèse Bordeaux 1931, p.59 « La finalité de l'acte du juge », cité par Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p. 208, n° 160.

⁴³ ذهب Lureau. Pierre إلى أن العمل القضائي يتكوّن من ثلاثة محاور، الطّلب وفحص القاضي والقرار، وليس لهذا القرار من أهمية قضائية إلاّ بارتباطه بقيّة العناصر، فهو مجرد وسيلة قد يتبع وقد لا يتبع فحص القاضي، وقد يكون له وجود مستقل ولا يفقد قيمته القانونية. لكنّ فحص القاضي يهدف إلى حلّ مسألة قانونية إيجابياً أو سلبياً، ولهذا الحلّ قوّة الحقيقة القانونية. وقد انتقد هذا التّجاه باعتبار أن حلّ المسألة القانونية ليس غاية النشاط القضائي وإنما وسيلة ومرحلة من مراحل النشاط القضائي، فهو جزئية أو خطوة تدخل في إطار العمل القضائي. كما أنّ فصل القرار عن العمل القضائي يوقع العمل في إطار العمل التشريعي أو الإداري.

Laureau Pierre :De l'interprétation des règlements administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires,Thèse Bordeaux 1930, p.137 et suiv.

« C'est donc la solution d'une question de droit qui rentre essentiellement dans la mission du juge, qui la caractérise. Le juge applique la loi :c'est le but primordial de sa fonction. Sans doute, l'administrateur est, lui aussi, obligé de se conformer à la règle de droit dans les diverses manifestations de son activité ;mais comme le dit très justement Duguit, la solution de la question de droit n'apparaît dans l'acte d'administration que comme un moyen et non comme une fin ».Morel,Traité de procédure, n°79,cité par Jean Vincent, S.Guinchard.Ibidem.

⁴⁴ يقول البعض أنّ غاية عمل القضاء هو تقرير حقوق المتقاضين، بمعنى أن تبين حقوق المتقاضين من خلال الوقائع المعروضة على القاضي وفي إطار الطّلبات المقدّمة، غير أنّ هذا الرأي انتقد لأنّ بعض الطّلبات ليس بها حقّ مثل دعاوى الحيازة ويتحقّق القضاء حتّى ولو رفضت الدّعوى، ذلك أن عمل القضاء لا يرتبط بتقرير حقوق الأطراف بقدر ما يرتبط باحترام القانون، فالقاضي يحقّق القانون ولا تعود حماية الحقوق إلا إلى الفرد.

محمد حامد فهمي: المرافعات المدنية والتجارية، ص 16 وما بعد.

⁴⁵ يفترض البعض أنّ القضاء لا يتدخّل إلاّ لإزالة عوارض النظام القضائي، بمعنى أنّ القضاء لا يتعهّد إلاّ إذا أصبح الحقّ موضوع منازعة ولا يكفي الادّعاء من جانب واحد، بل إنّ لكلّ ادّعاء مقاومة تدفعه لطلب القضاء. ويكون هدف تدخّل القضاء هو إزالة العوارض على هذا الحقّ المتنازع فيه وبيان نظامه القانوني. ولذلك يتكوّن العمل القضائي لدى Bonnard R. من منازعة وتقرير وقرار، وهدف التقرير هو

يمكن أن تكون سنداً في تعريف العمل القضائي، فهي في نهاية الأمر عنصر من عناصر الوظيفة القضائية وليست معياره.

2- مناقشة المعايير الشكلية

ظلّ جانب من الفقه يتمسك بالمعايير ذات الصبغة الشكلية، دون المعايير المادية، فالشكل هو المعيار الوحيد لتمييز العمل القضائي حسب هذا الاتجاه، فصدور حكم عن هيئة منظمة وطبق إجراءات محدده هو المعيار الوحيد الذي يجب اعتماده وهو ما يعرف بالمعيار العضوي والاجرائي. وتزعم هذا الاتجاه بفرنسا Carré de Malberg⁴⁶ الذي يرى أن لا فرق بين العمل القضائي والعمل الإداري إذا اعتبرنا معايير النزاع أو طبيعة العمل أو الغاية منه باعتبار أن كلا منهما يفصل النزاع ويطبق القانون، ولكنّ الفاصل الوحيد الذي يجب اعتماده هو الشكل الذي يتلخص في أمرين العضو والإجراءات، فإذا كانت الهيئة منظمة لهذا الغرض وأحاطت بها جملة من الإجراءات كان العمل قضائياً، فالحكم القضائي لا يصدر إلا عن هيئة منظمة واتباع إجراءات معينة. وينتج عن التزاوج بين العضو والإجراءات الاعتراف للفرد بحجية الشيء المقضي به وهو ما يميّز العمل القضائي عن العمل الإداري، فكل منهما يطبق القانون لكن التطبيق الإداري لا ينتمي إلى القضاء ويمكن تعديله عن طريق رئيس الإدارة، لكن الحجية تخضع لضوابط معينة وهذه الحجية ليست غاية في حد ذاتها بل إنها نتيجة حتمية لتدخل القضاء بهيكلة وإجراءاته.

إزالة العوارض عن الحقّ، وبأني القرار في أغلب الحالات كسيجة للتقرير. وقد تعرّض هذا الاتجاه للنقد لأنّه يجعل المنازعة أحد شروط العمل القضائي.

Bonnard R : La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, Melanges R.

Carré de malberg-Paris 1933, p.20 et suiv.

Jean Vincent, S.Guinchard : procedure civile,op.cit.,p.210, n°161.

⁴⁶ Carré de Malberg :Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel française. Paris 1920.T1,p. 691.Aussi T2,n°250 et suiv. « L'acte juridictionnel serait accompli par des organes spécialisés,hiérarchisés,indépendants et autonomes (critère organique) et en suivant des règles de procédure particulières donnant des garanties aux plaideurs (critère procédural). Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.204,n°156.

وانتقد هذا المسار الشكلي باعتباره يغالي في اعتناق مسألة العضو والاجراء، ثم إنه أضاف شيئاً جديداً وهو التساؤل عن طبيعة هذا العضو، فكيف يمكن التأكيد على أنه عضو قضائي أم عضو إداري، فهل يُكتفى بعنصر الاستقلالية أم لا بد من معرفة طريقة تعيينه ونسبة أعضائه. ثم إن هذا المعيار العضوي يعدّ معياراً حديثاً، فلم يكن القضاء منظماً بهذا الشكل، واتجه التطبيق اليوم إلى إسناد الطّبيعة القضائيّة إلى عدد من اللجان الإدارية ليست منظمة عضوياً لممارسة القضاء، ويجوز بالعكس للسلطة القضائية أن تمارس جانباً من العمل الإداري مثل القرارات الولائية وإداريات المحكمة، والعكس كذلك صحيح باعتبار أن العمل الإداري يمكن أن يخضع لجانب من الإجراءات الهامة مثل ما هو معمول به في القرارات التأديبية بالنسبة إلى الموظّفين، ومع ذلك لا يعد هذا العمل قضائياً، وكثيراً هي الأعمال التي لم يحدد فيها المشرع أي إجراء ومع ذلك تبقى عملاً قضائياً. والحقيقة أن معياري العضو والإجراء قاصران عن تمييز العمل القضائي رغم أهميتهما.

ولهذا الغرض يتمسك البعض بمعيار الاستقلال العضوي، ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه Kelsen⁴⁷ حيث يرى أن الدولة تحكمها جملة من القواعد والضوابط أعلاها القواعد الأساسية وأدناها القواعد الفردية، وتتميز القواعد الأساسية بالتجريد والقواعد الفردية بالتفصيل. ويحتكم التفصيل إلى قواعد تدرجية بمعنى أن التفصيل يحصل تدرجياً كلما كان الاتجاه إلى الأسفل، على أن القواعد السفلى تجد شرعيتها في مدى تطابقها مع القواعد العليا. ويقوم على تطبيق هذه القواعد عدد من الهياكل التي تخضع بدورها لنفس النظام، فهناك الوظيفة الدستورية ثم البرلمانية، أما الوظيفة الإدارية والقضائية فلهما نفس المرتبة. وما يميّز الوظيفة القضائيّة هي الاستقلالية أي أن القضاة لا يتلقّون التعليمات من أي طرف، على خلاف العمل الإداري الذي يخضع لعنصر التبعية، ويبقى هذا التمييز تمييزاً شكلياً. وتنتقد هذه المدرسة في اعتمادها على الجانب الشكلي فقط، كما أن هناك من اللجان الإدارية ما يعمل في إطار

47

Kelsen.H :Aperçu d'une théorie générale de l'Etat. RDP, 1926,p. 561-646.

استقلالية كاملة ومع ذلك لا يعد عملا قضائيا مثل الهيئات الإدارية ولجان الامتحان.

ويدفع البعض بمعيار قوّة الحقيقة القانونية، ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه Jèze.Gaston،⁴⁸ حيث قسم الأعمال القانونية إلى أعمال منشئة لمراكز قانونية عامة وهي الأعمال التشريعية وأخرى منشئة لمراكز قانونية فردية وهي الأعمال الفردية وأخرى مقررة لمركز قانوني عام أو فردي تقريراً له قوّة الحقيقة القانونية، وهذه الأخيرة هي الأعمال القضائية، فلا يمكن الاعتماد على المعيار العضوي أو العناصر الشكلية في تمييز العمل القضائي، بل التقرير الذي له قوة الحقيقة القانونية هو وحده ما يميّز العمل القضائي، ويعود للمشرع ضبط الحقيقة القانونية لا غير. وحسب هذا الاتجاه لا يعتبر القرار أساس العمل القضائي، بل هناك عدة أعمال لا تحتاج إلى قرار مثل الأعمال التمهيدية ومع ذلك فهي أعمال قضائية. لكن القرار عادة ما يلي التقرير ويعد بمثابة النتيجة له.

وقد انتقد هذا المعيار في حدود أنه يحتكم إلى أثر العمل القضائي للتوصل إلى معرفة طبيعة العمل ذاته والمنهج يقتضي العكس، إذ لا يمكن لحجية الشيء المقضي به أن تدل على القضاء بل العكس هو الصحيح⁴⁹، وانتقد هذا الاتجاه في حدود أنه يعترف بالتقرير دون القرار ويجعل المشرع محددا للقوة القانونية والحال أنه لا يمكن في جميع الصور التوصل إلى معرفة طبيعة المؤسسات رجوعاً إلى موقف المشرع الذي قد لا ينص على ما نريده،⁵⁰ ثم إن الرجوع إلى

⁴⁸ Jèze.Gaston : De la force de verité legale attachée par la loi à l'acte juridictionnel,RDP.1913, p. 437. « La force de verité legale qui s'attache à la décision »

Aussi L'acte juridictionnel et la classification des contentieux,RDP.1909, p.66.

Aussi Les principes généraux du droit administratif, 3^eédi .T1 ;Paris 1925,p. 48 et suiv.

⁴⁹ Waline : Le critère des actes juridictionnels, RDP, 1933, p.565.

⁵⁰ « La thèse de Jèze devait être critiquée : elle définit l'acte juridictionnel par l'autorité de chose jugée alors que justement le problème consiste à savoir si l'acte est juridictionnel pour en déduire qu'il a l'autorité de la chose jugée », P. Sabourin,op.cit.,p.196.

موقف المشرع فيه إحياء لمدرسة الشرح على المتن، وهو استجلاب لما لهذه المدرسة من انتقادات⁵¹.

ويتحدث البعض الآخر عن معيار الأسلوب القضائي حيث تتوزع الأعمال إلى إدارية وأخرى قضائية وأخرى بين بين، فلا يمكن للمعيار العضوي وحده أن يميز الأعمال القضائية وكذلك الشأن بالنسبة إلى معياري الإجراءات والشكليات، ويبقى للقضاء وحده، بوصفه سلطة خلاقة، بيان طبيعة العمل اعتمادا على سياسة المشرع في ذلك. وينتقد هذا المعيار في حدود أنه أبقى مفهوم الأسلوب القضائي غامضا وأحال إلى السياسة التشريعية في التمييز بين الأسلوب القضائي والأسلوب الإداري. ثم إن هذا المعيار يغفل تماما العناصر المادية والشكلية⁵².

كما تحدّث جانب من الفقه عن معيار الرغبة الحقيقية للمشرع، ويعتمد هذا الاتجاه على تأويل النصوص القانونية المنشئة للهيكل للوقوف على موقف المشرع. ومن ثمّ يمكن الاعتماد على بعض العناصر الشكلية أو الموضوعية توصلا لتحديد طبيعة العمل، بل من الممكن الاعتماد على روح التشريع للتوصل إلى هذه الحقيقة تجاوزا لجميع العناصر. وينتقد هذا الحل في حدود أنه يعتمد على معيار خارج إطار المعايير الشكلية أو الموضوعية التي تبين عادة طبيعة هذا العمل، فقد يعتمد على الأصول التشريعية تجاوزا للمعايير الشكلية والموضوعية⁵³.

ب- اختيار معيار العمل القضائي

إنّ الاتجاهات المختلطة أي التي تزوج بين المعايير هي القول الحق في التمييز بين العمل القضائي والعمل الإداري⁵⁴، وهو الاعتماد في نفس الموقف

51 محمّد الشّرفي، مدخل لدراسة القانون، المرجع السابق، ص 250.

52 أحمد مليجي: أعمال القضاة، المرجع السابق، ص 72.

53 نفس المرجع السابق، ص 86.

54 وجدي راغب: النّظرية العامة للعمل القضائي، 1974، ص 42 وما بعد.

يرى الكاتب أنّ ما يميّز العمل القضائي في أساسه الموضوعي هو الإرادة والمحلّ والسبب، إرادة القاضي في تقييد الخصوم برأيه، والمحلّ الذي يمتد من لحظة رفع الدّعى إلى صدور الحكم، وسبب يبرره القانون. وتمتد الأركان الشكلية إلى شخص القاضي وعنصر المطالبة القضائية والخصومة التي تنتهي إلى حجية الأمر المقضي به.

على عناصر ماديّة وأخرى شكلية، ولا يخرج ذلك عن التّطوّر الطّبيعيّ لمنهج الإنسان في التّفكير. فإذا كان من الممكن القول بأنّ العمل القضائيّ من الناحية المادية هو مراقبة تنفيذ القانون في مسائل معيّنة توصلا لتقرير الصورة، فإنّ ذلك لا يكفي لتحديد العمل القضائيّ، بل لا بد من الاعتماد على العناصر الشكلية لتحديد هذه الطبيعة، وخاصة ما يتعلق بالعناصر العضوية والاستقلالية والهيكلية القضائيّة.⁵⁵ صحيح أنّه يمكن للمشرع أن يخفض من حدة الشكليات أو الإجراءات حسب الصور لكنه لا يمكن مطلقا الاستغناء عنها لتعريف العمل القضائي. والحقيقة أن معظم رجال القانون يعرفون العمل القضائي بالرجوع إلى مضامين العمل القضائي وإجراءاته، فلا عمل قضائي بدون وجود نزاع أو على الأقل ادعاء تقابله معارضة أو مقاومة، ومن المفروض أن تنتظر هيئة قضائية في هذا النزاع أو الادعاء وفق إجراءات قضائية محددة. ويرى البعض⁵⁶ أنّ العلامة المميزة للعمل القضائي هي حجّة الشيء المقضى به التي لا يمكن إسقاطها إلا بالطريقة المحددة قانونا، ولا يمكن الطعن فيها بالإلغاء حيث لا يمكن الحديث عن مسؤولية الدولة في هذا الباب⁵⁷. ومن الناحية العملية تبقى مسائلنا القرارات الولائية التي تصدر عن الجهة القضائية،⁵⁸ وعمل اللجان الإدارية ذات الصبغة القضائية هو المجال الخصب في طرح النقاش حول طبيعة العمل، وكان من

إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأوّل، 1974، ص 82 وما بعد.
يرى الكاتب أنّ ما يميّز العمل القضائي هو ضرورة توقّر نزاع أو ادعاء أولا ووجود هيئة تحسم النزاع ثانيا وإحاطة العمل بإجراءات قضائية ثالثا.

Guillien Raymond : L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, thèse, Bordeaux, 1931, p.21 et suiv.

يرى الكاتب أنّ العمل القضائي يتأسّس من حيث الموضوع على عنصر المراقبة الشرعيّة لتنفيذ القانون، ومن حيث الشكل على طبيعة العضو.

⁵⁵ Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, op.cit., p.210 n°162.

⁵⁶ أحمد مليجي، المرجع السابق، ص 80 وما بعد.

⁵⁷ لكنّ العمل القضائي ليس هو اتصال القضاء، فمن الأعمال القضائية ما لا يتّصل به القضاء ومع ذلك فهو من الأعمال القضائية مثل الأعمال الولائية (تعدّ الأعمال الولائية لدى البعض أعمالا قضائية ولدى البعض أعمالا إدارية ولدى غيرهم بين أي أعمالا ولائية)، إذ أنّ اتصال القضاء يتصل بالأحكام الحاسمة للنزاع الذي تبتّ في أصل النزاع. فهي حاسمة بمعنى أن لا يدخل في باب اتصال القضاء الأحكام الوقيّة والقرارات المتأكدة، وهي تبتّ في أصل النزاع بمعنى أن تتجاوز القرارات المرحلة التمهيديّة والتحضيرية. حمادي الرائد: اتصال القضاء في المادة المدنية، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1991.

⁵⁸ محمّد الطّاهر الحمدي: العمل القضائي والعمل الولائي، المرجع السابق، ص 55.

الممكن اعتماد العناصر الهيكلية للعمل القضائي (الادعاء والتقرير والقرار) مع جملة العناصر الشكلية (العضو والاستقلال والإجراءات) توصلا لتحديد طبيعة هذه الأعمال على حد رأي البعض⁵⁹، أما مازاد على ذلك فهو واضح باعتبار أن المنازعات هي أساس العمل القضائي، ولا يمكن أن نتخيل تدخل القضاء في أمر ليس فيه نزاع،⁶⁰ فهو الأصل والسبب في ظهور القضاء، ولا يصلح أن يتدخل القضاء إلا في النزاع. ولهذا العنصر مبررات تاريخية وأخرى منطقية، بحيث لا يمكن منطقياً أن يكون هناك فصل دون منازعة⁶¹. ثم إن المعيار في تواتره قوة تسمح بالقول إنه الوحيد المعتمد في فهم تدخل القضاء سواء في الحياة البدائية وحتى في الحياة المعاصرة⁶². ولا يمكن الحديث أصلاً عن حجّة الشيء المقضي به إلا مع وجود منازعة،⁶³ ولا يمكن تحلية القرارات بالصيغة التنفيذية إلا إذا أحرزت على قوة الشيء المقضي به.⁶⁴

لكن ما المقصود بالمنازعة أو النزاع ؟ وهذا هو الإشكال. يرى جانب من الفقه أن المنازعة هي المواجهة بين الخصوم، وهو أمر جوهري باعتبار أن القاعدة القانونية مدعوة من البداية إلى حسم النزاع، فقط عندما تشتد الخصومة وتقوم المواجهة يتطلب تدخل القضاء، والمنازعة أمر مفترض في العمل القضائي، فيفترض وجودها حتى بالنسبة إلى الصور التي ليس بها نزاع مثل

59 أحمد المليجي، المرجع السابق، ص 101 وما بعد.

60 « Les tribunaux étant institués pour trancher des différends et non pour donner des consultations, un propriétaire est irrecevable à demander à un tribunal de fixer la durée d'une prorogation à la quelle peut avoir droit son locataire, alors qu'aucun différend n'existe entre eux et qu'ils sont d'accord pour reconnaître que le locataire a droit à la prorogation commerciale ». Tribunal de la seine, 3 décembre 1924, D. hebdomadaire. 1925, p. 152. Cité par Duguít, T2, op. cit., n° 29, p. 458.

61 إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، 1974، المرجع السابق.

62 حمادي الرائد: اتصال القضاء في المادة المدنية، المرجع السابق، ص 2.

63 على كحلون، الصلح في المادة المدنية، المرجع السابق، ص 37.

64 نص الفصل 286 م.م.ت على ما يلي: "تتخذ بعد التحلية بالصيغة التنفيذية الأحكام التي أحرزت على قوة اتصال القضاء وهي التي لم تكن أو لم تعد قابلة للطعن بإحدى الوسائل المعطلة للتنفيذ، والأحكام التي أذن بتنفيذها الوقتي ولو لم تحرز على قوة اتصال القضاء."

اعتراف المتهم.⁶⁵ ويرى آخرون⁶⁶ أن المنازعة هي التعارض بين ادعاءات خصمين بمعنى الخصومة القضائية التي تفترض المواجهة بين الأطراف.⁶⁷ لكن جانبا من الفقه يعارض فكرة التعارض بين ادعاءات خصمين ويكتفي بادعاء من جانب واحد une prétention unilatérale.⁶⁸ ولا يتطلب أن تكون المنازعة فعلية بل يكفي أن تكون هناك معارضة لصورة إيجابية أو سلبية لصاحب الحق بحيث تنتزّر مصالح الشخص بسبب هذا الموقف. وذهب بعضهم إلى حدّ اعتبار المنازعة متوفرة إذا شكّ الشخص في القاعدة بحيث يكون تدخل القضاء مطلوبا لإزالة هذا الشك.⁶⁹ في حين تمسك البعض الآخر بأن المنازعة هي الاعتداء على القاعدة القانونية أو الاعتداء على حق أو الاعتداء على مصلحة شخص.⁷⁰

إنّ القاعدة القانونية مدعوة إلى توجيه المجتمع وبيان ضوابطه الكلية فهو تحديد للمصالح العامة، وكلّما ظهرت منازعة إلا وتدخل القضاء، فالمطلوب هو الخضوع دون نزاع، فإذا قام النزاع تدخل القضاء بجبر أحد الأطراف على تطبيق القاعدة. والنزاع في نهاية الأمر، على حدّ تعبير البعض، هو " تنازع حالٍ للمصالح يظهر في تنازع إرادتين وهما ادعاء ومقاومة. والادعاء هو اقتضاء شخص خضوع مصلحة الغير لمصلحته الشخصية، والمقاومة إما أن تأخذ شكل

⁶⁵ Hebraud Pierre :Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 sur la chambre du conseil.R.Tri.de droit civil,année 1948, p. 463 et suiv.

⁶⁶ Hauriou Maurice : Précis de droit administratif et de droit public, 12 ème édi.,1930, p.334 et 458.

⁶⁷ « une instance n'est qu'une longue contestation » : Vizios,études des procédures, 1931. Cité par P. Sabourin,op.cit.,p. 197.

⁶⁸ Vincent.Jean :Procédure civile,10 édi, Précis Dalloz.Paris.1974, n° 70,p.84-85.

⁶⁹ Chaumont.Charles : Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel . RDP, 1942,p.95 .

⁷⁰ « La notion de contestation devient essentielle mais non au sens restrictif du 19 ème siècle ni au sens de la violation d'un droit subjectif mais comme « un incident de l'ordonnancement juridique », « ...la fonction juridictionnelle avait « pour mission d'apurer l'ordonnancement juridique, de contrôler l'exercice des compétences et par suite, de procurer la sécurité juridique par la certitude juridique ». P. Sabourin,op.cit.,p. 197.

إعلان يَنازع به الشخص الادعاء، أو سلوك يخالفه أي يعتدي به على المصلحة المطلوب احترامها.⁷¹

وبتلخص من جميع ذلك أنّ العمل القضائي، ومهما كان التحليل، وتجاوزا لمسألة القرارات الاستيعافية⁷²، يقتضي وجود نزاع أو ادعاء أو مطالبة قضائية كما تقدّم، ولا يمكن أن يتعهد القضاء من تلقاء نفسه، بل لابدّ أن تُقام الدّعى أمامه،⁷³ والهدف هو فصلها في إطار الاستقلالية الكاملة وطبق إجراءات معيّنة.

⁷¹ وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، أشار إليها أحمد مليجي: أعمال القضاة، مكتبة عالم الكتب 1990، ص 18.

⁷² يمكن تبرير القضاء الاستيعافي بشكل عام بفكرة أنّه استعداد للمنازعة، ويمكن قبوله من هذه الناحية على ذلك المعنى.

⁷³ الدّعى القضائية: تفيد أنه لا يمكن للقاضي أن يتعهد بالقضية بصفة تلقائية، بل لا بدّ من رفعها من طالبها، "فافهم إذا أدلى اليك" والدّعى في نظر الفقه الإسلامي هي المطالبة أو هي القول أو هي طلب استحقاق شيء وهو ما يختلف شيئا ما عن نظريات القانون الوضعي. حيث رأت النظرية الذاتية بأن الدّعى ليست "سوى الحق الذاتي في حالة حركية" كما أكد ذلك DEMOLOMBE في قوله الشهيرة غير أن هذا الرأي انتقد بشدة نظرا لكون هناك عدة حقوق، دون أن تكون هناك دعوى، كالحقوق الطبيعية، كما لم يشترط في القائم أن يكون له حق، بل يكفي أن تتوفر به شروط القيام الواردة بالفصل 19 م.م.ت ونفت النظرية الموضوعية فكرة الحقوق الذاتية وتحدثت عن "المركز القانوني أو الوضعية القانونية". وبرزت نظرية حديثة ترى في الدّعى "القدرة القانونية على الالتجاء للقضاء" ومع ذلك لم تسلم هذه النظرية من النقد. حيث إنها تؤدي إلى الاعتقاد بوجود حق ذاتي والحال أنه لا يوجد إلا ممارسة لحرية أو إمكانية، كما أنه من الغريب حصر ميدان الدّعى في الحالات التي يطلب فيها الخصوم سماعهم في الأصل فحسب. وانتقد البعض هذه النظرية الحديثة على أساس أن التعريف الحديث لا يعبر إلا على تصور ذهني يختلف عن المفهوم الحقيقي للدّعى القضائية، الذي يفهم منه "الادعاء لدى القضاء" أي الالتجاء الفعلي للقضاء وفي هذا قال الأستاذ عبد الله الأحمدي في كتابه القاضي والإثبات في النزاع المدني وتحديدا بالصفحة 34 وما بعد مايلي "...وفعلا فإن التعريف الذي أورده الشراح الغربيون ينطبق على حق التقاضي أوحق القيام لدى المحكمة بالمعنى الذي يقصده المشرع التونسي بالفصل 19 م.م.ت وهو حق مشروع لكل شخص، له ممارسته إذا توفرت فيه الشروط القانونية من مصلحة وصفة وأهلية وذلك بقطع النظر عن وجهة الطلب من عدمها وعن كون المحكمة ستبت في أصله أم ترفضه شكلا، فالقول بأن الدّعى هي الإمكانية القانونية للالتجاء للقضاء لا ينسحب على مدلول الدّعى بل على الحق في رفعها وعلى هذا الأساس فإن للدّعى مفهوما ماديا إجرائيا ولا مجرد تصور ذهني تعني الإدعاء لدى القضاء. فعندما تستعمل كلمة دعوى قضائية نكون انطلقنا من مجرد الحق في التقاضي إلى الممارسة الفعلية الإجرائية لذلك الحق، فلا يكتسب الشخص صفة المدعي أو المدعى عليه إلا برفع الدّعى لدى المحكمة طبق الإجراءات القانونية وبناء على ذلك فإن الدّعى القضائية لا توجد قبل رفعها للمحكمة ولعل هذا ما جعل الفقهاء المسلمين يتحدثون عن المطالبة التي تحصل أمام القضاء وفي القانون الوضعي فإنه لا دعوى قضائية ما لم تتم إجراءات رفعها... ولئن كانت الدّعى لا تعني الحق الذاتي في نظرنا خلافا لما ذهب إليه العديد من الفقهاء الغربيين بالخصوص فإن ذلك لا يعني عدم وجود ترابط بينهما لسببين: أولهما: أن وصف الدّعى القضائية تملية طبيعة وخصائص الحق المطلوب فتوصف بأنها عينية أو شخصية إذا كان موضوعها حقا عينا أو شخصا ثانيهما أن الحق هو أساس الدّعى القضائية فالمدعي عندما يرفع دعواها للمحكمة يتمسك بكونه صاحب حق ذاتي وقع المسّ به، ويطلب إسترجاعه وحمايته ولذا فإن الحق هو أساس الدّعى..."

والدّعى القضائية تختلف عن المطالبة القضائية والخصومة، بحيث أن المطالبة القضائية تعني "العمل الإجرائي الذي بموجبه يمارس الشخص ذلك الحق" أي "عمل افتتاح المواجهات" وعمليا تحصل المطالبة القضائية بتقديم العريضة التي ترفع بها الدّعى وتليغها للخصوم بصفة عامة. والخصومة هي تلك المرحلة التي تفصل بين تاريخ رفع الدّعى وصدر الحكم في الأصل.

عبد الله الأحمدي، المرجع السابق ص 25 وما بعد. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق ص 111 وما بعد.

" فالقضاء من الوظائف الدّاخلية تحت الخلافة لأنّه منصب الفصل بين النّاس في الخصومات حسما للتّداعي وقطعا للتّنازع.⁷⁴ ويمكن للقضاة أن يتّخذوا بعض القرارات الإداريّة في مهامهم تنظيميا لإطار المحكمة، لكنّه لا يخيّر إطلاقا إقبال كاهل القضاء بمسائل تخرج عن إطار النّزاع. صحيح أنّ تعقّد الحياة المعاصرة وتعدّد المجالات العلميّة اقتضى التّخصّص بإنشاء لجان خاصّة تكون تابعة لذلك النّشاط، وصحيح كذلك أنّ مشاركة القضاة في تركيبة هذه اللّجان أصبح أمرا سائعا ومقبولا حتّى وإن كانت اللّجان مجرد لجان إداريّة، ولكنّ المطلوب كذلك أن لا تسند اختصاصات قضائيّة إلى لجان إداريّة وأن لا تسند اختصاصات إداريّة إلى لجان قضائيّة. لكنّ الصّعوبة تكمن دوما في أن المشرّع ينشئ هذه اللّجان ويخصّصها بمرجع نظر معيّن دون أن يحدّد طبيعة نشاطها، فيبقى الفقه في حيرة، وربّما كان ذلك أمرا مقبولا إلى حدّ ما، ولكن لا يمكن القبول مطلقا بإسناد جملة من الأعمال الإداريّة إلى هيكل قضائي محدّد قانونا تحت ضغط أيّة صورة، اللهمّ إلّا إذا كان ذلك من التّوابع التي لا تؤثر على الأصل. فللعمل الإداري متنوع من المفاهيم ما يستوعب جملة من الأعمال عادة ما تسند قصدا أو سهوا للأجهزة القضائيّة.

فعادة ما لا يتعدّى العمل الإداري أعمال التّطابق في إطار خاص تحكمه التّبعيّة بعيدا عن أي نزاع أو حتّى ادّعاء. " فالسلطة الإداريّة وحسب المعيار الشكلي، لا يمكن أن تكون إلّا مركزيّة أو جهويّة أو جماعات محليّة أو مؤسسات عموميّة متمنّعة بالشّخصيّة العموميّة، ويلحق بذلك ما يعرف بالهيئات المهنيّة، التي اعتبرت إداريّة في مهامها رغم بعض التّقاشات. وتعمل الهيئات الإداريّة إجمالا في إطار التّبعيّة للسلطة المركزيّة، والتّسلسل الإداري. وحسب المعيار المادي أي الموضوعي يتلخّص دور الهيئة الإداريّة في النّظر في المهام التي تعود أصلا للسلطة الإداريّة باعتبارها مشرفة على حسن سير المرفق العام، بما في ذلك الإرشاد والاستشارة، لتتّخذ في نهاية الأمر القرار المناسب وهي " وسيلة

Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile,op.cit.,p.87 et suiv.

ابن خلدون: المقدّمة، طبعة مؤسّسة الأعلمي للطبوعات-بيروت، ص 220.

تعبّر الإدارة بمقتضاه عن إرادتها المنفردة، وهو عبارة عن تصرف أو عمل قانوني يهدف إلى تغيير الوضع القانوني بمقتضى الالتزامات التي يتم فرضها أو الحقوق التي يتم منحها.⁷⁵ فالسلطة الإدارية حسب هذا المفهوم، أي المفهوم المادي والشكلي، هي عبارة عن "...أفراد أو مجموعة أفراد تتوافر فيهم شروط الأهلية والكفاءة والمتمتعة بمقتضى القانون بسلطة تمثيل الدّوات العموميّة، بحيث يمكنها القيام، باسم ولصالح هذه الدّوات، بتصرفات قانونيّة تكون نتائجها متمثلة في حقوق وواجبات راجعة مباشرة لهذه الأشخاص العموميّة".⁷⁶ ومن الفقهاء من يركّز على المعيار الشكلي فحسب لتعريف السلطة الإداريّة، وهناك من يركّز فحسب على المعيار المادي.⁷⁷ لكنّ أغلب الفقهاء يعتمدون على المعيارين في تعريف السلطة الإداريّة.⁷⁸

وتبقى جميع الأعمال الإداريّة سواء كانت ماديّة أو قانونيّة خاضعة لمبدأ أساسي يعرف بمبدأ المشروعيّة⁷⁹ "الذي يعني أصلاً خضوع الإدارة للقانون بمعناه الواسع، ضرورة أن تكون الأعمال الصّادرة عن الإدارة موافقة لما تقتضيه القاعدة القانونيّة. وبصورة أدقّ فإنّ المقصود بمبدأ المشروعيّة أن تكون تصرفات

⁷⁵ توفيق بوعشبة، مبادئ القانون الإداري التّونسي، المدرسة القوميّة للإدارة، ص 286.

⁷⁶ نفس المرجع السّابق.

⁷⁷ P. Sabourin : Recherche sur la notion d'autorité administrative en droit français, op.cit., p.19 et suiv.

René Chapus : Droit administratif général.T 1.7ème édi., édition du Mont-chrestien .Paris 1993, p. 382 et suiv.

G.vedel;Pierre Delvolvé :Doit administratif,Paris 1964, p. 236 et suiv.

M.Hauriou :Précis élémentaire de droit administratif, op.cit.,p.13.

Mohamed Larbi Fadhel Moussa, L'Etat et l'agriculture en Tunisie, publication du centre d'études de recherches et de publication de l'université de droit d'économie et de gestion de Tunis 1988, p.95.

⁷⁸ علي كحلون: المسؤوليّة المعلوماتيّة، المرجع السّابق، ص 292.

⁷⁹ CH. Eisenmann :le droit administratif et le principe de légalité,E.D.C.E,p.25.

J.Chevalier :la dimention symbolique du principe de légalité.R.D.P.1990,p.1651.

Chapus,op.cit.,p.804et suiv.

G.vedel;Pierre Delvolvé,op.cit.,p.373 et suiv.

M.Hauriou,op.cit.,p.371 et suiv.

Yadh Ben Achour : Droit administratif,op.cit.,p.533 et suiv.

الإدارة وكذلك القرارات التي تتخذها والعقود التي تبرمها موافقة لما تقتضيه القواعد القانونية سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أو غير مكتوبة.⁸⁰ فهو يمثل " القاعدة التي تقتضي أن السّلط الإداريّة تكون ملزمة في أعمالها باحترام القانون باختلاف أنواعه.⁸¹ معنى ذلك أن يكون القانون بشكل عام الضابط لجميع الأعمال الإداريّة، فإذا خرجت عن هذا الإطار يحقّ للأفراد ممارسة حقّ الطّعن. وتحتكم المشروعيّة إلى عدّة مصادر بدءا بالدستور ومرورا بالاتفاقيات الدوليّة والقانون وانتهاء إلى القرارات الإداريّة بأنواعها، ويلحق رجال القانون الإداري بذلك المصادر غير المكتوبة مثل المبادئ العامة والعرف وفقه القضاء.⁸²

ولا يعني ذلك إطلاقاً أنّ الإدارة تمارس نشاطها في إطار السّلبيّة المطلقة وتحصر فقط على ملاءمة قراراتها مع القواعد القانونيّة، فلا نقول إنّ للإدارة سلطة الملاءمة المجردة لا أكثر ولا أقل، فشدعي للإضراب عن أيّ اجتهاد مهما كان نوعه، بل إنّ لها هامشا كبيرا ومتّسعا من التّحرّك متى يكون لها سلطة تقديرية، فيجوز حينئذ ممارستها في إطار أعمال مبدأ الملاءمة دون خرق مبدأ المشروعيّة. فمن واجب الإدارة في إطار السّلطة التّقديرية المنفعة بها أن تراعي مبدأ الاختصاص والإجراءات الموجبة في ذلك والصّيغ الشّكليّة المفروضة والعناصر القانونيّة والواقعيّة.

وإذا قلنا إنّ أعمال الإدارة هي أعمال المراقبة والتّطبيق في إطار التّبعيّة والخصوصيّة بهدف تطبيق القاعدة القانونيّة، فإنّه لا يدفعنا حبنا لطبيعة

⁸⁰ توفيق بوعشبة، المرجع السّابق ص 184. وبذلك رنا الأستاذ بوعشبة بأنّ هذه القاعدة تجد أساسها في مبدأ فصل السّلط الثلاثة، وتكرّس مفهوم دولة القانون، وهو مفهوم ظهر مع الثّورة الفرنسيّة وإن كان جانب من الفقه يرجع الأصل إلى التجربة الألمانيّة بشكل عام. لكنّه كان انتقال من السّلطة المطلقة للحاكم أيّ الدولة الاستبداديّة إلى دولة القانون، ولا يعني ذلك أنّ الدولة الاستبداديّة لم تكن خاضعة للقانون، بل إنّ القانون عادة ما يكون بيد الحاكم إن شاء طّبّقه وإن شاء أمسكه.

⁸¹ رضا جنّح، قانون إداري، المرجع السّابق، ص 263.

⁸² وتعدّ المبادئ العامة في القانون الإداري هامّة وقد رفعها فقه القضاء بفرنسا إلى مرتبة القواعد الدّستوريّة، وإن وضعها البعض بين القوانين والأوامر. وهي تمثّل قاعدة الإجماع باعتبارها تعدّ تعبيراً عن نظام الحكم وتتطابق مع مبادئ الحريّة والحقوق. وقد لجأ فقه القضاء الإداري إلى صياغتها في وقت كانت فيه القواعد الإداريّة شحيحة، فكانت منهجا في التّعامل باعتبارها المعيرة عن الحريات العامّة وحقوق المواطنين، مثل مبدأ المساواة أمام المرافق العموميّة والضرائب ومبدأ عدم رجعيّة القرارات الإداريّة ومبدأ المساواة أمام القانون ومبدأ عدم المساس بالقرارات الفرديّة المنشئة للحقوق.....

Georges Vedel; Pierre Delvolvé, op.cit., p.384.

الضمانات القضائية إلى إسناد مثل هكذا أعمال إلى هيكل قضائي، لأنّ ذلك وببساطة سيؤدّي إلى طول الإجراءات وتعهّدها⁸³. ولا يتعلّق الإشكال فقط بضرورة الضغط على جملة المهام التي تسند للقضاء وعيا بطبيعة العمل القضائي، بل كان من المفروض أن تراعى جملة الضوابط الإجرائيّة في العمل القضائي من حيث طريقة ونظام حسم النزاع، وقد تعهّدت به المحكمة طبق القانون. فبعد أن يتعهّد القاضي بالقضيّة، أصبح من اللازم الاحتكام إلى طريقة معيّنة ونظام محدّد في البحث والحكم والطعن. وتلك هي موجبات العمل القضائي.

II - مفهوم القضاء العقاري

القضاء العقاري مفهوم حديث لم يبرز إلا مع بداية القرن العشرين وازداد المفهوم استعمالاً نتيجة اتّجاه التخصص في النشاط القضائي على غرار القضاء المدني والقضاء الجزائي والقضاء التجاري والقضاء الشغلي والقضاء الجبائي وقضاء الضمان الاجتماعي وقضاء المؤسسة وقضاء الأسرة وغير ذلك من الاختصاصات. على أنّ القضاء العقاري له مفهوم عام (أ) ومفهوم خاص (ب).

أ - المفهوم العام للقضاء العقاري

ينصرف مفهوم القضاء العقاري العام إلى نظر القضاء في كلّ ما يتعلّق بالعقار مهما كانت طبيعته مسجلاً أو غير مسجلاً، أي أنّه يتدخل في مدار القانون العقاري. وقبل تحديد المسائل التي يتناولها القضاء العقاري في مفهومه العام (3) يتعين بيان مفهومي القانون العقاري (1) والعقار (2).

1 - مفهوم القانون العقاري

القانون العقاري هو مجموعة القواعد القانونيّة الخاصّة بالمنطقة على العقّار، ويمكن أن يكون القانون العقاري عاماً أو خاصاً. فكما أنّ هناك قواعد

⁸³ والأمثلة كثيرة في ذلك، ولعلّ أهمّها ما يتعلّق بمطالب التسجيل العقاري اختياريًا ومسحيًا على معنى مجلّة الحقوق العينيّة والمرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرّخ في 20 فيفري 1964 ومطالب التحيين العقاري في إطار القانون عد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001 وتعويض حوادث المرور على معنى القانون عدد عدد 86 لسنة 2005 المؤرّخ في 15 أوت 2005.

عامّة في القانون هناك قواعد خاصّة، تذكيرا بتلك التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص. ومن هذه الناحية يُطلب التمييز بعناية بين القانون العقاري الخاص من ناحية والقانون العقاري العام من ناحية أخرى. والواضح أنّ الغاية من جملة هذه القواعد القانونيّة هي ضبط النّظام القانوني للعقار والحقوق المتعلّقة به نشأة ونقلًا وكشفاً وإشهاراً وتسجيلاً وغير ذلك.

فكل قاعدة قانونيّة وضعيّة يقابلها من الناحية الأخرى حقّ ذاتي، وبذلك فإنّ القانون العقاري الخاص يأتي على الحقوق العقاريّة الخاصّة، وهي الحقوق التي تخلص للأفراد. ولكنّ ذلك لا يعني أنّ الدولة، باعتبارها من الدّوات العامّة، لا يمكن أن تكون ضمن الخواص. فقد اقتضى التطوّر إخضاع الدولة إلى القانون الخاص في عدّة صور إذا تصرفت كشخص عادي دون أن تلتجئ إلى امتيازات السلطة العامّة. فكما أنّه من الممكن الحديث عن العقود العاديّة الخاضعة للقانون الخاص ولو أنّ أحد أطرافها شخص عام، على خلاف العقود الإداريّة المتضمّنة لمظاهر الامتيازات العامّة، يمكن الإشارة كذلك إلى الملكيّة الخاصّة للدولة من ناحية وإلى الملكيّة العامّة للدولة من ناحية أخرى. ولكلّ صنف نظامه وإجراءاته. وقد يردّ البعض الفرق بينهما إلى استعمال امتيازات السلطة العامّة وقال البعض الآخر بمعيّار المرفق العام. والمنتهى في جميع ذلك أنّ العقّارات العامّة تبقى خاضعة للقانون العام، بينما تبقى العقّارات الخاصّة خاضعة للقانون الخاص. معنى ذلك أنّ طبيعة الشخص المتدخل لا تحدّد طبيعة العقّار، وإنّما العكس هو الصّحيح، أي أنّ طبيعة العقّارات هي التي تحدّد طبيعة القانون المنطبق، فإذا كانت العقّارات خاصّة انطبقت القواعد الخاصّة، وكان القانون العقاري الخاص، ومن محاوره بيان طبيعة هذه العقّارات والحقوق الواردة عليها مفهوماً واكتساباً وانتفاءً، وإذا كانت العقّارات عامّة انطبقت القوانين العامّة، ومن محاورها تحديد طبيعة هذه العقّارات والحقوق المتعلّقة بها مع بيان خصوصيّتها وخاصّة منها ما يتعلّق بنظامها القانوني وطرق صيانتها وتهيتها وطرق اكتسابها.

2- مفهوم العقار

تقسم الحقوق في القانون المدني إلى حقوق عينية وأخرى شخصية⁸⁴. وتعرف بالحقوق الشخصية بأنها علاقة قانونية يلتزم بموجبها شخص بهدف إعطاء شيء أو القيام بعمل أو بعدم القيام بعمل، وتجد مصدرها في التصرف القانوني والواقعة القانونية. فهي علاقة قانونية وعلاقة شخصية وعلاقة مالية. ويقابل الحق الشخصي الالتزام الشخصي. أما الحق العيني فهو سلطة مباشرة للشخص على العين أو الشيء، ويتميز هذا الحق بسلطة التتبع والأفضلية التي يسندها إلى صاحبه. والشيء يمكن أن يكون خارج التعامل بين الناس كلحم البشر أو أمرا مباحا كالنقود، وهو المال. والمال، عملا بأحكام الفصل الأول من مجلة الحقوق العينية " هو كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون ومن شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية ". وينقسم المال إلى أشياء غير مادية وهو ما يتعلق بالملكية الفكرية وأخرى مادية وهو كل شيء محسوس ويمكن قسمته إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأخرى غير قابلة له وإلى أشياء مثلية وأخرى قيمية وإلى أشياء عامة وخاصة كما تقدم. وتعرف الأشياء القابلة للاستهلاك *consomptible* بكونها الأشياء التي أعدت بطبيعتها " لأن يكون أول استعمال لها هو الاستهلاك "⁸⁵، على عكس الأشياء غير القابلة للاستهلاك التي تستعمل دون أن تستهلك وتهلك نهاية، لكنها غير معدة منذ البداية للاستهلاك مثل السيارة والأثاث والمكتب وغيرها. ويمكن أن يكون الاستهلاك ماديا أو قانونيا، فإذا كان ماديا فيأتي على نهاية الشيء مثل الطعام، وإذا كان قانونيا فيأتي على إنفاق المال. ولهذا التقسيم أهمية في حدود أن بعض العقود لا يمكن أن تأتي على الأشياء غير القابلة للاستهلاك مثل عقد الكراء وعقد العارية وغيرهما، وعقود أخرى لا تأتي على أشياء قابلة للاستهلاك مثل القرض، كما أن هناك حقوقا لا ترد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك مثل حق الانتفاع. أما الأشياء القيمية فهي التي تكون معينة الذات ولا يقوم شيء آخر مكانها في الوفاء مثل السيارة والمنزل، فلا يعوّض الشيء الشيء الآخر.

وجملة الحقوق والواجبات تكون ما يعرف بالذمة بالمالية للشخص.

84

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد عدد 8، عدد 37، ص 84.

85

أما الأشياء المثلّية " فهي التي يقوم بعضها مقام البعض الآخر عند الوفاء والتي تعرف عادة عند التعامل بين الناس بالعدّ أو المقاس أو الكيل أو الوزن ⁸⁶. ومن خاصيّة الأشياء المثلّية non fongible أنّ بعضها يمكن أن يعوّض الآخر في التنفيذ ⁸⁷. وغالبا ما تكون الأشياء المثلّية أشياء قابلة للاستهلاك، كما أنّه غالبا ما تكون الأشياء القيمية غير قابلة للاستهلاك. والواضح أن الفرق بينهما لا يعود إلى رأي الأطراف بل إلى طبيعة الشيء في حدّ ذاته. ولهذا التقسيم أهميته في حدود أنّ الملكية لا تنتقل في الأشياء المثلّية إلّا بعد الوزن أو الكيل أو القيس، أمّا في الأشياء القيمية فتنتقل بمجرد العقد لأنّها لا تحتاج لكيل أو قيس أو عدّ ⁸⁸. أمّا التمييز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة فيحمل إلى التمييز بين الملك العام والملك الخاص كما تقدّم.

ولكنّ أهمّ تمييز في الأموال هو التمييز بين المنقولات من ناحية والعقارات من ناحية أخرى. فيعرف العقار بأنّه " كلّ شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف " ⁸⁹، وهو على ثلاثة أنواع إمّا أن يكون طبيعياً أو حكماً أو تبعياً. وإذا كان العقار لا يقبل النقل دون تلف، فإنّ المنقول يقبل النقل دون تلف، وهو على نوعين طبيعياً وحكماً ⁹⁰، فتكون بذلك طبيعة الشيء هي المحدّدة في التمييز بين العقار والمنقول ⁹¹.

86 الفصل 85 من القانون المدني المصري.

87 يراجع الفصل 298 م.م.م.ت

88 يراجع الفصل 586 م.ا.ع

89 الفصل 3 م.ح.ع.

90 الفصل 13 م.ح.ع.

91 ولم يكن هذا الفصل بين المنقول والعقار واضحاً في السابق، خلال فترة القانون الفرنسي القديم، فقد كان الرأي يعتمد على مدى قيمة الشيء لتمييز العقار عن المنقول، لذلك كانت بعض العقارات بطبيعتها لا تعتبر عقاراً لأنّها ذات قيمة تافهة مثل المباني في الأرياف والأشجار، في حين أنّ بعض المنقولات كانت بمثابة العقار نظراً لأهميتها.

ولم يكن للمنقول أهمية تذكر في ذلك الوقت مقارنة بأهمية العقار، فقد كان ينظر إلى المنقول على أنّه شيء وضع وتافه لا يمكن أن يضاهي أهمية العقارات. ويعود ذلك بالأساس إلى طبيعة المجتمعات قبل أن تحدث الثورة الصناعيّة والتكنولوجيّة ويصبح للمنقول تلك الأهمية.

ولم يكن القانون الروماني يفصل بين العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص، كما هو الحال اليوم، بل تحدّث الرومان عمّا يتّصل بالبيع والوصية عند التسليم. ولم يكن القانون الفرنسي القديم يميّز بينهما، بل كان جميعها من قبيل العقارات الطبيعيّة. ولم يبرز التمييز إلّا من خلال أحكام المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. وينادي جانب من رجال القانون اليوم بالاستعاضة عن فكرة التخصيص بفكرة التبعيّة لأنّها تحقق الأهداف التي عادة ما تردّ إلى العقارات بالتخصيص.

ولهذا التّقسيم عدّة نتائج هامّة، يمكن حصرها في النّقاط التّالية:

-إجرائيّاً يحدّد دائماً مكان العقّار المحكمة المختصّة، في حين أنّ المنقول لا يعتدّ بمكانه في تحديد مرجع النّظر. وحتىّ على مستوى أحكام القانون الدّولي الخاص، فإنّ مكان العقّار يحدّد القانون المنطبق على خلاف المنقول.

-تشمل إجراءات التّسجيل العقّار لأنّه شيء ثابت ولا يشمل المنقول بالرّغم من وجود بعض المنقولات الهامّة التي أصبحت تخضع لعملية التّسجيل مثل الطّائرات والسفن والسيّارات وحقوق الملكية الصناعية⁹². ويخضع المنقول إجمالاً لمبدأ الحيّزة⁹³.

-بعض الحقوق لا يمكن أن تقع إلّا على عقّار لكونه ثابت، مثل الرّهن العقّاري وحقّ الارتفاق.

-دعوى الحيّزة لا تحمي إلّا العقّار.

-لا يمكن الحديث عن الشّفعة إلّا مع العقّار.

والأصل في الأشياء هو العقّار بطبيعته، وينصرف إلى ثلاثة: الأرض والبناءات (المنشآت) والنباتات⁹⁴. فالأرض لا تتحوّل ولا تنتقل، وما ينقل هي

كما ينادي اليوم جانب من الفقه إلى الاستغناء عن هذا التّمييز بين العقّار والمنقول بحكم أهميّة المنقولات في يومنا هذا، واعتماد معيار آخر في تمييز الأموال على عنصر الثّبات وإرادة المشرّع، تجاوزاً لمفاهيم طبيعة المال المعتمد كمعيار لتمييز المنقول عن العقّار.

يراجع في جميع ذلك عبد الرزّاق السنهوري، المجلّد الثّامن، المرجع السّابق ص 61 و ص 69.

⁹² يمكن تنظيم سجلّات خاصّة لتسجيل هذه المنقولات وإشهار الحقوق المتعلّقة بها مثل سجلّ السفن على معنى مجلّة التجارة البحريّة الفصول من 23 إلى 41 وسجلّ الطّائرات على معنى القانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرّخ في 29 جوان 1999 المتعلّق بإصدار مجلّة الطّيران المدني كما هو منقّح بموجب القانون عدد 57 لسنة 2004 المؤرّخ في 12 جويلية 2004 الفصول من 3 إلى 66. وتسجيل العربات على معنى الفصول 63 و 69 و 72 من مجلّة الطّرق الصّادرة بموجب القانون عدد 71 لسنة 1999 المؤرّخ في 26 جويلية 1999 وقرار وزير النّقل المؤرّخ في 25 جانفي 2000، والسّجلّ التجاريّ على معنى القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرّخ في 2 ماي 1995 وسجلّ علامات الصّنع والتّجارة والخدمات على معنى القانون عدد 36 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001 وسجلّ براءات الاختراع على معنى القانون عدد 84 لسنة 2000 المؤرّخ في 24 أوت 2000 وسجلّ الرّسوم والنّماذج الصّناعيّة على معنى القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرّخ في 6 فيفري 2001 وسجلّ التّصميمات الشّكليّة للدّوائر المتكاملة على معنى القانون عدد 20 لسنة 2001 المؤرّخ في 6 فيفري 2001.

⁹³ الفصل 53 م.ح.ع

⁹⁴ الفصل 5 م.ح.ع

الأثرية، لكنّ الأرض باقية وثابتة، ويتّصل بالأرض المنشآت والنباتات، اتّصال قرار وثبات، ولا يمكن نقلها دون تلف.

وتشمل الأرض ما ينصرف إلى سطح الأرض وأسفله وما يحتويه الأسفل من أحجار وصخور ومعادن. وما فوق السطح ليس من الأرض. أمّا المناجم والكنوز المدفونة والآثار فلها حكمها الخاص. فلا تعتبر الكنوز المدفونة عقّاراً بل هي منقولة لمالك الأرض ثلاثة أخماسه والخمس لمكتشفه والخمس الأخير للدولة⁹⁵. وتعدّ المناجم⁹⁶ والآثار⁹⁷ ملكاً عاماً للدولة، ولا يمكن استغلال المحاجر والمقاطع، وإن تبقى لمالكي الأرض، إلّا بترخيص⁹⁸.

والنبات هو كلّ ما يغرس بالأرض ويزرع وما يتّصل بهما من ثمار وصابة وحطب. فتعدّ عقّاراً بطبيعته طالما أنّها مغروسة أو مزروعة بالأرض، فإذا انفصلت أصبحت منقولة. فإذا جذّت الصّابة والثمار صارت من المنقولات ولو لم تنقل⁹⁹، وإذا قطع حطب الأشجار صار من المنقولات¹⁰⁰. ولا تعدّ النباتات الموجودة مؤقتاً بأواني خاصّة من العقّار حتّى لو وضعت على الأرض لأنّها لا تنتفع بغذاء الأرض. ويعدّ النبات عقّاراً طبيعياً سواء نبت تلقائياً أو بفعل الإنسان.

والمباني أو المنشآت هي من العقّارات الطّبيعيّة باعتبارها مندمجة بالأرض، وإن أحدثت بفعل الإنسان، حيث لا يمكن فصلها إلّا بهدمها. فهي مجموعة من مواد البناء اجتمعت لتستقرّ سواء بسطح الأرض أو بباطنه، بما في ذلك المساكن والمطاحين والآبار والجدران وغيرها. وتعدّ كذلك مهما كان محدثها المالك أو

95 الفصل 25 م.ح.ع

96 القانون عدد 30 لسنة 2003 المؤرّخ في 28 أبريل 2003 المتعلّق بإصدار مجلّة المناجم، الرّائد الرّسمي عدد 34 بتاريخ 29 أبريل 2003، ص 1416.

97 القانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرّخ في 24 فيفري 1994 المتعلّق بإصدار مجلّة حماية التّراث الأثري والتّاريخي والفنون التقليديّة، الرّائد الرّسمي عدد 347 بتاريخ 1 مارس 1994 عدد 17.

98 القانون عدد 20 لسنة 1989 المؤرّخ في 22 فيفري 1989 المتعلّق بتنظيم استغلال المقاطع، كما هو منقّح بموجب القانون عدد 95 لسنة 1998 المؤرّخ في 23 نوفمبر 1998. الرّائد الرّسمي عدد 16 بتاريخ 3 مارس 1989 عدد 340.

99 الفصل 7 م.ح.ع

100 الفصل 8 م.ح.ع

غيره. وتقوم المباني والمنشآت على فكرة الاندماج لا غير، ولا يهم إن كانت مقامة بصفة وقتية أو دائمة شرط أن تندمج بالأرض، فبيوت المعارض المبنية بصفة وقتية تعدّ عقارات طبيعية إذا اندمجت بالأرض. أمّا إذا كانت بيوتا من لوح، مثل الأكشاك والمنازل المتقلّبة constructions volantes والأخيام، فهي من المنقولات. ويعدّ من قبيل العقارات بطبيعته في نهاية الأمر جميع توابع البناء المندمجة فيه بشكل لا يقوم البناء بدونها، مثل الأبواب والشبابيك والأقفال والأنابيب والتجهيزات الصحية والبلاط والسخانات والمصاعد والتجهيزات الكهربائية، فهي أشياء متممة للبناء، لذلك نصّ الفصل السادس م.ح.ع على أنّ " الأجهزة والأنابيب اللاصقة بالأراضي والمباني والمتممة لها عقارات طبيعية "، حتّى وإن تمّ في بعض الأحيان نقلها دون تلف. وإذا وضع المالك بأرضه تجهيزات فلاحية واندمجت في الأرض مثل أدوات الريّ والقنوات اعتبرت عقارات بطبيعتها، فإذا انفصلت كانت عقارات بالتخصيص. معنى ذلك أنّ أحكام الفصل السادس م.ح.ع تقوم على فكرة: الاندماج incorporation، بمعنى التوحد والانصهار. فلا تفصلها دون ضرر. ولا تقوم الوحدة بغيابها.

أمّا العقار بالتخصيص، فقد ورد مضمونه حصرا بالفصلين 9 و 10 م.ح.ع، حيث نصّ الفصل التاسع على أنّه " يعدّ عقارات حكمية ما يضعه المالك في أرضه من الأدوات والحيوانات وغيرها من الأشياء رسدا على خدمتها واستغلالها "، فذلك الحيوانات وأدوات الري ومعدّات الخزن التي يضعها المالك بأرضه رسدا على خدمتها واستغلالها. ونصّ الفصل العاشر على أنّه " يعدّ عقارات حكمية ما يضعه المالك بعقاره من الأشياء المنقولة الملتحمة بالعقار بشكل يتعدّر معه فصلها عنه دون إفسادها أو إفساد ما هي متّصلة به ". وكذلك جميع التجهيزات الملتحمة بالعقار، فهي منقولات ألصقت بالجبس أو الاسمنت بالعقار مثل ألواح التصوير والمرايا، فهي منقولات مرتبطة بالعقار على سبيل الدوام، ولكنّ المشرّع بحكم عنصر الترابط أنزلها منزلة العقار بالتخصيص¹⁰¹.

¹⁰¹ أخذ المشرّع التونسي محتوى الفصلين 9 و 10 من الفصل 524 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة، حيث وضع الفصل 524 المبدأ العام بطالعه، قولا إنّ " الأشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره لخدمة

والواضح أنّ المشرّع وضع شرطين لقيام العقار بالتّخصيص، أولهما أن يكون المالك واحداً وثانيهما أن يتحقّق التّخصيص طبق القانون. وفي ذلك عدّة آثار هامّة.

أمّا فيما يتعلّق بشرط اتّحاد المالك، فقد أشار الفصل التّاسع م.ح.ع إلى " ما يضعه المالك في أرضه... " كما أشار الفصل العاشر م.ح.ع إلى " ما يضعه المالك بعقاره.. " وبذلك يشترط المشرّع أن يكون المالك هو من خصّص المنقول، فلا يعتدّ بما يصنعه المستأجر أو صاحب حقّ الانتفاع لتعريف العقار بالتّخصيص، كما لا يُعدّ عقاراً بالتّخصيص إذا ألحق المالك بعقاره منقولاً تابعاً للغير. وتتصرف أعمال المالك إلى أعمال نائبه اتفاقاً أو قانوناً، كما في صورة التصرف عن طريق الوكيل أو الولي وغيرهما. وإذا وافق المالك على أن يبقى المنقول بالعقار اعتبر عقاراً بالتّخصيص. ولا يمكن لما وضعه المالك على الشّياء أن ينقلب إلى عقار بالتّخصيص إلّا إذا آلت القسمة إلى استحقاقه للجزء موضوع إلحاق المنقول. وإذا حاز طرف ما عقاراً على ملك الغير، سواء كان بحسن نية أو بسوء نية، وألحق به منقولاً أصبح من العقارات الحكميّة بالتّخصيص إزاء الغير، لكنّ المالك الحقيقي لا يمكن أن يستردّ إلّا أرضه ويبقى المنقول للحائز، لأنّه وضع من طرف غير ذي ملك.

أمّا فيما يتعلّق بشرط التّخصيص، يستخلص من الفصلين 9 و 10 م.ح.ع أنّ المشرّع التّونسي اعتمد حالتين في التّخصيص، تخصيص المنقول لخدمة واستغلال الأرض والتّخصيص بالالتحام، تأثيراً بالقانون الفرنسي، على خلاف بعض التّشاريح الأخرى¹⁰².

هذا العقار واستغلاله تكون عقاراً بالتّخصيص". وهو ما أورده المشرّع التّونسي بالفصل 9. ثمّ جاءت الفقرات الموالية لتفصّل ما أجمل بطالع الفصل 524، فأشارت إلى: حالة المنقولات التي يربطها المالك بالعقار على سبيل الدّوام، وهي صورة الفصل 10 م.ح.ع. وأوضحت المادّة 525 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة مفهوم الارتباط قولا إنّ " يعتبر المالك أنّه ربط منقولات بعقاره على سبيل الدّوام إذا كانت هذه المنقولات قد ألصقت بالعقار بالجس أو الجير أو الإسمنت أو كانت لا يمكن فصلها دون أن تتكسر وتلف أو دون أن يتكسر أو يتلف الجزء من العقار الذي ألصقت المنقولات به". وأورد الفصل جملة من الأمثلة مثل المرايا والصّور..

¹⁰² لم يميّز المشرّع المصري بين التّخصيص للخدمة والاستغلال والتّخصيص بالالتحام، وكان المشرّع الفرنسي أكّد بالفصلين 524 و 525 فكرة الفصل بين التّخصيص للخدمة والاستغلال والتّخصيص على سبيل الدّوام. وقد انتقد هذا التقسيم فقها، الأمر الذي دفع بعض التّشاريح إلى التّخلّي عن هذا التّصنيف ونصّ

ويبدو أنّ المشرّع التونسي جعل التّخصيص برصد المنقول للخدمة والاستغلال مقصورا على المجال الفلاحي بالإشارة إلى ما يمكن أن " يضعه المالك بأرضه من أدوات وحيوانات وغيرها من الأشياء رسدا على خدمتها واستغلاله "، فينصرف مفهوم الأرض إلى خدمة الأرض دون البناءات والمنشآت وينصرف مفهوم الأدوات والحيوانات إلى كلّ ما يصلح لخدمة الأرض الفلاحية بما في ذلك المواشي وغيرها من الحيوانات وآلات الحرث والحصاد والبذور والتبن والسّماذ وما يستعمل لتخزين المحصول¹⁰³. فقط أنّ المواشي والحيوانات وكلّ ما يربّى بالأرض الزراعيّة (نحل، أرانب، دجاج، حمام، دود القزّ، أسماك البرك) ويكون غير مخصّص لخدمة الأرض واستغلالها لا يعدّ من قبيل العقّارات الحكميّة، كما إذا وضعها مالكها للانتفاع بلحمها واستعمالها لغاية التّجول والنزهة فقط. وتبقى عقّارات بالتّخصيص إذا كان استعمالها مزدوجا، والأغلب أنّها تكون كذلك، لأنّ الأرض تنتفع على الدّوام بسماذها. كما أنّ المحصول الزراعي لا يعدّ عقّارا بالتّخصيص بعد فصله إلّا ما ترك منه كبذور.

وكان من الممكن استعمال عبارات عامّة لجعل الرّصد ينصرف إلى مجالات عديدة تتجاوز الاستغلال الفلاحي والزّراعي لتشمل الاستغلال الصّناعي¹⁰⁴ والتّجاري¹⁰⁵ والمدني¹⁰⁶. لكنّ المشرّع التونسي لم يفعل.

الفصل 82 من القانون المدني المصري في فقرته الثّانية على أنّه " يعتبر عقّار بالتّخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقّار يملكه رسدا على خدمة هذا العقّار أو استغلاله "، دون أن يميّز بين الحالتين ودون أن يحصر الخدمة والاستغلال في الميدان الفلاحي.

¹⁰³ فرغم أنّ المشرّع التونسي تأثّر بالقانون الفرنسي إلّا أنّه لم يعتمد الحلّ الفرنسي في تجاوز الإطار الفلاحي، فقد أشار الفصل 524 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة إلى " الاستغلال الصّناعي والآلات الضروريّة لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق والمعامل الأخرى "، في وقت لم تكن الصّناعة متطوّرة كما هي اليوم، وانتهى التّطبيق إلى جعل التّخصيص برصد المنقول لخدمة العقّار واستغلاله يشمل جميع الميادين الصّناعيّة والتّجاريّة والمدنيّة.

¹⁰⁴ يشمل الاستغلال ما يوضع في المعامل من آلات وأدوات رسدا لنشاط المعمل مهما كانت طبيعة نشاط المصنع. وقد كان المشرّع الفرنسي أشار في بدايته إلى " الآلات الضروريّة لاستغلال معامل الحديد ومعامل الورق والمعامل الأخرى " لأنّ الصّناعة لم تكن متطوّرة بعد في ذلك الوقت وكان للنّشاط الفلاحي أهمّيته، الأمر الذي لا يصدق في يومنا هذا وقد أخذت الأنشطة الصناعيّة شوطا كبيرا على حساب الفلاحة. ويفترض الاستغلال الصّناعي وجود مكان مخصّص للاستغلال، فلا تعدّ عقّارات بالتّخصيص المنقولات التي يعمل بها صاحب المصنع بمنزله، وتعدّ المواد الخام والمواد الأوّليّة عقّارات حكميّة، فقط أنّ المنتج يصبح منقولا على غرار المحاصيل الفلاحيّة.

¹⁰⁵ تميّز التّشريع التي اعتمدت مفهومها واسعا لرصد المنقول لخدمة واستغلال العقّار في المجال التّجاري، مثل القانون الفرنسي والقانون المصري، بين مباشرة التّجارة من غير مالك، وفي هذه الصّورة لا يمكن الحديث عن تخصيص لغياب وحدة الملك، وبين مباشرة التّجارة من قبل المالك، فتكون المنقولات

ويشترط أن يكون المنقول مخصّصاً لخدمة واستغلال الأرض وليس لخدمة المالك، فكلّ تخصيص لذات المالك يمنع ظهور العقّار بالتّخصيص، كما في صورة تخصيص المالك سيّارة لاستعمالاته الخاصّة. ولا يشترط أن يكون هذا التّخصيص بصفة دائمة، بل يكفي أن يخصّص على سبيل الثّبات والقرار، بمعنى أن لا يكون التّخصيص موقوتاً بمدة قصيرة. ولا يشترط أن يكون التّخصيص ضروريّاً، فقط يشترط أن يكون واقعياً ومادياً مخصّصاً لخدمات واستغلال الأرض حسب طبيعة الإنتاج الفلاحي، فلا تكفي إرادة المالك في التّخصيص، بل يُنظر إلى واقع الأرض وطبيعة الخدمة. فلم يرد بالفصل التّاسع ما يحمل لشرطي الدّوام والضرورة¹⁰⁷.

وأورد الفصل العاشر م.ح.ع صورة التّخصيص بالالتحام تأثيراً بالفصل 524 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة، وجاءت بالقانون التّونسي وكأنّها حالة مستقلّة عن صورة الرّصد لخدمات الأرض واستغلالها، في حين أنّ المشرّع الفرنسي جعل صورة " تخصيص المنقولات التي يربطها المالك بالعقّار على سبيل الدّوام " وكأنّها صورة تطبيقية للمبدأ العام في التّخصيص، وهو أن يضع المالك بعقّاره أشياءً لخدمة هذا العقّار واستغلاله.

وواضح أنّ المشرّع يشترط بالفصل 10 م.ح.ع أن يكون المالك نفسه هو الذي يضع المنقولات الملتحمة بعقّاره، فوضع بذلك شرطي اتّحاد المالك والالتحام. فيشترط أن يكون المالك نفسه هو الذي وضع المنقول، فلا تقوم صفة

الموضوعة خدمة للعقّار واستغلاله من قبيل العقّارات الحكميّة (المصنع والنزل والمطاعم والمقاهي والحمام....)، على خلاف الأصل التجاري نفسه الذي تنحصر مكوّناته في العناصر المعنويّة والبضاعة. وهذه الصّورة لا تطرح في القانون التّونسي الذي حصر رصد المنقولات لخدمة واستغلال العقّار في الميدان الفلاحي، فلا يطرح الإشكال إلّا بالنسبة إلى المنقولات التي التحمت بالعقّار والتي تردّ عادة إلى العقّارات الحكميّة بالالتحام، كما سيأتي، ولا تتصل بالأصل التجاري.

¹⁰⁶ اشترط المشرّع الفرنسي عنصر الدّوام والالتحام بالنسبة إلى ما وضع بالمنزل بهدف الزينة أو الاستغلال المدني حتّى يكون عقّاراً بالتّخصيص، ولكنّ المشرّع المصري لم يشترط ذلك، بل جاءت عبارة خدمة العقّار واستغلاله عامّة تشمل جميع القطاعات، فيشمل العقّار بالتّخصيص أجهزة الإضاءة وصندوق البريد والآلة الإطفاء، ولا تعدّ المفروشات والأثاث من العقّارات الحكميّة لكونها مخصّصة للاستعمال الشّخصي، ويدخل في باب العقّارات الحكميّة حسب هذا الاتجاه المرايا وألواح التّصوير والزينة والتّماثيل....

¹⁰⁷ السّائد بالفقه الفرنسي أن يكون التّخصيص ضروريّاً ودائماً عملاً بأحكام الفصل 524 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة.

العقارات بالالتحام إذا انعدم ركن اتحاد المالك، كما أن يكون واضع المنقول هو المستأجر أو غيره.

وبتحقق شرط الالتحام إذا لصق المنقول بالعقار بشكل يتعذر معه فصله عنه دون إفساده أو إفساد ما هو متّصل به، وقد عبّر المشرّع الفرنسي عن هذه الصّورة بالفصل 525 من المجلّة المدنيّة قولا إنّهُ " يعتبر المالك أنّه ربط منقولات بعقاره على سبيل الدّوام إذا كانت هذه المنقولات قد لصقت بالعقار بالجبس أو بالجير أو بالإسمنت أو كانت لا يمكن فصلها دون أن تتكسر وتتلف أو دون أن يتكسر أو يتلف الجزء من العقار الذي لصق به".

والواضح أنّ صورة الالتصاق *attachement* الواردة بالفصل 10 م.ح.ع تختلف عن صورة الاندماج *incorporation* الواردة بالفصل 6 م.ح.ع. فتقتضي صورة الاندماج أن لا يقوم البناء بدونها كما تقدّم، أمّا صورة الالتحام فيقوم فيها البناء بدونها، ولكنّها التحمت إلى حدّ أنّه أصبح يتعذر فصلها دون إفسادها أو إفساد ما هي متّصلة به، كما في صورة المرايا والألواح اللاصقة وغيرها. وقد رأت محكمة التعقيب التّونسيّة ولو بصفة ضمنيّة أنّ آلات التّسيج اللاصقة بالعقار تعدّ عقارات حكميّة بالالتصاق¹⁰⁸.

والأثر في هذا التّخصيص، سواء برصد المنقول لخدمة واستغلال العقار أو بالالتحام، هام للغاية على عدّة مستويات:

- من أهمّ آثار التّخصيص أنّ المنقول يأخذ حكم العقار في حالة هبة العقار أو وصيّة العقار وبيع العقار¹⁰⁹ والرّهن العقاري¹¹⁰ وكراء العقار¹¹¹، فتتصرف تلك العمليّات إلى مجمل عناصر العقار بما في ذلك العقارات الحكميّة، بالرّغم من أنّها في الأصل كانت منقولات. فهو افتراض قانوني ينقل المنقول إلى حكم العقار. ولا يجوز عقلة المنقول بالتّخصيص بمفرده، بل لابدّ أن يكون ذلك

¹⁰⁸ قرار تعقيبي مدني عدد 7973 مؤرّخ في 23 مارس 1972، م.ق.ت 1972، عدد 6، ص 21. المجلّة القانونيّة التّونسيّة 1974، ص 221، تعليق عبد العزيز بن ضياء.

¹⁰⁹ الفصل 612 م.ا.ع

¹¹⁰ الفصل 272 م.ح.ع

¹¹¹ الفصل 742 م.ا.ع

في إطار عقلة عقارية، إلا في حالات استثنائية تبررها مؤسسة المنقولات بالمآل، كما سيأتي.¹¹²

-إنّ المنقول إذا أدمج تماما بالعقار يصبح عقارا طبيعياً ويفقد ذاته (الفصل 6 م.ح.ع)، ولا يحقّ لصانعه أو بائعه أو لمن أقرض مالا لشرائه أو إصلاحه أن يعقله. أمّا إذا كان العقار بالتخصيص، فيحافظ على ذاتيته، ويمكن عقلته بمفرده عملاً بأحكام الفصل 305 م.م.م.ت.

-في صورة انتزاع العقار تردّ العقارات الحكمية لصاحبها، في حين أنّ المنقولات المدمجة أي العقارات الطبيعية تبقى ضمن عناصر الانتزاع.

-ومادام التخصيص واقعة مادية، فإنّ المنقول يعود إلى طبيعته الأصلية إذا انتهت عملية الرصد لخدمات واستغلال العقار، مثل صورة بيع المواشي دون الأرض أو بيع الأرض دون المواشي¹¹³.

تلك هي العقارات بطبيعتها والعقارات الحكمية. أمّا العقارات التبعية فهي الحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بها¹¹⁴. وقد حدّد الفصل 12 م.ح.ع على سبيل الحصر الحقوق العينية وهي الملكية والإنزال والكردار ودخلهما وحقّ الانتفاع وحقّ الاستعمال وحقّ السكنى وحقّ الهواء والإجارة الطويلة وحقّ الارتفاق والامتياز والرهن العقاري. وكلّ حقّ تقابله دعوى. ومعلوم أنّ العقارات الطبيعية أو الحكمية لها وجود مادي، أمّا الحقوق التي تتعلّق بها فهي من قبيل الأشياء المعنوية، ومن المفروض أنّها لا تصلح أن تكون عقارا أو منقولا، ولكنّ المشرّع حافظ في شأنها على نفس التقسيم بين العقار والمنقول، وألحقها بالعقارات، ليس بحكم طبيعتها بل " تبعا لطبيعة المحلّ الذي تقع فيه "¹¹⁵. فيعدّ من قبيل العقارات التبعية الحقوق العينية العقارية، سواء تعلّقت بعقارات طبيعية أو حكمية، وقد وردت هذه الحقوق العينية على سبيل الحصر بالفصل 12

112 الفصل 305 م.م.م.ت

113 مع احترام حقوق المرتهن، إن وجد. فإن كان المشتري على سبيل المثال حسن النية أي لم يعلم قانونا بالرهن، سقط الأجل بالنسبة للرهن وطولب المدين بالوفاء حالا. يراجع الفصول 276 و 207 و 209 م.ح.ع.

114 الفصل 11 م.ح.ع

115 عبد الرزاق السنهوري، المجلد الثامن، المرجع السابق، ص 193.

م.ح.ع. وهي تنقسم إلى حقوق عينية أصلية أي الملكية وحقوق عينية متفرعة عن الملكية وهي الانتفاع والارتفاق والإنزال والكردار والاستعمال والسكنى وحقوق عينية عقارية تبعية وهو الامتياز والرهن العقاري. وكلّ دعوى تتعلق بحق عيني عقاري هي دعوى عينية عقارية سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو متفرعة عنها أو تبعية. وتعتبر دعاوى الحيازة التي تحمي العقار (دعوى كف الشغب، دعوى تعطيل أشغال، دعوى افتكاك الحوز بالقوة) دعاوى عينية عقارية. ولهذا التصنيف أهمية كبرى في تحديد مرجع نظر المحاكم. حيث إنّ الدعاوى العقارية عادة ما تعود بالنظر لمحكمة مكان وجود العقار¹¹⁶.

ويتميز العقار، بتعريفاته الثلاثة، عن المنقول. فقد نصّ الفصل 13 م.ح.ع على أنّ المنقول يكون إمّا منقولا بطبيعته أو بحكم القانون. و"تعدّ منقولات بطبيعتها الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها أو بمفعول قوة أجنبية عنها" عملا بأحكام الفصل 14 م.ح.ع¹¹⁷. فإذا كان العقار ثابتا ومستقرا، فإنّ المنقول ينقل من مكان إلى آخر دون ضرر. فكلّ شيء غير ثابت هو منقول حتّى ولو كانت صورته الخارجية توحى بالاستقرار ولكن يمكن نقله دون تلف، مثل العوّامات والمنازل المتحركة والخدمات المتنقلة والخيام والأكشاك. وتعدّ أنقاض البناء أي فواضل البناء بعد هدمه وكذلك مواد البناء قبل استعمالها من قبيل المنقولات الطبيعية¹¹⁸. فقط أنّ التجهيزات المنزلية المفصولة من مكانها بصفة وقتية بغاية إصلاحها وإرجاعها لمكانها لا تعدّ منقولا خلال تلك الفترة، بل تحافظ على طبيعتها. ورغم أنّه أصبح من الممكن الإشارة، في يومنا

¹¹⁶ يرى جانب من الفقه أنّ دعوى الشفعة هي دعوى منقولة لأنّ الطالب يستند إلى حقّ خاص سنده القانون، ولا سلطان للطالب على العقار. ويرى جانب من الفقه أنّ دعوى الشفعة هي دعوى عقارية لأنّ الشفعة ليست حقّا عينيا أو حقّا شخصيا بل هي طريقة من طرق اكتساب الملكية، مثل العقد، تهدف إلى استحقاق العقار.

عبد الرزاق السنهوري، المجلّد الثامن، المرجع السابق، ص 197.
وترى محكمة التعقيب التونسية أنّ الشفعة حقّ عيني، والدعوى فيها من الدعاوى العينية العقارية وهي راجعة بالاختصاص للمحكمة الابتدائية. قرار تعقيبي مدني عدد 13324 المؤرخ في 25 مارس 1986، ن.م.ت، 1988، عدد 1، ص 173.

¹¹⁷ وهو ما يقابل الفصل 528 من المجلة المدنية الفرنسية.

¹¹⁸ نصّ المشرع الفرنسي على هذه الصورة الخاصة بالفصل 532 من المجلة المدنية.

هذا، إلى جانب كبير من المنقولات الهامة، والتي يمكن أن يكون لها وحدة متكاملة مثل الطائرات والسفن والسيارات، ومع ذلك تبقى منقولات، ولكن لها ميزة أن عنصر الحياة سقط فيها وأصبح يعول على إجراءات إخبارية دقيقة في معارضة الغير بالحقوق المتعلقة بها، كما تقدّم.

و" تعدّ منقولات بحكم القانون الالتزامات والحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بالمنقول والحصص والأسهم والرّقاع في مختلف الشركات وإن كانت هذه الشركات مالكة لعقّارات "عملا بأحكام الفصل 15 م.ح.ع. ويقصد بالالتزامات الحقوق الشخصية التي تهدف إلى إعطاء شيء منقول أو عقّار أو القيام بعمل ينتهي بتسليم منقول أو عقّار، مثل عمل مقاول البناء، أو أن يمتنع عن ذلك، مثل الالتزام بعدم المنافسة. فجميع هذه الحقوق الشخصية ألحقها المشرّع حكما بالمنقولات حتّى وإن كان موضوع الالتزامات عقّارا، فهي من قبيل الأموال المنقولة¹¹⁹. والحقوق العينية التي ترد على منقول يمكن أن تكون حقوقا عينية أصلية أو متفرّعة أو تبعية، مثل الملكية وحقّ الانتفاع وحقّ الاستعمال والامتياز ورهن المنقول. أمّا حقّ السكنى وحقّ الارتفاق فلا يمكن أن يكونا من قبيل الحقوق العينية المنقولة بل هيّ متّصلة دوما بالعقّار دون المنقول. أمّا الدعاوى فهي المتعلقة بمنقول، وهو ما يتجاوز الدعاوى المتعلقة بحقّ عيني عقّاري، وقد تكون دعاوى متعلّقة بحقّ عيني على منقول وهو ما يتعلّق بالملكية والانتفاع والاستعمال والرهن، وقد تكون دعاوى متعلّقة بحقّ شخصي سواء تعلّقت بمنقول أو عقّار، مثل الدّعى التي ترمي إلى جعل المالك يملك العقّار أو دعوى تسليم المنقول أو العقّار ودعوى الالتزام بعمل أو عدم القيام بعمل، وكذلك دعاوى الفسخ والإبطال والرجوع. أمّا الحصص والأسهم والرّقاع، فهي مساهمات بالشركات، فتحسب بالحصص parts في شركات الأشخاص وتحسب بالأسهم والرّقاع actions في شركات الأموال حتّى ولو أنّ هذه الشركات كانت مالكة لعقّارات، حيث إنّ المالك الحقيقي لتلك العقّارات هو الشّخص المعنوي وليس

¹¹⁹ على خلاف الاتجاه السائد بفرنسا الذي يعتبرها أموالا عقّارية نظرا لغموض أحكام المجلة المدنية في ذلك، وقد انتهى الفقه والقضاء إلى ذلك الرأي.

لِلشَّرِيكَ إِلَّا حَقًّا شَخْصِيًّا يَتَحَدَّدُ بِالسَّهْمِ وَالْحَصَّةِ. وَمَادَامَ حَقًّا شَخْصِيًّا فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ إِلَّا مَنْقُولًا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ وَالْعَقْلَةِ وَالرَّهْنِ. وَيَعَدُّ الْأَصْلَ التَّجَارِيَّ مِنْ قَبِيلِ الْمَنْقُولَاتِ، وَلَوْ أَنَّ الْفَصْلَ 15 م.ح.ع. لَمْ يَنْصَحْ عَلَى ذَلِكَ. وَيَعَدُّ الْأَصْلَ التَّجَارِيَّ مِنْ قَبِيلِ الْحَقُوقِ الْمَعْنَوِيَّةِ وَإِنْ كَانَ يَتَكَوَّنُ مِنْ عُنَاوِيٍّ مَادِّيٍّ (الْبَضَائِعِ، الْأَثَاثِ) وَأُخْرَى مَعْنَوِيَّةٍ (الْأَسْمُ التَّجَارِيَّ، الْحُرَفَاءِ)، وَلَكِنَّهُ مَنْقُولٌ يَخْضَعُ لِنِظَامِ الْمَنْقُولَاتِ مِنْ حَيْثُ بَيْعُهُ وَشُرَائُهُ وَرَهْنُهُ وَعَقْلَتُهُ، وَمَا يُمَيِّزُهُ أَنَّهُ لَا يَنْفَصِلُ عَنِ الذِّمَّةِ الْمَالِيَّةِ لِصَاحِبِهِ، فَلَيْسَ لَهُ شَخْصِيَّةٌ مَعْنَوِيَّةٌ مُسْتَقْلِلَةٌ وَأَنَّ الرَّهْنَ فِيهِ لَيْسَ حَيَازِيًّا. كَمَا أَنَّ هُنَاكَ جُمْلَةٌ مِنَ الْحَقُوقِ الْمَعْنَوِيَّةِ مِثْلُ الْمِلْكِيَّةِ الْفِكْرِيَّةِ بِأَصْنَافِهَا تَعَدُّ مِنْ قَبِيلِ الْمَنْقُولَاتِ وَإِنْ لَمْ يَنْصَحْ الْفَصْلَ 15 م.ح.ع. عَلَى ذَلِكَ.

لَكِنَّ الْمَشْرَعَ وَإِنْ وَضَعَ نِظَامًا فِي الْإِحَاقِ الْمَنْقُولَاتِ بِالْعَقَّارَاتِ وَاعْتَبَرَهَا عَقَّارَاتٍ حَكْمِيَّةً، فَإِنَّهُ لَمْ يَضَعْ نِظَامًا يُلْحِقُ الْعَقَّارَاتِ بِالْمَنْقُولِ، فَالْعَقَّارَاتِ الْمَخْصَّصَةِ لِنَشَاطٍ تَجَارِيٍّ لَا يُمْكِنُ أَنْ تُلْحَقَ بِالْأَصْلِ التَّجَارِيٍّ، بَلْ تَحَافِظُ عَلَى طَبِيعَتِهَا بِوَصْفِهَا عَقَّارَاتٍ حَكْمِيَّةً¹²⁰. وَلَا يُلْحَقُ الْعَقَّارُ بِالْمَنْقُولِ لِيَصْبَحَ مَنْقُولًا، كَمَا فِي صُورَةِ الرَّهْنِ الْعَقَّارِيِّ حَيْثُ يَضْمَنُ الْعَقَّارُ خِلَاصَ الدَّيُونِ الْعَادِيَّةِ، وَمَعَ ذَلِكَ يَبْقَى الْعَقَّارُ عَقَّارًا. وَلَا وَجُودَ لِمَفْهُومِ الْمَنْقُولَاتِ بِالتَّخْصِيصِ. لَكِنْ هُنَاكَ مَا

¹²⁰ قَرَارُ الدَّوَّارِ الْمَجْتَمِعَةِ بِمَحْكَمَةِ التَّعْقِيبِ عِدَدُ 21626 الْمَوْخَّ فِي 18 مَآي 1995، مَجْمُوعَةُ قَرَارَاتِ الدَّوَّارِ الْمَجْتَمِعَةِ لِمَحْكَمَةِ التَّعْقِيبِ 1994/1995، مَرْكَزُ الدِّرَاسَاتِ الْقَانُونِيَّةِ وَالْقَضَائِيَّةِ بِوِزَارَةِ الْعَدْلِ، 1995، ص 40. وَضَعَتْ مَحْكَمَةُ التَّعْقِيبِ مِنْ خِلَالِ هَذَا الْقَرَارِ الْمَبَادِئَ التَّالِيَةَ: يَسْتَفَادُ مِنْ أَحْكَامِ الْفَصْلِ 189 م.ت. أَنَّ الْمَشْرَعَ قَدْ أَخْضَعَ التَّعَامُلَ فِي الْأَصْلِ التَّجَارِيٍّ لِأَحْكَامِ الْمَنْقُولِ أَوْ لِأَحْكَامِ خَاصَّةٍ غَيْرِ تِلْكَ الْمَتَعَارِفَةِ بِالنِّسْبَةِ لِلْعَقَّارَاتِ مِمَّا يُوَكِّدُ اسْتِبْعَادَهُ اشْتِمَالِ الْأَصْلِ التَّجَارِيٍّ لِعَقَّارَاتِ. تَفْقَدُ الْأَلَاتُ وَالْمَعْدَّاتُ الْمَرْهُونَةُ كَمَنْقُولَاتٍ طَبِيعَتَهَا الْقَانُونِيَّةَ تِلْكَ بِمَجَرَّدِ التَّصَاقِهَا بِبَنَاءِ مَعْصَرَةِ الزَيْتِ أَوْ بِعَقَّارٍ طَبِيعِيٍّ فَتَصْبِحُ عَقَّارَاتٍ حَكْمِيَّةً وَتَخْرُجُ بِالتَّالِيِ عَنْ عُنَاوِيٍّ الْأَصْلِ التَّجَارِيٍّ الَّتِي لَا تَكُونُ إِلَّا مَنْقُولَاتٍ وَذَلِكَ عَمَلًا بِأَحْكَامِ الْفَصْلِ 10 م.ح.ع.

يَصْبِحُ الْمَنْقُولُ عَقَّارًا حَكْمِيًّا بِتَوْفُّرِ الشَّرْطَيْنِ الْأَسَاسِيَيْنِ الْمَشَارِ إِلَيْهِمَا بِالْفَصْلِ 10 م.ح.ع. وَأَوَّلُهُمَا اتِّحَادُ مَالِكٍ كُلٍّ مِنَ الْمَنْقُولِ وَالْعَقَّارِ الطَّبِيعِيِّ وَثَانِيَهُمَا حُصُولُ التَّحَامِ بَيْنَ ذَلِكَ الْمَنْقُولِ وَالْعَقَّارِ الْأَصْلِيِّ بِصُورَةٍ يَتَعَدَّرُ فَصْلُ أَحَدِهِمَا عَنِ الْآخَرِ دُونَ ضَرَرٍ وَهُوَ مَا يَتَوْفَّرُ فِي تَجْهِيزاتِ وَأَلَاتِ مَعْصَرَةِ الزَيْتِ كَمَا أُثْبِتَ الْاِخْتِبَارَ.

إِنَّهُ لَامْجَالٍ لاعتبار الآلات والتجهيزات التي شملها التثبيت في معصرة الزيت من مشمولات الأصل التجاري لكونها أصبحت عقارات حكمية. تخضع العقارات الحكمية مبدئيًا لنفس النظام القانوني المنطبق على العقار الأصلي أو الطبيعي وذلك حفاظًا على وحدتها الاقتصادية.

يقابل هذا المفهوم وهو المنقول حسب المآل meuble par anticipation. فهو في الأصل عقار اعتبره القانون منقولاً إلى جانب المنقولات الطبيعية.

ولم تورد مجلة الحقوق العينية التونسية نصوصاً خاصة بالمنقولات حسب المآل ربّما تأثراً بالمجلة المدنية الفرنسية التي لم تشر بدورها إلى هذا الصنف من المنقولات. والحقيقة أنّ مفهوم المنقولات حسب المآل كان صياغة نظرية تُردّ لعمل الفقه. ونجد تطبيقات متعدّدة لهذه المنقولات من خلال أحكام مجلة الالتزامات والعقود ومجلة المرافعات المدنية والتجارية ومجلة الحقوق العينية. وذلك باعتبار جانب من الأموال أصلها عقارات وكأَنَّها منقولات بحكم المآل الذي ستعرفه مثل المحصول الزراعي والصابية والثمار، فهي في الأصل عقارات طبيعية ولكنّها منقولات حسب المآل. فقد نصّ الفصل 200 م.ح.ع على امتياز خاص محمول على الصّابة وغلّة العام والمحصول ولما هو مستعمل لخدمة الأرض الزراعية، وهي عقارات طبيعية، ولكن الامتياز فيها امتياز على منقول. كما نصّ الفصل 402 م.م.ت على أنّه يمكن أن " تعقل الصّابات والثّمار التي قاربت النّضج قبل قطعها " عقلة منقولات، والحال أنّ الصّابات والثّمار التي لم تنتزع بعد تعدّ عقارات طبيعية. ونصّ الفصل 590 م.ا.ع على أنّه يمكن أن تباع الثّمار على أشجارها أو بقول أو مقاشي قبل جذّها أو زرع قبل حصد، وهو بيع لمنقول، والحال أنّها في الأصل في عقارات طبيعية.

فيشترط في المنقول، حتّى يكون من قبيل المنقولات حسب المآل، أن تنصرف إرادة الأطراف أو المشرّع إلى التّعامل على منقول بالمآل، وأن يكون هذا المآل محقّقاً زمنياً ومادياً، بمعنى أنّ صيرورة العقار لا تبقى خاضعة للإرادة فحسب، بل يحتكم فيها إلى ضوابط مادية واقعية تحقّق مآله. ويكون الأجل في ذلك محدّداً أو قابلاً للتعيين. وهي ليست صورة من صور التّعاقّد في أشياء مستقبلية مناط الفصل 66 م.ا.ع، بل هو أمر له علاقة بأشياء موجودة فعلاً، وما ينتظر هو تغيير طبيعة المال لا غير. كما في صورة أعمال التّصرّف أو العقلة أو الرهن التي تطل المقاطع والمحصول والثّمار وأنقاض البناء وخشب الأشجار، فهو تعامل على منقول، والمالك له حقّ عيني على منقول والدّعوى

فيها دعوى على منقول، ولا يشترط احترام الفصل 581 م.أ.ع وغيره في تحرير العقود المتعلقة بها¹²¹. وإذا أُجّر المالك الأرض وما عليها ينشأ للمستأجر حقاً شخصياً على منقولات حسب المآل، ولا يصبح مالكا للمنقولات إلا بعد جنيها أو قطفها.

وهكذا فإنّ العقار مهما كانت طبيعته (طبيعي أو بالتخصيص أو بالتبعية) يعتبر هو المحور الأساسي في تعريف القانون العقاري، وهو الأساس في تحديد مجال تدخل القضاء العقاري في شكله العام.

3-مجالات تدخل القضاء العقاري

يدخل في نشاط القضاء العقاري بحسب المفهوم العام اختصاص محاكم الحق العام في عدّة نقاط لها علاقة بالعقارات المسجلة وكذلك كلّ ما يمكن أن تتناوله هذه المحاكم من مواضيع ولها علاقة بنظام العقارات غير المسجلة. ويضاف إلى ذلك اختصاص المحكمة العقارية باعتبارها محكمة مختصة¹²².

¹²¹ ينصّ الفصل 581 م.أ.ع على أنّه " إذا كان موضوع البيع عقّاراً أو حقوقاً عقّارية أو غيرها ممّا يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة ثابتة التاريخ قانوناً ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلا إذا سجّل بقبضة المألية مع مراعاة الأحكام الخاصة بالعقّارات المسجّلة". ويراجع كذلك الفصل 204 م.أ.ش بالنسبة إلى عقد الهبة و719 م.أ.ع بالنسبة إلى عقد المعاوضة والفصل 1466 م.أ.ع بالنسبة إلى الصلح والفصل 729 م.أ.ع بالنسبة إلى الكراء.

¹²² يلاحظ كذلك أنّ المحكمة الإدارية تختصّ بالنظر في عدّة محاور متصلة بالعقار إذا كانت لهذا العقار صبغة عامة، إلا ماستثناء القانون صراحة وأبقاه من اختصاص المحاكم العدلية، طبيعة اكتساباً واستغلالاً وصيانة وحماية وتهئية، وهي محاور تخرج عن نطاق بحثنا وتبقى من مراجع القانون العقاري العام. ويذكر أنّ القانون عدد 38 لسنة 1996 المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحكمة الإدارية والقضاء العدليّ أسند اختصاص النظر في الاستيلاء على العقارات من قبل الإدارة إلى جهة المحكمة الإدارية. حيث نصّ الفصل الأوّل من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرّخ في 3 جوان 1996 المتعلّق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية على أنّ " المحكمة الإدارية تختصّ بالنظر في دعاوى مسؤوليّة الإدارة المنصوص عليها بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 بما في ذلك الدعاوى المتعلّقة بالاستيلاء على العقّارات....".

ويمكن للمحكمة الإدارية في نهاية الأمر أن تتدخل في الملك العام إما حماية وصيانة للملك العام ضدّ اعتداء الغير وإما بمناسبة النظر في دعاوى تجاوز السلطة الموجهة ضدّ قرارات تحديد الملك العام أو بمناسبة نظرها في العقود الإدارية أو بمناسبة نظرها في دعاوى المسؤولية بوجه عام بما في ذلك الاستيلاء على العقارات من قبل الإدارة، حيث إنّ اختصاص المحكمة الإدارية ينحصر بالأساس في القضاء الكامل العادي قضاء المسؤولية والقضاء الكامل الموضوعي قضاء الإلغاء والقضاء التفسيري. أما قضاء المسؤولية فيأتي ضمن القضاء الكامل العادي للمحكمة الإدارية، وكان الاختصاص فيه منعقداً ابتدائياً للمحاكم العدلية واستثنافياً لفائدة المحكمة الإدارية بموجب الأمر العليّ الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1888 والفصل الثّاني من القانون عدد 40 لسنة 1972 المتعلّق بالمحكمة الإدارية. ثمّ انصرف الاختصاص بكامله للمحكمة الإدارية بعد نسخ أمر 27 نوفمبر 1888 بموجب الفصل الرابع من القانون عدد 39 لسنة 1996 المنقّح للقانون عدد 40 لسنة 1972. ويستنتج ذلك من خلال أحكام الفصول 17 و19 و21 من

القانون عدد 40 لسنة 1972 كما وقع تنقيحه والمتعلقة باختصاص الدوائر الابتدائية والاستئنافية واختصاص الجلسة العامة تعقيبا. حيث نصّ الفصل 17 منه على أنّ الدوائر الابتدائية للمحكمة الإدارية تختصّ بالنظر في " الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية والدعاوى الرامية إلى جعل الإدارة مدينة من أجل أعمالها الإدارية غير الشرعية أو من أجل الأشغال التي أذنت بها أو من أجل أضرار غير عادية ترتبت عن أحد أنشطتها الخطرة ". وتستأنف الأحكام الصادرة عن الدوائر الابتدائية لدى الدوائر الاستئنافية بالمحكمة الإدارية وتُعقّب الأحكام النهائية أي الاستئنافية أمام الجلسة العامة بالمحكمة الإدارية. والحقيقة أنّ المحكمة الإدارية تتمتع باختصاص عام في " جميع الدعاوى ذات الصيغة الإدارية باستثناء ما أسند منها لمحاكم أخرى بقانون خاص " عملا بأحكام الفصل الأول من القانون عدد 38 لسنة 1996 وكذلك الفصل 17 من القانون عدد 40 لسنة 1972. والواضح أنّ قضاء المسؤولية، يلزم الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي تلحقه بالغير نتيجة الأشغال العامة وأعمالها المادية المضرة بشكل عام وعدم تنفيذ العقود. وقد أقرّ هذا المبدأ بتونس منذ أمر 27 نوفمبر 1888، إلى أن أشارت إليه أخيرا عدة نصوص هامة بما في ذلك مجلة الالتزامات والعقود (الفصل 84) ومجلة الحقوق العينية (الفصلان 402 و403) والقانون عدد 40 لسنة 1972 والقانون عدد 38 لسنة 1996. ورغم أنّ القضاء الإداري بقي متأثرا بالنظرية العامة للمسؤولية في القانون المدني إلاّ أنّه توصّل أخيرا إلى صياغة نظرية مستقلة. فتسأل الإدارة إذا ارتكب أعوانها خطأ مرفقيا أي الذي له علاقة بالنشاط العام للمرفق، أما الأخطاء الشخصية العمدية أو التي كانت نتيجة خطأ فادح أو كانت خارج أوقات العمل فتحمل شخصا على من ارتكبتها. وبعد أن كانت مسؤولية الإدارة تتأسس على الخطأ انتهى العمل إلى الاعتراف بالمسؤولية بدون خطأ بناء على نظرية المخاطر أو الإخلال بمبدأ المساواة في تحمل الأعباء العمومية. وبذلك انحصر قضاء المسؤولية في التعويض عن الأعمال الإدارية غير الشرعية والأشغال العامة والأضرار غير العادية المتولدة عن الأنشطة الخطرة وعدم تنفيذ العقود الإدارية. فهي مسؤولية تعاقدية وأخرى غير تعاقدية. ولكن الهدف واحد وهو التعويض.

و تُعرف الأعمال الإدارية غير الشرعية، كما جاء بعدة قرارات صادرة عن المحكمة الإدارية، بأنّها كلّ " عمل يغير حقّ وأضرّ بالغير "، فتشمل بذلك القرارات الإدارية غير الشرعية والعمليات المادية المتسببة في الأضرار والمطلوب تعويضها. وتعرف الأضرار غير العادية المتولدة عن الأنشطة الخطرة بأنّها صورة تقوم فيها مسؤولية الإدارة على فكرة المخاطر التي لا تحتكم لعنصر الخطأ دون الإخلال بمبدأ المساواة في تحمل الأعباء الإدارية. وكذلك الشأن بالنسبة إلى الأضرار الناتجة عن الأشغال العامة. ويكون التعويض في المادة التعاقدية جبرا للأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية ذات الطبيعة الإدارية.

وينصرف مفهوم مسؤولية الإدارة إلى مختلف الصور التي يمكن أن ينحدر منها الضرر نتيجة العمل الإداري، سواء كان في إطار خدمة لها علاقة بالمصلحة العامة أو بمرفق عام أو خارج هذا الإطار (قرارات المحكمة الإدارية عدد 1261 بتاريخ 6 جوان 1994 وعدد 1338 بتاريخ 15 جويلية 1994 وعدد 1241 بتاريخ 15 جويلية 1994). معنى ذلك أنّ الضرر الواقع بسبب الأعمال الإدارية غير الشرعية أو بسبب الأشغال العامة أو بسبب الأنشطة الخطرة التي لها علاقة بالمصلحة العامة فيه خصوصية إدارية ترفع عن القضاء العدلي اختصاص النظر فيه تعويضا. والمعروف أنّ المصلحة العامة تُعرف عادة بكونها حاجة اجتماعية بلغت درجة من الأهمية تقتضي تدخل السلطة العامة. والمعروف كذلك أنّ هذه السلطة هي التي تضبط أمكنة وجود المصلحة العامة ومواطنها. وتعدّ المصلحة العامة الأساس في تدخل الإدارة وبالتالي في تعريف المرفق العام. وكان يعتقد أنّ العنصر العضوي في ارتباط المرفق العام بالشخص العام كفيل بتعريف المرفق العام، حيث كان الاستغلال دوما بطريقة مباشرة أو عن طريق لزمة. لكنّ الواقع تطوّر في اتجاه تمكين المؤسسات العامة على أنواعها الاقتصادية والتجارية، بل تمكين الخواص، من استغلال المرفق العام. مع الإبقاء على شرطي الاستمرار والمساواة في تسيير المرفق العام. معنى ذلك أنّ الدّعى يمكن أن توجه ضدّ الإدارة في المواطن التي تتوفر فيها المصلحة العامة بصرف النظر عن طبيعة الشخص المتدخل في إنجاز الأشغال العامة.

على أنّ دعوى المسؤولية أو دعوى التعويض تختلف عن الدعوى المتعلقة بالاستيلاء على عقار من قبل الإدارة وقد جعلها الفصل الأول من القانون عدد 38 لسنة 1996 ضمن اختصاصات المحكمة الإدارية، وألحقها المشرع بدعاوى المسؤولية وكأنّها فرع من فروع دعوى المسؤولية قولا إنّ " المحكمة الإدارية تختصّ بالنظر في دعاوى مسؤولية الإدارة بما في ذلك الدعاوى المتعلقة بالاستيلاء على العقارات.. " والحال أنّ الاستيلاء على العقارات لا ينتهي ضرورة إلى طلب تعويض الأضرار منتهى دعوى المسؤولية بل عادة ما يُطلب رفع يد الإدارة والزامها بالخروج من العقار وكفّ شغها دون المطالبة بالتعويض. وهي بذلك تخرج عن قضاء المسؤولية، إلاّ إذا تزامن طلب التعويض مع طلب الخروج، فتقترن الدعوى بقضاء المسؤولية. والحقيقة أنّ الاستيلاء ينصرف، في مفهومه العقاري الضيق، إلى جميع الأعمال الإدارية التي

-اختصاص محاكم الحق العام في العقارات غير المسجلة: إذا كان نظام

العقارات غير المسجلة يقتضي الإشارة إلى طبيعة العقارات، خاصة ومشاعة واشتراكية ودولية وحسبية، وإلى الحقوق الواردة على العقار أي الحقوق العينية الأصلية (الملكية) والحقوق العينية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكنى) والحقوق التبعية (الرهن والامتياز والحبس) وإلى طرق اكتساب الحقوق العينية (الميراث والعقد والالتصاق والاستيلاء والحيازة والقانون) وإلى طرق حماية الحقوق العينية (دعوى الاستحقاق والدعوى الحوزية)¹²³، فإن جميع المنازعات والتي لها علاقة بتلك الحقوق

تنتهي بضمّ العقار، دون أن يتوقّر السند. وهو عمل غير مشروع قانونا ينتهي بحق المالك في طلب الردّ وكف الشغب إن أمكن أو طلب التعويض في صورة التعذّر.

أما دعاوى تجاوز السلطة، وكما سبق الإشارة إلى ذلك، فهي الدّعى الموجهة ضدّ القرارات التي أخلّت بمبدأ المشروعية، وتجد أساسها بالقانون الفرنسي وتحديدًا القانون الصادر بتاريخ 24 ماي 1872. وقد بقيت لفترة طويلة خاضعة لمبدأ التسلسل الإداري قبل أن تجد استقلاليتها. واليوم تُعدّ من أهمّ المبادئ في القانون الإداري في جميع البلدان وقد أشار إليها المشرّع التونسي بالقانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرّخ في 1 جوان 1972 كما وقع تنقيحه بموجب القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرّخ في 3 جوان 1996 وبموجب القانون الأساسي عدد 11 لسنة 2002 المؤرّخ في 4 فيفري 2002 وبموجب القانون الأساسي عدد 10 لسنة 2003 المؤرّخ في 15 فيفري 2003 وتحديدًا بالفصل 5 منه. وبشترط رفعها في أجل شهرين من تاريخ نشر القرار المطعون فيه أو الإعلام به. ويمكن للمعني قبل انقضاء ذلك الأجل أن يقدّم بشأنه مطلبًا مسبقًا لدى السلطة المصدّرة له. ويعتبر مضيّ شهرين على تقديم المطلب المسبق دون أن تجيب عنه السلطة المعنيّة رفضًا ضمنيًا يخول للمعني بالأمر اللّجوء إلى المحكمة الإدارية على أن يتمّ ذلك في أجل الشّهرين المواليين للأجل المذكور (الفصل 37). ويعدّ هذا الأجل أجل سقوط. غير أنّ هذا الطّعن لا يوقف تنفيذ القرار الإداري إلّا بإذن خاص من رئيس المحكمة الإدارية (الفصل 38). ولا توجب هذه الدّعى تكليف محامي (الفصل 35). وتوجب توقّف ركن المصلحة فقط. لكنّ توقّف الإمكانية للمدّعي في التّحصيل على حقوقه بطريقة أخرى يمكن الإدارة من الدّفع بوجود دعوى موازية *L'exception du recours parallèle*، وهو دفع يهمّ النظام العام يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. وبشترط كذلك أن يتعلّق الطّعن بقرار إداري نافذ، فتستبعد الأعمال الماديّة والعقود الإداريّة والأعمال التّحضيريّة أو الاستشاريّة والاقتراحات والإرشادات والتّوجيهات والاستدعاءات والمناشير والأعمال النموذجيّة. وحدّد الفصل السّابع من هذا القانون الحالات التي يمكن فيها القيام بهذه الدّعى وهي عيب الاختصاص وخرق الصّيغ الشّكليّة الجوهريّة وخرق قاعدة من القواعد القانونيّة والانحراف بالسلطة أو بالإجراءات. وتلغى المقرّرات التي وقع الطّعن فيها إذا ثبت لديها أنّ دعاوى تجاوز السلطة ترتكز على أسس صحيحة وتعتبر كأنّها لم تكن، ولكن دون أن تملي على الإدارة ما يجب فعله. ويكون لقرارات المحكمة الإداريّة نفوذ مطلق لاتّصال القضاء فيما يخصّ دعاوى تجاوز السلطة عند الإلغاء الكلّي أو الجزئي. وفي حالة عدم قبول الدّعى فليس لهذه القرارات إلا مفعول نسبي، ويبقى الغير على حقّه في رفعها (الفصل 8). والمشهور أنّه لا يمكن التّنفيد الجبري على الإدارة ويتّظر أن تستجيب الإدارة لهذه القرارات، بقي أنّ عدم التّنفيد المقصود لها يُعدّ خطأ فاحشًا معمرًا لزمّة السلطة الإداريّة المعنيّة بالأمر (الفصل 10).

¹²³ علي كحلون: القانون العقاري الخاص، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2010.

علي كحلون: القانون العقاري الخاص، نشر المركز الجامعي للنشر، 2009.

العينية طبيعة واكتسابا وانتقالا وحماية يدخل في مدار القضاء العقاري بحسب هذا المفهوم العام.

-**اختصاص محاكم الحق العام في العقارات المسجلة:** الأصل أن محاكم الحق العام لا تختص بالنظر في المسائل التي لها علاقة بالعقارات المسجلة، ولكن بطريقة استثنائية يمكن أن تتناول عدة مسائل في هذا الباب، وقد يعرف على أنه ضمن معنى القضاء العقاري. فمن الممكن أن تتعهد محاكم الحق العام بقضايا تساهم في تسهيل الصكوك بإدارة الملكية العقارية مثل تحرير الكتائب التكميلية ويمكن أن تتعهد بقضايا عينية عقارية ولو كان العقار مسجلا مثل دعوى القسمة في عقار مسجل ودعوى طلب حق مرور على معنى الفصل 177 م.ح.ع ودعوى الارتفاق ودعوى الانتفاع ودعوى المغارسة وقسمتها ودعوى الشفعة كما يمكن أن تتعهد بمسائل لها علاقة بالتأمينات وطرق التنفيذ مثل التثبيت العقاري والتشطيب على الرهون في عقار مسجل والإذن بإجراء قيود احتياطية.

على أن اختصاص محاكم الحق العام في تلك الصور يتلخص مبدئيا في اعتبار ترسيمات السجل العقاري، وقد يتجاوزه في بعض الأحيان إلى حدّ التشطيب على الترسيمات.

+**اختصاص محاكم الحق العام في التقيد بترسيمات السجل العقاري:** قد تتعهد محاكم الحق العام بقضايا يكون العقار فيها مسجلا كما سبق الإشارة إلى ذلك. ولكن القاعدة الأساسية في جميع ذلك أن المحكمة لا تملك تجاوز بيانات السجل مهما كانت الصورة بل إنها تتقيد بها وتكون منطلق حقوق الأطراف والأمثلة في ذلك كثيرة حيث إنّ نظام الإشهار العيني له عدّة انعكاسات على عدّة مجالات تبقى من اختصاصات محاكم الحق العام، وخاصة منها ما يتعلق باستعمال أو استغلال أو التصرف في الحقوق العينية وبأنظمة الرهن والعقل والتقليس.

***ارتباط نظام السجلات بنظام الملكية:** يفترض أن الملكية، في نظام التسجيل العقاري، قد حسمت بشكل نهائي منذ يوم تسجيل العقار، فالمالك هو

الشخص الذي أدرج اسمه بالسجل العيني، فيكفي الاطلاع على ورقات السجل العيني أو على بيانات شهادة الملكية المسلمة من الإدارة لندرك الحقيقة. فوضوح الملكية بهذا طريقة هو هدف التسجيل العقاري، وبذلك يتحقق هدف تداول الملكية mobilisation de la propriété. ويفترض كذلك أن يفقد المالك جانبا من الخصوصية، لذلك يقال إن " نظام الإشهار هو منع أفراد العائلة من الحفاظ على سرية أعمالهم. "124 وهذا هو مبدأ العلنية في نظام السجلات العينية. فهو انتقال من الخاص إلى العام ومن السرية إلى العلنية. ومؤدى ذلك أن تكف الرسوم والصور التقليدية عن أداء دورها، والتصور أن لا يتم نقل الملكية إلا بإدراج الحق بالرسم، فلا عبرة مبدئيا بالطرق التقليدية في اكتساب الملكية أو نقلها أو إثباتها، والحقيقة الواحدة تظل مرتبطة بواقع السجل، نقلا وإثباتا، فهو القول الحق وحده ولا أكثر. وذلك هو ما يعتبر في جميع القضايا التي تنشر أمام محاكم الحق العام كلما اقتضت الضرورة إثبات الحقوق العينية.

***ارتباط السجلات بنظام الرهون:** لاشك في أن هدف السجلات العينية هو الائتمان العقاري، بمعنى إنشاء القرض وتداول الرهن العقاري¹²⁵. ولنا أن ندرك أهمية ترسيم الرهن العقاري بالسجل العيني، وقيمة التاريخ في ذلك، حيث نص الفصل 278 م.ح.ع على أن الرهن العقاري لا يتكوّن " إلاّ بعد ترسيمه ويرتب بين الرهن العقاري حسب القواعد المنصوص عليها بهذه المجلة. والرهن التي

124 Stéphanie Piedelièvre, la publicité foncière, op.cit., p.9. « le système de publicité est une interdiction aux familles de garder le secret de leurs affaires ».

125 ناجية حسني: الملكية كتأمين في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1997.

Malaurie Philippe : Les surétés, la publicité foncière, droit du credit, université de cujas 1990.

Simler Philippe : Droit civil, les surétés, la publicité foncière, Dalloz 1989. et 2000.

Well Alex : Droit civil, les surétés, la publicité foncière, Dalloz 1979.

Mazeaud Henri : Leçons de droit civil, surétés, publicité foncière, Montchrestie 1999.

Laurent.F : Principes de droit civil, des hypothèques, Bruylant 1887.

Thery.PH : surétés et publicité foncière, PUF , 1988.

ترسم في يوم واحد تكون متساوية في المرتبة ويدوم الترسيم مدة دوام الرهن.¹²⁶ وتبدو حينئذ بيانات السجل العيني هي الفاصل في تكوين الرهن، وفي بيان المتقدم من الرهون. ولا ندعي في هذا الباب دراسة أنواع الضمانات¹²⁶ أو دراسة حكم الأفضلية بين الديون،¹²⁷ فقط نريد إبراز أهمية ترسيم الرهن العقاري وقوة أثر التاريخ في ذلك.¹²⁸ ولنا أن نذكر في هذا الباب أيضا بالفروقات بين الضمانات العامة أي أن تكون جملة مكاسب المدين ضمانا لدائنيه،¹²⁹ والضمانات الخاصة وهي على نوعين شخصية وتتعلق خاصة بعقد الكفالة، وعينية وتتعلق بالامتياز والرهن العقاري وحق الحبس.¹³⁰ ويخرج عن دراستنا بطبيعة الحال ما يتعلق بالضمانات العامة والتأمينات الشخصية. فالدين الممتاز مفضل على غيره من الديون وحتى على الديون الموثقة برهن عقاري، وتفضيل بعض الدائنين على بعض يعتمد على اختلاف صفات الامتيازات، ضرورة أن الامتياز على نوعين عام وخاص، وأورد الفصل 199 م.ح.ع قائمة الديون الممتازة العامة مرتبة على خمسة أبواب،¹³¹ في حين أورد الفصل 200 م.ح.ع الديون الممتازة الخاصة مرتبة على ثلاثة أبواب.¹³² وإذا تساوى الدائنون

¹²⁶ عبد الرزاق السنهوري: المجلد العاشر في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق.

Mester Jacques-Putman Emmanuel-Billiau Marc : Traité de droit civil, Droit spécial des suretés réelles, L.G.D.J, 1997.

¹²⁷ الأسباب القانونية في تفضيل بعض الدائنين على بعض، على معنى الفصل 193 م.ح.ع هي الامتياز والرهن وحق الحبس.

¹²⁸ حاتم الرواتي: إشهار الرهن العقاري، دراسات في قانون التأمينات، عمل جماعي لهيئة تدريس قانون التأمينات بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، الطبعة الثانية، تونس 2003، ص 245.

¹²⁹ الفصل 192 م.ح.ع. حاتم الرواتي: حماية الدائن العادي في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بتونس 2004-2003.

¹³⁰ نجيب بالطيب: حماية الغير في التأمينات العينية غير الحيازية: الرهن العقاري والامتيازات، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة 1996، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس.

¹³¹ وهي أولا مصاريف تجهيز الميت، وثانيا ديون الأطباء والصيادلة والممرضين المتألّفة من أجر العلاج وثمان الأدوية عن السنة الأخيرة، وثالثا المصاريف القضائية التي صرفت في مصلحة جميع الدائنين لحفظ ما هو ضمان للدائنين وبيع، ورابعا المبالغ المستحقة للخرينة العامة من ضرائب وأداءات مختلفة بالشروط المقررة في النصوص الخاصة، وخامسا أجور الخدمة والعمل وكلّ أجبر آخر وثمان لوازم معاش المدين وعائلته والتفقة كلّ ذلك عن السنة الأخيرة.

¹³² وهي أولا الديون المترتبة عن ثمن البذور ومصاريف الأشغال الفلاحية ومصاريف الجني بالنسبة إلى المتحصل من بيع الصابة، وثانيا الديون المترتبة عن معين كراء الربيع والعقار وما شابهها من غلال مدينة

في رتبة الامتياز فلا أفضلية لأحدهم على الآخر، ومن انجز له حق من دائن ممتاز حلّ محلّه في جميع حقوقه.¹³³

وبتلخص من ذلك أنّ من له التّقدّم في الصّفة والدرجة والتّاريخ له حقّ التّتبّع أي تتبّع " العقّار في أيّة يد ينتقل إليها،"¹³⁴ فللدائنين الذين رسم رهنهم على عقّار أن يتّبّعوه أيّا كانت اليد التي انتقل إليها للمحاصصة بديونهم واستخلاصها بحسب درجة ترسيماتهم.¹³⁵ ويكون حقّ التّتبّع عاملا في مواجهة كلّ من انتقلت إليه الملكيّة بأيّ سبب من الأسباب أو أيّ حقّ عيني آخر بما في ذلك الحائز.¹³⁶ وهم ملزمون بتلك الصّفة بدفع الدين أصلا وفوائدا أو التّخلّي عن العقّار. ويجوز للدائن مباشرة إجراءات بيع العقّار بعد إنذار المدين الأصلي وإعلام واضع اليد بالدفع أو التّخلّي في أجل لا يتجاوز ثلاثين يوما. فإذا رضوا بالتّخلّي يكون ذلك بتصريح أمام المحكمة التي بدائرتها العقّار موضوع التّتبّع، وعلى كاتب المحكمة أن يعلم مدير الملكيّة العقاريّة بهذا التّخلّي فيتولّى التّنصيب على ذلك بالرّسم. فلا يمكن إلزام واضع اليد بغلّة العقّار بعد ذلك، ويقع بطلب من أحرص الطّرفين تعيين مؤتمن يباع عليه العقّار طبق الإجراءات المتّبعة في البيوعات العقاريّة الجبريّة أمام المحكمة الابتدائية.

كذلك على المالك الجديد الذي يروم تطهير الرّسم من الرّهن أن يوجّه في ظرف عام من تاريخ ترسيم سنده أو خلال شهر من تاريخ أوّل إنذار يصدر عن أحد الدّائنين إعلاما إلى جميع المرسمين منهم ويشتمل على جملة من البيانات الهامّة،¹³⁷ ويعبّر من خلال ذلك عن استعداده لخلاص الدّيون الموثّقة برهن

لمدّة العامين الأخيرين والسّنة الجارية ولا يجري الامتياز المذكور إذا خرجت تلك الأشياء من العين وحصل الحقّ فيها للغير إلّا في صورة نقلها مخادعة وذلك بالنسبة إلى غلّة العام والمحصولات وما هو مستعمل لخدمة الأراضي الزراعيّة وأثاث البيوت المكتراة، وثالثا بالنسبة إلى العقّارات التي آلت للوارث إثر قسمة ما تخلّد بذمّته من معدّل أو راتب.

133 الفصل 196 م.ح.ع.

134 الفصل 270 م.ح.ع.

135 الفصل 280 م.ح.ع.

136 محمّد بوسلامي: حقّ التّتبّع، مذكرة للإحراز على شهادة الدّراسات المعمّقة، كليّة العلوم القانونيّة والسياسيّة والاجتماعيّة بتونس 1991.

137 ينصّ الفصل 292 م.ح.ع على أنّ هذا الإعلام يشتمل على: أوّلا: مضمون من سند الملكيّة مبين به تاريخه وطبيعته وأسماء الطّرفين وتاريخ ترسيمه، ثانيا: بيان الثّمن والتّكاليف التّابعة له وقيمتها وكذلك

والتكاليف التابعة لها بقدر الثمن أو القيمة المصرّح بها أي ثمن العقار، بدون خصم مبلغ من ذلك لصالح البائع أو أي شخص آخر. وتصبح الديون التي لم يحل أجلها، بموجب ذلك، واجبة الأداء حالا.¹³⁸ ويذكر أنّه خلافا للقواعد العامة في منع التّرسيم إذا تعلّق بالرّسم اعتراض تحفظي، فإنّه يمكن للمشتري في صورة التّطهير هذه ترسيم ملكيّته بعد توجيه الإعلام المتحدّث عنه إلى صاحب الاعتراض التّحفظي وإلى بقيّة الدّائنين المرسمين. ومن شأن هذا التّرسيم أن يمنع أيّ ترسيم آخر قبل إتمام إجراءات التّطهير أو رفع اليد عن الاعتراض. ويتحرّر المشتري نهاية من جملة الرّهون المرسّمة بدفع الثمن المشروط بالعقد إلى المتقدّم من الدّائنين ثمّ التّشطيب على البقيّة، أو تأمين قيمة الثمن بصندوق الودائع عند غياب التّراضي، على أن تحدّد مراتب الدّائنين ويوزّع الثمن طبق الإجراءات الواردة بمجلة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة في ترتيب درجات الدّائنين وتوزيع الأموال.¹³⁹ لكنّه يبقى الحقّ قائما لفائدة الدّائن المرسم وصاحب الاعتراض التّحفظي في طلب بيع العقار بالمزاد العلني طبق الإجراءات المقرّرة في البيوعات العقاريّة، وذلك في أجل قدره أربعون يوما من تاريخ الإعلام المشار إليه وزيادة الثمن في ثمن العقار، وحينئذ تتواصل الإجراءات طبق الأحكام الواردة في باب البيوعات العقاريّة.¹⁴⁰ والمعلوم أنّه يجوز في جميع الصّور التّشطيب على الرّهن بتقديم كتب إلى إدارة المكيّة العقاريّة ممضى من الدّائن في رفع اليد أو حكم أحرز على قوّة الشّيء المقضي به. ولتحقيق فكرة تداول الرّهن العقاريّة نصّ الفصل 374 م.ح.ع على أنّه يجب التّنصيب على نقل الرّهن العقاري الواقع بطريقة الحلول أو غيرها من الطّرق بالرّسم العقاري. ويخوّل هذا التّنصيب للمحال له أو لمن حلّ محلّ غيره حقّ التّصرّف في التّرسيم ورفع اليد عنه. وإذا لم يقع التّنصيب فإنّ الحلول أو التّشطيب الصّادر عن الدّائن المرسم

قيمة العقار إذا كان انتقاله بغير البيع، وثالثا: شهادة فيما على العقار من رهون مرسّمة، ورابعا: اختيار مقر بدائرة المحكمة الابتدائيّة لمكان العقار.

¹³⁸ إبراهيم بن فرج: التّطهير في مادّة التّأمينات العينيّة، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة، كليّة

الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس 1997.

¹³⁹ الفصول 463 وما بعد م.م.م.ت

¹⁴⁰ الفصول 410 وما بعد م.م.م.ت

يمكن أن يعارض به الدائن الذي انتقل إليه الدين الموثق¹⁴¹. والخلاصة في جميع ذلك أن نزاعات التأمينات تبقى من اختصاص محاكم الحق العام مع التقيد بدرجة الترسيمات.

***ارتباط السجلات بنظام العقل:** لاشك في أن المشرع نظم إجراءات العقل بالعقارات المسجلة، سواء كانت تحفظية أو تنفيذية، على أساس أنه بالإمكان التوصل إلى معرفة المالك المدين بمجرد الاطلاع على بيانات السجل العيني.

فقد بيّنت الفصول 327 م.م.ت وما بعد أنه بإمكان الدائن الذي بيده سند تنفيذي أو سند مرسوم حلّ أجل أداء الدين أن يبلغ إلى مدينه بواسطة أحد العدول المنفذين إعلاماً ينذره فيه بأنه في صورة عدم الوفاء بالدين يتولّى طلب ترسيم اعتراض تحفظي على عقاراته المسجلة.¹⁴² ويكفي الحصول على إذن يصدره رئيس المحكمة الابتدائية إذا لم يكن للدائن سند تنفيذي أو سند مرسوم أو لم يحل أجل أداء دينهم. ويرسم هذا الإنذار في أجل لا يتجاوز تسعين يوماً وإلا كان باطلاً. ويبقى الحق لمدير إدارة الملكية العقارية في قبول إتمام الاعتراض التحفظي أو رفضه عند الاقتضاء. ومن شأن هذا الاعتراض أن يمنع ترسيم أي حق باستثناء البيع الواقع على إثر العقلة.¹⁴³ ويسقط الاعتراض قانوناً بمضي سنتين على تاريخ إجراءاته. ويمكن لرئيس المحكمة الابتدائية الإذن استعجالياً بالتشطيب على هذا الاعتراض إذا وقع تأمين مبلغ كاف بصندوق الودائع والأمان.

كما نصّت الفصول 451 م.م.ت وما بعد على أنه يمكن عقلة العقارات المسجلة عقلة تنفيذية بمقتضى سند تنفيذي أو سند مرسوم، وتجرى بإنذار يبلغه عدل التنفيذ إلى المدين، ويضمّنه تنصيصات وجوبية ويجب إدراجه في أجل لا

¹⁴¹ يراجع الفصل 374 م.ح.ع.

¹⁴² محمد سعيد: العقلة التحفظية على العقارات المسجلة، المجلة القانونية التونسية لسنة 1996، ص 119 وما بعد.

¹⁴³ والاعتراض المرسوم على عقار مشاع لا يحول دون ترسيم القسمة أو بيع الصفقة إلا إذا كان متاولاً لحقوق جميع المتقاسمين، أمّا إذا كان متاولاً لمناب أحد الشركاء المشاع فإنه يقوم مقام الاعتراض المنصوص عليه بالفصل 121 م.ح.ع ويحمل عند الاقتضاء على جزء العقار الذي يقع في حصة المدين حتى ترتّب عنه آثار منع الترسيم.

يتجاوز تسعين يوما وإلا كان باطلا.¹⁴⁴ ويقوم هذا التّرسيم مقام العقلة، ويمنع إدراج أيّ ترسيم لاحق يهّم المدين. على أنّه يجوز ترسيم الإنذارات اللاحقة بحسب التّقديم مع بيان لقب القائم بالتّتبّع الجديد واسمه ومقرّه واسم محاميه، كما يشار بالإنذار المقدّم إلى جملة السّوابق. ويبقى هذا التّرسيم قائم الذات طيلة فترة ثلاث سنوات ما لم يقع تمديده قضاء أو لم يصدر حكم في الغرض أو لم يرض الدّائن بخلاف ذلك. ويرسّم حكم التّبتيت نهاية في أجل شهرين بسعي من المبتّيت له وإلاّ جاز لكلّ ذي مصلحة طلب إدراجه بالسّجل. ويعمد مدير الملكية العقارية إلى توظيف رهن على العقار توثقة في أداء ثمن التّبتيت والمصاريف، ويتولّى بنفس الطريقة التّشطيب عليه بمجرد تقديم ما يفيد تأمين المطلوب أو الأداء.

لكنّ مدير الملكية العقارية بإمكانه رفض التّرسيم، وينصّ بهامش الإنذار أو بأسفله على تاريخ وصوله لإدارة الملكية العقارية وعلى أسباب رفض التّرسيم. وتسقط بالتّالي جملة الإجراءات المعلّقة على إجراء هذا التّرسيم. وتبقى الصّعوبة في جميع ذلك منحصرة في خلوّ السّجلّ العقاري من اسم المدين لسبب أو لآخر، ومؤدّى ذلك هو استحالة اتمام إجراءات التّتبّع، فيتعذّر ترسيم الاعتراض أو الإنذار القائم مقام العقلة وتسقط الآثار المرتّبة على ذلك. وعلى فرض أنّ الدّائن سيتولّى إنهاء الإجراءات الخاصّة بالعقارات غير المسجّلة، ويكتفى بإعلام المدين وإتمام المطلوب على معنى الفصول 411 م.م.م.ت وما بعد، فقد يفاجأ الدّائن بما هو أخطر، وهو صعوبة، إن لم نقل استحالة، ترسيم حكم التّبتيت فيما بعد. ومن الوارد جدّا أن يبقى حكم التّبتيت مجرد حبر على ورق، ويمنع المستفيد من إدراجه بالسّجلّ، وسيطالب حتما بتسوية العمليّات العقارية السابقة، إن كان ذلك ممكنا لإدراج حكم التّبتيت نهاية. والخلاصة في جميع ذلك أنّ إجراءات العقل تتعهّدها محاكم الحق مع مراعاة خصوصية نظام الإشهار العيني.

***ارتباط السجلات بنظام التفليس:** اتخذ المشرّع عدّة إجراءات هامة في اتجاه إنقاذ المؤسسات الاقتصادية التي تمرّ بصعوبات اقتصادية بموجب القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 كما وقع تنقيحه بموجب

القانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 وبموجب القانون عدد 89 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003، وأوجب ترسيم بعض القرارات القضائية بالرّسوم العقارية¹⁴⁵ بالنسبة إلى العقّارات المسجّلة قبل التّصريح بتفليس المدين، ورُتب عليها آثارا هامة.¹⁴⁶

كما أنّ حكم التّفليس، على معنى الفصول 446 وما بعد من المجلّة التجاريّة، يضمّن بالرّسوم العقاريّة للعقّارات التّابعة للمدين بعد الاستظهار بمضمون الحكم خلال خمسة عشر يوما من صدوره بسعي من أمين الفلسة، ويتولّى في نفس الوقت إشهار الرّهن العقّاري الموظّف قانونا لفائدة جماعة الدّائنين بمثل الوسائل المقرّرة لإشهار الحقوق العينيّة العقاريّة، علما أنّ حكم التّفليس ينصّ بالضرّورة على توظيف رهن عقّاري لفائدة جماعة الدّائنين. ويجب على أمين الفلسة الحرص كلّ الحرص على طلب ترسيم التوثيقات اللاّزمة على أملاك المدين حفظا لحقوق الدّائنين.

وعملا بأحكام السّجلّ العيني، لايمكن لإدارة الملكيّة العقاريّة أن تضرب عن إدراج أيّ حقّ ولو كان في مضرة مصلحة الدّائنين إن لم يطلب أمين الفلسة إتمام التّرسيمات كما يجب، حيث نصّ الفصل 372 م.ح.ع صراحة على أنّ " نشر الحكم الصّادر باستدعاء الدّائنين للمفاهمة في مقترحات المدين بشأن الصّالح الاحتياطي أو الصّادر بإمضاء الصّالح الاحتياطي أو الحكم بالتّفليس بالسّجلّ العقّاري يحول دون ترسيم جميع الصّكوك التي تبرم قبل أو بعد التّوقف عن دفع الدّيون من طرف المدين المفلس أو الممنوح له صلح احتياطي، ويمكن إجراء جميع التّرسيمات إلى تاريخ هذا النّشر رغما عن جميع الأحكام المخالفة لهذا". والغريب أنّ هذا الفصل مازال متمسّكا بمفهوم الصّالح الاحتياطي والحال أنّ

145 الفصل 31 من القانون عدد 34 لسنة 1995.

146 خميس مقصود: التّأمينات العينيّة في مادة الإجراءات الجماعيّة، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس 1997.
بشير المنّوبي الفرشيشي: بعض الخواطر حول مآل التّأمينات في قانون إنقاذ المؤسّسات، دراسات في قانون التّأمينات، المرجع السّابق، ص 11.

المشرّع التونسي أسقط نظامه وإجراءاته وألغى الفصول المتعلقة به (من 413 إلى 444 من المجلة التجارية) بموجب القانون عدد 34 لسنة 1995 سابق الذكر، وبالتالي من الممكن قانونا عملا بأحكام الفصل 542 م.ا.ع اعتبار أحكامه منتهية وصرف النظر عنها والاستعاضة عنها بما أصبح يعرف، عملا بالتشريع الحديث، بالتسوية الصلحية والتسوية القضائية. وعليه فإن إدراج مطلب التسوية الصلحية أو مطلب التسوية القضائية أو حكم التقليل من شأنه أن يمنع ترسيم جميع الصكوك الواقعة قبل التوقف عن الدفع أو بعده أي قبل عشرين يوما من تاريخ التوقف عن الدفع عملا بأحكام الفصل 462 م.ت أو بعد تاريخ التوقف عن الدفع المنصوص عليه سواء بالحكم القاضي بالتسوية القضائية أو بحكم التقليل. والمعلوم أنّ الفصل 372 م.ح.ع جاء بباب الاعتراضات التحفظية، وسنعمل في بابه أنّها تختلف عن مفهوم الترسيم، والأثر في ذلك هو منع الغير من إدراج ما يمكن ادّعاؤه من ملكية طالما أنّ هذا الاعتراض قائم خلال فترة زمنية معينة.

وإذا انتهت الإجراءات على النحو المطلوب، وقام أمين الفلسفة بما طلب منه في الوقت المحدد فلا شكّ في أنّ أحكام السجلّ العيني ستكون بالضرورة عنصرا هاما في حماية حقوق الدائنين.

تلك هي أهمّ الروابط بين قضاء الحق العام ونظام الإشهار العيني، لكنّه من الممكن مواصلة الحديث والوقوف على جملة التأثيرات غير المباشرة على جمع من المؤسسات والأنظمة، والأمثلة يمكن أن تتعدّد، ويأتي في مقدّمة ذلك ما يعرف بنظام الاشتراك في الملكية بين الزوجين ونظام الشركات ونظام المقاسمة، والقائمة يمكن أن تطول. وليست الفائدة في الإلمام بجملة مواطن الانعكاس، ويكفي حصول القناعة بتحقيق هذا الانعكاس إبرازا لعلاقة محاكم الحق العام بنظام السجلات العقارية.

+ اختصاص محاكم الحق العام في التشطيب على ترسيمات السجلّ

العقاري: إنّ أهم ما يمكن أن تتعهّد به محاكم الحق العام وله علاقة بالعقارات المسجلة هو ما يتعلق بالطعن في صحّة الصكوك المقدمة للترسيم توصلًا

للتشطيب على الترسيمات مثل قضايا الإبطال أو البطلان أو الفسخ أو الانقضاء بداية والتشطيب نهاية، وتلك هي قضايا التشطيب التي يمكن أن تتعهد بها محاكم الحق العام.

وقد كانت هذه القضايا محلّ جدل وتعارضت الاتجاهات القضائية في أكثر من صورة، حيث يجوز دوماً لأحد المتعاقدين أو ورثتهما طلب إبطال العقد المرسم لعيب في الرضا بسبب الغلط أو التغيرير أو الإكراه أو لعدم نيابة القاصر كما يجب، أو لمرض الموت على معنى الفصول 354 و 355 و 565 و 1481 م.أ.ع والفصل 206 م.أ.ش¹⁴⁷، ويجوز كذلك طلب بطلان العقد لخلل شكلي أو لخلل في المحل أو السبب أو الأهلية. كما يجوز طلب فسخ العقد بسبب عدم تنفيذه أو طلب انقضائه بسبب الوفاء أو تحقق ما يقوم مقام الوفاء بالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة أو بدون وفاء لتنازل أو استحالة أو تقادم أو إقالة.

ويمكن تبعا لذلك القضاء بالتشطيب على الترسيم المدرج بالسجل العيني إذا طلب المدعي التشطيب على الترسيمات، معنى ذلك أنه ليس على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بالتشطيب إذا تغافل المدعي عن تحرير هذا الطلب. وذلك هو نظام التشطيب غير المباشر.

وليس في طلب أحد أطراف العقد الإبطال أو البطلان أو الفسخ أو الانقضاء بصفة أصلية والتشطيب بصفة تبعية ما يطرح التساؤل ويثير الجدل، بل إنّ ما يثير النقاش هو أن ترفع الدّعى من الغير لطلب ما تقدّم، وفي ذلك يكمن كثرة الحديث. فقد تتوفر لهذا الغير بوصفه مدّعيًا في بعض الصور حالات محدّدة ومضبوطة يمكن من خلالها مناقشة صحّة العقد وبصفة تبعية طلب التشطيب أو عدم المعارضة بالترسيم في صورة سبق إدراج الكتب موضوع المجادلة بالسجل العقاري وإذ افتقر المدّعي لسند في مناقشة صحة التصرف جاز له مناقشة نظام الترسيمات تجاوزا لصحة الكتب.

¹⁴⁷عليّ كحلون: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرفات القانونية، 2012 ، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ص 203 وما بعد.

*مناقشة صحة العقد أصليا والتشطيب أو عدم المعارضة تبعا: لا يمكن

للغير أن يطلب إبطال العقد لتعلق سبب الإبطال بأهلية الطرفين أو عيب الرضاء، كما يصعب طلب بطلان العقد لأمر يرتبط بالمحل أو السبب لصحة بيع ملك الغير¹⁴⁸ وإمكانية التعاقد على محل مستقبلي¹⁴⁹، ويتعذر طلب انقضاء

¹⁴⁸ كثيرا ما يستند المدعي في دعواه إلى أحكام الفصل 576 م.أ.ع لطلب بطلان العقد، فليس للمالك أن يفوت بالبيع في حصة أو جزء سبق بيعها، ويبدو السند متينا أول وهلة وقد نصت المجلة الجزائية على مؤاخذة من يتولى بيع ما سبق بيعه. والحقيقة أن بيع ملك الغير بيع صحيح في التشريع التونسي. ولا يمكن بحال القضاء ببطلان التصرف على أساس هذا الفصل.

فقد نص الفصل 576 م.أ.ع على أنه يجوز بيع ملك الغير إذا أجازاه المالك أو صار المبيع ملكا للبائع. فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أن البائع فضولي وليس لهذا البائع أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنه فضولي. وبذلك فإن بيع ملك الغير يعد صحيحا على معنى الفصل 576 م.أ.ع، باعتباره ليس باطلا بطلانا مطلقا لأن الموضوع موجود وغير مستحيل ومشروع ولا يمنع الفصل 551 م.أ.ع لتعلقه بالمبادئ العامة أو حتى المؤاخذة الجزائية بالفصل 292 م.ج. لاستقلالية القانون الجزائي، صحته أو حتى قابلا للإبطال حيث إن الملكية لا تدخل في باب الغلط، كعيب من عيوب الرضاء، وإنما عقد صحيح لا يجد أسس صحته في نظرية التصرف القانوني أي بيع أشياء مستقبلية أو قائمة على شرط أو نظرية تحول العقد الباطل أو حتى في نظرية العقد الموقوف المعروفة بالفقه الإسلامي، وإنما في واجب الضمان الذي يحمل على البائع في جعل المشتري يملك المبيع. فلا يملك المشتري حينئذ إذا لم يكتسب الملكية، والصحيح أن انتقال الملكية أثر للعقد وليس التزاما ويصح تأخره وتراخيه عن تاريخ إبرام العقد، إلا أن يطلب الفسخ بسبب عدم التنفيذ resolution مع التعويض حسب الصور. وليس للغير أي المشتري الأول أن يطلب البطلان وقد قامت القاعدة في صحة بيع ملك الغير. وإذا سارع أحد الأطراف إلى ترسيم التصرف بالسجل فلا يصح أصلا الحديث عن بيع ملك الغير إذ الأولى بالحماية هو من أتم شكلية الترسيم الأساس في انتقال الملكية أو في نشأة الحق.

ونفس الإشكال يطرح بالنسبة إلى التصرف في مشترك قبل القسمة حيث يرد التصرف على الملك المشاع في صورتين، إما أن يكون التصرف جماعيا أو أن يكون فرديا. ولا تجبر الأقلية، عملا بأحكام الفصل 69 م.ج.ع، على قبول قرارات الأغلبية إذا كانت تتعلق بالتفويت في المشترك، معنى ذلك أن أعمال التفويت لا يمكن أن يأتيا إلا الشركاء مجتمعين، فإن وردت من أحد الشركاء فلها حكمها الخاص.

ويمكن أن يتصرف الشركاء جماعة في كامل المشترك أو في جزء منه مفرزا. وأعمال التصرف عديدة ومنها البيع والرهن والمعاوضة والصلح والهيبة. ويحق دوما للشركاء التصرف في كامل المشترك إما بيعا أو تعويضا أو خلافا، ولا إشكال في ذلك. ولكن رهن المشترك من الجماعة يبقى ساريا على كامل العقار حتى بعد قسمته. كما أنه يجوز التصرف في جزء من المشترك بيعا أو معاوضة أو رهنا أو خلافا، ويخلص الجزء للمشتري بكامله أو للمعاوض معه، لكن الرهن يتبع الجزء الموظف عليه بعد القسمة، ولا يمكن أن يتعلل الشريك بمستوى منابه فقط. كما يجوز لجميع الشركاء توظيف حق عيني على كامل المشترك مثل حق الانتفاع وحق الارتفاق، ويبقى هذا الحق ساريا على كامل المشترك حتى بعد القسمة.

أما فرديا لا يخلو الحال من ثلاث صور، إما أن يتصرف الشريك في منابه المشاع أو يتصرف في جزء مفرز أو يتصرف في المشترك بأكمله. والتصرف في المناب الخاص بالشريك أمر جائز، فقد نص الفصل 59 م.ج.ع على أن " لكل من الشركاء بيع منابه وإحالة ورهنه والتفويت فيه بعوض أو بدونه". ولا يتوقف هذا التصرف على إذن بقية الشركاء وموافقتهم سواء كان التصرف لشريك أو لأجنبي، ويحل المحال له في مناب الشريك وله نفس الحقوق والواجبات. كما يجوز للشريك التصرف في جزء من منابه، فإذا كان الشريك يستحق الثلث يمكن بيع نصف الثلث على سبيل المثال. ويجوز توظيف حق انتفاع على المناب المشاع ويحل المنتفع مكان الشريك فيما توجبه أعمال الإدارة والاستغلال فإن انتهى الانتفاع قبل القسمة عاد الأصل لمالك الرقبة أي الشريك، أما إذا بقي بعد القسمة انصرف حق الانتفاع إلى الجزء الذي آل إلى الشريك بموجب القسمة. ويجوز للشريك رهن منابه المشاع في كامل المشترك، فإذا حل الدين قبل القسمة أمكن التنفيذ على المناب المشاع، وإذا بقي الرهن بعد القسمة انتقل الرهن إلى الجزء الذي صح للشريك بموجب الأثر التحويلي للقسمة. غير أنه في صورة إذا رهن الشريك منابه المشاع في قطعة مستقلة، وكان بالشريك عدة قطع،

فإنَّ الرهن لا ينتقل إلى الجزء الذي صحَّ إلى الشريك إذا كان ما صحَّ له خارج القطعة التي كانت موضوع الرهن، ويبقى التأمين منصرفاً على ذلك الجزء إذا صحَّ للشريك. ولكن بعض الحقوق العينية لا يجوز توظيفها على المناب المشاع مثل حق الارتفاق لأنه لا يقبل التجزئة ويمارس على كامل العقار، وكذلك حق السكنى والاستعمال لأنه لا يجوز إحالة ولا كراء حق السكنى أو حق الاستعمال عملاً بأحكام الفصل 163 م.ح.ع.

وإذا كان تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار المشاع قبل القسمة، وما كان له أن يفعل ذلك إلا بموافقة جميع الشركاء، فكأنه باع حصته بذات القطعة وباع منابات بقية الشركاء فيها. فيحل المشتري بمناب البائع في تلك القطعة ويبقى على أمل أن تصح القطعة المباعة للبائع حتى تخلص كاملة للمشتري. وإذا استولى المشتري على العقار يمكن لبقية الشركاء رفع قضية استحقاقية لمطالبته بمناباتهم المشاعة. ولا يستطيع المشتري طلب الإبطال أو الفسخ قبل القسمة، سواء كان عالماً بحالة الشيوع أو خلافاً، فلا يمكن أن يطلب الإبطال لأن بيع ملك الغير صحيح بالقانون التونسي عملاً بأحكام الفصل 576 م.ا.ع، ولا يمكن للمشتري أن يطلب الفسخ عملاً بذات الفصل إلا إذا تعذر التنفيذ العيني، وما كان ذلك ليتحقق قبل القسمة لأن المشتري يبقى على أمل أن يؤول الجزء المباع للشريك البائع، فيتحقق له التنفيذ عينا. أما بعد القسمة فلا يخلو الأمر من صورتين، إما أن يؤول الجزء المفرز إلى الشريك البائع أو يؤول لغيره من الشركاء. فإن آل له حل المشتري مكانه في ملكية هذا الجزء ولا إشكال، إعمالاً لمبدأ الأثر الكاشف للقسمة. أما إذا آل الجزء إلى غيره من الشركاء، لا تسمح المبادئ العامة بجبر المشتري على الرضاء بذلك الجزء ولا حق للمشتري في طلب الملكية فيه ولا يمكن أن ينتقل مشتراه آلياً إلى الجزء الذي آل إلى الشريك البائع، حيث إن المشرع التونسي لا يأخذ بقاعدة الحلول العيني في مثل هذه الصورة ولم يأت بأحكام خاصة على غرار بعض التجارب. فيكون الشريك في مثل هذه الصورة قد باع ما لا يملك، وإن ورد صحيحاً في القانون التونسي على شرط إجازة المالك الأصلي أو صيرورة الملك للبائع، فإنه يحق للمشتري نهاية وفي حالة استحالة التنفيذ العيني أن يطلب الفسخ مع إمكانية طلب التعويض إذا لم يكن عالماً بحقيقة الموضوع. وينطبق هذا الحل على جميع التصرفات التي يأتياها الشركاء بما في ذلك الرهن العقاري. أي أن التأمين يبقى فاعلاً إذا صح نفس الجزء للمدين المرتهن، ولا يمكن أن ينتقل الرهن لجزء آخر غير الجزء الموظف عليه الرهن حيث إن المشرع التونسي لم ينص على صور خاصة في الحلول العيني حتى ينتقل الرهن إلى جزء غير الجزء الموظف عليه الرهن على غرار بعض التجارب. فيفقد الدائن تأمينة ويحلّ الأجل مع إمكانية فسخ الدين الأصلي. أما إذا تصرف الشريك في كامل المشترك، وما كان يجوز له التصرف إلا بموافقة الجميع. ولما كان يتعذر أن يؤول كامل العقار للبائع، فللمشتري، سواء قبل القسمة أو بعدها، الخيار بين الإبقاء على ما آل له بموجب العقد مع الخط في الثمن أو طلب الفسخ لصحة بيع ملك الغير، إلا إذا صادق بقية الشركاء على هذا البيع. وتنطبق الصورة على بقية التصرفات بما في ذلك الرهن العقاري.

¹⁴⁹ ذهبت محكمة التعقيب في عدة مناسبات إلى بطلان العقد الثاني بحجة أن البيع الأول لنفس العقار استوعب كامل الموضوع فلا يصح بعد ذلك الحديث عن محل في العقد الثاني وقد خرج في الأول، فقد أقرت محكمة التعقيب بمناسبة النظر في القضية عدد 13253 (قرار تعقيبي مدني عدد 13253 مؤرخ في 19 ماي 1986 نشرية محكمة التعقيب 1986، ج 2، ص 243). عن مناقشة مسألة حسن النية من عدمها أو مناقشة توفر صفة الغير من عدمها كما وردت بالفصل 305 م.ح.ع. فقرة ثانية، وناقشت المسألة على مستوى توفر موضوع البيع من عدمه، واكتفت بالقول إن "الالتزام يكون باطلاً من أصله ولا يعمل به إذا خلا من ركن من أركانه وتأسيساً على ذلك فإن ترسيمه بالسجل العقاري لا يكسبه الشرعية القانونية ويصير صحياً"، معنى ذلك أن البيع الأول يعتد به في معارضة المشتري الثاني، وإن تم ترسيمه، باعتبار أن البيع الثاني أصبح غير ذي موضوع. وهذا قول ضعيف من زاوية النظرية العامة للمحل أو من زاوية موجبات الإشهار العيني.

فالمبدأ أن يكون المحل موجوداً مادياً زمن إبرام العقد، وعلى ذلك الأساس لا يمكن التعاقد على شيء معدوم "فبيع المعدوم باطل كثمره لم تبرز أو ما في حصوله شك كزرع لم ينبت وحمل في بطن أمه.. (الفصل 574 م.ا.ع)، ومن "الترزم بدين من جهة مقامرة أو مراهنه كان التزامه باطلاً قانوناً ولا عمل عليه". ولا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضى المورث فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقاً (الفصل 66 م.ا.ع)". وإذا كانت قاعدة منع التعاقد على تركة مستقبلية تجد أساسها في القانون الروماني الذي يرى أن ذلك التعاقد يخالف الأخلاق الحميدة لرغبة المتعاقدين في وفاة المورث، فإن منع بيع المعدوم قاعدة إسلامية أساسها منع الاحتمال والغرر في التعاقد. ولو أن الفقه الإسلامي بدوره يجعل قواعد الميراث خارجة عن إطار اتفاق الأطراف، ويمكن الوصول إلى منع التعاقد عن تركة مستقبلية على ذلك الأساس.

وعلى فرض أن الشيء كان موجوداً قبل إبرام العقد ثم هلك الشيء قبل الإبرام، فذلك يعني أن المحل غير موجود، أما إذا هلك بعد الإبرام، فليس لذلك تأثير على صحة الالتزام وإنما ينتقل الحديث عن مرحلة التنفيذ وتحمل التبعات والفسخ عند الاقتضاء.

وإذا كان الشيء نقوداً، أي ثمن المعاملة، انصرف شرط الوجود إلى جدية الثمن المضمن بالالتزام، فلا يصح أن يكون الثمن رمزياً أو تافهاً مقارنة مع حقيقة المعاملة وإلا كان الثمن غير وجود وكان العقد باطلاً لعدم وجود الثمن. وثمة فرق واضح بين عدم جدية الثمن والغبن في التصرف، حيث إن الغبن يفترض ثمناً غير متوازن لا يحمل ضرورة إلى الإبطال إلا إذا وجدت القاعدة القانونية، بينما تحمل عدم الجدية إلى تفاهة الثمن وعدم صدق قيمته مقارنة مع حقيقة العملية. وقد ذهب فقه القضاء خاصة بفرنسا إلى القول بالبطلان المطلق لغياب المحل وأنزل عدم جدية الثمن منزلة عدم وجود المحل أصلاً وذهبت بعض القرارات الأخرى إلى القول بالبطلان النسبي بعلّة أن مسألة الثمن إنما هي في حقيقة الأمر مسألة خاصة ليس لها علاقة بالمصلحة العامة، على أن المحاكم عادة ما ترفض طلب الإبطال إذا كان تحديد الثمن نتيجة التفاوض الحر.

وأورد الفصل 66 م.أ.ع استثناءً هاماً لقاعدة وجود المحل يوم الإبرام، "فقد يكون المقصود من الالتزام شيئاً مستقبلاً وغير محقق عدا ما استثنى في القانون". فيجوز على ذلك الأساس التعاقد على أشياء مستقبلية أو أشياء غير محققة تجاوزاً لما اشترطه أو منعه المشرع صراحة، أي أنه يمكن في نهاية الأمر التعاقد على أشياء مستقبلية سواء كانت محققة الوجود أو غير محققة تجاوزاً للصور الصريحة في المنع. وإذا كان الفصل 66 م.أ.ع قد أشار فقط إلى الأشياء المستقبلية، سواء كانت قيمة أو مثلية، فإنه من الممكن الحديث عن حقوق مستقبلية إلى جانب الأشياء المستقبلية كما في صورة التأمين تطبيقاً لأحكام مجلة التأمين الصادرة بموجب القانون عدد 24 لسنة 1992 المؤرخ في 9 مارس 1992، كما يجوز إحالة الحقوق قبل حلولها (الفصل 200 م.أ.ع)، فيصح إحالة حق المقاول إلى الغير قبل إنجاز الأشغال ويصح إحالة حق الشريك قبل إنهاء التثبيت ويصح الرهن لضمان ديون مستقبلية ومحتملة (الفصل 206 م.ج.ع).

وعلى ذلك الأساس فقد يتعاقد الأطراف على أشياء مستقبلية محققة الوجود مستقبلاً كما في صورة التعاقد على بيع أشياء ستصنع مستقبلاً أو شراء منزل أو شقة قبل البناء، ويجوز كذلك "بيع الغلة في أصولها وغيرها من المنتج البارز ولو قبل النضج" (الفصل 574 م.أ.ع). وما يميز التعاقد على أشياء مستقبلية أن انتقال الملكية فيها لا يحصل إلا يوم تحقق الشيء فعلاً وليس يوم التعاقد، فهي ضمن حالات تراخي انتقال الملكية، ولا يطالب المتعاقد من حيث المبدأ بدفع الثمن إلا يوم التحقق إلا ما استثناه القانون والاتفاق. وإذا لم يتواجد الشيء مستقبلاً يكون العقد باطلاً. كما أن التعاقد على أشياء مستقبلية لا يكون كذلك إلا إذا علم الطرفان بذلك، فإذا كان الاعتقاد هو التعاقد على أشياء موجودة ثم ظهر بعد ذلك أنها ستوجد مستقبلاً يمكن طلب البطلان على أساس غياب المحل أو الإبطال على أساس أحكام الغلط. والتعاقد على أشياء مستقبلية محققة ليس بشرط حيث إن من أحكام الشرط أن يكون غير محقق.

وقد يتعاقد الأطراف على أشياء مستقبلية احتمالية بمعنى أنها غير محققة الوجود، متى يكون الاحتمال أحد أركان المحل كما في صورة أن يقع التعاقد على أشياء غير ثابتة، فلا يعلم المعاهد إن كان الشيء سيتحقق أو خلافه ومثال ذلك أن يتعاقد الشخص على حمولة مجهولة المصير. فيكون بذلك الاحتمال محل العقد، فهو بمثابة التعاقد على مجرد أمل، ويلزم المعاهد على ذلك الأساس بدفع الثمن بصرف النظر عن توفر الأمل من عدمه، وأحسن مثال لذلك هو عقد التأمين، حيث يلزم المؤمن بدفع معين التأمين بصرف النظر عن وقوع الحادث من عدمه، ولا يبطل العقد عدم وقوع الشيء المتعاقد حوله، بل يظل الالتزام صحيحاً بصرف النظر عن توفر الحق أو الشيء المتعاقد حوله. وعلى ذلك الأساس فإن الحق الاحتمالي ليس بحق مشروط حيث ولئن كان الشرط أمراً غير محقق فهو بالمقابل غير مستحيل بمعنى أن توفره ممكن.

والمجمل في ذلك أنه ما يُشترط في المحل عملاً بأحكام الفصول 62 إلى 66 م.أ.ع أنه يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه، معينا أو قابلاً للتعيين، ممكناً، موجوداً. فمقتضى التعامل في المحل أن يكون في التجارة حيث إنه، عملاً بأحكام الفصل 62 م.أ.ع "لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة، فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه". وكان الفصل 2 م.أ.ع نص

على "أن يكون المقصود من العقد مالا معينا يجوز التعاقد عليه". ولازم التعيين عملاً بأحكام الفصل 63 م.أ.ع أن يكون "المعقود عليه... معينا ولو بالنوع أما مقداره وعدده فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد"، فإذا تعلّق الموضوع بأشياء معينة الذات، مثل بيع عقار، فما يشترط أن ترد بالعقد جميع البيانات التي تتعلّق بذات الشيء بحيث أنه من الممكن التعرف على ذات الشيء من خلال تلك البيانات. وواجب إمكانية المحل أن لا يلزم أحد في الاستحالة، فإذا قامت الاستحالة في الشيء المعقود عليه أو في العمل موضوع الالتزام كان العقد باطلاً، ولذلك نص الفصل 64 م.أ.ع على أنه "يبطل العقد إذا كان

العقد لارتباط سبب الانقضاء بأحد المتعاقدين والأمر مثله بالنسبة إلى الفسخ. ولا يمكن طلب الإبطال على أساس أحكام الفصل 551 م.أ.ع إذ أن قاعدة منع الشخص بأن يحيل ما ليس له الواردة بهذا الفصل إنما هي قاعدة عامة لا تصلح للتطبيق مع وجود النص الخاص وهو الفصل 576 م.أ.ع في بيع ملك الغير¹⁵⁰.

ومع ذلك يمكن أن تتوفر حالات خاصة قد تكون سندا للغير في طلب البطلان، والقاعدة أن الغير يجوز له طلب البطلان إذا كان الجزء هو البطلان

على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون". والمقصود بذلك أن تكون الاستحالة قبل إبرام العقد أي استحالة محل، فلو وقعت بعد الإبرام، كان العقد صحيحا وتطرح حينئذ استحالة التنفيذ. فما ينص عليه الفصل 64 م.أ.ع هي استحالة المحل وليس استحالة التنفيذ. ويشترط في الاستحالة أن تكون مطلقة سواء كانت طبيعية أو قانونية. وإذا كان شرط الوجود يقتضي أن يتواجد المحل يوم إبرام العقد، من حيث المبدأ، فإنه يبقى دوما عملا بأحكام الفصل 66 م.أ.ع من الممكن التعاقد في أشياء مستقبلية "فقد يكون المقصود من الالتزام شيئا مستقبلا وغير محقق عدا ما استثنى في القانون". فيجوز على ذلك الأساس التعاقد على أشياء مستقبلية أو أشياء غير محققة تجاوزا لما اشترطه أو منعه المشرع صراحة، أي أنه يمكن في نهاية الأمر التعاقد على أشياء مستقبلية سواء كانت محققة الوجود أو غير محققة تجاوزا للصور الصريحة في المنع.

و ما يتحصص من ذلك أن شرط ملكية البائع للمبيع أو الراهن للمرهن ليس شرطا في المحل، طالما أن المحل يمكن أن يكون مستقبليا ويمكن التعويل في جميع الصور على إجازة المالك الحقيقي فتفتقد الاستحالة وليس في بيع أو رهن ملك الغير ما يعارض شرطي المعاملة والتعيين، بل إن انتقال الملكية ليس التزاما محمولا على البائع بل هو أثر قانوني يحدث بصفة آلية وفورية وذهنية بمجرد التعاقد وقد ترد جملة من الحالات يتراخى فيها الانتقال كما في صورة إفراز الأشياء المثلية في بيع الأشياء المثلية فيتأخر تاريخ انتقال الملكية إلى تاريخ الإفراز وكما في صورة بيع الأشياء المستقبلية فيتأخر الانتقال إلى تاريخ توفر هذه الأشياء وكما في صورة بيع العقارات المسجلة فيتأخر انتقال الملكية إلى تاريخ التسجيل بإدارة الملكية العقارية وكما في صورة الاتفاق فتنتقل الملكية على الاتفاق وكذلك الصورة في بيع ملك الغير فتنتقل الملكية بتاريخ إجازة المالك الحقيقي. ولكن ليس في ذلك ما يعدل من قاعدة أن انتقال الملكية أثر قانوني وليس التزام. فلا يمكن بعد ذلك اشتراط وجود المحل يوم إبرام العقد توصلا لجزاء البطلان إذا تخلف. والأمر أكثر وضوحا بنظام الإشهار العيني سواء كانت القاعدة هي الاحتجاج في الترسيمات أو المفعول المنشئ للترسيمات، فما ينقل الملكية إزاء الغير في نظام الاحتجاج ليس العقد المبرم بين الطرفين وإنما شكلية الترسيم وما يتكون الحق العيني إزاء الكافة في نظام المفعول المنشئ إلا بإتمام شكلية الترسيم وليس للعقد إلا آثار شخصية. فلا يمكن القول بعد ذلك أن العقد الثاني ليس به محل بحكم إبرام العقد الأول والحال أن المحل لا ينتقل بالعقد وإنما بشكلية الترسيم، فينتقل المحل إلى المشتري الذي سبق إلى الترسيم ولا ينتقل إلى الآخر مطلقا طالما أنه لم يسع إلى إتمام الترسيم في الموعد. وعلى ذلك الأساس لا يمكن القضاء ببطلان العقد الثاني بحجة غياب المحل، فثمة مخالفة واضحة في هذا الاتجاه لموجبات نظام الإشهار العيني.

¹⁵⁰ عادة ما يستند المدعي لقاعدة الفصل 551 م.أ.ع في طلب بطلان العقد الثاني إذا سبق بيع نفس العقار مرة أولى، وهو سند ضعيف حيث تبقى قاعدة الفصل 551 م.أ.ع في أنه "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق"، تجاوزا لخلو الجزاء فيها وإنحصارها في مواجهة الغير، في جميع الصور مبدأ عاما أورده المشرع في باب الأحكام العامة، ولا يصح الاحتجاج بها في حالة توفر النص الخاص، وقد توفر النص الخاص في بيع ملك الغير وهو الفصل 576 م.أ.ع وفي رهن ملك الغير وهو الفصل 203 م.ح.ع. فلا يمكن بالتالي الحكم ببطلان التصرف الثاني على أساس هذا الفصل. بقي أنه من الممكن الاستناد إلى أسس سليمة في معالجة البيع الثاني توصلا إلى الحد من أثره.

المطلق وتوفرت بجانبه المصلحة، كما في صورة أن يفتقر التصرف للشروط الشكلية المشترطة لصحته مثل الأذن الإدارية والصيغ الشكلية وكما هي الصورة في بعض الحالات الخاصة للصورية على معنى الفصول 566 وما بعده م.ا.ع متى نصّ المشرع على جزاء البطلان صراحة في حالة المخالفة¹⁵¹.

كما يمكن أن تتوفر نصوص خاصة تجيز للمحكمة إبطال التصرف إذا توفرت جملة من الشروط كما في صورة قانون إنقاذ المؤسسات لسنة 1995 كما هو منقح سنة 1999 و 2003¹⁵² حيث نصّ الفصل 30 من هذا القانون أنه " للمحكمة إبطال قرارات مسير المؤسسة السابقة لتاريخ تعهدها والتي تحول دون تنفيذ برنامج الإنقاذ ولها إبطال كل تفويت بمقابل أو دونه، من شأنه أن يضر بمصلحة المؤسسة، أو العمليات التي من شأنها تمييز دائن على آخر و خلاص ديون غير حالة، على أن يكون قد وقع إجراؤها بعد تاريخ التوقف عن الدفع".

وتبقى صورة واحدة عامة يمكن للغير أن يتمسك بها للمجادلة في صحة التصرف وتكون مدخلا لمؤاخذة التصرف بالجزاء المناسب وهو أن يرتبط بالعقد شيء من التدليس، فثمة قاعدة عامة لا تتلقاها الطبيعة الإنسانية وهو أن التدليس

¹⁵¹الفصل 566 - "القضاة وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام ليس لهم أن يكسبوا بالشراء أو بالإحالة شيئا من الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم التي يباشرون بها وظيفتهم سواء كان الشراء والإحالة باسمهم أو باسم غيرهم. فالبيع باطل والحكم بالبطلان يقع بطلب ممن له مصلحة فيه أو بغير طلب".
الفصل 567 - "القضاة وكتاب المحاكم والعدول والمحامون ووكلاء الخصام ومأمورو الدولة لا يجوز لهم أن يشتروا باسمهم أو باسم غيرهم شيئا من الأموال أو الحقوق أو الديون المأمورين ببيعها أو التي يكون بيعها بإذن منهم كما لا يجوز لأحد أن يحيل لهم شيئا مما ذكر وكل بيع أو إحالة لهم من ذلك يعد باطلا لا عمل عليه".

الفصل 568 - "وكلاء الإدارات البلدية ورؤساء المصالح العامة والأوصياء والمقدمون والمتصرفون في أموال أبنائهم وامناء التفليس والأشخاص المعينون لتصفية حساب الشركات عند انحلالها ليس لهم أن يقبلوا لأنفسهم إحالة ما وقع تفويته من الأموال التي لنظرهم كما لا يسوغ لهم أن يقبلوا لأنفسهم إحالة ما على من لنظرهم من الديون.
لكن يجوز التصديق على الإحالة أو البيع ممن وقع في حقهم إن كانت لهم أهلية التفويت أو من المحكمة أو من غيرها من الهيئات ذات النظر".

الفصل 569 - "السماسة والعرفاء ليس لهم أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال المأمورين ببيعها أو بتقويمها سواء كانت تلك الأموال منقولة أو غير منقولة فالبيع باطل ويحكم ببطلانه وبما يتسبب عن ذلك من الخسائر".

الفصل 570 - "أزواج الأشخاص المذكورين بالفصل 566 والفصل 567 والفصل 568 والفصل 569 وأولادهم وإن كانوا رشداً يعتبرون واسطة في الحالات المبينة في الفصول المذكورة".

¹⁵²القانون عدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أبريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية كما هو منقح بموجب القانون عدد 63 لسنة 1999 المؤرخ في 15 جويلية 1999 والقانون عدد 79 لسنة 2003 مؤرخ في 29 ديسمبر 2003.

لا يُحمى، وليس المقصود هو التدليس الجزائي¹⁵³ بل الأمر يتعداه إلى التدليس المدني والمقصود بذلك سوء النية. فكلما توفر التدليس في شتى أشكاله إلا وأمكن للغير أن يتدخل بإثارة الدعوى للمجادلة في صحة التصرف والترسيمات التابعة

¹⁵³القاعدة أنه لا يجوز للقاضي الجزائي المتعهد بالفرع المدني أن يقضي بالتشطيب إلا إذا توفر النص القانوني الخاص حيث إن الدعوى المدنية حق لكل من لحقه شخصا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة على معنى الفصل 7 م.إ.ج، معنى ذلك أن لا تلزم المحكمة إلا بالقضاء بما يلزم تعويضا عن الضرر الذي لا يمكن أن يكون إلا ماديا أو معنويا، شرطا أن يكون الضرر شخصا ومباشرا. والتعويض مقابل يجب تمييزه عن التنفيذ العيني. ولا يمكن للمحكمة الجزائية أن تتجاوز حدود الغرم، فلا يمكن أن تصرح ببطالان الرسوم والكتائب أو فسخها أو إعدامها أو التشطيب على الترسيمات المتعلقة بها في الجرائم التي لها علاقة بهذه الرسوم كما في صورة البيع مرتين أو بيع ما لا يملك على معنى الفصل 292 م.ج. وافتعال وثيقة إدارية على معنى الفصل 199 م.ج. والتحيل على معنى الفصل 291 م.ج. والخيانة على معنى الفصل 297 م.ج. وغير ذلك من الجرائم، إلا إذا نصّ المشرع صراحة على ذلك، فيكون ذلك من قبيل المقابل العيني أو التعويض العيني، ومن شروطه أن لا يقضى به إلا إذا توفر النص الخاص، حيث لا يدخل ذلك في باب تعويض الضرر على معنى الفصل 7 م.إ.ج. فقد تتوفر عدّة حالات تتجاوز المشرع من خلالها معنى التعويض المالي إلى معنى التعويض العيني، كما هو الشأن بالنسبة إلى استرجاع الحوز على معنى الفصل 55 م.م.ت أو إتلاف الكتائب وبطالان الزواج على معنى الفصل 256 م.إ.ج. فيمكن في هذه الصور الحكم بإرجاع الحوز في جريمة افتكاك الحوز بالقوة أو إعدام الكتائب في جرائم التزوير والتدليس أو بطلان الزواج في جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية أو الزواج بثانية نظرا لتوفر النص القانوني تجاوزا لمعنى الفصل 7 م.إ.ج، ولكنه لا يمكن بحال الحكم بطلبات مدنية في الفسخ أو البطلان أو الإعدام في مواطن لم يأت فيها نصّ خاص، بل أكثر من ذلك لا يجوز مطلقا الحكم بالتشطيب في الحالات التي نصّ خلالها المشرع على جزاء البطلان أو الفسخ أو الإعدام، فلا يمكن للقضاء الجزائي أن يصرح بالتشطيب إلا إذا توفر النصّ القاضي بإمكانية التشطيب صراحة وعلى وجه التخصيص. والواضح من خلال ذلك أن التعويض على معنى الفصل 7 م.إ.ج. كان رهين ثبوت الجريمة وثبوت العلاقة المباشرة والشخصية بين الضرر والجريمة، فلا يمكن أن يتعدى التعويض إلى مسائل خارجة عن ذلك الإطار حيث لا يمكن التعويض عن الأضرار الحاصلة للشاحنة على سبيل المثال إذا أحيل الجاني على المحكمة المختصة لمقاضاته من أجل الجرح على وجه الخطأ. فمهما كانت طبيعة الإحالة على مجلس الحكم سواء من أجل جرائم الاعتداء على المال أو من أجل جرائم الاعتداء على الشخص (الاعتداء على الذات أو الشرف أو الحرية) لا يمكن بحال أن يمتد التعويض على أساس الفصل 7 م.إ.ج. إلى إبطال الرسوم أو فسخها أو إعدامها إلا إذا نصّ المشرع على ذلك صراحة لفقدان العلاقة السببية في المباشرة والشخصية، وبالأحرى لا يمكن القضاء بالتشطيب لكونه جزاء عينا يبقى بعيدا كل البعد عن الجريمة وتتقطع خلاله العلاقة المباشرة والشخصية. ثم إن غاية القانون الجزائي تختلف تماما عن أهداف القانون المدني، فقد يكون العمل مخالفا للقانون الجزائي وصحيحا في مستواه المدني كما في صورة بيع ملك الغير، فهو جريمة على معنى الفصل 292 م.ج. وهو عمل صحيح على معنى الفصل 576 م.إ.ع، وكما في صورة البيع مرتين قبل الترسيم بإدارة الملكية العقارية، فرغم أن البيع الثاني صحيح في مستواه المدني بحكم عدم خروج الملكية عن البائع قبل الترسيم مراعاة لشرط الترسيم في نشأة الحق العيني بالنسبة إلى العقارات المسجلة، فإن أركان جريمة البيع مرتين تتوفر بالرغم من ذلك على معنى الفصل 292 م.ج. ففي جميع هذه الصور وفي غيرها من الصور المشابهة، في الخيانة والاستيلاء على مشترك وغيرهما، لا يهدف القانون الجزائي إلا إلى مؤاخذة تصرف الجاني من أجل السلوك الإجرامي وسوء النية دون أن يكون للجزاء ضرورة أثر على صحة المعاملات المدنية ولا يمكن القضاء بإبطال العقد حيث إن التجريم لا يدلّ ضرورة على الإبطال وليس دليلا حتميا على عدم صحة الكتائب. وليس صحيح أن يلزم التعويض بطلان الاتفاق، فكثيرا ما يمكن الحكم بالتعويض دون لزوم الفسخ أو الإبطال. وعلى ذلك الأساس فإن البطلان أو الفسخ ليسا رديفين حتميين للتجريم الجزائي، فبحكم مبدأ استقلالية القانون الجزائي يتسع المجال بين أهداف القانون المدني والقانون الجزائي.

على الأقل في صورتين، الدعوى البليانية على معنى الفصل 306 م.أ.ع ودعوى الصورية على معنى الفصل 26 م.أ.ع.

فإذا ثبتت شروط الدعوى البليانية¹⁵⁴ وكان العقار مسجلا وسبق ترسيم التصرف موضوع المجادلة بالسجل العقاري فإنه من الممكن القضاء بعدم

¹⁵⁴ نص الفصل 306 م.أ.ع في فقرته الأولى على أنه "يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في العقود التي تتممها مدينهم بأنه تتممها لإضرارهم في حقوقهم تغريرا وتديسا لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالمراث". وبذلك يجوز للدائن أن يطعن في العقود التي أبرمها مدينه إذا كان من آثارها خروج المال من الضمان العام. فهي على خلاف الدعوى غير المباشرة لا تهدف إلى القيام محل المدين فيما له على الغير، وإنما يقوم الدائن في حق نفسه بهدف عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهته، وهي بذلك ليست دعوى تعويض أو إبطال، وإنما دعوى عدم نفاذ تصرف المدين، ولكنها تبقى دعوى شخصية، وليست دعوى عينية أو مختلطة لأنها تستند لحق شخصي ولو كانت ترمي إلى عدم نفاذ تصرف ناقل للملكية، ولذلك أسماها البعض بالدعوى العلاجية على غرار الدعوى الصورية. ومن صفاتها أنها دعوى تكميلية أو احتياطية بمعنى أن المدعى عليه بإمكانه أن يدفع بضرورة التجريد أي التنفيذ بداية على أموال المدين. ولكن الدعوى البليانية تجتمع مع بقية الدعاوى في الصورية والحلول محل المدين فيما له على الغير في أن جميعها يهدف إلى حماية الضمان العام. وبعد أن كانت الدعوى البليانية تمارس بصفة جماعية أي لفائدة جميع الدائنين أصبح لها استعمال فردي، بمعنى أن تمارس من طرف أحد الدائنين وفائدته الخاصة. ويمكن الحديث من خلال الفصل 306 م.أ.ع عن شروط وآثار هذه الدعوى.

+ شروط الدعوى البليانية: يخضع كل من الدائن والمدين من جهته لجملة من الشروط الأساسية في الدعوى البليانية. فبالنسبة إلى الدائن يمكن لكل دائن سواء كان دائنا عاديا أو ممتازا أو مرتها أن يقيم الدعوى البليانية، مهما كان سند دينه واقعة مادية أو تصرف قانوني مهما كانت طبيعة الالتزام إيجابيا أو سلبيا. فلا يمنع الدائن من رفع دعوى الضمان العام بعله أن له امتياز خاص ولا يمنع بعله مصدر دينه أو طبيعة التزامه.

ولم يبين المشرع بالفقرة الأولى من الفصل 306 م.أ.ع طبيعة الدين الذي يعود للدائن المدعي إن كان ديناً مستحقاً exigible أو غير متنازع فيه، ولكن طبيعة الدعوى في الطعن في تصرفات المدين لا يمكن أن تكفي بدين غير ثابت أو محتمل، والمعلوم أن الدين أو الحق يمكن أن يكون احتماليا أو ثابتا أو ثابتا غير مقدر أو ثابتا مقدرا ومستحق الأداء أو قابلا للتنفيذ الجبري. وإذا كان احتمال الدين وعدم ثبوته، لا يتلاءم مع طبيعة الدعوى ولا يسمح في نهاية الأمر برفع الدعوى والطعن في تصرفات المدين، فإن شرط تقدير قيمة الدين واستحقاق أدائه أو تنفيذه جبرا، لا شيء يبرره، لأن دعوى البليانية ليست دعوى تنفيذية، فلا يشترط السند التنفيذي أو حلول الأجل في الأداء أو تحديد مقدار الدين، ويمكن بالتالي التوصل إلى نفس الشروط الواردة في باب الدعوى غير المباشرة، فلا يشترط أن يكون حق الدائن قابلا للتنفيذ أو مستحق الأداء غير معلق على شرط أو أجل و معلوم المقدار، بل يكفي أن يكون حق الدائن موجودا أي ثابتا certain غير محتمل أو متنازع فيه، طالما أن المشرع لم يضع شروطا خاصة. ولكنه يشترط أن يكون الدين سابقا عن تصرف المدين. فلا يقبل أن يطعن الدائن في تصرف نشأ قبل أن ينشأ حقه.

أما بالنسبة إلى المدين فقد نص الفصل 306 م.أ.ع على أنه "يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم في العقود التي تتممها مدينهم بأنه تتممها لإضرارهم في حقوقهم تغريرا وتديسا". وبالتالي يشترط أن يشمل الطعن العقود التي تتممها المدين ويجب أن تكون هذه العقود مضرة بحقوق الدائنين ويكون المدين قد أبرمها تغريرا وتديسا. فلا بد أن يتوفر التصرف وهو تصرف معسر وتصرف مدلس. فيجب أن يكون العمل الذي قام به المدين من قبيل التصرف القانوني، معنى ذلك أن الوقائع القانونية لا تدخل في باب الدعوى البليانية، فلو أن المدين ارتكب خطأ جعله يتحمل تعويض الضرر أو أنه أهمل تمسكه بالتقادم وغير ذلك من الوضعيات المادية، فلا سبيل إلى إثارة الدعوى البليانية في ذلك، ويبقى بذلك نقل الملكية بموجب الميراث واقعة قانونية خارجة عن إطار التصرف القانوني. ويجب أن يكون التصرف موضوع الطعن من قبيل العقود، ويشمل المعنى جميع العقود مهما كانت طبيعتها بعوض أو من قبيل الهبات، منشئة للحق أو نافذة له أو كاشفة للحق، ومهما كانت مواضعها. لكن ذلك لا يعني أن المشرع استثنى التصرفات الناتجة عن إرادة منفردة واقتصر على التصرفات الناتجة عن إرادتين، إنما المقصود هو جميع التصرفات القانونية مهما كان مصدرها. ويمكن أن يكون التصرف عملا ناتجا عن إرادة منفردة كما في

معارضة المدعي بالتسجيل إذا ما سجل المدعي طلبه في ذلك الاتجاه. وفي ذلك ملاحظتان:

صورة التنازل أو الإجازة. ولكنه يشترط أن يكون تصرفاً قانونياً له علاقة بالذمة المالية، فلا يدخل في ذلك كل ما يتعلق بالحالة الشخصية، كما في صورة ترشيح القاصر أو الطلاق أو الزواج. ولا يدخل في ذلك المعنى كل ما يدخل في باب الرخص، فهي ليست من قبيل الحقوق الداخلة في الذمة المالية. ويجب أن يكون التصرف مضراً بحقوق الدائنين بمعنى أن يكون معسراً ومفقراً للمدين، وذلك بالتنقيص من حقوقه، كما أن يتنازل عن حق له أو أن يوظف رهناً عقارياً على عين معينة أو يدفع ديناً، أو الزيادة في التزاماته، كما في صورة أن يقبل المدين بشراء عقار بقيمة غير قيمته الحقيقية بالتواطؤ مع البائع، "فيحمل التصرف في معانيه المتعددة معنى الجحقة المدنية الموجبة للتعويض". وهذا هو معنى التصرف المفقر *acte d'appauvrissement*.

والإعسار في ناهية الأمر أن تزيد ديون المدين على حقوقه بصفة فعلية والعبرة في ذلك بتاريخ رفع الدعوى، أي أن تكون حالة الإعسار متوفرة يوم رفع الدعوى. والحجة في ذلك على الدائن القائم بالدعوى بداية، وبكفيه أن يثبت وجود دينه، فإذا أثبت الدين انقلب عبء الإثبات على المدين ليدفع عنه الإعسار بإثبات أن لديه من الأملاك ما يكفي لقضاء حاجة الدائن وأن لا شيء يعيق التنفيذ عليها، وبذلك المحكمة على هذه الأموال. ويجوز للمعاقد مع المدين أن يدفع بالتجريد، باعتبار أن الدعوى البولصية هي دعوى تكميلية *subsidaire*، أي أن يطلب التنفيذ على أموال المدين بداية، دون أن يثبت وجود أملاك المدين، فيحمل الإثبات على الدائن ومن بعده على المدين كما تقدم.

ويجب أن يكون المدين مدلساً، وهذا هو الشرط الأساسي، بمعنى أن تكون له النية في الإضرار بالدائن، أي أن يكون المدين قاصداً ما اقتصره من عمل أي إعساره. ولا يشترط أن يكون معاقدته مشاركا له في ذلك بمعنى متواطئاً مع المدين، لكن الفقه يرى أن التواطؤ يشترط تواجده إذا كان العمل بعوض حتى تقبل الدعوى ولا يشترط في الهيئات. فلا يمكن أن يتضرر المعاقد من جراء الدعوى إلا إذا كان متواطئاً مع المدين أو على الأقل عالماً بالضرر المتسلط على الدائن إذا كان عقده بعوض، على خلاف صورة التبرع. وعلى الدائن إثبات الضرر والعلم عند الاقتضاء، لقلب عبء الإثبات على المدين ومعاقده، والعبرة في ذلك بتاريخ إمضاء التصرف.

ولا يمكن أن يتحقق هذا الشرط إلا إذا كان حق الدائن سابقاً تاريخ التصرف. وهذا ما يميز الدعوى البليانية عن الدعوى غير المباشرة التي لا توجب سبق الدين. والعبرة في ذلك بتاريخ وجود الحق وليس بتاريخ أدائه، كما في صورة إذا كان الحق معلّقاً على شرط أو أجل. والعبرة كذلك بتاريخ إمضاء التصرف وليس بتاريخ ترسيمه بإدارة الملكية العقارية لو كان التصرف خاضعاً لواجب التسجيل، لأن التصرف غير المرسم موجود وله آثار شخصية. والحجة في ذلك على الدائن.

+آثار الدعوى البليانية: تهدف الدعوى البليانية إلى عدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة الدائن، فهي ليست دعوى بطلان أو دعوى تعويض، وعلى ذلك الأساس كان الحديث عن "قيام الدائن بإبطال عقود مدينه" بالقسم المتعلق بالفصل 306 م.إ.ع، حديثاً غير دقيق لأن الأثر في الدعوى البليانية ليس الإبطال وإنما عدم النفاذ *inopposabilité*. فالذي يحصل في الدعوى البليانية هو أن الحكم يصدر بعدم نفاذ التصرف، فيعود المال إلى الذمة المالية التابعة للمدين ويتحقق للدائن إمكانية التنفيذ عليه. ولا يستفيد بهذا الأثر إلا الدائن القائم بالدعوى، لذلك أورد الفصل 306 م.إ.ع بفقرته الأولى أنه "يجوز للدائنين أن يطعنوا في حق أنفسهم". فلا يجوز لبقية الدائنين التنفيذ على هذا المال، لأنهم ليسوا أطرافاً بالدعوى، والمعلوم أن للأحكام أثراً نسبياً بمعنى أن حجة الأمر المقضي به لا تشمل إلا من كان طرفاً بالدعوى، وهو الدائن والمدين والمعاقد مع المدين. وفيما يتجاوز حق الدائن القائم بالدعوى يبقى التصرف صحيحاً يعارض به بقية الدائنين. وإذا وفي الدائن دينه وبقي من الحق شيء يعاد إلى المعاقد. على أنه يجوز دوماً للمدين أو معاقدته أثناء نشر الدعوى خلاص الدائن، فتطرح الدعوى، كما أنه من الممكن للدائن مطالبة المدين في الدعوى بجميع الأضرار التي تسبب فيها، وللمعاقد حق الرجوع على المدين ليستوفي ما أصابه من ضرر نتيجة عدم نفاذ التصرف.

الملاحظ الأولى أنّه لا يمكن للمحكمة أن تتدخل بالسجل العقاري في هذه الصورة إلا إذا سبق تسجيل الطلب فليس لها الحق أن تقرر من تلقاء نفسها التشطّيب أو عدم المعارضة.

أما الملاحظة الثانية فإنّه لا يجب القضاء بالتشطّيب على الترسيم وإنما يُقضى بعدم معارضة المدّعي بالترسيم الواقع على أساس هذا العقد إذ الحكم في الدّعوى البليانية لا يمسّ من صحّة التصرف بل يجعله غير نافذ في مواجهة الدّائن المتضرر وليس للحكم من أثر إلا على طرفتي الدّعوى، فلا يمكن بعد ذلك التشطّيب على كامل الترسيم والتشطّيب مآله فقدان كامل الترسيم. فإذا توفرت شروط الدّعوى البليانية تقضي المحكمة بعدم الاحتجاج بالتصرف وعدم المعارضة بالترسيم وليس لها أن تقضي بالتشطّيب، فذلك ما يتجاوز حدود الدّعوى. وليس هذا الجزاء بعدم المعارضة إلا نتيجة غير مباشرة لانعدام الاحتجاج بالكتب، ولذلك يعدّ هذا المآل صنفاً مما يعرف بالتشطّيب غير المباشر. والحالة مثلاً بالنسبة إلى دعوى إعلان الصورية على معنى الفصل 26 م.أ.ع.

وإذا ثبتت شروط الصورية¹⁵⁵ وسبق ترسيم العقد الظاهر بالسجل العقاري، وقضي بإعلان صورية الكتب سند الترسيم والاعتداد بالعقد المستور فمن الممكن

¹⁵⁵ الصورية أن يظهر المدين المال في أعين الغير خلافاً لواقعته بتحرير عقد ظاهر يخالف مضمون العقد المستور. فينشأ عن ذلك عقد حقيقي مستور وعقد آخر ظاهر صوري في نفس العقار. ومن ذلك ظهر العقد الظاهر *acte apparent* والعقد الصوري *acte simulé-fictif* والعقد المستور *acte secret* - *réel*.

وقد تعدّد حالات الصورية، لكنّه من الممكن ردّها إلى حالات أربعة وجود العقد وطبيعته وشخص المعاهد ومحلّ الالتزام. فإذا تعلقت الصورية بوجود العقد كان العقد غير موجود فعلاً وإنما أظهره المدين بهدف تهريب المال من الدائنين، فتكون الصورية في هذه الحالة مطلقة. وإذا تعلقت الصورية بطبيعة العقد اتخذ العقد الظاهر شكلاً يخالف حقيقته، كما في صورة أن يظهر العقد على شكل بيع عوض هبة. وإذا شملت الصورية شخص المعاهد كانت الرغبة في عدم إظهار المستفيد من العقد، كما أن يتعاقد المحامي أو الموظف تحت اسم مستعار. وإذا تعلقت الصورية بالمحلّ كانت الصورية تهدف إلى عدم إظهار الموضوع، كما في صورة أن يستر الثمن الحقيقي للمعاملة، وتكون الصورية في هذه الحالات الأخيرة نسبية. ويرى جانب من الفقه أن إخفاء الحقيقة إنما هو عمل ينطوي على كذب ومن المفروض أن لا يعترف المشرع لا بالكتب الظاهر ولا بالكتب المستور. ويرى البعض الآخر أن العقد السري هو الصحيح ومن المفروض أن يتقرر بطلان العقد الصوري، مراعاة للإرادة الحقيقة. لكنّ هذا الحلّ قد يضرّ بمصالح الغير حسن النية، لذلك اتجه الرأي إلى إبقاء العقد السري فاعلاً بين المتعاقدين فقط، أما الغير فيأمكنه التحويل على العقد الظاهر، وانحاز التشريع التونسي إلى هذا الرأي الأخير ونصّ بالفصل 26 م.أ.ع على أن "الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتيب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق في المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا

الفصل". وبذلك ميز المشرع بين العقد الحقيقي السري عن العقد الظاهر، فالأول يبقى فاعلا بين المتعاقدين وورثتهما، والثاني يعتد به إزاء الغير. وقد أخذ المشرع بالمفهوم الواسع للغير بهذا الفصل بأن جعل كل من ينجر له حق من المتعاقدين أي الخلف الخاص بمثابة الغير.

وببقى دوماً للدائن حق إثبات صورية المعاملة ليحتج بحقيقة التصرف ويعيد المال إلى الذمة المالية للمدين، وبذلك تظهر أهمية دعوى الصورية في المحافظة على الضمان العام. فإذا قام الدائن بطلب التنفيذ على مال المدين فلا شك أن المعاهد الظاهر سيحتج بالعقد الظاهر لرد طلب الدائن، فتقوم المصلحة حينئذ للدائن في إثبات حقيقة التصرف والتمسك بالعقد السري توصلًا لإنهاء أعمال التنفيذ بعد أن عاد المال إلى الضمان العام، ومن هذه الناحية كانت أهمية دعوى الصورية وعلاقتها بحماية الضمان العام وبوسائل المحافظة على الضمان العام مثلها مثل الدعوى البولصية أو الدعوى غير المباشرة. لكن دعوى الإعلان عن الصورية لا تكون فاعلة وتحدث أثرها إلا إذا توفرت شروط الصورية.

+ شروط دعوى إعلان الصورية: للدعوى الصورية شروط شكلية وأخرى موضوعية.

فمن حيث الشكل يمكن أن ترفع دعوى الصورية من أحد أطراف العقد أو من ورثتهم أو من طرف الخلف الخاص أو من طرف الدائن العادي. فلكل شخص له مصلحة بالاحتجاج بالعقد السري يجوز له أن يطلب التصريح بصورية العقد الظاهر واعتماد العقد الحقيقي. وليس في دعوى الصورية نيابة حيث ينوب الدائن نفسه في الدعوى وترفع الدعوى باسمه الخاص. كما لم يقصر المشرع الدعوى الصورية على الخلف الخاص، وهو من الغير على معنى الفصل 26 م.إ.ع، بل يجوز للدائن العادي، كما هو الشأن بالنسبة إلى الخلف الخاص، أن يرفع الدعوى الصورية، خلافا لبعض الاتجاهات. فقد اعتمد المشرع بالفصل 26 م.إ.ع مفهوماً واسعاً للغير، خلافاً للمبادئ العامة.

ومن حيث الأصل يشترط أن يكون حق المدعي ثابتاً مهما كان تاريخ نشأته وتوفر شروط الصورية وأن يحتج الدائن بالاتفاق الحقيقي ويثبت وجوده.

فلا يشترط في حق الدائن أن يكون نشأ قبل حصول الاتفاق الصوري، بل يمكن أن يكون نشأ قبل ذلك أو بعده. ولا يشترط السند التنفيذي أو حلول الأجل في الأداء أو تحديد مقدار الدين، ويمكن بالتالي التوصل إلى نفس الشروط الواردة في باب الدعوى البليانية أو الدعوى غير المباشرة فيما يتعلق بطبيعة حق الدائن، فلا يشترط أن يكون حق الدائن قابلاً للتنفيذ أو مستحق الأداء غير معلق على شرط أو أجل ومعلوم المقدار، بل يكفي أن يكون حق الدائن موجوداً أي ثابتاً certain غير محتمل أو متنازع فيه.

ولا تقوم الصورية إلا إذا توفر عقدان في نفس الوقت والزمن بهما نفس الأطراف ولكنهما مختلفان سواء من حيث الوجود أو مراكز الأطراف أو المحل أو الطبيعة، حسب إن كانت الصورية مطلقة أو نسبية، وأن يكون واحد منهما ظاهراً والآخر مستتراً. فلا بد أن يتوفر التصرف الصوري بمعنى أن تتوافق الإرادتان في نفس الوقت وتقوم الرغبة الذهنية في نفس اللحظة على إحداث تصرفات واحدة منها سرية حقيقية وأخرى ظاهرة غير حقيقية. وإذا كان الأغلب أن يكون التصرف عقداً، فإنه لا شيء يمنع من أن ينجر التصرف عن إرادة منفردة.

وبذلك تختلف الصورية عن عدة مؤسسات قريبة. فمنها اختلاف شاسع بين الصورية والتغريب، حيث إن الصورية هي توافق إرادتين على إخفاء الحقيقة في حين أن التغريب عمل مضر موجه إلى المعاهد الآخر، ولا تقوم الصورية إذا كان التعاقد بصفة جدية مع غياب العقد المستور، حتى ولو كانت الغاية تهريب المال، فيمكن في هذه الصورة الطعن بواسطة الدعوى البليانية وليس بواسطة الدعوى الصورية، ولا تقوم الصورية إذا كان العمل الثاني ظاهراً ومشاراً إليه بأحد العقود.

وما جاء بالفصل 26 م.إ.ع أن العقد السري يبقى فاعلاً بين الأطراف وورثتهم ومن كان على علم بوجوده، أما العقد الظاهر فيبقى فاعلاً في مواجهة الخلف الخاص والدائن العادي. فينتج العقد الحقيقي بين الأطراف جميع آثاره شرط أن تتوفر به جميع الشروط الموضوعية مع شيء من المرونة فيما يتعلق بشروطه الشكلية، على خلاف الاتفاق الظاهر فيشترط فيه توفر جميع الشروط الموضوعية والشكلية للعملية، كما أن يشترط الحجة الرسمية في الية.

وقد ذهب جانب من الفقه على ذلك الأساس إلى أن الدائن العادي وكذلك الخلف الخاص له الخيار في أن يتمسك بعدم معارضته بالكتب السري ويتمسك بالعقد الظاهر أو أن يعمل على إثبات الاتفاق الحقيقي حسب مصلحته. وإذا قام النزاع بين الدائنين، في من يتمسك بالحقيقة ومن يتمسك بالظاهر فالأغلب أن يسند التقدم لمن يتمسك بالظاهر. وذهب البعض الآخر من رجال القانون إلى أن الفصل 26 م.إ.ع لا يمنح الخيار للدائن، بل إن هذا الفصل وضع قاعدة معززة باستثناء. أما القاعدة فهي العقد الحقيقي والاستثناء هو العقد الظاهر، بمعنى أن الأولوية تكون لدائني المتصرف الذين من مصلحتهم الاحتجاج بحقيقة العقد حتى يبقى المال بالذمة المالية للبايع على سبيل المثال وذلك إذا قام التراحم بينهم وبين دائني المتصرف له. والحقيقة أن الفصل 26 م.إ.ع لم يكن واضحاً بالدرجة الكافية في معنى الخيار أو منعه وفي

اتخاذ الجزاء المناسب بالنسبة لذات الترسيم إذا سجّل المدّعي طلبه صراحة في هذا الاتجاه. وعادة ما يطلب التشطّيب على هذا الترسيم بصفة تبعية لأصل الجزاء. وما كان من الممكن مسايرة هذا الجزاء إذ الأصل أنّ المدّعي في الدّعوى غير معارض بالترسيم لا غير وقد ثبتت الصورية والأصل أن لا يستفيد بهذا الجزاء إلا المدّعي في الدّعوى، فما كان من الممكن والحالة تلك التصريح بالتشطّيب إذ أن هذا الجزاء ينتهي بإلغاء كامل الترسيم ولا يقف عند حدود عدم

معنى التزاحم بين الغير. فإذا لم يقدّم التزاحم بين دائني المتصرف ودائني المتصرف له، فلا شكّ أنه من مصلحة دائني المتصرف أن يحتجوا بالعقد الحقيقي أو المستور لأنه يعيد المال إلى مدينهم، وهذا هو معنى الاحتجاج بالاتفاق الحقيقي في دعوى إظهار الصورية. أما إذا زاحمهم دائنو المتصرف له فالأولى أن تضمن حقوق الغير حسن النية وذلك بالتمسك بالعقد الظاهر وتطبيق ما جاء به.

ويحمل على المدّعي في الدعوى عبء إثبات الاتفاق الحقيقي، فإذا كان المطالب بالإثبات هو أحد أطراف العقد أو ورثته فالإثبات يكون بالكتابة، لتعلق الموضوع بتصرف قانوني، إلا ما استثناه المشرع من قاعدة ضرورة الإثبات بالكتابة طبق النظرية العامة في الإثبات، كما في صورة التعذر المادي أو القانوني. أما إذا كان الغير هو المطالب بالإثبات، أي الدائن العادي والخلف الخاص، فله إقامة الدليل على وجود الكتب المستتر بجميع الوسائل لأنّ العقد الحقيقي يمثّل بالنسبة إليه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق.

+أثار دعوى إعلان الصورية: تهدف دعوى الصورية إلى إظهار حقيقة الاتفاق الناقصة للكتائب الصورية والاستئثار بالمال موضوع التنفيذ.

فقد نصّ المشرع صراحة على بطلان الاتفاق الحقيقي أو الاتفاق الحقيقي والاتفاق الظاهر معاً، كما في صورة الشراء الواقع لفائدة القضاة أو كتبة المحاكم أو المحامين أو العدول أو الموظفين أو الخبراء والسماصرة تحت أسماء مستعارة (الفصول 566 و567 و568 و569 و570 م.إ.ع)، وقد ينصّ المشرع على نقل الملكية لفائدة الدولة كما في صورة عدم ذكر الثمن الحقيقي بالعقود الخاضعة للتسجيل بالقبضة المالية¹⁵⁵. وذلك مراعاة لجملة من الاعتبارات لها علاقة بمسألة النظام العام. ولكن ذلك لا يعدّ إلا نظاماً استثنائياً في الصورية، وأصل قواعد الصورية لا تحمل إلى بطلان الاتفاق الحقيقي أو الظاهر، فتلك أعمال أجازها المشرع صراحة ولم يجعل لها جزاء البطلان. ذلك أنّ دعوى إعلان الصورية لا تهدف إلى بطلان أو إبطال التصرف، بل تسعى إلى إعلان صورية الاتفاق الظاهر وإبراز الاتفاق الحقيقي وجعله الأساس في علاقة المتعاقدين، فإذا "أثبت الدائن صورية العقد الظاهر وحكم له بعدم الاعتداد بهذا العقد وبالاكتفاء بالإرادة الحقيقية للعاقدين".

والأكيد أن الحكم بالتعويل على الإرادة الحقيقية من شأنه أن يبقى المال بالضمان العام، ولكن هل أنّ الدائن المدّعي يستفيد بمفرده بالحكم أم أنّ بقية الدائنين بإمكانهم التنفيذ على هذا المال ولو لم يتدخلوا بالقضية ؟ فإذا قلنا إنّ الدائن يستأثر بالمال فذلك يعني أن الدائن بإمكانه أن ينفذ على المال موضوع الدعوى بمفرده ويمنع بقية الدائنين من إجراء أي عمل تنفيذي على هذا المال. أما إذا قلنا إنّ الدائن لا يستأثر بالمال فذلك يعني أنّ بقية الدائنين بإمكانهم التنفيذ على هذا المال حتى ولو لم يكونوا طرفاً بالدعوى.

لم تورد مجلّة الالتزامات والعقود حلاً صريحاً لهذا التساؤل، وذهب أغلب الفقه إلى أنّ دائن المتصرف "لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة، بل يشترك معه في التنفيذ سائر الدائنين، ذلك لأنّ الدائن إنما حصل على حكم يقرر واقعا هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين، وبذلك تبقى في الضمان العام لكلّ الدائنين، فلا ينفرد الدائن الذي رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده". في حين ذهب البعض الآخر إلى أنّ مبدأ حجية الأحكام وما لها من أثر نسبي ينتهي بجعل الأثر منحصراً في المدعي والمدعى عليه ولا يجاوزه لبقية الدائنين، معنى ذلك أن بقية الدائنين لا يمكنهم التنفيذ على المال موضوع الدعوى طالما لم يكونوا طرفاً في الدعوى، ثمّ إنّ الفصل 26 م.إ.ع نصّ صراحة على عدم الاحتجاج بالعقود السرية في مواجهة حسن النية، فذلك يعني أنه لا يمكن أن يعارض الدائن ما لم يكن طرفاً في الدعوى. والأحسن أن نقول باستئثار الدائن بالمال موضوع دعوى الصورية حتى تكون لهذه الدعوى أهميتها وتكون القاعدة القانونية بجانب الدائن الحرص الذي يبادر إلى رفع الدعوى على خلاف بقية الدائنين.

المعارضة، ولذلك كان الجزاء غير المباشر إذا كان ضمن طلبات المدعي هو عدم المعارضة بالتسجيل لا غير، لينضاف هذا الجزاء إلى أصل الجزاء وهو الاعتداد بالعقد الحقيقي. وحتى لو طلب التشطيب فلا بد من رد الأمور إلى نصابها والقضاء بعدم المعارضة بالتسجيل¹⁵⁶.

ولكن المدعي قد يعجز عن مناقشة أصل الكتب تحت أي مسمى فيعجز عن مناقشة التسجيل بصفة تبعية أو غير مباشرة، ومع ذلك يتوفر بنظام الإشهار العيني جملة من المستندات تمكن المدعي من مناقشة التسجيل بصفة مباشرة دون المرور عبر المجادلة الأصلية للكتب.

*** المناقشة المباشرة للتسجيلات: القضاء العدلي لا يمكن أن يتدخل بالسجل العيني إلا بطريقة غير مباشرة أو بطريقة مباشرة، وقد سبق بيان ما هو غير مباشر، أما المجادلة المباشرة، أي مناقشة التسجيلات مباشرة دون المرور عبر مناقشة صحة الكتب سند التسجيل، فلا يمكن أن يكون إلا عبر ما يعرف بدعوى التشطيب الأصلية أو المباشرة أو عبر ما يعرف بنظام الإشهار العيني بدعوى عدم المعارضة بالتسجيلات.**

. دعوى التشطيب الأصلية أو المباشرة: يقصد بالتدخل المباشر بالسجل العقاري أن توجه الدعوى رأساً ضد قرارات مدير الملكية العقارية دون النظر إلى

¹⁵⁶ إن السند القانوني الذي تأسس عليه الطلبات يختلعه البعض في التصرف أو الواقعة القانونية، ومنهم من يحصره في الظروف الواقعية المتمسك بها لإثبات الحق، أي العناصر المنشئة للحق المتنازع فيه ومنهم من يجعله منحصر في النص القانوني. والواضح إن مجلة الإجراءات المدنية جعلت السبب منحصر في الأسانيد القانونية ولم تأخذه بجزء البطلان بالفصل 71 م.م.م.ت. وقدرت إمكانية تغيير سبب الدعوى استثناءً بالفصل 148 م.م.م.ت، كأن يستند في البداية إلى خطأ شخصي، ثم إلى خطأ عن فعل الشيء في طور الاستئناف، أو أن يتمسك بالخطأ المثبت في البداية، والخطأ المفترض في طور الاستئناف، بل إنه يمكن للمحكمة تغيير سبب الدعوى تجاوزاً للسبب المبين بعريضة الدعوى ولا يعد ذلك من قبيل الطلبات الجديدة. كما أن رفض الدعوى على سبب محدد لا يجوز إعادة رفعها على سبب آخر إذا كانت الوقائع نفسها، ذلك أن المجلة انحازت إلى التعريف الواسع لسبب الدعوى، فهو إخلال المدعي عليه بمصلحة مشروعة للمدعي، فهو جملة الوقائع المادية التي يجب أن يبرزها المتضرر وذلك هو المعيار في تحديد سبب الدعوى من خلال مجلة المرافعات المدنية، فلا يرغم المدعي أصلاً على إدراج النص القانوني، وعلى فرض أنه استند إلى نص قانوني دون آخر، فلا شيء يمنع القاضي من تكييف الوقائع وتطبيق النص القانوني السليم، حيث إن الدفوعات القانونية الصرفية، وخاصة ما يتعلق بعنصر التكيف فهو من مشمولات عمل المحكمة. والأصل إن تكييف الوقائع المستند لها من قبل المحكمة واعتماد النص الملائم لهو من مقومات عمل محكمة الأصل وليس فيه خروج عن مقتضيات الحياد على معنى الفصل 12 م.م.م.ت. وعلى ذلك الأساس كان من الممكن تطبيق النص القانوني الملائم قضاءً تجاوزاً لما ورد في الدعوى من سند خاصة إذا كانت الوقائع تحتمل تأسيس دعوتين بسببين مختلفين.

الكتائب موضوع الترسيم. وقد رفضت المحكمة الإدارية في أكثر من مناسبة قبول دعوى الإلغاء ضد قرارات مدير الملكية العقارية وإن كانت هذه القرارات لا تخرج عن كونها قرارات إدارية وحصل الاتفاق على القول باختصاص المحكمة الابتدائية بهذه الدعاوى¹⁵⁷، باعتبار أنها محكمة الحق العام ويعود إليها النظر في القضايا غير المقدّرة، كقاعدة عامة في توزيع الاختصاص بين المحاكم، حيث إنها تنتظر ابتدائياً في جميع الدعاوى عدا ما خرج عنها بنص خاص على معنى الفصل 40 م.م.م.ت. وتعرف هذه الدعاوى بدعوى التشطّيب، أي التشطّيب على ما تقرّر إدراجه من طرف إدارة الملكية العقارية، وتوجّه هذه الدعاوى ضدّ المكلف العام بنزاعات الدولة باعتباره يمثل مدير الملكية العقارية، وترفع أمام المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة على معنى القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرخ في 7 مارس 1988 المتعلّق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم. وإذا كانت الدعاوى مؤسّسة، كما إذا رافق قرار الإدارة خرقاً لمبدأ الشريعة أو لمبدأ التسلسل أو للمبدأ الحفظي للترسيم، أو لجميع قواعد ومبادئ مسك السجل، من الممكن أن تقضي المحكمة بالتشطّيب على الترسيم، وينفّذ هذا الحكم نهاية¹⁵⁸.

¹⁵⁷ على كحلون: القانون العقاري الخاص، مركز النشر الجامعي، المرجع السابق، 485 وما بعد.

¹⁵⁸ يراجع الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 94757 الصادر بتاريخ 22 ماي 1996، تعليق محمد كمال شرف الدين، المجلة القانونية التونسية لسنة 1996، ص 367. ويتعلّق الموضوع بإدراج قرار وزير الفلاحة بسقوط الحق، ثم الترسيم لفائدة ملك الدولة الخاص ببناء على أحكام الفصل 96 من قانون المالية لسنة 1991، وكان المشتري من ديوان إحياء أراضي وادي مجردة قد فوّت بالبيع إلى الغير الذي أمكن له ترسيم الكتب، دون مراعاة مقتضيات سقوط الحق. وإدراج قرار سقوط الحق – وبالتالي التشطّيب على حقوقه - طعن المشتري أمام المحكمة الابتدائية لغاية التشطّيب على قرار حافظ الملكية العقارية، فاستجابت له بعلّة عدم معارضته بشروط سقوط الحق الذي لم يكن مرسماً، وتقرّر هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بتاريخ 17 نوفمبر 1997 تحت عدد 39907.

يراجع كذلك الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة تونس تحت عدد 99794 بتاريخ 23 فيفري 1998 متى أمكن للمحكمة التشطّيب على الترسيم المدرج من طرف حافظ الملكية العقارية بناء على أحكام المرسوم عدد 6 لسنة 1984 المؤرخ في 18 سبتمبر 1984 والخاص بالمصادقة على الاتفاقية التونسية الفرنسية والمتعلّقة بالرّصيد العقاري الفرنسي بتونس، وقد تمّ التقويت في العقار من طرف الوارثة الوحيدة منذ سنة 1991 لفائدة الغير بموجب الوصية التي توقّف صاحبها في إدراجها. وقد سبق للمورث أن تحصل على الجنسية التونسية منذ سنة 1967.

يراجع كذلك الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 81591 صادر بتاريخ 26 ماي 1993، والقرار الاستئنافي المتعلّق به والصادر تحت عدد 38902 بتاريخ 26 ماي 1997. وقد

. دعوى عدم المعارضة بالتسجيلات: جاءت الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع في بيان نظام التسجيلات الإدارية اللاحقة، وجعل لها المشرع مفعولا نسبيا بمعنى أنه يجوز إبطالها، وتقف الإمكانية عند انتقال الحق إلى الغير حسن النية، فلا يمكن بعد ذلك إبطالها وتكتسب التسجيلات قوتها الإثباتية المطلقة. والأصل أنّ معنى إبطال التسجيل الوارد بالفصل 305 م.ح.ع فقرة ثانية هو أن يقع إبطال التسجيل كنتيجة للدعوى المباشرة الموجهة على مدير الملكية العقارية لمخالفته مبدأ الشرعية، أما إذا كان الطلب في التشطّيب غير المباشر لعلّة في ذات السند وثبتت العلة والأغلب أن يكون الأساس هو الفصل 306 م.ح.ع فليس من الممكن القضاء بالإبطال بل يُقضى بعدم معارضة المدّعي بالتسجيل دون القضاء بالتشطّيب إذ أنّ التشطّيب على كامل التسجيل يتجاوز معنى الاحتجاج كأحد مبادئ الإشهار العيني بمجلة الحقوق العينية. ولكنه تجاوزا للسند أساس التسجيل فإنّه من الممكن طلب عدم المعارضة بالتسجيلات وتلك هي الدّعوى المعروفة بنظام الإشهار العيني "بعدم المعارضة بالتسجيلات" والشرط في جميع ذلك أن تتوفر شروط الفصل 305 م.ح.ع، الغير وسوء النية، حيث إنّ القاعدة العامة في نظام الإشهار العيني أنّ التسجيل المستند إلى سوء نية لا يسند لصاحبه أيّ حقّ. ويردّ معنى الغير بالفصل 305 م.ح.ع فقرة ثانية إلى كل ما يخرج عن الخلف العام والخلف الخاص وأطراف العقد، فالغير على معنى هذه الفقرة لا

رفضت المحكمة الابتدائية التشطّيب على قرار حافظ الملكية العقارية الذي أدرج قرار وزير الفلاحة والقاضي بإحالة العقار إلى ملك الدولة الخاص تطبيقا لأحكام القانون عدد 5 لسنة 1964 المؤرخ في 12 ماي 1964 والمتعلّق بملكية الأراضي الفلاحية، بدعوى أنّ ذلك يخرج عن أنظارها. علما أنّه سبق التّفويت بالبيع في هذا العقار بعد التّحصيل على رخصة الولاية، وأمكن للشركة المشتريّة إدراج هذا الشّراء. لكنّ محكمة الاستئناف نقضت الحكم الابتدائي وقضت مجددا بالتشطّيب.

يراجع كذلك الحكم الابتدائي عدد 2500 الصادر بتاريخ 20 جوان 1998 متى أمكن للمشتريّة إدراج مشتراها، وعنّ لإدارة الملكية في تاريخ لا حقا من تلقاء نفسها التشطّيب على هذا التسجيل بدعوى أنّ الشّراء كان من أجنبي، ويطلب رخصة الولاية في مثل هذه الصّور. لكنّ المحكمة قضت بالتشطّيب على هذا التشطّيب، باعتبار وجود اتّفاقية بين البلاد التونسية والبلاد الجزائريّة في المعاملة بالمساواة في مجال اكتساب الملكية العقارية، ثمّ إنّ حافظ الملكية العقارية لا يملك التشطّيب التلقائي.

يراجع في جميع ذلك الحبيب الشّطي، الطّعن في قرارات حافظ الملكية العقارية، المجموعة الأولى، المرجع السابق، ص 141. وأحمد بن طالب، التشطّيب على التسجيل بالسجل العقاري، المجلة القانونية التونسية، 1996، ص 73.

يمكن أن يكون إلا الغير المطلق أي كلّ طرف ليس له علاقة بالعقد وبمفهوم أطراف العقد على معنى الفصل 241 م.أ.ع، أي أن الغير في نهاية الأمر هو كلّ من خرج عن محيط الطرفين وخلفهما العام والخاص، بمعنى أن الورثة ومن انتقل إليه الحق لا يعدّ غيرا بالنسبة إلى الشخص الذي أحال له الحق، ويعارض بالتالي بما أتمه السلف مهما كانت الصورة. ويعتبر المشتري الثاني غيرا في صورة البيع مرتين بالنسبة إلى المشتري الأول والعكس بالعكس، فإذا سبق الترسيم لأحدهما فلا يمكن حجب أثر الترسيم في معارضة الغير إلا في حالة واحدة وهي صورة سوء النية.

ويعتبر حسن النية من خلال الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع هو مفهوم تقني بمعنى أن يعتمد على الترسيمات الواردة بالسجل دون استبعاد المستوى الشخصي، بمعنى أن تعين الحالة النفسية للغير، حيث بعد أن كانت الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع تنص على أنّ إبطال الترسيم لا يعارض به الغير حسن النية أصبحت تنص سنة 1992 بموجب التنقيح الواقع بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 على أنّ "إبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل". والواضح أنّ المشرع اعتمد آليات تقنية بهذه الفقرة لتعريف حسن النية دون أن يستبعد الاعتبارات الشخصية. فالاعتماد على بيانات السجل هو معيار تقني لمفهوم السجل. لكن المشرع لم يحتكم إلى هذا المعيار فقط، بل اشترط أن يكون الغير "حسن النية واعتمد على بيانات السجل"، وبذلك تبقى الاعتبارات الشخصية لحسن النية قائمة وهو كلّ ما يحمل إلى الجهل والغلط وعدم الإحاطة بالحقيقة، معنى ذلك أن كلّ من علم بالحقيقة مثل سبق البيع أو كان متواطئا مع البائع الأول لا يمكن أن يكون حسن النية، ولا يمكن أن يكون حسن النية كل شخص لم يعتمد على بيانات السجل في تحرير العقد. فأصبح بذلك شرط الاعتماد على الترسيمات الواردة بالسجل شرطا ماديا يضاف إلى الشروط التقليدية في حسن النية أي الجهل والغلط، وهي نفس الصيغة التي استعملها المشرع بالفصل 46 م.ح.ع في تعريف حسن النية بالنسبة إلى اكتساب

الملكية بموجب المدة القصيرة في الحياة في اعتماده على السبب الصحيح، أي الكتب. وبهذا المعنى قلص المشرع من دائرة الغير حسن النية في مادة التسجيل الإداري اللاحق. فإذا كان حسن النية هو كل من جهل حقيقة العقار وأضاف الفصل 305 م.ح.ع عنصرا تقنيا جديدا وهو الاعتماد على الترسيمات الواردة بالسجل، فلم يكف بعد عنصر الجهل، بل لابد أن يقع الاعتماد على بيانات السجل حتى يقع افتراض حسن النية في جانبه، فلا يمكن تجاوز حقيقة الرسم. والحقيقة أن المفهوم الموضوعي لحسن النية لا ينفي الاعتماد على اعتبارات شخصية، بل إن هذا المفهوم هو مفهوم مزدوج يحتمل تحقق معيارين مزدوجين وهما المعيار الذاتي والمعيار التقني البحث، ويتخلف أحدهما لا يمكن الحديث عن حسن النية في معانيه الموضوعية، وهذا هو المفهوم الصحيح لحسن النية بالفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع. فهو مفهوم موضوعي لأنه يعتمد على المعيار التقني والمعيار الذاتي في نفس الوقت. ويشار نهاية إلى أن المفهوم الشخصي لحسن النية هو المفهوم الذي يعتمد على اعتبارات نفسية فقط، وهو كل ما يحمل إلى الجهل والغلط المغتفر، في حين أن المفهوم الموضوعي لحسن النية هو المفهوم الذي يعتمد على معيار تقني حتى يفترض حسن النية بجانب الغير. ولذلك فإنه لا يمكن مطلقا لمن تصرف خلافا للحقوق المقيدة احتياطيا على معنى الفصول 365 وما بعده م.ح.ع أن يكون بحسن نية.

والأصل أن سبق تسجيل العقار وخضوعه لمقتضيات السجل العيني يرفع عنه حصانة التسجيل بالقباضة المالية ويشترط لإيقاع الحماية سبق التسجيل العقاري فتكون الأولوية لمن سبق للتسجيل بدفتر الإيداع بإدارة الملكية العقارية ولا تسقط هذه الحماية إذا كان العقار خاضعا للمبدأ الاحتجاجي إلا إذا كان المرسم سيء النية أي أنه كان يعلم بسبق البيع والعلم مفترض إذا كانت حقوق المشتري الأول مقيدة قيда احتياطيا. عندئذ تسقط حماية السجل العقاري وتظهر عيوب التسجيل وهو قيامه على التدليس أي سوء النية ولما ظهر العيب كان من اللازم التشطيب على التسجيل، إذ القاعدة العامة في الإشهار العيني أن التسجيل المدلس لا يسند لصاحبه أي حق.

على أن التشطيب يفقد أثر الترسيم إزاء الكافة ولا يعتدّ بهذا الاتجاه إلا إذا كان الرسم خاضعا لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم، أما إذا لازال خاضعا لمبدأ الاحتجاج فليس أكثر من أن يقضى بعدم معارضة المدعي بالترسيم دون التشطيب وله في مرحلة لاحقة أن يتقدّم بالتصرف إلى إدارة الملكية العقارية فيطلب ترسيمه، حيث إنّ معالجة حسن النية من عدمها تبقى من اختصاص محاكم الحق العام وتتجاوز اختصاصات إدارة الملكية العقارية أما دراسة الكتاب المقدمة للترسيم فهي من مداخل الإدارة لا ينازعها في ذلك أحد إلا أن يطعن في قرارها أمام الجهات المختصة¹⁵⁹.

وبذلك فإن بقاء الكتب سند الترسيم صحيحا، وتجاوزا لموجبات دعوى التشطيب المباشر، لا يمنع من طلب عدم المعارضة بالترسيم على أساس الفصل 305 فقرة ثانية م.ح.ع إذا كان العقار خاضعا للمبدأ الاحتجاجي وليس للمفعول المنشئ للترسيم إذا ثبتت سوء النية، ذلك أن الترسيمات الخاطئة المبنية على سوء النية لا تسند الملكية لصاحبها، وهو في نهاية الأمر مدلس على معنى السجلات العينية، فلا يمكن بحال حماية سيء النية، وتلك هي خصوصية الترسيمات الإدارية اللاحقة مقارنة بالترسيمات المترامنة مع التسجيل.

والقاعدة أن مقتضى التشطيب غير المباشر أن يعتمد الجزاء في مواجهة أصل السند توصلا لاستبعاد أثر الترسيم تشطيبا أو بعدم المعارضة، فإن قامت صحة السند وثبتت علة الترسيم بسوء النية، فأقلها أن لا يعارض الغير بهذا الترسيم وتلك هي دعوى عدم المعارضة بنظام الإشهار العيني.

وما كان من الممكن القضاء ببطلان العقد المرسم وقد غابت علته لصحة بيع ملك الغير وصحة التعاقد على أمور مستقبلية، فما يبقى أن يطلب المدعي في الدعوى عدم معارضته بترسيم هذا السند بالسجل العقاري لقيام سوء النية بسبق معرفة حقيقة البيع الأول دون المرور إلى التشطيب الكامل على الترسيم لتجاوز معنى التشطيب حدود الاحتجاج. وتلك هي دعوى عدم المعارضة بالترسيمات، فإذا توفر سوء النية على معنى الفصل 305 م.ح.ع جاز الأخذ بها

¹⁵⁹يراجع باب الطعن في قرارات إدارة الملكية العقارية.

حيث إنّ الترسيمات المبنية على تدليس لا تسند أي حق في نظام الإشهار العيني.

- اختصاص المحكمة العقارية: يدخل في معنى القضاء العقاري في مفهومه العام كذلك اختصاص المحكمة العقارية. على أنّ قضاء المحكمة العقارية هو المقصود حقيقة بالقضاء العقاري في مفهومه الخاص.

ب- المفهوم الخاص للقضاء العقاري

الحقيقة أنّ تدخّل محاكم الحق العام في السجل العقاري لا يندرج ضمن مفهوم القضاء العقاري في معناه الضيق إذ أنّ تدخّل محاكم الحق العام يندرج ضمن المعالجة المدنية العينية العامة لجملة الصور التي تخرج بطبيعتها عن مفهوم القضاء العقاري وتتحصر في معالجة صحة الصكوك المقدمة للترسيم ومدى تنفيذها ومباشرة الحقوق الشخصية المتعلقة بها وتقدير المستوى النفسي للمتدخلين في حسن النية وسوئها والنظر في طرق اكتساب الحقوق العينية أو قسمتها وصور حمايتها وطرق التنفيذ الخاصة بها. ولا يمكن بحال أن يشمل إجراءات التسجيل العقاري والترسيم والتحيين، ذلك أنّ التعهّد بمطالب التسجيل والترسيم والتحيين تتولاه محكمة مختصة وهي المحكمة العقارية، وذلك هو القضاء العقاري الحقيقي، فهو القضاء الذي تباشره المحكمة العقارية بهدف تسجيل العقار أول مرة بدفاتر الملكية العقارية أو تقدير قرارات إدارة الملكية العقارية في الترسيم أو تسهيل تحيين الرسوم العقارية المجمّدة. فهو القضاء المتصل بنظام الإشهار العيني أو ما يعرف بنظام السجلات العينية ويهدف على وجه التحديد إلى التسجيل أو الترسيم أو التحيين. وعلى ذلك الأساس يتعيّن قبل شرح الإجراءات القضائية في ذلك (الفصل الثالث) تقديم نظام الإشهار العيني (الفصل الأول) وإبراز مبادئه التي ستكون المادة الموضوعية في تدخل القضاء العقاري (الفصل الثاني).

الفصل الأوّل: تقديم نظام الإشهار العيني

الفصل الثاني: مبادئ نظام الإشهار العيني

الفصل الثالث: إجراءات نظام الإشهار العيني

الفصل الأول: تقديم نظام الإشهار العيني

نظام الإشهار العيني نظام يقوم على إشهار الوحدة العقارية ذاتها على خلاف نظام الإشهار الشخصي الذي يقوم على إشهار العقود، ولا يبقى النظام عينا إلا بالمحافظة على مبادئه الجوهرية، فإن خرج عنها أصبح مختلطا، وذلك هو حال النظام في البلاد التونسية. ويتعين بداية بيان المصادر التاريخية لهذا النظام (المبحث الأول) و شرح مفهوم الإشهار العيني (المبحث الثاني) لننتهي إلى بيان خصائص القانون التونسي في ذلك (المبحث الثالث).

المبحث الأول: المصادر التاريخية لنظام الإشهار العيني

لم تكن فكرة مسح الأرض غريبة عن التاريخ العربي والإسلامي، ولقد عرفت تونس منذ العهد القرطاجي نظاما لمسح الأرض،¹⁶⁰ ثم تطورت إجراءات تقسيم العقارات في العهد الروماني.¹⁶¹ وعرف كذلك عرب الجاهلية نفس العادات في وضع الأحجار بزوايا العقار، إذ كانوا "يضرِبون على الأرض الأعلام

¹⁶⁰ محمود العنّابي: قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا دراسة مقارنة، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية التابعة للمنظمة العربية والثقافية والعلوم 1973، ص 1 وما بعد.

¹⁶¹ Paul Davin: Etude sur la cadastration de la colonia julia Carthage, Revue Tunisienne, Edit SA de l'imprimerie rapide 1930.

والمنازل"،¹⁶² و" لقد كان العرب يقومون بتحجير الأرض ضبطاً بالخصوص لحدود الملكية الخاصة كما كانوا يحمون بعض أراضي المراعي".¹⁶³ وقد خصّص يحيى ابن آدم القرشي في كتابه "الخراج" باباً للتحجير نقل فيه حديثاً روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم، يقول فيه "لعن الله منتقص منار الأرض".¹⁶⁴ لكن أغلب الفقهاء اتفقوا على الاختلاف الوارد بين العادات الرومانية من جهة والعربية الإسلامية من جهة أخرى، إذ كانت الحجارة وسيلة إشهار عند الرومان، بينما بقيت وسيلة تحديد فحسب عند العرب.¹⁶⁵ وقد قيل إنّ أول من مسح الأرض في الإسلام هو عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي اعتمد طريقة لمسح الأقاليم المفتوحة في بلاد فارس لغاية تحديد الخراج.¹⁶⁶ و" جاء في كتاب المؤنس لابن أبي دينار في روايته عن عبد المؤمن بن علي أنّه في سنة 553 هجرية فتح مدينة تونس وجميع بلاد أفريقية.... وأتته أمر في نفس هذه السنة بتكسير (أي بمسح أرض) بلاد أفريقية...".¹⁶⁷ لكن الفقهاء المسلمين الأوائل لم يضعوا قواعداً للشهر العقاري، ويمكن الجزم بدون خطأ أنّ كتب الفقه لم تعالج هذه المسألة. وعند قيام السلطة العثمانية كانت الحاجة ملحة لتحديد الأرض لغاية ضبط الضريبة، وكانت للأرض وقتها الأهمية البالغة، فاعتمدت الدولة نظاماً حديثاً، ونشأت فكرة الدفاتر

¹⁶² محمد عبد الجواد محمد: ملكية الأراضي في الإسلام تحديد الملكية والتأميم المطبعة العالمية القاهرة 1971، ص 40.

¹⁶³ الهادي سعيد، المرجع السابق، ص 62.

¹⁶⁴ يقول محمد عبد الجواد محمد، في كتابه ملكية الأراضي في الإسلام، المرجع السابق، ص 40 و

41 ما يلي: " كان الرومان يضعون نصباً لتحديد ملكيات الأرض، وها هم العرب يقومون بنفس الشيء، ويسمى تحديد الأرض عند العرب بالتحجير. ويتحدث عنه الفقهاء المسلمون في فصول أو أبواب مستقلة. ويعرف هؤلاء الفقهاء التحجير " بأن يضرب على الأرض الأعلام والمنار"، أي يفصل بين الملكيات المتجاورة بوضع علامة تجعل بين الحدين. وقد قيل " لعن رسول الله (ص) من يسرق المنار، وقال، قلت: وما سرقة المنار؟ قال: الرجل يأخذ من أرض صاحبه في أرضه". وهكذا نفهم من عنوان التحجير أنّ العرب كانوا يضعون أحجاراً يحدّون بها الملكيات ويفصلون بين قطع الأرض بوضع هذه الأحجار. كما نفهم أنّ رسول الله (ص) قد فرض حماية هذه الحدود، ولعن من يسرق المنار، أي من ينقل هذه الأحجار من مكانها ليوسع ملكيته على حساب اقتطاع جزء من ملكية جاره."

¹⁶⁵ رجاء السكراني: التأصيل الفقهي لقانون الأموال، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1997-1998، ص 13 وما بعد.

¹⁶⁶ الهادي سعيد، المرجع السابق، ص 71.

محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 392.

¹⁶⁷ محمد عبد الجواد محمد: المرجع السابق، ص 81.

العقارية أو ما يسمى "بالدفاتر الخاقانية".¹⁶⁸ ولاحظ فعلا أحد الفقهاء¹⁶⁹ أن الفقهاء المسلمين الأوائل لم يضعوا نظاما للشهر العقاري وأن فقهاء المذهب الحنفي

انطلقت الفكرة منذ أواخر القرن العاشر للهجرة، فهناك من يقول سنة 955 هجرية، وهناك من يقول سنة 975 هجرية، (محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق ص 396). في عهد سليمان القانوني الذي كلف لجنة " من كبار رجال المملكة العثمانية المعروفين بالتراهة والمقدرة والاستقامة"، (محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق ص 396 نقلا عن ديبس المر في مؤلفه : كتاب أحكام الأراضي المتبعة في البلاد العربية المنفصلة عن السلطة العثمانية، مطبعة بيت المقدس، القدس 1923). وذلك " لتقسيم وتبويب أنواع الأملاك في الدولة العثمانية"، وقد عملت هذه اللجنة طيلة نصف قرن، وشملت أعمال المسح أغلب الأراضي التي كانت تابعة للسلطة العثمانية وخاصة منها بلاد العراق والشام وفلسطين وبقيت بلدان شمال إفريقيا خارجة عن هذا التأثير. و انتهت أشغال التحديد والتحرير إلى تضمين أعمالها بما لا يقل عن 970 دفترًا أمضى عليها السلطان نفسه، وفي هذا يقول الأستاذ الهادي سعيد المرجع المذكور ص 91: "... والعملية الكبرى التي قامت بها الدولة في أوائل حكمها انطلاقا من سنة 1000 للهجرة (1568م) هي ما سمي بعملية التحرير والتحديد وهي الإجراءات التي نشأ منها نظام التسجيل، وأنشئت السجلات العقارية على أساسها، وكانت تقوم على الكشف المحلي للأراضي وتحديداتها وسماع البيئات من المزارعين وأصحاب الحقوق وفصل ما يكون قد نشأ من نزاع بينهم، وإصدار القرار بما يظهر مناسبا لإقرار الحق وإقامة العدل، ودام هذا العمل الشاق في جميع الأراضي الزراعية في البلاد العثمانية ما يقارب نصف القرن، ثم جمعت مستندات التحديد والتحرير ونظمت تنظيمًا دقيقًا واستخرجت منها سجلات منظمة موثوق بها، وبذلك صارت الملكية العقارية (زراعية وغير زراعية) ثابتة التحرير والتحديد والحقوق، ومستندة استنادا صحيحا لمالكها، وأودعت الحكومة السجلات والمحركات الأساسية في موضع حريز حصين في عاصمة الخلافة بعد أن استخرجت منها سجلات عقارية لكل ولاية من ولايتها ثم لكل وحدة إدارية تابعة لها، ولم تكن الخزنة الحديدية المصفحة لتفتح إلا بأذن من السلطات العليا لغرض المراجعة والتحقيق..." ووضعت بمكان حصين. وفي ذلك يقول شاكر ناصر حيدر، أحكام الأراضي والأموال غير المنقولة، مطبعة المعارف 1944 ص 233، " وقد وشحت هذه القيود (أي قيود الملكية المدرجة بالدفاتر) بالطغراء السلطانية، وحفظت في مخزن رصين ذي أربعة أبواب حديدية، بعضها داخل بعض.... وكانت هذه الخزائن لا تفتح إلا بإرادة سنية، بناء على حاجة ماسة، لمراجعة قيد أو تصحيح عادية (عادية أي ما يعود منها على بيت المال من عائد) ولا يكون ذلك إلا بمعرفة هيئة من كبار موظفي الدولة. " وقد عرفت بالدفاتر الخاقانية، وما يميزها أن التتبعات الواردة بها تتمتع بقوة ثبوتية مطلقة. وكان الهدف من وراء جميع ذلك ومنذ البداية، بالنسبة إلى الأراضي الأميرية الخاضعة لدفع العشر، هو تحديد الحائز لبيان معلوم الضريبة. ولكن العملية لم تتوقف عند ذاك الحد، حيث أنشئت سنة 1274 هجرية نظارة الدفتر الخاقاني " لتسجيل الأموال غير المنقولة وإعطاء سندات الطابو بالمعاملات المتعلقة بها من بيع وفراغ ورهن"، وأصبح لها عدة فروع في معظم الولايات، هدفها الأساسي هو تسجيل الأراضي وإعطاء السندات الخاقانية، وقد سميت هذه الدوائر بـ " دوائر الطابو." معنى ذلك أنه أسند إلى هذا الهيكل الجديد إعادة تسجيل العقارات وفي نفس الوقت حل محل إدارة التحصيل في إسناد سند الطابو. ويذكر أنه ما كان يجوز إحالة الحوز بالنسبة إلى الأراضي الأميرية، قبل ظهور القانون الجديد، إلا بعد موافقة إدارة أو دائرة التحصيل (أي الدائرة المالية)، فتسلم للحائز الجديد سند الطابو.

وقد تزامن ظهور هذا التشريع مع سن عدة نصوص قانونية لعل أهمها قانون الأراضي الصادر بتاريخ 1274 هجرية الموافق لسنة 1858 ميلادية، وقانون 1275 هجرية المتعلق بنظام الطابو، وتعليمات سندات الطابو الصادرة بتاريخ 1276 هجرية. وفي هذا يقول الأستاذ الهادي سعيد المرجع المذكور ص 91: " ونظرا للأهمية البالغة التي قام عليها نظام التحرير والتسجيل فقد دعت الحاجة إلى تشريع قانون ينظم هذه الملكية على الأسس التي حررت بها فشرع قانون الأراضي سنة 1274هـ... وهو القانون الذي عين أقسام الأراضي فحددها بأوصافها وأحكامها وحقوق أصحابها وجميع حالات اكتساب الحقوق فيها أو فقدها، ثم أنشئت وزارة الدفتر الخاقاني (السجل العقاري) وصدرت أنظمة وتشريعات أخرى أهمها نظام الطابو سنة 1275 هـ الذي بين... الطريقة الشكلية لإجراءات التحرير والتسجيل وإصدار السندات، كما صدر قانون التصرف بالأموال غير المنقولة سنة 1331هـ الذي وضع القاعدة الجازمة في حصر المعاملات الواردة على العقارات بدوائر الدفتر الخاقاني (السجل العقاري) ومنع المحاكم من سماع الدعاوى العقارية إلا إذا كانت تستند إلى سند صادر من تلك الدوائر، وتنص على القوة الإثباتية للسندات العقارية في أنها يعمل بها بلا بينة وتكون حجة بما فيها على الكافة.

هم الذين وضعوا أحكام النظام العثماني لكن تأثيرا بالتجارب الأوروبية، حيث إن أحد الفقهاء (الشيخ محمود أسعد أفندي) أمكن له الذهاب إلى أوروبا ودرس هذه التجارب والنظم، وأخرج أخيرا قانونا اعتمدت بعض أحكامه. ولم ير في ذلك عيبا طالما أن الأحكام المعتمدة لا تخالف مقاصد الشريعة الإسلامية.

وعرفت بعض التجارب بصفة عامة عبر التاريخ فكرة تحديد الأرض وتوثيق المعاملات، وإشهارها. لكنها كانت مجرد عناصر أولية لم ترتق إلى حد صياغة نظام السجلات العينية، بل كانت بمثابة رغبة، لم ترتق إلى حد مستوى التنظيم، في جعل المعاملات العقارية مميزة بحكم قيمتها التاريخية وأثارها على الثروة الوطنية وضمان السيادة وهوية الشخص. ويمكن القول إن مجمل القواعد الفقهية الإسلامية أدت إلى نوع من التوثيق العقاري¹⁷⁰، في حين أن مرجع

كما شمل هذا النظام الجديد وانطلاقا من سنة 1293 هجرية أراضي الملك، على أن تسليم سند الطابو لا يعني نقل الملكية للغير، بل هو إجراء يمنع البائع من بيع العقار ثانية. وتنفيد مجمل الإجراءات في كيفية القيد بالدفاتر الخاقانية، أنه بمناسبة كل عملية سواء بين الأحياء أو بسبب الوفاء، وإذا كان المالك مرسما من قبل، يسلم للمشتري الجديد سند ملكية جديد وبلغى السند القديم، وذلك بعد إفادة من مختار الجهة بأن البائع هو الحائز. وإذا لم يكن العقار مرسما، سواء كانت الأرض أميرية أو ملك، تجرى الأبحاث أمام المجلس الإداري للقضاء للتأكد من حائز العقار ويتخذ القرار في نهاية الأمر. ويذكر أن أعمال التفتيش والتحريات يتولاها كاتب الأملاك وعضو من أعضاء المجلس وإمام المحلة ومختارها، لكنها أشغال لا تعتمد على أمثلة هندسية أو أعمال فنية. ويرى رجال القانون أن التطبيقات العثمانية في السجلات الخاقانية عرفت ثلاثة أنواع من السندات العقارية، وهي:

1- السندات المنظمة على إثر أعمال المسح التي بدأت خلال أواخر القرن العاشر للهجرة في عهد سليمان القانوني، ولهذه السندات قوة ثبوتية مطلقة.

2- سندات الطابو الناقلة للحيازة، وتتمتع بالقوة الثبوتية حتى ثبوت العكس بسند خطي.

3- سندات الطابو الخاصة بأراضي الملك، وليس لها من مفعول سوى معارضة الغير، أي أن لها مفعول احتجاجي لا غير (إدوارد عيد، المرجع السابق ص 26).

169 محمد عبد الجواد محمد: ملقى الشهر العقاري، المرجع السابق الجزء العاشر صفحة 551 وما يليها..

170 لم يكن الفقه الإسلامي في حاجة إلى وضع قواعد للشهر العيني، حيث إن طبيعة الفقه ومصادره الشرعية تغني في الحقيقة عن اللجوء لوضع قواعد خاصة. وقد نزلت الآيات الكريمة مبينة لجملة من السلوكيات في الأمانة والصدق والثقة والوفاء بالعهود (المائدة آية عدد 1، المؤمنون آية عدد 8، النحل آية عدد 91، الإسراء آية عدد 34 الخ)، وكان ذلك منطلقا في جعل المعاملات التعاقدية مستندة فحسب إلى إرادة الأطراف. فالعقد وحده هو الناقل للملكية، ولا شيء أكثر. ومع ذلك فقد حث الفقه على تحرير الكتائب عند لزوم في باب المعاملات خاصة منها ما يتعلق بالأرض تأكيدا على ما جاء بالقرآن الكريم (سورة البقرة الآية 282) "إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَخْسِ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسَامُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ

القانون الروماني وتطوره أدى في نهاية الأمر إلى ظهور ما أصبح يعرف بالنظام الشخصي في إشهار الحقوق العينية¹⁷¹، وهو أن يعتمد على أسماء المالكين

وَأَدْنَى الْأَتْرَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمَ اللَّهُ كُلَّ شَيْءٍ عَلِيمٌ". وقد اختلف الفقهاء حول مدى وجوبية الكتابة في هذه الآية، حيث رأى البعض (الخصاص في كتاب أحكام القرآن) " أن لا خلاف بين فقهاء الأمصار أن الأمر بالكتابة والإشهاد المذكور جميعه في هذه الآية ندب وإرشاد إلى ما لنا فيه الحظ والصلاح والاحتياط للدين والدنيا، وأن شيئا منه غير واجب." والمشهور من القول إن "الكتاب والأشهاد في الديون والبيوعات غير واجبين". "وذهب البعض الآخر لوجوبه، وممن ذهب إلى أن الأشهاد واجب في كل شيء ولو كان شيئا نافعا: عطاء، والتخعي، ورجحه أبو جعفر الطبري". (انظر في جميع ذلك: السيد سابق: فقه السنة: دار الجيل بيروت، المجلد الثالث ص103). ويكون بذلك الفقه الإسلامي قد وضع الأسس المنطقية لعلم التوثيق، وقد عرف نظام عدول الإشهاد الموثقين تطورا كبيرا عبر التاريخ مازالت آثاره إلى حد هذا اليوم في معظم بلاد العرب (بحوث في الفقه الإسلامي وتطبيقه في البلاد العربية مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية 21-26 مارس 1972 معهد البحوث والدراسات العربية القاهرة 1973 الجزء العاشر صفحة 551 وما يليها. الهادي سعيد: النظام التونسي للتسجيل العقاري والشهر العيني، مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية 21-26 مارس 1972 نشر معهد البحوث والدراسات العربية التابع للمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم 1973 صفحة 213 وما بعدها).

¹⁷¹ وتقول كتب التاريخ إن اليونانيين توصلوا منذ البداية إلى ضرورة تسجيل التصرفات العقارية إذا كانت من قبيل الهبة أو بعوض في السجلات العامة تجاوزا لإجراء الإشهاد (محمد خيري: التعرضات أثناء التخليط العقاري في التشريع المغربي، دار الثقافة 1983، ص 14)، وأصبح من الثابت تاريخيا أن البطالمة في مصر (البطالمة: الملوك في العهد اليوناني) نظموا عملية تسجيل عقود بيع الأراضي (محمد عبد الجواد محمد: ملكية الأراضي في ليبيا في العهود القديمة والعهد العثماني، توزيع منشأة المعارف بالأسكندرية 1974، ص 43)، وعثر المؤرخون على وثائق هامة سواء في تحديد نظام تسجيل العقود أو في إجراءاته، ومن ذلك منع أمناء الخزانة من تسجيل العقود إلا بعد التأكد من ملكية البائع. وتقل كتب التاريخ نصوصا تاريخية في بيان طريقة التسجيل (جاء بأحد النصوص الصادرة في ذلك الوقت ما يلي: " من يشتري أو يبيع أرضا زراعية أو منزلا أو أرضا للبناء، يجب عليه أن يدفع لأمناء الخزانة من أجل تقديم القرايين للأسكندر خمس دراهمات في المائة وأن يعلن عن ذلك في ظرف خمسين يوما، ويجب على أمناء الخزانة أن يقوموا بتسجيل البيع بحسب الحي والجماعة. ففي حي البائع يجب أن يدوتوا أولا اسم البائع واسم أبيه واسم حيه، وثانيا اسم المشتري بالطريقة نفسها، وبعد ذلك اسم الشهر واليوم الذي سجلوا فيه البيع، وأخيرا اسم العين المشتراة وموقعها ومكانها. ويجب أن يسجلوا أيضا أسماء الشهود. وإذا كانوا كثيرين فإنه يجب تسجيل أسمائهم جميعا...." أشار إليه محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق ص 43 و 44، نقلا عن إبراهيم نصحي، تاريخ مصر في عهد البطالمة، الجزء الثالث، القاهرة 1966، مكتبة الأنقلو المصرية ص 355 وما يعد). وقد " عرف المصريون كذلك نظاما خاصا بشهر التصرفات العقارية منذ أقدم العصور." (إبراهيم أبو النجا: السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 23).

والثابت أن الرومانيين استعملوا النصب (cippi) المنقوشة سواء لكتابة الوصايا (مثل الوصية التي أوصى فيها بطليموس التاسع ببرقة (بلييا) لروما والموجودة حاليا في متحف شحات، أشار إليها محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق ص 47 ، نقلا عن مؤرخ إيطالي ويدعى: Pietro Romanelli). أو لتحديد الطرق أو لبيان الحدود بين الأراضي. وتكون النصب المعتمدة لتحديد الأرض عادة وثيقة قانونية في بيان الحالة الواقعية والقانونية للعقار، بما في ذلك المساحة وعقود الكراء، وقد عثر في سنة 1964 في بستان بمرسى سوسة (مدينة بولونيا القديمة بلييا) على حجر منقوش كتب عليه جملة من البيانات المتعلقة بهذا العقار (" بامر الإمبراطور قيصر فيسباسيان أغسطس غايوس أرنوس موديسنوس الحاكم للمرة الثانية، بعد تقسيم أراضي أبولونيا التي اشتراها أهالي المدينة وشركاؤهم، قد تم تأجيرها بصفة مستديمة لأبولونيوس ابن بارياتا بأجر سنوي قدره 406 دنانير، بضمنان من تيودور بن نيودور وأنطونيوس بن باطيلوس، ومساحتها

في إشهار الحقوق العينية ولا تكتسب الترسيمات قوة ثبوتية، كما هو الحال بمصر وفرنسا على سبيل المثال.

وبدأ الحديث عن نظام السجلات العينية في بداية القرن التاسع عشر، ويبدو أن أحد المحامين الفرنسيين ويدعى M.Decourdemanche¹⁷² هو أول من تصوّر ملامح هذا النظام الذي أصبح يعرف فيما بعد بنظام السجلات العينية، ويبدو، والقول

23 مدمنا ونصف مدمن"، محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 67. ويورد المؤرخون أن لوحات الحدود كثيرا ما تعرضت للتلف بسبب الثورات وانتفاضة الأهالي من وقت لآخر، وقد دمرت أيضا مكاتب تسجيل الأراضي (catasti)، وبالتالي إتلاف سجلات الملكية (محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص 73).

والمعروف من جهة أخرى أن الرومانيين يعترفون بقصور الإرادة وحدها عن نقل الملكية، بل كان لابد من الإشهاد mancipation أي حضور الشهود أو القيام بالدعوى الصورية أمام المحاكم المختصة jure in cessio أو التسليم الفعلي للعقار traditio (عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الرابع ص 407). ويبرّر ذلك رجال القانون برغبة القانون الروماني في تنظيم صور نقل الملكية. والحقيقة أن الملكية في العهد الروماني كانت تتصف بطابعها المطلق، وما كان يتصور أن تنتقل هذه الملكية بمجرد الاتفاق بين الأطراف، بل لابد من شكل رسمي يضمن على هذه العملية هيبتها، وكان ذلك شكلا من أشكال الإشهار.

ونأثر القانون الفرنسي القديم بذلك، وبقي الإشهاد والتسليم شرطين للقول بنقل الملكية، ثم تخلّى القانون في مرحلة لاحقة عن شرط الإشهاد، وأصبحت عملية التسليم عملية صورية يشار إليها بالعقد وإن لم تنفذ واقعا. وقبل قيام الثورة الفرنسية توصل التطبيق إلى صورة تسجيل عقد الهبة بالمحكمة حتى ينتج العقد آثاره، وظلت بعض المقاطعات الفرنسية تشترط ضرورة تسجيل العقود الناقلة للملكية لتنتج آثارها، وأوجب قانون 27 يونيو 1795 شهر الرهن العقاري بالإضافة إلى عقد الهبة، إلى أن صدر قانون 1 نوفمبر 1798 ووضع مبدأ تسجيل الكتائب الناقلة للملكية: " ملكية العقار لا تنتقل بالنسبة إلى الشخص الثالث إلا بالتسجيل"، وكان هذا المبدأ منطلق نقاش كبير أمام محرري المجلة المدنية الفرنسية بين مؤيد ومنكر، وانتهى النقاش إلى استبعاد هذا المبدأ بداية، وجاء القانون المدني الصادر سنة 1804 خاليا من قواعد الشهر العقاري باستثناء إشهار عقد الهبة وإجراءات تطهير العقار من الرهون وانتقد النائب العام دويان سنة 1840 أمام محكمة التعقيب الفرنسية هذا الاتجاه لقوله " يشتري الإنسان ولا يكون متيقنا من أنه سيصبح مالكا، ويرتهن ولا يكون متيقنا من استيفاء دينه، ويدفع الثمن ولا يكون متيقنا من أنه يؤديه للمالك الحقيقي." (Pière Jean Chenu : de la transcription à la publicité foncière, Bordeaux 1960,p.)

(43)، لكنّ المشروع الفرنسي تراجع عن هذا الاتجاه بموجب قانون 23 مارس 1855 المتعلق بقيد الرهون، ووضع قاعدة تسجيل (transcription) الأعمال القانونية والأحكام القضائية بمكتب الرهون لمواجهة الغير بها (Loi sur la transcription en matière hypothécaire, 23 mars 1855, lois usuelles, mars 1855, p. 343). ثمّ سرعان ما تعاقبت التقيحات وأهمّها حدث في سنتي 1935 و1955 في اتجاه تكريس هذا الاتجاه، وكان ذلك سببا في ظهور النظام الشخصي بفرنسا، هذا النظام الذي تأثرت به عدّة بلدان وأهمّها مصر بموجب قانون 1875 (إبراهيم أبو النجا: السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلدات 4-8-9-10، المرجع السابق. Bastouly.R.F :Le regime foncier en Egypte depuis l'époque grecque jusqu'au 10 siècle de notre ère, thèse. Faculté de droit Paris 1962

¹⁷² M.Decourdemanche :avocat à la cour de Paris, auteur d'un livre « Du danger de preter sur hypothèque, Paris 1830 » R.A 1886, p.1.

لأحد الكتاب،¹⁷³ أنه اقترح على الحكومة البريطانية منذ سنة 1852 مشروع قانون لتنظيم إحالة الملكية العقارية بالمستعمرات الإنجليزية، وقد سبق لهذا الباحث أن نشر منذ 1832 بعض المبادئ التي يمكن اعتبارها بمثابة اللبنة الأولى في اتجاه صياغة نظام جديد. وقد جاء بهذا المشروع¹⁷⁴ أنه كل من يرغب في تسجيل عقار يضع رسومه بداية بين أيدي أحد العدول الذي يتولى بالمناسبة إعلام الأجوار وإتمام الإشهارات اللازمة. ويجب على الدائنين في أجل شهرين أن يرسموا ما لديهم من حقوق بمكتب الزهون، كما يمكن للأجوار الاعتراض على الأعمال الفنية التي ينجزها عون مختص ومنتدب لهذا الغرض. ويعمد هذا الأخير إلى إخضاع العقار للنظام الجديد ومعاينة الصورة الأخيرة للعقار دون قيد وبنص على ذلك بدفاته بطلب من العدل إذا لم تسجل أية ترسيمات،¹⁷⁵ وفي صورة العكس، أي إذا سجلت بعض الترسيمات طبق الإجراءات المشار إليها أعلاه، يتولى العون الإشارة إلى حالة العقار بدفاته على الحالة التي هو عليها. ويقوم العدل بالتعاون مع العون الفني بإدراج جميع العمليات اللاحقة. ويسلم العون الفني بمناسبة كل إحالة سند الملكية، ويشار به إلى جميع التحويلات ويضاف إليه مثال هندسي يحمل عددا لتتبع العقار موضوع التتبع من حيث الموقع والمساحة والحدود. لذلك عادة ما يشار إلى هذا المشروع باعتباره أول نص حرر في اتجاه تكريس جانب من المبادئ العينية في التسجيل والإشهار.

لكن بعض الفقه¹⁷⁶ يرجع أصل هذا النظام إلى الأعراف والتطبيقات الجرمانية السائدة خلال القرون الوسطى، ويشير رجال القانون¹⁷⁷ إلى وجود سجلات عامة بعدة

¹⁷³ M.Sanguet, directeur de la revue la reforme cadastrale, Revue algérienne, 1886, I, p. 1.

¹⁷⁴ فصول هذا المشروع منشورة بالمجلة الجزائرية لسنة 1886، I، ص 1 و 2.

¹⁷⁵ ينص الفصل التاسع من هذا المشروع على يلي:

« S'il ne survient aucune inscription, le notaire qui a fait remplir les formalités ci-dessus prescrites, requiert l'agent du cadastre, préposé à cet effet, de constater la mobilisation des parcelles dont il s'agit sur ses registres, sans aucune restriction ».

¹⁷⁶ Besson : les livres fonciers et la reforme hypothécaire, cité par Soulmagnon Georges: "La loi Tunisienne du 1er Juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres fonciers" librairie du recueil sirey- Paris 1933, p. 7.

¹⁷⁷ Ibidem.

مدن ألمانية.¹⁷⁸ والمعروف أن Frédéric الأول سنة 1693 و Frédéric الثاني سنة 1783، أمر كل من جانبه بتنظيم مثل هذه السجلات ببروسيا. وهي سجلات يمكن القول فيها مبدئياً إنها عينية والتّرسيم فيها واجب سواء تعلقت العملية بإحالات أو مقاسمات أو رهون بمقتضى سند محرر أمام القضاء أو العدول. وعهد إلى المحاكم بمسك هذه الدفاتر، ويعود إلى القاضي المختص مراقبة مدى شرعية وصحة السند موضوع التّرسيم. وكانت هذه الدفاتر تفتقد لأهم عنصر وهو القوة الثبوتية، مع أن بعض المدن الألمانية تجاوزت أحكام أمر 1783 واعتمدت شيئاً من هذه القوة لتحمي حسن النية في التّرسيمات.¹⁷⁹ لكن الصياغة الهامة لنظام السجلات العينية البروسي قد انتهت بموجب قانون 15 ماي 1872،¹⁸⁰ وأهم فكرة فيه هي حماية حسن النية على النحو المشار إليه، وتوحد التشريع العقاري الخاص بالسجلات العينية بصور المجلة المدنية سنة 1896 وقانون 24 مارس 1897.¹⁸¹

مثل Hambourg و Francfort و Lubeck و Breme.

178

179 Bavière 1822, Mechlembourg 1830, La saxe 1843.

180 Loi Prussienne 5 mai 1872 : Annuaire de législation étrangère 1873. p. 208. Traduction et note de M. Paul Gide, professeur à la Faculté de droit de Paris.

صدرت في نفس اليوم -15 ماي 1872- أربعة نصوص قانونية، وهي التي أصبحت تمثل مجلة الرهن البروسية:

1- القانون المتعلق باكتساب الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية.

2- القانون المتعلق بالسجلات العقارية.

3- القانون المتعلق بتجزئة العقارات.

4- القانون المتعلق بحقوق النقل الخاصة بالكاتب الخاضعة للتّرسيم.

181 ويلاحظ أن قانون 1872 لم يدخل حيز التطبيق إلا بتاريخ 24 مارس 1897، وقد خضع للتّعديل

أخيراً بتاريخ 14 يوليو 1905. وتأثر هذا النظام بتجربة تسجيل السفن.

وهو يقوم على مبدأ التّخصيص، بحيث يسند إلى كل عقار صفحة خاصة به، ويشار بها إلى اسم العقار وموقعه، وأسند المشرع تنظيم هذه السجلات إلى الإدارة. والمضمن بها يعتبر منطلق الحق، ولا يعترف بأي حق عيني إلا بموجب إدراجه بهذا السجل. ويعود إلى القاضي المختص Grandbuchrichtes بعد درس الوثائق الإذن بإدراجها، ويمسك لديه سجل عقاري يسمى: Flurbuch الذي يجب أن تتطابق بياناته مع دفتر العقاري الموجود لدى الإدارة والذي يدعى: Grunbuch. والهام في هذا التنظيم أن أعمال التجزئة العقارية لا توجب إقامة رسم جديد، بل يشار إلى مجمل العمليات بالتعاقب بالسجل التابع للمالك الأصلي. فهو نظام عيني في أصله وشخصي في نهايته، إذا جاز القول مبدئياً. وهو نظام يعتمد كذلك المفعول المنشئ في التّرسيم، وله نظرة خاصة في ذلك، حيث إن القانون الألماني يفصل بين العقد والتسجيل، فالعقد ينشئ التزاما والملكية لا تنقل إلا بموجب التسجيل، وقد جاء بالفصل 313 من القانون المدني الألماني ما يلي: "يلزم المتصرف بنقل ملكية عقاراً وترتيب حق عيني آخر عليه اتفاق إرادة الطرفين، ثم تسجيل هذا الاتفاق في السجل العقاري. وقبل التسجيل لا يرتبط المتعاقدان بما اتفقا عليه بعد ذلك إلا إذا جرى تحرير اتفاقهما أمام القضاء أو لدى موثق العقود أو إذا تم هذا الاتفاق في المكتب

وقد أبقى النظام البروسي آثاره على منطقة "الألزاس" و "لوران" ¹⁸² على وجه الخصوص، وتأثرت عدة مناطق أوروبية أخرى بأحكامه. ¹⁸³

العقاري أو جرى إخطاره به أو إذا أصدر المتصرف تصريحاً يعلن فيه رضاه بقبول التسجيل للمتصرف إليه في التسجيل العقاري. (تعريب محمد خيرى، المرجع السابق ص 32).
والجوهري كذلك في هذا النظام أنه يقرّ بسقوط الحقّ المرسم إذا قامت الحيازة بجانب المدعى طيلة ثلاثين سنة، ورفع الحائز دعواه أمام من يهّمه النظر، والشرط في ذلك أنه "إذا كان المالك مقيداً بالسجل، فإنّ الدعوى لا تقبل إلا إذا كان المالك قد توفي أو كان غائبا ولم يجر أي قيد بموافقه في السجل منذ ثلاثين سنة." (الفصل 927 من القانون المدني الألماني).

¹⁸² تعدّ تجربة الألزاس ولوران من أهمّ التجارب الأوروبية في تطبيق نظام السجلات العينية تأثيراً بالتجربة الألمانية.

فقد تأثرت منطقاً الألزاس ولوران بالتوجه الألماني في تنظيم السجلات العينية. وانتهى خضوع هذه المناطق للتشريع الألماني إلى تنظيم ثلاثة أنواع من السجلات: السجلّ العيني (1891) وهو الموجود بالمناطق التي شملتها أعمال المسح مسبقاً، ودفتر الملكية الوقتي (1886) ويوجد بالمناطق التي لم تشملها أعمال المسح، والسجلّ النهائي المنظم تنفيذاً لأحكام المجلة المدنية الألمانية (1900). وتجتمع هذه الدفاتر على واحدة وهي أنّ القيد فيها شخصي بمعنى أن يشار بالورقة التابعة لشخص معين إلى جملة العقارات التابعة له. ويتميز الدفتر الأول والثاني بوحدة وهي أنّ القيد فيهما له مجرد قوة ثبوتية نسبية، ولا يدحضان فكرة التّقدم المكسب لمدة عشر سنوات.

وخضعت هذه المناطق انطلاقاً من سنة 1924 إلى التشريع الفرنسي بموجب قانون 1 جوان 1924 ومُدّد الفصل 37 منه تطبيق التشريع الفرنسي على هذه المناطق، إلاّ أنّه نصّ على أنّ السجلّ العيني سيبقى الأساس في إشهار الحقوق العينية العقارية، على أن ينظم هذا السجلّ بموجب أمر. وفعلاً صدر أمر 18 نوفمبر 1924 المتعلّق بمسك السجلّ العيني بمقاطعتي الألزاس ولوران وفُضِّل اعتماد دفتر واحد عوضاً عن الدفاتر الثلاثة، وكانت نية المشرّع الفرنسي هي ملاءمة أحكام مسك السجلّ العيني مع موجبات القانون الفرنسي، حيث جاء بكلمة وزير العدل آنذاك René Renoult "أنّ مسك هذا الدفتر يجب أن يتلاءم مع أحكام القوانين المدنية الفرنسية".

Article préambule du décret du 18 novembre 1924 relatif à la tenue du livre foncier dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.
<http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r3597.asp>.

وبالتالي فلا يشترط إنجاز الأعمال الغنّية الأولى وتخلّى المشرّع الفرنسي عن قاعدة المفعول المنشئ، على أنّه أسند مسك السجلّ إلى قاضي التّاحية (الفصل الأول) مع التمسك بمبدأي الشّرعية (الفصل 13) والتسلسل (الفصل 40)، وأبقى على قاعدة قيد الحقوق العينية العقارية بنفس الورقة التابعة لشخص واحد (الفصل 4)، وتخضع جميع الصور لمبدأ الإشهار بما في ذلك انتقال الملك بموجب الإرث والقسمة، وتنعم الترسيمات بنوع من القوة، فقط أنّ المشرّع الفرنسي يعتبرها مجرد قرينة قانونية. (Soulmagnon Georges, op.cit., p. 26 et suiv). ويبدو هذا النظام مختلطاً في مبادئه بحكم رغبة المشرّع الفرنسي في المزاوجة بين مبادئ السجلات العينية وخواطر القانون المدني الفرنسي. لكنّه يمثّل أهمّ التجارب العينية التي ظلّت قائمة أمام هيمنة القانون الفرنسي.

وقد بقي هذا النظام على حاله دون تغيير، باستثناء بعض الأحكام التطبيقية التي صدرت سنتي 1927 و1972، إلى أن صدر التّقيح الهام في 13 ديسمبر 2001 والذي تأجّل انطباقه إلى تاريخ 1 جانفي 2006 في اتجاه إعادة تنظيم السجلّ على أسس معلوماتية سواء من حيث مسكه أو من حيث معالجة بياناته والإطلاع عليها، وكانت مناسبة لمراجعة جملة من المبادئ الهامة في اتجاه توسيع نطاق الإشهار (إعلام الغير بالقيود الإدارية على حق الملكية) والإذن بإدراج نقل الملكية بموجب التّقدم وبيان جزاء عدم الإشهار الموجه لإعلام الغير.

Document mis en distribution le 13 février 2002 N° 3597, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 février 2002. Rapport fait au nom de la

والحقيقة أنه لم نشهد قيام هذا النظام العيني (التسجيل والإشهار) في صورته النهائية إلا أخيراً متى عهد لـ: "Robert Richard Torrens"¹⁸⁴ بإصلاح نظام الأراضي بجنوب أستراليا. فكان أن تقدم منذ سنة 1855 بمشروع قانون حضي بالمصادقة النهائية، و صدر بتاريخ 2 جويلية 1858. وقد اعتمدت مبادئه جميع

commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, portant réforme de la loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, dans ses dispositions relatives à la publicité foncière, PAR M. ARMAND JUNG, <http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r3597.asp>.

وقد رأى المشرع الفرنسي يومها بأن يبقى السجل العيني تحت إشراف قضاة السجل العيني التابعين للمحكمة الابتدائية.

« Le dernier alinéa proposé pour l'article 36-2 reprend une précision figurant actuellement à l'article 37 de la loi du 1^{er} juin 1924, indiquant que « *le service du livre foncier est assuré par le tribunal d'instance* » ; les tribunaux d'instance disposent d'un effectif propre de juges du livre foncier, assistés par un ou plusieurs greffiers et personnels d'exécution ; l'ensemble constitue le bureau foncier du tribunal d'instance, chargé de la tenue du livre foncier pour toutes les circonscriptions foncières relevant du ressort du tribunal d'instance ». Ibidem.

مع أن أوروبا بصفة عامة لم تخير اعتماد نظام السجلات العينية، فإن التجربة الألمانية التي سبق الحديث عنها قد أثارتها على بعض البلدان وبالتحديد النمسا وسويسرا وبعض المقاطعات من إسبانيا والبرتغال. والمبادئ تكاد لا تختلف ويمكن الحديث عن النظام السويسري، الذي قال فيه البعض " أنه خير الأنظمة في هذا المجال على المستوى العالمي كمثال، " محمد خيرى: المرجع السابق ص 33.) . ويأخذ القانون السويسري بنفس المبادئ الواردة بالقانون الألماني، فهو يأخذ بمبدأ المفعول المنشئ، حيث نص الفصل 656 من القانون المدني السويسري على أن " القيد بالسجل العقاري ضرورة لكسب الملكية العقارية "، ولا تكون العقود الناقلة للحقوق العينية صحيحة إلا إذا جرت وفق الشكل الرسمي المطلوب على معنى الفصل 657 من المجلة المدنية، ومتى أدركت الحقوق العينية مستوى الترسيم خضعت للمبدأ الحفظي خاصة بالنسبة إلى حسن النية. فقط أن حازر العقار بإمكانه أن يكسبه بالتقدم إذا تواصلت الحياة طيلة ثلاثين سنة وذلك في حالة وفاة أو غيبة المستفيد من الترسيم أو أنه لم تسجل خلال تلك الفترة أية عملية ترسيم. ولا يمكن للحائز أن يكسب هذه الحقوق إلا بعد أن يقيم الدليل أمام القضاء بتوفر جملة هذه الشروط.

لقد عمل تورنس كمراقب في مصلحة الجمارك وأمكن له أن يطلع على النظام المحكم الذي تخضع له السفن، حيث يمكن التعرف على المالكين بطريقة لا تدعو إلى الريب والشك بفضل الإجراءات المتبعة في التسجيل والإشهار. ثم عمل أميناً للعقود- عاملاً بمصلحة التسجيل بجنوب أستراليا - وسمح له عمله بأن يطلع على الصعوبات التي يعاني منها المجال العقاري، ولاحظ من خلال عمله هذا مدى صعوبة إثبات انتقال الملكية. ولم يكن مطمئن بالمرّة إلى طريقة الإحالة التي تبقى في نهاية الأمر جملة من النقص على مستوى إثبات الحق. فأعد مشروعاً متكاملاً يهدف إلى تجاوز النقص العقارية في الإثبات وذلك بنقل أهم الإجراءات المتعلقة بتسجيل السفن. وعندما أصبح نائباً في البرلمان، وهو ابن لأحد مؤسسي مستعمرة جنوب أستراليا، دافع على مشروعه، فأقره البرلمان سنة 1858.

زهدي يكن: نظام التسجيل العقاري، القضاء والتشريع 1964 ص 6.

إبراهيم أبو النجا: السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق ص 39.

المستعمرات الإنجليزية بأستراليا التي كانت تحتكم للنظام الإنجليزي المعروف بـ Registration of title. غير أن تطبيق هذا النظام الجديد أظهر عدّة نقائص حملت المشرّع للتدخل من جديد لتتقّح بعض الفصول، وكان ذلك بموجب قانون 7 أوت 1861 والمعروف بقانون "Real property act" ¹⁸⁵. وعرف هذا القانون بنظام السجلات العينية أو الدفاتر العينية الذي يقوم على خمسة مبادئ أساسية وهي التخصيص والشرعية وقوة الثبوت المطلقة للترسيمات ومفعول الترسيم المنشئ للحق وحضر التقادم المكسب على خلاف نظام السجلات الشخصية. ¹⁸⁶

¹⁸⁵ النص الأصلي مع التّقيح منشور بالمجلة الجزائرية 1886 -I- ص 1 وما بعد، وهي عبارة عن ترجمة باللغة الفرنسية نشرت أوّل مرّة بجريدة Le Globe عدد 13 مارس 1885.

ACT TORRENS : Loi sur la propriété 7 aout 1861, R.A 1886,p. 1.

¹⁸⁶ ويذكر أنّ مصدر الملكية في عهد " تورنس " يعود إلى العرش (الملك)، وتتقلّ اتفاقا بين الأطراف. ولهذا الغرض أعدّ مشروعا يهدف بالأساس إلى إدراج البيانات الخاصة بالعقار بدفتر خاص، على غرار النظام المعمول به في تسجيل السفن. وقد وجد هذا النظام يومها معارضة شديدة وانتقادات لاذعة. ورغم ذلك فقد اعتمد بموجب القانون المؤرخ في 2 جويلية 1858 وأدخلت عليه بعض التعديلات التي اعتمدت بموجب قانون 1861 وعرف أخيرا بقانون real property act.

والحقيقة أنّ فكرة الإشهار لم تكن جديدة، حيث إنّها تعود للقانون الألماني وقد اعتمدها " تورنس "، وليس في ذلك جديد. لكنّ الحديث يتعلّق بالإجراءات المستحدثة، وخاصة منها ما يتعلّق بالإشهارات والمعاملات العقارية في اتجاه ضمان النجاعة والحماية قال فيها أحد الشّراخ إنّها " إجراءات بسيطة وسريعة واقتصادية في نفس الوقت، مع توفير الضمانات اللازمة"، ويشير إلى أنّ النظام الجديد " يتأسّس على فكرتين أساسيتين: ضبط إجراءات التسجيل والتطهير ووضع نظام للإشهار الرهنّي."

(A.Anterrieu, Journal des tribunaux de la Tunisie 1899, p. 130-188-.)

ويذكر أنّ قانون تورنس هو قانون اختياري من حيث المبدأ. وضبط التشريع الجديد الأطراف الذين يحقّ لهم طلب التسجيل، ويطلب منهم بداية إعداد المثل الهندسي للعقار موضوع التسجيل بواسطة مهندس مصادق عليه وتحرير مطلب في الغرض، وهو عبارة عن مطبوعة تحتوي على عدّة بيانات هامة، وخاصة منها ما يتعلّق بالحقوق العينية المرتبطة بالعقار. ثمّ يوضع جميع ذلك بين أيدي المشرف العام على السّجل registral general الذي يعدّ محور الإجراءات الجديدة، فهو الموكول إليه تنفيذ مقتضيات القانون الجديد، حيث ينصّ الفصل الرابع من هذا القانون على أنّ " تنفيذ الشكليات المبيّنة بهذا القانون يعهد بها إلى المشرف العام على السّجل." فهو الذي يجمع الكتائب والرّسوم ويحتفظ بها، وله سلطات واسعة في ذلك. ويعود له استقبال أصحاب المطالب بمكتبه، ويحقّ له في جميع الأوقات المطالبة بالوثائق الناقصة واستدعاء الأطراف تحت سلطة غرامة تهديدية، ويمكنه توجيه اليمين، وهو ينوب القاصر والغائب والعرش أي الملك. ويتولّى الحافظ العام بنظام تورنس إشهار المطلب مرّة واحدة بالجريدة الرّسمية وثلاث مرّات على الأقلّ بالجرائد اليومية، مع الإشارة إلى أنّ أجل المعارضة يبقى مفتوحا من شهر إلى سنة. وإذا كان المطلب منقوصا ولا يستجيب لموجبات النظام الجديد أو أنّ أصل الانجرار غير سليم يرفض الحافظ العام المطلب أو أن يأذن بإشهارات تكميلية. والمعلوم أنّ الحافظ العام في هذا النظام يتّخذ قراره بمساعدة ما يعرف برئيس الرّسوم maitre des titres وهو رجل قانون يتكفّل بدراسة المطلب وإنهاء الأبحاث الاستقرائية الواجبة.

وإذا رفض المطلب يعلم الطّالب كتابة، ويبقى لهذا الأخير إمكانيّة الطّعن أمام المحاكم العادية التي بإمكانها إقرار الرّفض أو الإذن بالإشهارات الصّورية بالرّائد الرّسمي، ويعود لها تحديد فترات الإشهار، وتفتح

آجال المعارضة من جديد، بين شهرين وثلاث سنوات، وإذا لم تسجل أية معارضة خلال هذه الفترة، يخضع العقار موضوع المطلب وجوبا لأحكام النظام الجديد.

وفي جميع هذه الصور يأذن الحافظ العام بتعليق الإشهار بمكاتبه وجميع الأماكن التي يراها صالحة، وبإمكان أي طرف أن يطلب الاطلاع على سريان إجراءاته. وبعد فوات الآجال لا تقبل أية معارضة. ويفترض بهذه الطريقة أن تصل المعلومة إلى جميع الأطراف وذوي المصلحة، باستثناء الغائب والقاصر الذين قد لا يتحقق لهما إمكانية التعبير أو الدفع، فينبههما الحافظ العام. فإذا تعلقت بالمطلب بعض المعارضات في الآجال المحددة، يعلم الطالب بذلك وتتوقف آجال المعارضات إلى أن يقع البت بحكم بات في موضوع النزاع. ويمكن المشرع الحافظ العام من تقدير أهمية المعارضات، حتى لا يمارس حق المعارضة بصفة اعتباطية، فلا يؤخذ بالمعارضات الواهية والضعيفة والمتأسسة على حقوق مؤجلة أو لا تستند إلى أي مؤيد. ولا يعتد بأية معارضة إذا لم يرفع صاحبها الدعوى في أجل ثلاثة أشهر بداية من تاريخ إعلامه من الحافظ العام، معنى ذلك أن لا تتوقف إجراءات التسجيل بصفة آلية بمجرد حصول المعارضة، بل يعود إلى الحافظ العام تقدير حجم المعارضة وأهميتها.

وبعد انتهاء جميع الإجراءات يتولى الحافظ العام اتخاذ القرار المناسب أي إخضاع العقار لموجبات النظام الجديد وإقامة سند الملكية، وله إصلاح الأخطاء التي تتسرب إلى الرسم عند إعداده، مع إبقاء الحقوق محفوظة فيما يتعلق بالأصل. ويحفظ السند أي سند الملكية بكتاب خاص يسمى: السجل livre matrice. ويسلم أصل سند الملكية إلى المالك.

ومن آثار هذا الإجراء التطهير الكامل للعقار من جميع الحقوق السابقة، ويتولى الحافظ العام بالمناسبة إلغاء جميع الرسوم المقدمة كسند للمطلب. وإذا توفى الطالب أو وكيله خلال إجراءات التسجيل، يتخذ القرار وكأن الطالب على قيد الحياة، أي أن يعود أثر قرار التسجيل إلى يوم تقديم المطلب، وليس إلى يوم اتخاذ القرار.

وبعد السجل العقاري livre matrice كتاب الملكية العقارية أين يسند إلى كل عقار صفحة خاصة به وعدد محدد، وكل حق مرسوم طبق هذه الطريقة يكتسب قوة ثبوتية مطلقة، ولا يمكن الطعن فيه إلا في حالات التزوير، ولا يمكن معارضة حسن النية، أي من انجرت له حقوق اعتمادا على مثل هكذا ترسيمات، باستثناء حالات التزوير، حيث إن الأمان هو المطلب الرئيس بنظام تورنس، فحسب الفصل الثالث والثلاثين من هذا القانون " فكل شهادة ممضاة من طرف الحافظ العام يعتد بها أمام القضاء من حيث محتواها ومن حيث تسجيل الحقوق المتعلقة بها، وتكون حجة ثابتة على تمتع الشخص بالحقوق الواردة بها." وإذا أخطأ الحافظ رغم هذه الضمانات أو غفل عن إدراج بعض الحقوق، فليس للمعني بالأمر إلا المطالبة بغرم الضرر، وتوجه الدعوى ضد الحكومة، وقد أنشئ للغرض صندوق تأمين يمول من موارد التسجيل. وتخضع جميع الكتابات اللاحقة لمبدأ المفعول المنشئ للتسجيل، أي أن الحق العيني لا يتكون أصلا إلا انطلاقا من عملية ترسيمه بالسجل العقاري على معنى الفصل 43 من قانون " تورنس".

« Aucun acte translatif de propriété ou constitutif d'hypothèque ayant pour objet un immeuble soumis au regime de la presente loi ne produira ses effets qu'a partir de l'enregistrement qui en aura été fait conformément à la dite loi . Mais par le seul fait de l'enregistrement du dit acte, tous les droits qu'il constitue seront transférés à la partie interessée, sous les conditions et les modalités expresses contenues au dit acte, ou réputés au tenu de la loi en être la consequence implicite ».

فإذا فوت المالك في العقار المرسم بأي طريقة كانت، يطلب منه تحرير الكتب بالإشارة إلى مضمون الرسم، ثم يدرج الكتب، ويسلم السند إلى المالك الجديد. وإذا تعلّق البيع بجزء فقط، يبقى السند لدى المالك الأصلي، ويسلم سند جديد إلى المالك الجديد في حدود موضوع شرائه. وإذا أراد المالك رهن العقار فما عليه إلا تحرير حجة الرهن لتدرج بالسجل، ويشار إليها بالأصل الذي يحتفظ به المالك، وكذلك بحجة الرهن التي تعاد إلى المرتهن. وإذا تعذر الدفع، يمكن للدائن بيع المعقول، ومن شأن هذا البيع تطهير الرسم من جميع الرهون. ويمكن كذلك إحالة الرهن إلى الغير بمجرد التخصيص بالسجل، ولا يطلب التخصيص بالأصل الذي يحتفظ به المالك، وإذا تم الخلاص يشار إلى ذلك بالسجل والأصل. وإذا ضاع الأصل لا يمكن لحافظ العام أن يسلم حجة أخرى إلا بعد إتمام الإشهارات الضرورية بالرأى الرسمي، مع الإشارة بالرسم الجديد إلى عملية التعويض.

وقد تأثرت بريطانيا بمبادئ " تورنس " وبالتجربة الأسترالية، ونجد بهذا البلد مبادئ شبيهة بالتّي تحدّث عنها " تورنس".¹⁸⁷ ونفس هذه التّجربة أبقت آثارها على البلدان التي تعدّ ثقافيًا تابعة لبريطانيا، وتعدّي هذا الأثر حدود القارة الأوروبية وشمل بعض المقاطعات من القارة الأمريكية وخاصة منها كندا والولايات المتحدة الأمريكية والبرازيل.¹⁸⁸ وبلغت الآثار حدود المستعمرة سنغفورة بقارة آسيا، ونجد بهذا البلد نفس المبادئ الأسترالية التي صاغها رائدها " تورنس". لذلك يمكن القول إنّ أصل نظام السّجلات العينية يرتبط تاريخيًا بالتّجربتين الألمانية والأسترالية، ويمكن في نهاية الأمر ردّ التّجارب في العالم كلّه إمّا إلى التّطبيقات الألمانية أو الأسترالية.¹⁸⁹

ولا شكّ في أنّ هذا النّظام الحديث تأسّس منذ البداية على مبادئ هامّة، وهي تهدف عن وعي إلى تحقيق جملة من الأهداف المحدّدة، وقد وجدت فيه السّلطات الاستعماريّة سواء الفرنسيّة أو الإنجليزيّة الآليّات الفنيّة للسيطرة على الأراضي وضمّها. وليس من الغريب أن نشهد إشعاعا لهذا النّظام منذ خطواته الأولى خاصّة بالبلدان الإفريقيّة،¹⁹⁰ والآسيويّة¹⁹¹ عن طريق المستعمر الفرنسي

¹⁸⁷ Land Transfer act du 13 aout 1875.Rapport Massigli, Fascicule n°5. op.cit., p.433.

¹⁸⁸ عبد الرزاق السنهوري، المجلّد التاسع، المرجع السّابق، ص 304.

¹⁸⁹ زهدي يكن: نظام السّجلّ العقّاري، القضاء والتّشريع 1964 محاضرات قانونيّة، ص 3 وما بعد.

¹⁹⁰ لعلّ من أهمّ التّجارب الإفريقيّة هي التّجربة المغربيّة، ثمّ بقية التّجارب الأخرى: مدغشقر و الكنفو والسّينغال وساحل العاج وغينيا والكامرون.

- التّجربة المغربيّة: اعتمدت المغرب نظام السّجلات العينية، وسمّي بالتّحفيظ العقّاري، بموجب ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 أوت (غشت) 1913، ثمّ صدرت عدّة نصوص قانونيّة لتوضيح إجراءات تطبيق هذا النّظام. وأورد الظّهير أربعة أقسام، فالأول منها تعرّض للتّحفيظ والثّاني أورد طرق الإشهار والثّالث ضبط العقوبات والرّابع تعلّق بالمبادئ العامّة. وحدّد المشرع في قسم التّحفيظ تنظيم المحافظات وكيفية رفع المطالب إليها والإجراءات المتّبعة في ذلك وكيفية رفع الاعتراضات وطريقة حسمها والجهة التي تتخذ قرار التّحفيظ والآثار المرتبة على ذلك. ولعلّ من أهمّ هذه النّصوص الصّادرة في الغرض هي على التّوالي:

-الظّهير الصّادر في 1 يونيو 1915 والمتعلّق بتحديد مختلف مقتضيات الانتقاليّة لتطبيق الظّهير التّظيمي المتعلّق بالتّحفيظ العقّاري.

-الظّهير الصّادر في 2 يونيو 1915 والمتعلّق بتحديد التّشريع المطبّق على العقّارات المحفّظة.

-القرار الوزيري الصّادر في 3 يونيو 1915 والمتعلّق بسنّ التدابير المفصّلة لتطبيق نظام التّحفيظ

العقّاري.

-القرار الوزيري الصّادر في 4 يونيو 1915 والمتعلّق بسنّ نظام لمصلحة المحافظة على الأملاك

العقّاريّة.

-المنشور العام الصادر في 6 يوميو 1915 والمتعلق بسير نظام التّحفيظ العقّاري.
-الظّهير الصّادر في 25 يونيو 1927 والمتعلق بتحفيظ العقّارات المخزنيّة المتأصّلة من الأملاك
المخرجة من خيّر الملك العمومي.

-الظّهير الصّادر في 29 ديسمبر 1953 والمتعلق بتحديد دور واختصاصات المحافظ العام على
الأملاك العقّاريّة.

والمعلوم أنّ نظام التّحفيظ المغربي هو نظام إداري يعوّل كثيرا على تدخّل السّلطات الإداريّة في
قبول المطالب وفي الإذن بتحفيظ العقّار موضوع الطّلب، إلّا إذا استشكل الأمر وتعلّقت بالمطلب بعض
المنازعات فتتدخّل حينئذ السّلطات القضائيّة لحسم أصل النزاع لا غير. وهو كذلك نظام اختياري إلّا في بعض
الحالات الاستثنائيّة مثل صورة التّفويت في أملاك الدّولة أو تحديد أو قسمة الأراضي الجماعيّة أو إذا تعلّق
الموضوع بالأحباس العامّة متى فرض المشرّع ضرورة تحفيظ العقّار في أجل محدّد ولّا تعرّض العقد
نفسه للفسخ.

ويقوم نظام التّحفيظ العقّاري بالمغرب على مبدئي التّخصيص والشرعيّة (الفصل 72 من ظهير
12 أوت 1913) ويعتمد المفعول المنشئ (الفصلان 65 و 66 من الظّهير) والقوّة الثّبوتيّة في التّرسيم (66
فقرة 2)، إلى جانب حضر التّقديم المكسب.

ولم يكن من الممكن تطبيق ظهير 1913 على كامل التّراب المغربي الذي كان يخضع للهيمنة
الفرنسيّة من ناحية والهيمنة الإسبانيّة من ناحية أخرى، في حين خضعت منطقة " طنجة " لوضعيّة خاصّة،
ولم يطبق الظّهير إلّا بالمناطق التي كانت خاضعة لسلطة الحماية الفرنسيّة، وكان تطبيقه بصفة بطيّة جدّا
في البداية، بل إنّ فرنسا فكّرت في فترة معيّنة في تنظيم منطقة بربريّة لتخصيصها بإجراءات مميّزة، لكن
الفكرة لم تنجح. ولم يشع تطبيق الظّهير بصفة عامّة إلّا بعد استقلال البلاد. كما خضعت المنطقة
الصّحراويّة، التي كانت تابعة للاحتلال الإسباني، منذ سنة 1977 إلى نظام التّحفيظ. واليوم انتشرت
المحافظات بأغلب المناطق المغربيّة، ويغطّي مرجع نظر كلّ واحدة منها الاختصاص التّرابي لكلّ محكمة
ابتدائيّة تقريبا.

التّجارب الأخرى: خضعت معظم المستعمرات الفرنسيّة بإفريقيا الغربيّة أي السّينغال وغينيا
وساحل العاج لنظام السّجّلات العينيّة بموجب أمر 24 جويلية 1906 المنقّح بموجب أمر 26 جويلية 1932،
وقد تبنّى المستعمر الفرنسي نفس المبادئ التي سبق أن أقرّها بالبلاد التّونسيّة، وسحبها على تلك
المستعمرات، فقط أنّه تخلّى عن الإجراءات القضائيّة وخير اللّجوء إلى مجرد إجراءات إداريّة، فيتولّى
المشرف على إدارة الملكيّة العقّاريّة إتمام أعمال التّسجيل ولا تتدخّل المحاكم إلّا في صورة وجود نزاع.
واعتمدت نفس هذه المبادئ بالكامرون بموجب أمر 21 جويلية 1932. وهي نفس المبادئ التي سبق أن
تبناها المستعمر الفرنسي بالكنغو بموجب أمر 28 مارس 1899، لكنّه أقصى الأهليّين من دائرة المتنفعين
بالتّشريع الحديث، فقط من أثبت تبعيّة للنّظام الاستعماري بتجنّسه من الممكن أن ينتفع بالإجراءات الجديدة
(Soulmagnon Georges, op. cit., p. 29 et suiv).

وقامت فرنسا كذلك بنقل أحكام ومبادئ التّشريع التّونسي إلى مدغشقر منذ سنة 1897 وجزر
القمر منذ سنة 1931. وكانت الإجراءات اختياريّة بمدغشقر إلّا في الحالات الاستثنائيّة، وهي قضائيّة وبأذن
بتسجيل العقار رئيس المحكمة أو قاضي الصّلح حسب الحالات، ولا تحسم النزاعات إلّا من المحاكم العاديّة.
وينبني هذا النّظام على جملة من المبادئ لعلّ أهمّها مبدأ الإشهار ومبدأ التّطهير وحقّ المتضرّر في التّعويض
ومبدأي الشرعيّة والقوّة الثّبوتيّة. ومدّد المشرّع الفرنسي في انطباق هذه المبادئ على منطقة جزر القمر
انطلاقا من سنة 1931 بموجب أمر 9 جوان 1931، فقط أنّ فرنسا تخلّت بهذا البلد عن الإجراءات القضائيّة
وخيرت اللّجوء إلى إجراءات إداريّة، فيتولّى حافظ الملكيّة العقّاريّة بداية إنهاء جميع الإشهارات ليصل في
نهاية الأمر إلى إدراج الحقّ بالسّجّلات العينيّة مع ما يحمله هذا الإجراء من آثار.

-ALAIN Bertrand : lever l'insécurité foncière :une des premières clefs du
développement ?

-Midi Madagasikara (Antananarivo) :Legislation foncière obsolète ? Analyse 31
Juillet 2003. Publié sur le web le 31 juillét 2003.

تعدّ التجربة السّوريّة واللّبنانيّة من أهمّ التّجارب الآسيويّة، ثمّ يأتي الحديث عن تجربة الأندوشين
الفرنسيّة.

-التجربة السورية واللبنانية: خضعت لبنان وسوريا لنظام التّحديد والتّحرير في عهد الدّولة العثمانيّة، لكنّ هذا النّظام كثيرا ما تعرّض للنّقْد، فلم تكن الطّريقة المعتمدة طريقة موثوقا بها، واكتفى العمل في تحديد العقّار بذكر الأحوار والموقع والحدود الأربعة، ثم أدرجت الأسماء بسجّلات تمسكها المحكمة بالجهة، وفرض المشرّع ترسيم جميع العمليّات اللاحقة لنشأة الحق. ولم يصح الحديث عن نظام السّجّلات العينيّة إلّا بحلول المستعمر الفرنسي الذي أعاد هيكلة هذا النّظام في إطار السياسة التّشريعيّة التي توخّاها لتطهير الملكيّة العقاريّة، رغم أنّ منطقة " جبل لبنان " خضعت منذ سنة 1864 لإجراءات خاصّة، حيث فرضت الدّول الأوروبيّة على السّلطات العثمانيّة آنذاك إجراء المسح الإجماليّ على مساحة معيّنة، لكنّ الأعمال لم تنجز طبق الإجراءات المحدّدة، فلم تنجح التجربة.

والحقيقة أنّ سوريا ولبنان لم يعرفا نظام السّجّلات العينيّة إلّا بداية من 15 آذار 1926 بموجب القرارات عدد 186 والمتعلّق بتحديد وتحرير العقّارات (المسح الإجماليّ) وعدد 188 المتعلّق بإنشاء السّجلّ العقاريّ وعدد 189 المتعلّق بالتّفصيلات الإجرائيّة لأحكام القرار رقم 188 سابق الذّكر، وانتهاء إلى قرار رقم 2576 الصّادر بتاريخ 24 أيار 1929 والمتعلّق بالتّحديد الاختياريّ.

أمّا القرار رقم 186 الصّادر بتاريخ 15 آذار 1926 والمتعلّق بالتّحديد والتّحرير (delimitation et recensement) فقد اقتصر تطبيقه على قسم بسيط، وبنصّ التّشريع على بدء أعمال التّحديد بواسطة المساح التّابع لمصلحة المساحة بعد إنهاء أعمال الإشهار بسعي من مدير الدوائر العقاريّة، ثمّ تفتح آجال الاعتراضات التي تمتدّ على أجل ثلاثة أشهر تسري بداية من تعليق محضر التّحديد كما يجب، ومع انتهاء هذا الأجل ينظر القاضي العقاريّ أيّ القاضي المنفرد في جميع المحاضر ويأذن بتسجيل العقّارات موضوع هذه المحاضر، وإذا كان المحضر محلّ اعتراض أو أكثر يبادر إلى استدعاء جميع الأطراف، وتفتح الإجراءات القضائيّة، فيعتمد القاضي العقاريّ إلى سماع جميع الأطراف، وبإمكانه التّقلّ على عين المكان لإتمام الأبحاث الضّروبيّة ليّخذ في نهاية الأمر قرارا يمكن الطّعن فيه على وجه الإجمال بالاستئناف، على أنّ استئنافه لا يوقف التّنفيد. وإذا انقضى أجل الاستئناف فيمكن في بعض الصّور طلب إعادة المحاكمة. ومن آثار المصادقة على محاضر التّحديد والتّحرير التطهير الكامل للحالة الاستحقاقية للعقّار من حيث المبدأ، لكنّ المشرّع فتح المجال من جديد أمام من يهّم الأمر لغاية رفع دعواه في أجل سنتين بداية من تاريخ نفاذ قرار القاضي العقاريّ أو قرار محكمة الاستئناف في صورة الطّعن بتلك الوسيلة. وبعد فوات هذا الأجل تكتسب القيود قوتها الثبوتية المطلقة، ويبقى الحقّ بعد ذلك لكلّ من تضرّر في طلب تعويض الأضرار، وتوجّه الدّعوى عند الاقتضاء ضدّ من صدر عنه التّغريب أو ضدّ الدّولة وأعوان السّجلّ العقاريّ.

وأقرّت الإجراءات الاختياريّة بنصّ خاصّ وهو القرار رقم 2576 الصّادر بتاريخ 24 أيار 1929، وهي إجراءات أرادها المشرّع إداريّة وتتمّ تحت إشراف القاضي المنفرد، ويقدم الطّالب مطلبه إلى مدير الدوائر العقاريّة الذي ينهي الإشهارات في وقتها ثمّ توضع التّخوم ويحرّر محضر بحضور المساح والطّالب والقاضي ومدير الدوائر العقاريّة، ثمّ يشهر هذا المحضر لتفتح آجال الاعتراضات، فإذا خلا المطلب من أيّ اعتراض سجّل العقّار. وإذا كان محلّ اعتراض أو أكثر سواء سجّل خلال التّحديد أو في أجل الثلاثين يوما الموالية لتعليق المحضر أو بعده يفصل قضاء. ولهذه الإجراءات نفس الآثار من حيث القوة الثبوتية بعد فوات أجل السنتين، ليفتح بعد ذلك أجل عشر سنوات لطلب التعويض عند الاقتضاء، كما تقدّم. وانطلاقا من تاريخ تسجيل العقّار يشترط لنقل الحقوق المتعلّقة به ترسيمها بالسّجلّ العينيّ وهو ما يعرف بالمفعول المنشئ للترسيم. وإذا ما تمّ ترسيمها تكتسب قوتها الثبوتية المطلقة في مواجهة الغير حسن النية فقط، على أنّ بعض الحقوق لا يتعدّى أثرها سوى المفعول الاحتجاجيّ إزاء الغير. (إدوار عيد: الأنظمة العقاريّة، المرجع السابق ص 23 و 26)

- الأندوشين الفرنسيّة : (وهو الجزء الأقصى من القارة الآسيويّة والممتدّ بين الصّين والهند، ويتكوّن من البلدان التالية: ماليزيا و الفيتنام و تايلندا وبرمينا والكمبودج. ويطلق اسم الأندوشين الفرنسيّة على مجموع المستعمرات الفرنسيّة بذلك المكان والمتكوّنة خاصّة من الكمبودج.) في أقصى البلاد الآسيويّة حاولت فرنسا سحب إجراءات التطهير العقاريّ على كامل مستعمراتها بما أصبح يسمى بالأندوشين الفرنسيّة الأندوشين (Indochine) تأثيرا بالتّجربة التّونسيّة مع بداية القرن العشرين، بعد أن خضعت لمدّة طويلة لأحكام القانون المدنيّ الفرنسيّ وللأعراف المحليّة. وخيّرت فرنسا اللّجوء بداية إلى إجراءات المسح الإجماليّ، وأسندت مهمّة الإشراف على هذه العمليّة لحافظ الملكيّة العقاريّة الذي يتولّى إنهاء أعمال الإشهار، ويحقّ للغير الاعتراض قبل مرور سنة على بداية آجال الاعتراض، لتدرج بعد ذلك الحقوق العينيّة مطهّرة من كلّ تحمّل. وإلى جانب هذه الإجراءات الإجماليّة اعتمدت فرنسا بتلك المناطق إجراءات اختياريّة قال فيها رجال القانون إنّها لا تختلف عن الإجراءات المعتمدة بالبلاد التّونسيّة منذ سنة 1885.

الذي تمسك بنشر مبادئه بمعظم مستعمراته.¹⁹² ولم تخرج تونس عن هذا الاتجاه، وأنشئ أول نظام للتسجيل العقاري بالبلاد التونسية بمقتضى الأمر المؤرخ في غرة جويلية 1885،¹⁹³ وهو ما يعرف بالقانون العقاري.

وإذا لم تعرف السجلات العينية تطبيقاً محدداً، بل تعددت التطبيقات بشكل ملفت للانتباه بحكم تعدد الثقافات والتجارب، فمنها ما أخذ بالإجراءات الإدارية ومنها ما اعتمد الإجراءات القضائية مثل سوريا ولبنان ومدغشقر. فإن مفهوم السجلات العينية يجب أن ينصرف إلى مفهوم معين ومحدد يتجه بيانه.

المبحث الثاني: مفهوم الإشهار العيني

يمكن إبراز مفهوم الإشهار العيني من خلال تعريفه (الفقرة الأولى) وتحديد أهدافه (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: تعريف الإشهار العيني

السجلات العينية هي الدفاتر التي تقوم سندا في إشهار جميع الحقوق المتصلة بالعقار شهراً عينياً، ويقول Soulmagnon George معرّفاً السجلات العقارية " Les livres fonciers " بأن القانون لا يعتبر في نظام السجلات العقارية المالك، بل يعتبر العقاري حد ذاته، فهو ينتبّع العقار في انتقالاته المتتابعة. لذلك يجب بداية تحديد العقار فنياً، من حيث إنّه وحدة مادية متكاملة..... والسجل العقاري هو دفتر عام، ولكل وحدة عقارية، في ذلك، ورقة خاصة به، وتدرج جميع العمليات القانونية المتعلقة بالعقار بهذه الورقة، وهذا ما يسمى بالإشهار العيني.¹⁹⁴ ويقول إدوار عيد في نظام الشهر العيني " بأنه يقوم بالتسجيل على أساس العقارات، ولذا يتألف السجل العقاري من مجموعة صحائف عينية تختص كل منها بعقار وتدوّن فيها جميع الحقوق والأعباء والقيود

Soulmagnon Georges, op. cit., p. 32 et suiv.

زهدي يكن: نظام السجل العقاري، القضاء والتشريع 1964 محاضرات قانونية، ص 3 وما بعدها.

الرائد الرسمي التونسي عدد 134 المؤرخ في 12 جويلية 1885 الصفحة الأولى وما تبعها.

194

Soulmagnon Georges, op.cit., p.1.

192

193

المتعلّقة بهذا العقّار، بحيث تعدّ هذه الصحيفة كورقة هويّة للعقّار.¹⁹⁵ ويقول محمد خيرى معرّفًا نظام التّحفيظ العقّاري بالمغرب بأنّه " مجموعة من العمليّات التي ترمي في مجملها إلى جعل العقّار خاضعا لمقتضيات ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) والتي ترمي إلى تسجيل ملك عقّاري في وثيقة رسميّة تسمّى بالسّجلّ العقّاري، "¹⁹⁶و" المقصود من التّحفيظ هو جعل العقّار المحفّظ خاضعا لنظام هذا الظّهير من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد."¹⁹⁷ وتعرّف المادة الأولى من قانون السّجلّ العيني المصري 1964 هذا السّجلّ بأنّه " مجموعة الصّحائف التي تبين أوصاف كلّ عقّار، وتبين حالته القانونيّة، وتنصّ على الحقوق المترتبة له وعليه، وتبين المعاملات والتّعديلات المتعلّقة به."¹⁹⁸ وعرّف محمود العنّابي السّجلّ العقّاري بأنّه " مجموعة من الدّفاتر وغيرها من الوثائق التي تبين أوصاف العقّار الماديّة وحالته الشرعيّة وحقوقه وأعباءه والانتقالات والتّعديلات التي تطرأ عليه وترسم به كلّ القيود التي أثبتتها حكم المحكمة العقّاريّة."¹⁹⁹ وعرّف الفصل الأوّل من القرار رقم 188 لسنة 1926 المتعلّق بإنشاء السّجلّ العقّاري بسوريا ولبنان السّجلّ العقّاري بأنّه " مجمل الوثائق التي تبين فيها أوصاف كلّ عقّار وتعيّن بها حالته الشرعيّة، وتذكر فيها حقوقه وأعباءه وتورد فيها الانتقالات والتّعديلات الطّارئة عليه. ويتألّف هذا السّجلّ من دفتر الملكيّة ومن الوثائق المتّمة له وهي السّجلّ اليومي ومحاضر التّحديد والتّحرير وخرائط المساحة والرّسوم المصوّرة الجويّة وتصاميم المسح والأوراق الثّبوتيّة."

ومن المفيد الوقوف بعناية على المدلولات الحقيقيّة للمصطلحات القانونيّة في التّسجيل العقّاري والإشهار العيني أو الشّهر العيني والسّجلّ أو السّجلات العينية والسّجلّ العقّاري أو السّجلات العقّاريّة. وعادة ما يخلط الباحث بين هذه

195 إدوار عيد، المرجع السّابق، ص 11.

196 محمد خيرى، المرجع السّابق، ص 67.

197 الفصل الأوّل من ظهير المغرب 1913.

198 عبد الرزّاق السنّهوري، المجلّد التاسع، المرجع السّابق، ص 432.

199 محمود العنّابي، المرجع السّابق، ص 82.

المفاهيم، فيستعمل المفهوم الأول للدلالة على المفهوم الثاني والعكس بالعكس، والأغلب أن لا تميّز هذه المفاهيم عن بعضها لأنّ الواحد منها يمكن أن يستعمل للدلالة على البقية،²⁰⁰ مع أنّ الفرق بين هذه المفاهيم فيه من الدقة والقدر ما يوجب البيان والتوضيح. وقد أشار إبراهيم أبو النّجا إلى شيء من هذا عند وقوفه على معنى اصطلاح السّجل العيني بقوله: " اصطلاح السّجلّ العيني له معنيان. فقد يقصد به النّظام القانوني ذاته بوصفه وسيلة لشهر التّصرّفات العقارية، وهذا هو المعنى الأول الذي يعتبر في نظرنا مرادفا لاصطلاح أو تعبير الشّهر العيني. وقد يقصد به مجموعة السّجلّات والخرائط والمستندات المعدة لرصد وقيّد التّصرّفات العقارية، وهذا هو المعنى الثاني. غير أنّ النّظام القانوني للشهر العيني لا يتصوّر قيامه بغير السّجلّات والوثائق المكملّة لها التي تعدّ لقيد التّصرّفات العقارية مرتبة ترتيبا عينيا طبقا لمواقع العقارات. ومن ثمّ فإنّه ينبغي في رأينا أن ينصرف اصطلاح السّجلّ العيني إلى المعنيين معا بحيث يدلّ هذا الاصطلاح على النّظام العيني لشهر التّصرّفات العقارية بما يستلزمه هذا النّظام من سجلّات ووثائق يرتكز القيد فيها على الوحدات العقارية.²⁰¹

وهذا صحيح، فالسجلّات العينية هي الدفاتر الرّسميّة التي يدوّن بها الحقّ العيني طبق تنظيم معيّن وإجراءات محدّدة. ولا تنشأ هذه السّجلّات منذ البداية إلّا بعد إذن السّلطات القضائيّة أو الإداريّة بتسجيل العقار، وهذا ما يعرف بالتّسجيل العقاري. وإذا ما تمّ تنظيمها يمكن لاحقا إدراج أو ترسيم العمليّات المتعلّقة بالعقار، وهذا ما يعرف بالإشهار العقاري أو الشهر العقاري، وتبقى معالجة طوارئ هذه التّرسيمات دوما ممكنة، وهذا ما يعرف بالتّحيين العقاري. فتتّظيم السّجلّات العينية هو منتهى أعمال التّسجيل وأساس أعمال الإشهار وبداية التّحيين، فهي محور الإجراءات العقاريّة في التّسجيل والإشهار والتّحيين. ويقال لها عينية لأنّ الإدراج فيها يهتمّ بوصف العقار في حدّ ذاته طبق ضوابط معيّنة، ولغاية تمييز السّجلّات العينية عمّا يعرف بالدفاتر الشّخصيّة متى تكون أسماء

200 Paul Decroux : Droit foncier marocain. Tome 3, p. 45.

إبراهيم أبو النّجا، المرجع السابق، ص 26.

201

المالكين محور العملية الإشهارية. ويُطلب في الأول شهر جميع الحقوق المتعلقة بالعقار، ويُطلب في الثاني تسجيل مجرد العقود. لذلك يقال في الأول بأنه نظام الشهر العيني أو نظام السجل العيني أو نظام تسجيل الحقوق، ويقال في الثاني بأنه نظام الشهر الشخصي أو نظام تسجيل العقود.

وبتلخص من جميع ذلك أنّ السجلات العينية في مفهومها المادي هي في نهاية الأمر مجرد دفاتر عينية رسمية. وهي في مفهومها الوظيفي أساس لإنهاء أعمال الإشهار العقاري، فيقال لهذا النظام نظام السجلات العينية أو نظام الإشهار العيني على حدّ السواء. وتبقى أعمال التسجيل العقاري مجرد مرحلة من مراحل تنظيم السجلات العينية، فهي مجرد إجراء ضروري لنقل العقار من حياة قديمة يمكن اعتبارها حرة إلى حياة جديدة مقيدة، وهي بمثابة " طريقة ترمي إلى إخراج العقار من وضعيته القديمة وجعله خاضعا لنظام السجلات العقارية،"²⁰² أو هي " بمثابة بطاقة الولادة للعقار."²⁰³

على أنّ بعض الدول التي اختارت هذا النظام العيني استعملت عبارة التسجيل العقاري للدلالة على نظام الإشهار، مثل النظام العراقي وحتى النظام التونسي في بعض الجوانب،²⁰⁴ فيطلق مفهوم التسجيل العقاري على كامل العملية من بدايتها إلى نهايتها. في حين استعمل المشرع المغربي مفهوم التّحفيظ العقاري، وأبقى التشريع السوري واللبناني على معنى السجل العقاري أو السجلات العقارية وجاءت عبارة السجلات العقارية بالقانون الليبي عدد 12 لسنة 1988 المعدل بالقانون عدد 12 لسنة 1992. وخير المشرع المصري كلمة السجل العيني. وقد كان هذا الموضوع مثار جدل ونقاش، ودفع معهد البحوث والدراسات

²⁰² Soulmagnon Georges, op.cit.,p.38-39.

²⁰³ Gasse Victor, Les régimes fonciers africains et malgaches, évolution depuis l'indépendance, Bibliothèque africaine et malgache, droit et sociologie politique. L.G.D.J. Paris 1971,p. 37.

²⁰⁴ صلاح الدين عمّار: حماية الملكية العقارية عند التسجيل الاختياري في تونس، المرجع السابق، ص 14 وما بعد.

تعلق الكتاب الثاني من مجلة الحقوق العينية التونسية " بالعقارات المسجلة وإجراءات التسجيل"، ونظم مرسوم 20 فيفري 1964 التسجيل العقاري الإجمالي، في حين ترددت كلمة السجل العقاري في عدة فصول 305 و377 مكرّر و377 ثالثا.

العربية بالتعاون مع المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم التابعة لجامعة الدول العربية إلى استدعاء المختصين للتفاوض وتوحيد الاجتهادات، واستقر الرأي على تبني مصطلح " الشهر العقاري " بحكم قدرة هذا المفهوم على استيعاب كامل أطوار العملية.²⁰⁵

ولكن الشهر هو نتيجة لتنظيم معين من الوجهة الإدارية والمادية، لذلك يجب التركيز على مفهوم السجلات أو الدفاتر باعتبارها الأساس في احتضان أعمال الإشهار ومحور كامل النظام. وهي سجلات وليست سجل بمعنى أنها متعددة في تنظيمها، فمنها ما يتعلق بالرسم العقاري ومنها ما يتعلق بالتضمين ومنها ما يتعلق بالإيداع ومنها ما يتعلق بالمساحة كما سيأتي بيانه.²⁰⁶ كما أن الشهر العقاري فيه ما هو عيني وما هو شخصي كما تقدم، وأصل الإشكال ينحصر في هذه الطبيعة العينية، وهي محور دراستنا ومدار بحثنا، لذلك يجب التركيز على مفهوم السجلات العينية. وهي سجلات عينية عقارية بمعنى أنها تتعلق بالعقار وليس بالمنقول.²⁰⁷ ولكن التطبيق عادة ما يكتفي بعبارة " السجل

205 توحيد مصطلحات الشهر العقاري في البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية 1977.

206 يراجع بالنسبة إلى القانون التونسي الفصول 380 و381 و382 م.ح.ع.

207 تقسم العقارات عادة إلى ثلاثة أنواع، طبيعية وحكمية وتبعية. فالعقارات الطبيعية هي كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله منه دون تلف، وينصرف مفهومه إلى الأراضي والمباني والبنيات مادامت متصلة بالأرض والأجهزة والأنابيب اللاصقة بالأراضي والمباني المتممة لها والصاية على سوقها والثمار في أصلها قبل جذها وحطب الأشجار قبل قطعه. وينصرف مفهوم العقارات الحكمية إلى ما يضعه المالك بعقاره الفلاحي من الأشياء المنقولة خدمة للعقار وإلى المنقولات الملحمة بالعقار بشكل يتعدّر معه فصلها عنه دون إفساد ما هي متصلة به. وينصرف مفهوم العقارات التبعية إلى الحقوق العينية الواردة بالفصل 12 م.ح.ع وإلى الدعاوى المتعلقة بها أي الدعاوى الاستحقاقية والدعاوى الحوزية. ويراجع في تعريف مفهوم العقارات الفصول 3 إلى 12 م.ح.ع.

وللمنقول تعريفه الخاص سواء في مفاهيمه الطبيعية أو القانونية، فتعرف المنقولات الطبيعية عادة بأنها " الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها أو بمفعول قوة أجنبية عنها." وتعدّ منقولات بحكم القانون " الالتزامات والحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بالمنقول والحصص والأسهم والرقاع في مختلف الشركات وإن كانت هذه الشركات مالكة لعقارات." الفصول 13-14-15 م.ح.ع.

ويمكن تنظيم سجلات خاصة لتسجيل هذه المنقولات وإشهار الحقوق المتعلقة بها مثل سجل السفن على معنى مجلة التجارة البحرية الفصول من 23 إلى 41 وسجل الطائرات على معنى القانون عدد 58 لسنة 1999 المؤرخ في 29 جوان 1999 والمتعلق بإصدار مجلة الطيران المدني كما هو منقح بموجب القانون عدد 57 لسنة 2004 المؤرخ في 12 جويلية 2004 الفصول من 3 إلى 66. وتسجيل العربات على معنى الفصول 63 و69 و72 من مجلة الطرقات الصادرة بموجب القانون عدد 71 لسنة 1999 المؤرخ في 26 جويلية 1999 وقرار وزير النقل المؤرخ في 25 جانفي 2000، والسجل التجاري على معنى القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 وسجل علامات الصنع والتجارة والخدمات على معنى القانون عدد

العقاري " أو " السجلات العقارية " أو مفهوم " السجل العيني " أو " السجلات العينية " للدلالة على نظام الإشهار العيني في العقارات.²⁰⁸ مع أن أصل النظام سمّي في البداية " بالسجل العيني العقاري".²⁰⁹ ولكن شهرة هذا النظام وانتشاره منذ البداية والتصاق الإشهار العيني بالعقارات واحتكامه لطريقة مميزة في الإشهار جعلت المفكرين يهتمون عبارة " العقاري" ويكتفون بعبارة " السجل العيني" للدلالة على كامل النظام، حتى أصبحت عبارة " السجل العيني " اصطلاحاً قانونياً يتداوله رجال القانون للدلالة على نظام الإشهار العيني في العقارات، وسقط التمييز بالتالي بين عبارتي " السجل العقاري " و " السجل العيني". وإذا أراد الفقه التمييز بين النظام العيني والنظام الشخصي استعمل مفهوم " السجل العيني " بالنسبة إلى الأول وعبارة " الشهر أو الإشهار الشخصي" بالنسبة إلى الثاني باعتبار الاختلاف بينهما في إنهاء أعمال الإشهار. حيث يعتمد الأول على سجلات عينية، في حين أن الثاني يحتكم إلى فهارس شخصية.²¹⁰ والواضح أن مفهوم التسجيل العقاري يختلف عن مفهوم التسجيل بالقباضة²¹¹ ومفهوم السجل الحوزي²¹².

36 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001 وسجل براءات الاختراع على معنى القانون عدد 84 لسنة 2000 المؤرخ في 24 أوت 2000 وسجل الرسوم والنماذج الصناعية على معنى القانون عدد 21 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001 وسجل التصميمات الشكلية للدوائر المتكاملة على معنى القانون عدد 20 لسنة 2001 المؤرخ في 6 فيفري 2001.

²⁰⁸ يستعمل الفرنسيون عبارة " السجلات العقارية"، أمثال Soulmagnon و Paul. Decroux وغيرهما، في حين يستعمل الشرقيون عبارة " السجل العيني" أمثال عبد الرزاق السنهوري وباسين محمد يحيى وإبراهيم أبو النجا وغيرهم كثير.

²⁰⁹ وهي ترجمة لنظام تورنس المعروف بـ Real property Act.

²¹⁰ ويمكن أن تتوفر هذه الفهارس حتى داخل النظام العيني ذاته، فقد أشار الفصل 383 م.ح.ع إلى الفهارس الهجائية في أسماء أصحاب الحقوق. ولكن مفهوم السجل أو الدفاتر من الممكن أن يستعمل في غير حالات الإشهار العيني، كما أن السجلات قد لا ترتبط بالضرورة بالعقارات وإن كانت كذلك في معظم الأوقات، لذلك يجب أن تقتصر عبارة السجلات بعبارة " العينية"، وأن تعطى مفهوم الإشهار العيني في العقارات، ونكره على بقية الأنظمة هذه التسمية.

²¹¹ ولا يجب بالمرّة مقارنة عملية التسجيل العقاري بعملية التسجيل بالقباضة المالية، التي نظمها القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بإصدار مجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي (الرائد الرسمي 25 ماي 1993 عدد 39 ص 715)، إذ أن التسجيل بالقباضة المالية هي عملية يراد منها الوفاء بالزام قانوني ليستخلص قابض المالية معالم قانونية عن كل وثيقة تسجل حسب مقتضيات القانون عدد 53 لسنة 93 المذكور. ولهذه العملية كذلك أثر قانوني حيث إن بعض العمليات القانونية لا يعارض بها الغير إلا من تاريخ تسجيلها (الفصلان 450 و 581 م.إ.ع).

وجملة القول، يمكن تعريف السجلات العينية بأنها الدفاتر الرسمية العينية المقامة تنفيذا لقرار أو حكم التسجيل والمعتمدة في إشهار الحقوق المتعلقة بالعقار. فالتسجيل الأول *immatriculation* هو الإذن بإقامة هذه السجلات والإدراج فيها لاحقا يقال له ترسيم *inscription* ومعالجة عوارض الترسيمات يقال لها تحيين أو تخلص *mise à jour*. فالمفاهيم الثلاثة مترابطة بشكل يستدعي التطرق إلى جميع المراحل المرتبطة بالسجلات، قبل إقامتها وخلال إقامتها وبعد إقامتها. وهي ليست مجرد سجلات مادية بل لها وظيفة إشهارية محدّدة، فينصرف التعريف إلى معناه المادي ومعناه الوظيفي على حدّ السواء. وهو تعريف واسع بلا شك، فيتّجه حينئذ فهم السجلات العينية على معنى هذا البحث بكونها النظام الشامل لأعمال التسجيل والإشهار العيني المتعلق بالعقار. ولا يقال لها عينية لأنها تحتكم فقط لطريقة معينة في إدراج الحقوق، بل كذلك لأنها تقوم على مبادئ مميزة.

الفقرة الثانية: أهداف الإشهار العيني

إن هدف التسجيل العقاري يتمثل في رغبة المشرع في تطهير الوضعية العقارية بصفة نهائية ووضوحها مستقبلا، وذلك بتحديد المالك الحقيقي في فترة زمنية محدّدة، حتى يسهل التعامل مع العقار ومالكة باطمئنان ودون خوف من المفاجآت التي كثيرا ما تبرز عند التعامل مع العقارات حسب الطريقة التقليدية التي يبدو مبدئيا أنها لا تؤمن هدف الوضوح باعتمادها على رسوم عدلية كثيرا ما تكون غامضة من حيث حدودها ومساحتها وموقعها. حيث يفترض أن تنص المحررات مهما كان نوعها سواء كانت عرفية أو رسمية أو غير رسمية على جملة من البيانات نعتبرها وجوبية في ضبط مساحة العقار وحدوده وموقعه ومحتواه ومالكة وأصل انجراره، إلى غير ذلك من التنصيصات. لكن هذه الرسوم

212 ولا شك في أن نظام التسجيل العقاري يختلف عن نظام السجل الحوزي، حيث إن الهدف الأساسي من إقرار العمل بهذا السجل هو توفير سند بالنسبة إلى الذين لم يتمكنوا من إثبات ملكيتهم، إلا عن طريق حوزهم وتصرفهم، أو على الأقل الوصول عبر هذا الإجراء لتأسيس قرينة قوية تمكن من التعامل مع المؤسسات المالية (القانون عدد 53 لسنة 1974 المؤرخ في 10 جوان 1974 كما وقع تنقيحه أخيرا بموجب القانون عدد 10 لسنة 2000 المؤرخ في 24 جانفي 2000 الرأى الرسمي 24 جانفي 2000، عدد 8، ص146).

الواضحة ربّما كانت قليلة في الواقع، وكثيرا ما ترد عباراتها مبهمّة و " عادة ما تكون التنصيصات غامضة، وكانت المساحة قلما تذكر، والحدود غير واضحة، تفضي لتفسيرات خطيرة، والأسماء تكتب بطريقة غير دقيقة، ويبقى أصل الانجرار في المجهول.²¹³ ومن ثمّ كانت غاية التسجيل العقاري هي اعتماد وسيلة إثبات قاطعة.

والهدف الثّاني في ذلك هو استقرار الملكيّة فلا مجال للغشّ، إذ يكفي الاطلاع على بيانات السّجلّ للتعرفّ على مالك العقّار. فلا يُخشى من النزاعات الاستحقاقية أو المطالب غير المنتظرة طالما أنّ الحقّ المرسم محاط بهذا المستوى من القوّة. وبهذا المعنى يرتقي التّرسيم إلى مؤسّسة خاصة تجاوزا للكتب سند التّرسيم، فهو الحقّ المطلق وليس من ورائه حقّ بمعنى أن لا يعوّل على الكتابات الخارجة عن مضمون السّجلّ، فتفتقد إكانيّة تعدّد الرسوم للعقّار الواحد، وبهذا المعنى يتحقّق استقرار الملكيّة.

غير أنّ الهدف الحقيقي والأساسي في هذا النّظام هو التّوصّل إلى تغيير وظيفة العقّار بشكل ينزل العقّار منزلة الأشياء المنقولة، فيسهل التّعامل في شأنه. والمعلوم أنّ النّظام الرّأسمالي الذي عرف ظهوره مع بداية ظهور النّظام العيني هو ذلك النّظام الذي يعتمد بالأساس على تنمية موارد رأس المال وتدعيمه، وإذا تخلّفت العقّارات في وقت معيّن عن مسايرة المنقولات في تحقيق ذلك الهدف، فلا شكّ في أنّ النّظام العيني في التّسجيل جاء بالأساس لإخراج العقّار من ذلك الإطار الضيّق من القدسيّة التي اكتسبها على مرّ الأيام لجعله خادما لأهداف الفلسفة الحديثة في تنمية رأس المال. والمقصد في ذلك هو توفير الأرضيّة لتسهيل حركة العقّار وضمان نقلته من شخص لآخر وإدخال العقّار بالحركة الاقتصادية وانخراط البنوك في تنمية الائتمان العقاري. أي أن يكون العقّار في نهاية الأمر أحد عناصر التنمية الاقتصادية. وبهذا المعنى يرتبط نظام السّجلات العينية بمفهوم المصلحة العامّة، وقديما أكّد رجال القانون " أنّ نظام السّجلات العينية ينطلق من فكرة جوهرية بسعيه إلى تحقيق المساهمة في التّ تنمية

الاقتصادية، ولا يتردّد القانون في جملة من الظروف الاستثنائية عن تغليب المصلحة العامة في مواجهة المصلحة الخاصة.²¹⁴

وحسب هذا الاتجاه يؤمّل أن يحقق العقار المسجّل جملة من المكتسبات الهامة لعلّ من أهمّها على وجه الإطلاق التعامل السليم مع البنوك والهيئات المالية وإنهاء النزاعات الاستحقاقية بصفة نهائية وتسهيل عملية الإحصاء العقاري والتّهيئة السّليمة بالنظر لبنك المعلومات الذي يمكن أن توفره إدارة التّسجيل وسهولة إثبات الملكية العقارية والمراقبة السّليمة والصّحيحة للزاد العقاري من طرف الهيئات المالية والإدارية ونبذ للنزاعات الحوزية وما ينتج عن ذلك من خسارة مالية ومعنوية.

هذا وقد أجمع رجال القانون على ملخص هذه الأهداف والمنافع،²¹⁵ وتكاد تتكرّر جملة هذه المفاهيم بأغلب الدّراسات المنشورة، ولم أعثر على دراسة واحدة لم تتبنّ هذه الأهداف، فقط أنّ الصيغة هي التي تختلف بين دراسة وأخرى، رغم أنّ نظام السّجلات العينية عرف عدّة تطبيقات قد تختلف حول مسائل يمكن

214 Soulmagnon Georges, op.cit., p. 4.

215 وكان القصد الطّاهر في أوّله أن تستقر الملكية فينمو رأس المال وينتفش الائتمان العقاري بتداول الملكية العقارية وتداول القروض العقارية. فكانت الفكرة أن يسلم سند ملكية للمالك مع شرط أن يحافظ هذا السند على تناسقه مع بيانات السّجل بشكل يمكن التّفويت في العقار بمجرد الاطلاع على هذا السند ومراقبة شرط الهوية والأهلية، فيحصل ما يعرف بتداول الملكية mobilisation de la propriété immobilière وبالإمكان تسليم هذا السند للمؤسسات المالية للموافقة على قروض قصيرة الأمد أو إنشاء الرهن وإحالاته بأيسر الطرق بمجرد التّظهير بالنسبة إلى القروض طويلة الأمد، فيحصل ما يعرف بتداول القروض العقارية mobilisation des crédits hypothécaires، وبعض التجارب أنشأت ما يعرف بالقيم العقارية bons hypothécaires أي أن تتحوّل قيمة العقار المسجّل إلى قيمة مالية ممثلة في وصولات ممضاة يتداولها صاحبها بمجرد التّظهير مثل الشّيك (hypothèque en soi même).

وإذا كانت الأعراف الجرمانية تهدف إلى تحقيق المطلوب بقواعد مرنة وبسيطة ما انفكت تتطوّر، فإنّ التجربة الأسترالية كانت تهدف إلى تطهير الملكية العقارية بآية طريقة، فكانت تلك المبادئ الخمسة التي ظلت جامدة. والحقيقة أنّ النظام الجرمانى لم يكن يهدف مطلقا إلى تطهير الملكية، بل إلى استقرارها لضمان مستوى معيّن من الائتمان العقاري، في حين أنّ سبب وجود النظام الأسترالى يردّ بالأساس إلى ضرورة تطهير الملكية العقارية. وقد وجدنا لهذه الفكرة جذورا في القانون الأمريكى بهدف السيطرة على أراضي الأهاليين واستعملت نفس الفكرة بالقانون الجزائري لسنة 1873 وهو أن يُعدّ مثال هندسيّ بجهة معينة بطريقة إدارية يكون منطلق الملكية العقارية، وكلّ حقّ لم يشر إليه بالمثل يكون حقّا مطهرا بصفة نهائية. وكانت الإجراءات في البداية بسيطة وسريعة. ومع أنّ " تورنس " أراد تحقيق نفس الهدف في التّظهير فإنّه لم يشأ الوصول إلى النتيجة إلا بعد تفعيل جملة من الإجراءات الإشهارية. ولكن ذلك لايعني أنّ فكرة الائتمان كانت غائبة في نظام تورنس ولكنها كانت فكرة تابعة لفكرة التّظهير، وليست الأصل.

-Dain Alfred: Le système Torrens....op.cit., p.19 et suiv.

اعتبارها جوهرية²¹⁶. وما يهَمُّنا على وجه الخصوص هي تلك الأهداف التي أراد المشرع التونسي تحقيقها. ومن ذلك تخرج خصوصية نظام الإشهار العيني في تونس.

المبحث الثالث : خصائص النظام التونسي في التسجيل والإشهار

مرّ النظام الإشهاري في تونس بثلاث مراحل أساسية ولكل مرحلة خصائصها، مرحلة ما قبل القانون العقاري لسنة 1885 (الفقرة الأولى) ومرحلة القانون العقاري لسنة 1885 (الفقرة الثانية) ومرحلة مجلة الحقوق العينية وما يليها (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مرحلة ما قبل قانون 1885

قبل الحماية كان الفقه الإسلامي هو المسيطر، ويقوم نظام الملكية في الإسلام على كتاب الله وسنة رسوله، وعلى تجارب الصحابة وخاصة منهم الخليفة عمر رضي الله عنه خاصة في أول عهد الفتوحات. والأرض في الإسلام هي ملك الله عز وجل، والإنسان خليفة في الأرض، ومن دخل إلى الإسلام أصبحت له حقوق وواجبات المسلم، ومن بقي على دينه وصالح المسلمين دفع الجزية، ومن حارب الدعوة للإسلام وهزمته الجيوش الإسلامية أخذت أراضيها فينا للمسلمين. والملكية أمّا أن تكون جماعية أو خاصة أو عامة. وهي على نوعين ملكية الرقبة وملكية المنفعة وهي تجزئة موجودة قبل الإسلام.

وتتأسس الملكية الجماعية على قول الرسول (ص) "الناس شركاء في ثلاثة الماء والكلا والنار". وتتأسس الملكية الخاصة على عدّة أحاديث شريفة جاءت لتقرّ حق الفرد في هذه الملكية وضرورة احترامها من طرف الغير.²¹⁷ وبعد أن

²¹⁶ محمد خيري، المرجع السابق، ص 69.

إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 13.

إدوارد عبد، المرجع السابق، ص 12.

²¹⁷ من الأهمية بمكان الإشارة إلى أنّ البلاد الإسلامية عرفت جيّدا الملكية التامة كما عرفها القانون الروماني وتكتسب في القانون الإسلامي بموجب الإحياء لأرض موات أو الإقطاع أو الحيازة لمدة عشر سنوات، وقد قال ابن عاصم: "والأجنبي أن يحز أصلا بحق عشر سنين فالتملك استحق"، وتنتقل إلى الغير بمقتضى البيع والهبة والميراث وتثبت بواسطة الرسوم أو البيّنة أو الحيازة.

من الله على الإسلام بالفتوحات خاصّة في عهد عمر رضي الله عنه واتّسعت رقعة البلاد الإسلامية، كان من الضروري تنظيم الأقاليم الجديدة وظهرت كذلك عدّة أصناف جديدة ونفّرق عادة بين الأرض الخراجية²¹⁸ والأرض العشرية²¹⁹ والأرض العامّة والأرض المحميّة (وهي الطرقات وأرض المرعى والكلأ) وأرض الإقطاع (وهي التي يقطعها الخليفة لأحد المسلمين ليقوم بإصلاحها) والأرض الموات (وهي التي لا يملكها أحد، فتؤول ملكيّتها لكلّ أحد أصلحها وأحيائها ولم ينقطع عن خدمتها مدّة ثلاث سنوات) والأرض الموقوفة (أي الأرض الحبسيّة). وجاءت كتب الفقه موضحة ومبيّنة للنظام القانوني لأراضي الموات وللأراضي التي دخل أهلها للإسلام سواء تلقائيًا أو صلحا أو عنوة. وقد ثبت فيها أنّ الإحياء سبب من أسباب اكتساب الملكية، وهو ما اعتمدته التشريعات الحديثة. وتنتقل الملكيّة بالعقد والهبة.... وأعاد الفقيه ابن عابدين في أواخر عهد الخلافة العثمانية مناقشة مسألة الأراضي المفتوحة عنوة وما ينجرّ عنها من تجزئة الملك للرقبة والانتفاع بعد دراسة الأوضاع العقاريّة التي أصبحت عليها أغلب الأراضي، وخرج بنتيجة تسمح لحائزيها بملكيتها الملك الكامل دون تأثير بمسألة الرقبة والخراج. هذه النتيجة أدّت بعد ذلك إلى تأسيس الملكية التامة²²⁰.

ولكنّ الفقه الإسلامي كان من الأوائل في الرّبط بين الملكية والمصلحة الاجتماعيّة، ونزع عن الملكية تلك القدسيّة الرومانيّة. فـ "لِلّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ"²²¹ وَ"تَبَارَكَ الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا

يراجع ابن عاصم الأندلسي (أبو بكر محمد بن محمد) شرح محمد بن أحمد ميارة الفاسي، المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة.

ويراجع خاصّة: محمد عبد الجوّاد محمد، ملكيّة الأراضي في الإسلام، ص 36 وما بعد، عدد 30 وما

بعد.

²¹⁸ وهي التي وقع فتحها صلحا أو عنوة وضرب عليها الخراج وهو قدر معلوم من النقود يدفع عن كلّ وحدة قياسية من الأرض كالجرب. ويتغيّر حكمها حسب إن كانت أرض صلح أو عنوة.

²¹⁹ أي دفع العشر لبيت المال من المحصول بالنسبة إلى الأراضي التي دخل أهلها الإسلام دون حرب.

²²⁰ حول هذه اللوحة التاريخية: السيد الهادي سعيد، تطوّر الملكية العقاريّة وأثره في تونس، مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، 1996، ص 56 وما بعد.

²²¹ سورة المائدة آية 120.

"²²²والإنسان مجرد خليفة الله في الأرض" آمَنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْقَضُوا مِمَّا جَعَلْنَاكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ."²²³ وبذلك تسقط كلّ قداسة يمكن أن ترتبط بالملكيّة، فالإنسان لا يمارس سلطاته على المال إلّا بوصفه خليفة، بل إنّ البعض تحدّث عن ملك الله (بضمّ الميم) وملك البشر (بكسر الميم)، في حين أنّ لسان العرب على حدّ تعبير بعض الباحثين لم يثبت هذه الفوارق.²²⁴ ولهذا الغرض يقال دوماً إنّ الشريعة الإسلاميّة لا تعترف بالملكيّة الفرديّة، "فملكيّة الإنسان ليست إلّا تصوّراً وإيحاء إلى المالك الحقيقي، ولا يمكن أن يعتدّ بها إلّا كصورة تمثيليّة، فالله هو المالك الحقيقي."²²⁵ وفعلاً ظلّ مفهوم الملكيّة غائبا عن التّطبيقات الإسلاميّة ولم يظهر إلّا أخيراً مع القوانين العثمانيّة الحديثة وتحديدًا قانون 1858 المعروف بقانون الأراضي.²²⁶ وقد أكّد SANTILLANA في دراسة له أنّ الفقه الإسلاميّ يجهل الملكيّة الفرديّة المطلقة.²²⁷ ونجد نفس الفكرة بعدّة مؤلّفات قانونيّة.²²⁸

ويقال دوماً تبعاً لذلك إنّ الملكيّة بالفقه الإسلامي هي ملكيّة تصرف، ولنا في الأحاديث الشريفة ما يؤكّد على خدمة الأرض وعدم اللّجوء إلى كرائها.²²⁹ وقد

222 سورة الزخرف آية 85.

223 سورة البقرة آية 279.

224 رجاء السّكراني، التّأصيل الفقهي لقانون الأموال، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة، 1997-1998، ص 171.

225 « La propriété de l'homme n'est qu'une fiction, qu'une allusion au vrai propriétaire, elle ne peut être prise qu'au figuré ;Dieu est le seul propriétaire véritable....La propriété n'existe pas chez les musulmans dans le sens où nous l'entendons » Perron.M.Précis de jurisprudence Musulmane, publié par ordre du gouvernement, Imp Nationale, Paris 1848-1854, p. 281.

226 حول تحليل منطوق هذا القانون يراجع محمّد عبد الجوّاد محمّد، ملكيّة الأراضي في ليبيا في العهود القديمة والعهد العثماني، المرجع السّابق، ص 87، رقم 40.

227 David.Santillana :The legacy of Islam,oxford,1931,p.293.

228 الهادي سعيّد، المرجع السّابق، ص 58.

محمّد عبد الجوّاد محمّد، ملكيّة الأراضي في الإسلام، المرجع السّابق، ص 29، رقم 23.

بدران أبو العينين بدران: المرجع السّابق ص 604.

229 روى مسلم: قال رافع بن خديج: "كنا نحاول الأرض على عهد رسول الله، صلّى الله عليه وسلّم، فنكرها بالثّلاث والرّبع والطّعام المسمّى، فجاءنا ذات يوم رجل من عموميّ فقال: نهانا رسول الله، صلّى الله عليه وسلّم، عن أمر كان لنا نافعاً، وطواغيّة الله ورسوله انفع لنا. نهانا أن نحاول الأرض فتكرها على الثّلاث والرّبع والطّعام المسمّى، وأمر ربّ الأرض أن يزرعها أو نزرعها ومره كراءها وما سوى ذلك." يراجع في

تأثر الخلفاء الراشدون بهذا المنهج النبوي، ونحن ندرك أهمية العمل بالسرعة الإسلامية على وجه الإجمال. فالإنسان وباعتباره خليفة في الأرض يطلب منه أن لا يبذر هذا المال ويعتني به العناية الكافية بحيث يحصل النفع الشخصي والاجتماعي. وبهذا المعنى لا يمكن أن تبرر الملكية إلا في حدود النفع الاجتماعي الذي تنقيه. فلا يحق للإنسان أن يستبد بالأرض. ولهذا الغرض بالذات يعدّ إحياء الأراضي الموات سببا من أسباب اكتساب الملكية وأنّ عدم خدمة الأرض يؤدّي بالضرورة إلى سقوط حق الملكية.

ويقصد بإحياء الأرض الموات "إعداد الأرض الميّتة التي لم يسبق تعميرها وتهيتها وجعلها صالحة للانتفاع في السكنى والزّرع ونحو ذلك"،²³⁰ وعرفت المادة السادسة من قانون الأراضي العثماني 1858 الأراضي الموات "بالأراضي الخالية التي ليست في تصرف أحد من الأهالي، ولم تترك لهم، وكانت بعيدة عن القرى..." كما عرفت المادة 1051 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية الإحياء "بأنه عبارة عن الإعمار وجعل الأرض صالحة للزراعة." والمفيد في جميع ذلك أنّه لا يمكن لمن وضع يده فحسب أن يدعي الملكية، بل لابدّ من تحجيرها بداية ثمّ إحيائها بصفة فعلية، وأن لا تكون الأرض مملوكة للغير.²³¹ والتّحجير أن تضع علامات على حدودها أو أن تقوم بتنقيّة الحشائش وبعض من هذا،²³² وعرفته مجلة الأحكام العدلية بالفصل 1025 "بوضع الأحجار وغيرها في أطراف الأراضي لأجل أن لا يضع آخر يده عليها." والشرط في ذلك أن لا تدوم عملية التّحجير أكثر من ثلاث سنين حتّى يباشر الفرد الإحياء الفعلي، أي

ذلك السيّد سابق، فقه السنّة، المجلّد الثالث، باب المزارعة، ص 139. ومالك بن أنس، الموطأ، صحّحه ورقمه وأخرج أحاديثه وعلّق عليه محمّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربيّة، يراجع كتاب كراء الأرض ص 711. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلّم "خير الناس من ينفع الناس." وقال صلى الله عليه وسلّم "من زرع زرعاً أو غرس غرساً فأكل منه إنسان أو سبع أو طائر فهو له صدقة." والأحاديث كثيرة في ذلك، صحيح البخاري لأبي عبد الله محمّد بن إسماعيل البخاري 194-256 هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان الجزء الثالث، ص 135 وما بعد.

²³⁰ السيّد سابق، المرجع السابق، المجلّد الثالث، ص 141.

²³¹ يقول الرسول صلى الله عليه وسلّم "من أحيأ أرضاً ميّتة فهي له، وليس لعرق ظالم حقّ."

صحيح البخاري، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 139 وما بعد.

²³² محمّد عبد الجواد محمّد، ملكيّة الأراضي في الإسلام، المرجع السابق، ص 303.

أَنَّ التَّحْجِيرَ لَا يُوَدِّي إِلَى كَسْبِ الْمَلِكِيَّةِ إِلَّا إِذَا تَبَعَهُ إِحْيَاءُ الذِّي لَا يَقُومُ إِلَّا بِزَرْعِ الْأَرْضِ أَوْ بِذَرْهَا أَوْ حَرْثِهَا أَوْ سَقِيَّهَا أَوْ مَا شَابَهَ ذَلِكَ.²³³ وقد اختلف الفقهاء حول ضرورة توفر إذن السلطان من عدمه، ورغم أَنَّ الرأي يميل إلى إسقاط شرط الإذن فإنَّ المجلَّة العثمانية اعتمدته بالفصل 1272.²³⁴

والحياسة سبب من أسباب سقوط طلب الملكية لقول المالكية²³⁵ إنَّ الحياسة ليست سببا من أسباب نقل الملكية، ولكنها تدلُّ على الملكية لقول الرسول صَلَّى الله عليه وسلم " مَنْ حَارَ شَيْئًا عَشْرَ سِنِينَ فَهُوَ لَهُ، " ولا تعارض بين هذا الحديث وحديث الرسول " لَا يَبْطُلُ حَقُّ أَمْرٍ مُسْلَمٍ وَإِنْ قَدَّمَ " باعتبار أَنَّ القول الثاني على رأي بعض الفقهاء مشروط بغيبة المالك وعدم قدرته على الطلب، أمَّا إذا انتفت مثل هكذا أسباب، فالقول بالحياسة لمدة عشر سنوات. ويستخلص من جميع ذلك أَنَّ التَّخْلِيَّ عن خدمة الأرض يسقط الطلب في الملكية.²³⁶

لكنَّ البناء الفقهي لنظرية الملكية في الإسلام لا يخلو من مراجع سياسية واقتصادية واجتماعية، حيث إنَّ الأرض هي أهمُّ مصادر الثروة طيلة ولاية الدولة الإسلامية، وبالتالي فإنَّ خدمة الأرض تمثل أهمَّ عامل تنموي، ثمَّ إنَّ التَّخْلِيَّ عن

²³³ عن طاوس قال: قال رسول الله صَلَّى الله عليه وسلم " عاديَّ الأرض لله وللرسول، ثمَّ لكم من بعد، فمن أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لمحتجر بعد ثلاث سنين. "

²³⁴ يراجع في جميع ذلك السيد سابق، المرجع السابق، ص 142. الهادي سعيد، المرجع السابق، ص 77.

²³⁵ درس المالكيون الحياسة، وخصَّصوا لها باباً كاملاً، وقد وردت الحياسة في مدونة الإمام مالك في كتاب الشَّهادات وفي الفصل الخاص بشهادة السَّماع، وترى المالكية أنَّ الحياسة تسقط طلب الملكية، فقد نقل على مالك رضي الله عنه أنَّه يرى " فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل، فإنَّ ذلك ما يسقط الملك، ويمنع الطالب من الطلب. " شرح الإمامين الحطاب والمواق على مختصر خليل، الجزء الثاني ص 229. وتورد كتب الفقه المالكية تعريفات متعدِّدة للحياسة وضبطاً لصفاتها ومددتها وشروطها، والمبدأ في جميع ذلك أنَّ الحياسة التي تتوفر بها الشُّروط والصفات مدَّة عشر سنوات تسقط الحقَّ في الطلب، على خلاف الأحناف الذين لا يعتبرون التقادم سواء في اكتساب الحقِّ أو في إسقاطه. لكنَّ هذه النظرية المالكية لم ترتق إلى حدِّ الصياغة النهائية ولم تجد الإشعاع الكافي ربَّما لأنَّها تضع حسن النية وسيء النية على قدم المساواة.

يراجع في جميع ذلك محمَّد عبد الجواد محمَّد، ملكية الأراضي في الإسلام، المرجع السابق ص 317 وما بعد، وعدد 227 وما بعد.

²³⁶ يقول ابن رشد " ..وقوله عليه السَّلام (لا يبطل حقَّ امرئ مسلم وإن قدم) معلَّل بوجود الأسباب المانعة من الطلب، بالغيبة البعيدة وعدم القدرة على الطلب مع الحضور، حتَّى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب طول المدَّة مع السَّكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلب، دليل قوله صَلَّى الله عليه وسلم (من حار شيئاً على خصمه عشر سنين فهو أحقُّ به) فأطلق عليه السَّلام ذكر الحياسة فهو عام في كلِّ ما يحاز من ربع ومال معيَّن وغيره. " شرح الحطاب والمواق على مختصر خليل، المرجع السابق، ص 229.

خدمة الأرض سيؤدّي حتماً إلى التّفكير في المضاربة بها " وتكديس الثّروات " لدى البعض، على حساب التنمية الاجتماعيّة الشّاملة، ولهذا الغرض بالذّات منع الخليفة عمر رضي الله عنه تقسيم الأرض المفتوحة بجهة العراق ومنع الصّحابة من الانتقال إلى هناك، الأمر الذي لم يخشه الخليفة عثمان رضي الله عنه، وتحدّث الباحثون فعلاً عن " تكديس الثّروات".²³⁷ وبذلك أصبح من المؤكّد، وبصرف النّظر عن بعض التّطبيقات، أنّ الملكيّة في الإسلام تظلّ مقيدة بحكم البناء النّظري لمفاهيمها وبضرورة المصلحة الاجتماعيّة التي ترتبط بها، ولهذا الغرض يقال دوماً وبدون تردّد أنّ الفقه الإسلامي هو أوّل من طرح فكرة الوظيفة الاجتماعيّة للملكيّة، وهي كذلك دوماً، ولا ننسى أنّ هذا الفقه ينبني في مجمله على مبادئ أخلاقيّة تظلّ دوماً مرتبطة بالمصلحة الاجتماعيّة والتّكافل الاجتماعي، وهذا ما يميّزه عن الآخرين.

وتقول كتب التّاريخ إنّ العادات التّونسيّة كانت في ذلك الوقت، أي قبل الحماية، تحتكم لجملة من الرّسوم في إثبات الملكيّة العقاريّة وتجد أصلها في كتب الفقه، وهي لا تخرج عمّا عرف برسوم الملكيّة ونسخها ومضامينها ووثائقها. ويعرف رسم الملكيّة بأنّه صكّ يحرّره عدلان شهادة بنقل الملكيّة لفلان بعد عرض أصل الانجرار والتّنقّلات التي قد تكون لحقت به، وإذا ترهّل الصكّ الأصلي تستخرج النّسخة لتتطابق مع أصلها ويمضي القاضي الشرعي على النّسخة تعريفاً بالعدول ويبطل الأصل في نفس الوقت حتّى لا يتكرّر الرّسم. ويمكن كذلك تلخيص ما ورد بالأصل وهو ما عرف بالمضمون، فيتولّى القاضي الشرعي المقابلة بين الأصل والمضمون ويضع ختمه تعريفاً بشهود الأصل وعلامة على احتوائه لملخص الأصل، ويطلب هذا المضمون عادة في صورة تجزئة الملكيّة ببيع أو معاوضة أو قسمة أو غيرها. ومن المضامين ما عرف كذلك برسم الشّهادة أي رسم الوثيقة بمعنى أن يشهد النّقاة أمام القاضي الشرعي بأنّ الأرض ملك من أملاك فلان ويتصرّف فيها المدة المعتبرة شرعاً بدون نزاع

هشام جعيط: الفتنة، جدليّة الدّين والسياسة في الإسلام المبكر، دار الطليعة بيروت، 1995، ص

237

أو شغب، ويعتدّ بها إذا سلمت من القدح في مواجهة الحائز، وعادة ما يلجأ إليها في صورة ضياع الرّسم الأصلي، وقد ترتقي إلى مرتبة الرّسم الأصلي إذا مرّ أجل معيّن وبقي الحوز في يدّ صاحبه، ويمكن أن تكون الشّهادة على البائع بالبيع وهو ما سمّي " رسماً من الذّكر".²³⁸

وقد تمّ تنظيم مهنة العدول بموجب أمر 8 جانفي 1875، ثمّ ألحق القضاة بقائمة العدول بعد انفصالهم عن خططهم الشرعيّة بموجب أمر 9 مارس 1878، وأسند أمر 4 فيفري 1880 صفة العدل لخريجي جامع الزيتونة. كما تدخل المشرّع في عدّة مناسبات لإصلاح الإجراءات المتّبعة، بموجب أمر 18 نوفمبر 1884 لإلزام العدول بوضع تاريخ لمحرّراتهم، وبموجب عدّة مناشير وقرارات وأوامر لتنظيم " المضمون".²³⁹

ومما لا شك فيه أن النظام المعمول به آنذاك، ما كان ليحقق طموحات السّلطات المستعمرة مهما كانت طبيعة النّظام الموجود، فانهال المقيم العام آنذاك "كنبون" عليها بشتى الانتقادات، بعد أن حدّد في طالع تقريره أهدافه وطبيعة النّظام الذي يجب أن يستحدث، "...إلا أن النظام الخاضع لأحكام الفقه الإسلامي ولقواعد الإثبات المعمول بها لا يضمن هذه السهولة وهذه الطمأنينة....هناك سببان يساهمان في جعل وضعية المالك للعقار مشكوك فيها وغير ثابتة وبالتالي يعطلان الحركة الاقتصادية للبلاد هما: عدم استقرار الملكية وعدم وجود أي نظام للإشهار الرهني..."²⁴⁰ كما أضاف المقيم العام "ماسيكو" بتقرير له بتاريخ 1892: "...إنّ هذا النظام" أي النظام المحلي "يحتوي على تحمّلات خفية ويمكن من وجود عدة سندات أو رسوم تتعلّق بنفس العقار وهذا ما يسهل الغش والتدليس ومن ناحية أخرى فإنّ المعطيات المتعلّقة بالحدود الموجودة بالرسوم العربية غير مضبوطة وغامضة، وتدعو للالتباس، أما المساحة فهي غير واردة بالمرّة..."

238 محمّد السنوسي: مطلع الدّراي بتوجيه النّظر الشرعي على القانون العقّاري، ص 26 وما بعد.

239 منشور 4 ديسمبر 1877-منشور 18 أبريل 1900-أمر جوبلية 1929-قرار 1 ديسمبر 1929.

240 تقرير " كنبون "، ترجمة الهادي المجيرصي، المرجع السّابق، ص 2 وما بعد.

لقد سعى "كمبون" صاحب مشروع القانون العقاري لسنة 1885 منذ البداية لنقد المؤسسات القانونية المعمول بها بالبلاد الإسلامية، مبرزاً يومها المفهوم الخاص للملكية وعمق تجزئة عناصرها إلى رقبة وانتفاع وخصوصية طرق الإثبات والاكْتساب فيها، وشاركه في ذلك أغلب القدامى²⁴¹ والمتأخرون من الدارسين.²⁴² وركز على جهل الأجانب لعادات وتقاليد البلاد، لنفي الموجود والدفع في اتجاه اعتناق النظام الجديد الذي جاء به الأمر المؤرخ في 1885. ولم يتأخر رئيس المجلس المختلط Paul Dumas في تقرير رفعه إلى المقيم العام في وقت متأخر بتاريخ 22 ماي 1909 عن التشكيك في مصداقية الرسوم المعتمدة القديمة منها والحديثة " فالرسوم القديمة عادة ما تكون غير مكتملة وتولّى تحريرها عدول يجهلون حتّى لغتهم، والرسوم الحديثة عادة ما تكون محلّ شكّ وخاصة ما يعرف بالوثيقة التي يمكن الحصول عليها وغالباً ما يمكن شراءها بشهود المجاملة.²⁴³

وكانت المسائل العقارية قانوناً من اختصاص المحاكم الشرعية منذ أمر 26 أفريل 1861، ونظمت إجراءاتها بموجب الأمر العلي الصادر بتاريخ 25

²⁴¹ محمد السنوسي، المرجع السابق، ص 28.

Soulmagnon Georges, La loi Tunisienne du 1^{er} juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres fonciers, librairie du recueil sirey-Paris 1933, p.16.

²⁴² Mohamed Larbi Fadel Moussa, L'Etat et l'agriculture en Tunisie, publication du centre d'études de recherches et de publication de l'université de droit d'économie et de gestion de Tunis, 1988, p.45.

الهادي سعيد، المرجع السابق، ص 280 إلى 285. وفي هذا الباب كتب لطفي العنابي "لقد رفض الاستعمار النظام العقاري المحلي المعمول به عند انتصابه بالبلاد اعتماداً على أنّه ناقص ولا يفي بحاجياته ورغباته. فمن ناحية يتم إثبات الملكية إمّا بالمحررات العرفية بين المتعاقدين أو عن طريق الموثقين، فإذا ضاع الكتب لم يبق لصاحبه الحق إلّا بطريقة الإثبات بدعوى الحيازة، ورغم إدخال بعض الإصلاحات على هذه القواعد المتعلقة بالإثبات الكتابي سنة 1885، والمعروفة بنظام العدول الموثقين إلّا أنّ النظام العقاري في مجمله كان محلّ نقد لاذع من طرف السلط الاستعمارية التي لم تر فيه طريقة علمية لتحديد العقار ومعرفة مالكة أو مالكيه علاوة على عدم وجود أي طريقة للإشهار العقاري تمكّن من الاطلاع على نقل الملكية أو قسمتها أو رهنها، فكانت الملكية مهدّدة بصفة مستمرة من طرف الأجوار وغيرهم، لذلك اعتبر المعمرون أنّ هذا النظام يمنع سيولة المعاملات إذ أنّ المشتري لا يطمئن أنّه دفع الثمن للمالك الحقيقي، ومن أقرض لا يطمئن للحصول على دينه. كما أنّه لم تكن هناك طريقة لمعرفة ما إذا كانت هناك تحمّلات موظفة على العقار أو تكاليف خفية أو تأمينات عقارية أو امتيازات أو عقود أو إيجار طويلة كعقود الإنزال التي كثر التعامل بها أو دعاوى فسخ تهدّد حق ملكية المشتري..." الأسس الاقتصادية لبعث ومراجعة نظام التسجيل العقاري، المرجع السابق، ص 4.

²⁴³ Soulmagnon Georges, op. cit., n° 44.

ماي 1876 كما هو منقح بموجب الأمر الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1896. وما كانت فرنسا لترضى بهذا الاختصاص وبهذا النظام وسعت لتغييره منذ أول يوم من حلولها.

الفقرة الثانية: مرحلة القانون العقاري لسنة 1885

بادرت السلطات الفرنسية منذ البداية إلى إنشاء لجنة تشريعية " لتحضير القوانين الخاصة بالملكية العقارية بتونس، تتولى ضبط الشروط والظروف التي بمقتضاها ترجع الملكية العقارية من أنظار المحاكم الفرنسية، " والقصد من ذلك مراجعة نظام العقارات مراجعة شاملة، وذلك بموجب الأمر الصادر بتاريخ 31 جويلية 1884. وتقدمت الحكومة آنذاك عن طريق الوزير الأول بتاريخ 6 ديسمبر 1884 بمشروع أولي يتكون من 31 فصلا يضم المبادئ الأساسية للنظام الجديد.²⁴⁴ وانبثقت عن هذه اللجنة، لجنة فرعية ترأسها "بونتوا" رئيس محكمة تونس آنذاك، وناقشت هذا المشروع الأولي، وانتهت إلى صياغة مشروع جديد تضمن 379 فصلا شمل العديد من المسائل العقارية، وخاصة منها إجراءات تسجيل الأراضي. وكان هذا المشروع محل مناقشة من قبل اللجنة التشريعية على امتداد ثلاث جلسات عقدت بتاريخ 17-18-21 مارس 1885 تحت رئاسة المقيم العام "كمبون". وصدر على إثر ذلك في 1 جويلية 1885 أمر الباي القاضي بإصدار القانون العقاري المتكون من 381 فصلا.²⁴⁵ ودخل القانون العقاري المذكور حيز التنفيذ يوم 15 جويلية 1886 بموجب أمر الباي الصادر في 28 جوان 1886. لكنّ المشروع اضطرّ إلى تعديل عدد من الفصول بموجب أمر 16 ماي 1886 أي قبل دخول القانون حيز التنفيذ.²⁴⁶ وقد نقح

²⁴⁴ Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence 1885 -I- partie, p. 37.

²⁴⁵ Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence 1885 -I- partie, p. 128 à 144.

²⁴⁶ وشمل التعديل الفصول التالية: 2- 22-23-25-27-38 إلى 43-45-49-53-175-250-252-204-295-342 إلى 344-348-350 إلى 355-357-359-360-362-356 إلى 367-375-377-378-381- أي ما يقارب 45 فصلا، وقد ترأس لجنة إعداد هذا التّقيح أول حافظ للملكية العقارية بتونس وهو: M.de France de Tersant.

هذا الأمر عديد المرات.²⁴⁷ كما تتدخل المشرع في عدة مناسبات في اتجاه تنظيم الهياكل المحدثة بموجب القانون الجديد.²⁴⁸

وينقسم قانون 1885 إلى أربعة عشر عنوانا، مفصلة كالآتي: تسجيل العقارات ورسم الملكية، الملكية العقارية، الإنزال، حق الانتفاع، حق السكنى والاستعمال، الكراء المؤبد، حق الهواء، حقوق الارتفاق، رهن المنقول، الامتياز،

محمد كمال شرف الدين: التطور التاريخي للنظام العقاري التونسي التسجيل والإشهار 1885-1985. المرجع السابق، ص 31 وما بعد.

²⁴⁷ 16- ماي 1886 : وهو التتقيح الذي سبق الإشارة إليه أي قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ.

6- نوفمبر 1888 : تم تنقيح الفصول 26-22-36 في اتجاه حسم الإشكال المتعلق بحجية أحكام المجلس المختلط في مواجهة الأوروبيين، خاصة بعد صدور الأمر عن رئاسة الجمهورية الفرنسية بتاريخ 17- جويلية 1888. حيث إن نظام الامتيازات الذي كان يتمتع به الأوروبيون يجعل من الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية غير نافذة في مواجهتهم إلا بعد إذن القنصلية المعنية، وطرح التساؤل حينئذ إن كان هذا الشرط يشمل الأحكام الصادرة عن المجلس المختلط لأنه في نهاية الأمر محكمة تونسية، وبقي الجدل مدة طويلة إلى أن تدخل الأمر الرئاسي المذكور ومن بعده أمر الباي 6 نوفمبر 1886 لينقح خاصة الفصل 36 في اتجاه تمكين الأوروبيين من تسجيل معارضتهم على مطالب التسجيل لطلب نشرها أمام المحاكم الفرنسية. وبالمناسبة عدل المشرع أحكام الفصول 26-22-296.

15- مارس 1892: تدخل المشرع لإلغاء جملة من الإجراءات في اتجاه الضغط على المصاريف وتبسيط الإجراءات وألغى بالمناسبة صندوق الضمان. وعدل المشرع الفصول التالية 16-22-23-25 إلى 29-31-38-41 إلى 44-46-47-49-53-55-57-65-72-75-93-97-107-149-152-174-175-181-182-197-209-229-230-233-273-295-342 إلى 344-347-350 إلى 352-354-357-358-362-368. أي 54 فصلا. وألغى تماما الفصول: 39-40-156-158-198 إلى 201-210 إلى 212-214 إلى 216-235-236-274-300 إلى 341-367-370-373. أي 61 فصلا.

Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence 1892-III-125.

Soulmagnon Georges, op.cit., p. 19 n° 24.

25- فيفري 1897: وقد بقي هذا الأمر خارج إطار قانون 1885 ويتعلق بإصلاح الأخطاء المادية.

19- مارس 1897: وقد بقي هذا الأمر خارج إطار قانون 1885 ويتعلق بإصلاح الأخطاء المادية.

16- جويلية 1899: ويتعلق بالاتفاقات الواردة بعد تقديم المطلب، وقد جاء هذا الأمر على إثر نقاش حاد ستعرض له لاحقا، وبقي هذا الأمر خارج إطار أمر 1885.

10- أفريل 1898 : عدل الأحكام الخاصة بحق الكشف.

14- جوان 1902: وجاء لبيان كيفية تطبيق الفصل 36 سابق الذكر.

16- أوت 1923: تم تنقيح الفصول 55-277 إلى 280 الخاصة بالآجال المرتبطة بالعقلة والإنذارت.

5- فيفري 1926: نقح الفصل 52 في اتجاه إلغاء تعدد النسخ، ومكن كل شريك من التحصيل على شهادة ملكية خاصة به تسهلا لأعمال الترسيم، حيث كان الإجراء القديم يقتضي تسليم رسم الملكية إلى كل شريك، ويتعدّر ترسيم الإحالة إذا لم يجمع المستفيد جميع السندات المسلمة. وكان هذا الحل محل جدل بين رجال القانون وأفضى إلى تطبيقات متناقضة خاصة بين المحاكم الجزائية والمحاكم التونسية.

²⁴⁸ صدرت عدة أوامر لتنظيم المجلس المختلط وأهمها أمر 30 أفريل 1903 وأمر 5 جوان 1912 وأمر 23 ديسمبر 1919 وأمر 2 جوان 1931.

الرّهون العقاريّة، الانتزاع، التّقديم، ترسيم الحقوق العينيّة. وأوّل ما يظهر من خلال هذا التّقسيم أنّ القانون العقاري اعتمد تجزئة بالقانون التّونسي وهي التفرقة بين نظام العقارات المسجّلة والعقارات غير المسجّلة.

ويذكر أنّ دخول القوّات الفرنسيّة إلى البلاد التّونسيّة، وبصرف النّظر عن أبعاده السّياسيّة والثّقافيّة، كان في حقيقة الأمر مقرّرا منذ مدّة، وما جلب انتباه الفرنسيّين، والقوى الاستعماريّة مع نهاية القرن التّاسع عشر على وجه الإجمال، هو المنفعة الاقتصاديّة البحتة التي يمكن الحصول عليها لا غير، وبلغة علماء الاقتصاد نقول إنّ تراكم رأس المال وإغراق السّوق بالسّلع الحديثة حتّم الخروج من الإطار الوطني والتّوسّع على حساب البلدان الضّعيفة، وهي النّتيجة الأساسيّة لسقوط الأنظمة الاقطاعيّة وظهور الأنظمة الرأسماليّة، والقول في ذلك يطول شرحه.²⁴⁹ لذلك كان احتلال البلاد التّونسيّة احتلالا رأسماليا، بمعنى أنّ السّلطة السّياسيّة كانت مدعوّة في ذلك الوقت إلى أن توقّف إلى رؤوس الأموال الأرضيّة الملائمة لتنمية هذه الأموال وتنمية مواردها. و " نحن الآن نعلم أنّ غارات الخمير (قبائل بجهة عين دراهم) لم تكن سوى تعلّة وأنّ غزو ممالك الباي كان مقرّرا منذ أمد بعيد...وفيما تمثّلت دوافع الحملة التي خاضها هذا العون (Roustan)²⁵⁰.... لقد كانت دوافع مصلحته الشّخصيّة ومصالح الشّركات الماليّة التي كان ينوبها..²⁵¹ وما كان للتّدخل الفرنسي أن يتمّ لو لا " شهية الشّركات الكبرى،"²⁵² " ولم تكن فرنسا لتضطلع بمهمّة التنظيم المالي للمملكة ما لم تكن ضامنة استغلالها لثروة البلاد."²⁵³ والحقيقة أنّه منذ بداية احتلال البلاد

²⁴⁹ Karl.Marx :Le capital,critique de l'économie politique, livre premier le developpement de la production capitaliste, livre 2 le procès de circulation du capital, livre 3 le procès d'ensemble de la production capitaliste, éditions sociales Paris 1976, éditions du progrès Moscou 1982.

²⁵⁰ أوّل وزير مقيم معيّن بتونس 8 جوان 1881 وكان يشغل خطّة قنصل فرنسا بتونس قبل ذلك.

²⁵¹ Le petit parisien 29-9-1881 ;in Ali Mahjoubi.L'établissement du protectorat en Tunisie, Publication de l'université de Tunis, faculté des lettres st des sciences humaaines de Tunis, 1977,p. 53.

²⁵² Ibid.

²⁵³ A.E.Tunis.Vol.68.Cambon à Freycinet.Tunis 28 juillet 1882.

كتب Cambon إلى Freycinet بتاريخ 12 ماي 1882 " أنه مندهش لكثرة الثروات الطبيعيّة وأنه مقتنع بأنّ فرنسا إذا ما أخذت على عاتقها إدارة الماليّة لهذا البلد فسرعان ما سوف تغطّي جميع التّضحيّات التي ستقدّمها. إنّ استعمار تونس سوف لن يبدو مجرد عمل سياسي كبير بل هو مشروع تجاريّ ناجح،"²⁵⁴ ويؤكد الوزير الأوّل Ferry أمام البرلمان الفرنسي بتاريخ 29 جويلية 1885 " أنّ التّدخل الفرنسي بتونس لم يكن من أجل إيجاد ملاجئ أو عمل ببلد فقير أو لفتح منافس للشّعوب الكثيرة العدد، ولكن هي الرّغبة في تخصيص الرّأسماليّين ومنتوجاتهم بهذا البلد قليل السّكان والمتأخّر تقنيّا واقتصاديّا والذي لا تقدّر ثرواته."²⁵⁵

وقد أدركت السّلاطات الفرنسيّة الخطأ الذي وقعت فيه عندما ضمّت الأراضي الجزائريّة وأحالت استغلالها إلى المعمّرين الفرنسيّين بدون مقابل وتكبّدت جملة من المصاريف الباهضة، فسعت عن وعي إلى تلافي هذا المقصد، ووقع الخيار على سياسة الحماية protectorat التي لا تلزم الإدارة الفرنسيّة بأيّ نوع من الإنفاق²⁵⁶ " وبهذا المعنى النفعي المحض يمكن تفسير استبعاد سياسة الضّم."²⁵⁷ وتبقى الحرّية والمبادرة الفرديّة الأساس في التّظيم والاستغلال، فلا يحتاج الرّأسمال حينئذ إلّا إلى حماية كافية وإطار تشريعي ملائم. ولهذا الغرض لم يصادق البرلمان الفرنسي على اتّفاقيّة المرسى إلّا بعد أن أسقطت كامل الأحكام التي كانت لتلزم فرنسا بشيء من الإنفاق،²⁵⁸ كما

²⁵⁴ A.E.Tunis.Vol.68Cambon à Freycinet.Tunis12 mai 1882,in Ali Mahjoubi,op.cit.,p.291.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Voir pour les dépenses occasionnées à la France en Algérie, Ali Mahjoubi,op.cit.,p.71.

²⁵⁷ A.E.Tunis.Vol.88.Bonpard à Freycinet.Tunis 21 déc 1885,in Ali Mahjoubi,op.cit.,p.97.

²⁵⁸ لقد تمكّن " كمبون " من إعداد اتّفاقيّتين، الأولى بتاريخ 8 جويلية 1882 في عهد الصّادق باي بقصر حلق الوادي، والثّانية بتاريخ 30 أكتوبر 1882 في عهد علي باي بقصر السّعيد، أي يومين بعد وفاة الصّادق باي، إلّا أنّهما لم يحضيا بمصادقة البرلمان الفرنسي بسبب الالتزامات الماليّة التي ربّما كانت فرنسا لتحمّلها، ورغم تعهّد الباي بإدخال التّعديلات التي تراها فرنسا مفيدة، حيث كان يفترض أن تتحمّل فرنسا كامل الدّيون وتحلّ محلّ الباي في تنظيم الموارد الماليّة. وتمّ أخيرا المصادقة على اتّفاقيّة 8 جوان 1883

سارعت فرنسا إلى تنظيم قطاع الجباية بشكل يضمن لها السيطرة على المالية التونسية.²⁵⁹

ويبدو من خلال ذلك أنّ السياسة الفرنسية بتونس تختلف عمّا وقع بالجزائر، " فبالنسبة إلى حكومة الجمهورية يجب أن يكون المشروع التونسي منتجا، نافعا للرأسماليين الفرنسيين دون أن يكلف الخزينة،"²⁶⁰ " فقد قرّرت فرنسا عدم الإنفاق بتونس،"²⁶¹ حيث إنّ توطين المعمّرين بمساحات شاسعة وبدون مقابل تطلّب بالجزائر رقما كبيرا من الإنفاق، وهذا ما يجب تلافيه. ولهذا الغرض بالذات كانت السياسة بتونس هي دفع أصحاب الأموال إلى استغلال الأرض مع التزام سلطات الحماية بتوفير جانب من الأمن والاستقرار وإطار تشريعي يحمي حقوقهم، ويمكن بالتالي اختزال طريق الحماية في تونس على حدّ تعبير الأب Lavigier في كلمة " الحرية، الحرية التي هي شرط التنمية، فترك المبادرة الفردية للأشخاص وضمان الأمن الاجتماعي والحماية القانونية، فقط يغنم مئات الملايين،"²⁶² " حتّى أنّ بعض الفقهاء قد تحدّث عن استعمار متحرّر في تونس يحركه هدف اقتصادي بحت مقابل آخر رسمي في الجزائر.²⁶³ وليس لي أدنى

التي أصبحت تعرف باتفاقية المرسى (خمسة فصول)، بعد أن أسقطت جملة من الالتزامات المالية، ولم تلتزم فرنسا من خلالها إلا بدفع فرض للباي لتسديد ديونه، وملتزم مقابل ذلك الباي بعدم إبرام أيّ اتفاقية مالية أخرى مع أيّ بلد، مع التزام الباي كذلك بإجراء الإصلاحات الإدارية والقضائية التي تراها ضرورية في اتجاه تسهيل الحماية الفرنسية.

Ali Mahjoubi, op.cit., p.135.

²⁵⁹ لاشكّ في أنّ من أهمّ الأسباب التي دعت فرنسا إلى التّدخل هو الجانب المالي، حيث سقطت البلاد التونسية، وبحكم فساد المسؤولين في سياسة التّداين المفرط إلى أن فقدت سيطرتها على المسالك المالية وتكوّنت قبل سنة 1881 "لجنة دولية مالية" لغاية مراقبة التّصرف في الموارد المالية. وكانت سياسة فرنسا ترمي منذ البداية إلى إلغاء هذه اللّجنة لتخلص لها الموارد التونسية بمفردها، وهذا هو السبب الحقيقي وراء موافقة فرنسا لتمكين الباي من قرض يسدّد به ديونه، كما تقدّم. وهذا ما تمّ فعلا. حيث أصبحت فرنسا تشرف على الإدارة المالية الجديدة، غير أنّها لم تغبّر من أهلية القائد والخليفة والشيخ (السلط الموجودة قبل الحماية) في استخلاص المجبة (ضرائب مباشرة) والضريبة على الحبوب والزيتان والنّخيل. وبقيت هذه الضرائب تثقل كاهل الفقراء من الشعب التونسي، ولم تحاول فرنسا تعديلها إلا في حدود ما يمسّ منها مصالح المعمّرين وخاصة ما يتعلّق ببعض المعاليم الموجبة في حالة تصدير أو توريد بعض الآلات الفلاحية.

²⁶⁰ Ibid, p.292.

²⁶¹ Ibid, p.293.

²⁶² A.E.Tunis.Vol.57.Lavigier au père Charmetant.Alger,24 avril 1881, in Ali Mahjoubi, op.cit.,p. 78.

²⁶³ رجاء السّكراني، المرجع السّابق، ص 31، نقلا عن:

شكّ في أنّ هذه الأسباب الاقتصادية هي التي عجلت بظهور قانون سنة 1885 وخاصة منه ما يتعلّق بالتسجيل العقاري. " إنّ الهدف الإمبريالي التوسّعي لا غبار عليه، وبنفس المدى يتناغم ذلك مع طبيعة التسجيل أيضا." ²⁶⁴

وقد أبرز " كمبون " في تقرير له عن الواقع الاقتصادي للمملكة التونسية منذ 12 ماي 1882 أهمية موارد المملكة وثرواتها وربط ذلك بأهمية أراضيها الواقعة بالوطن القبلي والسّاحل والأعراض وجزيرة جربة ومجردة وذكر بأهمية هذه الأراضي في عهد الرومانيين. ²⁶⁵ والحقيقة أنّ أغلب الذين درسوا اقتصاد البلاد مع بداية سنة 1881 أشاروا إلى أهمية الثروة الطبيعيّة المتمثّلة في الأرض، " فهي خصبة بالشّمال والشرق، وهي ممطرة تذكرنا بالأراضي الممتازة بأوروبا. " ²⁶⁶ وليس في ذلك شكّ أنّ المصدر الأساسي للثروة في ذلك الوقت يُردّ إلى العقار بشكل عام نظرا للطبيعة الفلاحية للمجتمع التونسي، وإذا كانت أوروبا قد أخذت شوطا في إعادة صياغة علاقات الإنتاج وإسقاط النظام الإقطاعي كما تقدّم، فإنّ البلاد التونسية ورغم الإصلاحات التي عرفتتها مع بداية القرن التاسع عشر وخاصة على يد خير الدين باشا، ²⁶⁷ فقد بقيت مجتمعا ريفيا يعتمد في حياته العامّة على الأرض، وإن نمت بعض الحرف هنا وهناك بالمدن الكبرى. ²⁶⁸

Pierre Berthault :La propriété rurale en Afrique du nord,L'Afrique Française (Bulletin mensuel du comité de L'Afrique Française du comité du Maroc ;1936,spé. p 212 et suiv.

رجاء السّكراني، المرجع السّابق، ص 116. ²⁶⁴

²⁶⁵ A.E.Tunis.Volume 68 Cambon à Freycinet.,Rapport sur la situation morale et politique du pays et des ressources matérielles qu'il offre à l'administration française. Tunis12 mai 1882,in Ali Mahjoubi,op.cit.,p.29.

²⁶⁶ Duveyrier.Henri :La Tunisie,Hachette, Paris 1881,p.7.

Voir aussi declaration du ministre des affaires étrangères française Declasse, R.A.T et M de lég de JSR 1902,p.9 et 10. « La Tunisie est avant tout....une colonie d'exploitation.II s'agit d'utiliser par nos colons....les ressources du sol et du sous sol ».

²⁶⁷ من أبرز روّاد حركة الإصلاح في القرن التاسع عشر، وله كتاب معروف تحت عنوان " أقوم المسالك في معرفة أحوال الممالك،" أصبح أمير لواء سنة 1853 ووزيرا أكبر سنة 1873 في عهد محمّد الصادق باي، وغادر تونس سنة 1877.

²⁶⁸ انظر بصفة عامّة:

Moussa Mohamed Larbi Fadhel: L'Etat et l'agriculture en Tunisie,op.cit.

وفعلا كانت الأرض محور اهتمام الغربيين منذ بداية القرن التاسع عشر، ويتأثر من السلطات الفرنسية والبريطانية اعترف بالفصل 11 من عهد الأمان (10 سبتمبر 1857) للأجانب بحق الملكية بتونس شرط احترام الترتيب المعمول بها بالمملكة. ومنذ ذلك التاريخ توصلت القوى الأوروبية إلى إبرام اتفاقيات مع الباي تخول لرعاياها حق التملك بالمملكة وأولها كان مع بريطانيا بتاريخ 10 أكتوبر 1863 ثم بتاريخ 19 جويلية 1875، وتلتها إيطاليا بتاريخ 8 سبتمبر 1868، وانتفع الفرنسيون بهذا الحق بموجب أمر الباي الصادر بتاريخ 12 جويلية 1871، واستغلت عدة شركات فرنسية هذا الوضع للحصول على عقارات هامة بتشجيع من الحكومة الفرنسية قبل سنة 1881،²⁶⁹ ولعل أهمها ما يتعلق بهنشير النقيضة الذي تحوزت به شركة مرسيليا للقرض بالشراء من الوزير خيرالدين وقد امتد على مساحة 120000 هكتار، وكان من بين الأسباب التي استعملتها فرنسا للدخول بالتراب التونسي.²⁷⁰

وكان من المفيد بالنسبة إلى المستعمر الفرنسي، إعداد النظام الأساسي الذي ينتهي إلى نقل هذه الثروة العقارية بين أيدي المعمرين مع توفير أقصى الضمانات الحينية، حيث كشف "كمبون" عند إعداد أحكام القانون العقاري عن الدوافع الحقيقية لهذا التشريع في طالع تقريره، حيث جاء به "...إن تونس بلاد زراعية فهي تهدي للاستعمار أراضي خصبة، فيجب أن تكون أرضها من أهم الوسائل للثروة العامة، ولهذا يكون من المحتم إمدادها بالأموال اللازمة ليتمكن مشترو الأراضي الزراعية من استغلالها والفوز بإنتاجها الطبيعي، وللوصول لتلك الغاية، ولجلب رؤوس الأموال، يتجه حماية أولئك المشترين، ووضعهم في مأمن

Despois.Jean :L'afrique du nord,P.U.F.Paris,1964.

Ganiage.Jean :Les origines du protectorat français en Tunisie,1861-1881,P.U.F ,Paris 1959.

269 سنية البية: الأجنبي وملكية العقار غير الفلاحي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة، كلية الحقوق بسوسة 2001-2002، ص 2 وما بعد.

270 إضافة إلى ملكية قرابة 5000 هكتار بسيدي ثابت و6000 هكتار بوادي الزرقة.

Ganiage.Jean :L'affaire de l'Enfida,1880-1882,Revue africaine, 1955, p. 165-198.

من دعاوى الاستحقاق غير المتوقعة وبعبارة أخرى ضمان صحة وسرعة المعاملات...²⁷¹

"... إنَّ الإدارة المكلفة من طرف حكومة الجمهورية بتنظيم الحماية الفرنسية بتونس مطالبة بعد ترتيب القطاع المالي بالاهتمام بتنظيم الملكية العقارية بما يتمشى ومتطلبات القرض، والحاجيات الاقتصادية للبلاد. إنَّ تونس بلد فلاحي وتوفر للاستعمار أراضي خصبة، وإن أرضها يجب أن تصبح الوسيلة الضرورية للثروة العمومية، إلّا أنه من المتأكد جلب رؤوس الأموال اللازمة بصفة مكثفة لاستثمار تلك الثروات...²⁷²."

"....ولذلك ونظرا لضرورة تشجيع أصحاب رؤوس الأموال على البقاء بها، يتعين حماية المشتري للأراضي من جراء جهلهم للغة والقوانين وعادات البلاد ضد ادعاءات الغير، وبصفة عامة، تمكين الكل من السهولة والطمأنينة التي يجب أن تمتاز بها المعاملات...²⁷³ ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلّا بواسطة التسجيل الذي "يطهر" العقارات بصفة نهائية، بحيث أن المستعمر لن يخشى أي شغب في حالتها القانونية بالنسبة إلى ماضيها، ولا يتعرض لأية صعوبة عند انتقال ملكيتها مستقبلا.²⁷⁴ ويتعين تبعاً لذلك بعث نظام جديد يسمح "بتطهير" العقار وتوضيح حالته الاستحقاقية بصفة نهائية، متى يتسنى للمعمرين السيطرة عليه دون خشية أو خوف. وفي هذا السياق يقول: "بول كمبون".... يتعين وضع مجموعة إجراءات سهلة وبسيطة على ذمة كل مشتري أو مالك تكون غير باهضة التكاليف، وتمكينه من تركيز ملكيته على أسس علمية ومن تطهيرها من كل التحملات والحقوق العينية التي لم تظهر في الوقت المناسب، وبهذه الوسيلة

²⁷¹ Rapport de Paul Cambon, résident général de la république française sur l'institution du régime de 1885, Recueil officiel, loi foncière et règlement annexes. Publications officielles, Paris 1893.

الترجمة للهادي المحيرصي: حفظ الملكية العقارية: محاضرة أقيمت بتونس في 23 جوان 1966 ونشرت بمجلة القضاء والتشريع، محاضرات، 1966، ص 2 وما بعد.

²⁷² Ibid.

²⁷³ Ibid.

صلاح الدين عمار: حماية الملكية العقارية عند التسجيل الاختياري بتونس، المرجع السابق، ص 14.

²⁷⁴

يصبح مصدر الملكية وظروفها ثابتين، ومركزة بالنسبة لكل الناس، وتصبح تبعاً لذلك المعاملات سهلة وآمنة....²⁷⁵.... ففي القانون الجزائري وجد مثل هذا النظام، إذ أن قانون 26 جويلية 1873 حاول حل نفس المشاكل الموجودة بتونس فبعث نظاماً تطهيرياً خاصاً يعمل على تركيز الملكية وعلى تحريرها من التحملات الخفية عندما تتحول من الأهالي لفائدة المشتري الأوروبي، إلا أن المؤسسة الجزائرية محدودة ولا تقي بالحاجيات الخاصة بتونس، والأهداف المنشودة لذلك، وبات من الأفضل العمل بأنظمة موجودة بمستعمرات فلاحية كبرى وناجحة بها، حتى يقع فض عدة مشاكل ناتجة عن العمل بالنظام العقاري القديم...."

ولمّا كان مراد حضرة الباي أن يسهل للحكومة الفرنسية إتمام حمايتها، وتكفل بإجراء الإصلاحات الإدارية والعديّة والمالية التي ترى الحكومة المشار إليها فائدة في إجرائها، كانت " النتيجة هي ظهور قانون في غاية من الأهمية بأربعة عشر عنواناً و 379 فصلاً سيمثل الحجة القانونية للاستعمار وستكون له تأثيرات جدّ هامة على الواقع الاقتصادي والاجتماعي لبلد فلاحى بالأساس. ولم يشغل بال المستعمر في ذلك إلاّ تحقيق عنصرين، وهما ضمان أقصى الأمان للمعمّرين وتوسيع رقعة الاحتلال."²⁷⁶ فكيف كانت صياغة القانون العقاري لسنة 1885 ؟

ورغم استبعاد المفاهيم الإسلامية في الإصلاح والتغيير فإنّ منهجية التشريع لم تكن محدّدة بالكامل، وكانت الأصول الفقهيّة متنافرة لأبعد الحدود. فاعتمدت سلطات الحماية بالأساس على القانون الفرنسي بالنسبة إلى نظام العقّارات غير المسجّلة بما في ذلك الحقوق العينيّة الأصليّة والمتفرّعة عنها والتابعة لها، ولجأ إلى القانون الأسترالي المعروف بقانون "تورنس" والقانون الألماني المعروف بالقانون البروسي في تحديد النظام القانوني للعقّارات المسجّلة، مع بعض التأثيرات القليلة بالقانون البلجيكي وبواقع المؤسّسات الإسلاميّة. وبذلك

ترجمة الهادي المحيرصي، المرجع السابق، ص 2 وما بعد.

275

276

Ali Mahjoubi, op.cit., p 299.

كان القانون العقاري التونسي لسنة 1885 " مصنفًا متعدد الخيارات، " ²⁷⁷ لكن الخيار الأساسي والمبدئي وقع على النظام الأسترالي والنظام الفرنسي.

فلم يتبع أمر جويلية 1885، بخصوص نظام العقارات المسجلة، النظام الموجود بفرنسا وهو نظام الإشهار الذاتي، خلافا لنظام الإشهار العيني، حيث إن النظام المعمول به بفرنسا يقوم أساسا على اعتبار أسماء المالكين، بصرف النظر عن العقار كوحدة مستقلة. وقد قال "كمبون" في هذا الباب "...إن اعتماد الإشهار الذاتي يعني مبدئيا أن الحالة المدنية لكل مالك معروفة بصفة دقيقة وثابتة في بلاد إسلامية، وهذا غير ممكن، لأن الأهليين لا يملكون حالة مدنية، ويعرفون بعضهم باسم يزيدونه اسم الأب، وبما أن عدد تلك الأسماء محدود، فإن عددا كبيرا من الأهليين يحملون أسماء متشابهة، وإذا ما عرفنا أن في فرنسا ذاتها، يعد تقارب بعض الألقاب المستعملة، مصدر مشاكل وصعوبات بالنسبة لمسك دفاترنا ندرك بسهولة استحالة تطبيق مثل هذا النظام في بلاد إسلامية. فلكي يمكن تطبيقه يجب إنشاء الحالة المدنية للأهليين قبل إثبات ملكيتهم، وهذا عمل صعب ومضني..." ²⁷⁸ وذلك ما أكدّه Paul Dumas رئيس المجلس المختلط في تقريره الذي رفعه إلى المقيم العام بتاريخ 22 ماي 1909 عندما أكد على عدم تنظيم الحالة المدنية بالبلاد التونسية بقوله الصريح " لسنا بفرنسا لا توجد حالة مدنية. " ²⁷⁹

ولكنّي أقول جازما إنّ الخيار سينحاز بالضرورة إلى نظام " تورنس " ولو أنّ الحالة المدنية كانت في ذلك الوقت منظمة بشكل دقيق، ولسبب بسيط وهو أنّ السلطات الاستعمارية حدّدت أهدافها مسبقا، ثمّ بحثت عن الآليات، ولاشكّ في أنّ ما حقّقه النظام الأسترالي من نجاحات على مستوى التطهير العقاري كان له الأثر الكبير في تحديد خيارات الفرنسيين. ولهذا الغرض أخذ عن " تورنس " نظامه الإشهاري ومبدئه في التخصيص والشرعية وخاصة مفعوله التطهيري،

²⁷⁷ Besson Emmanuel : Les livres fonciers et la reforme hypothécaire, Paris – Delamotte 1891, 1 vol, p. 379 « une oeuvre de sage électionisme ».

الهادي المحيرصي، المرجع السابق، ص 2 وما بعد.

²⁷⁸

²⁷⁹ Soulmagnon Georges, op. cit., n° 44.

فبصدور الحكم تلغى جميع الحقوق التي لم تظهر في الوقت المناسب. وحضر بطبيعة الحال التّقديم المكسب.

ولقد سعى الفرنسيّون كذلك منذ البداية إلى نشر أحكام القانون الفرنسي، وما كان يُعوّل على أنظمة خارجيّة لو أنّ القانون الفرنسي حمل المفيد في تحقيق الأهداف، لذلك كانت فرنسا تميل إلى الإبقاء على قواعدها ومعاينه آثاره، وعلى ذلك الأساس كانت آثار القانون الفرنسي على النّظام العقّاري ظاهرة ولو أنّ المشرّع لجأ بداية إلى التجربة البروسيّة ليعدّل من حدّة النّظام الأسترالي، وتأثّر كثيرا بمبدأ التّطهير المعتمد بالقانون الجزائري الصادر بتاريخ 26 جويلية 1873. ورغم ذلك يحاول البعض التأكيد على أنّ نظام التّسجيل والإشهار المعتمد لا يتعارض مع المبادئ الإسلاميّة²⁸⁰.

وقد قال قال " كنبون " بتقريره المذكور: " لم يكن بإمكاننا أن ننقل القانون الأسترالي دون أدنى تحوير، كان يجدر أولاً أن ندمج قواعده بالقانون الفرنسي الذي يمثّل إقحامه في تونس إحدى مشاغلنا الرّئيسيّة".²⁸¹ والحقيقة أنّ فكرة إدخال القانون الفرنسي بالتّشريع التّونسي تُعدّ فكرة جوهرية في مقدّمة اهتمامات سلطة الحماية لتكريس البعد الثقافي، وقد بدا ذلك جلياً في معظم النّصوص القانونيّة التّونسيّة، وكم ذكّر بذلك المقيم العام ورموز السّلطة الفرنسيّة آنذاك.²⁸² ولهذا الغرض كانت معظم قواعد القانون العقّاري الأصليّة، وخاصّة ما يتعلّق بتعريف العقّارات وحقوق الارتفاق والانتفاع وغيرها، منقولة حرفياً عن المجلّة المدنيّة. ولم يبتعد المشرّع عن ضوابط القانون الفرنسي إلّا بالنسبة إلى إجراءات التّسجيل والتّرسيم، ولكنّه ظلّ رغماً عن ذلك متمسّكاً بالمفعول الاحتجاجي للتّرسيم والحال أنّ الأصل في السّجلات العينيّة هو المفعول المنشئ، تأثّيراً بأصل القواعد

280 محمّد السنوسي، المرجع السّابق، ص 28 وما بعد.

281 Cambon, op.cit., p. 15.

282 رجاء السّكراني، المرجع السّابق، ص 65.

الفرنسيّة، وقد تخلّى المشرّع عن المفعول المنشئ بموجب تنقيح 1886، والحال أنّ النصّ الأصليّ للفصل 342 تضمّن صراحة هذا المبدأ.²⁸³

وكان من الممكن الإبقاء على قاعدة مبدأ القوّة الثبوتية المطلقة للتّرسيم في معارضة الكافة المعروفة بالقانون الأسترالي، لكنّ التّشريع التّونسي خفف من حدّة هذه القواعد تأثيراً بالقانون البروسي، فلا ينتفع بالقوّة المطلقة للتّرسيم إلّا الغير حسن النّيّة، معنى ذلك أنّه بالإمكان طلب إبطال التّرسيم لسبب ما، لكنّه إذا انتقلت الحقوق المرسّمة إلى الغير حسن النّيّة تجد هذه الحقوق قوّتها المطلقة. ولحماية حقوق الغير، وفي انتظار فصل النزاع عند الاقتضاء من طرف القاضي المختصّ، مكنّ المشرّع الغير من طلب تقييد حقّه احتياطياً أو مؤقتاً إلى أن يتمّ فصل النزاع نهائية، فينتفع بحقّ الأسبقية في التّرسيم. وكانت جميع هذه القواعد خلاصة ما وصل إليه التّشريع الألمانيّ من خلال قانون 5 ماي 1872 المنقّح بموجب قانون 24 مارس 1897.

وكانت هناك فكرة هامّة تأسّس عليها قانون 1873 الجزائري وهي فكرة " التّطهير "،²⁸⁴ وقد حاول " كنبون " من خلال تقريره المذكور أنّ يؤكّد على أنّ

²⁸³ Art 342 : « Tout droit réel relatif à un immeuble déjà immatriculé n'existera que par le fait et du jour de son inscription à la conservation de la propriété foncière, sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'inexécution de leurs conventions ».

وحقق الأستاذ محمد كمال شرف الدين: "لكن مع صدور النص النهائي، حدث اضطراب خاصة بين أحكام الفصلين 15 و16 منه، وكان يبدو من قراءتها أن المجلة عدلت عن الأخذ بالمبدأ المذكور. ونص الفصل 342 الذي يفهم منه العكس، ويمقتضى الأمر المؤرّخ في 16 ماي 1886 أي قبل دخول القانون حيز التنفيذ بأشهر قليلة تمّ تعديل أحكام الفصل 342 بإضافة عبارة "إزاء الغير" فلاح جليا أن المشرّع عدل عن اعتبار الترسيم الإداري اللاحق منشئ للحق بين الطرفين". محمد كمال شرف الدين، التطور التاريخي للنظام العقاري التونسي، المرجع السابق، ص 55.

²⁸⁴ اعتمد قانون 26 جويلية 1873 في الجزائر إجراءات لتطهير الملكية العقارية. الإجراءات المبدئي، وهو أن تقوم الإدارة بإعداد مثال لمنطقة معينة مع بيان أصحاب الحقوق. وبصبح هذا المثال هو المرجع في تحديد أصحاب الحقوق بصفة نهائية بعد المصادقة عليه إدارياً، وتلغى جميع الحقوق التي لم تظهر. أما الإجراءات الاستثنائية فيشمل المناطق الخارجة عن الإجراءات المبدئي في التطهير العقاري، وفي صورة انتقال الملكية إلى أوروبي يمكن لهذا الأخير أن يباشر إجراءات التطهير أمام القضاء طبق إجراءات مبسطة، وتُسند الإدارة في نهاية الأمر سند الملكية. وينص قانون 1873 على أن السندات المسلمة تدرج بدفاتر الرهون وأبقى الحربة في تحرير كتائب رسمية أو غير رسمية بناء على السند الأول.

وبذلك يتبيّن أنّ هدف قانون 1873 كان بالأساس تطهير الملكية العقارية، وهي الفكرة الجديدة، ليعتمد القانون الفرنسي أخيراً في بيان طريقة الإشهار. والحقيقة أنّ المشرّع الجزائري، بدفع من المستعمر الفرنسي، فكّر منذ سنة 1843 في إيجاد فكرة تحقّق تطهير الملكية العقارية. وتكوّن فعلاً لجنة خلال تلك

فكرة التطهير المعتمدة بالقانون التونسي هي فكرة جزائية بقوله " أن البذرة الحقيقية لهذه المؤسسة قد جاء بها القانون الجزائري،" ويسانده في ذلك Soulmagnon بقوله " فالتطهير في القانون التونسي ليس سوى فكرة جزائية محضة.²⁸⁵ والحقيقة أن التطهير هو أساس النظام الأسترالي، وهو نتيجة حتمية لقوة الترسيمات. وفعلًا أكد Dain في دراسته لقانون " تورنس " وتطبيقاته في تونس على أن المجلة العقارية التونسية استوحت هذا المبدأ أساسًا من النظام الأسترالي.²⁸⁶ وبواقفه في ذلك عدد من رجال القانون.²⁸⁷

والأكيد أن الفقه الإسلامي لم يعرف أبدا إجراءات التسجيل على النحو الذي ورد بالقانون العقاري، وقد أكد الدكتور محمد عبد الجواد في دراسة خاصة قدمها لملتقى الشهر العقاري (القاهرة 20 إلى 26 مارس 1972) أنه " إذا كان فقهاء المذهب الحنفي المحدثون قد وضعوا قواعد شهر التصرفات العقارية وقيدها في الدفاتر في قانون الأراضي العثماني، فإن فقهاء المذهب المالكي المحدثون قد أقرّوا وعلّلوا أحكام نظام السجل العيني الذي وضعه الفرنسيون في تونس في 19 رمضان سنة 1302هـ (أول جويلية 1885)... وقام الأستاذ محمد السنوسي أحد فقهاء المذهب المالكي بتونس في ذلك الوقت بتأليف كتاب سمّاه "مطلع الدراري بتوجيه النظر الشرعي على القانون العقاري". وإذا قيل إن هذا القانون الأخير قد وضعه الفرنسيون واقتصر دور فقهاء المذهب المالكي على إثبات أن أحكامه وقواعده يمكن أن تستند إلى المبادئ العامة في الفقه الإسلامي، فنحن نقول ما هو أكثر من ذلك، وهو أن فقهاء المذهب الحنفي الذين وضعوا قوانين الأراضي العثمانية، قد تأثروا بالنظم العقارية الأوروبية وبأن أحدهم ذهب إلى أوروبا ودرس هذه النظم وعاد ليضع مشروع قانون من 267 مادة، ولكنّه لم يصدر، وصدرت بعض أجزائه في صورة

السنة وانتهت أشغالها إلى اقتراح تنظيم دفتر عام للملكية بدوائر محدّدة تدرج به الحقوق العينية باذن السلطات الإدارية. لتلغى جميع الحقوق التي لم تظهر قبل مصادقة اللجنة الإدارية العليا. وبسّلم المالك سندات ملكية تكون المرجع الأساسي في تحديد أصحاب الحقوق، ولا يبقى للمتضرر إلا القيام بدعاوى خاصة في تعويض الضرر. ويدّون فكرة التطهير استغلّت بقانون 1873، وهي غاية المستعمر.

Alfred Dain, le système Torrens...op.cit., p. 40.

²⁸⁵ Soulmagnon,op.cit., p.13.

²⁸⁶ A.Dain :Le système Torrens....,op.cit.,p. 11.

²⁸⁷ A.Anterrieu, Journal des tribuneaux de la Tunisie 1899, p. 130-188-.

قوانين مؤقتة. ونحن لا نرى في ذلك كلّ نقصا في الفقه الإسلامي ولا في الفقهاء المسلمين القدامى الذين لم يضعوا قواعد للشهر العقاري، وقد قلنا إنّ هذا الفقه قد واجه المشاكل القانونية كلّها على مدى قرون طويلة ووضع لها الحلول المناسبة ولم يحدث في هذه القرون الطويلة ما يستدعي وضع قواعد لشهر التصرفات العقارية. فلما وجد الداعي بادر الفقهاء إلى وضع هذه القواعد. ويستوي في نظرنا أن تكون هذه القواعد مستنبطة من الفقه الإسلامي نفسه، ومستوحاة أو مقتبسة من النظم الأخرى، ما دامت تتفق مع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي ولا تخرج عليها..."²⁸⁸ وقال البعض متأسفاً "إنّ قريحة رجال الفقه الأسلامي لم تسعفهم لاستنباط وسيلة لشهر التصرفات العقارية".²⁸⁹

ورغما عن ذلك فإنّ مؤلف مطلع الدّاري يصرّ على مطابقة القانون العقاري مع الأصول الفقهيّة، بل إنّّه تعجّب في مقدّمة مؤلّفه كيف أنّ جميع الأنظمة القانونيّة تردّ إلى أصل ديني واحد، بما في ذلك القانون الروماني أصل القانون الفرنسي، واجتهد في طرح الأصول الفقهيّة لإجراءات التّسجيل وآثارها، وهو يؤكّد أنّ: " لا ريب عندي في صعوبة إدخال نظام عقاري جديد في بلاد قديمة وإن كان الاختيار الذي أنيط به القانون العقاري ربّما ينشأ عنه احتمال أن هاته الطّريقة لا تدخل بسرعة في عوائد الأهالي لكن هناك أمر عظيم لم ينتبه له أحد وهو وجود ضامن النّجاح وذلك بسبب كون القانون الجديد لم يغيّر المبادئ التي تصوّرها التّونسي العربي في نفس الملك وتجزئته وما هو إلّا ترجمة حرفيّة لمبادئ الملك والأصول واحدة والمشابهة قويّة فلم يحدث على التّونسي شيء يضطرّ لقبوله."²⁹⁰ ولهذا الغرض فإنّه سرعان ما يجد التّبرير المناسب سواء بالنسبة إلى اختلاط المجلس القضائي أو بالنسبة إلى إجراءات التّسجيل في أشكالها وفي نهائيّة أحكامها وأعمالها الهندسيّة.

288 الهادي سعيد المرجع السابق، ص 250.

289 منصور محمود وجيه: نظام السّجلّ العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة، جامعة القاهرة

1961. مرجع أشار إليه محمّد عبد الجوّاد محمّد، ملكيّة الأراضي في ليبيا، ص 418.

290 محمّد السّنوسي: المرجع السّابق، ص 21.

والحقيقة أنه إذا كان من الممكن القبول بموافقة أحكام القانون العقاري مع شيء من المبادئ الأصلية مثل الأحباس والإنزال والشفعة، فإن الاختلاف شاسع فيما يتعلق بإجراءات التسجيل، وتبدو التبريرات المعتمدة مصطنعة شيئاً ما²⁹¹.

والنتيجة في ذلك أن أحكام القانون العقاري سنة 1885 وضعت وضعاً، فهي ليست إفرازاً طبيعياً للحياة الاجتماعية في ذلك الوقت، كما لا تعبّر عن فكر متداول بين العامة، بل هي عملية إسقاط قامت بها السلطات الفرنسية خدمة لمصالح ضيقة وأنيّة في نفس الوقت وتلبية لخدمة المصالح الأجنبية والاستعمارية. وفي كلمة يمكن الجزم بدون خطأ بأن القانون العقاري نشأ في محيط بعيد كل البعد عن الواقع التونسي في ذلك الوقت. وهذا ما يفسّر عزوف التونسيين عن أحكامه خلال كامل الزرع الأول من القرن العشرين.²⁹² وانخرطت السلطات الفرنسية في سياسة تجنيد بعض القوى من رجال الدين وغيرهم للتعريف بأحكام القانون الجديد وتزيينه في عيون التونسيين، بل وربطه بأحكام الفقه الإسلامي كما تقدّم. وفي هذا الإطار يأتي حديث أحد الباحثين بأن " هذا القانون يبدو على مستوى التقنين بأنه مصنّف غير متناسق، ولم يكن نتيجة لتطور ثقافي وتاريخي، وهو مجرد تقنية قانونية.²⁹³ ولكن ذلك لا يعني أبداً أن الآليات الجديدة لم تستند إلى أي أساس أو مبرر، بل قد علمنا أنها تستند إلى اعتبارات سياسية وثقافية واقتصادية لاتخدم مطلقاً مصلحة الأهليين. فقط أن الآليات

²⁹¹ عادة ما يعمد بعض الفقهاء إلى القول بشرعية القوانين الوضعية رغم معارضتها لظاهر الفقه، والقول هذا ليس في معظم الأحيان بريئاً بل يهدف إلى تحقيق غايات معينة أهمها التّرفل إلى الحاكم وضمان رضاه. وهذا الموقف يذكرنا بموقف الشيخ السنوسي الذي قاد حركة مناهضة للتّقيين المعاصر وخاصة للأوامر التي اعتمدها فرنسا بين شهر نوفمبر 1884 وشهر أبريل 1885، وقد توجّه رفقة عدد من الشيوخ إلى مقرّ الباي بفرنسا لتلاوة عريضة استياء سُجّن على إثرها بقابس. ثمّ وجّه آنذاك رسالة يطلب من خلالها العفو، وفعلًا انتفع بالعفو وعاد إلى تونس وألّف كتابه الدّراي، ثمّ عمل بالمجلس المختلط. ويذكر كذلك أنّه قدّم دراسة في أواسط الثلاثينات عن " توافق أحكام الفقه الإسلامي مع القانون التونسي في مادّة الأحباس." يراجع في ذلك رجاء السّكراني، المرجع السّابق، ص 130 وما بعد.

²⁹² محمّد كمال شرف الدين، التّطور التاريخي للنظام العقاري التونسي، المرجع السابق، ص 34.

²⁹³ Mohamed Kamel Charfeddine :Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats,in R.I.D.C/n°2,1996, p.24.
« ...ce code se présenta sur le plan de la codification comme une oeuvre discordante. Il n'est vecteur d'aucun processus culturel ou historique. C'est un code d'opportunité purement technique ».

الجديدة انتخبت على تلك الصورة، وقد وجدت أسسها، للدفع في اتجاه معين، فعوضاً أن تكون إفرازاً طبيعياً فهي أداة دفع. ولكنها ليست مجرد تقنية قانونية، بل هي في حقيقة الأمر آليات تدفع في اتجاه تحقيق الأهداف الاستعمارية، وهي بذلك ليست بريئة.

كما " أن المجلة العقارية انتزعت الأرض من بوتقة الأساس الفقهي،²⁹⁴ وقد جاءت الحقيقة على لسان " PONTOIS " في كتابه " روائح تونس " عندما أكد أن شيوخ الإسلام لم يرحبوا بالقانون العقاري الجديد.²⁹⁵ ورغم ما قيل من مبررات في تجانس أحكامه مع الأصول الفقهية، فإن القطيعة قد حصلت، وكان بالإمكان الضغط على الأحكام الموجودة وإعادة صياغة الموجود وتطويره بشكل يبقي على تميز الموضوع بتميز المصادر، ولا أظن أن المصادر التي أخرجت كل هذا الكم الهائل من القواعد والأحكام لقاصرة عن الإتيان بمنظومة حديثة تثبت نجاعتها في مواجهة متطلبات العصر.

لكن النتيجة السيئة في جميع ذلك، والتي سيكون لها النصيب الأكبر في بناء أسس أزمة القانون العقاري، تظل مرتبطة بالأساس بهذا التأليف السيء والمستحيل بين التشريع الأسترالي والأحكام البروسية والقانون الفرنسي.²⁹⁶ وإذا رأى " كنبون " في هذا الجمع " تطوّر القانون العقاري في تونس،²⁹⁷ وإذا أكد Soulmagnon أن " لتونس الشرف، في تحقيق الملاءمة ولأول مرة بين نظام السجلات العينية والقانون المدني الفرنسي، " فإن الواقع بيّن مدى تناقض الأسس

²⁹⁴ رجاء السكراني، المرجع السابق، ص 82.

²⁹⁵ « C'est une imprudente altération de la vérité, les quatre grands chefs religieux ont assisté à la première et à la dernière séance de la commission ...et quand j'ai lu mon rapport ...loin d'approuver. Ils déclarent tous formellement, que cette oeuvre étant contraire à leur loi religieuse. Ils ne peuvent lui donner approbation. » op.cit., p. 179-180.

²⁹⁶ « En voulant combiner dans un même texte les principes de l'act Torrens et ceux du code civil, il leur est arrivé de conserver des regles inconciliables. Il en est resulté une réelle incertitude sur les principes adoptés, des dispositions obscures ou contradictoires, des formules presque énigmatiques ».

Alfrid Dain, Système Torrens.....op.cit., p. 27.

²⁹⁷ تقرير " كنبون " المرجع السابق، ترجمة الهادي المحيرصي، المرجع السابق، ص 2 وما بعد.

الأسترالية مع البقية، وقد أقرّ Soulmagnon أن " في ذلك خطراً،"²⁹⁸ أي أنّ هذا الجمع لا يخلو من مخاطرة. كما أكد في خلاصة بحثه " أنّ قانون (1885) كان جدّ منقوصٍ، وعادة ما كان مبهماً ومفروضاً، واختفت مبادئه الجوهرية بين القواعد المنقولة عن المجلة المدنية، ولم يكن هناك أيّ تخطيط، ومن الصعب تكوين نظرة عامّة. وكثيراً ما تأتي المبادئ الهامّة، التي تتعزل عن القواعد المعتادة، بعبارات مبهمة، ولّما يشار إلى النتائج والاستثناءات، فيبقى الباحث في حيرة، وليس له من مخرج سوى الاعتماد على مجهوداته الفكرية"²⁹⁹.

الفقرة الثالثة: مرحلة مجلة الحقوق العينية وما يليها

تواصل العمل³⁰⁰ بأمر 1885 إلى غاية سنة 1965 تاريخ صدور قانون 12 فيفري 1965³⁰¹ المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية³⁰²، وألغى جملة من القوانين السابقة³⁰³، لكنّه أبقى العمل بمضمون أمر جويلية 1885، وقد ذكر

²⁹⁸ Soulmagnon Georges, op. cit., p. 22 n° 27.

²⁹⁹ Soulmagnon Georges, op. cit., p. 391 n° 506.

³⁰⁰ أوردت مجلّة الالتزامات العقود سنة 1906 بعض الأحكام لها علاقة بالقانون العقاري، وتتعلّق بشركة الملك وقسمة المشترك والرهن وأصناف الغرماء، وهي كالآتي:

- بعض الفصول من العنوان الأوّل في أسباب تعمير الدّمة (الفصول من 110 إلى 113 م.إ.ع.)

- باب من العنوان التاسع في شركة الملك (الفصول من 1227 إلى 1248 م.إ.ع.)

- قسم من العنوان التاسع في قسمة المشترك (الفصول من 1351 إلى 1364 م.إ.ع.)

- العنوان الثالث عشر في الرهن (الفصول من 1532 إلى 1612 م.إ.ع) ورهن الانتفاع (الفصول من 1613 إلى 1622).

- العنوان الرابع عشر في أصناف الغرماء (الفصول من 1623 إلى 1632 م.إ.ع.)

ولكنّ جملة هذه الأحكام سرعان ما ألغيت بدخول مجلّة الحقوق العينية حيّز التنفيذ سنة 1965.

³⁰¹ القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرّخ في 12 فيفري 1965 المتعلّق بإصدار مجلّة الحقوق العينية. الرّائد الرسمي عدد 10 بتاريخ 19 و 23 فيفري 1965 ص 200.

³⁰² وقد بحث المشرّع خلال الفترة الممتدّة بين 20 مارس 1956 وتاريخ صدور المجلّة العينية عن عناصر تركيز سيادة الدّولة، ولم يخرج المجال العقاري عن هذا الاتجاه، وعبر عنه خاصّة من خلال أمر 19 فيفري 1957 المتعلّق بإعادة تنظيم المحكمة العقارية بالبلاد التونسية.

³⁰³ ألغى القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرّخ في 12 فيفري 1965 المتعلّق بإصدار مجلّة الحقوق العينية النصوص العقارية التالية:

- أمر غرة جويلية 1885 المتعلّق بالملكية العقارية.

- أمر 28 جوان 1886 المتعلّق بتطبيق قانون الملكية العقارية بكامل تراب الإيالة.

- أمر 25 فيفري 1897 المتعلّق بإصلاح الغلطات المادية وما يقع السّهو عنه في إجراءات التسجيل

وتحرير رسوم الملك.

السيد الهادي خفشة كاتب الدولة للعدل آنذاك أن المشروع قد اقتصر على نقل أحكام القانون العقاري المؤرخ في غرة جويلية 1885 بعد تبسيطها، لأن هذا القانون كانت له من الناحية العملية أطيب النتائج، ولذلك لم يعد من الضروري إدخال أي تعديل على أحكامه الأساسية التي اشتمل عليها، وقد أضاف الوزير "... إن نظام التسجيل الاختياري غير مقصود بالإصلاح ولا يمكن أن يمس لأنه حسن...³⁰⁴.

وهكذا أقرّ المشرّع عند إعداد النص النهائي لمجلة الحقوق العينية أن أمر 1885 حسن في جملته، وهذا ما دفعه للتمسك بمبادئه الأساسية، واعتمد بعض التنقيحات الجزئية التي لم تمس من جوهر النظام العقاري المعتمد منذ سنة 1885 شملتها الفصول الآتية: " 319، 334، 391، 379، 315، 401، 394 و 397 م.ح.ع".³⁰⁵

-أمر 19 مارس 1897 المتعلّق بإصلاح السهو والأغلاط الماديّة في أعمال تسجيل العقّارات وفي تحرير رسوم الملك.

-أمر 19 جويلية 1899 المتعلّق بما يجب ترسيمه بالسجلّ العقاري من أعمال واتّفاقات تتواجد بعد تقديم المطلب.

-الفصول 5-6-9-10 من أمر 19 فيفري 1957 المتعلّق بإعادة تنظيم المحكمة العقارية بالبلاد التونسية.

³⁰⁴ الندوة الصحفية التي عقدها السيد الهادي خفشة بتاريخ 6 أبريل 1965: مجلة القضاء والتشريع 1965، ص 63. وقد جاء في خطاب كاتب الدولة للعدل أمام مجلس الأمة عند مناقشة قانون إصدار مجلة الحقوق العينية أن "العقّارات غير المسجّلة يمكن أن نقول عنها إنها مهمة..." مداولات مجلس الأمة عدد 12 لسنة 1965 بتاريخ 24 ماي 1965، ص 199.

³⁰⁵ - الفصل 319 م.ح.ع: الذي نصّ على أن كل شخص يطلب التسجيل، يحرر تصريحاً على ورق عادي ويضمنه بعض البيانات الإجباريّة ويقدّمه إلى كاتب المحكمة.

- الفصل 334 م.ح.ع: اقتضى أن أحكام المحكمة العقارية تحلّى بالصيغة التنفيذية الواردة صلب مجلة المرافعات المدنية والتجارية. وقد كانت هذه الأحكام في الماضي تكفي بالتصريح بوجود الحق العيني لفائدة صاحبه الذي يضطر إلى القيام لدى المحاكم العدلية لتنفيذ الحكم ضد من يمنعه من تنفيذه.

- الفقرة الثانية من الفصل 391 م.ح.ع: نزع المسؤولية الشخصية عن مدير المحكمة العقارية وعوضتها بمسؤولية الدولة.

- الفصل 379 م.ح.ع وسع من نفوذ حافظ الملكية العقارية إذ بإمكانه تلافي السهو والغلط في الترسيمات بإصلاحها.

- الفصل 315 م.ح.ع مكّن حافظ الملكية العقارية من الاستعانة برئيس المحكمة العقارية، وهي مؤسسة جديدة أوجدها مشروع 1965.

- الفصل 401: قضى على ما كان يسمّى بالرسم الأزرق والإجراءات التي كانت تتبع في ذلك حيث يسلم لمالك العقار نسخة واحدة حرفية لأولاد الشركاء في صورة التعدد، فإذا رام أحدهم ترسيم حق جديد كان عليه الاحتجاج بالرسم الأزرق، وتغيرت هذه الإجراءات وذلك بأن أصبح الدفتر العقاري المحفوظ بالإدارة هو الرسم الأصلي وتسلم للمالك كراس به ملخص لما جاء بالدفتر، ولغيره شهادة في التتبعات، ويتم الترسيم في جميع الصور برسم الملكية دون حاجة إلى تقديم كراس العقار.

- الفصل 394 والفصل 397 م.ح.ع أوجبت على قابض الترسيم بالقبضة المالية وحاكم الناحية إرسال نسخ وعقود إلى إدارة الملكية العقارية.

لكنّ المشرّع التونسي، وأمام تراكم عوارض السّجل العقاري، سرعان ما عاود التّدخل في مرحلة أولى بموجب القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أفريل 1992 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود، ثم في مرحلة ثانية، بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية.³⁰⁶ وكان ينتظر أن ينتهي عمل هياكل التّحيين في أجل لا يتجاوز ثلاث سنوات، لكنّ المشرّع ظلّ يمدّد في آجال انطباق سياسة التّحيين والمبادئ المرتبطة بها، مرّة أولى بموجب القانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرّخ في 24 أفريل 1995،³⁰⁷ ومرّة ثانية بموجب القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرّخ في 20 أفريل 1998.³⁰⁸

غير أنّ التنقيح الجديد لاقى بعض الصّعوبات، وسرعان ما لاحظ المشرّع بعض النقائص في القانون الجديد وأمكن له بالتالي أن يتدخّل للمرة الثالثة، بموجب القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 23 جانفي 1995 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الأحكام من مجلة الحقوق العينية. وتدخل للمرة الرابعة بمقتضى القانون عدد 68 لسنة 1997 المؤرّخ في 27 أكتوبر 1997 المتعلق بتنقيح وإتمام مجلة الحقوق العينية.

ويبدو أنّ المشرّع أقرّ بطريقة ضمنيّة بفشل الإصلاح التشريعي الأوّل، أو عدم نجاعة التّوجّهات الأولى، وانكبّ مرّة ثانية على معالجة نقائص إجراءات التّحيين والجوانب المتّصلة به، وتكوّنت للغرض عدّة لجان عملت على امتداد سنة 2000 للوصول إلى ضبط إجراءات أكثر نجاعة في اتّجاه ضبط نظام

306 وكذلك الفصول التي لها علاقة بعملية التسجيل العقاري والتّرسيم:
- قانون عدد 47 لسنة 92 المؤرّخ في 4 ماي 1992 نقح الفصل 581 م.أ.ع.
- قانون عدد 48 لسنة 92 المؤرّخ في 4 ماي 92 نقح الفصل 204 م.أ.ش.

307 الرائد الرسمي عدد 25-33 أفريل 1995 صفحة 796

308 الرائد الرسمي عدد 21-32 أفريل 1998: نصّ القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرّخ في 20 أفريل 1998 والمتعلق بالتمديد في مفعول الأحكام الانتقالية المرتبطة بتحيين الرسوم العقارية على ما يلي: "يُمدد لفترة ثلاث سنوات في الآجال المنصوص عليها بالأحكام الانتقالية المرتبطة بتحيين الرسوم العقارية والواردة بالقانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أفريل 1992 والمتعلق بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود والفصل 2 من القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 والمتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية، والفصل 2 من القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 والمتعلق بتنقيح الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود والفصل 2 من القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 والمتعلق بتنقيح الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية وهي النصوص التي سبق التمديد في أجل تطبيقها بالقانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرّخ في 24 أفريل 1995. ويشتمل التمديد المذكور جميع الرسوم العقارية عدا ما أحدث منها بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ."

السجلات العينية. وتمت المصادقة أخيراً على خمسة نصوص قانونية على امتداد سنتي 2000 و 2001.³⁰⁹ كما نُقحت مجلة الحقوق العينية في مواضع ليس لها علاقة بمسألة التحيين، كان آخرها بموجب القانون عدد 78 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بتنقيح بعض الفصول الخاصة بملكية الطبقات³¹⁰ والقانون عدد 29 لسنة 2006 المؤرخ في 15 ماي 2006 المتعلق بتنقيح الفصل 115 الخاص بالشفعة والقانون عدد 66 و 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008³¹¹. وسوف لن تنتهي التنقيحات، وفعلاً صدر أخيراً القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية³¹². ولكنّ جانباً هاماً من النصوص القانونية بقي خارج هذه المجلة³¹³.

³⁰⁹ -القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 والمتعلق بتطبيق المفعول المنشئ للرسم على بعض الرسوم العقارية.

-القانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرخ في 11 نوفمبر 2000 المتعلق بتنقيح القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري.

-القانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001 والمتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

-القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أبريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية.

-القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001 المتعلق بتنقيح مجلة الحقوق العينية.

³¹⁰ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 9 أوت 2005، عدد 63، ص 2164.

³¹¹ الرائد الرسمي بتاريخ 11 نوفمبر 2008 عدد 91 ص 3997.

³¹² الرائد الرسمي بتاريخ 2 جويلية 2010، عدد 53، ص 1861.

³¹³ وعلى ذلك الأساس كانت النصوص القانونية العقارية المنقحة لمجلة الحقوق العينية أو التي لها علاقة بالتحيين العقاري على النحو التالي:

-القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أبريل 1992 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود.

-القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية.

- القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح الفصل 581 م.أ.ع.

-القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح الفصل 204 م.أ.ش.

-القانون عدد 84 لسنة 1992 المؤرخ في 6 أوت 1992 المتعلق بتنقيح الفصل 377 مكرر مجلة الحقوق العينية.

-القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الأحكام من مجلة الحقوق العينية.

-القانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أبريل 1995 المتعلق بالتمديد في مبدأ المفعول المنشئ للرسم.

-القانون عدد 68 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 المتعلق بتنقيح وإتمام مجلة الحقوق العينية.

لم تستوعب مجلة الحقوق العينية كامل النصوص التي لها علاقة بالقانون العقاري، بل إنّ عددا لا بأس به من النصوص بقي خارجا عن إطار المجلة، وربما كانت أهم النصوص كذلك، وخاصة منها ما يتعلّق بالمسح الإجمالي المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964³¹⁴ وما يتعلّق بإجراءات التّحيين العقاري القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 كما هو منقح بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009³¹⁵ وبملك الدولة الخاص وبالنصوص القانونية العامة المنظمة للملكية العامة والأجهزة العامة المتدخلة والتي لها تأثير على الملكية الخاصة، وكذلك جملة النصوص الخاصة التي تنظّم المهن الحرة المرتبطة بالقانون العقاري.

وما يتلخّص من جميع ذلك أنّ قانون الإشهار والتّسجيل لسنة 1885 لم يستقر على حال منذ أن اعتمد، بل ربّما كان أكثر النصوص مراجعة وتعديلا إلى حدّ أن اعتمدت مجلة الحقوق العينية أحكامه. واستقرّ التشريع دون مراجعة

-القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أفريل 1998 المتعلق بالتمديد في مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم.

-القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 والمتعلّق بتطبيق المفعول المنشئ للتّرسيم على بعض الرسوم العقارية.

-القانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرخ في 11 نوفمبر 2000 المتعلّق بتنقيح القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلّق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري.

-القانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001 والمتعلّق بتنقيح بعض الفصول من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

-القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلّق بتحيين الرسوم العقارية.

-القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 المتعلّق بتنقيح مجلة الحقوق العينية.

-القانون عدد 78 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلّق بتنقيح بعض الفصول الخاصة بملكية الطّبقات.

-القانون عدد 29 لسنة 2006 المؤرخ في 15 ماي 2006 المتعلّق بتنقيح الفصل 115 الخاص بالشفعة.

-القانون عدد 66 و67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلق بإرساء إجراءات التعقيب في أحكام التسجيل العقاري.

- القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المنقح للقانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بالتحيين العقاري.

-القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية.

³¹⁴ الرائد الرسمي عدد 9 بتاريخ 21 فيفري 1964 ص 223.

³¹⁵ الرائد الرسمي بتاريخ 14 أوت 2009 عدد 65 صفحة 2896.

أو تعديل إلى حدّ سنة 1992، ثمّ بعدها انخرط المشرع في سياسة إصلاحية لم تنته إلى حدّ اليوم :

-القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أفريل 1992 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود.

-القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية.

- القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح الفصل 581 م.أ.ع.

-القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح الفصل 204 م.أ.ش.

-القانون عدد 84 لسنة 1992 المؤرخ في 6 أوت 1992 المتعلق بتنقيح الفصل 377 مكرر مجلة الحقوق العينية.

-القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الأحكام من مجلة الحقوق العينية.

-القانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أفريل 1995 المتعلق بالتمديد في مبدأ المفعول المنشئ للترسيم.

-القانون عدد 68 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 المتعلق بتنقيح وإتمام مجلة الحقوق العينية.

-القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أفريل 1998 المتعلق بالتمديد في مبدأ المفعول المنشئ للترسيم.

-القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 والمتعلق بتطبيق المفعول المنشئ للترسيم على بعض الرسوم العقارية.

-القانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرخ في 11 نوفمبر 2000 المتعلق بتنقيح القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحرير التشريع الخاص بالبعث العقاري.

-القانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001 والمتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة المرافعات المدنية والتجارية .

-القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أبريل 2001 المتعلق بتحسين الرسوم العقارية.

-القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001 المتعلق بتنقيح مجلة الحقوق العينية.

-القانون عدد 78 لسنة 2005 المؤرخ في 4 أوت 2005 المتعلق بتنقيح بعض الفصول الخاصة بملكية الطبقات.

-القانون عدد 29 لسنة 2006 المؤرخ في 15 ماي 2006 المتعلق بتنقيح الفصل 115 الخاص بالشفعة.

-القانون عدد 66 و 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلق بإرساء إجراءات التعقيب في أحكام التسجيل العقاري.

- القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المنقح للقانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أبريل 2001 المتعلق بالتحسين العقاري.

-القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية.

والملاحظ أنّ المشرّع التونسي اعتمد طريقتين في التسجيل، طريقة اختيارية ويتولّاها صاحب الحقّ العيني اختياراً وطريقة إجبارية تتولّاها الدولة. وقد نظم القانون العقاري لسنة 1885 إجراءات التسجيل الاختياري وبدأت تجربة المسح الإجمالي في تونس منذ يوم 25 مارس 1924 وتدعّمت مع بداية سنوات الاستقلال بعد صدور المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المتعلق بالتسجيل العقاري الإجمالي، ونص في فصليه الأوّل والثاني، على أنه سيجري التسجيل الإجمالي لجميع العقارات الفلاحية غير المسجلة بصفة تدريجية في كامل تراب الجمهورية، وفقاً لأحكام القانون العقاري، وطبق الطرق الخاصة المنصوص عليها بهذا المرسوم، كما يقع تعويض جميع الرسوم التقليدية

برسوم عقارية. ولم يحاول المشرّع تنقيح هذا المرسوم إلاّ في سنة 1977 بمقتضى الأمر المؤرّخ في 21 فيفري 1977 المتعلق بتطبيق إجراءات المسح العقاري على الأراضي الراجعة للدولة والوكالات العقارية للسكنى والسياحة والصناعة، وفي سنة 1979 بمقتضى القانون عدد 28 لسنة 1979 المؤرّخ في 11 ماي 1979 المتعلق بتنقيح مرسوم 1964 وبإلغاء أمر 1977.³¹⁶

ورغم هذه التّغييرات فقد بقيت ملامح النظام التّونسي مستقرّة على مرّ السّنات الفارطة. فقد قام القانون العقاري المؤرّخ في جويلية 1885 أساسا على ثلاثة مبادئ أساسيّة: أولها اعتماد مبدأ التّخصيص، وهو اعتبار الملكية على أنها تشخيص ذاتي للعقار قائم بذاته، دون اعتبار أسماء المالكين، وأصحاب الحقوق العينية، وذلك بضبط العقار بصفة دقيقة، بالاعتماد على مثال هندسي تتجزه المصالح الفنية، ويسند إلى العقار اسما وعددا، ويصبح ذات مستقلة ومشخصة بكل دقة، ثمّ تنقل هذه البيانات نهاية إلى السّجل لتكون شاهدا على حقيقة العقار وهويّته. وثانيا ضبط مالك العقار، ويكون ذلك بواسطة حكم عقاري نهائي يصدر عن هيئة قضائيّة أي المجلس المختلط، اعتمادا على المثال المصغر للعقار المذكور، وبعد إنجاز أبحاث استقرائيّة. وثالثا الإشهار بإقامة رسم عقاري اعتمادا على المثال الهندسي والحكم العقاري³¹⁷.

وتبدو ملامح القانون العقاري التّونسي في بداية ظهوره بعيدة عن المبادئ الشّخصيّة في الإشهار، حيث تبنّى أمر 1885 مبدأ التّخصيص والشرعية والثبوت المطلق للتّرسيمات مع بعض التعديلات، وحضر التّقديم المكسب، وأبعد مفعول التّرسيم المنشئ للحق، رغم أنّ هذا المبدأ كان واضحا تماما في المشروع الأوّل للقانون العقاري³¹⁸.

³¹⁶ الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 15-18 ماي 1979، عدد 33، صفحة 1412.

³¹⁷ -Pontois: Rapport sur la loi tunisienne du 1er Juillet 1885, revue algérienne et tunisienne de la législation et de jurisprudence, 1885, 1ère partie, p. 193 et suiv.

-Dain Alfred: Le système Torrens et son application en Tunisie et en Algérie, librairie éditeur Alger 1885,p.9 et suiv.

- Millot louis : un projet tunisien de reforme du regime de l'immatriculation, Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence 1925-I,p.19 et suiv.

³¹⁸ اعتمد المشرّع أخيرا هذا المبدأ بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 سابق الذّكر.

لكنّ التعديلات الأخيرة للأحكام الخاصة بالسجلّ العيني انطلقا من سنة 1992، وبحكم ظاهرة الرسوم المجمدة ورغبة المشرع في تجاوزها وضمان حق الدفاع في نفس الوقت³¹⁹، أخرجت نظام الإشهار العيني من صبغته العينية القاطعة وجعلت أحكامه رهينة جملة من القواعد الإجرائية المعقدة والمتشعبة في نفس الوقت قد تنتهي في معظم الصور إلى نزع الغاية من تنظيم نظام الإشهار العيني على وجه الإجمال³²⁰. وعلى ذلك الأساس فهو أبعد ما يكون عن حقيقة النظام العيني في الإشهار بل هو نظام يرمي إلى مراعاة حقوق الدفاع أكثر من مراعاة واجب استقرار الملكية.

وعلى كلّ حال فإنّ عملية التسجيل العقاري في تونس تتأسّس أولا وبالذات على مثال هندسي تعدّه مصلحة قيس الأراضي بطريقة فنيّة³²¹، ويحتوي هذا المثال على جميع أوصاف الأرض من مساحة وموقع وحدود، وهو الذي سيكون سند الحكم العقاري الذي تصدره المحكمة العقارية، بعد إجراء الأبحاث الاستحقاقية اللازمة ليحال جميع ذلك إلى إدارة الملكية العقارية التي تتولّى إقامة الرسوم العقارية ومسك السجلات، والغاية الأساسية من ذلك هي تطهير العقار بصفة نهائية من الحقوق التي لم تظهر في الوقت المناسب وقطعه عن حالته الاستحقاقية السابقة وتنظيمه مستقبلا بشكل يضمن مساهمته في الحياة الاقتصادية³²². وتتطلب هذه العملية تدخل ثلاثة أجهزة ضرورية، وهي: المحكمة العقارية وتعتبر الجهاز القضائي ومصلحة قيس الأراضي وتعتبر

³¹⁹ لكنه لا بدّ من الإشارة إلى أنّ إقرار المشرع أخيرا إمكانية الطعن سواء بالنسبة إلى التسجيل بداية من سنة 1995 ووصولاً إلى سنة 2008 أو التحيين بداية من سنة 2001 ووصولاً إلى سنة 2009 ينتهي إلى تغليب حقّ الدفاع والحق في الإثبات على حساب استقرار الملكية هدف نظام الإشهار العيني ويسقط عدّة مبادئ هامة في نظام الإشهار العيني.

³²⁰ على كحلون: أزمة السجلات العينية، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق.

³²¹ الحبيب الشّطّي: مثال العقار المسجّل، مداخلة أقيمت بمناسبة الاحتفال بمائويّة القانون العقاري أبريل 1987 سوسة، ومنشورة بكتاب المؤلّف ذاته تحت عنوان محاضرات في القانون العقاري، المجموعة الأولى، المرجع السابق، ص 5.

³²² لطفي العناي: الأسس الاقتصادية لبعث ومراجعة النظام العقاري، أعمال ملتقى تونس 1987 (غير منشور).

محاضرتنا حول مبدأ التطهير في القانون العقاري، مجموعة محاضرات المعهد الأعلى للقضاء تونس 19-18-ديسمبر 1992. (غير منشورة).
أحمد الرّحموني: خصائص التسجيل العقاري، القضاء والتّشريع، جوان 2002، ص 43 وما بعد.

الجهاز الفني وإدارة الملكية العقارية وتعتبر الجهاز الإداري³²³. وذلك هو ما يميّز التجربة التونسية مقارنة بما سبق³²⁴.

وقد أنشئت المحكمة العقارية بمقتضى الفصل 21 من القانون العقاري لسنة 1885، الذي حدد دورها ووظائفها، وقد تدخل المشرع العديد من المرات لإعادة هيكلتها وخاصة بموجب الأمر المؤرخ في 14 جوان 1886، والأمر المؤرخ في 25 فيفري 1897 والأمر المؤرخ في 15 أفريل 1899. وكانت تابعة للجهاز القضائي منذ البداية وتتركب من خمسة قضاة: ثلاثة فرنسيين واثنان تونسيين، وكانت تسمى "بالمجلس المختلط"، وأصبحت تسمى بعد الاستقلال بالمحكمة العقارية وحددت مجلة الحقوق العينية الصادرة بتاريخ 1965 وظائفها، كما نصّ الفصل 4 من الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1957 "على أن خطة الحاكمية بالمحكمة العقارية يتولاها حكام محاكم الحق العام". وهي تابعة لإشراف وزارة العدل. وتعتبر سلطة قضائية باعتبارها الجهاز الذي يتولّى البحث في القضايا المنشورة لديها لتحديد المالك الحقيقي ثم لتصدر حكما بالتسجيل.

وتعدّ المحكمة العقارية بتونس أو المجلس المختلط حسب التسمية القديمة هي المثال الوحيد في العالم باعتبارها محكمة مختصة في التسجيل العقاري³²⁵ ومن خلالها يمكن التأكيد على أنّ المشرع التونسي اختار الإجراءات القضائية في التسجيل لاعتبارات تاريخية ثابتة³²⁶.

323 علي كحلون: أحكام القانون العقاري التونسي، المرجع السابق، ص 29.

324 Soulmagnon Georges, op.cit., p.40.

Bousslama Abdelmajid: L'évolution du régime de la propriété immobilière en Tunisie, R.J.P.I.C. 1970, p. 683.

Biot.C : Du système tunisien de l'immatriculation foncière, B.E.S.T. avril 1949, n°27, p. 26.

325 لا يوجد مثال للمحكمة العقارية في العالم، فمعظم التجارب التي انحازت إلى الإجراءات القضائية مثل سوريا ولبنان عهدت باختصاص التسجيل لهياكل تابعة للقضاء العدلي ولم تنشئ محكمة خاصة بالتسجيل كما هو الشأن في تونس.

326 كانت المسائل العقارية قانونا من اختصاص المحاكم الشرعية منذ أمر 26 أفريل 1861، ونظمت إجراءاتها بموجب الأمر العلي الصادر بتاريخ 25 ماي 1876 كما هو منقح بموجب الأمر الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1896. (Paul Zeys, avec la collaboration de P.Pomonti: Code annoté de la Tunisie, Recueil de tous documents composant la législation écrite de ce pays au 1 janvier 1901, Nancy imprimerie berger-Levrault et compagnie, 18 rue des glaces 1901, p.

546 et 525) ولم تكن فرنسا لتطمئن لهذا الاختصاص، " وكان يجب لحماية الرأسماليين الفرنسيين، رجال الاستعمار، إبعادهم عن المحاكم التونسية (Ali Mahjoubi, op.cit., p. 294). " وكما انتقدت هذه المحاكم بأنها عشوائية وحادة باعتبار أن أحكامها لا تقبل الطعن بالاستئناف، ومن ثم كان من الضروري التفكير في إنشاء محاكم فرنسية فيعود لها هذا الاختصاص وتحتكم في نفس الوقت إلى تشريع حديث تطمئن له سلطات الحماية ويكون خير سند لمصالح القادمين الجدد. ورغم أنه عُرف على سياسة الحماية مراعاتها للجوانب الدينية، وربما آخر ذلك في زمن اتخاذ القرار، إلا أنه لم يكن السبب المباشر في تأخير سحب الاختصاص بداية من دائرة مرجع نظر المحاكم الشرعية. فقد كانت سلطات الحماية تخشى من تمسك بقية الدول الأوروبية بمطلب إلحاق هذا الاختصاص بنظام امتيازها التقليدي كلما تعلّق الأمر بأحد رعاياها، فعزمت بذلك على تأخير قرار السحب وأن لا تنطق به إلا بعد إلغاء نظام الامتيازات الأجنبية، فيخلو لها الحال حينئذ في فرض الطريقة التي تراها صالحة. والمؤكد أن السلطات الفرنسية في ذلك الوقت كانت مدركة لأهمية سحب هذه القضايا، ولعلها فكرت في تفعيل طريقة حسنة تضمن بها رضا معظم الأطراف، فلقد كتب الوزير المقيم " كنبون " منذ شهر أبريل 1883 " أنه لا يجب التفكير في إسناد الاختصاص إلى محاكمنا في المادة العقارية، خشية أن تخرج أرض المملكة من دائرة القوانين المحلية لتغطيها قوانين البلدان الأوروبية (Ali) A.E.Tunis.Vol 73. Cambon à Challemel-Lacour.Tunis, 28 avril 1883, in Mahjoubi :op.cit., p. 295). " ولذلك كان من الضروري إلغاء المحاكم القنصلية قبل كل شيء، وهو ما تمّ فعلا.

لقد كانت السلطات الفرنسية مدركة منذ البداية أنه يتعدّد عليها بسط سيطرتها بالكامل إلا إذا توصّلت إلى إلغاء الامتيازات الأجنبية، وسخّرت لهذا الغرض جميع الإمكانيات المتوفّرة (وتقول كتب التاريخ أن فرنسا جلبت الكردنال Lavigerie من الجزائر، وقد عمل على إنشاء عدد من المدارس الفرنسية، وأحكم قبضته على الكنيسة الكاتوليكية، ووجد الدعم الكامل مادياً وأدبياً من الحكومة الفرنسية. كما استغلّت فرصة انشغال بريطانيا بالأراضي المصرية لإنهاء الامتيازات الأجنبية). وصدر أولاً قانون 27 مارس 1883 القاضي بإنشاء المحكمة الفرنسية بتونس، وقد نصّ على أن اختصاصها يمكن أن يتوسّع ويمتدّ بقرار يتّخذها الباي، وأنشئت أول محكمة فرنسية بتونس بتاريخ 24 أبريل 1883، بعد أن أصدر الباي أمره بتطبيق القانون الفرنسي بتراب المملكة التونسية بتاريخ 18 أبريل 1883، وأمضى الباي كذلك بتاريخ 5 ماي 1883 على أمر يمدّد في اختصاص المحاكم الفرنسية لجعلها تختصّ بالنظر في القضايا التابعة للأجانب الذين سيفقدون المحاكم القنصلية التابعة لهم. وطالبت فرنسا على ضوء ذلك القوى الأوروبية بالتخلّي عن محاكمها القنصلية طال أنها وفّرت البديل، وفعلاً استجابت عدّة دول مثل ألمانيا والنمسا وبروسيا واليونان، ولم تتخلّ بريطانيا عن ذلك إلا بعد أن وضعت جملة من الشروط الهامة (لم تتخلّ بريطانيا عن امتيازاتها إلا بعد أن وضعت جملة من الشروط، ومن أهمّها حقّ رعاياها في إخضاع جملة النزاعات للتحكيم مسبقاً. لكنّ فرنسا رفضت في البداية بعلّة أن القضايا الاستحقاقية من اختصاص المحاكم الشرعية، والحقيقة أن فرنسا كانت تريد إبعاد الأملاك العقارية والمالية عن السيطرة الأجنبية. لكنّ رغبة فرنسا في إنهاء الامتيازات الأجنبية حملها إلى الموافقة على اختصاص المحاكم الفرنسية في النظر في الدعاوى الاستحقاقية إذا كان أحد المتقاضين أوروبياً). والأمر نفسه بالنسبة إلى إيطاليا (لم تتخلّ إيطاليا عن امتيازاتها إلا بعد أن تعهّدت السلطات الفرنسية بتقنين المادة العقارية). وهكذا أمكن لفرنسا أن تسيطر على معظم الحياة القضائية (فبعد أن أنشئت المحكمة الابتدائية بتونس في 16 أبريل 1883 مع ست محاكم صلح (تونس، حلق الوادي، بنزرت، سوسة، صفاقس، الكاف)، انشئت بتاريخ أكتوبر 1887: 10 محاكم صلح (عين دراهم، باجة، نابل، قابس، جربة، قفصة، سوق الإربعاء، مكتر، القيروان، توزر)، وفي شهر ديسمبر 1887 أنشئت محكمة ابتدائية بسوسة.

يراجع في جميع ذلك، الشيباني ببلغيث، النظام القضائي في البلاد التونسية، 1857-1921، مكتبة علاء الدين صفاقس (2002)، فتتطرّف في جميع القضايا المدنية والتجارية والجزائية بين الأوروبيين والتونسيين باستثناء القضايا المتعلقة بالحالة الشخصية والميراث فتبقى من اختصاص المحاكم الشرعية، وتستأنف القضايا إلى محكمة الجزائر الكبرى. ورغم توسيع نطاق مرجع نظر المحاكم الفرنسية بموجب أمر 31 جويلية 1884 إلا أن القضايا العقارية بقيت خارجة عن اختصاص المحاكم الفرنسية، لكنّ الفصل الخامس من هذا الأمر نصّ على تكوين لجنة " بهدف الإعداد لتقنين القوانين الخاصة بالملكية العقارية في تونس، وتصوير الحالات التي يمكن فيها إحالة الاختصاص في المادة العقارية إلى المحاكم الفرنسية. "

وإذا تأخّرت السلطات الفرنسية في استبعاد المحاكم الشرعية، بعد أن ألغت الامتيازات الأجنبية، فإنّ ذلك لا يمكن أن يفسّر في حقيقة الأمر إلا بصعوبة تجاوزها وتجاوز الفقه الإسلامي من ورائها باعتبارها تحمل لغة الدين وتحمي ضوابطه. وكانت فرنسا مدركة لأهمية هذا العنصر بالذات وواعية لمدى تأثيره في الأوساط الرّيفية والحضرية، وفكرت ملياً في أنه في صورة سحب القضايا منها، وهو ما يجب أن يتمّ في نهاية الأمر،

وأشار القانون العقاري المؤرخ في 1885 إلى مصلحة قيس الأراضي، وتأسست بموجب الأمر المؤرخ في 21 أبريل 1886 وسميت في البداية "بإدارة رسم الأمثلة الأرضية". ثم أصبحت تسمى ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط بموجب القانون عدد 100 لسنة 74 المؤرخ في 25 ديسمبر 1974 وهي مؤسسة عمومية ذات صبغة صناعية وتجارية تخضع لإشراف وزارة التجهيز³²⁷. غير أنه بعد تنقيح القانون عدد 100 لسنة 1974 بموجب القانون عدد 26 لسنة 2009 المؤرخ في 11 ماي 2009 أصبح الديوان يسمى "ديوان قيس الأراضي والمسح العقاري"³²⁸. ويعتبر الديوان جهازاً فنياً باعتباره المؤسسة التي

فلا بد من توفير الظروف المناسبة لجعل العملية تنتهي بسلا، فكان ظهور المجلس المختلط كحتمية منطقية باعتباره آلية حديثة ومقنعة بحكم الطبيعة المختلطة لأعضائه وانعزاله شيئاً ما عن المحاكم الفرنسية. والحقيقة أن إزاحة المحاكم الشرعية من دائرة الاختصاص في مطالب التسجيل بحجة "صغتها الدينية وطول إجراءاتها"، واستبعاد المحاكم الفرنسية بحجة اختصاصها بالنظر في القضايا المتعلقة بالأوروبيين، كان "استجابة لحاجة خاصة"، وقد ربط "كنبون" المقيم العام من حيث الظاهر بين هذه الحاجة الخاصة ومقتضيات المفهوم الحديث للملكية الوارد بالقانون العقاري الجديد بقوله "لقد فكرنا في جمع مجهود إعداد الملكية مع قضاء سريع يختص بمراقبة تنفيذ القانون وحسم النزاعات التي قد تحدث جراء تطبيقه"، والواقع أن المجلس المختلط لم ينشأ بهذه التركيبة وهذه الصورة وما كان لينشأ أصلاً إلا لغاية ضمان المصالح الفرنسية وتحديد مصالح الرأس المال الغربي، مع الأخذ بعين الاعتبار تأثيرات المحيط السياسي والثقافي. حيث كان بالإمكان منذ البداية إلغاء المحاكم الشرعية وإحالة اختصاصها إلى المحاكم الفرنسية بعد إنشائها، لكن أسلوب الحماية المميز في عدم إحداث القطيعة مع الواقع، جعل القوات الفرنسية تفكر في إحداث هذا الهيكل الخاص استجابة لمطلب حماية رأس المال بداية وطمانة لرغبات الأوروبيين ثانياً وتناسقا مع عادات البلاد ثالثاً، فيختص المجلس المختلط بجنسياته المختلفة بالنظر في مطالب التسجيل وإذا قضى بتسجيل العقار خضع للقانون الحديث، ومع ذلك تبقى المحاكم الشرعية مختصة بالنظر في قضايا الميراث والحالة الشخصية حتى بعد تسجيل العقار، وتبقى كذلك مختصة بالنظر في القضايا المتعلقة بالعقارات غير المسجلة، ولم تكن فرنسا مبهجة لهذا الاختصاص، وفكرت أكثر من مرة في تقليص هذا الدور، وكان ذلك خاصة بمناسبة صدور مجلة الالتزامات والعقود سنة 1906 وأمر 23 جانفي 1935 المتعلق بنظام العقارات غير المسجلة.

وهكذا يلاحظ أن القوات الفرنسية عرفت فعلاً صعوبات جمة في تجاوز المجالس الشرعية، وتؤكد أن المجلس المختلط أنشئ خصيصاً لسحب القضايا العقارية من أنظار المجالس الشرعية بطريقة تضمن المصالح الغربية دون التصادم مع ثقافة البلاد وعادات أهلها حتى لا يبقى التغيير آثاره السيئة. وأن أعلام أن القوات الفرنسية سلكت سياسة مرحلية بهدف نزع هذه المجالس من اختصاصاتها التقليدية لوضع الأسس المنطقية في اتجاه القضاء عليها مطلقاً، وهو ما تم فعلاً في نهاية الأمر.

ورغماً عن ذلك سجل التاريخ خشية التونسيين من هذا الاختصاص الحديث، وهو القائم على أنقاض اختصاص ديني، ولم تنزع علامة الاستعمار عن هذا الهيكل، ولم تتقدم مطالب التسجيل الصادرة عن التونسيين إلا أخيراً متى حققت هذه الآلية أهدافها بالنسبة إلى الأوروبيين.

يراجع في جميع ذلك، على كحلون: أزمة السجلات العينية في البلاد التونسية، مرجع سابق.

³²⁷ يضاف إلى ذلك الأمر عدد 38 لسنة 1977 المؤرخ في 12 جانفي 1977 المتعلق بالقانون الأساسي لأعوان الديوان.

³²⁸ يذكر أن القانون عدد 26 لسنة 2009 المؤرخ في 11 ماي 2009 المتعلق بتنقيح القانون عدد 100 لسنة 1974 المؤرخ في 25 ديسمبر 1974 المتعلق بإحداث ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط، الرائد الرسمي عدد 38 ص 1686، قد سحب من ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط مهمة إعداد الخرائط بعد أن ألغى كلمة خرائط من الفقرة الأولى من الفصل 4 وعبارة رسم الخرائط من الفقرة "أ" من الفصل 6 من القانون المذكور وألغى الفقرة "ب" من الفصل 5 من القانون عدد 100 لسنة 1974 وعوضها بما يلي

تتولى قانونا إعداد الأمثلة الهندسية للأراضي موضوع التسجيل بطريقة فنية تمكن من معرفة مساحة العقار وموقعه وحدوده في أية لحظة وذلك بربط العقار بخطوط جامدة وغير متغيرة.

"تنفيذ الأشغال الضرورية لضمان إنشاء شبكة جيوديزية تغطي كافة مناطق البلاد والمحافظات عليها". وأبدل تسمية الديوان حيث أصبح يسمى "ديوان قيس الأراضي والمسح العقاري".

ويذكر كذلك أن القانون عدد 24 لسنة 2009 المؤرخ في 11 ماي 2009 المتعلق بتنقيح القانون عدد 83 لسنة 1988 المؤرخ في 11 جويلية 1988 المتعلق بإحداث المركز الوطني للاستشعار عن بعد أسند مهمة إعداد الخرائط لهذا المركز وأصبح المركز يسمى "المركز الوطني لرسم الخرائط والاستشعار عن بعد" وعوضت أحكام الفصل 2 من هذا القانون بالأحكام التالية، تحديدا لمهام المركز، حيث أصبحت مهام المركز الوطني لرسم الخرائط والاستشعار عن بعد تتمثل خاصة في ما يلي:

1- إعداد الخرائط الأصلية والخرائط البحرية والخرائط الفضائية والخرائط الموضوعية وأمثلة المدن وجمع الوثائق المتعلقة بذلك قصد تكوين محفوظات وطنية في هذه المادة والتصرف فيها ونشرها والاتجار فيها بعد الحصول على موافقة وزارة الدفاع الوطني.

2- القيام بأنشطة التصوير الجوي على كامل التراب الوطني أو الإشراف عليها عند القيام بها من قبل الغير.

3- تنفيذ الأشغال الضرورية لإنشاء وصيانة شبكة لقيس الارتفاع بالتنسيق عند الاقتضاء مع ديوان قيس الأراضي والمسح العقاري وشبكة لقيس الجاذبية بصفة مضبوطة تغطي كافة مناطق البلاد.

كما يتولى إنجاز الأشغال المتعلقة بالمعلومات الجغرافية خاصة منها تقنيات التموقع الجغرافي بواسطة الأقمار الاصطناعية والاستشعار عن بعد وإنشاء قواعد معطيات جغرافية خاصة بالتراب التونسي وتعيينها، وكذلك إنجاز مختلف أشغال قيس الأراضي باستثناء تلك التي تهدف إلى إعداد الوثائق المتعلقة بتسجيل الملكية العقارية والمسح العقاري.

4- إنجاز الأشغال الخاصة بالمحافظة على العلامات الحدودية وكل ما يجسم الحدود الدولية للبلاد.

5- جمع معطيات في ميدان الاستشعار عن بعد وإعدادها فنيا وتوزيعها وتخزينها.

6- توظيف تقنيات الفضاء والاستشعار عن بعد لإنجاز الدراسات في مجال الدفاع الوطني والتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

7- القيام بالدراسات والبحوث التقنية والعلمية في مختلف مجالات اختصاصه وتأمين التكوين فيها بمقابل.

8- إسداء خدمات بمقابل لفائدة الهياكل العمومية والأشخاص الطبيعيين والمعنويين التونسيين أو الأجانب والمنظمات الوطنية أو الدولية.

9- تقديم المساعدة والقيام بعمليات مراقبة الأشغال التي يتم إنجازها من قبل المؤسسات العمومية والخاصة في مجالات اختصاصه وذلك قصد المصادقة على مطابقتها الفنية لمقاييس ومعايير يتم تحديدها بقرار من وزير الدفاع الوطني.

10- الإشراف على تنظيم قطاع الجغرفة الرقمية، وفي هذا الإطار يقوم المركز بالمساهمة في إعداد مشاريع النصوص التشريعية والترتيبية المتعلقة بتنظيم قطاع الجغرفة الرقمية. وضبط المرجعيات الوطنية في مجال الجغرفة الرقمية والمصادقة على دراسات الشروط المتعلقة بإنجاز أنظمة معلومات جغرافية لفائدة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والمنشآت العمومية. والمصادقة على المطابقة الفنية لتجهيزات ومعدات الجغرفة الرقمية مع المواصفات الوطنية أو العالمية.

11- تمثيل الجمهورية التونسية لدى المنظمات الدولية المختصة.

وقد أحييت بالمناسبة بعنوان الملكية لفائدة المركز التجهيزات والمعدات والوثائق والمحفوظات الراجعة بالملكية إلى ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط والمتعلقة بالأنشطة المذكورة. وعهد كذلك للمركز بمواصلة العمليات التي تعهد بها ديوان قيس الأراضي والتي تأتي ضمن المهام الجديدة المسندة للمركز. وكان ينتظر أن تعدل مهام الخير في المساحة كما وردت بقانون 2002 على ضوء هذه التغييرات فيما يتعلق بمهمة إعداد الخرائط، لكنّ المشرع لم يفعل.

ونصّ قانون 1885 على إدارة الملكية العقارية،³²⁹ وكانت تسمى في البداية "بمحافظة الملك العقاري أو محافظة دفتر خانة"، وقد تمّ تنظيمها أول مرة بموجب الأمر المؤرخ في 14 جوان 1886،³³⁰ الذي عرف جملة من التّقيحات الهامة.³³¹ وألحقت في البداية بإدارة المالية بموجب أمر 28 فيفري 1897، ثم بوزارة العدل بعد الاستقلال بموجب القانون عدد 66 لسنة 1970 المؤرخ في 31 ديسمبر 1970 المتعلّق بقانون المالية لتصرّف سنة 1971،³³² وأصبحت اليوم تحت إشراف وزارة أملاك الدولة بموجب القانون عدد 61 لسنة 1991 المؤرخ في 22 جويلية 1991 المتعلّق بإدارة الملكية العقارية،³³³ وقد حددت مجلة الحقوق العينية مهامها وسلطتها واختصاصها،³³⁴ وأصبح الأمر عدد 2788 لسنة 1999 المؤرخ في 13 ديسمبر 1999 هو المنظم لإدارة الملكية العقارية بعد أن ألغى جميع النصوص السابقة.³³⁵ وتسمّى بالجهاز الإداري باعتبارها

³²⁹ الهادي المحيرصي : إدارة الملكية العقارية في عهدها الجديد، القضاء والتّشريع، جويلية 1967، ص 93.

الحبيب عبد السلام : علاقات إدارة الملكية العقارية بالمحاكم (بالفرنسية)، مائوية القانون العقاري، المرجع السّابق، ص 163.

³³⁰ الرّائد الرّسمي 17 جوان 1886، ص 113.

وأهمّ ما جاء بهذا الأمر هو التّركيز على مسؤوليّة حافظ الملكية والزامه بضرورة تأمين ضمان سواء من المنقول أو العقار، وثانيا تنظيم الدّفاتر، وثالثا عناصر لها علاقة بالمالية والمحاسبة.

³³¹ لعلّ أهمّها صدر بموجب أمر 16 مارس 1892 وأمر 28 فيفري 1897 وأمر 10 مارس 1921 وأمر 20 ديسمبر 1919 وأمر 6 ديسمبر 1898 وأمر 28 جوان 1945 وأمر 19 جوان 1932.

³³² نصّ الفصل 36 من قانون المالية عدد 66 لسنة 1971 على ما يلي: "أحدثت مؤسسة عموميّة يطلق عليها اسم إدارة الملكية العقارية، وتكون هذه المؤسسة تابعة لوزارة العدل، وتتمتع بالشّخصيّة المدنيّة والاستقلال المالي ولها ميزان ملحق ترتبياً بميزان الدولة." (الرّائد الرّسمي الصّادر بتاريخ 29-31 ديسمبر 1970). والحقيقة أنّ المرسوم المؤرخ في 21 فيفري 1964 والمتعلّق بتنقيح القانون العقاري وإعادة تنظيم دفتر خانة نصّ بالفصل 20 منه على أنّ "مصالح إدارة الملكية العقارية تلحق مستقبلا بكتابة الدولة للعدل بمجرد نشر هذا المرسوم".

³³³ نصّ الفصل الأوّل والوحيد من هذا القانون على ما يلي: "ألحقت المؤسسة العموميّة المسماة إدارة الملكية العقارية بوزارة أملاك الدولة والشؤون العقارية".

³³⁴ وذلك بعد أن ألغى القانون العقاري لسنة 1885 بموجب القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 والمتعلّق بإصدار مجلة الحقوق العينية.

³³⁵ على إثر صدور مجلة الحقوق العينية صدر الأمر عدد 944 لسنة 1981 المؤرخ في 8 جويلية 1981 المتعلّق بإعادة تنظيم الإدارة المركزيّة للملكية العقارية (الرّائد الرّسمي 17 و21 جويلية 1981، عدد 48، ص 1760)، ثمّ سرعان ما وقع تنقيحه بموجب الأمر عدد 1322 لسنة 1982 المؤرخ في 2 أكتوبر 1982 (الرّائد الرّسمي 8 أكتوبر 1982، عدد 64، ص 2105)، كما تمّ تنظيم الإدارات الجهويّة بموجب الأمر عدد 525 لسنة 1981 المؤرخ في 22 أبريل 1981 كما هو منقّح بموجب الأمر عدد 641 لسنة 1984 المؤرخ في 7 جوان 1984، ثمّ بموجب الأمر عدد 534 لسنة 1991 المؤرخ في 8 أبريل 1991 المتعلّق بتنظيم الإدارات

المشرفة على حفظ الدفاتر العقارية، أي أن جميع أحكام المحكمة العقارية تحال وجوباً بعد إضافة المثال الهندسي المعد من طرف مصلحة قيس الأراضي إلى إدارة الملكية العقارية التي تتولى إقامة الرسم العقاري، وبالتالي فإن جميع العمليات العقارية المتعلقة بالرسم العقاري إجمالاً يجب أن ترسم بإدارة الملكية مبدئياً حتى يقع الاحتجاج بها إزاء الغير أو أنها تتكون حسب مقتضيات التشريع الحديث³³⁶.

الفصل الثاني: مبادئ الإشهار العيني

قدّمنا أنّ مبادئ السجلات العينية تأثرت كثيراً بنظام تسجيل السفن، بل نقلت أغلب أحكامه.³³⁷ فأصبح العقار في هذا النظام العيني مستقلاً بعينه بمعنى أن يوصف العقار بدقة حدًا ومساحة وموقعا ويخصّص له صفحة بالسجل لبيان هذه الأوصاف، ومن هنا جاء ما يعرف بمبدأ التخصيص *principe de spécialité*. ولا تدرج بهذا السجل إلا الحقوق والرّسوم التي خضعت لدراسة مسبقة وهذا ما يعرف بمبدأ الشرعية *principe de légalité*. والأهم في ذلك

الجهة للملكية العقارية وضبط مشمولاتها (الرّائد الرّسمي 26 أبريل 1991، عدد 28، ص 635) الذي ألغى الأمر عدد 525 كما هو منقح. وبصدور الأمر عدد 1540 لسنة 1992 المؤرخ في 15 أوت 1992 المتعلق بإعادة تنظيم الإدارة المركزية والإدارات الجهوية للملكية العقارية ألغيت جميع النصوص السابقة المشار إليها (الرّائد الرّسمي 11 سبتمبر 1992، عدد 60، ص 1172)، ولم يعمّر الأمر عدد 1540 كثيراً حيث ألغى بموجب الأمر عدد 2788 لسنة 1999 وهو النص المنطبق حالياً (الرّائد الرّسمي 24 ديسمبر 1999، عدد 103، ص 3095).

هذا وقد ضبط الأمر عدد 126 لسنة 1971 المؤرخ في 1 أبريل 1971 القانون الأساسي لحافظ الملكية العقارية حيث نصّ الفصل الأول منه على أنّ حافظ الملكية العقارية يتمتع بما يتمتع به مدير إدارة مركزية من رتبة وأجرة وامتيازات (الرّائد الرّسمي 2-6 أبريل 1971، ص 432)، ثم أصبح يتمتع برتبة مدير عام لإدارة مركزية بموجب الأمر عدد 8 لسنة 1974 المؤرخ في 5 جانفي 1974 (الرّائد الرّسمي 11 جانفي 1974، ص 46)، وارتقى أخيراً بموجب الأمر عدد 1540 لسنة 1992 المشار إليه والمغى بموجب الأمر عدد 2788 لسنة 1999 المشار إليه إلى رتبة كاتب عام وزارة، وهي الرتبة الحالية.

³³⁶ Mbarki Adel :La conservation de la propriété foncière,op.cit.,p. 74 et suiv.

³³⁷ Emmanuel du Pontavile: fraude dans les transferts immobiliers et securité des tiers R.T.D.civ.1963, p.649.

هو سقوط الآثار القانونية للكاتب في نقل أو نشأة الحق، ويصبح التّرسيم بالسّجل هو المنشئ للحقّ العيني وهذا ما يعرف بالمفعول المنشئ للتّرسيم le principe constitutif de l'inscription. ولهذا التّرسيم قوّة ثبوتية مطلقة في مواجهة الكافة force probante absolue. ولمزيد حماية المتعاملين مع الرّسم استبعدت الحياة باعتبارها طريقة من طرق نقل الملكية أو نشأته حسب البعض³³⁸.

والملاحظة الأساسية في جميع ذلك أنّ هذه المبادئ تعدّ استثناءً للنظرية العامة للالتزامات فليس للإرادة أي أثر في نقل الملكية والنظرية العامة للأموال فليس للحياة أي أثر في كسب الحق والنظرية العامة للإجراءات فليس للأحكام أي أثر في انتقال الملكية، وأكثر من ذلك فإنّ هذه المبادئ لا تحقق الهدف إلا إذا اجتمعت وما نقص منها أي عنصر³³⁹.

إنّ فمبدأ التّخصيص (المبحث الأوّل) ومبدأ الشّرعية (المبحث الثاني) ومبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم (المبحث الثالث) ومبدأ القوّة الثبوتية (المبحث الرابع) وحظر التّقادم (المبحث الخامس) هي المبادئ الأساسية التي قام عليها نظام السّجلات العينية.

المبحث الأوّل: مبدأ التّخصيص

يعتبر مبدأ التّخصيص الأساس في تنظيم السّجلات العينية، وهو أن يخصّص للعقار ذاته صحيفة بالسّجل ويشار بها إلى جميع ما يمكن أن يعرف به من مساحة وموقع ومحتوى وحدود، والأهمّ في ذلك أن يصبح العقار في حدّ ذاته الأصل في التّخصيص وتبقى هويّة المالك مجرد عنصر من العناصر المعرّفة بالعقار، ولا يقف الأمر عند ذلك الحدّ، بل إنّ هذا العقار يكتسب اسماً جديداً وتحفظ حدوده بمثال هندسي يعدّ بطريقة فنية. ولعلّ أهميّة هذا المبدأ تكمن أولاً في أنّه الأساس في التعريف بنظام السّجلات العينية، وثانياً في قدرته على

³³⁸ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، المجلد التاسع، ص 8.

³³⁹ علي كحلون: نظام السجل العقاري، نشر مجمع الأعراس للكتاب المختص، 2009، ص 90 عدد 111 وما بعد.

احتواء أهم المبادئ في السجلات العينية وهي المفعول المنشئ للتسجيل والقوة الثبوتية له.

ويشار إلى أن مبدأ التخصيص، يوجب بالضرورة القيام بأعمال أولية تتمثل في ضبط العقار حدًا وموقعًا ومساحة، وإعداد ورقة وصفية لا تبلى مع الزمن، وليس أي عقار، بل كامل تراب الجمهورية، أي مسح كامل تراب الجمهورية. وليس بأي طريقة، بل بطريقة فنية تعتمد على هندسة معينة في تشخيص العقار وربطه بعلامات ثابتة ورفع مساحته، ونهاية حفظ الرسومات المتعلقة به. ثم إنه بعد تسجيل العقار يفترض أن تودع نتيجة تلك الأعمال بسجلات عامة تحقيقاً لمبدأ التخصيص. ولا شك في أن تحقيق هذا المبدأ وإنجازه على أرض الواقع ليس من الأمور الهينة كما يتبادر إلى الذهن، بل يطلب تخصيص جانب كبير من المال العام لإنهاء المطلوب. ويكفي الرجوع إلى ميزانية الدولة، ومخططات التنمية،³⁴⁰ والقروض المعتمدة لتمويل المشروع،³⁴¹ حتى ندرك حجم الإنفاق

³⁴⁰ جاء بالمخطط الثامن 1992-1996 أن الهياكل المعنية بالتسجيل العقاري ستدعم بإنجاز حجم هام من الاستثمارات ويقدر بحوالي 30.2 مليون دينار بالأسعار القارة لسنة 1990 مقابل 5 مليون دينار فقط بالنسبة إلى فترة المخطط السابع. وسترصد الاستثمارات المبرمجة للميادين التالية: الاستثمارات بالألف دينار ديوان قيس الأراضي إدارة الأملاك العقارية المحكمة العقارية المجموع اقتناء معدات لقيس الأراضي ورسم الخرائط 8.332-8.332 اقتناء معدات الإعلامية 945-945 اقتناء سيارات 8002851.9002.985 بناءات المصالح الجهوية والمركزية 2.8706.6002.60012.070 تجهيزات مكتبية 2781.8001502.228 مساعدة فنية وتكوين 600-600 أداءات وتأمين 2.000-2.000 استثمارات غير موبة 2204703501.040 المجموع 30.2005.00030.200 ويتطلب إنجاز هذا البرنامج من الاستثمارات تمويلات تبلغ ما يقارب 40.2 مليون دينار بالأسعار الجارية منها 33.5 مليون دينار في شكل تمويل ذاتي من ديوان قيس الأراضي (20.1 م د) ومن إدارة الأملاك العقارية (13.4 م د) و 6.7 مليون دينار توفرها ميزانية الدولة لتغطية استثمارات المحكمة العقارية. وقدرت الاستثمارات المخصصة لبرنامج التسجيل العقاري بالنسبة إلى المخطط التاسع 1997-2001 بحوالي 40 م د بأسعار 1996 مقابل 16.8 م د تم إنجازها خلال فترة المخطط الثامن، وهي موزعة كما يلي:

الاستثمارات (م د) ديوان قيس الأراضي إدارة الملكية العقارية الدولة المجموع التسجيل العقاري 9.510.52.0 (المحكمة العقارية) 22.0 أملاك الدولة 8.08.0 تصفية الأراضي الدولية-- 10.010.0 إلى جملة 9.510.520.040.0 وقد بلغت الاستثمارات المنجزة فعلياً خلال المخطط التاسع بحوالي 28.6 م د مقابل تقديرات بـ 40 م د أي بنسبة إنجاز تقدر بـ 71.3 منها 15.0 م د تم تمويلها عن طريق ميزانية الدولة وحوالي 13.5 م د عن طريق الموارد الذاتية لديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط وإدارة الملكية العقارية.

الذي تحمّله الدولة ومازالت تتحمّله. ويخلص من ذلك أنّه نظام متشعب ومكلف للغاية سواء على مستوى إنجاز السجلات العينية أو على مستوى حفظها.³⁴² ففي مصر ورغم تبني المشرّع منذ سنة 1964 لنظام السجلات العينية، إلّا أنّه لم يتمكّن من تطبيق مبادئه، وكان العنصر المالي من أهمّ الأسباب، " وقد بدأت الدولة محاولة تطبيق قانون السجلّ العيني بعد مضيّ عشر سنوات كاملة على صدور هذا القانون حيث اعتمدت لهذا الغرض في ميزانية سنة 1974 مبلغ 149000 جنيه، واختارت له قرية المنوات بمحافظة الجيزة التي لا تزيد مساحتها على 1700 فدّان وانفقت على هذه المحاولة مبالغ طائلة دون أن تحقّق الهدف الذي من أجله رصدت الدولة هذه المبالغ في ميزانية سنة 1974 ثمّ في ميزانية 1975.³⁴³ وإذا كان رجال القانون يرجعون الأسباب إلى " أنّ هذه المحاولة أو التجربة لم تقم على الأسس العلميّة والعملية والقانونيّة الصحيحة،"³⁴⁴ فالحقيقة أنّ

هذا وقد قدرّت الاستثمارات المباشرة للمخطّط العاشر 2002-2006 بـ 53.4 م د مقابل إنجازات خلال المخطّط التاسع بـ 28.6 م د منها 35.9 تمويل ذاتي (ديوان قيس الأراضي 14.8 وإدارة الملكيّة العقارية 21.1) و17.5 ميزانية الدولة. وهي موزعة كما يلي:

م. د تمويل ذاتي ميزانية الدولة الجملة التسجيل العقاري 35.92.538.4 أملاك الدولة غير الفلاحية- 6.76.7 التصفية العقارية للأراضي الدولة الفلاحية- 8.38.3 المجموع 35.917.553.4 ويلاحظ من خلال ذلك أنّ الدولة التونسية أنفقت فعلياً خلال المخطّطين الثامن والتاسع فقط 1992-2001 ما يعادل 45.4 م د. هذا وقد تقرّر منذ سنة 1999 بموجب القانون عدد 101 لسنة 1999 المؤرخ في 31 ديسمبر 1999 المتعلّق بقانون المالية لسنة 2000 (الفصل 15) إحداث مساهمة في مصاريف عمليات التسجيل العقاري الإجباري يتحمّلها المالكون المتفعون بهذه العمليات توظّف لفائدة صندوق دعم تحديد الرصيد العقاري. ويحدّد مبلغ المساهمة كما يلي: 20 مليماً على كلّ متر مربع بالنسبة إلى الأراضي الواردة في أمثلة الهيئة العمرانية ودوائر التّدخل العقاري باستثناء المناطق الخضراء و10 دنانير على كلّ هك بالنسبة إلى الأراضي الأخرى. وتجدر الإشارة إلى أنّ الصندوق يتولّى المساهمة في إنجاز المسائل العقارية ومن أبرزها تغطية جزء من كلفة التسجيل العقاري. وحدّدت ميزانية هذا الصندوق خلال المخطّط العاشر بـ 37.0 م د منها 17 م د كمساهمة من الدولة في تكاليف تحديد الرصيد العقاري و20 م د للحساب الخاص في الخزينة بعنوان صندوق دعم الرصيد العقاري.

³⁴¹ Voir : SAGRIC International, projet de cadastre national à buts multiples en Tunisie, en association avec the South Australian département of Land, 1985.3 volumes, 582 pages.

ويراجع كذلك مداولات مجلس النواب، الرّائد الرّسمي عدد 30 جلسة الثلاثاء 28 أبريل 1992، ص 38. كلمة وزير العدل آنذاك.

³⁴² Mbarki Adel : La conservation de la propriété foncière, op.cit., p.14 et suiv.

³⁴³ إبراهيم أبو النّجا، السّجلّ العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 20.

³⁴⁴ إبراهيم أبو النّجا، المرجع السابق، ص 20.

مردّ ذلك بدون شكّ يعود إلى التّشعّب والكلفة في مبادئ السّجلّ العيني. وينطبق هذا المثال على عدّة تجارب في العالم.

المبحث الثاني: مبدأ الشرعيّة

أوردت مجلة الحقوق العينية مبدأ الشرعية *principe de légalité* بالفصول 306 و 390 و 392 م.ح.ع . ويُعرف مبدأ الشرعية بأنه القدرة القانونية والواقعية على إخضاع الرسوم المقدمة للتسجيل أو الترسيم لمراقبة ودراسة المحقق. فلا تقبل الوثائق المقدمة إلا بقدر مطابقتها للقواعد القانونية. والأكد أن نظاما يعترف فيه بقوة الترسيمات يجب أن يشترط فيه بداية مستوى معيّن من الدّراسة والتّثبت والتّحقّق من التّسلسل الشرعي للملكيّة. فلا أقلّ أن تخضع الرّسوم المقدّمة لنوع من الدّراسة من حيث الشّكل والأصل، لقبول بعضها ورفض البعض الآخر منها. ولا بدّ أن يتوفّر الهيكل المناسب لإتمام وإنجاز هذا المطلب.

فتتكفل المحكمة العقارية إذا طلب منها تسجيل العقار أوّل مرّة بجميع الأبحاث والاستقراءات. وبعد تسجيل العقار تتولّى إدارة الملكيّة العقاريّة مراقبة الكتائب المراد ترسيمها بالسّجلّ العيني. وإذا كانت المحكمة العقاريّة سلطة قضائيّة، فإنّ إدارة الملكيّة العقاريّة تعدّ هيكلًا إداريًا، وقد حدّدت مجلة الحقوق العينيّة طريقة المراقبة والاستقراءات سواء بالنسبة إلى المحكمة العقاريّة أو بالنسبة إلى إدارة الملكيّة العقاريّة، وسيأتي الحديث عن هذه الإجراءات في باب إجراءات التّسجيل³⁴⁵ وإجراءات التّرسيم³⁴⁶.

فعلى مستوى إجراءات التسجيل أورد المشرع إجراءات خاصة أمام المحكمة العقارية ولجان المسح أساسها الاستقراء والبحث تجاوزا لموجبات الحياد والمواجهة بين الخصوص حتى لا يقع النيل من الحقوق العقارية سواء بالنسبة إلى الحاضرين أو الغائبين.

345 الفصول من 319 إلى 357 رابعا م.ح.ع.

346 الفصول من 358 إلى 405 م.ح.ع.

وعلى مستوى إجراءات الترسيم يحمل على إدارة الملكية العقارية واجب التدقيق في جميع الصكوك المقدّمة للترسيم مراعاة لجملة القواعد الواردة بمجلة الحقوق العينية وكذلك الواردة بمجلة الالتزامات والعقود وحتى بنصوص خاصة شرط أن تكون المراقبة ما يشملها ظاهر الصكّ المقدّم للترسيم.

فقد احتوت مجلّة الحقوق العينية على عدّة موانع قانونيّة تمنع حقيقة حافظ الملكية العقاريّة من إدراج العمليّة المطلوبة. وبالتالي فإنّ عدم احترام البيانات التي تشترط في الكتب على معنى الفصل 377 م.ح.ع، وعدم إضافة الأمثلة الهندسيّة على معنى الفصل 360 م.ح.ع، وعدم مراعاة طبيعة الحقّ المراد ترسيمه على معنى الفصل 390 م.ح.ع، والتغافل عن مبدأ التسلسل على معنى الفصل 392 م.ح.ع، وعدم تقديم سند الملكية والوثائق المطلوبة وعدم تسجيلها بالقباضة الماليّة على معنى الفصل 394 م.ح.ع، يمثل جميعه موانع قانونيّة تسمح لحافظ الملكية العقاريّة بأن يرفض العمليّة المطلوبة. وقد ذهب جانب من رجال القانون إلى اعتبار الموانع القانونيّة هي الموانع التي ضبطها المشرّع بمجلة الحقوق العينية فحسب³⁴⁷. لكنّ إدارة الملكية العقاريّة كثيرا ما تتوارى خلف مبدأ الشرعيّة لتتجاوز إطار مجلّة الحقوق العينية.

فقد نصّ الفصل 306 م.ح.ع على أنّ مدير الملكية العقاريّة يتولّى قبل قيامه بأيّة عمليّة مباشرة التّحقيقات التي تقتضيها هذه المجلّة، كما نصّ الفصل 389 م.ح.ع على أنّ مدير الملكية يتحقّق من هويّة الأطراف وأهليّتهم ومن صحّة الوثائق المدلى بها تأييدا لمطلب الترسيم. وقد تأسّس عمل إدارة الملكية العقاريّة على المبادئ المنصوص عليها بهذين الفصلين لتتجاوز إطار مجلّة الحقوق العينية، وأمكن لها أن ترفض ترسيم الأحكام والأذون بدعوى عدم

³⁴⁷ فتحي العجموني، دور القاضي المدني في إدراج الترسيمات والتشطيب عليها، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، السنة القضائية 1993-1994، ص 10 وما بعد. محمد بن منصور، الطعن في مقرّرات حافظ الملكية العقاريّة، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، 1995-1996، ص 31 وما بعد. ومفيدة محجوب، دور المحكمة العقاريّة في تحيين الرّسوم، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء 1997-1998، ص 179 وما بعد.

أحمد رزيق: الطعن لدى المحكمة العقاريّة، القضاء والتّشريع، أكتوبر 1996، ص 165 وما بعد.

احتوائها على بيانات الرّسم، وبعض من أوامر الانتزاع، وتدخلت مباشرة في مراقبة النّاحية الشّكلية للعقد فيما يتعلّق بالوكالة³⁴⁸، والأذون المطلوبة للتعاقد في حقّ القصر³⁴⁹، والبيوعات العقارية التي تتضمن شرط سقوط³⁵⁰. وتضطرّ الإدارة في مثل هذه الصّور إلى الاعتماد على مبادئ القانون العمومية التي تخرج في حقيقة الأمر عن إطار مجلة الحقوق العينية.

ولذلك يمكن أن نقول إن مبدأ الشرعية يسمح لإدارة الملكية العقارية بالتّدخل في النّاحية الشّكلية للعقد، بمعنى أن تراقب الإدارة صحّة الكتب المقدّم للتّسجيل، خاصّة وأنّ الفصل 389 م.ح.ع نصّ صراحة على أنّ الإدارة تتحقّق من صحّة الوثائق المدلى بها، فيمكنها أن ترفض التّسجيل إذا خلا العقد من الأذون اللاّزمة أو لم يحتج الطّالب بالتوكيل المعتمد في عملية البيع. لكن لا يجب أن نتوسّع في مفهوم الشرعية الذي يعتبر في نهاية الأمر مبدأ عقاريًا يفهم محتواه بالرجوع إلى مبادئ القانون العقاري، ولا يجب أن يكون هذا المبدأ سببا من أسباب تعطيل إدراج الرّسوم والكتائب في وقتها.

المبحث الثالث: مبدأ المفعول المنشئ للتّسجيل

التّسجيل هو أهمّ المؤسّسات التي أوردها القانون العقاري، ويقصد به إدراج الحقّ بالسجّلات العقارية أو تدوين الحقّ العيني أو بعض الحقوق الشخصية بالسجل العقاري لغاية شهره³⁵¹. ويقصد بالمفعول المنشئ للتّسجيل³⁵² أن لا يتكوّن الحقّ إلّا بموجب عملية التّسجيل المشار إليها أي أنّ إحالة الملكية لا تتحقّق إلّا بموجب عملية التّسجيل وابتداء من تاريخ ومن زمن تلك العملية³⁵³، أي أنّ الحقّ العيني لا يوجد إلّا بداية من هذه العملية، سواء بين الأطراف المتعاقدة أو إزاء الغير، بصرف النّظر عن تاريخ إبرام العقد. وقد أكّد الفصل 43 من قانون "

348 يراجع : الفصول 1104 م.ا.ع وما بعد.

349 يراجع : الفصول من 3 إلى 17 م.ا.ع.

350 يراجع : القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فيفري 1995 المتعلق بالعقارات الدولية الفلاحية، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسية 21 فيفري 1995، عدد 15، ص 367..

351 Paul Decroux :Droit foncier Marocain, op.cit., p.193.

352 محمّد كمال شرف الدين، المجلة القانونية التّونسية 1993، ص 99.

353 عبد الرزاق السنهوري، أسباب كسب الملكية، المجلد التاسع، ص 331 وما بعد.

تورنس " على أنه " لا يمكن لأي عمل ناقل للملكية أو منشئ للرهن ومتعلق بعقار خاضع لنظام هذا القانون أن ينتج أثرا إلا انطلاقا من يوم ترسيمه طبق هذا القانون. ولكن فقط بموجب ترسيم العمل المذكور تنقل جميع الحقوق المتعلقة به إلى الطرف المعني وطبق الشروط والطرق المبينة بهذا الكتب³⁵⁴. فلا ينشأ الحق العيني إلا من تاريخ ترسيمه وابتداء من ذلك التاريخ، بمعنى أن الترسيم بالسجل هو منشئ الحق وليس شيئا آخر، فلا قوة للاتفاقات أو الأحكام أو قوة القانون من حيث المبدأ بإمكانها المساهمة في ظهور هذا الحق، فالحق المرسم هو الحق وحده ولا أكثر. معنى ذلك أن الحق العيني لا يولد أصلا إلا بموجب عملية الترسيم، فتقتصر إرادة البشر عن إنشاء الحق العيني في نظام السجلات العينية. ويحاول البعض أن يجد سندا شرعيا لهذا المبدأ³⁵⁵.

ويذكر أن مبدأ المفعول المنشئ انتخب مبدئيا لتحقيق عدة امتيازات هامة على مستوى مبادئ القانون العقاري أهمها تفادي وجود حياتين للعقار الواحد، إذ أن القول بنقل الملكية بموجب العقد بين الطرفين ونقلها بالإشهار إزاء الغير يبقى على عدة سلبيات أهمها وجود حياتين للعقار الواحد، وفي ذلك آثار جد سلبية. وثانيا الحرص على ترسيم الكتائب، حيث إن عدم اعتماد مبدأ المفعول المنشئ

³⁵⁴ Art 43 « Aucun act translatif de propriété ou constitutif d'hypothèque, ayant pour objet un immeuble soumis au régime de la présente loi, ne produira ses effets qu'à partir de l'enregistrement qui en aura été fait conformément à la dite loi.

Mais, pour le seul fait de l'enregistrement du dit act, tous les droits qu'il constitue seront transférés à la partie intéressée, sous les conditions et modalités expresses contenues audit acte, ou réputées aux termes de la loi en être la conséquence implicite. »

³⁵⁵ " غير أن المصلحة العامة إذا اقتضت تقييد نقل الملكية في العقار بشرط التسجيل ونقل التكليف فلا مانع من ذلك شرعا لأن الغرض من هذا إحكام الملكية العقارية ومنع التلاعب بمصالح الناس ونجعل سليمي التبة بأمين من شراك التصب والاحتيايل. ولهذا فتقييد الحقوق أو تسجيلها لا يخرج عن الأصول الشرعية ولا يحل حراما ولا يحرم حلالا والواجب اتباع ذلك شرعا." على عبد الله حسين، المفارقات التشريعية بين القوانين المدنية والتشريع الإسلامي، الجزء الثاني طبعة 1947 خزانة وزارة العدل الرباط، أشار إليه محمد خيرى، المرجع السابق، ص 17.

وقد تساءلت لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة يوم اعتماد المبدأ سنة 1992 بتونس عن " مدى ملاءمة قاعدة المفعول المنشئ مع أحكام الفقه الإسلامي، " وكان جواب الحكومة أن " الإسلام ينفي الجهالة ويشجب الغموض ويريد الوضوح، " و" واضح أن المقصد من الجزاء الصارم الذي رتبته القانون على عدم الترسيم إنما جاء مراعاة للمصالح المرسله... " الرائد الرسمي، مداولات مجلس النواب، جلسة 28 أفريل 1992 عدد 30، ص 24-25.

يؤدي بالضرورة إلى التباطؤ في طلب ترسيم الكتائب. وثالثا السهولة في تحديد المالك الحقيقي، وهو الهدف الأساسي من التنظيم العقاري، في حين أن التخلي عن هذا المبدأ يجعل من مسألة تحديد المالك المحتمل من الأمور الصعبة والمعقدة.

ولقد اعتمد المشرع التونسي مبدأ المفعول المنشئ منذ سنة 1885، لكنه سرعان ما تم التراجع عن هذا المبدأ بسبب تأثيرات القانون الفرنسي، كما تقدّم³⁵⁶، رغم أن هذا المبدأ ظلّ فاعلا بالبلاد المغربية والسورية واللبنانية، بل إن البلاد التونسية ربما كانت البلاد الوحيدة التي لم تعتمد مبدأ المفعول المنشئ، وقد نادى رجال القانون بتبني هذا المبدأ الهام، لتكتمل معالم النظام العيني المعتمد بالبلاد التونسية.

وفعلا تدخل المشرع منذ سنة 1992 بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 ليدخل هذا المبدأ³⁵⁷، ولأول مرة، بالقانون التونسي، واستوعب الفصل 305 م.ح.ع نفس الصيغة التي وردت بنص 1885 بقوله: "كل حق عيني لا يتكوّن إلا بترسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم". وتمّ كذلك تنقيح الفصل 581 م.ا.ع المتعلّق بالبيع في اتجاه إقرار نفس المبدأ بموجب القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992، وأصبح الفصل 204 م.ا.ش المتعلّق بالهبة ينصّ بعد تعديله بموجب القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 على أن الحقوق العينية المترتبة عن عقد الهبة بالنسبة إلى العقارات المسجلة لا تتكوّن إلا بترسيمها بالسجل العقاري، ونصّ كذلك الفصل 278 م.ح.ع بعد تنقيحه بموجب القانون عدد 46 لسنة

³⁵⁶ أورد القانون العقاري لسنة 1885 المفعول المنشئ بالفصول 15-16-342، لكنه لقي عدّة انتقادات من طرف رجال القانون الفرنسيين بسبب تعارضه مع المجلة المدنية الفرنسية التي تجعل من العلاقة التعاقدية الأساس في إنشاء الملكية ونقلها، وفعلًا غاب المفعول المنشئ مع تنقيح 16 ماي 1886 الذي تخلى عن عدّة فصول، قبل دخول القانون العقاري حيّز التنفيذ.

³⁵⁷ ويذكر أن المشرع التونسي بعد أن اعتمد المفعول المنشئ للحق بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية، قرّر تأجيل انطباقه مرة أولى بمقتضى القانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أفريل 1995، ومرة ثانية بموجب القانون عدد 30 لسنة 1998.

1992 على أن الرهن العقاري لا يتكوّن إلاّ بعد ترسيمه بالسجل العقاري، ويبيّن المشرّع كذلك بموجب التّقيح الأخير بالفصل 350 م.ح.ع أن الحقوق العينية المتعلقة بالعقود التي تقع في المدة الجارية بين تقديم مطلب التّسجيل والحكم في الأصل والتي لم تودع بكتابة المحكمة لغاية الإذن بترسيمها لا تتكوّن إلاّ بترسيمها بسجل الملكية العقارية وابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم³⁵⁸. وتخلّى المشرّع بالتّالي عن مؤسّسة المعارضة التي ظلّت منطبقة ولفترة طويلة، وكانت سببا في عدّة تأويلات قضائية خاصّة فيما تعلقّ منها بتحديد مفهوم الغير³⁵⁹.

وقد اعتمدت معظم التّشاريح التي تبنت نظام السجلات العينية هذا المبدأ، فنصّ التشريع اللبناني بالمادّة 204 من قانون الملكية العقارية على أنّه " يتمّ اكتساب الحقوق العينية وانتقالها بقيدها في السّجل العقاري " ونصّت المادّة 11 من القرار رقم 188 على " أن الصّكوك الرّضائية والاتّفاقات التي ترمي إلى إنشاء حقّ عيني وإلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة حتّى بين المتعاقدين، إلاّ اعتبارا من تاريخ قيدها³⁶⁰. " ويتضمّن التشريع السوري والمغربي والألماني والمصري (قانون 1964) نفس هذه المبادئ³⁶¹.

وإذا اعتمد المشرّع التّونسي أخيرا هذا المبدأ، إلاّ أن تطبيقه كان بصفة تدريجيّة. ويتّجه شرح أحكام المبدأ في نقطة أولى (الفقرة الأولى) قبل الحديث عن التطبيق التدريجي للمبدأ (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: شرح أحكام المبدأ

³⁵⁸ لكنّ المشرّع لم يعدّل جميع النّصوص القانونيّة التي لها علاقة بالمبدأ (مثل أحكام الفصل 26 م.ا.ع المتعلّق بالكتائب السريّة والفصل 41 م.ا.ع المتعلّق بالتّعاقد في حقّ الغير و123 م.ح.ع المتعلّق بأثر الطّبيعة الكاشفة للقسمّة).

³⁵⁹ قرار تعقيبي مدني عدد 58 مؤرّخ في 9 جوان 1975، ن 1975، ج 2، ص 114.

قرار تعقيبي مدني عدد 3394 مؤرّخ في 17 ماي 1979 ن 1979، ج 1، ص 240.

قرار تعقيبي مدني عدد 3151 مؤرّخ في 25 ماي 1981 ن 1981، ج 2، ص 59.

³⁶⁰ يراجع كذلك المادّة 393 من قانون الموجبات والعقود التي نصّت على نفس المبدأ.

يراجع في جميع ذلك إدوار عيد، الأنظمة العقارية، ص 341.

³⁶¹ يراجع على سبيل المثال الفصل 204 من قانون الملكية العقارية اللبناني، والفصل 26 من قانون السّجل العيني المصري، والفصلان 66 و2 من الطّهير المغربي 1913. على حسين نجيرة، الشّهر العقاري في مصر والمغرب، دار النّهضة العربيّة، ص 147 وما بعد.

يَتَّجِه بيان مجال تطبيق المبدأ (أ) قبل الحديث عن آثاره (ب).

أ- مجال تطبيق المبدأ

حدّد الفصل 373 م.ح.ع مجال تطبيق هذا الترسيم المنشئ للحقّ وبيّن الحقوق التي يجب ترسيمها ليتكوّن الحقّ طبق صياغته الجديدة، وهي:

أولاً : جميع الصّكوك والاتفاقات فيما بين الأحياء مجّانية كانت أو بعوض وجميع الأحكام التي أحرزت قوّة ما اتصل به القضاء، سواء تعلّقت تلك الصّكوك والاتفاقات والأحكام بإنشاء حقّ عيني أو بنقله أو بالتّصريح به أو بتعديله أو بانقضائه أو بجعله غير قابل للتّقويت أو بالتّقييد من حريّة جولانه أو بتغيير أي شرط آخر من شروط ترسيمه.

ثانياً : الصّكوك والأحكام القاضية بإحالة حقّ الاشتراك في الملكية الجوار. ويسري هذا الحكم على تجزئة العقّار بما في ذلك التّقسيم والقسمة ولو كان موضوعها إرثاً.

ومن المفروض أن يشمل المبدأ جميع الصّكوك وبدون استثناء حتّى نضمن التّطابق بين حقيقة السّجلّ وواقع العقّار، لكنّ الأمر أبعد من ذلك بكثير، فبالإضافة إلى أنّ الحقّ لا يمكن ترسيمه إلّا إذا كان مضمّناً بالصّكّ، حيث يطلب في هذا الباب التّفريق بين الحقّ والصّكّ، فالذي يطلب ترسيمه هو الصّكّ، معنى ذلك أنّ هناك جملة من الحقوق لا يمكن ترسيمها طالما أنّها لم تضمّن بكتب³⁶²، فإنّ الإجماع لم يحصل حول تحديد الصّكوك الخاضعة للمبدأ من عدمها، وكثير هي الاستثناءات التي يمكن الحديث عنها في هذا الباب³⁶³.

1) الصّكوك الخاضعة للمبدأ

362 الفصل 305 والفصل 373 م.ح.ع.

363 ونجد هذه الاستثناءات في جميع الأنظمة التي اعتمدت نظام السّجلّ العيني.يراجع على سبيل المثال:

على حسين نجيرة، الشّهر العقّاري في مصر والمغرب، المرجع السّابق، ص 245.

-الصكوك الإرادية: عبّر المشرع عن هذه الصورة بالفصل 373 م.ح.ع "بالاتفاقات"، وهو مفهوم أشمل من العقد³⁶⁴، سواء تعلّقت بإنشاء حقّ عيني أو بنقله أو بالتّصريح به أو بتعديله أو بانقضائه أو بجعله غير قابل للتّقويت أو بالتّقييد من حرّية جولانه أو بتغيير أيّ شرط آخر من شروط ترسيمه. ويقصد بنشأة الحقّ العيني إيجاد الحقّ بداية مثل نشأة حقّ الارتفاق أو حقّ الانتفاع، غير أنّ الملكية لا تنشأ بالعقد " لأنّ الإنشاء معناه الإيجاد³⁶⁵ ". وأهمّ الحقوق التي ينقلها العقد هي الملكية، ويأتي عقد البيع في مقدّمة العقود الناقلة للملكية. ويقصد بالتّصريح بالحقّ العيني الكشف عن الحقّ، على خلاف نشأته بداية أو نقلته، مثل عقود الصّح والمقاسمة. ويفهم من تعديل الحقّ، الصّكوك المغيرة له، مثل الاتفاق على الزيادة في مجال الحقّ أو التّقليص من حدوده، وقد يشمل مساحة حقّ الارتفاق أو أصنافه على سبيل المثال. ويضبط المشرع عادة أسباب انقضاء الحقوق العينية، ويمكن أن تضع إرادة الأطراف حدًا لهذه الحقوق، فينقضي الحقّ بموجب ذلك. ويجوز كذلك للأطراف أن يقيّدوا من حرّية التّقويت في جملة الحقوق العينية، مثل الشّروط التي يعتمدها عادة الباعث العقاري في التّضييق على المشتري حقّه في التّقويت بالبيع، قبل إنهاء إجراءات التّقسيم.

وتكون هذه الصّكوك والاتفاقات بين الأحياء، أي لا تشمل التملك ما بعد الموت، لكنّه يمكن أن تصدر عن إرادة منفردة أو إرادة الطّرفين سواء كانت مجانيّة أو بعوض. وبذلك يمكن أن تشمل هذه القائمة جميع العقود والاتفاقات بما في ذلك البيع والمعاوضة والمقاسمة والصّح والتّنازل أو الإسقاط والهبة. ويضاف إلى ذلك عقد الرّهن الذي شمله التّقيح بالفصل 278 م.ح.ع كما تقدّم³⁶⁶. وقد أراد المشرع التّونسي بوضوح التّأكيد على خضوع العقود الكاشفة

³⁶⁴ يعلّق الفقهاء على العقد إنشاء الحقّ، في حين أنّ الاتفاق جامع لجميع الأعمال التي يتّفق حولها الطّرفين.

عبد الرّزاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلّد الأوّل، مصادر الالتزام، ص 137

عدد 32.

³⁶⁵ عبد الرّزاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلّد التاسع، ص 347.

³⁶⁶ اعتمدت معظم التّشاريع العينية هذا التّوجّه، لكنّ المشرع المصري في نظامه المتعلّق بالشّهر العقاري، وهو نظام شخصي في الإشهار، فرّق بين الصّكوك المنشئة للحقّ والصّكوك الكاشفة للحقّ. وتخلّى عن هذه التّفرة بنظامه العيني في التّسجيل الذي لم يطبّق بعد.

للمبدأ بما في ذلك القسمة حتّى لا ينزل الاجتهاد إلى إقصائها من دائرة المبدأ بقوله بالفصل 373 م.ح.ع: " ويسرى هذا الحكم (أي الأثر المنشئ) على تجزئة العقار بما في ذلك التقسيم والقسمة ولو كان موضوعها إرثاً."

وإذا كان المشرّع التونسي استثنى العقود التي تبرمها الدولة والجماعات المحليّة والرّهون التي تبرمها المؤسسات البنكيّة والماليّة وعقود التسويغ من ضرورة خضوعها لأحكام الفصل 377 م.ح.ع فيما يتعلّق بطريقة تحريرها³⁶⁷، فإنّها تبقى مع ذلك مشمولة بآثار التّرسيم المنشئ للحقّ، أي أنّ الحقّ العيني المتعلّق بها لا يتكوّن إلّا بترسيمها.

وضيق المشرّع كذلك في مجال الاحتجاج بالعقود المبرمة خلال الفترة الممتدّة بين تقديم مطلب التّسجيل أو التّصريح وصدور الحكم، وأخضع هذه المعاملات القانونيّة للمبدأ³⁶⁸، وإن لم يكن العقار مسجّلاً خلال إبرامها، وعادة ما يلجأ المعني إلى إعادة صياغتها وضبطها حتّى يسهل ترسيمها. لكنّ الواقع يبيّن صعوبة ترسيم مثل هذه الكتائب لأنّها عادة ما تخلو من التّنصيصات الضّروريّة والأغلب أن تكون مجرد كتائب غير رسميّة، ولا تحتوي على التّنصيصات المشروطة.

-**الصّكوك القضائيّة:** نصّ الفصل 373 م.ح.ع صراحة على جميع الأحكام التي أحرزت على قوّة الشّيء المقضي به، أي الأحكام النهائيّة التي بالإمكان تنفيذها، وقد ورد بالفصل 286 م.م.ت أنّ الأحكام المحرزة على قوّة الشّيء المقضي به أو اتّصال القضاء هي الأحكام التي لم تكن أو لم تعد قابلة للطّعن بإحدى الوسائل المعطّلة للتّنفيد.

والمقصود بذلك هي الأحكام القضائيّة الحكميّة الحاسمة للنّزاع، وبخرج عن ذلك بطبيعة الحال الأحكام القضائيّة غير الحكميّة، أي الأحكام الاستيفائيّة مثل الأذون على العرائض، التي لا تحصل على قوّة اتّصال القضاء، وأحكام المحكمة

³⁶⁷ راجع الفصول 377 و377 مكرر و377 ثالثاً م.ح.ع.

اشترط المشرّع أن تحرر العقود الخاضعة للتّرسيم بواسطة عدول الإشهاد أو المحامين أو أعوان إدارة الملكية العقارية، واستثنى من ذلك العقود التي تبرمها الدولة والجماعات المحليّة والرّهون التي تبرمها المؤسسات البنكيّة والماليّة وعقود التسويغ.

³⁶⁸ الفصل 350 م.ح.ع.

العقارية التي تتمتع بثبوتية مطلقة من حيث التخصيصات الواردة بها³⁶⁹، باعتبار أن المفعول المنشئ لا يشمل إلا الترسيمات الإدارية اللاحقة.

وبالتالي فإن تلك الأحكام التي أحرزت على قوة اتصال القضاء سواء تعلقت بإنشاء حق عيني أو بنقله أو بكشفه أو بتعديله أو بانقضائه أو بتقييده، مثل البيوعات العقارية والشفعة والقسمة والحكم باستحقاق حق ارتفاقي بناء على أحكام التخصيص الواردة بالفصل 180 م.ح.ع والحكم بانقضاء حق المرور إذا سبق ترسيمه وغير ذلك، لا تحدث أثرها العيني إلا انطلاقاً من ترسيمها.

-**الصكوك الإدارية:** وهي جملة الصور التي ينجز عنها اكتساب الحق العيني بموجب القانون، مثل أمر الانتزاع والمصادقة على أمثلة التقسيم والمصادقة على مثال إعادة التنظيم العقاري في إطار أعمال وكالة الإصلاح الزراعي (الوكالة الفلاحية) وتأميم الأراضي الفلاحية والمصادقة على تحديد الملك العام، إلى غير ذلك من الصور التي ينجز عنها قانوناً إنشاء الملكية أو نقلها أو كشفها أو تعديلها أو قيدها أو انقضاءها. فهل أن مثل هذه الصكوك تخضع لمبدأ الترسيم حتى يتكوّن الحق العيني ؟ أم أنها لا تحتاج إلى ذلك ويمشي في الاعتبار أن الحق متكوّن بموجب القانون دون حاجة إلى ترسيم ؟

تبدو هذه الحالة محلّ نقاش بين رجال القانون، لأنّ الفصل 373 م.ح.ع لم يكن واضحاً بالدرجة الكافية، وإن ذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الفصل قد يفهم في اتجاه أنه لم يستثن أية صورة بما في ذلك الصكوك الإدارية³⁷⁰. وفعلاً نصّت الفقرة الأولى منه على جميع الصكوك دون تفصيل، وأردفت ذلك بذكر الاتفاقات والأحكام.

والحقيقة أن الفصل 373 م.ح.ع لم يكن واضحاً بالدرجة الكافية، وكان سبباً في عدّة نقاشات على مستوى فقه القضاء، حيث رأت بعض المحاكم أن إحالة الملكية في مثل هذه الصور تستند إلى القانون ذاته ولا تحتاج بالتالي إلى

369 الفصل 308 م.ح.ع.

370 محمد كمال شرف الدين، مبدأ المفعول المنشئ في قوانين 4 ماي 1992 المجلة القانونية التونسية 1993، ص 99.

ترسيم³⁷¹، في حين تمسكت بعض المحاكم بضرورة الترسيم³⁷². وقد أخذ المشرع بعين الاعتبار هذه الصور وحسم الإشكال أخيرا بالنسبة إلى أمر الانتزاع حين أوجب ترسيمه لنقل الحق بموجب القانون عدد 26 لسنة 2003 المؤرخ في 14 أبريل 2003 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 المتعلق بمراجعة التشريع الخاص بالانتزاع للمصلحة العمومية.³⁷³ وما كان ليضطرّ المشرع إلى التدخّل لو أنّ هناك قاعدة عامّة.

لكنّ هذا الحلّ لا يحسم الإشكال إلّا بالنسبة إلى أثر الانتزاع³⁷⁴. وقد علمنا أنّ الفصل 16 م.ح.ع المتعلق بملك الدولة والجماعات المحليّة نصّ صراحة على أنّ هذا الملك يبقى خاضعا للأحكام والتّصوص المتعلّقة به، أي أنّها لا تأتي تحت طائلة أحكام الفصل 373 م.ح.ع. وإذا كان مفعول هذا الفصل يبقى ضئيلا ولا يتجاوز ملك الدولة والجماعات المحليّة، فإنّ ذلك لا يعني أنّ جميع الحالات الأخرى تأتي تحت مفعول أحكام الفصل 373 م.ح.ع.³⁷⁵ وفعلًا يرى

371 قرار استئنافي عدد 95214 صدر بتاريخ 11 جانفي 1992 القضاء والتّشريع عدد 6 لسنة 1992، ص 89.

372 حكم ابتدائي عدد 65802 صادر بتاريخ 7 فيفري 1989 ، القضاء والتّشريع عدد 6 لسنة 1992، ص 89.

373 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 18 أبريل 2003 ، عدد 31 ، صفحة 1143.

374 نصّ القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت المتعلق بمراجعة التّشريع المتعلق بالانتزاع للمصلحة العموميّة قبل تنقيحه بالفصل الثاني على أنّ " الملكية تنتقل بمفعول أمر الانتزاع. "

375 الملاحظ أنّ كلمة " جميع الصّكوك " و " الصّكوك " وردت بالنصّ العربي للفصل 373 م.ح.ع، وهي ترجمة لعبارة " tous actes " و " les actes "، وكان قانون " تونس " لسنة 1861 أشار إلى " الأعمال النّاقلة للملكيّة أو المنشئة للرهن... "

Art 43 « Aucun acte translatif de propriété, ou constitutif d'hypothèque..... »

، واكتفى قانون 1885 المعروف بالقانون العقاري بالإشارة إلى " جميع الكتائب المحتوية لوقائع أو اتّفاق.... "

Art 342 « Tous écrits constatant un fait ou une convention ayant pour effet de transmettre..... »

ولا يمكن أصلا أن يفهم من هذه الصّكوك معنى الصّكوك الإداريّة التي تردّ إلى العقود الإداريّة والمقرّرات الإداريّة. والحقيقة أنّ النّصوص المشار إليها ليس فيها ما يحسم الإشكال ولم تتوجّه عناية المشرع إلى ضمّ ما له علاقة بالنّاحية الإداريّة، وكان يستحسن لو استعملت كلمة الأعمال القانونيّة عوضا عن الصّكوك تعريبا لكلمة les actes ، والواضح أنّ الحديث عن بعض من الصّكوك الإداريّة في إطار الفصل 373 م.ح.ع لا يمكن أن يكون إلّا على سبيل الاستنتاج أو الافتراض. بل إنّ رجوعا إلى طائفة من المقرّرات الإداريّة يتبيّن أنّ انتقال الملكيّة فيها يحدث بموجب القانون وليس بموجب التّرسيم، معنى ذلك أنّها

تبقى خارجة عن ضوابط الفصل 373 م.ح.ع. فرجوعا إلى الفصل 2 من القانون عدد 5 لسنة 1964 المؤرخ في 12 ماي 1964 المتعلق بملكية الأراضي الفلاحية في تونس والفصل 14 من القانون عدد 17 لسنة 1977 المؤرخ في 16 مارس 1977 المتعلق بإحداث وكالة الإصلاح الزراعي بالمناطق العمومية السقوية والفصل 67 من القانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 28 نوفمبر 1994 المتعلق بإصدار مجلة التهيئة الترابية والقانون عدد 17 لسنة 1986 المؤرخ في 7 مارس 1986 المتعلق بالملك العمومي للطرق والقانون عدد 16 لسنة 1975 المؤرخ في 31 مارس 1975 المتعلق بمجلة لمياه والقانون عدد 73 لسنة 1995 المؤرخ في 24 جويلية 1995 المتعلق بالملك العمومي البحري في تحديد الملك العام، يتبين أن انتقال الملكية يحدث بموجب القانون بصرف النظر عن عملية الترسيم بالسجل العيني. كما أنه رجوعا إلى العقود الإدارية المبرمة في إطار تهيئة المناطق الصناعية والسياحية والسكنية:

-القانون عدد 21 لسنة 1973 المؤرخ في 14 أبريل 1973 المتعلق بتهيئة المناطق السياحية والصناعية والسكنية (الفصل 13).

-أمر عدد 216 لسنة 1973 المؤرخ في 15 ماي 1973 المتعلق بتنظيم وتسيير الوكالة العقارية السياحية (الفصل 10 والفصل 11). والملغى بموجب الأمر عدد 1114 لسنة 2007 المؤرخ في 2 ماي 2007 (الفصول 9-10-11).

-أمر عدد 598 لسنة 1973 المؤرخ في 19 نوفمبر 1973 المتعلق بتنظيم وتسيير الوكالة العقارية الصناعية (الفصول 8-9-10-11)، الملغى بموجب القانون عدد 37 لسنة 1991 المؤرخ في 8 جوان 1991 المتعلق بإحداث الوكالة العقارية الصناعية كما هو منقح بموجب القانون عدد 31 لسنة 1997 المؤرخ في 8 جوان 1991 (الفصل 2) وبموجب القانون عدد 34 لسنة 2009 المؤرخ في 23 جوان 2009.

-أمر مؤرخ في 21 جانفي 1974 المتعلق بتنظيم وتسيير الوكالة العقارية للسكنى (الفصول 10-11-12).

وفي إطار التقوية في أملاك الدولة :

-أمر عدد 199 لسنة 1970 المؤرخ في 9 جوان 1970 المتعلق بإسناد الأراضي الدولية ذات الصبغة الفلاحية وشروط التقوية فيها (الفصل 14).

-القانون عدد 39 لسنة 1972 المؤرخ في 27 أبريل 1972 المتعلق ببيع الأراضي المكتسبة من طرف الدولة وذلك لبناء العقارات وتهيئة المدن وتوسيعها (الفصل 7).

-القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فيفري 1995 المتعلق بالعقارات الدولية الفلاحية كما هو منقح بموجب القانون عدد 48 لسنة 1996 المؤرخ في 10 جوان 1996 وبموجب القانون عدد 11 لسنة 1998 المؤرخ في 10 فيفري 1998 (الفصل 15 جديد)، يستشف أن نهاية العقد الإداري، في صورة مخالفة الشروط القانونية، تحدّد بصدر قرار في الغرض من الجهة المختصة يعرف بقرار التجريد، وأن الملكية تعود إلى الإدارة بمجرد صدور ذلك القرار وليس بموجب الترسيم، والأكثر أن قرار التجريد يمكن إدراجه مهما كانت صورة السجل العيني ولو أن المشتري فوت للغير وقام هذا الأخير بالترسيم. والحقيقة أن ذلك ليس إلا تطبيقا لمفهوم العقود الإدارية باعتبارها عقودا " يبرمها شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام وتظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطا غير مألوفة في القانون الخاص أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام." عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 289. وتتميز هذه العقود بآثارها فيحق " للإدارة في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ شروط العقد أو إهماله أو امتناعه أن تتفرد بتوقيع الجزاءات التعاقدية بالقدر الذي يتناسب وتقصير المتعاقد معها دون حاجة إلى التخصيص على ذلك في العقد بل دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء كما هو الحال في مجال العقود المدنية. وأخيرا فإن للإدارة المتعاقدة إنهاء العقد إذا رأت أن اعتبارات الصالح العام تقتضي ذلك." نفس المرجع السابق، ص 229. ويفهم من ذلك أن إرادة الإدارة تبقى هي المحددة في نقل الحق أو إسقاطه دون حاجة إلى ترسيم. ورغم الإشارة في بعض العقود الإدارية إلى شرط سقوط الحق أو إلى قرارات التجريد التي يمكن أن تتخذها الإدارة فلا يعني ذلك أن الغير لا يعارض بهذه الشروط في صورة عدم إدراجها بالسجل أو أنها لا تتكون إلا إذا أدرجت به، بل هي عملية إشارية توثيقية لا أكثر ولا أقل لا يتعدى أثرها الرغبة في إعلام الغير بحقيقة المعاملات الإدارية، ولكن نقل الملكية وسقوطه

جانب من رجال القانون " أن الصّكوك الإداريّة تُنقل الملكيّة بمجرد صدورها ولو قبل ترسيمها بالسّجل العقاري³⁷⁶". ولم يجد بأحكام الفصل 373 م.ح.ع ما يقنع، كما لم تستهوه منطلقات القائلين بضرورة التّرسيم، وركن إلى تأويل لا يخرج عن نطاق النّص القانوني المحدث للحقّ.

وكان من المعقول، تبعاً لذلك، أن يتدخّل المشرّع لتوضيح الإشكال بالدرجة الكافية، ويرفع الغموض في اتجاه الإلزام بترسيم جميع الصّكوك دون استثناء، لأنّ نظام السّجلات العينيّة يقتضى أن يكون الرّسم العقاري المرآة الحقيقيّة لواقع العقار، والمتضمّن لجملة الحقوق العينيّة دون استثناء مهما كانت مصادر الحقّ وأسبابه. أمّا وقد ترك هذا العنصر على أهميّته لجدل الفقهاء ورجال القانون، فلا شكّ عندي أنّ في ذلك كثيراً من الغموض والريبة يشارك بطريقة أو بأخرى في وهن السّجلات العينيّة، خاصّة وأنّ مجال الاستثناءات فيه ما يكفي من الخل.

(2) الاستثناءات

يقصد بالاستثناء على معنى أحكام السّجلات العينيّة أن يظهر الحقّ ويختفي خارج إطار السّجلات. ومن المفروض أن لا تتواجد هذه الاستثناءات أصلاً، لكنّ الخطر أن تتكاثر هذه الاستثناءات، ومن المؤسف أن أقول إنّ المفعول المنشئ للتّرسيم لم يستطع يوماً العيش بدونها، سواء بالنسبة إلى القانون التّونسي أو بالنسبة إلى القانون المقارن.

-بالنسبة إلى القانون التّونسي: وتتعلّق الصّورة بانتقال الملكيّة بموجب الميراث والوصيّة والحقوق الشخصية والقيود الاحتياطية والاعتراضات التّحفظيّة والإنذارات والارتفاقات الطّبيعيّة والقانونيّة والامتياز وحق الحبس وانتقال الرهن بموجب الحلول. وهي استثناءات أثبتتها المشرّع سواء صراحة أو ضمناً.

+انتقال الملكيّة بموجب الميراث والوصيّة: ناقش الفقهاء المسلمون مسألة انتقال الملكيّة بموجب الوفاة، وتعدّدت الأراء في ذلك، ومن ذلك خرجت قاعدة "

يبقى خاضعاً لقرار الإدارة لا غير. وبذلك تفهم حقيقة الفصل 373 م.ح.ع من أنّه لم يقصد مطلقاً الصّكوك الإداريّة.

عبد الله الأحمد، عقد البيع، المرجع السّابق، ص 264.

376

تدوم"،³⁷⁷ أي لا ينتقل الملك إلى الورثة إلا بعد تجهيز الميِّت ودفع الديون وفتح الوصية. لكن متى تنتقل الأموال إلى الورثة ؟ هل بموت المورث أم بعد سداد الدين ؟

فمنهم من ذهب إلى حضر انتقال الملكية إلى الورثة إلا بعد خلاص الديون، " لا تركة إلا بعد سداد الدين "، ويقول بذلك المالكية وبعض فقهاء الحنفية والحنابلة. والمشهور على الحنفية أنهم يميزون بين ما إذا استغرق الدين كامل التركة أو العكس، ففي الصورة الأولى لا تنتقل الأموال إلى الورثة وتبقى في ملك المتوفى، وتنتقل في الصورة الثانية بموجب الوفاة. ويقول الشافعية والحنابلة بانقلاب الأموال فوراً بموت المورث مع تعلّق الديون بالتركة³⁷⁸. فإما أن نأخذ بفكرة امتداد حياة الميت إلى سداد الدين، أو أن نأخذ بفكرة انتهاء شخصية الميت بوفاته ومرور التركة إلى الورثة مثقلة بالديون. وقد اختارت مجلة الأحوال الشخصية بالفصل 85 مبدأ الانتقال الفوري للتركة بموجب الوفاء، بقوله " يستحقّ الإرث بموت المورث ولو حكماً وبتحقّق حياة الوارث من بعده "، واعتمدت ترتيباً في أداء الحقوق المتعلقة بالتركة بالفصل 87، وهو نفس المبدأ المنصوص عليه بالفصل 553 م.ا.ع.³⁷⁹ وقد اعتمدت معظم التشريعات هذا الاتجاه³⁸⁰.

ولم تخرج التشريعات التي تبنت نظام السجلات العينية عن هذا المبدأ، ولم تشترط انتقال الملكية بموجب الترسيم، بل أبقت من بين الاستثناءات، ولم يشذّ عن هذا المسلك إلا القانون الليبي القديم الذي جعل الترسيم شرطاً من شروط انتقال الملكية بقوله بالفصل 53 من قانون التسجيل العقاري الصادر سنة 1965 " لا تؤوّل العقارات الموروثة إلى الورثة إلا بعد تقديم إعلام شرعي من المحكمة

377 السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، المرجع السابق، ص 303.

378 عبد الرزاق السنهوري، مجلد 9، المرجع السابق، ص 95.

379 ولا يلزم الوارث إلا في حدود منابه على معنى الفصل 241 م.ا.ع. ويمكنه أن يرفض التركة.

يراجع كذلك الأمر المؤرّخ في 15 فيفري 1932 المتعلّق بتحديد اللقطة البرية، وقد أتى بقواعد تتعلّق بالنظام القانوني للتركات الشاغرة، (الفصول من 24 إلى 31) تأثيراً بالقانون الفرنسي.

380 على كحلون: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 266-267-268-269-270.

المختصة بحصر الورثة وبيان نصيب كل وارث وتسجيل حق الإرث." ونص كذلك القانون المصري عدد 142 لسنة 1964 المتعلق بالسجل العيني على " أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك، يجب قيدها في السجل العيني، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية. ويتربط عن عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم، ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن ". وعليه فإن الوصية في القانون المصري تخضع لموجبات المفعول المنشئ. ونجد نفس الاستثناء بالقانون اللبناني.³⁸¹

واكتفى المشرع التونسي بموجب التتقيح الصادر في 1992 بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 بالإشارة إلى أنه " لا يجوز للورثة أو الموصى لهم التصرف القانوني في حق عيني مشمول بالتركة أو بالوصية حسب الحال قبل ترسيم انتقال الملكية بالوفاة "، وهو ما يفهم منه أن المشرع عدل عن فكرة اخضاع نقل الملكية بموجب الوفاة لمبادئ الترسيم، وخير الإبقاء على المبادئ العامة الواردة بمجلة الأحوال الشخصية كما تقدم. وعليه تنتقل الملكية بصفة آلية بموجب الوفاة على رأي الشافعية، ويلزم الورثة بترسيم انتقال الملكية بالوفاة حتى يحق لهم التصرف في المخلّف.³⁸²

³⁸¹ إدوار عيد، الأنظمة العقارية، المرجع السابق، ص 356.

³⁸² ويجوز للورثة أو من ينوبهم أو حتى ممثل النيابة العمومية أو حاكم الناحية أو أقارب المحجورين أو أصدقائهم أو المحجورين أنفسهم طلب إدراج حجة الوفاة، أو حتى حافظ الملكية العقارية من تلقاء نفسه، ويمكن أن يكتفى بذكر أو بتعيين الشخص المتوفى على معنى الفصل 395 م.ح.ع.

وقد جاء المشرع سنة 1965 بمناسبة دخول مجلة الحقوق العينية حيز التنفيذ بتجديد وألزم كل من وكيل الجمهورية وحاكم الناحية بتوجيه نسخة من حجة الوفاة بعد إقامتها(الفصل 44 من قانون الحالة المدنية الصادر بتاريخ 1 أوت 1957).

لكن هذا الخيار لم يكن ناجعا بالدرجة الكافية. إذ عادة ما لا يقع التتبع على العقارات المسجلة المخلّفة عن المتوفى، أو على عناوين الأطراف، ورغم المناشير الصادرة في هذا الجانب بقيت التجربة محدودة.

ويذكر أن حجة الوفاة يقيمها حاكم الناحية، أو عدليّ أشهاد إذا كانت الوفاة قبل 1964(يراجع قانون الحالة المدنية الصادر بتاريخ 1 أوت 1957. والأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق ترتيب تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحسبائهم). وتقام بالنسبة إلى التونسيين أو الأجانب إذا كانت لهم عقارات

والوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة على معنى الفصل 171 م.أ.ش، وهي لا تثبت عملا بأحكام الفصل 176 م.أ.ش إلا بالحجة الرسمية أو بكتب محرر ومضى من الموصي. ولا يشترط أن تكون مكتوبة بيد الموصي بل يكفي أن تكون ممضاة منه، ولها تاريخ ثابت. وتشملها التتبعات الوجوبية الواردة بالفصل 377 م.ح.ع، وتصح على اختلاف الدين وللمحمل، ولا تقع إلا على ثلث التركة إذا كانت لغير الوارث، ويطلب مصادقة الورثة إذا كانت لوارث. وتنقل ملكية الموصي به بتحقيق الموت، ويقع الترسيم بتقديم السند.

لكن هذا الاستثناء لم يمر بدون مصاعب، فإذا لم يتم الترسيم طبق تلك الصورة، فلا يجوز للورثة التصرف القانوني في الحقوق العينية المشمولة بالتركة أو بالوصية سواء ببيع أو معاوضة أو تبرع أو خلاف ذلك. وقد وضعت بعض التشريعات آجالاً محددة لإنهاء عملية القيد مثل القانون السوري والمصري³⁸³.

بالبلاد التونسية. وبإمكان الأجنبي المالك لعقارات بالبلاد التونسية الاحتجاج بحجة وفاة محررة طبق قانون بلاده، وقد دأبت إدارة الملكية العقارية على المطالبة بشهادة عرقية لإثبات القانون الأجنبي، وقد يكون ذلك كافياً إذا اعتبرنا حجة الوفاة وثيقة من وثائق الحالة المدنية على معنى القانون الأجنبي، باعتبار أن مجلة القانون الدولي الخاص (القانون عدد 97 لسنة 1998 الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1998). بفصلها 13 أعفت وثائق الحالة المدنية من الإذن بالتنفيذ، لكن إذا جاءت حجة الوفاة في إطار القرارات الولائية فلا شك في أنها تطلب الإذن بالتنفيذ على معنى الفصل 11 من المجلة المذكورة. (نبيل الراشدي، ترسيم انتقال حق الملكية بالإرث والوصية بالسجل العقلي، المجلة القانونية لرقابة التصرف، السادسة الثانية 1998، عدد 9، ص 131). وتعفى حجة الوفاة المقامة بتونس من الطابع الجبائي والتسجيل، باستثناء المقامة خارج البلاد من طرف الأجانب على معنى الفصل 397 م.ح.ع ومجلة معالم التسجيل والطابع الجبائي.

ويتم ترسيم انتقال الملكية بالوفاة بإدراج مضمون وحجة الوفاة بالسجل. فينص حافظ الملكية على أسماء الورثة، وكان من الأحسن لو يفرض إضافة الحالات المدنية ليتم إدراجها بالمناسبة، ودون تحديد المنابات، وهذا الترسيم يعدل بعد القسمة على مقتضى حجة القسمة التي يجب تقديمها على معنى الفصل 396 م.ح.ع. لكنه من الممكن الاحتجاج بفريضة قانونية، فيتولى حافظ الملكية العقارية إدراجها، ويفترض أن تكون هذه الفريضة محررة من خبير مأذون له بصفة قانونية. ولا يحق لحافظ الملكية رفض حجة الوفاة بدعوى عدم تنصيبها على جملة الورثة، ويطلب في مثل هذه الصورة إصلاح حجة الوفاة بالاعتراض عليها أمام حاكم الناحية الذي يأذن بإصلاحها بحكم يجوز الطعن فيه بالاستئناف، على خلاف تسليم الحجة بداية الذي لا يتعدى كونه قراراً استيفائياً لا أكثر ولا أقل. وإذا تم إدراج حجة الوفاة، لا يجوز التشطيط عليها إلا بحكم احتراماً للمبدأ الحفظي للترسيم.

³⁸³ ذهب القانون السوري إلى فرض أجل ستة أشهر، تسلط على الورثة بعده غرامة. ونص الفصل

30 من القانون المصري لسنة 1964 المتعلق بالسجل العيني "يجب قيد حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية، بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق، ويكون قيد حق الإرث في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني. وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار."

ويطرح السؤال حينئذ عن طبيعة التصرفات التي يأتيها الوارث أو الموصي له قبل الترسيم، فهل تعتبر أعمالاً باطلة أو قابلة للإبطال؟ أم أنه يمنع فقط إدراجها إلا بعد ترسيم حجة الوفاة أو الوصية؟ أو أن الغير لا يعارض بهذه الأعمال إلا إذا أدرجت بالسجل؟

يمكن التأكيد مبدئياً على أن المشرع لم ينص على بطلان مثل هذه التصرفات، وكان بالإمكان التتصيص على هذا الجزاء لو كان ذلك هو مقصده. والقاعدة أنه لا بطلان بدون نص، ولم يجر مثل هذه التصرفات، باستعماله لعبارة " لا يجوز "، وكان بالإمكان التعويل على صيغ أكثر عمقا لو كان مقصد المشرع معاملة مثل هذه التصرفات بأكثر حدة وصرامة. وبالتالي يمكن القول إن الأعمال التي أوقعها الوارث أو الموصي إليه، تقع صحيحة، ولكن لا يمكن إدراجها إلا بترسيم حجة الوفاة أو الوصية. ويمكن للغير عدم مراعاة مثل هذه التصرفات. وهو الرأي المعتمد والأغلب في التطبيق³⁸⁴. لكن جانبا من الفقه اتجه إلى تقرير بطلان مثل هذه المعاملات " رغم عدم تتصيص الفصل 373 م.ح.ع صراحة على هذا الجزاء، إذ اقتضت القاعدة الكلية الواردة بالفصل 539 م.ا.ع أنه إذا صرح القانون بالنهي عن شيء معين كان إتيانه باطلا لا ينبغي عليه شيء³⁸⁵."

وإذا أدرجت حجة الوفاة قبل ترسيم البيوعات الصادرة عن المورث، من الممكن التشطيب على هذا القيد (الفصل 87 م.ا.ش)، لكنه لا يجوز التشطيب تلقائياً من طرف إدارة الملكية العقارية. ولا بدّ من تدخّل القضاء، حيث إنّ الترسيم يحفظ الحقوق المتعلقة به ما لم يقع التشطيب عليه أو إبطاله أو تعديله، ولا يمكن أن يكون ذلك إلا بحكم. فلا يمكن اللجوء إلى التشطيب التلقائي بدعوى الغلط المادي³⁸⁶. لكن المسألة تتعقّد أكثر فأكثر إذا تولّى الورثة النفويت بالبيع

384 إدوارد عيد، الأنظمة العقارية، المرجع السابق، ص 356.

على حسين نجيرة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، المرجع السابق، ص 159.

385 محمد كمال شرف الدين، مبدأ المفعول المنشئ للترسيم، المرجع السابق، ص 99.

386 أحمد بن طالب، التشطيب على الترسيم بالسجل العقاري المجلة القانونية التونسية 1997، ص

ورسم المشتري كتائبه قبل رسوم المشترين من المورث، الذين لا يملكون إلا المطالبة بإبطال هذا الترسيم، إذا أثبتوا سوء نيتهم. ومن الجائز أن تودع جميع الكتائب في نفس اليوم، فيقدم المشتري من المورث على وجه الإجمال.

+الحقوق الشخصية: استبعد المشرع التونسي المفعول المنشئ بالنسبة إلى هذه الحقوق التي تبقى خاضعة لضوابط أحكام المعارضة التي كثر الجدل حولها، كما سيأتي، وهي: أولاً: عقود تسويق العقارات التي تتجاوز مدتها ثلاثة أعوام وكذلك عقود التسويق التي تقل مدتها عن ذلك أو عقود تجديده إذا كانت تخول الانتفاع بالعقار مدة تتجاوز نهايتها انقضاء السنة الثالثة من التاريخ الذي أبرمت فيه. على أن عقود التسويق التي تتجاوز مدتها ثلاثة أعوام والتي لم يقع ترسيمها يمكن الاحتجاج بها على الغير إلى انتهاء مدة الثلاثة أعوام الجارية في يوم ترسيم الصك أو الحكم الذي تم بمقتضاه الانتفاع بالعقار. وثانياً: الصكوك والأحكام المثبتة لخلاص أو إحالة مبلغ يتجاوز معين كراء عام لم يحل أجل أدائه. وثالثاً: الصكوك والأحكام المثبتة لخلاص أو إحالة مبلغ يتجاوز معين إنزال عام لم يحل أجل أدائه. وقد تضمنت معظم التشريعات هذا الاستثناء فيما يتعلق بعقد الكراء وخلاص معين كرائه.

+القيود الاحتياطية والاعتراضات التحفظية والإنذارات: نظم المشرع التونسي القيود الاحتياطية بالفصول 365 إلى 372 م.ح.ع، التي حددت مجال تطبيقها والإجراءات المتصلة بها وآثارها. وهي مؤسسة تعود إلى القانون الألماني³⁸⁷ الذي استنبط فكرة القوة الثبوتية النسبية للترسيمات اللاحقة، وما على طالب إبطال الترسيمات أو التشطيب عليها إلا تقييد دعواه احتياطياً لمعارضة القيود اللاحقة. وقد اعتمدت أغلب الدول، التي جعلت للترسيم قوة نسبية، هذا الإجراء. ونص الفصل 25 في فقرته الأولى والثانية من القرار اللبناني عدد 188 على أن " كل من يدعى حقاً في عقار مقيد في السجل العقاري، له أن يطلب تدوين قيد احتياطي لصيانة هذا الحق مؤقتاً، ويجري الحكم نفسه على من يرد طلبه حتى يستكمل الأدلة التأييدية اللازمة."

يراجع قانون الملك غيوم المؤرخ في 5 ماي 1872.

387

ويهدف القيد الاحتياطي إلى ضمان الأسبقية في الزمن ومعارضة الترسيمات اللاحقة، بناء على صكوك أو دعاوى أو طعون لا يعلم مالها. وهو إجراء اختياري لا يوجب المشرع إتيانه، وإن نادى البعض منذ مدة إلى فرضه، وبالتالي ليس للقيد الاحتياطي علاقة بالمفعول المنشئ. حيث إن الحقوق تبقى مرتبطة بالصكوك سند القيد. والحقيقة أن نظام القيود الاحتياطية يشدّ عن نظام الترسيم، وما يمكن ترسيمه لا يمكن قيده، وما يمكن قيده لا يمكن ترسيمه. ويطلب التمييز بينهما بعناية.

وضبط المشرع نظام الاعتراض التّحفظي بالفصول 327-328-329 م.م.ت، كما ضبط إنذارات العقلة التّفيذية بالفصول 451 إلى 458 م.م.ت. ويلاحظ في جميع ذلك أن الاعتراضات التّحفظية والتّفيذية تهدف بالأساس إلى وقف التّعامل على العقار حماية لحقوق الدائنين القائمين بالتّبع. وهو إجراء تنفيذي ليس له علاقة بقواعد الشّهر العقاري، وبالتالي لا يجوز الحديث عن المفعول المنشئ في هذا الباب³⁸⁸.

+الارتفاقات الطّبيعية والقانونية: فبعض التّساريح، مثل القانون المغربي³⁸⁹ نصّت بصراحة على استثناء بعض الحقوق مثل الارتفاقات الطّبيعية والقانونية. ويبدو أن المشرع التّونسي نصّ صراحة على إعفاء الارتفاقات القانونية والطّبيعية من التّرسيم، حيث جاء بالفصل 166 م.ح.ع أن التّرسيم لا يلزم في حالة الارتفاق القانوني والارتفاق الطّبيعي. لكنّ جانبا من الفقه يصرّ على خضوع جميع الارتفاقات للمبدأ، باعتبار أن استثناءها يمثّل خرقا لنظام السّجل العيني³⁹⁰.

³⁸⁸ علي كحلون: قانون التأمينات واستخلاص الديون الخاصة والعامة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2011، ص 153 وما بعد.

³⁸⁹ نصّ الفصل 109 من ظهير التّحفيظ العقاري، تعفى من الإشهار الارتفاقات الناشئة عن الوضعية الطّبيعية

65 وما بعده من ظهير التّحفيظ العقاري، تعفى من الإشهار الارتفاقات الناشئة عن الوضعية الطّبيعية للأماكن أو عن الالتزامات التي يفرضها القانون، "والمقصود بالارتفاقات القانونية على معنى القانون المغربي خاصّة حقّ المرور للأرض المحبوسة سواء كان الارتفاق للملك العام أو الخاص.

³⁹⁰ محمّد كمال شرف الدّين، المفعول المنشئ للتّرسيم، المرجع السّابق، ص 99.

والحقيقة أنّ كلّ هذه الحقوق لا تطلب مبدئياً التّرسيم لغاية تكوينها وقد أرادها المشرّع كذلك لأنّها تمثّل النظام المألوف لحقّ الملكية كما يحلو لأصحاب نظريّة القيود تسميتها. ولا تحتاج إلى ترسيم لأنّها محميّة قانوناً، طالما أنّها تمارس في الإطار التّشريعي المحدّد.

وبدخل في هذا الباب حقوق الارتفاق الناشئة عن طبيعة الأماكن وهو أنّ الأراضي المنخفضة تتحمل إزاء الأراضي المرتفعة عنها سيلان مياهها على معنى الفصل 167 م.ح.ع وحقوق الارتفاق الناشئة عن القانون وهو ما يجب احترامه عند غرس بعض الأشجار أو إحداث نوع من المباني والكشف على ملك الجار وميازيب السطوح وحق المرور على معنى الفصول 168 إلى 179 م.ح.ع. وجميع الارتفاقات التي يتضمنها مثال التهيئة العمرانية المصادق عليه طبق القانون على معنى القانون عدد 122 لسنة 1994³⁹¹.

³⁹¹إنّ مجمل الأحكام في الارتفاقات القانونية الواردة بمجلة الحقوق العينية لا تكون فاعلة إلاّ بالمناطق غير المهيأة أي غير خاضعة لأمثلة تهيئة عمرانية، والأغلب أنّ تكون مناطق فلاحية أو مناطق بلدية لم تهيأ بعد. وهي مجرد قواعد استيعابية ليست أمرة ويجوز الاتفاق على مخالفتها. فإذا توفرت التهيئة المصادق عليها طبق القانون قام ذلك المثال في تحديد تلك الحقوق صورة ومكانا ومسافة وموقعا على معنى القانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 28 نوفمبر 1994 المتعلق بمجلة التهيئة العمرانية.

وتعرف التهيئة الترابية عملاً بالفصل 2 من القانون عدد 122 لسنة 1994 بأنها "جملة الاختبارات والتوجهات والإجراءات التي يتمّ ضبطها على المستوى الوطني أو الجهوي لتنظيم استعمال المجال الترابي والتي من شأنها أن تضمن خاصّة التناسق في تركيز المشاريع الكبرى للبنى الأساسية والتجهيزات العمومية والتجمعات السكنية". وتكون أمثلة التهيئة إما توجيهية أو عمرانية. فتضبط الأمثلة التوجيهية للتهيئة عملاً بالفصل الخامس من القانون عدد 122 التوجهات الأساسية لتهيئة المناطق الترابية المعنية وذلك اعتباراً للعلاقات مع الجهات المجاورة والتوازن الذي يتعين المحافظة عليه بين التوسع العمراني وممارسة الأنشطة الفلاحية والأنشطة الاقتصادية الأخرى واعتباراً كذلك لضرورة حماية المواقع الطبيعية والمواقع الثقافية بما فيها الأثرية ومناطق الصيانة كما عرّفها التشريع الجاري به العمل. ونصت الفصول الموالية على كيفية إعداد هذا المثال. وتضبط أمثلة التهيئة العمرانية على وجه الخصوص قواعد وارتفاقات استعمال الأراضي وتحدد خاصة رسم طرق الجولان المزمع المحافظة عليها أو تغييرها، أو إحداثها وضبط خاصياتها. ونصت الفصول 16 وما بعد من القانون عدد 122 لسنة 1994 على كيفية إعداد أمثلة التهيئة العمرانية والمصادقة عليها، حيث تتم المصادقة عملاً بالفصل 19 منه بقرار من الوالي المختص ترابياً، ويعلق مثال التهيئة المصادق عليه بمقر البلدية أو الولاية المعنية ويقع إعلام العموم بذلك عن طريق وسائل الإعلام المسموعة والمكتوبة.

وينجر عن قرار المصادقة على مثال التهيئة التصريح بالمصلحة العمومية للأشغال المقررة على معنى الفصل 19 من مجلة التهيئة العمرانية، معنى ذلك أنه لا يغير من طبيعة الملكية من ملكية خاصة إلى ملكية عامة، لكن الأشغال التي يمكن أن ترد على الملكية الخاصة لها طابع المصلحة العمومية. كما أنّ بيانات أمثلة التهيئة يعارض بها الكافة ولا يصحّ تركها باتفاق أو صلح باعتبارها حقوقاً ناشئة عن القانون ذات طبيعة أمرة. وحيث إنّ هذه الحقوق التي تنشأ عن القانون ليست من قبيل حقوق الارتفاق، إنّما هي من قبيل قيود الملكية، فليس فيها ما يخرج عن النظام المألوف للملكية، بل هي ضمن نظام الملكية الذي أصبح محاطاً بجملة من القيود تعطى حقّ الملكية تعريفه المعاصر. فلا يمكن لحقّ الارتفاق أن يكون كذلك إلاّ إذا خالف ما فرض قانوناً. ومن هذه الناحية كانت الحقوق التي ضبطها القانون مجرد قيود لا يمكن بحال أن ترقى لمستوى حقوق الارتفاق بوصفه إخضاع عقار لمنفعة عقار آخر. لذلك لا يمكن للبائع أن يضمن خلوّ العقار

ويعتبر هذا الاستثناء خطيرا بالنسبة إلى نظام السجلات العينية، الذي من المفروض أن تكون صورته عاكسة لحقيقته المادية والقانونية.

+الامتياز وحق الحبس: لم ينص الفصل 373 م.ح.ع على حق الامتياز³⁹²، وهو حق عيني يعطيه القانون في تفضيل بعض الدائنين على بعض للخلاص من مكاسب المدين نظرا لصفة ديونهم. وهو مفضل على غيره من الديون وحتى على الديون الموثقة برهن عقاري، ويعتمد تفضيل بعض الدائنين الممتازين على بعض على اختلاف صفات الامتيازات. وهو من قبيل التأمينات العينية التي جاءت بها الفصول 194 وما بعد م.ح.ع وهو على نوعين خاص وعام. وفي جميع هذه الصور لا يلزم الترسيم لنشأة الحق، وهي حقوق مقررة قانونا. ونجد هذا الاستثناء في جميع التشريعات التي اعتمدت نظام السجلات العينية³⁹³.

من هذه القيود ولا تزول هذه القيود بعدم الاستعمال، ولو كانت حقوق ارتفاق لأمكن ضمان خلو العقار منها ولزالت بعدم الاستعمال. ومن طبيعة هذه القيود أنها أمره وتتصل بالنظام العام العمراني، ولا يملك أحد مخالفتها ويجوز للمحكمة أن تشرها من تلقاء نفسها.

وتعدّ التهيئة العمرانية بجميع أصنافها الواردة بالقانون عدد 122 لسنة 1994 تكاليف تحمل على عناصر الملكية العقارية فتقيد عنصر الاستعمال فيها أو عنصر الاستغلال أو عنصر التصرف، ولكنها لا تلغى مطلقا، وقد يتقدم القيد عن الحقوق العينية الواردة بمجلة الحقوق العينية إذا اتحد مع الحقوق المذكورة أخيرا مرتبة وطبيعة وجنسا، كما في صورة أن تتقدم التكاليف العمرانية عن حقوق الارتفاق القانونية. ولكن القيود الموظفة على الملك الخاص لصالح الملك العام لا تلغى مطلقا الملكية الخاصة بل إنها تغير من طبيعتها فقط، ولا تلغى الملكية الخاصة إلا إذا قامت المصلحة العامة في اتخاذ عمل من الأعمال الناقلة للملكية، كما في صورة الانتزاع أو المصادقة على أعمال التقسيم، وفي غياب ذلك لا يمكن مطلقا القول بإلغاء الملكية العقارية. ولكن الارتفاقات الواردة بالأمثلة المصادق عليها طبق القانون يعارض بها الكافة بدون حاجة إلى ترسيم بالسجل العقاري ويتعين مراعاة حدودها تجاوزا لبيانات الرسوم العقارية.

³⁹² علي كحلون: قانون التأمينات، المرجع السابق، ص 293 وما بعد.

³⁹³ نورالدين بسرور ومحمد سعيد: إشهار الامتيازات، دراسات في قانون التأمينات، المرجع السابق، ص 75. وكذلك تراحم الامتيازات، نفس المرجع ص 103. فقد أشار الكاتبان إلى بعض الصور الخاصة التي يتعين فيها الترسيم بالنسبة إلى الامتيازات الخاصة مثل ترسيم امتياز صاحب راتب الإنزال (القانون العقاري لسنة 1885) وترسيم امتياز المتقاسم (الفصل 200 م.ح.ع)، ورجع الكاتبان لبعض النصوص للدلالة على وجوب الترسيم مثل الفصل 305 م.ح.ع والفصل 481 م.م.م. والفصل 39 من القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 المتعلق بالانتزاع والقانون عدد 80 لسنة 1988 المؤرخ في 31 ديسمبر 1980 المتعلق بالتشطيب على الامتيازات الخاصة بالمعالم التي يمكن أن تستخلصها الإدارة عند إتمامها لبعض العمليات توصلا للقول بضرورة ترسيم الامتيازات الخاصة. غير أن الفصل 373 م.ح.ع لم يشمل جميع الصكوك، كما أن قانون 1885 استثنى الامتياز من الترسيم صراحة ولا وجود لقاعدة عامة حاليا توجب الترسيم على غرار الفصل 278 م.ح.ع بالنسبة إلى رهون العقارية.

وبعيدا عن النقاشات الفقهيّة التي طالت حقّ الحبس³⁹⁴، فالبعض يكره عليه الصّفة العينيّة والآخر يقرّ بذلك، فإنّ حقّ الحبس تتوقّر به جميع عناصر الحقّ العيني³⁹⁵، وإن لم يدرج بالفصل 12 م.ح.ع. ومع ذلك لا يحتاج إلى ترسيم حتّى ينشأ وتظلّ الأحكام الواردة بمجلة الالتزامات والعقود الإطار المناسب لتحديد أبعاد هذا الحقّ من حيث النشأة والانقضاء³⁹⁶.

+انتقال الرهن العقاري بموجب الحلول أو بغيره من الطرق: نصّ الفصل 374 م.ح.ع كما هو منقح بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 على أنّه " يجب التتصيص على نقل الرهن العقاري الواقع بطريقة الحلول أو بغيرها من الطرق بالرسم العقاري. ويخول هذا التتصيص للمحال له أو لمن حل محل غيره حق التصرف في الترسيم ورفع اليد عنه. وإذا لم يقع التتصيص فإن الحلول أو التشطيب الصادر عن الدائن المرسم يمكن أن يعارض به الدائن الذي انتقل إليه الدين الموثق". وقد كان هذا الفصل ينصّ سنة 1965 يوم صدور مجلة الحقوق العينية على أنّ " نقل الرهن العقاري الواقع بطريقة الحلول أو بغيرها من الطرق يجب التتصيص عليه بهامش ترسيم الرهن. وهذا الترسيم يخول للمحال له أو لمن حل محل غيره حق التصرف في الترسيم ورفع اليد عنه. وإذا لم يقع التتصيص فإن الحلول أو التشطيب الصادر عن الدائن المرسم يمكن أن يعارض به الدائن الذي انتقل إليه الدين الموثق".

والواضح أنّ المشرع لم ينقح هذا الفصل سنة 1992 عندما اعتمد مبدأ المفعول المنشئ بل شمله التعديل سنة 2001 عندما رفع المشرع إمكانية

³⁹⁴ علي كحلون: قانون التأمينات، المرجع السابق، 481 وما بعد.

³⁹⁵ Mester Jacques-Putman Emmanuel-Billiau Marc : Traité de droit civil, Droit commun des suretés réelles, L.G.D.J, 1997, p. 49-84.

³⁹⁶ يراجع الفصول 309 وما بعد م.ا.ع، وكذلك الفصل 36 م.ح.ع.

قرار تعقيبي مدني عدد 10506 المؤرخ في 27 نوفمبر 1973 نشرية محكمة التعقيب 1973 ص 97. " إذا اشترى شخص على حسن نية أرضا من غيره أحدث بها بناءات واستحقّها الغير بدعوى أنّها على ملكه وأنّ البائع للمشتري لم يكن مالكا وقضت المحكمة طبق الفصل 36 م.ح.ع بإلزام المشتري بتسليم الإحداثات لصاحب الأرض الحقيقي كإلزام هذا الأخير بأداء قيمة الإحداثات، جاز للمحكمة عند الطلب أن تقضي للمشتري بحقّ حبس الإحداثات إلى أن تؤدّى له قيمتها".

يراجع في جميع ذلك، علي كحلون: قانون التأمينات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2011.

التنصيب بالهامش وفرض التنصيب بالتعاقب مراعاة لموجبات الإعلامية، فلم يسع مطلقا إلى فرض ترسيم الحلول لنشأته، بل يبقى الحل خاضعا لمبدأ الاحتجاج كما كانت الصورة أول ما ظهر القانون العقاري حيث إن عدم التنصيب على الحل لا ينتهي إلى عدم وجود الحق أصلا بل إن الجزء هو عدم المعارضة حيث "إذا لم يقع التنصيب فإن الحل أو التشطيب الصادر عن الدائن المرسم يمكن أن يعارض به الدائن الذي انتقل إليه الدين الموثق".

والواضح أنّ هذا الاستثناء لا يشمل فقط الحل *la subrogation* بل يشمل كذلك بقية الصور الأخرى في انتقال الرهن مثل حوالة الحق التي يمكن أن تشمل انتقال الرهن صراحة وكذلك الحوالة *délegation*³⁹⁷، فتعوض شكلية الترسيم بإدارة الملكية العقارية شكلية الإعلام المفروضة بمجلة الالتزامات والعقود لمعارضة الغير المحال عليه إذا كان العقار مسجلا وتضمنت الإحالة إحالة الرهون العقارية تبعا لإحالة الحق الشخصي.

-بالنسبة إلى القانون المقارن: إضافة إلى الاستثناءات التي أوردها المشرع التونسي، نجد بالقانون المقارن عدّة استثناءات أخرى، وإن اعتمد الحالات العامة المذكورة أعلاه. ونورد بعضا منها على سبيل المثال، مثل الرسوم على المعاملات العقارية والرهن المؤجل بالمغرب³⁹⁸. فقد رأى فقه القضاء على امتداد سنوات طويلة أن المعاليم القانونية المستوجبة لا تطلب قبل الترسيم تطبيقا للمفعول المنشئ للحق. وهو ما يوجب ضرورة ردّ ما دفع بدون سبب. ولهذا الغرض صدر الظهير المغربي بتاريخ 9 سبتمبر 1947 ليكتفي بإبرام الاتفاقات في حدّ ذاته وصدور الأحكام لإخضاعها لإجراء الرسوم بصرف النظر عن عملية إدراجها بالسجل العقاري. وهو نفس الاتجاه بالقانون التونسي وإن ينص الفصل 373 م.ح.ع على ذلك صراحة³⁹⁹. ويمكن أن يتفق الأطراف على

³⁹⁷ علي كحلون: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 293 وما بعد.

علي كحلون: قانون التأمينات، المرجع السابق، ص 593 وما بعد.

³⁹⁸ Paul Decroux : Droit foncier Marocain, op.cit.,p. 203.

³⁹⁹ القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بإصدار مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي.

تأجيل إشهار الرهن تسعين يوما، ويودع مع ذلك هذا الرهن بدفتر الإيداع، لكنّه لا يضمّن بدفتر التّحفيظ، وينشأ الحقّ التّابع له على معنى الفصل 128 من ظهير رجب 1333 من تاريخ إيداعه، بالرّغم من ذلك، فإذا أودعت رهون أخرى قدّم الرهن الأوّل.

وجاء القانون اللّبناني بعدّة أمثلة مثل صورة الإلحاق ونزع الملكية والصّكوك القضائيّة. فقد أورد الفصل 204 من قانون الملكية العقاريّة بالفقرة الثّانية منه بعض الاستثناءات الهامّة بقوله " إنّ حقوق الملكية وحقوق التّصرّف تكتسب أيضا باللاحق وإن كلّ من يكتسب عقّارا بالإرث أو بنزع الملكية أو بحكم فهو مالك قبل التّسجيل. " ويقصد باللاحق أو الالتصاق الالتصاق الطّبيعي على معنى الفصول 206-208-209 من قانون الملكية العقاريّة (وهو ما يوافق الفصول 28 إلى 32 من مجلّة الحقوق العينيّة التّونسيّة). أمّا الالتصاق بفعل الإنسان فلا ينجر إلا بموجب حكم أو اتّفاق. وتكتسب الملكية في حالة نزعها (حالة الاستملاك) بإيداع قيمة التّعويض ووضع يد المنتفع من الانتزاع على العقّار المنتزع بصرف النّظر عن التّرسيم على معنى القانون عدد 58 لسنة 1991 المؤرّخ في 29 أيّار 1991. ونصّ القانون اللّبناني صراحة بآخر الفصل 204 من قانون الملكية العقاريّة على " أنّ كلّ من يكتسب عقّارا...بنزع الملكية ..فهو مالك قبل التّسجيل.. "، أي أنّ انجرار الملكية بموجب القانون لا يحتاج إلى ترسيم حتّى يتكوّن الحقّ، وهو استثناء للمبدأ المنصوص عليه بطالع الفصل المذكور. أمّا الحكم القضائي فيعدّ استثناء هاما باعتبار أنّ الحكم ينشئ الحقّ بداية من تاريخ صدوره، وليس بداية من تاريخ إدراجه بالسجلّ العقاري، مثل حكم التّبتيث، أو حكم القيد على اسم البائع. وقد بدت قاعدة التّرسيم بالنسبة إلى الأحكام القضائيّة غريبة بالنسبة إلى بعض التّشاريح، باعتبار أنّ الحقوق تنشئها الأحكام الصّادرة في الغرض، " مثل الحكم القاضي بقيد عقد البيع العقاري العادي جبرا في السّجلّ العقاري والذي يجعل المحكوم له مالكا من تاريخ صدوره وقبل إجراء القيد وكذلك الحكم الصّادر بإحالة العقّار المبيع بالمزاد العلني على اسم المزايد الأخير والذي ينقل الملكية للمستفيد منه من تاريخ صدوره وقبل القيد

في السّجلّ العقاري وذلك بالنسبة إلى المنفّذ عليه وإلى من كان طرفاً في المعاملة التنفيذيّة"،⁴⁰⁰ ولا يمكن بالتّالي تعليق آثارها على شرط التّرسيم، إلى حدّ أن وقعت هذه الأحكام في مجال الاستثناءات، وخرجت بذلك عن إطار المفعول المنشئ. لذلك نصّ الفصل 204 من قانون الملكيّة العقاريّة اللبناني في فقرته الثّانية على أنّ "...كلّ من يكتسب عقّاراً..بحكم..فهو مالك قبل التّسجيل..". والحقيقة أنّ نظام السجلات العينيّة يقتضي أن لا تأتي هذه الأحكام في باب الاستثناءات، ومن المفروض أن تعبّر هذه السجلات عن حقيقة العقّار، وليس هناك من المبررات ما يستدعي استثناء مثل هذه الأحكام، ويذهب الاتّجاه العام إجمالاً إلى تقليص مجال هذه الاستثناءات أكثر ما يمكن. لكنّ مجالها الحقيقي يبقى شاسعاً.

ب- آثار المبدأ

ما إن خرج المشرّع التّونسي من التفرقة بين الأطراف والغير، التي كان لها الأثر البالغ في تناقض فقه القضاء إلى أبعد الحدود، حتّى وقع في تفرقة أخرى أكثر حدّة، التفرقة بين الحقوق الشّخصيّة والحقوق العينيّة.

1) انهيار التفرقة بين الغير والأطراف

أورد الفصل 373 م.ح.ع أنّه يترتّب عن عدم إشهار الأمور الواردة بالفقرتين المذكورتين أي الصّكوك التي سبق التّعرض لها، أنّ الحقوق العينيّة الواردة بها لا تكون حجة فيما بين المعنيين بالأمر أنفسهم. وقد كان الفصل 305 قديم م.ح.ع ينصّ على أنّ "كلّ حقّ لا يعارض به الغير إلّا بترسيمه بإدارة الملكيّة العقاريّة وابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم"، وقد تمّ تعديل هذا الفصل سنة 1992 بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 في اتّجاه أنّ "كلّ حقّ عيني لا يتكوّن إلّا بترسيمه بالسّجلّ العقاري وابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم"، وبالتالي سوف لن نضطرّ مستقبلاً إلى القول بتلك التفرقة بين الأطراف والغير، والتي أدّت في أكثر الأحيان إلى تأويلات فقهية وقضائية

⁴⁰⁰ إدوار عيد، الأنظمة العقاريّة، المرجع السّابق، ص355.

أقلّ ما يقال عنها إنّها أضرتّ بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بمصادقيّة السجّلات العقاريّة.

وأولّ مساوي هذه التّفرة أنّها تودّي إلى ظهور حياتين بالنسبة إلى العقار الواحد، حياة بين الطّرفين، وحياة في علاقة الطّرف بالغير. فالعقد ينشأ صحيحاً نافذاً بين الأطراف منتجاً لجميع آثاره القانونيّة منذ إبرامه على معنى مجلّة الالتزامات والعقود⁴⁰¹، ومع ذلك فهو غير موجود بالنسبة إلى الغير الذي لا يطلب منه الاعتراف بمضمونه إلّا من تاريخ ترسيمه بالسجلّ العقاري.

فهو زواج بين نظام عيني يوجب التّرسيم لنشأة الحقّ العيني ونظام شخصي مدني يعترف بتكوين العقد منذ إبرامه بين الطّرفين، وتتأخّر آثاره بالنسبة إلى الغير إلى عمليّة التّسجيل أو التّرسيم. لكنّه كان زواجا غير متكافئ وأنتج عدداً من الإشكاليّات والصّعوبات يصعب السيطرة عليها على امتداد السّنوات القادمة، ولعلّ أهمّها وأولّها على الإطلاق هو مساهمته الفعّالة في جمود الرّسوم العقاريّة.

ثانياً: ليس من السّهّل تحديد مفهوم الغير في المعاملات العقاريّة. وإذا كان من السّهّل القول مبدئيّاً إنّ الغير هو الأجنبي عن العلاقة التّعاقديّة⁴⁰²، ولا يعتبر

⁴⁰¹ الحقيقة أن مسألة اعتبار انتقال الملكية وكذلك بقية الحقوق العينية أثراً أو التزاماً كانت محلّ نقاش بين رجال القانون، فمنهم من يعتبرها التزاماً، وإن وقع التنفيذ فوراً ويتعدّى فيه استعمال الوسائل الجبرية في مواجهة المدين، وما يؤكّد فكرة أن نقل الملكية التّزاماً وليس أثراً هو أنه بالإمكان تأجيل نقل الملكية بسبب طبيعة الأشياء أو بموجب الاتفاق والقانون، فيحمل على المدين حينئذ التّزام بنقل الملكية. ومنهم من يعتبره أثراً وليس التّزاماً لأنه يحدث بصفة فورية وآليّة وذهنية دون حاجة إلى تدخّل الأطراف، كما أن فكرة تأجيل الانتقال لا يدعم فكرة الالتزام لأن التأجيل أو التأخير لا يتعارض مع فكرة الأش، حيث إن الملكية في هذه الصور لا تنتقل إلا بموجب الحالات التي فرضت التأخير ولا يحمل على المدين أي التّزام، فهو الإفراز في حالة بيع الأشياء المثلية والشيء المستقبلي في حالة بيع أشياء مستقبلية والترسيم في العقارات المسجلة ودفع الثمن في حالة التراضي على تأخير الانتقال، فما يجعل الملكية تنتقل هو انتهاء تلك الأعمال المفروضة قانوناً أو اتفاقاً، وليس للمدين أن يقوم إلا بما يدفع في اتجاه انتقال ما يجعل الملكية تنتقل وهو التّزام بعمل وليس التّزام بنقل الملكية، كما أن يقوم المدين بتصحيح الوثائق لتمكين الدائن من التّرسيم. ويبقى دوماً من الممكن اللجوء إلى وسائل جبرية تجاوزاً لشخص المدين، وقد زاد النقاش أهمية بحكم اختلاف القوانين المقارنة في ذلك.

أحمد بن طالب: التفويت في ملك الغير، أطروحة دكتوراه، 2003-2004، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية تونس. ص. 249 وما بعد.

خليفة الخروبي: نقل الملكية في عقد البيع، أثر أم التّزام، المجلّة القانونية التونسية، 1997، ص 11.

⁴⁰² القرار التّعقيبي عدد 19622 المؤرّخ في 10 جانفي 1989 القضاء والتّشريع لسنة 1991، عدد 7، ص 71 " ولئن كان من المسلّم به أن حجية الأحكام المدنيّة نسبيّة ولا يمكن أن يعارض بها الغير فإنّ من يكون طرفاً فيها لا يصبح من الغير لمجرّد أن ذلك الحكم أو تلك الأحكام تتعلّق بعقار مسجّل ولم يتمّ

الورثة والخلف الخاص أي الذي انجرت له حقوق خاصة من السلف والدائن العادي في حدود ما يسمح به القانون ممارسة للدعوى البليانية أو غير المباشرة أو الصورية على معنى الفصول 26 و 306 و 307 و 308 م.أ.ع⁴⁰³، من الغير على معنى الفصل 241 م.أ.ع، فإنّ تطبيق هذه المبادئ كثيرا ما يحدث جانبا من الغموض واللبس⁴⁰⁴، خاصّة إذا تولّى البائع التّفويت في العقار مرتّين، وكثيرا

إدراجها بسجلّ ذلك العقار إذ أنّ كلمة الغير الذي لا يعارض به الحقّ العيني على العقار إلّا بتسجيل ذلك الحقّ بإدارة الملكيّة العقارية وابتداء من تاريخ ذلك التّسجيل الواردة بالفصل 305 م.ج.ع لا تعني من كان طرفا في سند الحقّ أو خلفا له خلافا عامة أو خاصّة وإنّما تعني فقط الأجنبي عن تلك العلاقة صاحب الحقّ المرسم."

⁴⁰³ علي كحلون: النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 71 وما بعد.
الحقيقة أنّ الدائن العادي يعدّ غيرا على معنى المبادئ العامة، فله ضمان عام على الذمة المالية للمدين، فقط أنّ المشرع مكن الدائن العادي إذا ما توفرت الشروط ممارسة الدعوى الصورية لإظهار حقيقة الاتفاق السري على معنى الفصل 26 م.أ.ع أو ممارسة الدعوى البليانية لطلب عدم معارضته بجملة من العقود المضرة بحقوقه على معنى الفصل 306 فقرة أولى م.أ.ع أو ممارسة الدعوى غير المباشرة للاستئثار بما للمدين من حق لدى الغير على معنى الفصول 306 فقرة ثانية و 307 و 308 م.أ.ع. ففي جميع هذه الدعاوى يتنزل الدائن العادي منزلة الأطراف، وفي غيرها من الصور يبقى الدائن العادي غيرا. فكلما تدخل الدائن العادي خارج إطار هذه الدعاوى الخاصة إلّا وكان في إطار الضمان العام، ويتنزل حينئذ منزلة الغير، كما في صورة مباشرة الدائن العادي لإجراءات العقلة.

⁴⁰⁴ فقد ترددت المحاكم كثيرا في شأن الدائن العادي، وربما تناقضت الأحكام والصورة واحدة. فقد ذهبت محكمة التعقيب بالقرار التعقيبي عدد 27817 الصادر بتاريخ 18/04/1991 (غير منشور، ملحق بأطروحة حاتم الرواتي، المرجع السابق، ص 554) إلى اعتبار الدائن العادي ليس غيرا، وكانت الوقائع تفيد أن المالك المرسم فوت في العقار موضوع النزاع إلى طرف ثاني الذي لم يعتمد إلى إدراج كتبه بالسجل، فبادر دائن البائع بإنذاره وياشر إجراءات تثبيت العقار وانتهت الدعوى بتبتيته. فقام المشتري غير المرسم بطلب إبطال العقلة عملا بأحكام الفصل 427 م.م.م.ت باعتبارها تسلطت على ملك الغير وأبطلت العقلة بداية وذهبت محكمة التعقيب إلى هذا الاتجاه باعتبار أن الدائن العادي ليس غيرا بالنسبة إلى مشتري العقار وبالتالي يمكن معارضته دون أن يكون المشتري مرسما. قولا إن الفصل 305 من م.ج.ع "ولئن نص على أن كل حق لا يعارض به الغير إلّا بتسجيله بإدارة الملكيّة العقارية وابتداء من تاريخ التّسجيل. إلّا أنه لم يحدد مفهوم "الغير" لذلك كان لزاما لتحديد هذا المفهوم الرجوع لأحكام القانون العام وبالصبط إلى أحكام الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود الذي تحدث عن العقود السرية فيصبح الغير ما استثنى من القاعدة العامة بالنسبة لتلك العقود وهو كلّ شخص انجر له حق بوجه خاص. وحيث إن السؤال المطروح في قضية الحال هل أن الدائن الذي قام بإجراء العقلة (المعقب) يعتبر غيرا بالنسبة لمشتري العقار المعقب ضده أم لا؟ حيث ما من شك أن القائم بالعقلة قد استمد حقه من مدينه بائع العقار الذي هو ليس غيرا بالنسبة للمشتري ولا يمكن بالتالي لهذا العاقل أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو لمدينه باعتبار أن العقلة لا تكسبه حق الأولوية وهو حق شخصي تجاه مدينه. وحيث تأسيسا على ذلك واعتبارا وأن حقه مستمد من مدينه فإنه لا يعد "غيرا" بالنسبة للمشتري على معنى أحكام الفصل 305 المذكور وأضحى الطعن والحال ما ذكر غير وجيه ويتجه رده."

في حين ذهبت، واستنادا على نفس الوقائع تقريبا (إبطال عقلة عقارية) بالقرار التعقيبي عدد 18436 الصادر بتاريخ 05/02/2003 (المرجع السابق، ص 573) إلى اعتبار الدائن العادي غيرا قولا "حيث استقر الرأي على تعريف الغير بكونه كل شخص أجنبي عن دائرة التعاقد أي كل من لا تطاله القوة اللازمة للعقد. وحيث ينطبق هذا التعريف على المعقبة العاقلة باعتبارها دائنة للمالكة الأصلية للعقار المعقول ولا علاقة لها بشراء المعترضة لنصفه وبالتالي لا تجوز معارضتها لذلك الشراء غير المرسم." وذهبت إلى نفس الاتجاه بالقضية 14025 الصادرة بتاريخ 06/06/2002 (المرجع السابق ص 567) قولا "حيث اقتضى الفصل

ما يقع الخلط بين مبادئ الفقرة الأولى من الفصل 305 م.ح.ع والمتعلّقة بالمعارضة أو الاحتجاج، والفقرة الثانية منه الخاصّة بالقوّة الثبوتية للترسيمات⁴⁰⁵.

ثالثاً: لا يشجّع هذا النظام الأطراف على ترسيم الكتائب، التي تبقى مجرد عملية يتحكّم فيها الطرف، إن شاء بادر إلى الترسيم، وإن لم يرغب أعرض، والأغلب أن يعرض. وهو نقص يخلّ بأهداف نظام السجلات العينية.

وتعود هذه التفرقة إلى مؤسسة المعارضة *opposabilité* التي تبدو رجسا على نظام السجلات العينية، وقد رأينا أنّ المشرّع التونسي تبني هذا التوجّه بحكم تأثره بالمجلة المدنية الفرنسية التي لا تعرف معنى السجلات العينية. ومؤدّى ذلك أن ينتقل الحقّ العيني بجميع آثاره بين الطرفين بمجرد العقد طبق المبادئ العامة، ولا يمكن معارضة الغير بهذا العقد إلاّ بداية من تاريخ تسجيله.

وأوّل ما شغل فقه القضاء على امتداد السنوات الفارطة قبل أن يتدخّل المشرّع سنة 1992 هو مدى ضرورة الترسيم بالسجل العقاري لمعارضة الغير أمام غموض بعض الأحكام بمجلة الالتزامات والعقود وخاصّة منها الفصل 581

305 من م.ح.ع أن كل حق لا يعارض به الغير إلا بترسيمه بإدارة الملكية العقارية وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم وتفرّيعاً على ذلك فإن كل شخص أجنبي عن العقد الرابط بين المعقب ضدهما يعدّ غيراً ولا يمكن بالتالي معارضته بالحق الغير مرسوم بالسجل العقاري المتعلق بالعقار موضوع العقلة. إذ أنه لا يمكن التمييز بين الأشخاص الاعتباريين من الغير طالما كانت عبارة النص مطلقة."

⁴⁰⁵ ينصّ الفصل 305 م.ح.ع قديم في فقرته الأولى على أنّ كلّ حق لا يعارض به الغير إلاّ بترسيمه بإدارة الملكية العقارية وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم. معنى ذلك أنّ كلّ حقّ سواء كان عينياً أو شخصياً لا يعارض به الغير سواء كان بحسن نية أو بسوء نية، ومهما كانت طبيعته، المهمّ أن يكون أجنبياً عن العلاقة التعاقدية، إلاّ بداية من الترسيم، وذلك هو معنى المعارضة.

وتنصّ الفقرة الثانية من الفصل 305 قديماً على أنّ إبطال الترسيم لا يمكن بأيّ حال أن يعارض به الغير الذي يكون حسن النية، معنى ذلك أنّه يجوز التشطّيب أو الخطّ من الترسيم أو تعديله، كما في صورة إبطال الكتب سند الترسيم أو في صورة التشطّيب المباشر، لكنّ إبطال الترسيم لا يعارض به حسن النية، أي أنّ الترسيمات تستعيد قوّتها الثبوتية في مواجهة الغير بحسن نية، وهو الشخص الذي انتقل إليه الحقّ المرسوم وهو لا يعلم سبب علّته. وبالتالي تمسك المحكمة عادة عن الحكم بالتشطّيب على الترسيم كلّما ثبت لها أنّ الحقوق انتقلت إلى الغير حسن النية.

والمهمّ في جميع ذلك أنّ قاعدة المعارضة تختلف عن قاعدة ثبوتية الترسيمات، لكنّ فقه القضاء كثيراً ما ينصرف إلى تحليل مبادئ الفقرة الثانية، والحال أنّ الصورة تقتضي الاكتفاء بأحكام الفقرة الأولى من هذا الفصل.

وقد اضطرت محكمة التعقيب إلى التأكيد بالقرار عدد 18456 الصادر بتاريخ 5 فيفري 2003 (نفس المرجع السابق ص 573) على أنّه " لا مجال لإثارة شرط حسن النية من عدمه الذي ورد بفقرة مستقلة تتعلّق بصورة إبطال الترسيم وهي غير صورة قضية الحال المتمثلة في عقلة عقارية. وحيث إنّ محكمة الموضوع باعتمادها شراء غير مرسوم لمعارضة المعقبة باعتبارها غيراً سيء النية تكون قد خرقت القانون وطبقت شرطاً مقررّاً لغير هذه الصورة."

م.١٠ع المتعلّق بالبيع الذي أشار إلى مفهوم التّسجيل " على الصّورة المقرّرة في الأحكام المتعلّقة بذلك،⁴⁰⁶ وتساءل الفقهاء إن كان من الممكن الاكتفاء بالتّسجيل بالقباضة الماليّة لمعارضة الغير أو يتّجه التّرسيم بإدارة الملكيّة العقاريّة لمعارضة الغير. وانتهى فقه القضاء أخيراً إلى أنّ البيع المتعلّق بعقار مسجّل لا يعارض به الغير إلّا من تاريخ ترسيمه بإدارة الملكيّة، أي أن مفهوم الفصل 581 م.١٠ع لا يمكن إدراك موضوعه إلّا بالرجوع إلى أحكام الفصل 305 م.ح.ع، وإذا لم يكن العقار مسجّلاً بالإمكان الاكتفاء بالتّسجيل بالقباضة الماليّة، أي أنّ الفصل 581 م.١٠ع يفهم بالرجوع إلى أحكام الفصل 450 م.١٠ع.⁴⁰⁷ بل إنّ هناك من تمسّك بإخضاع الصّكوك لإجراء التّرسيم لمعارضة الغير حتّى بالنسبة إلى العقارات التي لم يشملها التّسجيل العقاري بعد، رغم الانتقادات الكبيرة الموجهة إلى هذا الرّأي، معنى ذلك أن تسجّل العقارات موضوع الكتب بداية لإتمام إجراء التّرسيم نهائية. بل قال آخرون بإمكانية الاكتفاء بالتّسجيل بالقباضة الماليّة لمعارضة الغير حتّى بالنسبة إلى العقارات المسجّلة، كما إذا فوّت أحدهم العقار في تاريخ متقدّم، ثمّ عمد إلى التّفويت في هذا العقار مرّة ثانية إلى طرف آخر في تاريخ متأخّر، ولم يعمد أحدهما إلى التّرسيم بإدارة الملكيّة العقاريّة، وتولّى الثاني تسجيل الكتب بالقباضة الماليّة. فيؤخذ بالكتب الثاني حسب هذا الرّأي، وإن لم يرسم بإدارة الملكيّة العقاريّة. وانتقد الفقهاء هذا الرّأي بعلّة أنّ نظام العقارات المسجّلة يوجب التّرسيم لغاية المعارضة⁴⁰⁸. وكان أولى أن يعتمد تاريخ الكتب

⁴⁰⁶ ينصّ الفصل 581 م.ح.ع قديم على ما يلي: إذا كان موضوع البيع عقّاراً أو حقوقاً عقّاريّة أو غيرها ممّا يمكن رهنه يجب أن يكون بيعها كتابة بحجّة ثابتة التاريخ قانوناً ولا يجوز الاحتجاج بالعقد المذكور على الغير إلّا إذا سجّل على الصّورة المقرّرة في الأحكام المتعلّقة بذلك.

⁴⁰⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 715 مؤرّخ في 7 مارس 1961 نشرته محكمة التّعقيب 1961، ص 34.

قرار تعقيبي صادر بتاريخ 9 جوان 1970 مجلّة القضاء والتّشريع 1971، عدد 6، ص 67.

قرار تعقيبي صادر بتاريخ 10 مارس 1975 نشرته محكمة التّعقيب، عدد 1، ص 138.

قرار تعقيبي صادر بتاريخ 13 جانفي 1976 نشرته محكمة التّعقيب 1976، عدد 1، ص 15.

⁴⁰⁸ يراجع في جميع ذلك، أحمد بن طالب: تحليل الفصل 581 م.١٠ع، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة، كلية الحقوق تونس، 1989-1990، ص 100 وما بعد.

لحسم الإشكال⁴⁰⁹. ولم يقف النقاش إلى هذا الحدّ، بل اضطرت المحاكم إلى تقدير مسألة المعارضة حتّى في صورة التّرسيم بإدارة الملكيّة العقاريّة، وانتهى الأمر إلى الخلط بين أحكام المعارضة والقوّة الثبوتيّة للتّرسيمات، وربّما إلى نوع من التّناقض في تحديد مفهوم الغير، خاصّة في صورة البيع مرّتين. وإذا كان القول الحقّ إنّ المشتري الثّاني يبقى غيرا بالنسبة إلى المشتري الأوّل، وإن كان خلفا خاصّا للبائع، فإنّ الاتّجاه اختلف في عدّة صور أخرى. فقد رأت المحاكم في بعض الأحيان أنّ الغير لا يجب أن يكون له نفس الخلف، وبالتالي لا يعتبر المشتري الثّاني غيرا باعتباره خلفا خاصّا للبائع، ولا تشمله بالتّالي أحكام الفصل 305 م.ح.ع، فيبقى المشتري الأوّل على حقوقه كاملة⁴¹⁰.

لكنّ محكمة التعقيب أقرت بمناصفة النّظر في القضية عدد 13253 عن مناقشة مسألة حسن النّيّة من عدمها أو مناقشة توفّر صفة الغير من عدمها، وناقشت المسألة على مستوى توفّر موضوع البيع من عدمه، واكتفت بالقول إنّ " الالتزام يكون باطلا من أصله ولا يعمل به إذا خلا من ركن من أركانه وتأسيسا على ذلك فإنّ ترسيمه بالسجلّ العقاري لا يكسبه الشرعيّة القانونيّة وبصيرته صحيحا "، معنى ذلك أنّ البيع الأوّل يعتدّ به في معارضة المشتري الثّاني، وإن تمّ ترسيمه، باعتبار أنّ البيع الثّاني أصبح غير ذي موضوع⁴¹¹. وتزداد المسألة تعقيدا لأنّ مناقشة حدود مؤسّسة المعارضة لم تطرح فحسب خلال النّظر في

409 Charfeddine Mohamed Kamel: les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, op.cit., p.106 et suiv, n°122 et suiv.

قرار تعقيبي مدني عدد 33562 الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1994، المجلّة القانونيّة التّونسيّة لسنة 1996، مع تعليق لمحمّد كمال شرف الدين، ص 355 وما بعد.

410 القرار التعقيبي عدد 74223 الصادر بتاريخ 28 جانفي 2000 (أمنة يحيوي، المرجع السّابق، ص 20 من الملاحق) وراجع كذلك القرار التعقيبي عدد 75445 الصادر بتاريخ 21 جانفي 2000 المرجع السّابق، ص 45).

411 قرار تعقيبي مدني عدد 13253 مؤرّخ في 19 ماي 1986 نشرته محكمة التعقيب 1986، ج 2، ص 243.

يراجع كذلك القرار التعقيبي عدد 7701 المؤرّخ في 15 جوان 2005 نشرته محكمة التعقيب 2005، ص 263.

قضايا التشطّيب، وإنّما تعدّتها لجملة من القضايا ولعلّ أهمّها الدّعى الحوزيّة المتعلقة بعقّار مسجّل⁴¹².

واعتباراً لجملة هذه الصّور، التي لا تستقيم حقيقة مع موجبات السجلات العينيّة وما تقتضيه من شفافيّة ووضوح، كان الحديث عن آثار المفعول المنشئ باعتباره المبدأ الأساسي الذي يقضي على هذه التّفرة بين الأشخاص والغير، وينفي أيّ أثر عيني بين جميع الأطراف إلّا انطلاقاً من التّرسيم. لكنّه في مقابل ذلك يتسبّب في تفرقة جديدة بين الحقّ الشّخصي والحقّ العيني. وربّما كان لها من الأثر ما يتجاوز الأوّل.

(2) التّمييز بين الحقّ الشّخصي والحقّ العيني

نصّ الفصل 305 م.ح.ع جديد على " أن كلّ حقّ عيني لا يتكوّن إلّا بترسيمه بالسجلّ العقّاري وابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم، وأورد الفصل 373 م.ح.ع أنّه يترتّب عن عدم إشهار الأمور الواردة بالفقرتين المذكورتين أي الصّكوك التي سبق التّعرض لها، أنّ الحقوق العينيّة الواردة بها لا تكون حجة فيما بين المعنيين بالأمر أنفسهم، ولا يترتّب عن تلك الأمور غير المرسّمة سوى الالتزامات الشّخصيّة. وبالتالي إذا لم يرسم الكتب لا تنتقل الملكية، وإذا أمكن ترسيم الكتب يتكوّن الحقّ العيني بداية من ذلك التّاريخ. وإذا ما أمكن ترسيم الصّك لأيّ سبب من الأسباب، فلا ينجرّ عن هذا الكتب إلّا التزامات شخصيّة، ومن ذلك كانت التّفرة بين الحقّ الشّخصي والحقّ العيني، وهي تفرقة خاصّة بين صكّ غير مرسم و صكّ مرسم، تظلّ مرتبطة بالعمل بمبادئ المفعول المنشئ.

ويقصد بالحقّ الشّخصي ذلك الحقّ الذي يستند إلى عقد أو شبه عقد أو جنحة أو شبه جنحة أي إلى وقائع أو أعمال قانونيّة، فهو التزام محمول على كاهل أحد الطّرفين بموجب الاتفاق أو القانون، لغاية نقل حقّ عيني أو القيام

⁴¹² قرار تعقيبي مدني عدد 22690 مؤرّخ في 28 مارس 1989 القضاء والتّشريع لسنة 1991، عدد 4، ص 74.

قرار تعقيبي مدني عدد 5896 مؤرّخ في 18 ماي 1982 نشرته محكمة التّعقيب 1982، ج 3، ص

بعمل معيّن أو الإضراب عن الإتيان به، والالتزام في نهاية الأمر " هو رابطة بين شخصيين يلتزم بموجبها أولهما وهو المدين بأداء معيّن للأخر وهو الدائن الذي يحقّ له المطالبة بذلك الأداء. ويطلق عليه حقّا إذا نظر إليه من جهة الدائن ودينا إذا نظر إليه من جهة المدين⁴¹³. " ويقصد بالحقّ العيني هو الحقّ المباشر الذي يتسلّط بدون وساطة على العين ويسند إلى صاحبه حقّ التّبّع وحقّ التّقّدّم، وتنحصر الحقوق العينية في الحقوق المبينة بالفصل 12 م.ح.ع. فإذا تمّ الترسيم تكوّن الحقّ العيني، وإذا تخلف كان الحقّ الشخصي⁴¹⁴.

413 محمد الزّين، النّظرية العامّة للالتزامات، العقد، تونس 1993، ص 15.

414 للحقّ الشخص تعريفه الخاص وأنواع محدّدة وطرق خاصة في التنفيذ والانتقال والانقضاء وكذلك الحقّ العيني.

عليّ كحلون: قانون التأمينات، المرجع السابق، ص 27 وما بعد.

للحقّ الشخصي مفهوم مميّز يختلف حسب النظرة الشخصية أو الموضوعية للالتزام، وله عناصر ومصادر وأنواع مميزة وطريقة محدّدة في التنفيذ وأساليب محدّدة في انقضائه.

فالالتزام هو الواجب أو الموجب *devoir*، وليس كلّ واجب التزام، بل إن الواجب الذي ينزل منزلة الالتزام هو الواجب القانوني، أي الذي من الممكن أن تقوم فيه الدّعى أمام القضاء، ويتجاوز مستوى الأخلاق، صحيح أن الواجب القانوني والمستوى الأخلاقي يتفقان في عدّة صور، لكنهما يختلفان في البعض الآخر، كما في صورة سقوط الحقّ بمرور الزمن. ولهذا الواجب سقف يقف عنده، فلا يطالب المدين بما يتجاوز الممكن، كما في صورة القوة القاهرة، فهو واجب قانوني ممكن.

وبتلخّص من جميع ذلك أنّ الالتزام هو الوجه الإيجابي للحقّ الشخصي الذي يمثل أحد العناصر الأساسية للذّمة الماليّة إلى جانب الحقّ العيني، بل هو ذات الحقّ الشخصي، وله علاقة بمعنى المسؤولية. فإذا كانت المعاملات ذات القيمة الماليّة، تجاوزا لعلاقة الأحوال الشخصية، تمثّل مجمل عناصر الذّمة، فإنّ الالتزام يمثل مجمل الحقوق الشخصية. ويتضمّن التزاما بإعطاء شيء أو فعل شيء أو عدم فعل شيء. ويتمثّل الالتزام بإعطاء شيء في نقل ملكيّة أشياء قيمية أو مثليّة، لكنّ نقل الملكيّة عادة ما يكون أثرا مباشرا للعقد وليس التزاما، وما يحمل على الشخص في هذه الصور هو تسليم الشيء، وهو التزام بفعل شيء وليس التزام بإعطاء شيء، ولكنّ نقل الملكيّة يمكن أن يتأخّر عن تاريخ إبرام العقد، بإرادة الأطراف أو بإرادة المشرع أو بحكم طبيعة الأشياء، كما في صورة بيع الأشياء المثليّة أو بيع الأشياء المستقبلية أو الترسيم بإدارة الملكيّة العقارية بالنسبة إلى العقارات المسجلة أو بند الاحتفاظ بالملكيّة إلى حين دفع الثمن، ومع ذلك يبقى انتقال الملكيّة أثرا للعقد وليس التزاما. ويبقى الالتزام بفعل شيء وبعدم القيام بفعل شيء، من الالتزامات العامة المرتبطة دوما بالمنقولات وإن كانت لها علاقة بالعقار.

ويردّ مصدر الالتزامات إما إلى التصرفات القانونية (الإرادة المنفردة والعقد) أو الوقائع القانونية سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة).

وينصرف المفهوم الشخصي للالتزام إلى العلاقة القائمة بين الدائن والمدين إذ الحقّ الشخصي هو علاقة بين شخصين يلتزم بموجبها شخص بأن يؤدّي للطرف الآخر شيئا أو أن يقوم بعمل معيّن أو أن يمتنع عن أداء عمل محدّد. فلا يتوصّل الدائن بحقه إلّا عبر هذا الشخص. فيفترض الحقّ الشخصي إذن رابطة قانونيّة ورابطة شخصيّة ورابطة ماليّة. ولكنّ المذهب الموضوعي في الالتزام يقدّر أنّ الالتزام هو علاقة قانونيّة يلتزم بموجبها شخص بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وذلك بالتركيز على موضوع الالتزام دون العلاقة الشخصية بين الطرفين، أي أنّ الالتزام يتخذ شكلا مجردا بمعنى أن يكون قيمة مالية لها مكان بالذمة المالية ولا تبرر نشأته إرادة الشخص الملتزم وإنما القواعد الموضوعية أي القانون المبرر لنشأة الالتزام وله دور اجتماعي في تداول وانتقال الحقوق الموضوعية، كما في صورة الالتزام من جانب واحد أو إحالة الدين أو الاشتراط لمصلحة الغير أو السند لحامل.

وكثير هي أنواع الالتزامات، ولعلّ أهمها هي الالتزامات الطبيعيّة والالتزامات المدنيّة والالتزامات الشخصية والالتزامات العينية والالتزامات الذاتية والالتزامات النقديّة والالتزامات المجردة والالتزامات الموصوفة.

ترسيم الصك وتكوين الحق العيني: لا يتكوّن الحق العيني أصلاً إلا بموجب الترسيم، أي أنّ نقلة الحق العيني إلى المشتري لا تتحقّق إلا بمقتضى

وما إن يكتمل الالتزام حتى يطلب تنفيذه، وهو أثر الالتزام. ومن الجائز بالنسبة إلى الحق الشخصي أن ينفذ رضائياً أو جبراً أي بواسطة الوسائل القهرية الناتجة عن تدخّل القضاء ومساعدى القضاء. والأغلب أن يكون التنفيذ بمقابل أي تعويضاً والأقل من ذلك أن يكون عينا أي طبيعياً. وينقضى الحق الشخصي بثلاث طرق إما بالوفاء أي أداء الحق، ويمكن أن يكون الأداء طبيعياً أو بمقابل أو بما يقوم مقام الوفاء أي بواسطة التجديد والمقاصة واتحاد الذمة أو بدون وفاء أي بواسطة التنازل عن الحق أو استحالة التنفيذ أو الإقالة أو التقادم.

وللحق العيني تعريفه الخاص وله ما يميزه من حيث مضمونه وامتداده وأنواعه وله طرق خاصة في الاكتساب والتنفيذ والانقضاء.

فال**حق العيني** هو **السلطة** التي يمنحها القانون لشخص على شيء معيّن، فهي سلطة مباشرة بين الشخص والعين تمكن الفرد من استخلاص ما لهذا العين من فائدة اقتصادية، دون تدخّل طرف ثالث. فهي ليست رابطة relation بين الشيء وصاحبه، وإنما سلطة pouvoir بجميع أبعادها. فيفترض الحق العيني سلطة لها أبعاد قانونية وأخرى مادية وأخرى مالية، فتتصرف الأبعاد القانونية إلى ما يقدره القانون في معاملة صاحب الشيء بالعين، فلا تخرج السلطة عن ضوابطها القانونية وتتصرف الأبعاد المادية إلى ممارسة صاحب الحق في حدود ما للعين من فوائد اقتصادية، فتخلص له إمكانية التصرف فيه سلباً أو إيجاباً في حدود خصائصه. وتتصرف الأبعاد المالية إلى اعتبار الحق العيني عنصراً من عناصر الذمة المالية للشخص، مثله مثل الحق الشخصي، وعلى خلاف جملة من الحقوق التي تبقى خارجة عن الذمة المالية لفقدانها هذا العنصر المالي، مثل واجب حسن المعاملة بين الزوجين.

ويتحدّد مضمون الحق العيني بالفكرة الأساسية فيه، وهو أنّ الحق العيني سلطة مباشرة على العين. معنى ذلك أن يكون مضمون الحق دوماً محدداً فلا يمكن أن يكون مستقبلياً أو غير معيّن وفيه عنصراً صاحب الحق والعين، فيختفي المدين. ويعارض الكافة بهذا الحق ويمكن التخلّي عن العين حتّى يتخلّص المالك من جميع الالتزامات ويمكن أن تؤدّي الحيازة إلى ملكيّة العين وترتبط بهذا الحق دعاوى عينية وله خصوصيّة على مستوى التنفيذ، وهو دوماً عنصراً إيجابياً في الذمة المالية. كلّ ذلك ينتج عن هذه السلطة المباشرة في الحق العيني.

ولكنّ أهمّ نتيجة في هذه السلطة، هو أنّ صاحب الحق العيني له حقّ التّبع droit de suite وحقّ التّقدم ولكنّ أهمّ نتيجة في هذه السلطة، هو أنّ صاحب الحقّ العيني له حقّ التّبع droit de suite وحقّ التّقدم droit de préférence.

وتمتدّ تلك السلطة في الحقّ العيني وتلك الرّابطة في الحقّ الشخصي إلى جملة من المؤسّسات القانونيّة، فنكون امتداداً إمّا للحقّ العيني أو للحقّ الشخصي، ولعلّ أهمّها ما يتعلّق بالالتزام، فنقول إمّا التزاماً عينيّاً أو التزاماً شخصيّاً وحلولاً عينيّاً أو حلولاً شخصيّاً.

ونصّ المشرّع بالفصل 12 م.ح.ع على جملة الحقوق العينية التي ترد على العقار، وهي الحقوق العينية العقارية، وربّتها على النّحو التّالي: الملكية، والإنزال والكردار ودخلهما، وحقّ الانتفاع، وحقّ الاستعمال، وحقّ السكنى، وحقّ الهواء والإجارة الطويلة، وحقّ الارتفاق، والامتياز، والرّهن العقاري. والواضح أنّ المشرّع حاول أن يجمع الحقوق العينية بهذا الفصل وأرادها كذلك حصراً.

وتكتسب الحقوق العينية بالعقد والميراث والتّقدم المكسب والاستيلاء والقانون والالتصاق على معنى الفصل 22 م.ح.ع ويضاف إلى ذلك الشفعة والوصية. ويمكن أن تردّ طرق اكتساب الحقوق العينية إلى الوقائع القانونية والتصرفات القانونية، فالميراث والتّقدم والاستيلاء والالتصاق والشفعة من الوقائع القانونية والعقد والوصية من التصرفات القانونية.

وما يميز الحقوق العينية أنّ المنازعة فيها عادة ما تنتهي بالتنفيذ العيني وقلما تنصرف إلى التعويض إلا إذا افترضنا هلاك العين. وتبقى الوسائل الاختيارية والجبرية ممكنة. وما يميّزها كذلك أنّ المنازعة في أصل الحق لا يوجد الإنذار أو الإعلام قبل نشر الدعوى.

وليبيان طرق انقضاء الحقوق العينية لا بدّ من التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والمتفرّعة والتبعية في ذلك، حيث إنّ الحقوق العينية الأصلية أي الملكية لا تنقضي، فهي حق دائم لا ينقضي ولو باتقاله من طرف إلى طرف بشتى الطرق. أما الحقوق العينية المتفرّعة أي الانتفاع والارتفاق والاستعمال والسكنى فتتقضي بعدم الاستعمال، أما الحقوق العينية التبعية أي الامتياز والرهن، فيتقضي بصفة تبعية وأصلية. تبعياً ينقضي إذا انقضى الدين الذي يضمنه بالطرق العامة في الانقضاء، أصلياً ينقضي بعدّة طرق منها إسقاط حق الرهن وهلاك العين واتحاد الذمة والفسخ وإحالة الدين دون الرهن وبيع الرهن والتطهير. وتتميز الحقوق العينية التبعية في أنّها لا تنقضي بالتقادم.

التّرسيم. واستعمل المشرّع عبارة التّكوين وكان من الممكن استعمال كلمة الوجود أو النشأة. لأنّ كلاهما واحد. لكنّه لا يمكن مقارنة عمليّة التّرسيم بالمبادئ التقليديّة المعروفة، كما أن نقول بشرط الصّحة أو بركن العقد أو بشرط النّفاذ أو بالشّروط الشّكلي، ونقول: التّرسيم منشئ للحقّ لا أكثر ولا أقلّ⁴¹⁵. لأنّ التّرسيم ليس من هذا في شيء، فهو مؤسّسة مميّزة وفريدة من نوعها لا يمكن الحديث عنها إلّا في إطار نظام السجالات العينيّة. فالعقد يبرم بين الطّرفين ويقع صحيحا، وينتظر ترسيمه حتّى ينتج أثره الجوهري وهو تكوين الحقّ العيني وانتقاله إلى المشتري. ولا تعتبر مرحلة التّرقّب مؤسّسة قائمة بذاتها، بل إنّها مقدّمة لعمليّة التّرسيم. الكلّ مستعدّ لإنهاء العمليّة المطلوبة التي أرادها المشرّع كأساس لنشأة الحقّ، وطالما أنّ التّرسيم لم يتحقّق بعد، لا يمكن القول بنقل الملكية.

وبالتّالي لا يتكوّن الحقّ العيني إلّا بداية من ترسيمه، رغم إبرام العقد بين الطّرفين، ولا تنتقل الملكية إلّا بموجب القيد، و تبقى الملكية بجميع منافعها وغلالها خالصة للبائع، وإن رأى البعض إكمانية الرّجوع إلى مبادئ الحوز بشبهة إذا تمّ التّسليم، ولا يحقّ للمشتري التّصرّف أو ادّعاء الملكية، وأقرّ الفقه والقضاء بإخراج المشتري لعدم الصّفة ويحقّ للبائع طلب التّعويض عن التّصرّف قبل القيد، وإن رأى البعض حسم إشكال الإحداثيات بمبادئ الالتصاق. وتبقى المخاطر قبل القيد إجمالا على عاتق البائع. وإذا توفي البائع قبل التّرسيم انتقل العين إلى الورثة، وليس لورثة المشتري شيء. وإذا تعلّقت بالعقار رهون بإرادة المشتري تكون قد صدرت من غير مالك، ويبقى العين بذمّة البائع بمعنى أنّه يجوز عقّله أو رهنه من طرفه. ولا شفعة في هذا البيع، ومن المفروض أن لا يؤاخذ البائع من أجل البيع مرّتين إذا ما فوّت فيه بالبيع مرّتين قبل التّرسيم، أو من أجل الدّخول إلى محلّ الغير، إلى غير ذلك من الجرائم المماثلة، إلّا إذا قلنا

⁴¹⁵ وقد أثارت عبارة " يتكوّن " عدّة نقاشات هامّة بمجلس النّواب، وانقسم المجلس بين مؤيّد ومعترض. كما أثارت الطّبيعة القانونيّة للمبدأ عدّة تساؤلات، وتساءلت النّائبة فتحية البحري البكوش عن هذه الطّبيعة، وجاء برّد الحكومة أنّه يمكن اعتبارها " عقدا معلّقا على شرط، ألا وهو شرط التّرسيم." مداولات مجلس النّواب، الرّأى الرّسمي، عدد 30 جلسة الثّلاثاء 28 أفريل 1992، ص 48.

باستقلالية أحكام القانون الجزائي⁴¹⁶، ومن المفروض كذلك أن لا يطالب المشتري بمعلوم نقل الملكية والالتزامات الجبائية الأخرى، إلا إذا قلنا باستقلالية أحكام القانون الجبائي.

416 -قرار تعقيبي ع29772د الصادر بتاريخ 21 فيفري 2009 (غير منشور) "حيث ينعى المعقب على محكمة القرار المنتقد عدم إشارتها بحيثيات القرار إلى كل ما دار بالجلسة وقضاءها بالإدانة من أجل جريمة الاستيلاء على مشترك قبل القسمة والحال أنه لم يثبت عنصر الاشتراك وسوء نية المتهم وإغفالها مناقشة جملة الدفوعات وتركها بيان أركان جريمة الإحالة فجاء القرار المنتقد مخالفا لأحكام الفصل 141 م.إ.ج والفصل 277 م.ج وضعيف التعليل وهاضما لحق الدفاع ومحرفا للوقائع.

وحيث بعد أن وقفت محكمة القرار المنتقد على جملة الوقائع وأوردت مجمل الإجراءات وتصريحات الأطراف انتهت إلى " أن المتهم اعترف بأن العقار موضوع النزاع هو ملك مشترك بينه وبين الشاكين وأنه تولى تسويغه بمفرده دون إعلامهم ودون تسليمهم لعائدات العقار". وأدركت أن مستندات البداية كانت في محلها وتثبت أحكامها واعتبرتها كأنها صادرة عنها.

وحيث إن محكمة القرار المنتقد ما كانت لتلزم قانونا بتحرير جميع ما يدور بالجلسة أو أن تتقل حرقية مداولاتها، بل إنها تتخبط ما كان متجا و ومؤديا للمعنى التفصيلي الوارد بالفصل 168 م.إ.ج. ولم يكن بذلك القرار المنتقد مخالفا لأحكام الفصل 141 م.إ.ج.

وحيث إنه من الوقائع الثابتة أن العقار موضوع النزاع كان على ملك الشقيقتينآل لهما ذلك بموجب الشراء من الوكالة العقارية للصناعية وقد تولى الشريكإحالة منابه لفائدة المتهم. وقد أوقف الترسيم بإدارة الملكية العقارية على تحرير كتب تكميلي من قبل الشركة لفائدة المحال لهما بداية لاستخراج رسوم عقارية مستقلة.

وحيث إن توقف الإحالة على كتب تكميلي أو الترسيم بإدارة الملكية لفائدة البائع أو توقف نشأة الحق على الترسيم بإدارة الملكية العقارية لا يعيب الإحالة لفائدة المعقب حتى وإن أمكن أخيرا استخراج رسوم عقارية باسم البائع الأول، ذلك أن مبدأ استقلالية القانون الجزائي يوجب فرضا مسك المتهم بما وقع من إحالة بصرف النظر عما يوجبه قانون الإشهار من واجبات والتزامات. فما يفرضه القانون الجزائي في ثبوت الاشتراك هو توفر عقد الشراء، وقد توفر وهو عقد صحيح غير باطل. حيث إن توقف انتقال الملكية على تحرير الكتب التكميلي أو الترسيم بإدارة الملكية العقارية لا يبطل العقد إذ هو لم يرسم، بل هو عقد موجود مدنيا وينتج آثاره الشخصية وإن تأخرت آثاره العينية إلى يوم الترسيم بإدارة الملكية العقارية. فتممة فصل واضح بين الآثار المدنية والجزائية لهذا العقد. فيكفي القانون الجزائي الأثر الشخصي للعقد دون الأثر العيني، وذلك هو معنى استقلالية القانون الجزائي. فلا يشترط في نقل الملكية الترسيم بإدارة الملكية العقارية، بل يكفي تحرير العقد وإن تعذر ترسيمه. وبذلك توفر ركن الاشتراك بين الطرفين على معنى الفصل 277 م.ج."

-القرار التعقيبي ع32379د الصادر بتاريخ 07 مارس 2009 (غير منشور) « حيث ينعى المعقب على القرار المنتقد سوء التعليل بحجة أن ترسيم الكتاب بإدارة الملكية على الشياخ في نهاية الأمر، في الوقت الذي كان فيه البيع لجزء مفرز وهو المقسم 206، لا يرفع عن المتهمين جريمة البيع مرتين.

وحيث بعد أن وقفت محكمة القرار المنتقد على تصريحات الأطراف انتهت إلى أن البائع يملك العقار على الشياخ وقد أمكن أخيرا ترسيم عقد المتضرر على الشياخ وإن سبق بيع الجزء المفرز لعدة أشخاص.

وحيث أصبح من الثابت أن المتهمين فوتوا من نفس المقسم عدد 206 لعدة أشخاص بمن فيهم الشاكين، كما يظهر من خلال أوراق الملف وخاصة الحكم الابتدائي وتقرير الاختبار. وهو بيع لجزء مفرز له من الأحكام الخاصة، وإن كان الملك تحت نظام الشيوع على ملك عدة أشخاص، وكان من المفروض أن يقع العمل تكييفاً إما تحت باب بيع ملك الغير أو البيع ما سبق بيعه.

وحيث إذا تصرف الشريك في جزء مفرز من العقار المشاع قبل القسمة، وما كان له أن يفعل ذلك إلا بموافقة جميع الشركاء، فكانه باع حصته بذات القطعة وباع منابات بقية الشركاء فيها. فيحل المشتري بمناب البائع في تلك القطعة ويبقى على أمل أن تصح القطعة المباعة للبائع حتى تخلص كاملة للمشتري. وإذا استولى المشتري على العقار يمكن لبقية الشركاء رفع قضية استحقاقية لمطالبته بمناباتهم المشاعة. ولا يستطيع المشتري طلب الإبطال أو الفسخ قبل القسمة، سواء كان عالما بحالة الشيوع أو خلافاً، فلا

ولا يتكوّن هذا الحقّ العيني إلّا " ابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم "، أي أنّ القول بنشأة الحقّ العيني يرتبط بتاريخ إجرائه، ولا يرتدّ مطلقاً إلى تاريخ إبرام العقد. فالإلى حدّ تاريخ التّرسيم تبقى الملكية على ملك البائع الذي يتحمّل جميع الآثار العالقة بها كما قدّمنا.

يمكن أن يطلب الإبطال لأنّ بيع ملك الغير صحيح بالقانون التّونسي عملاً بأحكام الفصل 576 م.أ.ع، ولا يمكن للمشتري أن يطلب الفسخ عملاً بذات الفصل إلّا إذا تعدّر التنفيذ العيني، وما كان ذلك ليتحقّق قبل القسمة لأنّ المشتري يبقى على أمل أن يؤوّل الجزء المباع للشّريك البائع، فيتحقّق له التنفيذ عينا. أمّا بعد القسمة فلا يخلو الأمر من صورتين، إمّا أن يؤوّل الجزء المفز إلى الشّريك البائع أو يؤوّل لغيره من الشّركاء. فإنّ آل له حلّ المشتري مكانه في ملكيّة هذا الجزء ولا إشكال، إعمالاً لمبدأ الأثر الكاشف للقسمة. أمّا إذا آل الجزء إلى غيره من الشّركاء، لا تسمح المبادئ العامة بجبر المشتري على الرّضاء بذلك الجزء ولا حقّ للمشتري في طلب الملكية فيه ولا يمكن أن ينتقل مشتراه آلياً إلى الجزء الذي آل إلى الشّريك البائع، حيث إنّ المشرّع التّونسي لا يأخذ بقاعدة الحلول العيني في مثل هذه الصّورة ولم يأت بأحكام خاصّة على غرار بعض التجارب. فيكون الشّريك في مثل هذه الصّورة قد باع ما لا يملك، وإن ورد صحيحاً في القانون التّونسي على شرط إجازة المالك الأصلي أو صيرورة الملك للبائع، فإنّه يحقّ للمشتري نهاية وفي حالة استحالة التنفيذ العيني أن يطلب الفسخ مع إمكانية طلب التعويض إذا لم يكن عالماً بحقيقة الموضوع. وينطبق هذا الحلّ على جميع التّصرّفات التي يأتيها الشّركاء بما في ذلك الرهن العقاري. أي أنّ التأمين يبقى فاعلاً إذا صحّ نفس الجزء للمدين المرتهن، ولا يمكن أن ينتقل الرهن لجزء آخر غير الجزء الموظف عليه الرهن حيث إنّ المشرّع التّونسي لم ينصّ على صور خاصّة في الحلول العيني حتى ينتقل الرهن إلى جزء غير الجزء الموظف عليه الرهن على غرار بعض التجارب. فيفقد الدائن تأمينه ويحلّ الأجل مع إمكانية فسخ الدين الأصلي.

وحيث يؤخذ من ذلك أن بيع ملك الغير صحيح في مستواه المدني، ومع ذلك فهو عمل إجرامي على المستوى الجزائي، فقد اقتضت أحكام الفصل 292 م.ج أنه "يشبه بالتحويل ويعاقب مرتكبه بالعقوبات المقررة بالفصل المتقدم (الفصل 291 م.ج المتعلق بالتحويل)

أولاً: بيع أو رهن أو كراء ما لا حق لمركّب ذلك في التصرف فيه وخصوصاً الأحباس.
ثانياً: بيع أو رهن أو كراء ما سبق بيعه أو رهنه أو كراؤه أو تسليمه بالفعل توثقة". ذلك أن الدعوى المدنية تهدف إلى طلب تعويض الضرر والحكم بالجزاء المدني (البطلان أو الفسخ)، في حين أن الدعوى العمومية تهدف إلى مقاضاة السلوك الإجرامي. ومن ذلك جاءت قاعدة استقلال القانون الجزائي، فلا يمكن الاستدلال بصحة بيع ملك الغير في مستواه المدني لاستبعاد الحكم الجزائي، حيث إنّ التفويت ليس هو المستهدف في ذاته من التجريم في مستواه الجزائي وإنما هو السلوك الإجرامي وسوء النية. فذلك ما يجب تحديده توصلاً لترك السبيل أو الإدانة. فإذا ثبت أنّ أحد الورثة فوت في أكثر من منابه، والمناب يسهل تحديده، أو فوت في قطعة مفزرة قبل القسمة أو فوت في كامل المشترك، وكان يعلم أنه ليس له الحقّ في إتمام التفويت، كانت جريمة الفصل 292 م.ج ثابتة.

وحيث إنّ محكمة الموضوع لها مطلق الحرية في تكييف الوقائع واختيار السند الصحيح في مؤاخذة المتهم طالما توفر بالوقائع ما يدفع في اتجاه اعتماد تكييف دون آخر، والمحكمة تتعهد بالوقائع في نهاية الأمر وليس بالتكييف سند التتبع.

وحيث إنّ القول بانتفاء جريمة البيع مرتين بعلّة أنّ المتضرر انتهى بترسيم العقد على الشياع كما انتهى بقية المشتري بترسيم مناباتهم على الشياع، في الوقت الذي كانت البيوعات على تعدّها قد شملت نفس الجزء، قول ضعيف لا تسنده أحكام البيع مرتين.

وحيث إنّ جريمة البيع مرتين لا تُمحي بالترسيم، ذلك أن مبدأ استقلالية القانون الجزائي يوجب فرضاً مسك المتهم بما وقع من إحالة بصرف النظر عما يوجبه قانون الإشهار من واجبات والتزامات. فما يفرضه القانون الجزائي هو توفر البيع في جزء سبق بيعه، وقد توفر. فلا يشترط في جريمة بيع ملك الغير أو البيع مرتين نقل الملكية الترسيم بإدارة الملكية العقارية، بل يكفي تحرير العقد وإن تعذر ترسيمه.

وحيث إنه مع معرفة طبيعة الملك في الاشتراك وعزم المتهمين على إبرام عدّة إحالات في نفس الجزء المفز وتحرير عدّة كئائب في نفس الموضوع ودفع الأطراف نهاية إلى القبول بالترسيم على الشياع، لا يمكن أن ينمّ إلا على مستوى من الوعي والقصد والإضرار، وذلك ما يوجبه الركن المعنوي في جريمة البيع مرتين. وجاء بذلك القرار المتقدّ ضعيف التعليل وبسيط المعنى.

وقال البعض بفكرة العقدين في هذا، التي تجعل للاتفاق الأول إطارا تعاقديا معينا وترتبط بعملية الترسيم عقدا آخر، على غرار التجربة الألمانية، وقال آخرون بوحدة التعاقد الذي يمتد انطلاقا من تاريخ إبرامه وانتهاء إلى ترسيمه، في إطار النظام العام الاقتصادي والاجتماعي التي آلت إليه نظرية سلطان الإرادة. فتكوين أو نشأة الحق العيني لا تعينه إرادة الطرفين بل إن المشرع هو الذي يحدده بصفة أمرة. ولا ننسى من جهة أخرى أننا بصدد الحديث عن أحد أهم الأسس التي يقوم عليها نظام السجلات العينية، فلا أظن أن تبقى إرادة الأطراف فاعلة في تحديد الالتزامات المنجزة عن هذا التعاقد، أو حتى في تحديد طبيعة هذه الالتزامات⁴¹⁷.

لكن تعليق أثر تكوين الحق العيني على إجراء الترسيم، وإن كان لا فرق بين التصرفات الكاشفة للملكية والمنشئة لها، فيه من الأثر ما يطرح عدة تساؤلات بالنسبة إلى التصرفات الواردة في نفس الوقت في شأن العقار المسجل والعقار غير المسجل، ويمكن بالتالي أن يؤثر حتى على نظام العقارات غير المسجلة، مثل عقد المعاوضة أو المقاسمة أو عقد الصلح الذي قد يشمل في نفس الوقت أجزاء مسجلة بإدارة الملكية العقارية وأخرى مازالت خاضعة لنظام العقارات المسجلة. فهل أن نقل الملكية بالنسبة إلى الأجزاء غير المسجلة ينطلق بداية من تاريخ إبرام العقد تطبيقا للقواعد العامة أم يؤجل بدوره إلى عملية الترسيم ؟

⁴¹⁷ وقد اعتمدت معظم التشريعات التي تبنت نظام السجلات العينية هذه التوضيحات مثل سوريا ولبنان والمغرب وقال بها رجال القانون. لكن الأثر أبعد ما يكون عن إجماع الفقهاء، وذهب الأستاذ السهوري إلى إمكانية ارتداد أثر العقد إلى بداية إبرامه ليتحمل المشتري جميع الآثار الناتجة عن العقد منذ تاريخ إبرامه وليس بداية من الترسيم، لأن نظام الشهر العقاري (الشخصي) يربط نقل الملكية بالعقد وليس بالتسجيل في نهاية الأمر، رغم أن المذكرة الإيضاحية نصت على عدم رجعية أثر التسجيل.

لكن ذلك يختلف عن نظام الشهر العيني، حيث إنه يربط نشأة الحق العيني بالترسيم، وإذا ما تحقق الترسيم لا يرتد مفعوله لتاريخ إبرام العقد، بل يظل مرتبطا بتاريخ الترسيم، وليس في ذلك جدال ومناقشة، وقد أجمع الفقه والقضاء على هذا الرأي، في حين أن مسألة رجعية أثر الترسيم بقواعد الشهر الشخصي ظلت محل جدل وخلاف.

ويذكر أن البلاد المصرية تعتمد الإشهار الشخصي، وقد تبنت منذ سنة 1964 نظام السجلات العينية، لكنه لم ينطبق إلى حد الآن. وقد اعتمد الأستاذ السهوري مقارنة بين نظام الشهر العقاري ونظام السجل العيني.

عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، المجلد 9، ص 356 وما

بعد.

يمكن القول مبدئيًا إنّ الالتزامات المتقابلة تقتضي أن لا ينفذ الطرف الثاني التزاماته إلاّ إذا نفذ الطرف الأول ما التزم به، كما أنّ القاعدة المعلومة في مادة القانون العقاري هي أنّ نظام العقارات المسجلة يجبّ ما قبله، بمعنى أن تكون له الغلبة في تحديد مصير التصرفات وأثارها إذا كانت العقارات موضوع التصرف مزدوجة النظام، أي أن العقارات غير المسجلة تخضع لضوابط العقارات المسجلة، وهذا يعني أنّ نقل الملكية بالنسبة إلى العقارات غير المسجلة لا يتحقّق إلاّ بتسجيل كامل التصرف بما في ذلك من آثار هامة، لأنّه لا يعقل أن تجزأ الآثار القانونية والحالة تلك، وهي نتيجة تدعو لشيء من الغرابة⁴¹⁸.

- عدم ترسيم الصكّ وبقاء الحقّ الشخصي: إنّ العقد غير المرسم ينجرّ عنه التزام شخصي. وهو عقد من نوع خاص ليس له صلة بالمبادئ المعلومة، فلا يمكن اعتباره عقدا موقوفا أو مجرد وعد بالبيع أو عقدا معلقا على شرط، كما تقدّم. وقد تبنت معظم التشريعات العينية هذا التوجه، حيث نصّت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 26 من قانون 1964 المصري الخاص بالسجل العيني على ما يلي "...ولا يكون للتصرفات غير المقيّدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن." ونصّ الفصل 22 من ظهير 9 رمضان 1331 في المغرب على أنّ "الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حقّ عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أيّ أثر ولو بين الأطراف إلاّ من تاريخ التسجيل دون الإضرار بحقوق الأطراف بعضهم على بعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم.

لكنّ الصعوبة تكمن في تحديد الالتزامات الشخصية التي تبقى مرتبطة بالعقد غير المرسم، وتصبح الصعوبة بمكان إذا علمنا أنّ المشرع التونسي لم يحدّد هذه الالتزامات. وفي هذا المجال لا بدّ من الإشارة إلى أنّ العمل بالمفعول المنشئ في هذا الباب، أثار عدّة إشكاليات وصعوبات، وتشيع رجال القانون إلى

اتجاهات متعدّدة، واختلفت التشريعات المقارنة في ضبط الحلول، ولم تسلّم برأي واحد⁴¹⁹. ويمكن جمع هذه الآراء في ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: التّرسيم شرط شكلي للانعقاد، ويقول به نظام التّسجيل العقاري بالعراق والمعروف بنظام الطّابو، وقد نصّت المادة 508 مدني على أنّ "بيع العقار لا ينعقد إلّا إذا سجّل في الدّائرة المختصّة واستوفى الشّكل الذي نصّ عليه القانون"، وكذلك نصّت المادة 1126 مدني والمادة 1127 مدني. وبالتالي لا يعتبر البيع غير المرسم بيعاً، بل إنّ مجرد التّزام غير مسمّى، ينجّر عن عدم احترامه المطالبة بالتّعويض. وإذا وضع الطّرفان شرطاً جزائياً اعتدّ به، وإلّا جاز للمحكمة أن تحدّد قيمة التّعويض. وبالتالي لا يصدق الحديث عن وجود عقد بيع (وكذلك بقيّة العقود الأخرى النّاقلة أو الكاشفة للحقّ) قبل إتمام شكليّة التّسجيل. ويخلص من ذلك أنّ المشتري يمنع من التمسك بالالتزامات الشّخصيّة النّاتجة عن الالتزام بنقل الملكيّة، ولا يتكوّن العقد بين الأطراف أو في علاقتهم بالغير إلّا بموجب التّسجيل بإدارة الطّابو⁴²⁰. وكانت هذه المبادئ محلّ جدل بين رجال القانون على امتداد السّنوات الفارطة، لأنّ البيع يبقى صحيحاً مهما كانت الصّور ولو لم يتسنّ التّسجيل⁴²¹.

الاتجاه الثّاني: العقد غير المرسم، عقد من عقود التّراضي، يحتفظ بصفته ويبقى عقد بيع رغم عدم التّرسيم وينتج جميع الآثار الشّخصيّة المرتبطة به باستثناء نقل الملكيّة، الذي يتراخى في الزمن ويتأجّل إلى تاريخ التّرسيم. فإذا كان الحقّ العيني لا يتكوّن إلّا بداية من التّرسيم رغم اتّفاق الطّرفين، فإنّه يبقى رغمًا

419 Tendler: La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne, JCP, éd. G, 1991-I-3544.

420 النّجاء المشرّع العراقي وكذلك المشرّع السّوري إلى نفي أيّ أثر شخصي قبل التّرسيم بدعوى "القطع مع كلّ العوامل التي تعيق السّجلّ العقاري عن أداء وظيفته خاصّة بعد ما مرّت به الملكيّة العقاريّة من الارتباك والفوضى". إيمان الزّرّلي، الأثر المنشئ للتّرسيم، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعقّمة، قانون خاص، جامعة تونس 3، كلية الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، ص 84. نصّ الفصل 1-825 من القانون السّوري على ما يلي "تكتسب الحقوق العينيّة العقاريّة وتتقلّ بتسجيلها في السّجلّ العقاري". حامد مصطفى: الملكيّة العقاريّة في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسّوري، الجزء الأوّل، الحقوق العينيّة الأصليّة، طبعة 1964، ص 125.

421 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السّابق، مجلّد عدد 4، ص 483.

عن ذلك عقدا على صورة إبرامه أول مرة، ولو لم يرسم، وينتج آثاره الشخصية المرتبطة به. ويقول بذلك القانون المصري.

وعلى هذا الأساس ترتبط بالعقد منذ إبرامه التزامات الضمان بالاستحقاق وبالعيوب الخفية والتسليم بجانب البائع ودفع الثمن بجانب المشتري، إضافة إلى أثر نقل الملكية. ويلتزم البائع ولو قبل الترسيم بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وتسليم المبيع، ويلتزم المشتري بدفع الثمن. ومن الجائز أن تنفذ جملة هذه الالتزامات طوعا أو كرها. وإذا هلك العين وقام التسليم، هلك على المشتري بالرغم من أنه ليس بمالك، لأن المخاطر ترتبط بالتسليم ولا ترتبط بنقل الملكية حسب هذا التوجه. وإذا قام التسليم يلزم البائع بالضمان على النحو الموصوف، ولا يمكن له أن يسترد العين كرها، رغم أنه مازال مالكا. ويبقى للمشتري الحق في إلزام البائع قضاء بالقيد على اسمه، باعتباره ملزما بنقل الملكية بواسطة دعوى صحة التعاقد أو بواسطة دعوى صحة الإمضاء⁴²².

الاتجاه الثالث: وأخذ الوسط من الاتجاهين الأول والثاني. فرغم عدم القول بشكلية الترسيم باعتبارها شرط شكلي للانعقاد كما تقدم، ولا يكره على العقد غير

⁴²² يعرض جانب من الفقه أن تأخير انتقال الملكية إلى يوم الترسيم لا يمنع من نفاذ جميع الالتزامات الشخصية التي ترتبط بالعقد أو بالأحرى بجانب عنصر التنازل في نقل الملكية، حيث إن نقل الملكية في ذاته ينقسم إلى جزئين التنازل والاكتمال، فالتنازل يحدث بمجرد العقد ويتأخر الاكتساب إلى ترسيم العقد ويرتبط بالتنازل جملة الآثار الشخصية بما في ذلك الضمان والتسليم ودفع الثمن ويرتبط الأثر العيني أي نقل الملكية بالاكتمال. والمعلوم أن نقل الملكية هو أثر للعقد وليس التزاما وهو أثر آلي وفوري وذهني ومجرد في نفس الوقت، لكن الآلية والفورية لا تمنع تأخر نقل الملكية، كما في صورة فرز الأشياء المثلية أو بيع أشياء مستقبلية، فيتأخر النقل إلى عملية الفرز أو إلى توفر الشيء، وكذلك الصورة بالنسبة إلى ترسيم البيع في العقارات المسجلة، فيتأخر النقل إلى يوم الترسيم. ولكن هذا التأخير لا يمنع من نفاذ جميع الآثار الشخصية كما تقدم. بل إن ضمان الاستحقاق باعتباره امتناع ودفاع وتعويض يفرض على البائع منذ إبرام العقد العمل على جعل المشتري يكتسب الملكية. أحمد بن طالع: التفويت في ملك الغير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 2004، ص 279 وما بعد.

وإذا كان الضمان مطلوبا بهذه الطريقة، وقد ذهبت محكمة التعقيب في هذا الاتجاه بالقضية عدد 12847 الصادرة بتاريخ 27 جانفي 1986 (نشرة محكمة التعقيب، الجزء الأول، ص 253) قولا "إن الفصل 630 فقرة أولى وإن حصرت ضمان الاستحقاق المحمول على البائع في حوز المبيع والتصرف فيه بلا مانع، فإن النصوص القانونية الموالية قد أوضحت بصورة أشمل مؤدى هذا الضمان وبيئت أحكامه، ويتضح منها أن ذلك الضمان لا ينحصر في تسليم المبيع للمشتري وعدم التشويش عليه أو التعرض له في تصرفه بل يتمثل أساسا في نقل الملكية"، فإن القول بنفاذ جميع الالتزامات الشخصية بما في ذلك التسليم وضمان العيوب الخفية ودفع الثمن يؤدي بالضرورة إلى حالة واقعية غريبة لا يمكن أن أضفها إلا بكونها مهمة إلى أبعد الحدود، خاصة إذا علمنا أنها ليست بالقصيرة، بل قد تطول إلى ما لانهاية، وهو أمر سبق أن دفع بالمشروع السوري إلى منع أغلب هذه الآثار إلى حد الترسيم الفعلي، كما تقدم، وجعل جانبا كبيرا من الفقهاء يترددون في بيان طبيعة وحقيقة هذه الآثار الشخصية.

المرسّم أيّ أثر، لكنّه يشكّك في بقاء البيع بيعاً بجميع صفاته، ولا يسلمّ بقدرة المشتري على إلزام البائع بالضمان أو التسليم قبل التّرسيم، " ويصعب القول بقيام الالتزام بضمان الاستحقاق وضمان العيوب وواجب التسليم كما يصعب إلزام الطرف الذي لم تنتقل إليه الملكية بدفع ثمن العقار،"⁴²³ ويرتبط بهذا العقد غير المرسّم التزام ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والتسليم ودفع الثمن، لكنّ البائع والمشتري لا يجبران على ذلك إلّا بوقوع التّرسيم ونشأة الحقّ الجوهري، وهو تكوين الحقّ العيني. لأنّ جملة الالتزامات تتمحور حول نشأة هذا الحقّ. ويقول بذلك التشريع المغربي. ويحصر هذا الاتجاه الالتزامات الشخصية في إمكانية الفسخ واسترجاع الثمن إذا تمّ دفعه بصفة فعلية، والحقّ في المطالبة بالحصول على ترسيم وإلزام البائع بعدم التقويت ثانية في نفس العقار.

ويبدو من خلال جملة هذه الاتجاهات، ومع استبعاد قاعدة التّرسيم كشرط شكلي المعمول بها بالتشريع العراقي، أنّ الإقرار بوقوع البيع صحيحاً بداية من الأمور المسلّمة بها، حديثاً عن المفعول المنشئ للتّرسيم. فقط أنّ نقل الملكية يتأجل إلى تاريخ التّرسيم. ومع ذلك فإنّ حصر الالتزامات الشخصية، وباستثناء الحقّ في طلب الفسخ، لا يبدو أنّه من الأمور الهيئّة أو البسيطة، بل إنّّه كان ومازال محلّ جدل ونقاش. فالأصل أنّ تتراخى الآثار الشخصية للعقد (ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والتسليم والدفع الثمن) ويحقّ للمشتري ومن هو في موقعه إلزام البائع ومن هو في حاله على المساهمة في تسهيل ترسيم صكّ المعاملة (دعاوى تصحيح الوثائق وصحة الإمضاء والكتب)، فإنّ تعذر التّرسيم نهاية يبقى الحقّ قائماً في الفسخ والتعويض.

فبالنسبة إلى الالتزامات العامة الناتجة عن إبرام العقد، قدمنا أنّ العقد قبل ترسيمه يحدث بمجرد إبرامه التزاماً بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية والتسليم ودفع الثمن، والأصل في ذلك أنّ الملكية تنتقل بمجرد تراضي الطرفين⁴²⁴. ولما أصبحت الملكية رهينة التّرسيم بحكم القانون، وهي جوهر العقد، فلا ينتظر مبدئياً

محمد كمال شرف الدين، مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم، المرجع السابق، ص 99.

423

الفصل 583 م.ج.ع.

424

أن يجبر الطرفان على التنفيذ إلا بتحقيق الترسيم. ولما أصبح الترسيم مستعصيا لسبب من الأسباب، يكره بالتالي إلزام البائع على الضمان أو التسليم ويمنع على البائع المطالبة بالثمن من حيث المبدأ. وقدّمنا أنّ في مثل هذه الحالة يبقى العقار على ملك صاحبه ويتحمّل الآثار المتّصلة بذلك مهما تعدّدت وتنوّعت، ولو أنّ العقار أصبح تحت يد المشتري بصفة فعلية، طوعا أو كرها.

ولكنّ العقد غير المرسم هو عقد في نهاية الأمر، وليس مجرد واقعة، ويحدث جميع الآثار المتّصلة به ولو كرها. وبإمكان الطرفين بالتالي الانتفاع بجميع الحقوق الشخصية المتّصلة بهذا العقد ولو قبل الترسيم، على رأي التوجّه الثاني المشار إليه. والواضح أنّ العمل بهذا التوجّه فيه من السلبات الكثير ولا يخلو من النقائص، حيث إن السماح برفع الدعوى لضمان الاستحقاق أو لضمان العيوب الخفية أو لغاية التسليم أو لطلب الثمن، يشجّع الطرفين على البقاء في نفس الحالة دون السعي إلى طلب الترسيم، ويخلق حالة جديدة، طالما أنّ أبواب الحماية بقيت مفتوحة، فما يهمّ المشتري إلا قبض الثمن، وقد تحصّل عليه، وما يهمّ المشتري إلا الضمان والتسليم، وقد فعل، وإن بقي بعض النقص المرتبط بنقل الملكية كما تقدّم.

لهذا الغرض يبدو الرأي الوسط هو الأقرب للصحة، لأنّه يتماشى مع مقتضيات نظام السجلات العينية، ونشأة المفعول المنشئ. حيث إنّ المشرع، بإبقاء الآثار الشخصية للعقد، لم يكن يرغب في خلق مؤسسة جديدة أو ضبط نظام حديث، بل تبقى القواعد العامة فاعلة، باستثناء أنّ نظام السجلات العينية يوجب بعض الأحكام الخاصة، التي من المفروض أن تقدّم على العام. فالعقد ينشأ صحيحا منتجا لآثاره التقليدية والمعتادة، لكنّه لا يمكن فرضها قضاء إلا إذا تحقّق الترسيم، فإن تحقّق يتحلّل العقد من جملة القيود، ويجد ملامحه العادية. فهو ارتخاء زمني لآثار العقد، أو تأجيل للانتفاع بآثار العقد، وهو ما يشجّع على طلب إنهاء عملية الترسيم. فإن سلّم البائع الموضوع طوعا ورضا، يبقى مع ذلك

البائع هو المالك بما في ذلك من الآثار المتصلة بالملكية⁴²⁵، والأغلب أن لا يستطيع استرجاع ما سلّمه طوعاً، إلّا إذا تعذّر التّرسيم مطلقاً. وإذا اتفق الطرفان مسبقاً على تسليم الثّمن قبل القيد، ألزم المشتري قضاء.

أمّا بالنسبة إلى واجب المساعدة على ترسيم الكتب، فلعلّ أهمّ ما تنشئه الصّكوك الخاضعة لواجب التّرسيم، وأهمّها عقد البيع، هو الالتزام الشخصي للبائع بجعل الملكية تنتقل إلى المشتري. لكنّ الحقّ العيني بالنسبة إلى العقارات المسجّلة لا يتكوّن إلّا بالتّرسيم كما تقدّم، وبالتالي يحمل على البائع واجب السعي في إدراج الكتب بدفاتر الرّسوم العقاريّة، بما في ذلك تصحيح الوثائق المقدّمة إلى التّرسيم والاعتراف بالإمضاء وبصحّة التعاقد. ويقابله بالنسبة إلى الطّرف المقابل حقّ رفع الدّعوى في اتجاه طلب التصحيح أو صحة الإمضاء أو صحّة التعاقد. ويدخل هذا الطلب في إطار واجب الضمان المحمول على البائع حيث إنّ الالتزام الشّخصي وعلى معنى القواعد العامّة يمكن أن ينفذ بالتعويض كما يمكن أن ينفذ عينا إذا كان ذلك ممكناً⁴²⁶. والضمان دفاع وامتناع وتعويض، دفاع لمناصرة المشتري في مواجهة الغير وامتناع عن مشاغبة المشتري وتعويض إذا اختلّ أثر انتقال الملكية، وليس الضمان إلّا نتيجة للأثر العام في تنفيذ الالتزامات وهو أن الالتزامات تنفذ بأمانة⁴²⁷. وعليه فإذا امتنع البائع عن إنهاء ما

⁴²⁵ ومن أجل ذلك تبدو دعوى التشطّيب في العقارات الخاضعة للمنقول المنشئ المقامة من قبل المشتري الأول غير المرسم في مواجهة المشتري الثاني لنفس العقار والمرسم مميزة من حيث أنّ المدّعي في هذه الصورة يعتقد لصفة القيام في دعوى التشطّيب، فلا يمكن من حيث المبدأ أن يدّعي ملكية العقار. وسنبين هذا الإشكال عند شرح القوة الثبوتية للتّرسيمات.

⁴²⁶ يراجع الفصول 268 وما بعد م. ا. ع.

⁴²⁷ عليّ كحلون: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الحق، التصرفات القانونية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2012، ص 355 وما بعد: أورد الفصل 243 م. ا. ع. بياناً للإطار الموضوعي للقوة الملزمة للعقد أنه " يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته"، ومؤدّى ذلك أن يتحقّق الوفاء بالالتزامات بحسن نية ولا يقف الوفاء بالالتزامات عند مفهوم حسن النية بل يتعدّاه إلى جميع الأحكام القانونية ذات الصلة وإلى معاني العرف والإنصاف.

- مفهوم الوفاء بالالتزامات: فالوفاء بالالتزامات هو غاية القانون المدني وسبب وجوده فليس في القانون المدني من هدف أسمى من أن تدفع الحقوق لأصحابها. والحقيقة أن النظرية العامة للالتزامات جميعها تقوم على هذا المبدأ الأساسي وهو وفاء المدين بالدين بمعنى ضمان حقوق الدائنين واستجمع المشرع جملة من القواعد الأصلية والإجرائية بهدف تمكين الدائن من استخلاص حقه، وما تنظّم المؤسسات المدنية على تعددها إلا لضمان استخلاص الحق وتنهض الطرق الإجرائية سنداً لتحقيق هذا الغرض الأصلي.

- مفهوم حسن النية: ويجب أن يكون هذا الوفاء بأمانة بمعنى بحسن نية، وقد يتخذ هذا المفهوم معنى ذاتياً أو موضوعياً.

+فيردّ المفهوم الذاتي لحسن النية في الالتزامات، وهو مفهوم تقليدي، إلى المقصد المشترك للطرفين المتعاقدين، فيجب تحديد إرادة الطرفين، ومقتضى حسن النية أن تنفذ إرادة الطرفين لا غير. ولا يمكن البحث بحرية عن الإرادة المشتركة بل يجب التقيد بما ورد بنود العقد إلا إذا كانت معاني العقد غامضة فيمكن عند الاقتضاء اللجوء إلى بحث حرّ لكشف حقيقة الاتفاق. ولكنّه لا يمكن مهما كانت الصورة الخروج عن إطار إرادة الطرفين في تحديد معنى الوفاء بأمانة.

وتلك هي الصورة التي ظلّ فقه القضاء في تونس يذكر بها ومنع في أكثر من مناسبة تجاوز حدود الاتفاق وفرض أحكامه على طرفي العقد وكان ذلك هو الانجاء الذي قام سندا في رفض تعديل بنود العقد بما في ذلك الشرط التغريمي وغيره من الصور.

+ويردّ المفهوم الموضوعي إلى عناصر خارجية، عناصر خارج إطار معنى الإرادة المشتركة، فلا يعتدّ بنود العقد فحسب بل يعتدّ بكلّ ما يحمل إلى معنى الإنصاف الاجتماعي الذي يمكن أن يبرر بعبارات المصلحة العامة والنظام العام والأخلاق الحميدة والإنصاف حسب البعض.

ولكنّ الحقيقة أنّ حسن النية يتجاوز جميع تلك المعاني فهو مبدأ قانوني عام، قد لا يحتاج إلى نصّ قانوني يكرّسه، وينصرف هذا المعنى الموضوعي في المادة التعاقدية إلى واجب الضمان *devoir de garantie*

وواجب الأمان *devoir de sécurité* وواجب النزاهة *devoir de loyauté* وواجب التعاون بين المتعاقدين

devoir de collaboration، ومقتضى الضمان أن يضمن المعاهد محلّ العقد من تشويش ومنازعة الغير

ومقتضى الأمان أن يحرص المعاهد على السلامة الجسدية للمعاهد والحماية للشيء محلّ العقد ومقتضى النزاهة أن يتحقق هدف العقد موضوعا ويخلص المعاهد في تنفيذ ما التزم به فلا ينحى إلى أنواع الغش والتزوير أو التدليس وأن يسعى المعاهد إلى تنفيذ التزاماته دون تحايل، فلا يمكن للناقل أن يسلك طريقا بعيدا على سبيل المثال إذا كان من الممكن اعتماد طريق أقرب. فذلك ما يدخل في باب النزاهة. ومقتضى واجب التعاون أن يحمل على المعاهد واجب الإرشاد والإعلام وحفظ حقوق المعاهد وصيانة مكاسبه، فعلى المعاهد أن يعلم المعاهد الآخر بكلّ ما يتعلّق بموضوع العقد وأن لا يخفي عنه شيئا وعليه أن يحرص على صيانة حقّ معاقده من التلف والفساد عن الاقتضاء.

والواضح أنّه تجاوزا لبعض الواجبات المحدّدة قانونا في بعض العقود في الضمان كما هي الصورة في عقد البيع والأمان كما هي الصورة في عقد النقل وتجاوزا لبعض الأحكام القانونية التي تجد فعلا أساسها في معنى حسن النية مثل إمكانية الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتقسيط الدين وغير ذلك، فإنّ للقاضي عملا بمبدأ حسن النية الوارد بالفصل 243 م.إ.ع أن يتدخّل ليس فقط لإدراك بنود العقد بل لإقرار مضمون إلزامي إضافي وإنشاء التزامات جديدة على كاهل المتعاقدين بحسب طبيعة العقد ومن ذلك جاءت واجبات التعاون والمعاوضة والإرشاد والحرص على حقوق الغير وصيانتها وبالإمكان تعميم واجبات الضمان والأمان على جميع العقود بناء على مبدأ حسن النية.

وكان حسن النية من جهة ثانية هو المبرر في اعتماد نظرية الظروف الطارئة ببعض القوانين المقارنة وأوصل إلى إمكانية تعديل بنود العقد بحسب تغير الظروف يوم تنفيذ العقد وذلك ما يعنى أنّ التنفيذ يجب أن يكون بحسن نية. ولا شيء يمنع من اعتماد نفس التحليل بالقانون التونسي انطلاقا من المعنى الوارد بالفصل 243 م.إ.ع كما سيأتي بيانه.

-مفهوم القانون: المعلوم أنّ القواعد القانونية الآمرة تلزم المتعاقدين تجاوزا لما ورد بالعقد وتدخل بالتالي في إطار القوة الملزمة للعقد، بل أكثر من ذلك ففي حالة غياب الاتفاق الصريح يعتدّ بالقواعد القانونية الاستيعافية التي تلزم الطرفين المتعاقدين، وذلك هو المعنى الوارد بالفصل 243 م.إ.ع في أنّه ".... لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون.....".

-مفهوم العرف: ليس العرف كمصدر ثانوي للتشريع ما قصده الفصل 243 م.إ.ع بل العرف الذي يعتدّ به في بيان محتوى العقود غير المسماة. وكثيرا ما يتدخّل المشرّع صراحة بنصوص صريحة تمكّن من الرجوع إلى العرف، كما هي الصورة بالفصلين 637 و674 من المجلة التجارية والفصل 799 م.إ.ع في عقد الكراء والفصل 1211 م.إ.ع في القراض والفصل 1004 م.إ.ع في الوديعة والفصل 1114 م.إ.ع في التوكيل. وعادة ما تحتكم التجارة إلى قواعد عرفية تكون الأساس في المعاملات تجاوزا لأي إطار اتفاقي مسبق، فعلى القاضي حينئذ أن يثير تلك العادة لتكون سندا في فهم التزامات الأطراف. فهي مجمل الأصول التطبيقية التي تحيط بعمل التجار ويكون لها وقع القاعدة الملزمة للطرفين. ولعلّ التجارة الدولية كانت مثلا في ذلك إلى أن أصبح من الممكن لدى بعض رجال القانون الحديث عن قانون غير وطني أساسه عادات التجار وسوابق فقه القضاء في ذلك.

-مفهوم الإنصاف: الإنصاف هو قوّة غريزية كامنة في ضمير الإنسان تدفع في اتجاه تصور العدل على صورته الحقيقية، فهو صورة من صور الجانب الإيجابي في طبيعة البشر، فكلّ إنسان به جانب من الخير والشرّ، والإنصاف صورة من الجانب الخيري، فهو القاعدة الطبيعية لمعنى العدل الحقيقي. فإلى جانب العدالة القانونية التي تتمثل في تطبيق القانون على جميع الناس بالتساوي يظهر الإنصاف وكأنّه في مستوى

يجب لغاية التّرسيم، يمكن إلزامه قضاء، ويجوز أن يقوم الحكم مقام العقد، وهو من قبيل التنفيذ العيني في الالتزامات الشخصية.

وقد اعترفت التّجارب المقارنة بهذه الدّعاوى، وكانت سببا طيّبا بالنسبة إلى المشتري في اتّجاه المساعدة على ترسيم الكتب، وقد استقرّ فقه القضاء بمصر (في إطار نظام الشّهر العقّاري الشّخصي) على تمكين المشتري من إمكانية الوصول إلى القيد على اسم البائع بواسطة ما سمّي بدعوى صحّة التّعاقد ودعوى صحّة الإمضاء⁴²⁸.

لكنّ جانباً من الفقه يشكّك في إمكانية التعويل على هذه الدّعاوى في إطار نظام السجلات العينية للوصول إلى تحقيق الترسيم بصفة فعلية. ويرى أنّه من غير الممكن التعويل على كتائب عرفية في التّرسيم ولو صدر بها حكم في صحّة التّعاقد. وإذا كان من الممكن أن ترفع الدّعوى لغاية إلزام الطّرف الآخر بإبرام الكتب طبق ما يقتضيه القانون، فإنّه لا يمكن إدراج مقتضيات الحكم بالسجل إذا رفض المطلوب الاستجابة لأحكامه، وما على المتضرّر إلّا المطالبة

العدل الطبيعي. وبهذا المعنى فإنّ الإنصاف أرقى درجة من العدالة القانونية. وهذا ما يفسر خروج التطبيقات القضائية في بعض الأحيان عن القاعدة القانونية بعلة قدر الإنصاف وإن كانت القاعدة الأصولية لا تجيز تجاوز النص القانوني إذا كانت عبارته واضحة. على أنّ الإنصاف يمكن أن يرقى إلى مرتبة القواعد العامة للقوانين على معنى الفصل 535 م.أ.ع ومن الممكن اللجوء إليه في غياب النصّ الصريح، وبعدّ الإنصاف في المادة التعاقدية هاما بما أنّه مطلوب قانونا لفهم وإدراك حقيقة بنود العقد وبالتالي إطار القوة الملزمة في العقد، ولذلك نصّ الفصل 243 م.أ.ع صراحة على أنّه "لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث... الإنصاف حسب طبيعته". فلا بدّ من تفعيل عناصر الإنصاف أي عناصر العدل الطبيعي توصلنا لتحديد حقيقة التزامات الأطراف وما ينتج عنها من آثار. وفي هذا الإطار تدرك اتجاهات القضاء في وضع التزامات إضافية على كاهل المعاهد، كما في صورة أن يحمل الطبيب واجب تحقيق نتيجة وليس بذل عناية.

والمجمل في ذلك أنّ المراجع الموضوعية للقوة الملزمة تدفع في اتجاه مراعاة معاني حسن النّية والقواعد القانونية ذات الصلة وأحكام العرف والإنصاف دون توقف عند حدود المعاني الواردة بالعقد. فذلك يعني أنّ للقاضي دورا هاما في فهم العناصر الداخلية والخارجية للعقد ويدخل جميع ذلك ضرورة في إطار الموضوعية للقوة الملزمة، غير أنّ فقد القضاء التونسي كثيرا ما كان تقليديا وذاتيا في فهم أحكام الفصل 243 م.أ.ع وبالتالي في إدراك إطار القوة الملزمة.

⁴²⁸ ويقصد بدعوى صحّة التّعاقد أو دعوى صحّة ونفاذ العقد تلك الدّعوى التي يرفعها المشتري على سبيل المثال ضدّ البائع لغاية الاعتراف بصحّة ونفاذ العقد، ويقوم الحكم مقام العقد في التّرسيم، لكنّ فقه القضاء لا يعفي المطالب من الاحتجاج بالوثائق الصّورية لغاية إنهاء موجبات التّرسيم، وإن تمسك بمقتضيات هذا الحكم. ويجوز للمطالب ترسيم عريضة الدّعوى من البداية حتّى لا يفاجأ بأعمال التّفويت التي قد يلجأ إليها البائع أثناء نشر الدّعوى. وتضاف إلى هذه الدّعوى، رغم بعض الفوارق، ما يعرف بدعوى صحّة الإمضاء التي تهدف إلى حمل البائع على الاعتراف بالإمضاء العرفي، ومن ثمّ التّرسيم بمقتضى نسخة الحكم والعقد.

محمد شوقي، الشّهر العقّاري علما وعملا، ص 191.

بتعويض الأضرار لا أكثر ولا أقل. ويستند هذا الرأي إلى أن قانون السجل العيني المصري يوجب تحرير كتائب رسمية وقد جاء بالمدكرة الإيضاحية أن القيد العرفي لا يسوغ قيده " ولو صدر به حكم بصحة التعاقد⁴²⁹ .

ربما أن هذا الرأي كان وجيها لأنه يستند إلى مبررات قانونية جاء بها المشرع صراحة، الأمر الذي لا يتوفر بالضرورة بالتشريع المقارنة. وقد أمكن للأستاذ إدوار عيد الرجوع إلى أحكام المادة 267 و المادة 268 من قانون الملكية العقارية في البلاد اللبنانية وإلى أحكام الفصل 48 من قانون الموجبات والعقود للقول بأن العقد ينشأ " عنه التزام شخصي بتنفيذ ما يشتمل عليه من تعهدات وبالأخص تعهد أحد طرفيه بأداء الحق العيني العقاري إلى الطرف الآخر وذلك عن طريق قيده على اسمه في السجل العقاري⁴³⁰ . " ويقر بالتالي بإمكانية التماس طلب القيد عينا على اسم الطرف الآخر، وهو ما يعني أن الحكم يقوم مقام الكتب إذا أخل المطلوب بالالتزامات المفروضة عليه قضاء، ولا يمكن أن يحسم الإشكال بالتعويض إلا إذا وردت تنصيصات جديدة لفائدة الغير حسن النية.

لكن جانبا من الفقه والقضاء ظلّ مترددا بين الجواز والمنع، وتردّدت المحاكم المغربية في البداية للقول بجبر البائع على القيد العيني للكتب، بناء على أحكام الفصل 22 من ظهير 9 رمضان 1331 سابق الذكر، لكن هذا الرأي لم يسلم من النقد واتجهت المحاكم أخيرا إلى القول بالتنفيذ العيني بناء على أحكام الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود، قولا بأن " امتناع البائع عن اتخاذ الإجراءات الضرورية لتقييد البيع في الرسم العقاري يكون إخلالا بالالتزام بضمان نقل الحق المبيع ويوجب على المحاكم أن تجبر البائع على القيام بما التزم به سواء على إثر دعوى أصلية تقدّم بها أو على إثر طلبه إدخال البائع بصفته ضامنا،⁴³¹ وتبنّت التفصيل بين خلوّ الرسم من ترسيم لاحق، ويجوز القضاء

429 عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، عدد 9، ص 361 فقرة 134.

430 إدوار عيد، المرجع السابق، ص 344.

431 المجلس الأعلى مدني عدد 265 سنة 1968 مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 1969، ص 9. دكتور علي حسين نجيرة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، دار النهضة العربية، ص 156.

بالتنفيذ العيني وإدراج الكتب، وتغيير حالة الرّسم بتتصيص جديد لفائدة حسن النّية، ويكره القضاء لصالح الدّعى.

وظلّ القضاء السّوري كذلك متردّدا في إقرار مثل هذه الدّعى، ولم ير في العقد غير المرسم إلّا أساسا لطلب التّعويض، لكنّها تراجعت عن هذا الموقف وانصرفت إلى " أنّ عقد البيع العقّاري العادي المنظم خارج أمانة السجلّ العقّاري إذا كان مستوفيا لأركانه القانونيّة فإنّه يعدّ عقدا صحيحا يصلح أساسا لإقامة الدّعى والمطالبة بإنفاذ ما ورد فيه من الإلزام بالتّسجيل بحكم قضائي⁴³² ".

ولا يخلو القانون التونسي من هكذا نقاش، وإن كان التنفيذ العيني بمجلة الالتزامات والعقود يبقى هو الأساس قبل طلب التعويض، وبالإمكان إلزام المدعى عليه على ذلك الأساس بتصحيح الكتائب أو اعتبار الحكم مقام العقد حتى تتحقق عملية الترسيم عينا⁴³³، ويرفع الطلب سواء إلى المحكمة الابتدائية أو قاضي الناحية بحسب مقدار العقد، إضافة إلى إمكانية تعهّد المحكمة العقارية بطلبات تصحيح الكتائب توصلا لتسهيل أعمال الترسيم⁴³⁴. حيث من الممكن أن يتدخّل القضاء العدلي بالسجلّ العقّاري سواء مباشرة أو بطريقة غير مباشرة على ما تقدّم من تفصيل، ولعلّ من أهمّ الدّعاوى التي تنشر أمام المحاكم العدلية ما يعرف بالكتائب التكميلية، أي أن يوجّه طلب التّرسيم بمناسبة رفع قضية في طلب إلزام المطلوب بتحرير الكتائب التكميلية المطلوبة من طرف إدارة الملكية العقارية، فتلزّمه المحكمة عند الاقتضاء بضرورة إتمامها على النّحو المطلوب، وإلاّ قام الحكم مقامها، وتأذن في نفس الوقت بالتّرسيم. وتكون المحكمة الابتدائية التي بها مقر المطلوب صاحبة الاختصاص في ذلك على معنى الفصل 30 م.م.ت، إذا تجاوزت قيمة العقد حدود مرجع نظر قاضي النّاحية.

ولربّما كانت هذه الدّعى مبدئيّا من الأمور المطلوبة لغاية تسهيل التّرسيم، " ذلك أنّ المشرّع ولئن حمّل محرّر العقد واجب السعي للحصول على ترسيم فإنّه

432 دكتور علي حسين نجيرة، الشّهر العقّاري في مصر والمغرب، دار النّهضة العربيّة، ص 171.

433 علي كحلون : النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 44 وما بعد.

434 تراجع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة وإجراءات التحيين.

لم يعف الأطراف من الالتزام بتيسيره وإمضاء وتسليم الوثائق اللازمة للحصول عليه⁴³⁵. حيث إنّ المشرّع التونسي ضبط طريقة تحرير العقود الخاصة بالعقارات المسجلة بالفصول 377 و 377 مكرّر 377 ثالثاً م.ح.ع، وأولى هذا الجانب أهمية بالغة منذ سنة 1992 باعتباره أحد الأسباب التي أدت إلى جمود الرسوم العقارية⁴³⁶. ولم ينته بعد من إدخال التنقيح وراء التنقيح لمعالجة مسألة تحرير الكتائب وجعلها متطورة مع مقتضيات الإصلاح العقاري. وقد حدّد البيانات التي يجب أن تتضمنها الكتائب المقدّمة للتّرسيم، وأسند مهمة تحرير هذه الصّكوك إلى أعوان إدارة الملكية العقارية، والعدول والمحامين، وكلّ كتب لم تحرّر من طرف المذكورين يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، باستثناء بعض الكتائب⁴³⁷. وحدّد واجبات محرّر الكتب والمسؤوليّة التي تتجرّ عن ذلك. بل انتهى الإصلاح بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001 إلى اعتماد نموذج في التّحرير. ورغم ذلك من الممكن أن تتسرّب بعض الأخطاء أو الإخلالات، ومن الوارد أن يبقى الكتب دون تعريف بإمضاء الطرفين وإن حرّر من طرف محامي ووقع الطرفان أمامه، ومن الوارد كذلك أن يضرب المعاهد عن تسليم بعض البيانات الهامّة أو الوثائق الضّروريّة، أو أن يرفض الإمضاء على الكتائب التكميليّة والتوضيحيّة. والمعلوم أنّ المشرّع لا يوجب كتابة الحجّة الرسميّة بالنسبة إلى جميع الكتائب التي يمكن ترسيمها، حيث لم تتوقّف النقاشات في خصوص أحكام الفصل 581 م.ح.ع المتعلّق بالبيع وكذلك الفصل 719 م.أ.ع بالنسبة إلى عقد المعاوضة، ونصّ الفصل 1466 م.أ.ع على أنّ الصّلح إذا شمل حقوقاً عقاريّة يكون بالكتابة، والمقاسمة لا تثبت إلاّ بكتب على معنى الفصل 116 م.ح.ع، ولا تثبت حقوق الارتفاق التي يحدثها الإنسان إلاّ بكتب على معنى الفصل 180 م.ح.ع، ولا يصحّ الرهن العقاري إلاّ بكتب عملاً بأحكام الفصل 275 م.ح.ع، ولا تثبت الوصيّة إلاّ بالحجّة الرسميّة أو بكتب محرّر وممضى من الموصى على معنى الفصل 176 م.أ.ش، ويحرّر

⁴³⁵ محمّد كمال شرف الدين، مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم في قوانين 4 ماي 1992، المرجع السابق، ص 129.
⁴³⁶ الحبيب الشطي، تحرير الصّكوك وجمود الرسوم العقارية، دراسات في القانون العقاري، المجموعة الأولى، المرجع السابق، ص 139. وكذلك الجديد في تحرير الصّكوك، القضاء والتّشريع، جوان 2002، ص 183.
⁴³⁷ يراجع الفصول 377 وما بعد م.ح.ع.

حجة رسمية في الهبة على معنى الفصل 204 م.أ.ش. وبالتالي لا تخضع جميع المحررات للشكليات الرسمية، ومن الجائز أن يتسرب إليها بعض النقص، أو أن يرفض المتعاقد تحرير الكتائب الضرورية لغاية إصلاحها أو حتى الاعتراف بها. كل هذه المسائل تجبر المتضرر على التماس طريق القضاء سعياً لإجبار الطرف الآخر على تلبية هذه الطلبات قضاء. خاصة وأن الرسوم الخاضعة للمفعول المنشئ لا تعود بالنظر إلى هياكل التحيين بالمحكمة العقارية. كل ذلك من الأمور الجائزة، وقد سار التطبيق على ذلك. ولكن هل يجوز، على غرار التجربة المغربية أو السورية أو اللبنانية أو المصرية فيما يتعلق بدعوى صحة التعاقد وصحة الإمضاء، أن ينفذ التزام الضمان بنقل الملكية عينا، أي أن يقوم الحكم مقام العقد في مثل هذه الصور عند الاقتضاء؟

الحقيقة أن فرض طريقة معينة في التحرير بواسطة المحامين أو العدول أو أعوان إدارة الملكية العقارية، يوقع الكتائب غير المحررة طبق هذه الطريقة في حكم الكتائب الباطلة بطلاناً مطلقاً بصريح نص الفصل 377 مكرر. وهو شرط شكلي يهّم النظام العام، لا يقوم الكتب بدونه ولا يستقيم ولو مع اعتراف المعنيين، وإن أمكن إعادة كتابته. والباطل بطلاناً مطلقاً لا يحتمل التصديق وتثيرة المحكمة من تلقاء نفسها ويمكن التمسك به أول مرة أمام محكمة التعقيب طبق المبادئ العامة⁴³⁸. وبالتالي لا يتصور أن تلزم المحكمة بالصحة في أمر شمله البطلان المطلق والحالة تلك. وما على الطرف المتضرر إلا ادعاء التعويض وجبر الأضرار.

لكن البطلان لا يتعدى صورة الفصل 377 مكرر، وهي صورة قصدها المشرع صراحة، ليشمل التنصيصات الأخرى المبينة بالفصل 377 الذي أشار إلى البيانات الخاصة بالأطراف وبموضوع الترسيم و 377 ثالثاً الذي أشار إلى مسؤولية المحرر وواجب الاطلاع على الرسم. حيث إن المشرع لم يشملها بجزء البطلان، بل مكن من تصحيحها في أكثر من صورة⁴³⁹. وبالتالي فهي غير

⁴³⁸ يراجع الفصول 325 م.أ.ع وما بعد.

⁴³⁹ أوجب المشرع هذه التنصيصات منذ سنة 1992 بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح مجلة الحقوق العينية، ومع ذلك تبقى الرسوم المحررة بعد هذا التاريخ أي ظل هذا القانون خاضعة لإجراءات التحيين

مشمولة بجزء البطلان المطلق، ولو أراد المشرع ذلك لقصدها صراحة كما نصّ على الصورة الأولى. وعليه فالنقص الذي يعود إلى علة في البيانات أو في الوثائق المصاحبة يقبل التصحيح ومن الجائز الحكم فيه بصحة التعاقد، وإلزام المتعاقد بإنهاء أعمال معينة لغاية رفع النقص في أجل معقول، وإلاّ قام الحكم مقام الكتب. ويجوز في هذه الحالات أن يدفع المطلوب بعدم صحة الكتب لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضاء أو لانتفاء الموضوع والسبب.

على أنّه لا يمكن بطبيعة الحال إلزام إدارة الملكية العقارية بالتسجيل الوجوبي حيث إنّ جميع الصكوك المقدّمة للتسجيل بما في ذلك الأحكام مهما كانت طبيعتها تبقى خاضعة لمراقبة الإدارة إعمالاً لمبدأ الشرعية ولا معنى للإذن بالتسجيل حتى وإن صدر عن جهة قضائية⁴⁴⁰.

وإذا تعذرّ التسجيل نهاية فليس للمشتري ومن هو في حكمه إلا طلب فسخ العقد والتعويض، ولا يمكن طلب الفسخ إلا إذا تعذرّ التنفيذ العيني مطلقاً، ويتعذرّ مطلقاً إذا انتقلت الحقوق المرسمة إلى الغير حسن النية واستعصى نهاية إدراج صكّ المتضرر⁴⁴¹. ففي جميع الحالات التي لا يمكن فيها التنفيذ عينا، من

إذا كانت الرسوم العقارية المتعلقة بها أقيمت قبل 1998 ولم يقع تحيينها. ويختصّ قاضي السجلّ العقاري بالنظر في تصحيح جملة هذه الرسوم.

⁴⁴⁰ وليس في ذلك استثناء إلا ما يدخل في إطار تنفيذ أحكام التسجيل العقاري الصادرة أول مرة عن المحكمة العقارية إذ أن إدارة الملكية العقارية تباشر أعمال تنفيذ الحكم طبق الإجراءات ولا يمكن لها رفض إقامة الرسم العقاري ويبقى لها دوماً طلب إصلاح الأغلاط المادية عند الاقتضاء.

⁴⁴¹ نصّ الفصل 273 م.أ.ع. بالفقرة الأولى والثانية على أنّه " إذا حلّ الأجل وتأخر المدين عن الوفاء فللدائن الحق أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكناً وإلا فسخ العقد..... فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائن إما طلب الوفاء الجزئي أو فسخ العقد". معنى ذلك أنّه لا يصحّ الفسخ إلا إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، ويصبح التنفيذ العيني مستحيلاً إذا هلك العين أو انتقل إلى الغير فيما يتعلّق بنقل الملكية أو إذا كان التنفيذ في التزام العمل يتوقف على شخص المدين أو في زمن محدّد ورفض التنفيذ ولم تفلح إجراءات التهديد المالي أو إذا خالف المدين التزام المنع. ففي هذه الصور فقط يصحّ التنفيذ مستحيلاً ويمكن حينئذ طلب الفسخ. ويجب أن تكون الاستحالة مطلقة بمعنى أنّ التنفيذ يباشر عينا حتى لو كان مرهقاً للمدين، ولا تتحقّق الاستحالة المطلقة إلا في الصور المذكورة. معنى ذلك أنّه تجاوزاً لتلك الحالات في الاستحالة فإنّ التنفيذ عينا يكون ملزماً ولا يتيسر الفسخ. ومن ذلك أنّ التأخير في التنفيذ لا يمكن أن يكون سبباً في الفسخ من حيث المبدأ بل يسمح بطلب التعويض فقط إلا إذا توفرت نصوص خاصة تجيز الفسخ في التأخير كما هي الصورة بالفصل 796 م.أ.ع. في الفسخ لعدم دفع معين الكراء. ولا يشترط أصلاً في الاستحالة أن تكون ناتجة عن خطأ المدين، كما لا يشترط الضرر بجانب الدائن. فما يشترط أن تتحقّق الاستحالة حسب ذلك التعريف. ويرى البعض أنّ الاستحالة الناتجة عن القوة القاهرة ليست حالة من حالات الفسخ بل هي صورة تحمّل التبعات الناتجة عن قوّة القاهرة، وليس للمحكمة أن تقضي بالفسخ إذا تعهّدت بالتزام بل تعين انقضاء الالتزامات بذلك السبب ولا تقضي بالفسخ أو الانفساخ. ويرى البعض الآخر وخاصة فقه القضاء بفرنسا أنّها حالة من حالات الفسخ ويجوز للمحكمة أن تقضي بها إذا ما توفرت الشروط. ولم تكن مجلّة الالتزامات والعقود واضحة في ذلك. فبعد أن أوردت بالفصل 273 عدم الوفاء بالالتزامات من قبل المدين دون بيان سببه مع اشتراط أن لا يكون الفسخ إلا بحكم بينت بالفصلين 275 و276 معنى

الجائز قانونا طلب فسخ العقد وإرجاع الثمن وطلب التعويض، وهي نفس المبادئ العامة المنطبقة في مثل هذه الحالات رجوعا لأحكام مجلة الالتزامات والعقود وتحديدًا الفصول 268 وما بعد. ويقصد بالفسخ أنّ العقد قد وقع صحيحا بداية، لكنّ أحد الطرفين لم ينفذ التزاماته، على خلاف الإبطال الذي يمثل جزاء لعدم صحة العقد. وبالتالي يحقّ للمتضرّر طلب الفسخ طالما أنّ التنفيذ قد تعذّر، وإذا سبق أن دفع العربون أو الثمن يجوز له إرجاعهما.

ولا يتحلّل البائع من المسؤولية التعاقدية التي تقوم على الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. وخطأ البائع هو حرمان المشتري من الانتفاع بالعقار ونقل الملكية إليه ومن قيد عقده على اسمه. والضرر قائم بمجرد عدم التنفيذ، ويفترض أن تكون العلاقة السببية قائمة بينهما. فإذا بقي موضوع التعاقد بين أيدي البائع، وتأخّرت عملية الترسيم بسبب فعل البائع، فيستحقّ المشتري التعويض عن فوات الفرصة وحرمانه من الأرباح المعتادة ونقص ماله، باعتبار أنّه حرم على امتداد فترة طويلة من الانتفاع بالموضوع بما في ذلك غلّته. حتّى وإن أمكن له أخيرا إدراج الكتب. وإذا لم يتمكّن المشتري نهاية من إدراج الكتب بسبب قيام مشتري ثان حسن النية بهذه العملية، لن يبقى له إلّا المطالبة بغرم الضرر على معنى القانون المدني.

الاستحالة في الالتزام بعمل والالتزام بعدم القيام بعمل وحُدّت بالفصل 274 نظام الشرط القُسخي دون اشتراط تدخّل القضاء وانتهت إلى بيان نظام تحمل التبعات بالفصلين 280 و281 دون اشتراط تدخّل القضاء أو الإشارة إلى معنى الفسخ. ولكنّ ذلك لا يمنع مطلقا تدخّل القضاء في حالة الاستحالة لقوة قاهرة ولكن ليس للتصريح بالفسخ وإنّما للتصريح بانقضاء الالتزامات بموجب القوة القاهرة وذلك هو الانقضاء القانوني *résiliation juridique*. فذلك يعني ببساطة أنّ الاستحالة المطلقة المؤدية للفسخ يجب أن تكون ناتجة عن فعل المدين وليس لسبب أجنبي، فإن كانت لسبب أجنبي فهي حالة من حالات الانقضاء بدون وفاء تتجاوز معنى الفسخ، ولكن بعض الاتجاهات تخلط بين المعنيين الأوّل والثاني. والواضح أنّ مجلة الالتزامات والعقود خيّرت بقاء العقد أو إنقاذه على زواله، فليس من الممكن طلب الفسخ بالقانون التونسي إلا إذا تعذّر التنفيذ العيني مطلقا على ذلك المعنى، وقد سلكت المجلة بذلك مسلك القانون الألماني وتجاوزت الرأي الفرنسي في تمكين الدائن من خيار الفسخ حتى ولو لم تتوفّر الاستحالة المطلقة.

فلا يمكن للدائن في جميع الصّور ترك التنفيذ العيني إذا كان ممكنا لطلب الفسخ. فليس للدائن خيار من حيث المبدأ، وفي ذلك ذهب فقه القضاء التونسي. فلا يحقّ له ذلك إلا إذا كانت الاستحالة جزئية بمعنى أن يكون التنفيذ عينيا جائزا بصفة جزئية فيحقّ له في هذه الصورة طلب التنفيذ عينا في الجزء أو طلب الفسخ في الكل. وتلك هي الصورة الوحيدة التي يقوم فيها الخيار. وذلك ما يتيسّر فهمه من الفصل 273 م.أ.ع في فقرته الثانية "فإن كان الوفاء لا يتيسر إلا في البعض جاز للدائن إما طلب الوفاء الجزئي أو فسخ العقد".

والحقيقة أنّ المشتري يبقى له الرجوع على البائع بالضمان على معنى
الفصول 631 إلى 646 م.أ.ع حيث إنّ حكم ضمان الاستحقاق يوجب على
البائع ضمان أفعاله المادية والقانونية وأفعال الغير القانونية، وللمشتري حقّ
الرجوع في جميع ذلك ومطالبة البائع بإرجاع الثمن وأجرة عقد البيع وما لزمه من
المصاريف للعقد وجميع المصاريف الرسمية التي صرفها المشتري في دعوى
قيامه على البائع والخسائر الحاصلة للمشتري من استحقاق المبيع من يده.
وللمشتري إن ثبت له حق الرجوع أن يطالب البائع بترجييع الثمن ولو ظهر تغيير
في كامل المبيع المستحق أو في بعضه أو نقصت قيمته بفعل المشتري أو
بتقصيره أو بحادث سماوي. وإذا كان في البيع تغيير فعلى البائع أن يرجع
للمشتري المغرور كل ما صرفه ولو في التحسين والترف. وإذا ظهرت عند
الاستحقاق زيادة في قيمة المبيع ولو بغير فعل المشتري فإن الزيادة المذكورة
تعتبر في جملة الخسائر المطلوب بها البائع إن ثبت عليه الغرر.

وللفريقين أن يتفقا على أن لا ضمان على البائع أصلاً. غير أن هذا الشرط
لا يفيد إلا إعفاء البائع من تعويض الخسارة وأما أصل الثمن فلا بد من رده
للمشتري كلاً أو بعضاً إن وقع الاستحقاق. ولا عمل على شرط براءة البائع إذا
انبنى الاستحقاق على شيء من فعله هو بذاته أو إذا كان موجب الاستحقاق من
غروره كبيعه لما هو لغيره أو لما يعلم سبب استحقاقه ولم يعرف به المشتري.
ففي الحالين يلزمه تعويض الخسارة. وعلى البائع رد الثمن أو حظه ولو مع علم
المشتري للسبب المقتضي للاستحقاق أو للحقوق المترتبة على المبيع.

على أنّ حقّ رجوع المشتري يسقط إذا وجهت دعوى على المشتري في
شأن المبيع ولم يسع المشتري إلى إعلام البائع وإدخاله بالقضية، إلاّ إذا كان
البائع غائباً غيبة ثابتة بحيث يتعذر إعلامه، كما لا ضمان على البائع إذا كان
انتزاع المبيع بغصب أو قوة قاهرة أو إذا كان الانتزاع بأمر الأمير ولم يكن ذلك
الأمر مبنيّاً على حق سابق مما على الأمير تنفيذه أو حفظه أو كان مترتباً على
فعل صدر من البائع أو إذا حصل التعدي من الغير على المشتري في تصرفه
من دون أن يدعي ذلك الغير حقاً في المبيع. وإذا استحق المبيع من المشتري

بسبب تغرير أو تقصير منه وكان ذلك موجبا للحكم الذي صدر في الدعوى فإن البائع لا يضمن ولو أعلمه المشتري بالدعوى المذكورة في الوقت المناسب. تلك هي الآثار الشخصية للعقد غير المرسم ربّما كانت سببا في تعويض الأضرار اللاحقة بمن استعصى عليه الترسيم وهي آثار استحدثها العمل بمبدأ المفعول المنشئ للترسيم في تمييزه بين الحقّ الشخصي والحقّ العيني. ولكنّ المشرّع التونسي لم يشأ تطبيق مبدأ المفعول المنشئ بصفة فوريّة ولجأ إلى تطبيقه بصفة تدريجيّة.

الفقرة الثّانية: التطبيق التدريجي لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم

يقول أحد الكتاب: " إنّ ظاهرة ازدواج نظام الشّهر العقّاري في أيّ بلد ليست ظاهرة ممقوتة بل قد تملّحها اعتبارات التّمهل والتّدريج في تطبيق نظام يعتبر ثورة في مجال الملكيّة العقّاريّة، خاصّة وأنّ تطبيق مثل هذا النّظام يستلزم علاوة على إعداد الكوادر الفنيّة عالية الخبرة، إنشاء العديد من السجّلات وإنشاء إدارات للتّدريب والبحوث والمتابعة ..."⁴⁴²

معنى ذلك أنّ إنشاء أيّ نظام حديث دفعة واحدة وفي مجال مثل المجال العقّاري لا يخلو من صعوبات جمّة، ومن ذلك جاءت الحاجة في اعتماد التّدريج، خاصّة وأنّ المبدأ الجديد له آثار جدّ هامّة على الحياة الاجتماعيّة، فالنّظام العيني في أصله لم يعرف تطبيقات فوريّة في البلدان التي اعتمدته، ففي مصر ظلّ نظام الإشهار الشّخصي معموّلا به رغم صدور قانون 1964 المتعلّق السجلّ العيني الذي لم يشمل إلا بعض المحافظات في انتظار سحبه على بعض المحافظات الأخرى، وبالمغرب، ورغم صدور ظهير 1913 الذي أنشأ نظام الإشهار العيني، بقي العمل بنظام الإشهار الشّخصي بالنسبة إلى الأراضي غير المحفّظة.

وعليه ليس من الغريب الحديث عن مسألة التّدريج في تطبيق المبادئ العقّاريّة، لكنّ تطبيق المفعول المنشئ بطريقة تدريجيّة بالبلاد التونسيّة يجد بعدا ملفتا للانتباه ربّما بسبب تفرّده بخصائص لم تعدها التّطبيقات المقارنة التي لم

على حسين نجيرة، الشّهر العقّاري في مصر والمغرب، المرجع السّابق، ص 245.

تعرضها مثل الصّعوبات المطروحة أمام المشرّع التونسي، ولسبب بسيط وهو أنّ جميع الدّول التي اختارت نظام السجل العيني لم تتأخّر منذ البداية في اعتماد المبدأ.

وبضطرّ المشرّع التونسي، وأمام عمق التّجربة والعمل بمؤسّسة المعارضة وما أبقتّه من آثار سيّئة على الحياة العقاريّة، إلى التّخلّي عن هذه المؤسّسة وتبني المفعول المنشئ تحت ضغط الحاجة والرّغبة في إنهاء مسألة الرّسوم المجمّدة، واعتمد سياسة التّدريج في تطبيق هذا المبدأ، حيث ما كان من الممكن تطبيق المفعول المنشئ مباشرة ودفعة واحدة بسبب تردّي الرّسوم العقاريّة، وما كان من الممكن تمرير عناصر هذا المبدأ إلّا بعد ضمان أرضيّة معيّنة. وفعلا اعتمد المشرّع التونسي إجراءات عاجلة على امتداد السّنات الأخيرة اتّصلت خاصّة بكيفيّة تحرير العقود⁴⁴³ وإعداد الأمثلة الهندسيّة⁴⁴⁴، وظلّ يؤجّل تطبيق المبدأ سنة بعد سنة إلى أن انتهى قانون التّحيين الجديد عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001 المتعلّق بتحيين الرّسوم العقاريّة⁴⁴⁵ إلى ربط اختصاص المحكمة العقاريّة في مادّة التّحيين بتطبيق أحكام المفعول المنشئ للرّسيم حيث جاء بشرح الأسباب " أنّه تمّ التّأكيد على الاختصاص القضائي في تطبيق الإجراءات المتعلّقة بتحيين الرّسوم العقاريّة، ووقع اعتبار الصّبغة الانتقاليّة للإجراءات المذكورة وتقييد اختصاص المحكمة بتطبيق أحكام المفعول المنشئ للرّسيم. " وأصبح يمثّل الهدف الأساسي من إجراءات التّحيين حيث " تمّ إقرار مقتضيات تتعلّق بختم إجراءات التّحيين، وهدفها تحقيق المقصود من مشروع القانون والتّقدّم بصفة تدريجيّة في تطبيق المفعول المنشئ للرّسيم بالنسبة إلى الرّسوم العقاريّة موضوع نظر المطلب. " معنى ذلك أنّ هذا المبدأ الحديث لا يمكن إدراجه إلّا بتوفير أرضيّة معيّنة ظلّت مستعصية على امتداد فترات طويلة، وهو

⁴⁴³ الفصول 377 و377 مكرر و377 ثالثا م.ج.ع.

يراجع باب إجراءات التّرسيم.

⁴⁴⁴ الفصلان 322 و323 م.ج.ع.

يراجع باب إجراءات التّسجيل.

⁴⁴⁵ الرّائد الرّسمي للجمهورية للتّونسيّة 13 أفريل 2001، عدد 30، صفحة 967.

أن يكون الرسم محيّنًا، ولهذا الغرض بالذات تم ربط مسألة التّحيين بتطبيق المبدأ.

لقد صدر القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 المتعلّق بتطبيق المفعول المنشئ للتّرسيم على بعض الرسوم العقارية، و جاء فيه أنّ أحكام المفعول المنشئ⁴⁴⁶ تنطبق على الرسوم العقارية المحدثة تنفيذًا للأحكام الصّادرة بالتّسجيل ابتداء من دخول القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أبريل 1998 المتعلّق بالتّمديد في مفعول الأحكام الانتقالية المرتبطة بتحيين الرسوم العقارية حيز التّنفيد وكذلك على الرسوم التي تمّ تحيينها. وبالتالي لا بدّ من التّساؤل عن الإجراءات المتّصلة بالرسوم العقارية المقامة بعد 1998 (أ)، وعن إجراءات التّحيين التي قصدها التّشريع بالنسبة إلى الرسوم العقارية المقامة قبل 1998 (ب).

أ- إجراءات تطبيق المبدأ على الرسوم العقارية المقامة بعد سنة 1998

قدّمنا أنّ المشرّع التّونسي أحدث المفعول المنشئ بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992، ونقّح الفصول التي لها علاقة بالمفعول المنشئ، وهي الفصول 115 و 278 و 350 و 373 م.ح.ع والفصل 581 م.ا.ع و الفصل 204 م.أ.ش. إلّا أنّه نصّ بالفصل الثّاني من هذا القانون على أنّ أحكام هذا القانون ستتطبق بعد مضيّ ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ صدور هذا القانون، أي سنة 1995.

ويذكر أنّ المشرّع عادة ما يلجأ إلى إجراء التّأجيل إذا أحدث التّشريع أمرا جديدا في غاية من الأهمية، وقد يشذّ عن المألوف، فيعتمد هذا الإجراء لغاية الاستئناس بالقواعد الجديدة، وضمان الأريضية الملائمة لتمرير محتواها. وقد نصّ القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993 المتعلّق بنشر النّصوص بالرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة وبنفاذها، أنّ النّصوص القانونيّة

⁴⁴⁶ الأحكام الواردة بالفصل 2 من القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلّة الحقوق العينيّة، والفصل 2 من القانون عدد 47 لسنة 1992 والمتعلّق بتنقيح الفصل 581 من مجلّة الالتزامات والعقود والفصل 2 من القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلّق بتنقيح الفصل 204 من مجلّة الأحوال الشخصيّة.

يمكن أن تتضمن إذنا صريحا بتنفيذها حالا أو في أجل يتجاوز المهلة المحددة قانونا.⁴⁴⁷

إلا أنّ المشرّع وأمام صعوبة تنفيذ أحكام المبدأ اضطرّ إلى تأجيل دخول هذه القوانين حيّز التنفيذ مرة أولى سنة 1995 بموجب القانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أبريل 1995 ومرة ثانية سنة 1998 بمقتضى القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أبريل 1998، وهو تاريخ انتهاء مفعول قانون 1995، ونصّ صراحة على أنّ الرسوم العقارية المقامة بعد سنة 1998 تخضع للمفعول المنشئ، حيث مدّد في الآجال المنصوص عليها سابقا ولمدة ثلاث سنوات أخرى، ونصّت الفقرة الأخيرة منه على أنّ التمديد " يشمل جميع الرسوم العقارية عدا ما أحدث منها بعد دخول هذا القانون حيّز التنفيذ " .⁴⁴⁸

وأكد القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 المتعلق بتطبيق المفعول المنشئ للرّسيم على بعض الرسوم العقارية على نفس التّوجّه، وجاء فيه أنّ مبدأ المفعول المنشئ ينطبق " على الرسوم العقارية المحدثة تنفيذا لأحكام الصّادرة بالتّسجيل ابتداء من دخول القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أبريل 1998. "

ويفترض أن تتوفر الشّروط اللاّزمة لنفاذ الإجراءات الجديدة، فبقراءة القانون عدد 30 لسنة 1998 والقانون عدد 91 لسنة 2000 يتّضح أنّ المفعول المنشئ لا ينطبق بالنسبة إلى الرسوم العقارية المقامة بعد 1998 إلاّ بتوفّر شرطين أساسيين، وهما: دخول القانون عدد 30 لسنة 1998 حيّز التنفيذ وإقامة الرّسم العقاري.

⁴⁴⁷ الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 6 جويلية 1993، عدد 50، ص 931 . (يراجع الفصل الأول من

هذا القانون).

⁴⁴⁸ الرائد الرسمي عدد 21-32 أبريل 1998: نصّ القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أبريل 1998 والمتعلق بالتمديد في مفعول الأحكام الانتقالية المرتبطة بتجيين الرسوم العقارية على ما يلي: " يمدد لفترة ثلاث سنوات في الآجال المنصوص عليها بالأحكام الانتقالية المرتبطة بتجيين الرسوم العقارية والواردة بالقانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أبريل 1992 والمتعلق بتجيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود والفصل 2 من القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية، والفصل 2 من القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلق بتنقيح الفصل 581 من مجلة الإلتزامات والعقود والفصل 2 من القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلق بتنقيح الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية وهي النصوص التي سبق التمديد في أجل تطبيقها بالقانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أبريل 1995.

ويشتمل التمديد المذكور جميع الرسوم العقارية عدا ما أحدث منها بعد دخول هذا القانون حيّز التنفيذ. "

-دخول القانون حيّز التنفيذ: ويفهم من ذلك أنّ المبدأ الجديد لا يشمل الرسوم العقارية إلاّ بعد دخوله حيّز التنفيذ، أي أنّ الرسوم العقارية المقامة قبل دخول القانون الجديد حيّز التنفيذ لا تخضع لضوابط المفعول المنشئ.

وبذكر، عملاً بالفصل الثاني من القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5 جويلية 1993 المتعلّق بنشر النصوص بالرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة وبنفاذها،⁴⁴⁹ أنّ النّصوص القانونيّة والترتيبيّة تكون نافذة المفعول بعد مضيّ خمسة أيّام عمل على إيداع الرّائد الرّسمي المدرجة به بمقرّ ولاية تونس العاصمة ولا يعتبر في الحساب الأجل يوم الإيداع. وإذا علمنا أنّ تاريخ إيداع العدد المدرجة به أحكام القانون الجديد عدد 30 لسنة 1998 بمقرّ ولاية تونس هو يوم 23 أفريل 1998،⁴⁵⁰ فإنّ القانون الجديد أصبح نافذ المفعول بداية من 29 أفريل 1998.

-إقامة الرّسم العقاري: ⁴⁵¹يشترط أن يقام الرّسم العقاري طبق الإجراءات الواردة بالفصل 351 م.ح.ع يوم دخول القانون عدد 30 لسنة 1998 أي يوم 29 أفريل 1998، حتّى يصحّ القول بشمول مبدأ المفعول المنشئ لهذه الرسوم. لكنّ السّؤال طرح بالنسبة إلى عمليّات الضمّ والاستخراج والتّحوير، فهل يمكن اعتبارها مشمولة بمبدأ المفعول المنشئ ؟ فمن الواضح أنّه ينجّر عن هذه الأعمال إقامة رسم عقاري جديد، لكنّ المشرّع كان واضحاً كذلك عندما أشار إلى الرسوم العقارية المحدثة تنفيذاً للأحكام الصّادرة بالتّسجيل.

ب-إجراءات تطبيق المبدأ على الرسوم العقارية المقامة قبل 1998

⁴⁴⁹ الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 6 جويلية 1993. وللإشارة فإنّ هذا القانون ألغى الأوامر المعمول بها سابقاً وهي الأمر المؤرخ في 27 جانفي 1883 والنّصوص المتمّمة والمنقّحة له وخاصّة الأمر المؤرخ في 8 سبتمبر 1955 والأمر المؤرخ في 13 سبتمبر 1956.

⁴⁵⁰ يراجع الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 21 أفريل 1998، عدد 32، ص 141.

⁴⁵¹ قد يذهب في الاعتقاد أنّ التاريخ المعتمد في انطباق المفعول المنشئ هو تاريخ حكم التّسجيل وليس تاريخ إحداث الرّسم العقاري، لكنّ ذلك غير صحيح باعتبار وضوح المفاهيم التي أتى بها القانون عدد 91 لسنة 2000 وكان القانون عدد 30 لسنة 1998 واضحاً بدرجة كافية، حيث أشار بوضوح " إلى الرسوم العقارية المحدثة بعد دخول القانون..."

نصّ الفصل الثالث من القانون على أنّ إجراءات التّحيين تشمل جميع الرّسوم العقاريّة عدا ما أحدث منها تنفيذا للأحكام الصّادرة بالتّسجيل بعد إجراء العمل بالقانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرّخ في 20 أفريل 1998 المتعلق بالتّحديد في مفعول الأحكام القانونيّة المرتبطة بتحيين الرّسوم العقاريّة وعدا ما تمّ تحيينه من الرّسوم العقاريّة تطبيقاً لأحكام هذا القانون، أي أنّ الرّسوم التي لم يسبق تحيينها والمقامة قبل سنة 1998 تبقى من اختصاص محكمة التّحيين. وإذا كانت الرّسوم العقاريّة المقامة قبل سنة 1998 لا تطرح إشكالا فإنّ مفهوم التّحيين يتطلّب توضيحاً، فلا بدّ من التّمييز بين الإجراءات المعتمدة قبل 1998 وبعدها مهما كانت الصّورة.

1- الإجراءات السّابقة عن دخول القانون الجديد حيّز التّنفيد

أحسّ المشرّع التّونسي بقيمة التّحيين منذ زمن بعيد، وقد فتح الفصل 315 م.ح.ع أبواباً هامّة أمام رئيس المحكمة العقاريّة، ومثّل ملجأً مطلوباً على امتداد سنوات طويلة، رغم الصّعوبات التي رافقت تنفيذ القرارات المتخذة على أساس الفصل 315 م.ح.ع قبل إلغائه⁴⁵².

وتدخّل المشرّع من جديد بعد أن تفاقمت معضلة الرّسوم المجمّدة إلى درجة تتنذر بالخطر، وأصبحت تهدّد نظام التّسجيل العقاريّ كلّ. وأعدّ مشروعاً متكاملًا صدر على مراحل بداية من القانون عدد 39 لسنة 1992⁴⁵³ والقانون عدد 46 لسنة 1992⁴⁵⁴. وقد تقدّم الإشارة إلى ذلك. وكان من المؤلّ أن يقضي هذا الإجراء على عدد لا بأس به من الرّسوم، لكنّ التّجربة لم تحقّق الآمال التي علّقت عليها، وكانت أغلب القرارات التي اعتمدت هي مجرد قرارات سلبية، لا

⁴⁵² كان الفصل 315 م.ح.ع ينصّ في صياغته الواردة بمجلة الحقوق العينية سنة 1965 قبل تعديله سنة 1992 ثمّ إلغائه سنة 1995 على ما يلي " ينظر رئيس المحكمة العقارية في جميع الصعوبات التي تنشأ بعد إقامة رسوم الملكية وله على الأخص حق إصدار الأذون اللازمة لتسهيل الإجراءات القانونية الرامية إلى الحصول على ترسيم أو تشطيب أو تعديل أو حط من ترسيم مع بقاء حقوق المعنيين محفوظة فيما يتعلق بالأصل. ويتعهد رئيس المحكمة العقارية بمجرد مطلب. وبيت في القضية على ضوء ما يقدمه الطرفان من الملحوظات الكتابية ويمكن للطرفين أن يطلبوا بسط تلك الملحوظات أمامه شفويا والقرارات التي يتخذها معفاة من التسجيل ومن كل إعلام وهي قابلة للتنفيذ حالاً".

⁴⁵³ أحدث القانون عدد 39 لسنة 1992 اللجان الجهوية لتحيين الرسوم العقارية ونظم عمل دوائر الرسوم المجمّدة على مستوى المحكمة العقارية.

⁴⁵⁴ القانون عدد 46 لسنة 1992 خاص بتنقيح عدد من فصول مجلة الحقوق العينية.

تؤدي في حقيقة الأمر إلى تحيين الرّسم وتخليصه من الجمود. وتميّزت سواء أعمال اللّجان الجهويّة للتّحيين أو أعمال دوائر الرّسوم المجمّدة بشيء من البساطة والتّسرّع.

وتردّ هذه الأسباب مجتمعة، لنقول مبدئيّاً إنّ الملفات التي سبق أن عرضت على أعمال اللّجنة الجهويّة أو دائرة الرّسوم المجمّدة لا تعتبر محيّنة ولا تخضع بالتّالي لأحكام المفعول المنشئ. وقد نصّ الفصل الثّالث من القانون الجديد صراحة على أنّ " إجراءات التّحيين تشمل جميع الرّسوم العقاريّةعدا ما تمّ تحيينه من الرّسوم العقاريّة تطبيقاً لأحكام هذا القانون."

لكنّ الأمر ليس بهذه السّهولة لأنّ القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرّخ في 31 أكتوبر 2000، وهو الذي صدر قبل القانون عدد 34 لسنة 2001 نصّ على أنّ المفعول المنشئ ينطبق على " الرّسوم التي تمّ تحيينها،" دون أنّ يبيّن ماهو المقصود بالرّسوم المحيّنة. والحقيقة أنّ الرّسوم المحيّنة زمن دخول القانون عدد 91 حيّز التنفيذ ليست إلّا الرّسوم التي أحييت إلى لجنة التّحيين ودائرة الرّسوم المجمّدة.

ولقائل أن يقول إنّ القانون عدد 91 لسنة 2000 جزء لا يتجزأ من مشروع التّحيين الذي أعدّه المشرّع، وبالتالي لا يمكن فهم محتواه إلّا رجوعاً إلى القانون عدد 34 لسنة 2001 الذي نصّ صراحة على معيار الرّسم المحيّن، وهي الإجراءات الجديدة. ورغم أنّ المشرّع تسرّع في إصداره في تاريخ سابق، فلا يمكن فهمه إلّا رجوعاً إلى أصله. لكنّ المشرّع لم يذهب في هذا الاتّجاه، وجاءت مقاصده واضحة الدّلالة في انطباق المبدأ على الرّسوم التي سبق أن خضعت للتّحيين تطبيقاً لأحكام القانون عدد 39، حيث جاء بشرح أسباب القانون عدد 91 ما يلي: " أدخل المشرّع المفعول المنشئ للرّسوم بمناسبة التّفتيح الذي أجراه في 4 ماي 1992 على الفصول 115، 278، 305، 307، 350، 373، من مجلّة الحقوق العينيّة والفصل 581 من مجلّة الالتزامات والعقود والفصل 204 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة على أنّه أرجأ تطبيق هذه الفصول لمدة 3 سنوات وتمّ التّמיד في مفعولها مرّة أولى في سنة 1995 وبصفة جزئيّة في سنة 1998

إذ نصّ القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أفريل 1998 على أنّ المفعول المنشئ للتّرسيم ينطبق على الرّسوم المحدثة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيّز التّنفيد.

وحيث تولّت اللّجان الجهويّة لتحيين الرّسوم العقاريّة وكذلك دوائر الرّسوم المجمّدة بالمحكمة العقاريّة تخليص عدد هامّ من الرّسوم من الجمود وأصبحت تقوم بدورها الإشهاري، وبالتالي يمكن تطبيق المفعول المنشئ للتّرسيم عليها وكذلك تسليم أصحابها سندات الملكيّة التي أصبحت وثيقة ضروريّة لإتمام التّرسيم حتّى يتسنى مقاومة أسباب جمود الرّسوم العقاريّة وجعل السّجل العقاريّ محيّنًا وقادرا على أداء مهمّته الإشهاريّة. ويهدف هذا المشروع إلى سحب هذا المفعول علاوة على الرّسوم التي أحدثت بداية من 20 أفريل 1998 على الرّسوم المحيّنّة.⁴⁵⁵

كما أنّ عبارة التّحيين التي وردت بالقانون عدد 91 قد جاءت مطلقة في صيغة الماضي، وإذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها على معنى الفصل 533 م.أ.ع، ولا يتحمّل نصّ القانون إلّا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللّغة وعرف الاستعمال ومراد واضع القانون على معنى الفصل 532 م.أ.ع، وكانت رغبة المشرّع واضحة في سحب المفعول المنشئ بطريقة رجعيّة على عدد هامّ من الرّسوم المحيّنّة بواسطة لجان التّحيين ودوائر الرّسوم المجمّدة. لكنّ الأمر لا يجب أخذه على إطلاقه، ويحتاج لتفصيل وتحليل، خاصّة وأنّ المشرّع لم يحدّد معيارا واضحا ومضبوطا لانطباق المبدأ بالنسبة إلى الملفات التي سبق أن أحييت إلى دائرة الرّسوم المجمّدة واللّجان الجهويّة للتّحيين. ولما كانت القرارات الصّادرة عن لجان التّحيين، تعتبر باتّة ما لم يطعن فيها ذو مصلحة أمام المحكمة العقاريّة، فيمكن اعتبار القرارات الإيجابيّة التي تتّخذها اللّجنة في هذا الجانب، قد قضت على جمود الرّسم، ومن المفروض أن تحترم الكتائب المتعلّقة بها مقتضيات الفصلين 377 و377 مكرّر، ولا مانع في

⁴⁵⁵ وهو موقف إدارة الملكيّة العقاريّة التي بادرت منذ صدور قانون 20 أفريل 1998 إلى إخضاع الرّسوم المحيّنّة للمبدأ، وهو اتّجاه عارضته المحكمة العقاريّة. حامد النّعاوي، إشكاليّة اختصاص قاضي الإلغاء بنزاعات الملكيّة العقاريّة، دار الميزان للنشر جانفي 2004، ص 67.

أنّ يشملها المفعول المنشئ، على أن تقصى بطبيعة الحال القرارات الصادرة بالرفض.

أمّا بالنسبة إلى الملفات التي سبق أن أحيلت إلى دائرة الرسوم المجمّدة، وبصرف النظر عن طبيعة هذه الأحكام والقوّة الثبوتية للتّرسيمات الواردة بها التي لا يمكن حسب رأينا أن تكون إلّا ترسيمات لها القوّة الثبوتية المطلقة على خلاف التّرسيمات اللاحقة، ومادامت المحكمة قد أعطت مطلب التّحيين وجها إيجابيا وأذنت بالتّرسيم، فلا يرى المشرّع مانعا في أن يشملها المفعول المنشئ للتّرسيمات، على أن تُقصى بطبيعة الحال الأحكام الصّادرة بالرفض.

لكنّ الصعوبة تأتي في أنّ بعضا من الأحكام الصّادرة بالرفض فيها من الحسم والقضاء ما يكفي للقول بتحيين الرّسم، مثل رفض الطّعن الموجّه ضدّ قرارات اللّجنة الجهويّة للتّحيين أو حتّى رفض مطلب التّرسيم إذا كان في إطار التّحيين الكامل للرّسم. وعليه فالمعيار في هذه الإجراءات لتطبيق المفعول المنشئ هو إحالة مطلب التّحيين إلى دائرة الرسوم المجمّدة أو لجنة التّحيين، وصدر قرار إيجابي تمّ تنفيذه طبق القانون. مع اعتبار حالات الرّفض إذا كانت في إطار التّحيين الكامل للرّسم أو في إطار رفض الطّعن الموجّه ضدّ قرار اللّجنة.

لكنّ الحلّ المعتمد ليس فيه الضّبط الكافي، ولربّما كانت مطالب التّرسيم لم تشمل كامل الرّسم، وكانت الرسوم التي وقع تحيينها طبق الصّور المذكورة في حاجة إلى إعادة التّطهير طبق إجراءات التّحيين الجديدة، وإن خضعت للمفعول المنشئ، حيث إنّ إجراءات التّحيين الجديدة تبقى مفتوحة بالنسبة إلى جميع الرسوم العقاريّة المقامة قبل سنة 1998.

2- الإجراءات الواردة بالقانون الجديد كمعيار للرّسم المحيّن

يبدو أنّ المشرّع قد أحسّ بنقائص إجراءات التّحيين التي سبق الإشارة إليها، وحاول تجاوزها من خلال أحكام القانون الجديد، وضبط معيارا واضحا لتطبيق المفعول المنشئ، حيث جاء بشرح أسباب القانون عدد 34 لسنة 2001 أنّه " تمّ إقرار مقتضيات تتعلّق بختم إجراءات التّحيين، وهدفها تحقيق المقصود من

مشروع القانون والتّقدّم بصفة تدريجيّة في تطبيق المفعول المنشئ للرّسوم بالنسبة إلى الرّسوم العقاريّة موضوع نظر المطلب.

وأورد بالفصل 23 " أنّه إذا شمل التّحيين كامل الرّسم العقاري موضوع المطلب، أو نشأ عنه إحداث رسم عقاري جديد تقرّر المحكمة ولو دون طلب ختم إجراءات التّحيين بالنسبة إلى الرّسمين المذكورين. وتنصّ إدارة الملكيّة العقاريّة تبعاً لذلك على قرار الختم بالرّسوم العقاريّة المعنيّة وعلى خضوعها ..(لأحكام المفعول المنشئ)". وبالتالي لايجوز أن ينطبق المفعول المنشئ طبق الإجراءات الجديدة إلّا إذا ختمت إجراءات التّحيين، ونفّذ حكم التّحيين⁴⁵⁶. وربّما كان من الأحسن اعتماد ما تأخّر من المبادئ وسحبها على كامل الرّسوم سعياً لتحقيق الوضوح.

المبحث الرابع: مبدأ القوّة الثبوتية المطلقة للترسيمات

لنشرح المبدأ (الفقرة الأولى) قبل بيان اتجاه المشرّع التونسي (الفقرة الثّانية)

الفقرة الأولى: شرح مبدأ القوّة الثبوتية المطلقة

لنحدّد مفهوم القوّة الثبوتية (أ) قبل الحديث عن آثارها (ب)

أ- مفهوم القوّة الثبوتية للترسيمات

يؤخذ من مبدأ القوّة الثبوتية أن لا إثبات خارج السّجل، ولا حجية لوثيقة في معارضة بيانات السّجل، فالحقّ المرسم هو القول الحقّ وحده، وليس إزاء الأطراف فقط بل إزاء الكافة. ويمكن أن ترتقي هذه القوّة إلى حدّ اعتبار ما دون بالسّجل ولو رافقه شيء من الزّور أو التّدليس، فالتّقديم مطلق. وينحدر من ذلك أهمّ المبادئ التي تسمّى بالمبادئ التّبعيّة وهي مبدأ التّطهير والمبدأ الحفظي للترسيم، فالترسيم يقطع مع الحالات السابقة بمعنى أن الحقّ الذي لم يظهر في وقت معيّن مدعوّ بالضرورة إلى الإلغاء، ولا يمكن حسم تبعاته إلّا بمقتضى دعاوى شخصيّة تبقى بعيدة كلّ البعد عن ملكيّة العقار ذاته. ومن ثمّ يحفظ التّرسيم الحقّ من السّقوط والضّياح مهما طالّت المدّة. وتسقط قوّة الكنايب في مواجهة بيانات السّجل.

ولقد كانت القوة الثبوتية مطلقة في أصلها، وجاء بالفصل 33 من قانون 7 أوت 1861 الأسترالي في فقرتيه الرابعة والخامسة أن " الشهادة السندية المسلمة قانونا والممضاة من طرف المحافظ العام registrar general يعتد بها أمام العدالة لإثبات المحتوى والتسجيل، وتقوم حجة على أن الشخص المذكور بها هو حقيقة صاحب الحقوق المخصصة بها.

لا يمكن الطعن في الشهادة السندية أو إبطالها بحجة النقص في الإعلامات الواقعة قبل إسنادها أو الخلل بالمطلب المتعلق بها أو الشكليات الواقعة بعد ذلك." ويؤكد الفصل 123 من نفس القانون على ما يلي: " باستثناء بعض الحالات التي سيرد ذكرها، لا تقبل أية دعوى طرد ضد مالك مسجل من عقار خاضع لهذا القانون، وأن الاحتجاج أمام العدالة بشهادة الرسم يمنع مطلقا من التتبع الذي قد يثار ضد الشخص المعين بها باعتباره المالك. ويستثنى من ذلك صورة الدائن المرتهن الذي يطلب طرد مدينه، والمسوّغ إزاء المتسوّغ، وطلبات المتضرر من التدليس ضد المالك المحتمل المسجل أو ورثته (باستثناء المشتري أو الدائن المرتهن حسن النية)، والطلبات المتعلقة بغط التّحديد وأخيرا طلبات المالك الذي بحوزته شهادة رسم سابقة مسجلة قانونا.⁴⁵⁷

ويلاحظ من ذلك أن " النظام الأسترالي يطبق مبدأ القوة المطلقة للقيد بشدة أكثر مما يطبقه أي نظام آخر. فالنظام الألماني مثلا يستثنى من هذا المبدأ حالة الغير سيء النية، ولكن القوانين الأسترالية تمنع، سواء فيما بين المتعاقدين أو

⁴⁵⁷ Art 123 « Sauf les exceptions ci-après, aucune action en éviction ne sera recevable contre le propriétaire immatriculé d'un immeuble soumis à la presente loi, et la production en justice du certificat de titre formera un obstacle absolu à la poursuite qui sera intentée contre la personne qui y est désignée comme propriétaire.

Sont exceptés les cas où un créancier hypothécaire poursuit l'expulsion de son débiteur, un bailleur celle de son locataire, la revendication exercée contre une personne victime d'une fraude contre le prétendu propriétaire immatriculé par fraude ou contre ses ayants cause (à l'exception d'un acheteur ou d'un créancier hypothécaire de bonne foi), la revendication formée à raison d'une erreur de bornage, enfin, celle qui est faite par un propriétaire porteur d'un certificat de titre antérieur et dûment enregistré ». Cette traduction est empruntée au journal Le Globe n° du 13 mars 1885, R.A 1886, p. 1.

بالنسبة إلى الغير، جميع دعاوى الطعن في حق الملكية الثابت بالشهادة السندية، سواء كانت دعاوى إلغاء أو رجوع أو فسخ ولا تستثنى إلا ثلاثة أنواع من الدعاوى:

1- دعوى الطعن في صحة القيد الذي تمّ بطريقة الغش متى رفعت الدعوى ضد الشخص الذي تمّ لصالحه القيد.

2- دعوى تصحيح الخطأ في التحديد.

3- الدعوى المرفوعة ممّن يحمل شهادة سندية سابقة لها نفس المنزلة. وفيما عدا ذلك تكون الشهادة السندية التي يسلمها السجل العام بمنأى عن أي طعن، وهي في ضمان الدولة. فإذا فرض أن صدر شهادة سندية لشخص بدون وجه حق، فللمالك أن يرفع دعوى تعويض على الدولة. ولمواجهة هذه الدعاوى أنشأ القانون الأسترالي صندوقاً للتأمين...⁴⁵⁸

وبتلخّص من ذلك أنّ الحقّ المرسم مقدّس إلى أبعد الحدود، ولا تنقص من شأنه تلك الاستثناءات البسيطة التي لا تمسّ في حقيقة الأمر من هذه القدسيّة، ثمّ إنّ انتقال الملكية إلى حسن النية ينقذ الحقّ المرسم ولو انبنى في البداية على شيء من التدليس، وقد علمنا في بابه أنّ هذا المبدأ هو أساس السجلّ العيني في استقرار الملكية.

وتبدو هذه الإطلاقيّة فريدة من نوعها لم يشهد لها التاريخ سابقة، ونحن نعلم أنّ الحجّة الرّسميّة ذاتها التي يحرّرها أناس مختصّون ومؤهلّون للغرض طبق ضوابط محدّدة لا تكتسب هذه القوّة ويمكن الطّعن فيها بالزّور أو حتّى بالحجّة المخالفة، بل إنّ الأحكام القضائيّة التي تكون نتيجة تبصّر واجتهاد يجوز الطّعن فيها بالطّرق المقبولة، ونحن لا نعلم أنّ أمراً شذّ كهذا لإحاطة الحقّ المدني بهذه الهالة من القوّة والقداسة.

وبلاحظ كذلك أنّ هذه الإطلاقيّة تشمل جميع القرارات التي يتّخذها المشرفون على السّجلّ سواء تعلّقت بالتّسجيل أوّل مرّة أو بمناسبة نقل الملكية في

⁴⁵⁸ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، المجلّد عدد 9، ص340.

مرحلة لاحقة، أي أنّ الحقوق المدرجة بداية والعمليات المتعلقة بها لاحقاً تكتسب ذات القوة دون تمييز، وتبقى خاضعة لجملة القواعد المشار إليها سابقاً. وقد انتقلت هذه القوة في فرعها الأول، أي ما يعرف بالقوة الثبوتية المتزامنة مع قرار التسجيل أول مرة إلى قانون غرة جويلية 1885 وأقرته مجلة الحقوق العينية التونسية منذ صدورهما سنة 1965 وعادة ما تستخرج من خلال قراءة الفصول 308 و 346 و 355 و 332 و 337 م.ح.ع. وكانت القوة مطلقة في بدايتها فلا تحتل المراجعة حتى ولو بني التسجيل على وثائق مزورة. وهو مذهب يتجاوز القانون الأسترالي.

وإذا ألمحنا إلى أنّ هذه القدسية تبرّر عادة برغبة تحقيق استقرار الملكية،⁴⁵⁹ فإنّ جانباً من الفقه يحاول إيجاد سند فقهيّ وشرعيّ لها، حيث سار محرّر "مطلع الدّاري"⁴⁶⁰ بالمبحث الأول منه في صحّة الاعتماد على التسجيل بمقتضى الشريعة الإسلامية على اعتبار التسجيل العقاري بمثابة البيانات التي تدرج بدفاتر القضاة أو العدول وزمام الأقباس أو بالدفاتر الخاقانية في عهد الدولة العثمانية للقول بتشابه المضامين، فلا خلاف بين هذه الدفاتر ودفاتر التسجيل العقاري، فكلاهما يحفظ الحق. وذكر بقول المالكية في ذلك وقول المتأخرين.⁴⁶¹ وأرجع محمد عبد الجوّاد محمد⁴⁶² الأسس الفقهية إلى حديث

⁴⁵⁹ يذكر رجال القانون أنّ "تورنس" لجأ إلى "حيلة قانونية" لتبرير القوة الثبوتية المطلقة مفادها "أنّ أيّ تصرّف عقاريّ يستلزم تدخل السلطة العامة. فمكتسب الملكية أو الحقّ العيني لا يتلقّى الحقّ من سلفه وإنما يتلقاه من الدولة، ذلك أنّ التصرف ينقل الحقّ من المتصرف إلى الدولة. والقيد في السجلّ العيني ينقل الحقّ بعد ذلك من الدولة إلى المتصرف إليه. وعلى ذلك فإنّ المتصرف إليه يكتسب حقاً جديداً ثابتاً بصفة مطلقة، أكثر قوة من سلفه، لا يتأثر بما لحقّ التصرف من عيوب. فكانما صاحب الحقّ يتخلّى عن الحقّ العيني بالتصرف ثمّ تقوم الدولة بتنصيب شخص آخر صاحباً لهذا الحقّ بعيده في السجلّ العيني. وهو ما يجعل الحقّ بعد قيده لا يتأثر بزوال حقّ المالك أو صاحب الحقّ العيني. وتكون النتيجة هي تطهير العقار من جميع الحقوق غير المقيّدة ومن جميع العيوب التي تشوب التصرفات العقارية، حيث تتقلّ الملكية والحقوق العينية بالقيد وحده مستقلاً عن التصرف." إبراهيم أبو النّجا، المرجع السابق، هوامش، ص 44.

⁴⁶⁰ محمد السنوسي، المرجع السابق، ص 34 وما بعد.

⁴⁶¹ قول ابن عاصم:

وان يمت مخاطب أو عزلاً ردّ خطابه سوى ما سجلاً.

⁴⁶² محمد عبد الجوّاد محمد، ملكية الأراضي في ليبيا، المرجع السابق، ص 417 وما بعد.

رُويَ عن الرّسول (ص) " يمنع الرجوع في الحكم بالرجوع عن الشّهادة " واعتبر القيد بالسّجل إنّما هو بمثابة الحكم القضائي.⁴⁶³

والحقيقة أنّ القوّة المطلقة في الثبوتية عادة ما تبرّر بالاستناد إلى الإشهارات والطريقة الاستقرائية المعتمدة والقطعية منتهى الأبحاث.

فقد تأسّس نظام التّسجيلات العينية في أصله على نظام إشهاري متعدّد المواطن، فبمجرّد تقديم المطلب يبادر حافظ السّجل registrar general بالنّظام الأسترالي إلى إشهار المطلب مرّة واحدة بالجريدة الرّسمية وثلاث مرّات بجرائد متعدّدة. ويحدّد أجلا في ذلك أدناه شهر وأقصاه سنة، وإذا لم تسجّل أيّة معارضة خضع العقار للنّظام الجديد، أي نظام العقّارات المسجّلة. وإذا كان العقار محلّ تحمّل أو كانت رسوم الملكية مبهمة واعتراها كثير من الخلل، يمكن الإذن بإشهارات تكميلية بالجريدة الرّسمية للمستعمرة والجريدة التّابعة للعاصمة البريطانيّة لندن في عدّة مناسبات، ويكون الأجل بين شهرين وثلاث سنوات على حدّ أقصى. ويجب على حافظ السّجل كذلك تعليق نسخة من المطلب والمثال التّابع له بمكاتبه وبمكان ظاهر وفي كلّ موقع يراه صالحا، وبإمكانه كذلك توجيه إعلام خاص إلى كلّ شخص تكون إفادته مفيدة حسب البيانات الواردة بالمطلب. وحتى تكتمل الصّورة نقول إنّّه في صورة ضياع الشّهادة السّندية الخاصّة بالعقار المسجّل، فلا يمكن لحافظ السّجل تسليم شهادة وقتية إلّا بعد الإعلام عن ذلك بالإشهار بالرّائد الرّسمي وبجريدة أخرى قبل التّسليم بثلاثة عشر يوما.⁴⁶⁴

وقد اعتمد المشرّع التونسي كذلك إجراءات مماثلة سواء في إشهار مطلب التسجيل أو إشهار أعمال التحديد الوقتي أو إشهار ختم التحديد بالنسبة إلى التسجيل الاختياري وإشهار فتح المنطقة المسحية وبداية التحجير بالنسبة إلى التسجيل الإجباري.

⁴⁶³ أورد الكاتب قول الفقيه المالكي المواق " روى المغيرة أنّ الرّسول عليه السّلام قال في شاهد شهد ثمّ رجع عن شهادته، بعد أن حكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلّم، قال عليه السّلام: " تمضي شهادته الأولى لأهلها، والآخرة باطلة، وأخذ بها مالك وغيره. " ويستشهد بقول الدّسوقي (حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير) في ذلك قولا " تحصل ممّا تقدّم أنّهما إذا رجعا بعد الحكم، وبعد الاستيفاء، فإنّهما يغرمان المال والدّية اتّفاقا، ولا يتأتّى نقض الحكم. وإن رجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، ففي المال لا ينقض اتّفاقا وبغرمين المال الذي رجعا عن شهادتهما به. "

وقد قام نظام " تورنس " كذلك على طريقة استقرائية مطلقة. فبغرض إخضاع العقار للنظام الجديد يتولّى أمين السّجل استدعاء الطّالب وتلقّي شهادة المالكين والدّائنين أو أيّ طرف آخر بهدف قطع الطّريق أمامه للقيام بدعوى التّعويض عند الاقتضاء وذلك لسماعهم ومطالبتهم بالرّسوم الضّروريّة تحت ضغط غرامات تهديديّة في صورة عدم الحضور. ويمكن أن يوجّه اليمين أو أن يطالب الأشخاص الذين وقع سماعهم بتوضيحات كتابيّة، ويجوز له بالتّعاون مع مدير الرّسوم maitre des titres إصلاح الأخطاء الماديّة، ويمكنه باسم العرش والغائب والقاصر الاعتراض على نقل الملكيّة التي قد تعود لمن ذكر، وله نفس السّلطة في حفظ حقوق الغائب يوم إجراء التّحديد.

وببإشراف أمين السّجل تحقيقاته بمساعدة مدير الرّسوم، وهو رجل قانون يشترط فيه النّزاهة وخلوّه من أسباب التّجريح، فتدرس الرّسوم المقدّمة وتباشر الإشهارات اللّازمة، وإذا خلا العقار من أيّ حمّل يصرّح بتسجيله لصاحبه. وإذا كان محلّ تحمّلات أو كانت الحجج غير واضحة يرفض المطلب أو يلجأ إلى إشهارات إضافيّة ليسجّل العقار نهاية إذا لم تتعلّق به أيّة معارضة. ولا تتوقّف الاستقراءات إلّا إذا سجّلت لديه معارضة، ورغم ذلك فهو يجتهد في مآل الاعتراض حيث من الممكن رفضه بداية إذا لم يستند إلى مثبت، بقي أنّه بالإمكان في هذه الصّورة مطالبة أمين السّجل بالجواب كتابة لرفع الدّعوى عند الاقتضاء أمام القضاء العاديّ للإذن بما يجب نهاية. بل إنّه بإمكانه إذا بلغ إلى علمه شيئاً من التّزوير في مسك شهادة سنديّة بدون وجه شرعي أن يستدعي المعني بالأمر لمساءلته، وفي صورة عدم حضوره بإمكانه أن يطلب من القاضي إصدار بطاقة إيقاف.⁴⁶⁵

كما أنّ نظام التسجيل العقاريّ التّونسي، تأثّر بهذا النظام الاسترالي، اعتمد منذ البداية على نظام استقرائيّ تحقيقي في اتّجاه إثبات الملكيّة. حيث بإمكان القاضي المقرر بالمحكمة العقاريّة إلزام الأطراف بضرورة إضافة الحجج، وإن خلا الأمر من وسائل الالتزام، أو على الأقلّ اعتماد مبادئ الفصل 320

م.ح.ع،⁴⁶⁶ أو أن يطلب ذلك من الإدارات المختصة، وحتى في صورة عجز الأطراف فعليه القيام بمبادرات ذاتية تمكنه من تحرير الحالة الاستحقاقية، ويسمع البيئة التي يرى فيها فائدة دون الاكتفاء بما يقدم إليه، ذلك أن الفصل 329 م.ح.ع نصّ على "أنّ الحاكم المقرر مكلف على الخصوص بالسهر أثناء إجراءات التسجيل على أن لا يقع النيل من أي حق عيني عقاري راجع لقاصر أو غائب ويباشر لهذا الغرض جميع التحقيقات والأبحاث اللازمة وله سلطة مطلقة لقيامه بهذه المهمة."

كما نصّ الفصل 5 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 على أنّه "يحرّر في شأن كلّ عقّار أو مجموعة من العقارات المتلاصقة والتي يملكها شخص واحد محضر بحث وتحديد"، وهو ملزم بأن يتخذ صوراً من المبادرات والطرق تمكنه من إثبات الملكية، خاصة على مستوى إجراءات المسح الإجمالي أين لا يجوز رفض المطلب في طوره الحكمي، بل كان من الموجب بيان المالك المحتل.

وما كان للمشرع مبدئياً أن يعتمد خلاف هذا النظام الاستقرائي والتحقيقي، ذلك أنّ الحكم الذي سيصدر بناء على جملة هذه الأبحاث، يكون حكماً باتاً غير قابل لأي طريقة من طرق الطعن. فهل يمكن الاطمئنان إلى هذه الطريقة للقول بقوة الترسيمات ؟

ونصّ القانون العقاري الصادر بموجب قانون 1 جويلية 1885 على أنّ " أحكام المجلس المختلط لا تكون قابلة لأيّ اعتراض ولا استئناف ولا لأيّ قيام كان." ويبرّر هذا المبدأ بالقوة المطلقة للترسيمات الواردة بنصّ الحكم وبالمفعول التّطهيري لحكم المجلس المختلط، وكذلك بالأهداف الاقتصادية والاجتماعية المعلّقة على حكم المحكمة الذي من المفروض أن يبتّ في الحالة الاستحقاقية بصفة نهائية ويقضي على النزاعات بشكل نهائي، فتستقرّ الملكية ومن ورائها المعاملات الاقتصادية والاجتماعية والبنكية.

⁴⁶⁶ نصّ الفصل 320 م.ح.ع على ما يلي "وعلى الغير الذي يكون ماسكاً للرسوم والوثائق المشار إليها أن يقدمها إلى كاتب المحكمة خلال الثمانية أيام الموالية للإنذار الموجه إليه من طرف طالب التسجيل ولا جازت مطالبته بغرم الضرر وكاتب المحكمة يسلم له وصلاً في ذلك بدون أي مصروف."

ويعتبر هذا المبدأ أهمّ الأسس التي يقوم عليها التنظيم العيني في التسجيل والإشهار، ولا يمكن أصلاً الحديث عن نظام عيني في التسجيل في غياب هذه القاعدة، وتختلّ جميع العناصر التي وضع من أجلها هذا النظام. وإنّي أجعل هذا المبدأ على رأس المبادئ العقارية. وقد هيأت التجربة الأسترالية لتشكّل هذا المبدأ على مستوى الإجراءات القضائية وإن كان النظام الإسترالي هو نظام إداري في الأساس. لكنّ سلطات الاستعمار وجدت فيه المنفذ لاستقرار المعاملات العقارية. ولهذا الغرض تمسّك المشرّع التونسي الحديث، سواء بمجلة الحقوق العينية الصادرة سنة 1965 أو بمرسوم 1964 المتعلّق بالمسح الاجباري بهذا المبدأ ونصّ الفصل 332 م.ح.ع (قديم) على أنّ " أحكام المحكمة العقارية لا تقبل الطعن بالاعتراض ولا بالاستئناف ولا بأية وسيلة أخرى⁴⁶⁷ ".

ب- آثار القوّة الشبوتية للتسجيلات

من أهمّ الآثار التي تتّصل بالقرار أو بالحكم القاضي بالتسجيل أنّه يضع تاريخاً ثابتاً للقضاء على الحقوق التي لم تظهر، وإن كانت حقوقاً شرعية، وهو ما يعرف بالتطهير العقاري، خدمة لهدف ثبوت الملكية وإعداد سندات الملكية الجديدة (1)، ولا يمكن أن تحسم هذه الحقوق " المطهّرة " إلّا بالدعوى الشخصية التي تحتكم لجملة من العناصر الاستثنائية (2).

1- التطهير العقاري

يقوم نظام السجلات العينية على مبدأ هام يعرف بمبدأ التطهير،⁴⁶⁸ وهو أوّل الأهداف التي أراد " روبرت تورنس " تحقيقها، بل هو جوهر النظام

⁴⁶⁷ سنرى كيف أنّ المشرّع عدّل هذا الفصل في مرحلة أولى سنة 1995 في اتجاه الاعتراف بمراجعة حكم التسجيل العقاري ثمّ في مرحلة ثانية سنة 2008 في اتجاه تعقيبه.

⁴⁶⁸ علي كحلون، مفعول التطهير في الزمان، ملتقى السجلات العقارية، نظّمه المعهد الأعلى للقضاء 18-19 ديسمبر 1992. (غير منشور)

⁴⁶⁹ رائد التجربة الأسترالية في السجلات العينية، وقد سبق الإشارة إلى ذلك. ويذكر رجال القانون أنّ فكرة التطهير لم تظهر فقط مع نظام " تورنس " وإنّما عرفت بمقاطعة بريتانى بفرنسا قبل الثورة الفرنسية من خلال ما عرف بتنظيم التملك المسمّى Appropriance par baniés، ووجد فيها " تورنس " النواة الأولى لنظامه. ويقتضي هذا النظام تدخل السلطات القضائية للإذن بإشهار البيع على امتداد ثلاثة أسابيع متتالية بالنّداء والتعليق بباب الكنيسة، ثمّ يحرّر محضر ويعلّق بهو المحكمة ويجوز لكلّ ذي مصلحة أن يسجل اعتراضه. فإذا " لم تقدّم اعتراضات خلال ستة أشهر ثبتت المحكمة التصرف، ثمّ يقيّد بسجل خاص ويسلم

العقاري ومبناه الأساسي. ويؤكد الفصل 44 من قانون 7 أوت 1861 الأسترالي في فقرته الأولى على أنه " مهما كانت طبيعة ومصادر الحقوق التي قد تكون للغير على العقار، فلا يخضع هذا الأخير، باستثناء صورة التدليس، بين يدي المالك المسجل إلاّ للتحمّلات والحقوق والارتفاقات المتأنيّة من التّصيصات المدرجة بالسّجل باستثناء الحالة التي يدّعي فيها مالك آخر ملكيّة العقار بمقتضى شهادة سندیّة سابقة في التاريخ."

وقد اعتمد القانون العقاري لسنة 1885 هذا المبدأ بالفصل 19، وتبنّته مجلة الحقوق العينيّة بالفصل 308 بقولها: "جميع الحقوق العينيّة المرتبة على العقار في تاريخ التّسجيل ترسم برسم الملكية. والحقّ غير المرسم يعتبر لاغيا." معنى ذلك أنّ جميع الحقوق التي لم تظهر في الوقت المناسب تعتبر ملغاة، وليس للمتضرّر إلاّ القيام بقضيّة في تعويض الأضرار، ولا يحقّ له الرجوع على العقار على معنى الفصل 337 م.ح.ع. وهو نفس المبدأ الذي اعتمده القانون العقاري القديم بالفصل 38.

ويكون التّطهير في الزّمان والموضوع، فيقصد بالتّطهير في الزّمان بداية سريان أثر التّطهير أي تحديد التاريخ المعتبر لغاية إلغاء الرّسوم التي لم يقع الاحتجاج بها. وقد سار المجلس المختلط على اعتبار التّطهير منسحبا بتاريخ الحكم، لكنّه سرعان ما تراجع عن هذا الموقف سنة 1899، واتّخذ رأيا مغايرا بمقتضى الحكم الصّادر في شهر 22 مارس 1899 ليعتمد تاريخ تقديم المطلب لسريان أثر التّطهير، وهو نفس الحلّ الذي اعتمده المشرّع بمقتضى الأمر المؤرّخ في 16 جويلية 1899 الخاصّ بالمعاملات التي تردّ بعد تقديم مطلب التّسجيل⁴⁷⁰.

لكنّ مجلة الحقوق العينيّة لم تكن واضحة بالدرجة الكافية، ونصّ الفصل 308 م.ح.ع على أنّ الحقوق العينيّة المرتبة على العقار في تاريخ التّسجيل

صاحب الشّأن شهادة تسمّى certificat de bannies . وكان من أثر هذا الإجراء تطهير العقار من جميع الحقوق التي لم تكن محلّ اعتراض. " إبراهيم أبو النّجا، المرجع السّابق، هوامش ص 40.

ترسم برسم الملكية، والحق غير المرسم يعتبر لاغيا. وقد يفهم من ذلك أن المشرع اعتبر تاريخ الحكم في نظام التطهير. في حين أن الفصل 350 م.ح.ع سمح بترسيم العقود اللاحقة بالسجل العقاري إذا لم تودع بكتابة المحكمة لغاية التتبع عليها. وهو ما يفهم منه أن العقود اللاحقة ليوم تقديم المطلب لا تعتبر لاغية.

وسار العمل القضائي على اعتبار التطهير منسحبا بداية من يوم تقديم مطلب التسجيل بالنسبة إلى التسجيل الاختياري، ومن يوم التصريح بالنسبة إلى إجراءات التسجيل الاجباري⁴⁷¹. وإذا سجلت معارضة الغير، وذهبت المحكمة في اعتبارها⁴⁷²، كان التطهير منسحبا بداية من تاريخ تقديم المطلب، وإذا تداخل الغير اعتبرت أحكام الفصل 350 م.ح.ع وذلك بأن يقضى بالسجل بتاريخ التصريح أو تقديم المطلب وتأذن المحكمة بترسيم الحقوق والكتائب الناشئة بعد ذلك، إذا ما تم إيداعها لدى كتابة المحكمة، وإن كان الحل الناجع تماشيا مع أهداف القانون العقاري يقتضي بالضرورة سحب مفعول التطهير بداية من تاريخ التداخل أو المعارضة⁴⁷³، حتى لا يتعارض مبدأ التطهير مع مبدأ القوة الثبوتية للترسيمات⁴⁷⁴. ويشمل الإلغاء جميع الحقوق العينية التي لم تظهر قبل ذلك التاريخ باستثناء ملك الدولة العام الذي لا تسري عليه عمليات التسجيل⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ لم ينص مرسوم 1964 الخاص بالمسح الاجباري على مبدأ التطهير، لكن المحكمة العقارية اعتمدت هذا الحل قياسا بالإجراءات الاختيارية. يراجع على سبيل المثال: -طعن في قرار لجنة التحين عدد 8 القيروان 8 نوفمبر 2000 (غير منشور) لا تتوفر قرينة اتصال القضاء...إذا ما قضت محكمة الناحية برفض الدعوى الهادفة لكتابة عقد تكميلي على أساس تطهير الحقوق المتمسك بها والحال أن هذا المطلب يعود لمرجع نظر لجان التحين. " تصدر المحكمة العقارية أحكامها بتاريخ التصريح وليس بتاريخ الحكم. ". لا يشمل مبدأ التطهير إلا الحقوق الناشئة قبل تقديم مطلب التسجيل ولا يشمل الحقوق التي تنشأ بعد تقديم المطلب.

⁴⁷² يراجع الفصلان 324 و333 م.ح.ع.

⁴⁷³ إن المشرع التونسي لم يكن واضحا بالدرجة الكافية في تحديد زمن التطهير. وقد أدى هذا الأمر إلى توفر تأويلات متناقضة لا تخدم أهداف القانون العقاري التي تطلب الوضوح والبيان. يراجع في خصوص مسألة التأويلات، محمد مجاهد الفريضي، المفعول التطهيري لحكم التسجيل العقاري، رسالة ختم الدروس بالمعهد الأعلى للقضاء، 1998-1999، ص 32.

⁴⁷⁴ إن الترسيمات الواردة بنص الحكم، سواء كانت حقوقا أصلية متعلقة بأصل المطلب أو حقوقا انضمامية متعلقة بالتدخل، لها مفعول مطلق على خلاف التتبعات الإدارية اللاحقة، حيث إنها تستمد قوتها من قوة الحكم العقاري الذي لا يقبل الطعن من حيث المبدأ بأية طريقة كانت، باستثناء حالات المراجعة قديما وصور التعقيب المعتمدة بعدها بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الحقوق العينية. يراجع الفصول 308 و346 و355 و332 و337

ولكنّ التّطهير يمكن أن يشمل حقوقا ثابتة فتلغى إلى الأبد، ويمنع صاحبها من الرّجوع إلى العقّار مهما كانت الصّورة. وقد حاولت بعض التّطبيقات أن تحدّ من حدّة هذا الأثر بأن ميّزت بين أثر التّطهير على الطّرفين وأثره على الغير. فيعترف بأثره إزاء الغير دون الأطراف، وهو الاتّجاه الذي اعتمدته بعض القرارات القضائيّة في البداية بالبلاد المغربيّة، لكنّه لم يصمد كثيرا. كما إذا فوّت طالب التّسجيل في كامل العقّار للغير، ثمّ أتمّ إجراءات التّسجيل على أساس أنّه المالك. والحقيقة أنّ التّطهير يتعلّق بذات العقّار ولا يفرّق بين الغير أو الأطراف⁴⁷⁶، ويمكن للضّامن، وهو البائع في هذه الصّورة، أن يستحقّ خلافا للقاعدة العامّة في أنّ " الضّامن لا يستحق"⁴⁷⁷. وإذا وقع الحقّ العيني تحت طائلة التّطهير العقّاري فلا يمكن أن يحسم إلّا بالدّعوى الشّخصيّة في التّعويض.

وإذا كان التطهير العقاري يعدّ نتيجة حتمية للقوة الثبوتية المطلقة للترسيمات المترامنة مع حكم التسجيل وكان من الممكن التحقق من أحكامه بمجرد التسجيل باعتبار أنّ أحكام التسجيل كانت باّنة إلى غاية سنة 1995 إلا أنه انطلاقا من تلك السنة وتبعا لانحياز المشرع لحقوق المتضرر ربما بسبب حدّة آثار التطهير سمح المشرع بمراجعة حكم التسجيل بموجب القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 في مرة أولى⁴⁷⁸، ثمّ اعتمد إجراءات التعقيب نهاية بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلّق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الحقوق العينية⁴⁷⁹. وعلى ذلك الأساس يتحتم

م.ح.ع. وإذا صحّ القول بإمكانية الاحتجاج بالرّسوم الناشئة بعد تقديم المطلب أو التّصريح، فقد يخشى من إمكانية تضاربها مع الرّسوم التي أذن بترسيمها بعد إيداعها لدى كتابة المحكمة العقّاريّة، لذلك ذهب الأمر المؤرّخ في 16 جويلية 1899 إلى اعتبار الرّسوم اللاحقة والمأذون بترسيمها لا تكتسب القوّة الثبوتية المطلقة، وقد كرّس المجلس المختلط هذا الاتّجاه في عدّة أحكام في بداية القرن العشرين.

⁴⁷⁵ ويستثنى من دائرة الإلغاء كذلك الامتياز وحقّ الحبس والارتفاعات الطّبيعيّة والقانونيّة، وقد أثير

نقاش حول الصّكوك الإداريّة، وإن كان الحلّ النّاجع هو عدم استثناء مثل هذه الصّكوك. يراجع الفصلان 12 و 373 م.ح.ع.

⁴⁷⁶ علي حسين نجيرة: الشّهر العقّاري في مصر والمغرب، المرجع السّابق، ص 88 وما بعد.

⁴⁷⁷ أحمد بن طالب، التّقويت في ملك الغير...المرجع السّابق، ص 283.

⁴⁷⁸ يراجع باب مراجعة أحكام التسجيل.

⁴⁷⁹ وذلك بإضافة باب سادس لمجلة الحقوق العينية يتضمن الفصول من 357 مكرر إلى 357 رابعا وتنقيح الفصلين 332 و 351 م.ح.ع. يراجع باب تعقيب أحكام التسجيل العقّاري.

تأخير بداية سريان التطهير إلى تاريخ انقضاء أجل الطعن في صورة عدم الطعن أو إلى تاريخ ما بعد صيرورة الحكم باتا بعد نهاية إجراءات الطعن.

2-الدعوى الشخصية

الدعوى مفهوم إجرائي يقصد به الحق في اللجوء إلى القضاء، أو القدرة القانونية على الالتجاء إلى القضاء⁴⁸⁰، ويقصد بالتعويض على وجه الإجمال ذلك المقابل الذي يطالب به المتضرر لترميم الضرر الذي لحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام⁴⁸¹. وينشأ الحق في التعويض نتيجة الإخلال بالالتزام تعاقدية أو قانونية. وكان من الممكن الرجوع إلى المبادئ العامة للتوصل إلى تعويض عادل ومقبول⁴⁸²، لكن المشرع تأثرا بالسوابق وتحت ضغط المصالح الآنية أحاط هذه الدعوى بشيء من القيود، كثيرا ما تمنع صاحب الحق من تعويض الأضرار التي ألّمت به، سواء كان ذلك على مستوى شروط التعويض أو على مستوى الإجراءات المتبعة في ذلك.

-شروط التعويض: أورد الفصل 38 من القانون العقاري في شكله الأول أن كل شخص تضرر من حكم التسجيل العقاري لا يمكنه أن يرجع على العقار، وإنما له الحق في القيام بغرم الضرر. وبالتالي لم يضع المشرع آنذاك شروطا خاصة لدعوى التعويض، بل بقيت الإمكانية واردة في الرجوع إلى المبادئ العامة لطلب التعويض، ويحرم إطلاقا من الرجوع على العقار. لكنه سرعان ما استقر الرأي على تنقيح الفصل 38 سنة 1892 بموجب الأمر المؤرخ في 15 مارس 1892 ليشترط المشرع شرط "**التغير**". وهي نفس الصيغة التي اعتمدها الفصل 337 م.ح.ع يوم صدور المجلة، رغم أن عددا من النواب لاحظوا يومها أن هذا الفصل لا يتماشى وأهداف العدالة، وجاءت أجوبة الحكومة في اتجاه إقرار أحكام

480 عبد الله الأحمد، القاضي والإثبات في النزاع المدني 1991، ص 32.

J. Vincent et Serge Guinchard, procédure civile, op.cit., n° 18 (L'action est le pouvoir reconnu aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits).

481 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 823.

482 علي كحلون: دعوى التعويض، المرجع السابق، ص 45.

الفصل 38 على حالته الأخيرة بدعوى أنّه يتماشى مع أهداف القانون العقاري. والملاحظ أنّ أصل النظام الأسترالي يجيز رفع الدعوى عملاً بأحكام الفصل 126 منه في صورة التدليس والغلط والسّهو⁴⁸³. وكان من المنتظر على الأقل المحافظة على أصل المبادئ لكنّ المشرّع لم يفعل رغبة منه في تضيق مجال المطالبة.

وفتحت المناقشة من جديد بداية من سنة 1985 أمام الانتقادات الشديدة التي وجّهت إلى النظام العقاري على وجه الإجمال، وطالب عدد من رجال القانون بمناسبة الاحتفال بمائويّة القانون العقاري بالتّخلي عن شرط التّغير والاكْتفاء بركن الخطأ، وذهب جانب من الفقه إلى حدّ المطالبة بحقّ الرجوع على العقّار⁴⁸⁴. ولم تجد اللجنة التشريعيّة التي تكوّنت بعدها بغرض إصلاح النظام العقاري من حلّ سوى التّخلي عن شرط التّغير، خاصّة أمام حملة التّشكيك في مصداقيّة حكم المحكمة العقاريّة وطبيعته الباتّة. وصادق مجلس النواب على تنقيح الفصل 337 م.ح.ع بموجب القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 23 جانفي 1995، وأصبحت الصّيغة النّهائيّة تشير إلى أنّ " كلّ شخص تضرّرت حقوقه من تسجيل أو ترسيم ناتج عن حكم بات بالتّسجيل لا يمكن له أصلاً أن يرجع على العقّار وإنّما له في صورة الخطأ الحقّ في القيام على المستفيد من التّسجيل بدعوى شخصيّة في غرم الضّرر". وهي عودة إلى المبادئ العامّة في المسؤوليّة، بحيث يشترط الضّرر والخطأ والعلاقة السببيّة. لكن تبقى بعض الخصوصيّة بحيث يشترط وجود حكم بات بالتّسجيل، أي أن يصدر الحكم

483 Art 126 : « Toute personne privée d'un immeuble ou d'un droit réel soit par suite de fraude soit par une erreur ou omission dans un certificat de titre ou dans une mention du registre –matrice, peut actionner en indemnité celui qui a profité de la fraude ou de l'erreur ».

484 البشير الفرشيشي، الضّرر في نطاق القانون العقاري، مائويّة القانون العقاري 9-10-11-أفريل 1987، المرجع السّابق، ص 133.

وتستنفذ طرق الطعن بالتعقيب التي أوردها المشرع بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008⁴⁸⁵.

ولاشك في أنّ المالك الحقيقي سيجد نفسه مجبرا على إثبات وقائع كان في غنى عنها لو لا إجراءات التسجيل العقاري. فالضرر في إطار الفصل 337 م.ح.ع هو الضرر الناشئ عن تسجيل العقار للغير، أو ترسيم حقوق في مخالفة حق المتضرر، والمقصود بذلك هو الترسيم المتزامن مع الحكم. ولا بدّ من إثبات هذا الضرر خلال الدعوى، وذلك بإقامة الدليل على أنّه المالك الحقيقي لموضوع المطلب، وستضطر المحكمة صاحبة الاختصاص إلى دراسة دفعات الطالب.

ولم يكن الفصل 337 م.ح.ع كما قدّمنا، يشترط الخطأ، بل ظلّ وعلى امتداد مائة سنة ونيف يشترط التّغريب، ولا شكّ في أنّ بعض الحقوق بقيت محلّ شكّ وربما ضاعت مع استحالة الإثبات الذي لا يبدو هينا، إلى أن تدخل المشرع سنة 1995 وتخلّى عن ركن التّغريب. وقد تسبّب مفهوم التّغريب قبل إلغائه في تأويلات متناقضة، لكنّ محكمة التعقيب ظلّت متمسكة بتأويل ضيق في أكثر من مناسبة، بقولها إنّ دعوى التعويض المقامة على أساس الفصل 337 م.ح.ع قوامها التّغريب ولا شيء غير ذلك. وكان يقصد بالتّغريب في مفهومه المعنوي نيّة الإضرار بالغير، وفي مفهومه المادي القيام بخزعبلات ومخاتلات أو حتّى اللّجوء إلى الكذب نهاية بغرض التّحصيل على حكم بالتّسجيل، وقد يأتي مجرد السّكوت عن حقيقة العقار، حسب المفهوم الواسع، في باب التّغريب. ورغم ذلك فقد رفضت محكمة التعقيب هذا الاتجاه الواسع على امتداد عدّة سنوات. كما رفضت محكمة التعقيب، وعلى امتداد سنوات طويلة، جميع الدّعاوى التي لا تتأسّس على التّغريب، ممّا حمل بعض القضاء إلى تبني بعض المواقف الجريئة في اتجاه الاعتماد على نظرية الإثراء بدون سبب⁴⁸⁶، للقول بالتّعويض خارج إطار الفصل

⁴⁸⁵ الرائد الرسمي عدد 91 بتاريخ 11 نوفمبر 2008، ص 3997. تخلّى المشرع بموجب هذا القانون عن إجراءات المراجعة واعتمده إجراءات التعقيب.

⁴⁸⁶ يراجع على وجه التّحديد قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 47521 الصادر بتاريخ 13 جانفي 1984، وقد نقضته محكمة التعقيب بقرارها عدد 9407 الصادر بتاريخ 23 فيفري 1984، نشرة محكمة التعقيب 1985، الجزء الأوّل، ص 215.

337 م.ح.ع حسب صيغته القديمة، رغم أنّ هذه النّظرية لا يمكن أن تجد موقعا في مثل صورة الحال، وهي التي توجب الإثراء من جانب والافتقار من جانب آخر وانعدام السّبب أصلا، وهي شروط لا يمكن أن تتوفر⁴⁸⁷. ثمّ إنّ المشرّع اعتمد صورة مخصوصة بالفصل 337 م.ح.ع، ولا يجوز تجاوز أحكامها.

وبعد التّخلّي عن شرط التّغيير أصبح من السّهل القيام بدعوى التّعويض على أساس الخطأ لا أكثر ولا أقلّ، وهو مفهوم أوسع بطبيعة الحال وأشمل للحالات التي من الممكن أن تكون سبب المضرة، حيث إنّ الخطأ " هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر"، سواء كان عمدا على معنى الفصل 82 م.ا.ع، أو خطأ على معنى الفصل 83 م.ا.ع.⁴⁸⁸ وبالتالي أصبح مجرّد السّكوت عن الحالة الحقيقيّة للعقار أو مجرّد الكذب أو عدم إرشاد المحكمة يعدّ من قبيل الخطأ، بل إنّ الخطأ مهما كان مصدره أو طبيعته ولو نسب إلى معرفي الجهة أو الأجوار من الممكن اعتباره خطأ. لكنّ الخطر في ذلك أن يؤدي هذا التأويل الواسع إلى حدّ المساس باجتهادات المحكمة تحت ضغط الرّغبة في التّعويض، معنى ذلك أنّ الدّفعات التي سبق أن طرحت أمام المحكمة ورفضت من طرفها، من المفروض أن لا تأتي في باب الخطأ، كأن ترفض المعارضة بناء على وثائق تقدّم بها المعارض وأخضعت للدراسة⁴⁸⁹. لكنّ ذلك لا يعني أنّ الخطأ لا يمكن أن ينسب إلى موظّف.

⁴⁸⁷ الفصل 72 م.ا.ع : " من انتفع عن جهل بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه يبيح ذلك فعليه العوض لصاحبه بقدر ما انتفع به".

⁴⁸⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد 1، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 748.

-Carbonnier, Droit civil, Tome 4, les obligations, p. 376.

⁴⁸⁹ ولكنّ المشتري يبقى له مع ذلك الرجوع على البائع بالضمان على معنى الفصول 631 إلى 646 م.ا.ع إذا سبق تسجيل المعارضة أمام المحكمة العقارية ورفضت معارضته. فإذا لم يسبق له المعارضة وكان عليه أن يفعل سقط حقّ الرجوع بالضمان على البائع، حيث إنّ حكم ضمان الاستحقاق يوجب على البائع ضمان أفعاله المادية والقانونية وأفعال الغير القانونية، وللمشتري حقّ الرجوع في جميع ذلك ومطالبة البائع بإرجاع الثمن وأجرة عقد البيع وما لزمه من المصاريف للعقد وجميع المصاريف الرسمية التي صرفها المشتري في دعوى قيامه على البائع والخسائر الحاصلة للمشتري من استحقاق المبيع من يده. وللمشتري إن ثبت له حق الرجوع أن يطالب البائع بترجييع الثمن ولو ظهر تغيير في كامل المبيع المستحق أو في بعضه أو نقصت قيمته بفعل المشتري أو بتقصيره أو بحادث سماوي. وإذا كان في البيع تغيير فعلى البائع أن يرجع للمشتري المغرور كل ما صرفه ولو في التحسين والترفع. وإذا ظهرت عند الاستحقاق زيادة في قيمة المبيع ولو بغير فعل المشتري فإن الزيادة المذكورة تعتبر في جملة الخسائر المطلوب بها البائع إن ثبت عليه الغرر.

-إجراءات دعوى التعويض: يبدو أن الفصل 337 م.ح.ع يمنع مبدئياً رفع الدعوى ضدّ عدد من الأطراف وإن كانوا حقيقة وراء السبب الذي أدّى إلى الخطأ، وكان من المنتظر أن ينصّ الفصل 337 م.ح.ع على أن الدعوى ترفع ضدّ الطرف الذي صدر عنه الخطأ، دون الإشارة إلى المستفيد من التسجيل فحسب. وكان الفصل 337 حسب صياغته القديمة سببا في عدّة إشكاليّات في هذا الإطار، لكنّ التخلّي عن عبارة التّغريب واعتماد عبارة الخطأ يوحي بإمكانية الاعتماد على المبادئ العامّة في طلب التّعويض دون التوقّف على أحكام هذا الفصل. وبالتالي نتساءل إن كان من الممكن أن توجّه الدعوى الأصليّة ضدّ المستفيد من التسجيل، على أن يقع إدخال كلّ من ساهم في الخطأ؟ وهل من الممكن كذلك أن يطالب المتضرّر بتعويض تكميلي ضدّ المتسبّب، بعدما يكون قد رفع الدعوى الأصليّة ضدّ المستفيد؟

تلك حلول كان من الممكن أن يعتمدها المشرّع التّونسي، لكنّه خير صراحة أن توجّه الدعوى **ضدّ المستفيد من التسجيل**، في جميع الصّور، وهو خيار اقصائي لجميع الصّور الأخرى. وربّما كان لذلك عدّة تبريرات مقنعة، حيث إنّ الخطأ غالبا ما يمكن إلحاقه بالمستفيد بطريقة أو بأخرى. ويطرح السّؤال كذلك إن كان من الممكن مطالبة الدّولة بالتّعويض بسبب خطأ مرفقي ارتكبه أحد الموظّفين، إذا ما تمّ التسجيل للغير؟

وللرفيقين أن يتفقا على أن لا ضمان على البائع أصلا. غير أن هذا الشرط لا يفيد إلا إعفاء البائع من تعويض الخسارة وأما أصل الثمن فلا بد من رده للمشتري كلاً أو بعضاً إن وقع الاستحقاق. ولا عمل على شرط براءة البائع إذا انبنى الاستحقاق على شيء من فعله هو بذاته أو إذا كان موجب الاستحقاق من غروره كبيع له ما هو لغيره أو لما يعلم سبب استحقاقه ولم يعرف به المشتري. ففي الحالين يلزمه تعويض الخسارة. وعلى البائع رد الثمن أو حظه ولو مع علم المشتري للسبب المقتضي للاستحقاق أو للحقوق المترتبة على المبيع.

على أن حقّ رجوع المشتري يسقط إذا وجهت دعوى على المشتري في شأن المبيع ولم يسع المشتري إلى إعلام البائع وإدخاله بالقضية، إلا إذا كان البائع غائبا غيبة ثابتة بحيث يتعذر إعلامه، كما لا ضمان على البائع إذا كان انتزاع المبيع بغصب أو قوة قاهرة أو إذا كان الانتزاع بأمر الأمير ولم يكن ذلك الأمر مبنيا على حق سابق مما على الأمير تنفيذه أو حفظه أو كان مترتبا على فعل صدر من البائع أو إذا حصل التعدي من الغير على المشتري في تصرفه من دون أن يدعى ذلك الغير حقا في المبيع. وإذا استحق المبيع من المشتري بسبب تغريب أو تقصير منه وكان ذلك موجبا للحكم الذي صدر في الدعوى فإن البائع لا يضمن ولو أعلمه المشتري بالدعوى المذكورة في الوقت المناسب ومن ذلك إذا ابتدئت مدة الحوز قبل البيع وتوانى المشتري حتى تمت عليه أو ابتدأ البائع مدة حوز وفطر المشتري في إكمالها أو إذا وقع تسجيل عقاري مضر بحقوق المشتري وكان له أن يعارض فيه ولم يفعل ذلك في الوقت اللازم أو إذا كان سبب الاستحقاق مبنيا على فعل من المشتري أو على سبب من ذاته.

لم ينصّ المشرّع التونسي على هذه الإمكانية، وإن كانت المبادئ العامة تسمح بذلك⁴⁹⁰، ويبدو أنّه خيرّ المستفيد من التسجيل، وأضرب عن الإشارة إلى إمكانية مطالبة الدولة، خلافا لبعض التشريعات التي نصّت صراحة على هذه الإمكانية، وفي إطار التعويض العقاري⁴⁹¹. والحقيقة أنّ التشريع التونسي يُعدّ في هذه الناحية منقوصا من عدّة مبادئ هامة لا يصحّ أصلا التنازل عنها والحالة تلك. فبالإضافة إلى أنّه حصر المدّعى عليهم في الأطراف الذين استفادوا من التسجيل، فقد تخلّى القانون العقاري عن أهمّ إجراء اعتمده القانون الأسترالي وهو إمكانية اللّجوء إلى صندوق الضّمان كتأمين لما يمكن أن يتعرّض له المالك، حيث لا يكفي أن تنتزع الملكية منه بل يبقى المالك دوما معرّضا لعدم التّوصّل بما حكم به من تعويضات، ويذكر أنّ قانون 1885 اعتمد هذه الآلية لكنّه سرعان ما تخلّى عنها بعد ذلك، وتغافل عنها المشرّع الحديث إطلاقا، رغم المطالبة بإرجاع هذا الصندوق في عدّة مناسبات.

وبعدّ هذا الصندوق الأساس في تنظيم السّجلات العينية، حيث أنشئ خصيصا ليحلّ محلّ المحكوم عليهم بأداء التعويضات لأصحاب الحقوق العينية الذين حرّموا من جزاء التسجيل من حقوقهم الثّابتة (الفصل 42 من قانون تورنس)، وحتّى في صورة عدم قدرة الصندوق في الدّفع، فتدفع التعويضات من صندوق مال المستعمرة أي الدولة. والجميل في ذلك أنّ قانون " تورنس " فرض

490 يراجع الفصول 84-85-86 م.ا.ع.

491 نصّ الفصل 64 من الظّهير المغربي المؤرّخ في 9 رمضان 1331 (1913) على ما يلي " لمن يهّمهم الأمر وفي حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصيّة بالتعويض. وفي حالة إغسار المدّلس تؤدّي التعويضات من صندوق التّأمين المحدث مع الاحتفاظ للصندوق المذكور بحقّ الرّجوع على المعسر. وكلّ ذلك مع مراعاة تطبيق القواعد الخاصّة بمسؤوليّة الدولة وموظّفيها...."

ونصّت المادّة 18 من القرار 188 اللّبناني حسب ما وقع تنقيحها بموجب القانون الصادر بتاريخ 4 أيّار 1968 على ما يلي " يمكن لذوي الشّان، إنّما في حالة الخداع فقط، أن يقيموا دعوى التعويض على الخادع، وذلك مع الاحتفاظ بأن تطبّق عند الاقتضاء القواعد المختصّة بمسؤوليّة الدولة وموظّفيها كما هو منصوص عليه في القوانين المرعيّة....."

على كلّ طالب دفع جملة من المصاريف الضّروريّة (الفصل 41 من قانون تورنس)، لتودع في النّهاية بصندوق الضّمان عملا بأحكام الفصل 42⁴⁹².

ويحصر القانون الأسترالي كذلك توجيه الدّعى ضدّ " المستفيد من التّدليس أو الغلط ". ولكن في صورة وفاته أو غيبته أو إفلاسه يجوز توجيه الدّعى ضدّ المحافظ العام للسجلّ بغرض الحصول على التّعويض من الصّندوق. وفي صورة صدور الحكم ضده، كما في صورة عدم قدرة المحكوم عليه على الدّفع، يتولّى أمين مال المستعمرة دفع مقدار التّعويض من مال الصّندوق إلى المتضرّر بعد صدور الإذن من القاضي والحكومة. ويجوز للمحافظ العام الرّجوع عند الاقتضاء على المدين. ويضبط المشرّع أجلا خاصّا سواء في توجيه الدّعى على المستفيد من التّدليس وقدّر ذلك ستّ سنوات بداية من تاريخ الحرمان من الملكيّة أو في مطالبة الصّندوق بالتّعويضات وقدّر ذلك ستّ سنوات من تاريخ رفع الدّعى⁴⁹³.

لقد حاول قانون " تورنس " أن يحدّ من الأثر السيّء لمبدأ التّطهير فحوّل رفع هذه الدّعى لترميم ما أصاب المالك من ضرر وأنشأ للغرض صندوقا ليحلّ محلّ المسؤول عند الاقتضاء. وكان على المشرّع التّونسي المحافظة على الأقلّ على نفس التّوجّه، إلّا أنّه اشترط التّغريب منذ بداية العمل بالقانون العقّاري وألغى الصّندوق، وهو نفس الاتجاه المعتمد أخيرا بمجلة الحقوق العينيّة، فقط أنّ المشرّع أحسّ بحدّة مبدأ التّطهير في إلغاء حقوق المالك الحقيقي الشرعيّة فألغى شرط التّغريب واعتمد مفهوم الخطأ⁴⁹⁴، ولكنّ ذلك لا يمكن أن يفي بالحاجة، باعتبار

⁴⁹² Art 42 « Toutes les sommes ainsi perçues seront remises au trésorier de la colonie, qui le versera avec les intérêts qu'elles pourront produire , dans les caisse du gouvernement colonial, afin de former un fonds d'assurance.

C'est avec ce fonds qui seront payées les créances judiciairement reconnues des personnes qui auraient été privées d'un droit de propriété ou d'un droit réel, par l'admission d'un immeuble au régime de la presente loi, ou par la délivrance d'un certificat de titre ou toute autre inscription d'acte faisant obstacle à l'exercice de l'action en revendication contre celui qui a profité de l'admission au régime de la loi ».

⁴⁹³ الفصلان 126 و 127 من القانون الأسترالي.

⁴⁹⁴ وهو اتجاه يتمشى ما الفلسفة التشريعية للمشرع التونسي في تنقيح مجلة الحقوق العينية منذ سنة 1992 وذلك بتغليب حق الدفاع ومصلحة المتقاضين على مطلب استقرار الملكية هدف نظام الإشهار

أنه يمنع الرجوع على العقار مهما كانت الصورة. وكان على المشرع التونسي أن يحافظ على نفس التنظيم الأسترالي حتى تحافظ المبادئ على تناسقها لكنه فضل الخروج عن ذلك، وهو سبب الإشكال.

وتخضع دعوى التعويض في نهاية الأمر للأجال العامة في التقادم وتختص المحكمة الابتدائية بدعوى التعويض إذا لم يتجاوز الطلب سبعة آلاف دينار وتكون قيمة التعويض طبق المبادئ العامة على معنى الفصل 107 م. 1. ع حيث إن " الخسارة الناشئة عن جنة أو ما ينزل منزلتها تشمل ما تلف حقيقة لطالبها وما صرفه أو لا بد أن يصرفه لتدارك عواقب الفعل المضر به والأرباح المعتادة التي حرم منها بسبب ذلك الفعل وتقدير الخسارة من المحكمة يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تعريرا أو خطأ". ويدخل في ذلك ما أنفقه المشتري في تحرير العقد وتسجيله بالقبوضة المالية وثمرته العقار وعادة ما يعتبر ثمن العقار بتاريخ الحكم إذ أن ذلك يدخل في معنى ما يجب إنفاقه لرفع الضرر. فكل ما يدخل في معنى الضرر المحقق يدخل في باب التعويض والضرر المحقق هو الذي يفقر الذمة المالية للمضرور وجوبا في الحال أو المآل. فهو ما أنفقه المضرور فعلا لرفع الضرر وكان لازما لرفع الضرر وإذا لم ينفق يؤخذ بالمقدار الحقيقي الذي من المفروض أن ينفقه حتما لرفع الضرر الحاصل فعلا. كما في صورة أن تتضرر عربة المضرور فقد يتجه إلى ميكانيكي ويصلح العربة وهو ما أنفقه فعلا وقد لا يصلح ويطلب تكليف خبير لتقدير الضرر ويطلب إلزام المسؤول بتلك القيمة لرفع الضرر. وقد لا يتحقق الضرر في الحال بل في المستقبل كما في صورة أن يتسبب الحادث في عطب المحرك فلا يشعر السائق بالخلل إلا بعد يوم أو يومين فتتفجر السيارة وكما في صورة أن يتفاقم الضرر فيعوض عن هذا الضرر بدعوى جديدة ولا يعارض المتضرر باتصال القضاء. وبذلك فإن الضرر يكون محققا في الحال أي ما أنفقه فعلا وفي المآل أي ما يجب إنفاقه لرفع الضرر. فيكون التحقق في الحال وفي

العيني، وفي ذلك الإطار يأتي الحديث عن الطعن في أحكام التسجيل انطلاقا من سنة 1995 وكذلك الطعن في أحكام التحيين انطلاقا من سنة 2001 ووصولاً لسنة 2009.

المستقبل. ولا يشترط أن يكون تحقق الضرر في المستقبل متوقّعا بل يتوفر الشرط حتى ولو كان الضرر غير متوقع. غير أنّ الضرر الاحتمالي ليس من الأضرار المحققة، فثمة فرق شاسع بين التحقق ولو كان في المستقبل والاحتمال. ويكون الضرر محتملا إذا قام الشكّ في وقوعه مستقبلا بصفة أصلية فهو ليس من الأضرار المعتادة التي تتصل بالفعل. على أنّ فوات الفرصة ليس من الأضرار المحتملة بل هو من الأضرار المستقبلية التي تدخل في باب الضرر، فهي جملة الأرباح المعتادة التي حرم منها المتضرر بسبب الفعل الضار. فكّما كان من شأن الفعل وفي جميع الحالات أن يفوت على المتضرر الفرصة في جني الربح كلّما كان ذلك من قبيل فوات الفرصة. فرغم أنّ الفرصة أمر محتمل فإنّ ضياعها محقّق، كما في صورة فوات فرصة القيام بإجراءات الشفعة أو المشاركة في تثبيت عقار أو مناقصة، وغير ذلك من الحالات⁴⁹⁵.

الفقرة الثانية: اتجاه التشريع التونسي

إنّ التفرقة، بين التّرسيمات المتزامنة مع الحكم والتّرسيمات الإداريّة اللاحقة، التي اعتمدها المشرّع التونسي (أ)، حثّمت اللّجوء إلى مؤسّسة القيود الاحتياطية (ب).

أ- التفرقة بين القوّة المطلقة والنسبية

يقصد بالقوّة النّبوتية للتّرسيمات مدى حجّية التّرسيمات في الإثبات التي يمكن أن تتراوح بين النسبية والإطلاقية، فيقال في الأولى إنّ مفعولها نسبي بمعنى أنّه يجوز طلب إبطالها أو الرّجوع فيها أو الحطّ منها، ويقال في الثانية إنّها ليست كذلك.

1- اعتماد التفرقة

تمتاز التجربة التّونسيّة بعنصر أساسي وهو تدخّل القضاء في جميع مراحل التّرسيمات الأولى، أي أنّ الإذن بالتّسجيل تتولاه هياكل قضائيّة منذ البداية خلافا

⁴⁹⁵ عليّ كحلون: دعوى التعويض في حوادث المرور، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، 2011.

لبقّة التجارب، وقد سبق أن حدّدنا القوّة الثبوتية لهذه التّصحيحات المتزامنة مع الحكم⁴⁹⁶. بقي أن نحدّد الآن الطّبيعة الثبوتية للتّرسيمات الإدارية اللاحقة.

فإطلاق القوّة الثبوتية للتّرسيمات هو مرمى قرار التّسجيل، وهو أن التّرسيمات المأذون بها لها حجّة مطلقة لا يمكن دحضها بأيّة طريقة كانت، وذلك في مواجهة الكافّة، باستثناء ما قد يتسرّب للقرار من أخطاء ماديّة، فيجوز بطبيعة الحال تصويبها طبق إجراءات معيّنة. ولا يمكن معارضة المستفيد بأيّ طريقة كانت، باستثناء حالات التدليس في أصل النّظام، وحالات التعقيب التي جاء بها المشرّع أخيراً⁴⁹⁷.

لكنّ المشرّع التّونسي ميّز منذ البداية بين التّرسيمات المأذون بها من طرف المحكمة، ولها قوّة ثبوتية مطلقة، والتّرسيمات الإدارية اللاحقة، ولها قوّة ثبوتية نسبية. واعتمدت مجلّة الحقوق العينية هذه التّفرقة من خلال أحكام الفصول 305 و 308 و 350 و 361. ويؤدّي ذلك إلى اعتبار أنّ حقوق أصل المطلب والحقوق التي نشأت بين تقديم المطلب والحكم في الأصل إذا وضعت بين أيدي المحكمة، تكتسب قوّتها الثبوتية المطلقة من خلال الإذن بترسيمها. أمّا الحقوق التي تنشأ بعد اتّخاذ القرار ولو قبل التّنفيذ أي إقامة الرّسم العقاري والحقوق التي تنشأ بعد إقامة الرّسم العقاري، فإنها لا تحتفظ إلّا بقوّة نسبية في حدود أنّه بالإمكان طلب التّشطيب عليها أو الحطّ منها سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. لكنّها تسترجع قوّتها المطلقة في مواجهة الغير حسن النّيّة. فالمبدأ في القانون التّونسي، بالنسبة إلى التّرسيمات الإدارية اللاحقة، هو القوّة الثبوتية النسبية، والاستثناء هو الثبوتية المطلقة.

وقد نصّ الفصل 361 م.ح.ع على أنّ " رسم الملكية والتّرسيم يحفظان الحقّ موضوعهما ما لم يقع إبطالهما أو التّشطيب عليهما أو تعديلهما،" وهو

⁴⁹⁶ يفرّق عادةً بين الأنظمة الإدارية في التّسجيل مثل التجربة الأسترالية والتّجربة المغربية، والتّجربة القضائية مثل النّظام التّونسي، والتّجربة المختلطة مثل التجارب السوريّة واللّبنانيّة والمصريّة من خلال قانون 1964.

⁴⁹⁷ سبق أن أشرنا إلى أن المشرّع تخلّى عن إجراءات المراجعة واعتمد منذ شهر نوفمبر 2008 إجراءات التعقيب.

نفس المبدأ المضمّن بالفصل 305 م.ح.ع. وبالإمكان كذلك تقييد الدّعاوى الرّامية إلى استصدار حكم ببطالان الحقوق العينية المرسّمة أو إبطالها أو فسخها أو الرجوع فيها قيّدا احتياطيّا على معنى الفصول 365 م.ح.ع وما بعد، معنى ذلك أنّ المشرّع أجاز طلب إبطال الحقوق المرسّمة لاحقا، ورفع عنها الحصانة المطلقة. ومن الممكن في هذا الباب أن تبطل الحقوق المرسّمة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ويخلص من جميع ذلك أنّ محاكم الحقّ العام من الممكن أن تتدخل بالسّجل العقاري على مستوى إجراءات مؤسّسة التّرسيم سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة. لكن محاكم الحقّ العام، وكقاعدة عامّة، لا يمكن أن تأذن بالتّشطيب على التّرسيم إذا انتقل الحقّ المرسم إلى الغير حسن النّيّة، حيث إنّ إبطال التّرسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نّيّة اعتمادا على التّرسيمات الواردة بالسّجل على معنى الفصل 305 م.ح.ع في فقرته الثانية، ومن ذلك خرج الاستثناء⁴⁹⁸.

2- آثار التّفرقة

الأكد أنّ من آثار هذه التّفرقة هو التمييز بين الترسيمات المطلقة والترسيمات النسبية في إطار معنى القوة الثبوتية والتمييز بين مبدأ القوة الثبوتية بنوعيتها ومبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم، ولكنّ الأثر الأساسي لهذه التّفرقة هو الإمكانية التي تبقى قائمة في طلب تشطيب الترسيمات الإدارية اللاحقة على عكس الترسيمات المتزامنة التي تظلّ قائمة مهما كانت الصورة.

- التمييز بين المفعول المنشئ والقوة الثبوتية: لقد ظلّ فقه القضاء ولمدّة

طويلة يخلط بين القوة الثبوتية للتّرسيمات والمفعول المنشئ لها. فإذا كانت القوة الثبوتية تتّصل بعنصر قوّة إثبات التّرسيمات المدرجة، كما تقدّم، سواء في مواجهة الأطراف أو الغير، فإنّ المفعول المنشئ يفيد أنّ الحقّ لا يتكوّن إلّا

⁴⁹⁸ ويذكر كذلك أنّ المشرّع المغربي يأخذ بالقوّة النسبية للتّرسيمات شأنه شأن المشرّع السّوري والمشرّع اللّبناني والمشرّع المصري، وبالتالي من الجائز طلب إبطال البيانات المرسّمة سواء لسوء النّيّة أو لتوقّر شروط البطلان والإبطال والفسخ والرجوع والانفساخ. عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السّابق، المجلّد 9، ص 340 و405.

بموجب عملية التّرسيم أي أنّ إحالة الملكية لا تتحقّق إلّا بموجب عملية التّرسيم وابتداء من تاريخ ومن زمن تلك العملية، أي أنّ الحقّ العيني لا يوجد إلّا بداية من هذه العملية، سواء بين الأطراف المتعاقدة أو إزاء الغير، بصرف النظر عن تاريخ إبرام العقد، كما تقدّم.

- التمييز بين الترسيمات المتزامنة والترسيمات الإدارية اللاحقة : العلامة

الأساسية للتنظيم العقاري في تونس هو هذا الفصل الواضح بين الترسيمات المتزامنة والترسيمات الإدارية اللاحقة، فكلّ ترسيم له نظامه الخاص. ويبقى السؤال الذي يطرح عادة ويبقى بدون جواب في النهاية وهو ضرورة بيان السرّ في التمييز بين الترسيمات المتزامنة مع الحكم والترسيمات الإدارية اللاحقة، فإذا كانت العلة في طريقة البحث والاستقراءات الأوليّة، ورغم ضعفها، فإنّ الإدارة تحتكم لمبدأ الشّرعية لاحقا ولها نفس القدرة في التّحقيق والتّحرّي، فلماذا هذا التّمييز إذن ! ولماذا تعامل الرّسوم بشدّة في ظهورها الأوّل على عكس الثّانية ! صحيح أنّ المشرّع التّونسي تأثّر في ذلك بالنّظام البروسي كما تقدّم، لكنّ العجيب أنّ هذا النّظام نفسه يعترف لكامل الترسيمات بالقوّة النسبيّة ولا يفرّق بين الأولى والثّانية⁴⁹⁹. وقد جاء بشرح أسباب قانون 5 ماي 1872 " أنّ الترسيمات الخاطئة لا تسند الملكية لصاحبها، وهو في نهاية الأمر مدّلس. صحيح أنّ المصلحة العامّة تقتضي القول بإطلاقيّة هذا التّرسيم، لكنّ ذلك لا يمكن أن يؤدّي قطعا إلى حماية العارف بأسباب البطلان.⁵⁰⁰ ويمكن بالتّالي طلب إبطال التّرسيم بسبب عيب قد يصيب السّند المعتمد في التّرسيم، وفي جميع المراحل. ومؤدّى ذلك أنّ التّرسيم في النّظام البروسي لا يتحلّل من ضوابط السّند، وله في ذلك سنداته وأسس، في حين أنّ التّرسيم في القانون الاسترالي يتحلّل من كلّ

499 الفصل 9 من قانون 5 ماي 1872 المتعلّق بكسب الملكية العقاريّة والحقوق العينيّة العقاريّة.

500 « une inscription fausse, et qui resulte d'une méprise du conservateur, ne peut conférer la propriété, la personne ainsi inscrite n'est qu'un faux propriétaire. Sans doute l'intérêt public exige que cette inscription fasse foi et que par conséquent les droits concédés par ce faux propriétaire soient inattaquables. Mais cette foi due à l'inscription ne saurait être invoquée que par celui-là même qui en connaît la fausseté ». Annuaire de législation étrangère, op. cit., p. 208.

سند، وله في ذلك سنداته وأسسه. وإذا أخذت بالأول في باب وكرهته في أخرى فلا شك في أنّ ذلك سيحدث خلا، وهو ما حدث فعلا.

وكثيرا ما يقع الخلط واقعيا بين التنصيصات المتزامنة مع الحكم والتنصيصات الإدارية اللاحقة⁵⁰¹. والمؤسف أنّ فقه القضاء لم يستقر على حال في تصوّر الحالات التي يمكن أن توصل إلى الحكم بالتشطيب، والأكد أنّ ذلك ليس من أهداف نظام السّجل، والمؤسف كذلك أن يتحدّد قدر التّرسيم بتأويلات غير معلومة⁵⁰².

-التشطيب على الترسيمات الإدارية اللاحقة: دعوى التشطيب هو الطّلب الموجه سواء إلى المحكمة العقارية أو محاكم الحق العام في اتجاه طلب التشطيب على الترسيمات الإدارية اللاحقة.

فإذا كان الطّلب موجها إلى المحكمة العقارية فلا يكون ذلك إلا على أساس أحكام الفصل 388 م.ح.ع في الطعن في قرارات إدارة الملكية العقارية أو على أساس قانون التحيين عدد 34 لسنة 2011 كما هو منقح سنة 2009. وتتعهّد دوائر الرسوم المجدة بالمحكمة العقارية بالطلب⁵⁰³.

أما إذا كان الطّلب أمام محاكم الحق العام، محكمة الناحية أو المحكمة الابتدائية، فلا يمكن أن يتحقق ذلك إلا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ويقصد بالتدخّل المباشر بالسّجل العقاري من قبل محاكم الحق العام أن توجه الدّعوى رأسا ضدّ قرارات حافظ الملكية دون النّظر إلى الكتائب موضوع الترسيم. وقد رفضت المحكمة الإدارية في أكثر من مناسبة قبول دعوى الإلغاء ضدّ قرارات حافظ الملكية العقاريّة وإن كانت هذه القرارات لا تخرج عن كونها

⁵⁰¹ Charfeddine Mohamed Kamel: "les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière", op.cit., p. 168 et suivt.

وقد جاء بالقرار التعقيبي عدد 1442 الصّادر بتاريخ 20 ماي 1975 " أنّه لايمكن إبطال وتشطيب الحقوق العينيّة المأذون بترسيمها من طرف المحكمة العقاريّة أمّا تلك التي وقع ترسيمها بموجب عمل إداري بسعي من الأفراد بناء على حصول تعاقد فيمكن النّظر في إبطالها والتّشطيب عليها في صورة الحكم بذلك. " نائرة عمّار، القيد الاحتياطي، مذكرة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 1992-1993، ص 30.

⁵⁰² أمانة الحيواوي: التّشطيب على التّرسيم بالسّجل العقاري، المرجع السّابق، ص 49 وما بعد.

نبيلة الكرّاي: حسن النّية في المادّة العقاريّة، المرجع السّابق، ص 110 وما بعد.

⁵⁰³ يراجع الباب المتعلق بإجراءات الطعن في قرارات إدارة الملكية العقارية والباب المتعلق بإجراءات التحيين.

قرارات إدارية وحصل الاتفاق على القول باختصاص المحكمة الابتدائية بهذه الدعاوى⁵⁰⁴، باعتبار أنها محكمة الحق العام ويعود إليها النظر في القضايا غير المقدرة، كقاعدة عامة في توزيع الاختصاص بين المحاكم، حيث إنها تنتظر ابتدائياً في جميع الدعاوى عدا ما خرج عنها بنص خاص على معنى الفصل 40 م.م.ت. وتعرف هذه الدعاوى بدعوى التشطيب، أي التشطيب على ما تقرّر إدارته من طرف إدارة الملكية العقارية، وتوجه هذه الدعاوى ضدّ المكلف العام بنزاعات الدولة باعتباره يمثل حافظ الملكية العقارية، وترفع أمام المحكمة الابتدائية بتونس العاصمة⁵⁰⁵. وإذا كانت الدعاوى مؤسّسة، كما إذا رافق قرار الإدارة خرقاً لمبدأ الشرعية أو لمبدأ التسلسل أو للمبدأ الحفظي للتّرسيم، أو لجميع قواعد ومبادئ مسك السّجل، من الممكن أن تقضي المحكمة بالتشطيب على التّرسيم، وينفّذ هذا الحكم نهاية⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ الحبيب الشّطي، الطّعن في قرارات حافظ الملكية العقارية، المجموعة الأولى، المرجع السّابق، ص 141. وأحمد بن طالب، التشطيب على التّرسيم بالسّجل العقاري، المجلة القانونية التونسية، 1996، ص 73.

⁵⁰⁵ يراجع القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرّخ في 7 مارس 1988 المتعلّق بتمثيل الدولة والمؤسّسات العموميّة ذات الصّبغة الإداريّة والمؤسّسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم.

⁵⁰⁶ يراجع الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد 94757 الصادر بتاريخ 22 ماي 1996، تعليق محمد كمال شرف الدين، المجلة القانونية التونسية لسنة 1996، ص 367. ويتعلّق الموضوع بإدراج قرار وزير الفلاحة بسقوط الحق، ثمّ التّرسيم لفائدة ملك الدولة الخاص ببناء على أحكام الفصل 96 من قانون المالية لسنة 1991، وكان المشتري من ديوان إحياء أراضي وادي مجردة قد فوّت بالبيع إلى الغير الذي أمكن له ترسيم الكتب، دون مراعاة مقتضيات سقوط الحق. وإدراج قرار سقوط الحق - وبالتالي التشطيب على حقوقه - طعن المشتري أمام المحكمة الابتدائية لغاية التشطيب على قرار حافظ الملكية العقارية، فاستجابت له بعلّة عدم معارضته بشرط سقوط الحق الذي لم يكن مرسماً، وتقرّر هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بتاريخ 17 نوفمبر 1997 تحت عدد 39907.

يراجع كذلك الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة تونس تحت عدد 99794 بتاريخ 23 فيفري 1998 متى أمكن للمحكمة التشطيب على التّرسيم المدرج من طرف حافظ الملكية العقارية بناء على أحكام المرسوم عدد 6 لسنة 1984 المؤرّخ في 18 سبتمبر 1984 والخاص بالمصادقة على الاتّفاقية التّونسيّة الفرنسيّة والمتعلّقة بالرّصيد العقاري الفرنسي بتونس، وقد تمّ التّفويت في العقار من طرف الوارثة الوحيدة منذ سنة 1991 لفائدة الغير بموجب الوصيّة التي توقّف صاحبها في إدراجها. وقد سبق للمورث أن تحصّل على الجنسيّة التّونسيّة منذ سنة 1967.

يراجع كذلك الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 81591 صادر بتاريخ 26 ماي 1993، والقرار الاستئنافي المتعلّق به والصادر تحت عدد 38902 بتاريخ 26 ماي 1997. وقد رفضت المحكمة الابتدائية التشطيب على قرار حافظ الملكية العقارية الذي أدرج قرار وزير الفلاحة والقاضي بإحالة العقار إلى ملك الدولة الخاص تطبيقاً لأحكام القانون عدد 5 لسنة 1964 المؤرّخ في 12 ماي 1964 والمتعلّق بملكيّة الأراضي الفلاحيّة، بدعوى أنّ ذلك يخرج عن أنظارها. علماً أنّه سبق التّفويت بالبيع في هذا

ويقصد بالتدخل غير المباشر أن تتولّى المحكمة النظر في الكتابات والحقوق سند الترسيم، وإذا ما عنّ لها إلغاء الكتابات، تقضي بالتشطّيب على الحقوق المرسّمة. ومن الممكن أن تتعدّد صور التدخل بالسجل العقاري، ولعلّ أهمّها على وجه الإطلاق ما يتعلّق بدعوى الإلغاء بداية والتشطّيب نهاية، وهو أن يوجّه طلب التشطّيب بمناسبة رفع قضية في طلب إلغاء الكتابات موضوع الترسيم، سواء لعيب في شروط إبرام الكتابات أو لعيب في شروط تنفيذها. فتقضي المحكمة بإبطال أو بفسخ العقد عند الاقتضاء وتأذن في نفس الوقت لحافظ الملكية بالتشطّيب. وتكون المحكمة الابتدائية التي بها مقرّ المطلوب صاحبة الاختصاص على معنى الفصل 30 م.م.ت.⁵⁰⁷

ولكنه لا يجوز للقاضي الجزائي المتعهد بالفرع المدني أن يقضي بالتشطّيب إلا إذا توفّر النص القانوني الخاص حيث إن الدعوى المدنية حق لكلّ من لحقه شخصا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة على معنى الفصل 7 م.إ.ج، معنى ذلك أن لا تلزم المحكمة إلا بالقضاء بما يلزم تعويضا عن الضرر الذي لا يمكن أن يكون إلا ماديا أو معنويا⁵⁰⁸، شرط أن يكون الضرر شخصا ومباشرا⁵⁰⁹.

العقار بعد التّحصيل على رخصة الولاية، وأمكن للشركة المشترية إدراج هذا الشراء. لكن محكمة الاستئناف نقضت الحكم الابتدائي وقضت مجددا بالتشطّيب.

يراجع كذلك الحكم الابتدائي عدد 2500 الصادر بتاريخ 20 جوان 1998 متى أمكن للمشرية إدراج مشتراها، وعنّ لإدارة الملكية في تاريخ لا حقا من تلقاء نفسها التشطّيب على هذا الترسيم بدعوى أن الشراء كان من أجنبي، ويطلب رخصة الولاية في مثل هذه الصور. لكن المحكمة قضت بالتشطّيب على هذا التشطّيب، باعتبار وجود اتفاقية بين البلاد التونسية والبلاد الجزائرية في المعاملة بالمساواة في مجال اكتساب الملكية العقارية، ثم إن حافظ الملكية العقارية لا يملك التشطّيب التلقائي.

يراجع في جميع ذلك الحبيب الشطي، الطعن في قرارات حافظ الملكية العقارية، المجموعة الأولى، المرجع السابق، ص 141. وأحمد بن طالب، التشطّيب على الترسيم بالسجل العقاري، المجلة القانونية التونسية، 1996، ص 73.

⁵⁰⁷ سبق أن أشرنا في المقدمة إلى اختصاص محاكم الحق العام في هذه الدعاوى وبيننا نظام تدخلها وطبيعة أحكامها.

⁵⁰⁸ الضرر المادي هو في نهاية الأمر إخلال بحق أو مصلحة مالية للمتضرر، فيدخل في ذلك حق الحياة وحق سلامة العضو البدني والحق في الملكية وتبقى المصلحة دون الحق وتتمثل في عدّة صور واقعية وصبتها أن تتخلّف صيغة الحق، وبشرط في جميع ذلك أن يكون الخلل قد لحق بحق أو مصلحة مشروعة يحميها القانون. ويجب أن يكون الضرر محققا بمعنى أن يقع فعلا أو أنه سيقع حتما، فيكون الضرر الواقع من قبيل الضرر الحالي ويكون الضرر الذي سيقع من قبيل الضرر المستقبلي، وهو ضرر واقع لامحال ويختلف عن الضرر الاحتمالي الذي يبقى خارج إطار التعويض، على خلاف فوات الفرصة التي تأخذ حكم الضرر المستقبلي المحقق. ومهما كانت الصور فإن الضرر المادي إما أن يصيب الجسد أو المكاسب، فإذا شمل الأول فيدخل في ذلك جملة المصاريف والعجز المؤقت والعجز المستمر وحالة الوفاة وإذا شمل الثاني دخل في ذلك جميع المصاريف والإتلاف الجزئي والإتلاف الكلي والحرمان من المكسب. ولا يعتبر الضرر المعنوي اعتداء على حق أو على مصلحة مالية مشروعة، بل هو من قبيل الآلام والأوجاع والتشويش

والتعويض مقابل يجب تمييزه عن التنفيذ العيني⁵¹⁰. ولا يمكن للمحكمة الجزائية أن تتجاوز حدود الغرم، فلا يمكن أن تصرح ببطلان الرسوم والكتائب أو فسخها أو إعدامها أو التشطيب على الترسيمات المتعلقة بها في الجرائم التي لها علاقة بهذه الرسوم⁵¹¹، إلا إذا نصّ المشرع صراحة على ذلك، فيكون ذلك من قبيل المقابل العيني أو التعويض العيني، ومن شروطه أن لا يقضى به إلا إذا توفر النص الخاص، حيث لا يدخل ذلك في باب تعويض الضرر على معنى الفصل 7 م.إ.ج⁵¹². فقد تتوفر عدة حالات تتجاوز المشرع من خلالها معنى التعويض

وسقوط منع الحياة في الأضرار التي تصيب الجسد، وهو كلّ ما يصيب الشرف والاعتبار والعرض في الاعتداء على الكرامة، وهو كلّ ما يصيب العاطفة والشعور والحنان، وهو كلّ ما يبقّي من حسرة في الاعتداءات التي تصيب الحقوق الثابتة مثل حق الملكية.

509 فلا يكون الضرر مباشرا إلا إذا كان نتيجة حتمية للجريمة، فلا يمكن للمحكمة أن تفضي بتعويض الأضرار التي لحقت بوسيلة النقل إذا أدين المتهم من أجر الجرح على وجه الخطأ فقط، فلا بدّ أن تقوم السببية بين الضرر والجرم. ولا يكون الضرر شخصا إلا إذا تضرّر المتضرر شخصا سواء ماديا أو معنويا. فلا تقوم المطالبة المدنية إذا رفض المتضرر الطلب المدني.

على كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2009، ص 109.

Carbonnier.Jean :Les obligations, T.4, op.cit, p.353.

510 على كحلون: النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2009، ص 27 وما بعد.

511 كما في صورة البيع مرتين أو بيع ما لا يملك على معنى الفصل 292 م.ج. وافتنال وثيقة إدارية على معنى الفصل 199 م.ج. والتحيل على معنى الفصل 291 م.ج. والخيانة على معنى الفصل 297 م.ج. وغير ذلك من الجرائم.

نصّ الفصل 405 م.ج.ع. كذلك على أنّ أحكام الفصلين 175 و 177 من المجلة الجزائية تنطبق: - على من يتولّى تزوير الكتائب المقدّمة للتّرسيم سواء ذلك بتقليد أو بتغيير كتابة أو إمضاء أم بإبدال شخص بآخر أو بتقليد اتفاقات أو أحكام أو إبراءات أم بإدراج اتفاقات أو أحكام أو إبراءات تلك الكتائب بعد تحريرها أم بإضافة أو بتغيير شروط أو تصريحات أو وقائع من شأن الكتائب المذكورة أن تتضمنها أو تشبهها. -على من يستعمل كتائب مزوّرة.

512 على كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2009، ص 321 و322.

"تقضى المحكمة الجزائية بنفس الحكم في مطلب القائم بالحق الشخصي الرامي لجبر الضرر الحاصل له من الجريمة. ويمكن للمحكمة إن لم يتسن لها الحكم حالا في مطلب الغرم أن تمنح القائم بالحق الشخصي غرامة وقتية بحكم قابل للتنفيذ بقطع النظر عن الاعتراض أو الاستئناف. لكنّه من الممكن أن تتعهد الدائرة الجزائية في مطلب الغرم المقدم من المتهم المحكوم ببراءته ضد القائم بالحق الشخصي تسديدا للضرر الحاصل له من التبع على معنى الفصل 45 م.إ.ج. دون أن تكون متعهدة بالفرع الجزائي. ويكون الأساس في ذلك قواعد القانون المدني سواء من حيث أسس التعويض أو مقداره.

ولا يمكن للمحكمة القضاء بأكثر من التعويض عن الضرر الناتج عن الجريمة طبق ضوابطه القانونية، وقد نصّ الفصل 7 م.إ.ج. على أنّ الدعوى الشخصية حقّ لكلّ من لحقه شخصا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة، فلا يمكن للمحكمة الاستجابة لطلب بطلان العقد أو فسخه أو تعديله، كما لا يمكن تبعا لذلك الإذن بالتشطيب على الكتائب المدرجة بالسجلّ العيني، إلا إذا نصّ المشرع صراحة على ذلك الجزاء. كما في صورة إذا وقعت تبعات جزائية بمقتضى أحكام الفصل 36 من قانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1 أوت 1957 في التزوج على خلاف الصيغ القانونية، فيقع البت بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج. ولا

المالي إلى معنى التعويض العيني، كما هو الشأن بالنسبة إلى استرجاع الحوز على معنى الفصل 55 م.م.م.ت أو إتلاف الكتائب وبطلان الزواج على معنى الفصل 256 م.إ.ج. فيمكن في هذه الصور الحكم بإرجاع الحوز في جريمة افتكاك الحوز بالقوة أو إعدام الكتائب في جرائم التزوير والتدليس أو بطلان الزواج في جريمة الزواج على خلاف الصيغ القانونية أو الزواج بثانية نظرا لتوفر النص القانوني تجاوزا لمعنى الفصل 7 م.إ.ج، ولكنه لا يمكن بحال الحكم بطلبات مدنية في الفسخ أو البطلان أو الإعدام في مواطن لم يأت فيها نصّ خاص، بل أكثر من ذلك لا يجوز مطلقا الحكم بالتشطيب في الحالات التي نص خلالها المشرع على جزاء البطلان أو الفسخ أو الإعدام، فلا يمكن للقضاء الجزائي أن يصرح بالتشطيب إلا إذا توفر النصّ القاضي بإمكانية التشطيب صراحة وعلى وجه التخصيص⁵¹³.

والواضح من خلال ذلك أن التعويض على معنى الفصل 7 م.إ.ج كان رهين ثبوت الجريمة وثبوت العلاقة المباشرة والشخصية بين الضرر والجريمة، فلا يمكن أن يتعدى التعويض إلى مسائل خارجة عن ذلك الإطار حيث لا يمكن التعويض عن الأضرار الحاصلة للشاحنة على سبيل المثال إذا أحيل الجاني على المحكمة المختصة لمقاضاته من أجل الجرح على وجه الخطأ. فمهما كانت طبيعة الإحالة على مجلس الحكم سواء من أجل جرائم الاعتداء على المال أو من أجل جرائم الاعتداء على الشخص (الاعتداء على الذات أو الشرف أو الحرية) لا يمكن بحال أن يمتد التعويض على أساس الفصل 7 م.إ.ج إلى إبطال الرسوم أو فسخها أو إعدامها إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة لفقدان العلاقة السببية في المباشرة والشخصية، وبالأحرى لا يمكن القضاء بالتشطيب لكونه جزاءً عينيا يبقى بعيدا كلّ البعد عن الجريمة وتنتقطع خلاله العلاقة المباشرة والشخصية.

تقضي المحكمة بهذا الجزاء لأنه جاء ضمن طلبات القائم بالحق الشخصي، بل لأن القانون نصّ على ذلك صراحة. وكذلك الصورة بالنسبة إلى جميع النزاعات الحوزية والاستحقاقية، فلا يمكن القضاء بردّ الحالة على ما هي عليه أو الإذن بتسليم العقار إلا إذا ورد نصّ خاص في ذلك".

⁵¹³ حدث في عدة مناسبات أن قضت محكمة التعقيب بالتشطيب تبعا لبطلان أو فسخ الرسوم.

ثم إنّ غاية القانون الجزائي تختلف تماما عن أهداف القانون المدني، فقد يكون العمل مخالفا للقانون الجزائي وصحيحا في مستواه المدني كما في صورة بيع ملك الغير، فهو جريمة على معنى الفصل 292 م.ج وهو عمل صحيح على معنى الفصل 576 م.ا.ع، وكما في صورة البيع مرتين قبل الترسيم بإدارة الملكية العقارية⁵¹⁴، فرغم أن البيع الثاني صحيح في مستواه المدني بحكم عدم خروج الملكية عن البائع قبل الترسيم مراعاة لشرط الترسيم في نشأة الحق العيني بالنسبة إلى العقارات المسجلة⁵¹⁵، فإن أركان جريمة البيع مرتين تتوفر بالرغم عن ذلك على معنى الفصل 292 م.ج. ففي جميع هذه الصور وفي غيرها من الصور المشابهة، في الخيانة والاستيلاء على مشترك وغيرهما، لا يهدف القانون الجزائي إلا إلى مؤاخذة تصرف الجاني من أجل السلوك الإجرامي وسوء النية دون أن يكون للجزاء ضرورة أثر على صحة المعاملات المدنية ولا يمكن القضاء بإبطال العقد حيث إن التجريم لا يدلّ ضرورة على الإبطال وليس دليلا حتميا على عدم صحة الكتائب. وليس صحيح أن يلزم التعويض بطلان الاتفاق، فكثيرا ما يمكن الحكم بالتعويض دون لزوم الفسخ أو الإبطال. وعلى ذلك الأساس فإن البطلان أو الفسخ ليسا رديفيين حتمين للتجريم الجزائي، فبحكم مبدأ استقلالية القانون الجزائي يتسع المجال بين أهداف القانون المدني والقانون الجزائي⁵¹⁶.

ولكنّه يجوز مدنيا تأسيس الدّعى مباشرة على أحكام الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ا.ح لطلب التشطيب إذا توفر سوء النية أو التواطؤ بين المتدخلين في الترسيم وخاصة في صورة البيع مرتين في نفس العقار. وإذا استقرّ الرأي حيناً على تقديم حقوق الطرف الذي بادر إلى الترسيم أولاً، وما على

514 القرارات التعقيبية عدد 31457 الصادر بتاريخ 28 /03 /2009 وعدد 32379 الصادر بتاريخ 17 /03 /2009 وعدد 29772 الصادر بتاريخ 21 /02 /2009 غير منشورة.

515 على كحلون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 132 وما بعد.

516 أحمد بن طالب، التفويت في ملك الغير، المرجع السابق، ص 125 وما بعد.

الطرف الآخر إلا المطالبة بتعويض الأضرار⁵¹⁷، فكثيرا ما يكون مفهوم الغير⁵¹⁸ ومسألة حسن النية محلّ مناقشة.⁵¹⁹ ولم تكتف محكمة التعقيب بعدة قرارات بمعرفة الطرف الثاني لعملية البيع الأولى للقول بسوء النية،⁵²⁰ بل اشترطت ركن التواطؤ،⁵²¹ على غرار التجارب المقارنة في ذلك.⁵²² ولم تستقرّ على هذا الرأي.⁵²³ ولا تكتفي من جهة أخرى بالعناصر النفسية سواء كان علما أو تواطؤا، بل ذهبت في بعض القرارات إلى اشتراط سبق ترسيم الحقوق الراجعة إلى الغير حسن النية توصلا إلى حمايته، وإن كان ظاهر الفصل 305 م.ح.ع لا يوجب

⁵¹⁷ قرار تعقيبي مدني عدد 5715 مؤرخ في 24 مارس 1982 نشرته محكمة التعقيب 1982، ج 2، ص 274.

قرار تعقيبي مدني عدد 6236 مؤرخ في 30 نوفمبر 1982 نشرته محكمة التعقيب 1982، ج 4، ص 279.

⁵¹⁸ يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 3151 مؤرخ في 25 ماي 1981 نشرته محكمة التعقيب 1981، ص 59.

قرار تعقيبي مدني عدد 3394 مؤرخ في 17 ماي 1979 نشرته محكمة التعقيب 1979، ج 1، ص 240.

قرار تعقيبي مدني عدد 8606 مؤرخ في 5 جانفي 1984 القضاء والتشريع 1985، عدد 6، ص 75.

قرار تعقيبي مدني عدد 11504 مؤرخ في 23 أبريل 1985 نشرته محكمة التعقيب 1985، ج 1، ص 155.

⁵¹⁹ قرار تعقيبي مدني عدد 879 مؤرخ في 1 فيفري 1977 نشرته محكمة التعقيب 1977، ج 1، ص 76.

قرار تعقيبي مدني عدد 5883 مؤرخ في 12 ماي 1981 نشرته محكمة التعقيب 1981، ج 1، ص 308.

⁵²⁰ يراجع كذلك قرار تعقيبي مدني عدد 58 مؤرخ في 9 جوان 1975 نشرته محكمة التعقيب 1975، ج 2، ص 114.

⁵²¹ قرار تعقيبي عدد 58 بتاريخ 9 جوان 1975 نشرته محكمة التعقيب 1975، ج 2، ص 114. "المراد بحسن النية أن لا يكون المشتري وقت إبرام العقد متواطئا مع البائع وأن لا يكون حين الشراء على علم بذلك."

⁵²² يبدو أن فقه القضاء بالمغرب كان متشددا في هذه المسألة، حيث لا يكتفى بعنصر المعرفة للقول بسوء النية بل يشترط ركن التواطؤ، أي الاتفاق المسبق بين البائع والمشتري في مضرة الطرف الآخر، خاصة وأن السجلات العينية تتطلب شيئا من المصادقية والاستقرار. معنى ذلك أن توجه العناية إلى المحافظة على الحق العيني المرسم كلما كان ذلك ممكنا وأن لا تتساهل في القول بإبطال الحقوق المرسمة بعلة سبق المعرفة لا أكثر ولا أقل.

على حسين نجيرة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، المرجع السابق ص 200.

Paul Decroux : Droit foncier marocain, op.cit., p. 222 et suiv. n° 329 et suiv.

⁵²³ قرار تعقيبي مدني عدد 14215 صادر في 17 مارس 1986 نشرته محكمة التعقيب 1986، ج 1، ص 169.

مثل هكذا شرط.⁵²⁴ وبعد تنقيح الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع سنة 1992 بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 سابق الذكر وأصبحت الفقرة الأخيرة تنصّ على أنّ " إبطال التّرسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقّار عن حسن نيّة واعتمادا على التّرسيمات الواردة بالسّجل". ذهبت المحاكم إلى إسقاط مفهوم حسن النيّة أصلا واكتفت بشرط أن يعتمد الحقّ على الترسيمات الواردة بالسّجل. في حين أنّ النظرة الموضوعيّة تقتضي الاعتماد على الجانب النفسي إلى جانب الأساس المادي وهو الاعتماد على بيانات السّجل⁵²⁵.

فكثيرا ما كان الاختلاف حول هذه المفاهيم في الغير وحسن النية على معنى الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع، فقد جاءت الفقرة الثانية من ذلك الفصل في بيان نظام الترسيمات الإدارية اللاحقة، وجعل لها المشرع مفعولا نسبيا بمعنى أنه يجوز إبطالها، وتقف الإمكانية عند انتقال الحق إلى الغير حسن النية، فلا يمكن بعد ذلك إبطالها وتكتسب الترسيمات قوتها الإثباتية المطلقة. لكن الفقه وفقه القضاء لم يقفا على مفهوم واضح في ذلك.

فإذا كان معنى الغير يردّ إلى كل ما يخرج عن الخلف العام والخلف الخاص وأطراف العقد، فإن محكمة التعقيب كثيرا ما قالت إن المشتري الثاني لا يعتبر غيرا توصلا لإبطال العقد، والحال أن المشتري الثاني على سبيل المثال في صورة البيع مرتين يعتبر غيرا بالنسبة إلى المشتري الأول والعكس بالعكس، فإذا سبق الترسيم لأحدهما فلا يمكن الإبطال.

وإذا كان حسن النية من خلال الفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع هو مفهوم تقني بمعنى أن يعتمد على الترسيمات الواردة بالسجل دون استبعاد المستوى الشخصي، بمعنى أن تعاین الحالة النفسية للغير، فقد ذهبت بعض القرارات إلى أنّ مفهوم حسن النية الوارد بتلك الفقرة هو مفهوم موضوعي صرف

524 Charfeddine Mohamed Kamel: "les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière", op.cit., p. 160.

نبيلة الكرّاي: حسن النيّة في المادة العقارية، المرجع السابق، ص 110 وما بعد.

525

بمعنى أن يكون الغير حسن النية بمجرد الاعتماد على بيانات السجل، وذهبت بعض القرارات الأخرى إلى اعتماد اعتبارات شخصية واشترطت بجانب الاعتماد على بيانات السجل أن لا يكون المشتري عالما بالبيع الأول حتى لا يبطل العقد، ورأت بعض القرارات الأخرى أن مجرد العلم بالبيع الأول لا يمكن أن يؤدي إلى القول بالبطلان، بل لابد من التواطؤ بين البائع والمشتري أي المفاهمة المسبقة. ورغم أن المشرع لم يشترط ضرورة ترسيم كتب الغير حسن النية حتى يقع حمايته، فقد اشترطت بعض القرارات ضرورة ترسيم هذه الكتابات حتى تقع الحماية، وليس ذلك إلا صورة من صور اختلاف التأويلات.

لكنه من الممكن قانونا الوصول إلى أفكار واضحة. حيث إن الغير على معنى هذه الفقرة لا يمكن أن يكون إلا الغير المطلق أي كل طرف ليس له علاقة بالعقد وبمفهوم أطراف العقد على معنى الفصل 241 م.أ.ع، أي أن الغير في نهاية الأمر هو كل من خرج عن محيط الطرفين وخلفهما العام والخاص، بمعنى أن الورثة ومن انتقل إليه الحق لا يعدّ غيرا بالنسبة إلى الشخص الذي أحال له الحق، ويعارض بالتالي بما أتمه السلف مهما كانت الصورة.

والواضح كذلك أن المشرع اعتمد آليات تقنية بهذه الفقرة لتعريف حسن النية دون أن يستبعد الاعتبارات الشخصية. فالاعتماد على بيانات السجل هو معيار تقني لمفهوم السجل. لكن المشرع لم يحتكم إلى هذا المعيار فقط، بل اشترط أن يكون الغير "حسن النية واعتمد على بيانات السجل"، وبذلك تبقى الاعتبارات الشخصية لحسن النية قائمة وهو كل ما يحمل إلى الجهل والغلط وعدم الإحاطة بالحقيقة، معنى ذلك أن كل من علم بالحقيقة مثل سبق البيع أو كان متواطئا مع البائع الأول لا يمكن أن يكون حسن النية، ولا يمكن أن يكون حسن النية كل شخص لم يعتمد على بيانات السجل في تحرير العقد.

ويذكر أن الفصل 305 في فقرته الثانية كان ينص قبل تنقيحه سنة 1992 بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 على "أن إبطال الترسيم لا يمكن بأي حال أن يعارض به الغير الذي يكون حسن النية"، وأضاف التنقيح الجديد "أن إبطال الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي يكون حسن النية واعتمادا على

الترسيمات الواردة بالسجل"، فأصبح بذلك شرط الاعتماد على الترسيمات الواردة بالسجل شرطاً مادياً يضاف إلى الشروط التقليدية في حسن النية أي الجهل والغلط، وهي نفس الصيغة التي استعملها المشرع بالفصل 46 م.ح.ع في تعريف حسن النية بالنسبة إلى اكتساب الملكية بموجب المدة القصيرة في الحياة في اعتماده على السبب الصحيح، أي الكتب. وبهذا المعنى قلص المشرع من دائرة الغير حسن النية في مادة الترسيم الإداري اللاحق. فإذا كان حسن النية هو كل من جهل حقيقة العقار وأضاف الفصل 305 م.ح.ع عنصراً تقنياً جديداً وهو الاعتماد على الترسيمات الواردة بالسجل، فلم يكف بعد عنصر الجهل، بل لابد أن يقع الاعتماد على بيانات السجل حتى يقع افتراض حسن النية في جانبه. والحقيقة أن المفهوم الموضوعي لحسن النية لا ينفي الاعتماد على اعتبارات شخصية، بل إن هذا المفهوم هو مفهوم مزدوج يحتمل تحقق معيارين مزدوجين وهما المعيار الذاتي والمعيار التقني البحث، ويتخلف أحدهما لا يمكن الحديث عن حسن النية في معانيه الموضوعية، وهذا هو المفهوم الصحيح لحسن النية بالفقرة الثانية من الفصل 305 م.ح.ع. فهو مفهوم موضوعي لأنه يعتمد على المعيار التقني والمعيار الذاتي في نفس الوقت. ويشار نهاية إلى أن المفهوم الشخصي لحسن النية هو المفهوم الذي يعتمد على اعتبارات نفسية فقط، وهو كلّ ما يحمل إلى الجهل والغلط المغتفر، في حين أن المفهوم الموضوعي لحسن النية هو المفهوم الذي يعتمد على معيار تقني حتى يفترض حسن النية بجانب الغير.

لكن هل يشترط سبق ترسيم الكتائب بالسجل العقاري في طلب التشطيب أو في التمسك بحماية حسن النية؟ وللجواب لا بدّ من التمييز بين الرسوم الخاضعة للمفعول المنشئ والرسوم الخاضعة لمبدأ الاحتجاج.

أمّا بالنسبة إلى الرسوم الخاضعة لمبدأ الاحتجاج وهي الرسوم المقامة قبل أبريل 1998 ولم يقع تحيينها طبق القانون عدد 34 لسنة 2011 فلا يشترط في المدّعي أو المدّعى عليه سبق الترسيم للتمسك بالتشطيب أو بحماية حسن النية إذ أنّ الحق العيني ينتقل بالعقود وليس للترسيم من أثر إلاّ لمعارضة الغير فتقوم

بذلك الصفة للطرفين المتعاقدين أو الخلف العام أو الخلف الخاص أو الدائن العادي في طلب التشطيب أو عدم المعارضة بالتسجيل دون أن يكون مرسماً بالسجل العقاري إذ أن الكتب كاف لوحده إثبات صفة المدعي أو المدعى عليه كونه مالكا محتملا على أن يكون واحد منهما على الأقل مرسماً حتى تكون الإجراءات سليمة.

أما بالنسبة إلى العقارات الخاضعة للمفعول المنشئ للتسجيل فلا يمكن للمدعي أن يطلب التشطيب كما لا يجوز للمدعي عليه الاستفادة من حماية حسن النية إلا إذا كانا مرسمين، إذ أن الملكية لا تتكون أصلاً إلا بالتسجيل ولا صفة في ادعاء الملكية قبل التسجيل. وفي ذلك استثناءان:

-أولاً: لا توجب جميع الحالات الاستثنائية لمبدأ المفعول المنشئ، أي انتقال الملكية بموجب القانون والميراث والوصية وعقد الكراء والارتفاقات الطبيعية والقانونية والامتياز وحق الحبس وانتقال الرهن بموجب الحلول والقيود الاحتياطية والاعتراضات التحفظية، وبالتالي لا يطالب المدعي بسبق التسجيل لنشأة الحق.

-ثانياً: إذا مارس المدعي الدعوى في حدود ما سمح به القانون دون أن يكون مالكا للعقار المرسم أو أن يدعي ملكية سابقة فلا يطالب بأي تسجيل كما هي الصورة في حالتي الصورية والدعوى البليانية التي تمارس من الدائن العادي توصلًا لمناقشة أصل التسجيل وكذلك دعوى الشفعة التي تهدف إلى الحلول ومن ورائها إلى طلب التشطيب على جملة التصرفات التي أتاها المشتري قبل فوات أجل الشفعة⁵²⁶.

⁵²⁶ فلو افترضنا أن أحد الشركاء فوت بالبيع في منابه في عقار مسجل خاضع للمفعول المنشئ ومارس أحد الشركاء حقه في الشفعة وأتم الإجراءات الواجبة، غير أن المشتري عمد أثناء نشر قضية الشفعة إلى فسخ العقد فعادت الملكية للبائع الذي عمد إلى هبة العقار إلى ابنه وأمكن ترسيم عقدي الفسخ والهبة، فطلب الشفعي الحكم بفسخ إجراءات الشفعة والإذن بالتشطيب على عقد البيع المشفوع فيه وعقد الفسخ وعقد الهبة، فالجواب يجب أن يكون على النحو التالي:

إن الشفعة تكافل بين القانون والوقائع والإرادة والقضاء، ووجه ذلك أن تتوفر الوقائع التي رفعها المشرع لدرجة المركز حتى يصح الأخذ بإرادة الشفعة توصلًا للحكم بفسخ إجراءات الشفعة المفصلي لأثر الحلول، وقد نص الفصل 103 م.ح.ع على أن "الشفعة لحول الشريك محل المشتري في التملك بمبيع شريكه في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في الفصول الآتية".

فالشفعة تعد قانوناً قيداً يرد على حق الملكية وتمنع المالك من التصرف بحرية. فهي ليست من الحق في شيء شخصياً كان أو عينياً. فهي ليست حقاً عينياً لأن الفصل 12 م.ح.ع لم يورد هذا الحق ولأنه لا يمكن أن تعتبر الوسيلة المؤدية للملك حقاً عينياً، فلا يصح الدّفع بأن العقد أو الحيازة حق عينياً، والأصل أنها مؤسسة مركبة ومتشعبة، فهي تستند إلى واقعة الاشتراك وهي واقعة مادية، وكذلك مشيئة ورغبة الشفعي وهو

تصريح من جانب واحد، ويمكن أن تغلب الواحد على الآخر، والأغلب أنها مؤسسة قانونية مستقلة بقواعدها، ولذلك لم يرد ذكرها لا في باب الحقوق العينية ولا في باب مصادر الملكية. فهي في نهاية الأمر مجرد رخصة قانونية تتوافر للشخص في صورة وجوده في ظروف محددة، فهي ليست حقاً من أصله، بل هي إرادة وموقف ومشية إن شاء الشفيع سلكها وإن شاء أعرض عنها، فلم ترتق إلى حد ضوابط الحق باعتباره مصلحة قانونية يحميها القانون تنصرف إلى الدمة المالية، وإن كانت واقعة مركبة إلى أبعد الحدود فقد تكفل القانون بضبط نظامها وشروطها وإجراءاتها، فلا تمارس إلا في حدود نظامها القانوني. وهي بذلك أبعد من أن تكون حقاً كقيمة مالية، ومن باب أولى أبعد من الحق الشخصي أو الحق العيني. فهي في نهاية الأمر مؤسسة قانونية أو مركز قانوني بمعنى أن يتكفل القانون بتحديد ضوابط هذه المؤسسة أو هذا الإطار.

والحقيقة أن الشفعة طريقة من طرق اكتساب الملكية تنتهي بأثر الحل، فليس العقد في الشفعة هو مصدر الحق، بل إن مقتضيات الشفعة وشروطها هي الأساس في ذلك، فعادة ما يهيئ المشرع مراكز قانونية تدفع الشخص بإرادته المنفردة أن يكسب الحق، كما في صورة الشفعة، فبيع المناب المشاع أوجد الشفيع في مركز قانوني يمكنه من كسب الحق بإرادته المنفردة. ولكنها طريقة خاصة في كسب الملكية، فلم ترد أحكامها بالفصل 22 م.ح.ع بحكم مميزاتها واستقلالها بأحكام مميزة وارتباطها بوقائع مركبة كانت محل تنظيم تشريعي. فلا يعتد بها خارج إطار هذا التشريع. والحكمة من هذا التأصيل أنه يسمح للشفيع التعامل مع الرسوم العقارية الخاضعة للمفعول المنشئ دون أن يعارض بضرورة سبق التسجيل إذ أن الشفيع ليس له ملكية سابقة بل له مجرد رخصة قانونية.

وقد نص المشرع بقسم آثار الشفعة بالفصول 112 و 113 و 114 على أن الشفيع يحل "إزاء البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته"، وأن "غلة المشفوع فيه للمشتري إلى وقت القيام بدعوى الشفعة وعلى الشفيع المصاريف الضرورية والتحسينية التي بذلها المشتري"، وأنه لا تمضي على الشفيع عمليات التفويت التي قام بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفعة". فتكون بذلك الآثار قد انحصرت في فكرة الحل، حلول الشفيع محل المشتري، وإذا حل، أصبح هو المالك، وكانت له علاقة مع بقية الأطراف. فإذا اجتمعت شروط الشفعة، أي عقد البيع المتعلق بالعقار والشفيع المالك للمشفوع به زمن البيع والتصريح بإرادة الشفيع، اكتملت عناصر الشفعة وحل الشفيع مكان المشتري قانوناً في العقد منذ تاريخ إبرامه أول مرة، فيكون للشفعة أثرها المباشر في حلول الشفيع مكان المشتري، وكأن الشفيع هو المشتري الحقيقي. وهذا هو معنى الحل في الشفعة، وهو أن يحل الشفيع بالبيع قانوناً محل المشتري، فترتبط بالحلول فكرة استبدال المشتري. ولو صح أن العقد هذا هو سبب الملكية وليست الشفعة لأمكن إتمام الشفعة في شأنه (أي في شأن العقد الأخير)، لكنه لا يجوز لأن سبب الملكية هو الشفعة وليس العقد. وليست الإجراءات اللاحقة سواء كانت رضائية أو قضائية إلا طريقة في تسوية النزاعات. فإذا تمت الشفعة بالمرضاة وقبل المشتري عرض الشفيع، وقفت الإجراءات عند ذلك وضمنت رغبة الأطراف كما يجب. ولكن كتب البيع هذا لا يعد كذلك سند الشفيع في الملكية، بل مؤداه أن يحل في البيع الأول، وهذا معنى أن تكون الشفعة سندا في اكتساب الحق لأنها تؤدي إلى فكرة الحل، فلو صح خلاف ذلك لأمكن الشفعة في البيع الأخير. ولكنه لا يجوز لأن الملكية اكتسبت حلاً بالشفعة وليس بالعقد. وإذا أقيمت الدعوى، ارتد أثر الحكم إلى بداية العقد، بمعنى أن يكون حكم الشفعة مقراً للحق أو كاشفاً له وليس منشئاً له. فهو دليل إثبات أو حجة لا غير، فلا يمكن بحال، والحالة تلك اعتباره سند ملكية (titre de propriété). وواضح أن التاريخ المعتمد في الحل هو تاريخ العقد الأول. فمتى قامت شروط الشفعة، وأعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، قام الحل مباشرة، وأصبحت العلاقة مباشرة بين البائع والشفيع، ويرتد أثر الحل إلى بداية تاريخ العقد الأول. وبفهم ذلك صراحة من خلال الفصل 112 م.ح.ع من أن الشفيع يحل "إزاء البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته"، معنى ذلك أن العلاقة تصبح بين الشفيع والبائع ويغيب المشتري تماماً. فلو صح أن تاريخ الحل هو تاريخ القيام بالشفعة أو تاريخ رفع الدعوى أو تاريخ الحكم لما كانت تلك الأحكام ولما كانت تلك العلاقة المباشرة بين الشفيع والبائع، ومن ورائها ذلك الضمان الذي يحمل على البائع. فلو صح أن الحل تأخر عن تاريخ العقد، لبقى المشتري مالكا فترة معينة ولتلقى الشفيع المبيع من المشتري ولكن المشتري ضامناً للمبيع. ولكن الأمر غير ذلك. وهو أنه بمجرد التعبير عن إرادة الشفيع يقوم الحل وبه تقوم العلاقة المباشرة بين الشفيع والبائع، ويغيب تماماً المشتري، وكأن العقد أبرم منذ البداية بين الشفيع والبائع. لذلك نص الفصل 112 م.ح.ع على أن الشفيع يحل إزاء البائع محل المشتري في جميع الحقوق والواجبات. ولما كان تاريخ الحل هو تاريخ العقد الأول، انتقلت إليه الملكية بتاريخ العقد الأول، وكان انتقال الملكية في القانون التونسي على معنى الفصلين 564 و 583 م.ح.ع أثراً للعقد يحدث بصفة آلية وذهنية وفورية بمجرد التراضي على العقد، ولا يتأخر إلا في حالات استثنائية. وبحل الشفيع، كنتيجة لذلك، إزاء البائع، وليس إزاء المشتري، في جميع الحقوق والواجبات، فيخلص للشفيع كامل العقار، ويلتزم البائع بتسليم المبيع وبضمان

ب- اعتماد مؤسسة القيود الاحتياطية

لنشرح شروط المؤسسة (1) قبل الوقوف على آثارها (2).

الاستحقاق و العيوب الخفية ويتسلم الشفيع المبيع بعد أن دفع ثمنه، كل ذلك طبق المبادئ العامة في عقد البيع. على أن انتقال الملكية في العقارات المسجلة الخاضعة لمبدأ المفعول المنشئ لا تنتقل ولا تكون أصلاً إلا بترسيم حكم صحة الشفعة بالسجل العيني لذلك العقار وابتداءً من تاريخ ذلك الترسيم، فتتأخر آثار الشفعة إلى تاريخ الإدراج بالسجل وإن قامت الصحة للشفيع في المجادلة في الحق المشفوع فيه بواسطة دعوى الشفعة ولو قبل أي الترسيم.

ولما كان الحلول دخولا على وضعية قانونية صحيحة ما كان من الممكن التصريح ببطالان أو إبطال أصل العقد المشفوع فيه وإنما تبقى الحالة السابقة على صحتها مع اعتبار ما يجب لتحديد آثار الحلول، فذلك يعني أنه لا يصح الاستجابة لطلب التشطيط على أصل العقد إذا كان العقار مسجلاً بل تبقى الترسيمات على حالها مع ضرورة تقديم حكم الشفعة لإدارة الترسيم بغاية طلب ترسيمه بعد إخضاعه لواجب المراقبة إعمالاً لمبدأ الشرعية كمبدأ من مبادئ الإشهار العيني ضرورة أن التشطيط على الترسيمات بالسجل العقاري لا تقع إلا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وليست صورة الحلول من ذلك في شيء.

وقد نص الفصل 114 م.ح.ع على أنه "لا تمضي على الشفيع عمليات التفويت التي قام بها المشتري قبل انقضاء أجل القيام بالشفعة"، فتكون جميع أعمال التفويت التي يأتيها المشتري، قبل فوات أجل القيام بالشفعة أي شهر من تاريخ إعلانه أو ستة أشهر من تاريخ التسجيل بالقباضة أو بالسجل العقاري في صورة تعذر إعلانه، فاقدة المفعول في مواجهة الشفيع، ويصلح البيع سندا للشفعة وإن تعاقد البائع مع الغير وإذا قام الشفيع في الأجل يبقى المنع قائماً إلى أن يقضى في الشفعة بوجه بات. ومقتضى هذا النظر ولازمه أن لا يعارض الشفيع بالأعمال التي يأتيها المشتري خلال تلك المدة. وقد أشار المشرع إلى أعمال التفويت وهي الأعمال التي ينجر عنها نقل الملكية أو إنشاء حق عيني بعوض، فينصرف مفهوم النقل إلى البيع والهبة بعوض والشركة والصلح والمعاوضة وغيرها، وتنصرف الأعمال المنشئة إلى الرهن العقاري وحق الارتفاق. ويخرج عن أعمال التفويت أعمال الإدارة (مثل عقد الكراء) والتبرعات (الهبة بدون عوض).

وعلى ذلك الأساس فلئن كان الحق العيني لا يتكون في العقارات المسجلة الخاضعة للمفعول المنشئ إلا بالترسيم وأن الحق غير المرسم غير موجود فإن الشفعة سبب في كسب الملكية بطريقة الحلول ولو كان العقار مسجلاً ويمنع المشتري من التصرف في العقار قبل فوات أجل الشفعة ومقتضى ذلك ولازمه أن الإحالة من المشتري في زمن المنع يطلها التشطيط وإن سبق ترسيمها لنشأة الحق ذلك أن إبطال الترسيم يعارض به الغير سيء النية، وطالما كان المنع في التصرف قائماً في مواجهة المشتري فإن التشطيط يكون مطلوباً في مواجهة من هو ليس بغير وفي مواجهة الغير سيء النية.

والمقتضى في التشطيط في العقارات الخاضعة للمفعول المنشئ للترسيم وإعمالاً لمبدأ القوة الثبوتية النسبية للترسيمات الإدارية اللاحقة بالسجل العقاري أن لا يقوم الطلب في التشطيط صحيحاً إلا من قبل صاحب الحق المرسم، وفي ذلك استثناءان، فلا يشترط سبق الترسيم، أولها كل ما كان استثناءً للمفعول المنشئ (الميراث والوصية والارتفاقات القانونية والطبيعية والحقوق الشخصية والامتياز والحبس والقيود الاحتياطية والاعتراضات التحفظية وحلول الرهن) وثانياً أن يسمح المشرع بالمجادلة في الحق العيني المرسم دون أن يدعي الطالب ملكية سابقة أي أن يكون القانون سند القيام والشفعة من ذلك باعتبارها مجرد رخصة ومصدر. فليس للمشتري أن يتصرف في العقار قبل فوات أجل الشفعة وبحق لمن صحت له الشفعة ولو قبل الحكم بصحة الشفعة أو قبل الترسيم المطالبة بإبطال ما خالف تلك القاعدة. وعلى ذلك الأساس كان من اللازم الاستجابة لطلب تشطيط ما صدر عن المشتري وكان في حكم التفويت المخالف على شرط أن يكون المحال له إجرائياً طرفاً بالدعوى. ولا يستثنى من ذلك إلا الغير حسن النية، بمعنى أن لا يقضى بالإبطال إذا أحيلت الملكية للغير وكان بحسن نية.

وإذا عمد المشتري في مرحلة أولى إلى فسخ العقد سند الشفعة وأعيدت الملكية إلى البائع الأول ثم عمد هذا الأخير إلى هبة العقار إلى أحد أبنائه وسبق ترسيم عقدي الفسخ والهبة، فالقاعدة أن الفسخ الرضائي انحلال للعقد وينجر عنه وجوب انتقال الملكية بالترسيم وبذلك فهو في حكم التفويت، وطالما كان المشتري هو من تولى الفسخ، وهو ممنوع في ذلك، وأعيدت الملكية لنفس البائع وهو ليس من الغير، فلا يمكن بالتالي الانتفاع بمعنى الغير حسن النية، وتعين الاستجابة لطلب تشطيط الترسيم المتعلق بعقد الفسخ. أما عقد الهبة فلا يمكن التشطيط عليه إذا كان لفائدة طرف غير مشمول بالدعوى فما كان من الممكن إخضاعه لقاعدتي الفصلين 114 و305 م.ح.ع، وتبقى للمدعي أحقية الداعي في شأنه بقضية مستقلة وتعين رد طلب التشطيط في شأنه". أما إذا كان طرفاً في الدعوى فمن الممكن التشطيط على عقد الهبة بعد إثبات سوء النية.

1- شروط القيود الاحتياطية

أورد المشرع هذه المؤسسة بالفصول 365 وما بعد من مجلة الحقوق العينية، وضبط من خلالها حالات القيد وإجراءاته.

-حالات القيد: تقيد احتياطيا عملا بأحكام الفصلين 365 و 366 م.ح.ع:

-الدّعاوى الرّامية إلى استصدار حكم ببطالان الحقوق العينية المرسّمة أو إبطالها أو فسخها أو الرّجوع فيها أو إدخال تعديلات على التّرسيمات الواقعة بموجب نقل بالوفاء أو إبطال التّشطيب أو القيام بالشفعة أو إصلاح التّرسيم أو التّشطيب.

-الدّعاوى الرّامية إلى ترسيم جميع الأعمال التي تقتضي التّقويت في عقار أو التّخصيص به.

-طرق الطّعن غير الاعتيادية في الأحكام المرسّمة.

-ما يتمّ إنشاؤه وإحالاته من حقوق عينية ويكون مقترنا بشرط تعلقي وكذلك الوعود بالبيع.

-التّقويت في قطع مستخرجة من رسم ملكيّة والتّخصيص بها.

-حقوق الارتفاق الموظّفة على قطع غير محدّدة بشرط الإدلاء بما يثبت تقديم مطلب في التّقسيم.

-عقود المغارسة والدّعاوى الرّامية إلى الاعتراف بحقّ المغارس أو قسمة الأرض المغروسة.

وبتلخّص من ذلك أنّ المشرّع سمح بتقييد الدّعاوى احتياطيا سواء كانت لها علاقة بالتّرسيمات أو بالعقار موضوع التّرسيم، وكذلك الطّعون غير العادية شرط ترسيم أصل الحكم المتعلّق بها. وتأتي جملة من العمليّات في إطار القيد الاحتياطي بسبب كونها غير ناقلة للملكيّة مثل الوعد بالبيع والمغارسة والعقد المقترن بشرط أو أنّ هناك أسبابا تقنيّة تمنع التّرسيم مثل عدم إتمام التّقسيم وصورة أمر الانتزاع.

وبلاحظ أنّ المشرّع التونسي أورد صور القيد على وجه الحصر، والأكد أنه لا يمكن إدراج ما يتجاوز ذلك في باب القيد الاحتياطي⁵²⁷. وهو نقل غير سليم للمبادئ الألمانية باعتبار أنّ القانون الألماني وإن حدّد بعض الصور للقيد الاحتياطي⁵²⁸، إلاّ أنّه وضع قاعدة عامّة حيث " ... يجوز للمدّعي في البطلان دفع الضرر وتوقع اكتساب كلّ حقّ على العقّار، بقيد احتياطي يدرج بإذن القاضي⁵²⁹ ".

والواضح أنّ المشرّع التونسي نقل أحكام هذه المؤسّسة عن التشريع الألماني بعدما جعل للترسيمات الإدارية اللاحقة مفعولا نسبيا، حيث إنّ الملكية لا تكتسب في قانون 5 ماي 1872 إلاّ بموجب التّرسيم بالسّجل العقّاري الواقع على إثر توليّة (investiture)⁵³⁰، أي أنّ نقل الملكية لا يحدث بمجرد الاتفاق كما لا يقع بمجرد التّرسيم بالسّجل بل لا بدّ من التّولية وهو ما يعادل " traditio " بال القانون الرّوماني. ويقصد بالتّولية أن يحضر البائع والمشتري أمام القاضي ويعلنان بإرادة حرّة نقل الملكية. وتقع الانتقالات على ذلك الشرط شرط أن تكون الملكية مرسّمة سابقا باستثناء بعض الحالات (مثل الإرث والوصيّة والانتزاع). وقبل إتمام مراسم التّولية لا يمكن مطلقا طلب التّرسيم بل يجوز فقط طلب تقيد الحقّ قيّدا احتياطيا لحفظ الحقّ⁵³¹، ومن ذلك خلقت هذه المؤسّسة، حيث إنّ

⁵²⁷ Annabi M.L :La prénotation dans le régime tunisien des livres fonciers, mémoire de D.E.A de droit privé. Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis,p. 10 et suiv.

⁵²⁸ الفصل 64 من قانون 5 ماي 1872 المتعلّق بالسّجلات العقّارية.(التجزئة العقّارية).

⁵²⁹ Art 9, loi du 5 mai 1872 sur l' acquisition de la propriété immobilière et sur le droit réels immobiliers « Toute inscription de propriété pourra être attaquée conformément aux règles du droit civil.

Si l'inscription est annulée, cette annulation ne nuira point aux tiers qui, sur la foi de l'inscription, auraient acquis des droits sur l'immeuble à titre onéreux et de bonne foi.

Le demandeur en nullité pourra se préserver de ce préjudice et prévenir toute acquisition de droit sur l'immeuble, par une prénotation insérée avec la permission du juge ».

⁵³⁰ Art 1 « En cas d'aliénation volontaire, la propriété d'un immeuble n'est acquise que par une inscription au livre foncier, faite à la suite d'un acte d'investiture »

⁵³¹ Art 64 « ...l'acheteur de la parcelle ou de l'immeuble détaché pourra avant l'acte d'investiture faire insérer une prénotation pour réserver son droit... ».

الملكيّة لا تنقل إلّا بموجب الترسيم والتولية معا، وقبل أن تقع الثّانية على ما تقدّم، لا يمكن أن يدّعي الدّائن إلّا حقّا شخصيّا يمنع ترسيمه، فكان لابدّ من قيد هذا الحقّ قيّدا احتياطيّا.

وتبدو هذه القاعدة غريبة نوعا ما عن طبيعة التشريع التّونسي سواء في شكله الإسلامي أو في شكله الفرنسي، فقد قالت المدرستان بنقل الملكيّة بموجب الاتّفاق على الثّمّن والمثمن، أيّ أنّ العقد ينقل الملكيّة بمفرده. وقد تخلّى التشريع الفرنسي منذ مدّة عن شرط التّسليم كشرط لنقل الملكيّة، كما أنّ التشريع الإسلامي قام منذ البداية على ذلك المبدأ، وهو الحلّ الذي اعتمدته مجلة الالتزامات والعقود منذ 1906. ورغم ذلك اعتمد القانون العقاري مؤسّسة القيد الاحتياطي.

-إجراءات القيد: تدرج القيود الاحتياطية إجمالا بطلب من المستفيد فيكفي أن يُقدّم مطلبا في الغرض مع ضرورة أن تأتي العملية ضمن إحدى الصّور المشار إليها. غير أنّ قيد الدّعاوى احتياطيّا لا يجري إلّا بإذن يصدره رئيس المحكمة الابتدائية بـمكان العقار بناء على عريضة تحال إلى مدير الملكيّة العقارية لإبداء الرّأي فيها (الفصل 367 م.ح.ع)، وتدرج القيود الاحتياطية بالسجل العيني وترتّب حسب تواريخها (370 م.ح.ع). غير أنه لا يمكن قيد الحقوق قيّدا احتياطيّا إلّا إذا كان الرسم خاليا من كل اعتراض أو عقلة، بمعنى أن لا يكون الرسم خاليا من جميع الاعتراضات التحفظية ومن جميع الإجراءات التنفيذية على معنى الإجراءات الواردة بمجلة المرافعات في باب العقل التحفظية والتنفيذية، ويستثنى من ذلك قيد الدعاوى وعقود المغارسة بالسجل العقاري قيّدا احتياطيّا حيث يمكن أن يتم ذلك بقطع النظر عن وجود اعتراض أو عقلة (الفصل 369 م.ح.ع).

ويسقط القيد ويصبح غير ذي مفعول بمضي ثمانية عشر عاما بالنسبة إلى عقود المغارسة وثلاثة أعوام في جميع الصّور الأخرى إلّا إذا وقع تجديده بإذن على عريضة يصدره رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائرتها العقار (الفصل 370 م.ح.ع فقرة 2)، غير أنّه يمكن التّشطيب قبل الأوان برضا الطّرفين أو بحكم

المحكمة، ولرئيس المحكمة الابتدائية التي بدأرتها العقار أن يصدر إذنا على عريضة بالتشطيب على القيود الاحتياطية المتعلقة بالدعاوى وعقود المغارسة (371 م.ح.ع)⁵³².

2- آثار القيود الاحتياطية

وأول هذه الآثار هي الخطورة في عدم التمييز بين مؤسسة الترسيم ومؤسسة القيود الاحتياطية. وفعلًا كثيرًا ما تختلط المفاهيم في أذهان البعض إلى حدّ وضع المؤسستين على قدم المساواة. وقد طرح الإشكال خاصّة عندما أوجب المشرّع صيغة معيّنة في تحرير الكتائب الخاضعة للترسيم⁵³³. ومع أنّ المشرّع أورد بوضوح عبارة الترسيم طالب الأغلبية بضرورة سحب الشرط على كامل الكتائب بما في ذلك الخاضعة للقيد، والحال أنّ ما يمكن ترسيمه لا يمكن قيده احتياطيًا والعكس بالعكس.

وكثيرًا ما يقع الخلط بين مؤسسة القيد الاحتياطي والاعتراضات التحفظية، بل إنّ التشريع التونسي قد يحمل إلى ذلك الاعتقاد حين أدرج أحكام القيود الاحتياطية تحت عنوان "الاعتراضات التحفظية" وهي عنوان غير موفقة، حيث إنّ الاعتراضات التحفظية على معنى الفصول 327 م.م.ت.ت وما بعد تمنع إدراج أيّ حقّ، وهي غير الآثار المرتبطة بمؤسسة القيد الاحتياطي التي لا تمنع إدراج الترسيمات اللاحقة، فقط أنّه إذا لم يسبق قيد الدّعى قيدا احتياطيًا فإنّ الحكم لا يكون له مفعول إزاء الغير إلّا من تاريخ ترسيمه (368 م.ح.ع)، وإذا سبق تقييد الحق احتياطيًا فلا يمكن معارضة المستفيد منها بالتّرسيمات الحاصلة بعد ذلك (370 م.ح.ع).

ورغم أنّ الفصول 365 إلى 372 م.ح.ع قد جاءت تحت عنوان "الاعتراضات التحفظية" إلا أنّها لم تشر إلى هذا المعنى إلّا من خلال الفصلين 369 و372 م.ح.ع، فأشار المشرّع بالفصل 369 م.ح.ع إلى أنّ القيود

⁵³² وهي نفس القواعد التي ظهرت مع بداية العمل بهذه المؤسسة تقريبًا مع بعض الاختلاف. الفصول 9-16-22-59-60-70 من قانون 5 ماي 1872 المتعلّق بكسب الملكية العقارية، و 64-88-89-102 من قانون 5 ماي 1872 المتعلّق بالسّجل العقاري. المرجع السابق.

⁵³³ الفصول 377 و377 مكررو 377 ثالثا م.ح.ع.

الاحتياطية لا يمكن إدراجها إلا إذا كان السجلّ خال من أي تنصيب له علاقة بالاعتراضات التحفظية باستثناء قيد الدعاوى والمغارسة وأكد بالفصل 372 م.ح.ع على أن إدراج الوثائق الخاصة بإجراءات التفليس تمنع الترسيم اللاحق. وجاءت باقي الفصول محدّدة لنظام القيود الاحتياطية، وكان ينتظر أن يشار إلى معنى القيود الاحتياطية بالعنوان. ثمّ إنّ المشرع لم يؤكد بفصل خاص على أثر الإجراءات التنفيذية (العقل التنفيذية) في منع الترسيم. ويحبّذا لو أبقى المشرع التّونسي على أثر الاعتراضات التّحفظيّة، بل إنّهُ خوّل قيد الدّعاوى وعقود المغارسة احتياطياً بقطع النّظر عن وجود اعتراض أو عقلة (369 م.ح.ع).

والواضح أن المشرع، وتجاوزا لعنونة الفصول من 365 إلى 372 م.ح.ع، قد قصد بيان نظام القيود الاحتياطية، فبعد أم بيّن شروط القيود الاحتياطية سواء كانت أصلية أو إجرائية من خلال الفصول 365 و 366 و 367 و 370 و 371 م.ح.ع، بيّن آثارها من خلال الفصول 368 و 369 و 370 و 371 م.ح.ع بأن جعل للقيد أثرا رجعيًا بمعنى أن ترتدّ حقوق المنتفع إلى بداية القيد دون أن يمنع القيد الترسيم اللاحق حيث سمح المشرع بإدراج الحقوق اللاحقة رغما عن كلّ قيد احتياطي باعتبار أن القيد الاحتياطي لا يمنع الترسيم اللاحق على خلاف الاعتراضات التحفظية والعقل التنفيذية.

ورغم وضوح النص القانوني (الفصل 370 م.ح.ع فقرة أولى مجلة الحقوق العينية) في عدم منع الترسيم بعد إدراج القيد الاحتياطي، إلا أن الآراء اختلفت، فذهب جانب من الفقه إلى حدّ القول بضرورة تجميد العمليّات في صورة وجود قيد احتياطي تجاوزا لعبارات الفصل 370 م.ح.ع وتناسقا مع أهداف السّجلّ و"حفظا لمصلحة المتقاضين والغير"⁵³⁴ حيث إنّ القول بترسيم الحقوق اللاحقة رغما

534 الحبيب بن عبد السلام: الترسيمات التّحفظيّة بالسّجلّ العقاري، ملتقى حول القيود الاحتياطية والعقل العقارية بالسّجلّ العقاري، أعمال ملتقى أكتوبر 1988 (غير منشور). وذهب محمود العنّابي إلى نفس الاتجاه في دراسته ترسيم القيود الاحتياطية بالسّجلّ، المرجع السابق. ويقول في ذلك الحبيب بن عبد السلام " أنّه لاشكّ في أنّ إجراء الترسيمات اللاحقة للقيود الاحتياطية للقضايا المنشورة قد ترتّب عنها مخاطر جسيمة تؤدّي إلى عدم إمكانية ترسيم الأحكام الصادرة دون اللّجوء إلى القيام بقضايا جديدة للوقوف على حسن نية بعض الأطراف أو سوء نواياهم، ونظرا إلى أهميّة هذه المسألة فإنّه من الواجب التّروّي في كلّ هذه الأجوبة وغيرها قبل أن يختار المشرع بصفة جيّلة وواضحة الحلّ الذي يراه مناسباً لصيانة مصالح كلّ الأطراف. والرأي عندنا أن يمنع قيد الدّعاوى المنشورة قيدا احتياطياً كلّ ترسيم لاحق

عن كلّ قيد فيه من الخطورة الكثير ولا تخلو المسألة من إزعاج خاصّة إذا استعصى على المستفيد من القيد إدراج الأحكام التي قد تصدر مستقبلاً. وخالفهم في ذلك جانب من الفقه⁵³⁵، بعلّة أنّ الفصل 370 م.ح.ع كان واضحاً في أحكامه رغم كلّ الآثار السلبية التي يبقّيها العمل بهذا الفصل، لأنّ الذي اكتسب الحقّ في حال وجود القيد لا يمكن بالمرّة التمسك بحسن النية، وتردّ الحقوق المكتسبة على القيد إلى تاريخه وليس إلى تاريخ الحكم⁵³⁶. ولم تستقرّ إدارة الملكية العقارية على رأي، فإذا انحازت بداية إلى الرأى الأول وأيدها في ذلك رئيس المحكمة العقارية سنة 1977⁵³⁷، فسرعان ما ارتدّ موقفها إلى الرأى الثاني⁵³⁸. ولا أظنّ أنّ فقه القضاء كان واضحاً، فإذا ذهبت جملة من القرارات إلى القول بعدم معارضة المستفيد من القيود الاحتياطية بالتّرسيمات اللاحقة⁵³⁹، فإنّ البعض الآخر ظلّ يبحث حول سوء وحسن نية المستفيد من التّرسيم وإن كان سبق قيد الحق احتياطياً يمنع الحديث عن حسن النية أصلاً.

المبحث الخامس: مبدأ حضر التّقديم المكسب في العقارات المسجّلة

لعقد أو اتفاق صادر من المالك المضروب ضده ذلك القيد كما هو الشأن بالنسبة إلى الاعتراضات التّحفظية والعقل العقارية".

⁵³⁵ محمد كمال شرف الدين: النظام العام للقيد الاحتياطي، الأحداث القانونية 1990. وانظر في شرح هذا الرأى، نائرة عمّار، القيد الاحتياطي، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، 1992-1993، ص 71.

⁵³⁶ وفي ذلك يقول محمد كمال شرف الدين، نفس المرجع السابق، "إنّ عبارة النصّ المشار إليه تسمح صراحة بوجود ترسيمات لاحقة لحصول القيد الاحتياطي ولا يمكن تغيير طبيعة الآثار القانونية للقيود الاحتياطية وتحملها مفعولاً توقيفياً إذ يجب إجراء كلّ التّرسيمات اللاحقة وترتيبها زمنياً. فإذا كان القيد أسبق تاريخاً من ترسيم كتب البيع بالسّجل العقاري مثلاً فإنّ هذا التّرسيم لا يمكن أن يعارض به المستفيد من القيد الاحتياطي. فالقيد الاحتياطي وسيلة لحفظ الحقّ. وفي صورة حسم النزاع القضائي لفائدة صاحب القيد أو في صورة ثبوت الحقّ المضمّن به السند موضوع القيد فإنّ المفعول الزمني للقيد الاحتياطي يتمّ بصفة رجعية ويعتدّ بتاريخ إدراج القيد لا بتاريخ صدور الحكم أو ثبوت الحقّ. كما لا يمكن لمن أنجر له حقّ من مالك عقار تمّ إدراج قيد احتياطي برسمه أن يستند إلى القوّة الثبوتية المطلقة للتّرسيمات الإدارية، إذ أنّه بمجرد إشهار القيد الاحتياطي بالسّجل العقاري يفقد حسن النية التي نصّ عليها الفصل 305 م.ح.ع."

⁵³⁷ مراسلة صادرة بتاريخ 31 مارس 1977 إلى حافظ الملكية العقارية، مشار إليها بمقالة محمد كمال شرف الدين، نفس المرجع السابق.

⁵³⁸ خاصّة خلال الفترة الممتدّة بين 1972 - 1976، محمد كمال شرف الدين، نفس المرجع السابق.

⁵³⁹ قرار تعقيبي عدد 2921 مؤرّخ في 24 فيفري 1981. يراجع في جميع ذلك، نائرة عمّار، القيد الاحتياطي، المرجع السابق، ص 75.

يكتسب الحقّ إجمالاً إمّا رجوعاً إلى وقائع ماديّة أو إلى تصرّفات قانونيّة، فتتمثّل الوقائع في أفعال ماديّة يأتيها الإنسان للدّلالة على سيطرته على ذلك الحقّ، وتعود التصرّفات القانونيّة إلى مجمل المحرّرات والاتّفاقات التي يتوصّل إليها البشر في علاقتهم. فيجد الحقّ سنده في الوقائع في صورته الأولى وفي هذه التصرّفات في صورته الثّانية. ويعدّ ذلك آخر ما توصّل إليه رجال القانون بعد أن ظلّ الفقه وعلى امتداد عدّة سنوات يفصل بين العقد وشبه العقد والجنحة وشبه الجنحة في بيان مصادر الالتزام.⁵⁴⁰ ولهذا الغرض نصّ الفصل 22 م.ح.ع على أنّ الملكيّة تكتسب بالعقد والميراث والتّقادم والالتصاق ومفعول القانون والاستيلاء، ومن هذه الأسباب ما يعود إلى الوقائع ومنها ما يعود إلى التصرّف القانوني. وإذا كان من الممكن الحديث عن العقد والميراث والالتصاق والاستيلاء⁵⁴¹ ومفعول القانون حتّى بالنسبة إلى العقّارات المسجّلة، فإنّه يطلب إسقاط عنصر الحوز والحيّزة بمجرد خروج العقّار من دائرة العقّارات غير المسجّلة، أي أنّ نظام السجّلات العينيّة لا يعترف بوضع اليد مهما كانت صورته. ذلك أنّ القول بنقل الملكيّة أو نشأتها بموجب الحيّزة لا يستقيم مع مبدأي المفعول المنشئ والقوّة الثبوتيّة. ومن السهل الإدراك أنّ السجّلات العينيّة لا تعترف إلّا بالحقّيقة الداخليّة وفي إطار مغلق لا يتجاوز ورقات السجّل، فلا فائدة من وضع اليد على العقّار أو خدمته أو السيطرة عليه، حيث إنّ الفلسفة العينيّة في هذا النظام تقوم على عناصر داخليّة، فلا تستشفّ الحقيقة إلّا من خلال بيان السجّل ولا أكثر. فلا يمكن لهذا الواقع على فرض توفّره أن ينقلب إلى

⁵⁴⁰ تردّ مصادر الالتزام إلى الأعمال القانونيّة *actes juridiques* والوقائع القانونيّة *faits juridiques*

حسب التّصنيف الحديث، حيث لم يكن يعرف القانون الرّوماني إلّا الجرائم *delicta* والعقد *contractus*، وللغة الإسلاميّة تصنيفه الخاص. واعتمد الفقيه Poitier (القانون الفرنسي القديم) تصنيفاً ظلّ هو المسيطر لمُدّة طويلة وقسّم الالتزامات إلى جرائم وشبه جرائم وعقود وشبه عقود، لكنّ هذا التّصنيف انتقد أخيراً واستقرّ الرّأي على أنّ الوقائع هي في نهاية الأمر مصادر الالتزام، ويمكن أن تكون طبيعيّة أو اختياريّة، فإذا كانت الأخيرة فيمكن أن تكون وقائع ماديّة أو أعمالاً قانونيّة، ويمكن أن تصدر الأعمال القانونيّة عن إرادة منفردة أو عن إرادة الطّرفين. وهذا التّقسيم هو المعمول به حالياً.

⁵⁴¹ الاستيلاء بمعنى أن العقّارات التي لا مالك لها تعدّ ملكاً للدولة، وقد أورد أمر 15 فيفري 1932 مفهوم التّركات الشاغرة وإجراءات تملك الدولة بهذه التّركات وذلك بأن تنشر الدولة قضية استحقاقية بهدف التحوز بالعقار بعد فوات أجل تقييد التّركة بالقباضة المالية وقيام الدولة بإشهارات محدّدة.

حسين بن سليمة: أحكام الموارث في الشريعة والقانون، 1998، ص 86.

حالة قانونية، والأغلب أن تقصر الدّعاوى في حماية هذا الواقع، فلا يمكن للدّعى الحوزية أن تحقّق حماية كافية للحوز (الفقرة الأولى)، ولا يمكن لدّعى الحياة أن تؤدّي إلى اكتساب الملكية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قصور الدّعى الحوزية في حماية الحوز

إنّ الإشكال الأساسي يكمن في أنّ الإطار القانوني لا يسمح باللّجوء إلى الحوز فقط باعتباره واقعة مادية في تقدير كفّ الشّعب في العقّارات المسجّلة، ولا شكّ أنّ في ذلك إزعاجاً لمن وضع يده وخدم الأرض، غير أنّه تحت وقع سلبات نظام السّجلات العينية انحنى الواقع والتّطبيق إلى ممارسات متناقضة ولجأ إلى حلول أقلّ ما يقال فيها إنّها تلفيقية تسقط أهداف السّجلات العينية في نهاية الأمر. ويتّجه شرح الضّوابط القانونية (أ) قبل الوقوف على الحلول التّطبيقية (ب).

أ- الضّوابط القانونية في إقصاء الحوز

لاشكّ في أنّ الدّعى الحوزية وضعت عبر العصور لحماية واضع اليد، ونظمتها مجلة المرافعات المدنية التونسية من أجل نفس الهدف. غير أنّ الحوز لا يمكن أن يتماشى مع طبيعة العقّارات المسجّلة التي قامت أساساً على كره الواقع وتمجيد الشّكل. فتتمثّل الحقيقة الوحيدة في مضمون السّند ولا شيء غير ذلك. وبالتالي فإنّ وضع اليد مهما طال ومهما كانت طبيعته لا يمكن أن تحمي الدّعى الحوزية إذا لم يكن للحائز أية علاقة بالتّرسيمات العينية. لكنّ الشّخص المرسم لا يمكن أن يبقى بدون حماية، وكان لابدّ من وجود طريقة خاصّة لدفع الخواارج عن أصحاب الحقوق المرسّمة، فكانت أحكام الفصل 307 م.ح.ع، فليس " ...لأيّ كان أن يتمسّك بالحوز مهما طالّت مدّته. ويختصّ قاضي النّاحية بالحكم بكفّ الشّعب الحاصل في الانتفاع بالعقّار المسجّل. " أي أنّ دّعى الفصل 307 م.ح.ع لا يمكن أن تحمي في نهاية الأمر إلّا الشّخص المرسم في معارضة الكافة، الأمر الذي جعل البعض يعتبر هذه الدّعى بمثابة

الدَّعوى الاستحقاقية.⁵⁴² والأكد أن المشرع لم يورد كلمة " الانتفاع " بالفصل 307 م.ح.ع جزافاً، بل لتكون عبارة مميزة ويسهل تفريقها عن مفهوم الحوز الوارد بمجلة المرافعات المدنية.⁵⁴³ وإذا كان حق الانتفاع هو " الحق في استعمال شيء على ملك الغير واستغلاله مثل ماله لكن بشرط حفظ عينه، "⁵⁴⁴ فإن الانتفاع موطن الفصل 307 م.ح.ع هو الاستغلال بدليل أن الصياغة الفرنسية للفصل 307 م.ح.ع ركزت على " استغلال العقار المسجل. "⁵⁴⁵ وليس المقصود من ذلك استغلال من يعود له حق الانتفاع فحسب بل استغلال المالك، فيحق لهذا الأخير استغلاله أو تركه أو إتلافه، على خلاف المنتفع الملزم بحفظ

⁵⁴² Mohamed Moncef Chaffai : l'action en cessation du trouble apporté à la jouissance d'un immeuble immatriculé, actualité juridique n° 93, 1990, p. 72.

وانظر بصفة عامة:
عمر بوقديدة: الدعوى الحوزية، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، 1981.

عائدة البكري: الحوز في العقار، مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية تونس 2، 1993-1994، ص 89.

⁵⁴³ استغنى المشرع سنة 1992 في مشروعه لتتقيح الفصل 307 م.ح.ع في البداية عن مفهوم الانتفاع وعوضه بكلمتي الاستعمال والاستغلال، وتساءلت لجنة التشريع العام عن القصد من هذا التعبير وكان جواب الحكومة " أن كلمة الانتفاع وردت بمجلة الحقوق العينية بمعنيين أحدهما يقصد به الاستفادة كما في الفصلين 307 و373 ويقابله بالفرنسية Jouissance والثاني بمعنى الاستعمال المقترن بالاستفادة من الغلة دون التصرف بالتفويت كما بالفصل 12 والفصول 142 إلى 164 وهو ما يقابله بالفرنسية Usufruit. والأصل في كلمة الاستعمال بمعناها القانوني هو الحق في استعمال الشيء والاستفادة من غلته في حدود الاحتياج الشخصي والعائلي ويقابله بالفرنسية Usage. ونظرا لكون كلمة الانتفاع تنصرف بالذهن في أغلب الأحيان إلى الحق المعروف بحق الانتفاع والذي خصصت له مجلة الحقوق العينية كامل الباب الأول من العنوان الثالث فقد رأى المشرع تطوير اختيار الألفاظ والتعبير بكلمة الاستعمال مع إخراجها من مفهومها الضيق وإردافها بكلمة الاستغلال للدلالة على أن ممارسة العمل المنتج بالعقار لا تقتصر فقط على الإيفاء بحاجيات العامل الشخصية والعائلية بل تتعداه إلى الاستغلال والاستثمار لتوفير الربح المشروع للشخص والإسهام في التنمية الاقتصادية للمجموعة، وهو ما يحقق الوظيفة الاجتماعية للاستعمال والاستغلال. فمن بذل جهده وأنفق ماله لاستعمال العقار الذي يملكه ملكية ثابتة لاشك فيها واستخراج خيراته، حري بأن يلقى الحماية السريعة والتأجعة من لدن القضاء. لهذا فإن المشروع لا يقصد من الاستعمال والاستغلال إلا وضع الأمور في نصابها الصحيح وتطوير استخدام المصطلحات القانونية حسب مفاهيمها المعاصرة. " لكن الصياغة النهائية للفصل حافظت على مفهوم الانتفاع الوارد بالفصل 307 م.ح.ع بعدما تمسكت اللجنة بلفظ الانتفاع. وكان ينتظر كذلك تتقيح الفصل 39 م.م.ت في اتجاه السماح لقاضي الناحية بأن يتدخل استعجالاً في قضايا كف الشغب في العقارات المسجلة، لكن هذا الاتجاه لم يعتمد نهاية رغم موافقة الحكومة على هذا المقترح. مداولات مجلس النواب، الرائد الرسمي عدد 29 جلسة الثلاثاء 21 أفريل 1992، ص 19.

⁵⁴⁴ الفصل 142 م.ح.ع

⁵⁴⁵ L'art 307 C.D.R «le juge cantonal est compétent pour ordonner la cessation de tout trouble apporté à la jouissance d'un immeuble immatriculé ».

العين. والحقيقة أنّ مفهوم الانتفاع الوارد بالفصل 307 م.ح.ع إذا ما أخذ على إطلاقه لا يمكن أن يردّ إلّا إلى عنصر التّصرف في مفهومه العام، ونحن ندرك أنّ لمفهوم التّصرف مضامين ماديّة وأخرى قانونيّة، فيردّ المضمود المادي إلى " استهلاك الشيء وإتلافه " ⁵⁴⁶ أي إلى ما يمكن أن يحمل في نهاية الأمر إلى الاستعمال والاستغلال، في حين أنّ المفهوم القانوني للتّصرف يحمل إلى ما يمكن أن يأتيه المالك من أعمال في نقل الملكية والحقوق العينيّة الأخرى. ويخلص من ذلك أنّ المشرّع ركّز في بيان الشّعب الحاصل في العقار المسجّل على عناصر الملكية سواء اقتصر على الاستغلال أو امتدّت إلى التّصرف، وأبعد الحوز باعتباره واقعة ماديّة لا ترتبط بالملكيّة. وقد أكّدت محكمة التّعقيب فعلاً أنّ عبارة الانتفاع لا تردّ إلى مفهوم الانتفاع الوارد بالفصل 142 م.ح.ع بل إلى مفهوم " التّصرف "، ⁵⁴⁷ " فمن حقّ المالك الانتفاع والتّصرف فيها (أي الأرض) استناداً للملكيّة. " وهو رأي يكاد يكون مستقرّاً بالفقه وبفقه قضاء محكمة التّعقيب التّونسيّة. ⁵⁴⁸ ثمّ إنّ الفصل 307 م.ح.ع أكّد بصراحة على أنّه " ليس

⁵⁴⁶ عبد الرزاق السنهوي: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 501، فقرة

305.

⁵⁴⁷ قرار تعقيبي عدد 3332 مؤرّخ في 7 فيفري 1980 نشرته محكمة التّعقيب، ج 1، ص 80.

" الانتفاع المشار إليه بالفصل 307 م.ح.ع لا يعنى استعمال شيء على ملك الغير، بل هي عبارة أوسع في مدلولها لأنّها تعني ملكيّة الحقّ العيني المراد حمايته. "

⁵⁴⁸ قرار تعقيبي مدني عدد 4689 مؤرّخ في 1 جوان 1980 نشرته محكمة التّعقيب 1980 ، ص

147.

قرار تعقيبي مدني عدد 4064 مؤرّخ في 20 أفريل 1981 نشرته محكمة التّعقيب 1981، ص 277.

قرار تعقيبي مدني عدد 4740 مؤرّخ في 18 نوفمبر 1981 نشرته محكمة التّعقيب 1981، ص

136.

قرار تعقيبي مدني عدد 4223 مؤرّخ في 23 ديسمبر 1981 نشرته محكمة التّعقيب 1981، ص

287.

قرار تعقيبي مدني عدد 6970 مؤرّخ في 9 جانفي 1982 نشرته محكمة التّعقيب 1982، ص

253.

قرار تعقيبي مدني عدد 3635 مؤرّخ في 29 أفريل 1982 نشرته محكمة التّعقيب 1982، ص

243.

قرار تعقيبي مدني عدد 3501 مؤرّخ في 11 ماي 1982 نشرته محكمة التّعقيب 1982 ، ص 153.

قرار تعقيبي مدني عدد 8027 مؤرّخ في 13 فيفري 1984 نشرته محكمة التّعقيب 1984، ص

204.

لأَيِّ كان أن يتمسك بالحوز مهما طالّت مدّته "، وبالتالي يحرم اللّجوء إلى الحوز ووضع اليد، وقد دأبت المحاكم في عهد الحماية الفرنسيّة على رفض دعاوى الحوز الموجهة ضدّ المالك المرسم.⁵⁴⁹ وسارت على ذلك محكمة التّعقيب أخيراً، وكم ذكّرت بضرورة التأكّد من عمليّة التّرسيم قبل الخوض في مسألة الحوز لأنّ " الدّعى الحوزيّة تحمي المالك المرسم،"⁵⁵⁰ وأنّ دعوى كفّ الشّغب في عقّار مسجّل طبق الفصل 307 م.ح.ع ليست الدّعى الحوزيّة التي يشترط فيها توفّر الأركان الواردة بالفصل 54 م.م.م.ت.⁵⁵¹ بل ذهبت محكمة التّعقيب في عدّة قرارات إلى حدّ رفض الدّعى الحوزيّة إذا كان العقّار مسجّلاً.⁵⁵²

والحقيقة أنّ الأمر واضح بقدر لايحتاج إلى كثير من التّأويل وقد جاءت أحكام الفصل 307 م.ح.ع على تلك الصّورة، فليس لدعى الفصل 307 أيّة

قرار تعقيبي مدني عدد 11177 مؤرخ في 30 أبريل 1985 نشرية محكمة التّعقيب 1985 ، ص

.147

قرار تعقيبي مدني عدد 11716 مؤرخ في 18 جوان 1985 نشرية محكمة التّعقيب 1985، ص 75.

قرار تعقيبي مدني عدد 12113 مؤرخ في 7 أكتوبر 1985 مجلة القضاء والتّشريع 1987، ص 75.

قرار تعقيبي مدني عدد 16828 مؤرخ في 13 جويلية 1988 نشرية محكمة التّعقيب 1988، ص

.243

قرار تعقيبي مدني عدد 22690 مؤرخ في 28 مارس 1989 مجلة القضاء والتّشريع 1991، ص

.74

⁵⁴⁹ Juge du paix 12 decembre 1892 , Journal des tribunaux 1893,p. 231.

Tribunal de Tunis 3 juin 1908, Journal des tribunaux,1909, p. 609.

Tribunal de sousse 3 mars 1892, Journal des tribunaux 1893, p. 243.

⁵⁵⁰ قرار تعقيبي مدني عدد 6437 مؤرخ في 1 أبريل 1969 نشرية محكمة التّعقيب 1969، ص 41.

قرار تعقيبي مدني 16405 مؤرخ في 30 سبتمبر 2002 نشرية محكمة التّعقيب 2002 جزء 2

مدني عام، ص 382 وما بعد" إنّ الغاية من القيام بدعاوى الحوز في العقارات المسجّلة هي المحافظة على الوضع الظاهر حماية للأمن والنّظام العام إذ يكفي أن يثبت المعارض ملكيّة للعقار المسجّل حتّى تقوم قرينة قانونيّة لفائدته تحميه من شغب معارضييه مهما كانت صفتهم."

قرار تعقيبي مدني 16858 مؤرخ في 11 أكتوبر 2002 نشرية محكمة التّعقيب 2002 جزء 2 مدني

عام، ص 382 وما بعد " أراد المشرّع من خلال الأحكام المنظّمة للعقارات المسجّلة حماية صاحب الحقّ المرسم بإدارة الملكيّة العقاريّة دون الخوض في مسألة الاستحقاق إذ يكفي أن يدلي صاحب ذلك الحقّ بما يفيد ترسيم حقّه بالسجل العقاري ليتمكّن من القيام بدعوى كفّ الشّغب طبقاً لأحكام الفصل 307 م.ح.ع والزام المشاغب بالخروج منه لعدم الصّفة وذلك قصد تحقيق الغرض الذي من شأنه أخضع المشرّع العقارات المسجّلة لقواعد خاصة تناولتها الفصول 303 وما بعدها من م.ح.ع."

⁵⁵¹ قرار تعقيبي مدني عدد 44023 مؤرخ في 26 فيفري 1997 نشرية محكمة التّعقيب 1997، ص

.382

⁵⁵² قرار تعقيبي مدني عدد 6437 مؤرخ في 1 أبريل 1969 مجلة القضاء والتّشريع 1969، ص 265.

علاقة بالدّعى الحوزيّة الواردة بالفصل 54 م.م.ت، لأنّ القول بذلك سيؤدّي بالضرورة إلى التّعويل على عناصر واقعيّة والتّحقّق من الآجال المفروضة في معارضة صاحب الحقّ المرسم. ويصحّ القول حينئذ إنّ دعوى الفصل 307 ليست دعوى استحقاقية باعتبار أنّ الدّعى الاستحقاقية هي الدّعى التي ترمي إلى استحقاق حقّ عيني والكشف عنه، بل إنّها دعوى تحمي الانتفاع الفعلي للعقار أي الاستعمال والاستغلال والتّصرّف، ولكن ليس أيّ انتفاع بل انتفاع المالك المرسم، وهذا ما جاء بقرار الدوائر المجتمعّة عدد 11428 المؤرخ في 13 ديسمبر 1985 حين أكّدت أنّ شغب الفصل 307 " هو كلّ أمر ينجرّ عنه رأساً ومن نفسه أو بطريق الاستنتاج دعوى مخالفة لحوز الغير أو ملكيته المسجّلة،" ولمّحت إلى الفوارق الكبيرة " في الأساس القانوني أو السبب القانوني لكلّ منهما (أي دعوى الفصل 307 م.ح.ع ودعوى الفصل 54 م.م.ت)، فالأولى سببها القانوني حقّ الملكية نفسه للعقار المسجّل والثّانية سببها الحوز للعقار غير المسجّل.⁵⁵³ معنى ذلك أنّ دعوى الفصل 307 هي فعلاً دعوى حوزيّة ولا يمكن اعتبارها بالمرّة دعوى استحقاقية ولكنّها دعوى تختلف عن الدّعى الحوزيّة الواردة بمجّلة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة.

ونتيجة لذلك لا يحقّ لغير المرسم ممارسة الدّعى، ولا يلجأ إلى الآجال الواردة بمجّلة المرافعات، ولا يمكن " تطبيق أحكام الفصل 54 م.م.ت لتعلّق النزاع بعقار مسجّل،"⁵⁵⁴ ولا فائدة ترجى من التّوجّه على العين أو سماع البيّنة لأنّه مهما كانت نتيجة شهادة الشّهود لا يمكن بحال أن ترتقي إلى مستوى بيانات السّجلّ، وعادة ما يُكتفى بتكليف خبير لتطبيق الوثائق المقدّمة، ويكون الفیصل في ذلك بيانات السّجلّ العيني. فقط أنّه في صورة إذا كان النزاع بين الورثة أو بين طرفين خارج دائرة الغير، وهي صورة السّلف والخلف سواء كان عامّاً أو خاصّاً، فإنّه يلجأ في مثل هكذا صور إلى بيانات السّجلّ ومحتوى الكتائب غير

⁵⁵³ قرار الدوائر المجتمعّة عدد 11428 المؤرخ في 13 ديسمبر 1985 نشرته محكمة التعقيب 1985،

ج 2، ص 371.

⁵⁵⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 35457 مؤرخ في 15 فيفري 1995 نشرته محكمة التعقيب 1995، ص

المرسمة لبيان طريقة الفصل، كنتيجة لموقف المشرع التونسي في جعل أثر الترسيم، ولزمن قريب كما تقدّم، ينحصر في معارضة الغير، لكنّه لا يعتدّ بتاتا بمسألة وضع اليد. وبعد أن تخلّى المشرع عن الأثر الاحتجائي للترسيم وتبنّى مفهوم الإنشاء كما تقدّم، فإنّه لا يمكن الاعتماد إلّا على بيانات السجلّ وتقصى جميع الكتائب غير المرسمة التي يرتبط بها مجرد حقّ شخصي باعتبار أن وجود الحقّ العيني يبقى رهين الترسيم. ولا يمكن للمحكمة تبعا لذلك أن تستجيب لطلب المدعي في إثبات حوزة، بل كان عليه أن يحتجّ بما شاء من الكتائب لإثبات أن نظام السجلّ العيني يمكنه من ادعاء الملكية في جزء معيّن أو في مناب معيّن حتّى تقضي المحكمة نهاية بحماية هذا الحقّ. كما لا يمكن اللجوء إلى مبدأ التفريق بين الدّعى الحوزيّة والدّعى الاستحقاقية للقول بضرورة حماية الحوز لأنّ الفصل 307 سابق الذكر لا يميّز بين هذا وذاك، ثمّ إنّ تمييز لا يتماشى مع أحكام مبادئ السجلات العينية التي تجعل الحقيقة الوحيدة في بيانات السجلّ، فالحقّ الذي يجب أن يُحمى هو الحقّ المرسم لا غير، بصرف النظر عن واقع الشيء وحقيقته⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵ وحقيقة هذا التوجّه كانت إلى درجة عالية من التأثير إلى أن خصّص جانب من الفقه والقضاء قاضي الناحية بالنظر في جميع القضايا المتعلقة بعقار مسجلّ سواء كانت لطلب الإخراج لعدم الصّفة أو لطلب الخروج من عقار مسجلّ أو لكفّ الشّعب. قرار تعقيبي مدني عدد 1779 المؤرخ في 1 أفريل 1975 نشرته محكمة التعقيب، ج 1، ص 182 " إذا أسست الدّعى على طلب كفّ الشّعب والخروج من محلّ الدّاعي فالقيام لا يكون إلّا أمام حاكم الناحية المختصّ طبق الفقرة الأخيرة من الفصل 307 م.ج.ع.". قرار تعقيبي مدني عدد 4689 مؤرخ في 3 جوان 1980 نشرته محكمة التعقيب 1980، ج 1، ص 147 " يعدّ من أنظار حاكم الناحية كلّ دعوى ترمي إلى صدّ المالك في التصرف في ملك مسجلّ سواء وقع التعبير عنها بطلب الخروج للاستيلاء على عقار مسجلّ أو طلب الخروج لعدم الصّفة أو كفّ الشّعب عنه لأنّ عبارة الفصل 307 م.ج.ع لم تقتصر على كفّ الشّعب بل قالت بالشّعب الحاصل في الانتفاع وهو وصف لا يوجد في الدّعاوى الحوزيّة." بل ذهب البعض إلى حدّ القول بتدخل حاكم الناحية استعجالياً للقضاء بالخروج لعدم الصّفة، وأكدت محكمة التعقيب أنّه يختصّ ".... بالنظر في دعاوى كفّ الشّعب الحاصل في الانتفاع بعقار مسجلّ مهما كانت الصيغة التي رفعت بها" قرار تعقيبي مدني عدد 1729 مؤرخ في 26 فيفري 1980 نشرته محكمة التعقيب 1980، ج 1، ص 50. وكان اقتناع المشرع بهذا التوجّه إلى درجة جعلته يقر ضرورة إضافة فقرة سادسة للفصل 39 م.م.ت في بيان الحالات التي يتدخل فيها حاكم الناحية استعجالياً " سادسا: كما يتولّى النظر استعجالياً حسب اختصاصه في دعوى الخروج من العقارات المسجلة." إلّا أنّ هذه الفقرة ألغيت أخيرا بموجب تنقيح 1986 بحكم التأويلات المتناقضة التي تسببت في ظهورها، حيث رأى البعض إمكانية النظر استعجالياً في حالة الخروج لعدم دفع معالم الكراء. وإذا كان النظر استعجالياً لا يطرح جملة من النقاشات باعتبار حدود تدخل حاكم الناحية في ذلك نصّا، فإنّ النظر في دعوى الخروج من العقار المسجلّ لا يبدو أنّه مستقلا عن دعوى كفّ الشّعب إذا اعتبرنا أنّ الفصل 307 م.ج.ع وضع لحماية المالك المرسم لا غير.

تلك هي حقيقة النظام، وكانت الأمور من البيّنات إلى درجة أنّ النظام الاسترالي لم يأخذ على عاتقه عناء الإشارة إلى مثل هكذا مواضيع، كما تخلّى المشرّع التونسي عن جميع الأحكام الخاصّة بالحوز بموجب أمر 15 مارس 1892 بعد أن أوردتها بالقانون العقاري الصادر سنة 1885 لإدراكه أنّها لا تتماشى مع أحكام العقارات المسجّلة⁵⁵⁶. وأوجد سنة 1942 نصّا خاصّا في الاعتداء على العقارات المسجّلة⁵⁵⁷. فقد تتوفّر شروط الحوز مجتمعة فتكون مستمرة وهادئة ومشاهدة وبدون التباس ومع ذلك لا يمكن حماية هذا الحوز بعيدا عن بيانات السجّل، الأمر الذي دفع جانبا من الفقه والقضاء إلى الخروج عن هذه الحقيقة والتّمّص من ضغط أوامر السجّل العيني ويقول بضرورة فصل الدّعى الحوزيّة حتّى لو كان العقار مسجّلا، لكنّ هذا الاتجاه لم يحافظ على تناسقه وأدّت طبيعة التّوجّه إلى ظهور عدّة حلول تطبيقية كثيرا ما تكون متناقضة.⁵⁵⁸ وأقلّ ما يقال فيها إنّها أسوأ من الحقيقة.

ب- حدود الحلول التّطبيقية في حماية الحوز

يحاول البعض القول بالتّطابق بين الدّعى الحوزيّة الواردة بمجلة المرافعات المدنيّة ودعى الفصل 307 م.ح.ع باعتبار أنّ كلا الدّعويين عبارة عن دعوى عينيّة تتعلّق بحماية عقّار، ولا فرق يذكر بين الشّعب الواردة أحكامه بالأولى والانتفاع المذكور بالثاني، ويعود الاختصاص لقاضي النّاحية في كلاهما، وأنّ التّشابه بينهما عميق الأسس نظرا لوحدة الطّبيعة القانونيّة ووحدة الشّعب وتوحّد مرجع النّظر. ولا يمكن فهم الفصل 307 م.ح.ع إلّا في اتّجاه توسيع مرجع نظر قاضي النّاحية في النّظر في دعاوى الحوز المتعلّقة بعقّارات مسجّلة.⁵⁵⁹ ثمّ إنّّه

⁵⁵⁶ ألغى أمر 15 مارس 1892 الفصول 300 إلى 341 المتعلّقة بالحوز.

⁵⁵⁷ أمر 11 جوان 1942 المنقّح بموجب أمر أبريل 1945.

⁵⁵⁸ Slaheddine Mellouli :Les troubles anormaux du voisinage entre la loi et la jurisprudence RTD, p. 178.

Martineau : Les actions possessions et la nouvelle loi foncière en Tunisie J.T.T, 1896, p. 422.

⁵⁵⁹ Channoufi Lassaad :La protection juridique de la possession immobilière, DEA privé, Faculté de droit et des sciences politiques Tunis 3 1991-1992, p. 90.

أمام جمود الرّسوم العقاريّة وتعدّر إدراج المحرّرات لسبب ما، كثيرا ما يطالب البعض بضرورة فرض نوع من الحماية لفائدة الحائزين الفعليين، ولا يمكن أن يكون ذلك إلاّ بواسطة الدّعى الحوزيّة سواء لطلب كفّ الشّغب أو لاسترداده في حالة افتكاكه أو حتّى لطلب إيقاف الأشغال. ويبدو أنّ محكمة التّعقيب قد أخذت هذا الاتجاه في عدّة مناسبات وقرارات غير منعزلة،⁵⁶⁰ بل إنّ محكمة التّعقيب ذهبت سنة 1989 بدوائرها المجتمعة إلى إمكانية إرجاع الحوز المفتك بالقوّة وإن كان العقار مسجّلا.⁵⁶¹ وهناك رأي مستقرّ وهو أنّ المحكمة بإمكانها أن تتدخل في حالة عدم قسمة العقار المسجّل وخضوع العقار لحوز البعض دون الآخر، بل إنّ محكمة التّعقيب كثيرا ما تؤيّد حماية أحد الشّركاء فيما استقلّ به من مساحة قبل القسمة ولو كان العقار مسجّلا " حيث إنّ ملكيّة المعقّب لمناب مشاع لا يحول دون الانتفاع بمساحة محدّدة من العقار وهو الحقّ المخوّل لباقي الشّركاء طالما أنّ صفة الاشتراك في الملكيّة لا نزاع فيها وأنّ القسمة لم تتمّ بعد. "562" وطالما ثبت أنّ العقار المسجّل لم تقع قسمته بين المستحقّين ولم يتحدّد مقسم كلّ شريك وأنّ الاشتراك يفرض التّساوي في الحقّ ولا يحقّ تبعا لذلك لأحد الشّركاء أن يطالب شريكه برفع يده عمّا هو في حوزة.⁵⁶³

⁵⁶⁰ قرار تعقيبي مدني عدد 1890 مؤرخ في 19 أكتوبر 1982 نشرية محكمة التّعقيب 1982، عدد 4 ، ص 231.

قرار تعقيبي مدني عدد 7791 مؤرخ 21 مارس 1983 (غير منشور)، مجلة الحقوق العينية تعليق عبد المنعم عبود، ص 381.

" دعوى الشّغب في العقار المسجّل ليست بدعوى شخصيّة... بل هي مثل الدّعى الحوزيّة تخضع للفصل 307 عيني مادام العقار مسجّلا وتخضع من جهة أخرى للقواعد الواردة بالفصل 51-54-55 م.م.ت....."

قرار تعقيبي مدني عدد 20192 مؤرخ في 20 نوفمبر 1990 نشرية محكمة التّعقيب 1990، ص 102.

⁵⁶¹ قرار تعقيبي جزائي عدد 29976 مؤرخ في 8 ديسمبر 1989، مجلة القضاء والتّشريع، عدد 1، 1992، ص 99.

⁵⁶² قرار تعقيبي مدني عدد 17427 مؤرخ في 15 أكتوبر 2002 نشرية محكمة التّعقيب 2002، ص 228. وكذلك قرار تعقيبي عدد 3595 مؤرخ في 26 جانفي 1982 نشرية محكمة التّعقيب 1982، عدد 2، ص 291.

⁵⁶³ قرار تعقيبي مدني عدد 9526 مؤرخ في 19 جوان 2001 نشرية محكمة التّعقيب 2001، ص 155.

والغريب أنّ هذا الاتجاه، وباستثناء حالة افتكاك الحوز بالقوة التي لا ترتبط أصلاً بطبيعة العقار إن كان مسجلاً أو غير مسجل⁵⁶⁴، يبرّر عادة بمقولات قد لا تتناسق مع أحكام الشّهر العقاري، فيستدلّون بدايةً بأحكام النسخ الواردة بالفصلين 542 و 533 م.أ.ع للقول بأنّ الفصل 307 م.ح.ع لم ينسخ الأحكام الواردة بمجلة المرافعات المدنيّة، بل جاء لتوسيع مرجع نظر قاضي الناحية.⁵⁶⁵ ولا يرون مانعاً في تطبيق فصول مجلة المرافعات المدنيّة حتّى لو أدّى الأمر إلى دفع المعنيّين إلى التّقاعس في اتّجاه عدم إتمام ما يلزم لإدراج الكتائب بالسّجل، حيث إنّ أسباب الجمود أعمق بكثير من هكذا سبب. ثمّ إنّّه ليس من العدل أن تُحمى الملكيّة المرسّمة والحال أنّ الحوز الفعلي بيد الغير.

وعليه تقوم صفة القيام على معنى الفصل 19 م.م.ت بجانب واضح اليد والشّريك الحائز والحائز بواسطة، وبحقّ لمن توفّرت بحوزه جملة الشّروط الخاصّة بالدّعوى الحوزيّة المبينة بالفصل 54 وما بعد من م.م.ت أنّ يدّعي الحماية. ويطلب من قاضي النّاحية إجراء التّوجّهات اللازمة وتلقّي البيّنة وأن لا يكتفى بأعمال الخبير وبمنطوق التّتّصيصات مهما كان مصدرها. وعلى المدّعي إثبات

⁵⁶⁴ كان من المشهور لدى رجال القانون أن دعوى استرجاع الحوز المفتكّ بالقوّة تتوفر إذا ما انتقل الحوز للغير بالقوّة. ولا يشترط أن يكون العقار مسجلاً أو غير مسجل كما لا يشترط أن تكون قوّة مادّيّة، بل يكفي أن تكون قوّة معنويّة انتهت إلى خروج العقار من أيدي الحائز. فقد يأتي الغير تصرفات مادّيّة عنيفة من شأنها حرمان الحائز من الحوز كما في صورة الاعتداء بالعنف الشديد، ولكنه من الممكن أن يوهّم الغير الحائز بحقه على العقار ويأتي طرقاً احتماليّة تنتهي بخروج العقار من الحائز أو أن يستعمل وسائل تنتهي بقهر إرادة الحائز دون أن يسلّط عليه الاعتداء. ففي جميع هذه الصّور، سواء كان الاعتداء مادّيّاً أو معنويّاً، يمكن طلب استرجاع الحوز المفتكّ بالقوّة، وتتميّز هذه الدّعوى بأنّها تمكّن من الطّلب سواء أمام القاضي الجزائي أو القاضي المدني، حيث إنّ افتكاك الحوز بالقوّة يمثّل في نفس الوقت جريمة على معنى الفصل 255 م.ج. فيحال المظنون فيه على القاضي الجزائي لتسليط العقوبة، ويمكن كذلك نشر قضيّة مدنيّة مستقلّة أمام قاضي النّاحية لطلب استرجاع الحوز، حيث نصّ الفصل 55 م.م.ت على أنّه "إذا وقع افتكاك الحوز بالقوّة فالذي افتك منه له القيام لدى المحكمة الجزيّة بطلب غرم ما حصل له من الضرر واسترجاع حوزه أو القيام لدى المحكمة المدنيّة بطلب ذلك". وسار فقه القضاء على اعتبار أنّ جريمة افتكاك حوز بالقوّة تتوفّر إذا ثبت وضع اليد من ناحية وإفثاكه من ناحية أخرى باستعمال القوّة الماديّة أو الأدبيّة. وحيث إنّ مجرد الحرائة في مغبّة الحائز أو مجرد تجاوز حدود الحوز لا يقيم الدّليل على توفّر ركن القوّة بل المقصود بذلك قهر الذات والإرادة وإخضاعها بشكل لا إراديّ للتخلّي عن الحوز. وما يميز جريمة افتكاك الحوز بالقوّة عن بقية الدّعاوى الحوزيّة في كفّ الشّغب وإيقاف الأشغال هو ذلك العنصر في القوّة الماديّة أو المعنويّة.

والمخلص من ذلك أنّ علّة جريمة افتكاك الحوز بالقوّة هي حماية الأمن العام والتعرّض لاعتداء الغير اللامشروع، وليس لتقوم مقام بقية الدّعاوى الحوزيّة. فما يؤخذ هو ذلك التصرّف القسديّ اللامشروع في ضمّ الحوز بوسائل مادّيّة أو وسائل أدبيّة يستشفّ فيها القهر والتّعسف وتهدف إلى جعل الحائز يترك حوزه.

⁵⁶⁵ Slaheddine Mellouli, op.cit., p.178.

دعواه بإقامة الدليل على حوزة طيلة سنة بصرف النظر عن مضمون الكتاب، باعتبار أن الدعوى الحوزية تقوم على مبدأ حرية الإثبات، بل إنه لا يمكن الاحتكام في هذه الدعوى إلا إلى مسألة البيّنة وتسقط وسائل الإثبات الأخرى، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة، وتنطبق بالتالي جميع الضوابط في سماع البيّنة المبيّنة بالفصول 92 وما بعد م.م.م.ت. ويجد هذا التوجّه أساسه في التمييز بين الدعوى الحوزية والدعوى الاستحقاقية، ذلك أن الدعوى الحوزية ترتبط بوضع اليد بعيدا عن مسألة الملكية، فلا يمكن بالتالي إسقاط هذا التمييز حتى لو تعلّق الأمر بعقارات مسجلة، بل إن الفصل 57 م.م.م.ت منع القاضي من الخوض في أصل الحق الاستحقاقي، والهدف من جميع ذلك هو حماية الحوز في حدّ ذاته، فلا حجة في إسقاط الهدف بمجرد تسجيل الأرض.⁵⁶⁶

وواضح أن هذا الاتجاه، وإن كان يستجيب لمصالح واقعية، جاء كردّ عن الآثار السلبية في إقصاء الواقع من دائرة مجال تدخّل السجلات العينية، لأنّه كثيرا ما تكون العقارات المسجلة بيد أطراف ليس لهم أية علاقة بمضمون التّصيصات، وقد يرتقي حوزهم إلى درجة من الصّفاء والوضوح إلى درجة تجعل العامة معتقدين في صحّة حوزهم. لكنّ هذا الاتجاه وإن اعتمدته محكمة التّعقيب في عدّة قرارات، ويجد من يدافع عنه، يؤدّي إلى مزيد تهميش أصل النّظام، فما هو الرّدّ إذا أثبت المدّعي حوزة طيلة مدّة معيّنة حوزا متواصلا وهادئا ومشاهدا وبدون التّباس، وكان العقار مرسّما باسم المدّعي عليه ؟ وما كان من الممكن إطلاقا القضاء بكفّ شغب الثّاني عن الأوّل، وكان من المنتظر أن يحاكم الأوّل من أجل الاعتداء على عقار مسجّل، فكيف يمكن القول بالحماية والجزاء في نفس الوقت ؟ إنّ الدعوى الحوزية القائمة على أساس أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية لا تتماشى أصلا مع أهداف السّجلّ العيني القائم أساسا على فكرة إقصاء الواقع. بقي أنّ الدعوى الحوزية لا تقصر فحسب في حماية الحوز، بل إنّ دعاوى الحيّزة لا تسمع مطلقا في اكتساب الحقّ العيني.

⁵⁶⁶ ومن نتائج هذا التّوجّه هو الفصل بين كفّ الشّغب والخروج لعدم الصّفة، وينعقد اختصاص حاكم النّاحية في قضايا كفّ الشّغب فحسب أمّا طلب الخروج من عقار مسجّل سواء أصليا أو استعجاليا لا يمكن أن ينعقد إلا أمام المحكمة الابتدائية صاحبة الاختصاص الشّامل عملا بأحكام الفصل 40 م.م.م.ت.

الفقرة الثانية: قصور دعاوى الحيازة في اكتساب الملكية

فرغم أنّ الحيازة لها من الأدوار ما يتعدّد ومن الأهمية ما يذكر (أ)، إلا أنّ نظام السجلات العينية يسقط هذا الدور (ب)، وفي ذلك عدّة آثار سلبية.

أ- أهمية الحيازة في تنمية الحياة الاقتصادية

يعتبر الحوز من أقدم المفاهيم التي كرّسها القانون الروماني واعتمدته التشريعات اللاحقة في كسب الحقّ العيني⁵⁶⁷. فبعد أن كان القانون الروماني يفرّق بين حوز الأشياء المادية *possessoire* والحوز الذي يرد على الحقوق العينية أو ما يعرف بحوز الحقّ أو شبه الحوز *possessio juris*، انتهت المجلة المدنية الفرنسية سنة 1804 إلى إسقاط التمييز بينهما. ورغم أنّ القانون العقاري التونسي لسنة 1885 اعتمد الباب الثالث عشر في الحوز إلا أنّه ألغي بموجب أمر 15 مارس 1892، وسار التطبيق على اعتماد أحكام الفقه المالكي بحكم اختصاص المحاكم الشرعية في النظر في الدعاوى الاستحقاقية في ذلك الوقت⁵⁶⁸. واقتصرت مجلة الإجراءات سواء الصادرة سنة 1910 أو الصادرة سنة 1959 على تنظيم الدعوى الحوزية، إلى أن صدرت مجلة الحقوق العينية سنة 1965 ليتمّ تنظيم أحكام التقادم بصفة نهائية، وجاءت منظّمة بخمسة عشر فصلا انطلاقا من الفصل 38 منه. وأهمّ ما جاء فيها أنّ الحيازة أصبحت سببا من أسباب الملكية، وقد كان الفصل 22 م.ح.ع صرّح بأنّ التقادم سبب من أسباب الملكية، بل إنّ الحيازة يمكن أن تؤدي إلى اكتساب الملكية بوصفها الحقّ العيني الأصلي وكذلك الحقوق العينية الأخرى أي الحقوق المتقرّعة عن الملكية مثل حقّ الانتفاع وحقّ الاستعمال وحقّ السكنى وغيرهما، فقط أنّ الحقوق العينية التبعية (أي الرهن والامتياز) لا تقبل الحيازة بطبيعتها. فمن " حاز عقّارا أو حقّا عينيا على عقّار مدّة خمسة عشر عاما بصفة مالك حوزا بدون شغب مشاهدا

567 عبد الرزاق السّهوري: المجلّد التاسع في أسباب كسب الملكية، المرجع السّابق، ص 783 وما بعد.

مصطفى محمّد الجمّال: نظام الملكية، المرجع السّابق، ص 255.
نبيلة الكراي: حائز العقّار، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية بتونس 2001-2002.

568 الشيباني بنبلغيث: النظام القضائي في البلاد التونسية، المرجع السّابق، ص 74.

مستمرًا وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكية العقار أو الحق العيني بوجه التقادم.⁵⁶⁹

وبعدّ الحوز سيطرة فعلية وهو بذلك واقعة مادية، " فهو سيطرة لشخص بنفسه أو بواسطة على حقّ أو شيء،"⁵⁷⁰ ومن صفاته الاستمرار والمشاهدة والهدوء والوضوح، أي أن يمارس في الأوقات المفروضة ولا يكون خفيًا وتتدفى عنه المنازعة والمشاعبة ولا يلتبس الأمر في شأنه. ورتّب المشرّع على هذه الواقعة أثرًا هامًا شرط مرور الزمن المحدد، ويكون الحوز بذلك قرينة قانونية على الملكية، أي أنّ يتوقّر الأجل المفروض سواء خمسة عشر كأجل عام أو ثلاثين سنة بين الورثة أو عشر سنوات إذا توقّر السند الصحيح. وإذا بقي الحوز على تلك الصفة في أجله مع إمكانية أن يضمّ الحائز إلى حوزة حوز ما انجرّ منه الحقّ بجميع صفاته وأن لا يحوز خلافا للسند الذي بيده قامت القرينة على الملكية، على أنّ الحوز السابق مع الحوز الحاضر قرينة على الحوز في المدة التي بينهما. ويبقى التقادم المكسب خاضعاً لأسباب التعليق الواردة بمجلة الالتزامات والعقود، ولا يمكن أن تنقطع مدة التقادم إلا بالصّور الواردة بالفصل 52 م.ح.ع.⁵⁷¹ ونذكر أنّ القرائن القانونية تعدّ في نهاية الأمر طريقة خاصة في إثبات الحقّ.

والمعنى في جميع ذلك أنّ الحياة تقتنر بامتداد يد الإنسان لترتبط بالأرض وهي صورة من صور العمل اليومي للبشر ولا شكّ في أنّ منتهى هذا العمل هو تراكم الإنتاج و تقتنر الحياة بذلك بمظاهر التنمية الاقتصادية. فلا قيمة لحقّ مضمّن برسم ويبقى خارج إطار الاستغلال. فالحياة هي العمل والشغل والاستغلال والنشاط وما شابه ذلك من الألفاظ. وما أحوجنا إلى نظام يدفع في هذا الاتجاه. ولا غرابة في أن يعتمد هذا التنظيم في جميع الأنظمة المقارنة نظراً

569 الفصل 45 م.ح.ع

570 الفصل 38 م.ح.ع

571 نصّ الفصل 52 م.ح.ع على ما يلي: "لا تنقطع مدة التقادم المكسب إلاّ: أولاً بالقيام لدى المحكمة المختصة ولا تأثير للانقطاع إذا رفضت الدّعى شكلاً أو أصلاً أو وقع الرجوع فيها أو حكم بسقوط الخصومة. ثانياً: أو بإقرار الحائز بحقّ من كان التقادم جارياً ضده."

لنفعه المحض ونتائج المحققة. وأمام تدافع النظرة الرأسمالية والنظرة الاشتراكية للملكية قامت الوظيفة الاجتماعية للملكية، فأصبحت الملكية لا تبرز إلا بقدر النفع الذي تبقى، وهذا هو توجه المشرع التونسي، وقد رفع مؤتمر المصير المنعقد ببزرت في شهر أكتوبر سنة 1964 شعار " الأرض لمن يخدمها " كأحد أهم العناصر التي تقوم عليها حركة التنمية الاقتصادية⁵⁷². ولهذا الحد يمكن إدراك أهمية الحوز، فكله خير، والأغلب أنه يفوز على مفهوم الملكية في حد ذاته، فالحوز لا ينبنى إلا على السيطرة الفعلية للعقار دون التصرفات القانونية التي تظل مرتبطة بالملكية كأحد عناصرها الأساسية. ويمكن القول حينئذ إن الاعتراف بالحياة فيه حماية للعاملين والنشطين، في حين أن استبعاد الحوز هو إسقاط لعنصر هام في الحياة الاقتصادية.

ولنعلم أن الحياة، وعلى عكس ما يعتقد بعض الدارسين، لها أهمية كبرى بالفقه الإسلامي⁵⁷³، حيث إنها تقترب بكسب الملكية، ويسقطها تسقط الملكية. فلا يمكن أن يعترف لمن قام بالتحجير فحسب بحق الملكية، أي من قام بوضع علامات تحديدية فقط، بل لابد من الإحياء أي الزراعة والسقي والبناء والإنتاج حتى يصح القول بالملكية، ولهذا الغرض تقترب الملكية بالحياة الفعلية، فمن " أحياء مواتا من الأرض فهي له وليس لعرق ظالم حق "، فلا يدخل المرء على حوز أخيه بل يطالب بإحياء الأرض الموات أي الأرض الخالية غير المملوكة والبعيدة عن العمران. وهي نفس الفلسفة التي تمسك بها الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالنسبة إلى أراضي الإقطاع والموات، فلا يحق لشخص أن يتمسك بملكية عقار مادام قد أهمل خدمته، ولعل ذلك يذكرنا بالواقعة الشهيرة لبلال بن الحارث الذي نزل بأرض أقطعه إياها الرسول الكريم، لكنه أهمل

572 محمد الحبيب بون: الملكية وظيفية اجتماعية مجلة القضاء والتشريع 1967، ج 1، ص 9.

573 محمد عبد الجواد محمد: ملكية الأراضي في الإسلام، المطبعة العالمية، 1971، وخاصة عدد

162، ص 149. وانظر بصفة عامة لنفس المؤلف، الحياة والتقدم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، منشأة المعارف الإسكندرية 1977.

خدمتها، فكان عزم عمر بن الخطاب انتزاعها وتقسيمها على المسلمين رغم معارضته⁵⁷⁴.

وبهذا المعنى ترتبط الحيابة بالملكية بل هي الملكية في حد ذاتها أو قل إنها تدلّ على الملكية. وسواء كانت الحيابة قرينة على الملكية أو الملكية في حد ذاتها فهي الدافع على الإنتاج والنفع والنشاط، ولا شك في أنها لو كانت السبب الوحيد في اكتساب الملكية لتحركت الأيدي والعقول في اتجاه الارتقاء بالعمل الفلاحي وانخراط العقار بالحركة الاقتصادية، ليس بوصفه قيمة مالية بل بقدر إنتاجه وثروته. غير أن نظام السجلات العينية وبحكم قداسة الحق المرسم ألغى العمل بالحيابة بوصفها مصدرا من مصادر الملكية.

ب- أثر إقصاء الحيابة في اكتساب الملكية

القاعدة أن التقادم لا يسري على الحقوق المرسمة، فلا عمل على الحوز مهما كانت طبيعته ومهما طالت مدته، وهي قاعدة هامة أوردها نظام " تورنس " واعتمدها المشرع التونسي بموجب تنقيح 15 مارس 1892 عندما ألغى العنوان الثالث عشر المتعلق بالتقادم.⁵⁷⁵ ووردت نهاية بالفصل 307 م.ح.ع: " لايسري مرور الزمن على الحق المرسم . وليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طالت مدته. " ورغم التنقيح الذي أدخله المشرع على تنظيم هذا الفصل بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 إلا أن مضمونه بقي على حاله دون تغيير. وكم ذكرت محكمة التعقيب بهذا المبدأ، بل إنها تحدّثت عن حرمة العقار المسجل⁵⁷⁶. ولم يرد في ذلك استثناء عدا صورة الفصل 180 م.ح.ع " إذا رتب مالك عقارين منفعة لأحدهما على الآخر تقوم هذه الحالة الواقعية مقام

574 الهادي سعيد، المرجع السابق، ص 78.

575 Note sous la loi du 1 juillet 1885, code annoté de la Tunisie, op.cit., p. 928 « La loi du 15 mars 1892 , qui a abrogé les articles 300 à 341 de la loi de 1885 sur la prescription et la possession , a produit ce résultat :qu'aucune prescription ni aucune possession juridique ne pourront désormais se produire sur tout ou partie d'un immeuble immatriculé.... ».

576 قرار تعقيبي مدني عدد 3404 مؤرخ في 8 فيفري 1982 مجلة القضاء والتشريع 1982، عدد 1، ص 299.

الكتب ويتكوّن من ذلك حقّ ارتفاق." ويجري حكم هذه الفقرة ولو كان العقار مسجلاً. ولا يمكن التمييز حسب البعض⁵⁷⁷ بين التّرسيمات المترامنة والتّرسيمات الإداريّة اللاحقة ليكون إلغاء التّقدّم أقلّ وقعا في المتأخّرة عن المتقدّمة، بمعنى أنّه يحقّ لمن تحوّر بالعقار بناء على سند صحيح أن يرفع دعواه لطلب التّشطّيب ضدّ سيّء النّيّة. وإذا كان المشرّع قد فرق بين الحالتين فليس للحوز علاقة بذلك، بل هي صورة وحيدة يجب الاعتراف بها بنظام السّجلات العينيّة، وهي أنّ التّقدّم يفقد مفعوله، وما إمكانيّة طلب التّشطّيب إلّا للنزول بالقوّة الثبوتية للتّرسيمات في حدّ ذاتها، ويبقى أساس الطّلب بعيدا كلّ البعد عن مسألة الحوز. معنى ذلك أنّ الإحداثيات التي يكون الغير قد أحدثها وربّما التّحسينات التي قد يكون أنجزها في مدّة معيّنة لا يمكن بحال أن تشفع للحائز حقّه في ادّعاء الملكية. وقد تكون هذه الصورة سببا في عدّة إشكاليّات ونزاعات خاصّة إذا لم تتوصّل الأطراف المتنازعة إلى حلّ رضائي. وقد بيّن التّطبيق حقيقة، وفي عدّة مناطق من البلاد التّونسيّة، أنّ جانبا من العقارات المسجّلة وخاصّة منها الراجعة بالملكيّة إلى الدّولة وإلى الأجانب أو الأراضي الخاضعة لنظام الملكيّة المشتركة، هي فعلا في حيّزة الغير الذي يعتقد جازما في ملكيّةه العقاريّة رغم وضوح حالتها الاستحقاقية رجوعا إلى تنصيصات السّجل. وإذا وضع المشرّع مبدئيّا جملة من الحلول الخاصّة بملكيّة الأجانب⁵⁷⁸ فإنّ تسوية ملفّات الحائزين لملك الدّولة مازالت تطرح جملة من الإشكاليّات إلى حدّ هذا اليوم⁵⁷⁹.

577 عائدة البكري: الحوز في العقار، المرجع السّابق، ص 105.

578 أبرمت تونس مع فرنسا الاتفاقيات التالية:

- بروتوكول اتفاق بتاريخ 28 أكتوبر 1983.

- اتفاقيتان بتاريخ 23 فيفري 1984، الأولى تتعلق بشروط وإجراءات تحويل ملكية عقارات الفرنسيين المبنية قبل 1956. والثانية تتعلّق باقتناء الدولة التونسية أو من يمثلها لعقارات الفرنسيين الكائنة بولاية بنزرت.

- بروتوكولان ماليان بتاريخ 23 فيفري 1984. وقد صادقت تونس على هذه الاتفاقيات الأربعة بمقتضى قانون عدد 2 لسنة 1985 المؤرخ في 13 فيفري 1985، (الرّائد الرّسمي عدد 14 بتاريخ 19 فيفري 1985، ص 270).

- اتفاق 4 ماي 1989 ويتعلق بتعميم الاتفاق الخاص بينزرت على كامل التراب التونسي. وقد صادقت تونس على هذا الاتفاق بموجب القانون عدد 76 لسنة 1989 المؤرخ في 2 سبتمبر 1989، (الرّائد الرّسمي عدد 60 بتاريخ 5 سبتمبر 1989، ص 1334).

وقد أنشئت للعرض لجنة تجتمع مرتين في السنة لمتابعة أعمال البيع التي يمكن أن تكون طبق إجراءات سريعة أو تدريجية. أما الإجراء السريع فيقتضي اقتناء الدولة التونسية لتلك العقارات للتفويت فيها بعد ذلك للتونسيين وخاصة للمكثري والشاغل عن حسن نية لعقارات الفرنسيين. وهي تتعلق بالمساكن الاجتماعية وذات الاستعمال المهني حسب مقاييس محددة بما في ذلك الأراضي البيضاء التي أخضعها اتفاق 1989 لصنف التفويت التدريجي الذي سيأتي بيانه.

وتقتضي الصورة إحصاء هذه العقارات، وقد قامت الشركة القومية العقارية للبلاد التونسية بذلك، وقدمت عرض شراء أول بتاريخ 19 أبريل 1985 (الرأئد الرسمي عدد 31، ص 600) وعرض ثاني بتاريخ 10 و 13 أبريل 1990 (الرأئد الرسمي عدد 25، ص 516). ويُعلم المالك الفرنسي إذا كان معلوم العنوان وله ثلاثة أشهر للرد. وإذا لم يكن معلوم المقر فله تسعة أشهر من تاريخ الإشهار بالرأئد الرسمي التونسي والفرنسي ولا يكون المالك الفرنسي ملزما بالبيع. وإذا قرر البيع فلا يمكن أن يقع إلا إلى الشركة القومية العقارية للبلاد التونسية. وإذا لم يأت الرد في أجل يؤمن الثمن بصندوق الودائع وللمالك الفرنسي خمسة عشر سنة لسحب المبلغ. وحددت الاتفاقيات طريقة احتساب الثمن، وهو نفسه الذي يجب عرضه على الكاري أو الشاري مع إضافة بعض المصاريف.

أما التفويت التدريجي فيقتضي التعامل المباشر بين المالك الفرنسي والكاري أو الشاغل التونسي دون تدخل من الدولة، وهو يشمل العقارات من الصنف الرفيع والأراضي البيضاء والعقارات ذات الاستعمال المهني. ويبقى المالك الفرنسي خاضعا للتشريع المعمول به أي قانون 27 جوان 1983، فيلزم بإعلام الشاغل مع تحديد الثمن، وللتونسي أجل سنة للتفاوض، وإذا لم يصدر عنه أي جواب أو لم يتفقا، يمكن بيع العقار للغير وبشروط في جميع الصور الحصول على رخصة الولاية. وإذا رفضت الرخصة يمكن الادعاء ولائيا أو قضائيا كما يمكن عرض المسألة على اللجنة. وحتى في صورة تغيير القوانين الخاصة بملكية الأجانب فإن المالك الفرنسي لا يعارض بذلك وهو تطبيق لما يعرف ببند الاستقرار القانوني وعدم المساس بالحقوق المكتسبة. وقد أسندت فرنسا لتونس تشجيعات مالية لإتمام عملية الشراء سواء في وجهها السريع أو التدريجي كما يتمتع البائع الفرنسي بعدة امتيازات جانبية، وله الحق في نهاية الأمر في تحويل أمواله.

هذا وقد انتهى العمل باتفاقيتي 1984 و1989 لغوات أجل سبع سنوات، ويبدو أن العقارات المبنية قبل سنة 1956 لم يقع إحالة جميعها للتونسيين. لذلك قامت الدولتان فرنسا وتونس بتبادل رسائل حول استكمال التفويت في هذه العقارات، كما قامت الدولة الإيطالية بنفس الإجراء. وقد عوضت هذه الرسائل الاتفاقيات المذكورة. وتبادلت فرنسا الرسائل مع تونس بتاريخ 20 أكتوبر 1997 وصادت عليها البلاد التونسية بموجب قانون عدد 104 لسنة 1998 المؤرخ في 18 ديسمبر 1998، كما تبادلت تونس الرسائل مع إيطاليا في 24 جويلية 1999 وتمت المصادقة بموجب القانون عدد 5 لسنة 2000 المؤرخ في 24 جانفي 2000. وتهدف الرسائل في الأساس إلى الإعفاء من الرخص الإدارية والتصديق في الآجال. حيث أعفى الفرنسيون والإيطاليون من رخصة الولاية ورخصة أملاك الدولة شرط إثبات الملكية أو الإدلاء بشهادة ضمان بالنسبة إلى الفرنسيين دون الإيطاليين. كما نصت الرسائل على تطبيق الآجال الضيقة الواردة بقانون 7 جوان 1978 المتعلق بالأولوية في الشراء (شهر من تاريخ الإعلام). فيما يبقى الثمن خاضعا للعرض والطلب. وقد تحصلت تونس للعرض على قرض بنكي من إيطاليا.

يراجع في جميع ذلك، سنية البيّة: الأجنبي وملكيّة العقار غير الفلاحي، المرجع السابق ص 125 وما بعد. على كحلون: القانون العقاري الخاص، المرجع السابق، ص 225 وما بعد. - القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرخ في 27 جوان 1983 منح حق الأولوية في الشراء إلى المتسوّغين والشاغلين عن حسن نية لعقارات على ملك الأجانب المبنية أو المكتسبة قبل غرة جانفي 1956 الرأئد الرسمي عدد 48 بتاريخ 1 جويلية 1983، ص 1952. وقد تمّ تنقيح قانون 1983 مرتين الأولى بموجب القانون عدد 77 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 والثانية بموجب القانون عدد 123 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993.

- القانون عدد 78 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 المتعلّق بضبط شروط التفويت في العقارات المكتسبة من طرف الدولة والخاضعة للاتفاقيات المبرمة بين الحكومة التونسية والحكومة الفرنسية بتاريخ 23 فيفري 1984 و 4 ماي 1989 المصادق عليهما على التوالي بمقتضى القانون عدد 2 لسنة 1985 المؤرخ في 13 فيفري 1985 والقانون عدد 76 لسنة 1989 المؤرخ في 2 سبتمبر 1989. الرأئد الرسمي عدد 56 بتاريخ 9 و 13 أوت 1991، ص 1170.

وإذا كان الواقع لا يمكن أن يحسم إلّا رجوعاً إلى أحكام الفصول 35 و 36 و 37 م.ح.ع فيما يتعلّق بالإحداثيات ورجوعاً إلى أحكام الفصلين 42 و 43 م.ح.ع فيما يتعلّق بالثمار والغلّة فإنّ الصّعوبة تكمن في التّسليم بإمكانية التّفريق بين الغاصب والحائز بشبهة في نظام السّجلات⁵⁸⁰. والأغلب أن تسقط معايير حسن النّيّة⁵⁸¹، ولا أدلّ على ذلك من أنّ الإشهارات التي سبق إبرازها اعتمدت فقط لإعلام الكافة، بل إنّ تنظيم السّجلات في حدّ ذاته هو عمليّة إشهار ويفترض قانوناً أنّ الجميع على بيّنة من التّنصيصات. فلا يقال بعد ذلك إنّ الحائز لم يكن على علم بحقيقة التّسجيل والحالة تلك. والقول بخلاف ذلك يؤدّي بالضرورة إلى إسقاط مبادئ السّجلات العينية، وهي كذلك في معظم الأحيان نتيجة تأويلات أقلّ ما يقال فيها إنّها واسعة نتيجة جملة من التّأثيرات الواقعيّة التي أنكرها النّظام منذ البداية. وعلى ذلك الأساس فهو ملزم بردّ الغلّة وإزالة الإحداثيات أو استرجاع ثمن المواد لاغير وتعويض الأضرار عند الاقتضاء في حالة التّلف والهلاك حتّى في صورة القوّة القاهرة. فلا يمكن للحائز أن يتمسك بالحيازة ولا يمكنه أن يتمسك بحسن نّيّته، والأغلب أن يكون قد استقرّ بالمكان طيلة حياته بل ربّما يدّعي تلقّي الملك عن أجداده وقد يصعب إخراج منه عند الاقتضاء. والأكيد أنّ مثل هكذا صورة تؤدّي بالضرورة إلى حالات اجتماعيّة

⁵⁷⁹ الأمر المؤرّخ في 18 جوان 1918 المتعلّق بالتصرف في أملاك الدولة العقارية الخاصة وتفويتها، وكذلك القانون عدد 25 لسنة 1970 المؤرّخ في 19 ماي 1970 والمتعلّق بضبط كيفية التفويت في أراضي دولية ذات صبغة فلاحية، وكذلك القانون عدد 39 لسنة 1972 المؤرّخ في 27 أفريل 1972 المتعلّق ببيع الأراضي المكتسبة من طرف الدولة وذلك لبناء عقارات ولتهيئة المدن أو توسيعها. غير أن القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرّخ في 13 فيفري 1995 المتعلّق بالعقارات الدولية الفلاحية كما وقع تنقيحه بموجب الأمر عدد 48 لسنة 1996 المؤرّخ في 10 جوان 1996 وكذلك بموجب القانون عدد 11 لسنة 1998 المؤرّخ في 10 فيفري 1998 قد منع التفويت بالبيع في العقارات الدولية الفلاحية إلّا في حالات التسوية والمعاوضة، ولا يمكن استعمال هذه العقارات إلّا بموجب التخصيص أو الكراء أو الانتفاع، لكن ذلك بطبيعة الحال لا يشمل إلّا العقارات الدولية الفلاحية. كما ألغى قانون عدد 21 لسنة 1995 القانون عدد 25 لسنة 1970 المشار إليه أعلاه.

⁵⁸⁰ Said Mohamed : Les constructions sur le sol d'autrui dans le cadre des articles 36 et 37 du code de droit réel, Mémoire pour le D.E.A en droit privé général, 1986-1987.

⁵⁸¹ نبيلة الكراي: حسن النّيّة في المادّة العقاريّة، مذكرة مشار إليها سابقاً، ص 138. "فالتّسجيل يعطلّ حسن النّيّة عن القيام بوظيفته الطّبيعيّة ويجعله مؤسّسة فارغة من أيّ محتوى باعتبار أنّه لن يترتّب عنها أيّ أثر قانوني".

عسيرة، وكثيرا ما يظهر شيئا من ذلك خلال مرحلة تنفيذ الأحكام التي قد تصدر ضدّ الحائز سواء بكفّ شعبه أو لإخراجه لعدم الصّفة.

ولا بدّ من القول من ناحية أخرى إنّ الاكتفاء بالعناصر المرسّمة دون النّظر إلى الواقع أي الحياة الفعلية لا ينفع الاقتصاد في شيء، بل ينمي ظاهرة المضاربة الخالية من كلّ نفع. والمؤسف أنّ نظام السّجلات العينية قام بالأساس على هذه الفكرة، فلم تكن الغاية هي خدمة الأرض وتشجيع الاستثمار الفلاحي. وكانت الغاية الأساسيّة والوحيدة كما تقدّم هي أن يصبح العقار منقولاً ذا قيمة ماليّة وقابلاً للتّداول بالمعنى الرّأسمالي للكلمة، فيمكن أن يباع ويشترى ويهرن، بصرف النظر عن مسألة خدمة العقار التي ظلّت مرتبطة بالنّظام الاقطاعي، الأمر الذي أدّى بالضرورة إلى إهمال الأرض وابتذال حيازتها وخدمتها وانحصرت الأعمال في أعمال المضاربة والتّداول وبالتالي أعمال السمسرة وما شابه ذلك. وكثيرا هي العقارات المسجّلة، ربّما منذ بداية العمل بقانون التّسجيل، بقيت بورا إلى حدّ هذا التّاريخ، لا لشيء فقط لأنّ صاحبها مطمئنّ بحكم قوّة التّنصيصات في الحماية، وأنّ من حاول إحياءها بقي أجنبياً عنها مهما طالّت المدّة، ولم يكن لدعوى الحياة أن تسعفه سواء في حماية حوزة أو اكتساب ملكيّتها. وواضح أنّ التّسجيل العقاري في نهاية الأمر يشجّع على الكسل ويؤدّي إلى منازعة غير متكافئة بين واضع اليد وصاحب الرّسم.

الفصل الثّالث: الإجراءات القضائية في نظام الإشهار العيني

أراد المشرع عن وعي منذ صدور القانون العقاري لسنة 1885 أن تكون إجراءات الإشهار العيني في تونس إجراءات قضائية بتدخل القضاء في تسجيل العقار وتدعم هذا الاتجاه منذ سنة 1992 بإخضاع مراقبة أعمال إدارة الملكية للعمل القضائي وكذلك جميع الإجراءات التي أرادها المشرع في تحيين الرسوم العقارية، فباستثناء ما يتعلق بعمل إدارة الملكية العقارية وإدارة قيس الأراضي فإنّ كلّ الإجراءات تخضع اليوم لمراقبة جهاز المحكمة العقارية. فيسجلّ العقار أول مرة بحكم من المحكمة العقارية ويقام الرسم العقاري، ثمّ يطلب إدراج جميع العمليات القانونية المتعلقة بالعقار بواسطة إجراءات تعرف بإجراءات الترسيم، وإذا رفض الترسيم يمكن الطعن أمام المحكمة العقارية وإذا أصبح الرسم العقاري مجمدا فلا يمكن تحيينه إلا طبق إجراءات استثنائية تباشر أمام ذات المحكمة تسمى إجراءات التحيين. ولذلك كان من الضروري التمييز بين إجراءات التسجيل (المبحث الأول) وإجراءات الترسيم (المبحث الثاني) وإجراءات التحيين (المبحث الثالث).

المبحث الأول: إجراءات التسجيل

إجراءات التسجيل العقاري هي الإجراءات التي تسمح بتسجيل العقار أول مرة بالدفاتر العقارية، وفي ذلك نوعان، تسجيل اختياري وتسجيل إجباري. وقد كان حكم التسجيل باتا لا رجعة فيه، لكنّه انطلقا من سنة 1995 أصبح بالإمكان مراجعة حكم التسجيل، ولم يستقر المشرع على حال، فسرعان ما تخلى المشرع عن إجراءات المراجعة بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الحقوق العينية وأبدلها بإجراء الطعن بالتعقيب⁵⁸². لنبيّن إجراءات حكم التسجيل بنوعيه (الفقرة الأولى) قبل الحديث عن إجراءات الطعن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إجراءات حكم التسجيل

⁵⁸² القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الحقوق العينية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 11 نوفمبر 2008، عدد 91، ص. 3997.

تختلف الإجراءات باختلاف نوع التسجيل سواء كان اختياريًا (أ) أو إجباريًا (ب).

أ- إجراءات التسجيل الاختياري

تتطلب الإجراءات المتعلقة بالتسجيل الاختياري بتقديم المطلب إلى المحكمة المختصة أو الفرع المختص، ويقوم كاتب المحكمة بتضمين هذا المطلب بدفاتر المحكمة، لتباشر بعد ذلك أعمال الإشهار والتحديد التي يتولاها العون الفني أو المهندس المساح التابع لديوان قيس الأراضي. وبعد إتمام الأعمال الفنية يتولى القاضي المقرر بالمحكمة العقارية التحقيق في المطلب والتوجه على عين المكان عند الاقتضاء، ويجرى للغرض جميع الأبحاث الاستحقاقية اللازمة، ويحرر في نهاية الأمر تقريراً يضمه جميع أعماله وأشغاله. ويحال بعد ذلك هذا المطلب بجميع ما تضمنه من أعمال فنية وأبحاث تحقيقية إلى الجلسة لتفتح بالتالي المرحلة الحكمية التي تتطلب هي الأخرى نظاماً معيناً وإجراءات خاصة. ويصدر في نهاية الأمر الحكم بالتسجيل لفائدة الطالب أو المعارضين عند الضرورة، والمعلوم أن لهذا الحكم طبيعة خاصة وآثار جد هامة.

وتبرز هذه الإجراءات انطلاقاً من تقديم المطلب إلى غاية صدور الحكم مدى خصوصية أعمال التسجيل سواء على مستوى تقديم المطلب أو على مستوى أعمال التحديد والإشهار أو على مستوى الأبحاث أو على مستوى الإجراءات الحكمية، وهو ما يبين في نهاية الأمر الطابع الاستثنائي والخاص لهذه المحكمة. لذا تتطلب دراسة إجراءات التسجيل الاختياري الوقوف على أربعة عناصر هامة لإبراز مميزاته، تقديم المطلب (1) وأعمال التحديد والإشهار (2) وأعمال البحث والتحقيق (3) والحكم في مطلب التسجيل العقاري الاختياري (4).

1- تقديم مطلب التسجيل

يطرح مفهوم مطلب التسجيل بداية تساؤلاً على المستوى النظري في غاية من الأهمية ويتعلق بطبيعة مطلب التسجيل مقارنة بالدعوى القضائية. فهل أن مطلب التسجيل يعتبر دعوى قضائية على معنى قانون الإجراءات المدنية؟

والجواب على ذلك ليس بالأمر الهين، حيث تعرف الدعوى القضائية بكونها الإمكانية في طرح النزاع أمام القضاء عموماً بصرف النظر عن الحق الذي تحميه، وتفترض الدعوى وجود نزاع مدني سابق ومصالح مختلفة بشكل يحقق مبدأ المواجهة بين الطرفين. وتختلف الدعوى القضائية بهذا المفهوم عن المطالبة القضائية أي العمل الإجرائي الذي يلجأ إليه المتقاضى عموماً لممارسة حقوقه ويتمثل في عريضة الدعوى التي يبلّغها المدعى إلى المدعى عليه، والخصومة التي يقصد بها عموماً تلك الأعمال الإجرائية التي تقع على امتداد الفترة التي تنطلق بداية من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم. لكن هذه المفاهيم تبدو غريبة مبدئياً عن إجراءات مطلب التسجيل العقاري الذي لا يطرح حقيقة نفس الملاحظات، فقد لا يثير المطلب أي نزاع أو معارضة، وتبقى الإجراءات مجرد أعمال استيفائية ليس لها علاقة بالإجراءات التنازعية و بمبدأ المواجهة، وهو ما يفيد في نهاية الأمر أن أعمال التسجيل العقاري تتطلب إجراءات خاصة، وتحكمها قواعد مميزة لا نظير لها. لكن ذلك لا يعني بالضرورة أن مطلب التسجيل على النحو الموصوف يبقى بعيداً كل البعد عن مفهوم الدعوى في النزاع المدني، بل إن هذه المطالب كثيراً ما تثير معارضات شديدة ويتحقق بالتالي المفهوم العام المعتمد على مستوى الإجراءات المدنية. وبالمقابل فقد ذهب اتجاه ثان إلى القول بأنه رغم خصوصية مطلب التسجيل فلا يجب التفريق بينه وبين نظرية الدعوى، لأن أعمال الإشهار التي يتطلبها عمل التسجيل تعتبر بمثابة الاستدعاء للكافة⁵⁸³.

وإلى جانب هذا التساؤل النظري يطرح تقديم مطلب التسجيل عدة تساؤلات تطبيقية تتعلق بالشروط التي يجب أن تتوفر بشكل المطلب والشروط التي يجب أن تتوفر بالطالب، والشروط التي يجب أن تتوفر بالموضوع، والشروط التي يجب أن تتوفر بالاختصاص.

583 CH. Martineau: De La Force de chose jugée des jugement du tribunal mixte, Journal des Tribunaux de la Tunisie N°7 et 8, 15 - 30 Avril 1897, p. 161 - 167.

-وكذلك مبروك بنموسى: الآثار القانونية لطلب التسجيل. القضاء والتشريع مارس 1999 ص 11

وما بعد.

-الشروط المتعلقة بالشكل: يرفع مطلب التسجيل العادي أي الاختياري كتابة بواسطة تصريح تضمّن به بعض البيانات الضرورية، ويرفق بالوثائق اللازمة، ليتولى كاتب المحكمة في نهاية الأمر إدراج هذا المطلب بدفاتر المحكمة العقارية.

فقد نصّ الفصل 319 من مجلة الحقوق العينية، يوم صدورها، على أنّ كلّ شخص يطلب التسجيل يحزّر تصريحاً على ورق عادي ودون حاجة إلى الطّابع الجبائي⁵⁸⁴، معنى ذلك أنّ المشرّع لم يحدّد مبدئياً شكلاً معيّناً لمطلب التسجيل ويجوز بالتالي اعتماد أيّ وسيلة شرط أن تكون مكتوبة. لكنّ إجراءات التسجيل حثّمت اعتماد شكل محدّد يحترم من طرف جميع الطّالبيين. ولهذا الغرض أعدت وزارة العدل مطبوعة إداريّة موحّدة، ويتولى طالب التسجيل - الذي يحصل على هذه المطبوعة مجاناً من شبّاك كتابة المحكمة - تضمينها بالتنصيصات الوجوبية اللازمة وذلك بعد تحريرها باللغة العربية سواء بطريقة يدوية أو استعانة بالآلة الراقنة. وتتضمّن هذه المطبوعة وجوباً لقب الطّالب واسمه وحرفته وصفته وجنسيّته ومقرّه الحقيقي ومقرّه المختار وبيان الحقّ المطلوب تسجيله وتشخيص العقّار مع بيان قيمته النقدية وقيّمته الكرائية. ويبيّن لغاية تشخيص العقّار وتحديد الاسم المعروف به والاسم الذي سيسجّل به وموقع العقّار أي دائرة محكمة النّاحية والولاية والمعمّدية والبلدية أو المشيخة وإن كان الأمر يهمّ ربعا أي بناء يبيّن النّهج والعدد مساحته الأملاك الملاصقة له مع بيان ألقاب وأسماء وعناوين جميع المجاورين الحاليين والبنّاءات والغروس والآبار والأحواض الموجودة به والسكك الحديدية والطّرق أو المسارب العموميّة التي تخترقه. ويفصّل أخيراً الحقوق العينية الموظّفة على العقّار مع تعيين المستحقّين. ويقدم طالب التسجيل مع التصريح جميع رسوم الملكية والعقود والصكوك العامة أو الخاصة وغير ذلك من الوثائق التي من شأنها أن تعرّف بالحقوق العينية الموظّفة على العقّار. ويجب أن تكون هذه الكتائب مسجّلة بالقباضة

⁵⁸⁴ يراجع القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرّخ في 17 ماي 1993 المتعلّق بإصدار مجلة معاليم التسجيل والطّابع الجبائي. الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة - 25 ماي 1993.

المالية، لكنّها إذا لم تكن كذلك لا يمكن لكاتب المحكمة أن يرفضها ويبقى المجال مفتوحاً أمام القاضي المقرّر ثمّ من بعده المحكمة للمطالبة بتسجيل هذه الكتابات بالقباضة المالية، باعتبار أنّ مجلّة التّسجيل والطّابع الجبائي الصّادرة بمقتضى القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرّخ في 17 ماي 1993 نصّت بفصلها 87 على أنّه لا يمكن للقضاة أن يصدرُوا أحكاماً استناداً على عقود غير مسجّلة. ولا ينسحب هذا الإلزام على العقود التي نصّ بها قابض المالية المؤهل على أنّها لا تخضع للتّسجيل في أجل محدّد. وفي صورة الإدلاء أمام المحكمة بعقود غير مسجّلة ولا تحمل ملاحظة من قابض المالية تدلّ على إعفائها من معالم التّسجيل يأذن القاضي المكلف بالقضيّة بإيداعها بكتابة المحكمة لتتمّ إحالتها فوراً إلى قابض المالية المؤهل قصد تسجيلها. وقد يعتمد الطّالب في مطلبه على الحياة المكسبة، ففي هذه الصّورة لا يلزم بإضافة الوثائق والرّسوم المطلوبة ويطلب منه إحضار البيّنة يوم إجراء البحث الحيازي على عين المكان. وقد يتعذّر على الطالب تقديم الرّسوم منذ البداية كما أن تكون تحت يد الغير. فيعتمد الطّالب في هذه الصّورة إلى إنذاره بواسطة عدل منقذ، فإذا لم يسلمها في ميعادها المقرّر جازت مطالبته بغرم الضرر من جرّاء ما يمكن أن يحصل للطالب من أضرار كما أن يرفض مطلب التّسجيل أو أن يسجّل للغير بصفة عرضيّة أو أن يتأخّر النّظر في مطلب التّسجيل إلى أجل غير معلوم، والوقت بالمال كما يقال⁵⁸⁵. ولهذا الغرض نصّ الفصل 320 من مجلّة الحقوق العينيّة في فقرته الثّانية على ما يلي: " وعلى الغير الذي يكون ماسكاً للرّسوم أو الوثائق المشار إليها أن يقدّمها إلى كاتب المحكمة خلال الثّمانية أيّام الموالية للانداز الموجّه إليه من طرف طالب التّسجيل وإلاّ جازت مطالبته بغرم الضرر وكاتب المحكمة يسلم له وصلاً في ذلك بدون أيّ مصروف". معنى ذلك أن يبادر الغير

⁵⁸⁵ نصّ الفصل 107 م.إ.ع. عل أن " الخسارة الناشئة عن جنحة أوما ينزل منزلها تشمل ما تلف حقيقة لطالها وما صرفه أو لا بدّ أن يصرفه لتدارك عواقب الفعل المضرب به والأرباح المعتادة التي حرم منها بسبب ذلك الفعل وتقدير الخسارة من المجلس القضائي يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تغريراً أو خطأ".

بعد إعلامه من طرف الطالب إلى تسليم الوثائق إلى كاتب المحكمة الذي يسلمه وصلا لإثبات عملية الإيداع عند الاقتضاء⁵⁸⁶.

-الشروط المتعلقة بالطالب: تدخل المشرع أخيرا بموجب القانون عدد 67

لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 ونفّح الفصل 319 م.ح.ع ونص صراحة بالفقرة الأولى منه على أن "إنابة المحامي وجوبية في مادة التسجيل الاختياري"⁵⁸⁷، كما ألغى الفقرة الأخيرة منه والقاضية " بأنّ التصريح أي مطلب

⁵⁸⁶ وبمجرد أن يقدم التصريح والوثائق على الصورة المذكورة، يبادر كاتب المحكمة إلى إدراج المطلب بدفتر تضمين مطالب التسجيل ودفتر الإشهار ودفتر أطوار القضية. ويتضمن دفتر تضمين مطالب التسجيل أعدادا رتيبة، ويسند إلى كل مطلب عددا خاصا به ويحتوي على أسماء الطالبين وهويتهم وصفتهم، ويخصّص للوثائق المقدمة أو المرسلة صفحة كاملة بهذا الدفتر ويذكر بها الطرف الذي قدّمها أو أرسلها وتاريخ التقديم أو الإرسال. على أن تاريخ تقديم المطلب يبقى فارغا بهذا الدفتر إلى حين خلاص جميع المصاريف القانونية المتعلقة بمعلوم النشر ومعلوم التوجه ومعلوم الإشهار ومعلوم قيس الأراضي. وبعد دفعها يدرج كاتب المحكمة تاريخ تقديم المطلب الذي هو تاريخ خلاص المعاليم المذكورة. معنى ذلك أن يتولى كاتب المحكمة تقبل التصريح المذكور ودرجه بهذا الدفتر ويحرص على أن يبقى المكان المخصّص لتاريخ تقديم المطلب بدفتر تضمين مطالب التسجيل فارغا، ويتولى بالمناسبة تحرير المطبوعات المتعلقة بخلاص المعاليم المذكورة ويسلمها إلى الطالب. مع العلم أن كاتب المحكمة العقارية هو الذي يضبط معلوم التوجه ومعلوم النشر حسابا اعتبارا لعدة مقاييس وأهمها المسافة التي تفصل العقار موضوع المطلب عن مكان فرع المحكمة العقارية بالنسبة إلى معلوم التوجه، وثمان العقار بالنسبة إلى معلوم النشر، ويبقى معلوم الرائد الرسمي معلوما قارا، ويتولى ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط تحديد المصاريف الأولية اللازمة على التصريح المقدم إلى المحكمة العقارية. ويبادر طالب التسجيل بالاتصال بالقباضة المالية لغاية تأمين معلوم النشر ومعلوم التوجه ومصلحة البريد لغاية تأمين معلوم الإشهار بالرائد الرسمي وديوان قيس الأراضي لغاية تأمين معاليم الأعمال الفنية، ويعيد الوصلات بعد الخلاص إلى كاتب المحكمة الذي يتولى بعد التأكد من صحة الإجراءات تضمينها وينص على تاريخ تقديم المطلب، الذي يعتبر منطلقا لعدة إجراءات.

وإذا تراجع طالب التسجيل عن رغبته في طلب التسجيل، ورفض تأمين المصاريف المذكورة في أجل معقول يلغى مطلب التسجيل حسب المناشير الصادرة أخيرا عن السيد رئيس المحكمة العقارية، لكنه لا يمكن إعادة استعمال الرقم الذي سبق إسناده إلى المطلب الملغى، تفاديا للأخطاء التي قد تنجر عن اسناد الرقم الواحد إلى ملفين منفصلين.

والى جانب دفتر تضمين المطالب يدرج المطلب كذلك منذ البداية بدفتر الإشهار لمتابعة مراحل الإشهارات التي سيشهدها المطلب ودفتر أطوار القضية لمتابعة أطوار المطلب من البداية إلى غاية صدور الحكم وما بعد صدور الحكم.

والى جانب دفتر تضمين مطالب التسجيل ودفتر الإشهار ودفتر أطوار القضية، يمكّن كاتب المحكمة العقارية على مستوى المرحلة الحكيمة دفتر الجلسات ودفتر المراقبة ودفتر الأحكام التحضيرية، وعلى مستوى مرحلة ما بعد الحكم دفتر التنفيذ ودفتر الارشيف، إضافة إلى دفتر شهادة النشر ودفتر نسخ الأحكام ودفتر التضمين ودفتر المعارضات ودفتر التداخلات.

⁵⁸⁷ الظاهر أنه بقراءة التنقيح الجديد يمكن أن يذهب في الاعتبار أن إنابة محامي أصبحت واجبة بالنسبة إلى جميع إجراءات التسجيل، بما في ذلك تقديم المطلب ومطالب الاعتراض والتدخل، فقد جاءت صيغة الفصل 319 م.ح.ع عامة قولا إن "إنابة المحامي وجوبية في مادة التسجيل الاختياري" خاصة وأن المشرع نص كذلك بالفصل 343 م.ح.ع فقرة ثانية جديدة على أنه " بعد تلاوة التقرير من طرف أحد أعضاء المحكمة يمكن للخصوم أن يقدموا بواسطة محام ما لهم من الملحوظات كتابة أو مشافهة". والحقيقة أن إجراءات التدخل والاعتراض تبقى خارجة عن التنقيحات الجديدة وبالتالي من ضرورة إنابة محامي، فقد أبقى الفصل 324 م.ح.ع على إمكانية أن يقدم المعارض اعتراضه بنفسه لدى كتابة المحكمة أو بواسطة رسائل توجه إلى المحكمة، كما أنه يمكن للعون الفني (الفصل 324 م.ح.ع) وكذلك للقاضي المقرر (الفصل

التَّسْجِيل يَمْضِيهِ الطَّالِب أَوْ نَائِبُهُ وَيُسَلَّم إِلَى كَاتِبِ الْمَحْكَمَةِ الْعَقَّارِيَّةِ الَّذِي يُعْطَى فِيهِ وَصْلًا. وَإِذَا كَانَ الطَّالِبُ غَيْرَ قَادِرٍ عَلَى الْإِمْضَاءِ أَوْ لَا يَحْسَنُهُ فَالْكَاتِبُ مَرْخَّصٌ لَهُ فِي إِمْضَاءِ مَطْلَبِ التَّسْجِيلِ نِيَابَةً عَنْهُ⁵⁸⁸، وَأَصْبَحَتْ بِالتَّالِي إِنْابَةً الْمَحَامِي وَاجِبَةً فِي تَقْدِيمِ مَطْلَبِ التَّسْجِيلِ الْإِخْتِيَارِيِّ، وَلَا يَحِقُّ لِغَيْرِهِ تَقْدِيمُ الْمَطْلَبِ وَيُفْرَضُ عَلَى الطَّالِبِ تَكْلِيفُ مَحَامِي لَتَقْدِيمِ مَطْلَبِ التَّسْجِيلِ⁵⁸⁹.

لَكِنَّ الْمَشْرَعَ مَكَّنَ فِي بَعْضِ الْأَحْيَانِ غَيْرَ الطَّالِبِ وَلَوْ لَمْ تَكُنْ بِيَدِهِ رُسُومُ الْوَكَالَةِ مِنْ طَلَبِ التَّسْجِيلِ خَاصَّةً إِذَا كَانَ الْحَقُّ الْمُرَادُ حِفْظُهُ يَتَّصِلُ بِأَحْكَامِ الْمَصْلَحَةِ الْعَامَّةِ وَمُوجِبَاتِهَا، رَغْبَةً فِي رِعَايَتِهِ مِنَ الضِّيَاعِ وَ حِفْظِهِ مِنَ التَّلَفِ وَالتَّقَادُمِ. لِذَلِكَ مَكَّنَ الْمَشْرَعَ فِي نَصُوصٍ خَاصَّةٍ الْإِدَارَاتِ الْمُتَدَاخِلَةَ وَالَّتِي أَسْنَدَ إِلَيْهَا رِعَايَةَ هَذِهِ الْمَصَالِحِ مِنْ طَلَبِ التَّسْجِيلِ وَلَوْ كَانَتْ الْأَرْضُ عَلَى مَلِكٍ الْغَيْرِ وَبِدُونِ مُوَافَقَةِ هَذَا الْآخِرِ. وَقَدْ شَمِلَتْ هَذِهِ الصُّورُ مَجَالَاتٌ لَهَا عِلَاقَةٌ بِالتَّهْيِئَةِ الْعِمْرَانِيَّةِ وَبِحِمَايَةِ التَّرَاثِ الْأَثَرِيِّ وَالتَّارِيخِيِّ وَالفنونِ التَّقْلِيدِيَّةِ عَلَى وَجْهِ الْخُصُوصِ. فَنَصَّ الْفَصْلُ 24 مِنْ الْقَانُونِ عِدَدَ 122 لِسَنَةِ 1994 الْمَوْخَّ فِي 28 نَوْفَمْبَرِ 1994 الْمُتَعَلِّقَ بِإِصْدَارِ مَجْلَّةِ التَّهْيِئَةِ التَّرَابِيَّةِ وَالتَّعْمِيرِ عَلَى أَنَّهُ

329 م.ح.ع) وَالْأَقَارِبُ وَالْأَصْدِقَاءُ وَوَكِيلُ الْجُمْهُورِيَّةِ وَحُكَّامُ النُّوَاحِي وَالْوَلَاةِ (الْفَصْلُ 330 م.ح.ع) وَحَتَّى لِلْمَحْكَمَةِ الْمُتَعَهَّدَةِ فِي الطُّورِ الْحَكْمِيِّ أَنْ يَشِيرُوا بِالْإِعْتِرَاضِ تَلْقَائِيًّا وَدُونَ طَلَبٍ، إِعْمَالًا لِمَبْدَأِ الْاسْتِقْرَاءِ، كَمَا أَنَّ الْأَحْكَامَ الْخَاصَّةَ بِالتَّدَاخُلِ لَمْ تُتَغَيَّرْ بَعْدَ التَّنْقِيحِ. وَذَلِكَ يَعْنِي أَنَّ التَّدَاخُلَ وَالْإِعْتِرَاضَ يُمْكِنُ تَقْدِيمُهُمَا مُبَاشَرَةً بِوَاسِطَةِ الْمَعْنِيِّ بِالْأَمْرِ دُونَ حَاجَةٍ إِلَى مَحَامِي، فَقَطُّ أَنَّ التَّرَافُعَ فِي شَأْنِهِمَا لَا يُمْكِنُ أَنْ يَقَعَ إِلَّا بِوَاسِطَةِ مَحَامِي عَلَى مَعْنَى الْفَصْلِ 343 م.ح.ع سَابِقِ الذِّكْرِ.

⁵⁸⁸ نَقَلَ الْمَشْرَعَ بِمُوجِبِ الْقَانُونِ عِدَدَ 66 لِسَنَةِ 2008 الْمَوْخَّ فِي 3 نَوْفَمْبَرِ 2008 أَحْكَامَ هَذِهِ الْفَقْرَةِ وَأَدْمَجَهَا بِالْفَصْلِ 378 جَدِيدِ م.ح.ع فِي إِطَارِ تَيْسِيرِ الْمَعَامَلَاتِ لِلْأَشْخَاصِ الْحَامِلِينَ لِإِعَاقَةٍ عَضْوِيَّةٍ.

⁵⁸⁹ قَدْ كَانَتْ الْفَقْرَةُ الْآخِرَةُ مِنْ لَفْظِ 319 م.ح.ع. تَنْصُ عَلَى "أَنَّ التَّصْرِيحَ أَيْ مَطْلَبَ التَّسْجِيلِ يَمْضِيهِ الطَّالِبُ أَوْ نَائِبُهُ وَيُسَلَّمُ إِلَى كَاتِبِ الْمَحْكَمَةِ الْعَقَّارِيَّةِ الَّذِي يُعْطَى فِيهِ وَصْلًا. وَإِذَا كَانَ الطَّالِبُ غَيْرَ قَادِرٍ عَلَى الْإِمْضَاءِ أَوْ لَا يَحْسَنُهُ فَالْكَاتِبُ مَرْخَّصٌ لَهُ فِي إِمْضَاءِ مَطْلَبِ التَّسْجِيلِ نِيَابَةً عَنْهُ." مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ كَانَ يُمْكِنُ بِطَبِيعَةِ الْحَالِ لِلْمَعْنِيِّ أَيْ الْمَالِكِ أَنْ يَقْدِمَ هَذَا التَّصْرِيحَ إِذَا كَانَ رَاشِدًا، وَالْقَاصِرُ يُمَثِّلُهُ وَلِيَّهُ الشَّرْعِيُّ أَوْ مُقَدِّمُهُ الْقَانُونِيُّ عِنْدَ الْاِقْتِضَاءِ. وَكَانَ يُجُوزُ لِلطَّالِبِ الرَّاشِدِ كَذَلِكَ أَنْ يُوَكَّلَ غَيْرَهُ لِيُمَثِّلَهُ فِي هَذَا الْإِعْرَافِ. وَيُمْكِنُ بِالتَّالِي لِلْمَحَامِي طَبْقُ الْإِعْرَافَاتِ الْعَادِيَّةِ أَنْ يَقُومَ مَقَامَ الطَّالِبِ فِي التَّصْرِيحِ وَالْإِمْضَاءِ وَخِلَاصَ الْمَعَالِيمِ الْقَانُونِيَّةِ بَعْدَ تَقْدِيمِ إِعْلَامِ نِيَابَتِهِ طَبْقُ الْقَانُونِ. أَمَّا إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ غَيْرَ الْمَحَامِيِّ فَكَانَ يَشْتَرِطُ مُبَدِّئًا أَنْ يَكُونَ التَّوَكِيلُ رَسْمِيًّا بِالْإِشْهَادِ أَيْ مُحَرَّرًا بِوَاسِطَةِ عَدْلِي إِشْهَادٍ عَلَى مَعْنَى الْفَصْلِ 1118 م.إ.ع. وَهُوَ تَوْكِيلٌ خَاصٌّ. وَقَدْ دَأَبَ عَمَلُ الْمَحْكَمَةِ الْعَقَّارِيَّةِ مِنْذُ زَمَنِ بَعِيدٍ عَلَى تَقْبُلِ تَوْكِيلِ الْغَيْرِ وَلَوْ كَانَ التَّوَكِيلُ مُحَرَّرًا بِخَطِّ الْيَدِ شَرْطًا أَنْ يَعْرِفَ بِإِمْضَاءِ الطَّرَفَيْنِ، لِأَنَّ التَّوَكِيلَ عَلَى نَشْرِ مَطْلَبِ التَّسْجِيلِ الْعَقَّارِيِّ لَيْسَ فِي نَهَايَةِ الْأَمْرِ تَوْكِيلًا عَلَى الْخَصَامِ عَلَى مَعْنَى الْفَصْلِ 1118 م.إ.ع. وَكَانَ هَدَفُ الْمَشْرَعِ مِنْ خِلَالِ كَامِلِ الْإِعْرَافَاتِ الَّتِي أَقْرَبَهَا بِمَجْلَّةِ الْحُقُوقِ الْعَيْنِيَّةِ هُوَ السَّعْيُ أَكْثَرَ مَا يُمْكِنُ إِلَى تَبْسِيطِ الْمَسَائِلِ الْإِعْرَافِيَّةِ بَعِيدًا عَنِ جَمِيعِ الصَّعُوبَاتِ الَّتِي تَحُولُ فِي نَهَايَةِ الْأَمْرِ دُونَ تَسْجِيلِ الْعَقَّارِ. وَلِهَذَا الْغَرَضُ سَمَحَ الْمَشْرَعُ لِكَاتِبِ الْمَحْكَمَةِ أَنْ يَمْضِيَ نِيَابَةً عَنِ طَالِبِ التَّسْجِيلِ إِذَا كَانَ غَيْرَ قَادِرٍ عَلَى الْإِمْضَاءِ أَوْ لَا يَحْسَنُهُ.

يجوز للوالي أو لرئيس البلدية، حسب الحال، وللوزير المكلف بالتعمير في جميع الحالات أن يطلب تسجيل الأراضي غير المبنية وغير المسجلة الكائنة داخل المناطق المعيّنة بالقرار المشار إليه بالفصل 14 من هذه المجلة وذلك بعد إعلام مالكيها⁵⁹⁰. ولهم بموجب هذه المجلة حق الحصول على التسجيل باسم المالكين الذين لا يمكنهم الاعتراض على ذلك، لكنهم يحتفظون بحق تقديم كل الوثائق والحجج المثبتة لمليّتهم والادلاء بالبيانات والملاحظات المؤيدة لتلك الملكية. ويتحمل طالب التسجيل سواء كان الدولة أو الجماعات العمومية المحلية المعنية المصاريف الناتجة عن عملية التسجيل المنصوص عليها في حكم التسجيل والتي يقع إدراجها بالسجل العقاري كدين ممتاز لفائدته. وتسترجع هذه المصاريف من المالك عند بيع كامل العقار أو جزء منه أو عند تقسيمه أو طلب الترخيص في البناء عليه. ونص القانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بإصدار مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفنون التقليدية بالفصل 27 على أنه في صورة إذا أصبح العقار المعنى موضوع حماية قانونية طبق هذا القانون يجوز للوزير المكلف بالتراث أن يقوم عوضا عن المالكين بالتسجيل في صورة انعدام التسجيل.

ويتلخص من ذلك كله أنّ المشرّع رخص لبعض الأطراف في تقديم المطالب الملائمة لغاية تسجيل العقار الذي أصبح بحكم القانون أساسا لتحقيق أهداف المصلحة العامة. وهي نظرة يخضع لها نظام الملكية بصفة عامة باعتبار أنّ الملكية لا تضمن إلا في حدود الممارسة التي سمح بها القانون على معنى الفصل 21 م.ح.ع.⁵⁹¹، وخصّها المشرّع بوظيفة اجتماعية تطوّرت زمن بعد زمن وأصبحت القيود التي توظف عليها غير غريبة بل إنّها أصبحت تمثّل

⁵⁹⁰ نصّ الفصل 14 من القانون عدد 122 لسنة 1994 المشار إليه على ما يلي : " تحدد المناطق التي تقتضي إعداد مثال تهيئة عمراني بقرار من الوالي المختصّ ترايبًا بعد استشارة الجماعة العمومية المحلية المعنية أو باقتراح منها، وذلك بعد أخذ رأي المصالح الجهوية، وإن اقتضى الحال المصالح المركزية التابعة للوزارة المكلفة بالتعمير.

ويعلّق هذا القرار بمقر الولاية، وعند الإقتضاء بمقرّ البلدية المعنية كما يقع الإعلان عنه عن طريق وسائل الإعلام المسموعة والمكتوبة. "

⁵⁹¹ نصّ الفصل 21 م.ح.ع. على ما يلي : " على المالك أن يراعي في استعمال حقّه ما تقتضيه النصوص التشريعية المتعلقة بالمصلحة العامة. "

عنصرًا من عناصر الملكية في صورتها الحديثة. لذلك يحرّر ممثل الإدارة المعنية وهو المكلف العام بنزاعات الدولة التصريح ويضمّنه جميع البيانات الضرورية، كما يتولى استيفاء الإجراء المتعلق بخلاص المعاليم القانونية⁵⁹². وسوف لن يعترض المالك على تقديم هذا المطلب بل إنّه يحتفظ بحق إضافة الرسوم المثبتة للملكية في الوقت المناسب، وله كذلك أن يتابع إجراءات التسجيل إلى غاية صدور الحكم⁵⁹³. لنعلم كذلك أنّ المكلف العام بنزاعات الدولة هو الذي يمثل ملك الدولة الخاص عموماً إذا ما طلب تسجيل هذه الأملاك ويمثّل كذلك جميع الإدارات العامة. ويلاحظ أخيراً أنّ الأجانب بإمكانهم على المستوى الإجرائي أن يرفعوا مطالب تسجيل، بواسطة محامي بطبيعة الحال، لغاية تسجيل أراضيهم الكائنة بالبلاد التونسية، ويطلب منهم في مرحلة متقدمة إثبات الحقّ طبق ما يقتضيه القانون وخاصة الاحتجاج بالتراخيص الواجبة⁵⁹⁴.

-الشروط المتعلقة بالموضوع: نصّ الفصل 304 من م.ح.ع. على أنّه لا

يقبل التسجيل إلا الأراضي والمباني. ويفهم من ذلك مبدئياً أنّ العقارات هي التي تقبل التسجيل. ويعرف العقار بذلك الشيء الثابت في مكانه والذي لا يمكن نقله منه بدون تلاف "الفصل 3 م.ح.ع.". وتقسّم العقارات عادة إلى عقارات طبيعية وأخرى حكمية أو تبعية. معنى ذلك أن تكون العقارات إمّا طبيعية أو غير طبيعية. لكنّ المشرّع لم يسمح إلاّ بتسجيل الأراضي والمباني، أي العقارات الطبيعية، بمعنى أنّ العقارات الحكمية لا يشملها التعريف الذي أورده المشرّع. ومن باب أولى لا يجوز تسجيل المنقولات إطلاقاً، أي كلّ شيء غير ثابت في مكانه ويجوز نقله وتحويله دون تلاف.

⁵⁹² يراجع القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرّخ 7 مارس 1988 المتعلّق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم. يستخرج من هذا القانون أنّ المكلف العام بنوب وجوبا الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وهو الذي يرفع الدعاوى في حقّها أمّا بقية المؤسسات أي المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية والمنشآت العمومية عموماً فلا ينوبها المكلف إلا إذا طلبت ذلك وللجماعات العمومية المحلية حكمها الخاص.

⁵⁹³ يمكن أن تطرح بعض المشاكل على مستوى التحديد والبحث ستتعرّض لها في بابها.

⁵⁹⁴ يراجع المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرّخ في 21 سبتمبر 1977 والمتعلّق بالعمليات العقارية.

وبفهم من ذلك أنّ الملكية باعتبارها الحقّ الكامل والأصلي هي التي قصدتها المشرّع وأراد تسجيلها، ولا يتعارض هذا المبدأ مع أحكام الفصل 318 م.ح.ع. عندما أشار الى أنّه يمكن أن يطلب التّسجيل كلّ صاحب حقّ عيني عقّاري، باعتبار أنّ هذه الحقوق لا يمكن تسجيلها إلاّ بمناسبة تسجيل الأصل أي الملكية. ويجوز من ناحية أخرى تسجيل الأراضي والمباني مهما كانت طبيعة الملكية بها، فيجوز طلب تسجيل الأجزاء المفروزة أو الأجزاء المشاعة على حدّ السّواء، وإنّ اعترض بقية الورثة. ويجوز كذلك طلب تسجيل شقّة بعمارة على معنى الفصل 99 م.ح.ع.، وإن كان الطّلب يتطلّب أعمالاً فنيّة اضافيّة⁵⁹⁵. لكنّه يشترط أن تكون هذه الملكية ملكيّة خاصّة، حيث إنّ الملكية العامة لا تقبل التّسجيل على معنى الفصل 356 م.ح.ع. الذي نصّ على أنّ أجزاء الملك العام المشمولة في عقّار مسجّل لا يتسلّط عليها التّسجيل والحقوق المتعلّقة بها تبقى رغماً عن كلّ ترسيم. معنى ذلك أنّ هذه الملكية لا تقبل التّسجيل سواء من طرف الخواص أو من طرف الإدارة لأنّ المشرّع وضع لها قواعد قانونيّة هامّة تحقّق حمايتها وحفظها، فهي لا تقبل التّقديم أو التّفويت أو البيع، وهي نفس الأهداف التي أراد المشرّع تحقيقها من خلال عمليّة التّسجيل، وبالتالي فإنّ الفائدة من تسجيل الأملاك العامة منعدمة في حقيقة الأمر. ثمّ إنّ أحكام التسجيل الواردة بمجلة الحقوق العينية لا تتعلق إلاّ بالعقارات الخاصة. لكنّ الملكية الخاصّة للدولة يجوز تسجيلها، لأنّها غير محميّة بالدرجة الكافية ولأنّها خاضعة لنظام الملكية الخاصّة، فهي تخضع من حيث المبدأ للتّقديم وحيازة الغير⁵⁹⁶، وقد تشملها مطالب التّسجيل الخاصّة⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ يتعلّق الفصل 99 م.ح.ع. بمرحلة ما بعد إقامة الرّسم العقّاري، لكنّه يفهم منه إمكانيّة طلب

تسجيل الشقّة بداية، وهو الأمر المعمول به واقعياً منذ زمن بعيد.

⁵⁹⁶ إنّ ملك الدولة الخاص يخضع للتّقديم رغم كثرة التأويلات الفقهيّة، لأنّ المشرّع التّونسي لم يتيّن موقفاً واضحاً.

يراجع الأمر المؤرّخ في 18 جوان 1918 المتعلّق بالتّصرّف في أملاك الدولة العقّاريّة الخاصّة وتنفويتها.

⁵⁹⁷ ورغماً عن ذلك لا يجوز لكاتب المحكمة العقّاريّة أن يرفض التّصريح المقدّم مهما كانت طبيعة العقّار، لأنّ هذا المجال يخضع لتقدير القضاة خلال مرحلة البحث ولهم عند الاقتضاء تحديد الموضوع الذي يقبل التّسجيل، والمواضيع التي لا يمكن أن ينسحب عليها المطلب.

-الشروط المتعلقة بالاختصاص: نص الفصل 310 م.ح.ع. على أن المحكمة العقارية " لها مركز أصلي بتونس ومراكز فرعية. "ويمتدّ نظر المحكمة العقارية ترابياً إلى كامل تراب الجمهورية. وقد سبق للأمر المؤرخ في 19 فيفري 1957 المتعلق بإعادة تنظيم المجلس المختلط العقاري بالبلاد التونسية أن نصّ بالفصل الأول على أن " المجلس المختلط العقاري بالبلاد التونسية المحدّد بالفصل 33 من الأمر المؤرخ في 1 جويلية 1885 المعروف بالقانون العقاري صار يحمل اسم المحكمة العقارية بالبلاد التونسية، وتشمل أنظارها كامل تراب المملكة "الجمهورية"، وأضاف الفصل الثاني "أنّ مركز المحكمة العقارية الأصلي بالحاضرة ولها مراكز اضافية بمدن سوسة وصفاقس وبنزرت وسوق الاربعاء. .". لكنّ هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه خاصة بعد انتشار فروع المحكمة العقارية بكلّ ولاية تقريباً، وذلك في إطار سياسة اللامركزية التي تنتهجها المحكمة العقارية منذ مدة. وبالتالي فإنّ مطلب التسجيل يرفع إلى الفرع المختصّ ترابياً. وتبعث فروع المحكمة العقارية بموجب أمر⁵⁹⁸. و قد صدر الأمر عدد 1156 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 المتعلّق بضبط المراكز الفرعية للمحكمة العقارية التي شملت أغلب الولايات تقريباً. ويحدّد مرجع النّظر التّرابي بالنّسبة إلى كلّ فرع بمقتضى قرار يصدره وزير العدل. وقد نصّ صراحة الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1957 على " أنّ مرجع النّظر التّرابي للمركز الأصلي والمراكز الإضافية يضبط بقرار من وزير العدل ". كما نصّ الأمر عدد 1156 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 المتعلّق بضبط المراكز الفرعية للمحكمة العقارية على أن " مرجع النّظر التّرابي للمراكز الفرعية للمحكمة العقارية يضبط بقرار من وزير العدل ". وعادة ما يسمح مرجع النّظر التّرابي للفرع مساحة ولاية أو ولايتين، فيتبع بذلك التقسيم الإداري المعمول به. وعليه فإنّ مطلب التسجيل العقاري يرفع إلى الفرع المختصّ ترابياً، أي أنّ موقع العقار يحدّد الجهة

⁵⁹⁸ يراجع أمر 19 فيفري 1957 المتعلّق بإعادة تنظيم المجلس المختلط العقاري بالبلاد التونسية. الرّائد الرّسمي المؤرخ في 22 فيفري 1957 ص2 و 3. والقانون عدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 14 جويلية 1967 المتعلّق بنظام القضاة والمجلس الأعلى للقضاة والقانون الأساسي للقضاة.

المختصة، وهو نفس المبدأ المعمول به إجمالاً أمام محاكم الحق العام وتحديدًا بالفصل 38 م.م.ت.⁵⁹⁹.

ونصّ الفصل 310 م.ح.ع. على أنّ "المحكمة العقارية تنتظر في مطالب التّسجيل"، وهو الاختصاص الأصلي. ولا يمكن بالمرّة أن نخلط بين مطلب التّسجيل من ناحية والدّعى الاستحقاقية من ناحية أخرى، وإن تراءى للبعض غياب الفروق في ذلك، حيث إنّ الغاية التي يهدف إليها مطلب التّسجيل العقاري تختلف كثيراً عن أهداف الدّعى الاستحقاقية، ودون التعرّض لأصل النقاش الفقهي والنّظري، نشير فحسب إلى أنّ التّسجيل العقاري يأتي في منظومة متكاملة ذات أبعاد اقتصادية بالدرجة الأولى، ولا نجد لها مثيلاً حديثاً عن الدّعى الاستحقاقية التي تبقى في نهاية الأمر مجرد دعوى لا يتعدّى أثرها علاقة الطرفين. بل إنّ مطلب التّسجيل له علوية على الدّعى الاستحقاقية، ولهذا الغرض نصّ الفصل 331 م.ح.ع. على ما يلي: "لكلّ شخص استدعي لدى إحدى محاكم الحق العام أن يطلب منها قبل الخوض في الأصل التّخلي عن القضية بشرط أن يكون قد قدّم بصفة قانونية طلباً في التّسجيل وأن يسعى باستمرار في القيام بما يستلزمه النّظر في ذلك المطلب. " معنى ذلك أنّ محاكم الحق العام تتخلّى عن النّظر في الدّعى الاستحقاقية كلّما طلب منها ذلك قبل الخوض في الأصل شرط أن يحتجّ الطّالب بشهادة نشر تفيد نشر مطلب التّسجيل العقاري. ويمكن تقديم هذا الطّالب أمام محكمة الاستئناف. ويجوز بالتالي بهذه الطّريقة جلب الملفّ من الدّائرة الاستحقاقية إلى دائرة المحكمة العقارية⁶⁰⁰. ولا يمكن التّخلي إلاّ عن الدّعى الاستحقاقية بمعنى أنّ الدّعى

599 نصّ الفصل 38 م.م.ت. على ما يلي : ترفع للمحكمة التي بدانرتها العقار :
أولاً : الدّعى الشّخصية التي يقع القيام بها بمناسبة الأضرار التي تلحق العين.
ثانياً : الدّعى الحوزية.
ثالثاً : الدّعى الاستحقاقية. "

⁶⁰⁰ نصّ الفصل 331 م.ح.ع. على أنّه " لكل شخص استدعي لدى محاكم الحق العام أن يطلب منها قبل الخوض في الأصل التّخلي عن القضية بشرط أن يكون قدّم بصفة قانونية طلباً في التّسجيل وأن يسعى باستمرار في القيام بما يستلزمه النّظر في ذلك المطلب". فيقتضي الأمر سبق طلب تسجيل العقار أمام المحكمة العقارية وفي نفس الوقت نشرت في شأنه دعوى استحقاقية، فلا يصح التّخلي إلا بتوفر شرطين أساسيين، وهما أن يكون التّخلي قبل الخوض في الأصل وأن يكون طالب التّخلي قد قدّم مطلب تسجيل وأن يسعى باستمرار في القيام بما يستلزمه النّظر في ذلك المطلب.

الحوزية تخرج عن دائرة النقاش الذي طرحه الفصل 331 م.ح.ع⁶⁰¹. والمحكمة العقارية عدة اختصاصات أخرى سيأتي المجال للحديث عنها⁶⁰².

2- أعمال التحديد والإشهار.

تتطلب أعمال المحكمة العقارية إجراءات متميزة مقارنة بمحاكم الحق العام، ومن هذه الإجراءات : التحديد والإشهار. ويفهم من التحديد ذلك العمل الفني الذي يقوم به العون الفني التابع لديوان قيس الأراضي لغاية ضبط العقار بمثال

وتضم عبارة الخوض في الأصل إجمالاً جميع القرارات التي تتخذها المحكمة مباشرة إثر الجواب عن الدعوى، حيث إن مجرد تعيين موعد لإجراء بحث حيازي مثلاً يعتبر خوضاً في الأصل، ومن الممكن في هذا الباب التفريق بين الأحكام التحضيرية jugements préparatoires وهي التي لا تكشف عن موقف المحكمة مثل تعيين توجه أو تعيين خبير، والأحكام التمهيدية jugements interlocutoires التي قد تعبر بطريقة غير مباشرة عن موقف المحكمة النهائي مثل توجيه اليمين الاستيعافية. فالثانية فقط تعدّ خوضاً في الأصل دون الأولى. لكن هذه التفرقة لا تجد أساساً بالقانون التونسي الذي لا يميز بينها، وأشار الفصل 482 م.إ.ع إلى الأحكام الفرعية والتحضيرية ولها نفس النظام. وبالتالي يفترض أن يدفع المطلوب بالتخلي منذ الجلسة الأولى أي قبل أي جواب عن الدعوى حتى يضمن وجهة الطلب. ويبقى من الجائز قانوناً طلب التخلي أمام محكمة الاستئناف اعتباراً للأثر التعليقي والانتقالي للاستئناف. على أنه لا يمكن بطبيعة الحال طلب ذلك لأول مرة أمام محكمة التعقيب.

ويشترط ثانياً أن يثبت طالب التخلي أنه قدم مطلباً في التسجيل وأنه سعى باستمرار في القيام بما يستلزمه النظر في ذلك المطلب. فيلزم بداية تقديم شهادة النشر المسلمة من كتابة المحكمة العقارية لإثبات نشر المطلب، على أن تقدم قبل الخوض في الأصل حتى يتسنى للمحكمة أن تتخلى عن النظر. وأن يقوم للمحكمة سعي الطالب فلا تقوم الحجة أمام المحكمة على رفض مطلب التسجيل، والأغلب أن شهادة النشر تكون كافية لوحدها لإثبات تقديم المطلب وتوفر السعي بعدم سبق الرفض، حيث لا يمكن للطالب قانوناً أن يتسلم شهادة نشر من كتابة المحكمة العقارية إلا بعد أن يكون أمن جميع المصاريف الضرورية التي يستلزمها مطلب التسجيل وبشرط أن يظل المطلب منشوراً زمن تسليم الشهادة. ومن الواجب طبيعةً أن يوجد اتحاد في موضوع القضايا المنشورة أمام محاكم الحق العام واختصاص المحكمة العقارية الذي ينحصر في الاستحقاق أي الملكية كحق عيني عقاري أصلي، وبالتالي ليس لمحاكم الحق العام أن تتخلى إلا عن القضايا ذات الطبيعة الاستحقاقية.

⁶⁰¹ لذلك رأت محكمة التعقيب " أنه إذا وقع القيام بدعوى حوزية وعمد المطلوب إلى تقديم مطلب تسجيل إلى المحكمة العقارية فلا يحقّ لحاكم الناحية التخلي عن الدعوى الحوزية لأنّ مطلب التسجيل لا يفرض على محاكم الحق العام التخلي إلا بالنسبة إلى دعوى الاستحقاق. " قرار تعقيبي مدني عدد 9887 مؤرخ في 16 جويلية 1974 نشرته محكمة التعقيب 1974 القسم المدني عدد 1 ص 193.

لكنّ هذا الرأي لم يكن مستقرّاً وبلاحظ أنّ بعض القرارات التعقيبية اتخذت موقفاً مغايراً متأثرة بالأحكام المنطبقة على التسجيل الإجباري، وقد جاء بإحدى القرارات التعقيبية أنه " إذا وقع نزاع حوزي بين خصمين ادّعى أحدهما أنّ الأرض المشار إليها سبق أن كانت موضوع طلب تسجيل لدى المحكمة العقارية وأنّ السعي مستمرّ لاتمام ذلك التسجيل وجب على المحكمة أن تتأمل في هذا الدفع وأن تتخلى عن النظر عند ثبوته وإلاّ كان حكمها خرقاً للفصل 331 من م.ح.ع. "

⁶⁰² لا تنظر المحكمة العقارية فقط في مطالب التسجيل العقارية بل إنّ لها عدة اختصاصات إضافية ما فتئت تعظم يوماً بعد يوم أمام تكاثر عدد الرسوم المجمدة. ولهذا الغرض أحدث المشرع دائرة الرسوم المجمدة. وسمح بالطلعن في قرارات لجان التحين وفي قرارات حافظ الملكية العقارية، وفتح الباب أمام مراجعة الأحكام وتعقيبها. وتتطلب جميع هذه الاختصاصات الإضافية دوائر مختصة زادت من أشغال المحكمة العقارية. وسنقف على ذلك بالتفصيل والبيان والتوضيح في بابه.

هندسي⁶⁰³. ويعدّ هذا المثال بطريقة فنيّة وهندسيّة تحفظ حدوده ومساحته وموقعه مهما طال الزمن. وبممتلك ديوان قيس الأراضي المعدّات الفنيّة اللازمة والقدرات البشريّة الكافية والتنّظيم المحكم الذي يمكنه من تحقيق هذه الأهداف.

603 يذكر أنّ القانون عدد 26 لسنة 2009 المؤرخ في 11 ماي 2009 المتعلق بتنقيح القانون عدد 100 لسنة 1974 المؤرخ في 25 ديسمبر 1974 المتعلق بإحداث ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط، الرائد الرسمي عدد 38 ص 1686، قد سحب من ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط مهمة إعداد الخرائط بعد أن ألغى كلمة خرائط من الفقرة الأولى من الفصل 4 وعبارة رسم الخرائط من الفقرة "أ" من الفصل 6 من القانون المذكور وألغى الفقرة "ب" من الفصل 5 من القانون عدد 100 لسنة 1974 وعوضها بما يلي "تنفيذ الأشغال الضرورية لضمان إنشاء شبكة جيوديزية تغطي كافة مناطق البلاد والمحافظة عليها". وأبدل تسمية الديوان حيث أصبح يسمى "ديوان قيس الأراضي والمسح العقاري".

ويذكر كذلك أنّ القانون عدد 24 لسنة 2009 المؤرخ في 11 ماي 2009 المتعلق بتنقيح القانون عدد 83 لسنة 1988 المؤرخ في 11 جويلية 1988 المتعلق بإحداث المركز الوطني للاستشعار عن بعد أسند مهمة إعداد الخرائط لهذا المركز وأصبح المركز يسمى "المركز الوطني لرسم الخرائط والاستشعار عن بعد" وعوضت أحكام الفصل 2 من هذا القانون بالأحكام التالية، تحديدا لمهام المركز، حيث أصبحت مهام المركز الوطني لرسم الخرائط والاستشعار عن بعد تتمثل خاصة في ما يلي:

1-إعداد الخرائط الأصلية والخرائط البحرية والخرائط الفضائية والخرائط الموضوعية وأمثلة المدن وجمع الوثائق المتعلقة بذلك قصد تكوين محفوظات وطنية في هذه المادة والتصرف فيها ونشرها والاتجار فيها بعد الحصول على موافقة وزارة الدفاع الوطني.

2-القيام بأنشطة التصوير الجوي على كامل التراب الوطني أو الإشراف عليها عند القيام بها من قبل الغير.

3-تنفيذ الأشغال الضرورية لإنشاء وصيانة شبكة لقيس الارتفاع بالتنسيق عند الاقتضاء مع ديوان قيس الأراضي والمسح العقاري وشبكة لقيس الجاذبية بصفة مضبوطة تغطي كافة مناطق البلاد. كما يتولى إنجاز الأشغال المتعلقة بالمعلومات الجغرافية خاصة منها تقنيات التوقيع الجغرافي بواسطة الأقمار الاصطناعية والاستشعار عن بعد وإنشاء قواعد معطيات جغرافية خاصة بالتراب التونسي وتحسينها، وكذلك إنجاز مختلف أشغال قيس الأراضي باستثناء تلك التي تهدف إلى إعداد الوثائق المتعلقة بتسجيل الملكية العقارية والمسح العقاري.

4-إنجاز الأشغال الخاصة بالمحافظة على العلامات الحدودية وكل ما يجسم الحدود الدولية للبلاد.

5-جمع معطيات في ميدان الاستشعار عن بعد وإعدادها فنيا وتوزيعها وتخزينها.

6-توظيف تقنيات الفضاء والاستشعار عن بعد لإنجاز الدراسات في مجال الدفاع الوطني والتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

7-القيام بالدراسات والبحوث التقنية والعلمية في مختلف مجالات اختصاصه وتأمين التكوين فيها بمقابل.

8-إسداء خدمات بمقابل لفائدة الهياكل العمومية والأشخاص الطبيعيين والمعنويين التونسيين أو الأجانب والمنظمات الوطنية أو الدولية.

9-تقديم المساعدة والقيام بعمليات مراقبة الأشغال التي يتم إنجازها من قبل المؤسسات العمومية والخاصة في مجالات اختصاصه وذلك قصد المصادقة على مطابقتها الفنية لمقاييس ومعايير يتم تحديدها بقرار من وزير الدفاع الوطني.

10-الإشراف على تنظيم قطاع الجغرفة الرقمية، وفي هذا الإطار يقوم المركز بالمساهمة في إعداد مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتنظيم قطاع الجغرفة الرقمية. وضبط المرجعيات الوطنية في مجال الجغرفة الرقمية والمصادقة على كراسات الشروط المتعلقة بإنجاز أنظمة معلومات جغرافية لفائدة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والمنشآت العمومية. والمصادقة على المطابقة الفنية لتجهيزات ومعدات الجغرفة الرقمية مع المواصفات الوطنية أو العالمية.

ويفهم من الإشهارات تلك الطريقة التي خيّرهما المشرّع لغاية إعلام الغير سواء بمطلب التّسجيل أو بأعمال التّحديد. وقد بدأ العمل بها منذ بداية العمل بالقانون العقّاري سنة 1885، وكانت تتناسق جيّدا مع طبيعة الحكم العقّاري الذي لا يقبل الطّعن بأيّة طريقة كانت، لذا عمّم المشرّع هذه الطريقة وجعل لها قوّة لحفظ حقوق الغير. وتتطلق أعمال الإشهار بإشهار مطلب التّسجيل وبليّه إشهار موعد التّحديد الوقتي ثمّ إتمام أعمال التّحديد الوقتي بإشهار ختم التّحديد إلى غاية تسليم المثال إلى المحكمة العقّاريّة.

-إشهار مطلب التّسجيل: عملا بأحكام الفصل 322 م.ح.ع. حسب صياغته الجديدة بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 23 جانفي 1995 يتولّى كاتب المحكمة خلال العشرة أيّام الموالية لتقديم مطلب التّسجيل إدراج مضمون منه بالرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة⁶⁰⁴. ويلاحظ أنّ هذا المضمون يتضمّن جميع البيانات الضّروريّة التي تعرّف بالعقّار موضوع مطلب التّسجيل العقّاري، وينصّ به خاصّة على آخر تاريخ لقبول الاعتراضات⁶⁰⁵.

وينشر مضمون مطلب التسجيل بالرّائد الرّسمي "إعلانات المحكمة العقّاريّة" ويتّصل كاتب المحكمة من المطبعة الرّسميّة بمستخرج من ذلك المضمون المنشور بالرّائد الرّسمي "إعلانات المحكمة العقّاريّة"، ثمّ يوجه نسخة

11-تمثيل الجمهورية التونسية لدى المنظمات الدولية المختصة.

وقد أحييت بالمناسبة بعنوان الملكية لفائدة المركز التجهيزات والمعدات والوثائق والمحفوظات الراجعة بالملكية إلى ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط والمتعلقة بالأنشطة المذكورة. وعهد كذلك للمركز بمواصلة العمليات التي تعهد بها ديوان قيس الأراضي والتي تأتي ضمن المهام الجديدة المسندة للمركز.⁶⁰⁴ فيحرّر كاتب المحكمة للغرض الصّيغة التي ستحال على مصالح المطبعة الرّسميّة وعادة ما تكون على النّحو التّالي: بمقتضى المطلب عدد المقدم للمحكمة العقّاريّة في طلب السيد جنسيّته ومهنته القاطن ب..... تسجيل عقّار. . محتو على كائن ... معتمديّة ... من ولاية ... ومحكمة الناحية مساحته ويريد الطّالب أن يسمّيه ويشهد أنّه الآن على ملك : ولا يوجد عليه أدنى تحمّل ولا حقّ عقّاري موجود أو طارئ وإنّه يحده شرقا وغربا وجوفا ... وقبلة

⁶⁰⁵ وبعد كتابة المضمون طبق الصّورة المذكورة، يحرّر كاتب المحكمة مكتوبا تحت عنوان " إدراج مضمون مطلب التّسجيل عدد. ."، ويوجّه تحت إشراف رئيس المحكمة العقّاريّة إلى الرئيس المدير العام للمطبعة الرّسميّة. ويتعيّن على إدارة المطبعة الرّسميّة إرجاع النّظير المصاحب للمكتوب مختوما من طرف مصالحها للتّأكد من وصول المراسلة طبق القانون. وينصّ كاتب المحكمة بالمناسبة على جميع هذه المراحل بدفتر الأطوار ودفتر الإشهار. ويضيف المكاتبات المتعلّقة بهذا الإجراء إلى ملفّ الإشهار حيث إنّ ملفّ التّسجيل العقّاري يتضمّن ملفّا خاصا بالإشهارات ويحتوي على جميع الوثائق المتّصلة بهذا الإجراء.

منه إلى ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط وإلى قاضي الناحية وإلى المعتمد المختصين ترابياً عملاً بأحكام الفصل 322 م.ح.ع.

ويتولّى قاضي الناحية والمعتمد كلّ في ما يخصّه خلال الثمان والأربعين ساعة الموالية لاتصالهما بذلك تعليق الوثيقة المشار إليها بمدخل محكمة الناحية وببهو المعتمدية. التي تبقى معلقة على النحو المذكور إلى انتهاء أجل المعارضة أي شهران ابتداء من تاريخ إدراج الإعلام المتعلق بختم عمليات التحديد بالرائد الرسمي حسب ما سيأتي ذكره (الفصل 322 فقرة ثالثة). وعلى كلّ جهة منهما إعلام كاتب المحكمة العقارية بوقوع ذلك في ظرف ثمان وأربعين ساعة⁶⁰⁶.

- **إشهار موعد التحديد الوقتي:** قدّمنا أنّ كاتب المحكمة العقارية يرسل إلى ديوان قيس الأراضي مستخرجاً من الرائد الرسمي. وعلى هذا الأساس يتولّى أعوان ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط في بحر الخمسة والأربعين يوماً الموالية لإدراج المضمون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية تعيين مهندس محلّف ليباشر تحديد العقار تحديداً وقتياً. ويقع إعلام العموم بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بالتاريخ المعين للتحديد قبل عشرين يوماً على الأقل⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ وعملياً يوجّه كاتب المحكمة العقارية مكتوباً إلى حاكم الناحية والمعتمد صحة الإعلان المستخرج من الرائد الرسمي لمضمون مطلب التسجيل والشهادة التي تثبت التعليق. ويتولّى المرسل إليه تعليق المستخرج في المكان المناسب ويحرر الشهادة المطلوبة و يمضيها ثم يرجعها إلى كتابة المحكمة العقارية (322 فقرة أخيرة). وتتضمّن الشهادة " شهادة في وقوع تعليق إشهار "البيانات التالية": عملاً بأحكام الفصل 322 من مجلة الحقوق العينية. يشهد قاضي الناحية أو المعتمد من ولاية أنّه توصّل في تاريخ بإعلان مستخرج من الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في والمدرج به مضمون مطلب التسجيل عدد المقدم من طرف السيد قصد تسجيل عقار يعرف كائن بـ وأنه تمّ تعليق المستخرج المذكور خلال الثماني والأربعين ساعة من وروده علينا بمدخل محكمة الناحية أو ببهو المعتمدية، حيث يلزم بقاؤه إلى انتهاء أجل المعين بالفصل 324 من مجلة الحقوق العينية. " وترد هذه الشهادة على كتابة المحكمة ممضاة، ويتولّى الكاتب بالمناسبة إضافتها إلى ملف الإشهار وينصّ على هذه الوسيلة بدفتر الإشهارات.

⁶⁰⁷ وعملياً يتولّى ديوان قيس الأراضي إعداد الإعلام الذي سينشر بالرائد الرسمي، وينصّ به على عدد مطلب التسجيل و اسم المهندس المكلف بالإنجاز وتاريخ وضع العلامات. ويحال هذا الإعلام إلى كتابة المحكمة العقارية لمراقبة محتواه ومضمونه، ويدرجة الكاتب بدفتر الأطوار ودفتر الإشهار. ثمّ يحرر مكتوباً تحت عنوان " إدراج إعلام بتاريخ وضع علامات التحديد الوقتية " ويحيله إلى المطبعة الرسمية مع الإعلام تحت إشراف رئيس المحكمة العقارية لغاية إشهاره. وتتولّى بالمناسبة مصالح المطبعة الرسمية إرجاع النّظير المصاحب مختوماً لإثبات إتمام الإجراء.

وإضافة إلى إدراج الإعلام بالرائد الرسمي طبق الصورة المذكورة نصّ الفصل 323 م.ح.ع. على أنّه يقع التّنبية على العمدة المختصّ ترابياً. وواقعياً تتولى مصالح ديوان قيس الأراضي إعلام الطّالب والمعارضين عند الاقتضاء والعمدة بموعد التّحديد بواسطة رسائل مضمونة الوصول، وتنبّه على الطّالب بالمناسبة بضرورة توفير العلامات التّحديديّة في اليوم المعلوم⁶⁰⁸. ولم تكفّ مصالح الدّيوان بهذا الإجراء، بل دأبت منذ مدّة على تعليق المستخرج من الرّائد الرسمي المتعلّق بموعد التّحديد ببهو محكمة النّاحية والمعمديّة، وإن لم ينصّ المشرّع على ذلك. وعادة ما تحرّر مصالح الدّيوان المكاتبّة اللّازمة وتحيلها إلى المعتمد وحاكم النّاحية رفقة المطبوعات اللّازمة. وتطلب منهما أن يعلّقا الإعلام ويعلمانها بوقوع التّعليق. فيتولّى حاكم النّاحية و المعتمد تعليق هذا الإعلام ويعلمانها فعلا بوقوع عمليّة التّعليق. والحقيقة أنّ هذه الطّريقة لم ينصّ عليها المشرّع بمجلّة الحقوق العينيّة، لكنّها طريقة ناجعة تضمن إعلام الغير وحضور جميع الأطراف يوم التّحديد.

-التّحديد الوقتي: يمدّ الحاكم المقرّر مصلحة قيس الأراضي بجميع الارشادات اللّازمة لتمكينها من إجراء التّحديد ويحيل لها عند الاقتضاء رسوم الملكيّة التي يكون من المفيد الإطّلاع عليها. وفي اليوم المحدّد يتوجّه العون الفنّي التابع لديوان قيس الأراضي إلى مقرّ محكمة النّاحية أو المعمديّة أو البلديّة الأقرب إلى العقّار موضوع المطلب، حسب ما تمّ ضبطه بالاستدعاء. ومن هناك يتنقّل جميع الأطراف على عين المكان لإجراء التّحديد. ويحقّ للمهندس بطبيعة الحال الدخول إلى موضوع مطلب التّسجيل دون أن يعارض بمبدأ حرمة المسكن وقد أشار إلى ذلك المشرّع صراحة بالفصل 323 م.ح.ع. ويبادر العون الفنّي إلى الطّواف حول العقّار من جوانبه الأربعة ويجري أعماله الفنيّة التي تسمح بإعداد المثل الهندسي في صيغته النّهائيّة بحضور طالب التّسجيل أو من ينوبه. وإذا كان مطلب التّسجيل متعلّقاً بعقّار مبني "ربع"، فللمهندس المحلّف المكلف بالتّحجير أن يستعين بخبير عدلي بإذن من رئيس

وعادة ما يقع شراء هذه العلامات من الخواص.

المحكمة العقارية. ويمكن لهذا الخبير أن يعينه في عدة نقاط فنية لها علاقة بالعقارات المبنية بطبيعة الحال التي قد تغيب عن المهندس المكلف. ويتولى المهندس دائما ولو من تلقاء نفسه تحديد الطرقات التي لها نوع من الأهمية ولا سيما تلك الموجودة بخرائط أركان الحرب أو التي وقع إحداثها أو ترتيبها بالملك العمومي وفق التشريع الجاري به العمل وحسب الأمثلة العامة وبالعرض المتوسط الموجود في تاريخ التّحديد. ونفس الملاحظة تنطبق على تحديد بقية عناصر الملك العام أي الملك العمومي البحري والملك العمومي العسكري والملك العمومي للمياه والملك العمومي للتراث والملك العمومي للسكك الحديدية، بمعنى أن المهندس يعتمد في كلّ مرّة يكون موضوع المطلب بجانب هذه الأملاك إلى إخراج هذه المساحات من موضوع المطلب، على شرط أن تكون هذه الأملاك العامة قد وقع ترتيبها نهائيا حسب مقتضيات النظام المنطبق عليها بعد القيام بالإجراءات الواجبة قانونا، وتوفّرت للمهندس الخرائط اللازمة والأمثلة الضرورية التي يجب اعتمادها. وعادة ما يحتجّ بها ممثّل الإدارة المعنية أي ممثّل المكلف العام بنزاعات الدولة، الذي يستدعي عادة من طرف المهندس الذي سيجري التّحديد. أمّا إذا كان الملك العمومي محلّ جدل أي لم تصدر بعد الأوامر القانونية لترتيبه، فإنّه لا يجوز إخراج هذه المساحات من موضوع مطلب التّسجيل، إلّا إذا رضي المالك بذلك. وتحتفظ الإدارة بحقّها في المعارضة التي ستخضع وجوبا لتقديرات المحكمة في مرحلة متأخرة. معنى ذلك أن يحجّر موضوع المطلب حسب البيانات التي يصرّح بها الطّالب، على أن يتلقّى المهندس المكلف بالتّحديد جميع المعارضات بما في ذلك معارضة المكلف العام بنزاعات الدولة. ويجب أن تشخّص هذه المعارضات على المثال الهندسي أي أن يضبط المهندس مكان هذه المعارضة على المثال، ومن الأحسن لو تمّ إفرازها بقطعة مستقلة أي أن يسند إلى موضوع المعارضة عددا خاصا بها، حتّى تتفادى المحكمة في مرحلة متأخرة الأذن بإجراء تحجير تكميلي وهي عملية تتطلب كثيرا من الوقت والمال.

وإذا تعذّر إتمام التّحديد أو تأجيل العمل ليوم آخر يحرّر المهندس المكلف محضرا في ذلك ويقتصر على استدعاء طالب التّسجيل والمعترضين بالطريقة

الإدارية، حيث إنّ التّحديد المطلوب إجراؤه قد لا ينتهي في يومه خاصّة إذا كانت مساحة العقّار شاسعة شيئا ما أو كان موقع العقّار بعيدا عن مقرّ الديوان أو حدث أمرا ما مهما كانت طبيعته عطّل أعمال التّحديد.

لكنّ المعارضات المذكورة يمكن أن تشتتّ و تمنع المهندس المكلف في نهاية الأمر من مواصلة أعمال التّحديد في موعدها، لذلك مكّن الفصل 323 م.ح.ع. المهندس المحلّف من الاستنجاذ بالقوّة العامة بمقتضى إذن من وكيل الجمهوريّة. وقد سمح المشرّع بهذه الإمكانية بموجب القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 23 جانفي 1995، حيث كانت الإجراءات المعمول بها قبل هذا التّقييح هي أن يحرّر المهندس المكلف تقريرا كلّما ثبت التّعذر وبحيله إلى القاضي المقرّر بالمحكمة العقارية الذي يرفعه بدوره إلى الجلسة التي تأذن أخيرا بإجراء بحث وتحجير، أي أن تتم أعمال التّحجير تحت إشراف القاضي المقرّر. ويتطلّب هذا الإجراء وقتا طويلا مع بقاء نفس العلة والأسباب. ويحسب هذا التّعطيل في نهاية الأمر على الأعمال القضائية وعلى المدّة التي يتطلّبها نشر مطلب التّسجيل في حين أنّ مرحلة التّحديد لم تنته بعد. لذلك أراد المشرّع من خلال هذا الحلّ الأخير الضّغط على الفترة الزّمنية التي تتطلّبها أعمال التحجير والتّخلّي عما كان يعرف بالبحث والتّحجير.

ويحرّر المهندس المكلف أخيرا محضرا يضمّنه الأعمال التي قام بها تفصيلا وينصّ على المعارضات إن وجدت. ويسلم ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط محضر التّحديد الوقتي إلى كاتب المحكمة العقارية في أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ التّحديد الوقتي بعد استيفائه لمستحقّاته الإضافيّة إن وجدت وعليه إعلام المحكمة إن لم يقع تسديدها⁶⁰⁹.

- **إشهار ختم التّحديد:** نصّ الفصل 323 م.ح.ع. على أن تاريخ ختم عمليّات التّحديد ينشر بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة. معنى ذلك أن يتولّى

⁶⁰⁹ إنّ طالب التّسجيل يؤمّن مصاريف الأعمال الفنيّة منذ البداية كما سبق الإشارة إلى ذلك على أساس المساحة المصرّح بها، لكنّ الطالب يمكن أن يطالب بمصاريف إضافية إذا ما ثبت بعد التّحديد أنّ المساحة الحقيقيّة أكثر. ويحقّ بالتّالي لديوان قيس الأراضي حجز الأعمال الوقتيّة والامتناع عن إحالتها إلى المحكمة العقارية حتّى تسديد المبالغ المطلوبة. ويجب إعلام المحكمة بعدم تسديد المبالغ المطلوبة حتّى يحال المطلب إلى جلسة الحكم، فينذر الطالب، فإن تقاعس رفض المطلب.

ديوان قيس الأراضي بعد إتمام جميع الأعمال الفنيّة لضبط المساحة النهائيّة للعقار موضوع المطلب إعداد ملخص موجز طبق صيغة معيّنة⁶¹⁰، ويحال هذا المضمون إلى كتابة المحكمة العقاريّة التي تبادر إلى تضمينه بدفتر الإشهارات، ثمّ توجهه إلى المطبعة الرسميّة تحت إشراف رئيس المحكمة العقاريّة صحبة مكتوب تحت عنوان " إدراج إعلام بختم التّحديد ". ويتعيّن على مصالح المطبعة الرسميّة إرجاع نظير ممضى إلى كتابة المحكمة العقاريّة لإثبات وصول المكاتب.

ويهدف إشهار ختم التّحديد إلى التعريف بصفة نهائيّة بحقيقة العقار المراد تسجيله من حيث موقعه ومن حيث مساحته ومن حيث حدوده، وإلى تلافي الأخطاء مهما كان مصدرها التي ربّما وردت بتصريح طالب التّسجيل و بالإشهارات الأولى.

ونلاحظ كذلك أنّ المشرّع لم يلزم الكتابة بضرورة إرسال نسخة من هذا المستخرج إلى محكمة النّاحية والمعتديّة، ورغم ذلك فإنّ المحكمة العقاريّة عموما لم تتخلّ عن هذا الإجراء، ولربّما حصلت الفائدة منه، وهو إعلام كتابة المحكمة العقاريّة والمعتديّة بنهاية أجل تعليق المستخرج من مضمون مطلب التّسجيل العقاري أي شهران ابتداء من تاريخ ادراج الإعلام المتعلّق بختم عمليّات التّحديد بالرّائد الرسمي.

- تسليم المثال النهائي إلى كتابة المحكمة العقاريّة: يجب على رئيس مصلحة قيس الأراضي أن يسلم إلى كاتب المحكمة العقاريّة في ظرف ثلاثة

610 يحرّر المضمون حسب هذه الصّيغة: "بمقتضى رسم التوجّه الذي حرّره السيّد مهندس محلّف، قد وقع التّحديد المؤقت للعقار المعروف ب الذي طلب تسجيله السيّد بصفته كونه مالكا بموجب مطلب عدد مقدّم منه في وقد أدرج ملخصه بالرّائد الرسمي للجمهورية وأنّ إنتهاء الإجراءات ختمت بصفة باتة في وهذا الملك المسجّل محتو على قطعة أرض بها له من المساحة حسب تعريف طالب التّسجيل تقريبا ولكن المساحة الحقيقيّة هي وهذا الملك المسجّل كائن بمقتضى مطلب التّسجيل ب.....

وأنّه على مقتضى الإرشادات التي وقع تلقّيها على العين فإنّ هذا الملك يحده : شرقا وغربا وشمالا وجنوبا

فمن تاريخ هذا الإعلان تبدئ مدّة الشهرين المعيّنة بالفصل 324 من مجلّة الحقوق العينيّة لتقديم الاعتراضات لكتابة المحكمة العقاريّة. "

أشهر ابتداء من تاريخ إدراج الإعلام المتعلق بختم عمليات التّحديد بالرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة مثالا للعقار حسب ذلك التّحديد من طرف مهندس محلّف.

ويحتوى هذا المثال على البيانات النّهائيّة المتعلّقة بالمساحة والحدود والتي لا يمكن تغييرها إلّا إذا أذنت المحكمة في مرحلة لاحقة بإجراء تحجّير تكميلي لغاية تعديل المثال الهندسي على ضوء الأبحاث التي سيقوم بها القاضي المقرّر في وقتها. ويعتبر هذا المثال ومحضر التّحديد الوقتي المحرّر طبق الصّورة المذكورة الملفّ الفنّي للعقار موضوع المطلب.

ويشار إلى أنّ الفصل 326 م.ح.ع. نصّ على "أنّ الآجال المعيّنة أعلاه سواء للتّحديد أو لتسليم المثال يمكن التّمديد فيها بقرار معلّل من رئيس المحكمة العقاريّة الذي له الاجتهاد المطلق في قبول أو رفض المطالب التي تقدّم إليه في هذا الغرض. " ويقصد بالآجال المتعلّقة بالتّحديد أجل الخمسة والأربعين يوما المالية لإدراج المضمون بالرّائد الرّسمي للجمهورية وأجل العشرين يوما الواجب احترامهما قبل إتمام أعمال التّحديد. أمّا أجل تسليم المثال فهو ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ إدراج الإعلام المتعلق بختم عمليات التّحديد.

وعمليا يحرّر أعوان ديوان قيس الأراضي المطلب ويرفعونه إلى رئيس المحكمة العقاريّة الذي له السلطة المطلقة في قبول أو رفض هذا المطلب. و ربّما يلجأ الديوان إلى هذا الإجراء أمام ضغط العمل وكثرة الملفّات المنشورة، لكنّه قلّما يستفاد من هذه الإمكانية خاصّة بالنّسبة إلى المصالح الجهويّة التي يمكنها إنهاء الأعمال الفنّيّة في وقتها.

والحقيقة أنّ المشرّع التّونسي حاول الضغط على ظاهرة تعدّد الشكليات في مطلب التسجيل وتخلّى عن بعض الممارسات التي لم تعد تستجيب إلى السّياسة الإصلاحية التي انتهجها المشرّع منذ سنة 1995. فبعد أن كان الإجراء يقتضي تعليق مستخرج من الرائد الرّسمي المتعلق بختم أعمال التّحديد بمدخل محكمة الناحية و بيهو المعتمدية طيلة المدّة القانونيّة ليحرّر في نهاية الأمر حاكم النّاحية والمعتمد المطبوعات الخاصة التي يضمّن بها المعارضات إن وجدت،

وتحال هذه المطبوعات إلى فرع المحكمة العقارية المختص، تقرر منذ سنة 1995 التخلي عن هذا الإجراء واكتفى المشرع بضرورة إعلام كتابة المحكمة العقارية بوقوع تعليق المستخرج المتعلق بمضمون مطلب التسجيل العقاري في ظرف ثمانين وأربعين ساعة فحسب، رغبة من المشرع في التخفيف من طول الإجراءات، حيث لوحظ واقعياً أنّ المحكمة العقارية تظلّ ولمدة طويلة تؤخّر المطلب جلسة بعد جلسة لانتظار إتمام الإشهارات بسبب عدم إضافة هذه المطبوعات. ومع ذلك فقد لاحظت لجنة التشريع العام والتنظيم العام للإدارة أثناء مناقشة مشروع 1995 المتعلق بتنقيح مجلة الحقوق العينية أنّ طريقة الإشهار المعتمدة أساساً على الزائد الرسمي لا يمكن أن تضمن إعلام الغير فعلياً ويجب التفكير في طرق جديدة مثل الصحافة المكتوبة والمسموعة أمام تطوّر وسائل الإتصال الحديثة. وساندت بعض الآراء الفقهية هذا المذهب حيث ذهبت إلى إمكانية الإشهار بواسطة لوحات توضع بالعقار موضوع المطلب حتّى تكون ظاهرة وبارزة للعيان⁶¹. والحقيقة أنّ طريقة الإشهار بواسطة الزائد الرسمي لا يمكن التخلي عنها على الأقل في الوقت الحالي، ولا يتوفّر حالياً ما يمكن أن يعوّض هذه الطريقة، بل إنّه يجب التفكير في وسائل أخرى تدعّم هذا الإجراء. لكنّ المشرع تخلى عن عدّة طرق إشهارية هامة ربّما كان لها الأثر الكبير من الوجهة التطبيقية وخاصة ما يتعلّق منها بالإشهار بالأسواق العمومية و"التبريح".

3- أعمال البحث والتّحقيق

إلى جانب أعمال التحديد والإشهار يتطلّب مطلب التسجيل العقاري أعمال بحث وتحقيق لغاية بيان الحالة الاستحقاقية. ولا تخرج هذه الأعمال عن أعمال مكتبية وأخرى ميدانية.

-الأعمال المكتبية: إنّ إجراءات التسجيل العقاري تقتضي أن يتعهد القاضي المقرر بالملف منذ تقديمه، فبمجرّد تقديم مطلب التسجيل والرّسوم والوثائق المضافة إليه يعيّن رئيس المحكمة العقارية حاكماً لإجراء الأبحاث

⁶¹ الحبيب الشطّي، مثال العقار المسجّل، دراسات في القانون العقاري، دار الميزان للنشر بسوسة 1996، ص 7.

وتقديم تقرير على معنى الفصل 328 م.ح.ع. ويحال مطلب التّسجيل إلى القاضي المقرّر الذي يبادر إلى دراسته مكتبيًا فيطلّع على جملة الرّسوم والوثائق ويقف على جميع العناصر المكوّنة لها. كما يمدّ الحاكم المقرّر مصلحة قيس الأراضي بجميع الإرشادات اللاّزمة لتمكينها من إجراء التحديد ويحيل لها عند الاقتضاء رسوم الملكيّة التي يكون من المفيد الاطلاع عليها. وفي صورة إذا استهدف المطلب لمعارضة مهما كان مصدرها، يطلب الحاكم المقرّر من طالب التّسجيل الاطّلاع على هذا الاعتراض بكتابة المحكمة بدون نقله والجواب عنه كتابة في أجل معيّن.

وتكون هذه الأعمال المكتبيّة في بعض الأحيان كافية لمعرفة مآل مطلب التّسجيل دون حاجة إلى أبحاث ميدانيّة كما إذا تقاعس الطالب عن دفع المصاريف التكميليّة لديوان قيس الأراضي أو إذا استند الطّالب في مطلبه مثلاً إلى أمر إسناد الأراضي الإشتراكيّة على وجه الملكيّة الخاصّة والحال أنّه لم يحتج بهذا الأمر رغم التنبيه عليه من طرف القاضي المقرّر. ففي هذه الصّورة، وفي جملة الصّور المماثلة، يكتفي القاضي المقرّر بتحرير تقرير بسيط يبيّن من خلاله تقاعس الطّالب، فيحال المطلب إلى جلسة الحكم لتتخذ المحكمة القرار المناسب.

لكنّه من المفيد الإشارة إلى أنّ تطبيق الحجج وسماع البيّنة لا يمكن مطلقاً القيام بهما بالمكتب، بل لابدّ من إجراء توجّه على العين وهو الحلّ الذي اعتمده المجلس المختلط منذ زمن بعيد بعد النّقاشات التي طرحت بين رجال القانون في وقتها. لكنّ ذلك لا يعني أنّ القاضي المقرّر يمتنع عن الإطّلاع على جملة الوثائق المكوّنة لمطلب التّسجيل، بل يطلب منه دراسة الكتب من جميع جوانبه القانونيّة ويتتّب أصل الإنجرار، فإذا نقصت بعض الرّسوم الضّروريّة يمكن للحاكم المقرّر استدعاء المعني لمطالبته بإضافة هذه الوثيقة عند الاقتضاء.

كما يطلّع القاضي المقرّر على محضر التّحديد الوقتي بعد إنهاء الأعمال الفنيّة، فينتبّه من الملاحظات التي دوّنها المهندس المحلّف. والحقيقة أنّ القاضي المقرّر لا يمكنه أن يتوجّه على العين إلّا بعد إتمام الأعمال الفنيّة،

خاصة بعد أن تخلّى المشرّع إجمالاً منذ سنة 1995 عن الإجراء المعروف بالبحث والتّحجير. وهو إجراء يسمح بإتمام الأعمال الفنيّة والأبحاث الاستحقاقية في نفس الوقت، وتلجأ إليه المحكمة في صورة ما إذا تعذّر على المهندس المسّاح إتمام الأعمال الفنيّة بسبب شدّة المعارضات أو في صورة ما إذا رغبت المحكمة في إنهاء هذه الأعمال في أقرب الأوقات. وأصبح من غير الجائز منذ سنة 1995 اللّجوء إلى المحكمة في صورة شدّة المعارضات حسب ما أشير إليه سابقاً، بل يتحتّم على المهندس المسّاح الاستعانة بالقوّة العامة بعد إذن النيابة العموميّة ولا تتدخل المحكمة العقارية إلّا في مرحلة متأخّرة بعد إتمام هذه الأعمال وإحالتها إليها، فيطلّع عليها القاضي المقرّر كما يطلّع على بقيّة أوراق المطلب.

فإذا رأى الحاكم المقرّر ضرورة إجراء بحث على العين فإنّه يعلم بذلك رئيس المحكمة العقارية بتقرير خاص يسمّى تقرير الإعلام⁶¹²، ويصدر الرئيس عند الاقتضاء قراراً في تعيين حاكم يتولّى البحث⁶¹³. مع العلم أنّ المصاريف الضّروريّة لإتمام التّوجه يسبقها طالب التّسجيل منذ نشر مطلب التّسجيل حسب ما سبق الإشارة إلى ذلك في بابه.

⁶¹² يذكر أنّه من الوجهة التّطبيقية تكون عادة جميع المطالب موضوع توجّه على العين، وكلّما تحرّر تقرير الإعلام رغم أنّ الفصل 340 م.ح.ع. نصّ صراحة على هذا التّقرير، ومن الأحسن بالتّالي التمسك بهذا الإجراء على مستوى نشاط المحكمة لأنّه يتيح للقاضي المقرّر فرصة الإطلاع على مطلب التّسجيل العقاري قبل التّوجه على العين، وبإمكانه استدعاء الطالب ومطالبته بجميع الوثائق التي يراها القاضي المقرّر ضرورة لإجراء البحث على عين المكان، حتّى إذا ما تقاعس الطالب أمكن إحالة المطلب إلى الجلسة التي يمكنها حينئذ إتخاذ القرار المناسب. ويتعلّص بهذه الطّريقة عدد المطالب التي تتطلّب إجراء الأبحاث على العين.

⁶¹³ يذكر كذلك من الوجهة التّطبيقية أنّ القاضي المقرّر يتعهّد بالملف منذ تقديم المطلب على معنى الفصل 328 م ح ع، فيبادر القاضي المقرّر إلى تعيين موعد التّوجه بالنسبة إلى جميع المطالب. ومادام تقرير الإعلام لا يلجأ إليه إلّا في مناسبات قليلة، فلن يجد رئيس المحكمة العقارية الفرصة لتعيين القاضي الذي سيجري الأبحاث الميدانية بل إنّ القاضي الذي تعهّد بالقضية منذ تقديم المطلب هو الذي يبقى مختصّاً إلى حدّ نهاية الأبحاث الميدانية. وبالتالي لم يبق للفقرة الثانية من الفصل 340 م.ح.ع. أي معنى أمام هذه الممارسة ضرورة أنّ الفصل 340 م.ح.ع. نصّ على ما يلي: "إذا رأى الحاكم المقرّر ضرورة إجراء بحث على العين يعلم بذلك رئيس المحكمة العقارية بتقرير خاص ويصدر الرئيس عند الاقتضاء قراراً في تعيين حاكم يتولّى البحث وفي تقدير المبلغ التقديري للمصاريف الواجب دفعها من طرف طالب التّسجيل." وبلا حظ كذلك أنّ المصاريف القانونيّة التي يتطلّبها التّوجه على العين يؤمّنها طالب التّسجيل منذ تقديم المطلب كما سبق الإشارة إلى ذلك.

-الأعمال الميدانية: يقوم القاضي المقرر المتعهد بالمطلب بتحديد موعد التّوجه حسب ما يسمح به حجم العمل، محترماً في ذلك آجال بلوغ الاستدعاءات، وقد تعود القضاة المقررون على إجراء عدّة توجّهات في اليوم الواحد. ويتولّى القاضي المقرر بالمناسبة استدعاء الطالب وعند الاقتضاء المعارضين لموعد التّوجه طبق العناوين المذكورة بالملف. وتبلّغ الاستدعاءات للمعنيين بواسطة أعوان السلطة الإدارية الذين يقتطعون وصلاً منها يوجّهونه إلى الصّادر منه الإعلام وتضاف إلى ملف كلّ عقّار نسخة من ذلك الإعلام مع الإعلام بالبلوغ. لكنّ هذه الطريقة رغم بساطتها فهي مدعاة لعدّة مشاكل بسبب عدم قدرتها على ضمان بلوغ الاستدعاء لشخص الطالب أو لشخص المعارض، وعادة ما تكتفى السلطة الإدارية بتسليم الاستدعاء إلى عمدة المكان أو إلى أحد أقارب المعني دون مراعاة أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية وخاصة الفصل 8 منها وهو ما يؤدّي بالضرورة إلى تغيّب المعني بالأمر يوم التّوجه⁶¹⁴. وإذا لم يحضر الطالب يوم التّوجه يمتنع الحاكم المقرر عن إجراء الأبحاث ويحرّر تقريراً لإعلام الجلسة التي بإمكانها تقرير إعادة التّوجه في صورة ما إذا حضر الطالب وأعرب عن رغبته في إعادة التّوجه وتحمل عليه مصاريف التّوجه من جديد. وإذا لم يحضر الطالب وحضر المعارض أو المعارضون تجرى الأبحاث في وقتها إذا ما أصرّوا على التّسجيل العرضي⁶¹⁵، ويحرّر الحاكم المقرر تقريراً ينهي فيه أبحاثه ويمكن للمحكمة في جلستها الحكميّة أن تقرّر إجراء توجّه ثاني بطلب من طالب التّسجيل في صورة ما إذا حضر وأعرب عن رغبته في ذلك وتحمل عليه المصاريف اللاّزمة. وإذا حضر الطالب ولم يحضر

⁶¹⁴ نصّ الفصل 8 م.م.م.ت. على أنّ التّظير أي الاستدعاء يسلم إلى الشّخص نفسه أو في مقرّه الأصلي أو في مقرّه المختار حسب الأحوال فإذا لم يجد العدل المنفّذ المطلوب إعلامه في مقرّه وجب عليه أن يسلم نظير محظر الإعلام إلى وكيله أو لمن يكون في خدمته أو ساكناً معه بشرط أن يكون مميّزاً ومعرفاً بهويّته.

والمقرّ الأصلي على معنى الفصل 7 م.م.م.ت. هو المكان الذي يقيم فيه الشّخص عادة والمكان الذي يباشر فيه الشّخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرّاً أصلياً له بالنسبة إلى المعاملات المتعلّقة بالنشاط المذكور. والمكان المختار هو الذي يعيّنه الإتّفاق أو القانون لتنفيذ التّزام أو للقيام بعمل قضائي.

⁶¹⁵ ستتعرّض إلى مفهوم التّسجيل العرضي عند الحديث عن المرحلة الحكميّة. يراجع الفصل 333

المعارض أو المعارضون ينهي القاضي المقرر أبحاثه، ويبقى الحق قائماً لهم في مطالبة التوجّه ثانية وتحمل عليهم المصاريف الضّروريّة. ويتولّى كاتب المحكمة في كلّ مرّة تمكين الطّالب أو المعارض من المطبوعات التي تخوّله تأمين المصاريف اللاّزمة والمطلوبة قانوناً.

ويذكر أنّ المحكمة العقاريّة وفي إطار إجراءاتها الاستقرائيّة تعتمد إلى إعادة الاستدعاء إذا لم يبلغ الاستدعاء إلى شخص المعني بالأمر⁶¹⁶. كما أنّ القاضي المقرر كثيراً ما يلجأ إلى عدّة طرق تضمن حضور المعنيين شخصياً حيث بالإمكان تكليف الطّالب باستدعاء بقية الأطراف بواسطة عدل منفذ على معنى الإجراءات المبينة بمجلة المرافعات المدنيّة والتجاريّة، أو أن يستدعي الطّالب إلى مكتب الحاكم المقرر فيعلمه بموعد التوجّه ويكلفه بالمرّة بإعلام بقية الأطراف إذا لم يكن هناك مانع، أو أن يستدعي جميع الأطراف للحضور بمكتب الحاكم المقرر فيعلمهم بموعد التوجّه مسبقاً.

وإذا ما تجاوزنا مسألة حضور الأطراف، وافترضنا أنّ التوجّه قد تمّ في موعده، فعلى الحاكم المقرر أن يطوف بكامل العقار⁶¹⁷ موضوع مطلب التسجيل ويحرّر على الطّالب وعلى المعارض وعلى المحامين⁶¹⁸ ويجري الصلح⁶¹⁹ ويطبّق الرّسوم والحجج⁶²⁰ ويسمع البيّنة⁶²¹ وينهي جميع الأبحاث الاستقرائيّة⁶²².

⁶¹⁶ والحقيقة أنّ هذا الإجراء وبعبدا عن الإجراءات الاستقرائيّة التي ستحدّث عنها في بابها نصّ عليه صراحة الفصل 77 م.م.ت. بقوله "للمحكمة أن تأذن بإعادة استدعاء المدعي عليه إن لم يبلغه الاستدعاء الأول شخصياً".

⁶¹⁷ أول ما يقوم به الحاكم المقرر هو الطّواف حول العقار من جميع جوانبه، فيتثبت من العلامات التّحديدية التي وضعها المهندس المكلف يوم إجراء التّحديد الوقفي، ويسترشد عن حدود العقار والاسم المعروف به في الجهة واسم موقعه ويدون ذلك بملفاته، ويمكن له أن يرسم مثلاً مصغراً للعقار مع بيان حدوده الأربعة ومقارنتها بالمثال الهندسي الذي أعده المهندس المحلّف طبق الصورة التي سبق الإشارة إليها. وتبين طبيعة العقار ومحتواه.

⁶¹⁸ يطلب الحاكم المقرر هويّة الطّالب وينقل محتواها ثمّ يبادر إلى إلقاء الأسئلة اللاّزمة لبيان كيفية إنجرار الملكية مع الحرص على تدوين الجزئيات. وقد يكون ذلك بحضور المعارض الذي يمكن إبعاده كلّما لزم الأمر ورأى القاضي المقرر ضرورة اتخاذ هذا الإجراء.

ويطلب الحاكم المقرر هويّة المعارض وينقل جميع البيانات المتعلّقة بها، ويلقي الأسئلة اللاّزمة لمعرفة أسس المعارضة وموضعها، ويتعرّض بالضرورة لأصل إنجرار ملكيّة المعارض. وقد يكون ذلك على مسمع الطّالب أو غيابه إن اقتضى الحال.

ويذكر بداية أنّ الطّالب أو المعارض أو كلاهما يمكن أن لا يحضرا أصلاً وبنينا عنهما من يمثلهما وفي هذه الحالة يتثبت الحاكم المقرر من صحة التوكيل وصفة الوكيل، كما يمكن لهما أن ينييا محاميا سواء حضرا أو تغيبا. ففي جميع هذه الصور يتولّى الحاكم المقرر التّحرير على من حضر في حقّ الطالب أو المعارض.

فبعد الطّواف بكامل العقّار والتّحرير على جميع الأطراف يتبيّن للحاكم المقرّر أصل النزاع إن وجد، وعادة ما يلجأ إلى الطّرق الصّليّة لحسمه على عين المكان بموافقة الأطراف بطبيعة الحال بحكم ما له من سلطة على عناصر الملف إذ يتيسر له معرفه الحقائق في أدقّ مظاهرها، وخاصة بعد أن أقرّ المشرّع الصّح في أغلب الإجراءات، واعتبره الطّريقة المثلى لحسم النزاعات. وقد يقتنع المعارض برفع معارضته فيسحبها أو أن يحصرها في جزء معيّن دون آخر، أو أن يعترف الطّالب بمضمون المعارضة. وعادة ما تتعلّق المعارضة بالحدود بين العقّارات المجاورة التي من الممكن أن تصفّى على عين المكان. وفي جميع هذه الحالات يبادر الحاكم المقرّر إلى تشخيص موضوع الصّح على المثال الهندسي و إلى تضمين نتيجة أعماله بتقاريره حتّى تتمكّن المحكمة من مراقبة هذه الأعمال ولتتخذ الرّأي السليم عند الاقتضاء. فإن لم يركن الأطراف إلى الصّح يمرّ القاضي المقرّر إلى مباشرة أعمال التّحقيق.

يتولّى الحاكم المقرّر أولاً دراسة الكتب من حيث شكله، فيشير إلى كلّ النقائص التي يقف عليها سواء تعلّقت بالإمضاء أو بالتراخيص المشتركة قانوناً سواء بالنسبة إلى التّونسيين أو الأجانب. ويراقب الحاكم المقرّر الناحية الجوهرية للعقد، ويمكنه القيام بتأويله عند غموضه وتكييفه التّكييف القانوني السليم عند الإقتضاء. وإذا أثرت مسألة أوليّة سواء تعلّقت بالنّاحية الشكليّة للعقد أو بالنّاحية الجوهرية، يشير إلى ذلك في تقريره ولا يمتنع عن مواصلة الأبحاث بل إنه يواصل أبحاثه كما يلزم وعلى المحكمة في طورها الحكمي أن تؤجّل النّظر في مطلب التّسجيل العقّاري في صورة ما إذا احتجّ المعني بما يفيد نشر قضية أصليّة أمام محاكم الحقّ العام. بقي أنّ الحاكم المقرّر يتولّى تطبيق الحجج دون حاجة إلى انتداب خبير، حيث إنّ النّاحية العقّارية توجب إدراك بعض المفاهيم والاصطلاحات المتعارف عليها بالجهة، ويتيسر عادة للحاكم المقرّر الوقوف على هذه المفاهيم فيعبرها الوعي الكامل، وعادة ما ينتفع بها كلّما باشر تطبيق الحجج. ولا يكتفي بتطبيق الحجّة بل من المطلوب أن يبين الباحث انجرار الملكية وتعاقيها، ويفصّل الحديث عن طريقة اكتساب ملكيّة العقّار موضوع مطلب التّسجيل علماً أن الملكية تكتسب على معنى الفصل 22 من م.ح.ع. بالعقد والميراث والتّقديم والاتّصاف ومفعول القانون. وبالتالي فإنّ التّطبيق يمكن أن يشمل العقود والكتائب مهما كان نوعها سواء كانت بيعاً أو هبة أو قسمة أو معاوضة أو مغارسة و جميع القرارات الإدارية خاصة منها ما يتعلّق بإسناد الملكية على وجه الملكية الخاصة.

لا تخلو الأبحاث من ضرورة سماع البيّنة سواء لتدعيم الرّسوم أو لإثبات التّقديم المكسب. لأنّ الرّسوم في حقيقة الأمر لا تخرج عن كونها مجرد وسيلة لنقل الحقّ وليست طريقة من طرق اكتساب الملكية ابتداء، وبالتالي لا بدّ من التّحرير على البيّنة لبيان انجرار الملكية. وتكتسب البيّنة البعد الهام والأهمية الكبيرة إذا كان المطلب مؤسساً على عناصر التّقديم المكسب، إذ لا يمكن في هذه الصّورة إثبات الحقّ إلا بطريقة البيّنة. فيتولّى الحاكم المقرّر سماع البيّنة التي أحضرها الطّالب ويركّز بالأساس على عناصر الحيّزة وأركانها فيتبيّن من طبيعتها وأجلها ومدتها. لكنّ الحاكم المقرّر لا يكتفي بما يقدّم له، بل بإمكانه أن يجري جميع الأبحاث الاستقرائية اللازمة.

ينصّ الفصل 328 م.ح.ع. على أنّ الحاكم المقرّر مكلف على الخصوص بالسهر أثناء إجراءات التّسجيل على أن لا يقع النّيل من أيّ حقّ عيني عقّاري راجع لقاصر أو غائب ويباشر لهذا الغرض جميع التّحقيقات والأبحاث اللازمة وله سلطة مطلقة لقيامه بهذه المهمة. وتاريخياً يظهر النّظام الاستقرائي في مواجهة النّظام الادعائي. ويقصد بالنّظام الادعائي هو أن تكون المواجهة بين طرفي النزاع دون تدخّل من القاضي الذي يجب أن يلتزم الصّمت ليعلن عن الفائز في آخر المطاف، ويطلب في هذا النّظام عدّة مبادئ أساسية أهمّها الاحترام الكامل لمبدأ الحياد في مفهومه الغني. وفهم من النّظام الاستقرائي مبادرة القاضي في البحث والبيان دون التّقيّد بمبدأ الحياد، وهو النّظام المعمول به في الإجراءات الجزائية على صورتها الحاليّة. هذا النّظام هو المعتمد بإجراءات التّسجيل العقّاري، وهو يسمح في نهاية الأمر بتحقيق عدّة نتائج هامّة لعلّ من أهمّها أنّ الحاكم المقرّر غير ملزم بما ورد بالفصل 12 م.م.ت. فينقاد الحاكم بالضرورة في أبحاثه إلى تكوين أوراق الملف، بل بإمكانه أن يطلب إضافة بعض الوثائق من جميع الأطراف سواء كان الطّالب أو المعارض أو الغير أو الإدارات. وبإمكانه أن يسمع البيّنة التي يرى منها فائدة حتّى في صورة ما إذا لم يطالب المعنيون بذلك، وله سلطة مطلقة في إجراء الأبحاث شرط أن لا يتجاوز المبادئ الإجرائية الأساسية المتعلّقة بحقّ الدّفاع وجملة الصّوابط المطلوبة عند التّحرير على البيّنة فيما يتعلّق بالقواعد. ومع ذلك لاحظ المجلس المختلط منذ زمن بعيد أنّ الإجراءات المتبعة أمام المحكمة العقّارية تتميز بعناصر أساسية وجوهرية بمعنى أنّ القواعد الإجرائية لا يمكن أن تعيق الأبحاث الاستقرائية، فكّلما تعارضت قاعدة شكلية مع الحقّ الموضوعي إلّا وقدم الموضوع بمعنى أنّ السعي إلى تسجيل العقّار لصالحه الحقيقي يفوز في نهاية الأمر عن أيّ قاعدة شكلية قد تعترض أعمال القاضي المقرّر ومن بعده المحكمة.

وبعد إتمام القاضي المقرّر جميع الأبحاث الاستقرائية يحرّر تقريراً شاملاً يتعرّض من خلاله لجميع الأشغال التي قام بها والاستقرّاءات التي توصّل إليها ولا بأس إن هو أبدى رأيه في بعض المسائل ، ويتوخى في ذلك الحرص الكامل لإعلام المحكمة بجميع الجزئيات مهما كانت ومهما صغرت. ثمّ يوجّه الملفّ إلى كتابة المحكمة لإحالة إلى الجلسة.

4-الحكم في مطلب التّسجيل الاختياري

يجب التمييز بين مرحلتين أساسيتين، مرحلة مل قبل التسجيل ومرحلة ما بعده.

-مرحلة ما قبل التّسجيل: يذكر بداية أن المحكمة العقارية لا تلتزم إجمالاً بالإجراءات المسطرة بمجلة المرافعات المدنية خاصة منها ما يتعلّق بطريقة رفع الدّعوى وتقييدها⁶²³، التي يمكن أن ينجرّ عنها سواء بطلان عريضة الدّعوى أو طرح القضية⁶²⁴، ولا يمكن للإجراءات الخاصة بالجلسات التّحضيرية وجلسات المرافعة والحكم⁶²⁵ أن تنطبق على أعمال المحكمة العقارية إلّا إذا لم تكن مخالفة للقواعد التي بينها المشرّع بمجلة الحقوق العينية. ويتّجه في هذا الباب التّعرّض لما تفرضه الإجراءات الخاصة بالمحكمة العقارية من حدود وبيانات، فبعد إحالة الملف إلى الجلسة الحكمية، يستدعى الأطراف إليها طبق القانون، وبعد تلاوة تقرير القاضي المقرّر وتقديم الأطراف ما لديهم من ملاحظات بواسطة محامي يمكن للمحكمة أن تأذن بمواصل الأبحاث إذا كانت غير تامة، كما يجوز للغير الاعتراض على مطلب التّسجيل أو التّداخل، ويصدر الحكم في نهاية الأمر.

+الإجراءات أمام الهيئة الحكمية للمحكمة العقارية: وقد سبق أن أشرنا إلى أنّ المحكمة العقارية أحدثت بموجب الأمر المؤرّخ في غرة جويلية 1885، وقد نفّح هذا الأمر عدّة مرات، إلى أن صدر الأمر المؤرّخ في 17 - 2 -

Georges soulmagnon : la loi tunisienne du 1 juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres fonciers, op.cit., p.107.

623 الفصول 68 م.م.ت. إلى 72 م.م.ت.

624 يراجع الفصل 79 م.م.ت.

625 يراجع الفصول 76 وما بعد م.م.ت.

1957 القاضي بإعادة تنظيم المجلس المختلط العقاري، وتخلّى المشرّع عن تسمية هذا الجهاز بالمجلس المختلط وأصبح يسمّى بالمحكمة العقارية وهي نفس التسمية التي اعتمدها مجلة الحقوق العينية عند صدورها بمقتضى القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965، وقد كانت تابعة للجهاز القضائي منذ البداية. وحدّد الأمر المؤرخ في 17 - 2 - 1957 تركيبها ووظائفها والإجراءات الخاصة بها ومن بعده مجلة الحقوق العينية التي ألغت بعضا من فصول هذا الأمر⁶²⁶.

وبشرف على المحكمة العقارية رئيس محكمة. ولها مركز أصلي بتونس به عدد من وكلاء الرئيس وحكام مقرّرين، وفروع في أغلب الولايات يشرف عليها وكلاء رئيس، وتكون لرئيس المحكمة سلطة إدارية وقضائية على جميع الفروع. كما يشرف على كتابة المحكمة المركزية رئيس كتابة ويشرف على كتابة فروعها عدد من الكتبة الذين لا يعتبرون في حقيقة الأمر إلا امتدادا للكتابة المركزية. وتتركّب هيئة المحكمة العقارية عند الحكم من ثلاثة أعضاء وهو التّحوير الذي أدخله المشرّع بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995، بعد أن كانت تتركّب من خمسة أعضاء. ومن حقّ الحكّام المقرّرين أن يجلسوا بالمحكمة العقارية على شرط أن لا يشاركوا في الحكم في القضايا التي كلّفوا بتقريرها، وعند تخلف رئيس المحكمة العقارية ينوبه أقدم وكلائه سواء في وظائفه المجلسيّة أو في اختصاصاته الأخرى.

وبستدعى الأطراف بواسطة كاتب المحكمة بالطريقة الإدارية لموعّد الجلسة وذلك ثمانية أيّام على الأقل قبل يوم انعقادها، وتتولّى السلطة الإدارية المكلفة بتبليغ الاستدعاء تسليمه إلى صاحبه ، بعد أن يمضى على الوصل الذي من المفروض أن يقع إرجاعه إلى كتابة المحكمة، فيضيفه كاتب الجلسة إلى الملفّ المتعلّق به. لكنّ هذه الطّريقة ولئن كانت غير معقّدة وتتماشى مع الإجراءات المعتمدة أمام المحكمة العقارية، فإنّها كانت سببا في عدّة مشاكل من الوجهة

⁶²⁶ ألغيت الفصول 5 و6 و9 و10 من هذا الأمر. لذلك عادة ما يرجع إلى بقية الفصول لفهم الإجراءات الخاصة بهذه المحكمة.

التطبيقات، لأن الاستدعاء لا يبلغ لصاحبه في كثير من الأحيان، ويتعذر بالتالي على الطالب أو المعارض أو المتداخل الحضور بالجلسة، ولا يتيسر لهم مناقشة ما يمكن أن يضاف إلى ملف المطلب. حيث إن الاستدعاء يجب أن يسلم إلى المعني بالأمر شخصياً أو إلى وكيله أو خادمه أو لمن يكون ساكناً معه بشرط أن يكون مميزاً على معنى الفصل 8 م.م.م.ت. لكن أغلب الاستدعاءات وكما سبق الإشارة إلى ذلك تبلغ في شخص العمد لصعوبة تبليغها على معنى الفصل 8 المذكور. وهو ما يدفع المحكمة إلى تأخير القضية عدة مرات والإذن بإعادة استدعاء المعني حتى يتسنى له الحضور. وتحرص المحكمة من جهة أخرى على الحضور الشخصي لتطالبه بالوثائق الناقصة عند الاقتضاء أو لتعلمه بموعد إجراء الأبحاث التكميلية. لكنه لا شيء يمنع من استدعاء الأطراف بواسطة عدل منفذ إذا رأت المحكمة أن حضورهم واجب بالجلسة، ويمكن لها أن تكلف أحدهم باستدعاء الطرف المقابل، وتطبق حينئذ الإجراءات المبينة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية⁶²⁷. ولا ننسى كذلك طبيعة الإجراءات المعتمدة أمام المحكمة العقارية التي تسمح للمحكمة بإجراء الأبحاث حتى في صورة غياب المعنيين، ولا يمكن أن تحكم بتسجيل موضوع المطلب إلا بعد إتمام جميع الأبحاث.

وقدّمنا أن القاضي المقرر يتمّ الأبحاث المطلوبة ويحرر تقريراً يضمّنه جميع أعماله الاستقرائية، ثمّ يحيل الملفّ إلى جلسة الحكم و عادة ما تكون الأبحاث قد تمّت على الوجه المطلوب ولا تحتاج إلى أبحاث إضافية. ولهذا الغرض تفتح الجلسات التحضيرية بالتأكد من حضور الأطراف على الوجه المذكور وبتلاوة التقرير من طرف أحد أعضاء المحكمة. غير أنّ التطبيق ابتعد عن اعتماد هذا الإجراء، وأغلب فروع المحكمة العقارية لا تلجأ إليه، وتفتح الجلسات التحضيرية بالنداء على الأطراف، فإن لم يحضر أيّ منهم تؤخّر الجلسة إلى غاية حضور المعني بالأمر عند الاقتضاء، أو أن يحضروا بالجلسة الأولى فيطالبون بالتأخير لغاية الاطلاع فتستجيب لهم المحكمة، أو أن يكونوا قد

يراجع الفصول 5 وما بعد من م.م.م.ت.

اطَّلَعُوا عَلَى جَمِيعِ الْأَبْحَاثِ بِمَا فِي ذَلِكَ تَقْرِيرَ الْقَاضِي الْمَقْرَّرِ مِنْذُ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ. وَلَرَبَّمَا كَانَ ضَغْطُ الْعَمَلِ وَحُجْمُ الْمَلَفَاتِ الْمُنْشُورَةِ أَمَامَ الْمَحْكَمَةِ الْعَقَّارِيَّةِ هُوَ السَّبَبُ وَرَاءَ اعْتِمَادِ هَذَا الْحَلِّ. وَلَقَدْ كَانَ الْمَجْلِسُ الْمَخْتَلَطُ مِنْذُ قِيَامِهِ حَرِيصًا عَلَى احْتِرَامِ مِثْلِ هَذَا الْإِجْرَاءِ، لَكِنَّهُ شَيْئًا فَشِيئًا ابْتَعَدَ التَّطْبِيقُ عَنِ اللَّجْوِ إِلَيْهِ، وَلَا نَكَادُ الْيَوْمَ نَشْعُرُ بِضَرُورَةِ اعْتِمَادِهِ أَمَامَ كَثْرَةِ الْمَلَفَاتِ، حَيْثُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَتَوَلَّى أَحَدُ أَعْضَاءِ الْمَحْكَمَةِ تَلَاوَةَ التَّقْرِيرِ الَّذِي قَدْ يَحْتَوِي أَكْثَرَ مِنْ عَشْرِينَ صَفْحَةً بِمُنَاسَبَةٍ كُلِّ مَطْلَبٍ، وَطَغَى الْعَمَلُ إِجْمَالًا بِالْإِجْرَاءَاتِ الْمَبْيُتَةِ أَعْلَاهُ.

وَعَلَى كُلِّ يُمْكِنٍ لِلْخُصُومِ بَعْدَ الْإِطْلَاعِ عَلَى تَقْرِيرِ الْقَاضِي الْمَقْرَّرِ وَجَمِيعِ أَوْرَاقِ الْمَلَفِ أَنْ يَقْدِّمُوا بِوَسْطَةِ مُحَامٍ مَا لَهُمْ مِنَ الْمُلْحُوظَاتِ كِتَابَةً أَوْ شَفَاهَةً عَلَى مَعْنَى الْفَصْلِ 343 م.ح.ع. وَيَلَاظُ مِنْ خِلَالِ ذَلِكَ أَنَّ إِنْابَةَ الْمُحَامِي أَصْبَحَتْ وَجُوبِيَّةً أَمَامَ الْمَحْكَمَةِ الْعَقَّارِيَّةِ فِي مَطَالِبِ التَّسْجِيلِ الْإِخْتِيَارِيِّ بَعْدَ تَنْقِيحِ الْفَصْلِ 343 م.ح.ع. بِمَوْجِبِ الْقَانُونِ عِدَدِ 67 لِسَنَةِ 2008 الْمَوْخَرُ فِي 3 نَوَفَمْبَرِ 2008 وَأَصْبَحَ هَذَا الْفَصْلُ بَعْدَ التَّنْقِيحِ يَنْصُ فِي فِقْرَتِهِ الثَّانِيَةِ عَلَى يَلِي « وَبَعْدَ تَلَاوَةِ التَّقْرِيرِ مِنْ طَرَفِ أَحَدِ أَعْضَاءِ الْمَحْكَمَةِ يُمْكِنُ لِلْخُصُومِ أَنْ يَقْدِّمُوا بِوَسْطَةِ مُحَامٍ مَا لَهُمْ مِنَ الْمُلْحُوظَاتِ كِتَابَةً أَوْ مَشَافَهَةً ». وَيَسْتَمَرُّ مُحَامُو الْأَطْرَافِ عَلَى تَبَادُلِ الْمُلْحُوظَاتِ بَيْنَهُمْ دُونَ إِجْرَاءَاتٍ خَاصَّةٍ سِوَاءِ إِمضَاءِ كُلِّ مِنْهُمْ عَلَى تَوْصِلَةِ مَا قَدَّمَهُ لَهُ الطَّرَفُ الْآخَرُ وَتَقَدَّمَ نَسْخَةٌ مِنْ تِلْكَ الْمُلْحَظَاتِ لَضَمِّهَا لِمَلَفِ الْمَطْلَبِ أَوْ إِضَافَةِ الْمُلْحُوظَاتِ مُبَاشَرَةً إِلَى الْجُلُوسَةِ لِيَطْلُبَ الطَّرَفُ الْمَقَابِلُ التَّأْخِيرَ وَالْجَوَابَ عَلَى مَا قَدَّمَ بِالْجُلُوسَةِ. وَعَادَةً مَا تَكُونُ أَبْحَاثُ الْقَاضِي الْمَقْرَّرِ الْمُضْمَنَةِ بِالتَّقْرِيرِ كَافِيَةً دُونَ لَزُومِ لِإِجْرَاءَاتٍ أُخْرَى، وَيَتِمَسَّكُ بِهَا الْأَطْرَافُ لِتَنْصَرِفِ الْقَضِيَّةُ لِلْمَرَاغَةِ حِينَ عِنْدَ الْاِقْتِنَاءِ، وَتَصَرِّحُ الْمَحْكَمَةُ بِحُكْمِهَا فِي نَهَايَةِ الْجُلُوسَةِ أَوْ أَنَّهَا تَوَخَّرَ التَّصْرِيحُ بِالْحُكْمِ لَجُلُوسَةٍ مُقْبَلَةٍ.

لَكِنَّ الْمَحْكَمَةَ تَتِمَتَّعُ بِنَفْسِ الدَّورِ الَّذِي يَتِمَتَّعُ بِهِ الْقَاضِي الْمَقْرَّرُ فِي الْبَحْثِ وَالِاسْتِقْرَاءِ حَسَبِ الصُّورَةِ الَّتِي سَبَقَ شَرْحُهَا، وَبِالنَّاتِلِ يُمْكِنُ أَنْ تَأْذُنَ بِإِتِمَامِ الْأَبْحَاثِ الَّتِي تَرَاهَا مُفِيدَةً.

وقد نصّ الفصل 86 م.م.م.ت. على أنّه يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معيّنة من سماع بيّنات أو إجراء توجّهات واختبارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرّر بإتمامها. ويمكن أن تعيّن بالجلسة بمحضر الطّرفين تاريخ إجراء الأبحاث التي أذنت بها يوماً وساعة بمكتب القاضي المقرّر أو على عين المكان أو غير ذلك من الأماكن. وأضاف الفصل 114 م.م.م.ت. وإذا لم تجد المحكمة بالملف الإيضاحات الكافية، خلال جلسة المرافعة، يمكنها أصالة منها الإذن بإحضار الشهود أو الخبراء بالجلسة الذين ترى منفعة في سماع شهادتهم وتأذن عند الاقتضاء بزيادة البحث كما يمكن لها الإذن بحضور الخصوم بذواتهم.

لكنّ هذا الاتجاه الجديد في البحث والتّحقيق الذي اعتمده المشرّع منذ سنة 1986 يخضع في حقيقة الأمر لضوابط وحدود يمليهما مبدأ الحياد الذي فرضه الفصل 12 م.م.م.ت.، فليس للمحكمة أن تتجاوز ما نصّ عليه الفصلان 86 و114 م.م.م.ت. إذ ليس لها أن تتمسّك بحجّة لم يطالب بها الأطراف أو أن تطلب إضافة الحجج الناقصة أو أن تكاتب الإدارة لغاية إضافتها، أو أن تتمسّك بعناصر لا تهمّ النّظام العام وليس عليها إجمالاً تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم، وعادة ما تؤكّد محكمة التّعقيب على احترام هذا المبدأ باعتباره أحد المبادئ الأساسيّة الذي يركّز عليه النّظام الإجرائي في تونس سواء في مفهومه الفّني أو الأدبي⁶²⁸، ويبقى النّظام الإجرائي المبين بمجلة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة نظاماً ادّعائياً رغم التّفقّحات التي شملته.

غير أنّ هذه المبادئ لا يمكن أن تلزم المحكمة العقاريّة في شيء، حيث إنّ النّظام المسطر بمجلة الحقوق العينيّة هو نظام استقرائي بالدرجة الأولى، بمعنى أنّ المحكمة يمكن لها أن تأذن بأيّ إجراء دون التّقيّد بمبدأ الحياد في مفهومه الفّني، أي أن يكون لها مبادرة في الوصول إلى الحقيقة والكشف عنها مهما كانت الوسيلة. ويجوز لها في هذا الباب الإذن بأيّ إجراء تراه صالحاً

⁶²⁸ يقصد بالمفهوم الأدبي لمبدأ الحياد أن لا ينحاز القاضي إلى أحد الطّرفين. ويقصد بالمفهوم الفّني للحياد أن يتّقيّد القاضي بمفهوم الدعوى من كونها ملك للطّرفين ولا يجوز القاضي التّدخل في النزاع لمساعدة الطّرفين على الإثبات.

لإتمام الأبحاث دون التقيد بطلبات الطرفين أو أن تكاتب الإدارات المعنية لغرض موافاتها ببعض الحجج، ولها كامل السلطة في الإذن بأي إجراء. ويذكر أن هيئة المحكمة لها كامل الحرية في مراقبة أعمال القاضي المقرر، وهي التي تقدر أهمية الاستقراءات التي قام بها، ويعود لها تقدير كامل الأعمال والاجتهادات التي أشار إليها بتقريره، و تفحص جميع الأعمال الفنية التي أتمها المهندس المحلف التابع لديوان قيس الأراضي، واتخاذ القرار المناسب في شأن جميع العناصر التي أثرت، إما بالمصادقة عليها أو تعديلها أو الإذن بزيادة التحرر والتقصي. ويمكن في هذا الباب أن تأذن بعملية إشهار جديدة أو أن تكلف أحد الخبراء بالقيام بعمل معين أو أن تحيل الملف إلى القاضي المقرر سواء لإتمام عمل محدد مثل تطبيق الحجج التي أضافها أحد الطرفين، وسماع البيئة وإقامة الفريضة وتعديل المثال استعانة بالمهندس المحلف التابع لديوان قيس الأراضي، ويمكن أن تكون الأعمال مكتبية أو ميدانية أو لمواصلة الأبحاث إجمالاً، فيتعهد القاضي المقرر بالملف لغاية تنفيذ الحكم التحضيري على الصورة المبينة. ويباشر التنفيذ بمفرده إذا كانت الأعمال لا توجب تدخل الجانب الفني، أو استعانة بالمهندس المحلف التابع لديوان قيس الأراضي إذا كانت الأعمال تقتضى تعديل التحديد والمثال الهندسي حيث يمكن أن يكون مطلب التسجيل غير مقبول بالنسبة إلى كامل العقار، فتأذن المحكمة بتعديل التحديد والمثال تحت إشراف القاضي المقرر والقيام بالإشهارات التكميلية عند الاقتضاء، لأنه لا يجوز الحكم إلا بعد تعديل المثال والتحديد على معنى الفصل 352 م.ح.ع، أو بمساعدة خبير عدلي عند الاقتضاء. ويكون القاضي المقرر المعين منذ البداية طبق الطريقة التي سبق شرحها، أي الذي حرر التقرير المحال إلى الجلسة، هو المؤهل لتنفيذ مقتضيات الحكم التحضيري. ويجوز له إضافة إلى ذلك إثارة جميع العناصر التي لها تأثير على الاستحقاق وإن لم تكلفه المحكمة بذلك، ويتمتع لهذا الغرض بجميع السلطات التي سبق شرحها والتي تتماشى مع أهداف النظام الاستقرائي. وللرئيس عند تخلف الحاكم المقرر المذكور أن يعين بقرار أحد الحكام الجالسين للقيام بوظائف ذلك الحاكم في القضية وحينئذ لا يمكن للحاكم

الواقع تعيينه كيفما ذكر أن يشارك في الحكم في القضايا التي يشر تقريرها. ويمكن أن تأذن المحكمة للمهندس المحلف المذكور بتنفيذ أعمال فنية معينة دون تدخل القاضي المقرر، كما إذا رأت المحكمة إخراج الملك العمومي من موضوع مطلب التسجيل طبق الأمثلة المضافة من طرف الإدارة المتداخلة. ويمكن كذلك أن تأذن لأحد الخبراء العدليين بالقيام بعمل محدد دون تدخل القاضي المقرر.

وإذا أذنت المحكمة العقارية بوسيلة تحضيرية تستلزم مصاريف كالاختبار والبحث والتوجه على العين فإن الرئيس يقدّر تلك المصاريف على الوجه التقريبي وعلى طالب التسجيل أن يودعها لدى القباضة المالية المؤهلة قبل إجراء الوسيلة المأذون بها على معنى الفصل 344 م.ح.ع⁶²⁹. وواقعياً تقرّر الجلسة مثلاً التوجه على عين المكان، فيتصل المعني بالكتابة لتسلمه مطبوعات مخصصة للغرض فيتسلمها المذكور ويتصل بالقباضة المالية لغاية تأمين مصاريف التوجه المأذون به، ثم يعيد الوصل إلى كاتب المحكمة الذي يتولى تضمينه بالملف دون تأخير. وإذا كلفت المحكمة خبيراً تنطبق حينئذ الإجراءات المبينة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية⁶³⁰، وهو أن يتصل المعني بالخبير الذي كلفته المحكمة ويسبق المصاريف اللازمة حتى ينهي أعماله المبينة بالمأمورية، بعد أن يوجه كاتب المحكمة مكتوباً مضمون الوصول إلى الخبير المعين يدعوه فيه إلى الاطلاع على أوراق المطلب بدون أن يسلمها ما لم ترخص المحكمة له في ذلك كما يسلم إليه نسخة من القرار الصادر بتعيينه. وإذا أذنت المحكمة بتعديل التحديد وإجراء تحجير تكميلي فإن ذلك يتطلب بالضرورة دفع المصاريف المترتبة عن ذلك إلى ديوان قيس الأراضي بعد تقديرها من طرف الديوان، ولا يمكن للمحكمة أن تصرّح بالحكم إلا بعد دفع هذه المصاريف.

وتخضع جميع الأعمال المأذون بها لمراقبة المحكمة في نهاية الأمر التي بإمكانها الاكتفاء بما أذنت به من وسائل كما يمكنها زيادة البحث في نقطة معينة

⁶²⁹ نَجَّح الفصل 344 م.ح.ع بموجب القانون عدد 90 لسنة 2004 المؤرخ في 31 ديسمبر 2004 المتعلق بقانون المالية لسنة 2005، وقد كان قبل التنقيح يجيز تأمين المبلغ بين يدي كاتب المحكمة قبل إجراء الوسيلة المأذون بها.

⁶³⁰ يراجع الفصول 101 إلى 113 مكرّر، والقانون المتعلق بالخبراء المؤرخ في 23 جوان 1993.

إلى أن تتوضّح جميع المسائل سواء من الوجهة السّليبيّة أو الإجابيّة. لكنّ مطلب التّسجيل كثيرا ما يثير عدّة معارضات من الواجب على المحكمة أن تخضعها للدّرس لتتخذ القرار المناسب في شأنها.

+إجراءات الاعتراض: ويخضع الاعتراض على مطالب التسجيل الاختيارية إلى إجراءات دقيقة، وقد أرادها المشرّع كذلك منذ تنقيح 1995 بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 23 جوان 1995، رغبة في الضّغط على الاعتراضات الواهية التي ترمي فحسب إلى إطالة نشر المطلب بجلسة الحكم. ولهذا الغرض نصّ الفصل 325 م.ح.ع. جديد على ما يلي: "يرفض الاعتراض وجوبا إذا قدّم بعد الأجل المضروب بالفصل السّابق أي الفصل 324 أو لم يكن مرفوقا بالوثائق المستند إليها، على أنّه يمكن للدّولة أو الجماعات المحليّة أن تقدّم مستندات خلال أجل لا يتجاوز الثلاثة أشهر من تاريخ تقديم اعتراضها". وخلافا لمقتضيات الفقرة السّابقة يمكن قبول الاعتراض ممن كان طرفا في قضية استحقاقية تمّ نشرها قبل مطلب التّسجيل في موضوعها إلى نهاية شهرين من تاريخ الحكم بالتّخلي.

ونصّ الفصل 324 م.ح.ع. على أنّه ابتداء من يوم إدراج مضمون مطلب التّسجيل بالرائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة وإلى انتهاء أجل قدره شهران ابتداء من تاريخ إدراج الإعلام المتعلّق بختم عمليّات التّحديد بالرائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة فإنّ الاعتراضات على التّسجيل يتولّى قبولها كاتب المحكمة العقاريّة الذي يحرّر محضرا في ذلك يمضيه مع الأطراف المعنيّة وإن كان هؤلاء غير قادرين على الإمضاء أو لا يحسنونه فإنّه ينصّ على ذلك صراحة بالمحضر. ويجب أن يحتوى الاعتراض زيادة على اختيار المقر على جميع مستندات المعارض وأن يكون مصحوبا بجميع الوثائق المؤيّد له.

ويمكن القيام بالاعتراضات أيضا بواسطة رسائل توجّه إلى كاتب المحكمة العقاريّة. وتضمّن الاعتراضات في تاريخها بدفتر تعطى له أعداد رتبيّة ويختم من طرف رئيس المحكمة العقاريّة. معنى ذلك أنّه بداية من تاريخ إشهار موضوع المطلب يمكن تسجيل المعارضات لدى كتابة المحكمة العقاريّة سواء مباشرة أو

عن طريق رسائل توجّه إلى المحكمة العقارية، ويجب أن تكون مصحوبة بالوثائق اللازمة، فيضمّننها كاتب المحكمة بالدّفتر المعدّ لذلك.

ويجب على المهندس المحلّف الإشارة إلى الاعتراضات بمحضر التّحديد الوقتي في صورة وجودها، حيث إنّ محضر عمليّات التّحديد يجب أن يتضمّن الاعتراضات التي قام بها الغير أثناء هذه العمليّات على معنى الفصل 324 فقرة أولى م.ح.ع. ويمكن أن يدوّن المهندس المذكور جميع الاعتراضات الحتميّة ولو من تلقاء نفسه. ويقصد بالاعتراضات الحتميّة الادّعاءات التي يجب أن تثار في حقّ المطالب السّابقة إذا شمل تحديد المطلب المتأخّر مساحات مشمولة بالمطلب الأول، فيضطرّ المهندس في هذه الصّورة إلى الإشارة إلى أنّ المطلب المحجّر أخيرا شمل مساحات من المطلب السّابق الذي رفعه الغير، فتكون المعارضة في هذه الصّورة حتميّة.

ويمكن لرئيس المحكمة وللقاضي المقرر القيام نيابة عن الغائبين والقصر بالاعتراض على مطلب التّسجيل. كما يجوز للمقدّمين والممثّلين القانونيين والأقارب والأصدقاء ووكيل الجمهوريّة وحكّام النواحي والولاة القيام مباشرة بالاعتراض نيابة عن القصر والغائبين.

ويجب بطبيعة الحال أن تكون جميع المطالب مهما كانت مرفوعة بالحجج والرّسوم، فإن لم يقع إضافتها منذ البداية فيمكن توجيهها إلى كتابة المحكمة قبل نهاية الآجال، بعد أن يقع استدعاء المعنّيين كما يجب، حيث إنّ كتابة المحكمة مطالبة باستدعاء الطّالب والمعترضين بدون استثناء لموعد الجلسة.

وتنتهى آجال المعارضات شهرين ابتداء من تاريخ إدراج الإعلام المتعلّق بختم عمليّات التّحديد بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة، والذي سبق الإشارة إليه في بابه. لكنّه يجوز للمكلّف العام بنزاعات الدّولة بعد تسجيله للاعتراض في وقته القانوني أن يقدّم المستندات خلال أجل لا يتجاوز الثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الاعتراض. كما يجوز لمن كان طرفا في قضيّة استحقاقية تمّ نشرها قبل مطلب التّسجيل الذي شمل نفس الموضوع أن يسجّل اعتراضه إلى نهاية شهرين من تاريخ الحكم بالتخلّي وإن انتهى أجل الاعتراض المذكور. ويمكن كذلك

لرئيس المحكمة العقارية وبقرار معلّل وبعد تقدير الوقائع حسب اجتهاده المطلق أن يمدّد في الأجل قصد القيام نيابة عنهم بالاعتراض على مطلب التسجيل. لكنّ المحكمة العقارية يمكن أن تأذن بتعديل الأمثلة الهندسية والتّحديد والقيام بإشهارات جديدة، إذا لم تكن حقوق الطّالب ثابتة على كامل العقار. وفي هذه الصّورة تفتح آجال المعارضة من جديد وابتداء من تاريخ إدراج الإشهار بالزائد الرّسمي وإلى نهاية شهرين ابتداء من إشهار ختم التّحديد طبق الصّورة المذكورة. والواضح من ذلك أنّ الاعتراضات المسجّلة خلال نشر المطلب الاختياري، وخلافاً للإجراءات المنطبقة على المسح الإلزامي⁶³¹، أصبح لها أهميّة بالغة منذ سنة 1995، ولذلك يجب على كتابة المحكمة أن تكون حريصة على ضبط تاريخ الاعتراض في يومه دون تأخير مهما كانت الطّريقة المعتمدة، مع ذكر البيانات المتعلّقة بالمستندات، حتّى تتمكّن المحكمة في نهاية الأمر من تقدير وجاهة الاعتراضات المسجّلة.

وبعد فوات الأجل المحدّد يرفض الاعتراض المسجّل وجوباً، وهو أجل يهّم النّظام العام تتمسّك به المحكمة من تلقاء نفسها. وهو أجل سقوط لا يقبل الرّفْع أو الانقطاع⁶³²، والشّهر ثلاثون يوماً⁶³³ ولا يحسب اليوم الأوّل وإذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة يمتدّ الأجل إلى اليوم الذي يليه⁶³⁴. ويتحمّل المعارض الذي ترفض معارضته المصاريف الناتجة عن اعتراضه، ويعطي كاتب المحكمة رقماً تنفيذياً في ذلك بعد تعيين مقدارها على معنى الفصل 357 م ح ع، وإن كان التّطبيق قلماً يلجأ إلى هذا الإجراء. ويرى رجال القانون كذلك أنّ المعارض الذي ترفض معارضته لا يمكن له إجمالاً أن يطالب من جديد بتسجيل الموضوع إذا كان مازال على بساط النّشر⁶³⁵.

631 الفصل 6 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964.

632 يراجع الفصول 384 وما بعد م.إ.ح.

633 يراجع الفصل 141 م.إ.ع.

634 يراجع الفصل 143 م.إ.ع.

635 فرحات الرّاجحي: الاعتراض على مطلب التسجيل الاختياري، القضاء والتّشريع مارس 1999.

+إجراءات التداخل: ويمكن كذلك التداخل أثناء نشر المطلب. فيحدث أن يتولّى الطالب التّقيّات بالبيع في موضوع المطلب، أو أن يفوّت بالبيع في جزء منه، أو أن يتصدّق به أو أن يجري في شأنه جميع الأعمال التي يمكن أن تتسبّب في نقل الملكية إجمالاً. معنى ذلك أن يتولّى المالك تقديم مطلب تسجيل وفي الأثناء يحيل الملكية إلى الغير. ولهذا الغرض يمكن للمستفيد أن يتداخل بالمطلب ليطلب ترسيم الحقوق التي انجرت له على الوجه المطلوب قانوناً. وفي هذا المعنى نصّ الفصل 350 م.ح.ع. على ما يلي: "تودع بكتابة المحكمة العقارية الصّوك والاتّفاقات التي تقع في المدّة الجارية بين تقديم مطلب التّسجيل والحكم في الأصل إذا كان الحقّ العيني المضمّن بها لا يتكوّن إلاّ بالتّرسيم بالسجلّ العقاري على معنى التّفتيح الجديد"⁶³⁶. لكنّ المشرّع لم يبيّن الإجراءات والشكليات التي يجب أن تحترم في ذلك. وقد سار العمل على قبول التداخل بشنّى الوسائل مهما كانت، المهمّ أن يحتجّ بالكتائب الضرورية في الوقت المناسب، وتكون مسجلة طبق القانون، فيقبلها الكاتب، ويضمّنها بالدّفتر المعدّ لها، ثمّ تطلّع عليها المحكمة في نهاية الأمر. وبالتالي يمكن أن يتّصل المعني بكتابة المحكمة العقارية ويطلب التداخل، على أن يحتجّ بالرّسم أساس التداخل. ويمكن أن ترسل الكتائب إلى كتابة المحكمة سواء عن طريق البريد أو عن طريق المحامين والوكلاء، وحتى عن طريق الأصدقاء. وليس من الضروري أن يحضر المتداخل إلاّ إذا رأت المحكمة خلافاً لذلك، فيستدعي في الوقت المناسب. و الحقيقة أنّ المحكمة العقارية لا تبحث عن التعقيد في جميع الإجراءات المطلوبة من يوم تقديم المطلب إلى غاية صدور الحكم.

+لائحة الحكم: وبعد الانتهاء من جميع الأبحاث الضرورية واللازمة، تعدّ المحكمة لائحة الحكم، ويجب أن تتخذ موقفاً واضحاً من جميع الحقوق المطالب بتسجيلها، وتحدّد درجة قوّتها، وعليها أن تركز على العناصر التالية :

⁶³⁶ قدّمنا أنّ المشرّع التونسي أدرج ما يعرف في القانون العقاري بالمفعول المنشئ للحقّ بداية من سنة 1992 بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992، وهو أهمّ المبادئ التي يتأسّس عليها النظام العيني. وتخلّى بذلك عن مبدأ المعارضة الذي تبنّاه التّشريع منذ سنة 1885، تاريخ قيام القانون العقاري.

1 - بيان الحقوق العينية الثابتة وجميع الشروط المتصلة بها عند الاقتضاء.
حيث إنّ المحكمة العقارية تأذن في صورة الحكم بالتسجيل بترسيم الحقوق العينية التي ثبت وجودها لديها، وينصّ الحكم بالتسجيل على جميع الترسيمات الواجب ذكرها برسم الملكية⁶³⁷.

2 - بيان التحمّلات التي سيخضع لها العقار، مثل الرهون وحقوق الارتفاق وجميع الحقوق العينية التي تؤدي بالضرورة إلى تجزئة الملكية.

3 - ضبط تاريخ التطهير الذي ستعتمده المحكمة، سواء بالنسبة إلى المطلب الأصلي أو الاعتراض أو التداخل، حيث إنّ جميع الحقوق العينية المرتبة على العقار في تاريخ التسجيل ترسم برسم الملكية. والحقّ غير المرسم يعتبر لاغيا، على معنى الفصل 308 م.ح.ع. معنى ذلك أنّ الحقوق التي لم ينصّ عليها حكم التسجيل تعتبر لاغية. لكنّه من المفيد بطبيعة الحال بيان تاريخ التطهير، أي التاريخ الذي يكون فاصلا بين الحياة القديمة للعقار والحياة الجديدة له. ويفهم من ذلك أنّ الحقوق التي لم تظهر في الوقت المناسب تعتبر بناء على مبدأ التطهير ملغاة، أي تفقد القوّة القانونية المسندة إليها، وبصبح الحكم العقاري ابتداء من تاريخ التطهير هو الأساس في قيام الحقّ إزاء الكافة.

وبناء على هذا الأساس نصّ الفصل 337 م.ح.ع. على أنّ كلّ شخص تضرّرت حقوقه من تسجيل أو ترسيم ناتج عن حكم بات بالتسجيل لا يمكن له أصلا أن يرجع على العقار وإنّما له في صورة الخطأ الحقّ في القيام على المستفيد من التسجيل بدعوى شخصية في غرم الضرر. ويفيد كذلك هذا المبدأ أنّ التنصيصات التي ستدرجها المحكمة بنصّ الحكم لها قوّة ثبوتية مطلقة أي أنّه لا يجوز التراجع عنها أو التّشطيب عليها أو تعديلها بأيّة طريقة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة. على خلاف التنصيصات الإدارية اللاحقة التي لا تتمتع بهذه القوّة، حيث يمكن الحطّ منها أو تعديلها أو التّشطيب عليها.

⁶³⁷ معنى ذلك أنّ الإحالات الصادرة عن طالب التسجيل مهما كانت طبيعتها يؤذن بترسيمها بعد تسجيل العقار لصالحه، وتلك هي الترسيمات المتزامنة مع حكم التسجيل التي تكتسب قوّة ثبوتية مطلقة.

4 - من المفيد كذلك الفصل بين الحقوق التي ستأذن المحكمة بتسجيلها أو بتقييدها قيда احتياطيًا. وقد بيّن الفصل 337 م.ح.ع. المتعلّق بالحقوق القابلة للتّرسيم مجال تطبيقه، وبيّنت الفصول 365 م.ح.ع. وما بعد مجال تطبيق القيود الاحتياطية.

ووعيا بجملّة هذه العناصر يمكن للمحكمة أن تتخذ إحدى المواقف التالية:

- يمكن للمحكمة أن تحكم بطرح القضية إذا ما طلب منها ذلك.

-إذا كانت الحالة الاستحقاقية غير واضحة أو أنّ حقوق الطّالب غير ثابتة أو أنّ الطّالب لم يتمّ ما طلب منه يرفض المطلب، وتبقى جميع مصاريفه محمولة على الطّالب بطبيعة الحال.

-لكنّه إذا كانت حقوق الطّالب غير ثابتة، وتعلّقت بالمطلب معارضة، وكانت حقوق المعارض ثابتة طبقا لما يقتضيه القانون العقّاري، سواء في جزء من العقّار موضوع المطلب، أو في كامل المطلب، وبعد القيام بما تقتضيه الأمور الفنية من تعديل وضبط للمثال الهندسي، يمكن للمحكمة في مثل هذه الصّور أن تقبل الاعتراض وتسجّل الجزء الثّابت لفائدة المعارض إذا طلب ذلك، حيث نصّ الفصل 333 م.ح.ع. على أنّه يمكن للمحكمة الإذن بتسجيل كامل العقّار المحدّد أو بعضه باسم المعارض أو المعارضين إذا طلب هؤلاء ذلك وكانت حقوقهم ثابتة، وفي هذه الحالة يقع الإذن دائما بإجراء إشهار تكميلي مع مقابلة التّحديد أو بدونها، إلّا إذا وقع التّصريح بمطلب التّسجيل بأنّ المعارضين شركاء في الملك.

-إذا كانت حقوق الطّالب ثابتة على جزء من موضوع المطلب، تصرّح المحكمة باعتبار حقوق الطّالب ثابتة على هذا الجزء بعد تعديل المثال بطبيعة الحال، وتبقى مصاريف التّسجيل محمولة عليه.

-إذا كانت حقوق الطّالب ثابتة على كامل الموضوع تصرّح المحكمة باعتبار حقوق الطّالب ثابتة على كامل موضوع المطلب، وتبقى المصاريف محمولة عليه بطبيعة الحال.

-إذا كانت حقوق الطّالِب ثابتة على جزء وحقوق المعارض ثابتة على جزء آخر، يمكن تسجيل ما هو ثابت للطّالِب وما هو ثابت للمعارض بعد القيام الاشهارات اللازمة وتعديل المثال حسب ما سبق شرحه، أي أن يفرز موضوع المعارضة بمثال مستقل ويبقى ما هو ثابت للطّالِب بمثال مستقل، ويمكن توزيع المصاريف في مثل هذه الحالات.

-ويمكن أن تكون حقوق الطّالِب ثابتة على كامل موضوع المطلب، ويتداخل الغير بمقتضى الشراء من الطّالِب على سبيل المثال. ففي هذه الحالة تصرّح المحكمة بثبوت الملكية بجانب الطّالِب وتقبل التّداخل بتاريخه، وتبقى المصاريف محمولة على الطّالِب،

-ويمكن أن يكون التّداخل في جزء معيّن، ففي هذه الصّورة لا تصرّح المحكمة بالحكم إلّا بعد تعديل المثال، بمعنى أن يفرز موضوع التّداخل بمثال مستقل وتفرز المساحة الباقية بقطعة مستقلة. وتوزع المصاريف عليهما.

-لكنّ التّداخل يمكن أن يرفض إذا كانت حقوق المتداخل غير منجّرة من طالب التّسجيل ولم يناع في الملكية. ففي هذه الصّورة تصرّح المحكمة باعتبار حقوق الطّالِب ثابتة وتسجّل العقار لفائدته وترفض التّداخل وتبقى المصاريف محمولة على الطّالِب المستفيد من التّسجيل.

وبصرّح بالحكم في نهاية الأمر بجلّسة عموميّة، ويمضى الحكم من طرف جميع أعضاء المحكمة الذين شاركوا في إصداره، ويحفظ بسجّل المسودات بكتابة المحكمة.

-مرحلة ما بعد التّسجيل: تتطلّب الإجراءات العاديّة المبيّنة بمجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة أن يتولّى المدعى طلب نسخة تنفيذيّة من المحكمة التي أصدرت الحكم، ثمّ يسلمها إلى أحد العدول المنفّذين ليعلم المحكوم ضده، ويضرب له أجلا قدره عشرون يوما بداية من الإعلام للإذعان إلى الحكم وتباشر عمليّات التّنفّيز عند انتهاء هذا الأجل⁶³⁸. لكنّ هذه الإجراءات لا تتناسق مع ما تتطلّبه الإجراءات المبيّنة بمجلّة الحقوق العينيّة التي اعتمدت طرق خاصة

يراجع الباب المتعلّق بالتّنفّيز الفصول 285 وما بعد م.م.م.ت.

وقواعد مميزة تتماشى مع ما يتطلبه عمل التسجيل. ولبيان هذه الخصوصية يجب التمييز في هذا الباب بين الأحكام الصادرة بالرفض من ناحية والأحكام الصادرة بالتسجيل من ناحية أخرى.

فبالنسبة إلى الأحكام الصادرة بالرفض نصّ الفصل 336 م.ح.ع. على "أنّ الأحكام الصادرة عن المحكمة العقارية برفض مطالب التسجيل تكتسي صبغة وقتية فهي لا تصطبغ بقوة اتصال القضاء ولا تتال من حقوق الطرفين للطالب على الخصوص أن يطلب التسجيل من جديد بناء على أدلة جديدة مثبتة لحقوقه". معنى ذلك أن الطالب بإمكانه أن يعيد نشر المطلب من جديد في أوقات غير محدّدة، لكن يفترض أن يكون الطالب قد تلافى النقائص التي أدت إلى رفض المطلب، وقد سبق للمشرع أن نصّ صراحة على أن المحكمة تعرّف الخصوم بما يجب القيام به في صورة رفض المطلب على معنى الفصل 335 م.ح.ع. لكن كتابة المحكمة لا يمكن لها أن تراقب إن كان الطالب استند إلى مستندات جديدة لم يسبق له أن احتجّ بها. وعلى هذا الأساس لا يمكن لها أن ترفض تقييد هذا المطلب بدفاتر المحكمة العقارية في صورة إذا أعاد طالب التسجيل نشر المطلب. ومن المستحسن بالنسبة إلى الطالب أن يستعدّ كما يجب وأن لا يجازف بإعادة نشر المطلب دون تغيير في الأسس التي سبق أن اعتمد عليها، لأنّ هذا المطلب سيلاقى نفس المصير. كما يمكن للطالب أن يطالب باسترجاع رسومه ووثائقه، ويجب على كاتب المحكمة أن يمكّنه من ذلك بعد استئذان رئيس المحكمة، على أن تبقى نسخ منه بالملف يرجع إليها عند الاقتضاء. ويرى جانب من رجال القانون حسبما سبق الإشارة إلى ذلك أن المعارض الذي رفضت معارضته لا يمكن له أن يعيد طلب تسجيل المساحات موضوع المعارضة، وإلاّ فقدت مؤسسة المعارضة أهميتها. وباستثناء هذا الرأي فإنّ الطالب بإمكانه أن يعيد نشر المطلب في أيّ وقت شاء. حيث إنّ مطلب الرفض لا يكتسب قوة الشيء المقضي به، ولا يصلح أن يكون سندا لإثبات الحقّ مهما كانت صورته. ومع ذلك فإنّ كتابة المحكمة مطالبة بأن تدرجه بالدفاتر المعينة للغرض، ويجوز كذلك للمعني أن يتحصّل على نسخة منه بعد تلخيصها

كما يجب. ويتضمّن الحكم بالرفض بالضرورة أهمّ الاجراءات التي قامت بها المحكمة بما في ذلك البيئة التي وقع سماعها، مع الإشارة إلى الرسوم التي احتجّ بها الطالب. لكنّ الأحكام الصادرة بالرفض أمام المحكمة العقارية لا توجب إتمام الإجراءات المتعلقة بالإعلام والتنفيذ. وهو ما يختلف بطبيعة الحال عن الإجراءات التي يجب احترامها في صورة الحكم بالتسجيل.

وإذا تقرّر تسجيل العقار أصبح لحكم التسجيل قوّة ثبوتية مطلقة⁶³⁹، بمعنى أنّ التّصحيحات التي أوردتها المحكمة بنصّ الحكم لا يمكن التّراجع عنها أو تعديلها أو التّشطّيب عنها. وكلّ من تضرّرت حقوقه من حكم التسجيل لا يمكن له أن يرجع على العقار. وإنّما له أن يرفع قضية شخصية ليطالب بغرم الضرر على معنى الفصل 337 م.ح.ع. وبعد أن كانت أحكام المحكمة العقارية من حيث المبدأ لا تقبل الطّعن بالاعتراض ولا بالاستئناف ولا بأية وسيلة أخرى على معنى الفصل 332 م.ح.ع. تمّ تنقيح هذا الفصل سنة 2008 وأصبحت الأحكام نهائية وتقبل الطعن بالتعقيب.

وبتولّى كاتب المحكمة بمجرد صدور الحكم بالتسجيل إدراجه بالدفاتر الخاصة به دون تأخير، ثمّ يمده إلى رئيس المحكمة لغاية تلخيصه، ثمّ تباشر أعمال التنفيذ. ولا تخضع هذه الأعمال للإجراءات المبينة بمجلة المرافعات المدنية، وإنّما تتطلّب إجراءات خاصّة تتميز بالبساطة. لكنّ الطالب يضطرّ في بعض الأحيان إلى طلب نسخة تنفيذية على غرار الإجراءات المحددة بمجلة المرافعات المدنية، ويطرح حينئذ التساؤل عن مدى انطباق الإجراءات المبينة بمجلة المرافعات المدنية على مطالب التسجيل.

وتكاد تنفرد المحكمة العقارية بإجراءات خاصة على مستوى التنفيذ، لا نجد لها مثيلا في الإجراءات المسطرة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية، حيث إنّ عملية التنفيذ لا تخرج عن علاقة كتابة المحكمة العقارية بإدارة الملكية العقارية، دون تدخّل هياكل أخرى. وقد اقتضى الفصل 351 م.ح.ع. أنّه بعد صدور الحكم في الأصل يوجّه ملفّ القضية إلى مدير الملكية العقارية الذي يتولّى

بصرف النّظر عن الإجراءات المتعلقة بالتعقيب.

التسجيل بمقتضى نسخة الحكم المسلمة إليه من طرف كاتب المحكمة موقعاً عليها من طرف رئيس المحكمة العقارية. لكنّه بعد أن أصبح من الممكن تعقيب أحكام التسجيل نقّح الفصل 351 م.أ.ع بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرّخ في 3 نوفمبر 2008 في اتجاه أن لا يباشر كاتب المحكمة التنفيذ إلا بعد انقضاء أجل التعقيب، وهو شهرين من تاريخ الحكم، حيث نصّ 351 م.ح.ع في صيغته الجديدة بعد التنقيح أنه إذا "لم يقع الطعن بالتعقيب وانقضى أجله يوجه ملف القضية إلى حافظ الملكية العقارية الذي يتولى إحداث رسم للعقار المسجل بمقتضى نسخة الحكم المسلمة إليه من طرف كاتب المحكمة موقعاً عليها من طرف رئيس المحكمة".

وتنفيذاً لذلك تتولّى كتابة المحكمة العقارية السهر على إتمام أعمال التنفيذ، وتوجّه إلى إدارة الملكية العقارية المختصة، وهي عادة الإدارة الكائنة بدائرة المحكمة العقارية، ملفاً كاملاً يحتوى على نسخة من الحكم بالتسجيل بعد إمضاءها من طرف رئيس فرع المحكمة، وتعرف هذه النسخة بالنسخة المخصصة لإدارة الملكية العقارية والأعمال الفنية المتعلقة بالعقار بما في ذلك محضر التّحديد الوقتي، ومحاضر التّحديد التكميلية إن وجدت والمثال النهائي. علماً أنّ التسجيل الاختياري وخلافاً للتسجيل الاجباري، يتأسّس على مثال نهائي، أي أنّ المحكمة لا تصرّح بالحكم إلّا بناء على مثال نهائي. هذا المثال هو الذي سيحال مع نسخة الحكم إلى إدارة الملكية العقارية، وكذلك جميع المؤيدات التي انبنى عليها الحكم والتي وقع التّنصيب عليها بحديثاته وجميع الصّكوك والاتّفاقات التي تمّ إبرامها بعد صدور الحكم، والتي تمّ تقديمها إلى كتابة المحكمة العقارية، حيث نصّ الفصل 353 م.ح.ع. حسب صيغته الأخيرة على أنّه في المدة التي تمضي بين صدور الحكم بالتسجيل وإقامة الرّسم العقاري يمكن أن يحتجّ بالحكم أمام المحاكم. ولحدّ إقامة الرّسم العقاري يتولّى كاتب المحكمة قبول جميع الصّكوك والاتّفاقات التي يرى الأطراف ضرورة تقديمها لحفظ حقوقهم، ثمّ يحيلها مع الملفّ إلى حافظ الملكية العقارية ليتولّى درستها وترسيمها عند توفّر الشّروط القانونية فيها، حسب ترتيب إيداعها لدى كتابة المحكمة العقارية. معنى

ذلك أنّ هذه العقود والصّكوك تبقى خارجة عن منطوق نصّ الحكم، وتخضع في نهاية الأمر لمبدأ الشرعيّة الذي يحكم عمل إدارة الملكيّة العقاريّة. وتتولّى كتابة المحكمة العقاريّة بالمناسبة تحرير جدول إرسال يتضمّن جرداً كاملاً للأوراق المحالة وعددها وتاريخها ويوجّه إلى إدارة الملكيّة العقاريّة، التي تتولّى بدورها إرجاع نظير منه إلى كتابة المحكمة.

والى ذلك الحدّ ينتهي عمل الكتابة، وتفتح نافذة أخرى تتعلّق بالأعمال المنوطة بعهدّة إدارة الملكيّة العقاريّة، إتماماً لإجراءات التنفيذ، فيدرج حكم التّسجيل بدفتر خاص يطلق عليه اسم "دفتر تضمين مطالب التّرسيم أو التّشطيب" عملاً بأحكام الفصل 380 م.ح.ع، وينصّ به على عدد مطلب التّسجيل، وطالب التّسجيل، واسم العقار، وتاريخ حكم التّسجيل، وتاريخ ورود حكم التّسجيل، وتاريخ تنفيذ حكم التّسجيل. وبمجرّد تسلّم ملفّ التنفيذ تبادر الإدارة إلى مراجعة جميع الأوراق المحالة إليها، وتتولّى مصلحة تنفيذ الأحكام لهذا الغرض قراءة الحكم ومقابلة منطوقه ببيانات الوثائق المتعلّقة به، وتتحقّق من أنّ نسخة التّسجيل هي نسخة معدّة لإدارة الملكيّة العقاريّة وموقع عليها من طرف رئيس المحكمة العقاريّة، حيث لا يمكن قبول غيرها من النسخ خاصّة تلك التي يقدّمها المستفيدون من التّسجيل، وأنّ صفحات الحكم متكاملة ومرتبّة، وأنّ أسماء المحكوم لهم بالتّسجيل واضحة، ونسب استحقاقهم مضبوطة على الوجه المطلوب، وأنّ المثال الهندسي للعقار هو مثال رسمي، والمساحة الواردة به مطابقة مع المساحة الجمليّة المصرّح بتسجيلها. ثمّ تنتهي إلى إقامة الرّسم العقاري وترسيم الحقوق العينيّة المرتبّة على العقار حسبما يقرّها حكم المحكمة العقاريّة، حيث بعد إدراج الحكم بدفتر التّضمين ومراجعة صفحاته يتقرر قبول عمليّة التنفيذ، وينصّ على هذه الإجراءات بدفتر الإيداع، ويقام الرّسم العقاري مع التّنصيب على الحقوق العينيّة التي أثبتتها حكم التّسجيل على معنى الفصل 355 م.ح.ع. الذي أشار إلى أنّ مدير الملكيّة العقاريّة يتولّى في نفس الوقت الذي يباشر فيه التّسجيل ترسيم الحقوق العينيّة المرتبّة على العقار حسبما يقرّها حكم المحكمة العقاريّة. وتبطل بعد ذلك رسوم الملكيّة العقاريّة المدلى بها تأييداً

لمطلب التسجيل، حيث إنّ هذه الرسوم تفقد قيمتها بصدور حكم التسجيل وإقامة الرسم العقاري، ولهذا الغرض نصّ الفصل 354 م.ح.ع. على أن مدير الملكية العقارية يتولّى إبطال رسوم الملكية العقارية المدلى بها تأييدا لمطلب التسجيل ويضعها بخزينة أوراقه. على أنّه إذا كانت هذه الرسوم تتعلّق زيادة عن العقار المسجّل بعقار آخر منفصل عنه فإنّ مدير الملكية العقارية يعيد الرسم المشترك إلى كتابة المحكمة العقارية بعد التّصيص به على عبارة إبطال ممضاة منه تتعلّق بالعقار المسجّل ويسلّمه الكاتب إلى المعنيّين. وتتولّى إدارة الملكية العقارية بالمناسبة دراسة الرسوم المقدّمة إلى كتابة المحكمة العقارية بعد صدور الحكم، وقد سبق الإشارة إلى محتوى الفصل 353 م.ح.ع.، حيث يتلقّى كاتب المحكمة هذه الرسوم ويحيلها مع ملفّ التّنفيز إلى إدارة الملكية العقارية التي تدرجها بدفتر التّضمين، ثمّ تتولّى دراستها فإن قبلت ترسيمها تدرجها بدفتر الإيداع في يومها.

تلك هي أهمّ المراحل المتعلّقة بتنفيذ الأحكام الصّادرة بالتسجيل والتي تعتبر في حقيقة الامر إجراءات بسيطة وسهلة، وتهدف بالأساس إلى إقامة الرسم العقاري وإبدال الرسوم التّقليدية برسوم حديثة، وهو الهدف الأساسي من كلّ عملية تسجيل. لكنّه في بعض الأحيان لا تكفي هذه الإجراءات، ويضطرّ المنتفع من التسجيل طلب نسخة تنفيذيّة على معنى القواعد المحدّدة بمجلة المرافعات المدنية والتّجارية. ولم تكن الإجراءات قبل صدور مجلة الحقوق العينية سنة 1965 تسمح بطلب نسخة تنفيذيّة، وبتحلية الأحكام الصّادرة بالتسجيل بالصيغة التّنفيزيّة. وكان طالب التسجيل المحكوم لفائدته إذا ما أراد إخراج المعارض الذي استقرّ بالأرض ورفض الخروج رغما عن ذلك، يضطرّ إلى نشر قضية استعجاليّة يطالب من خلالها الحكم بإخراج المذكور من موضوع المطلب، ويحتجّ بالمناسبة بحكم التسجيل الذي صرّح بوجود الحقّ. وقد أراد مشرّع سنة 1965 أن يتفادى هذا الوضع، فنصّ صراحة بالفصل 334 م.ح.ع. على أنّ "الأحكام الصّادرة عن المحكمة العقارية بالتسجيل تحلّى بالصيغة التّنفيزيّة الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتّجارية". وكانت النية متّجهة إلى الابتعاد عن اعتبار حكم المحكمة العقارية مجرد حكم يصرّح بوجود الحقّ لا أكثر ولا أقلّ. وهو

إجراء يسمح كذلك إذا ما احترم كما يلزم بالضغط على طول الإجراءات، لأنّ القول بتحلية الأحكام بالصيغة التّفيذيّة قول ينجّر عنه إتمام جميع الإجراءات المبيّنة بمجلة المرافعات المدنيّة، بداية من الإعلام بالحكم إلى غاية التّنفيد الجبري. لكنّ الواقع في حقيقة الأمر بعيد عن الآمال المصرّح بها، لأنّ المحكمة العقاريّة مازالت إلى حدّ الآن تصرّح بوجود الحقّ احتراماً للمبادئ المنصوص عليها بمجلة حقوق العينيّة وخاصة الفصل 333 م.ح.ع.

ويجوز أن يطلب المحكوم لفائدته بالتّسجيل نسخة تنفيذيّة محلات بالصيغة التّفيذيّة، وتمكّنه كتابة المحكمة من ذلك، ويسلّم الطالب هذه النّسخة إلى عدل التّنفيد لغاية إعلام المعارض أو الأشخاص الذين استقروا بالعقار ورفضوا الخروج، لكنّ عدل التّنفيد يستعصى عليه إتمام عمليّة التّنفيد بعد حلول الأجل، لأنّ حكم التّسجيل على صيغته الحاليّة لا يصرّح إلّا بقبول المطلب أو رفضه، ويضطرّ الطالب نهاية إلى نشر قضية استعجاليّة لطلب تنفيذ حكم المحكمة العقاريّة وإخراج المعارضين من موضوع المطلب. ونتساءل إذن عن الجدوى من هذا الحلّ الذي اعتمده المشرّع، إذ لا يكفي أن أتحصّل على نسخة تنفيذيّة حتّى أذهب بعمليّة التّنفيد إلى نهايتها، والحالة تلك. ولهذا الغرض قلّمأ يلجأ الطالب إلى طلب نسخة تنفيذيّة. ويطرح نفس السّؤال بالنسبة إلى الإجراء الذي نصّ عليه المشرّع بالفصل 349 م.ح.ع. من أنّ الخصوم يتّصلون من كاتب المحكمة بإعلام بحكم المحكمة العقاريّة، ولا نرى فائدة من هذا الإعلام والحالة تلك. والحقيقة أنّ الإعلام لا يحصل أبداً من الوجهة الواقعيّة.

ب- إجراءات التّسجيل العقاري الإجباري

التّسجيل الإجباري أو ما يعرف بالمسح الإجباري هو عمليّة إحصائيّة تتولّاها المحكمة العقاريّة تحت إشراف الحاكم المكلف لغاية تحديد المالكين المحتملين و ضبط العقارات بأمانة هندسيّة بواسطة أجهزة فنيّة تكون مرجعا بعد ذلك لإقامة الرّسم العقاري. ويهدف الإجراء إلى إلغاء الرّسوم التّقليديّة وتعويضها برسوم عقاريّة على معنى نظام السجّلات العينيّة الذي سبق شرحه. لكنّ إجراءات التّسجيل الإجباري لم تكن تخضع لنفس الضوابط المعمول بها اليوم، حيث إنّ

بعض البلدان اعتمدت إجراءات إدارية، في حين أن بلدان أخرى أوكلت إلى الجهاز القضائي مهمة الإشراف على أعمال المسح. ولقد بدأت التجربة بالنسبة إلى البلاد التونسية منذ بداية القرن العشرين، وكان المجلس المختلط هو المشرف على هذه الأعمال بجهات معينة، ولم تكن الأعمال المسحية تؤدي بالضرورة إلى تسجيل العقار، حيث إن المناطق المسحية تفتح بالجهات التي كثر فيها الطلب على التسجيل الاختياري ويتولى المجلس المختلط بواسطة أحد أعضائه إجراء البحث وإذا لم يطالب المعني بتسجيل هذا العقار بعد دفع جميع المصاريف الضرورية الناتجة عادة عن نشر مطلب التسجيل الاختياري لا يمكن له بالتالي الانتفاع بإجراءات التسجيل. ولقد حاول المشرع إصلاح الوضعية العقارية بالنسبة إلى الأراضي غير المسجلة بواسطة الأمر المؤرخ في 23 جانفي 1935 المتعلق بالنظام الإشهاري الخاص بالأراضي غير المسجلة، ثم بموجب الأمر المؤرخ في 10 جويلية 1947، وحاول التخفيف من شدة الإجراءات التي تقتضيها أعمال المسح وارتفاع المصاريف، وأصبح المسح إجمالا يخضع لإجراءات بسيطة. وفي سنة 1951 أنشأ المشرع ما يعرف بالرسم الحوزي، وهو سجل إشهاري تمسكه كتابة المحكمة العقارية، وتسجل به العقارات التي سبق مسحها والتي لم تسجل على مقتضى الإجراءات الاختيارية، وبإذن من رئيس المحكمة العقارية. ثم ترسم بهذا السجل جميع العمليات المتعلقة به، ويتحصل المعني بالأمر في نهاية الأمر على رسم حوزي لا يرقى في حقيقة الأمر لمستوى الرسم العقاري، حيث إنه يمنع الضد من المطالبة الحوزية فحسب.

لكن المشرع تخطى عن هذا النظام بداية من سنة 1959 بمقتضى القانون عدد 131 لسنة 1959 المؤرخ في 10 أكتوبر 1959 والمنقح بالمرسوم عدد 20 لسنة 1960 المؤرخ في 10 سبتمبر 1960 وأنشأ ما يعرف بالشهادة الحوزية. ثم تدخل المشرع من جديد بموجب القانون عدد 53 لسنة 1974 المؤرخ في 10 جوان 1974 المتعلق بشهادة الحوز و المنقح بمقتضى قانون 25 فيفري 1981

والقانون عدد 10 لسنة 2000 المؤرخ في 24 جانفي 2000 وألغى جميع النصوص السابقة⁶⁴⁰.

ولم ير المشرع في نظام الشهادة الحوزية الإجابيات التي تحقق الإصلاح الشامل بالنسبة إلى الأراضي غير المسجلة، لذلك فكر منذ بداية الاستقلال في سحب إجراءات التسجيل العقاري العادية التي اعتمدها المشرع منذ سنة 1885 على أعمال المسح الاجباري، وصدر لهذا الغرض المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المتعلق بالتسجيل الاجباري⁶⁴¹، وقد أدخلت عليه بعض التنقيحات آخرها سنة 1979 بمقتضى القانون عدد 28 لسنة 1979 المؤرخ في 11 ماي 1979، ونص الفصل الأول منه على أنه يجري التسجيل الاجباري لجميع العقارات بصفة تدريجية وفقا لأحكام القانون العقاري وحسب الطرق الخاصة المنصوص عليها بهذا المرسوم. وهكذا أصبحت العقارات غير المسجلة خاضعة لنظام جديد بمقتضى المرسوم عدد 3 لسنة 1964، وألغى بالتالي الأمر المؤرخ في 23 جانفي 1935 المتعلق بنظام الملكية العقارية غير المسجلة. ويجري مسح جميع العقارات غير المسجلة على معنى الفصل 2 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 باستثناء العقارات المبنية الكائنة داخل المناطق البلدية، ويقع تعويض جميع رسومها التقليدية وجوبا برسوم عقارية. ويتحتم بمجرد صدور هذا المرسوم مراجعة الرسوم الحوزية المسلمة على إثر عمليات المسح السابقة وتعويضها برسوم عقارية وفقا للإجراءات المنصوص عليها بالعنوان الأول من مرسوم 1964 المشار إليه. ولا تتطلب الإجراءات الجديدة أية مصاريف حيث إن إجراءات المسح كلها إجراءات مجانية⁶⁴². وتتميز بالبساطة

640 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 8، 28 جانفي 2000.

641 الرائد الرسمي عدد 9، بتاريخ 21 فيفري 1964، ص 223.

642 لكن المشرع أحدث أخيرا بمقتضى القانون عدد 101 لسنة 1999 المؤرخ في 31 ديسمبر 1999 المتعلق بقانون المالية لسنة 2000 مساهمة في مصاريف عمليات التسجيل العقاري الاجباري يتحملها المالكون المتفعون بهذه العمليات توظف لفائدة "صندوق دعم تحديد الرصيد العقاري".
ويحدد مبلغ المساهمة كما يلي :

20 مليما على كل متر مربع بالنسبة إلى الأراضي الواردة في أمثلة التهيئة العمرانية ودوائر التدخل العقاري باستثناء المناطق الخضراء.

10 دنانير على كل هكتار بالنسبة إلى الأراضي الأخرى.

والسهولة، رغم أنّ المشرّع التونسي تبنى الإجراءات القضائية أي أنّ أعمال المسح ليست مجرد أعمال إدارية، بل تشرف عليها المحكمة العقارية من البداية إلى النهاية.

ويذكر أنّ الإجراءات التي سبق الإشارة إليها في الباب المتعلق بالتسجيل الاختياري تنطبق كذلك على الإجراءات المسحية إلا إذا وجدت قاعدة خاصة تضمّن المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المتعلق بالمسح. وسنحاول في هذا الباب إثارة الإجراءات الخاصة بالمسح دون إقصاء الإجراءات العادية التي سبق شرحها والتي يمكن أن تنطبق على الإجراءات المسحية خاصة على مستوى المرحلة الحكمية. ووضع المشرّع لتطبيق المشروع المسحي خطة خاصة في الإشهارات (1) والتّحديد (2) والبحث (3) والحكم (4).

1-الإشهارات المسحية

نصّ المشرّع التونسي بالمرسوم عدد 1964 على إشهارات خاصة بالمسح لغاية إعلام الكافة بمواعيد هامة. فطلب إشهار بداية العمل المسحي ونهاية ختم تحديد المناطق الفرعية وختم أعمال المسح جملة.

-إشهار فتح المنطقة المسحية: نصّ الفصل الثالث من مرسوم 1964 المشار إليه سابقا على أنّ وزير العدل "يضبط منطقة المسح وتاريخ ابتداء العمليات بقرار يبلغ إلى العموم بواسطة النشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية والتعليق بمركز محكمة الناحية ومركز المعتمدية ومركز الولاية وعن طريق الصحافة والإذاعة وذلك قبل افتتاح العمليات بشهرين على الأقل". ويذكر أنّ المحكمة العقارية عادة ما تقترح مكان المنطقة التي يجب أن تخضع لإجراءات المسح العقاري نظرا إلى عدّة اعتبارات ربّما من أهمّها العامل الاقتصادي، ويمكن كذلك لعدّة مؤسسات عمومية مثل الوكالة العقارية للسكنى والوكالة العقارية السياحية والوكالة العقارية الصناعية أن تطلب سحب إجراءات المسح الإجباري

وتضبط بأمر شروط وطرق استخلاص هذه المساهمة.
الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 31 ديسمبر 1999، ص 3145.

على بعض المناطق التي تهمّها لغاية بيان المالكين المحتملين، ويجوز إجمالاً لجميع المؤسسات العموميّة طلب سحب إجراءات المسح على جهة دون أخرى لغاية تطهير الحالة الاستحقاقية لهذه المناطق. ويتّخذ وزير العدل قراراً يبيّن به المنطقة التي ستخضع لإجراءات المسح، وعادة ماتكون مساحة عمادة، كما يحدّد بداية الأعمال المسحية⁶⁴³. وينشر هذا القرار بالرائد الرسمي قبل شهرين من انطلاق الأعمال المسحية، واعتمد المشرّع كذلك عدّة طرق لإعلام الكافة بموعد بداية العمليات المسحية، ونصّ على جميع الوسائل الإشهارية تقريباً من ذلك التعليق بمقر محكمة الناحية ومركزي الولاية والمعتمدية، والإشهار بواسطة الراديو والصحافة. معنى ذلك أن ترسل نسخ من قرار وزير العدل المنشور بالرائد الرسمي إلى الأماكن المعينة بسعي من كتابة المحكمة العقارية ليتمّ تعليقها أو التصريح بها في أجل معيّن⁶⁴⁴. وعادة ما يوجّه كاتب المحكمة الإعلان صحبة مكتوب إلى حاكم الناحية والمعتمد والولاية لغاية تعليق الإعلان بالأماكن المذكورة، ويتعيّن إرجاع المكاتب إلى كتابة المحكمة لإثبات وقوع التعليق طبق ما يقتضيه القانون. وينصّ الكاتب على وقوع هذا الإجراء بالدفاتر المعدة للغرض. ولا ننسى أن للعمد دوراً هاماً في ذلك، ويمكنه أن يبادر بإعلام أهالي الجهة بموعد بداية الأعمال المسحية وإن لم ينصّ المشرّع على هذه الامكانية. وعموماً تمثل الإشهارات العقارية دعوة للكافة للحضور بالموعد المحدّد، وبالتالي لا يمكن لأي أحد أن يتعلّل بعدم علمه بموعد الأعمال المسحية والحالة تلك.

-إشهار ختم التّحديد: نصّ الفصل السادس من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المتعلّق بالمسح على "أنه بعد انتهاء الحاكم المكلف من عمليات التّحديد

⁶⁴³ وعادة ما يكون القرار طبق الصيغة التالية: "بعد الاطلاع على المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرّخ في 20 فيفري 1964، المتعلّق بالتسجيل العقاري الاجباري، كما وقع تنقيحه وإتمامه بالقانون عدد 28 لسنة 1979 المؤرّخ في 11 ماي 1979 وخاصة الفصل 3 منه، قرّراً يلي: يجري ابتداء من... بواسطة المسح العقاري، إحصاء جميع العقارات غير المسجّلة وغير المبنية الكائنة ب... عمادة... معتمدية... ولاية..."

⁶⁴⁴ ويذكر من الناحية الواقعية، وإذا كانت لجنة المسح تعمل مسبقاً بجهة قريبة من المناطق التي تمّ فتحها طبق الإجراءات المعيّنة، تبادر اللجنة إلى إعلام أهالي الجهة بموعد التّحجير، ويمكن استنباط عدّة طرق لتحقيق الغاية.

الخاصة بمنطقته يحرر قائمة عامة في العقارات التي أحصاها مع بيان أسماء الحائزين أو المالكين المحتملين لها وعند الاقتضاء المعارضين فيها وتوضع تلك القائمة تحت طلب العموم بمركز محكمة الناحية ومركز المعتمدية ويعلن عن إيداعها بواسطة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية والصحافة والإذاعة". ويفهم من ذلك أن الحاكم المكلف بعد الفراغ من جميع الأبحاث المطلوبة بالنسبة إلى المنطقة الفرعية، طبق الإجراءات التي سنتعرض لها لاحقاً، يحيل الملفات المسحية إلى الفرع المختص ترابياً. وتضمن هذه الملفات بدفتر القطع ودفتر مطالب التسجيل، ثم يحرر كاتب المحكمة، على ضوء القائمة التي حررها الحاكم المكلف، قائمة يضمن بها عدد القطع المسوحة وأسماء المالكين المحتملين ويرسلها إلى حاكم الناحية والمعتمد مع مكتوب يطلب فيه منهما تعليق هذه القائمة بهو المحكمة ومقر المعتمدية. ويتعين إرجاع المكاتبة إلى كتابة المحكمة ممضاة للدلالة على وقوع التعليق. ويحرر كاتب المحكمة في نفس الوقت المكاتبات اللازمة لوزارة الإعلام ومصالح الرائد الرسمي ومؤسسة الإذاعة لغاية الإعلان عن تعليق القائمة بمقر محكمة الناحية وبهو المعتمدية. فتدرج هذه الإعلانات بجريدة يومية وبالرائد الرسمي ويصرح بها من خلال جهاز الراديو في وقتها للإشارة إلى أن القوائم تم تعليقها طبق الإجراءات التي سبق شرحها. وتبقى هذه القائمة معلقة بالأماكن المذكورة طيلة شهر كامل، ويتصل حاكم الناحية والمعتمدية في نهايته بمكتوب من كاتب المحكمة العقارية لإعلامهما بنهاية أجل التعليق.

والمقصود من هذه العملية هو إعلام المواطنين وكل فرد بعمليات المسح، حتى يتسنى الاعتراض في الوقت المناسب، لإثارة المطالب الاستحقاقية التي ربما لم يتمكن الحاكم المكلف خلال مرحلة البحث من إثارتها، وفي ذلك ضمان لحقوق الغائب والقاصر بطبيعة الحال. ومن الممكن أن تنتهي أعمال التحديد والبحث ولا يتقدم المالك المحتمل إلى مقر لجنة المسح لغاية الاحتجاج برسومه، ويكون السبب عادة هو عدم علم المعني بتاريخ التحجير والبحث رغم وقوع الإشهار الأول، أي إشهار فتح المنطقة المسحية، فيكون إشهار ختم التحديد

بمثابة الإنذار الثاني الذي ربّما ستكون له عدّة آثار هامّة، سنتعرّض لأهمّها خلال الحديث عن المرحلة الحكميّة.

ورغم هذا الحرص على تكرار عمليّات الإشهار التي تستند في حقيقة الأمر إلى جميع الوسائل المتاحة حاليّا، فمن الممكن أن تحدث في الواقع عدّة صور غريبة ربّما بسبب غياب المالك المحتمل وبعده المتواصل عن جهته، حيث من الممكن أن تنتهي جميع الأبحاث من أولّها إلى آخرها دون أن يحضر المعني، فيبقى الملفّ المسحي خال من كلّ تصريح وبيان، هذا إن لم يعتمد الغير بحسن نية أو بسوء نية إلى الاستيلاء على ملك الغير. ومن هذه الناحية كان من اللازم أن تعطى هذه الاشهارات الأهميّة القصوى لأنّ المشرّع لم يضعها إلّا لحماية المستحقّين وأصحاب الحقوق الشرعيّة.

-إشهار ختم أعمال المسح: نصّ الفصل الثامن من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المتعلّق بالمسح على أنّه " عندما يتمّ النّظر في جميع العقّارات التّابعة للمشيخة المعنيّة بالأمر يصدر رئيس المحكمة العقّاريّة قرارا في ختم أعمال المسح ويعلم به العموم عن طريق النّشر بالرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة والمعلّقات بمركز المعتمديّة ومركز محكمة النّاحية وبواسطة الصّحافة والإذاعة". ويفترض المشرّع من خلال اعتماده لهذا الإجراء أنّ الأعمال المسحيّة ستتمّ في أقرب الآجال وأقصرها، لذلك تعجّل ونظّم إجراءات غلق المشيخة أي العمادة التي سبق فتحها طبق الإجراءات المذكورة. وهو إجراء فيه من النّفع الكثير لأنّ إشهار نهاية العمل المسحي بالمنطقة فيه إعلان لإنهاء الاختصاص الاستحقاقي الذي يجب أن يعود إلى المحاكم العاديّة طبق الحالة التي كان عليها الوضع قبل فتح المنطقة المسحيّة، خاصّة وأنّ عنصر الاختصاص هذا أثار من المشاكل أصعبها، وسنتعرّض لشيء من هذا عند الحديث عن الاختصاص الموضوعي للجان المسح.

وابتداء من هذا الإشهار فإنّ الرّسوم التّقليديّة المتعلّقة بالعقّارات الفلاحيّة الكائنة بالمشيخة المعنيّة بالأمر يقع إبطالها. على أنّه إذا كانت الرّسوم التّقليديّة

تتعلّق أيضا بعقّارات أخرى غير التّي وقعت في شأنها عمليّات المسح العقّاري فإنّ إبطال العمل بها لا يتمّ في خصوص ما يهمّ منها العقّارات موضوع تلك العمليّات. لكنّ الواقع يختلف كثيرا مع ما يطلب قانونا، حيث كثيرا ما تبقى العمادة مفتوحة إلى ما لا نهاية بسبب تعطلّ العمل المسحي وتعدّد الحالة الاستحقاقية للقطع، ولّما يصدر قرار غلق الأعمال المسحية.

لنعلم كذلك أنّ الإشهارات المسحية لا تتعلّق بعقّار واحد على شاكلة الإشهارات المتعلّقة بالتّسجيل الاختياري، وإنّما تتعلّق بكامل المنطقة في مرحلة إشهار بداية العمل المسحي وبكامل القطع الممسوحة في مرحلة إشهار ختم التّحديد وبكامل العمادة في مرحلة نهاية أعمال المسح، وهي إجراءات تتطلّب جملة من المصاريف تتحمّلها الدّولة في نهاية الأمر. والجوهري في ذلك هو أنّ الأعمال المسحية تخضع لمبرّرات اقتصادية ربّما تهمّ النّظام العام، وتتجاوز المصلحة الفرديّة، وينضاف إلى ذلك النفقات الباهضة التّي تتحمّلها الدّولة لغاية إعداد الأمثلة الهندسيّة وإتمام الأعمال الفنيّة.

2-الأعمال الفنيّة

تعتبر الأعمال الفنيّة بالنّسبة إلى التّسجيل العقّاري حجر الأساس كما سبق الإشارة إلى ذلك في عدّة مناسبات، حيث إنّ الأمثلة الهندسيّة التّي يعدّها ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط هي التّي تعرّف في حقيقة الأمر بحدود العقّار وموقعه ومساحته⁶⁴⁵. ويتدخّل ديوان قيس الأراضي بالنّسبة إلى المسح الاجباري في مناسبتين، فهو الذي يتولّى قبل انطلاق الأعمال المسحية، تقسيم المنطقة المفتوحة، وعادة ما تمتدّ على مساحة عمادة، إلى مناطق فرعيّة. ويقوم كذلك بتحديد القطع المسحية وإعداد الأمثلة الهندسيّة على امتداد تواصل العمل المسحي.

⁶⁴⁵ يراجع القانون عدد 100 لسنة 1974 المؤرّخ في 25 ديسمبر 1974 المتعلّق بديوان قيس الأراضي كما هو منقح بموجب القانون عدد 26 لسنة 2009 المؤرّخ في 11 ماي 2009، والأمر عدد 38 لسنة 1977 المؤرّخ في 12 جانفي 1977 المتعلّق بالقانون الأساسي لأعوان الديوان.

-تقسيم المنطقة إلى مناطق فرعية: نصّ الفصل الرابع من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المتعلّق بالمسح أن رئيس المحكمة العقارية يتولّى بنفس الطريقة أي بموجب قرار "تقسيم تراب المشيخة إلى ما يلزم من المناطق الفرعية بعد درس هذا التراب من طرف مصلحة قيس الأراضي". وتبدو صياغة هذا الفصل مشوشة، وقد لا تبين بوضوح العمل الذي يقوم به ديوان قيس الأراضي. وواقعياً تتولّى المحكمة العقارية إعلام الديوان بفتح المنطقة المسحية ويمكن أن يتسلّم نسخة من قرار الفتح، قبل انطلاق موعد الأعمال المسحية بطبيعة الحال. فيتولّى المهندس المكلف دراسة هذه المنطقة، أي أن يعدّ الصّور الجوية الخاصة بها في مرحلة أولى، والمقصود بذلك هي الصّور التي التقطتها الطائرات المخصّصة للغرض والمجسّمة لطبيعة المنطقة التي ستخضع للعمليات المسحية، وعادة ما تكون قديمة شيئاً ما، لكنّها تتضمّن جميع التضاريس الطبيعيّة للعقّارات. ثمّ يقوم في مرحلة ثانية بالتوجّه على عين المكان والوقوف على حدود كامل العمادة، والتّنبّث من المسالك المحدثّة التي ربّما لم تتضمّن الصّور الجوية، ليعتمدها بعد ذلك في عمليّة التّقسيم وإحداث المناطق الفرعية. ويقوم في مرحلة ثالثة بتقسيم المنطقة إلى ما يلزم من مناطق فرعية، أي أن يجزّئ العمادة المفتوحة إلى مناطق فرعية داخلية لتسهيل الأعمال الميدانية والفنية في مرحلة لاحقة، حيث إنّ العمل على مساحات شاسعة جداً قد لا يضمن عدم الوقوع في الغلط خاصة وأنّ كلّ عقار سيّخذ بعد ذلك رقماً معيّناً يظلّ يتابعه إلى ما لا نهاية، وكثرة الأرقام بالمنطقة الواحدة تحدث بالضرورة نوعاً من الاضطراب والتّشويش، وقد يتكرّر العدد الواحد دون أن يتفطن له العون الفتي. لذلك تقسم المنطقة إلى مناطق فرعية ذات مساحة متوسطة تأخذ بعين الاعتبار القطع المستغلة من طرف مالكيها، وموقع المنطقة وطبيعة العقّارات، والفواصل الطبيعيّة بين المناطق الفرعية. ويمكن على هذا الأساس أن تتضمّن المنطقة المفتوحة الواحدة عدداً كبيراً من المناطق الفرعية. ولا يمكن مباشرة الأعمال المسحية إلّا بعد القيام بهذه العمليّة الفنية، وتسلم قائمة المناطق الفرعية إلى المحكمة العقارية التي تعتمدها بعد ذلك في تعيين رئيس لجنة المسح والحاكم المكلف. بقي أن عمل ونشاط

ديوان قيس الأراضي لا يقف عند هذا الحدّ، بل يعود له تحديد القطع المسحية وإعداد الأمثلة الهندسية لكل عقّار، وهي ربّما كانت أهمّ وظيفة بالنسبة إلى الأعمال المسحية من الوجهة الفنيّة.

- تحديد القطع المسحية وإعداد المثال الهندسي: مع انطلاق الأعمال المسحية حسب ما سيرد ذكره، يعيّن ديوان قيس الأراضي مهندساً مساحاً يكون على ذمّة لجنة المسح، أي أن يكون متفرّغاً تماماً للأعمال الفنيّة التي تتطلبها الإجراءات المسحية، ويقوم بهذا الدور تحت إشراف الحاكم المكلف بالمسح بالمنطقة المعنيّة، وعادة ما يتّخذ له مكاناً بمقرّ لجنة المسح. ويتوجّه المهندس المذكور مع اللّجنة المسحية على عين المكان في اليوم المحدّد لذلك، ويكون مصحوباً بالأمثلة الجويّة للمنطقة الفرعيّة المعنيّة التي سبق تقديمها، وتتطلّب الأعمال المسحية من وجهتها الفنيّة تحجير جميع الأراضي بالمنطقة الفرعيّة، أي أن توضع لكل عقّار علامات محدّدة من جهاته الأربعة، وهي علامات من اللّوح تعدّها المحكمة العقاريّة مسبقاً، وتستعين اللّجنة بعدد من العملة للقيام بهذه المهمّة. ويتولّى العون الفنيّ بالمناسبة نقل حدود العقّار المحجّر على الصّور الجويّة. ويسند إليه عدداً يكون مرجعاً بعد ذلك في الأبحاث التي يجريها الحاكم المكلف، وهكذا تتكرّر العمليّة إلى نهاية التّحجير.

وبطالب العون الفنيّ في مرحلة ثانية بإعداد أمثلة هندسيّة وقتيّة لكل عقّار محجّر، أي أن يسلم العون الفنيّ عند نهاية التّحجير إلى الحاكم المكلف الأمثلة الهندسيّة لجميع العقّارات المحجّرة والكائنة بالمنطقة الفرعيّة دون استثناء. ويقصد بالمثال الهندسيّ الوقتي ذلك المثال الدّي لا يتضمّن مساحة العقّار، فهو مجرد وثيقة بيانيّة تعرّف بموقع العقّار وحدوده وصفاته، ويجب أن يتضمّن كلّ ملف خاص بالقطعة المحجّرة هذا المثال البياني. ويمكن تغيير وتعديل هذه الأمثلة البيانيّة بإذن من الحاكم المكلف بواسطة ما يعبر عنه بتكملة التّحجير "complément de bornage" كلّما اقتضت الحاجة إلى ذلك حسب ما سيرد ذكره في باب الأبحاث التي يجريها الحاكم المكلف. فيتولّى العون الفنيّ

في هذه الصورة إعادة رسم المثال الجديد على ضوء التحجير الأخير، ويسلمه إلى الحاكم المكلف. ويقصد بتكملة التحجير جميع التغييرات الفنية التي تلحق بالقطعة المحجرة وبالمثال المتعلق بها خلال مرحلة الأبحاث، ويختلف هذا الإجراء عما يعرف بالتحجير التكميلي "bornage complémentaire" الذي تلجأ إليه المحكمة في المرحلة الحكمية، وسنتحدث لاحقا عن هذا الإجراء. ولهذا الغرض لا يجوز اطلاقا تسليم هذه الأمثلة الهندسية الوقتية لمن يطلبها لأنها معرضة للتغيير والتعديل على امتداد مراحل الأبحاث، ولا يمكن بالتالي اعتبارها من بين الوثائق التي يمكن للخصم الاطلاع عليها.

ويذكر أن الحكم المسحي يتأسس على مثال وقتي، أي على مثال لا تضمن به المساحة، باعتبار أن مساحة العقار المحجر لا يمكن أن تعرف إلا بعد إتمام ما يعرف بالرفع "levé"، وهي عملية فنية يلجأ إليها لضبط مساحة العقار اعتمادا على العلامات التحديدية التي سبق وضعها طبق الطريقة التي سبق شرحها وذلك بواسطة أجهزة فنية دقيقة، وأصبح الديوان يعتمد في المدة الأخيرة على طائرات خاصة لإتمام العملية في أقرب الآجال، ورغم ذلك مازال العمل المسحي يشكو من نقص في هذه الناحية. وعادة ما يتولى ديوان قيس الأراضي إنهاء هذه العملية في فترة متأخرة، أي بعد الحكم. وينتقد المختصون هذه الطريقة، باعتبار أن الرفع يعتمد في مثل هذه الصور على علامات تحديدية ربما اندثرت من مكانها بمفعول الوقت، وتكون كذلك في أغلب الصور، وقد يصعب في مثل هذه الحالات ضبط حدود العقار اعتمادا على البيانات المضبوطة بالصور الجوية التي سبق التعرض لها. وبعد إعداد الأمثلة النهائية يحيلها الديوان إلى كتابة المحكمة العقارية لإضافتها إلى الملفات المعنية. وبذلك تنتهي مراحل الأعمال الفنية.

3- أعمال البحث

تقوم الأعمال المسحية أساسا على الأبحاث التي يجريها إطار مختص، طبق إجراءات معينة، وفي مواضيع محددة.

-إجراءات البحث: تخضع الأبحاث المسحية لسلطة الحاكم المكلف الذي له طريقة معينة في البحث. فبعد فتح المنطقة كما يجب، يقسم العون الفني العمادة إلى ما يلزم من مناطق فرعية ويعدّ جميع الصور الجوية اللازمة لإجراء أعمال التحديد، وقبل انطلاق الأعمال المسحية يعين رئيس المحكمة العقارية بقرار على رأس كلّ منطقة فرعية حاكما مكلفا. ويعتبر الحاكم المكلف هو المشرف على الأعمال المسحية الواقعة بالمنطقة الفرعية، وتخصّص له الإمكانات المادية اللازمة من سيارات ومسكن وعملة، ليكون قريبا من المنطقة الفرعية التي سيباشرها بداية. وهو الذي يشرف على كامل الأعمال التي يتولّاها العون الفني التابع لمصلحة قيس الأراضي فيما يتعلّق بالتحديد، وهو الذي ينتدب العملة على عين المكان، وينسّق بين أفراد اللجنة، ويعود له مراقبة جميع أعمالهم الداخلة في مضمون العمل المسحي. ويعتبر الحاكم المكلف مستقلا في أعماله عن جميع المحاكم الأخرى، بمعنى أنّه يتعهّد بالبحث في كامل المنطقة الفرعية من البداية إلى النهاية ولا يجوز تعويضه بزميل له إلّا بموجب قرار يتّخذه رئيس المحكمة العقارية عند الاقتضاء. وتختلف مؤسسة الحاكم المكلف عن مؤسسة القاضي المقرر بالمحكمة الابتدائية، وحتى عن مؤسسة القاضي المقرر بالمحكمة العقارية التي سبق الإشارة إليها. لأنّ كلاهما يتعهّد بالبحث في ملفّ معيّن دون آخر، في حين أنّ الحاكم المكلف يتعهّد بالبحث في كامل المنطقة بما احتوته بصفة جمليّة. ولذلك يعتبر تعيين الحاكم المكلف تعيينا إداريا في حين أنّ تعيين الآخرين يقال إنّّه تعيين قضائيّ. والاختلاف بينها شاسع بطبيعة الحال.

ويذكر أخيرا أنّ في اختيار إتمام العمل المسحي بواسطة حاكم مكلف يبرز بوضوح أنّ أشغال المسح هي في حقيقة الأمر أشغال قضائية على اختلاف بعض التجارب التي تعتمد على إجراءات إدارية، وفي ذلك ضمان للمالك المحتمل وللغائب والقاصر، خاصة وأنّ التشريع التونسي مكن الحاكم المكلف من طريقة معينة وفريدة من نوعها في البحث والاستقراء. حيث نصّ الفصل الرابع من مرسوم 1964 بفقرته الثانية على أنّ الحاكم المكلف يباشر بمساعدة كاتب وعون فنيّ محلف تابع لمصلحة قيس الأراضي وبمحضر الشيخ أو نائبه

ومالكين اثنين تحديد المنطقة التي عهدت إليه. ثم يجري بعد ذلك بحثا بالنسبة إلى كل عقار فيحدّد العقّار ويطبّق الرّسوم وشهادات الحوز وينظر في الحوز ويحرّر الحالة الاستحقاقية للعقّار وينتدب الخصوم بقدر الإمكان إلى الصّح، ويدعو زيادة على ذلك المالك المحتمل لكل عقّار إلى تقديم تصريح بالملكية مؤرخ وممضى كما يجب ومبيّن لأصل الحقوق والتّحمّلات الموظّفة عليه، ويجوز في صورة الاشتراك في الملكية أن يصدر التّصريح عن أحد الشّركاء. وأضاف الفصل الخامس أنّ الحاكم المكلف يحرّر في شأن كل عقّار أو مجموعة من العقّارات المتلاصقة والتي يملكها شخص واحد محضر بحث وتحديد تضمّن به جميع الادّعاءات والمعارضات ويقام أثناء هذا التّحديد مثال تقريبي يكون مبنى فيما بعد لإقامة المثال النّهائي. ولهذا الغرض يتولّى الحاكم المكلف مباشرة أعماله بالتّوجّه على عين المكان رفقة العون الفنّي التابع لديوان قيس الأراضي وبقية الأعوان، فيطوف بكلّ عقار من جوانبه الأربعة بحضور المالك أو من ينوبه، ولا يحول غياب المالك دون تحجير العقّار، حيث بالإمكان الاعتماد على معرّف الجهة الذي تنتدبه اللّجنة، وحتىّ الأجوار الذين لهم معرفة بالعقّارات الممسوحة. وتوضع العلامات التّحديديّة بالنسبة إلى كل قطعة، ويتولّى العون الفنّي بالمناسبة نقل البيانات المتعلّقة بالعقّار على الصّور الجويّة. ويحرص الحاكم المكلف بمساعدة العون الفنّي على عدم المساس بالملك العمومي مهما كانت طبيعته، ويبادر إلى إخراجه من موضوع المطلب المسحي. وتتكرّر هذه العمليّة بالنسبة إلى جميع العقّارات الموجودة بالمنطقة الفرعيّة. ولا يحقّ لأيّ طرف أن يتعرّض لعمليّات المسح الاجباري أو أن يعطلّ أعمالها بأيّ وجه أو أن يمنع وضع العلامات التّحديديّة في مكانها، وكلّ من قام بذلك يعرّض نفسه للعقوبات الجزائيّة المنصوص عليها بالفصل 17 فقرة ثانية من مرسوم 1964، ولا يحقّ لأيّ طرف أن ينقل العلامات التّحديديّة بسوء نيّة من مكانها، وكلّ من فعل ذلك تسلّط عليه العقوبة المنصوص عليها بالفصل 17 فقرة أولى من مرسوم 1964. وإذا احتجّ المالك بالرّسوم في يوم التّحجير يمكن تطبيقها على العين، ويجوز بطبيعة الحال تلقّي البيّنة في كلّ وقت للدّلالة على الحوز والتّصرّف،

ويدعوه الحاكم المكلف إلى التصريح بالملكية أي أن يبين إنجرار الملكية بالطريقة القانونية ويمضي المعني بالأمر على هذا التصريح. وكل من تعمد تقديم تصريح بالملكية مخالف للحقيقة سواء بإعطاء بيان كاذب عن أصل حقوقه أو بعدم ذكر شركائه أو التّحمّلات الموظّفة على العقار يستوجب العقاب المنصوص عليه بالفصل 291 من المجلة الجزائية. لكنّ المالك المحتمل يمكن أن لا يحضر يوم التّحجير، ويتّصل بلجنة المسح في وقت متأخر. فيمكنه في هذه الصّورة الإحتجاج بالرّسوم والوثائق، ويتولّى الحاكم المكلف التّوجّه على عين المكان لغاية تطبيقها ولسماع البيّنة عند الاقتضاء.

وفي حقيقة الأمر تعتبر الإجراءات التي يباشرها الحاكم المكلف إجراءات استقرائية لا تحكمها ضوابط الفصل 12 م.م.م.ت. التي نصّت على أنّ المحكمة غير مطالبة بإحضار حجج الخصوم. ويمكن بالتّالي إجراء الأبحاث على نمط يجيزه النظام الاستقرائي دون التقيّد بأحكام مجلة الإجراءات المدنية في معظم فصولها. ولقد قدّمنا أنّ الحاكم المقرّر الذي يبحث في المطالب العادية له سلطة مطلقة في إجراء الأبحاث، وهذه السّطة المطلقة يتمتّع بها الحاكم المكلف في إطار إجراءات المسح الاجباري. وقدّمنا كذلك أنّ الفصل 329 م.ح.ع. هو السّند في ذلك، وقد وضّحنا ما يجب أن يفهم منه. معنى ذلك أنّ الحاكم المكلف لا يتقيّد بالرّسوم التي تقدم إليه أو الشّهود الذين يطالب المعني بسماعهم، بل يمكن إجراء الأبحاث في الاتّجاهات الممكنة والتي تثبت الملكية، دون التقيّد بطلبات المالكين المعنيين. ويمكن إجراء الأبحاث ولو لم يحضر المالك المحتمل، حيث إنّ الحاكم المكلف يمكنه أن يعتمد على المعرفين والأجوار لتحديد المالك المحتمل إلى حين حضوره بصفة فعلية فيحتجّ بما لديه من وثائق. ولا يجب أن يبقى الملف المسحي خال من كلّ بحث، بل يتحتّم إجراء البحث مهما كانت الصّور وإدراج الأعمال الاستقرائية بمكانها، حتّى تكون سنداً في إجراء الإشهارات في وقت لاحق.

وبعد انتهاء الحاكم المكلف من أشغاله بالنسبة إلى كامل المنطقة الفرعية يحرّر قائمة في جميع العقارات التي أحصاها ويحيل جميع الملفات إلى الفرع المختصّ ترابياً. فيتولّى كاتب المحكمة العقارية إدراج الملفات بدفاترها، ويعدّ المكاتبات اللازمة لغاية إشهار ختم التّحديد طبق الصّورة التي سبق بيانها. لكنّ لنعلم أنّ الحاكم المكلف لا يبحث إلّا في الاستحقاق ولا شيء غير الاستحقاق.

-موضوع البحث: نصّ الفصل الرابع من مرسوم 1964 على أنّ الحاكم المكلف يحرّر "الحالة الاستحقاقية"، أي أنّ لجنة المسح تختصّ بالنظر في الاستحقاق، ويضطرّ الحاكم المكلف بطبيعة الحال إلى دراسة طرق اكتساب الملكية على معنى الفصل 22 م.ح.ع. الذي نصّ على أنّ الملكية تكتسب بالعقد والميراث والتّقديم والالتصاق ومفعول القانون. وهو اختصاص مطلق تختصّ به لجنة المسح دون سواها. فبمجرّد أن تفتح العمادة طبق الصيغة التي سبق شرحها، تحال جميع الملفات الاستحقاقية والحوزية بالتّبعيّة إلى لجنة المسح، حيث إنّ النزاعات الحوزية أو الاستحقاقية المتعلّقة بعقار فلاحي مشمول في منطقة مسح عقاري تصبح بعد نشر القرار القاضي بفتح عمليّات المسح من أنظار لجنة المسح على معنى الفصل 13 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964.

وكنتيجة لذلك تتخلّى محاكم الحقّ العام عن جميع النزاعات الحوزية أو الاستحقاقية المتعلّقة بعقار فلاحي مشمول في منطقة مسح عقاري والتي ما تزال على بساط النّشر إلى يوم نشر القرار القاضي بفتح عمليّات المسح، ويوجّه إليها الملف على ما هو عليه. كذلك إذا سبق تقديم مطالب تسجيل اختيارية إلى المحكمة العقارية تتعلّق بعقارات فلاحية كائنة داخل المشيخة التي صدر في شأنها قرار بفتح عمليّات المسح وكانت تلك المطالب ما تزال على بساط النّشر إلى يوم صدور ذلك القرار فإنّ التّحقيق فيها يجري على مقتضى إجراءات المسح العقاري. واستثنى المشرّع لجان تصفية الأحباس المحدثة بالأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 طبق ما هو منقّح⁶⁴⁶ من شرط التّخلي عن الملفات التي

⁶⁴⁶ يراجع القانون عدد 24 لسنة 2000 المؤرّخ في 22 فيفري 2000 المتعلّق بتنقيح وإتمام الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 والمتعلّق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والمشاركة.

تعهدت بها، وإن كانت مشمولة بالمنطقة المسحية. لكن الإشكال الذي طرحته هذه المبادئ هو ما يتعلق بالقضايا الحوزية أولاً، رغم أن المشرع نص عليها صراحة، وأخضعها لإجراءات التخلي طبق الصورة المذكورة، فإنها قد أثارت عدة إشكاليات في الواقع، وذهبت محكمة التعقيب في عدة مناسبات إلى استثناء القضايا الحوزية من إجراءات التخلي⁶⁴⁷. وثانياً لا يكون التخلي آلياً، بمعنى أن محاكم الحق العام أو المحكمة العقارية لا تتخلى عن القضايا المذكورة إذا تجاوزت الإجراءات مرحلة التحضير، فإذا نظرت المحكمة في الأصل⁶⁴⁸ لا يمكنها أن تتخلى عن القضية وتواصل النظر في الملفات المنشورة وإن كانت مشمولة بالمنطقة المسحية. لكن الأراضي المبنية تبقى خارجة عن أنظار لجنة المسح، وإن كانت مشمولة بالمنطقة المسحية، ويمكن طلب تسجيلها اختياريًا، حيث نص الفصل 11 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 على أنه "بصرف النظر عن أحكام هذا المرسوم يستمر الحق في تقديم مطالب التسجيل إلى المحكمة العقارية على الطريقة الاعتيادية بالنسبة إلى الرباع" أي العقارات المبنية"، أما بالنسبة إلى العقارات الفلاحية فيشترط أن تكون خارج المناطق التي صدر في شأنها قرار بفتح عمليات المسح". وتبقى العقارات الفلاحية بالتالي خاضعة للإجراءات المسحية، فيثبت الحاكم المكلف من مالكيها ويدرس وسائل إثباتها طبق الطريقة التي سبق شرحها. وبمجرد إنهاء العمل يحيل المنطقة إلى الفرع المختص وتفتح المرحلة الحكيمة.

4-الحكم في مطلب التسجيل المسحي وأثره

⁶⁴⁷ إن الحاكم المكلف يبحث بالمناطق الفرعية فحسب ولا يمكن له التطرق إلى النزاعات التي ربما تثار بمناطق فرعية لم يصدر في شأنها أي قرار. لذلك تبقى الملفات المحالة إلى لجنة المسح بدون حل لفترة طويلة من الزمن. وقد انتقدت مبادئ الفصل 13 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 لأنها نصت على النزاعات الحوزية التي يمكن التخلي عنها مثلها مثل النزاعات الاستحقاقية، وكان الحل الناتج هو التفتن إلى أن القضايا التي يجب التخلي عنها هي القضايا الاستحقاقية فحسب، لكن هذا الحل يقتضي بطبيعته تدخل المشرع.

⁶⁴⁸ ويعرف فقهاء القانون النظر في الأصل بمدى أثر القرارات التحضيرية على وجه الفصل، فإذا تجاوزت المحكمة مراقبة شكليات الحضور، واتخذت القرارات التي لها أثر على وجه الفصل، كأن تأذن بإجراء الأبحاث الاستحقاقية وتعين خبيراً لتطبيق الرسوم، لا يمكن لها أن تتخلى عن القضية، رغم المفعول الفوري للقاعدة الإجرائية.

سبق أن أشرنا إلى الإجراءات الحكمية خلال الحديث عن المطالب الاختيارية، ووضحنا تركيبة المحكمة والإجراءات المتصلة بالاستدعاء ودور المحكمة في الكشف عن الحقيقة والتدخل بالمطلب والاعتراض والخيارات التي يمكن أن تعتمد عليها المحكمة نهاية. ووقفنا على أثر الحكم ومدى قوة التنصيصات التي ترد بحكم المحكمة، ولاحظنا أنها تمتاز بقوة مطلقة على خلاف التنصيصات اللاحقة التي يدرجها حافظ الملكية العقارية. وقدّمنا أنّ الإجراءات التي تتبعها المحكمة العقارية في التنفيذ تمتاز بخصوصية وقواعد منفردة لا تستجيب للضوابط المحددة بمجلة الإجراءات المدنية. ويذكر أنّ جميع ما سبق الإشارة إليه ينطبق على الإجراءات المسحية، ولا فائدة من تكراره، باستثناء أن إنابة محامي غير واجبة بالنسبة إلى القضايا المسحية⁶⁴⁹. والمعلوم أن إجراءات المسح العقاري تختلف بطبيعة الحال عن الإجراءات الاختيارية في التسجيل على مستوى الأعمال الفنية والإشهارات، وقد سبق الإشارة إليها. أمّا وقد أحييت المنطقة المسحية إلى الفرع المختصّ تتوحد الإجراءات وتتقي الفوارق بين ما هو اختياري وما هو مسحي، ويلقي المطلب المسحي نفس الإجراءات في التضمن والأبحاث الحكمية، ويمكن أن يفصل بسرعة إذا كانت جميع الأبحاث منتهية، كما يمكن للمحكمة أن تأذن بالأبحاث التكميلية، وتعيد الملف إلى الحاكم المكلف لإتمام الأبحاث إجمالاً أو أن تكلفه بعمل معين. ويجوز للغير التدخل طبق الصورة المذكورة، وتصدر المحكمة في النهاية حكماً يراعى به ما سبق شرحه في باب الاختيارات التي يمكن للمحكمة أن تلجأ إليها.

لكنّه مع ذلك تبقى بعض الإجراءات الخاصة بالعمل المسحي حتّى على مستوى الإجراءات الحكمية. وأوّل هذه الاختلافات والفوارق هو أنّ الإجراءات المسحية تسمح لرئيس لجنة المسح أن يقضي في المطلب بصفة فردية، ولم يخوّل المشرّع هذه الإمكانية بالنسبة إلى المطالب العادية. كما أنّ الأحكام المجلسية تتطلّب بدورها خصوصيات بالنسبة إلى المطالب المسحية.

⁶⁴⁹ نص المشرع صراحة من خلال التقيح الأخير بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 على أن "إنابة المحامي وجوبية في مادة التسجيل الاختياري".

- الأحكام الفرديّة: نصّ الفصل 4 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 على أنّ رئيس المحكمة العقاريّة يعين بقرار أحد أعضائها رئيساً للجنة المسح الخاصة بكلّ مشيخة قبل انطلاق عمليّات المسح وقبل تعيين الحاكم المكلف المشرف على المنطقة الفرعيّة⁶⁵⁰. ويكون رئيس لجنة المسح عادة هو رئيس فرع المحكمة العقاريّة التي تمّت بدائرته الأعمال المسحيّة. ولا يجب أن نخلط بين مؤسّسة الحاكم المكلف ومؤسّسة رئيس لجنة المسح، حيث إنّ الحاكم المكلف هو الحاكم الذي أوكل إليه المشرّع إجراء الأبحاث بالمنطقة الفرعيّة، أي جزء من العمادة التي فتحت طبق الصّورة التي سبق شرحها، فهو مجرد قاضي باحث مستقل، وله سلطة في إدارة أبحاثه على مستوى المنطقة الفرعيّة، ولا يمكن لأيّ طرف أن يعوّضه في أعماله المكلف من أجلها. في حين أنّ رئيس لجنة المسح هو المشرف على كامل العمادة المفتوحة ويعود إليه النّظر في تقرير مصير الملفّات المحالة إليه بعد الانتهاء من الأعمال الميدانيّة، وقد أوكل إليه المشرّع مهمّة اتّخاذ القرارات الفرديّة بالنسبة إلى الملفّات المشمولة بالعمادة. لكنّه لا يتدخّل بأعمال الحاكم المكلف إلّا من باب التّوجيه والإرشاد لا غير. ويكون رئيس فرع المحكمة العقاريّة من الوجهة الواقعيّة ولو قبل التّعيين هو الإطار الذي يرجع إليه لتسهيل الأعمال المسحيّة. لكنّه لا يمكن له أن يتّخذ القرارات الفرديّة إلّا بعد تعيينه بصفة قانونيّة، وعادة ما يحرّر قرار التّعيين ويرسل إلى الفرع المختصّ، فيبادر رئيس لجنة المسح إلى دراسة جملة الملفّات المحالة إلى الفرع، ويتّخذ القرارات الفرديّة عند الاقتضاء.

فمباشرة بعد انتهاء الحاكم المكلف من عمليّات التّحديد الخاصّة بمنطقته يحرّر قائمة عامّة في العقّارات التي أحصاها بمنطقته مع بيان أسماء الحائزين أو المالكين المحتملين لها وعند الاقتضاء المعارضين فيها وتوضع تلك القائمة تحت طلب العموم بمركز محكمة النّاحية ومركز المعتمديّة ويعلن عن إيداعها

⁶⁵⁰ لكنّ الواقع قليلا ما يلجأ إلى هذا الإجراء باعتبار أن تعيين رئيس لجنة المسح لا يتمّ إلّا بعد إنهاء الأعمال المسحيّة وإحالة المنطقة الفرعيّة إلى الفرع المختصّ، وتتّخذ قرارات التّعيين كذلك تباعا بالنسبة إلى كلّ منطقة فرعيّة على حدة، ودون أن تشمل كامل العمادة.

بواسطة الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة والصحافة والإذاعة، وخلال الشّهر الموالى لنشر الإعلان بالرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة يكون في وسع كلّ من يهّمه الأمر الاعتراض كتابة لدى كتابة محكمة النّاحية. وبعد انقضاء الأجل المذكور يصدر رئيس لجنة المسح العقّاري حكماً بتسجيل العقّارات التي لا اعتراض فيها. معنى ذلك أنّ رئيس لجنة المسح يتولّى دراسة جملة الملفّات المحالة إلى فرع المحكمة العقّاريّة، ويطلّع على جميع الأعمال التي قام بها الحاكم المكلف، وعلى المعارضات التي يمكن تسجيلها. ويراقب جميع الشكليات المشروطة قانوناً. فإذا كانت الأبحاث منتهية طبق الإجراءات المطلوبة، أي أنّ الحاكم المكلف درس جميع الوثائق المضمّنة بالملف، وتلقّى البيّنة اللاّزمة لإثبات الحوز والتّصرّف، وأقام الفريضة طبق القانون، وأدرج الحالات المدنيّة اللاّزمة للمستحقّين، وكان تقريره واضحاً بما فيه الكفاية للدّلالة على ثبوت الحقّ، يمكن لرئيس لجنة المسح أن يتّخذ قراراً فرديّاً يقضي بتسجيل العقّار موضوع المطلب. فيمضي على المطلب المسحي ويبيّن به تاريخ القرار. ثمّ يحيل الملفّ إلى الكتابة لتدرجه بالدّفاتر الخاصّة به لمباشرة إجراءات التّنفيد في وقت لاحق. ويجب أن يحرص رئيس لجنة المسح على احترام الأجل الذي وضعه المشرّع، أي أن لا يتّخذ القرارات الفرديّة إلّا بعد فوات أجل شهر من تاريخ الإدراج بالرّائد الرّسمي. والملاحظ كذلك أنّ رئيس لجنة المسح لا يطلّع على ملفّ دون آخر وإنّما يخضع كامل المنطقة الفرعيّة لنفس الإجراء.

لكنّ المشرّع ضبط إجراءات خاصّة بالفصل 14 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 بالنسبة إلى أوامر الانتزاع حيث جاء به أنّه إذا كان العقّار المشمول بمنطقة مسح عقّاري موضوع انتزاع للمصلحة العامة فعلى الجماعة العموميّة المنتزعة أن تطلب تسجيله توّاً لفائدتها بمجرد مطلب يتضمّن جميع الإرشادات عن أمر الانتزاع ويقدم المطلب إلى رئيس المحكمة العقّاريّة رفقة نسخة مشهود بمطابقتها للأصل من مثال المساحة المنتزعة وما يفيد وقوع القيام بالإجراءات

التي أوجبها القانون المتعلق بالانتزاع⁶⁵¹. ويحيل رئيس المحكمة العقارية الوثائق المذكورة في ظرف ثمانية أيام من تاريخ بلوغها إلى رئيس لجنة المسح المختصة قصد وضع الحجر وتحديد المساحة المنتزعة ويجب أن تتم هذه الأعمال في ظرف شهر يأذن عند انقضائه رئيس لجنة المسح بالتسجيل لفائدة الجماعة العمومية المنتزعة. ويترتب عن الحكم بالتسجيل كيف ذكر محو آثار جميع التصاريح بالملكية أو الاعتراضات السابقة عن مطلب الجماعة العمومية المنتزعة والحقوق والدعاوي التي تقتضيها تلك الأعمال الإجرائية تحمل على غرامة الانتزاع طبق أحكام التشريع الخاص بالانتزاع من أجل المصلحة العمومية. معنى ذلك أن أوامر الانتزاع تحضى بامتيازات إجرائية. فيمكن لرئيس لجنة المسح أن يتخذ في شأن القطع المنتزعة أحكاما فردية على وجه السرعة، وربما دون أن يتقيد بأجال الإشهارات. لكن هذه الأحكام لم تكن واضحة بالدرجة الكافية من حيث التطبيق، وأثارت عدة تساؤلات جوهرية تتعلق أساسا بكيفية حماية حق المالك المحتمل، وأدت إلى حلول متضاربة، وسار العمل إجمالا على إحالة جملة الملفات المتعلقة بالقطع المنتزعة إلى الجلسة الحكيمة لأنها تتطلب أعمالا إضافية لا بد منها، ولا يمكن إطلاقا الإذن بالتسجيل تولا دون بيان قائمة المستحقين على الأقل. وتبقى الصورة العامة هي المسيطرة على عمل رئيس لجنة المسح، وهو أن مجرد الشك في عدم ثبوت الحق بجانب المالك المحتمل، ينجر عنه بالضرورة إحالة المطلب إلى الجلسة الحكيمة. لذلك نص الفصل السابع من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 على أنه إذا كان العقار موضوع اعتراض فأكثر أو رأى رئيس لجنة المسح أن الحالة الاستحقاقية لم يقع ضبطها ضبطا كافيا يمكنه من الحكم بالتسجيل فإنه يحيل الملف إلى المحكمة العقارية. وتفتح بالتالي الأبواب للنظر في المطلب بتركيبة مجلسية، التي لها السلطة

⁶⁵¹ يراجع القانون عدد 85 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 المتعلق بمراجعة التشريع الخاص بالانتزاع للمصلحة العمومية كما هو منقح سنة 2003، الرائد الرسمي عدد 51 بتاريخ 13 أوت 1976 ص 2192.

بطبيعة الحال في الإذن بجميع الأعمال التي تراها صالحة للوصول إلى بيان المالك المحتمل.

-**الأحكام المجلسية:** قدّمنا أنّه سبق التّعريض لجميع الإجراءات الحكمية عند الحديث عن إجراءات التّسجيل الاختياري، وتنطبق تلك الإجراءات على المطالب المسحية في مجملها، ولا تختلف عنها إلّا من حيث تركيبة المحكمة ومن حيث إجراءات الاعتراضات ومن حيث خيارات المحكمة ومن حيث إجراءات تنفيذ الحكم المسحي.

+ **تركيبة المحكمة المسحية:** فقد نصّ الفصل السابع من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 على أنّه بعد إحالة الملف إلى الجلسة طبق الصّورة التي سبق شرحها، أي أنّ رئيس لجنة المسح لم يتّخذ في شأنه قراراً فردياً، تنتشر القضية بجلسة دورية تعقد بمحكمة النّاحية بعد استدعاء الخصوم إليها قانونياً بثمانية أيّام على الأقل. وتتولّى المحكمة المتركبة من ثلاثة أعضاء النّظر في القضايا بجلسة عمومية، ويجوز للحكّام المكلفين المشاركة في أحكام القضايا التّابعة لمنطقتهم. وأول ما يلاحظ في هذه البيانات هو أنّ الجلسة المسحية كانت تتكوّن منذ البداية ومازالت من ثلاثة أعضاء، على خلاف الإجراءات العادية التي كانت في البداية تطلب التركيبة الخماسية، ولم تتقرّر التركيبة الثلاثية إلّا بموجب التّفويض الذي أورده المشرّع سنة 1995، وقد سبق الإشارة إلى ذلك. كما أنّ الحكّام المكلفين بإمكانهم المشاركة بالجلسات المسحية وإن تولّوا البحث في الملفات المنشورة، على خلاف الإجراءات الاختيارية، وهو حلّ أمّلته طبيعة الأعمال المسحية. وعادة ما يكون لحضور الحاكم المكلف بالجلسة أهميّة بالغة، فهو المطلّع على جميع الأعمال المسحية من بدايتها إلى نهايتها. وتنعقد الجلسات المسحية بمقر محاكم النّواحي القريبة من المنطقة المسحية المنشورة. ويمكن لأعضاء الجلسة أن ينتقلوا من مقرّ المحكمة المركزيّة إلى أماكن بعيدة. لكنّه يمكن أن تنعقد الجلسة بمقرّ فرع المحكمة العقّارية إذا كان الفرع هو الأقرب لهذه المنطقة.

+نظام الاعتراضات في القضايا المسحية: نصّ الفصل 6 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 على أنّه بعد انتهاء الحاكم المكّلف من عمليّات التّحديد الخاصة بمنطقته يحرّر قائمة عامّة في العقّارات التي أحصاها... وتوضع تلك القائمة تحت طلب العموم بمركز محكمة النّاحية ومركز المعتمديّة ويعلن عن إيداعها كما سبق القول بواسطة الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التّونسيّة والصحافة والإذاعة، وخلال الشّهر الموالي لنشر الإعلان بالرّائد الرّسمي يكون في وسع كلّ من يهّمه الأمر الاعتراض كتابة لدى كتابة محكمة النّاحية. ويفهم ظاهرياً من هذه الأحكام أنّ المعارضات يجب أن تقدّم في أجل شهر من تاريخ الإشهار، لكن ما هو مآل المعارضات التي تسجّل بعد هذا الأجل "الشهر"؟ ونصّ الفصل 325 م.ح.ع. حسب صيغته النّهائيّة المعتمدة منذ سنة 1995 بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1995 على أنّ المعارضات ترفض وجوباً إذا قدّمت بعد الأجل، أو إذا لم تترفق بالوثائق اللّازمة. فهل أنّ هذه الأحكام تلزم الأعمال المسحية؟ لقد استقرّ الفقه على اعتبار أن الأجل الذي وضعه المشرّع بالمرسوم عدد 3 لسنة 1964 يمكن رئيس لجنة المسح من اتّخاذ الأحكام الفرديّة إذا لم يثر المطلب أيّة معارضة، وهذا ما نصّ عليه المشرّع صراحة بقوله "وبعد انقضاء الأجل المذكور"الشهر" يصدر رئيس لجنة المسح العقّاري حكماً بتسجيل العقّارات التي لا اعتراض فيها". وإذا اتّخذ رئيس لجنة المسح هذا القرار انتهى الأمر، ويمنع على أي طرف أن يسجّل معارضته، بل لا قيمة لهذه المعارضة بعد صدور الحكم. والمعلوم أنّ الحقّ غير المرسم يعتبر لاغياً، وكلّ من تضرّرت حقوقه من هذه العمليّة لا يمكن له أن يرجع على العقّار، ويحتفظ بحقه في رفع الدّعاوي الشّخصيّة الملائمة، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك. وإذا قرّر رئيس لجنة المسح إحالة الملفّ إلى الجلسة بسبب غموض الحالة الاستحقاقية أو بسبب إثارة المطلب لعدّة اعتراضات، فإنّه يجوز للغير الاعتراض على المطلب المسحي، حتّى ولو فات أجل الشّهر، على خلاف الإجراءات الاختيارية التي سبق الإشارة إليها. والحقيقة أنّه يمكن الاعتراض على المطالب المسحية منذ بداية العمل المسحي إلى غاية صدور الحكم النّهائي، طالما أنّ رئيس لجنة المسح لم يتّخذ

حكما فرديًا في خصوصها. معنى ذلك أن تكون المعارضة قد سجّلت أو أثّرت قبل فوات الأجل، إلّا إذا أحال رئيس لجنة المسح المطلب إلى الجلسة، فتفتح من جديد امكانية المعارضة لجميع الأطراف دون استثناء.

ونصّ المشرّع بالفصل 6 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 على "أنّه يكون في وسع كلّ من يهّمه الأمر الاعتراض كتابة لدى كتابة محكمة النّاحية". وقد سبق أن قدّمنا أنّ القوائم الاشهارية تعلّق بمقر محكمة النّاحية، وبالتالي يسهل على المعني أن يسجّل معارضته لدى كتابة محكمة النّاحية، وعند انتهاء أجل التعلّيق، يحيل حاكم النّاحية هذه القائمة مع المعارضات التي قد سجّلت إلى فرع المحكمة العقّارية المختصة. ويعرض بالتّالي رئيس لجنة المسح عن اتّخاذ القرارات الفرديّة لغاية ترك الإمكانية للمعترض لإثبات صحّة ادّعاءاته أمام الجلسة الحكميّة. لكنّ ذلك لا يعني أن المعترض لا يمكنه أن يعترض أمام لجنة المسح قبل إحالة المنطقة الفرعيّة أو أمام الفرع المختصّ بعد إحالة قائمة المستحقّين. بل يجوز له ذلك شرط أن تضمّن المعارضة نهاية بالملفّ. والحقيقة أنّ المشرّع لم يضبط طريقة معيّنة في الاعتراض بالنسبة إلى الإجراءات المسحيّة من حيث التضمين والشكل، وتبقى جميع الوسائل ممكنة وجميع الطّرق جائزة. لكنّ كاتب المحكمة يجب أن يحرص على تضمين المعارضة في مكانها على غرار الإجراءات العاديّة، فينصّ عليها بالدفّاتر الخاصّة بذلك ويكتبها على ظهر الملفّ، ولا يجب أن تبقى العمليّة مهمّشة.

ويمكن قبول المعارضة من أيّ طرف مهما كان، الغير والأجوار والأصدقاء ولو لم تكن لهم مصلحة في ذلك. ويجوز لحاكم النّاحية والمعتد والوالى والنّياية العموميّة وممثلي الإدارات تسجيل المعارضة في أي وقت. بل دأب العمل على قبول المعارضات حتّى ولو حجز المطلب للمفاوضة، حيث يمكن في هذه الصّورة حلّ المفاوضة وإعادة نشر القضية بالجلسة التّحضيرية لغاية درس المعارضة التي أمكن تسجيلها. لكنّ هذه الطّريقة ساهمت بدرجة كبيرة في تعطيل العمل المسحي، وتراكم المعارضات الواهية، لذلك يجب التّفكير في ضبط آجال

للمعارضة على غرار الإجراءات الاختيارية، لترفض المعارضات المسجلة بعد ذلك وجوباً للحد من عدد الاعتراضات الواهية. ولا خوف من هذا الحل باعتبار أنّ الأبحاث التي يقوم بها الحاكم المكلف كافية لإثارة جميع المعارضات الممكنة في هذا الباب. كما أنّ المحكمة سوف لن تحكم بالتسجيل إلا إذا كانت حقوق الطالب ثابتة. لكنّ هذا الحل يوجب بالضرورة تدخّل المشرّع.

+خيارات المحكمة المسحية: نصّ الفصل 7 من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 على أنّ المحكمة تتولّى "تعيين المالك الحقيقي، فتحكم لفائدته بالتسجيل بعد الإذن عند الاقتضاء بإجراء ما تراه صالحاً من الأبحاث. "معنى ذلك أن تتولّى المحكمة إتمام الأبحاث الاستحقاقية من جميع جوانبها، ويمكن لها أن تعيد الملف إلى الحاكم المكلف لغاية إنهاء الأبحاث المسحية، أو تكلفه بإجراء عمل معيّن. وليس من الممنوع تكليف خبير لتطبيق الحجج عند الاقتضاء، لكنّه يستحسن أن يكلف الحاكم المكلف بذلك، وهو المطلع على جميع الملفات المسحية. لكنّ المحكمة العقارية عندما تنتظر في المطالب المسحية لا يمكن لها أن تطرح الملف أو أن ترفضه، بل يتحمّل الحكم بالتسجيل لفائدة المالك المحتمل، مهما طال نشر الملف، وهو الخيار الوحيد، وهذا ما قصده المشرّع بقوله تتولّى المحكمة "تعيين المالك الحقيقي فتحكم لفائدته بالتسجيل". وفي صورة عدم وجود هذا المالك المحتمل، فإنّه يتعيّن التسجيل لفائدة الدولة.

+تنفيذ الحكم المسحي: لكنّه رغم صدور الحكم على النحو المذكور سواء فردياً أو مجلسياً لا يمكن تنفيذ الحكم المسحي إلا بعد إضافة المثال الهندسي النهائي، حيث إنّ الحكم المسحي يتأسّس على مثال وقتي لا تتضمّن به المساحة النهائية، التي لا يمكن ضبطها إلا في تاريخ متأخّر بعد إتمام العملية الفنية المعروفة بالرفع كما سبق الإشارة إلى ذلك، وكثيراً ما تتطلب هذه العملية وقتاً طويلاً. وهو ما يختلف عن الإجراءات العادية الاختيارية التي تتأسّس على أمثلة هندسية نهائية. لكنّ المشرّع استثنى الإجراءات المسحية وسمح بالحكم على أساس أمثلة وقتية لا تتضمّن المساحة النهائية. وقد انتقد البعض هذه الطريقة

من حيث إنّها لا تسمح للمحكمة بمراقبة المثل في شكله النهائي، وربما تتسرّب بعض الأخطاء بطريقة أو بأخرى والتي لا يمكن إصلاحها، وطالب آخرون برفع الفرق بين الإجراءات المسحّية والإجراءات الاختيارية في هذا الباب، لأنّه لا شيء في حقيقة الأمر يبرّر الفرق بين الإجراءات المسحّية والإجراءات الاختيارية في هذا الباب. لكنّ أكثر ما يلام على هذه الطريقة هو مساهمتها في تعطيل إجراءات التنفيذ بشكل واضح، حيث إنّ المطلب المسحي يبقى ولفترة طويلة بكتابة المحكمة العقارية ينتظر دوره في التنفيذ بسبب عدم إعداد الأمثلة النهائية، وهي مخالفة لمقصد المشرّع سنة 1964 متى كان يظنّ أنّه بالإمكان إنهاء أعمال التطهير العقاري في أقرب الأوقات وأقصرها خلافا لما آل إليه واقع الحال. ولم يحافظ حكم التسجيل على طبيعته الباتّة كما ظهر أوّل مرّة، حيث إنّّه انطلاقاً من سنة 1995 أصبح بالإمكان مراجعة الأحكام العقارية سواء كان الحكم اختيارياً أو مسحياً، ثمّ تخطى المشرّع عن إجراءات المراجعة سنة 2008 واعتمد طريقة الطعن بالتعقيب.

الفقرة الثانية: إجراءات الطعن في حكم التسجيل

أوصت لجنة 1988 بتبني صورة من صور المراجعة في إطار المحكمة العقارية نفسها⁶⁵². ولم يصدر القانون خلال الإصلاح التشريعي الأوّل سنة 1992 بل تأخّر إلى سنة 1995 إلى حين صدور القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 23 جانفي 1995 المتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الأحكام من مجلّة الحقوق العينية وخاصّة منها الفصل 332⁶⁵³، وارتأى المشرّع بموجب هذا القانون إخضاع الأحكام العقارية لطلب المراجعة (أ)⁶⁵⁴. لكنّ المشرّع تخطى أخيراً عن إجراءات المراجعة واعتمد إجراءات التعقيب بموجب القانون عدد 67 لسنة

⁶⁵² لجنة 1988 هي اللجنة التي تكونت بغرض تصور الإصلاحات الممكنة لنظام الإشهار العيني ووضع القواعد القانونية الملائمة.

⁶⁵³ الرائد الرّسمي للجمهورية التونسية 31 جانفي 1995.

⁶⁵⁴ الطيب اللومي: المحكمة العقارية من خلال القانون عدد 10 لسنة 1995، القضاء والتشريع، أبريل 1995، ص46.

2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الحقوق العينية (ب)⁶⁵⁵.

أ- إجراءات المراجعة الملغاة

لم يسبق للنظام العيني أن عرف هذا الإجراء، وليس بالقانون العقاري ما يدلنا إلى هذه التوجهات. ومع ذلك فقد ظهرت بعض الآراء مع تقدّم العمل بالتجربة العينية تنادي بإمكانية إخضاع أحكام المجلس المختلط لإجراءات الطعن⁶⁵⁶، لكنّ البلاد الفرنسية لم يكن همّها إصلاح هذا النظام بقدر ما يهتمّها الإحاطة بالثروات الطبيعيّة للبلاد وانتقالها بصفة آمنة بين أيدي الفرنسيين.

ويبدو مفهوم المراجعة الذي اعتمده المشرّع التونسي استثناء للقاعدة ومتميّزا في نفس الوقت، حيث إنّ الصبغة الباتّة لأحكام العقارية تبقى قائمة، وقد نصّ المشرّع بطالع أحكام الفصل 332 م.ح.ع على أنّ " أحكام المحكمة العقارية لا تقبل الطعن بالاعتراض ولا بالاستئناف ولا بأية وسيلة أخرى ". وهو طعن متميّز فلا هو بالطعن العادي أي الاستئناف، ولا هو بالطعن غير العادي أي الاعتراض والتعقيب. حيث إنّ الاستئناف من شأنه نقل النزاع إلى محكمة الاستئناف وبأثره التعليقي المعلوم، كما أنّ الاعتراض أو التعقيب لا يعتدّ بهما إلّا في حالات مضبوطة تشدّ عن الحالات التي جاء بها المشرّع في باب المراجعة. وفعلا جاء بمداوالات مجلس النواب بمناسبة المصادقة على تنقيح الفصل 332 م.ح.ع " أنّ ما ورد بالمشروع يتعلّق بطلب مراجعة ولا بالاعتراض وقد تمّ اختيار هذه العبارة تقاديا لكلّ تنظير مع طرق الطعن الاعتياديّة وغير الاعتياديّة التي يكرّسها القانون الوضعي ". ويبدو من خلال ذلك أنّ المشرّع التونسي كان

⁶⁵⁵ القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الحقوق العينية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 11 نوفمبر 2008، عدد 91، ص. 3997.

⁶⁵⁶ يقال إنّ أوّل من تحدّث عن إجراءات المراجعة في الإجراءات العقارية هو: جورج ريكوالد. - رشاد الشنوفي: الطعن بالمراجعة في الأحكام الصادرة عن المحكمة العقارية، محاضرة أقيمت على منبر الجمعية التونسية للمحاميين الشبان بتاريخ 14/11/1997 (غير منشور).

حريصا على أن تكون المراجعة في إطار النظام العقاري مميزة⁶⁵⁷. ويظهر هذا التميّز سواء على مستوى مجال المراجعة (1) أو على مستوى إجراءاتها (2).

1- مجال المراجعة

والقصد من ذلك بيان الحالات التي يجوز فيها المراجعة والأحكام العقارية التي يمكن مراجعتها.

- حالات المراجعة

وبعد أن أقرّ المشرّع الصبغة الباتّة، استدرك قائلا بالفصل 332 م.ح.ع " غير أنّه يمكن لأحد الأطراف طلب مراجعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العقارية....في الصور التالية:

-اعتماد الحكم نصّا قانونيًا سبق نسخه أو تنقيحه مما يصيّر غير منطبق.
-وجود حكم مدني اتّصل به القضاء متناقض مع الحكم العقاري سبق إضافته إلى ملفّ التسجيل.

-إذا لم يعتمد الحكم وثائق كانت مطروفة بالملفّ ولها تأثير مباشر من شأنه أن يغيّر وجه الفصل في القضية.

-وجود حكم سابق بالتسجيل متناقض مع الحكم موضوع مطلب المراجعة.
-..... الأحكام المؤسّسة على أدلة ثبت جزائيًا زورها....."

ويبدو أنّ المشرّع لم يعتمد الصور التي أوردها المشرّع بمجلة المرافعات المدنية للطعن بالتعقيب⁶⁵⁸ أو بالاعتراض باستثناء صورة الأحكام المؤسّسة على أدلة ثبت جزائيًا زورها، وهي صورة من صور التماس إعادة النظر⁶⁵⁹.

-اعتماد الحكم نصّا قانونيًا سبق نسخه أو تنقيحه مما يصيّر غير منطبق: والقصد من ذلك أن تؤسّس المحكمة حكمها على نصّ قانوني فقد قوّته الإلزاميّة بعد إلغائه كليًا أو تعديله جزئيًا. والمعلوم أنّ القوانين لا تنسخ إلّا بقوانين

⁶⁵⁷والحقيقة أنّ المراجعة ليست أصلاً وسيلة طعن بل هي مجرد آلية لها علاقة بإجراءات التنفيذ ترمي إلى تجاوز الصعوبات التنفيذية وملاءمة القرار مع الواقع كما هي الصورة في مجلة حقوق الطفل حيث يعود لقاضي الأطفال مراجعة الأحكام الصادرة في حق الطفل مهما كان مصدرها.

⁶⁵⁸يراجع الفصل 175 م.م.ت.

⁶⁵⁹يراجع الفصل 156 م.م.ت.

صدرت بعدها إذا نصّت المتأخّرة على ذلك نصّا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها على معنى الفصل 542 م.ح.ع. ويدخل في هذا الباب القوّة الإلزاميّة للقاعدة القانونيّة بداية ونهاية وإشكاليّة تنازع القوانين⁶⁶⁰. ولا تطالب المحكمة على وجه الإجمال بالتّصيص على نصّ القانون المعتمد بالحكم، ولا يمكن أن يمثّل ذلك سببا من أسباب الطّعن.

وتبدو هذه الصّور بعيدة كلّ البعد عن عمل المحكمة العقاريّة، ولم تمثّل اطلاقا سببا من أسباب النقد الموجّه إلى الإجراءات العقاريّة. ولم يسبق كذلك للمحكمة العقاريّة بدوائرها المجتمعة أن نقضت حكما بسبب اعتماد نصّ قانوني سبق نسخه أو تنقيحه، رغم أنّ بعض المطالب في المراجعة التجأت إلى هذه الأسس، وكان مآلها الرّفص بداية، وقد جاء بأحد قرارات رئيس المحكمة العقاريّة أنّ "مطلب المراجعة تأسس على أن المحكمة المصدرة للحكم موضوع المطلب قد اعتمد نصا قانونيا سبق نسخه دون أن يتولى الطالب ذكره معتبرا أن مصادقة سلطة الإشراف على التفويّات التي تقوم بها البلدية لم تعد في حاجة لمصادقة سلطة الإشراف. وحيث إن الفصل 42 من القانون الأساسي للبلديات قبل تنقيحه كان ينص على ضرورة المصادقة على التفويّات التي يقوم بها المجلس البلدي وذلك من طرف الوالي التابعة له البلدية المعنية. وقد استمرت ضرورة المصادقة على هذه التفويّات المذكورة حتى بعد تنقيح الفصل المذكور بالقانون الأساسي عدد 68 لسنة 95 المؤرخ في 24 جويلية 1995 إذ جاء قوله : " لا تصبح المداولات المتعلقة بالمواضيع التالية نافذة إلا بعد مصادقة سلطة الإشراف عليها : (1) الميزان البلدي (2) التفويت والتعويض في العقارات. وحيث إن ما استند إليه الطاعن في طلب المراجعة من اعتماد المحكمة لنص سبق نسخه هو في غير طريقه. وحيث تعين والحالة ما ذكر رفض طلب المراجعة⁶⁶¹".

660 محمّد الشّرفي، مدخل لدراسة القانون، المرجع السّابق، ص 174 وما بعد.

661 قرار رفض مطلب المراجعة عدد 212 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 16/7/1996. نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادة المراجعة 1995-1996-1997-1998، الصّادرة عن مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة 2000، ص212. مع الملاحظة أنّ جميع القرارات التي سنشير إليها في باب المراجعة نشرت فقط بهذه النّشرية التي صدرت مرّة واحدة في شهر أكتوبر 2000.

-وجود حكم مدني اتّصل به القضاء متناقض مع الحكم العقاري سبق إضافته إلى ملفّ التّسجيل: والقصد من ذلك أن يضاف الحكم المدني إلى ملفّ القضية ولم تعتمد المحكمة. والملاحظ بداية أن مثل هذه الصّور يمكن أن تتواجد واقعياً، لكنّ ليس بالعدد الملفت للانتباه، وعادة ما يكون وقعها أشدّ من حقيقتها، وقد تذهب المحكمة تحت غطاء السّلطة الاستقرائية إلى عدم اعتماد مثل هذه الأحكام.

ويشير المشرّع إلى الحكم المدني ولم يشر إلى الحكم الجزائي الذي من الممكن أن تكون به بعض العناصر المؤثرة على النّاحية الاستحقاقية، كما في حالة مقاضاة الشّاهد من أجل الشّهادة زوراً أو تزوير الكتائب. لكنّ المشرّع أفرد هذه الصّور الجزائية بفقرة خاصّة وجعلها سبباً من أسباب الطّعن، وسيأتي القول في ذلك. وبالتالي من الممكن أن يكون الحكم المدني حكماً استحقاقياً، كما يمكن أن يتعلّق بقسمة⁶⁶²، أو بشفعة أو بتبتيث أو بمغارسة أو بحبس⁶⁶³، إلى غير ذلك من الصّور التي لها علاقة بالنّاحية الاستحقاقية. المهمّ أن يتّصل به القضاء، فتتوفّر شروطه من وحدة الأطراف والموضوع والسّبب على معنى الفصل 481 م.ا.ع.⁶⁶⁴ وأن يكون حاسماً للنّزاع بطبيعة الحال، فتستثنى الأحكام الصّادرة

⁶⁶² حكم عقاري صادر عن المحكمة العقارية بدوائرها المجتمعة عدد 62 بتاريخ 01/12/1998، المرجع السّابق، ص 114، وانتهت المحكمة إلى قبول المطلب بعد أن تبين لها من خلال الأبحاث التي أذنت بها أنّ المحكمة لم تراع حكم المقاسمة المضاف إلى الملفّ. " وحيث تنفيذا للحكم التحضيري المشار إليه أنهى القاضي المقرر بتاريخ 22 أبريل 1998 تقريراً ضمنه ملاحظة أنه " بعد الطواف وتطبيق الأحكام المذكورة حسب الحدود المضمنة في مشروع القسمة المعتمد في تلك الأحكام ثبت لديه أن مطلب التسجيل قد تجاوز جزء القسمة المحكوم بها بين الأطراف المتنازعة والتي اتّصل بها القضاء بمساحة تقارب الثلاثة هكتارات وقد عهد إلى العون الفني بتشخيص ذلك التجاوز على مثال تعهد بالإدلاء به لاحقاً لتحديد نسبة التجاوز للأرض الراجعة لطالبي المراجعة حسب الأحكام الاستحقاقية المطروقة بالملف " .
وحيث أنهى العون الفني المنتدب أعماله ضمن محضر محرر في 21 سبتمبر 1998 مرفوق بمثال مشخص للتجاوز محال على المحكمة في 23 سبتمبر 1998 ضمنه ملاحظة أن المساحة موضوع التجاوز تقدر بـ 23064 متراً مربعاً وقدم على أساس ذلك مثالا نهائياً معدلاً للمثال الأول في مساحة 51 ص 22 آر 13 هـ .

وحيث تبعا لما سلف بيانه فإن محكمة الحكم المطلوب مراجعته قد أهملت وثائق مطروقة بالملف ولها تأثير على وجه الفصل وخالف حكم استحقاقياً اتّصل به القضاء ."
⁶⁶³ حكم عقاري صادر عن المحكمة العقارية بدوائرها المجتمعة برئاسة السيد بوبكر كشكار تحت عدد 21/22 بتاريخ 17/06/1997، المرجع السّابق، ص 131.

⁶⁶⁴ "حيث لا جدال في أن مجال الفقرة الثانية من الفصل 332 جديد من م.ح.ع. هي الأحكام التي اتّصل بها القضاء والتي أحرزت على قوّة الأمر المقضي . وحيث لا يكون للحكم حجّة الأمر المقضي على

بالرّفض والطّرح والحكم بعدم سماع الدّعى الآن. ولم يشترط المشرّع أن يحرز الحكم على قوّته، أي أن يصبح قابلاً للتّنفيد، بل يكفي أن يتّصل به القضاء. لكن كثيراً ما يقع الخلط بين اتّصال القضاء وقوّة اتّصال القضاء. حيث إنّ الحكم يتّصل به القضاء منذ يوم صدوره، ولا يحرز على قوّته إلا إذا استنفذت طرق الطّعن العاديّة⁶⁶⁵. وتتحدّث الدّوائر المجتمعة دوماً عن قوّة اتّصال القضاء⁶⁶⁶. ويشترط أن يكون الحكم متناقضاً مع الحكم العقاري، فإذا ثبت اعتماد الحكم العقاري لموجبات الحكم المدني، فلا مجال للطّعن⁶⁶⁷.

معنى الفصل 481 من مجلة الالتزامات والعقود إلا إذا توفر في الحكم المدلى به شروط ثلاثة وهي اتحاد الخصوم والموضوع والسبب وإذا ما اختل أي شرط من هذه الشروط كالسبب والموضوع أو الخصوم بأن اختلف أحدهما في الدّعى الثانية كما عليه في الدّعى الأولى فلا حجّة للحكم الأول تمنع النظر في الدّعى الثانية. وحيث متى تقرر ذلك فإن الدّفع بعدم جواز النظر في الدّعى لسبق النظر في نفس الموضوع غير كاف لقبوله حيث يجب أن يتوفر مع وحدة الموضوع وحدة السبب ووحدة الخصوم بصفتهم فإذا ما تخلف أحد هذه الشروط فلا مجال لتطبيق قاعدة قوة الأمر المقضي به. وحيث إن وحدة الخصوم معناها أن يكون الخصوم في الدّعى الثانية هم نفس الخصوم في الدّعى الأولى توفرت لديهم فرص الإدلاء بوجهة نظرهم وتقديم دفاعهم ودفع مزاعم بعضهم البعض. وإذا ما اختل هذا العنصر في جانب أحد الأطراف فلا حجّة للحكم الأول عليه حيث إنّ لا حجّة للأحكام بالنسبة إلى الغير.... وحيث والحالة تلك أضحت قرينة اتصال القضاء فاقدة لأحد أركانها الثلاثة ويصبح من غير المستساغ واقعا وقانونا التمسك بها مما يؤدي إلى عدم وجاهة السبب المأخوذ من تناقض الحكم المدني البات المزعوم اكتسابه لقوة اتصال القضاء واتجه تبعاً لذلك رفض هذا المعلن". حكم عقاري صادر عن المحكمة العقارية بدوائرها تحت عدد 25 بتاريخ 14/7/1998، نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية، المرجع السابق، ص 120.

⁶⁶⁵ علي كحلون: أحكام القانون العقاري، المرجع السابق، ص 443 وما بعد.
حمادي الرائد، اتصال القضاء في المادّة المدنيّة، مذكرة شهادة الدّراسات المعمّقة، 1991، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة تونس، ص 8 وما بعد.

⁶⁶⁶ قرار رفض مطلب المراجعة عدد 125 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 7 مارس 1996، المرجع السابق، ص 141.

"... حيث والحالة ما ذكر فإن المحكمة درست مؤيدات طالب المراجعة بوجه كاف وأبدت رأيها فيها بما أوصلها إليه اجتهادها علماً بأن الأحكام الاستحقاقية القاضية بالرفض لدى محكمة الدرجة الأولى لا تشكل بحال البت في أصل الدّعى بشكل بات ويحتج بها كأحكام محرزة على قوة ما اتصل به القضاء أمام المحكمة العقارية خاصة ولاشيء يفيد الإعلام بها مما يجعل طلب المراجعة في غير طريقه".
⁶⁶⁷ قرار رفض مطلب المراجعة عدد 105 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 27/04/1996،

المرجع السابق، ص 139 "... حيث إن الحكم المطلوب مراجعته انبنى على الحكم الاستحقاقى الذي صدر لفائدة ورثة... والذي كان طالب المراجعة اليوم طرفاً فيه وقد أحرز على قوة اتصال القضاء بالنسبة له وإذا كان الاعتراض على ذلك الحكم من طرف الغير فإن طعنه هذا لن يستفيد منه غير المعارضين الذين صدر ضدهم ذلك الحكم الذي أصبح بالنسبة لهم محرزاً على قوة ما اتصل به القضاء والذي وقع تنفيذه فعلاً منذ سنة 1991. وحيث إن المحكمة العقارية لما أصدرت حكمها بالتسجيل تأسيساً على ذلك الحكم قد طبقت القانون كما يجب. وحيث والحالة ما ذكر فإن المحكمة درست مؤيدات طالبي المراجعة بوجه كاف وأبدت رأيها فيها بما أوصلها إليه اجتهادها مما يجعل طلب المراجعة في غير طريقه."

ويشترط أخيراً أن يضاف الحكم بداية إلى ملفّ مطلب التّسجيل، أي أن يكون موجوداً بالملفّ زمن صدور الحكم. معنى ذلك أنّ هذا الحكم لا يصلح كسبب للطّعن إذا تمسّك به المستفيد لأوّل مرّة أمام الدوائر المجتمعة. لكنّه لا يشترط أن يدفع الأطراف صراحة باتّصال القضاء، بحكم الإجراءات الاستقرائية المتّبعة أمام المحكمة العقارية، حيث يعود لها إثارة جميع الدّفعات بما في ذلك التي لا تتعلّق بالنّظام العام، كما تقدّم.

-إذا لم يعتمد الحكم وثائق كانت مظلوفة بالملفّ ولها تأثير مباشر من شأنه أن يغيّر وجه الفصل في القضية: وقد رأت الدوائر المجتمعة للمحكمة العقارية " أنّ عبارة عدم اعتماد وثيقة مظلوفة بالملفّ الواردة بالفصل 332 جديد م.ح.ع ثالثاً يقصد بها الإهمال المادي للوثيقة أو شبهه وعدم الالتفات إليها من طرف المحكمة رغم ما لها من تأثير على وجه الفصل أو مخالفة لما تفيده العبارات الصّريحة لتلك الوثيقة فيما لا يحتاج إلى تأويل أو احتمال في الدّلالة⁶⁶⁸، " ولا يتعدّى ذلك إلى مناقشة سلطة المحكمة في تقدير الوثائق المضافة، " حيث إنّ الطّعن الرّامي إلى مناقشة المحكمة في تقدير وقائع القضية وأدلتها يشكّل جدلاً موضوعياً ولا يعدّ سبباً من أسباب المراجعة الواردة بالفصل

668 قرار الدوائر المجتمعة عدد 63 الصّادر بتاريخ 3 جوان 1997. نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادة المراجعة 1995-1996-1997-1998 نشر مركز الدراسات القانونية والقضائية، ص 155. يراجع كذلك القرار عدد 25 الصّادر بتاريخ 14-7-1998 النّشيرة، ص 121. "حيث إن عبارة عدم اعتماد وثائق مظلوفة بالملفّ الواردة بالفقرة الثالثة من الفصل 332 (جديد) من م.ح.ع. يقصد بها الإهمال المادي للوثيقة أو شبهه وعدم الالتفات إليها من طرف المحكمة رغم ما لها من تأثير على وجه الفصل أو مخالفة ما تفيده العبارات الصّريحة لتلك الوثيقة فيما لا يحتاج إلى تأويل أو احتمال في الدلالة. وحيث إن المحكمة لما قضت بالتسجيل لفائدة المطعون ضدهم قد أسست قضاءها على ما توفر لديها من معطيات من خلال دراسة عقود الشراء و المعاوضة التي استند إليها المصرح في حقهم ومؤيدات خصوصهم والتي كانت موضوع بحث ونقاش من طرف القضاة المقررين المضمنة بتقاريرهم التي اطلعت عليها المحكمة وانتهت إلى ترجيح مؤيدات المحكوم لفائدتهم. وحيث إن هذا الطعن يشكل في حقيقة الأمر جدلاً موضوعياً يرمي إلى مناقشة المحكمة في تقدير وقائع القضية وأدلتها وهو أمر من اختصاصها وخاضع لمحض اجتهادها المطلق ولا يشكل ذلك إحدى حالات الطعن بالمراجعة الواردة بالفصل 332 (جديد) من م.ح.ع.

وحيث ترتباً على ذلك فإن المحكمة المطعون في حكمها بتعرضها لوثائق الأطراف دون إهمال لأي وثيقة من الوثائق المظلوفة بالملف والتي لها تأثير مباشر على وجه الفصل تكون قد مارست سلطتها في تقدير الأدلة ولم تخالف أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 332 (جديد) من م.ح.ع. مما يتجه معه رفض طلب المراجعة."

332 م.ح.ع.⁶⁶⁹ ويشترط أن تضاف الحجّة في الحال، أي أن تكون موجودة بالملفّ وقت اتّخاذ القرار " أي أن تكون الوثائق التي لم يعتمد عليها الحكم المطعون فيه سبق تقديمها قبل الحكم، وأن يكون لها تأثير على وجه الفصل. وترتّباً على ذلك فإنّ الوثيقة التي تقدّم لأول مرّة عند طلب المراجعة، ولو كان لها تأثير على وجه الفصل، لا تستجيب للشروط المبيّنة أعلاه وتصير المطلب غير مؤسّس على سبب من أسباب المراجعة⁶⁷⁰ ". ويشترط كذلك أن تغفل المحكمة عن مناقشة الوثائق والحال أنّ لها تأثيراً مباشراً على وجه الفصل، حيث " لا جدوى من تطبيق مؤيّدات المكلف العام بنزاعات الدولة طالما ثبت أنّه فقد حقّه بمرور الزمن واكتسبها الغير باعتبارها ليست من المؤيّدات المظروفة بالملفّ والتي لها تأثير على وجه الفصل في القضية⁶⁷¹ ". لكنّه لا يشترط أن يتمسك الأطراف صراحة بالوثائق المضافة بحكم الإجراءات الاستقرائية المتّبعة أمام المحكمة العقارية، حيث يعود لها إثارة جميع الدفوعات بما في ذلك التي لا تتعلّق بالنظام العام، كما تقدّم.

وتعتبر أعمال القاضي المقرّر جزءاً لا يتجزأ من أبحاث المحكمة، فلا يدفع بتغافل المحكمة عن دراسة الوثائق المضافة إذا ما سبق للقاضي المقرّر دراستها⁶⁷²، ولا ينحصر مفهوم الحجّة في إطار معيّن دون آخر، فيأتي في هذا الباب تقرير الاختبار⁶⁷³ أو حتّى الجزء من الوثيقة حيث " إنّ اعتماد المحكمة

⁶⁶⁹ قرار الدوائر المجتمعة للمحكمة العقارية عدد 25 الصادر بتاريخ 14-7-1998.

نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادة المراجعة، المرجع السابق، ص 179. يراجع كذلك قرار الدوائر المجتمعة عدد 31 الصادر بتاريخ 14 جويلية 1998، ص 178.

⁶⁷⁰ قرار في رفض مطلب مراجعة عدد 594 الصادر بتاريخ 4-5-1998 نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادة المراجعة، المرجع السابق، ص 199.

⁶⁷¹ قرار الدوائر المجتمعة للمحكمة العقارية عدد 28 الصادر بتاريخ 14 أبريل 1998 نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادة المراجعة، المرجع السابق، ص 159.

⁶⁷² قرار الدوائر المجتمعة عدد 94 الصادر بتاريخ 14 أبريل 1998 نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادة المراجعة، المرجع السابق، ص 164.

⁶⁷³ قرار الدوائر المجتمعة عدد 69 الصادر بتاريخ 1-7-1997 " إهمال المحكمة وعدم اعتمادها تقرير اختبار مأذون به قضائياً وله تأثير على وجه الفصل في القضية يعرض حكمها للنقض. " نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادة المراجعة، المرجع السابق، ص 185.

المطلوب مراجعة حكمها لجزء من وثيقة وإهمال بقية عناصرها يعتبر قانوناً إغفالاً لوثيقة مطروفة بالملف لها تأثير مباشر على وجه الفصل وموجباً لقبول مطلب المراجعة.⁶⁷⁴ "

-وجود حكم سابق بالتسجيل متناقض مع الحكم موضوع مطلب المراجعة: من الممكن أن يصدر الحكم بالتسجيل في خصوص بعض المطالب العادية أو بعض القطع المسحية، والحال أنه سبق تسجيلها. ويفترض في الحالة الأولى أن تتغافل مصلحة قيس الأراضي عن إثارة مسألة سبق تسجيل العقار موضوع المطلب، أو أن يكرّر الرّمق المسحي في الصورة الثانية في أغلب الصور. فيصدر الحكم بالتسجيل حينئذ في نفس العقار مرتين. وهي الصورة التي قصدها المشرع بالإصلاح. وإذا أظهر التطبيق وجود مثل هذه الحالات فإنها بقيت محدودة جداً، وناجئة عادة عن سهو يدخل في إطار الأغلاط المادية. وما كان من الموجب التتصيص عليها ضمن حالات المراجعة. ولا يدخل في هذا الباب الأحكام الصادرة في مادة التحيين بطبيعة الحال⁶⁷⁵.

ويمكن في مثل هذه الحالات الواردة بالفصل 332 م.ح.ع أن تتولّى المحكمة العقارية المراجعة من تلقاء نفسها دون أجل. وعادة ما تتفطن المحكمة لوجود الغلط خلال أعمال التنفيذ، ويسعي من ديوان قيس الأراضي. لكنّ المسألة قد تتعقّد أكثر فأكثر، ويقام الرّسم العقاري مرتين سواء باسم نفس الشخص أو باسم عدّة أطراف. ورغم أنّ المشرع لم ينصّ صراحة على مثل هذه الصورة، فالقول هو رفض المراجعة إذا ثبت التعامل على الرّسم العقاري، بمعنى أن تنتقل الملكية إلى الغير حسن النية. وإذا كان المطلب في طريقه، فالحاجة تقتضي أن

674 قرار الدوائر المجتمعة عدد 97 الصادر بتاريخ 14 أبريل 1998 . نشرة قرارات وأحكام المحكمة

العقارية في مادة المراجعة، المرجع السابق، ص 170.

675 أورد المشرع حلاً صريحاً بالنسبة إلى الأحكام الصادرة في مادة التحيين بموجب القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أبريل 2001. سابق الذكر.

يلغى الحكم المتأخر والمتناقض مع الحكم السابق والقاضي بالتسجيل، وأن يقع التتصيص على هذا الإلغاء بدفاتر المحكمة وبدفاتر إدارة الملكية العقارية⁶⁷⁶.

- الأحكام المؤسّسة على أدلة ثبت جزائياً زورها: أي أن يتناقض الحكم العقاري مع الحكم الجزائي، كما إذا تأسّس حكم التسجيل على رسوم ثبت جزائياً تدليسها، أو حتّى على بيّنة ثبت زورها⁶⁷⁷، شرط أن تكون الأساس في الحكم. ويشترط أن يكون حكماً نهائياً، بمعنى أن تستنفذ طرق الطعن العادية، ويصبح الحكم قابلاً للتّفيذ. ولا يمكن بالتالي طلب المراجعة بمجرد تقديم شكاية أو فتح تحقيق⁶⁷⁸. وحتّى إذا حصل الطّالب على هذا الحكم النهائي، فإنّه لا يجوز المراجعة إذا ثبت اكتساب ملكيّة العقّار من الغير حسن النّيّة. ويكتفى في مثل

676 حكم عقاري صادر عن المحكمة العقارية بدوائرها المجتمعة تحت عدد 13 بتاريخ 8/6/1996. المرجع السّابق، ص 208 "... حيث بالإطلاع على المکتوب الصادر عن ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط بتاريخ 6 سبتمبر 1995 تحت 1280 والمضمن لدى كتابة المحكمة العقارية بتاريخ 8 سبتمبر 1995 تحت عدد 2/3215 ، والمتضمن ثبوت شمول القطعة عدد 80 من مسح سيدي داود منطقة " X " من ولاية تونس موضوع المطلب المسحي عدد 3863 برسم عقاري آخر يحمل رقم 8043 ومتولد عن حكم عقاري تاريخه سابق للحكم موضوع طلب المراجعة.

.....وحيث إن طلب إلغاء التصريح في خصوص قطعة مسحية ثبت شمولها برسم آخر يدخل في صور المراجعة المبيّنة بالفصل 332 (جديد) من مجلة الحقوق العينية وتحديد الفقرة الرابعة منه لتعلق الأمر بحكم سابق بالتسجيل متناقض مع موضوع مطلب المراجعة.

.....وحيث بالإطلاع على الرسم العقاري عدد 64154 تونس المتولد عن الحكم المسحي عدد 3863 ، والمقدم منه صورة مطابقة بالملف ، ثبت وأنه لم يقع التعامل على الرسم المذكور.

.....وعملاً بالفصل 332 (جديد) من مجلة الحقوق العينية قضت المحكمة العقارية بما يلي:

قبول مطلب المراجعة شكلاً وفي الأصل:

إلغاء التصريح المؤرخ في 30 نوفمبر 1988 بخصوص القطعة عدد 80 من المطلب المسحي عدد 3863 عمادة عين زغوان معتمدية حلق الوادي ولاية تونس المنطقة "X".

الإذن للسيد رئيس كتابة المحكمة بالتتصيص على هذا الإلغاء بأصل الحكم والنسخ المستخرجة منه.

الإذن للسيد حافظ الملكية العقارية بإدراج هذا الحكم بالإلغاء في الرسم العقاري عدد 64154 تونس وحذف القطعة عدد 80 من مشمولات الرسم المذكور وإلغاء المثال القديم المؤرخ في 11 ديسمبر 1980 المعتمد في إقامة هذا الرسم وتعويضه بالمثال المعدل الجديد المؤرخ في 7 مارس 1996.

677 يراجع الفصول 172 وما بعد، والفصول 199 وما بعد م.ج.

678 قرار رفض مطلب المراجعة عدد 124 الصادر عن السيد الطيب اللومي رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 4/3/1996، المرجع السّابق، ص 212.

"... وحيث إن طلب المراجعة الذي يركز على التدليس ينبغي أن يكون مركزاً على وجود حكم بالتدليس لا مجرد إثارة لطلب تتبع من أجل التدليس وإنما تبقى الطاعنة على حقها في طلب المراجعة متى صدر حكم جزائي فعلاً ضد من صدر لفائده الحكم بالتسجيل طبقاً لأحكام الفصل (332) (جديد) من مجلة الحقوق العينية مما اتجه معه والحالة ما ذكر رفض طلب المراجعة".

هذه الصورة ببقاء الملكية على حالها أول مرة يوم إقامة الرسم. فإذا ثبت ترسيم بعض الحقوق اللاحقة، وتعلقت بأصل الحق، فالأغلب أن يرفض مطلب المراجعة. حيث يفترض حسن النية دوماً، وما على الدافع إلا أن يعكس هذه القرينة، ولا يكون ذلك إلا بموجب حكم تصدره المحكمة المختصة.

-الأحكام الخاضعة للمراجعة

أورد الفصل 332 م.ح.ع أنه " يمكن لأحد الأطراف طلب مراجعة الأحكام الصادرة من المحكمة العقارية،" وقد أثارت هذه الصياغة جملة من النقاشات الفقهية. فمنهم من يحصر الأحكام الخاضعة للمراجعة في الأحكام الصادرة بالتسجيل لا أكثر ولا أقل، ومنهم من يتعدى هذا الحصر إلى جملة الأحكام التي تصدرها المحكمة ولو تعلقت بإجراءات الطعون الموجهة ضد قرارات حافظ الملكية العقارية أو إجراءات التحيين⁶⁷⁹. وعلينا أن نعدّد جملة هذه الأحكام ونبيّن إن كان بالإمكان إخضاعها لإجراءات المراجعة.

-بالنسبة إلى الأحكام الصادرة في مادة التحيين: أنشأ القانون عدد 39

لسنة 1992 المؤرخ في 27 أبريل 1992 لجان التحيين، كما ضبط الفصل 13 من هذا القانون مهام دائرة الرسوم المجمدة. وتتنظر هذه الأخيرة في مطالب التحيين أصالة سواء المقدمة من طرف إدارة الملكية العقارية أو من طرف كل من له مصلحة، كما تتنظر في مطالب الطعون الموجهة ضد قرارات لجان التحيين. وبالتالي يطرح السؤال إن كانت هذه الأحكام خاضعة لمبدأ المراجعة ؟

يبدو أنّ المشرّع لم يفكر بداية في سحب إجراءات المراجعة على هذه الأحكام، حيث جاء الفصل 322 م.ح.ع في باب التسجيل، وقد ورد بآخر هذا الفصل ما يدلّ على أنّ محتواه أرادته المشرّع للأحكام الصادرة في مادة التسجيل لا أكثر ولا أقل، حيث إنّ رئيس المحكمة العقارية يعلم إدارة الملكية العقارية لإجراء قيد احتياطي إذا تمّ إقامة الرسم العقاري، والمعلوم أنّ المقصود بذلك هو حكم التسجيل الذي يتطلّب إقامة الرسم، على خلاف حكم التحيين. ثمّ إنّ

679 حسين وعائدة بن سليمة: الطعن في قرارات تحيين الرسوم العقارية المجمدة، القضاء والتشريع مارس 1999، ص 135 وما بعد.

إجراءات المراجعة هي إجراءات استثنائية بالدرجة الأولى لا يجوز التوسع فيها. وفعلا رفض رئيس المحكمة العقارية هذه المطالب، كما رفضتها الدوائر المجتمعة شكلا في أكثر من مناسبة.

لكنّ هذا الاتجاه لم يمثّل القاعدة، وأمكن لرئيس المحكمة العقارية وللدوائر المجتمعة قبول عدّة مطالب⁶⁸⁰. وبقي الرأي مترددا بين الصّورة الأولى والصّورة الثانية. وإذا كان الحلّ يقتضي أن لا توسّع إجراءات المراجعة لتشمل أحكام التّحيين، فإنّ المسألة لم يبق لها إلّا أهميّة تاريخيّة، باعتبار أن القانون الجديد عدد 34 لسنة 2001 الصّادر بتاريخ 10 أفريل 2001 والمتعلّق بالتّحيين العقاري نصّ صراحة بالفصل 28 على أنّ أحكام التّحيين لا تقبل المراجعة. وهكذا وضع المشرّع حدّا للمناقشة سواء على مستوى الفقه أو القضاء.

-بالنسبة إلى الأحكام الصّادرة في مادة الطّعون الموجّهة ضدّ قرارات حافظ الملكية العقارية: خول المشرّع الطّعن في قرارات حافظ الملكية العقارية على معنى الفصل 388 م.ح.ع. وتبقى هذه الأحكام خارجة عن دائرة النقاش، ليس فقط لأنّها لا تشمل إجراءات التّسجيل⁶⁸¹، بل لأنّ المشرّع وضع لها مبادئ خاصّة، حيث إنّ مفعولها لا يطلّ الأصل، أي أنّها مجرد أدون لا تتميز بالقوّة الثّبويّة والمفعول التّطهيري، ويجوز طلب التّشطيب عليها أو الحطّ منها أو تعديلها سواء أمام المحكمة العقارية نفسها أو أمام القضاء العادي، فيمكن على وجه الخصوص الطّعن في الرّسوم سند التّرسيم أمام المحاكم العادية إذا ما قامت الحجة على ذلك. وبالتالي لا يحتاج الطّالب إلى طلب المراجعة، والحالة تلك.

-بالنسبة إلى الأحكام الصّادرة في مادّة التّسجيل: وهي المقصودة بإجراءات المراجعة، ولا أظنّ أنّ المشرّع قصد غيرها يوم تحرير أحكام الفصل

⁶⁸⁰ حكم عقاري صادر عن المحكمة العقارية بدوائرها المجتمعة عدد 36 بتاريخ 3 مارس 1998، القضاء والتّشريع، مارس 1999، ص 319 وما بعد.

⁶⁸¹ قرار مطلب المراجعة عدد 381 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 04/07/1997، المرجع السّابق، ص 82.

"...حيث إنّ أحكام المحكمة العقارية القابلة للطّعن بالمراجعة إنما هي الأحكام الصّادرة بالتّسجيل أما القرارات الصّادرة عنها والمتعلّقة بالسجل العقاري فلا يتسع لها نص الفصل 332 م.ح.ع. المتعلّق بالمراجعة. ولهذا فإنّ الأحكام التي تصدرها المحكمة في مادة الطّعن في قرارات حافظ الملكية العقارية لا تقبل المراجعة. وتعين لذلك رفض هذا المطلب".

332 م.ح.ع، باعتبار أنه أورد صراحة بآخره ما يفيد إقامة الرسم العقاري، كما تقدّم، والحديث لا يشمل بطبيعة الحال إلا أحكام التسجيل. علما أن النقد لم يوجّه يومها لغير هذه الأحكام⁶⁸². ويمكن طلب المراجعة سواء كانت الملفات مسحية أو اختيارية، وتنسحب الإجراءات كذلك على الأحكام المجلسية والقرارات الفردية التي يتخذها رئيس لجنة المسح.

لكنّ الحكم برفض مطلب التسجيل في إطار الإجراءات الاختيارية لا يبقى على إمكانية المراجعة باعتبار أن المراجعة وسيلة استثنائية لا يتم اللجوء إليها إلا في غياب وسيلة أخرى للتظلم، والمعلوم أن رفض مطلب التسجيل العادي لا يمنع من إعادة طلب التسجيل على معنى الفصل 336 م.ح.ع باعتبار أنها مجرد أحكام وقتية لا يتصل بها القضاء⁶⁸³. لكنّ الرفض الجزئي يبقى على حق طلب المراجعة في خصوص الجزء الذي شمله الحكم بالتسجيل⁶⁸⁴.

⁶⁸² -قرار رفض مطلب المراجعة عدد 93 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 4-1-1996.

نشرة قرارات وأحكام المحكمة العقارية، المرجع السابق، ص 74.

"...وحيث إن الأحكام التي خول الفصل 332 (جديد) من مجلة الحقوق العينية الطعن فيها تلك الأحكام الصادرة بالتسجيل لا الأحكام الصادرة برفض المطلب لأن هذه الأخيرة حسب منطوق الفصل 336 تكتسي صبغة وقتية ويمكن إعادة نشر موضوعها بمطلب جديد لدى المحكمة التي أصدرت الحكم فالمشرع يقصد الأحكام القابلة للمراجعة تلك التي لم تعد تقبل لأي وجه من أوجه الطعن حسب طالع الفصل 332 جديد وأن الفقرات الأخيرة منه تدل على أن طلب المراجعة يتناول الأحكام القاضية بالتسجيل لأنها نصت على أن رئيس المحكمة متى رأى جدية المطلب يعلم حافظ الملكية العقارية بذلك وإجراء قيد احتياطي على الرسم إن تمت إقامته ولا يأذن بتعطيل تنفيذ الحكم والتتبع على ذلك بدفاتر المحكمة وهذا الإجراء لا يكون بدون شك إلا متى كان الحكم صدر بالتسجيل. وحيث إنه مادام طلب المراجعة كان ممن تقدم باعتراضه في قطعة معينة وقد صدر الحكم برفض المطلب في شأنها وبالتالي لم يقع الحكم فيها بوجه بات فقد أتجه رفض المطلب." يراجع كذلك مطالب المراجعة 319 - 583 - 406 - 424 - 444 - 458 - 461 - 471 - 479 - 483، نفس المرجع السابق. والحكم الصادر عن المحكمة العقارية بدوائرها المجمعة عدد 60 الصادر بتاريخ 3 جوان 1997 القضاء والتشريع عدد 3 لسنة 1999، صفحة 307 وما بعدها.

⁶⁸³ - قرار رفض مطلب المراجعة عدد 372 صادر عن المحكمة العقارية بتاريخ 21/06/1997، المرجع السابق، ص 74.

"...حيث إن الحكم المطعون فيه قد قضى برفض المطلب ولهذا فهو يكتسي صبغة وقتية ولا يفصل به القضاء ولا ينال من حقوق طرفيه وللطالب على وجه الخصوص أن يطلب التسجيل من جديد. وبناء على أن الطعن بالمراجعة يخص أحكام المحكمة العقارية الصادرة بالتسجيل يتجه رفض المطلب."

⁶⁸⁴ -قرار رفض مطلب مراجعة عدد 478 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 22/10/1997، المرجع السابق، ص 73.

"...حيث إن قضاء المحكمة العقارية بإخراج جزء من نطاق مطلب التسجيل لعدم وضوح الحالة الاستحقاقية بعد حكمها بالرفض بخصوص الجزء المخرج وأحكام الرفض تكتسي صبغة وقتية ولا يتصل بها القضاء ولا تنال من حقوق طرفيها وللطالب على وجه الخصوص أن يطلب التسجيل من جديد . وبناء على أن الطعن بالمراجعة يخص أحكام المحكمة العقارية الصادرة بالتسجيل يتجه رفض المطلب."

ويسهل القول إنّ الأحكام التحضيرية لا تقبل المراجعة باعتبارها مجرد قرارات وقتية. حيث إنّ المشرع قصد مراجعة البيانات الحاسمة والباطة، أي الترسيمات المطلقة بلغة القانون العقاري.

وينطبق هذا المبدأ بطبيعة الحال على جميع التتصيصات المتزامنة مع الحكم، أي حكم التسجيل ذاته وما تأذن به المحكمة من تتصيصات وترسيمات. فالقول الحقّ هو خضوع حكم التسجيل للمراجعة.

وتلجأ المحكمة كذلك في بعض الأحيان إلى إلغاء التصريح، بحكم شموله للملك العام، وقد علمنا أنّه لا يقبل التسجيل، أو إلى إخراج المباني من موضوع التصريح في إطار الإجراءات المسحية. وهي أحكام تبقى خارجة عن إمكانية المراجعة باعتبار أنّها ليست أحكام تسجيل.

-بالنسبة إلى الأحكام الصادرة في مادة الإصلاح: إنّ المحكمة العقارية

تختصّ بطبيعة الحال بإصلاح الأحكام الصادرة عنها على معنى الفصل 332 مكرّر. ولا يعتبر حكم الإصلاح مجرد إذن بل هو حكم متمم للحكم الأصلي. ولكن لا يجوز طلب المراجعة في شأنه إلاّ مع الأصل. ويعود للمحكمة التي اتخذته الرجوع عنه أو تعديله في الاتجاه الصحيح⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ -قرار رفض مطلب المراجعة عدد 216 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 26-7-1996، المرجع السابق، ص 76. " وحيث إنّ الأسباب التي اعتمدها طالبو المراجعة ليست من الأسباب الواردة بالفصل 332 جديد من مجلة الحقوق العينية فقد اتجه رفض المطلب، إنما بإمكان الطالبين القيام لدى المحكمة العقارية في طلب الرجوع في قرار الإصلاح بصفة قانونية."

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 535 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 13/11/1997، المرجع السابق، ص 77.... حيث كان طلب المراجعة يتعلق بقرار إصلاح خطأ مادي وحيث إنّ المراجعة تخصّ الأحكام العقارية الصادرة بالتسجيل دون القرارات المتعلقة بالسجل العقاري أو الإصلاح المادي وتعين لذلك رفض المطلب."

-حكم عقاري صادر عن المحكمة العقارية بدوائرها المجتمعة عدد 51، المرجع السابق، ص 78. " حيث ولئن كان مطلب المراجعة قد تم في الآجال القانونية وممن له الصفة إلا أن القيام به طعنا في قرارات الإصلاح يعد طلبا غير وجيه إذ أن أحكام الإصلاح تعتبر عن الناحية القانونية أحكاما متممة للحكم الأصلي ينحصر موضوعها في تقديم الأخطاء المادية دون أن يكون لها مساس بالأصل وأن مراجعتها تكون مقترنة بالحكم الذي صدر في شأنه قرار الإصلاح وفي نطاق الفقرات الخمس التي نص عليها الفصل 332 (جديد) من مجلة الحقوق العينية فالمراجعة لا تسلط على ما يتفرع من الأحكام من قرارات شرح أو إصلاح .

وحيث إن الطعن في أحكام الإصلاح أو في الأحكام التحضيرية الصادرة عن الهيئات القضائية لا يكون إلا لدى المحكمة التي أصدرت الحكم باعتبارها الهيكل الوحيد المؤهل قانونا بتعديل قراره أو الرجوع في العمل التحضيري الصادر عنه مما يجعل طلب المراجعة في غير طريقه ويتجه رفضه شكلا".

2- إجراءات المراجعة

تقتضي الإجراءات تقديم المطلب ، حتّى تتمكّن المحكمة من النّظر فيه.

-**تقديم المطلب:** يخضع المطلب لشروط من الواجب احترامها ويجب أن يقدّم في الأجل.

+**شروط تقديم المطلب:** نصّ الفصل 332 م.ح.ع على " أنّه يمكن لأحد الأطراف طلب مراجعة الأحكام الصّادرة من المحكمة العقاريّة "، ونصّ كذلك على أنّ " مطلب المراجعة يرفع إلى رئيس المحكمة العقاريّة بطلب يقدّمه محام لدى التّعقيب أو المكلف العام بنزاعات الدّولة في القضايا التي تكون الدّولة طرفاً فيها ويتضمّن بياناً لأسباب طلب المراجعة مرفوقاً بما يؤيّد ذلك ". وبالتالي توجب المراجعة توفّر عدّة شروط لها علاقة بالقيام والشّكل والأصل والاختصاص.

فقد وضع المشرّع قاعدة عامّة، أردفها باستثناء هام في تحديده لشروط القيام. وتدلّ القاعدة العامّة على أنّ المراجعة لا يطلبها إلّا من كان طرفاً في المطلب الأصلي⁶⁸⁶، أي ورد اسمه بالقائمة الاستحقاقية، أو وكيله. ويطلب بيان هويّة طالبي المراجعة للتّحقّق من هذا العنصر، وإلّا رفض المطلب شكلاً. ورأت المحكمة العقارية أنّ المعارض الذي ترفض معارضته شكلاً لورودها بعد الأجل لا يعتبر طرفاً في المطلب، كما لا يعتبر كذلك الطّرف الذي سحب معارضته أو

686 -قرار رفض مطلب المراجعة عدد 461 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 29/09/1997، المرجع السّابق، ص 26.

" حيث لم يكن طالب المراجعة طرفاً في الحكم المطلوب مراجعته ولم يكن من بين أسباب طعنه السبب الذي تخوله لغير أطراف الحكم العقاري طلب مراجعته. ولهذا نقرر عدم جدية المطلب ".
-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 360 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 17-5-1997، المرجع السّابق، ص 35.
" حيث لم يكن طالب المراجعة طرفاً في الحكم المطعون فيه. واتجه بناء على ذلك رفض مطلبه".

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 405 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 15/10/1997
" حيث لم يكن طالبات المراجعة دوجة وأمنة ومليكة طرفاً في الحكم المطعون فيه كما أن ما أسند إليه محمد الشريف لا يمثل سبباً من أسباب المراجعة وإنما هو في الواقع مناقشة لاجتهاد المحكمة في تقدير الأدلة. ويتجه لذلك رفض المطلب".

تداخله⁶⁸⁷. ويشترط في الطالب المصلحة في الطعن، حيث إن المراجعة التي لا تستند إلى مصلحة ثابتة ومشروعة، كما إذا ثبت أن الحكم المطعون فيه صدر وفق طلبات الطالب، مآله الرّفض⁶⁸⁸.

ويجوز استثناءً في المطالب المؤسّسة على زور الأدلة أن يصدر الطلب ممن له مصلحة لا أكثر ولا أقلّ، حتّى لو لم يكن طرفاً في المطلب الأصلي. والمقصود بذلك كلّ طرف تضرّر من الحكم. كما يجوز للمحكمة في صورة تعدّد الأحكام بالتسجيل أن تتولّى المراجعة من تلقاء نفسها، بصرف النظر عن الطرف الذي أثار مطلب المراجعة الذي من الممكن أن يكون ديوان قيس الأراضي من الوجهة الواقعيّة.

وبفرض أن يقدّم المطلب من طرف محامي لدى التعقيب، مع بيان أسباب طلب المراجعة، ويكون المطلب مرفوقاً بالمؤيّدات. والأصل في ذلك أن لا يقبل طلب المراجعة إلّا إذا رفع من طرف محامي لدى التعقيب. معنى ذلك أن الطلب المرفوع من طرف محامي لدى الاستئناف أو من طرف وكيل عادي مآله الرّفض الشكلي⁶⁸⁹. ولا يستثنى من ذلك إلّا القضايا التي تكون الدولة طرفاً فيها متى

⁶⁸⁷ -قرار رفض مطلب المراجعة عدد 346 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 16/04/1997، المرجع السابق، ص 32. "أما بالنسبة للطاعن الناصر وانعدام المصلحة لأنه سبق أن رجع في طلبه حسبما هو مضمن بالكتب الثابت التاريخ (20/10/1995) المضاف لملف القضية".

قرار رفض مطلب المراجعة عدد 428 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 02/07/1997، المرجع السابق، ص 34. "يترتب عن سحب المعارضة قبل صدور الحكم العقاري فقدان صاحبها لمركز الطرف في القضية وبالتالي لم تعد له صفة ولا مصلحة في طلب المراجعة. "حيث سبق للطاعن أن سحب معارضته....وبذلك لم تبق له لا صفة ولا مصلحة في طلب مراجعة هذا الحكمواتجه بناء على ذلك رفض المطلب".

⁶⁸⁸ -قرار رفض مطلب المراجعة عدد 450 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 01/10/1997، المرجع السابق، ص 37. "حيث تبين أن الحكم قد صدر مطابقاً لمصلحة الطاعنة إذ قضى بترسيم عقد شرائها وعقد شراء قاسم عبد الرحيم في حدود ما بقي في مناب محمد صبري بعد طرح مناب الطاعنة. ولهذا يتجه رفض المطلب لانعدام المصلحة".

⁶⁸⁹ قرار رفض مطلب المراجعة عدد 100 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 10/01/1996، المرجع السابق، ص 48.

"وحيث إن الحكم المطلوب مراجعته قدم من المعارضين مباشرة دون إنابة محام خلافاً لمقتضيات الفصل 332 جديد من مجلة الحقوق العينية مما يجعل المطلوب غير حري بالقبول شكلاً".

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 97 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ القرار 27/12/1995، المرجع السابق، ص 169.

يجوز طلب المراجعة من طرف المكلف العام بنزاعات الدولة دون حاجة إلى تكليف محامي. والمعلوم أن الدولة ذات معنوية تتميز عن المؤسسات العمومية سواء كانت إدارية أو ذات صبغة صناعية وتجارية والجماعات المحلية التي تتمتع باستقلالية في التصرف. معنى ذلك أنه يطلب مبدئياً تكليف محامي بالنسبة إلى هذه الهياكل، ولا يكفي بتمثيل المكلف العام بنزاعات الدولة⁶⁹⁰. وإذا كان الأمر لا يحتاج إلى كثير من الجدل بالنسبة إلى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية والجماعات المحلية، فإن قليلاً من ذلك يطلب بالنسبة إلى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية التي يمثلها عادة المكلف العام بنزاعات الدولة، ولا تُرغم بالتالي على تكليف محامي، إذا أخذنا عبارة الدولة على مفهومها العام⁶⁹¹.

ويفرض بيان أسباب المراجعة، وقد جاءت قانوناً على وجه الحصر، وبالتالي من الواجب أن تتضمن عريضة المراجعة ذكراً للسبب أو الأسباب التي قام عليها الطلب. معنى ذلك أن كل عريضة خالية من هذه الإشارة، أو جاءت مهمشة وقاصرة عن الدلالة الواضحة مآلها الرفض⁶⁹².

"وحيث قدم المطلب من المعنى بالأمر مباشرة بدون إنابة محام مما تعين معه رفض المطلب شكلاً عملاً بالفصل 332 جديد من مجلة الحقوق العينية.

⁶⁹⁰ لكن هذا التأويل قد لا يتماشى مع أحكام القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرخ في 7 مارس 1988 المتعلق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم.

⁶⁹¹ يراجع القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرخ في 7 مارس 1988 المتعلق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم.

⁶⁹² -قرار رفض مطلب المراجعة عدد 66 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 30/10/1995، المرجع السابق، ص 13.

"وحيث إن الحكم المطلوب مراجعته انبنى على تقرير القاضي المقرر المؤرخ في 19 ماي 1995 . اليوم ودرسها دراسة مستفيضة وأبدى رأيه في شأنها بوجه واضح وجلي. وحيث والحالة ما ذكر فإن المحكمة درست مؤيدات طالب المراجعة بوجه كاف وأبدت رأيها فيها بما أوصلها إليه اجتهادها. وحيث إن الفصل 332 (جديد) من مجلة الحقوق العينية لم يجعل الدوائر المجتمعة بمثابة محكمة استئناف تراجع ما قضت المحكمة العقارية فيما يتعلق باجتهاد والوثائق التي اعتمدها وإنما دورها تتبع الحالات التي خول بمقتضاها القانون لطالب المراجعة اعتماده ومدى توفرها في الحكم المطلوب مراجعته وفي حالات محصورة بالعد صلب الفصل المشار إليه ، ولم يكن من بينها بقية الأسباب المثارة من طالب المراجعة اليوم والتي يتناول اجتهاد المحكمة وقناعتها. وحيث باتت باقي أسباب طلب المراجعة المثارة من الطالب غير جديرة بالقبول طالما كانت خارجة عن نطاق الفصل 332 (جديد) من مجلة الحقوق العينية. وحيث تعين والحالة ما ذكر رفض مطلب المراجعة لعدم وجاهته قانوناً."

ويرفق الطّالب بنسخة من الحكم المطعون فيه، وبكل وثيقة تدعّم سبب أو أسباب الطّالب. فإذا قام الطّالب على أساس وثائق لم يعتمد عليها الحكم، من الواجب الاحتجاج بهذه الوثائق، وإذا تأسّس على نصّ قانوني سبق نسخه أو تعديله، من الواجب إضافة هذا النصّ ونصّ تعديله، وإذا خالف الحكم العقاري حكماً مدنياً، يطلب هذا الحكم، وكذلك الصّورة بالنسبة إلى تناقض الأحكام الصّادرة بالتّسجيل، أو إذا تأسّس الحكم على وثائق ثبت زورها، فمن الضّروري الاحتجاج بهذه الأحكام، وإلاّ كان المطلب مرفوضاً شكلاً.

ولا تخرج أسباب المراجعة عن الحالات والصّور المذكورة، حيث إنّ المشرّع أوردها على سبيل الحصر، ولا سبيل إلى أن يتخيّر الطّالب سبباً لم يرد ذكره. معنى ذلك أنّ المراجعة ليست درجة ثانية في القضاء، بل إنّها صورة استثنائية في الطّعن لا تخرج عن الحدود التي أتى بها المشرّع⁶⁹³.

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 74 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 2/11/1995، المرجع السّابق، ص 52.

"وحيث إنّ مطلب المراجعة لم يتعرض لأي سبب قانوني من الأسباب الواردة بالفصل 332 (جديد) المخولة لطلب المراجعة مكتفياً بقوله إنّ المنوبين بصفتهم مالكيّن لمحلّات النزاع فإنّي أتقدم في حقهما بمطلب المراجعة هذا قصد إعادة النظر في المطلب المشار إليه على ضوء مؤيدات المنوبين التي ستقدمها للجناب. وحيث تعين والحالة ما ذكر رفض طلب المراجعة".

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 92 الصادر عن السيد رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 13/12/1995، المرجع السّابق، ص 56.

"وحيث تأسّس طلب المراجعة للحكم المطعون فيه على أنه لم يستجِب لطلب العارضين الرامي لإجراء اختبار تكميلي يتعلّق ببيان حدود ومساحة أرضهم المطلوب تسجيلها ومقارنتها لمطلب التسجيل المسجّي عدد 6833. وحيث إنّ الأسباب التي تأسّس عليها طلب المراجعة لم تكن من بين الحالات القانونية الواردة بالفصل 332 جديد من مجلة الحقوق العينية التي تخول طلبها مما يجعل الطلب غير حري بالقبول.

⁶⁹³ يراجع نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادّة المراجعة، المرجع السّابق، ص 57 وما بعد:

- قرار رفض مطلب المراجعة عدد 111 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 13/2/1996
- قرار رفض مطلب المراجعة عدد 117 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 27/2/1996
- قرار رفض مطلب المراجعة عدد 122 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 14/3/1996
- قرار رفض مطلب المراجعة عدد 217 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 15/10/1996
- قرار رفض مطلب المراجعة عدد 242 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 15/10/1996
- قرار رفض مطلب مراجعة عدد 576 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 14/03/1998
- قرار رفض مطلب مراجعة عدد 128 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 23/02/1996
- قرار رفض مطلب مراجعة عدد 265 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 21/12/1996
- قرار رفض مطلب المراجعة عدد 156 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 09/07/1996
- قرار رفض مطلب المراجعة عدد 171 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 27/05/1996

ولا يرفع مطلب المراجعة إلا إلى رئيس المحكمة العقارية، أي إلى المحكمة المركزية. ولا يعتد بالمطالب التي ترفع إلى فروع المحكمة العقارية، بل يكره عليها قبول المطالب وإحالتها إلى الأصل. وقد أراد المشرع بهذا الحل حصر مطالب المراجعة والضغط على عددها حتى تبقى في إطار الاستثناء الذي أراده. بقي أن يُرفع المطلب في آجاله.

+آجال تقديم المطلب: وضع المشرع أجلا مبدئياً ينطبق على جميع الحالات، باستثناء صورة واحدة. والأجل المبدئي شهران ويبدأ في جميع الحالات من تاريخ صدور الحكم، باستثناء المراجعة المؤسّسة على أدلة ثبت جزائياً زورها، فيبدأ الأجل فيها من تاريخ صدور الحكم النهائي. ولم يعتمد المشرع بداية سريان الأجل من تاريخ الإعلام، على غرار الإجراءات العادية، ربّما بسبب خصوصية أعمال التنفيذ في مادة القانون العقاري. ورغم أنّ المشرع نصّ بالفصل 349 م.ح.ع على أنّ الخصوم يتّصلون من كاتب المحكمة بإعلام بحكم المحكمة العقارية، فإنّه لا يلجأ إلى هذا الإجراء من حيث الواقع. ولا نعلم كيف سيعلم الأطراف بتاريخ صدور الحكم، والحالة تلك، خاصّة وأنّ أحكام التسجيل كثيرا ما تصدر في غياب الأطراف، ولا يحصل لهم العلم بها إلا بعد فوات الأجل. لكنّ هذا الحلّ ربّما كانت فيه فائدة في حدود أنّه يحصر طلب المراجعة في دائرة من كان أحرص من غيره، أي الذي يحرص على تتبّع جميع الجلسات الحكمية. واعتمد المشرع نفس الحلّ بالنسبة إلى الأحكام الجزائية، وأظنّه قصد الأحكام النهائية الحضورية أو المعتبرة حضورية بطبيعة الحال، لأنّ الأحكام الغيابية تحتاج إلى الاعتراض، الذي يبقى ممكنا من حيث المبدأ إلى تاريخ سقوط العقاب بمفعول الزمن إذا لم يبلغ الإعلام بالحكم إلى المعني بالأمر

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 234 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 08/10/1996

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 242 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 15/10/1996

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 68 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 28/08/1995

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 96 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 11/01/1996

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 234 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 08/10/1996

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 242 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 15/10/1996.

شخصيًا. وبالتالي تبقى الإمكانية في طلب المراجعة بالنسبة إلى هذه الأحكام قائمة ربما لآجال طويلة تصل إلى حدّ سقوط العقوبة بمرور الزمن⁶⁹⁴. ويعتبر أجل الشهرين أجل سقوط وليس أجل تقادم، فلا مجال لقطعه أو رفعه، والشهر ثلاثون يومًا، وإذا صادف بداية الأجل أو آخره يوم عيد اعتبر اليوم الموالي. وكلّ مطلب يقدّم بعد الأجل يرفض شكلاً⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ يراجع الفصول 175 وما بعد والفصل 349 م.أ.ج. لم يكن المشرع موفّقًا في ربط آجال الطعن بتاريخ صدور الحكم النهائي لأنّه لا يستوعب جميع الحالات، وكان من الأحسن ربط الأجل بصيرورة الحكم باتًا. ويعتبر الحكم باتًا إذا كان ابتدائيًا حضوريًا وفوّت المتهّم على نفسه آجال الطعن بالاستئناف، أو إذا كان الحكم ابتدائيًا غيابيًا أو معتبرا حضوريًا وبلغ الإعلام إلى شخص المتهّم وفوّت على نفسه الطعن بالاعتراض أو بالاستئناف، أو إذا كان الحكم نهائيًا حضوريًا أو معتبرا حضوريًا أو إذا كان غيابيًا وبلغ الإعلام إلى المتهّم وفوّت على نفسه آجال الاعتراض.

⁶⁹⁵ -قرار رفض مطلب المراجعة عدد 121 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 6/3/1996، المرجع السابق، ص 21.

"بعد الإطلاع على مطلب التسجيل عدد 5522 والحكم الصادر فيه تبيّن أن ذلك الحكم صدر بتاريخ 24 ماي 1995 بينما مطلب المراجعة لم يقدم إلا يوم 10 فيفري 1996. وحيث اقتضى الفصل 332 جديد من مجلة الحقوق العينية أن طلب المراجعة ليكون مقبولا شكلاً ينبغي تقديمه في أجل شهرين من تاريخ صدور الحكم بالتسجيل عدا صورة التسجيل على أساس التدليس فيبدأ الأجل من تاريخ صدور الحكم الجزائي ضد من قام بالتدليس. وحيث كان طلب المراجعة والحالة ما ذكر مرفوضاً شكلاً."

ويراجع كذلك:

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 190 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 28/05/1996
-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 213 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 15/11/1996
- قرار رفض مطلب المراجعة عدد 480 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 26/07/1997
-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 159 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية 27/04/1996
-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 18 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 10/07/1996
قرار رفض مطلب المراجعة عدد 199 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 13/06/1996 .
-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 22 الصادر عن المحكمة العقارية بتاريخ 24/10/1996
-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 227 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 30/7/1996
"وحيث إن الحكم المطلوب مراجعته صدر بتاريخ غرة ديسمبر 1995 بينما مطلب المراجعة قدم يوم 20 جويلية 1996 وبذلك يكون مطلب المراجعة قدم بعد أجل الشهرين من تاريخ صدور الحكم مما اتجه معه رفض المطلب شكلاً."

-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 246 الصادر عن المحكمة العقارية بتاريخ 15/10/1996
-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 250 الصادر عن المحكمة العقارية بتاريخ 15/10/1996
-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 271 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 31/12/1996
-قرار رفض مطلب المراجعة عدد 582 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 19/2/1998
"حيث قدم المطلب بعد الأجل القانوني (ستون يوما حسب أحكام الفصل 332 جديد م.ج.ع.) .
واتجه بناء على ذلك رفضه."

نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية، المرجع السابق، ص 20 وما بعد.

ويجوز للمحكمة استثناءً إثارة المراجعة من تلقاء نفسها في كل وقت إذا صدرت أحكام بالتسجيل متناقضة في نفس الموضوع. حيث يجوز في مثل هذه الصورة إتمام المراجعة بدون أجل وفي جميع الأوقات. وبالتالي فإن مثل هذه الصورة، وخلافا للقاعدة العامة، لا تخضع لأي أجل. ومع نهاية الإجراءات يُطلب من المحكمة اتخاذ القرار المناسب.

-الحكم في المطلب: استقرّ الرّأي على تمكين رئيس المحكمة العقارية من دراسة أوليّة للمطلب، ليحال المطلب بعد ذلك إلى الدوائر المجتمعة.

+قرار رئيس المحكمة العقارية: ألزم المشرّع الطّالب برفع المطلب بداية إلى رئيس المحكمة كما تقدّم، رغم أنّ هذا الحلّ كان محلّ نقد باعتبار أنّ رئيس المحكمة إنّما هو قاضي فردي في نهاية الأمر، والحلّ يقتضي أن يحسم أمر المراجعة من طرف هيئة قضائية، لكنّ المشرّع تمسّك أخيراً بهذا الاتجاه في حدود أنّه يسمح بدراسة أوليّة للمطلب بغاية الضّغط على عدد المطالب المحالة، فلا تحال إلى الدوائر المجتمعة إلّا المطالب الجديّة. وهذا يعني أنّ القرار الذي يتّخذه رئيس المحكمة العقارية ليس قراراً حكماً، بل إنّ مجرد قرار استيفائي لا يفصل أصل النزاع، ولا يحتاج إلى تعليل، خلافاً للواقع المعمول به⁶⁹⁶. وعلى كلّ فإنّ رئيس المحكمة العقارية يمكنه إمّا رفض المطلب لعدم الجديّة أو قبوله في الصورة المخالفة.

فإذا اتضح أنّ مطلب المراجعة غير جدّي، يلجأ رئيس المحكمة بالضرورة إلى رفض المطلب. ويتحقّق هذا المآل إذا خلا المطلب من إحدى شكليّاته، كما تقدّم، سواء تعلّقت بشروط القيام أو بسندات المطلب أو بأجله أو إذا لم يتأسّس المطلب على أحد الأسباب التي أوردها المشرّع على سبيل الحصر. وإذا رفض المطلب تتوقّف الإجراءات عند ذلك الحدّ.

وإذا رأى رئيس المحكمة جديّة المطلب يأذن بتقييده بعد تأمين الطّالب لمبلغ خطيّة قدرها 50 ديناراً وإعلام إدارة الملكيّة العقارية به لإجراء قيد احتياطي على الرّسم العقاري وإلاّ يأذن بتعطيل تنفيذ الحكم والتّنصيب على ذلك بدفتر

المحكمة حسب مقتضيات الفصل 353 م.ح.ع. ويكون المطلب مبدئيًا جديًا إذا احترم جميع الشكليات المطلوبة، وتأسس على سبب مشروع. فيقرر رئيس المحكمة تقييده بعد تأمين الخطية. وهو إجراء معمول به بالإجراءات العادية، ولا تعفى من ذلك إلا الدولة والجماعات المحلية. ورغم أن المشرع لم يضع أجلًا فقد استقرّ العمل بأجل الشهر، لترفض المطالب بعد ذلك إذا لم يسع الطالب إلى تأمين الخطية. ويعلم رئيس المحكمة في نفس الوقت إدارة الملكية العقارية لغاية إجراء قيد احتياطي، إذا سبق أن أقيم الرسم العقاري، وهي صورة من الممكن أن تتوفر من الوجهة الواقعية، خاصة بالنسبة إلى الطلب المؤسس على زور الوثائق أو بالنسبة إلى صورة تناقض الأحكام العقارية.

ويذكر أن القيد الاحتياطي يخضع لإجراءات خاصة ومميّزة وردت بالفصول 365 م.ح.ع وما بعد، ويبدو أن هذه الصورة التي أوردها الفصل 332 م.ح.ع هي من بين الصور الخاصة، بمعنى أن رئيس المحكمة العقارية هو الذي يأذن بإجراء هذا القيد الاحتياطي في حدود الضوابط التي أوردها الفصل 332 م.ح.ع.

وإذا لم تنته إجراءات التنفيذ بعد، أي لم يتم الرسم العقاري، يأذن رئيس المحكمة بتعطيل تنفيذ الحكم والتتبع على ذلك بدفتر المحكمة. ويذكر أن عملية التنفيذ تتولاها كتابة المحكمة بعد تلخيص الحكم وإضافة المثال النهائي للقطعة موضوع التسجيل، وذلك بتوجيه ما تقدم إلى إدارة الملكية العقارية، والتتبع على هذا الإجراء بدفاتر المحكمة. ويذكر كذلك أن كتابة المحكمة العقارية تمسك دفتر تنفيذ تدرج به الأعمال المتعلقة بذلك، فإذا ما تعطلت أعمال التنفيذ بإذن من رئيس المحكمة، أشير إلى هذا العارض بالدفتر، ويكون ذلك عادة بموجب مكاتبة إدارية صادرة عن رئيس المحكمة وموجهة إلى الفرع المختص.

وتسأل رجال القانون تبعًا لذلك عن أثر هذا القرار، واتجه التفكير إلى رفع نظام العقارات المسجلة عن الأراضي ذات الأحكام المطعون فيها بالمراجعة. فلا تعتبر مسجلة، ولا يعتبر الاعتداء عليها اعتداء على عقار مسجل، ولا تسري

عليها الأحكام الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية والخاصة بالعقارات المسجلة، إلى غير ذلك من الأحكام. لكنّ هذا القول فيه من الحيف الكثير، حيث نصّ صراحة بالفصل 332 م.ح.ع على أنّ إجراءات التّصيص تتمّ حسب مقتضيات الفصل 353 م.ح.ع، وهو الفصل الذي نصّ على طبيعة الحكم العقاري ومآل الصّكوك في المدة التي تمضي بين صدور الحكم بالتّسجيل وإقامة الرّسم العقاري، فلا يفقد الحكم موضوع الطّعن قيمته ويمكن الاحتجاج به أمام المحاكم، ويجوز تلقّي الصّكوك المتعلّقة به، إلى أن ينظر بصفة نهائية في مطلب المراجعة. لكنّ قرار رئيس المحكمة ليس له من أثر سوى إحالة المطلب إلى الدائرة الحكمية، وهي الدوائر المجتمعة التي يعود إليها الحكم، وقد لاحظنا في بابه أنّ قرار رئيس المحكمة لا يعدو كونه قرارا استيفائيا.

+حكم الدوائر المجتمعة: فبعد أن بيّن الفصل 332 م.ح.ع في طالعهِ تركيبة المحكمة، أورد الخيارات التي من الممكن أن تلجأ إليها بقوله: "تبتّ الدوائر المجتمعة في المطلب وإن رأت وجها للنقض تنتظر في الأصل، وفي صورة الرّفص تقرّر حجز الخطية وتأذن بالتّشبيب على القيد الاحتياطي أو على التّصيص الوارد بدفاترها وتكون قراراتها باتّة"، "وتتولّى كتابة المحكمة استدعاء المعنيين بالجلسة".

وتنتظر في مطلب المراجعة الدوائر المجتمعة للمحكمة العقارية التي تتركّب من رئيس المحكمة أو الوكيل الأوّل ومن أربعة وكلاء ممن لم يسبق لهم المشاركة في الحكم. وهي نفس التركيبة الخماسية التي يعتمد عليها القانون العقاري منذ نشأته بالنسبة إلى المطالب العادية، وتخلّى عنها بداية من سنة 1995، فقط أنّ محكمة الطّعن تتألّف من أربعة وكلاء لم يسبق لهم المشاركة في الحكم، وهي الإضافة الجديدة.

وليس للدوائر المجتمعة من خيار سوى رفض المطلب أو قبوله. ولهذا الغرض فهي تتمتع بسلطة استقرائية واسعة، فلها أن تجري الأبحاث بنفسها أو أن تكلف أحد أعضائها بذلك أو أن تنتدب أهل الخبرة لغاية التّدقيق في سندات المراجعة.

ويبدو الرّفص هو المآل المنتظر مبدئيآ لأغلب المطالب المقدّمة في البداية، حيث إنّ الإحصائيّات بيّنت أنّ رئيس المحكمة العقاريّة، وإلى حدود سنة 1997، لم يقرّر إحالة إلآ 250 مطلبآ إلى الدوائر المجتمعة التي كان مآلها الرّفص باستثناء خمسة مطالب منها اثنين بسبب وجود أحكام عقاريّة بالتّسجيل متناقضة. وهو رقم ضئيل للغاية لا يبرّر مبدئيآ جملة هذه الإجراءات التي اعتمدها المشرّع منذ سنة 1995.

ونظريآ يمكن أن يكون الرّفص شكلا أو أصلا، بصرف النّظر عن المراجعة الأولى من طرف رئيس المحكمة كما تقدّم. وإذا رفض المطلب تحجز الخطيّة ويؤذن كذلك بالتّشطّيب على القيد الاحتياطي أو على التّنصيب بدفاتر المحكمة كما تقدّم، ويجد الحكم بالتّسجيل نجاعته وأثاره الفعلية. والحقيقة أنّه لم يفقد آثاره، ولكنّها تراخت في الزّمن لا أكثر ولا أقلّ. وبمجرّد إرجاع الملفّ إلى الفرع المختصّ بعد النّظر في المطلب يبادر كاتب المحكمة إلى تنفيذ الحكم طبق الإجراءات العادية، وإذا كانت هناك كتائب أبرمها المحكوم لفائدته تحال مع الملفّ إلى إدارة الملكية العقاريّة طبق الإجراءات المبينة بالفصل 353 م.ح.ع.

وإذا عنّ للدوائر المجتمعة قبول المطلب تتصدّى له، ولا تكتفي بنقض الحكم، حيث إنّ المشرّع خولها النّظر في الأصل إذا رأت وجها للفصل. والقصد من ذلك أن تدرس حجج طالب المراجعة كما يجب، وتتخذ الوسائل التّحضيرية اللازمة في اتّجاه فهمها وإدراك مدلولاتها، وإذا ثبت الحقّ طبق القانون نقض الحكم المطعون فيه وسجّل العقار من جديد لفائدة طالب المراجعة. ولا يعدّ ذلك من باب التّسجيل العرضي الذي أورده الفصل 333 م.ح.ع، بحيث يطلب إجراء الإشهار التّكميلي، بل هي مجرّد عملية مراجعة للحكم الأصلي، ولا يفهم هذا الإجراء إلآ في حدود هذا الإطار، وعليه لا يعلّق أثر التّطهير على تاريخ صدور حكم المراجعة، بل إنّ التّاريخ المعتبر في ذلك هو تاريخ تقديم المطلب أو

التّصريح فيه بداية. ومن الممكن كذلك أن لا تشمل المراجعة كامل العقّار، ويكتفى بتعديل بعض التّنصيصات الجزئية أوبالغائها⁶⁹⁷ أو بإضافة أخرى.

لكن سلطة المراجعة الموكولة إلى الدوائر المجتمعة لا يمكن بأيّ حال أن تصل إلى حدّ مراجعة العناصر التي لم يقع إثارتها من طرف الطالب، كما إذا كانت الأسباب المستند إليها من طرف الطالب لا تمكّنه من ادّعاء الملكية، لكنّه تبين للمحكمة في نفس الوقت أنّ حكم التّسجيل لم يكن في طريقه، فهل يحقّ لها في مثل هذه الصّور رفض مطلب التّسجيل الأصلي ؟

يذكر بداية أنّ الإجراء المتّبع أمام المحكمة العقارية إجمالاً هو الشّكل الاستقرائي، متى يجوز إثارة جملة من العناصر والدّفع بأصول لم يتمسك بها الأطراف، لكنّ المسألة لا يمكن أن تصل إلى حدّ مراجعة الحكم الأصلي بدون طلب، حيث إنّ المجال لايسمح، كما لا يستبعد العمل بالإجراء الاستقرائي إجمالاً احترام بعض المبادئ الإجرائية الاستثنائية، بمعنى أنّ الدوائر المجتمعة لا تتعهّد بالملفّ في صورة المراجعة ولكن تتعهّد بالمطلب. فلا يحقّ لها إلّا النّظر في حدود الطّلبات وفي حدود الأسباب الواردة بالفصل 332 م.ح.ع. ولا تتعدّى سلطاتها إلى ما وراء المطلب، وإلّا خرجنا بسهولة من إطار الاستثناء الذي أراده المشرّع لأحكام المراجعة كما تقدّم.

ومهما كان مستوى المراجعة سواء كلياً أو جزئياً، فهو قرار باتّ ليس بعده قرار، وتأذن المحكمة في نفس الوقت بالتّشبيب على القيد الاحتياطي أو التّنصيصات الواردة بدفاتر المحكمة، وينقذ الحكم حسب صيغته الجديدة، ولا يعتدّ بالكتائب التي أبرمها المحكوم له بداية على أساس الحكم الذي تمّ نقضه، والعبرة بتاريخ التّصريح وتقديم المطلب بداية في فهم تاريخ التّطهير، وهو من أهمّ الآثار التي سبق شرحها. ويبدو أنّ إجراءات المراجعة لم تحقق المطلوب فقرّر المشرّع التّخليّ عنها وأبدلها بإجراءات التعقيب.

⁶⁹⁷ يراجع حكم المراجعة عدد 23 الصادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 5 ماي 1998، والقاضي

بتسجيل بعض القطع من جديد لفائدة ملك الدولة الخاص. المرجع السّابق، ص 174.

يراجع كذلك حكم المراجعة عدد 69 الصّادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 1 جويلية 1997، وقد

ألغى الجزء المتعلّق بحق المرور لا أكثر ولا أقلّ. المرجع السّابق، ص 184.

ب-إجراءات التعقيب المعتمدة

لم يمر أكثر من ثلاث عشرة سنة حتى قرّر المشرع من جديد التخلي عن إجراءات المراجعة تماما واعتمد لأول مرة في تاريخ القانون العقاري إجراءات التعقيب بالنسبة إلى أحكام التسجيل بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008⁶⁹⁸ وسحبها على جميع الأحكام الصادرة بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ، على أن تواصل الدوائر المجتمعة بالمحكمة العقارية النظر في مطالب المراجعة سواء المنشورة لديها قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ أو في الأحكام الصادرة قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ، وألغى القانون الجديد بالتالي الصيغة القديمة للفصل 332 م.ح.ع وأصبح هذا الفصل ينصّ على أنّ "أحكام المحكمة العقارية القاضية بالتسجيل أو الترسيم الناتج عن حكم التسجيل نهائية الدرجة وتقبل الطعن بالتعقيب لدى محكمة التعقيب. الطعن بالتعقيب يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه". ونقّح الفصل 351 م.ح.ع في اتجاه بيان الصورة في حالة عدم تعقيب الملف، وتقتضي الصورة إتمام إجراءات التنفيذ بعد فوات أجل الطعن بالتعقيب. وأضاف باب سادس جديد لمجلة الحقوق العينية تحت عنوان "في تعقيب أحكام التسجيل العقاري" وأورد من خلاله ثلاثة فصول 357 مكرّر و 357 ثالثا و 357 رابعا في تحديد مجال الطعن بالتعقيب (1) وإجراءات التعقيب (2).

1-مجال الطعن بالتعقيب

يقتضي تحديد مجال الطعن بالتعقيب بيان حالاته والأحكام الخاضعة لذلك.

-حالات التعقيب: أورد الفصل 357 مكرّر سبع حالات في الطعن بالتعقيب، وهي:

*أولا : إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

⁶⁹⁸ القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض أحكام مجلة الحقوق العينية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 11 نوفمبر 2008، عدد 91، ص.3997.

مخالفة القانون هو خرق القانون وهو المخالفة الواضحة للقانون. ولم يبيّن المشرع إن كان الخرق يشمل القواعد الأصلية أو الشكلية. كما لم يبيّن إن كان الخرق يشمل النظام العام أو الإجراءات الأساسية أو مصلحة الخصوم. ويبدو أن مفهوم خرق القانون يمكن أن يشمل جميع القواعد الأصلية والشكلية. ويمتدّ نظر محكمة التعقيب في المراقبة الشكلية إلى جميع الإجراءات الحكيمة الخاصة بالقرار موضوع الطعن، لكنه لا يجوز أن يمتدّ نظر محكمة التعقيب إلى إخلالات لم يسبق إثارتها أمام محكمة القرار المنتقد إلا إذا كان الخلل قد تمثل في ذات القرار المنتقد. ويدخل في إطار هذه المراقبة الشكلية كلّ ما يتعلّق برفض المحكمة أو تجاهلها حسم أحد فروع الدعوى وموجبات تعليل الأحكام بجميع أحواله بما في ذلك غياب أو ضعف التعليل أو تحريف الوقائع أو تناقض القرار المطعون فيه.

ولكنّه يجب مهما كانت الصورة أن تكون الدفوعات أو المطاعن قانونية بمعنى أن الطعن يجب أن يكون في خرق قاعدة قانونية صرفة، فلا يقبل التمسك لأول مرّة من حيث المبدأ بمطاعن مختلطة بين القانون والواقع، ولا يقبل مطلقاً الدفع بأمور واقعية أو موضوعية. حيث إنّ كلّ مطعن يرمي إلى مناقشة محكمة الموضوع في صحّة ما اعتمدته من العناصر لتبرير قضائها، هو طعن مرفوض لتعلّقه بجدل موضوعي مشروع يبقى داخل إطار الاجتهاد المطلق لقضاة الأصل، وليس لمحكمة التعقيب أن تنقض مجرد الجدال طالما كان له أصل ثابت بالملفّ، وهي محكمة قانون تسهر على حسن تطبيقه وتأويله.

ومن المفروض كذلك أن لا تقبل المطاعن القانونية أول مرّة أمام محكمة التعقيب، إذا كان من الممكن التمسك بها أمام محكمة القرار المنتقد. فلا يمكن أن يتمسك بها المعقب إذا لم تكن محلّ مناقشة أمام محكمة القرار المنتقد وكان من الممكن الدفع بها. ولكنّه يجوز التمسك بجميع العناصر القانونية استثناءً للقاعدة إذا كانت قواعد أمر لها علاقة بمفهوم النظام العام، مثل مسألة الاختصاص وغير ذلك من الصور. فإذا كان للمطاعن علاقة بالنظام العام

يجوز التمسك بها أول مرة أمام محكمة التعقيب حتى ولو لم يسبق الدفع بها أو مناقشتها أمام محكمة الأصل.

ويقصد بالخطأ في تطبيق القانون هو الخطأ في تأويل القاعدة القانونية، وهذا هو الفرق بين خرق القانون والخطأ في تطبيقه. حيث إنّ القواعد الموضوعية وكذلك القواعد الإجرائية تستجيب لقواعد تأويل محدّدة، ويجب على محكمة القرار المنتقد أن تتقيّد بحدود أحكام التأويل في القواعد الأصلية أو الإجرائية.

*ثانياً: إذا كان الحكم صادراً فيما يتجاوز اختصاص المحكمة التي أصدرته.

وهي الحالة التي تشمل عدم اختصاص محكمة القرار المنتقد في النظر في القضية موضوع الطعن كما في صورة أن تنتظر محكمة الناحية في قضايا استحقاقية وتؤيدها المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئناف أو تنتظر المحكمة الابتدائية في قضية كف شغب وهي من اختصاص محكمة الناحية وتؤيدها محكمة الاستئناف في ذلك. وتمتدّ حالة عدم الاختصاص كذلك إلى مخالفة المحكمة شروط انعقاد المحكمة، كما أن يتغيب أحد أعضاء الهيئة أو لا تقع الإشارة بنسخة الحكم إلى أسماء القضاة، وغير ذلك من الحالات في نظام لائحة الحكم ونسخة الحكم الأصلية.

*ثالثاً: إذا كان هناك إفراط في السلطة.

إنّ تجاوز السلطة مفهوم يختلف عن معنى عدم الاختصاص، حيث إن انعدام الاختصاص يخرج القضية أصلاً من دائرة اختصاص و تعهّد المحكمة، أي أن المحكمة تكون غير مختصة منذ البداية، كما أن تحال قضية افتكاك الحوز بالقوة إلى المحكمة الابتدائية، في حين أن تجاوز السلطة هو مفهوم ينصرف إلى كلّ ما تأتية المحكمة من عمل يتجاوز حدود نظرها بالرغم من اختصاصها بالنظر في النزاع موضوع التعهد، كما أن تتخذ محكمة الناحية في إطار نظرها في قضية افتكاك الحوز بالقوة، وهي مختصة بالنظر في هذه القضية، إجراء يقضي بإلزام الإدارة بالقيام بعمل محدّد أو أن تشمل المحكمة

بالحكم أشخاصا ليسوا أطرافا بالدعوى أو أن يشمل القرار أعمالا لم تكن محلّ تتبع.

*رابعاً: إذا لم تراعى في الإجراءات أو في الحكم الصيغ الشكلية التي رتب القانون على عدم مراعاتها البطلان أو السقوط.

السقوط هو جزاء عدم احترام الآجال الإجرائية، وهو يتعلّق بالمرافعات أي انطلاقاً من عريضة الدعوى إلى حدّ صدور الحكم فالطعن فيه⁶⁹⁹، وهو يتعلّق بالآجال الناقصة فقط⁷⁰⁰، وخاصة ما يتعلّق بآجال الطعن⁷⁰¹. ويعبّر عنه بالسقوط الإجرائي l'echéance لأنه يسقط الحقّ بصفة نهائية في اتخاذ الإجراء ذاته خلال المرافعات⁷⁰². والقاعدة أنّ السقوط لا يقبل الانقطاع أو الزّفع⁷⁰³، وهو يتعلّق بالنظام العام على معنى الفصل 13 م.م.م.ت⁷⁰⁴، فلا يمكن الاتفاق حوله، فقط أنّ المشرّع بإمكانه التدخّل لبيان مواطن الزيادة في الآجال أو نقصانها مثل الزيادة بسبب المسافة⁷⁰⁵ أو بسبب الأعياد والعطل الرسمية⁷⁰⁶، ولا يهمّ إن كان الخلل حدث بسبب إهمال أو عدم تبصّر. ولا يتأثّر هذا الأجل بالقانون الجديد في صورة تعديله، بل يبقى خاضعاً لأحكام القانون القديم. ولا يطرح الإشكال إذا أشار المشرّع إلى حالات السقوط مثلما فعل بالنسبة

699 أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 519.

700 تهدف الآجال الناقصة إلى تعجيل الفصل في الخصومة بمعنى أن يفرض القيام بالإجراء قبل نهاية الأجل المحدّد، فهي من المسقطات مثل آجال تقديم الطعون وآجال تقديم المذكرات والملاحظات. ونمير عادة بين الآجال التنظيمية والآجال الحتمية والآجال اللازمة وغير اللازمة والآجال الناقصة والآجال الكاملة. ومن أهمّ أهداف هذه الآجال أنّها تحمي أهمّ المبادئ الإجرائية في حقّ الدفاع وفي حقّ المواجهة.

701 ويقال إنّ السقوط الإجرائي ظهر أوّل مرّة بالقانون الفرنسي عدد 16 المؤرّخ في 26-8-1790 المتعلّق بخفض مدّة الطعن بالاستئناف، حيث لم يكن القانون الروماني يميّز بين السقوط والتّقديم بل وضع جزاء وحيداً: prescriptio.

رضا بالحاج عمر: الآجال في الدعاوى القضائية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة، كلية الحقوق بسوسة، 1997-1998، ص 158 وما بعد.

702 الفصلان 155-196 م.م.م.ت

703 إلّا في حالة وفاة المدّعي (الفصل 142 م.م.م.ت) أو القوّة القاهرة.

704 المشرّع الفرنسي وخلافاً للمشرّع التونسي فرّق بين السقوط الوجوبي ويهمّ النظام العام والسقوط الاختياري ولا يهمّ النظام العام. رضا بالحاج عمر، المرجع السابق، ص 167.

705 الفصلان 70 و 141 م.م.م.ت.

706 الفصول 141-143-195 م.م.م.ت

إلى آجال الاستئناف والتعقيب وإعادة النظر⁷⁰⁷، لكنه من الممكن أن يستشكل الأمر إذا سكت المشرع عن الجزاء، وربما كان الحل يقتضي أن ينص المشرع صراحة على حالات السقوط، وأن لا يعتد بهذا الجزاء إلا إذا نص المشرع على ذلك لأنه جزاء حاد لا يجب أن يبقى محل جدل⁷⁰⁸.

وبتميز السقوط الإجرائي عن مواعيد السقوط forclusion وعن سقوط الخصومة péremption d'instance والتقدم المسقط prescription وإن كان البعض لا يميز بوضوح بين السقوط الإجرائي ومواعيد السقوط⁷⁰⁹. فالمعلوم أن مواعيد السقوط هي مواعيد محدّدة délai préfix مثل الآجال في رفع الدعوى الحوزية أو دعوى الشفعة أو دعوى التعويض⁷¹⁰، وهي مواعيد سابقة عن رفع الدعوى، يؤدّي عدم مراعاتها إلى سقوط الحق بصفة نهائية في رفع الدعوى وليس الحق في الإجراء كما تقدّم بالنسبة إلى السقوط الإجرائي. وبهذا المعنى فهي أقرب إلى الموضوع أكثر من الإجراءات مثل صورة التقدم. وهي بذلك تقبل القطع والوقف⁷¹¹. ويبقى التقدم المسقط⁷¹² جزاء مرور الزمن وعدم التبصر

الفصول 143-195-185-158 م.م.م.ت

707

708 طرحت عدّة فصول مثل الفصل 134 والفصل 186 م.م.م.ت عدّة نقاشات بسبب عدم وضوح موقف المشرع. وقد ذهب البعض إلى جواز القول بالسقوط حتى بالنسبة إلى الحالات الغامضة، لكن محكمة التعقيب ذكرت في عدّة مناسبات بأن المشرع التونسي لم يبق الحرية إلى المحكمة لإثارة بعض حالات السقوط بل حددها نصاً وعلى قضاة الأصل مراعاة هذه الجوانب. قرار تعقيب مدني عدد 35107 المؤرخ في 21-9-1992، م.ق.ت، عدد 9، 1993، ص 95.

709 Jean Vincent, S.Guinchard : procédure civile, op.cit., p.604, n°694.

710 Vasseur.M :Délai préfix, de prescription, délai de procédure, revue trimestrielle de droit civil 1950, dernier numéro, n°15 et suiv.

711 لا يحسب اليوم الأوّل في الآجال واليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة، وتطبق أحكام الفصول 140 م.ا.ع وما بعد. وتشمل حالات الوقف القصّر (الفصل 390 م.ا.ع) والمفقود (الفصل 393 م.ا.ع) وبشمل الانقطاع حالة الفصلين 396 و397 م.ا.ع.

والملاحظ أنّه لا وجود لرأي واحد في شأن مواعيد السقوط. فهناك شق لا يميز بين التقدم ومواعيد السقوط، كلاهما يقوم على فكرة الإهمال ويتناول الحق نفسه. وهناك من يميز بين آجال السقوط والتقدم. " فقد ذهب بعض الشراح إلى أن مواعيد السقوط متميزة عن مواعيد التقدم لأن الغرض الذي رعاه القانون بالنسبة إلى مواعيد السقوط هو اعتبارها شرطاً لمباشرة عمل معين أو للارتفاع برخصة، ولم يقصد مجازاة إهمال صاحب الشأن فيها، بل قصد وضع حدّ يمكن فيه مباشرة العمل على وجه السرعة، فالسقوط لا يقوم على فكرة الإهمال، بل يقوم على فكرة وجود أجل قانوني يتناول الحق نفسه ويسقطه." على أحمد حسن: التقدم في المواد المدنية والتجارية، نشر منشأة المعارف بالاسكندرية، ص 35 فقرة 17.

712 على أحمد حسن: التقدم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 267 وما بعد، فقرة 315 وما بعد.

والإهمال، وربما يحمل في طبيّاته قرينة على الدّفع، فهو بذلك يتعلّق بالموضوع وليس بالإجراء، لكنّه يسقط الدّعى ولا يسقط الحق⁷¹³. وقد قيل قديما إنّ التّقديم يسقط الدّعى والحقّ معا، ولكنّ جانبا من ذلك الفقه كان يقرّ ببقاء حقوق طبيعيّة باعتبار أنّ الالتزام يتضمّن جانبا من المسؤوليّة وجانبا من المديونيّة، فتسقط المسؤوليّة بتقادم الدّعى وتبقى المديونيّة، ويرى البعض في هذه المديونيّة التزاما مدنيّا منقوصا⁷¹⁴، في حين يرى فيه البعض الآخر التزاما أخلاقيا⁷¹⁵. ويبدو أنّ المشرّع التونسي اعتمد النّظرة الحديثة في سقوط الدّعى دون الحقّ (الفصلان 384-389 م.ا.ع)، على أنّ سقوط الدّعى لا ينفي بقاء التزام طبيعي على معنى الفصلين 74 و 78 م.ا.ع⁷¹⁶. ورغم ظاهر التّقديم المسقط في أنّه يتعارض مع الأخلاق والعدل والإنصاف فإنّ الفقه كثيرا ما يلجأ إلى فكرة التّنازل وقرينة الوفاء وحثّ العقوبة لتبرير مقتضيات التّقديم. والحقيقة أنّ التّقديم فرض رغبة في استقرار المعاملات وربما لمساعدة البعض في ترك جانب من الدّيون المتركمة. لكنّ ذلك لا يعني أنّ أحكام التّقديم تتّصل بالنّظام العام وإن كانت المصلحة العامّة من غاياته. فيمكن من حيث المبدأ الاتفاق على الزيادة أو النقصان في آجاله ولا يقوم مرور الزّمان بنفسه في سقوط المطالبة بل يقوم به من له مصلحة فيه، وليس للحاكم أن يستند إليه من عند نفسه (الفصل 385 م.ا.ع)، ويعود للغريم والكفيل والمتضامن والورثة الحقّ في التمسّك بالتّقديم (الفصل 387 م.ا.ع). ولا يتحقّق التمسّك بأحكامه إلّا عن طريق الدّفع باستثناء صورة الدّعى

⁷¹³ وهو نفس المفهوم الذي أراده الفقه الإسلامي حيث إنّ الحقوق لا تتقادم بالفقه الإسلامي " فلا يبطل حقّ امرئ مسلم وإن قدم"، لكنّ الإهمال يمكن أن يؤدّي إلى منع المدّعي من عرض قضيتّه. محمّد عبد الجوّاد محمّد، ملكيّة الأراضي في ليبيا، المرجع السّابق، ص 317 فقرة 227.

⁷¹⁴ Nicolas.Molfessis :L'obligation naturelle devant la cour de cassation. Remarques sur un arrêt rendu par la première chambre civile, le 10-10-1995, Dolloz 1997, ch., p. 85.

H.Motulski : Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect de la défense en procédure civile in mélanges Roubier, 1961, T 2, p.17.

⁷¹⁵ علي أحمد حسن، المرجع السّابق، ص 373 وما بعد..

Hassan Ferkh : Le rapport des obligations naturelles à la morale ou la tendance objective de la jurisprudence, Gaz.Pal.7-1-1997. Doctrine, p. 13.

⁷¹⁶ محمّد الشّرفي، مدخل لدراسة القانون، المرجع السّابق، ص 294 وما بعد.

المستقلة التي يمكن أن يرفعها الدائن عملاً بأحكام الفصل 306 م.أ.ع. وتبقى الإمكانية واردة سواء أمام المحاكم الابتدائية أو الاستئنافية، لكنه لايجوز الدّفع به لأول مرة أمام محكمة التعقيب بطبيعة الحال. ولا يسوغ ترك حق التمسك بهذا الحق قبل حصوله، فإذا انقضى الزمان ساغ التّرك سواء صراحة أو ضمناً. وإذا تدخل المشرّع لتعديل هذه الآجال فالقاعدة أن يعتبر الأجل الجديد مع حفظ الحقوق المكتسبة.

ويختلف معنى السقوط الإجرائي عن مفهوم سقوط الخصومة الذي عُرِف بالقانون الروماني ونقلته التشريعات الحديثة وأورده المشرّع التونسي بالفصول 241 م.م.ت تحت عنوان معطلات النّوازل. فإذا مضت على تعطيل القضية بسبب وفاة أحد الخصوم أو فقده أهلية الخصومة أو موت نائبه القانوني أو زوال صفة النيابة مدّة ثلاث سنوات بدون أن يقع طلب استئناف النّظر فيها سقطت الخصومة ولكلّ ذي مصلحة من الخصوم أن يطلب الحكم بسقوطها. فهو دفع شكلي يختلف بطبيعة الحال عن الدّفع بعدم القبول. ويتلخّص من ذلك أنّ السقوط الإجرائي هو الجزاء المناسب لعدم مراعاة الآجال الحتمية والنّاقصة المفروضة قانوناً على خلاف مواعيد السقوط والتّقادم المسقط وسقوط الخصومة.

بقي أنّ الجوانب الشّكلية في الإجراءات يمكن أن تلقى جزاء مماثلاً وهو البطلان الذي يميّز بنظامه عن مفهوم السقوط. وقد ذهبت مجلة الإجراءات المدنية لنظام وسط على معنى الفصل 14 م.م.ت، وتركت الأنظمة التهديدية والشكلية، حيث نصّ الفصل 14 م.م.ت على أنّ الإجراء يكون باطلاً إذا نصّ القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النّظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها. أمّا مخالفة القواعد التي لا تهمّ غير مصالح الخصوم الشّخصية فلا يترتّب عنها بطلان الإجراء إلّا متى نتج عنها ضرر للمتمسك بالبطلان وبشرط أن يثيره قبل الخوض في الأصل. معنى ذلك أنّ البطلان يكون آلياً في حالة التّنصيب على البطلان أو النّظام العام أو الإجراءات الأساسية، وما زاد على ذلك فلا بطلان بدون ضرر. فقط أنّ القاضي يبقي لنفسه جانبا من الاجتهاد في حالة تعريف النّظام العام

والإجراءات الأساسية. ولا تكون قاعدة لا بطلان بدون ضرر إلا بالنسبة إلى الأعمال التي تتعلق بالمصلحة الخاصة ويُشترط إثارتها قبل الجواب عن الدعوى. ورغم الاختلاف بين البطلان الموضوعي والبطلان في الإجراءات فإن المشرع التونسي اعتمد بوضوح التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي على المستوى الإجرائي، أي البطلان الوجوبي من ناحية والبطلان الاختياري من ناحية أخرى، فالأولى لها علاقة بالنظام العام والإجراءات الأساسية والثانية لها علاقة بمصلحة الخصوم.

والمعروف أن مفهوم المصلحة الخاصة مفهوم ينصرف لجانب من جوانب حق الدفاع دون المساس بطبيعة العمل ومميزاته، لكن بشرط إثبات الضرر وهو في نهاية الأمر سقوط حقّ الدفاع. على خلاف مفهوم النظام العام الذي يرتبط بمعنى المصلحة العامة وخطورة الإجراء ودرجة تأثيره في الإجراءات. ويتفق الفقهاء على أن النظام العام يرتبط بالنظام القضائي مثل الاختصاص الحكمي، وما يتعلق بالدعوى وبالإجراءات في مفهومها الضيق فيبقى مرتبطاً بالمصلحة الخاصة، فقط إذا كان من شأن هذه الاختلالات أن تمسّ بأهم القواعد الأساسية للمجتمع وبحسن إدارة مرفق العدالة فإن المسألة يصبح فيها جانب من النظام العام. ويبقى المعيار مرتبطاً في نهاية الأمر بهدف الإجراء، فإذا أصاب الخلل مصلحة يعتبرها المشرع هامة لدرجة لا يمكن النزول عنها فالأكيد أنها حالة النظام العام، والعكس بالعكس. والأكيد أن أغلب الشكليات التي لها علاقة بالدعوى والإجراءات في مفهومها الضيق هي إجراءات لها طابع المصلحة الخاصة. ومن ثمّ فإنّ مناط النّظام العام يكمن في الغاية التي من أجلها وضع الإجراء، فإذا كان المقصود منه حماية مصلحة عامة اعتبر من النّظام العام، فالقواعد المتعلّقة بنظام الاختصاص والاختصاص الحكمي والوظيفي تهّم النّظام العام لأنّها ترمي إلى تنظيم القضاء كمرفق. ويتعيّن الأخذ بعين الاعتبار الصيغ المستعملة في تحرير النصّ واستحضار المبادئ الإجرائيّة العامّة في المساواة والحقّ في الدّفاع لتقدير مفهوم النّظام العام. ولا شكّ في أنّ النّظام العام يختلف عن الإجراءات الأساسيّة حيث ترتبط الصفة الأساسيّة بسبب وجود العمل

الاجرائي الذي يبدو ضروريًا لإنهاء موضوعه، حيث إنّ المظهر الأساسي للعمل الإجرائي مرتبط بكنه وجوده وبما هو لازم لتحقيق موضوعه. فترتبط العلاقة الأساسية بجوهر وجود العمل الاجرائي ووظيفته، مثل الاستدعاء الذي يتولاه العدل، فإذا لم يكن ممضى فإنه يُعد غير موجود بحكم انحصاره عن سبب وجوده وفقدانه لوظيفته، ولا شك في أن المشرع أسند مهمة الاستدعاء إلى العدل، أي أن يكون الاستدعاء بطريقة رسمية، ولا أقلّ من ذلك. ويبرر العمل الأساسي بالتالي بدرجة وأهمية الوظيفة على خلاف الإجراءات الثانوية. وبذلك فإنّ الإجراءات الأساسية ترتبط بحسن سير الإجراءات على خلاف النظام العام الذي يرتبط بحسن سير تنظيم العدالة. فهي بذلك إمّا أن ترتبط بمصلحة الخصوم أو أن تتبوأ درجة بين مصلحة الخصوم والنظام العام.

*خامسا: إذا صدر حکمان أو أكثر بالتسجيل في ذات العقار.

من الممكن أن يصدر الحكم بالتسجيل في خصوص بعض المطالب العادية أو بعض القطع المسحية، والحال أنه سبق تسجيلها. ويفترض في الحالة الأولى أن تتغافل مصلحة قيس الأراضي عن إثارة مسألة سبق تسجيل العقار موضوع المطلب، أو أن يكرّر الرّقم المسحي في الصّورة الثّانية في أغلب الصّور. فيصدر الحكم بالتسجيل حينئذ في نفس العقار مرّتين.

*سادسا: إذا صدر الحكم على فاقد الأهلية دون أن يقع تمثيله في القضية

تمثيلا صحيحا أو وقع تقصير واضح في الدّفاع عنه وكان ذلك هو السبب الأصلي أو الوحيد في صدور الحكم المطعون فيه وذلك مع مراعاة مقتضيات الفصلين 329 و330 م.ح.ع.

تقتضي الإجراءات العقارية الواردة بالفصلين 329 و330 م.ح.ع أن يسهر القاضي المقرر على حماية حقوق القصر والغائبين وأن يسعى الجميع إلى ضمان حقوقهما بتسجيل الاعتراضات الضرورية في حقهم. ويبدو أن المشرع لم يكتف بهذا الدور وفرض ضرورة أن يمثل القاصر طبق القانون وأن تباشر في حقه جميع الإجراءات القانونية ضمانا لحقوقه الخاصة.

*سابعاً: إذا انبنى الحكم المطعون فيه على أدلة ثبت جزائياً زورها أو تدليسها بحكم نهائي، ولا يقبل التعقيب إذا ثبت اكتساب ملكية العقار من الغير حسن النية.

والقصد من ذلك أن يتناقض الحكم العقاري مع الحكم الجزائي، كما إذا تأسس حكم التسجيل على رسوم ثبت جزائياً تدليسها، أو حتى على بيّنة ثبت زورها⁷¹⁷، شرط أن تكون الأساس في الحكم. ويشترط أن يكون حكماً نهائياً، بمعنى أن تستنفذ طرق الطعن العادية، ويصبح الحكم قابلاً للتنفيذ. ولا يمكن بالتالي طلب التعقيب بمجرد تقديم شكاية أو فتح تحقيق⁷¹⁸. وحتى إذا حصل الطالب على هذا الحكم النهائي، فلا يقبل التعقيب نهائية إذا ثبت اكتساب ملكية العقار من الغير حسن النية. ويكتفى في مثل هذه الصورة ببقاء الملكية على حالها أول مرة يوم إقامة الرسم.

ويلاحظ من ذلك أن المشرع أخذ عن نظام المراجعة السابق حالتين، وهي حالة صدور حكمين في الغرض وحالة تدليس الأدلة، وأخذ الحالات الخمسة الباقية من الفصل 175 م.م.ت الخاص بحالات الطعن بالتعقيب. ويمكن القول إنه أخذ ست حالات من ذلك الفصل لأن صورة تناقض الأحكام ليست صورة خاصة بالمراجعة بل حالة من حالات التعقيب أوردها الفصل 175 م.م.ت. ولم يتخلف من ذلك الفصل إلا صورة الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو أغفل الحكم في بعض الطلبات أو كان الحكم مشتملاً على أجزاء متناقضة، وهي الحالة السادسة بالفصل 175 م.م.ت، ربّما بسبب الطبيعة الاستقرائية للإجراءات المعتمدة أمام المحكمة العقارية. وتخلّى المشرع بالتالي عن باقي الصور التي كانت معتمدة في المراجعة وهي صورة وجود حكم

⁷¹⁷ راجع الفصول 172 وما بعد، والفصول 199 وما بعد م.ج.

⁷¹⁸ قرار رفض مطلب المراجعة عدد 124 الصادر عن رئيس المحكمة العقارية بتاريخ 4/3/1996، المرجع السابق، ص 212.

"... وحيث إن طلب المراجعة الذي يركز على التدليس ينبغي أن يكون مركزاً على وجود حكم بالتدليس لا مجرد إثارة لطلب تتبع من أجل التدليس وإنما تبقى الطاعنة على حقها في طلب المراجعة متى صدر حكم جزائي فعلاً ضد من صدر لفائدته الحكم بالتسجيل طبقاً لأحكام الفصل (332) (جديد من مجلة الحقوق العينية مما اتجه معه والحالة ما ذكر رفض طلب المراجعة".

مدني اتّصل به القضاء متناقض مع الحكم العقاري سبق إضافته إلى ملفّ التسجيل وصورة إذا لم يعتمد الحكم وثائق كانت مطروفة بالملفّ ولها تأثير مباشر من شأنه أن يغيّر وجه الفصل في القضية.

-الأحكام الخاضعة للطعن بالتعقيب: نصّ الفصل 357 مكرّر م.ح.ع في فقرته الأولى على أنّه "يمكن الطّعن بالتعقيب في الأحكام القاضية بالتسجيل أو بالترسيم الناتج عن حكم التسجيل لدى محكمة التعقيب". وبذلك كان المشرّع واضحاً في إقصاء الأحكام الصادرة في مادة التحيين العقاري والأحكام الصادرة إثر الطّعن في قرار مدير الملكية العقارية طبق الفصل 388 م.ح.ع، ولم يبق إلا الأحكام الصادرة في مادة التسجيل العقاري سواء كانت صادرة بتسجيل العقار فقط أو بالتسجيل وترسيم الحقوق حيث يمكن للمحكمة أن تأذن بترسيم الحقوق الحاصلة بعد تقديم مطلب التسجيل إذا ما تداخل صاحبها بالمطلب على معنى الفصل 350 م.ح.ع. ولهذا الغرض نصّ المشرّع على الأحكام القاضية بالتسجيل أو بالترسيم الناتج عن حكم التسجيل. وهذا ما يعرف بالترسيمات المترامنة مع حكم التسجيل الذي يجب تمييزها بعناية عن الترسيمات الإدارية اللاحقة التي يتولاها مدير الملكية العقارية. ويدخل في ذلك كلّ ما يتعلّق بالتسجيل بما في ذلك التسجيل الاختياري والتسجيل الإجمالي. وهي الأحكام المقصودة بالطعن، ولا يمكن بحال أن يذهب الفهم إلى أكثر من ذلك، فذلك ما قصده المشرّع. ولا يمكن أن تدفع كلمة الترسيم المستعملة إلى الجدل أو النقاش، لأنّ عبارة النصّ كانت واضحة ولا تحتاج إلى تأويل. ولا يدخل في ذلك الأحكام القاضية برفض المطلب أو ما شابه ذلك، لأن المشرّع نصّ صراحة على الأحكام القاضية بالتسجيل أو بالترسيم الناتج عن حكم التسجيل، ولم يشر إلى الأحكام القاضية بالرفض. فلا يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام القاضية بالرفض، لأنّه يبقى دوماً من الممكن إعادة الطّلب فيها أمام فروع المحكمة العقارية.

2-إجراءات التعقيب

تقتضي إجراءات الطعن بالتعقيب بيان إجراءات تقديم المطلب قبل الحديث عن البتّ فيه.

-إجراءات تقديم مطلب التعقيب: وضع المشرّع واجبات على عاتق الطالب وأخرى على عاتق المطعون ضده وثالثة على عاتق كاتب المحكمة. أما بالنسبة إلى الواجبات المحمولة على الطالب، فقد ألزم المشرّع بتقديم الطعن ممن له الصفة وفي أجل معيّن وطبق شكل خاص وإلى جهة معيّنة. فلا يمكن الطعن إلا ممن كان طرفاً في الحكم المطعون فيه أو ورثته، ويدخل في ذلك طالب التسجيل والمتداخل والمعارض سواء كان التداخل أو المعارضة مقبولا أو مرفوضا. ويحلّ الورثة محلّ المتوفّي منهم في الطلب. لكنّه بالنسبة إلى حالة صدور عدّة أحكام في نفس العقار يمكن تقديم الطلب من النيابة العموميّة بعد إعلامها ممن يهّمه الأمر أو من قبل ديوان قيس الأراضي. مع بقاء الإمكانية قائمة للأطراف في الطعن مباشرة. كما أنّه بالنسبة إلى حالة تدليس الكتائب يمكن أن يرفع الطلب ممن له مصلحة تجاوزا لمفهوم الطرف في الحكم.

ويجب الطعن في أجل لا يتجاوز الستين يوما من تاريخ صدور الحكم ويسقط الطعن بمضي هذا الأجل، وتسري بداية الستين يوما في صورة تدليس الكتائب من تاريخ صدور الحكم الجزائي النهائي ويبقى الأجل مفتوحا بالنسبة إلى صورة تعدّد أحكام التسجيل في العقار الواحد.

ويرفع الطعن بعريضة كتابيّة تتضمّن صفة الطالب وتاريخ وعدد ونصّ الحكم العقاري المطعون فيه وطلباته، وتكون مصحوبة بما يفيد تأمين مبلغ ثلاثين دينارا لدى قابض المائيّة بعنوان الخطية الواجب تسليطها عليه في صورة رفض طعنه، ويعفى من هذا التأمين الدولة والمسعفون بالإعانة العدليّة، ويجب أن تقدّم العريضة بواسطة محامي لدى التعقيب باستثناء صورة الطعن بواسطة النيابة، فلا يسري واجب تكليف محامي في صورة رفع المطلب بواسطة النيابة العموميّة في حالة تعدّد الأحكام في العقار الواحد.

ويجب أن يقدّم المطلب إلى كتابة المركز الأصلي أو الفرعي للمحكمة العقاريّة الذي أصدر الحكم المطعون فيه، فقد يصدر الحكم عن المركز الأصلي

فيقدّم المطلب إلى المركز الأصلي وقد يصدر عن الفرع فيقدّم الطلب إلى الفرع، ولا يمكن تقديم المطلب إلى الأصل وقد صدر الحكم عن الفرع.

وبعد تقديم المطلب في الأجل يجب على محامي الطاعن الحضور بمكان الطعن في أجل شهر من تاريخ استدعائه من قبل كاتب المحكمة ليتسلم نسخة الحكم وإذا لم يحضر في ذلك الأجل سقط الطعن⁷¹⁹. وعلى الطاعن خلال أجل لا يتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ تسليم نسخة الحكم العقاري على ما تقدّم أن يقدّم إلى كتابة محكمة التعقيب وليس كتابة الفرع: أولا نسخة من الحكم المطعون فيه مع صورة من الوصل في تسلمه من كتابة المحكمة الفرعية أو الأصلية، ثانيا مذكّرة من محاميه في بيان أسباب الطعن بصورة توضح نوع الخلل المقصود من الطعن وتحديد مرماه مع ما له من مؤيّدات، ثالثا ما يفيد تبليغ المعقب عريضة الطعن وأسبابه إلى المعقب ضدّه المحكوم له بالتسجيل أو خلفائه بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة عدل منفذ. وإذا لم يقدّم تلك الوثائق سقط الطعن.

وبلاحظ أنّ الطالب مهّد بالسقوط في ثلاث حالات، في صورة تقديم الطلب خارج الأجل وفي صورة عدم حضوره في أجل شهر لتسلم نسخة الحكم وفي صورة عدم تقديم نسخة الحكم والمذكّرة وما يفيد التبليغ في أجل ثلاثين يوما من تاريخ تسليم نسخة الحكم العقاري.

أمّا بالنسبة إلى الواجبات المحمولة على الكتابة، فهي تشمل كتابة الفرع وكتابة محكمة التعقيب، فبمجرد تلقي عريضة الطعن التعقيب يتولى كاتب الفرع أو المركز بالمحكمة العقارية توقيعها وينص على تاريخ تقديمها ويقبدها حالا بدفتر خاص معدّ للغرض ويسلم وصلا فيها متضمنا تاريخ تقديمها ويعلم بها فورا كتابة محكمة التعقيب بأي وسيلة تترك أثرا كتابيا، وعادة ما يكون ذلك بواسطة الفاكس. ولا يقبل كاتب المحكمة عريضة الطعن إلا إذا قدّم له الطاعن وصلا من قابض التسجيل يفيد تأمينه ثلاثين دينارا بعنوان الخطية الواجب تسليطها

719 لكنه يجب أن يتوفر بالملف ما يفيد الاستدعاء. وذلك يعني أنه في غياب هذا الإثبات تبقى الآجال مفتوحة.

عليه في صورة رفض طعنه باستثناء حالة الإعفاء. وعليه كذلك استدعاء محامي المعقب بواسطة أعوان السلطة الإدارية وتسليمه نسخة من الحكم المطعون فيه مقابل وصل يتضمن تاريخ التسليم ويضيف نسخة منه إلى ملف القضية ويجب توجيه ملف القضية إلى كتابة محكمة التعقيب في أقرب الآجال، وبمجرد وصول الملف إلى كتابة محكمة التعقيب يتولى الكاتب تقييد القضية بالدفتر المعد لذلك، لتتواصل الإجراءات بعد ذلك وإلى نهايتها أمام كتابة محكمة التعقيب.

أما بالنسبة إلى واجبات المطعون ضده، فقد رأى المشرع أن يمكنه من الرد على مذكرة الطعن وذلك بواسطة محام لدى التعقيب وفي آجال محدّدة، فعلى المعقب إذا أراد الجواب أن يقدم بواسطة محام لدى التعقيب إلى كتابة محكمة التعقيب مذكرة في دفاعه ومؤيّداته بعد اطلاع محامي الطاعن عليها وذلك خلال مدة لا تتجاوز الثلاثين يوما من تاريخ تبليغه عريضة الطعن وأسبابه.

-البّت في مطلب التعقيب: تعيّن القضية المعقّبة لدى الدائرة المدنية المختصة، وتقع الجلسة بحجرة الشورى، ويمكن لمحكمة التعقيب أن تتخذ عدّة قرارات حسب الصور سواء على مستوى الشكل أو الأصل.

على مستوى الشكل، يمكن أن يرفض المطلب شكلا، إذا لم تحترم شكليات المطلب سواء من حيث صفة الأطراف أو الآجال أو الصيغة. وإذا قررت قبول المطلب تنظر من حيث الأصل ويمكن أن تتخذ ثلاثة حلول بعد المفاوضة، إما أن تقرر الرجوع في مطلب الطعن أو ترفض الطلب أو تستجيب للطلب.

فإذا قدّم الطالب مطالبا في الرجوع في الطعن، تستجيب المحكمة لطلب الرجوع في التعقيب وتعفيه من الخطيّة وتقضي بإرجاعها، ويلخص هذا القرار ويحال مع الملف إلى رئيس المحكمة الذي يحيله إلى الفرع المختص لإتمام إجراءات إقامة الرسم العقاري.

فإذا قررت رفض المطلب من حيث الأصل، يلخص القرار ويضاف إلى ملف القضية ثم يتولى كاتب المحكمة إحالته إلى رئيس المحكمة العقارية الذي يوجهه مع حكم التسجيل إلى إدارة الملكيّة العقارية لإحداث رسما للعقار المسجل.

وإذا قررت المحكمة نقض الحكم كلياً أو جزئياً تصرح في كل الحالات بإرجاع القضية إلى المركز الأصلي أو الفرعي للمحكمة العقارية الذي أصدر الحكم المطعون فيه لإعادة النظر فيما تسلط عليه النقض بواسطة هيئة أخرى. ويرجع القرار الذي تصدره محكمة التعقيب بالنقض الأطراف للحالة التي كانا عليها قبل الحكم الواقع نقضه في خصوص ما تسلط عليه النقض. وبعد تعهد محكمة الإحالة يمكن أن تتخذ نفس الموقف الذي ذهبت إليه محكمة التعقيب، ويبقى كذلك للطرفين حق الطعن فيه من جديد، ولكن إذا تمسكت محكمة الإحالة بنفس الموقف السابق ووقع الطعن في هذا الحكم بنفس السبب الذي وقع النقض من أجله أولاً، فإن محكمة التعقيب متألّفة من دوائرها المجتمعة تتولى النظر في خصوص المسألة القانونيّة الواقع مخالفتها من دائرة الإحالة وتحيل القضية على محكمة الإحالة من جديد إذا رأت وجهاً للنقض ويكون قرارها واجب الاتّباع في هذه الصورة. وفي جميع صور النقض مع الإحالة يوجّه كاتب محكمة التعقيب القرار إلى رئيس المحكمة العقارية الذي يحيله على دائرة الإحالة للنظر فيه من جديد بواسطة هيئة أخرى.

والواضح أنه بالإمكان اللّجوء إلى إجراءات الطعن بالتعقيب الواردة بمجلّة المرافعات المدنيّة بالفصول 175 وما بعد كلّما اقتضت الحاجة إلى ذلك، وقد نصّ المشرع فعلاً على أنّ إجراءات التعقيب الواردة بمجلّة المرافعات المدنيّة والتجاريّة تنطبق على قضايا تعقيب الأحكام الصادرة في مادة التسجيل العقاري بقدر ما لا تتعارض مع أحكام الباب السادس من مجلّة الحقوق العينيّة المتعلّق بتعقيب أحكام التسجيل العقاري. فلا شكّ في أنّ التطبيق سيّجّه إلى تطبيق آليّة التصديّ سواء على مستوى الدائرة المتعده أو على مستوى الدوائر المجتمعة، فتقضي محكمة التعقيب في الأصل كلّما كان المطلب جاهزاً للفصل في تعقيب المطلب للمرة الثانية بسبب مغاير عن السبب الأول أو لنفس السبب.

والحقيقة أنّ المشرّع لم يكن في حاجة إلى إعادة صياغة جميع الإجراءات المتعلّقة بالتعقيب، وكان يكفي الإشارة إلى الإجراءات الواردة بمجلّة المرافعات المدنيّة. كما أنّ أثر الطعن يبقى هو نفسه بالنسبة إلى إجراءات التعقيب، فتبقى

نفس الآثار التي سبق الإشارة إليها في باب المراجعة من حيث طبيعة الحكم العقاري وإمكانية الاحتجاج به ومن حيث أثر التطهير ومن حيث إيداع الكتائب اللاحقة وإحالتها خلال مباشرة أعمال التنفيذ.

لكنّ التغيير الوحيد سوف يتعلّق بالفترة التي يستغرقها النظر في الطعن، وفي ذلك عدّة آثار قانونيّة على مستوى استقرار الملكية، فالواضح أنّ فترة النظر في مطلب التعقيب ستكون بمثابة فترة الرتبة في نظام الإشهار العيني. فقد أراد المشرع بإقراره إجراءات الطعن بالتعقيب⁷²⁰ حماية مصلحة الخصوم على حساب المصلحة العامة وانحاز إلى ضمان عدة مبادئ إجرائية مرتبطة بحق الدفاع⁷²¹ لا تتماشى مطلقاً مع أسس الإشهار العيني وأهدافه، فقد تجاوز المشرع بإقراره إجراءات الطعن أسس النظام العيني المستندة نشأة إلى قواعد استثنائية لا تضمن ضرورة حق الدفاع وذلك بهدف تحقيق مصالح عامة وعلى رأسها استقرار الملكية.

وبعد الخلاص من إجراءات التّسجيل بجميع إجراءاتها، يطلب من المتعاملين في العقار المسجّل أن يدرجوا جميع العمليّات القانونيّة الواقعة على العقار بالسجلّ العقاري، ويتحقّق ذلك بمراعاة إجراءات خاصّة تسمّى إجراءات التّرسيم.

المبحث الثاني: إجراءات التّرسيم

⁷²⁰ ومنذ إقراره إجراءات المراجعة قبل ذلك.

⁷²¹ إنّ حقّ الدّفاع يعدّ من المبادئ القانونيّة العامّة أو هو من الحقوق الطبيعيّة التي تعطي الشخص حقّه في الإثبات قبل البتّ في النزاع وتعطي النزاع مظهر المواجهة. فهو مجموعة الامتيازات التي يمنحها القانون للشخص لتأمين مصالحه على امتداد أطوار نشر القضية. فيدخل في ذلك مبدأ الاطلاع، اطلاع المدعي أو محاميه على أوراق القضية، ومبدأ المواجهة، اطلاع المدعي على أوراق الخصم وإمكانية مناقشتها وردّها، ومبدأ المساواة، مساواة الطرفين من حيث الوسائل الممنوحة لكل منهما. فهو ما يحمل نهاية إلى محاكمة عادلة ومنصفة. وقد ضمن المشرع حق الدفاع بصفة مباشرة وغير مباشرة، حيث يبدو حضور المحامي ممكناً خلال جميع مراحل البحث والمحاكمة وبإمكان الطرف معرفة طبيعة الادعاء ومحتوى الملف وتقع المحاكمة طبق مبدأ المواجهة، وتخضع وسائل الإثبات لمبدأ النزاهة. وتبدو أهمية حق الدفاع بالغة، فهو من بين المبادئ العامة في الإجراءات، ذو قيمة دستورية، وأن أية مخالفة لمضامينه تجعل العمل باطلاً إذا لحق بالشخص شيء من الضرر على معنى الفصل 14 م.م.م.ت.

لا يتّخذ قرار التّرسيم إلّا بعد المرور بمراحل إجرائيّة، يتّجه بيانها في فقرة أولى (الفقرة الأولى)، لكنّ قرار التّرسيم ليس قرارا باتّا ويمكن الطّعن فيه (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: مراحل التّرسيم

يطلب من إدارة الملكيّة العقاريّة بداية أن تتلقّى المطالب وأن تسعى إلى تضمينها عند الاقتضاء، وتخضع الرّسوم والكتائب في مرحلة ثانية إلى الدّراسة والتّحقيق، ليتّخذ القرار المناسب سواء بالرفّض أو القبول. وفي نهاية الأمر تدرج الحقوق المتعلّقة به بالسّجل إذا كان الطّلب سليما، بدءا بتدوين الحقّ بدفتر الإيداع ومرورا بواجب نسخه بالسّجل وانتهاء إلى عمليّة المقابلة، وإذا ما تسرّبت بعض الأخطاء الماديّة، فمن الممكن إتمام الإصلاّح في وقته⁷²².

أ- تلقّي المطالب وتضمينها

من الضّروري أن يتوقّر بكلّ إدارة شبّاك خارجي يقوم من خلاله العون المكلف بتلقّي المطالب⁷²³. ويمكن أن ترد هذه المطالب عن طريق القباضات الماليّة (الفصل 394 م.ح.ع) أو عن طريق النّيابة العموميّة وحكّام النواحي (397 م.ح.ع)، أو عن طريق الإحالة من طرف بقيّة الإدارات الأخرى، أو عن طريق أصحابها. والأغلب أن تودع الصّكوك موضوع التّرسيم لدى الشّبّاك المعني عن طريق صاحبها مباشرة، ودون المرور عبر هياكل القباضة الماليّة لأنّ كثيرا منها لا يتطلّب التّسجيل.

وقد تدخّل المشرّع بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001 المتعلّق بتنقيح بعض الفصول من مجلّة الحقوق العينيّة والقانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرّخ في 11 نوفمبر 2000 المتعلّق بتنقيح التّشريع الخاص بالبعث العقاري، لتعديل جملة من الأحكام لها علاقة بضوابط التّرسيم.

فشمل تنقيح 2001 الفصل 358 م.ح.ع بأن أصبح لكلّ رسم عقاري معرّف يتكوّن من عدد رتبي واسم الولاية مرجع النّظر التّرابي، وألزم طالب

الفصل 390 م.ح.ع

722

تمّ تنظيم إدارة الملكيّة العقاريّة على أساس أن تقدّم الشّبّاك الخارجيّة مهمّة تلقّي مطالب التّرسيم والشّهائد وتحرير العقود ومهمّة وكالة المقايض ومهمّة التّوجيه والإرشاد.

723

التّرسيم بموجب الفصل 377 م.ح.ع جديد بأن يضمن بالكتائب المقدّمة للتّرسيم هذا المعرّف.

فلم تمرّ أكثر من عشر سنوات حتّى أعاد المشرّع صياغة الفصل 377 م.ح.ع بمناسبة الإصلاح التّشريعي الثّاني⁷²⁴ بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001، وأوضح أنّه يجب أن يحتوي الصكّ المقدّم للتّرسيم على جملة من البيانات⁷²⁵. وبدا المشرّع من خلال هذا التّقيح الأخير أكثر تنظيماً وإحكاماً بفصل البيانات الخاصّة بالأطراف عن المتعلّقة بموضوع الصكّ. وأورد عناصر جديدة تتعلّق أولاً بمعرّف الرّسم المتكوّن من عدد رتبي واسم الولاية مرجع النّظر مراعاة للجوانب المعلوماتيّة. ورأى المشرّع بمناسبة الإصلاح التّشريعي الثّاني إعادة صياغة أحكام الفصل 377 ثالثاً بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001⁷²⁶. ويلاحظ في جميع ذلك أنّ المشرّع حافظ على

⁷²⁴ سبق تنقيح الفصل 377 وكذلك الفصلان 377 مكرّر و 377 ثالثاً بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992. وحدّد البيانات التي يجب أن تدرج بالكتائب المقدّمة للتّرسيم والجهة المختصة التي تتولّى التحرير وهي على التّوالي عدل الإشهاد والمحامي وأعاون إدارة الملكيّة العقاريّة، وحدّد الجزاء وهو البطلان المطلق في صورة إذا لم تحرّر الكتائب من قبل من ذكر.

⁷²⁵ -أولاً: فيما يتعلّق بأطراف الصكّ يبيّن:
بالنسبة إلى الشّخص الطّبيعي: هويّته كما وردت بمضمون حالته المدنيّة أو بطاقة تعريفه الوطنيّة وحرفته ومقرّه وجنسيّته.
بالنسبة إلى الشّخص المعنوي: اسمه ومقرّمه الاجتماعي وشكله القانوني وجنسيّته وهويّة ممثله القانوني وعدد التّرسيم بالسّجل التجاري إن كان شركة وتاريخ التّصريح بالتّكوين وعدد التّأشير القانونيّة وكلّ بيان آخر يسهّل التّعريف عليه إن كان جمعيّة.
-ثانياً: فيما يتعلّق بموضوع الصكّ يبيّن:
اسم العقار ومساحته ومحتواه وعدد القطع الخاصّة والمشاركة المكوّنة له إذا كان مجزّءاً ونسب الملكيّة إذا كان مشاعاً.

معرّف الرّسم العقاري وعدد سند الملكيّة وتاريخه إن سبق تسليمه.
موضوع التّرسيم والتّحمّلات والارتفاعات الموظّفة له أو عليه ومراجع إيداعها بالرّسم العقاري وذلك ببيان تاريخ التّرسيم والإيداع والمجلّد والعدد.

⁷²⁶ وأصبح هذا الفصل ينصّ على أنّه يجب على محرّر الصّكوك الخاضعة للتّرسيم بالسّجل العقاري:
-أولاً: أن يعتمد في التّحرير على ما تثبته بيانات الرّسم العقاري.
-ثانياً: أن يستند في التّحرير إلى المعطيات الواردة بنموذج يضبط بأمر.
-ثالثاً: أن ينصّ بالصكّ على أنّه اطّلع على الرّسم العقاري وأشعر الأطراف بحالته القانونيّة وعدم وجود أي مانع قانوني للتّحرير.

-رابعاً: أن يمضي بالصكّ وينصّ به على اسمه ولقبه ومهنته وعنوانه وعدد بطاقة تعريفه الوطنيّة.
-خامساً: أن يتولّى تقديم الصكّ ومؤيّداته بما في ذلك سند الملكيّة المسلّم لصاحب الحق إلى قابض التّسجيل ويقوم بالإجراءات اللازمة للتّرسيم.

ويكون مسؤولاً عن مخالفته لأحكام هذا الفصل وللأحكام التّشريعيّة والتّربيّة المتعلّقة بالتّرسيم، وكلّ شرط يخالف ذلك لا عمل به. ولكلّ شخص تضرّرت حقوقه من مخالفة الأحكام الواردة بالفقرة السّابقة الحقّ في القيام على المحرّر بدعوى في غرم الضرر.

الفلسفة العامة في مسألة المحرّر عند مخالفته لهذه الأحكام، وما أضافه هو ضرورة التقيّد بنموذج يضبط بأمر، إلى جانب إدماج جملة من المفاهيم أصبحت متداولة بالقانون العقاري الحديث وخاصة فيما يتعلّق بسند الملكية.

فقد نصّ الفصل 364 م.ح.ع في شأن سند الملكية منذ تنقيح 1995 بموجب القانون عدد 10 المؤرّخ في 23 جانفي 1995 على أنّه يسلم لكلّ مالك سند مطابق للبيانات الثابتة بالرّسم العقاري ممضى ومصادق على صحّته من حافظ الملكية العقاريّة. وإذا ثبت ضياع السند أو تلفه يتولّى المالك نشر مضمون سند الملكية بالرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة وبصحيفة يوميّة وبعد مضي شهر من تاريخ النّشر يسلم المالك نسخة من السند تقوم مقامه وتجب الإشارة بالرّسم العقاري إلى تسليم النّسخة. وهذه الشّهادة وإن أرادها المشرّع قريبة من نظام كراس العقار الذي سبق أن وقع التّخلّي عنه سنة 1965⁷²⁷، فهي تختلف عنه من عدّة جوانب، ويمكن بالتّالي لكلّ مالك أن يحصل عليها ولو كان مالكا على الشّياع. وقد اقتضى هذا الحلّ تنقيح الفصول التي لها علاقة بهذا السند، فنصّ الفصل 316 م.ح.ع في صياغته الأخيرة بموجب التّنتيخ الواقع بمقتضى القانون عدد 34 لسنة 2001 على أنّ إدارة الملكية مكفّفة بتسليم سندات الملكية، كما نصّ الفصل 377 م.ح.ع جديد بموجب نفس القانون على أنّ الصكّ المقدّم للتّرسيم يجب أن يحتوي على " عدد سند الملكية وتاريخه إن سبق تسليمه "، ونصّ الفصل 388 الجديد من نفس التّنتيخ على أنّ إدارة الملكية لا يمكن أن ترفض تسليم سند الملكية لمن له الحقّ فيه، ورفضها يمكنّ المستفيد من الطّعن في قرار الرّفص أمام المحكمة العقاريّة، وأوجب الفصل 401 م.ح.ع جديد بموجب نفس التّنتيخ أنّه " إذا سلّم سند الملكية في الرّسوم المحيطة فلا يتمّ التّرسيم إلّا بتقديمه. ولا يسري ذلك على الأحكام القضائيّة والصّكوك الإداريّة باستثناء الاتّفاقيّة منها. "

⁷²⁷ لقد اعتمد القانون العقاري القديم على ما يعرف بالرّسم الأزرق وهي الوثيقة الوحيدة التي تسلم مرّة واحدة إلى أحد المالكين. وفي صورة التّفويت بالبيع تنتقل هذه الوثيقة إلى المشتري وهكذا دواليك. لكنّ المشرّع التونسي تخلّى عن هذا الإجراء بمناسبة صدور مجلّة الحقوق العينية سنة 1965، ربّما بسبب الصّعوبات التي أثارها هذه الوثيقة من الوجهة التّطبيقية .

فمثل هذه الأحكام والصكوك تخضع لنظام خاص⁷²⁸. واقتضى التغيير كذلك تعديل الفصلين 402 و405 ليشار بهما إلى مسؤولية الدولة في حالة إهمال التنصيص بسندات الملكية على البيانات الثابتة بالرسم العقاري ومسؤولية المخالفين في حالة تدليس هذه السندات. وبالتالي إذا سبق تسليم سند الملكية، فلا يتم الترسيم إلا بتقديمه.

ونص الفصل 394 م.ح.ع منذ صدور المجلة على أن الطالب عليه أن يودع بقبضة التسجيل علاوة على الكتب المراد تسجيله نسخة أو أصلا ثانيا منه يوجهه قابض التسجيل إلى مدير الملكية العقارية. ويتولى القابض بهذه المناسبة وفي نفس الوقت قبض معالم التسجيل وغيرها من المعالم المترتبة عن إتمام العملية المطلوبة. علما أنه إضافة إلى معالم التسجيل هناك معلوم نسبي (1%) موظف على القيمة المصرح بها للعملية العقارية⁷²⁹، ومعلوم قار لترسيم أو تشطيب القروض التي تمنحها الدولة أو التي تضمن فيها أو التي تمنحها البنوك ذات الصبغة الاجتماعية⁷³⁰، ومعلوم نسبي (0,2%) موظف على ترسيم أو

728 ".....وتتولى إدارة الملكية العقارية إدراج تلك الأحكام والصكوك بالرسم العقاري والتنصيص به على إلغاء السند القديم وإعلام المالك الماسك له بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ بإتمام الترسيم ودعوته لإرجاع السند الذي بحوزته لإدارة الملكية العقارية. ويعاقب المالك الذي لا يستجيب لطلب الملكية العقارية في أجل شهر من تاريخ بلوغ الإعلام له بخطية قدرها 1000 دينار بناء على تقرير تحرره إدارة الملكية العقارية في الغرض وتحيله على وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي بدأرتها مقر المطلوب. ويوقف تقديم السند إلى إدارة الملكية العقارية كل تتبع أو تنفيذ لحكم غير بات." الفصل 401 جديد.

729 عملا بأحكام الفصل 26 من القانون عدد 88 لسنة 1980 المؤرخ في 31-12-1980 المتعلق بقانون المالية لسنة 1981 تقدر هذه النسبة بـ 1% من القيمة المالية المدرجة بالصك موضوع مطلب الترسيم والمتعلق بإنشاء أو نقل حق عيني عقاري، ولا يمكن أن يقل هذا المبلغ عن خمسة دنانير عملا بأحكام الفصل 25 من القانون عدد 100 لسنة 1981 المؤرخ في 31-12-1981 المتعلق بقانون المالية لسنة 1982.

730 نص الأمر عدد 79 لسنة 1960 المتعلق بتعيين الأجور التقديرية المستخلصة بدفتر خانة الأملاك العقارية لترسيم التوثقات لرهن المخولة بمناسبة قروض تمنحها الدولة أو تضمن فيها أو للتشطيب عليها بالفصل الأول على أن التوثيق برهن المخولة بمناسبة القروض التي تفوق 500 د والممنوحة من طرف الدولة أو المقترنة بضمان الدولة أو الممولة بأموال واردة من قروض انجرت بضمان الدولة يقع ترسيمها أو التشطيب عليها بإدارة دفتر خانة الأملاك العقارية بالبلاد التونسية وفق الأساليب الآتية ذكرها: يكون المعلوم النسبي المقبوض لفائدة دفتر دار الأملاك العقارية ذا صبغة تقديرية ويدفع حسب التعريفة الآتية:

-فوق 500 إلى 50000 دينار: 5 دنانير.

-فوق 50000 إلى 100000 دينار: 10 دنانير.

-ما فوق 100000 دينار: 20 ديناراً.

تشطيب الرهن العقاري⁷³¹، كل ذلك يستخلص لفائدة إدارة الملكية العقارية، إضافة إلى المعاليم المستخلصة بعنوان خدمات مقدّمة من قبل مصالح إدارة الملكية العقارية⁷³²، ومعاليم التعريف بالإمضاء⁷³³، ومعاليم تحرير العقود⁷³⁴.

وقد حدّد الفصل 2 من الأمر عدد 53 لسنة 1984 المؤرخ في 27 جانفي 1984 والمتعلّق بضبط شروط وترتيب تدخّل الصندوق القومي للضمان والتصرّف فيه أنواع القروض التي من الممكن أن تحضى بضمان الدولة والإجراءات المتبعة في ذلك. وهي لا تخرج عن القروض الممنوحة لصغار الفلاحين والعاملين في القطاع البحري والصناعات التقليدية والمؤسسات الصغرى في إطار برنامج التنمية الاقتصادي. ويعرض الموضوع على لجنة خاصة يرأسها وزير المالية بسعي من البنك المانع، وإذا حضى القرض بضمان الدولة فإنّها تعيد تمويل القروض غير المسدّدة حسب الشروط المضبوطة بالفصل 4 من هذا الأمر وتحمّل القروض غير القابلة للاسترجاع حسب نفس الشروط المشار إليها. الرائد الرسمي عدد 8، 31 جانفي و3 فيفري 1984، ص 207.

ويستخلص القابض كذلك معلوم لا يتجاوز خمسة دنانير بالنسبة إلى القروض التي يسندها بنك الإسكان وصندوق التهوض بالمسكن لفائدة الأجراء والصندوق القومي للضمان الاجتماعي والصندوق القومي للتقاعد والحيلة الاجتماعية.

⁷³¹ عملا بأحكام الفصل 26 من القانون عدد 88 لسنة 1980 المؤرخ في 31-12-1980 المتعلّق بقانون المالية لسنة 1981 كما وقع تنقيحه بموجب الفصل 45 من القانون عدد 91 لسنة 1982 المؤرخ في 31-12-1982 والخاص بقانون المالية لسنة 1983 يستخلص لفائدة إدارة الملكية العقارية 0,2% من قيمة القرض موضوع الرهن.

⁷³² حدّد الأمر عدد 972 لسنة 1998 المؤرخ في 27 أفريل 1998 المتعلّق بضبط مقادير المعاليم الرّاجعة لإدارة الملكية العقارية بعنوان الخدمات المسداة من قبل مصالحها جملة هذه المعاليم، وهي كالآتي:

- 1- إقامة رسم عقاري: 15 دينار.
- 2- الترسيمات غير الخاضعة للمعلوم النسبي أو التقديري: 8 دنانير.
- 3- تسليم شهادة في الملكية أو الاشتراك في الملكية أو في الترسيم أو في التّصيص: 8 دنانير.
- 4- تسليم سند الملكية: 20 دينار، وفي حالة الضياع 50 دينار.
- 5- تسليم شهادة في عدم الملكية المسجّلة والمرسّمة: 8 دنانير.
- 6- تسليم جدول لحقوق عينية مسجّلة ومرسّمة: 8 دنانير للرسم الواحد.
- 7- تسليم نسخة مشهود بمطابقتها للأصل من صكّ مودع لدى إدارة الملكية العقارية: 5 دنانير للصفحة الواحدة.

- 8- تسليم نسخة مشهود بمطابقتها للأصل من رسم عقاري: 0,500 دينار للصفحة الواحدة.
- 9- تسليم شهادة في مراجع تسجيل عقد مرسوم ومودع لدى إدارة الملكية العقارية.
- 10- الاطلاع على رسم عقاري: 1 دينار للرسم الواحد.
- 11- إيداع ملفّات الدّوات المعنويّة: الدّوات المعنويّة التي ليس لها نشاط تجاري: 150 دينار للملفّ الواحد، الدّوات المعنويّة الأخرى: 400 دينار للملفّ الواحد، تحيين ملفّات الدّوات المعنويّة: 10 دنانير بعنوان كلّ بيان أو كلّ وثيقة.

⁷³³ يراجع القانون عدد 103 لسنة 1994 المؤرخ في 1 أوت 1994 المتعلّق بتنظيم التعريف بالإمضاء والإشهاد بمطابقة النسخ للأصل، كما وقع تنقيحه بموجب القانون عدد 19 لسنة 1999 المؤرخ في 1 مارس 1999، والأوامر التطبيقيّة. الرائد الرسمي للجمهورية التونسيّة 9 أوت 1994 عدد 62 ص 1376. وعدد 19 بتاريخ 5 مارس 1999، ص 435.

ولا تمنع أحكام هذا الفصل المعني من إيداع الأوراق اللازمة بنفسه لتأييد العملية المطلوبة بإدارة الملكية العقارية نفسها. ولا يعتبر تاريخ العملية المطلوبة إلا من تاريخ قبول مدير الملكية العقارية للأوراق المراد ترسيمها.

والحقيقة أنّ إلزام قابض المالية بإرسال نسخ من الصكوك إلى حافظ الملكية العقارية يعتبر من الأمور التي استحدثها المشرع سنة 1965 بمناسبة صدور مجلة الحقوق العينية، في اتجاه تسهيل أعمال الترسيم. غير أنّ هذه التجربة لم تنجح بسبب أنّ أغلب الرسوم التي تحال إلى إدارة الترسيم عادة ما تكون غامضة ولا تتضمن البيانات الكافية لتشخيص الرسم العقاري وما تابع ذلك، وانتهى الواقع إلى جمع هذا الكم الهائل من الرسوم المحالة دون أن تتحقق الغاية، والأغلب أنّ جميعها يردّ إلى مصدره.

لكنّ هذا الحلّ لم يكن هو الأصل، بل هو مجرد إمكانية، وانحصر دور قابض المالية في إحالة الصكّ المراد ترسيمه، ولا يتعدّى الدور إلى مرفقات المطلب. ويبقى الأساس في إيداع الكتائب مباشرة لدى شبّاك إدارة الترسيم من طرف صاحبها. وفي جميع الصّور لا يعتبر تاريخ العملية المطلوبة إلا من تاريخ قبول مدير الملكية العقارية للأوراق المراد ترسيمها.

ورغم أنّ المنطق يقتضي المحافظة على هذا الحلّ في إلزام صاحب المطلب أولاً وأخيراً بتقديم مطلبه لدى شبّاك إدارة الترسيم، وربما حتّى الاستغناء عن واجب قابض المالية في إحالة الصكّ، إلا أنّ المشرع رأى من الصّالح تعديل أحكام الفصل 394 م.ح.ع في اتجاه التقيّد بضرورة المرور وجوباً عبر قابض المالية ليوضع المطلب بين أيدي القابض مع جميع المؤيّدات اللازمة مقابل وصل، فيستخلص المعاليم القانونية، ثمّ يحيل المطلب إلى إدارة الملكية في أجل أقصاه سبعة أيّام من تاريخ تلقّيها، مع مراعاة ترتيب تقديمها، وأصبح القابض بالتّالي مكتب تضمين متقدّم لإدارة الملكية العقارية. ومع ذلك لايعتبر تاريخ العملية المطلوبة إلا من تاريخ تلقّي إدارة الملكية العقارية لتلك الوثائق.

734 يراجع الأمر عدد 2114 لسنة 1992، والأمر عدد 52 لسنة 2000 المؤرّج في 3 جانفي 2000 المتعلّق بضبط النظام الأساسي الخاصّ بأعوان سلك محرري العقود بإدارة الملكية العقارية، الرّائد الرّسمي عدد 5 بتاريخ 18 جانفي 2000، ص 82.

ولم تمر هذه الأحكام دون نقد من طرف معظم رجال القانون، بل كره أغلبهم الاحتكام إلى هذا الخيار، لأنّه لا يعقل أن ينتصب قابض المائيّة متلقياً لجميع المطالب بما تحتويه من وثائق ومؤيّدات وهي عديدة بما في ذلك سند المائيّة إن سبق تسليمه⁷³⁵، وقد تتسبّب كثرة الرّسوم في ضياع حكم أسبقية الرّسوم عن بعضها، ثمّ إنّ هناك جملة من الوثائق وإن كانت خاضعة لواجب التّرسيم، فهي لا تخضع لواجب دفع المعاليم الضّروريّة مثل حجة الوفاة. والحقيقة لا شيء يبرّر منع الطّالب من إيداع ملقه بنفسه، وقد علمنا أنّ لإدارة المائيّة العقاريّة مصلحة مقابيض. لكنّ هذا الخيار قد يبرّر فقط بحرص المشرّع على إتمام إجراءات التّرسيم في وقتها.

وتماشيا مع هذا الاتجاه تخلى المشرّع عن الأحكام السابقة الواردة بالفصلين 394 م.ح.ع و 375 م.ح.ع التي أجازت تقديم أصل الصكّ المراد ترسيمه أو نسخة طبق الأصل منه، واشترط بالفصل 375 م.ح.ع المنقّح بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001 أن تكون الصكوك المقدّمة أصليّة إذا كانت من صنف الحجج غير الرّسميّة، أو أن تكون أصولا أو نسخا إذا كانت من صنف الحجج الرّسميّة والأحكام. فتحتفظ إدارة المائيّة العقاريّة بالصكوك والمؤيّدات المتعلّقة بالمطالب المقبولة وترجع الوثائق المتعلّقة بالمطالب المرفوضة إلى من قدّمها.

وهذا التغيير ربّما أملت ضرورة التّناسق مع أحكام مجلة معاليم التّسجيل الصّادرة بموجب القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرّخ في 17 ماي 1993 التي اشترطت بالفصل 13 تسجيل جميع عقود خطّ اليدّ والعقود الإداريّة وغير العدليّة في مسودّاتها أو أصولها أو نسخها الأصليّة. لكنّ المشرّع وقع في خلط كبير فيما يتعلّق بالحجج الرّسميّة والأحكام، حيث إنّ الأصل يبقى دوما لدى المأمور العمومي أو المحكمة، ولا يتحصّل المعني إلّا على نسخة، فلا يصحّ أن يقال إذن إنّ الحجج الرّسميّة المقدّمة يمكن أن تكون أصولا أو نسخا. ونشير إلى أنّ النّسخ المطابقة لأصلها طبق أحكام القانون عدد 103 لسنة 1994 المؤرّخ في

يراجع الفقرة الأولى من الفصل 394 م.ح.ع والفصل 401 م.ح.ع

735

1 أوت 1994 والقانون عدد 60 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 المتعلق بتنظيم مهنة عدول الإشهاد، تعتبر كأصولها، وليس هناك من داعي في فرض الأصل بشكل عام.

وأورد الفصل 15 جديد من التشريع الخاص بالبعث العقاري المنقح بموجب القانون عدد 94 لسنة 2000 قاعدة هامة، وهو أنه من الممكن أن يبرم العقد بناء على مشروع التقسيم⁷³⁶، وأوجب المشرع في هذه الصورة التتبع بالعدد على عدد مطلب التقسيم وتاريخ تقديمه وعلى عدد وصل خلاص مصاريف التقسيم وتاريخه وذلك للاطمئنان على مصير أعمال التقسيم، وألزم الباعث العقاري على متابعة مطلب التقسيم وإتمام إجراءاته، ولا شك في أنها حلول هامة⁷³⁷.

غير أن المشرع تراجع عن اتجاهات 2001 ولو بصفة جزئية وتدخل أخيرا بموجب القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010 في اتجاه إلغاء الفصلين 381 و384 والنقطة الخامسة من الفصل 377 ثالثا والفقرة الأولى من الفصل 394 م.ح.ع وعوضها بأحكام جديدة وأضاف فقرة رابعة للفصل 380 م.ح.ع وألغى الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 394 والفقرة الأولى من الفصل 402 م.ح.ع.

⁷³⁶ نص الفصل 15 على ما يلي: "يتعين على الباعث العقاري إبرام عقد البيع في أجل أقصاه شهرا من تاريخ دفع كامل ثمن العقار الموعود ببيعه. وإذا كان موضوع البيع يتعلق بعقار مسجل فيجب أن يتضمن العقد البيانات الواردة بالفصل 377 م.ح.ع. غير أنه يمكن للباعث العقاري قبل إنجاز التقسيم من قبل ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط أو مهندس مساح مصادق عليه طبق الصيغ القانونية أن يبرم عقد البيع استنادا إلى مشروع التقسيم. ويجب في هذه الصورة التتبع بالعدد على عدد مطلب التقسيم وتاريخ تقديمه وعلى عدد وصل مصاريف التقسيم وتاريخه. وعلى الباعث العقاري القيام بما يستلزمه النظر في مطلب التقسيم وإتمام الإجراءات القانونية والترتيبية اللازمة لإقامة رسم عقاري مستقل للعقار المبيع. ويتم تقديم مطلب الترسيم بعد إعداد المثل النهائي إلى إدارة الملكية العقارية استنادا إلى المثل المذكور مع شهادة في المطابقة بين موضوع البيع حسب مشروع التقسيم وموضوعه حسب مثاله النهائي."

⁷³⁷ عملا بأحكام القانون الجديد عدد 35 لسنة 2001 أصبحت الشهادت التي تسلمها إدارة الملكية العقارية تقتصر على خمس شهادت وهي شهادت الملكية والاشتراك في الملكية وشهادت عدم الملكية وشهادت الاستقصاء وشهادت في مراجع تسجيل عقد محفوظ بعد أن تم حذف شهادتي الترسيم والتتبع. وحاول المشرع بمناسبة هذا التقيح الأخير أن يعدل بعض الإجراءات والأحكام التي ربما كان للواقع جانب كبير في إبراز نقائصها، فتدخل لتحسين المفاهيم اللغوية بالفصل 354 م.ح.ع والمتعلقة بوضع عبارة "إبطال" على الصكوك المدلى بها تأييدا لمطلب التسجيل، وليبين بالفصل 387 م.ح.ع إمكانية إسناد نسخة مطابقة للأصل من الرسم وعدد الشهادت التي يمكن أن تسلمها الإدارة بمجرد مطلب عادي، وأشار إلى أن رفض تسليم هذه الشهادت يخول اللجوء إلى إجراءات الطعن طبق القانون، كما تقدم.

ويؤخذ من هذا التنقيح الجديد أربع أفكار محورية، (1) الإقرار بمسك السجلات العينية بطريقة إلكترونية (2) تعديل طريقة مسك سجلي التضمين والإيداع وختمهما وتوقيعهما (3) السماح من جديد بتقديم مطلب الترسيم مباشرة إلى إدارة الملكية العقارية بعد تسجيل الصك بالقبضة المالية (4) إلزام محرر الصكوك الخاضعة للتسجيل بتسجيل الصك بالقبضة المالية.

1- المسك الإلكتروني للسجلات العقارية

منذ سنة 1992 وضعت إدارة الملكية العقارية مخططاً بهدف إدخال الإعلامية، وقد امتدّ المخطط الأول إلى غاية سنة 1996. وبانتهائه وضعت الإدارة مخططاً ثاني (1997-2001) يمتدّ على خمس سنوات، ويهدف هذا المخطط إلى مزيد استعمال الإعلامية في جميع أنشطة إدارة الملكية العقارية وخاصة إنهاء قاعدة البيانات الوطنية المتعلقة بالرّسوم العقارية. وكان من المؤمل أن يحقق المخطط الثاني النتائج التالية: إحداث قاعدة معلومات لبيانات السجل العقاري من خلال تلخيص الرّسوم العقارية وتحيينها بإضافة بيانات العمليات العقارية الجارية والمسك الآلي لدفتر الإيداع والتّصرّف الإلكتروني في الشّهائد منذ إيداع المطلب إلى غاية تسليم الشّهادة وتنظيم قاعدة بيانات خاصة بالدّوات المعنوية وتعميم الإعلامية على مجمل خدمات وكيل المقايض والتّصرّف الإلكتروني في العرائض وتحويل الرّسوم العقارية ومدد الاستبقاء للوثائق بالأرشفة والخرن الإلكتروني للوثائق الخاصة بالموظّفين.

هذا وقد ركّزت الإدارة على امتداد سنة 1997 عددا من المعدّات الإعلامية بعدة إدارات جهوية وتوصّلت الممارسة الإعلامية إلى تجربة بعض التّطبيقات الإعلامية بالإدارة الجهوية بتونس: إدخال مطالب التّرسيم إعلامياً وإدخال نتائج مطالب التّرسيم والإحصاء الإلكتروني لنتائج العمليات العقارية وطباعة جدول العمليات العقارية وسجل مطالب التّرسيم وإعداد شّهائد الملكية بواسطة الحاسوب وإتمام وتحيين قاعدة الرّسوم العقارية.

وانطلقت الدّراسات خلال هذه السنة في اتّجاه وضع برنامج معلوماتي على مستوى الشّبابيك (المقايض، الشّهائد، الإرشاد، تلقّي مطالب التّرسيم)، وأخضع

البرنامج الخاص بتلخيص الرسوم العقارية ببعض الإدارات للتجربة، بعد أن حضي بالمصادقة منذ سنة 1996، وانتهت الدراسة الخاصة بمسك دفتر الإيداع ومعالجته إلكترونياً، إلى جانب بعض التطبيقات على مستوى الأرشفة. وفي شهر ماي 1998 صادقت كتابة الدولة للإعلامية على المخطط الإعلامي الثاني، بعد أن اقترحت بعض التعديلات (اللجوء إلى المناولة لإنجاز التطبيقات الإعلامية، إعداد مخطط تأمين سلامة المعدات والبيانات). واقتنت الإدارة مزيد من الأجهزة لتوزيعها على بقية الإدارات الجهوية بقيمة 931052 ديناراً، مع تركيز خطوط x25 لضمان نقل وتراسل المعلومات. غير أنه تعطل خلال هذه السنة مواصلة تجربة التطبيقات المشار إليها، سواء بسبب عدم شراء المعدات الكافية أو في انتظار اختيار وتعيين المكاتب الخاصة أو لعدم تجربة الأعوان.

وما أنجز خلال سنة 1999 قليل، حيث تركّزت الجهود حول إعادة ضبط وصياغة البرامج المعتمدة على مستوى الشبائيك (توحيد الوثائق) وتضمين مطالب التّرسيم والفهارس. كما أنّ التجربة لم تشمل إلا بعض الإدارات مثل تونس وأريانة وبن عروس.

وأحسن ما توصّلت إليه الإدارة سنة 2000 هو ضرورة التّرابط الإعلامي بين مجمل وظائف إدارة الملكية انطلاقاً من الشبائيك ومروراً بالتّرسيم والتحرير وانتهاء إلى الحفظ، أي تصوّر منظومة معلوماتية متكاملة. وفعلاً عرض هذا النموذج على اللجنة الفنية للإعلامية في انتظار المصادقة عليه وإعداد البرامجيات الضرورية مع بداية سنة 2001. وتواصل كذلك التّعهد الميكروغرافي (نسخ الوثيقة وتصغيرها) لوثائق مطالب التّرسيم الذي انطلق منذ سنة 1991 ولملفات الدّوات المعنوية الذي انطلق منذ سنة 1998، والتّعهد الإعلامي لملفات الدّوات المعنوية وذلك على مستوى التوثيق والأرشفة.

وواصلت الإدارة على امتداد سنة 2001 نشاطها في اتجاه إعداد جانب كبير من التطبيقات المعلوماتية تطبيقاً لموجبات المنظومة المعلوماتية، التي

حضيت بموافقة اللّجنة الفنيّة للإعلاميّة بإدارة الملكيّة العقاريّة. وكان ينتظر أن تمرّ إلى طور الاستغلال الفعلي مع بداية سنة 2002.

وركّزت الإدارة خلال سنة 2002 على تدعيم ما أنجز في هذا الباب، وتعديل بعض الجوانب لتتلاءم مع الموجبات الإعلاميّة، وتهيئة الظروف لتفعيل المنظومة الإعلاميّة وتجربتها بخليّة مستقلّة وربط جميع الإدارات بشبكة ترسل المعلومات والتّفكير في تنظيم موقع " واب " للاستشارة عن بعد، كما وضعت إجراءات خاصّة لسلامة نشاط الإعلاميّة سواء على المستوى الدّاخلي أو الخارجيّ. وقد تقرّر يومها أن يعوّل على الإعلاميّة مع بداية سنة 2003 على مستوى مطالب الخدمات والإعداد الآلي لشهائد الملكيّة وسندات الملكيّة والرّسوم العقاريّة خاصّة بعد تقدّم تجربة تلخيص الرّسوم العقاريّة. وكذلك الاستغلال الفعلي للمنظومة الإعلاميّة والاستغلال الفعلي لموقع الواب. ومواكبة للتّطوّر التّكنولوجي في مجال الحفظ الإلكتروني للرّسوم العقاريّة ووثائق مطالب التّرسيم وملفات الدّوات المعنويّة قامت الإدارة بتجربة منظومة حديثة تدعى " يونيحاد " بعدما كانت تعتمد على منظومة " طوريس ".

وبتاريخ 2-1-2003 ركّزت المنظومة الإعلاميّة بالإدارة الجهويّة للملكيّة العقاريّة بتونس فقط، وبدأ العمل الفعلي بالجوانب المتعلّقة بتلقّي المطالب واستخلاص المعاليم خلال الأشهر الثّلاثة الأولى، ليوسع التّطبيق مع بداية شهر نوفمبر في اتّجاه أن يشمل تضمين مطالب التّرسيم ثمّ دراستها وإيداعها وإشهار نتائجها للعموم. ومع أنّ تضمين مطالب التّرسيم هو عمل سابق عن العمل بالمنظومة، فقد اعتمدت الإدارة منذ تاريخ 25-4-2003 على إجراء الختم الآلي لنظام اليوميّة المعمول به حتّى في صورة إذا لم يتول المدير الجهوي ختمها، وتمكّنت كذلك خلال شهر جويلية من تجسيم قرار التّرسيم ومعالجته على مدوّنات إعلاميّة. والمؤسف أنّ تطبيق هذه المنظومة انحصر بإدارة الملكيّة العقاريّة بتونس إلى حدّ شهر جويلية 2004، والغريب أنّ الإدارة لم تتخل مطلقاً عن الدّفاتر الورقيّة، وارتدّت التّطبيقات المعلوماتيّة بالإدارات الجهويّة الدّاخليّة إلى بعض من الممارسة المعلوماتيّة المنعزلة والتي لا تخرج إجمالاً عن تضمين

مطالب التّرسيم والفهارس الهجائية ونتائج مطالب التّرسيم وبعض الاحصائيات الأخرى المتعلقة بمجمل العمليات العقارية ومعالجة وكالة المقايض بطريقة إلكترونية، مع العلم أنّ الدفاتر الورقية لم تلغ بتاتا. وانحصرت وظيفة الحفظ في تعهّد الرسوم العقارية إلكترونيا ثمّ وثائق مطالب التّرسيم انطلقا من سنة 1991 ووثائق الدّوات المعنوية انطلقا من سنة 1998. كما لم يستغل موقع الواب الذي وقع تنظيمه إلى حدّ ذلك التاريخ⁷³⁸.

ولهذا الغرض، وحتى يصبح المسك الإلكتروني له سندا قانونيا، جاء القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010 ليقر بإمكانية مسك جميع السجلات العقارية إلكترونيا وذلك بإضافة فقرة رابعة للفصل 380 م.ح.ع قولا " ويمكن أن تمسك جميع السجلات المذكورة إلكترونيا على أن تكون محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها مدعمة أيضا بإمضاء إلكتروني". وبذلك أصبح الفصل 380 م.ح.ع ينص على ما يلي بعد هذا التعديل " تمسك إدارة الملكية العقارية زيادة على سجل رسوم الملكية :

1. دفتر تضمين مطالب الترسيم أو التشطيب يثبت به حسب تاريخ ورودها وبمجرد تسلمها أحكام المحكمة العقارية الصادرة بالتسجيل والوثائق المقدمة للتسجيل وبصفة عامة جميع الصكوك والكتائب المراد بموجبها إتمام ترسيم أو تنصيب أو تشطيب،

2. سجل إيداع يثبت به ملخص العمليات المقبول ترسيمها وتاريخ الترسيم. " ويمكن أن تمسك جميع السجلات المذكورة إلكترونيا على أن تكون محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها مدعمة أيضا بإمضاء إلكتروني (أضيفت الفقرة الرابعة للفصل 380 م.ح.ع بموجب القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010)".

وتتولى إدارة الملكية العقارية ختم سجلي التضمين والإيداع كل يوم". وعلى ذلك الأساس فإنه من الممكن مسك سجلي التضمين والإيداع وسجل رسوم الملكية بطريقة إلكترونية. كما يمكن في الحقيقة مسك جميع الرسوم الموجودة

بإدارة الملكية العقارية بما في ذلك الفهرس الهجائي في أسماء أصحاب الحقوق العينية وعقود التسويغ المرسمة بسجلات الملكية العقارية والفهرس الهجائي في رسوم الملكية⁷³⁹. على أنّ المشرع لم يبين حجية هذا المسك الإلكتروني وطريقة حفظ السندات وبدأت الصيغة عامة لا تغطي أهم الخدمات التي ترتبط بالمعلوماتية.

-الحفظ والحجية في المسك الإلكتروني: نص المشرع بموجب هذا التنقيح على أنه يمكن أن تمسك جميع السجلات المذكورة إلكترونياً على أن تكون محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها مدعومة أيضاً بإمضاء إلكتروني. فهو إقرار بإمكانية مسك جميع الدفاتر بطريقة إلكترونية بشرط أن يكون السند محفوظاً في شكله النهائي بطريقة موثوق بها وأن يكون هذا السند مدعوماً بإمضاء إلكتروني. ولم يبين المشرع طريقتي الحفظ والإمضاء، وهما الشرطان الذان وضعهما المشرع في إمكانية حفظ السجلات العقارية. وأصبح من اللازم الرجوع إلى المبادئ العامة التي سبق للمشرع أن اعتمدها في هذا الباب. وإذا كان المشرع لم يبين في أي فصل من الفصول ذات الصلة طريقة الحفظ وربما كانت الرغبة ترمي إلى إبقاء المجال مرتبطاً بالتطور التكنولوجي، فإنه أورد النظام العام للإمضاء الإلكتروني، حيث لم يعترف المشرع، إلى حدّ الآن، إلا بالإمضاء اللاتماثل المعتمد على طريقة التشفير طبق إجراءات معدّدة توجب تدخل الطرف الثالث المصادق ولم ينظم التشريع بقية الطرق في الإمضاء أي الإمضاء الإصبعي والإمضاء البيومترية والإمضاء المعتمد على الأرقام السرية. وعلى ذلك الأساس يمكن أن تعتمد إدارة الملكية العقارية على أي طريقة من الطرق الحديثة في المسك والحفظ الإلكتروني ولكنها لا يمكن أن تستعمل إلا طريقة التماثل في الإمضاء أي التشفير⁷⁴⁰. وإذا استعملت طريقة غير تلك الطريقة فذلك يعني أن الشرط الذي وضعه المشرع غير محترم⁷⁴¹.

739 الفصل 383 م.ح.ع.

740 تعتبر اليوم الطريقة المعتمدة على منظومة التشفير والمعروفة بالتشفير اللاتماثل وتدخل الغير المصادق، هي الطريقة المثلى والمعتمدة بواقع التجارة الإلكترونية، وقد أثبتت نجاعتها وقد جاء القانون عدد 83 لسنة 2000 ما يوحى بشكل لا يدعو مجالا للشك أن المشرع التونسي يطمئن لطريقة التشفير في

الإمضاء، وخاصة منها الطريقة اللاتناظرية. ويفهم ذلك جلياً من تنظيم المشرع لمنظومتى إحداث الإمضاء والتدقيق فيه وخدمات المصادقة الإلكترونية، وتكرار الحديث عن مجال التشفير في عدة فصول. وفعلاً صدر أخيراً القرار المؤرخ في 19 جويلية 2001 المتعلق بضبط المواصفات التقنية لمنظومة إحداث الإمضاء الإلكتروني واعتمد هذا الاتجاه.

لكن ذلك لا يهتم النظام العام وبإمكان الأطراف الاتفاق على مخالفته، وقد سبق لفقه القضاء أن اعترف بصحة الاتفاقات الخاصة بطريقة الإمضاء الإلكترونية في ميدان البطاقات البنكية. وإن كان المشرع التونسي لم ينص صراحة بالتنقيح الأخير على صحة مثل هذه الاتفاقات، لكنه لا شيء يمنع من ذلك والحال أن نظرية الإنابات بصفة عامة لا تهم النظام العام، وقد أورد المشرع منذ تحرير مجلة الالتزامات سنة 1906 بعضاً من هذا الرأي، ونص الفصل 425 م.إ.ع على صحة مثل هذه الاتفاقات.

هذا وقد عرف المشرع التونسي التشفير في عدة مواضع، وهو في نهاية الأمر وسيلة رياضية معقدة تجعل النص غير مقروء ولا يمكن إرجاعه إلى صورته الأصلية إلا بعد فك رموز التشفير. كما أشار المشرع بالفصل الثالث من القانون عدد 83 لسنة 2000 إلى أن استعمال التشفير في المبادلات والتجارة الإلكترونية عبر الشبكات العمومية للاتصالات يخضع للتراتب الجاري بها العمل في ميدان الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات.

ولنعلم أن الخدمات ذات القيمة المضافة والتراخيص التي يمكن أن تسند إلى الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص أو القانون العام لممارسة هذا النشاط يخضعان لشروط الأمر عدد 501 لسنة 1997 المؤرخ في 14 مارس 1997 المتعلق بالخدمات ذات القيمة المضافة، الذي حدد كيفية الحصول على رخص الاستغلال ومهام والتزامات مزود الخدمة ومسؤولياته. وقد ورد بالفصل 11 منه أن مزود الخدمة يسعى إلى الحصول مسبقاً على ترخيص من الوزير المكلف بالمواصلات لبث المعلومات المشفرة وتضبط شروط الحصول على رخصة لاستغلال الشفرة بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات. ولهذا الغرض صدر القرار المؤرخ في 9 سبتمبر 1997 عن وزير المواصلات المتعلق بضبط شروط استعمال الشفرة في استغلال الخدمات ذات القيمة المضافة. وسمح هذا القرار لكل مزود أو مستعمل لخدمة ذات قيمة مضافة للاتصالات باستقبال أو إرسال معلومات مشفرة بشرط الحصول مسبقاً على رخصة تؤهله لوضع واستغلال الشفرة طبقاً لمقتضيات الفصل 11 من الأمر عدد 501 المشار إليه.

ومن الواضح أن المشرع التونسي أخضع استعمال وسائل التشفير لضرورة الترخيص المسبق، مع اطلاع الوزارة على مفاتيح التشفير في جميع الحالات. وقد أورد المخطط التاسع في الباب المتعلق بالمواصلات أن هذا المجال سيعرف مراحل جديدة في اتجاه تحيين الترتيب والمشاريع وتبسيط الإجراءات. وفعلاً صدرت مجلة الاتصالات الحديثة بموجب القانون عدد 1 لسنة 2001 المؤرخ في 15 جانفي 2001 وأوردت بدورها تعريفاً للتشفير، ونصت بالفصل 9 منها على أن شروط وإجراءات استعمال وسائل أو خدمات التشفير عبر شبكات الاتصالات وكذلك شروط تعاطي الأنشطة ذات العلاقة ستضبط بأمر، وألغيت بالتالي الأحكام السابقة. وفعلاً صدر هذا الأمر تحت عدد 2727 لسنة 2001 المؤرخ في 20 نوفمبر 2001، وكانت نية المشرع واضحة في مزيد تبسيط الإجراءات، حيث تخلى المشرع عن إجراء الترخيص في الاستعمال، وعوضه بإيداع عناصر فك التشفير لدى الوكالة الوطنية للمصادقة، مع الإبقاء على حرية الاستعمال في صورتين، وتدخل المشرع من جديد في اتجاه تعديل أحكام الأمر عدد 2727 بموجب الأمر عدد 1071 لسنة 2007 المؤرخ في 2 ماي 2007، ثم تدخل نهاية بموجب الأمر عدد 2639 لسنة 2008 المؤرخ في 21 جويلية 2008 لينص بالفصل الثالث منه على أن توريد وتسويق وسائل التشفير المتداولة والمصادق عليها من قبل الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية والمحددة بقائمة من قبلها لا تخضع لأي ترخيص. ويخضع توريد وتسويق وسائل التشفير الأخرى التي لم تدرج بالقائمة إلى ترخيص من قبل الوكالة، باستثناء وسائل التشفير التي تقوم بتوريدها لمؤسسات بصفة مؤقتة استجابة لحاجياتها، فلا تخضع للترخيص أو المصادقة، على أن يقع ضبط هذه المؤسسات بقائمة من قبل الوكالة، وألغى بالتالي الأوامر السابقة عدد 2727 وعدد 1071.

741 -علي كحلون: الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002.

-علي كحلون: مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون الأعمال، ص 5 وما بعد.

ولكن المشرع لم يبين حجية السندات المحفوظة إلكترونياً، فهل هي مجرد بيانات لا حجة لها أم أنها حجج رسمية أو غير ذلك. وإذا عرفنا أن سجلات إدارة الملكية العقارية هي سجلات رسمية، فمن المفروض أن يكون لهذا المسك الدرجة الرسمية. ويبدو أن المشرع سمح بإمكانية مسك السجلات العينية إلكترونياً دون أن يعدّل النصوص التي يمكن أن تعترف لهذا المسك بالقيمة القانونية، حيث إن درجة الحجية في الكتائب الإلكترونية لا تتجاوز مستوى الحجة غير الرسمية بالفصل 453 مكرر م.أ.ع المنقح بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 والذي نصّ صراحة على أن "الوثيقة الإلكترونية تعدّ كتباً غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعّمة بإمضاء إلكتروني". معنى ذلك أن الحجة الإلكترونية لا ترقى مطلقاً إلى مستوى الحجج الرسمية وهذا يتعارض مع طبيعة السجلات العقارية وحجيتها المادية. فذلك يدلّ على أن المشرع بتحويل إمكانية الحفظ إلكترونياً للسجلات لم يكن يرغب في إعطاء السجلات الإلكترونية درجة أو حجة محدّدة وإنما جعلها مجرد طريقة خالية من الحجية لتسهيل العمل إلى جانب السندات المادية. وهو ما يتعارض حقيقة مع أهداف التطبيقات المعلوماتية الحديثة المعمول بها في عدة قطاعات.

-تطور الخدمات المعلوماتية: أدرك المشرع التونسي باكراً أهمية الإعلاميّة، فبادر إلى تنظيم باب المعاملات الإلكترونية⁷⁴²، ثم اعترف صراحة

-على كحلون: المسؤوليّة المعلوماتيّة، إصدار مركز النشر الجامعي 2005، ص 29 وما بعد
-على كحلون: مجموعة القوانين المتعلّقة بالمعلوماتيّة والاتّصالات، دار إسهامات في أدبيات المؤسّسة 2001.

-على كحلون : الاتصال والمعلومة بين الواقع والقانون، القضاء والتشريع أكتوبر 1998، ص 159 وما بعد.

-على كحلون : التّجارة الإلكترونيّة القضاء والتّشريع فيفري 2000، ص 11 وما بعد.

-على كحلون : العقد الإلكتروني، القضاء والتّشريع ديسمبر 2001، ص 43.

-على كحلون: الإطار القانوني للمعلوماتيّة، القضاء والتّشريع جويلية 2005، ص 13. وكذلك المجلّة

القانونيّة 2005، ص 273 وما بعد و 2006 ص 98 وما بعد.

⁷⁴² القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 11 أوت 2000 ، عدد64، ص 2084.

بالإمضاء الإلكتروني والوثيقة الإلكترونية⁷⁴³، وبذلك وضع الأسس للمعاملات الإلكترونية. لكن التجربة لم تقف عند ذلك الحد حيث واصل المشرع تنظيم أغلب الإشكاليات التي تطرحها الإعلامية، فانهى إلى تنظيم معالجة المعطيات الشخصية⁷⁴⁴، بعد أن اعتبرت من قبيل الحقوق الأساسية وارتقت إلى مرتبة دستورية⁷⁴⁵، وتنظيم أمن وسلامة العمليات الإلكترونية⁷⁴⁶. والحقيقة أن المشرع أدخل الإعلامية منذ سنة 1982 بإدارة الديوانة⁷⁴⁷ وعرفت اليوم عدة تطبيقات هامة في شتى المجالات⁷⁴⁸.

⁷⁴³ القانون عدد 57 المؤرخ في 13 أوت 2000، (453 و 453 مكرر م.إ.ع). الرائد الرسمي عدد 48، 13 جوان 2000، ص 1484.

⁷⁴⁴ القانون الأساسي عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 30 جويلية 2004، عدد 65، ص 2084.

⁷⁴⁵ القانون الدستوري عدد 51 المؤرخ في 1-6-2002 المصادق عليه بالاستفتاء في 26-5-2002. وأصبح الفصل التاسع من الدستور ينص على أن "حماية المعطيات الشخصية مضمونة إلا في الحالات الاستثنائية". الرائد الرسمي عدد 45، 3 جوان 2002، ص 1442.

⁷⁴⁶ قانون عدد 5 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 المتعلق بالسلامة المعلوماتية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 3 فيفري 2004، ص 251، عدد 10. وأمر عدد 1249 لسنة 2004 المؤرخ في 25 ماي 2004 المتعلق بضبط شروط وإجراءات المصادقة على خبراء التدقيق في مجال السلامة المعلوماتية، الرائد الرسمي، عدد 45، ص 1543. وأمر عدد 1248 لسنة 2004 المؤرخ في 25 ماي 2004 المتعلق بضبط التنظيم الإداري والمالي وطرق سير الوكالة الوطنية للسلامة المعلوماتية، الرائد الرسمي 4 جوان 2004، ص 154، عدد 45. وأمر عدد 1250 لسنة 2004 المؤرخ في 25 ماي 2004 المتعلق بضبط النظم المعلوماتية وشبكات الهياكل الخاضعة لتدقيق إجباري دوري للسلامة المعلوماتية والمعايير المتعلقة بطبيعة التدقيق ودورته وإجراءات متابعة تطبيق التوصيات الواردة في تقرير التدقيق الرائد الرسمي عدد 45، ص 1544.

⁷⁴⁷ القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 24-12-1982 المتعلق بالإجراءات المبسطة لعمليات الإخراج من القمرك أو التسريح الديواني بواسطة نظام سندا، والقرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 24-12-1982 المتعلق بضبط طريقة إعداد لائحة البضائع المنقولة لوضعها تحت رقابة الديوانة بواسطة النظام الآلي للإعلام الديواني "سندا"، الرائد الرسمي عدد 83، بتاريخ 24 و 28 ديسمبر، ص 2814.

⁷⁴⁸ الحقيقة أن المشرع التونسي كان من الأوائل في معالجة المسائل العالقة بالمعلوماتية سواء بمناسبة المصادقة على القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية أو بمناسبة تنقيح مجلة الالتزامات والعقود بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 المتعلق بتنقيح مجلة الالتزامات والعقود في اتجاه الاعتراف بالوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني أو بمناسبة تنقيح المجلة الجزائية بموجب القانون عدد 89 لسنة 1999 المؤرخ في 2 أوت 1999 في اتجاه إقرار الجريمة المعلوماتية، أو بمناسبة وضع إطار قانوني لضمان السلامة المعلوماتية بموجب القانون عدد 5 لسنة 2004 المؤرخ في 3 فيفري 2004 وضمان حماية المعطيات الشخصية بموجب القانون عدد 63 لسنة 2004 المؤرخ في 27 جويلية 2004 أو بمناسبة تنظيم نشاط المتدخلين في إطار كراس الشروط الخاص بالخدمات ذات القيمة المضافة من نوع أترنات أو كراس الشروط الخاص بالخدمات ذات القيمة المضافة التليماتيكية والسمعية المصادق عليه بقرار من وزير المواصلات بتاريخ 22 مارس 1997، أو

والمُلخَص أنَّ الإعلامِيَّةَ يمكن أن تخضع للممارسة المستقلَّة أو للممارسة المفتوحة في إطار شبكة، والمقصود بالاستغلال المستقل أن يكون الحاسوب أساس العمليَّة غير مرتبط بجهاز آخر وإذا ارتبط قامت الشبَّكة، ويمكن أن تكون هذه الشبَّكة مغلقة أي مخصَّصة لعدد محدَّد من المتعاملين أو أن تكون عامة فيحقَّ لكلِّ طرف النفاذ إليها. وقد بقيت مطالب السريَّة والأمان والتَّعريف في المبادلات الإلكترونيَّة الهاجس الأساسي بالنسبة إلى العاملين في هذا القطاع. وتمكَّنت الممارسة المعلوماتيَّة من تحقيق أغلبها عن طريق تدخُّل طرف ثالث مصادق⁷⁴⁹. وأصبح اليوم بالإمكان التَّعارف في إطار الشبَّكات المعلوماتيَّة ولو كانت عامَّة ويمكن بسهولة ضمان سريَّة المعلومة وأمنها وذلك بفضل التَّقَدُّم الحاصل بوسائل التَّشفير الإلكترونيَّة⁷⁵⁰.

من خلال القانون عدد 61 لسنة 2000 المؤرخ في 20 جوان 2000 المتعلِّق بتنقيح المجلَّة التجاريَّة في اتِّجاه الاعتراف بالمقاصة الإلكترونيَّة أو قرار وزير الماليَّة المؤرخ في 15 جانفي 2001 في اتِّجاه الاعتراف بنظام المبادلات الإلكترونيَّة في إطار الإضبارة الوحيدة *liasse unique*، إلى جانب جملة من النصوص القانونيَّة الهامَّة في اتِّجاه تنظيم مجمل النِّقاط التي لها علاقة بتنظيم مهنة مزوِّدي الخدمات الرقْمِيَّة واستغلال الشبَّكات الرقْمِيَّة.

⁷⁴⁹ -أمر عدد 1667 لسنة 2001 المؤرخ في 17 جويلية 2001 المتعلِّق بالمصادقة على كراس الشُّروط الخاص بممارسة نشاط مزوِّد خدمات المصادقة الإلكترونيَّة. الرائد الرِّسمي عدد 60، بتاريخ 27 جويلية 2001، ص 2382.

-الأمر عدد 2331 لسنة 2000 المؤرخ في 10 أكتوبر 2000 المتعلِّق بالتنظيم الإداري والمالي وطرق تسيير الوكالة الوطنيَّة للمصادقة الإلكترونيَّة، الرِّد الرِّسمي عدد 85، بتاريخ 24 أكتوبر 2000، ص 2738.

-الأمر عدد 1668 لسنة 2001 المؤرخ في 17 جويلية 2001 المتعلِّق بضبط إجراءات الحصول على ترخيص لممارسة نشاط مزوِّد خدمات المصادقة الإلكترونيَّة. الرائد الرِّسمي عدد 60، بتاريخ 27 جويلية 2001، ص 2384.

-قرار من وزير تكنولوجيا الاتِّصال مؤرخ في 19 جويلية 2001 يتعلِّق بضبط المعطيات التقنيَّة المتعلِّقة بشهادات المصادقة الإلكترونيَّة والوثوق بها. الرائد الرِّسمي عدد 60، بتاريخ 27 جويلية 2001، ص 2386.

⁷⁵⁰ -أمر 2727 لسنة 2001 المؤرخ في 20 نوفمبر 2001 يتعلِّق بضبط شروط وإجراءات استعمال وسائل أو خدمات التَّشفير عبر شبكات الاتِّصالات وتعاطي الأنشطة ذات العلاقة. الرائد الرِّسمي عدد 95، بتاريخ 27 نوفمبر 2001، ص 4701. وألغيت بموجبه الأحكام السَّابقة وخاصَّة قرار وزير المواصلات مؤرخ في 9 سبتمبر 1997 يتعلِّق بضبط شروط استعمال الشِّفِّرة في استغلال الخدمات ذات القيمة المضافة للاتِّصالات. وضبط قرار وزير تكنولوجيا الاتِّصال المؤرخ في 19 جويلية 2001 المواصفات التقنيَّة لمنظومة إحداث الإمضاء الإلكتروني المعتمدة في تونس، الرائد الرِّسمي عدد 60، بتاريخ 27 جويلية 2001، ص 2385.

وأرى أنّ ضمان نجاح أيّة تجربة في الوقت الحالي هو رهين حذق الوسائل المعلوماتيّة، فلا يمكن للعمل اليدوي أن يواكب نسق التطوّر، فقد غزت الإعلاميّة جميع القطاعات بدون استثناء. ولنتذكّر أنّ جميع التجارب المقترحة لإصلاح النّظام الإشهاري قامت بالأساس على المعلوماتيّة، كما أنّ إعادة هيكلة مكاتب الرّهون بفرنسا وتنظيم المسح المرتبط بها تأسّس مطلقاً على برامج معلوماتيّة دقيقة. ولنتذكّر أنّ قانون 1924 الخاص بمنطقة الألزاس ولوران ظلّ منطبقاً دون تعديل يذكر، إلى أن قامت ضرورة تنقيح سنة 2001 اعتباراً للتّقدّم الحاصل في مجال الإعلاميّة على وجه التّحديد. فشمّل التّجديد طريقة مسك السّجلّ وكذلك طريقة استغلاله وكيفيّة الاطّلاع عليه. وأجاز التّشريع الحديث مسك السّجلّ العيني بوعاء إلكتروني على معنى القانون عدد 230 لسنة 2000 المؤرّخ في 13 مارس 2000 المتعلّق بملاءمة قانون الإثبات مع تكنولوجيا المعلوماتيّة والخاص بالإمضاء الإلكتروني⁷⁵¹، وأحدث منظومة معلوماتيّة لتنظيم طريقة تقديم المطالب، وخوّل استشارة السّجلّ عن بعد مع إقرار ضرورة حماية المعطيات الشخصيّة وميّز بين البيانات الهامّة والخاصّة بهويّة المالك وحقوقه والتزاماته من جهة والبيانات الأخرى التي لها علاقة بالنّظام العائلي ومقدار الدّين، فقط أنّ الثّانية لها علاقة بالحياة الخاصّة ولا يجوز الاطّلاع عليها إلّا من قبل المهنيّين والأطراف المأذون لهم طبق القانون. في حين أنّ التّشريع القديم كان ينصّ على مبدأ المصلحة الشرعيّة في حقّ الاطّلاع. وأنشأ المشرّع في اتّجاه تحقيق هذه الأهداف مؤسّسة عموميّة ذات صبغة إداريّة تعنى بإدارة المنظومة المعلوماتيّة. وقد اعتبر هذا التّفتيح رائداً إلى درجة جعل المتدخلون يوم مناقشة أحكامه يطالبون بتطبيقه على كامل التّراب الفرنسي⁷⁵².

⁷⁵¹ لمزيد التّعريف على محتوى هذا القانون، على كحلون، المسؤوليّة المعلوماتيّة، المرجع السّابق، ص 346 وما بعد.

⁷⁵² Document mis en distribution le 13 février 2002, n° 3597, op.cit.

هذا وقد أشارت مخططات تأهيل الإدارة التونسية⁷⁵³ إلى ضرورة تعميم استعمالات الإعلامية وبشكل مكثف. وانخرطت فعلا جميع الإدارات التونسية بهذا التوجّه، لكنّها كانت في معظمها مبادرات محتشمة، وعادة ما يطمئن الإداريون إلى العمل اليدوي فيلجؤون إلى المحافظة على الدفاتر بالرغم من إمكانية المعالجة الإلكترونية، وأصبحت الحالة خطيرة بحكم الإزدواجية في العمل حيث أصبحت الأعمال مكررة يدويًا وإلكترونيًا، وكان العمل يقتضي التّحويل على هذه البرامج المعلوماتية بدون الرجوع إلى الدفاتر اليدوية مهما كانت الصورة⁷⁵⁴. ثم لا ننسى أنّ الإعلامية تمثّل حلاً مناسباً لحفظ البيانات والمعلومات بكميات مهولة دون أن تأخذ حيزاً كبيراً بحكم تطوّر الوسائل الإلكترونية في هذا الغرض⁷⁵⁵.

والمطلوب أن يعتمد هذا التطوّر في نظامنا هذا. وليس المقصود بذلك مجرد المعالجة الإلكترونية للبيانات بشكل مستقل أو القول بإمكانية مسك السجلات بطريقة إلكترونية، بل المطلوب ربط جميع الآلات الحاسبة المعتمدة في الغرض وفق برمجيات يمكن استحداثها بسهولة، ويمكن كذلك عند الاقتضاء إخضاع جميع العمليات الفنية الهندسية للمعالجة الإلكترونية، والأغلب أنّ يُمكن المتعاملون من النّفاذ إلى هذه المنظومات المعلوماتية دون المساس بالمعطيات

⁷⁵³ أمر عدد 49 لسنة 1996 المؤرخ في 16 جانفي 1996 المتعلّق بضبط محتوى مخططات تأهيل الإدارة وطريقة إعدادها وإنجازها ومتابعتها، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 12 ديسمبر 1997.

⁷⁵⁴ علي كحلون: استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة في إدارة القضاء وتنظيمه، مجلة الأخبار القانونية، عدد ماي 2012.

⁷⁵⁵ لا ننسى أنّ التطوّر الحاصل في شأن السندات الإلكترونية سيساهم بحقّ في حسم أهمّ الإشكاليات التي تعترض الإدارة والمتعلقة بحفظ الوثائق، خاصّة وأنّ الإطار القانوني العام للأرشفة لا يمانع من اعتماد الإرشفة الإلكترونية، وقد ورد بالفصل الأوّل من القانون عدد 95 المؤرخ في 2 أوت 1988 (الرائد الرسمي عدد 52، 2 أوت 1988، ص 1091) المتعلّق بالأرشفة " بأنّ الأرشفة هو مجموع الوثائق التي أنشأها أو تحسّل عليها أثناء ممارسة نشاطه كلّ شخص طبيعي أو معنوي وكلّ مرفق عمومي أو هيئة عامة أو خاصّة مهما كان تاريخ هذه الوثائق وشكلها **ووعاؤها**". وبين الأمر عدد 1981 المؤرخ في 13 ديسمبر 1988 (الرائد الرسمي عدد 85، 23-12-1988، ص 1727) شروط وترتيب التّصرّف في الأرشفة الجاري والأرشفة الوسيط وفرز وإتلاف الأرشفة وتحويله والإطلاع عليه، كما بين الأمر عدد 1451 المؤرخ في 5 جويلية 1993 (الرائد الرسمي عدد 52، 13-16 جويلية 1993، ص 979) الإداريون المكلفون " **بسنّ السياسة العامة في مجال التّصرّف والحفظ**". وأصبح بالإمكان الحديث عن الأرشفة الإلكترونية بالإدارة التونسية.

الشخصية بطبيعة الحال. ونحن نعلم أنّ هذه البرمجيات ما فتئت تتطوّر وبالإمكان مواكبة التطوّر الحاصل بالاعتماد على برامج خاصة، ولا أظنّ اليوم أنّ هناك نظاماً يزيح عنه استعمالات المعلوماتية. لكنّ المطلوب ليس فقط مجرد ممارسة سطحية بل ممارسة معمّقة كشكل يغني عن الدفاتر والسجلات اليدوية وقد أصبح ذلك من الأمور البسيطة، بل يمكن الاعتراف لهذه السندات الإلكترونية بمرتبة الحجة الرسميّة بعد أن اعترف المشرّع التونسي لها بمرتبة الحجة غير الرسميّة⁷⁵⁶، خاصّة مع إمكانية أن يتدخّل الطرف الموثوق به أيّ الأمور العمومي في نهاية الأمر لوضع إمضاءه. وهكذا تتحقّق المعالجة الإلكترونية سواء للبيانات الهندسيّة أو غيرها ويتحقّق النفاذ إلى جميع البيانات سواء من طرف المواطن أو الإداري، بل إنّ المعلوماتيّة خير منهج في الاطلاع عن بعد أو حتّى تقديم المطالب عن بعد، ولا بدّ أن تكون لنا العزيمة في التخلّي عن السندات الورقيّة لأنّ العصر الحالي هو عصر الإعلاميّة بلا شكّ، ولا يمكن للتوجهات الجديدة إلا أن تكون إلكترونية في جميع مراحلها، وذلك بحذف التعامل الورقي بصفة مطلقة وتكوين شبكة خاصّة تربط جميع المتدخلين وخاصّة إدارة الملكية العقاريّة وديوان قيس الأراضي وتنظيم أرشيف إلكتروني والارتقاء بالسندات الإلكترونية إلى مستوى الحجة الرسميّة وتمكين العامة من الدخول عن بعد والاطلاع على بيانات السجلّ. وبهذه الأفكار البسيطة المعمول بها بعدّة قطاعات يمكن تحقيق عدّة نتائج هامّة⁷⁵⁷ شرط العمل بجملّة من المبادئ المميّزة⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ نصّ الفصل 453 مكرّر م.أ.ع بعد تنقيحه سنة 2000 بموجب القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 على ما يلي: " الوثيقة الإلكترونية هي الوثيقة المتكوّنة من مجموعة أحرف وأرقام أو أيّ إشارات رقميّة أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتّصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمّن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة. وتعدّ الوثيقة الإلكترونية كتيبا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعّمة بإمضاء إلكتروني." لفهم وشرح مدلولات هذا الفصل يراجع على كحلون، المراجع السّابقة، المسؤولية المعلوماتيّة، ص 345 وما بعد.

⁷⁵⁷ يعمل نظام السجلّ التجاري اليوم المنظّم بموجب القانون عدد 44 لسنة 1995 المؤرخ في 2 ماي 1995 على المستوى الوطني وفق منظومة معلوماتيّة من البداية إلى النهاية. مشار إليه سابقا. وكذلك الشبكات الخاصة بالبنوك.

⁷⁵⁸ على كحلون: نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص 599 وما بعد.

(2) تعديل طريقة مسك سجلي التضمنين والإيداع وختمهما وتوقيعهما

ألغى المشرع الفصلان 381 و384 م.ح.ع وعوضهما بأحكام جديدة، حيث أصبح الفصل 381 جديد م.ح.ع ينص على ما يلي " تتولى إدارة الملكية العقارية يوميا ختم سجلي التضمنين والإيداع وتحيل نسخة من السجلات الممسوكة يدويا في أجل 30 يوما من تاريخ ختمها إلى فرع المحكمة العقارية التي بدائلتها مقر الإدارة الجهوية، فيما تحيل عليها نسخة من السجلات الممسوكة إلكترونيا يوميا⁷⁵⁹". كما أصبح الفصل 384 جديد م.ح.ع ينص على يلي " يجب أن يكون بصفحات سجل الإيداع الذي تمسكه إدارة الملكية العقارية ماديا عدد رتبي وأن يوقع صفحتيه الأولى والأخيرة رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه، كما يتولى أيضا التنصيص بالصفحة الأولى على عدد صفحات السجل ويمضي على ذلك. ويجب أن تكون صفحات سجل رسوم الملكية العقارية مرقمة وأن تكون نصوص الترسيم الواردة بها مطابقة لبيانات سجل الإيداع⁷⁶⁰". وبذلك فرض المشرع بموجب هذه الأحكام الجديدة أن ترقم السجلات وتمضي من قبل رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه وتحال السجلات بعد ختمها إلى فرع المحكمة العقارية المختص.

-ترقيم السجلات وإمضاؤها: يجب أن يكون بصفحات سجل الإيداع الذي تمسكه إدارة الملكية العقارية ماديا عدد رتبي وأن يوقع صفحتيه الأولى والأخيرة رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه، كما يتولى أيضا التنصيص بالصفحة الأولى على عدد صفحات السجل ويمضي على ذلك. ويجب أن تكون صفحات سجل رسوم الملكية العقارية مرقمة وأن تكون نصوص الترسيم الواردة بها مطابقة لبيانات سجل الإيداع. وكان الفصل 384 م.ح.ع قديما ينص على ما يلي "

⁷⁵⁹ وكان الفصل 381 م.ح.ع قيدا ينص على ما يلي " يمسك سجلا التضمنين والإيداع في نظيرين ويودع أحدهما بمحكمة الاستئناف التي بدائلتها مقر الإدارة الجهوية خلال 30 يوما الموالية لتاريخ ختم السجل".

⁷⁶⁰ وكان الفصل 384 م.ح.ع قديما ينص على ما يلي " جميع السجلات التي تمسكها إدارة الملكية العقارية يجب أن يكون بصفحاتها عدد رتبي وأن يوقع صفحتها الأولى والأخيرة رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائلتها مقر الإدارة الجهوية ، كما يتولى التنصيص أيضا بالصفحة الأولى على عدد صفحات السجل ويمضي على ذلك".

جميع السجلات التي تمسكها إدارة الملكية العقارية يجب أن يكون بصفحاتها عدد رتبي وأن يوقع صفحاتها الأولى والأخيرة رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها مقر الإدارة الجهوية، كما يتولى التنصيب أيضا بالصفحة الأولى على عدد صفحات السجل ويمضي على ذلك".

وبذلك خصّ المشرع سجلّ الإيداع وسجلّ الرسوم العقارية بالترقيم، كما خصّ السجلّ المادي بالترقيم، بعدما أصبح من الممكن التمييز بين الدفتر المادي والدفتر الإلكتروني، ويجب أن تتطابق الأرقام الواردة بسجل رسوم الملكية العقارية مع بيانات سجلّ الإيداع. واختار المشرع من جديد إمضاء رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه على سجل الإيداع عوضا عن رئيس المحكمة الابتدائية، والقصد من ذلك هو رئيس الفرع الموجود بدائرة إدارة الملكية العقارية. وطريقة الإمضاء تكون بتوقيع صفحتي دفتر الإيداع الأولى والأخيرة والتنصيب بالصفحة الأولى على عدد صفحات السجل والإمضاء على ذلك.

والملاحظ أنه لا شيء يقتضي تخصيص دفتر الإيداع بالترقيم و تعهد رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه بالإمضاء، لأنّ أهمية دفتر التضمين لا تقل شأنًا مقارنة بدفتر الإيداع حيث إن تاريخ العملية لا يعتبر إلا من تاريخ تلقي المطلب، كما أنّ المحكمة العقارية مدعوة للزوال وكان من الأحسن لو أبقى المشرع على اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية في ذلك⁷⁶¹.

-إحالة وإيداع السجلات بعد ختمها: تتولى إدارة الملكية العقارية يوميا ختم سجلي التضمين والإيداع وتحيل نسخة من السجلات الممسوكة يدويا في أجل 30 يوما من تاريخ ختمها إلى فرع المحكمة العقارية التي بدائرتها مقر الإدارة الجهوية، فيما تحيل عليها نسخة من السجلات الممسوكة إلكترونيا يوميا. وكان الفصل 381 م.ح.ع قديما ينص على ما يلي "يمسك سجلا التضمين والإيداع

⁷⁶¹ سبق للمشرع أن عهد رئيس المحكمة الابتدائية بعدة اختصاصات بموجب القانون عدد46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 سرعان ما تراجع عنها لفائدة رئيس المحكمة العقارية بموجب القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995. (الفصل 391 م.ح.ع).

في نظيرين ويودع أحدهما بمحكمة الاستئناف التي بدأرتها مقر الإدارة الجهوية خلال 30 يوما الموالية لتاريخ ختم السجل".

وعلى ذلك الأساس ستلزم إدارة الملكية العقارية مستقبلا بإحالة نسخة يدوية وأخرى إلكترونية إلى فرع المحكمة العقارية المختص. وذلك في أجل 30 يوما من تاريخ ختم السجل اليدوي ويوميا بالنسبة إلى السجل الإلكتروني. وإذا كان الإجراء يهدف إلى ضمان إمكانية المراقبة وتحقيق الرجوع إلى النسختين بهدف المقارنة وكشف أعمال التدليس أو التغيير عند الاقتضاء، فإن عدم تنظيم طريقة حفظ السندات الإلكترونية لا يحقق هذا الهدف، حيث إن السند الإلكتروني يتطلب طريقة فنية لحفظه وجعله يواكب التقدم الفني في حفظ السندات الإلكترونية⁷⁶². وليست الفائدة في تنظيم واجب إحالة نسخة من الدفاتر بل الفائدة في جعل الهدف من الإيداع والإحالة أمرا ممكن التحقيق، وما كان التخلي عن إجراء الإحالة إلى محكمة الاستئناف وتغييره بالإحالة إلى فرع المحكمة العقارية ليحقق هذا الهدف.

(3) السماح من جديد بتقديم مطلب الترسيم مباشرة إلى إدارة الملكية العقارية بعد تسجيل الصك بالقباضة المالية.

فبعد أن عدّل المشرع الفصل 394 م.ح.ع سنة 1997 بموجب القانون عدد 68 لسنة 1997 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 في اتجاه تقديم النسخة الأصلية للعقد المراد ترسيمه مع المؤيدات الضرورية بعد إخضاعها للتسجيل

⁷⁶² -على كحلون: الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2002. وكذلك على كحلون: مسؤولية المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية، المرجع السابق، ص 5 وما بعد.

-على كحلون: المسؤولية المعلوماتية، إصدار مركز النشر الجامعي 2005، ص 29 وما بعد
-على كحلون: مجموعة القوانين المتعلقة بالمعلوماتية والاتصالات، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2001.

-على كحلون : "الاتصال والمعلومة بين الواقع والقانون"، القضاء والتشريع أكتوبر 1998، ص 159 وما بعد.

-على كحلون : " التجارة الإلكترونية "، القضاء والتشريع فيفري 2000، ص 11 وما بعد.

-على كحلون : العقد الإلكتروني، القضاء والتشريع ديسمبر 2001، ص 43.

-على كحلون: الإطار القانوني للمعلوماتية، القضاء والتشريع جويلية 2005، ص 13. وكذلك المجلة

القانونية 2005، ص 273 وما بعد.

بالقباضة والطابع الجبائي رأى تعديل هذا الفصل سنة 2001 بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 في اتجاه إلزام طالب التسجيل بإدارة الملكية العقارية بأن يقدم لقابض التسجيل، مقابل وصل، الصك بالعدد المستوجب من النظائر والمؤيدات اللازمة مع سند الملكية إن سبق تسليمه مع إلزام قابض التسجيل القيام بإجراءات التسجيل طبقا لأحكام مجلة التسجيل والطابع الجبائي واستخلاص معلوم إدارة الملكية العقارية وإحالة الوثائق المذكورة في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ تلقيها على الإدارة الجهوية للملكية العقارية الراجع لها بالنظر الرسم العقاري. ويتحتم على قابض التسجيل أن يراعي في توجيه الوثائق المشار إليها ترتيب تقديمها لقباضة التسجيل. كما اعتبر بنفس التاريخ أي سنة 2001 أن تاريخ العملية المطلوبة لا يعتبر إلا من تاريخ تلقي إدارة الملكية العقارية لتلك الوثائق أي من تاريخ التضمين بإدارة الملكية العقارية بعدما كان التاريخ المعتبر قبل ذلك هو تاريخ الإيداع.

ولكنّ هذا الاتجاه كان محلّ نقد شديد نظريا وتطبيقيا، فليس من الجائز أن تلزم جهة معينة بإتمام إجراء لا يدخل ضمن اختصاصاتها وليس لهذا الإجراء الجديد من توافق مع حقيقة التطبيق وقد تسبب فعلا في عدة إشكاليات واقعية كان المجال العقاري في غنى عنها، بل لم يكن لاتجاه 2001 ما يبرره أصلا، فما كان من الممكن واقعا إلزام قابض المالية بإحالة جميع الصكوك بالترتيب المطلوب وجعله شباك متقدم لعمل إدارة الملكية العقارية. ولهذا السبب تراجع المشرع بموجب القانون عدد 34 لسنة 2010 واعتمد الطريقة القديمة، وهو أن تقدم المطالب إلى إدارة الملكية العقارية بعد إخضاعها للتسجيل بالقباضة ودفع معلوم التسجيل. وذلك بأن نقح الفقرة الأولى من الفصل 394 م.ح.ع وألغى تماما الفقرتين الثانية والثالثة منه وأصبح الفصل 394 جديد ينص على ما يلي "على كل من يطلب ترسيما أو تشطيبا على ترسيم أو تعديلا لترسيم أو حطا من ترسيم أن يقدم إلى إدارة الملكية العقارية، مقابل وصل، الصك ومؤيداته بعد استيفاء

إجراءات تسجيله بالقباضة المالية ودفع معلوم التسجيل (نقحت الفقرة الأولى بموجب القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010)⁷⁶³.

(ألغيت الفقرتان الثانية والثالثة من الفصل 394 بموجب القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010)⁷⁶⁴.

ولا يعتبر تاريخ العملية المطلوبة إلا من تاريخ تلقي إدارة الملكية العقارية لتلك الوثائق.

وتعفى من معلوم إدارة الملكية العقارية جميع عمليات التسجيل أو التشطيب أو التعديل أو الحط التي تطلب الدولة إجراءاتها لفائدتها في العقارات والحقوق العينية التي تملكها".

وإذا كانت هذه الطريقة هي الأفضل وهي المطلوب اعتمادها فإنها تبين من جديد مدى تردّد المشرع في اختيار الحلول القانونية المناسبة وظرفية القواعد المعتمدة، وكأنّ المشرع مازال في حالة اختبار، حيث لم يمر أكثر من بضع سنوات حتى تراجع تماما عما سبق اعتماده، كما تراجع في عدة مناسبات أخرى عن جملة من العناصر كانت في وقت قريب محلّ دفاع ومطالبة⁷⁶⁵.

ولكنّ التنقيح الجديد لم يتوقف عند ذلك الحدّ بل ألزم محرر الصكوك الخاضعة للتسجيل بإدارة الملكية العقارية بتسجيل العقود بالقباضة المالية قبل تقديمها إلى إدارة الملكية العقارية.

4) إلزام محرر الصكوك الخاضعة للتسجيل بتسجيل الصك بالقباضة المالية

⁷⁶³ وكانت الفقرة الأولى قبل التنقيح تنص على ما يلي: " يجب على كل من يطلب ترسيما أو تشطيبا على ترسيم أو تعديلا لترسيم أو حطا من ترسيم أن يقدم لقابض التسجيل، مقابل وصل، الصك بالعدد المستوجب من النظائر والمؤيدات اللازمة مع سند الملكية إن سبق تسليمه".

⁷⁶⁴ وكانت الفقرتان من الفصل 394 م.ح.ع قبل إلغائهما سنة 2010 تنصان على ما يلي: "وعلى قابض التسجيل القيام بإجراءات التسجيل طبقا لأحكام مجلة التسجيل والطابع الجبائي واستخلاص معلوم إدارة الملكية العقارية وإحالة الوثائق المذكورة في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ تلقيها على الإدارة الجهوية للملكية العقارية الراجع لها بالنظر الرسم العقاري. ويجب على قابض التسجيل أن يراعي في توجيه الوثائق المشار إليها ترتيب تقديمها لقباضة التسجيل".

⁷⁶⁵ كما هو الحال بالنسبة إلى تنقيح 1992 الذي سرعان ما تراجع عنه المشرع سواء سنة 1995 أو سنة 2001.

على كحلون: نظام السجل العقاري، نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2009، ص 428، عدد

رأى المشرع في إطار إصلاح السجل العقاري منذ سنة 1992 أن يقع تحرير الصكوك الخاضعة للتسجيل بواسطة هياكل مختصة (المحامي وعدل الإشهاد وإدارة الملكية العقارية) ونقح الفصل 377 م.ح.ع وأضاف بالمناسبة الفصلين 377 مكرر 377 ثالثاً، وكانت هذه الفصول محل مراجعة مستمرة آخرها كان بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001. وكان الهدف هو أن يعتمد المحرر صيغة معينة في التحرير وأن يطلع على السجل وأن يسعى لتسجيل الصك المحرر حتى لا يبقى رسماً مجمّداً. وحُمل المحرر مسؤولية الأخطاء التي يرتكبها وهي مسؤولية تعاقدية بين الطرفين وتقصيرية في علاقته بالغير.

ولكنّ المشرع رأى من جديد بموجب القانون عدد 34 لسنة 2010 تحميل محرر الصك مزيد الالتزامات بجعله يتحمل مسؤولية تسجيل العقد بالقبضة المالية وذلك بتعديل النقطة الخامسة من الفصل 377 ثالثاً بأن أوجب على محرر الصك " أن يتولى تسجيل الصك لدى قابض المالية على نفقة متحملها ولا يعفى من هذا الواجب إلا إذا أثبت إنذار الطرف المعني كتابياً وأن يتولى تقديم الصك ومؤهلاته بما في ذلك سند الملكية المسلم لصاحب الحق إلى الإدارة الجهوية للملكية العقارية المعنية ويقوم بالإجراءات اللازمة للتسجيل". وأصبح الفصل 377 ثالثاً ينص على ما يلي⁷⁶⁶ " مع مراعاة أحكام الفصل 377 يجب على محرر الصكوك الخاضعة للتسجيل العقاري :

أولاً : أن يعتمد في التحرير على ما تثبته بيانات الرسم العقاري.

ثانياً : أن يستند في التحرير إلى المعطيات الواردة بنموذج يضبط بأمر.

ثالثاً : أن ينص بالصك أنه اطلع على الرسم العقاري وأشعر الأطراف بحالته القانونية وبعدم وجود أي مانع قانوني للتحرير.

رابعاً : أن يمضي بالصك وينص به على اسمه ولقبه ومهنته وعنوانه وعدد بطاقة تعريفه الوطنية.

⁷⁶⁶ أضيف بالقانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 ونقح بالقانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001.

خامسا (جديد): أن يتولى تسجيل الصك لدى قابض المالية على نفقة متحملها ولا يعفى من هذا الواجب إلا إذا أثبت إنذار الطرف المعني كتابيا وأن يتولى تقديم الصك ومؤيداته بما في ذلك سند الملكية المسلم لصاحب الحق إلى الإدارة الجهوية للملكية العقارية المعنية ويقوم بالإجراءات اللازمة للتسجيل (نقحت النقطة الخامسة بموجب القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية⁷⁶⁷). ويكون مسؤولا عن مخالفته لأحكام هذا الفصل وللأحكام التشريعية والترتيبية المتعلقة بالتسجيل.

وكل شرط يخالف ذلك لا عمل به. ولكل شخص تضررت حقوقه من مخالفة الأحكام الواردة بالفقرة السابقة الحق في القيام على المحرر بدعوى في غرم الضرر".

وعلى ذلك الأساس فقد أصبح المحرر ملزما، بموجب هذا التنقيح الجديد، بتسجيل العقد بالقباضة المالية على نفقة المطلوب. وإذا تخلف عن إتمام هذا الواجب تحمل عليه عناصر المسؤولية القانونية والتعاقدية، ولا يمكن أن يتفصى من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه أعلم المعني بالأمر كتابيا وتقاعس هذا الأخير عن دفع المطلوب. فما يطلب من المحرر هو أن يقوم بتسجيل الصك بالقباضة المالية على أن يدفع المعاهد معين التسجيل بطبيعة الحال وإذا تقاعس المطلوب عن الدفع ليس للمحرر إلا إعلامه كتابيا لرفع المسؤولية عنه.

لكنّ هذا الواجب يبدو ضئيل الحظ من حيث الواقع، حيث إنّ عدم تسجيل الصك سيمنع مطلقا المحرر من طلب التسجيل، فما كان من الممكن أن تتلقى إدارة الملكية العقارية صكوكا غير مسجلة بالقباضة وليس في إنذار المعاهد من فائدة طالما أنه لم يرغب في إتمام التسجيل، فالنتيجة واحدة وهو أن الصك سوف لن يقدم للتسجيل بإدارة الملكية العقارية. وقد كان الحل يبدو أكثر نجاعة لو مكن

⁷⁶⁷ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 2 جويلية 2010، عدد 53، ص 1861. وكانت الفقرة قبل تنقيح 2010 تنص على ما يلي: "أن يتولى تقديم الصك ومؤيداته بما في ذلك سند الملكية المسلم لصاحب الحق إلى قابض التسجيل ويقوم بالإجراءات اللازمة للتسجيل".

المحرر من تسجيل الصك وتوظف مصاريف التسجيل بالرسم العقاري. مثل ذلك الحلّ كان من الممكن أن يساهم في تسهيل أعمال الترسيم⁷⁶⁸.

وعلى كلّ حال يخضع المطلب المقدّم لمراقبة أوليّة، حرصاً من الإدارة لتلافي ضياع الوقت وتقديم الإرشاد المناسب، فتتّجه عناية المكلف بتلقّي المطالب إلى مراقبة شكل العقد ومدى مطابقته للموجبات القانونية والتأكّد من اختصاص الإدارة صاحبة النّظر ومرجع نظرها والرجوع إلى معرّف الرّسم، وهو المهمّ. ويسعى العون إلى التأكّد من توفّر الوثائق التي من المفروض أن تصاحب الطّلب، خاصّة منها ما يتعلّق بالأذون والتّراخيص والأمثلة والتّواكيل. ويتأكّد كذلك من استخلاص المعاليم القانونية، وإذا ثبت عدم استخلاصها يبادر بتحرير الإذن بالاستخلاص ويحيله إلى وكالة المقايض. وبالإمكان أن يرفض المطلب بداية ويعاد إلى صاحبه عند الاقتضاء، وإذا قبل العون المطلب المقدّم، يسلم إلى صاحبه وصلاً في ذلك، ويبقى نسخة لديه، ثمّ يحال المطلب إلى قسم التّضمين لتدوينه ضمن اليومية أي النّشاط اليومي، وهكذا تجمع كامل الأعمال اليومية، وتحال بعد ذلك إلى المدير الجهوي للإدارة لإحالتها إلى قسم التّحقيق.

ب- التّحقيق

رأينا أنّ النّظام العيني يحتكم في أهمّ مبادئه إلى مبدأ الشّرعية، وهو ضرورة التّحقّق من طرف حافظ الملكية من سلامة العملية المطلوبة. ولهذا الغرض جاء بالفصل 306 م.ح.ع " أنّ إدارة الملكية العقارية تتولّى قبل قيامها بأيّة عملية مباشرة التّحقيقات التي تقتضيها هذه المجلة "، وجاء بالفصل 389 م.ح.ع أنّ " إدارة الملكية العقارية تتحقّق من هويّة الأطراف وأهليّتهم ومن صحّة الوثائق المدلى بها تأييداً لمطلب التّرسيم "، وأورد الفصل 390 م.ح.ع " أنّ لا تقع مباشرة العملية المطلوبة إلّا إذا كان الحقّ المراد ترسيمه أو قيده احتياطياً من الحقوق التي أقرتها هذه المجلة والتي يجب إشهارها. وعلى إدارة الملكية العقارية زيادة على ذلك أن تتحقّق من كون التّرسيم أو القيد الاحتياطي أو التّشطيب

مثل هذه الحلول كانت فعلاً محلّ نقاش بمجلس النواب.
المجلة القانونية، عدد 94/95، بتاريخ جويلية أوت 2010، ص 6.

المطلوب لا يتعارض قطّ مع البيانات الواردة برسم الملكية وأن لا شيء يمنع المعني من التصرّف في الحقّ الذي تمّت إحالته أو إنشاؤه وأنّ الوثائق المدلى بها تبيح مباشرة العملية المطلوبة"، وأكّد الفصل 392 م.ح.ع على ضرورة احترام مبدأ التسلسل في الترسيمات حيث لا يمكن " ترسيم هذا الحقّ إلاّ إذا كان منجرًا مباشرة ممّن سبق ترسيمه باسمه، أمّا إذا كان الحقّ العيني موضوع عدّة نقل أو اتفاقات متوالية فإنّ النّقل أو الاتفاق الأخير لا يقع ترسيمه قبل ترسيم ما سبقه من نقل واتفاقات. " ولا يستثنى من ذلك أي صكّ مهما كان مصدره أو محرّره، ولو كان حكما قضائيًا أو قرارًا إداريًا. ولهذا الغرض تشتمل إدارة الملكية العقارية على هيكل تحقيق وبحث مكلف بدراسة المطالب واتخاذ القرار المناسب. وتكون الناحية الشكلية والأصلية في المطالب محلّ تدقيق.

فمن حيث الشكل تتّجه عناية المحقّق في ذلك بداية إلى شكل الكتاب المقدّمة التي من المفروض أن تكون نسخا إذا كانت من صنف الحجج الرسمية والأحكام، أو أصولا إذا كانت من صنف الحجج غير الرسمية حسب التّفتيح الأخير للفصل 375 م.ح.ع. وتنصرف عناية المحقّق ثانية إلى التّأكد من صفة المحرّر على معنى الفصل 377 مكرّر م.ح.ع، وتوفّر موجبات التّحرير على معنى الفصلين 377 م.ح.ع و 377 ثالثا م.ح.ع. ويتأكّد المحقّق ثالثا من تعريف الأطراف بإمضاءاتهم طبق القانون، ومن الصّيغة الرسمية للكتائب المقدّمة مثل عقد الهبة على معنى الفصل 204 م.أ.ش والعقد الذي يبرمه الأمّي على معنى الفصل 454 م.أ.ح. ويتثبت المحقّق رابعا من توفّر التّرخيص المطلوب عند الاقتضاء، وهي عديدة⁷⁶⁹. وملخص القول يشار إلى التّرخيص

769 اشترط المشرّع جملة من الشكليات الهامة بغاية المراقبة وخاصة منها ما يتعلّق بالأذون والتّراخيص والإعلامات، حيث أوجب المشرّع رخصة الوالي بالنسبة إلى العمليات العقارية منذ سنة 1957 بموجب أمر 4 جوان 1957 طبق ما وقع تنقيحه في عدّة مناسبات، إلى أن تخلّى عنها سنة 1977 بالنسبة إلى التّونسنيين بموجب المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرّخ في 21 سبتمبر 1977، واعترف أخيرا القانون عدد 38 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أفريل 1992 بصحّة المعاملات الواقعة بين التّونسنيين خلال تلك الفترة ولو لم يتوفّر التّرخيص، إذا لم تصدر في شأنها أحكام أحرزت على قوّة ما اتّصل به القضاء. غير أنّ المشرّع أضاف إلى رخصة الولاية رخصة وزير التّجهيز بالنسبة إلى بيع ملك الأجانب المقامة قبل 1956 بموجب القانون عدد 61 لسنة 1983 المؤرّخ في 27 جوان 1983 والمتعلّق بالعقارات التي هي

بالعقد أو أن يحتج به في وقته، وهو يرتفع إلى مرتبة هامة تجعله شرطا من شروط صحة الصك، بمعنى أن تتوفر الرخصة قبل إبرام العقد، وإلا رفض

على ملك الأجانب والمبنيّة أو المكتسبة قبل سنة 1956. وقد أحيلت اختصاصات وزير التّجهيز في ذلك إلى وزير أملاك الدولة بموجب القانون عدد 20 لسنة 1992 المؤرخ في 3 فيفري 1992.

وتطلب التّراخيص عملا بأحكام أمر 1957 كما تمّ تنقيحه في جميع أعمال الإحالة والمساهمة في الشّركات وإحالة الأسهم والحصص سواء بالنسبة إلى الشّركات الفلاحية أو غيرها. وتخرج بعض العمليات عن التّرخيص إذا كانت موضوع اتفاقية ثنائية مثل تلك التي تربط البلاد التونسية مع البلاد الليبية أو الجزائرية، لكن إدارة الملكية العقارية لا تعمل بها حسب المذكرة عدد 8-78 المؤرخة في 19 سبتمبر 1995 الصادرة عن وزير أملاك الدولة بدعوى المعاملة بالمثل.

وإذا كان المستفيد بلدا أجنبيا، فيطلب ترخيص الوزير الأول عملا بأحكام القانون عدد 31 لسنة 1959 المؤرخ في 28 فيفري 1959، ويسند التّرخيص من طرف رئيس الجمهورية إذا تعلقت العملية ببيع قطع أرض فلاحية لفائدة أشخاص ماديين أجانب طبق أحكام القانون عدد 56 لسنة 1969 المؤرخ في 22 سبتمبر 1969 المتعلق بإصلاح الأوضاع الفلاحية. ومن الصّوري كذلك الاحتجاج بترخيص البنك المركزي إذا كان المنتفع من العملية أجنبيا غير مقيم عملا بأحكام الأمر عدد 1696 لسنة 1993 المؤرخ في 16 أوت 1993 المتعلق بتنقيح الأمر عدد 608 لسنة 1977 المؤرخ في 27 جويلية 1977 المتعلق بشروط تطبيق مجلة الصّرف. والشّروط يسري على الدّوات المعنوية غير المقيمة. وإذا كان المستفيد مقيما يشترط الاحتجاج بشهادة تفيد إيداع ثمن البيع بحساب انتظاري أو بحساب رأس مال. وإذا كان الدّفع بالعملة الصّعبة فلا بدّ من الاحتجاج بشهادة تفيد قيام هذا الشّروط (شهادة مسلمة من وسيط بنكي).

وأورد أخيرا القانون عدد 29 لسنة 2000 المؤرخ في 6 مارس 2000 المتعلق بتنقيح وإتمام القانون عدد 17 لسنة 1977 المؤرخ في 16 مارس 1977 المتعلق بإحداث وكالة الإصلاح الزراعي بالمناطق العمومية السّقوية، أنّ كلّ إحالة بعوض أو بدونه لعقارات كائنة بدوائر تدخل الوكالة العقارية الفلاحية تخضع لترخيص مسبق من والي الجهة التي يوجد بدائرتها العقار موضوع الإحالة طبقا للشّروط المنصوص عليها بالأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 والمتعلق بالعمليات العقارية. كما أنّ القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فيفري 1995 المتعلق بالعقارات الدّولية الفلاحية كما وقع تنقيحه بموجب القانون عدد 48 لسنة 1996 المؤرخ في 10 جوان 1996 أشار إلى ضرورة ترخيص وزير أملاك الدولة في رهن حق الانتفاع وحتى بالنسبة إلى أعمال التّفويت بشكل عام. وأغلب النّصوص المتعلّقة بالملك العمومي للدولة سواء كان للمياه أو للمناجم أو للسكك الحديدية أو للطّرق أو للبحار أو للأنار توجب التّرخيص في عدّة مواطن. كما أنّه في إطار التهيئة يلزم المالك بدائرة التّدخل العقاري أو دائرة المدّخرات العقارية بإعلام المنتفع بحق الأولوية في الشّراء (الفصول 35 و42 و43 و44). كما أنّه في إطار حماية مجلة حماية التّراث يتعيّن إعلام الوزير المكلف بالتّراث بكلّ تفويت لعقار محمي في أجل خمسة عشر يوما (الفصل 34 من المجلة) وللدولة حقّ الأولوية في الشّراء (الفصل 89). وفرضت مجلة الغابات عدّة ضوابط في مواضع متعدّدة، القانون عدد 20 المؤرخ في 13 أفريل 1988، الرّائد الرّسمي عدد 25 بتاريخ 15 أفريل 1988 ص 558.

ومن خلال هذه التّراخيص والإعلامات يمكن للدولة إجمالا أن تراقب العملية وأن توجهها إلى المطلوب أو أن تستعمل حقّها في أولوية الشّراء (القانون عدد 79 لسنة 1991 المؤرخ في 2 أوت 1991 المتعلق بحقّ الأولوية للدولة في العمليات العقارية التي ينجر عنها نقل الملكية والتي تتوقّف على ترخيص إداري) أو الشّفعة (الفصل 113 من مجلة التّسجيل والطّابع الجبائي).

يراجع ما صدر أخيرا في هذا الجانب، القانون عدد 40 المؤرخ في 11 ماي 2005 يتعلق بإتمام الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 المتعلق بالعمليات العقارية (الرّند الرّسمي عدد 41 بتاريخ 23 ماي 2006، ص 1827). وقد أعفي الأجانب من التّرخيص المسبق في عمليات اقتناء أو تسوغ الأراضي والمحلات المبنية بالمناطق الصناعية والأراضي بالمناطق السياحية وذلك للإنجاز مشاريع اقتصادية.

الطلب. ولا يفوتنا أن نشير إلى أن المحقق يتأكد في النهاية من توفر الوثائق المصاحبة، ويمكن أن تتعلق على وجه الخصوص بسند الملكية أو بالتوكيل أو بالأمثلة الهندسية أو بالوثائق الضرورية للتعريف بالشخص المعنوي، أو أي وثيقة أخرى حسب الصور.

ومن حيث الأصل يمكن حصر مجال التحقيق على المستوى الأصلي في ثلاث نواحي أصلية لا تخرج في نهاية الأمر عن أطراف الصك وموضوعه. فتتجه عناية المحقق فيما يتعلق بأطراف الصك إلى هوية الأطراف وصفتهم وأهليتهم وجنسياتهم. حيث نص الفصل 389 م.ح.ع صراحة على أن إدارة الملكية العقارية تتحقق من هوية الأطراف أي الهوية المبيّنة بمضمون الولادة أو بطاقة التعريف بالنسبة إلى الشخص المادي والهوية المبيّنة بالنظام الأساسي بالنسبة إلى الشخص المعنوي كما ورد ذكره بالفصل 377 م.ح.ع. ويتحقق العون من وجود التفويض الكامل والصحيح، ومن صحة البيانات الواردة بالصك وبالتوكيل على سبيل المثال⁷⁷⁰، أي أن يكون القائم بالعملية مالكا بالرسم أو صاحب حق أو أنه أسند التفويض القانوني إلى الغير لتمكينه من إتمام العملية. ويطلب من المحقق الوقوف على سن المتعاقدين زمن التعاقد وأحكام ترشيده أو زواجه عند الاقتضاء، ويتأكد على وجه الخصوص من طبيعة العملية وتوفر الأذون اللازمة في ذلك⁷⁷¹. غير أن المحقق لا يمكنه أن يراقب ما خرج عن

⁷⁷⁰ ويذكر أن التوكيل إما أن يكون عاماً أو خاصاً على معنى الفصل 1116 م.أ.ع. فالتوكيل الخاص هو الذي يتعلق بنازلة أو نوازل مخصوصة أو الذي يقتصر على مأمورية مخصوصة. فلا يباشر الوكيل في ذلك إلا النوازل أو الأعمال المعينة له مع ما يتعلق بها تعلقاً ضرورياً بحسب العادة. والتوكيل العام هو إطلاق يد الوكيل في جميع أمور موكله أو التفويض له في أمر خاص. ومهما أطلقت يد الوكيل ليس له أن ينهي أعمال التفويضات بشكل عام إلا بنص صريح عملاً بأحكام الفصلين 1119 و1120 م.أ.ع، معنى ذلك أن يتأكد المحقق من طبيعة التوكيل المضافة، ومن السلطة المسندة إلى الوكيل من خلال الوقوف على معانيها ومقاصدها ومدلولاتها. وقس على ذلك ما يمكن أن يسند إلى المتصرف من سلطة من طرف الشركاء بوجه عام.

⁷⁷¹ يمكن تعريف الأهلية بوجه عام بأنها قدرة الإنسان على الالتزام والإلزام وعلى مباشرتهما شخصياً بما يترتب عن تصرفه من حقوق وواجبات، وانعدام الأهلية أو نقصها يسمى الحجر، ونفريق قانونا بين أهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقرها القانون، وأهلية الأداء وهي صلاحية من له أهلية الوجوب في ممارسة ذلك الحق بنفسه (محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 81). والأهلية مفترضة مبدئياً لدى جميع الناس، وهي الأصل في جميعهم، ما لم يصرح القانون بخلافه. فترد أهلية الوجوب كاملة إلا في حالات استثنائية مثل ما أشار إليه المشرع بالفصل 566 م.أ.ع من حرمة أعضاء المجالس الحكمية وكتّاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام في كسب الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم بالشراء أو بالإحالة. وتفقد أهلية الأداء لمن تعذر عليه التعاقد بنفسه لصغر في

الكتب إلا إذا توفرت الحجة، كما إذا كان المتعاقد سفيها أو مختل المدارك أو ضعيف العقل أو مفلسا، ففي جميع هذه الحالات يشترط الحكم، معنى ذلك أن الأهلية توجب التحقق من العناصر الداخلية المدرجة بالصلك دون الخارجية التي تبقى معزولة عن ميدان التثبت، إلا إذا صدرت الأحكام واحتج بها في وقتها. ومن المفروض أن يتضمن الصك المراد ترسيمه جنسية كل واحد من المتعاقدين.

السب أو لجنون أو لضعف في العقل أو لسفه. وقد وضع المشرع التونسي تنظيما ميز من خلاله بين أعمال الصغير غير المميز والمحجور عليه لجنون من ناحية وأعمال الصغير المميز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه من ناحية أخرى، بعد أن حدد سن الرشد، وهو ثماني عشرة سنة كاملة على معنى الفصل 153 م.أ.ش، فيكتسب المرء أهليته كاملة ما لم يصدر حكم بالتجيز سواء لجنون أو لضعف في العقل أو لسفه. (عوضت عبارة "العشرين سنة كاملة" بعبارة "الثماني عشرة سنة كاملة" بموجب القانون عدد 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26 جويلية 2010 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني بالفصلين 6 و 7 م.أ.ع وكذلك بالفصول 153 و 157 و 178 م.أ.ش وبالفصل 4 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1 أوت 1957 المتعلق بالحالة المدنية وبالفصلين 4 و 12 من مجلة الجنسية وبالفصل 3 من القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 28 أكتوبر 1998 المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب المنقح والمتمم بالقانون عدد 51 لسنة 2003 المؤرخ في 7 جويلية 2003. وحذفت عبارة "وترخيص من الولي" الواردة بالفقرة الثانية من الفصل 2 من القانون عدد 1 لسنة 2004 المؤرخ في 14 جانفي 2004 المتعلق بالخدمة الوطنية وحذفت الفقرة الثانية من الفصل 29 من نفس القانون وألغى الفصل 6 تماما من المجلة التجارية. وليس لهذا القانون الجديد مفعول رجعي ولا يشمل المواد غير المنصوص عليها بهذا القانون).

الصغير غير المميز والمحجور عليه لجنون: عملا بأحكام الفصل 156 م.أ.ش يعتبر صغيرا غير مميز من لم يبلغ سن الثالثة عشرة، وتكون جميع أعماله باطلة بدون استثناء سواء كانت من قبيل أعمال التبرع أو الإدارة أو التصرف، ويلحق بالصغير غير المميز المجنون الذي حكم بالتجيز عليه (160-161-162-163 م.أ.ش). ولا يمكن لهما التعاقد إلا بواسطة وليهما القانوني سواء كان الأب أو الأم أو المقدم المعين قضاء، ويجوز للولي بصفة عامة أن يبرم في حق القاصر عقود الاغتناء لفائدة القاصر وأعمال الإدارة بدون توقف على إذن خاص، أما أعمال التبرع لصالح الغير فهي ممنوعة ولا يصح أصلا أن يأذن القاضي بها، وتخضع أعمال التصرف مثل البيع والمعاوضة والصلح والمقاسمة وغيرها لإذن خاص يصدره رئيس المحكمة الابتدائية (15-16 م.أ.ع).

الصغير المميز والمحجور عليه لضعف في العقل أو لسفه: الصغير المميز هو الذي تجاوز سن الثالثة عشرة، وتكون أعماله نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض، ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي (الفصل 156 م.أ.ش)، وبالتالي فبإمكان الصبي المميز أن يبرم عقود الاغتناء بدون إجازة وليه، ويكره عليه أعمال الهيئات لفائدة الغير ولو بمصادقة الولي، أما أعمال الإدارة فهي خاضعة لإجازة الولي، وتتوقف أعمال التصرف على توفر الإذن الخاص (الفصل 15 م.أ.ع)، وتدخل في مثل هذا الحكم أعمال ضعيف العقل المحجور عليه بحكم (160-162 م.أ.ش)، والسقيي المحجور عليه بحكم كذلك (الفصل 164 م.أ.ش) والمفلس (الفصل 6 م.أ.ع). يراجع مجلة الالتزامات والعقود الفصول 3 إلى 17 ومجلة الأحوال الشخصية الفصول 153 إلى 170. وبذكر أن ترشيد الصغير على معنى الفصل 158 م.أ.ش يجعل من أعماله نافذة. (نص الفصل 158 م.أ.ش على أنه يمكن للحاكم ترشيد الصغير ترشيدا مقيدا أو مطلقا كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد إن قام لديه موجب في ذلك. وتصرفات الصغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة. وبين الفصل 159 م.أ.ش أنه لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة). حيث إن المأذون له بالتجارة له أن يتعاقد في دائرة ما هو مأذون فيه إن لم يكن محض تبرع، وزواج القاصر يرشده إذا جاوز السابعة عشرة من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية أو التجارية عملا بأحكام الفصل 153 م.أ.ش.

وعلى فرض أن الصكّ خلا من ذلك، أو لسبب من الأسباب كما إذا كان اسم المتعاقد لا يتوافق ظاهرياً مع الجنسية المذكورة، فعلى الطرفين إثباتها طبق مجلة الجنسية الصادرة بموجب المرسوم عدد 6 لسنة 1963 المؤرخ في 28 فيفري 1963، وعلى المحقق الإحاطة بجوانب اكتساب الجنسية سواء بموجب النسب أو الولادة أو القانون أو التجنس وكذلك بصور فقدانها أو إسقاطها أو سحبها. وإذا كان الطالب شخصاً معنوياً يتثبت المحقق من جنسيته طبق المرسوم عدد 14 لسنة 1961 المؤرخ في 30 أوت 1961 كما وقع تنقيحه بموجب القانون عدد 84 لسنة 1985 المؤرخ في 11 أوت 1985. وتبدو مسألة الجنسية هامة لأنّ العمليات العقارية التي يتولاها الأجنبي لا تقع صحيحة إلا إذا توفّر الترخيص، كما تقدّم.

وفيما يتعلّق بالموضوع تتوجّه عناية المحقق إلى التثبت من طبيعة البيانات الضابطة لموضوع التفويت وهي الحدود المقررة لموقع العقار وحدوده ومساحته، ويرتبط جميع ذلك بمعرّف الرسم العقاري وعدد القطع عند الاقتضاء، والمهم أن لا يتعارض ذلك مع بيانات السجل العقاري، وأن تكون حقوق المستفيد منجزة مباشرة من صاحب القيد، وأن لا شيء يمنع من إدراجها. معنى ذلك أن يتحقّق مبدأ التسلسل العقاري، وأن توافق العملية المطلوبة قواعد مسك السجل العقاري.

وبفهم من مبدأ التسلسل العقاري المنصوص عليه بالفصل 392 م.ح.ع أن " لا يقع ترسيم الحق المطلوب إلا إذا كان منجزاً مباشرة ممّن سبق ترسيمه باسمه. أمّا إذا كان الحقّ العيني موضوع عدّة نقل أو اتّفاقات متوالية، فإنّ النقل أو الاتّفاق الأخير لا يقع ترسيمه قبل ترسيم ما سبقه من نقل واتّفاقات"، وبالتالي كان من اللازم أن يتثبت المحقق من ترابط العمليات العقارية انطلاقاً من بيانات الرسم وانتهاء إلى موضوع الطلب.

وتقتضي أصول وقواعد مسك السجل أن تتوفّر في البيانات ضوابط ما يسمح بتجسيم العملية بالسجل وأن لا شيء يمنع من إدراجها. ويذكر في هذا الباب أن الموضوع لا يخرج في حقيقة الأمر عن طلب التّخصيص بقطعة أو التّزليل في حدود منابات مشاعة. وإذا كان التّخصيص، فلا يخرج عن أمرين،

إمّا أن ينصبّ الطّلب على كامل الرّسم أو أن ينحصر في جزء منه. ولا إشكال إذا كان الأوّل أي طلب التّرسيم على كامل الرّسم، فقط يتّجه التأكّد من أنّ البيانات الواردة بالرّسم لا تتعارض مع بيانات الكتب. وإذا انحصر الطّلب في جزء من الرّسم، فمن الممكن أن يتعلّق الطّلب بقطعة محدّدة مسبقاً بالرّسم أي أن تميّز بعدد معيّن، أو أن يشمل الطّلب جزءاً لم يسبق تمييزه بعدد، وفي كلتا الحالتين يطلب إضافة المثال الهندسي للقطعة المعنيّة أي مثال نقل الملكية الذي من المفروض أن يعده أعوام ديوان قيس الأراضي أو مهندس خاص مع احترام ضوابط التهيئة العمرانية والفلاحية⁷⁷²، وأن تصحبه شهادة التّطابق عند الاقتضاء. ومن المفروض كذلك أن تتطابق مساحة المثال مع المساحة المحدّدة بالكتب، فإن نزلت مساحة المثال عمّا ذكر بالصكّ فلا إشكال، فإن زادت يطلب المصادقة.

أمّا بالنسبة إلى طلبات التّرسيم على الشّيع، فلا يخرج الأمر كذلك عن حالتين، فإمّا أن يكون الرّسم محلّ تقسيم أو أن لا يكون كذلك. حيث إنّ خضوع الرّسم لإجراءات التّقسيم، والمقصود بذلك إجراءات التّقسيم المبينة بمجلة التهيئة العمرانيّة، يمنع مطلقاً من إدراج العمليّات على الشّيع. وإذا خلا موضوع الرّسم من التّقسيم، فلا شيء يمنع من إدراج العمليّة على الشّيع، فقط يجب أن يكون الصكّ المراد ترسيمه واضحاً في هذا الاتّجاه، وأن يعفى حافظ الملكية من أعمال الإفراز أو الضمّ أو الاستخراج. على أنّه من الممكن إفراز موضوع العمليّة واستخراجه إذا فوّت كافة الشّركاء بالرّسم في جزء معيّن ومحدّد من مساحة الرّسم وأعدّ مثال نقل الملكية كما تقدّم، ويتعذّر الاستجابة لمثل هكذا طلب إذا صدرت الإحالة عن البعض دون الآخر، إلّا إذا قدّم الطّالب ما يفيد انفراد البائعين على سبيل المثال بهذا الجزء، كأن تبرم عقود المقاسمة أو المعاوضة أو ما شابه ذلك من الصكوك، فإن استعصى الاستجابة لهكذا شرط، فمن الممكن أخيراً إدراج هذا

⁷⁷² إذا كان العقار داخل حدود المنطقة البلدية لا بدّ من مصادقة البلدية على أعمال التقسيم (تقسيم العقار إلى ثلاث قطع فأكثر) أو التجزئة (تجزئة العقار إلى قطعتين) وإذا كان العقار خارج حدود البلدية يطلب موافقة الوالي (الفصل 58 من القانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 28 نوفمبر 1994 المتعلق بمجلة التهيئة والتعمير).

الكتب في حدود المنابات المشاعة، أي أن تحوّل المساحة الواردة بالكتب إلى منابات مشاعة تؤخذ من المنابات الرّاجعة إلى البائعين بالرّسم على سبيل المثال. -ويتطلّب التّرسيم على الشّياح التّأكّد من توفّر الرّسم على المنابات المباعّة، أي التّأكّد من ملكيّة البائع للمنابات موضوع الصّك. فإذا جاءت المنابات بالصّكّ محدّدة، فإنّه لا يعتدّ إلّا بقدرها وإن نصّ الكتاب على أنّ ذلك يوافق جميع ما للبائع بالرّسم. لأنّه من الجائز أن تنجرّ لهذا الأخير جملة من الحقوق بطريقة قد يجهلها، بعدما اعتقد خطأ خروجه من ملكيّة الرّسم، كأن يكون الرّسم على ملك الأب الذي توفّي وانحصر إرثه في زوجته وأولاده، وبفوت أحد الأبناء في كامل منابه، ثمّ تتوفّي الأمّ على سبيل المثال، فينحصر إرثها في أولادها، فيعاد ذكر البائع ضمن قائمة المستحقّين. على أنّه يجب اعتبار التّجزئة العامّة الواردة بالرّسم التي من الممكن أن توافق مساحة الرّسم أي أن تكون المساحة هي القاسم المشترك، وفي هذه الصّورة بالتّحديد من الممكن تجاوز عدم ذكر القاسم المشترك بالصّكّ المراد ترسيمه، غير أنّه من الممكن أن لا يوافق القاسم المشترك مساحة العقّار، وفي هذه الصّورة يطلب ذكر التّجزئة المحدّدة بالرّسم، إلّا إذا أمكن حساب المنابات الواردة بالصّكّ.

ت-رفض وقبول العمليّات المطلوبة

لا يخرج قرار الإدارة عن اتّجاهين، فإمّا الرّفص أو القبول. فإذا كانت الصّكوك المقدّمة لا تستجيب لأحكام مجلّة الحقوق العينيّة ولجملة النّصوص المرتبطة بها سواء لخلل في الشّكل أو لنقص في الأصل، يرفض الطّالب ويعلم المعني بذلك بواسطة مكاتيب مضمونة الوصول، الذي بإمكانه أن يرفع الخلل ويعيد إيداع طلبه من جديد، أو يسلك اتّجاها آخر سنعرّض له في بابه⁷⁷³. والمفيد في ذلك أن تكون مكاتيب الرّفص بالضرورة معلّلة ويصادق عليها المدير الجهوي أو من ينوبه، ويودع ملفّ التّرسيم المرفوض بقسم التّضمين الذي يرتّب حسب عدد التّضمين، وفي صورة تعدّد الإيداعات فيعتمد آخر عدد تضمين.

يراجع الطّعن في قرار حافظ الملكيّة العقّاريّة (الفصل 388 م.ح.ع).

وإذا كان الطّلب في طريقه تقبل العمليّة المطلوبة ويحال الملفّ، بعد أن تستوفى أعمال التّحقيق، إلى قسم الإيداع للتّنصيب على العمليّات الجديدة بدفاتر تسمّى دفاتر الإيداع، ثمّ تنسخ البيانات الواردة به بالرّسوم العقاريّة المتعلّقة بها، ثمّ تخضع كامل العمليّة إلى مراجعة شاملة يقال لها إداريًا عمليّة المقابلة، أي أنّ المطلب لابدّ أن يمرّ عبر قسم التّحقيق ثمّ قسم الإيداع ثمّ قسم النّسخ والمقابلة.

ويذكر أنّ دفاتر الإيداع هي الأساسيّة في ضبط العمليّات المقبولة⁷⁷⁴، ولها أهميّة عظيمة باعتبار أنّ الحقّ غير المدرج بها لا يعدّ مقبولا. وهي على نوعين دفتر إيداع عام (فرنسيّة وعربيّة) ودفتر خاص بالعقل. وهي مصمّمة طبق نظام محدّد، فيشار بالوادي الأوّل من صفحاته إلى عدد المجلّد وبالتالي إلى العدد الرتبي للعمليّة وبالتالي إلى تاريخ التّرسيم وبالزّابع إلى الوثائق المؤيّدّة للتّرسيم، ولا يجوز بتاتا تجاوز عدد أو تكراره. كما يشار بالدفتر إلى ملخص العمليّة العقاريّة سواء كانت بيعا أو هبة أو خلافتها وإلى تاريخ العقد وتاريخ تسجيله وهويّة الأطراف وعدد الرّسم العقاري. ويعود إلى قسم الإيداع إحداث الرّسوم العقاريّة الجديدة عند الاقتضاء بالرجوع إلى آخر رقم مسند. لكنّ بعض العمليّات الخاصّة تتطلّب مزيدا من البيانات مثل ترسيم حقوق الارتفاق والرّهون والاعتراضات التّحفظيّة والعقل العقاريّة والقيود الاحتياطيّة والنّشيطيات وأحكام التّسجيل والتّقليس والتّحجير والتّصفيق والائتمان العدلي. وبإدراج جملة العمليّات تختم يوميّة الإيداع في يومها. ويطلب حينئذ نقل محتوى مدوّنة التّرسيم على الرّسم المناسب وهو ما يعرف بالنّسخ⁷⁷⁵، على أن لا تباشر هذه العمليّة إلّا بعد التّأكّد من صحّة المراجع المدرجة بدفتر الإيداع وأنّ تحافظ خلية النّسخ على مبدأ الأسبقية⁷⁷⁶. ثمّ يخضع جميع ذلك لعمليّة المقابلة، وهي عمليّة تهدف إلى

774 الفصلان 380 و381 م.ح.ع

775 يراجع 368 م.ح.ع 398 م.ح.ع 399 م.ح.ع

776 ولم يعد بالإمكان، بعد تنقيح 2001 بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001، إدراج أي شيء بهوامش الرّسم، وألغيت بالتّالي إمكانيّة التّنصيب على نقل الرّهن الواقع بطريقة الحلول أو غيرها من الطّرق بهامش ترسيم الرّهن بعد تنقيح الفصل 374 م.ح.ع، وفرض الفصل 398 جديد بأن يتمّ التّرسيم على التّعاقب، وهي في نهاية الأمر حلول اقتضتها ضرورة إدخال الإعلاميّة في عمل ونشاط الإدارة.

مراجعة جميع المراحل رجوعاً إلى الرسم العقاري المعني ومدونات الترسيم والإيداع. فتتجه عناية القسم إلى مراقبة التسلسل الزمني لمجمل العمليات المدرجة بالرسم، والتثبت من العناصر الشكلية والموضوعية التي سبق شرحها في إطار أعمال التحقيق. وإذا تسربت بعض الأخطاء في عملية النسخ أو في قرار الترسيم ذاته، ترفع في وقتها حسب الطريقة المعمول بها سواء بتدخل من العون المباشر في الحالة الأولى أو من مدير الملكية العقارية في الحالة الثانية. وفي النهاية يمضي العون القائم بالمراجعة بالمدونة التي تحال إلى رئيس مصلحة ترسيم العمليات العقارية، ويحال الرسم إلى قاعة الرسوم والملفات المتعلقة لها إلى قسم الأرشيف. وتدرج نهاية مقررات الترسيم بقسم التضمين حسب تنظيم المنظومة المعلوماتية المعدة للغرض. وإلى حد ذلك التاريخ تنتهي عملية الترسيم، ورغم التنظيم الواضح في إجراءات تقديم المطلب أو طريقة التحقيق والنسخ والمقابلة وحفظ الرسوم والوثائق، فإن كثيراً من النقص يمكن الحديث عنه في هذا الجانب. ولذلك مكن المشرع من إمكانية الطعن في قرارات إدارة الملكية العقارية.

الفقرة الثانية: الطعن في قرارات حافظ الملكية العقارية

كان الطعن أمام المحكمة العقارية محلّ جدل متواصل منذ دخول مجلة الحقوق العينية حيز التنفيذ. وقد سبق أن أشارت بالفصل 315 إلى أنّ رئيس المحكمة العقارية ينظر في جميع الصعوبات التي تنشأ بعد إقامة رسم الملكية. وهي إمكانية إجرائية جديدة استحدثها المشرع سنة 1965 لغاية تسهيل عمليات الترسيم وتذليل جملة الصعوبات التي قد تطرأ بعد إقامة الرسم العقاري، ولغاية الحدّ من خطورة مبدأ الشريعة. وقد أثار هذا الفصل عدّة إشكاليات من الناحية التطبيقية في علاقة المحكمة العقارية بإدارة الملكية العقارية بسبب طبيعته القانونية الاستثنائية. لكن رجال القانون أكدوا يومها الطبيعة الإرشادية لهذا الإجراء، ونزعوا عنه القوة الإلزامية، حيث إنّ حقوق الأطراف تبقى محفوظة فيما

واقتضى الترسيم على التعاقب تنقيح الفصلين 452 و455 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بموجب القانون عدد 32 لسنة 2001 المؤرخ في 29 مارس 2001.

يتعلّق بالأصل⁷⁷⁷. وبمناسبة التّقيح الذي أورده المشرّع سنة 1992 بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 أصبح رئيس المحكمة الابتدائية هو المختص بالنظر في هذه الصّعوبات. لكنّ المشرّع سرعان ما تراجع عن هذا الحلّ بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 23 جانفي 1995، وألغى تماما الفصل 315. ونظّم الطعن في قرارات حافظ الملكية بالفصل 388 بعد أن أدخل عليه التّعديلات التي رآها مفيدة، حيث تمّ تعويض الصّيغة القديمة "أسباب خطيرة" بالصّيغة الحديثة "مانع قانوني"، وألغيت الفقرة الأخيرة منه التي كانت تحمل المسؤولية على الدولة في صورة رفض حافظ الملكية⁷⁷⁸. واضطرّ المشرّع أن يتدخّل مرّة ثانية بمقتضى القانون عدد 68 لسنة 1997 المؤرّخ في 27 أكتوبر 1997 لينقّح الفقرة الأخيرة من الفصل 388 المتعلقة بإجراءات تقييد الطّعن تقييدا احتياطيّا، ومرّة ثالثة بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001 لينقّح الفقرة الأولى من الفصل 388 م.ح.ع ليُدخل بعض التّعديلات اللّغويّة بطالع النصّ وليضيف مسألة رفض تسليم سند الملكية أو الوثائق المحفوظة لديها لمن له الحقّ فيها وتأجيل مسألة تسليم الشّهادات أو نسخ الرّسوم لمن يطلبها⁷⁷⁹.

⁷⁷⁷ Mohamed Kamel charfeddine, op.cit., p. 202 et suiv, n°248 suiv.

Mohamed Habib Ben Abdessalem : Les rapports de la conservation de la propriété foncière avec les tribunaux, op.cit., p. 163 et suiv.

⁷⁷⁸ كان الفصل 388 م.ح.ع قبل تقيح 1995 ينصّ على ما يلي: "لايسوغ لمدير الملكية العقارية ما لم تكن هناك أسباب خطيرة أن يرفض ولا أن يؤجّل ترسيما أو تشطيا على ترسيم أو خطّا من ترسيم أو تعديل ترسيم وقع طلبه بصفة قانونية ولا أن يرفض أو يؤجّل تسليم كرّاس العقار إلى من له الحقّ فيه أو شهادت في التّرسيم إلى كلّ شخص يطلبها. ورفض مدير الملكية العقارية أو تأجيله لذلك بدون عذر مبرّر ترتّب عنه مسؤولية الدولة."

⁷⁷⁹ وأصبح بالتالي الفصل 388 ينصّ في صيغته النّهائية على ما يلي: "لا يمكن لإدارة الملكية العقارية إلّا إذا كان هناك مانع قانوني أن ترفض بصفة نهائية أو تؤجّل ترسيما أو تشطيا على ترسيم أو خطّا من ترسيم أو تعديل ترسيم وقع طلبه بصفة قانونية ولا أن ترفض أو تؤجّل تسليم سند الملكية أو الوثائق المحفوظة لديها لمن له الحقّ فيها ولا أن ترفض أو تؤجّل تسليم الشّهادات أو نسخ الرّسوم لمن يطلبها."

وقرار إدارة الملكية العقارية برفض أو تأجيل ذلك يقبل الطّعن لدى المحكمة العقارية في أجل شهر من تاريخ الإعلام به ويعتبر سكوت إدارة الملكية العقارية بعد انقضاء أربعة أشهر رفضا وثبت المحكمة العقارية في الطّعن بعد أخذ رأي إدارة الملكية العقارية وتأذن عند الاقتضاء بالقيام بالإجراء المطلوب وقراراتها معفاة من كلّ إعلام وهي قابلة للتّنفيد حالا مع بقاء حقوق المعنّيين محفوظة فيما يتعلّق بالأصل. ويمكن للطّاعن أن يطلب الإذن من رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه بتقييد طعنه احتياطيّا ويحال المطلب على إدارة الملكية العقارية لبدء رأيها فيه وتأذن المحكمة العقارية في صورة إجراء القيد الاحتياطي بالتّشطيب عليه."

وتساعل رجال القانون تبعاً لذلك عن الطبيعة القانونية لهذا الطعن. واستقرّ الرأي على أنّ الطعن في قرارات حافظ الملكية العقارية يعتبر طعناً استثنائياً من ناحية وطعناً من نوع خاص من جهة أخرى.

فهو طعن استثنائي لأنّه ينحصر في الموانع القانونية التي تحول دون القيام بالعملية المطلوبة. وهو طعن استثنائي لأنّ الحقّ يبقى محفوظاً فيما يتعلّق بالأصل. معنى ذلك أنّ الأحكام التي تتخذها المحكمة العقارية في هذا الباب تعتبر أحكاماً وقتية ليس لها القوة القانونية التي أسندها المشرع إلى البيانات المتزامنة مع حكم المحكمة العقارية⁷⁸⁰، بحيث يجوز طلب التّشطيب على ما قرّره المحكمة طبق الطّرق الأصلية للطّعن.

وهو طعن من نوع خاص لأنّه لا يقارن بالطّعن الواقع أمام المحكمة الإدارية رغم أنّ القرارات التي يتخذها حافظ الملكية العقارية هي في حقيقة الأمر قرارات إدارية. وهو طعن من نوع خاص لأنّه يختلف عن طرق الطّعن العادية وعن طرق الطّعن غير العادية، فرغم الصّبغة الإدارية للقرار فهو يقبل الطّعن أمام هيئة قضائية. ولا يمكن بالتّالي مقارنته بالاستئناف أو بالاعتراض أو بالتّعقيب أو بالتماس إعادة النّظر التي تخضع لشروط ضبطتها مجلة المرافعات المدنية والتجارية⁷⁸¹. ويرى رجال القانون أنّ الإجراءات المعتمدة بالفصل 388 م.ح.ع تعتبر إجراءات مميزة لم يسبق للتّشريع التّونسي أن تضمّنّها على صيغتها الحالية، وقد جاءت لتحدّد من تعسّف ومغالاة إدارة الملكية العقارية في التمسك بمبدأ الشرعية، الذي ساهم بطريقة غير مباشرة في تفاقم معضلة الرّسوم المجمّدة. بقي أن تحترم الطّعون الموجهة ضدّ قرارات حافظ الملكية العقارية الشّروط الموضوعية (أ) والشّروط الإجرائية (ب).

أ- الشّروط الموضوعية للطّعن في قرارات حافظ الملكية العقارية

⁷⁸⁰ محمّد بالحاج جراد، التّرسيم المتزامن وحكم التّسجيل العقاري، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلفة الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، السنة القضائية 1990 - 1991.

⁷⁸¹ تراجع الفصول من 130 إلى 155 بالنسبة إلى الاستئناف والفصول من 168 إلى 174 بالنسبة إلى الاعتراض والفصول 175 إلى 178 بالنسبة إلى التّعقيب والفصول من 156 إلى 167 بالنسبة إلى التماس إعادة النّظر.

نصّت الفقرة الأولى من الفصل 388 م.ح.ع على مايلي "لا يمكن لإدارة الملكية العقارية إلا إذا كان هناك مانع قانوني أن ترفض بصفة قانونية أو تؤجل ترسيما أو تشطيا على ترسيم أو خطأ من ترسيم أو تعديل ترسيم وقع طلبه بصفة قانونية، ولا أن ترفض أو تؤجل تسليم سند الملكية أو الوثائق المحفوظة لديها لمن له الحق فيها ولا أن ترفض أو تؤجل تسليم الشهادات أو نسخ الرسوم لمن يطلبها.....ويعتبر سكوت إدارة الملكية العقارية بعد انقضاء أربعة أشهر رفضا." ويفهم من خلال هذه الفقرة أنّ المشرّع وضع ثلاثة شروط موضوعية، حتى يكون مطلب الطعن مقبولا:

-أولا: يجب أن تتعلق العملية المطلوبة بإحدى العمليات المذكورة بالفصل

388 م.ح.ع: عدد الفصل 388 م.ح.ع في صياغته الأخيرة العمليات المطلوبة وهي على التوالي: الترسيم والتشطيب والخط من الترسيم وتعديل الترسيم وتسليم سند الملكية وتسليم الوثائق المحفوظة لديها⁷⁸² وتسليم الشهادات⁷⁸³

⁷⁸² يذكر أنّ إدارة الملكية العقارية تتولّى وضع عبارة إبطال على الصكوك المدلى بها تأييدا لمطلب التسجيل وتحفظها لديها. على أنّه إذا كانت هذه الصكوك تتعلق زيادة على العقار المسجل بعقار آخر منفصل عنه، فإنّ إدارة الملكية العقارية تنصّ بالصك المشترك على عبارة إبطال تخصّ العقار المسجل استنادا إلى الحكم الصادر بالتسجيل، وتسلمه إدارة الملكية العقارية في نهاية الأمر إلى المعنيين على معنى الفصل 354 م.ح.ع.

ويذكر كذلك أنّ إدارة الملكية العقارية تحتفظ بالصكوك والمؤيدات المتعلقة بمطالب الترسيم المقبولة، وترجع الوثائق المتعلقة بالمطالب المرفوضة إلى من قدمها على معنى الفصل 375 م.ح.ع. وإذا لم يسترجع المعني الوثائق المذكورة، بإمكانه أن يحرّر طلبا في ذلك يوجّهه إلى إدارة الملكية العقارية، ومن المفروض أن يكون الطلب مؤرخا وممضى من صاحبه. وإذا كان الطالب لا يحسن الكتابة فإنّ إدارة الملكية العقارية تتولّى تعمير المطلب مجّانا. وتعتبر هذه الصورة من الإضافات التي جاء بها القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 المتعلّق بتنقيح بعض الفصول من مجلّة الحقوق العينية ومنها الفقرة الأولى من الفصل 388.

⁷⁸³ أشار الفصل 387 م.ح.ع قبل تنقيحه سنة 2001 بمقتضى القانون عدد 35 المؤرخ في 17 أفريل 2001 إلى أنّ "مدير الملكية العقارية يسلم لكلّ من يطلب ذلك نسخة حرفية من جميع التّصيصات المتعلقة بحق عيني أو المعينة بالطلب أو شهادة في عدم وجود أيّ تنقيص. ويمكنه أن يسلم بناء على طلب صريح ملخصا في الترسيمات المتعلقة بحق عيني. وكلّ طلب يجب أن يكون مرسما ومؤرخا وممضى من صاحبه." وقد نصّ الفصل 364 مكرّر كذلك على أن غير المالك لا يمكنه أن يتسلم إلا شهادة في الترسيم.

غير أنّ المشرّع عوّض بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أفريل 2001 مضمون الفصل 387 بقوله: "على إدارة الملكية العقارية أن تسلم لكلّ طالبشهادة ملكية تثبت الحالة القانونية للرسم في تاريخ تلقى المطلب أو شهادة في عدم ملكية..."، وبالتالي يمكن مطالبة إدارة الملكية العقارية بتسليم شهادة ملكية أو شهادة في عدم الملكية، وهي التي قصدتها المشرّع بالفصل 388 في صيغته الجديدة.

وتسليم نسخ الرسوم لمن يطلبها⁷⁸⁴. وقد وردت هذه العمليات المطلوبة من حافظ الملكية العقارية على وجه الحصر. وبالتالي فإن كل عملية تخرج عن الصور التي سبق شرحها لا يمكن أن تكون محل طعن، ومن ذلك أحكام الفصل 391 م ح ع المتعلقة بإصلاح الأخطاء المادية، حيث وضع لها المشرع نظاما خاصا. ونص هذا الفصل حسب صيغته الأخيرة بعد تنقيح 1995 المشار إليه على أنه إذا وقع سهو أو غلط في رسم الملكية أو في الترسيمات فإن للمعنيين أن يطلبوا إصلاحه. ولحافظ الملكية أيضا أن يتولى من تلقاء نفسه إصلاح الخلل الصادر عنه وتدارك الأخطاء المادية الحاصلة في العقود المحررة من طرفه أو من طرف أعوان الإدارة. ويجب في جميع الصور إبقاء الترسيمات الأولى على حالها وإتمام الإصلاح في تاريخه. وفي صورة امتناع حافظ الملكية العقارية فإنه يمكن لرئيس المحكمة العقارية إذا طلب منه ذلك أن يأذن بالإصلاح على نحو ما تقدم وله أيضا عند الاقتضاء أن يأذن بتسليم سند الملكية أو شهادة في مضمونه. ففي جملة هذه الحالات، وفي الصور المماثلة التي تخرج عن مضمون الفصل 388 م.ح.ع لا يمكن الطعن على معنى الفصل المتقدم. بقي أن يرفض حافظ الملكية الترسيم أو التشطيب أو الحط من الترسيم أو تعديل الترسيم أو تسليم سند الملكية أو الوثائق المحفوظة أو الشهادات المذكورة أو نسخ الرسوم.

ويقصد بشهادة الملكية تلك الشهادة التي تحتوي على أهم تنصيصات الرسم، وترشد إلى أصحاب الحقوق المرسمة ومضمون الحقوق المدرجة. ويقصد كذلك بشهادة عدم الملكية خلو الدفاتر العقارية من تنصيصات معينة.

ويمكن للكافة طلب التحصيل على هذه الشهادات. وكل طلب يجب أن يكون مؤرخا وممضى من صاحبه. وإذا كان الطالب لا يحسن الكتابة فإن إدارة الملكية العقارية تتولى تعميم المطلب مجانا.

وألغى تبعا لذلك الفصل 364 مكرر بمقتضى القانون عدد 35 سابق الذكر باعتبار أنه فقد أية أهمية بعد أن أصبح بالإمكان لكل طالب أن يتسلم شهادة ملكية ليطلع على بيانات الرسم.

⁷⁸⁴ نص الفصل 387 م.ح.ع جديد في فقرته الأولى "على إدارة الملكية العقارية أن تسلّم لكل طالب نسخة من الرسم العقاري.."، وبالتالي يحق لكل طرف أن يطلب مدّه بنسخة مطابقة للأصل من الرسم العقاري، للاحتجاج به أمام من يهّم النظر، وقد سار العمل على تمكين المعنيين بهذه النسخ، عوض الاطلاع المباشر. وبشروط فقط تحرير مطلب في الغرض طبق الإجراءات التي سبق الإشارة إليها.

ويذكر كذلك أنه يمكن أن تسلّم للمتعاقدين أو لورثتهم أو لمن انجرّ له حقّ منهم في كل وقت وبطلب منهم نسخ من الصّكوك مشهود بمطابقتها للأصل وبصحة إيداعها.

ولكل من يثبت أن له مصلحة شرعية في ذلك أن يتسلم أيضا نسخا بعد الحصول على إذن يصدره رئيس المحكمة الابتدائية بناء على مجرد طلب على معنى أحكام الفصل 376 م.ح.ع المتعلقة بتسليم نسخ من الصّكوك المقدّمة للتّرسيم.

-ثانيا: يجب أن يتعلّق الطّعن بالرفض النهائي أو التأجيل: نصت

الإجراءات الواردة بباب التّرسيم على أنّ لكلّ شخص أن يطلب من مدير الملكية العقارية مع تقديمه للوثائق التي توجب مجلّة الحقوق العينية تقديمها ترسيم حقّ عيني أو تشطيب ترسيم أو الحطّ منه أو تعديله "الفصل 392 م.ح.ع". وحتىّ يجوز الطّعن في قرار حافظ الملكية العقارية يجب أن يرفض هذا الأخير الاستجابة للمطلب أي أن يتّخذ موقفا سلبيا في مواجهة الطّالب، وهو ما يختلف عن الإجراءات المعمول به سابقا قبل إلغاء الفصل 315 م.ح.ع، حيث كان بالإمكان تعهّد رئيس المحكمة العقارية قبل أن يطّلع حافظ الملكية العقارية على المطلب وقبل أن يعبر عن موقفه سلبا أو إيجابا. لكنّ المشرّع اشترط هذا الرّفض الأوّلي والمبدئي مع تنقيح 1995 الذي شمل الفصل 388 م.ح.ع على النّحو الذي سبق شرحه. ويمكن أن يكون هذا الرّفض نهائيا، كما يمكن أن يكون وقتيا. ويمكن أن يكون الرّفض النهائي صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا. ويُقصد بالرفض الصّريح أن يرفض حافظ الملكية العقارية إتمام العملية بوجه صريح، ويعلم الطّالب بهذا القرار. ويلجأ عادة إلى هذا الموقف إذا كانت الحالة القانونية للعقار لا تسمح بإدراج العملية المطلوبة أو أن طبيعة الكتائب المقدّمة للتّرسيم لا تسمح إطلاقا بإتمام العملية المطلوبة، بمعنى أنّه لا يمكن إدراجها ولو مع إدخال بعض التّعديلات مثل الكتائب الباطلة بطلانا مطلقا على معنى الفصل 377 مكرّر م.ح.ع. فبعد دراسة الملف من طرف المصالح المعنية بإدارة الملكية العقارية والوقوف على الحالة القانونية للطّالب، يتّصل الطّالب بمكتوب من إدارة الملكية العقارية، ويعلم بموجبه بموقف الإدارة كتابة على النّحو المذكور. ويذكر إجمالا أن كلّ شخص قدّم مطلبا لإدارة الملكية يختار بالضرورة مقرا له بالجمهورية التّونسية ليكون بمثابة العنوان الذي تعتمد الإدارة في جملة مراسلاتها. ويتحقّق الرّفض الصّريح على سبيل المثال إذا كانت الحقوق المراد ترسيمها لا تتناسق أصلا مع البيانات المنصوص عليها بالرّسم العقاري أو أنّ الرّسم موظّف عليه اعتراض تحفظي يمنع الإدارة من إدراج القيود الاحتياطية اللاحقة على معنى الفصل 369 م.ح.ع. ويمكن أن تتعدّد الصّور.

كما نصّ الفصل 388 م.ح.ع على أنّ سكوت إدارة الملكية العقارية بعد انقضاء أربعة أشهر يعتبر رفضاً. وهو نفس الإجراء الذي أشار إليه قانون 1972 المتعلّق بالمحكمة الإدارية فيما يخصّ الإجراء المتعلّق بالطعن بالإلغاء في المقرّرات الإدارية⁷⁸⁵. وبحسب الأجل من تاريخ إيداع المطلب، ويمكن أن يعتدّ بالتأريخ المبين بالوصل، حيث إنّ مدير الملكية العقارية يسلم وصلاً لكلّ من يطلب منه ذلك في كلّ وثيقة تقدّم له، وسنتعرّض لهذه النقطة بمزيد من البيان عند الحديث عن بداية سريان آجال الطعن. حيث إنّ من واجب الإدارة أن تعلم الطالب بموقفها في العنوان المعدّد، لكن إذا سكّنت عن الجواب، وهي إمكانيّة واردة من الوجهة القانونية، يعتبر هذا السكوت رفضاً إذا تجاوز أربعة أشهر.

ويقصد بالرفض المؤقت أن يطالب المعني حافظ الملكية بإتمام العملية المطلوبة ويودع مطلباً لهذا الغرض، فتعلمه الإدارة في وقت لاحق بأنّها لا يمكنها أن تستجيب لطلبه إلّا بعد تجاوز بعض النّقائص. وتتولّى إدارة الملكية بالمناسبة بيان ما يجب القيام به لتلافي هذا النقص، كأن يطالب طالب الترسيم بإدراج كتب الشراء على جزء معيّن من الرّسم العقاري والحال أنّه لم يحتجّ بالمثل الهندسي المبين للقطعة موضوع البيع ربّما لعدم إتمام عمليّة التّقسيم طبق القانون، أو أن يفتقر الكتب المراد ترسيمه إلى التّنصيصات اللّازمة للتعريف بصاحبه، أو يكون الكتب غير مرسم بالقباضة الماليّة. ويمكن أن تتعدّد الصّور. ويرى رجال القانون أن هذه الصّورة لا تقتضى بالضرورة الطعن أمام المحكمة العقاريّة، وكان من الممكن استثناءها من الحالات التي ضبطها المشرّع بالفصل 388 م.ح.ع. لكنّ المشرّع قصد فعلاً هذه الحالة بالإشارة إلى صور التّأجيل. لكنّه لا يكفي أن يرفض حافظ الملكية العقاريّة إتمام العملية المطلوبة بل لا بدّ أن يكون هذا الرفض غير متأسّس على مانع قانوني.

-ثالثاً: يجب أن لا يتأسّس الرفض أو التّأجيل على مانع قانوني: لا

يطالب حافظ الملكية العقاريّة بقبول جميع المطالب، بل يحقّ له الجواب بالرفض

⁷⁸⁵ إصلاح القضاء الإداري، مركز النّشر الجامعي، 1999، ص 283 وما بعد.

شرط أن يتأسس هذا الرّفص على مانع قانوني. وقد استعمل المشرّع هذه الصيغة بمقتضى التّقيح الذي أورده المشرّع على الفصل 388 م.ح.ع سنة 1995، وتخلّى بذلك عن الصّيغة القديمة التي كانت تشمل " الأسباب الخطيرة ". وقد كانت هذه العبارة سببا في عدّة تأويلات متناقضة، وفتحت الباب أمام حافظ الملكية العقارية ليذهب بمبدأ الشّرعية إلى أقصى مراميه ومعانيه. لذلك تدخل المشرّع لجعل الرّفص مبنيا على أسس قانونية. وقد يبدو المفهوم الجديد أكثر دقة وأعمق بيانا، لأنّ المانع القانوني ليس إلّا الضوابط التي يضعها المشرّع، بخلاف الأسباب الخطيرة التي لا يمكن أن تكون إلّا حالة واقعية يصعب ضبط معاليمها ومحتواها، وتخضع في نهاية الأمر لتقدير إدارة الملكية العقارية⁷⁸⁶. لكن ما المقصود بالموانع القانونية؟ هل هي الضوابط المبيّنة بمجلة الحقوق العينية فحسب؟ أم أنّ المجال يتّسع ليشمل كامل الإطار القانوني دون استثناء؟ بالنسبة إلى الموانع القانونية المنصوص عليها بمجلة الحقوق العينية:

احتوت مجلة الحقوق العينية على عدّة موانع قانونية تمنع حقيقة حافظ الملكية العقارية من إدراج العملية المطلوبة. وبالتالي فإنّ عدم احترام البيانات التي تشترط في الكتب على معنى الفصل 377 م.ح.ع، وعدم إضافة الأمثلة الهندسية على معنى الفصل 360 م.ح.ع، وعدم مراعاة طبيعة الحقّ المراد ترسيمه على معنى الفصل 390 م.ح.ع، والتغافل عن مبدأ التسلسل على معنى الفصل 392 م.ح.ع، وعدم تقديم سند الملكية والوثائق المطلوبة وعدم تسجيلها بالقباضة المالية على معنى الفصل 394 م.ح.ع، يمثّل جميعه موانع قانونية تسمح لحافظ الملكية العقارية بأن يرفض العملية المطلوبة. وقد ذهب جانب من رجال القانون إلى اعتبار الموانع القانونية هي الموانع التي ضبطها المشرّع بمجلة

⁷⁸⁶ وتدخل المشرّع التونسي أخيرا بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001 لمزيد توضيح المفاهيم اللّغوية بتأكيده بالفقرة الأولى: أنّه " لا يمكن لإدارة الملكية العقارية (أن ترفض أو تؤجل) إلّا إذا كان هناك مانع قانوني"، وقد كانت الفقرة الأولى تنصّ على ما يلي: " لا يسوغ لإدارة الملكية العقارية (أن ترفض أو تؤجل)، ما لم يكن هناك مانع قانوني".

الحقوق العينية فحسب⁷⁸⁷. لكن إدارة الملكية العقارية كثيرا ما تتوارى خلف مبدأ الشرعية لتتجاوز إطار مجلة الحقوق العينية.

بالنسبة إلى الموانع القانونية خارج إطار مجلة الحقوق العينية : نصّ الفصل 306 م.ح.ع على أنّ مدير الملكية العقارية يتولّى قبل قيامه بأيّة عملية مباشرة التّحقيقات التي تقتضيها هذه المجلة، كما نصّ الفصل 389 م.ح.ع على أنّ مدير الملكية يتحقّق من هويّة الأطراف وأهليّتهم ومن صحّة الوثائق المدلى بها تأييدا لمطلب التّرسيم. وقد تأسّس عمل إدارة الملكية العقارية على المبادئ المنصوص عليها بهذين الفصلين لتتجاوز إطار مجلة الحقوق العينية، وأمكن لها أن ترفض ترسيم الأحكام والأذون بدعوى عدم احتوائها على بيانات التّرسيم، وبعض من أوامر الانتزاع، وتدخلت مباشرة في مراقبة النّاحية الشّكلية للعقد فيما يتعلّق بالوكالة⁷⁸⁸، والأذون المطلوبة للتعاقد في حقّ القصر⁷⁸⁹، والبيعوات العقارية التي تتضمّن شرط سقوط⁷⁹⁰. وتضطرّ الإدارة في مثل هذه الصّور إلى الاعتماد على مبادئ القانون العموميّة التي تخرج في حقيقة الأمر عن إطار مجلة الحقوق العينية.

ولذلك يمكن أن نقول إن مبدأ الشرعية يسمح لإدارة الملكية العقارية بالتّدخل في النّاحية الشّكلية للعقد، بمعنى أن تراقب الإدارة صحّة الكتب المقدّم للتّرسيم، خاصّة وأنّ الفصل 389 م.ح.ع نصّ صراحة على أنّ الإدارة تتحقّق من صحّة الوثائق المدلى بها، فيمكنها أن ترفض التّرسيم إذا خلا العقد من الأذون اللّازمة أو لم يحتج الطالب بالتوكيل المعتمد في عمليّة البيع. لكن لا يجب أن نتوسّع

⁷⁸⁷ فتحي العجموني، دور القاضي المدني في إدراج التّرسيمات والتّشطيب عليها، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، السّنة القضائية 1993-1994، ص 10 وما بعد. محمد بن منصور، الطّعن في مقرّرات حافظ الملكية العقارية، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، 1995-1996، ص 31 وما بعد. ومفيدة محجوب، دور المحكمة العقارية في تحيين الرّسوم، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء 1997-1998، ص 179 وما بعد.

أحمد رزيق: الطّعن لدى المحكمة العقارية، القضاء والتّشريع، أكتوبر 1996، ص 165 وما بعد.

⁷⁸⁸ يراجع : الفصول 1104 م.إ.ع وما بعد.

⁷⁸⁹ يراجع : الفصول من 3 إلى 17 م.إ.ع.

⁷⁹⁰ يراجع : القانون عدد 21 لسنة 1995 المؤرخ في 13 فيفري 1995 المتعلق بالعقارات الدولية الفلاحية، الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 21 فيفري 1995، عدد 15، ص 367..

في مفهوم الشَّرعية الذي يعتبر في نهاية الأمر مبدأ عقاريًا يفهم محتواه بالرجوع إلى مبادئ القانون العقاري، ولا يجب أن يكون هذا المبدأ سببا من أسباب تعطيل إدراج الرسوم والكتائب في وقتها.

وفي حقيقة الأمر، يبدو مفهوم "الموانع القانونية" ليس واضحا بالدرجة الكافية، ويمكن أن تكون لجميع أسباب الرّفص موانع قانونية. ويقترح البعض تحديد هذه الموانع بنصّ القانون حتّى لا تتعسّف الإدارة في فهم مبدأ الشَّرعية. على أنّ جميع قرارات حافظ الملكية تبقى خاضعة للطّعن أمام المحكمة العقارية، ويمكن لها بالتّالي أن تراقب إن كانت الإدارة طبّقت المبدأ التطبيق السليم أم أنّها تعسّفت في تطبيقه، ويجوز لها في جميع الصّور إرجاع الأمور إلى نصابها وفق الإجراءات التي سنتعرّض لها في نقطة ثانية.

ب- إجراءات الطّعن في قرارات حافظ الملكية العقارية

والمقصود بالإجراءات في هذا الباب هو المفهوم الواسع المعتمد في كتب الفقه، أي المراحل التي يمرّ بها الطّالب من البداية إلى النهاية، بداية من تحرير العريضة والمطالبة القضائية وما يشترط من آجال وصفة ومصلحة وأهلية في القيام، فنشأة الخصومة وما يتخلّلها من إجراءات، وانتهاء إلى صدور الحكم والتنفيذ⁷⁹¹. وتختلف الإجراءات التي تلجأ إليها المحكمة إجمالاً باختلاف المرحلة، فالإجراءات التي تعتمد عليها المحكمة قبل صدور الحكم(1)، تختلف عن الإجراءات المتّبعة بعد صدور الحكم (2).

1- إجراءات ما قبل الحكم

نصّ الفصل 388 م ح ع على أنّ "..... قرار إدارة الملكية بالرّفص أو التّأجيل يقبل الطّعن لدى المحكمة العقارية في أجل شهر من تاريخ الإعلام به، ويعتبر سكوت إدارة الملكية العقارية بعد انقضاء أربعة أشهر رفضاً، وتبتّ المحكمة العقارية في الطّعن بعد أخذ رأي إدارة الملكية العقارية، وتأذن عند

أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1980، ص 3 وما

791

بعد...

عبد الله الأحمدى: القاضي والإثبات في النزاع المدني، المرجع السابق، ص 25 وما بعد.

الاعتضاء بالقيام بالإجراء المطلوب.....ويمكن للطاعن أن يطلب الإذن من رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه بتقييد طعنه تقييدا احتياطيًا...".

- ويفهم من خلال ذلك أن المعني يطعن في القرارات السلبية السابق شرحها وتتعهّد المحكمة العقارية بالطّعن بمقتضى مطلب محرّره الطّاعن ويفترض أن تتوفّر به شروط القيام، على أن يكون الطّعن في الأجل، وتأذن المحكمة عند الاعتضاء بتقييد الطّعن تقييدا احتياطيًا إذا ما طلب منها، وتسعى إلى التّحصيل على رأي إدارة الملكية العقارية، ثمّ تتخذ القرار المناسب. أي أن هناك إجراءات خاصة بالطّاعن وإجراءات خاصة بالمحكمة.

- **الإجراءات الخاصة بالطّاعن:** يتولّى الطّاعن تحرير الطّعن، ويرفعه إلى المحكمة المختصة، في الآجال المحدّدة، ومن المفروض أن تتوفّر بالطّاعن شروط القيام.

+ **طريقة الطّعن:** لم يفكر المشرّع في ضبط طريقة الطّعن لوعيه أن الطريقة البسيطة المعتمدة أمام المحكمة العقارية بشكل عام كافية لتستجيب لمقتضيات أغلب الإجراءات المطلوبة أمام المحكمة العقارية، ولا فائدة من إثقال كاهل المعنّيين بإجراءات لا طائل من ورائها. وعليه يمكن الطّعن بواسطة مكتوب عادي يضمّنه الطّالب البيانات التي يراها ضرورية لإبراز موضوع المطلب. ويجب على الأقل أن يتضمّن هذا المطلب عدد الرّسم العقاري وتاريخ الطلب الذي قدّمه لإدارة الملكية العقارية وهويّة الطّالب وعنوانه، وجميع البيانات التي تسمح للمحكمة بمعرفة الرّسم العقاري موضوع الطّعن. ويجب أن يرفق المطلب بالوثائق سند مطلب التّرسيم أو التّشطيب، لكنّه كثيرا ما يتعذّر على الطّاعن إضافة هذه الوثائق بسبب عدم سحبها من إدارة الملكية العقارية التي ربّما لم تجبه. ويرفع المطلب إجمالا إلى الفرع المختصّ أي الفرع الذي بدائرته الرّسم العقاري.

+ **الصفة والأهلية والمصلحة في الطّعن:** لا قيام بشكل عام دون توفّر الصّفة والأهلية والمصلحة، وقد جاء بم.م.م.ت بفصلها 19 أن حقّ القيام لدى المحاكم يكون لكلّ شخص له صفة وأهلية تخولانه حقّ القيام بطلب ماله من حقّ

وأن تكون للقائم مصلحة في القيام. ويشترط في الطعن المقدم إلى المحكمة العقارية الصفة بمعنى أن الطاعن يكون معنياً بصفة شخصية أي أن لا يكون غيراً بالنسبة إلى الحق المراد ترسيمه وهو عادة الشخص الذي تقدم بمطلبه إلى إدارة الملكية العقارية. وعلى هذا الأساس تتوفر في الطاعن الصفة إذا تقدم بمطلب ترسيم إلى إدارة الملكية العقارية ورفضت طلبه.

ويمكن أن يصدر الطعن عن أحد الورثة، كما إذا طلب الطاعن ترسيم عقد مقاسمة على الرسم الأم في حقه وحق بقية الورثة، ويشترط مبدئياً إدخال بقية الورثة على معنى القواعد الإجرائية العامة⁷⁹². لكن الطعن أمام المحكمة العقارية يتطلب بعض الخصوصيات التي لا مفر من اعتمادها وتوجبها طبيعة أحكام السجل العقاري ونظام الإجراءات الذي يحكم عموماً سير أعمال المحكمة العقارية. وبالتالي يتكيف مبدأ الصفة المشروط قانوناً مع متطلبات العمل الإجرائي المعمول به أمام المحكمة العقارية. فلا يجد هذا المبدأ قوته المعهودة بالكيفية المطلوبة أمام محاكم الحق العام خاصة إذا كانت الدعوى ترمي في نهاية الأمر إلى تغيير المراكز القانونية لكافة الورثة. فلا حاجة إذاً إلى إدخال بقية الورثة ولو كان الطلب في البداية أمام حافظ الملكية العقارية قد رفعه أغلب الورثة، وقد دأبت إدارة الملكية العقارية على قبول جميع المطالبات الصادرة عن أحد الورثة دون المطالبة بإدخال بقية الورثة ولو كان الطلب يؤثر على المركز القانوني لبقية الورثة، اعتماداً على مبادئ القانون العقاري وخاصة منها الفصلين 395 م.ح.ع و 396 م.ح.ع.⁷⁹³ ويجوز للوكيل والمحامي طلب الطعن في حق المعني، "وعلى القائم بطلب ما لغيره من حق عليه إثبات صفته وإلا رفضت

⁷⁹² رغم أن هذا المبدأ تعرض لبعض الاستثناءات من الوجهة التطبيقية، فالدعوى الحوزية يمكن أن يرفعها أحد الورثة دون أن يجبر على إدخال بقية الورثة وإن كان الحكم يؤثر على حقوق كافة الورثة " قرار تعقيبي مدني عدد 13245، مؤرخ في 11 نوفمبر 1986، ن.م.ت، ص 239. " وإذا كان تسويق محل السكني صادراً عن أحد الشركاء في الملكية وقام المسوّف باسترجاع المكري بسبب احتياجه للسكني به فإن عدم قيام بقية الشركاء معه لا يحول دون الاستجابة لطلبه. " قرار تعقيبي مدني عدد 6877 مؤرخ في 16 ديسمبر 1982 ن.م.ت 1982، ص 337.

⁷⁹³ ولا ننسى أن المشرع سمح بأن يصدر التصريح بالملكية عن أحد الورثة سواء على مستوى الإجراءات المسخية أو الاختيارية.

دعواه، وعلى المحكمة أن تتبني هذا الإجراء الأساسي من تلقاء نفسها⁷⁹⁴. وينوب المكلف العام بنزاعات الدولة، الدولة و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة على معنى القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرخ في 7 مارس 1988⁷⁹⁵.

ويجوز لمن له الحق في استرجاع الوثائق وطلب سند الملكية أن يطعن إذا ما رفض حافظ الملكية العقارية تسليمه هذه الوثائق أو هذا السند. وأغلب هذه الصور لا تخرج عن إطار الأطراف الذين بإمكانهم أن يدعوا الاستحقاق، والذين لهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالسجل العقاري عموماً. لكن المشرع سمح أخيراً لمن طلب شهادة في الملكية تثبت الحالة القانونية للرسم في تاريخ تلقى المطلب أو شهادة في عدم الملكية أو نسخ من الرسوم ولم تسلّم إليه أن يطعن في قرار الرّفص أو التأجيل، والحال أن هذه الشهادات وهذه النسخ يمكن أن يطالب بها جميع الأطراف دون استثناء. وبالتالي يكون الطعن في هذه الصورة مقدّماً من طرف الغير الذي ليس له أية علاقة بالسجل العقاري. ولا يمكن أن تتوفر الصّفة خارج الإطار المذكور، أي صاحب الحق ووكيله والمالك على الشّيع والمكلف العام بنزاعات الدولة وطالب سند الملكية والوثائق والشّهادات والنسخ، فالغير الذي لم يودع ملفّه بإدارة الملكية لا يمكن أن يطعن أمام المحكمة العقارية. لكنّه يمكن أن نتساءل جدلاً إن كان يجوز الطعن من طرف النيابة وحاكم النّاحية والمعتمد والوالى ورئيس البلدية والوزير المكلف بالثّرات والوزير المكلف بالتهيئة العمرانية والدائن، الذين أسند إليهم التشريع العقاري عدّة مهام على مستوى طلب التّسجيل ؟

والجواب على ذلك لا يمكن أن يكون إلا بالنفي لأنّ إجراءات الطعن تهم النظام العام إجمالاً وتخضع للمبدأ الضيق في التفسير ويحكمها مبدأ عدم القياس، وبالتالي لا يجوز القياس على الإجراءات التي اعتمدها المشرع على

⁷⁹⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 2637 مؤرخ في 23 أوت 1978، م. م. م. معدلة بأحدث القوانين،

بلقاسم القروي الشّابي، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله للنشر والتوزيع، ص 30.

⁷⁹⁵ على حلول، مجموعة القوانين العقارية، المرجع السابق، ص 276.

ويجب أن تتوفر في الطّاعن المصلحة، بمعنى أن تكون له غاية يحميها القانون، فالطالب الذي أدرج التّرسيم باسمه على النّحو الذي يريد لا يمكن أن تكون له مصلحة. والطّاعن الذي تقدّم بمطلبه مباشرة إلى المحكمة العقارية لا يمكن أن تتوفر المصلحة بجانبه، بل عليه أن يرفع طلبه بداية إلى حافظ الملكية العقارية، فإن رفضه تتحقّق المصلحة في الطّعن. وقدّمنا أن إجراءات الطّعن التي أوردها المشرّع بالفصل 388 م.ح.ع تختلف عن الإجراءات التي كانت تحكم مبادئ الفصل 315 م.ح.ع الذي وقع إلغاؤه سنة 1995، حيث كان هذا الفصل يسمح بتقديم المطلب إلى رئيس المحكمة العقارية كلّما ظهرت صعوبة دون اللّجوء مسبقاً إلى حافظ الملكية العقارية، لكنّ المشرّع استغنى عن هذا الإجراء، واشترط القيام المسبق أمام إدارة الملكية العقارية بالفصل 388 م.ح.ع على صيغته الحاليّة.

796 تراجع مجلّة الالتزامات والعقود ،الفصول من 3 إلى 17. ومجلّة الأحوال الشخصية الفصول 158 وما بعد.

798 محمد الزين، النظرة العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 79 وما بعد.

+الآجال في الطّعن: نصّ الفصل 388 م.ح.ع على أنّ قرار إدارة الملكية بالرفض أو بالتأجيل على النحو المذكور "يقبل الطّعن لدى المحكمة العقارية في أجل شهر من تاريخ الإعلام به، ويعتبر سكوت إدارة الملكية العقارية بعد انقضاء أربعة أشهر رفضاً". ويلاحظ من خلال ذلك أنّ الطّعن يجب أن يرفع في أجل شهر إذا تمّ إعلام المعني، لكنّ المشرّع لم يبيّن هذا الأجل في صورة الرفض الضمني أي السكوت لمدة أربعة أشهر.

في صورة الإعلام: يرفع الطّعن في أجل شهر، ويسري هذا الأجل من تاريخ الإعلام به. والشّهر ثلاثون يوماً على معنى الفصل 141 م.ا.ع، ولا يحسب اليوم الأول من سريان الأجل على معنى الفصل 140 م.ا.ع، وإذا كان حلول الأجل يوم عيد رسمي اعتبر اليوم الذي يليه على معنى الفصل 143 م.ا.ع. وهو نفس الحلّ الذي نصّ عليه الفصل 141 م.م.م.ت، حيث إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية امتدّ الأجل إلى اليوم الموالي لانتهاء العطلة. وتحسب أيّام العطل التي تتخلّل الأجل، باعتبار أن آجال الطّعن هي آجال سقوط لا تقبل الرّفْع والقطع على خلاف آجال التّقادّم. ويسري هذا الأجل من تاريخ الإعلام بالرفض، لكنّ المشرّع لم يبيّن طريقة التّبلغ. وكان ظنّه أن تنطبق الإجراءات العادية التي تلجأ إليها الإدارة في أعمالها اليومية ومكاتباتها الرّسمية، وهو رأي يتنافى مع موجبات القواعد الإجرائية التي لا تقبل القياس كما سبق الإشارة إلى ذلك، وكان من الممكن أن يبيّن المشرّع هذه الطّريقة بكلّ وضوح رفعا لكلّ التّباس. أمّا وقد أعرض عن ذلك فالباب يفتح للاجتهادات والتّحمينات التي تعود بالمضرة على السير العادي للإجراءات. لكنّه لا يمكن أن نذهب بعيداً لنحدّث عن طريقة التّبلغ المعتمدة في الإجراءات العادية وتحديدًا بالفصول 8 وما بعد من م.م.م.ت، لأنّ هذه الطّرق لا تلجأ إليها إدارة الملكية العقارية، وتعتمد بالأساس على الإجراءات الواردة بمجلة الحقوق العينية التي تبنت في معظم فصولها الطّريقة الإدارية سواء على مستوى الإجراءات المتعلّقة بالبحث⁷⁹⁹ أو على مستوى الإجراءات الحكمية⁸⁰⁰. كما نصّ الفصل 385

م.ح.ع على الإعلّامات الّتي توجّهها إدارة الملكيّة العقّاريّة. وبالتّالي لا يمكن أن تكون طريقة التّبلغ إلّا الطّريقة الإداريّة المعتمدة بصفة فعليّة من طرف إدارة الملكيّة العقّاريّة وهي طريقة التّبلغ بواسطة الرّسائل مضمونة الوصول. ويفترض هذا الإجراء بطبيعة الحال أن يكون للمعني عنوان ثابت يضعه على ذمّة إدارة الملكيّة العقّاريّة.

وإذا خلصنا من مسألة التّبلغ الّذي كان من الواجب أن يضبطه المشرّع بوضوح، تبقى مسألة التّاريخ الّذي يجب أن يعتمد لتحديد سريان الأجل الفعلي. فهل هو يوم إرسال المكاتبّة أم يوم بلوغ المراسلة إلى مكان المخابرة وإمضاء المعني على تسلّم المكاتبّة من المصالح المعنيّة. والحلّ يقتضي أن يحسب الأجل بداية من الأجل الثّاني حماية للحقوق، أمام غموض التّشريع الّذي انتقده أغلب من درس الموضوع⁸⁰¹، خاصّة وأنّ المشرّع لم يبيّن النّظام القانوني للصّورة الثّانية، أي إذا كان الرّفّض ناتجا عن سكوت الإدارة.

في حالة السّكوت: لم يبيّن الفصل 388 م.ح.ع. أجل الطّعن وطريقة التّبلغ وبداية سريان الأجل، ربّما لاعتقاده أن النّظام الّذي سبق الحديث عنه هو الّذي يجب اعتماده في مثل هذه الصّورة. وهو حلّ، وإن صادق عليه أغلب رجال القانون، لا يتماشى حقيقة مع موجبات الأنظمة الإجرائيّة الّتي تخضع لمبدأ عدم القياس، حيث لا قياس في الإجراءات. كما أن هذا الحلّ ليس من السّهل التّسليم به، حيث إذا اعتبرنا أن أجل الطّعن هو شهر وتعدّ أيّامه على الصّورة المذكورة، فإنّ صورة السّكوت ليس فيها تبليغ، وبالتّالي وجب تحديد سريان الأجل بالنسبة إلى هذه الصّورة. ويقتضي الأمر تحديد بداية سريان أجل الأربعة أشهر ليضاف إليه أجل الشّهر، أي خمسة أشهر في الجملة ليفقد المعني الحقّ في الطّعن عند نهايتها.

الفصل 343 م.ح.ع.

800

801 مراد الزواوي: الطّعن في قرارات حافظ الملكيّة العقّاريّة على معنى الفصل 388 من مجلّة الحقوق العينيّة، مذكرة تربّص للإحراز على شهادة الدّراسات العليا المتخصّصة في القانون العقّاري، كليّة العلوم القانونيّة والسّيلسيّة والاجتماعيّة 1995 – 1996، ص 33 وما بعد.

ويذكر أن إدارة الملكية العقارية تمسك زيادة على سجل الرسوم العقارية وسجل الإيداع الذي تضمّن به ملخص العمليات المقبول ترسيمها، دفتر تضمين مطالب الترسيم أو التشطيب يثبت به حسب تاريخ ورودها الوثائق المقدّمة للترسيم وبصفة عامة جميع الصكوك والكتائب المراد بموجبها إتمام ترسيم أو تنصيب أو تشطيب "الفصل 380 م.ح.ع"، ويمكن للمعني أن يتسلم توصيلاً في الغرض. وبالتالي فإنّ أجل الأربعة أشهر يبدأ حسابه من يوم إدراج المطلب بدفتر التّضمين على الصّورة المذكورة، وقد نصّ صراحة الفصل 394 م.ح.ع، رغم التّقيح الأخير الوارد بمقتضى القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001، على أنّ إدراج العمليات المطلوبة يتمّ بالتاريخ الذي يودع فيه الملف بإدارة الملكية العقارية، فرغم إلزام التشريع الحديث بضرورة تقديم الوثائق والمؤيّدات وسند الملكية، إذا سبق تسليمه، إلى قابض التّسجيل، فإنّ تاريخ العملية المطلوبة لا يعتبر إلّا بداية من تاريخ " تلقي إدارة الملكية العقارية لتلك الوثائق"⁸⁰². وعليه يكون يوم إيداع المطلب وتضمينه هو منطلق حساب هذا الأجل، وعند نهايته يحسب أجل الشّهر على الصّورة المذكورة. ويجب على المعني أن يرفع طعنه في الآجال المعيّنة. وإذا احترام الطّاعن الشّروط الإجرائيّة الأوليّة المتّصلة بالأهليّة والصّفة والمصلحة والآجال يمكن للشّخص الذي لم يتمكّن من إدراج العملية المطلوبة أن يطعن في مطلب حافظ الملكية العقارية أمام المحكمة العقارية، فتفتح الإجراءات الحكّميّة.

-الإجراءات الخاصة بالمحكمة: تتعهد المحكمة بالمطلب، وينشر بالجلسة المعيّنة له، وتتولّى المحكمة إتمام جميع الإجراءات المسطرّة بالفصل 388 م.ح.ع، ويمكنها أن تأذن بتقييد الطّعن قيّدا احتياطياً، وتتخذ القرار المناسب، بعد أخذ رأي إدارة الملكية العقارية.

+تعهد المحكمة: بمجرد أن يقدّم الطّاعن طلبه على النّحو المذكور يتولّى كاتب المحكمة إدراج هذا المطلب بالدّفتر المعدّ له، وهو دفتر الطّعن في قرارات

⁸⁰² رغم تنقيح الفصل 394 م.ح.ع بموجب القانون عدد 34 لسنة 2010 المؤرخ في 29 جوان 2010 فقد بقيت هذه الفقرة على حالها وهو أنّه " لا يعتبر تاريخ العملية المطلوبة إلّا من تاريخ تلقي إدارة الملكية العقارية لتلك الوثائق".

حافظ الملكية العقارية وفي الدفاتر الأخرى التي يمسكها الكاتب لمراقبة أطوار القضية⁸⁰³.

وعادة ما يكون الطعن خاليا من البيانات الضرورية والوثائق اللازمة وخاصة منها الرسوم التي يطالب الطاعن بترسيمها، فتكاتب المحكمة العقارية إدارة الملكية العقارية في جلب الملف برمته، فتستجيب الإدارة لهذا الطلب دون إشكال. بل إن إدارة الملكية العقارية ربما تحيل إلى المحكمة العقارية بيانات في غاية من الأهمية. وينشر الملف بجلسة الحكم المترتبة من رئيس وعادة ما يكون وكيل رئيس المحكمة العقارية أو المشرف على الفرع وعضوين من الحكام المقررين. ولقد كانت هذه المحكمة تتركب في السابق من خمسة أعضاء لكنّ المشرع عدّل من هذا التنظيم بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 الذي سبق ذكره وأصبح الفصل 311 م.ح.ع ينص بمقتضى هذا التنقيح الأخير على أنّ هيئة المحكمة العقارية تتركب من ثلاثة أعضاء. ويتواصل نشر القضية بعدة جلسات دورية يستدعى إليها الطاعن بالطريقة الإدارية التي سبق شرحها خلال الحديث عن مطلب التسجيل، وقدّمنا أنّ الطعن لم يحض بإجراءات خاصّة وهو يخضع في جميع المراحل للإجراءات العادية المعتمدة أمام المحكمة العقارية. ويمكن للطاعن أن يحضر سواء بنفسه أو أن يوكل عنه الغير. وتتواصل الإجراءات العادية، وتمرّ القضية بأطوارها الثلاثة إلى أن تجهز للفصل، فتتخذ المحكمة القرار المناسب ولكن بعد أن تطلّع على رأي إدارة الملكية العقارية. وتكون قد أذنت بتقييد الطعن قيدا احتياطيّا.

+الإذن بتقييد الطعن قيدا احتياطيّا: نصّ المشرع سنة 1995 بمقتضى

القانون عدد 10 لسنة 1995 الذي سبق الإشارة إليه على إمكانية أن يطلب الطاعن تقييد هذا الطعن قيدا احتياطيّا، لكنّه لم يبيّن الجهة التي تسلّم الإذن بذلك والإجراءات المتّصلة بهذا الإجراء، وقد ظهرت نتيجة لذلك عدّة صعوبات

⁸⁰³ غير أنّه ما يجب الإشارة إليه في هذا الباب هو انعدام التنسيق بين فروع المحكمة العقارية على مستوى مسك الدفاتر التي لها علاقة بالتحيين عموما. فمن الفروع ما لا يمسك دفترا خاصا بالطعون في قرارات حافظ الملكية العقارية ودرج الطعن بالدفاتر العادية المخصّصة لمطالب التسجيل، وبعض الفروع الأخرى تخصص دفاتر مستقلة لهذا النوع من المطالب. في حين أنّ عدّة فروع تعتمد الطريقتين. وبالتالي من الواجب أن يتوفّر التنسيق بين الفروع، فيتوحّد العمل بتوحّد الدفاتر المعتمدة في هذا الباب.

تطبيقية بسبب عدم ضبط اختصاص رئيس المحكمة العقارية ورئيس المحكمة الابتدائية في هذا الباب، وبقي الفقه مضطربا بين اختصاص هذا وذاك، وهو ما دفع المشرع إلى التدخل من جديد سنة 1997 بمقتضى القانون عدد 68 المؤرخ في 27 أكتوبر 1997 ورفع اللبس بقوله بالفقرة الأخيرة من الفصل 388 "ويمكن للطاعن أن يطلب الإذن من رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه بتقييد طعنه احتياطيًا ويحال المطلب على إدارة الملكية العقارية لإبداء رأيها فيه..". معنى ذلك أن يسعى الطاعن إلى الحصول على الإذن المناسب من رئيس المحكمة العقارية المركزية أو من رؤساء الفروع لغاية الانتفاع بآثار مؤسسة القيود الاحتياطية. ولا يمكن أن يصدر هذا الإذن إلا بعد الإطلاع على رأي إدارة الملكية العقارية، فتفيد رئيس المحكمة بالبيانات الضرورية وتطلعة على حقيقة الرسم وتقتصر الرأي المناسب إن كانت الحالة القانونية للعقار تسمح بالقيود الاحتياطي أم أن بيانات السجل تتعارض مع ما يمكن أن يتخذ من قرار في هذا الباب، كل ذلك في إطار النظام العام للقيود الاحتياطي⁸⁰⁴. وواقعياً يرفع الطاعن طلبه إلى رئيس المحكمة العقارية المختص إذا أراد الاستفادة من نظام القيود الاحتياطية، ويدرج هذا المطلب بالدقتر المعد له ثم يحال إلى إدارة الملكية العقارية التي بعد الدرس تعبر عن رأيها بوضوح، ويعاد الطلب إلى رئيس المحكمة العقارية الذي من المفروض أن يتخذ القرار المناسب. لكن المحكمة العقارية ستضطر مرة ثانية إلى الحصول على رأي إدارة الملكية العقارية بمناسبة البت في أصل الطعن على معنى الفصل 388 م.ح.ع.

+ رأي إدارة الملكية العقارية: نص الفصل 388 م.ح.ع على أن المحكمة العقارية تبت في الطعن بعد أخذ رأي إدارة الملكية العقارية. ويلاحظ أن المشرع يلجأ إلى نفس الإجراء في عدة مواضع أخرى مثل الأذن التي يمكن أن تصدر عن رئيس المحكمة العقارية في إطار الفصل 388 م.ح.ع فقرة أخيرة أو عن رئيس المحكمة الابتدائية في إطار تقييد الحقوق قيوداً احتياطياً على معنى الفصل 367 م ح ع. وهي إجراءات يعتمدها القانون الإداري في عدة مواضع. ويهدف

المشرّع من خلال ذلك إلى إحاطة المحكمة المتعهدّة بالطّعن علماً بالحالة الحقيقية للرّسم العقّاري التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار عند اتخاذ القرار، وهي مناسبة أخرى يوفرها المشرّع لإدارة الملكية العقّارية لغاية النّظر من جديد في موقفها الرّافض للاستجابة للطلّاب على النّحو المطلوب، ومراجعة أمرها عند الاقتضاء.

ويعتبر هذا الإجراء مبدئيّاً أساسيّاً على معنى القواعد الإجرائيّة، وينجرّ عن عدم مراعاته بطلان الإجراءات اللاحقة من حيث المبدأ. وحتىّ على فرض أنّ المشرّع لم يبيّن جزاء الإخلال بهذا الإجراء فلا يعني أنّ المحكمة معفاة من احترامه. والحقيقة أنّ رأي حافظ الملكية العقّارية لا يلزم المحكمة، وإلاّ فقد الطّعن أهمّيّته من الأساس، فهو مجرّد رأي استشاري إن شاءت المحكمة اعتمدته وإن شاءت تخلّت عنه، معنى ذلك أنّ اللّجوء إلى رأي حافظ الملكية ليس وجوبيّاً، فإن سهت المحكمة عن استشارته فلا شيء عليها. حيث إنّ المبادئ المعلومة في هذا الباب تفيد أنّ الجهة التي طلبت الرّأي تكون ملزمة باتّباعه إذا كان الإجراء وجوبيّاً، أما إذا كان مجرّد إجراء اختياري، فلا يلزم الجهة المذكورة، معنى ذلك أنّ السّهو عن إتمام هذا الإجراء لا يخلّ بالإجراءات الأساسيّة.

لكنّ ذلك لا يفيد إطلاقاً أنّ المحكمة لا تكثرث بهذا الإجراء، بل إنّ المشرّع وضعه لكي يتّبع، ولا يجب أن ينصّ المشرّع على قوّة الإجراء حتىّ تعتمد المحكمة، فهو إجراء تنظيمي وترتيبي. ومن الوجهة الواقعيّة لا يمكن للمحكمة أن تحسم الأمر دون الإطّلاع على رأي حافظ الملكية، وهو المطّلع على حقيقة الرّسم العقّاري. بل إنّ إدارة الملكية العقّارية يمكن أن تفيد المحكمة العقّارية المتعهدّة بعناصر واقعيّة وقانونيّة يكون لها بالضرورة انعكاس على الموقف الذي ستعتمدته المحكمة، كما إذا كان الرّسم محلّ اعتراض يمنع إدراج القيود الاحتياطيّة اللاحقة على معنى الفصل 369 م.ح.ع. لذلك نرى المحكمة من الوجهة الواقعيّة لا تتخلّى عن هذا الإجراء الذي وضع أساساً لمصلحة الإدارة حتىّ تبين رأيها بوضوح وهي المستهدفة من خلال هذا الطّعن.

وواقعياً تحال عريضة الطّعن، بعد تقييدها بالدّفتر المعد لها، إلى إدارة الملكية العقارية لغاية إبداء الرّأي، فيتولّى حافظ الملكية العقارية إبداء موقفه بوضوح في الرفض النّهائي أو أنّه يطلب من الطّاعن تعديل طلباته على نحو معيّن أو يطالب ببعض الوثائق والرّسوم. ثمّ يعيد المكاتبه إلى كتابة المحكمة العقارية التي تضيفها إلى الملفّ في يومها، ويطلّع عليها رئيس الجلسة قبل اتّخاذ القرار المناسب.

+ خيارات المحكمة عند النّظر في الطّعن: من حيث الشّكل يمكن للمحكمة أن ترفض الطّعن إذا لم يحترم الطّاعن آجال الطّعن التي سبق شرحها. لكنّ رفض الطّعن شكلاً لا يمنع من إعادة إيداع مطلب جديد بإدارة الملكية العقارية فترفضه، ويتمكّن الطالب من الطّعن من جديد. وهذه الصّورة يسمح بها الفصل 388 م.ح.ع على صيغته الحاليّة. من حيث الأصل يمكن للمحكمة مبدئياً أن تقضي بالطّرح إذا ما طلب منها ذلك مهما كانت الأسباب. كما يمكنها أن ترفض الطّعن إذا انبنى قرار حافظ الملكية العقارية على مانع قانوني، ويجوز لها أن تقبل الطّعن وتأذن بالترسيم على النّحو المطلوب إذا كان قرار إدارة الملكية العقارية غير مبني على مانع قانوني. وبالتالي فإنّ المحكمة العقارية ستضطرّ إلى مراقبة مدى مشروعية القرار الذي اعتمده حافظ الملكية العقارية على النّحو الذي سبق شرحه.

لكنّ بعضاً من الفقه⁸⁰⁵ رأى خلافاً لهذا الرّأي، ودعا إلى أن تتجاوز المحكمة إطار مراقبة مبدأ الشّرعية الذي يضيق في حقيقة الأمر عن استيعاب أهداف المشرّع وسياسته في التّحيين، لأنّ الفصل 388 م.ح.ع لا يمنع أن يكون للمحكمة دور في دراسة جملة الملف الذي تعهّدت به فتأذن في جميع الصّور بالحلّ الذي يجب اعتماده، تجاوزاً لمبدأ الشّرعية، حيث إنّ الفقرة الثّانية من هذا الفصل والتي سمحت بالطّعن في قرار حافظ الملكية العقارية تمكّن المحكمة من التّعهد والنّظر في جميع الصّعوبات دون التّقيّد بمراقبة توقّر المانع القانوني من عدمه. كما أنّ الفصل 388 م.ح.ع استوعب كامل الإمكانات التي كان يسمح

يراجع على سبيل المثال: مفيدة محجوب، المرجع السّابق، ص 193 وما بعد.

بها الفصل 315 م.ح.ع الذي تم إلغاؤه على الصورة المذكورة، بمعنى أنه كان يسمح بالنظر في جميع الصعوبات التي تطرأ بعد إقامة الرسم العقاري، وبالتالي لا يجوز نزع هذه الإمكانية من الفصل 388 م.ح.ع الذي استوعب في حقيقة الأمر كامل محتوى الفصل 315 م.ح.ع. ولم يلغ المشرع الفصل 379 م.ح.ع سنة 1992 بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والذي كان يسمح لحافظ الملكية العقارية باتخاذ الوسائل والإجراءات اللازمة لتصحيح الوثائق والرسوم المقدمة للتسجيل أو لتسهيل القيام بالعملية المطلوبة، إلا لتعويضه في مرحلة أولى بالفصل 315 م.ح.ع سنة 1992 ثم في مرحلة ثانية بالفصل 388 م.ح.ع سنة 1995. وعليه يجب أن يسند إلى المحكمة العقارية خلال النظر في الطعن المقدم ضد قرار حافظ الملكية العقارية كل الصلاحيات في إتمام عملية التحيين دون حصر مجال تدخلها في إطار معين. لكن هذا التحليل ينبني على فهم واسع للفصل 388 م.ح.ع الذي تضيق عباراته عن استيعاب مثل هذا التصور على الأقل حسب صيغته الحالية، وقد كان واضحا في معانيه ومقاصده ولا يحتاج إلى تأويل، فالطعن لا يجوز إطلاقا إلا إذا توفرت الشروط الجوهرية التي سبق شرحها، ويطلب من المحكمة عند النظر في الطعن أن تتقيد بمراقبة مدى احترام حافظ الملكية لمبدأ الشرعية لا غير، لأن مجال التحيين هو اختصاص دائرة الرسوم المجمدة على معنى القانون عدد 34 لسنة 2001 كما هو منقح بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009.

2- إجراءات ما بعد الحكم

نص الفصل 388 م.ح.ع على أن المحكمة العقارية "تأذن عند الاقتضاء بالقيام بالإجراء المطلوب وقراراتها معفاة من كل إعلام وهي قابلة للتنفيذ حالا مع بقاء حقوق المعنيين محفوظة فيما يتعلق بالأصل."

لقد سبق أن أشرنا إلى طبيعة هذا الإذن أو القرار الذي تتخذه المحكمة، وقد لاحظنا في بابه أنه لا يمس بالأصل بمعنى أن قرار المحكمة ينحصر في الإذن بترسيم الكتب على الحالة التي هو عليها يوم الإذن، ولا يمنع ذلك من إثارة

الدّعاوى المناسبة لغاية إلغاء الكتب نفسه موضوع الإذن، وهو بذلك قرار وقتي له مميّزات خاصة ينفرد بها. وقدّمنا أنّ له طبيعة استثنائية وخاصة في نفس الوقت، رغم أنّه يصدر عن هيئة قضائية. وستعكس هذه الطبيعة بالضرورة على إجراءات التنفيذ التي تنفرد بشكليات خاصة تسهم بدرجة كبيرة في تسهيل عملية التّرسيم وإتمام الأعمال المتعلقة بها في أقرب الآجال، وهو ما سنتعرّض له في نقطة أولى، ومع ذلك كثيرا مع تظهر عدّة صعوبات يتّجه التّعريض لها في نقطة ثانية.

-إجراءات تنفيذ الإذن: تمتاز هذه الإجراءات بالسهولة والبساطة، حيث إنّ إذن المحكمة معفى من الإعلام وينفّذ حالا.

+الإعفاء من الإعلام: لايتعلّق الأمر بطبيعة الحال بالقرارات التي صدرت بالطرح أو بالرّفص سواء على المستوى الشكلي أو الأصلي، لأنّها لا تثير أيّ إشكال، ولا تتطلب أي إجراء لاحق، إذ بصور القرار على النحو المذكور تنتهي إجراءات الطّعن ولا حاجة أصلا إلى الإجراءات المتعلقة بالإعلام. ويكتفي كاتب المحكمة بالتّصيص عليه بالدّفتر المعد له. لكنّه يمكن للطّاعن أن يطلب استرجاع وثائقه عند الاقتضاء بعد إذن رئيس المحكمة في ذلك.

وتطرح القرارات الإجابيّة أي التي قبلت الطّعن من حيث الأصل وأذنت لحافظ الملكية العقاريّة بإدراج العمليّة المطلوبة عدّة تساؤلات فيما يتعلّق بإجراءات تنفيذها، وهي التي قصدتها المشرّع وأعفاها من كلّ إعلام. والقاعدة العامة في الإجراءات المدنيّة أنّ الإذن لا يتطلّب الإعلام⁸⁰⁶، إذا ما اعتبرنا أن القرار الذي تتّخذه المحكمة في إطار الفصل 388 م.ح.ع مجرد إذن يخضع لجميع الضوابط المتعلقة بهذه المؤسّسة. والحقيقة أنّ جميع الأحكام التي تصدر عن المحكمة العقاريّة لا تتطلب الإعلام. ورغم أنّ الفصل 349 م.ح.ع نصّ منذ مدّة على أنّ الخصوم يتّصلون من كاتب المحكمة بإعلام بحكم المحكمة، فإنّ التّطبيق لا يلجأ إلى هذا الإجراء لأنّ المشرّع لم يعلّق عليه أي أثر من

806 نصّ الفصل 220 م.م.ت على " تنفيذ الأذون الصّادرة عن المطالب حالا من طرف العدول المنفّذين بمجرد الإدلاء بها من طرف من يهّمه الأمر".

الوجهة القانونية⁸⁰⁷. وحتى على فرض إن وقع هذا الإعلام فهو مجرد إعلام إداري بصدور الحكم أي أن طريقة الإعلام تعتمد على الوسائل الإدارية لا غير، وهو ما يختلف بطبيعة الحال عن الإجراءات المتبعة تطبيقاً للمبادئ العامة المنصوص عليها بم.م.م.ت التي تنص على أن الإعلام يتم بواسطة عدل منفذ⁸⁰⁸. لكنّ المشرع حسم هذه المسألة من الأساس، ونصّ على أن القرارات التي تتخذها المحكمة في إطار الفصل 388 م.ح.ع لا تتطلب الإعلام. فكيف تقع عملية التنفيذ إذن؟.

+التنفيذ الحالي: نصّ المشرع على أن قرارات المحكمة "قابلة للتنفيذ حالاً". ولا شكّ في أن المشرع قصد التسهيل على الطّاعن إلى أقصى حدّ ممكن والضّغط على المتطلّبات الإجرائيّة أكثر ما يمكن. وبالتالي لا يمكن الحديث عن الإجراءات المسطرة بمجلة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة في هذا الباب التي توجب الإعلام بالحكم في مرحلة أولى ثمّ التنفيذ بواسطة عدل التنفيذ في مرحلة ثانية.⁸⁰⁹ وحتى الأذن الصّادرة في إطار الفصول 213 م.م.م.ت وما بعد تتطلب التنفيذ بواسطة عدل التنفيذ وإن كانت لا تتطلب الإعلام. لذلك يُرجع عادة إلى مبادئ الفصل 334 م.ح.ع والفصل 351 م.ح.ع الواقع شرحها سلفاً لإتمام أعمال التنفيذ.

والحقيقة أن المشرع لم ينصّ على إجراء معيّن لغاية تنفيذ القرار قصداً، وركّز فحسب على التنفيذ الحالي مهما كانت الطّريقة المستعملة، لأنّ التأخير فيه مضرة للمستفيد وللغير بشكل عام، فكلّ الطّرق ممكنة شرط أن تتمّ العمليّة في أقرب الآجال. وهكذا نلاحظ أن عمليّة التنفيذ على مستوى أحكام الفصل 388 م.ح.ع لا تخرج عن الدّائرة الإداريّة في علاقة كاتب المحكمة العقاريّة بوصفه المؤتمن على أعمال الكتابة، بحافظ الملكيّة العقاريّة بوصفه المأمور العمومي

⁸⁰⁷ لا يعلّق التشريع العقاري عموماً أثراً على مسألة الإعلام، وبلاحظ على سبيل المثال أن المشرع

ربط آجال المراجعة بصدور الحكم وليس بالإعلام به. يراجع الفصل 332 م.ح.ع.

⁸⁰⁸ نصّ الفصل 5 م.م.م.ت على أن كلّ استدعاء أو إعلام بحكم أو تنفيذ يكون بواسطة عدل منفذ ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك.

⁸⁰⁹ يراجع الفصل 287 م.م.م.ت.

الذي أسند إليه المشرع مهمة إدراج الرسوم والوثائق بدفاتر إدارة الملكية العقارية، مع إمكانية أن يكون للطاعن دور في ذلك. بقي أن تنفيذ القرارات التي تصدر عن المحكمة العقارية في إطار الفصل 388 م.ح.ع قد تلاقي بعض الصعوبات.

-الإشكال التنفيذي: يفترض أن ينفذ إذن المحكمة دون صعوبات، لكن الإشكال طرح منذ مدة لما رفض حافظ الملكية العقارية إدراج الأذن الصادرة عن المحكمة العقارية في إطار الفصل 315 م.ح.ع قبل إلغائه، أو حتى الأحكام التي تصدر عن محاكم الحق العام⁸¹⁰، بدعوى أنها تخالف البيانات الواردة بالسجل العقاري أو أن المحكمة لم تحترم الموجبات الخاصة بالعقارات المسجلة عموماً. وقد تفرق الفقه إلى مؤيد ومناصر وإلى معارض وناقد.

لكن هذه الإشكالات لا يجب أن تطرح خلال تنفيذ الإذن في إطار الفصل 388 م.ح.ع لأنه صدر بمناسبة مراقبة مبدأ الشرعية ذاته الذي كان السند الذي يرجع إليه حافظ الملكية العقارية كلما أراد أن يرفض إدراج العملية المطلوبة. حيث من المفروض أن تكون المحكمة قد درست الأسباب التي دعت الإدارة للرفض وتبينت إن كان المانع قد توفّر أو أنّ الإدارة كانت مخطئة في رفضها بسبب عدم وجود المانع القانوني، فلا يمكن بالتالي لحافظ الملكية أن يؤجل أو يرفض العمليات التي أذنت المحكمة بإدراجها، والحالة تلك.

والواضح أنّ عدم إدراج الأذن التي قضت بها المحكمة في وقتها يؤثر سلباً على نظام السجل العقاري عموماً ولا يمكن بالمرّة التصريح بعدم إدراجها أو اتخاذ أي موقف سلبي إزاءها. على أنّ الصعوبات التي يمكن أن تظهر خلال عملية التنفيذ، مهما كان مصدرها، والتي قد تعطل إتمام الإجراءات، يجب أن لا ينجّر عنها رفض بعدم إدراج العملية المطلوبة، وإنّما على إدارة الملكية العقارية الرجوع إلى المحكمة العقارية لغاية رفع الصعوبة في حدود الإمكان، وللمحكمة العقارية كلّ الإمكانيات في إصلاح الخطأ عند الاقتضاء والاتصال بديوان قيس الأراضي عند الضرورة إذا كانت الصعوبة لها علاقة بالمسائل الفنية. ولا يعدو

محمد الحبيب عبد السلام ، علاقة إدارة الملكية العقارية بالمحاكم، المرجع السابق، ص 163.

ذلك أن يكون إلا تطبيقاً للإجراءات العادية. ومن باب الجدل فحسب إذا رفض حافظ الملكية العقارية تنفيذ الإذن الصادر على النحو المذكور، فيعتبر ذلك قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بدعوى الإلغاء أمام المحكمة الإدارية طبق قانون 1972. ويمكن في نهاية الأمر إذا وقع إهمال التتبع بسجلات إدارة الملكية العقارية على الترسيمات المطلوبة طبق القانون، أن يقوم المتضرر بطلب تعويض الضرر الذي حصل له من جراء ذلك، وتكون الدولة هي المسؤولة على معنى الفصل 402 م.ح.ع. لكن مسؤولية حافظ الملكية العقارية يمكن أن تثار بصفة شخصية إذا كان الخطأ الذي ارتكبه يعتبر في نظر القانون الإداري خطأ جسيماً أو متعمداً، حيث إن الدولة لا تحل محل الموظف إلا إذا كان الخطأ وظيفياً أي يتصل اتصالاً وثيقاً بالمرفق العام⁸¹¹. أما الأخطاء الشخصية فلا تغطيها مسؤولية الدولة. ولا شك في أن رفض إدراج الأذن الصادرة عن المحكمة طبق الإجراءات المذكورة لا يمكن أن يعتبر خطأ مرفقياً بالمعنى الصحيح المعتمد في القانون الإداري.

غير أنه يتعذر في بعض الأحيان إتمام الترسيم طبق الإجراءات العادية، فيلزم الطالب باتّباع إجراءات استثنائية تعرف بإجراءات التّحيين لإنهاء الترسيم.

المبحث الثالث: إجراءات التّحيين

لقد بدأت سياسة التّحيين منذ مدة أمام تطوّر حدة الرسوم المجمدة بصفة مطّردة، وهو أن تصبح الحالة القانونية للرسم مخالفة لحالته الواقعية⁸¹². وتعود تجربة التّحيين حقيقة إلى سنة 1964، حيث جاء الفصل 16 من المرسوم عدد 4 لسنة 1964 المؤرخ في 21 فيفري 1964 المتعلق بتنقيح القانون العقاري وإعادة تنظيم دفتر خانة للأموال العقارية بإجراءات جديدة، وقد استوعبت مجلة الحقوق العينية الصادرة بموجب القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12

811 محمد صالح بن عيسى: الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارة أمام المحكمة الإدارية، مؤلف جماعي

حول إصلاح القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، ص 147 وما بعد.

812 وتعود أسباب جمود الرسوم العقارية إلى عدة أسباب، منها ما يتعلق بأصل ومحتوى مبادئ السجلات العينية، ومنها ما يتعلق بإجراءات التسجيل والترسيم والتحديد، ومنها ما يتعلق بطبيعة نظام الملكية العقارية.

على كحلون: أزمة السجلات العينية، أطروحة دكتوراه، المرجع السابق.

فيفري 1965 جلّ أحكام هذا المرسوم باستثناء الفصل 16 الذي ظلّ معتمدا لتنظيم دوائر الرّسوم المجمّدة. وجاءت مجلّة الحقوق العينية كذلك بالفصل 315 بإمكانية إجرائيّة جديدة. لكنّ المشرّع أعاد هيكلة هذه السّياسة بموجب القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أفريل 1992 المتعلّق بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود، وأنشأ ما يعرف باللّجان الجهويّة للتّحيين ودوائر الرّسوم المجمّدة، وألغيت بالتّالي أحكام الفصل 16 سابق الذّكر، وألغي كذلك الفصل 315 سنة 1995 بموجب القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 23 جانفي 1995 بعد أن أسندت وظائفه سنة 1992 بمقتضى القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 إلى رئيس المحكمة الابتدائيّة. لكنّ أعمال التّحيين لم تتقدّم بالكيفيّة المطلوبة. لذلك تدخل القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001 وألغى لجان التّحيين وأحال جميع الملفّات إلى المحكمة العقاريّة⁸¹³. وقد جاء بشرح أسباب القانون أنّ الاستعناء عن اللّجان الجهويّة وإحالة اختصاصها إلى المحكمة العقاريّة "يقصد به توحيد الجّهة المكلفة بالتّحيين بالنّظر إلى الإشكاليّات العمليّة التي ظهرت من تعدّد الجهات وتبعثر الجهود، وهو يمثّل امتدادا طبيعيا لعملها ونظرا لما يتوقّر لديها من إمكانيّات البحث والاستقراء والتّجربة الطّويلة في هذا الميدان وهو رجوع إلى التّجربة القديمة التي كانت تمارسها حسب مقتضيات الفصل 315 القديم"، لذلك نصّ الفصل الثّاني من القانون الجديد على أنّ المحكمة العقاريّة "تختصّ بتطبيق الإجراءات الرّامية لتحيين الرّسوم العقاريّة"، وهو اختصاص تنفرد به المحكمة العقاريّة، وقد ورّع المشرّع الاختصاص بين قاضي السّجلّ العقاري ودائرة الرّسوم المجمّدة، وحدّد مجال اختصاصهما.

وكانت الفكرة العامّة والأساسيّة في القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001 المتعلّق بتحيين الرّسوم العقاريّة⁸¹⁴، هي إصلاح نظام

⁸¹³ الفصول 33-34-35-36 من القانون عدد 34 لسنة 2001، سابق الذّكر.

⁸¹⁴ نبيل الرّاشدي: تعليق على القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001 المتعلّق بتحيين الرّسوم العقاريّة، القضاء والتّشريع جوان 2002، ص 69.

التّحيين وإجراءاته. ولكنّ الخيارات لم تستقرّ حيث لم يبق القانون عدد 34 لسنة 2001 على حاله بل شمله التّقيح سنة 2009 بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009. وقد أورد المشرّع منذ سنة 2001 إجراءات حديثة في ضبط شروط مطلب التّحيين (الفقرة الأولى) وإشهاره (الفقرة الثّانية) وإجراءاته (الفقرة الثّالثة) وفصله (الفقرة الرّابعة).

الفقرة الأولى: مطلب التّحيين

يحقّ مبدئيّاً لكلّ شخص توفّرت به الشّروط القانونيّة، وقد يكون طالبا أو متداخلا أو معارضا، أن يرفع مطالبا إلى الجهة المختصّة بهدف تحيين الرّسم، وهي القاعدة العامّة (أ)، لكنّه انطلاقا من سنة 2009 أصبح من الضروري أن يرفع المطلب بواسطة محام لدى التعقيب أو لدى محكمة الاستئناف⁸¹⁵ أو المكلف العام بنزاعات الدولة⁸¹⁶.

ويقصد بالطّالب من رفع المطلب أوّل مرّة، ويقصد بالتّداخل على معنى القانون العقّاري الانضمام إلى الطّلبات الأصليّة كأن يكون المتداخل مالكا على الشّياع أو الاستقلال بطلبات منجّرة من أحد المستحقّين دون المنازعة في أصل

⁸¹⁵ الظاهر أنه بقراءة التّقيح الجديد بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتّقيح بعض أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتّحيين الرسوم العقارية يمكن أن يذهب في الاعتبار أن إنابة محامي أصبحت واجبة بالنسبة إلى جميع إجراءات التّحيين، بما في ذلك تقديم المطلب ومطالب الاعتراض والتّداخل، سواء خلال نشر مطلب التّحيين أوّل مرة أو خلال الاستئناف، فقد جاءت صيغة الفصل 4 في فقرته الثّانية عامة قولا إنّ "يرفع المطلب بواسطة محام لدى التعقيب أو لدى محكمة الاستئناف...." كما أن الفصل 30 جديد جاء عاما في ضرورة رفع مطلب الاستئناف بواسطة محامي. والحقيقة أن إجراءات التّداخل والاعتراض تبقى خارجة عن التّقيحات الجديدة وبالتالي من ضرورة إنابة محامي، فقد أبقى الفصل 324 م.ح.ع على إمكانية أن يقدم المعارض اعتراضه بنفسه لدى كتابة المحكمة أو بواسطة رسائل توجه إلى المحكمة، كما أنه يمكن للعون الفتّي (الفصل 324 م.ح.ع) وكذلك للقاضي المقرر (الفصل 329 م.ح.ع) والأقارب والأصدقاء ووكيل الجمهورية وحكام النواحي والولاة (الفصل 330 م.ح.ع) وحتى للمحكمة المتعّدة في الطور الحكمي أن يثيروا الاعتراض تلقائيا ودون طلب، إعمالا لمبدأ الاستقراء، والأمر مثله بالنسبة إلى الأحكام الخاصّة بالتّداخل حيث لم تتغير بعد التّقيح. كما أن الفصول 15 و16 و17 و18 و23 من قانون التّحيين أبقت على الإجراءات القديمة في الاعتراض والتّداخل. وذلك يعني أن التّداخل والاعتراض يمكن تقديمهما مباشرة بواسطة المعني بالأمر دون حاجة إلى محامي، فقط أن الترافع في شأنهما لا يمكن أن يقع إلا بواسطة محامي على معنى الفصل 343 م.ح.ع.

⁸¹⁶ القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتّقيح بعض أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتّحيين الرسوم العقارية، الرائد الرسمي عدد 65، ص 2896.

الطلبات كأن يكون المتداخل مشتريا أو مالكا لحقوق تبعية، إلى غير ذلك من الصور⁸¹⁷. ويقصد بالمعارضة على معنى القانون العقاري المنازعة التي تصدر عن أحد الأطراف في أصل الحق بهدف استحقاقه⁸¹⁸. ويمكن ابتداء من إشهار المطلب الأصلي إلى يوم صدور الحكم الاعتراض عليه أو التداخل في موضوعه⁸¹⁹. لكنّ المشرع وضع إجراءات خاصّة بالنسبة إلى المطلب المقدّم من طرف إدارة الملكية العقارية (ب).

أ-المطلب المقدّم من طرف كلّ ذي مصلحة

يفترض أن تتوفر بالطالب أو المتداخل أو المعارض شروط القيام (1)، وأن يرفع المطلب إلى المحكمة المختصة (3)، وأن يحتوي على بيانات ضرورية ويرفق به الوثائق اللازمة (2).

1-شروط القيام

حق القيام لدى المحاكم يكون لكلّ شخص له صفة وأهلية تخوّله حق القيام بطلب ما له من حقّ وأن تكون للقيام مصلحة على معنى الفصل 19 م.م.م.ت⁸²⁰. لكنّ قانون التّحيين الجديد عدد 34 لسنة 2001 نصّ فحسب

⁸¹⁷ ويختلف هذا المفهوم شيئا ما عن مفهوم التداخل الوارد بم.م.م.ت. وتحديدًا بالفصلين 224 و225، حيث إنّ التداخل على معنى القواعد العامة، وإن كان حقّا مخوّلا لكلّ طرف له مصلحة قائمة، فهو ينتهي أساسا إلى جعل الحكم الذي سيصدر، بعيدا عن إجراءات الاعتراض على معنى الفصل 168 وما بعد م.م.م.ت. في حين أنّ الأحكام العقارية يعارض بها الكافة ولا يمكن الاعتراض عليها من حيث المبدأ. وكان من المفروض أن يعرف المشرع التّونسي مثل هذه المفاهيم العقارية المميزة، لكنّ مجلّة الحقوق العينية أسقطت هذا المطلب، ولم ترفع النصوص الحديثة هذا النقص رغم تكرار المفهوم في عدّة مواضع.

⁸¹⁸ المعارضة على معنى القانون العقاري تختلف عن مفهوم المعارضة والاعتراض طبق المفاهيم الواردة بمجلّة المرافعات المدنية والتجارية. حيث يقصد بالدعوى المعارضة أو العارضة أو الفرعية طبق المبادئ العامة تلك الدعوى التي يختصّ بها المطلوب بهدف ردّ الدعوى الأصلية أو طلب المقاصة أو طلب غرم الضرر لا أكثر ولا أقلّ على معنى الفصول 28-29-226-227-228.

ويقصد بالاعتراض على معنى الفصل 168 م.م.م.ت. الحقّ المخوّل لكلّ شخص لم يسبق له التداخل في القضية الاعتراض على الحكم الصادر فيها والمضّر بحقوقه. وضبط المشرع بالفصول 169-170-171-172-173-174 م.م.م.ت. النظام القانوني لإجراءات الاعتراض، وهو يختلف نهايه عن الإجراءات العقارية.

⁸¹⁹ خلافا للفصل 325 م.ح.ع الذي وضع أجلا للمعارضة بالنسبة إلى مطالب التّسجيل.

⁸²⁰ ويقصد بالمصلحة في القيام الفائدة التي يرجوها الطالب من المطلب، والمنفعة التي يرغب الطالب في تحقيقها. فهي الأساس في الدعوى، ولا قيام بدون مصلحة حتّى لا تراكم القضايا أمام المحاكم، ويختبر الطالب اللجوء إلى المحاكم بسبب أو بدونه.

بالفصل الرابع منه على تقديم المطلب من طرف " كل ذي مصلحة." ولم يشترط أن يكون للطالب أو المتدخل أو المعارض الأهلية والصفة. فهل أن ذلك يعني أن المشرع التونسي استغنى عن شرطي الأهلية والصفة في القيام بالنسبة إلى مطالب التحيين ؟

لنعلم مبدئياً أن الفصل 19 م.م.ت خول القاصر المميز حق القيام بالنسبة إلى القضايا الاستعجالية إذا كان هناك خطر ملم، وزوال النقص في الأهلية بسبب الجنون أثناء نشر الدعوى يصح الإجراءات. لنعلم كذلك أن المشرع التونسي مكن، في إطار مطالب التسجيل الاختيارية، الإدارة من حق القيام ورفع مطلب التسجيل إلى المحكمة العقارية⁸²¹، وسمح للغير بالاعتراض والتدخل⁸²²، ولو لم تكن لهما الصفة أمام ثبوت المصلحة بجانبهما. فهل يعني ذلك أن المشرع تساهل أكثر ما يمكن من خلال أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 وتغافل عن اشتراط الأهلية والصفة في مطالب التحيين ؟

قد تتوفر مبدئياً جملة من المبررات للتسليم بهذا التوجه، خاصة أمام رغبة المشرع في طرق جميع الأبواب بهدف تحيين الرسم، وتصميمه على تجاوز جملة العقبات. لكن الاجتهاد ما كان ليصل إلى حد إعفاء الطالب من شرط الأهلية والصفة. وكان من الممكن التنصيص على هذا التوجه صراحة لو عزم المشرع

ويشترط في هذه المصلحة أن تكون قانونية مهما تعددت أوصافها سواء كانت مادية أو معنوية أو اقتصادية، وشخصية ومباشرة أي أن يلحق الضرر شخص الطالب، وقائمة وحالة بمعنى أن يقع الضرر في الحال أو المال، أي أن لا يعتد بالضرر الاحتمالي. ويقصد بالصفة في القيام أن يناضل الشخص في حق نفسه ومن أجل حقه، ويكره على الغير تداخله إذا لم يكن مفوضاً تفويضاً قانونياً. ورغم عزم جانب من الفقه على عدم التفريق بين المصلحة والصفة، فإن الفصل بينهما يطلب عادة ويكره الخلط بين المفهومين. ويشترط عنصر الصفة في الطالب والمطلوب.

ويقصد بالأهلية (محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، تونس 1993، صفحة 79 وما بعد). أن يتمتع الطالب بحق التصرف في أملاكه أي أن تكون له أهلية الأداء على معنى الأحكام الواردة بمجلة الالتزامات والعقود (الفصول من 3 إلى 17 من م.ا.ع.) ومجلة الأحوال الشخصية. (الفصول 153 وما بعد من م.أ.ش.) وتساءل رجال القانون إن كان شرط الأهلية موجبا لصحة القيام أم أنه شرط لصحة انعقاد الخصومة، أي أن يفترض توفر الشرط منذ البداية بالنسبة إلى الصورة الأولى ويتأجل اشتراطه بالنسبة إلى الصورة الثانية إلى تاريخ انعقاد الخصومة بصفة فعلية. وتشترط الأهلية في الطالب والمطلوب.

⁸²¹ يراجع الفصل 27 من القانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرخ في 24 فيفري 1994 المتعلق بإصدار مجلة حماية التراث الأثري والتاريخي والفنون التقليدية. والفصل 24 من القانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرخ في 28 نوفمبر 1994 المتعلق بإصدار مجلة التهيئة الترابية والتعمير.

⁸²² الفصل 330 م.ح.ع .

على الأخذ به. لذلك نقول مبدئيًا إنَّ المبادئ العامة في الصّفة والأهليّة تبقى فاعلة. فينوب عن القاصر أو المحجور وليّه القانوني⁸²³. وينوب الشّركات والجمعيات ممثّلها القانوني. ولا يحقّ لأيّ طرف أن ينوب عن الآخر إلّا بموجب وكالة قانونيّة.

ولكنّ رفع مطلب التّحيين إلى المحكمة لا يكون إلّا بواسطة محامي لدى التعقيب أو لدى الاستئناف أو المكلف العام بنزاعات الدولة بالنسبة إلى الإدارات. فبعد أن كان من الممكن رفع الطلب مباشرة إلى المحكمة من قبل الشخص المعني بالأمر⁸²⁴، أو توكيل الغير⁸²⁵، انتهى المشرع بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 إلى تنقيح القانون عدد 34 لسنة 2001 وفرض تقديم المطلب بواسطة محامي أو المكلف العام بنزاعات الدولة⁸²⁶.

لكنّه من الممكن التّخفيف من حدّة هذا الرّأي قولاً إنّ المشرّع التّونسي ركّز بالفصل الرابع من القانون عدد 34 لسنة 2001 على شرط المصلحة لا أكثر ولا أقلّ، وهو تركيز مقصود، حيث ما كان من المفروض أن ينصّ المشرّع على ذلك لو اتّجهت النّيّة أصالة إلى الرّجوع إلى المبادئ العامّة. وفعلاً ذلك هو الرّأي الذي أراده المشرّع، حيث بالرّجوع إلى شرح أسباب القانون يتبيّن أنّ المشرّع كان حريصاً على تمكين بعض الأطراف من تقديم مطلب التّحيين ولو لم تكن لهم

⁸²³ يراجع م.أ.ش الفصول 153 وما بعد. يراجع كذلك الأمر المؤرّخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بترتيب تسمية المقدّمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم، الرّائد الرّسمي عدد 58، الصّادر في 19 جويلية 1957.

⁸²⁴ نصّ الفصل 26 من القانون عدد 87 لسنة 1989 المؤرّخ في 7 سبتمبر 1989 (الرّد الرّسمي عدد 61 بتاريخ 12 سبتمبر 1989، ص 1371) المتعلّق بتنظيم مهنة المحاماة على أنّه يمنع على غير المحامين التّباة لدى سائر المحاكم ما عدا موظّفي الإدارات العموميّة المعتمدين من طرف إدارتهم طبق القانون. ويجوز للمتقاضين في القضايا التي لا يجوز القانون تكليف محام بها أن ينيبوا عنهم بتوكيل خاصّ أصولهم أو فروعهم أو أزواجهم بعد الإدلاء بما يثبت صفتهم. ويذكر أنّ القانون عدد 87 لسنة 1989 ألغى بموجب المرسوم عدد 79 لسنة 2011 مؤرّخ في 20 أوت 2011 المتعلّق بتنظيم مهنة المحاماة وألغى بالتالي مضمون الفصل 26 المشار إليه.

⁸²⁵ ينصّ الفصل 1118 م.أ.ع على أنّ التّوكيل على الخصام يعتبر توكيلاً خاصّاً ويجب أن يكون.... بالإشهاد .

⁸²⁶ يراجع القانون عدد 13 لسنة 1988 المتعلّق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم من قبل المكلف العام بنزاعات الدولة.

الصفة، قولا إنه : " تم توزيع الاختصاص بقصد تطبيق الإجراءات الرامية إلى تحيين الرسوم العقارية بين هيئتين: دائرة الرسوم المجردة وقاضي السجل العقاري والاقتصار على شرط وحيد لتقديم المطلب وهو شرط المصلحة الذي يشير إلى ضرورة وجود مصلحة تطبيقا للقواعد العامة لرفع الدعوى القضائية وقد اعتبر في ذلك إمكانية القيام من قبل الدوات المادية والمعنوية التي تثبت وجود مصلحة في تحيين الرسم العقاري (البلدية - الولاية - الوكالة العقارية ..) ."

وبالتالي ورد شرط المصلحة بالقانون يتيما عن قصد ودراية، لتمكين عدد من الأطراف وإن لم تكن لهم الأهلية والصفة في المطالبة بتحيين الرسم العقاري. وهو اتجاه لا يشذ في حقيقة الأمر عن القاعدة باعتبار أن إجراءات التسجيل والتسجيل استوعبت شيئا من هذا⁸²⁷. ونخلص نهاية إلى أن مطلب التحيين لا يشترط إلا المصلحة لا أكثر ولا أقل، فكل طرف يثبت أن له مصلحة في تحيين الرسم بإمكانه تقديم المطلب أو الاعتراض أو التداخل مع الاحتجاج بما يجب قانونا من حيث الشكل شرط تكليف محام لتقديم المطلب..

2- الشروط الشكلية

أوجب المشرع أن يحرر الطالب مطلبه في نظيرين وأن يضمّنه بعض البيانات الضرورية ويرفقه بالوثائق اللازمة، ونفس الشروط تنطبق بالنسبة إلى المتداخل والمعارض.

- تحرير المطلب: على غرار الإجراءات العادية في التسجيل أوجب المشرع تحرير مطلب كتابي، ولم يبيّن شكل هذا المطلب، وبالتالي يجوز مبدئيا أن يكون على ورق عادي، لكن مصالح المحكمة العقارية وضعت على ذمة

⁸²⁷ يراجع الفصل 330 م.ح.ع فيما يتعلق بالمعارضة وبحقّ للمقّدمين والممثّلين القانونيين والأقارب والأصدقاء ووكيل الجمهورية وحكّام النواحي والولاة القيام مباشرة بالاعتراض نيابة عن القصر والغنيين، فلهم الصفة القانونية في ذلك .

وكذلك الفصل 24 من القانون عدد 122 لسنة 1994 المؤرّخ في 28 نوفمبر 1994 حيث مكّن رئيس البلدية من تقديم مطلب التسجيل. وكذلك الفصل 27 من القانون عدد 35 لسنة 1994 المؤرّخ في 24 فيفري 1994 المتعلّق بإصدار مجلّة حماية التراث الأثري الذي مكن الوزير المكلف بالتراث من تسجيل العقار عوضا عن المالكين.

وكذلك الفصل 393 م.ح.ع فيما يتعلّق بتقديم مطلب التسجيل في حقّ القاصر، ويجوز أن يقدّم من طرف وكيل الجمهورية وقاضي الناحية والأقارب والأصدقاء.

الطّالّبين مطبوعات إداريّة، وما على الطّالّب إلّا تعميمها وتقديمها بواسطة محامي. ويجب أن يحرّر مطلب التّحيين في نظيرين، لأنّ المحكمة العقاريّة مطالبة في وقت لاحق بتوجيه نظيرين من هذا المطلب إلى إدارة الملكيّة العقاريّة.

-محتوى المطلب: يشترط الفصل العاشر أن يتضمّن المطلب اسم الطّالّب ولقبه وتاريخ ولادته وحرفته وصفته وجنسيّته ونظام الملكيّة بين الزّوجين ومقرّه الأصلي ومقرّه المختار. وقد أضاف المشرع بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 ضرورة أن يتضمن المطلب البيانات الخاصة بالشركة إذا كان المطلب يتعلّق بشركة⁸²⁸. وإذا كان الاسم واللقب وتاريخ الولادة من الأمور المطلوبة لبيان هوية الطالّب فإنه كان ينتظر المطالبة برقم بطاقة التعريف لنفي صور المشابهة بين الأسماء، لأنّ التّطبيق بيّن أنّ كثيرا من الأسماء والألقاب تتشابه، وقد يتشابه الأمر حتّى مع ذكر الحالة المدنيّة، لذلك كان من المفروض أن يشترط رقم بطاقة التعريف للتّوقّي من جملة هذه الإشكاليّات. وإذا كان الطّالّب شخصا معنويّا فيطلب الاحتجاج بالوثائق التّأسيسيّة، بما في ذلك القانون الأساسي ومضمونه المدرج بالرائد الرّسمي وما يفيد التّرسيم بالسجلّ العقاري. وأصبح من اللازم ذكر نظام الملكيّة بين الزّوجين بعد صدور القانون عدد 91 لسنة 1998 المؤرّخ في 9 نوفمبر 1998⁸²⁹، لكنّه من الوارد جدّا أن يخفي الطّالّب حقيقة النّظام المعتمد سواء أو جهلا، لذلك كان من المفروض أن يطالب بنسخة من عقد زواجه. ويقصد بالمقرّ الأصلي عملا بالفصل السّابع من م.م.ت المكان الدّي يقيم فيه الشّخص عادة والمكان الدّي يباشر فيه الشّخص مهنته أو تجارته يعتبر مقرّا أصليّا له بالنسبة إلى المعاملات المتعلّقة بالنّشاط المذكور. والمقرّ المختار هو المكان الدّي يعيّنه الاتّفاق أو القانون لتنفيذ التّزام أو للقيام بعمل قضائيّ.

828 الفقرة الثانية جديدة من الفصل 10 من القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية كما هو منقح بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرّخ في 12 أوت 2009.

829 الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة 13 نوفمبر 1998.

ويتضمّن المطلب كذلك عدد الرّسم العقاري أو الرّسوم العقاريّة ومركزي محكمة النّاحية والمُعتمديّة الكائن بدائرتهما العقار، ويُقصد بعدد الرّسم العقاري العدد المسند من طرف إدارة الملكيّة العقاريّة عند إقامة الرّسم العقاري لأوّل مرّة، ولربّما كان من الوجيه المطالبة بالمعرّف الخاص بالرّسم العقاري أمام تقدّم استعمالات الإعلاميّة التي ستغزو بالضرورة جميع المصالح الإداريّة، وقد أورد القانون الجديد الصّادر بتاريخ 17 أفريل 2001 تنقيحا جديدا لمجلّة الحقوق العينيّة من أجل إدخال مفهوم معرّف الرّسم العقاري⁸³⁰.

ورغم أنّ الفصل 10 من القانون عدد 34 لسنة 2001 لم يوجب ذكر تاريخ إحداث الرّسم العقاري فقد جاء بمطبوعة مطلب التّحيين ما يفيد ضرورة ذكر هذا العنصر. واشترط المشرّع كذلك ضرورة الإشارة إلى محكمة النّاحية والمُعتمديّة الكائن بدائرتهما العقار، وكان من المفروض أن تقع الإشارة كذلك إلى مقر الولاية وإدارة الملكيّة العقاريّة الكائن بدائرتهما العقار موضوع التّحيين.

ويطلب كذلك بيان نوع الحقوق والعمليّات المطلوب إدراجها، أي أن يبيّن الطّالب موضوع الحقّ المطلوب ترسيمه، ومن المفروض أن يكون حقّا عينيّا، والعمليّة المتعلّقة به سواء كانت بيعا أو مقاسمة أو معاوضة أو وصيّة أو إبراء أو إسقاطا أو رهنا أو مغارسة، إلى غير ذلك من الاتّفاقات والصّكوك. والحقيقة أنّ هذا التّنصيب ليس له أهميّة إلّا في حدود أنّه يسهّل التعرّف على الحقّ المراد ترسيمه وضبطه. ولم يلزم الفصل 10 سابق الذّكر باحتواء المطلب على الطّلبات تفصيلا، لكنّ المطبوعة المعتمدة من طرف المحكمة العقاريّة ألزمت الطّالب بتفصيلها أي أن يبيّن الطّالب بالنسبة إلى كلّ عمليّة إن كان الطّالب يتعلّق بترسيم أو بتنصيب أو بتشطيب على ترسيم أو بإبطال تشطيب أو بتعديل ترسيم أو بحدّ من ترسيم أو بإصلاح ترسيم أو بضبط منابات استحقاقية أو بتخصيص بقطعة أو بقطع أو باعتراف بحقّ مغارسة أو بقسمتها أو بحدّ حبس أو بتحرير فريضة.

وبيّن كذلك أسباب رفض العمليّات المطلوبة، وعند الاقتضاء بيان الصّعوبات أو الإخلالات المتعلّقة بالوثائق المقدّمة للتّرسيم، والمفروض أن يعرض الطّالب كتائبه بداية على إدارة الملكيّة، وتتولّى هذه الأخيرة إعلام الطّالب بأسباب رفض إدراج العمليّات المطلوب إدراجها. ويطلب من الطّالب خلال تقديم مطلب التّحيين أن يستعرض هذه الأسباب. لكنّ الطّالب ليس مرغما على عرض الطّلبات بداية على إدارة الملكيّة العقاريّة، وفي هذه الصّورة يطلب منه بيان الصّعوبات والإخلالات المتعلّقة بالوثائق المقدّمة إلى التّرسيم، أي أن يبيّن " الأسباب الموجبة لتصحيح الوثائق المقدّمة للتّرسيم وعلى الأخصّ كلّ سهو أو نقص أو غلط أو خلل أو عدم تطابق في البيانات أو التّنصيصات أو الارشادات أو الإمضاءات الواجب تضمينها بالوثائق المذكورة أو غيرها من الأسباب الموجبة للتّحيين⁸³¹ ". ويبدو أنّ المشرّع أراد بهذا التّنصيص تشريك الطّالب في إثارة النقائص والصّعوبات، وإن كان ذلك يخرج إجمالا عن دوره في إجراءات التّحيين، ولا أرى جدوى في اشتراط هذا العنصر لأنّ الطّالب لا تجتمع به إجمالا القدرات القانونيّة، وتبقى هذه العناصر في نهاية الأمر خاضعة لاجتهاد المحكمة، المسؤولة أولا وأخيرا عن فهم النقائص ووضع الإجراءات اللّازمة لتجاوزها. وقد يمتلك هذا الشّروط بعض التّبرير إذا كانت المحكمة ملزمة بطلبات الطّالب على غرار الإجراءات العاديّة المبيّنة بمجلّة المرافعات المدنيّة. لكنّ دائرة التّحيين ليست ملزمة بمبدأ الحياد، وبإمكانها إثارة جميع الصّعوبات حتّى لو لم يذكرها الطّالب، بل بإمكانها التّغافل عن جميع الطّلبات والتّنصيصات التي أوردها الطّالب لتعتمد أخرى، وسيأتي القول في ذلك. ويطرح السّؤال إن كانت هذه التّنصيصات تهّم النّظام العام والإجراءات الأساسيّة أم أنّها ليست كذلك، وتبقى مجرد شكليّة تنظيميّة، لا جزء في إخلالها ؟. وهل أنّ المحكمة مقيدة بطلبات الطّالب ؟.

-مستندات المطلب: يشترط الفصل 10 من القانون عدد 34 لسنة 2001

أن يقدّم الطّالب صحبة المطلب الوثائق المستند إليها أي العقود والرّسوم سند

الطلب. ويمكن أن تكون هذه العقود مهما تعددت وتنوّعت صكوكا اتفاقية أو قضائية أو إدارية. وعليه أن يخضع الصكّ أو الاتفاق الأخير المتضمّن على نقل الملكية عند الاقتضاء لإجراءات التسجيل طبق أحكام القانون المتعلّق بالتسجيل والطابع الجبائي، وتعفى بقيّة الإحالات السابقة من معلوم نقل الملكية ومعلوم التّرسيم. لكنّ كتابة المحكمة العقارية لا يمكن أن ترفض تلقى المطلب بدعوى عدم التسجيل بالقباضة، على أنّه لا يمكن للقضاة أن يصدرُوا أحكاما استنادا إلى عقود غير مسجّلة، ولا ينسحب هذا الإلزام على العقود التي نصّ بها قابض المالية المؤهل على أنّها لا تخضع للتسجيل في أجل محدّد. وفي صورة الإدلاء أمام المحكمة بعقود غير مسجّلة ولا تحمل ملاحظة من قابض المالية تدلّ على إعفائها من معالم التسجيل، يأذن القاضي المكلف بالقضية بإيداعها بكتابة المحكمة لتتمّ إحالتها فورا إلى قابض المالية المؤهل قصد تسجيلها⁸³².

ويجب على الطالب أن ينصّ بالمطلب على طبيعة الكتائب المقدّمة وعلى تاريخها وتاريخ تسجيلها بالقباضة. وإذا لم يقدّم الطالب الكتائب سند المطلب، يمتنع كاتب المحكمة عن تضمين المطلب بدفاتره، لأنّها تعتبر سند المطلب ومبناه الأساسي، وهي الوثائق نفسها التي ستعتمد في أعمال الإشهار اللاحقة، وبالتالي لا يتصور تقديم المطلب بدون سند.

ويوجب المشرّع أن يرفق المطلب بنسخة من الرّسم العقاري وعند الاقتضاء بما يمكن اعتماده لثبوت حالته القانونية في تاريخ تقديم المطلب مثل شهادة الملكية. ولا ننسى كذلك أنّ الطالب مطالب بإضافة أمثلة نقل الملكية بالنسبة إلى القطع المستخرجة من الرّسم الأم، والوثائق المتعلّقة بالشركة إذا كان الطالب شخصا معنويّا، وعقد الزّواج لإثبات نظام الملكية بين الزوجين كما تقدّم. وتقدّم الوثائق في نسختين، لإنهاء إجراءات الإشهار. على أنّ التّغافل عن إضافة الوثائق المذكورة أخيرا لا يمنع من تقديمها خلال نشر المطلب، ولا تؤثر بالتّالي

⁸³² الفصل 87 من القانون عدد 53 لسنة 1993 المؤرّخ في 17 ماي 1993 المتعلّق بمجّلة التسجيل والطابع الجبائي، الرّائد الرّسمي 25 ماي 1993، ص 715، عدد 39.

على قبول المطلب بداية. ويمكن كذلك للمحكمة المختصة المطالبة بأية وثيقة عند الاقتضاء.

3-الجهة المختصة

إذا كان من السهل تحديد مرجع النظر الترابي بالنسبة إلى مطالب التّحيين، فإنّ مرجع النظر الحكمي يثير جملة من الإشكاليات التي ربّما تتطلب مزيدا من البحث والبيان.

-الاختصاص الترابي: إنّ فروع المحكمة العقارية لا تعتبر محاكم مستقلة عن الأصل، بل إنّها فرع من الأصل وامتداد إلى المحكمة العقارية بتونس بحكم مبدأ المركزية الذي تقوم عليه هياكل المحكمة العقارية. وبالتالي يمكن مبدئياً أن يرفع الطّلب إلى المحكمة العقارية الأصلية، أي المحكمة العقارية بتونس مهما كان موقع العقار. وليس في ذلك خروج عن القاعدة بالنظر إلى جملة الاعتبارات التي يقوم عليها تنظيم المحكمة العقارية.

لكنّ انتشار الفروع بكامل البلاد التّونسيّة وانتصابها في كلّ ولاية تقريباً، شجّع المشرّع على اعتماد المبدأ المنصوص عليه بمجلة المرافعات المدنية والتّجارية وتحديدًا بالفصل 38، وهو أنّ المحكمة المختصة ترابياً هي المحكمة التي يوجد بها العقار، حيث جاء بالفصل 4 فقرة 2 من القانون عدد 34 لسنة 2001 أنّ المطلب يرفع " إلى مركز المحكمة العقارية الكائن بدائرته العقار." واختار المشرّع صياغة " المركز " وكان من الأحسن لو تبني مفهوم " فروع المحكمة العقارية." وتبقى هذه القاعدة فاعلة حتّى ولو كان المكلّف العام بنزاعات الدولة طرفاً في المطلب، خلافاً للقاعدة الواردة بالفصل 32 م.م.ت وهو أنّ الدّعوى ترفع إلى المحاكم المنتصبة بتونس إذا كانت الدولة طرفاً فيها، باعتبار أنّ القاعدة الواردة بقانون التّحيين في حقيقة الأمر استثناء للاستثناء. لكنّ هذه القاعدة لا تهمّ النظام العام، وبالإمكان نشر الطلب أمام المحكمة العقارية بتونس، التي لا تملك مبدئياً النّخلّى إلّا إذا أثّر الدّفع بعدم الاختصاص الترابي قبل الخوض في الأصل على معنى الفصل 18 م.م.ت. والمعلوم أنّ الدّفعات التي لا تهمّ إلّا المصلحة الخاصّة لا تتمسك بها المحكمة من تلقاء نفسها وما

على المستفيد إلا إثارة هذا الدّفع في الوقت المناسب. ومرة أخرى أقول كذلك إنّ هذه القاعدة لا تلزم المحكمة العقارية، وبالإمكان أن تتخلّى عن المطلب إذا ما نشر بالمحكمة الأصلية والحال أنّه كان من المطلوب أن يرفع أمام فرع معيّن، تنظيماً لنشاطها، وبالإمكان كذلك أن تستجلب المحكمة الأصلية أيّ مطلب، بصرف النظر عن الدّفعات الشخصية. كلّ ذلك تنفيذا لمبدأ المركزية ولطبيعة أبحاث هذه المحكمة التي تتميز بجملة من الاستقرارات التي قد تصل إلى حدّ التمسك بدفعات شخصية ليس لها علاقة بالنظام العام، وتبقى القواعد الإجرائية بالتّالي في آخر اهتماماتها.

ومن المفروض أن يقدّم المطلب إلى كتابة المحكمة العقارية التي يوجد بمقرّها العقار، ولا يمكن أن يقدّم إلى جهة أخرى. لكنّه من الجائز أن يصل المطلب عن طريق البريد تطبيقاً للقواعد العامة الواردة بالفصل 324 م.ح.ع. ولا يعتدّ بهذا المطلب مهما كانت الجهة التي تلقّته إلاّ إذا وصل إلى كتابة المحكمة العقارية بأية طريقة كانت. وكان يسمح إلى تاريخ قريب بتقديم الاعتراضات إلى حاكم النّاحية التي يحيلها إلى كتابة المحكمة.

-الاختصاص الحكمي: تبني المشرّع التّونسي منذ البداية إجراءات قضائية في التّسجيل وأنشأ هيكلًا مختصًا يتمثّل في المحكمة العقارية، على خلاف التّجارب الدولية الأخرى التي أخضعت أعمال التّسجيل لإجراءات إدارية أو لإجراءات مختلطة. وأسند إليها ولاية عامّة في اختصاصها الاستحقاق على معنى الفصل 331 سابق الذكر.

وبعد إقامة الرّسم العقاري بواسطة مدير الملكية العقارية تنفيذا لأحكام التّسجيل، من المفروض أن تنتهي ولاية المحكمة العقارية، ويطلب من مدير الملكية العقارية، الجهة الإدارية، إنهاء جميع العمليات التي لها علاقة بالسّجل العقاري، بما في ذلك أعمال التّرسيم والتّشطيب والتّعديل والحطّ من التّرسيم. ومن المفروض كذلك أن تتمّ جميع هذه الأعمال دون أن يضطرّ الطّالب إلى اللّجوء إلى أجهزة قضائية أو إدارية.

لكن إذا رفض حافظ الملكية العقارية إنهاء العمل المطلوب، أو كانت الرسوم سند المطلب لا تستجيب للشروط القانونية أو تعلّق بها إحدى صور البطلان أو الفسخ أو أنّ الطالب لم يحترم مبدأ تسلسل الملكية، إلى غير ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى جمود الرسم العقاري. فكيف يمكن إلزام مدير الملكية العقارية للاستجابة للطلب ؟ وكيف يمكن تجاوز مثل هذه الصعوبات ؟ وما هي الجهة التي يعود إليها حقّ النّظر حكماً في مطالب التّحيين.

مبدئياً يمكن أن يقال إنّ الجهة المختصة طبيعياً للإذن بإدراج ما يلزم هي المحاكم العادية، وفعلاً ذلك هو الحلّ المعتمد في الدّول التي تبنت تجربة السجلات العينية، حيث تتولّى محاكم الحقّ العام النّظر في جميع الدّعاوى التي لها علاقة بالسجلّ العقاري بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. ونجد حديثاً عن السّلطة القضائية بالتّجربة الألمانية وحديثاً عن اللّجنة القضائية بالقانون المصري لسنة 1964 المتعلّق بالسجلّ العيني، والأغلب أنّ السّلطة القضائية الابتدائية هي التي تتولّى معالجة طوارئ السجلّ العقاري في معظم التّجارب. لكنّ التجربة التّونسية بحكم انفرادها بجهاز خاص في المجال العقاري رأت أنّ الحلّ الأنسب هو الاعتماد على هذا الجهاز في إجراءات التّحيين.

هذا وقد بدأ الحديث عن تحيين الرسوم العقارية بالنسبة إلى المحكمة العقارية منذ سنة 1940، لكنّ السّلطات الفرنسية لم تكن تكثرث بمسألة التّحيين، بقدر ما تعنتي بتوفير الأرضيّة الملائمة لنقل الملكية العقارية إلى الفرنسيين بداية وتطهير الوضعيات السابقة بإلغاء جميع الأعمال القانونية التي لم تظهر في الوقت المناسب. لذلك لم نر قواعد لها علاقة بمسألة التّحيين خلال تلك المرحلة.

لكنّ المشرّع التّونسي أحسّ بعمق المسألة منذ سنة 1964، وأورد الفصل 16 من المرسوم عدد 4 لسنة 1964 المؤرّخ في 21 فيفري 1964 والمصادق عليه بالقانون عدد 6 لسنة 1964 المؤرّخ في 21 ماي 1964 المتعلّق بتنقيح القانون العقاري وإعادة تنظيم دفتر خانة الأملاك العقارية عدّة حلول إجرائية، واستوعبت مجلّة الحقوق العينية معظم أحكام هذا المرسوم، ولم تتبنّ مضمون الفصل 16، لكنّ هذا المرسوم لم يبلغ، وبقي بالتّالي مضمون الفصل 16 ساري

المفعول، ومثّل على امتداد سنوات طويلة السّند القانوني لدوائر الرّسوم المجمّدة، إلى أن تمّ إلغاؤه بموجب القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أبريل 1992.

كما أدخل المشرّع بعض الأحكام الجديدة بمناسبة دخول مجلّة الحقوق العينية حيّز التنفيذ، وأسند بعض الاختصاصات الإضافيّة إلى رئيس المحكمة العقاريّة. لكنّ التّغيير الهام والإصلاح الشّامل بدأ منذ سنة 1992 لينتهي مبدئيّا في حدود سنة 2001 بموجب القانون عدد 34 لسنة 2001 الخاص بتحيين الرّسوم العقاريّة. على أنّ المشرّع أجبر على التّدخل من جديد بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرّخ في 12 أوت 2009 لتنقيح القانون عدد 34 لسنة 2001 في اتّجاه تصويب بعض الأحكام الأساسيّة في إجراءات التّحيين.

ولم يخرج اختصاص التّحيين منذ قانون 2001 عن النّظر الفردي لرئيس المحكمة العقاريّة وقاضي السجلّ العقاري، والنّظر المجلسي للمحكمة العقاريّة، باستثناء تجربة لجان التّحيين الإداريّة التي لم تعمّر طويلا⁸³³.

+ اختصاص رئيس المحكمة العقاريّة: كانت التّجربة تهدف في بدايتها سنة 1965 إلى تمكين رئيس المحكمة العقاريّة من تجاوز جميع الصّعوبات التي تنشأ بعد إقامة الرّسوم العقاريّة، وعهد إليه بالاتّخاذ جميع الأذون تحقيقا لهذا الغرض. وفعلّا تمّ اعتماد هذه الأحكام بالفصل 315 بمناسبة تحرير مجلّة الحقوق العينية، وتمكين مدير المكيّة العقاريّة من اتّخاذ الوسائل أو الإجراءات اللازمة لتصحيح الوثائق المقدّمة للتّرسيم أو لتسهيل القيام بالعملية المطلوبة وله عند الاقتضاء الاستئذان في ذلك من طرف رئيس المحكمة العقاريّة، وهو ما نصّ عليه الفصل 379 م.ح.ع الذي تمّ اعتماد مضمونه الجديد بمناسبة دخول مجلّة الحقوق العينية حيّز التنفيذ سنة 1965، وتمكين رئيس المحكمة العقاريّة بالفصل 391 م.ح.ع بالنظر في مطالب الإصلاح في صورة إذا امتنع حافظ

القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أبريل 1992.

الملكيّة العقاريّة من تدارك السّهو أو إصلاح الغلط الذي تسرّب إلى الرّسوم الملكيّة، والإذن بتسليم وثائق معيّنة⁸³⁴.

وظلّت هذه الأحكام فاعلة إلى حدود سنة 1992 متى أثير النقاش حول مدى نجاعة هذه الإجراءات، ومال التّفكير يومها أكثر فأكثر إلى الإجراءات الإداريّة في التّحيين، وثارّت أصوات تنادي بتجاوز الإجراءات القضائيّة، ليس فقط بالنسبة إلى إجراءات التّحيين بل كذلك بالنسبة إلى إجراءات التّسجيل. وفعلا أنشئت لجان التّحيين والتّخليص من الجمود⁸³⁵. وسحبت الاختصاصات المبيّنة بالفصلين 315 و 391 م.ح.ع من رئيس المحكمة العقاريّة، وألغيت تماما أحكام الفصل 379 م.ح.ع بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992. وفي سنة 1995 ألغي تماما الفصل 315 م.ح.ع بموجب القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرّخ في 23 جانفي 1995. ولم تبق بالتّالي إلّا أحكام الفصل 391 م.ح.ع الذي شمله التّغيير سنة 1995 حيث أعيد الاختصاص إلى رئيس المحكمة العقاريّة. وإذا كان الاتجاه يرمي إجمالا إلى الحدّ من التّدخل الفردي لرئيس المحكمة العقاريّة، فقد جاء بقانون التّحيين عدد 34 لسنة 2001 ما يدعّم هذا الاختصاص وخاصّة ما يتعلّق بمضمون الفصل 11 منه، عندما يقدّم مطلب التّحيين من طرف حافظ الملكيّة العقاريّة، فيعود له سلطة التّقدير في إحالة المطلب إلى المحكمة المختصّة. لكنّ الاختصاص الهام في التّحيين أسنده المشرّع إلى المحكمة العقاريّة.

+ اختصاص المحكمة العقاريّة في التّحيين: تبقى الهيئة القضائيّة الجهاز المأهّل قانونا في عمليّة التّحيين، وقد أسند إليها المشرّع مهمّة التّحيين منذ 1992 بموجب الفصل 13 من القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أبريل 1992 المتعلّق بتحيين الرّسوم العقاريّة وتخليصها من الجمود، وهو نفس الاتجاه الذي نصّ عليه الفصل 16 من مرسوم 1964 سابق الذّكر، وهو نفس

⁸³⁴ والحقيقة أنّ الأحكام الجديدة التي جاء بها كلّ من الفصل 315 و 391 و 379 قد وردت بالمرسوم عدد 4 لسنة 1964 المؤرّخ في 21 فيفري 1964 والمتعلّق بإعادة هيكلة إدارة دفتر خانة، الرّائد الرّسمي عدد 10 بتاريخ 25 فيفري 1964، ص 244.

⁸³⁵ القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أبريل 1992.

المضمون الذي حافظ عليه الفصل الخامس من القانون عدد 34 لسنة 2001، بل إن جميع إجراءات التّحيين أصبحت قضائية، وهو التّوجّه العام الذي حتم التّخلي عن أعمال لجان التّحيين التي تمّ إنشاؤها بموجب القانون عدد 39 لسنة 1992 سابق الذّكر، وأحيلت جميع الملفات التي سبق أن تعهّدت بها إلى المحكمة العقارية التي أصبحت محور التّحيين، وقد أكّد القانون عدد 34 لسنة 2001 على الطبيعة القضائية لأعمال التّحيين. ووَزَع الاختصاص بين قاضي السّجل العقاري ودائرة الرّسوم المجمّدة.

مرجع النّظر الحكمي بالنسبة إلى قاضي السّجل العقاري: نصّ الفصل 7
من القانون عدد 34 لسنة 2001 على أنّ قاضي السّجل العقاري لا ينظر إلاّ: "في المطالب الرّامية إلى تصحيح الوثائق المقدّمة إلى التّرسيم وعلى الأخصّ تدارك كلّ سهو أو نقص أو غلط أو خلل أو عدم تطابق في البيانات أو التّتصيصات أو الإرشادات أو الإمضاءات الواجب تضمينها بالوثائق المذكورة. - وفي المطالب الرّامية إلى تحرير الفرائض على مقتضى البيانات الواردة بالرّسم العقاري. ويتّخذ في ذلك الوسائل والإجراءات لتسهيل القيام بالعملية المطلوبة."

ويختلف مفهوم تصحيح الوثائق régularisation عن مفهوم الإصلاح ومفهوم التّعديل. فالإصلاح يقصد به تدارك الأغلط المادية التي لاتخرج عن الغلط في الحساب والحالات المدنية والأرقام التي تسرّبت للأحكام أو الأمثلة الهندسية أو الرّسوم العقارية على معنى الفصلين 332 مكرّر و 391 م.ح.ع. ويقصد بالتّعديل modification إبقاء التّرسيم على حالته وإضافة تتصيصات جديدة على معنى ما ورد بالفصل 362 م.ح.ع. ويقصد بالتّصحيح تدارك النّقائص لجعل الكتاب مطابقة لما يقتضيه القانون، أي أنّ الكتب تضمّن تتصيصات مغلوطة أو غير مطابقة للحقيقة أو أنّه سهى عن ذكرها أصلاً. وقد أشار المشرّع إلى معظم الحالات والصّور التي تطلب التّصحيح، من ذلك السّهو والنقص والغلط والخلل وعدم التّطابق. ولا يتعلّق التّصحيح بالرّسوم العقارية أو الأحكام أو الأمثلة الهندسية، بل يشمل الوثائق ومستندات المطلب.

وقد سبق للمشرع التونسي بداية أن أسند مسألة التصحيح إلى حافظ الملكية العقارية، ونصّ الفصل 379 م.ح.ع منذ دخول المجلة حيّز التنفيذ على أنّه " إن لم يقع العمل بأحكام هذه المجلة فإنّ لمدير الملكية العقارية أن يتّخذ الوسائل أو الإجراءات اللازمة لتصحيح الوثائق المقدّمة للتّسجيل أو لتسهيل القيام بالعملية المطلوبة وله عند الاقتضاء الاستئذان في ذلك من طرف رئيس المحكمة العقارية "، لكنّ القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرّخ في 4 ماي 1992 ألغى الفصل 379 م.ح.ع، وأسند القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أفريل 1992 مهمّة تصحيح الوثائق إلى لجان تحيين الرّسوم العقارية المحدثة بموجب هذا القانون. ومع إلغاء لجان التّحيين بموجب القانون عدد 34 لسنة 2001 أسندت مهمّة تصحيح الوثائق إلى قاضي السّجلّ العقاري.

وعادة ما تتضمّن الرّسوم العقارية على منابات المستحقّين، باعتبار أنّ حكم التّسجيل المقام على أساسه الرّسم العقاري ينصّ إجمالاً على مناب كلّ طرف. لكنّ وفاة المستحقّين الأوّلين وترسيم حجج الوفايات، الواحدة تلو الأخرى، وإحجام المعنيين عن إضافة فريضة قانونيّة، يجعل من مسألة ضبط المنابات أمراً مطلوباً. علاوة على أنّ بعض الأحكام العقارية القديمة لم تحترم مسألة تحرير الفريضة بداية. لذلك مكّن المشرّع الأطراف من طلب تحرير الفريضة، وأسند هذا الاختصاص إلى قاضي السّجلّ العقاري. وتختلف هذه الصّورة عن صورة ضبط المنابات الاستحقاقية الواردة بالباب المتعلّق بتحديد مرجع النّظر الحكمي لدائرة الرّسوم المجمّدة، حسب المعنى الذي سيأتي.

مرجع النّظر الحكمي بالنسبة إلى دائرة الرّسوم المجمّدة: نصّ الفصل السادس من القانون عدد 34 لسنة 2001 على أنّ " دائرة الرّسوم المجمّدة تنتظر بقصد إجراء التّخليصات اللازمة للرّسوم العقارية، في المطالب الرّامية إلى الحصول على ترسيم أو تنصيب أو تشطيب على ترسيم أو إبطال تشطيب أو تعديل ترسيم أو حطّ من ترسيم أو إصلاح ترسيم أو ضبط المنابات الاستحقاقية. وتنتظر أيضاً في طلبات التّخصيص بقطعة أو قطع يتمّ استخراجها من الرّسم

العقاري. وفي طلبات الاعتراف بحق المغارسي أو قسمة الأرض المغروسة.⁸³⁶
وفي الطلبات الناشئة عن حل الأحباس بشرط أن لا يكون موضوع التصفية محل
نظر في تاريخ تقديم المطلب أمام المحكمة المختصة أو اللجنة الجهوية لتصفية
الأحباس الخاصة والمشاركة. وإذا كانت مفاهيم الترسيم⁸³⁷ والتتصيص⁸³⁸
والتشطيب على ترسيم⁸³⁹ وإبطال التشطيب⁸⁴⁰ وتعديل الترسيم⁸⁴¹ والخط من

⁸³⁶ أحمد الرحموني: الطلبات المتعلقة بالتخصيص وحق المغارسة، القضاء والتشريع، فيفري 2003، ص 55 وما بعد.

⁸³⁷ -الترسيم: وهو أهم المؤسسات التي أوردها القانون العقاري، ويقصد بها إجمالاً إدراج الحق بالسجلات العقارية والمقصود من مفهوم الترسيم الوارد بالفصل السادس من القانون عدد 34 لسنة 2001 هو الترسيم الإداري اللاحق الذي له مفعول نسبي. وقد حدد الفصل 373 م.ح.ع مجال تطبيق هذا الترسيم وبين الحقوق التي يجب ترسيمها ليتكون الحق طبق صياغته الجديدة. وبالتالي يقصد بالترسيم تلك العملية القانونية التي يراد بها إدراج الحق العيني وبعض من الحقوق الشخصية المحددة على وجه الحصر، والمضمنة بصكوك إدارية أو بصكوك اتفاقية أو بصكوك قضائية. ويجب التمييز بين مؤسسة الترسيم على معنى الفصل 373 م.ح.ع، ومؤسسة القيود الاحتياطية على معنى الفصول 365 -إلى- 372 م.ح.ع. ويجب كذلك تمييز مؤسسة الترسيم بوصفها مؤسسة مستقلة عن المؤسسات القريبة منها مثل الهوامش التي تدرج بالسجل العقاري أي العمليات التي لم ترسم بصفة نهائية، والتتصيصات التي يحتويها الرسم المراد ترسيمه تعريفًا بصاحبه على معنى الفصل 377 م.ح.ع، والاعتراضات التحفظية على معنى الفصول 322 و 327 و 328 م.م.ت، وغيرها من المؤسسات القريبة. وقد بينت مجلة الحقوق العينية الإجراءات المتعلقة بمطلب الترسيم بالفصل 392، فيعتمد الطالب إلى تقديم مطلبه إلى الإدارة المختصة مع إضافة جملة الوثائق المطلوبة قانوناً. وقد تعرضنا لجميع هذه الإجراءات في بابها.

⁸³⁸ -التتصيص: هو إجراء يقصد به الإشارة بالرسم العقاري إلى مضمون معين ومحدد سلفاً بموجب القانون، ولا يأتيه حافظ الملكية العقارية إلا في الصور التي نص عليها المشرع. وليس له علاقة بالحق العيني ذاته، بل يمثل التنظيم الأساسي للسجل العقاري، مثل التتصيص بالسجل العقاري على خضوع الرسم لمبدأ المفعول المنشئ على معنى الفصل 23 من القانون عدد 34 لسنة 2001 و التتصيص بالسجل العقاري على مضمون مطلب التحين في الآجال المحددة بالفصل 12 من القانون عدد 34 لسنة 2000، وكذلك التتصيصات المتعلقة بهوية الأطراف وعناوينهم وجنسياتهم وحرقتهم وشكل الشركات ومقرها الاجتماعي وهوية ممثليها القانوني وعدد الترسيم بالسجل العقاري واسم العقار ومساحته ومعرف الرسم العقاري إلى غير ذلك من التتصيصات الواردة بالفصل 377 م.ح.ع خاصة بعد التنقيح المعتمد بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرخ في 17 أبريل 2001. ويشمل التتصيص على معنى الفصل السادس من القانون عدد 34 لسنة 2001 التتصيصات التي لها علاقة بمسألة التحين وجمود الرسم، لا أكثر ولا أقل. ويختلف التتصيص نهاية عن الهوامش والترسيم والقيود الاحتياطية والاعتراضات التحفظية والعقل.

⁸³⁹ -التشطيب على الترسيم: يفترض أن يكون الحق مرسماً ويتخذ القرار في اتجاه التشطيب. وبينت الفصول 386 م.ح.ع وما بعد طريقة التشطيب والإجراءات المتعلقة بذلك، أي أن يتولى المعني مطالبة حافظ الملكية العقارية باتمام الإجراء المذكور، مع الاحتجاج بالوثائق المطلوبة بطبيعة الحال. وعوضاً أن ترفع الدعوى إلى محاكم الحق العام، حول التشريع الجديد المحكمة العقارية النظر في الطلبات الرامية إلى التشطيب طبق المعنى الذي سبق شرحه.

⁸⁴⁰ -إبطال تشطيب: وتفترض الصورة أن يتولى حافظ الملكية العقارية التشطيب على ترسيم معين، والمعلوم تطبيقاً للمبدأ الحفظي للترسيمات أن يحفظ الترسيم موضوعه ما لم يقع إبطاله أو التشطيب عليه أو تعديله. وبالتالي لا يجوز لحافظ الملكية العقارية مباشرة عملية التشطيب إلا إذا كانت هناك مستندات ومبررات قانونية، كأن تكون عملية التشطيب مستندة إلى حكم أحرز على قوة ما اتصل به القضاء أو إلى

التّرسيم⁸⁴² وإصلاح ترسيم⁸⁴³ مفاهيم قديمة سبق الوقوف على مضامينها، فإنّ مشرّع التّحيين أتى بمفاهيم حديثة لأول مرّة في ضبط المنابات وطلبات التّخصيص والمغارسة والأحباس.

ويقصد بضبط المنابات الاستحقاقية أن تحدّد المنابات الرّاجعة للمستحقّين أمام تعدّد البيوعات واشتراك عدّة أشخاص في توزيع منابات معيّنة لأحد المالكين بالرّسم. وتتوفّر هذه الصّورة إذا فوّت أحد المستحقّين لمنابات مشاعة في هذه الأجزاء إلى عدّة أطراف. وقد يكون المطلوب كذلك إرجاع المساحة المحدّدة بالرّسوم إلى منابات مشاعة بالنّظر إلى القاسم المشترك المعتمد بالرّسم. وتعتبر هذه الصّورة من الإحداثيات التي جاء بها القانون عدد 34 لسنة 2001 سابق الذّكر. وإن كان من الممكن أن ترد هذه الطّلبات بمناسبة النّظر في قضية التّشطيب.

اتّفاق بين جميع الأطراف. وإتيان العمليّة خلافا لهذه الصّوابط يمكن كلّ ذي مصلحة من طلب إبطال التّشطيب، فهو طلب التّشطيب على التّشطيب.

⁸⁴¹ -تعديل ترسيم: وهي عمليّة تهدف إلى تغيير البيانات المرسّمة. وبورد شرّاح القانون عادة أحكام الفصل 362 م.ح.ع، لتوضيح معنى التّعديل، حيث نصّ هذا الفصل على أنّ رسم الملكيّة المحرّر باسم المحجور للصغر أو لغيره من الأسباب يبيّن به سنّ الصّغير وسبب التّحجير. وللمحجور عليه أن يطلب تعديل رسمه بعد رفع السّبب. معنى ذلك أن يبقى الحق على أصله مع تغيير الشّكل، وذلك بالتّخصيص على أنّ المالك أصبح كامل الأهليّة.

وينصّ حافظ الملكيّة على هذا التّغيير بالرّسم العقّاري على التّعاقب، ويدرج اسم المعنى بالأمر والتنصيصات المتعلّقة به على معنى الفصل 398 م.ح.ع جديد (تمّ تنقيح الفصل 398 م.ح.ع أخيرا بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001. وهو التّنقيح الذي اعتمد مفهوم التّرسيم على التّعاقب)، وتاريخ القيام بالعمليّة "الفصل 399 م.ح.ع"، مثله مثل بقية العمليّات الأخرى المطلوبة أي التّرسيم والتّشطيب والخطّ من التّرسيم. والمبدأ في ذلك أن يحقّ لكلّ شخص أن يطلب من إدارة الملكيّة العقّارية مع تقديمه للوثائق التي توجب مجلّة الحقوق العينية تقديمها ترسيم حقّ عينيّ أو تشطيب ترسيم أو الخطّ منه أو تعديله.

⁸⁴² -خطّ من ترسيم: وهي عمليّة يراد منها النّزول بموضوع التّرسيم إلى مستوى معيّن دون الغائه، فهو إلغاء جزئيّ. ويحصل الخطّ من التّرسيم طبق نفس الإجراءات المتعلّقة بالتّشطيب بصفة مباشرة أو غير مباشرة كما سبق الإشارة إلى ذلك في بابه. وبطال به المعنى أمام حافظ الملكيّة العقّارية طبق نفس الإجراءات المتعلّقة بالتّرسيم والتّشطيب (الفصل 373 م.ح.ع).

⁸⁴³ -إصلاح ترسيم: لا يخرج مفهوم الإصلاح عن عنصرين، فإما أن يكون إصلاحا للأخطاء الماديّة أو إصلاحا للأخطاء الجوهرية. فإما الأخطاء الماديّة فقد حدّد لها الفصل 391 م.ح.ع نظاما معيّن، أي أن يتولّى حافظ الملكيّة العقّارية تدارك هذه الأخطاء ولو من تلقاء نفسه، فإذا امتنع عن ذلك، فإنّه يمكن لرئيس المحكمة العقّارية إذا طلب منه ذلك، أن يأذن بالإصلاح على نحو ما تقدّم. وبالتالي لا أظنّ أنّ المشرّع قصد هذه الصّورة، لكنّه لا شيء يمنع من المطالبة بهذا الإصلاح إذا كان في إطار جملة من الطّلبات. ولعلّ المشرّع قصد جملة الأخطاء الجوهرية، أي التّرسيمات التي يأتيها حافظ الملكيّة العقّارية خطأ، كان تدرج بعض الصّكوك، ولو بإذن المحكمة، والحال أنّ البائع لم يبق له بالرّسم آية منابات.

وتعتبر صورة التّخصيص بقطعة أو بقطع من الصّور الخاصّة بعمل المحكمة العقاريّة في إطار معالجة مطالب التّسجيل على وجه التّحديد. وكثيرا ما ترد مثل هذه الطّلبات خلال نشر مطالب التّحيين، وهو أن يتولّى أحد المستحقين على الشّيع بالرّسم العقاري التّقويت بالبيع في مساحة مفرزة معيّنة من الرّسم العقاري دون أن تقع المقاسمة بين الشّركاء، ويباشر المشتري حيازته العاديّة لهذا الجزء وربّما ينشئ به عدّة إنجازات وإحداثيات، وهو لا يعلم أن الأعمال التي يأتيها تخالف مقتضيات نظام العقارات المسجّلة والمبادئ العامّة في الملكية المشتركة. فأراد المشرّع بمناسبة تحريره لمبادئ القانون عدد 34 لسنة 2001 أن يجد حلاً لمثل هذه الوضعيّات، وهي كثيرة من حيث الواقع.

ومن المفروض مبدئيّا أن لا تذهب دائرة التّحيين في عمليّة التّخصيص إلّا إذا صادق كافة المشتركين على هذا التّخصيص، باعتبار غياب المقاسمة القانونيّة، على غرار الأعمال التي تأتيها المحكمة العقاريّة في إطار أعمال التّسجيل. وإذا لم يصادق الشّركاء على هذا التّخصيص، فلا يمكن للمشتري أن يدّعي الملكية في هذا الجزء المفرز إلّا في حدود مناب من فوّت له بالبيع. لكنّ الأمر قد لا يتوقّف عند هذا الحدّ، ومن الممكن أن يذهب الاعتقاد إلى أنّ دائرة التّحيين بإمكانها المبادرة بإنهاء حالة الشّيع حكما والقضاء بقسمة المشترك وتخصيص كلّ مستحقّ بجهة معيّنة، وإلزام الجميع بنتيجة هذه الأعمال، والإذن نهاية بإعداد أمثلة نقل الملكية والتّرسيم على النّحو الذي انتهت إليه أعمال المحكمة. وإنّي أرى أنّه لا يمكن الأخذ بهذا الاتجاه الأخير إلّا إذا صادق كافة المشتركين بحكم وجود مقاسمات فعليّة، وإذا انعدم الاتّفاق بينهم فلا يمكن لمحكمة التّحيين أن تلزم الشّركاء بمشروع معيّن، وقد تحدّث المشرّع عن عمليّة تخصيص ولم يتحدّث عن مشروع مقاسمة، والأولى أن ينصّ على ذلك صراحة لو قصد هذا المفهوم.

ويشمل التّخصيص كذلك الطّلبات الرّامية إلى استخراج جزء مفرز من الرّسم العقاري إعمالا لإحالات مفرزة سبق ترسيمها على الشّيع، حيث تعودت إدارة الملكية العقاريّة وأمام صعوبة إضافة الأمثلة الهندسيّة قبول التّرسيم على

الشيء وإن كانت الكتائب تتعلّق بأجزاء مفرزة. ولم يكن من الممكن الخروج من حالة الشّيع إلاّ بإجراء المقاسمة القضائية أو الرضائية، وتمثّل صورة التّخصيص بقطعة حلّاً إضافيّاً للخروج من هذه الحالة السيّئة إذا استجاب الطّالب إلى ما تتطلبه عملية إعداد الأمثلة الهندسيّة من مصاريف.

ولم تكن المحكمة العقاريّة مختصّة بالنّظر في تقدير مدى عمل المغارسي وانهاؤه للأشغال المتّفق عليها بعقد المغارسة وقسمة المغارسة، بل إنّ عملها كان ينحصر خلال مرحلة التّسجيل بالإذن بتقييد عقد المغارسة قيّدا احتياطيّاً لا أكثر ولا أقلّ. لكنّ الواقع بيّن أنّ المحكمة تعتمد في أكثر من صورة على رضا الطرفين لتميّز كلّ طرف بجهة معيّنة. ومسايرة لهذا التّوجّه مكّن المشرّع المحكمة بمناسبة تحيين الرّسم من النّظر في طلبات الاعتراف بحقّ المغارسي وكذلك قسمة الأرض المغروسة. وهو اختصاص جديد يمكّن المحكمة من الوقوف على عنصر الإطعام بداية والقسمة نهاية، ولو لم يتّفق الطّرفان، وهذا هو الجديد في الموضوع.

ولا تطرح الأحباس العامّة إشكالا باعتبار أنّها رجعت إلى ملك الدّولة الخاص بموجب أمر 31 ماي 1956، لكنّ الإشكال بقي مطروحا بالنسبة إلى الأحباس الخاصّة والمشاركة، فرغم حلّها منذ 1957 بموجب أمر 18 جويلية 1957 فإنّ الطّلبات العالقة بالتّصفية لم تحسم بعد، خاصّة منها ما يتعلّق بمال النّازلين بهذه العقّارات، وتزداد المسألة تعقيدا بالنسبة إلى الأحباس المرسّمة بالرّسوم العقاريّة. والأغلب أن تكون هذه الرّسوم مجمّدة. لذلك ارتأى المشرّع بمناسبة إخراجهِ لأحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 أن يسند النّظر في الطّلبات النّاشئة عن حلّ هذه الأحباس إلى دائرة الرّسوم المجمّدة بشرط أن لا يكون موضوع التّصفية محلّ نظر في تاريخ تقديم المطلب أمام المحكمة المختصّة أو اللّجنة الجهويّة لتصفية الأحباس الخاصّة والمشاركة. وربّما كان مفهوم " الطّلبات النّاشئة عن حلّ الأحباس " من أكثر المفاهيم تعقيدا وغموضا، فما هو مفهوم " الطّلبات النّاشئة عن حلّ الأحباس " ؟

يذكر بداية أن ملكية العقار بعد حلّ الحبس تعود إلى المالكين المحدّدين بالفصل الثّاني من أمر 18 جويلية 1957 حسبما وقع تنقيحه بموجب القانون عدد 24 لسنة 2000 المؤرّخ في 22 فيفري 2000 مع مراعاة الأطراف المعترف لهم بحقّ النّزول بموجب الأمرين 1926 و1935 الذين يحقّ لهم التّمسك بالملكية الكاملة والأطراف النازلين بالعقار الذين يحقّ لهم التّمسك بحقّ الكردار. وبموجب التّنتيخ الأخير يمكن للجنة تصفية الأحباس أن تمضي اتّفاق المقاسمة أو أن تحيل النّزاع إلى المحكمة الابتدائية مع بعض الاقتراحات الجانبية⁸⁴⁴. وبالتالي من الممكن أن تنتظر المحكمة العقارية بمناسبة تعهدها بمطلب التّحيين المتعلّق بحبس في تحديد المالكين وضبط مناباتهم والاعتراف بحقّ الملكية للمعترف لهم بحقّ النّزول أو بحقّ الكردار للنازلين وتوظيف الرّهون العقارية. لأنّها تدخل في إطار التّحيين.

والحقيقة أنّ ذلك ليس بجديد في مجمله، ونجد له أساسا بالأمر المؤرّخ في 1 جويلية 1935 المتعلّق بتنظيم حقوق النّزول بأراضي الأحباس، حيث نصّ الفصل الثّامن منه على أنّه " في نوازل التّسجيل التي يقوم بها وقف من الأوقاف يجب على مدّعي حقّ النّزول المبيّن بالفصل 2 أعلاه الذين كانوا قاموا بدعوى النّزول، إثبات حقوقهم في الآجال وحسب الشّروط المقرّرة بالقانون العقاري وإلاّ تسقط حقوقهم، وعند الحكم في مطالب التّسجيل التي يقدّمها وقف من الأوقاف يراعي المجلس المختلط فيما يخصّ مدّعي النّزول الذين أعلنوا بمطالبهم الحقّ في التّتبّع بتراتب أمرنا هذا." وربّما الحديث في القانون عدد 34 لسنة 2001 أنّ

⁸⁴⁴ وهي لا تخرج عن الأفكار التالية، التي تلخّص جميع الطّلبات التي قد تنشأ عن حلّ الحبس:
- قسمة الموقوفات على وجه معيّن أو بيعها جزئيا أو كليّا.
- منح حقّ الملكية بالمساحات الممنوحة على وجه الإنزال حسب الأمرين المؤرّخين في 17 جويلية 1926 و 2 جويلية 1935.

- منح النّزلاء بالعقارات الفلاحية حقّ ملكية المساحات التي يشغلونها على وجه الكردار بدون إشهار حفظا لحقوقهم المكتسبة. والمقصود بالنّزلاء على معنى الفصل 19 جديد هم جميع الفلاحين المنتمين لعائلة تونسية مستقرّة عادة بعقار فلاحية محبّس.
- توظيف رهن على العقار موضوع النّظر لخلاص المصاريف التي تستوجبها أعمال اللّجنة والتي تسبق من ميزانية الدولة.
- تعيين مصفّ عند الاقتضاء على معنى أحكام القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرّخ في 11 نوفمبر

1997.

المحكمة العقارية ستحل محل اللجان الأفقية ولجان تصفية الأحباس في الاعتراف بحق التزول وبحق الملكية الكامل لمن اعترف لهم بحق التزول سابقا. لكن المحكمة العقارية سوف لن تنظر في مسألة تعيين المصفي، وسوف لن تأذن ببيع العقار، لأن ذلك يخرج عن إطار التحيين. وتبقى مسألة قسمة المشترك، خارج أي إطار اتفاقي، من المسائل المثيرة للجدل. حيث بالإمكان تبني اتفاق المشتركين على قسمة المشترك والإذن تبعا لذلك بإقامة أمثلة نقل الملكية، لكن المقاسمة الحكمية تقتضي تكليف الخبير المناسب لإعداد مشروع القسمة. وقد يبدو ذلك مبدئيا متجاوزا لإطار التحيين، لكنه مسلك مطلوب واتجاه مفروض في بعض الصور الأخرى لإنهاء عملية التحيين، ومن هذه الناحية كان بالإمكان فرض المقاسمة في اتجاه معين لتحيين الرسم، وإن كانت المسألة لا تخلو من جدل.

+ إشكاليات الاختصاص الحكمي: فإذا كان من الممكن إقصاء مرجع نظر المحكمة الإدارية وضمان عدم تدخلها بقضايا السجل رغم طبيعة القرارات التي يتخذها مدير الملكية العقارية، فإن محاكم الحق العام تبقى الأساس في التعهد بقضايا السجل العيني، فهي الجهة الطبيعية في الاختصاص، بالرغم من ذلك الخبر المعلن في اختصاص المحكمة العقارية المطلق بقضايا التحيين. وقد تتعدد الصور التي تمكن المحاكم العدلية من التدخل في السجل العقاري، لكننا سوف لا نشير إلا إلى الدعاوى التي لها علاقة بمسألة التحيين وباختصاص المحكمة العقارية، وقد يكون هذا التدخل على المستوى المدني أو الجزائي، مباشرا أو غير مباشر. وأرى أن هذا الاختصاص يبقى موزعا بين المحكمة الابتدائية ورئيس المحكمة الابتدائية وقاضي الناحية، ولاشك أن تلك الصورة ستكون سببا في تنازع الاختصاص بين محاكم الحق العام والمحكمة العقارية.

اختصاص المحكمة الابتدائية: من الممكن أن تتدخل المحكمة الابتدائية بالسجل العقاري سواء مباشرة أو بطريقة غير مباشرة. ويذكر أن التدخل المباشر يقتضي مقاضاة أصل قرار مدير الملكية العقارية، وهي قضية غير مقدرة تبقى من اختصاص المحكمة الابتدائية المطلق. في حين أن التدخل غير المباشر

يقتضي مقاضاة سند القرار، فتهدف الدّعى المدنية إلى إلغاء الكتاب بداية والتّشطيب نهاية إذا تجاوز قيمة الكتب اختصاص قاضي النّاحية. وينضاف إلى ذلك عدّة حالات متى يمكن للقضاء العادي أن يتدخّل بضوابط السّجلّ العيني ولعلّ من أهمّها ما يعرف بالكتائب التّكميلية، أي أن يوجّه طلب التّرسيم بمناسبة رفع قضية في طلب إلزام المطلوب بتحرير الكتائب التّكميلية المطلوبة من طرف إدارة الملكيّة العقارية، فتلزّمه المحكمة عند الاقتضاء بضرورة إتمامها على النّحو المطلوب، وإلاّ قام الحكم مقامها، وتأذن في نفس الوقت بالتّرسيم⁸⁴⁵. وتكون المحكمة الابتدائية التي بها مقر المطلوب صاحبة الاختصاص في ذلك على معنى الفصل 30 م.م.ت، إذا تجاوزت قيمة العقد حدود مرجع نظر قاضي النّاحية.

ولربّما كانت هذه الدّعى مبدئيّا من الأمور المطلوبة لغاية تسهيل التّرسيم، " ذلك أنّ المشرّع ولئن حمّل محرّر العقد واجب السعي للحصول على ترسيم فإنّه لم يعف الأطراف من الالتزام بتيسيره وإمضاء وتسليم الوثائق اللازمة للحصول عليه.⁸⁴⁶ حيث إنّ المشرّع التّونسي ضبط طريقة تحرير العقود الخاصّة بالعقارات المسجّلة بالفصول 377 و 377 مكرّر 377 ثالثا م.ح.ع، وأولى هذا الجانب أهميّة بالغة منذ سنة 1992 باعتباره أحد الأسباب التي أدّت إلى جمود الرّسوم العقارية⁸⁴⁷. ولم ينته بعد من إدخال التّقيح وراء التّقيح لمعالجة مسألة تحرير الكتائب وجعلها متطورة مع مقتضيات الإصلاح العقاري. وقد حدّد البيانات التي يجب أن تتضمنها الكتائب المقدّمة للتّرسيم، وأسند مهمّة تحرير هذه الصّكوك إلى أعوان إدارة الملكيّة العقارية، والعدول والمحامين، وكلّ كتب لم يحزّر من طرف

⁸⁴⁵ وإن كان الإذن بالتّرسيم ليس من مهام المحكمة إذ أن الحكم بدوره يبقى خاضعا لمبدأ الشرعية ويعود التّرسيم لنظر مدير الملكيّة العقارية يتولاه إذا ثبتت شروطه وليس من مهام المحكمة الإذن بالتّرسيم، على خلاف التّشطيب الذي يجب الحكم به إذا ثبت البطلان أو الإبطال أو الفسخ أو الانقضاء أو سوء النية.

⁸⁴⁶ محمّد كمال شرف الدّين، مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم في قوانين 4 ماي 1992، المرجع السّابق، ص 129.

⁸⁴⁷ الحبيب الشّطي، تحرير الصّكوك وجمود الرّسوم العقارية، دراسات في القانون العقاري، المجموعة الأولى، المرجع السّابق، ص 139. وكذلك الجديد في تحرير الصّكوك، القضاء والتّشريع، جوان 2002، ص 183.

المذكورين يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، باستثناء بعض الكتابات⁸⁴⁸. وحدّد واجبات محرّر الكتب والمسؤوليّة التي تتجرّ عن ذلك. بل انتهى الإصلاح بموجب القانون عدد 35 لسنة 2001 المؤرّخ في 17 أفريل 2001 إلى اعتماد نموذج في التّحرير سيضبط بأمر، ورغمما عن ذلك من الممكن أن تتسرّب بعض الأخطاء أو الإخلالات، ومن الوارد أن يبقى الكتب دون إمضاء وإن حرّر من طرف محامي، ومن الوارد كذلك أن يضرب المعاهد عن تسليم بعض البيانات الهامّة أو الوثائق الضّروريّة، أو أن يرفض الإمضاء على الكتابات التكميليّة والتّوضيحيّة.

والمعلوم أنّ المشرّع لا يوجب كتابة الحجّة الرّسميّة بالنسبة إلى جميع الكتابات التي يمكن ترسيمها، حيث لم تتوقّف النقاشات في خصوص أحكام الفصل 581 م.ح.ع المتعلّق بالبيع وكذلك الفصل 719 م.ا.ع بالنسبة إلى عقد المعاوضة، ونصّ الفصل 1466 م.ا.ع على أنّ الصّح إذا شمل حقوقا عقاريّة يكون بالكتابة، والمقاسمة لا تثبت إلّا بكتب على معنى الفصل 116 م.ح.ع، ولا تثبت حقوق الارتفاق التي يحدثها الإنسان إلّا بكتب على معنى الفصل 180 م.ح.ع، ولا يصحّ الرّهن العقاري إلّا بكتب عملا بأحكام الفصل 275 م.ح.ع، ولا تثبت الوصيّة إلّا بالحجّة الرّسميّة أو بكتب محرّر وممضى من الموصي على معنى الفصل 176 م.أ.ش، ويحرّر حجة رسميّة في الهبة على معنى الفصل 204 م.أ.ش. وبالتالي لا تخضع جميع المحرّرات للشكليات الرّسميّة، ومن الجائز أن يتسرّب إليها بعض النقص، أو أن يرفض المتعاقد تحرير الكتابات الضّروريّة لغاية إصلاحها أو حتّى الاعتراف بها.

كلّ هذه المسائل تجبر المتضرّر على التماس طريق القضاء سعيا لإجبار الطّرف الآخر على تلبية هذه الطّلبات قضاء. خاصّة وأنّ الرّسوم الخاضعة للمفعول المنشئ لا تعود بالنّظر إلى هياكل التّحيين بالمحكمة العقاريّة. كلّ ذلك من الأمور الجائزة، ولا أظنّ أنّ الفقه أو القضاء سوف يعارض في ذلك.

ولكن هل يجوز، على غرار التجربة المغربية أو السورية أو اللبنانية أو المصرية فيما يتعلق بدعوى صحة التعاقد وصحة الإمضاء، أن ينفذ التزام الضمان بنقل الملكية عينا، أي أن يقوم الحكم مقام العقد عند الاقتضاء؟

وجوابا على ذلك نقول إن فرض طريقة معينة في التحرير بواسطة المحامين أو العدول أو أعوان إدارة الملكية العقارية، يوقع الكتاب غير المحررة طبق هذه الطريقة في حكم الكتاب الباطلة بطلانا مطلقا بصريح نص الفصل 377 مكرر. وهو شرط شكلي يهتم النظام العام، لا يقوم الكتب بدونه ولا يستقيم ولو مع اعتراف المعنيين، وإن أمكن إعادة كتابته. والباطل بطلانا مطلقا لا يحتمل التصديق وتثيرة المحكمة من تلقاء نفسها ويمكن التمسك به أول مرة أمام محكمة التعقيب طبق المبادئ العامة⁸⁴⁹. وبالتالي لا يتصور أن تلزم المحكمة المتعاقد بالتسجيل العيني والحالة تلك. وما على الطرف المتضرر إلا ادعاء التعويض وجبر الأضرار.

لكن البطلان لا يتعدى صورة الفصل 377 مكرر، وهي صورة قصدها المشرع صراحة، ليشمل التنصيصات الأخرى المبينة بالفصل 377 الذي أشار إلى البيانات الخاصة بالأطراف وبموضوع التسجيل و 377 ثالثا الذي أشار إلى مسؤولية المحرر وواجب الاطلاع على الرسم. حيث إن المشرع لم يشملها بجزء البطلان، بل مكن من تصحيحها في أكثر من صورة⁸⁵⁰. وبالتالي فهي غير مشمولة بجزء البطلان المطلق، ولو أراد المشرع ذلك لقصدها صراحة كما نص على الصورة الأولى. وعليه فالنقص الذي يعود إلى علة في البيانات أو في الوثائق المصاحبة يقبل التصحيح ومن الجائز الحكم فيه بصحة التعاقد، وإلزام المتعاقد بإنهاء أعمال معينة لغاية رفع النقص في أجل معقول، وإلا قام الحكم

849 يراجع الفصول 325 م.أ.ع وما بعد.

850 أوجب المشرع هذه التنصيصات منذ سنة 1992 بموجب القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح مجلة الحقوق العينية، ومع ذلك تبقى الرسوم المحررة بعد هذا التاريخ أي في ظل هذا القانون خاضعة لإجراءات التحيين إذا كانت الرسوم العقارية المتعلقة بها أقيمت قبل 1998 ولم يقع تحيينها. ويختص قاضي السجل العقاري بالنظر في تصحيح جملة هذه الرسوم.

مقام الكتب. ويجوز في هذه الحالات أن يدفع المطلوب بعدم صحة الكتب لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضاء أو لانتفاء الموضوع والسبب.

وربما يعترض على هذا الرأي بعلّة أنّ الفصول 377 و377مكرر و377 ثالثا و394 م.ح.ع تفرض بيانات معيّنة وإجراءات خاصّة للحصول على ترسيم، بما في ذلك تسجيل الكتب وإيداع الوثائق لدى قابض المالية لإحالتها نهاية إلى إدارة الملكية العقارية بعد توظيف المعاليم القانونية، إلى غير ذلك من الإجراءات. وقد لا يصمد هذا الرأي باعتبار أنّ الكتاب في معظم الصور تكون قد خضعت لإجراءات التسجيل بالقباضة المالية، ورفضت من طرف إدارة الملكية العقارية لأسباب تضبطها الإدارة، وكان من الممكن الطعن في هذا القرار أمام المحكمة العقارية بناء على أحكام الفصل 388 م.ح.ع، لكنّه ليس المسلك الوحيد بحكم عدم فرض ولاية المحكمة العقارية في هذا الجانب. وبالتالي من الجائز أن تلزم المحكمة المطلوب برفع النقص وتحريّر كتب ثاني يتضمّن جملة البيانات، وإلاّ قام الحكم مقام الكتب، فيسهل على الطالب إيداع المطلب من جديد طبق الإجراءات القانونية وليس في ذلك حرج. وعلى المحكمة أن ترفض الطلب كلّما ثبت انتقال الحقّ العيني إلى الغير حسن النية، كما أنّ الطالب بإمكانه تقييد دعواه قيّدا احتياطيّا، حتّى لا يعارض بالتّرسيمات اللاحقة. وقد تساءل رجال القانون عن مآل هذه الأحكام إذا صدر الحكم بإلزام المتعاقد بتحريّر العقد على النحو المطلوب أو بصحّة التّعاقد والإمضاء، وقام طرف آخر بتسجيل عملية جديدة قبل ترسيم منطوق الحكم. فهل يؤخذ بالحكم أم بالتّسجيل في مثل هذه الحالات ؟

لقد استقرّ فقه القضاء في مثل هذه الحالات على رفض الطلّبات إذا تبيّن من عريضة الدّعى أنّ طرفا آخر أمكن له إدراج كتائبه أو إذا تبيّن أنّ المدّعي لم يتعاقد مع المالك المرسّمة حقوقه. وإذا قضي بالطلب، لا يعتدّ بأحكامه إلاّ بعد ترسيمه بصفة فعلية، ولا يمكن أن يعتبر مالكا لهذا العقار إلاّ إذا أتمّ التسجيل الفعلي. معنى ذلك أنّه إذا قام الحقّ للغير وأدرج كتائبه، يصحّ ترسيمه قبل منطوق الحكم. إلاّ إذا سبق للمدّعي أن رسّم عريضة الدّعى حسب بعض

التّشريع أو قيدها قيّدا احتياطيّا حسب الأخرى، أمّا ولم يفعل، لا يحتجّ بالحكم في معارضة الحقوق المرسّمة على فرض أنّ صاحبها كان بحسن نية⁸⁵¹.

كما تختصّ المحكمة الابتدائية بالنّظر في دعوى المقاسمة وإن كانت العقّارات مسجّلة. ولا شكّ في أنّ الأعمال التي ستأتيها المحكمة ستغيّر من طبيعة الرّسم الأمّ، وتحدث بالضرورة حالة جديدة يبرّرها المبدأ القائل بأن لا يجبر أحد على البقاء في حالة الشّيوخ⁸⁵². وترفع دعوى القسمة، ولو كان العقّار مسجّلا، أمام المحكمة التي يوجد بها العقّار (الفصل 38 م.م.م.ت) ولو كان المكلف العام طرفا بالقضيّة، أو أمام المحكمة التي افتتحت بدائرتها التّركة أو أمام المحكمة التي يوجد بدائرتها مكان الاستغلال الأصلي إذا افتتحت التّركة خارج البلاد التّونسيّة (الفصل 34 م.م.م.ت)، فإذا كانت العقّارات موضوع القسمة لا تتعلّق بتركة فمكان وجود أهمّ العقّارات هو المعيار المعتمد (الفصل 424 م.م.م.ت). ومن المفروض أن تشتمل الدّعوى على جميع الأطراف، بما في ذلك الدّائنين. وقد لا يطرح الإشكال مبدئيّا باعتبار أنّ المحكمة سوف تعتمد على شهادة الملكيّة. لكنّ الواقع بيّن بحكم غياب المفعول المنشئ للرّسيم، أن هذه الشّهادة قد لا تكون كافية، إذا لم تدرج بعض الرّسوم بما في ذلك نقل الملكيّة بموجب الوفاة، فيكون القيام في مثل هذه الصّور على شخص ميّت، أو على أطراف غير مرسّمة، وهو ما يدعو إلى رفض الدّعوى. وتوجب دعوى القسمة في العقّارات المسجّلة تكليف خبير في قيس الأراضي، لأنّ العقّار المسجّل يتأسّس على مثال هندسي يحتوي على جميع البيانات الفنيّة التي من المفروض مراعاتها وإلاّ ما أمكن إعداد أمثلة نقل الملكيّة من طرف مصلحة قيس الأراضي ورسم الخرائط، ويتعذّر الرّسيم نهاية بإدارة الملكيّة العقّاريّة.

⁸⁵¹ وقد قضت المحكمة العليا المغربيّة " أنّ الطّاعن إذا كان له حقّ إزاء البائع بأن يملكه من الشّيء المبيع وصدر بالفعل حكم لصالحه يقضي بصحّة البيع وتسجيله على الرّسم العقّاري، فإنّه إلى أن يسجّل الشّراء أو الحكم القاضي بصحّته على الرّسم العقّاري لا يحقّ له أن يضع يده على العقّار كمالك، فتكون المحكمة على صواب لما أيّدت الأمر الابتدائي القاضي بطرد الطّاعن من العقّار." (قرار المجلس الأعلى رقم 684 الصّادر بتاريخ 10 نوفمبر 1982. دكتور على حسين نجيرة، الشّهر العقّاري في مصر والمغرب، المرجع السّابق، ص149).

⁸⁵² الحبيب الشّطّي، المحكمة الابتدائية تنظر في دعوى القسمة، القضاء والتّشريع، مارس 1999، ص279.

ويذكر أنّ الأحباس الخاصة والمشاركة ألغيت منذ سنة 1957 وأنشأ المشرع للغرض لجان إدارية لتصفية الأحباس، لكنّ تدخلها كان محدداً في الزمن، وبانتهاء الآجال المحددة أصبحت المحاكم الابتدائية، باعتبارها صاحبة الاختصاص الشامل، تنتظر في الدعاوى التي لها علاقة بتصفية الأحباس. لكنّ المشرع تدخل من جديد بمقتضى القانون عدد 24 لسنة 2000 المؤرخ في 22 فيفري 2000⁸⁵³، ليحثّ المعنيين على إتمام التصفية صلحا وبشروط أيسر إذ يكفي تحرير حجة رسمية فيما اتفق عليه من مقاسمة أو بيع⁸⁵⁴ وليحيي لجان تصفية الأحباس من جديد، بل لبيعها للوجود مرة أخرى، ونصّ الفصل 7 جديد من هذا القانون على أنّه أحدثت لجان جهوية لتصفية الأحباس الخاصة والمشاركة تتركّب من الوالي وقاض والمندوب الجهوي للتنمية الفلاحية وممثل عن الوزارة المكلفة بأمالك الدولة والشؤون العقارية والمدير الجهوي للملكية العقارية. ويمكن أن تستعين بمهندس من ديوان قيس الأراضي في المسائل الفنية، كما يمكن لها أن تستعين بالخبراء المعتمدين لدى المحاكم. وبالتالي لن يلجأ المعنيون مستقبلا إلى محاكم الحق العام لنشر القضايا المناسبة بعد أن أحدثت هذه اللجنة، لكن محاكم الحق العام تبقى مختصة بالنظر في قضايا تصفية الأحباس الخاصة والمشاركة التي تعهّدت بها قبل دخول هذا القانون حيّز التنفيذ⁸⁵⁵.

وتتعهّد اللجنة على معنى الفصل 10 جديد بطلب من أحد المستحقين وكلّ ذي مصلحة أو من والي الجهة. ويقدم المطلب كتابة ومجانا إلى رئيس اللجنة

⁸⁵³ القانون عدد 24 لسنة 2000 المؤرخ في 22 فيفري 2000 المتعلّق بتنقيح وإتمام الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 والمتعلّق بإلغاء نظام الأحباس الخاصة والمشاركة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية 25 فيفري 2000.

⁸⁵⁴ نصّ الفصل 5 جديد على أنّه يجوز للمستحقين وبدون مساس بحقوق الغير من أصحاب الحقوق العينية أو بحقوق النزلاء، إما قسمة الموقوفات بالتراضي وإما بيعها لأحدهم أو للغير. وما يتمّ الاتفاق عليه يجب أن يحرر فيه كتب رسمي تحال نسخة منه على اللجنة الجهوية لتصفية الأحباس الخاصة والمشاركة.

⁸⁵⁵ وتواصل اللجان الجهوية لتصفية الأحباس الخاصة والمشاركة على معنى الفصل 24 جديد من القانون عدد 24 لسنة 2000 النّظر في تصفية الأحباس التي تعهّدت بها على معنى الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957، وشرح قرارات التصفية الصادرة عنها قبل صدور القانون عدد 24 لسنة 2000 وإصلاح الأغلاط المادية التي تتسرّب لهذه القرارات.

بمقرّ الولاية التي تقع بدائرتها الترابية الموقوفات. وإذا كانت الموقوفات واقعة بمناطق متعدّدة فاللجنة المختصة هي التي تقع بمنطقتها جلّ الموقوفات. ويتولّى كاتب اللجنة في أجل سبعة أيّام من تاريخ إيداع المطلب تعليق ملخص منه مع تاريخ أول جلسة لمدة شهر بمقرّ اللجنة وبمراكز المعتمديات ومحاكم النواحي التي تقع بمناطقها الموقوفات ونشره بصحيفتين يوميّتين إحداهما باللّغة العربيّة لمدة ثلاثة أيّام. وللمستحقّين وأصحاب الحقوق العينية والنّزلاء أن يحضروا لدى اللّجنة أو أن ينيبوا عنهم شخصا آخر.

وتعدّ اللّجنة على معنى الفصل السادس الجديد مشروعاً في تصفية الحبس وقسمة الموقوفات، فإذا وافق عليه جميع المستحقّين تنتهي أشغالها، وتحفظ الملفات بمراكز الولايات، ويمكن لصاحب الحقّ أن يتسلّم عن طريق كاتب اللّجنة نسخة تنفيذيّة أو مجرّدة من قرار اللّجنة، وإذا لم يوافق عليه جميع المستحقّين تحيله اللّجنة إلى المحكمة الابتدائيّة التي ترجع إليها بالنّظر ترابياً. ويتضمّن المشروع المحال مقترحاتها الرّامية إلى قسمة الموقوفات على وجه معيّن أو بيعها جزئياً أو كلياً ومنح حقّ الملكيّة بالمساحات الممنوحة على وجه الإنزال حسب الأمرين المؤرّخين في 17 جويلية 1926 و 2 جويلية 1935 ومنح النّزلاء بالعقّارات الفلاحيّة حقّ ملكيّة المساحات التي يشغلونها على وجه الكردار بدون إشهار حفظاً لحقوقهم المكتسبة. والمقصود بالنّزلاء على معنى الفصل 19 جديد هم جميع الفلاحين المنتمين لعائلة تونسيّة مستقرّة عادة بعقّار فلاحي محبّس وتوظيف رهن على العقّار موضوع النّظر لخلاص المصاريف التي تستوجبها أعمال اللّجنة والتي تسبق من ميزانيّة الدّولة وتعيين مصفّ عند الاقتضاء على معنى أحكام القانون عدد 71 لسنة 1997 المؤرّخ في 11 نوفمبر 1997. وتنقضي المحكمة الابتدائيّة المختصة على ضوء ما يقدّم إليها بما في ذلك المشروع المحال عليها من قبل اللّجنة. وغالباً ما تكون هذه الأحباس موضوع رسوم عقّاريّة مجمّدة.

وتتعهّد المحكمة الابتدائيّة بدعوى الاعتراف بحقّ المغارسي أو قسمة الأرض المغروسة. والمعلوم أنّ المغارسة لا تثبت إلاّ بحجّة عادلة، ولا يمكن

للمغارسي أن يدعي حقاً في ذلك إلا إذا أطمع الشجر وبلغ الحدّ المتفق عليه. ويحقّ حينئذ للمغارسي أن يطلب قسمة الأرض المشاعة، وتتنظر المحكمة الابتدائية في دعاوى الاعتراف بحقّ المغارسي وقسمة الأرض المغروسة، وإن كان العقار مسجلاً على معنى الفصول 1416 وما بعد م.م.ا.ع.

وتتنظر المحكمة الابتدائية في إجراءات العقلة العقارية ولو كان العقار مسجلاً طبق الفصول 410 وما بعد م.م.م.ت، ولا يتمّ التشطيب على العقلة التنفيذية إلا برضاء الدائنين القائمين بالتتابع المنصوص عليهم بهامش الترسيم أو بمقتضى حكم يمكن معارضتهم به على معنى الفصل 455 م.م.م.ت. علماً أنّ الإنذار المرسم القائم مقام العقلة على معنى الفصل 453 م.م.م.ت يفقد مفعوله إن لم تقع في الثلاثة أعوام الموالية لتاريخ الترسيم بتّة مرسمة بصفة قانونية ما لم يصدر حكم بتمديد أجل البتّة وأمكن التّصيص عليه بالرسم العقاري على معنى الفصل 456 م.م.م.ت.⁸⁵⁶

وتبقى دعاوى التشطيب على الرّهون من أنظار المحكمة الابتدائية حيث أشار المشرّع صراحة بالفصل 290 م.ح.ع إلى أنّ التشطيب على الرّهون العقارية يتمّ بتقديم كتب ممضى من الدائن في رفع اليد وكذلك بحكم أحرز على قوّة ما اتّصل به القضاء. والمعلوم أنّ حكم التّثبيت يطهرّ الرسم من جميع الامتيازات والرّهون الموظّفة عليه وبصفة عامّة من جميع التّرسيمات المتعلّقة بالديون ولا يكون حينئذ للدائنين الحقّ في القيام إلا بالنسبة إلى ثمن التّثبيت. ويتولّى مدير الملكية العقارية بعد ترسيم محضر التّثبيت ومن تلقاء نفسه التشطيب على التّرسيمات المشار إليها بمجرد ما يدلي له بما يثبت تأمين ثمن التّثبيت والمصاريف والأجور⁸⁵⁷. ويمكن كذلك لمحضر الاتفاق على التّوزيع أو الحكم الصادر في شأن التّوزيع إذا تعدّد الدائنون على معنى الفصول 480 وما بعد م.م.م.ت أن يأذن بالتشطيب على جميع التّرسيمات المتعلّقة بالديون، ويتولّى

⁸⁵⁶ يراجع التّقيح الأخير للفصلين 452 و455 م.م.م.ت بمقتضى القانون عدد32 لسنة 2001 المؤرّخ

في 29 مارس 2001 سابق الذّكر.

⁸⁵⁷ يراجع الفصل 481 م.م.م.ت.

مدير الملكية العقارية القيام بذلك التّشطّيب بعد اطلاّعه على نسخة من ذلك المحضر أو الحكم ويجب أن تكون نسخة الحكم مرفوقة بشهادة في عدم استئنائه.

وإذا تمّ التفويت في العقّار في غير صورة العقلة، وأراد المشتري تطهير العقّار من الرّهون، يطلب منه بداية على معنى الفصل 484 م.م.ت تأمين ثمن البيع بصندوق الودائع والأمان، وأن يقوم على الدّائنين المرسمين والبائع لدى المحكمة الابتدائية بمكان العقّار للتصريح بصحة التأمين. فإن رأت المحكمة صحة التأمين أذنت بالتّشطّيب على جميع التّرسيمات المتعلّقة بالديون مع إبقاء مفعولها عاملاً بالنسبة إلى الثّمن ويتولّى مدير الملكية العقارية التّشطّيب المأذون به بعد أن يدلي له بنسخة من الحكم وبشهادة في عدم استئنائه⁸⁵⁸. وإذا لم يتمّ التّشطّيب طبق هذا الإجراء يأذن محضر الاتفاق على التّوزيع أو الحكم الصّادر في شأن التّوزيع بالتّشطّيب على جميع التّرسيمات المتعلّقة بالديون على معنى الفصل 480 م.م.ت.

وعلاوة على جميع الاختصاصات المشار إليها تختصّ المحكمة الابتدائية بعدّة مسائل استحقاقية لها تأثير على الرّسوم العقارية ولو بطريقة غير مباشرة، مثل التمكين من حقّ مرور بسبب اكتناف العقّار على معنى الفصل 177 م.ح.ع، أو انقضاؤه عملاً بأحكام الفصل 188 م.ح.ع أو تقدير اكتساب الحقّ العيني بناء على اجراءات التّخصيص الواردة بالفصل 180 م.ح.ع. وغير ذلك من القضايا التي تتناول مسائل استحقاقية، والتي من المفروض أن تنتهي بإدراجها بالسّجل العقاري.

اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية: يتدخّل رئيس المحكمة الابتدائية في

عدّة نقاط هامة، ولعلّ أهمّها ما يتعلّق بأحكام الفصلين 315 م.ح.ع و 391 م.ح.ع قديماً. كما أبقى المشرّع التّونسي على اختصاص رئيس المحكمة

⁸⁵⁸ لكنّ مجلّة الحقوق العينية بالفصل 296 م.ح.ع مكّنت الدّائن المرسم أو صاحب اعتراض تحقّطي أن يطلب في أجل قدره أربعون يوماً من تاريخ الإعلام الواقع بطلب من المالك الجديد بيع العقّار بالمزاد العلني لدى المحكمة وذلك بأن يعرض الزّيادة في الثّمن بقدر لا يقلّ عن السّدس إمّا بنفسه وإمّا بواسطة شخص يقدّمه يكون متضامناً معه وأن يقدّم ضامناً لدفع الثّمن والتّكاليف ولا كانت الإجراءات باطلة.

الابتدائية في الإذن بتقييد الدعاوى قيدا احتياطيًا على معنى الفصل 367 م.ح.ع، والإذن بالتشطيب على القيود الاحتياطية المتعلقة بالدعاوى وعقود المغارسة على معنى الفصل 371 م.ح.ع. ويذكر أن ميدان القيود الاحتياطية يختلف بطبيعة الحال عن ميدان الترسيم والاعتراضات التحفظية. ومن الممكن أن يباشر مدير الملكية العمليات المتعلقة بالقيود الاحتياطية مباشرة إذا استجابت للضوابط المحددة بالفصول 365 وما بعد م.ح.ع. أو إذا صدر الإذن عن رئيس المحكمة الابتدائية.

ونص الفصل 376 م.ح.ع على أنه يمكن للمتعاقدين أو لورثتهم أو لمن انجر له حقّ منهم في كلّ وقت أن يطلبوا نسخًا من الصّكوك مشهود بمطابقتها للأصل وبصحّة إيداعها. ولكلّ من يثبت أنّ له مصلحة في ذلك أن يتسلّم أيضًا نسخًا بعد الحصول على إذن يصدره رئيس المحكمة الابتدائية بناء على مجرد مطلب. ولا يخرج ذلك في حقيقة الأمر عن المبادئ العامة الخاصة بإجراءات الإذن على العريضة.

كما تقتضي إجراءات الاعتراضات التحفظية أن يسعى الطالب إلى عقلة عقارات مدينه تحفظيًا على معنى الفصول 327-328-329 م.م.ت. فيُنذر المدين بأنّه في صورة عدم الوفاء بالدين يتولّى طلب ترسيم اعتراض تحفظي على عقاراته المسجّلة إذا كان بيده سند تنفيذي أو سند مرسم حلّ أجل أداء دينه. والذين لا يملكون سندا تنفيذيا أو سندا مرسمًا عليهم استئذان رئيس المحكمة في ذلك. ويطلب ترسيم الإنذار في أجل تسعين يوما وإلاّ اعتبر باطلا. ويمنع إدراج أيّ حقّ عيني بعد الاعتراض التحفظي سوى البيع الوارد إثر العقلة. لكنّه إذا وقع تأمين مبلغ كاف بصندوق الودائع والأمان فإنّه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الرّاجع لدائرتها مقرّ المدين أن يأذن استعجاليًا بالتشطيب على الترسيم المنصوص عليه عملا بأحكام الفصل 329 م.م.ت. ويسقط الاعتراض التحفظي في جميع الأحوال بعد عامين بداية من تاريخ إجراءاته. وهكذا يتدخل رئيس المحكمة المحكمة الابتدائية سواء للإذن بتقييد القيود الاحتياطية أو

التشطيب عليها أو الإذن بتسليم نسخ من الصكوك المشهود بمطابقتها لأصلها أو الإذن استعجالياً بالتتصيص على الاعتراض التّحفظي.

اختصاص قاضي النّاحية: يختصّ كذلك قاضي النّاحية بقضايا تصحيح

الكتائب أو ما يعرف بالكتائب التّكميلية إذا كانت قيمة العقد لا تتجاوز مرجع نظره، ويمكن الحكم بالإلزام الطّرف المقابل بتحرير كتب تكميلي لرفع النقص أو أن يقوم الحكم مقام الكتب والإذن بإدراج الكتب على النّحو المطلوب في نهاية الأمر.

وإذا تعلّقت بالعقد سند التّرسيم إحدى صور البطلان أو الإبطال أو الفسخ أو التّعديل أو الانقضاء على معنى القواعد المبيّنة بمجلة الالتزامات والعقود، أو صورة من صور سوء النية أو التّواطؤ، فإنّه من الممكن التمسك بالطلب أمام قاضي النّاحية إذا كان مقدار العقد لا يتجاوز اختصاصه، وتقضي المحكمة نهاية بالإبطال أو البطلان أو الفسخ أو التّعديل أو الانقضاء والإذن تبعا لذلك بالتشطيب على الحقّ المرسم، وهو ما يعرف بقضايا الإبطال أو البطلان أو الفسخ أو الانقضاء أو الرجوع أو التّعديل بداية والتشطيب نهاية.

ويخلص من جميع ذلك أنّ محاكم الحقّ العام من الممكن أن تتدخل بالسجلّ العقاري على مستوى إجراءات مؤسّسة التّرسيم ومؤسّسة القيد الاحتياطي ومؤسّسة الاعتراضات التّحفظية والعقل، ويمكن لهذا التداخل أن يكون بصفة مباشرة أو غير مباشرة. لكنّ محاكم الحقّ العام، وكقاعدة عامة، لا يمكن أن تأذن بالتشطيب على التّرسيم إذا انتقل الحقّ المرسم إلى الغير حسن النية، حيث إنّ إبطال التّرسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية اعتمادا على التّرسيمات الواردة بالسجل على معنى الفصل 305 م.ح.ع. ويخشى من جميع ذلك أن يُسند نفس الاختصاص إلى المحكمة العقارية لغاية تحيين الرسوم العقارية.

تنازع الاختصاص بين محاكم الحقّ العام والمحكمة العقارية: كان

يفترض أن تبقى محاكم الحقّ العام المرجع الوحيد لمعالجة جميع القضايا التي لها علاقة بالسجلّ العيني بعد أن أبعدت المحكمة الإدارية من دائرة

الاختصاص، لكنّ المشرّع خالف هذا الاتجاه وتحدّث عن ولاية المحكمة العقارية العامة في التّحيين، وكان ينتظر أن يضع حدّا لاختصاص محاكم الحقّ العام لأنّه لا يعقل منطقياً أن تتوزّع الاختصاصات بين المحاكم مع اختلاف التّوجّهات والمواقف والأساليب والموضوع واحد. لكنّ هذا المطلب يبقى صعب المنال لأنّ القضايا التي يطرحها السجلّ العيني أكثر من أن تحصى ولا يمكن أن تستوعبها مطالب التّحيين. ومن الممكن تبعاً لذلك أن تتعهّد بالموضوع الواحد عدّة محاكم، وقد تتردّد في التّخلّي عنه لأكثر من سبب. والأكيد أنّ ذلك لا يخدم فلسفة التّحيين.

هذا وقد حاول المشرّع أن يجد حلاً لمسألة التّنازع حيث نصّ الفصل التاسع من القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلّق بتحيين الرسوم العقارية على أنّه " لكلّ شخص استدعي لدى إحدى محاكم الحقّ العام أو لدى اللّجنة الجهويّة لتصفية الأحباس الخاصّة أو المشتركة أن يطلب منها قبل الخوض في الأصل التّخلّي عن القضية أو المطلب بشرط أن يكون قد قدّم بصفة قانونيّة مطلباً لدى المحكمة العقارية في حدود نظرها المبين بالفصول السابقة وأن يسعى باستمرار في القيام بما يستلزمه النّظر في ذلك المطلب." وقد نقل المشرّع أحكام الفصل 331 م.ح.ع المنطبقة على إجراءات مطلب التّسجيل ونقل بالتّالي جميع تلك النقاشات التي سبق أن طرحها هذا الفصل وبنضاف إلى ذلك ما تتميّز به قضايا التّحيين. فبقيت شروط التّخلّي محلّ نقد وأصبح من الصّعب ضبط القضايا التي يمكن التّخلّي عنها.

***شروط محلّ نقد:** وضع الفصل التاسع من القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 شرطين حتى يقبل مطلب التّخلّي: يجب أن يكون طالب التّخلّي قد قدّم بصفة قانونيّة مطلباً لدى المحكمة العقارية في حدود نظرها المبين وأن يسعى باستمرار في القيام بما يستلزمه النّظر في ذلك المطلب.

ويلاحظ بداية أنّ المشرّع التّونسي قد نقل أحكام الفصل 331 م.ح.ع الذي كان ومازال يرجع إليه لتوزيع الاختصاص بين محاكم الحقّ العام والمحكمة العقارية فيما يتعلّق بالاختصاص الأصلي للمحكمة العقارية، أي النّظر في

مطالب التّسجيل، رغم بعض الإشكاليّات التي طرحها. وقد لوحظ منذ مدّة أنّ أحكام الفصل 331 م.ح.ع لا تتناسق مع المبادئ العامّة الواردة بمجلة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، ومع ما يقتضيه النّظر في الاختصاص الحكمي، حيث إنّ الاختصاص الحكمي يتعلّق بالإجراءات الأساسيّة وبهمّ النّظام العام في نهاية الأمر، والمعلوم أنّ المحكمة تتمسّك من تلقاء نفسها بالإجراءات الأساسيّة ولا تنتظر دفعات الأطراف الذين بإمكانهم إثارة مسألة مرجع النّظر الحكمي في أيّ طور من أطوار القضيّة، على خلاف مرجع النّظر التّرابي الذي لا يهمّ النّظام العام ولا يمكن طلبه إلا قبل الخوض في الأصل.

ومادام المشرّع قد تبوّأ الإجراءات الاختياريّة في التّسجيل لسحبها على إجراءات التّحيين، كان من المنطقي مبدئيّاً أن يعتمد المشرّع أحكام الفصل 331 م.ح.ع. لكنّ شمول نظر المحكمة العقاريّة وولايتها العامّة للنّظر في مطالب التّحيين والمسائل العالقة بها، كان من المنتظر أن يعدّل اختيارات المشرّع، ويمكن الأطراف من الدّفع بعدم الاختصاص الحكمي في جميع الأطوار، ويبقى على حقّ المحكمة في إثارة هذا العنصر من تلقاء نفسها، لكنّ ذلك لم يحدث وبقيت أحكام الفصل 331 م.ح.ع فاعلة. وربما يبرّر الحلّ المعتمد بطبيعة اختصاص المحكمة العقاريّة، حيث إنّ اختصاصها الحكمي مقيد من حيث الموضوع والزّمان. فمن حيث الزّمان يبدو اختصاص المحكمة العقاريّة مؤقتاً، من حيث البداية والنهاية. فبداية لا يمكن أن تنتظر إلاّ في الرّسوم العقاريّة المقامة قبل سنة 1998، وتخرج الرّسوم العقاريّة المقامة بعد 1998 عن اختصاصها. ونهاية سيتواصل نظرها إلى حين سحب المفعول المنشئ على كامل الرّسوم⁸⁵⁹. ومن حيث الموضوع لا يمكن أن تنتظر في الرّسم إذا سبق تحيينه. وحتىّ إذا أصبحت مختصّة، لا يجوز لها النّظر في المطلب إذا كان موضوعه محلّ قيد احتياطي مدرج بالرّسم العقاري لم تنته مدّته إلاّ بعد الوقوف على مآله. وإذا كان موضوعه مازال منشوراً أمام القضاء، فلا بدّ من وقف النّظر إلى أن ينتهي بحكم

بات⁸⁶⁰. ورغم أن ذلك فلا شيء يبرّر هذا النّقل الأمين لنصّ الفصل 331 م.ح.ع وقد كان محلّ نقد وجدل خاصّة وأنّه يتعارض صراحة مع المبادئ العامّة، وقد يعتقد خطأ أنّ الاختصاص الحكمي لا يهّم النّظام العام. وكان من الممكن أن تعتمد قواعد خاصّة وأن يمنع طلب التّخلّي قبل الخوض في الأصل ويبقى القرار بيد المحكمة مراعاة لمناهج النّظام العام⁸⁶¹.

وكل من طلب التّخلي، يجب أن يثبت أنه قدم مطلباً في التّحيين وأنه سعى باستمرار في القيام بما يستلزمه النظر في ذلك المطلب، ويعتبر هذا الشرط الأساسي في طلب التّخلي. ويمكن للمحكمة أن تعلم بتقديم مطلب التّحيين المقدّم من قبل طالب التّخلي وذلك عند الاحتجاج بشهادة نشر في هذا الغرض، مسلمة من كتابة المحكمة العقارية، لكننا نجهل كيف يمكن لمحاكم الحق العام ممارسة حق الرقابة على سعي الطالب باستمرار في القيام بما يستلزمه النظر في ذلك المطلب. وإذا كان الطالب لا يمكنه أن يتسلم شهادة نشر من كتابة المحكمة العقارية بالنسبة إلى إثبات تقديم مطالب التّسجيل العادية إلاّ بعد أن يكون أمّن جميع المصاريف الضرورية التي يستلزمها طلب التسجيل، وبالتالي لم يبق إلاّ إتمام الإجراءات بعد نهاية آجال الإشهارات اللازمة، فإنّ مطالب التّحيين لا توجب بداية تأمين أيّة مصاريف. وبالتالي من السّهل التّحصيل على شهادة نشر بمجرد تقديم مطلب التّحيين دون إجراء آخر. وتفقد بالتّالي مسألة السعي الواردة بآخر الفصل التاسع جميع معانيها، ويبدو أنّ المشرّع كان مكرراً لمحتوى الفصل 331 م.ح.ع لا أكثر ولا أقلّ. وهكذا وضع المشرّع بيد المتقاضين طريقة سهلة لوضع حدّ للقضايا المنشورة أمام محاكم الحق العام، إذ يكفي الاحتجاج بشهادة نشر حتّى تتخلّى المحكمة ولو أنّ مطلب التّحيين لا يكتسي أيّة جدية، خاصّة وأنّ أنواع القضايا التي يمكن التّخلّي عنها لفائدة المحكمة بقيت محلّ ريبة وجدل.

860 الفصل 8 من القانون عدد 34 لسنة 2001، سابق الذّكر.

861 اعتمد المشرّع حلاً خاصاً بالنسبة إلى الأحباس، فلا تتعهد المحكمة العقارية بمطلب التّحيين المتعلّق بالأحباس إلاّ بشرط أن لا يكون موضوع التّصفية محلّ نظر في تاريخ تقديم المطلب أمام المحكمة المختصة أو اللّجنة الجهوية لتصفية الأحباس الخاصّة والمشاركة. معنى ذلك أنّه إذا سبق تعهّد اللّجنة فلا يصحّ التّخلّي إذا نشر المطلب أمام المحكمة العقارية. وكذلك إذا لم تتمكّن اللّجنة من حسم التّصفية في اتجاه معين، ونشرت الدّعوة أمام المحكمة الابتدائية، فلا يصحّ التّخلّي حتّى إذا نشر مطلب التّحيين بعد ذلك أمام المحكمة العقارية.

*صعوبة تحديد أنواع القضايا موضوع التّخلى: من الواجب بطبيعة الحال، أن يوجد اتّحاد في موضوع القضايا المنشورة أمام محاكم الحق العام واختصاص المحكمة العقارية كما حددها سابقاً، ولا شك في أن اختصاصات المحكمة العقارية الإضافية⁸⁶²، أي المتعلقة بمطالب التّحيين، هي مهام مطلقة لها، أي لا يجوز لأي محكمة أخرى أن تتدخل في ذلك وهو اختصاص حكومي تتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها. معنى ذلك أنّه لا يجوز أصلاً تعهّد محاكم الحق العام بدعاوى التّحيين، وبالإمكان أن تثير المحكمة هذا الدّفع لتعلّقه بالنّظام العام. لكنّ هناك عدّة قضايا دون أن تتعلّق بالتّحيين مباشرة يمكن أن يكون لها عدّة تأثيرات على الرّسم العقاري ولو بطريقة غير مباشرة، وقد تتناقض مع اتّجاهات المحكمة العقاريّة. ولهذا الغرض جاء الفصل التّاسع من القانون عدد 34 لسنة 2001 ووضّع الأحكام الخاصّة بالتّخلى. ويفترض أن تكون القضايا التي تأتي تحت طائلة قضاء التّخلى معلومة، بعد أن وقفنا على حدود مرجع النّظر الحكمي التّابع لمحاكم الحق العام في هذه المادّة، وعلى مرجع النّظر التّابع للمحكمة العقاريّة. لكنّ ذلك مطلب يظلّ صعب التّحقيق.

لذلك نقول إنّهُ يشترط في الحكم بالتّخلى أن يكون الموضوع واحداً وضمن مشمولات المحكمة العقاريّة كما تقدّم، " أو في حدود نظرها المبيّن بالفصول السّابقة " على معنى الفصل التّاسع من القانون عدد 34 لسنة 2001. ولا يجوز بالتّالي التّخلى عن جميع القضايا بمجرد أنّ لها علاقة بالسّجل العقاري. علماً أنّ المحكمة العقاريّة هي محكمة مختصّة ولا تنتظر إلّا فيما أسند إليها بنصّ خاص. وعلى هذا الأساس فقد نتفق على إخراج عدّة قضايا عن إطار التّخلى وإن تعلّقت بالسّجل العقاري، وقد تأتي أخرى في حكم الجواز، وقد نختلف حول عدد كبير من القضايا. وشأن القضايا موضوع هذا التّخلى أن تبقى بين الجواز والحظر والجدل⁸⁶³.

⁸⁶² الاختصاص الأصلي للمحكمة العقاريّة هو النّظر في مطالب التّسجيل.

⁸⁶³ وقد يتبادر إلى الدّهن خطأ أنّ الدّعاوى الحوزيّة ربّما تكون ضمن القضايا التي من الواجب التّخلّي عنها بمجرد إضافة شهادة نشر ثبت نشر مطلب التّحيين. قرار تعقيبي مدني عدد 16405 مؤرّخ في 30 سبتمبر 2002 نشرته محكمة التعقيب 2002، جزء 2 مدني عام، ص 380.

فمن القضايا ما لا يطرح كثيرا من النقاش، بحكم تعلّقها بنفس الموضوع، وخلوها من مناقشة المسائل الأولى التي تخرج عن اختصاص المحكمة العقارية مثل قضايا التشطيب المباشرة وقضايا تصحيح الكتاب التكميلية وقضايا المغارسة وقضايا الأحباس⁸⁶⁴. ويمكن بالتالي أن تأتي تحت طائلة قرار التخلي. ويكره على محاكم الحق العام في قضايا الإبطال أو البطلان أو الفسخ أو الانقضاء أو التعديل الحكم بالتخلي، لأنّ الموضوع فيه من المسائل الأولى ما يخرج عن اختصاص المحكمة العقارية. ويقصد بالمسائل الأولى في هذا الباب العناصر القانونية أو الدفوعات التي تتناول مسائل مدنيّة مرجعها للقضاء العادي ولا تعود بالنظر إلى المحكمة العقارية، مثل العناصر المتعلقة بالرضاء أو بانعدامه وخلو البيع من الموضوع أو السبب وانعدام الأهلية، وتقدير سوء النية من حسنها، والوقوف على حقوق الدائنين. كلّ هذه المسائل تطلب الخوض بداية في مسائل مدنيّة تخرج بالضرورة عن اختصاص المحكمة العقارية، التي تبقى مجرد محكمة مختصة في التسجيل والتّحيين⁸⁶⁵.

لكنّ الأحكام التي سوف تصدر في هذا المجال سوف لن يتسنّ إدراجها بالسجل العقاري، إذا تعلّق بها مطلب في التّحيين. حيث نصّ المشرع بالفصل 13 من القانون عدد 34 لسنة 2001 على أنّه " لا يجوز لإدارة الملكية العقارية ابتداء من تاريخ التّنصيب على مضمون المطلب بالرّسم العقاري مباشرة أية عملية في موضوعه وعليها أن توجّه للمحكمة ملفّات المطالب المقدّمة إليها في

⁸⁶⁴ لا يجوز التّخلي عن قضايا الأحباس إلّا إذا رفع المطلب بداية إلى المحكمة العقارية، ثمّ تعهّدت اللجنة أو المحكمة، أمّا إذا تعهّدت اللجنة أو المحكمة بداية، فلا مجال للتّخلي. وتتخلّى اللجنة إذا قدّم المطلب بداية إلى المحكمة العقارية، ولا إشكال في ذلك باعتبار عدم تخصّص اللجنة حكماً بمرجع نظر يتجاوز ما أسند إلى المحكمة العقارية. لكنّ التّخلي من طرف المحكمة الابتدائية لا ينهي ولايتها تماماً في النّظر في جملة الفروع باعتبار إبقاء نظرها الحكمي في جملة من المسائل مثل تعيين مؤتمن عدلي أو الإذن ببيع المشترك، وبالتالي من الجائز إعادة الطّلب أمام المحاكم الابتدائية في خصوص هذه الفروع.

⁸⁶⁵ تبقى القضايا الحوزية خارجة عن إطار النقاش باعتبار أنها قضايا وقتية لا تدخل بدائرة اختصاص محكمة التّحيين. قرار تعقيبي مدني عدد 37533— الصادر بتاريخ 09 جوان 2010 (غير منشور) "وحيث إن ما يتحصص من ذلك أن دعوى كف الشّعب بأنواعها الثلاثة ليس لها علاقة باختصاص المحكمة العقارية على معنى القانون عدد 34 لسنة 2001، فهي مجرد دعوى وقتية ترمي إلى حماية المالك المرسوم مؤقتاً، وفي صورة تغيير الترسيمات يجوز لكل مرسوم أن يعيد نشر القضية الحوزية بغاية طلب حماية الفصل 307 م.أ.ع. فلم يتم الاختصاص للمحكمة العقارية في القضاء بالحماية حتى يفرض التخلي، إنما جعل لها المشرع اختصاصاً محدّداً بهدف تخليص الرسم من الجمود لا يشمل مطلقاً الدعاوى الحوزية، وكان على المحكمة رفض مطلب التخلي ومواصلة النظر والقضاء بالحماية اللازمة للمالك المرسوم".

نفس الموضوع مع بيان تاريخ ورودها حسب التّصيصات المثبتة بدفتر مطالب التّرسيم أو التّشطيب." معنى ذلك أنّ إدارة الملكيّة العقاريّة تنصّ على جملة الوثائق المقدّمة بدفتر التّضمين وتحيلها إلى المحكمة العقاريّة مع التّصيص على تاريخ ورودها بطبيعة الحال، وسوف تعتمد المحكمة العقاريّة في إطار التّحيين الكلّي للرّسم أو معالجة الطّلبات على ما ورد بهذه الأحكام، التي تلزمها في نهاية الأمر فيما يتعلّق بالبطلان أو الإبطال أو الفسخ أو الانقضاء أو التّعديل. وقد تكون الغلبة لهذه الأحكام إذا سبق تقييد الدّعى فيها قيّدًا احتياطيًا، حيث لا يجوز في مثل هذه الحالات النّظر في مطلب التّحيين إذا كان موضوعه محلّ قيد احتياطي مدرج بالرّسم العقاري لم تنته مدّته إلّا بعد الوقوف على ماله. إلّا إذا أمكن النّظر في التّشطيب على القيد الاحتياطي بطلب من جميع الأطراف أو استنادًا إلى حكم أحرز على قوّة القضاء. وبالتالي سوف يتوقّف نظر المحكمة العقاريّة إلى أن يحسم الإشكال نهاية، وإذا ما أودع الحكم كانت له الغلبة باعتبار أسبقية قيد الدّعى.

كما يكره على محاكم الحقّ العام التّخلّي بالنسبة إلى القضايا المتعلقة بالرّسوم الخاضعة للمفعول المنشئ، والمقصود بذلك دعوى صحّة التّعاقد أو دعوى القيد على اسم المعاهد المرسّمة حقوقه. وهي الدّعى التي ترمي إلى الاعتراف بصحّة ونفاذ العقد وإلزام المطلوب بالتّرسيم أو قام الحكم مقام الكتب. وترتبط بذلك دعوى صحّة الإمضاء، وهي الدّعى التي ترمي بدايةً إلى الاعتراف بالإمضاءات العرفيّة إذا تمّ الكتب طبق الصّيغة المطلوبة ونهايةً إلى ترسيم الكتب. مثل هذه القضايا سوف لن تحال إلى المحكمة العقاريّة باعتبار أنّها لا تختصّ بالنّظر في الطّلبات المتعلّقة بالرّسوم العقاريّة الخاضعة للمفعول المنشئ. حيث إنّ اختصاصها مشروط بإحداث الرّسم العقاري قبل سنة 1998 والرّسوم غير المحيّنة، أي التي لا تخضع للمفعول المنشئ. وقد علمنا أنّ المفعول المنشئ يشمل الرّسوم العقاريّة المقامة بعد 1998 والرّسوم المحيّنة أي التي سبق أن نظرت فيها المحكمة. معنى ذلك أنّ الرّسوم الخاضعة للمفعول المنشئ تخرج

عن اختصاص المحكمة العقارية، وهذا يفيد أنها ستبقى من اختصاص المحاكم العادية في هذا الجانب.

وتبقى كذلك جميع الإجراءات الخاصة بالأذون على العرائض والقيود الاحتياطية والاعتراضات التحفظية والعقل على حالها، وتعود بالنظر إلى رئيس المحكمة الابتدائية، كما تقدّم. ولا دخل لإجراءات التّحيين فيها. كما أنّ العديد من القضايا ذات الطّابع الاستحقاقى والمتعلّقة بالسجلّ العقاري، تخرج عن أنظار هياكل التّحيين، باعتبار أنّها تتناول مسائل استحقاقية تخرج بالضرورة عن اختصاص المحكمة العقارية، مثل الحكم بحق مرور بالنسبة إلى الأراضي المكتنفة⁸⁶⁶.

وتبقى بعض المسائل الهامة محلّ خلاف، وتتعلّق أساسا بقضايا القسمة وقضايا الأحباس.

والمعلوم أنّ قضايا القسمة تهدف إلى الخروج من حالة الشّيع بالنسبة إلى كامل العقارات المشتركة و إلى كافّة المشتركين، وتقضي الدّعى بالضرورة أن تكون الحالة الاستحقاقية واضحة، ولا إشكال في ذلك باعتبار أنّ المحكمة ستعتمد على سند أو شهادة الملكية والمثال الهندسي المصاحب. وبإمكانها أن ترفض الدّعى إذا قام المدّعي على طرف حقوقه غير مرسّمة. ولا جدال في أنّها تعود إلى المحكمة الابتدائية صاحبة النّظر في مثل هذه المسائل. لكنّ المشرّع، بتخصيص دائرة الرّسوم المجمّدة بالنّظر في تخصيص الطّالب بقطعة أو بقطع يتمّ استخراجها من الرّسم العقاري، في إطار النّظر في مطلب التّحيين، بموجب القانون عدد 34 لسنة 2001، أحدث صورة جديدة توجب البيان والوضوح، ولا تمنع الجدل، وإن كان الاتّجاه العام لا يرمي حقيقة إلى تخصيص المحكمة العقارية بالنّظر في مطالب القسمة، وإنّما إلى وضع طريقة لتجاوز الصّعوبات التي عادة ما تكون سببا في جمود الرّسم. وبالتالي يطلب مبدئيّا أن تعرض المحكمة الابتدائية عن التّخلّي، والحالة تلك. وستعتمد المحكمة على أسماء

⁸⁶⁶ سبق للقانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرّخ في أبريل 1992 والمتعلّق بلجان التّحيين أن أعفى هذه اللّجان من الخوض في مسائل استحقاقية مازالت منشورة أمام المحاكم، وهو نفس الاتّجاه الذي يجب اعتماده.

المستحقين المبيّنة أسماؤهم بالسجلّ، وسوف لن يكون طالب التّحيين ضمن هذه القائمة بطبيعة الحال. وعادة ما تلجأ المحكمة إلى رفض الدّعى إذا تضمّنت العريضة أسماء لا وجود لها بشهادة الملكية، كما تقدّم. وربّما كان الاتّجاه في مثل هذه الصّورة، إذا لم تستدع مستندات الدّعى الحكم بالرفض، يقتضي التأخير في قضيّة القسمة إلى حين النّظر في مطلب التّحيين والوقوف على مآله إذا أثار أحد الأطراف هذا الدّفع، خاصّة وأنّ رسم الملكية سيتضمّن مستقبلا التّنصيب على خضوعه لإجراءات التّحيين. لكنّ هذا الاتّجاه قد لا يكون الأصل، ويمشي في الاعتبار أنّ محكمة التّحيين انتفعت بولاية عامّة على مطالب التّحيين بموجب القانون عدد 34 لسنة 2001، وبالتالي يطلب من المحكمة الابتدائيّة التّخلّي إذا كان الرّسم العقّاري موضوع مطلب تحيين أو إذا شمل أحد عناصر موضوع القسمة مطلب تحيين. وفعلًا ذلك ما حدث. وقد تتخلّل هذا الرّأي عدّة نقائص، باعتبار أنّ محكمة التّحيين لا تملك القدرة، بناء على أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001، على قسمة موضوع التّحيين، لتقضي نهاية بالزام الأطراف باحترامه، والإذن لحافظ الملكية بإنشاء رسوم عقّاريّة على ضوء هذا المشروع، أو حتّى ببيع المشترك، لأنّ هذا الاختصاص يتجاوز مسألة التّخصيص بقطعة أو بقطع التي قصدها المشرّع بالفصل السادس من القانون عدد 34 لسنة 2001. لكنّ المسألة يمكن أن تتطوّر مستقبلا فيعهد المشرّع إلى المحكمة العقّاريّة بهذا الاختصاص، وتبقى الإجراءات الحاليّة قاصرة عن تحويل دائرة التّحيين اختصاص القسمة على النحو المطلوب أمام الدوائر المدنيّة. لذا قد يتبادر إلى ذهن البعض أن توقف هذه الدوائر نظرها إلى أن تبت محكمة التّحيين في المطلب بالرفض أو بالإيجاب، وتلك مسألة خلافيّة. على أنّه إذا سبق تقييد دعوى القسمة تقييدا احتياطيّا، فلا يمكن للمحكمة العقّاريّة أن تنتظر في المطلب إلّا بعد الوقوف على مآله كما تقدّم، وبالتالي يصحّ القول في هذه الصّورة إنّ محكمة القسمة تواصل النّظر دون مراعاة مطلب التّحيين، ويكون الحكم الذي

سيصدر أخيراً أحد أوراق ملفّ التّحيين، ويمكن حينئذ لمحكمة التّحيين أن تتحرّر⁸⁶⁷.

لكنّ دعوى القسمة يمكن أن تكون جزئية في حالتين على الأقلّ، أي لا تشمل جميع المشترك، في صورة إذا كانت القسمة لا تتعلّق بتركة، كما إذا انجرّ الملك بموجب الشّراء، ففي هذه الصّورة يجوز قسمة أجزاء معينة وإفراز مناب كلّ طرف، وترك الباقي على الشّياع، وفي صورة إذا كانت الدّعى تهدف إلى تمييز أحد الشّركاء بالتركة بقطعة مستقلة توافق منابه من التّركة، وترك الباقي على الشّياع بين بقية الشّركاء. لكنّ محكمة التعقيب تفرض في هذه الحالة مصادقة كافة الورثة وإلاّ رفضت الدّعى⁸⁶⁸. وتقارب عملية التّخصيص الواردة بقانون التّحيين المقاسمة الجزئية في صورتها الثانية، متى حُضيت بموافقة الشّركاء. حيث إنّ المشرّع قصد فعلاً من وراء عملية التّخصيص بقطعة أو بقطع، تمكين المشتري من أحد المستحقّين على الشّياع من موضوع شرائه، لكنّ ذلك لا يمكن أن يحدث إلاّ بموافقة كافة الشّركاء. وبالتالي تتخلّى المحكمة الابتدائية عن النّظر في هذه الدّعى، إذا كان موضوعها محلّ نظر أمام محكمة التّحيين. وليس في

⁸⁶⁷ لكّنه كثيراً من حيث الواقع ما تلجأ محكمة القسمة إلى رفض دعوى القسمة بسبب جمود الرسم العقاري بحيث إذا ثبت أنّ الرسم العقاري موضوع القسمة غير محين بمعنى أنّ الحالة الواقعية تختلف تماماً عن حالته القانونية بسبب عدم ترسيم عدّة بيوعات ما كان من الممكن قانوناً اعتماد البيوعات غير المرسمة في إعداد مشروع القسمة ولم تخضع بعد لمبدأ الشرعية، ضرورة أنّ مراقبة الكاتب سند الترسيم مسألة تعود لاختصاص إدارة الملكية العقارية ومن بعدها المحكمة العقارية ولا تملك محاكم الحق العام الخوض في مسألة الترسيمات أو الإذن بما يلزم في شأنها إلا بطريقة استثنائية وفي المواطن المحددة تفصيلاً. فلا يصحّ بعد ذلك اعتبار العقود غير المرسمة قبل الإذن بإدراجها وكان اختصاص الترسيم والتّحيين يعود لجهة غير اختصاص محكمة الحق العام.

ولئن كان السند في طلب القسمة هو حقيقة الرسم العقاري دون سواه ولا يعارض الغير بالحق العيني أو لا ينشأ الحق العيني إلا بترسيمه بإدارة الملكية العقارية، والخلف الخاص لأحد الشّركاء أي المحال له يباع أو غير ذلك يُعدّ غير لبقية الشّركاء، فإنّ عدم إدراج جميع العمليات بالرسم يجعل البيانات المضمنة به غامضة ولا تعكس حقيقة الحالة الاستحقاقية وهو ما يعبر عنه بالرسم المجمّد ولا يمكن بالتالي أن تصلح سنداً في طلب القسمة وكان أولى طلب تحيين الرسم قبل طلب قسمته والحالة تلك.

⁸⁶⁸ قرار مدني استئنافي عدد 30964 الصادر بتاريخ 4 ماي 1972، مجلّة القضاء والتّشريع، عدد 4 لسنة 1974، ص 40.

قرار مدني تعقيبي عدد 6587 الصادر بتاريخ 29 أفريل 1969، مجلّة القضاء والتّشريع عدد 1 لسنة 1970، ص 65.

قرار تعقيبي مدني عدد 2443 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1980 نشرية محكمة التعقيب 1980، ص 119.

وانظر في جميع ذلك الحبيب الشّطي، المحكمة الابتدائية تنظر في دعوى القسمة، المرجع السّابق، ص 279.

ذلك حرج. أمّا ما تجاوز هذا الدّفع ففيه من الجدل الكثير، شأنه في ذلك شأن قضايا الأحباس.

وتعتبر الأحباس الخاصّة والمشاركة منحلّة قانوناً بموجب أمر 1957، وتعود الملكيّة إلى المالكين المنصوص عليهم بالفصل الثّاني من هذا الأمر . لكنّ تصفية هذه الأحباس تعود إلى لجنة إداريّة خاصّة، تعرف بلجنة تصفية الأحباس. وقد تمّ إعادة بعث هذه اللّجنة من جديد بعد أن غابت على امتداد سنوات طويلة كما تقدّم. وقد أشرنا إلى التّوصيّات التي يمكن أن تلجأ إليها هذه اللّجنة. وإذا تمّ تقديم مطلب تحيين إلى دوائر الرّسوم المجمّدة قبل تعهّد لجان تصفية الأحباس أو المحكمة الابتدائية، قد يشتغل رجال القانون بإمكانية التّخلّي من عدمه أو لوقف النّظر من طرف الهياكل المختصّة من عدمه، خاصّة وأنّ مرجع نظر هذه اللّجان والمحكمة الابتدائية قد يجمع اختصاصات تتجاوز في حقيقة الأمر ما عهد به إلى دوائر الرّسوم المجمّدة، مثل الإذن بالتّصفيق أو تعيين مصفّي أو إجراء القسمة. لذلك قد تثير المسألة بعض النقاش وتحدث جانبا من الخلافات، وإن نصّ المشرّع صراحة بالفصل التّاسع على تخلّي لجان التّصفية والمحكمة الابتدائية دون تفصيل. وإذا كان من اليسير القول بتخلّي لجان التّصفية والحالة تلك، فإنّه يصعب التّسليم بتخلّي المحكمة عن النّظر في جميع الطّلبات، حيث إنّها تبقى مختصّة بالنّظر في الحالات التي لا يمكن أن تعود بالنّظر إلى دائرة الرّسوم المجمّدة. وواضح أنّ المشرّع لم يقصد مثل هذه الصّور، بل قصد فقط الطّلبات التي لها علاقة بتحيين الرّسوم العقاريّة لا أكثر ولا أقلّ. ولا أظنّ أنّها تتجاوز مسألة تحديد المستحقّين وبيان أنصبتهم، والنّظر في طلبات المستنزلين والنّازلين، وإجراء المقاسمة صلحا. ولا يتعدّى ذلك إلى الإذن بالبيع أو حتّى إلى إجراء المقاسمة كرها.

تلك هي الإشكاليات التي يمكن أن تتعلّق بالمطلب المقدّم من كلّ ذي مصلحة، غير أنّ المشرّع أفرد تقديم المطلب من طرف إدارة الملكية العقارية بحكم خاص يتعيّن إبرازه.

ب- المطلب المقدّم من طرف إدارة الملكية العقاريّة

أجاز المشرّع بالفصل 11 من القانون عدد 34 لسنة 2001 لحافظ الملكية العقارية إمكانية طلب تعيين الرّسم دون أن يعلم الأطراف، والمفروض أن يكون الطلب بواسطة محامي أو المكلف العام بنزاعات الدولة بعد التنقيح الذي أورده المشرع بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 سابق الذكر. وجعل المشرّع هذه الإمكانية استثناء للقاعدة. والقاعدة أن يتولّى الطالب تقديم المطلب على النحو الذي سبق شرحه. وحتى لا تتعسّف الإدارة في استغلال هذه الإمكانية، وضع المشرّع جملة من الشروط الخاصة والإجراءات المميّزة.

فلا تملك إدارة الملكية العقارية التماس النظر في الرّسم العقاري إلاّ إذا توفّرت شروط شكلية وموضوعية. وتتعلّق الشروط موضوعية بالحالة الاستحقاقية للرّسم إذا ما أصبحت غير ثابتة بسبب حالة الشّيوخ اللامتناهية، أي تفرّع الملكية بين عدد كبير من المستحقّين دون ضبط المنابات الرّاجعة إلى كلّ مستحقّ⁸⁶⁹، أو بسبب عدم التّصحيح على المنابات الاستحقاقية الأصلية، وكثيرا ما تدرج حجج الوفايات بالسجل العقاري دون إدراج الفريضة. ولم يشترط المشرّع تحديد المنابات في صورة ترسيم نقل الملكية بموجب الوفاة، التي يكتفى فيها بترسيم مضمون وحجّة الوفاة، أو حتّى تعيين الشّخص المتوفّى⁸⁷⁰، أو بسبب تجاوز تلك المنابات، التي يمكن أن تكون نتيجة عدم التّصحيح على المنابات الرّاجعة إلى كلّ مستحقّ، ومن الوارد جدّا أن تشمل عمليّة البيع أو غيرها من العمليّات منابات معيّنة قد تفوق حقيقة ما يستحقّه البائع بالرّسم. ويستوى الأمر إن كان ذلك عن حسن أو سوء نية. والأغلب أن لا يتقطّن المشتري أو حتّى محرّر العقد إلى هذا النقص وإن اطلّعا على السّجل العقاري، أوغير ذلك من الأسباب الموجبة لتخليص الرّسم من الجمود، وهو ما يفيد أن المشرّع عدل عن فكرة حصر الأسباب الموضوعية في جملة من الصّور المحدّدة، وتكون الأسباب التي أوردها المشرّع قد جاءت على سبيل الذّكر وليس الحصر. ومن الممكن أن

869 وتذكرنا هذه الصّورة بما أورده المشرّع التونسي في خصوص سحب نظام الأراضي الاشتراكية على الأراضي التي أصبحت متناهية الإشاعة.

870 يراجع الفصلان 395 و396 م.ح.ع

تتواجد عدّة صور أخرى تجعل من الحالة الاستحقاقية غير ثابتة، ويعود ذلك إلى تقدير إدارة الملكية العقارية بداية وتقدير رئيس المحكمة العقارية نهاية.

ومن أهمّ الشروط الشكلية أن يكون الطلب في إطار نظر إدارة الملكية العقارية في طلبات التّرسيم أو التّشطيب المقدّمة بعد دخول القانون عدد 34 لسنة 2001 حيّز التّنفيد، أي أنّ إدارة الملكية العقارية لا تملك تقديم الطلب إذا كانت الطلبات قد صدرت أو وردت قبل دخول القانون المشار إليه حيّز التّنفيد، أو لم يتعلّق بالرّسم مطلب في التّرسيم أو التّشطيب.

ويرفع مطلب التّحيين إلى رئيس المحكمة العقارية بتونس دون إعلام المعنيين، ليطلب إحالة الرّسم العقاري إلى نظر الدائرة المختصة. وهي مجرد إمكانية، ليس فيها إلزام لمدير الملكية العقارية. ويخضع المطلب للسلطة التقديرية لرئيس المحكمة العقارية الذي يجوز له إمّا إحالة المطلب إلى دائرة الرّسوم المجمّدة أو رفضه على ضوء الملحوظات المقدّمة من إدارة الملكية العقارية. وإذا كان القرار هو الرّفص يطلب بداية تعليل هذا القرار، لكن لا شيء يمنع من إعادة الطلب عند الاقتضاء. ولا يمكن منطقيًا الطّعن في هذا القرار بأيّة طريقة.

وإذا استجاب رئيس المحكمة العقارية للطلب يحيله إلى دائرة الرّسوم المجمّدة المختصة، أي الدائرة التي يوجد بمقرّها العقار. وتتنظر هذه الدائرة في المطلب دون حاجة إلى تحريره من جديد وإشهاره بداية. لكنّ المحكمة لا يمكنها أن تنتظر في الأصل إلّا بعد استدعاء أصحاب الحقوق المرسّمة والأطراف المعنية لتقديم ملحوظاتهم ومؤيّداتهم. وإذا رأت من اللازم وقف التّعامل مؤقتًا على الرّسم تأذن لحافظ الملكية العقارية بإحالة جميع الرّسوم المقدّمة إليها إلى الفرع أو الدائرة المختصة، وتبتّ نهاية في جملة هذه الرّسوم عند النّطق بالحكم.

إنّ المشرّع افترض أن تتواجد بعض حالات الجمود، وأن يعرض المعنيون عن تقديم المطالب فيها، فمكّن مدير الملكية العقارية من هذه المبادرة. لكنّه لم يخضع هذه المطالب للإجراءات العادية التي سبق القول فيها، وهو تمييز لا أرى مبرّرًا له. فإذا جاءت المبادرة من الطّالب خضع المطلب لجملة من الإجراءات

اعتبرها المشرّع أساسية في حماية حقوق الغير، وإذا جاءت المبادرة من إدارة الملكية العقارية سقطت جملة الإجراءات.

ونتساءل أيضا عن الحكمة من اللجوء إلى المحكمة المركزية، وكان من المنطقي أن يرفع المطلب إلى الفرع المختص. وإذا كانت النية اتجهت إلى التقليل من عدد هذه المطالب، فالواقع يجيز لكل طالب مهما كانت صفته أن يرفع مطالبا في خصوص هذا الرسم ودون المرور عبر الإدارة المركزية. وبالتالي لا مجال لتبرير الإجراء بالضغط على عدد المطالب التي قد ترفع بناء على هذا الأساس. وكان من الوجهة منذ البداية أن يرفع هذا المطلب إلى أقرب جهة مختصة، والأكد أن حجم العمل أمام المحكمة العقارية سيرتفع كثيرا بعد أن خير المشرّع الاعتماد الكلي على الإجراءات القضائية في التحيين.

الفقرة الثانية: إشهار مطلب التحيين

تقوم الإجراءات العقارية سواء بالنسبة إلى الإجراءات المسحية أو الاختيارية على جملة من الإشهارات، وقد أراد المشرّع التونسي أن ينقل جانبا كبيرا من هذه الصور ويسحبها على مطالب التحيين رغم الفوارق الكبيرة التي من المفروض أن تميز مطلب التحيين عن مطلب التسجيل. وقد خير المشرّع التونسي أن تسجل الصكوك من جديد على أن تلغى بعد إعلام العامة بمطالب التحيين التي ستنتشر، ونظم طريقة إشهارية في مطالب التحيين التي من الممكن أن تشمل عدة صور (أ) وعلق على ذلك عدة آثار هامة (ب).

أ- طرق الإشهار وصوره

1- طرق الإشهار

عول المشرّع على ثلاث طرق في الإشهار، وهي التتصيص بالسجل العقاري، والتعليق بمدخل محكمة الناحية، والتعليق ببهو المعتمدية. حيث يتولى كاتب المحكمة بمجرد تقديم المطلب وإدراجه بالدفتر المعد لذلك توجيه نظير من المطلب ومضمون منه مع نسخ من المؤيّدات المقدّمة إلى الإدارة الجهوية للملكية العقارية الواقع بدائرتها العقار. وقد سبق القول إنّ الطالب يقدّم المطلب في نظيرين، نظير يحتفظ به بكتابة المحكمة ونظير يوجّه إلى إدارة الملكية العقارية.

ويتضمّن النّظير جميع التّنصيصات الضّروريّة التي سبق الإشارة إليها في باب تقديم المطلب، ويضاف إلى ذلك مضمون منه، وهي تنصيصات تكون تابعة للمطلب. وقد تقدّم أنّ المحكمة العقاريّة أعدّت مطبوعة لمطلب التّحيين والمضمون المستخرج منه. ويوجّه كاتب المحكمة كذلك نسخ من المؤبّدات المقدّمة التي من المفروض أنّ يتولّى الطّالب تقديمها.

وتتولّى الإدارة الجهويّة للملكيّة العقاريّة خلال الأسبوع الموالي لاتّصالها بذلك التّنصيص على مضمون المطلب بالرّسم العقاري والرّسوم العقاريّة المعنيّة، ووضع المطلب ومؤبّداته على ذمّة العموم بقصد الاطّلاع عليها دون مقابل. ويجب أن يتضمّن ذلك التّنصيص تاريخ إجرائه، و المحكمة المتعهّدة، وعدد المطلب وتاريخ تقديمه وموضوعه واسم الطّالب ولقبه واسم محاميه ومقرّه وبيان الحقوق والعمليّات المطلوب إدراجها⁸⁷¹.

ويعود تاريخ إجراء التّنصيص إلى تاريخ تضمين المطلب أوّل مرّة بإدارة الملكيّة العقاريّة، وقد ساهمت الإعلاميّة بقسط كبير في تضمين المطالب وبيان تاريخ ورودها أوّل مرّة. وعلى الإدارة الجهويّة للملكيّة العقاريّة إعلام المحكمة بإتمام التّنصيص المذكور وإفادتها بالحالة القانونيّة الأخيرة للرسم العقاري. ولربّما يشمل الرّسم عدّة مطالب تحيين، ويطلب في هذه الصّورة إعادة نفس الإجراء بالنسبة إلى كلّ مطلب، ولا يُكتفى بالتّنصيصات الأولى، اللّهمّ إلّا إذا شمل المطلب نفس الأطراف والموضوع، فيمكن في هذه الحالة إشعار المحكمة بذلك لإضافة هذه الوثائق إلى المطلب الأصلي. وي طرح بعض الإشكال إذا تعلّقت عدّة مطالب بنفس الرّسم في حدود أنّ إدارة الملكيّة تعتمد إلى إعلام المحكمة بمكتوب واحد بالنسبة إلى جميع المطالب، وهو ما يتطلّب إعادة نسخ هذه المكاتيب على عدد المطالب لإضافتها إلى الملفّات المعنيّة.

ويوجّه كاتب المحكمة في نفس الوقت، أي بمجرد تقديم مطلب التّحيين، مضمونا من المطلب إلى مركز محكمة النّاحية وإلى مركز المعتمديّة الكائن

⁸⁷¹ أضيف اسم المحامي موجب القانون عدد 67 لسنة 2009 بعد أن فرض المشرع ضرورة تقديم مطلب التحيين بواسطة محامي.

بدائرتهما العقّار. واكتفى المشرّع بمضمون المطلب وليس بنسخة المطلب. وقد أحدثت المحكمة العقارية مطبوعة خاصّة لهذا المضمون يشار به إلى عدد الرّسم العقاري أو الرّسوم العقارية والإدارة الجهوية للملكية العقارية والمحكمة المتعّدة وتاريخ تقديم المطلب وموضوع المطلب واسم الطّالب ولقبه ومقرّه والحقوق والعمليّات المطلوب إدراجها. ويتولّى قاضي النّاحية والمعتمد تعليق مضمون المطلب بمدخل المحكمة وببهو المعتمدية، حيث يلزم بقاؤه مدّة شهرين، وعليه إعلام كاتب المحكمة العقارية بوقوع ذلك في ظرف ثمانية وأربعين ساعة، أي أنّ مضمون المطلب يجب أن يبقى معلّقاً طيلة شهرين. ويعيد حاكم النّاحية والمعتمد في جميع الصّور الإعلام بالتعليق بعد إمضائه في ظرف ثمانية وأربعين ساعة.

2- صور الإشهار

فرّق المشرّع بين ثلاث صور في الإشهار: الإشهار الأصلي والإشهار الجديد والإشهار التكميلي. ويشمل الإشهار الأصلي التّصيص بالرّسم العقاري والتعليق بمركزي المعتمدية والنّاحية، وقد سبق القول في ذلك، وهو إشهار مطلوب بداية بالنسبة إلى المطالب التي يقدّمها الطّالب. على أنّ المحكمة العقارية يمكن في جلستها الحكمية أن تأذن بإتمام الإشهار الأصلي إذا تعذّر إتمامه بداية، ويمكن كذلك أن تأذن بإتمامه إذا صدر مطلب التّحيين عن إدارة الملكية. ويمكن للمحكمة كذلك أن تأذن بإشهار جديد بناء على تقديم الاعتراضات والتّدخلات طبق الطّريقة والإجراءات المبينة أعلاه، أي أن تأذن المحكمة بالتّصيص على مطلب المعارضة أو التّدخل بالرّسم العقاري وبالتعليق بمركزي محكمة النّاحية والمعتمدية. ويمكن للمحكمة أن تأذن إضافة إلى الطّرق المبينة بالإشهار الأصلي بإشهارات تكميلية سواء بإدراج مضمون المطلب بالزائد الرّسمي أو بإحدى الصّحف اليومية. وتكمن أهميّة هذه الإشهارات في قوّة الآثار التي علّقها المشرّع على هذه المؤسّسة.

ب- آثار الإشهار

هناك عدّة آثار هامّة (1)، ويبقى الحديث عن بعض الاستثناءات أمراً ممكناً (2).

1- الآثار المبدئية

المبدأ هو وقف التعامل على الرّسم، والإشارة بالشّهادات المسلّمة على التّنصيصات المتعلّقة بالمطالب. حيث نصّ الفصل 13 من القانون عدد 94 لسنة 2001 على أنّه " لا يجوز لإدارة الملكيّة العقّاريّة ابتداء من تاريخ التّنصيص على مضمون المطلب بالرّسم العقّاري مباشرة أيّة عمليّة في موضوعه وعليها أن توجّه إلى المحكمة ملفّات المطالب المقدّمة إليها في نفس الموضوع مع بيان تاريخ ورودها حسب التّنصيصات المثبتة بدفتر مطالب التّرسيم أو التّشطيب ". وأوّل ما يطرحه الفصل 13 من أسئلة هو بيان العمليّات التي تأتي تحت طائلته، وثانيا تحديد إجراءات توجيه الملفّات إلى المحكمة العقّاريّة.

ففيما يتعلّق بالعمليّات يمكن مبدئيّا أن يذهب التّفكير إلى منع جميع التعاملات على الرّسم إذا تعلّق به مطلب تحيين، حيث وردت أحكام الفصل 13 عامّة دون بيان أو ضوابط. لكنّ هذا لم يكن مقصد المشرّع على ما يبدو، باعتبار أنّه أشار إلى المواضيع التي تتعلّق بمضمون المطلب. معنى ذلك أنّ هناك مواضيع أخرى يمكن التّنصيص عليها إذا لم تتعلّق بموضوع التّحيين. وتكمن الصّعوبة في تحديد هذه المواضيع، خاصّة وأنّ جميع الأعمال التي يمكن أن تأذن بها محكمة التّحيين هي مبدئيّا عمليّات لها علاقة بمؤسّسة التّرسيم. ويخرج عن ذلك بطبيعة الحال المواضيع التي لها علاقة بالقيود الاحتياطيّة والاعتراضات التّحفظيّة والإنذارات وإصلاح الأخطاء الماديّة التي يمكن إدراجها ولو كان المطلب موضوع تحيين.

لكن هناك من الطّلبات ما يخرج عن مطالب التّحيين وإن تعلّقت المسألة بمؤسّسة التّرسيم، كما إذا تعلّق موضوع التّحيين بنقل الملكيّة الكاملة، والحال أنّ مطلب التّرسيم يتعلّق بالحقوق العينيّة المنقرّعة عن الملكيّة مثل حقّ الانتفاع أو حقّ الارتفاق، أو برهن عقّاري، والعكس صحيح. ويمكن كذلك أن لا تتعلّق الطّلبات بنفس الموضوع إذا شمل المطلب المقدّم إلى الإدارة أطرافاً وحقوقاً ليس لها علاقة بمطلب التّحيين، كما إذا فوّت أحد المستحقّين منابات معيّنة ليس لها علاقة بحقوق الطّرف الآخر وإن شملت نفس الرّسم. ففي جملة هذه الحالات لا

مانع من إدراج هذه العمليات باعتبار أنها تتميز عن موضوع التّحيين. وفعلا صدرت أخيرا عدّة مناشير داخلية تسمح للإدارات الجهوية للملكية العقارية بإدراج العمليات التي ليس لها علاقة بمطلب التّحيين، لكنّ دون أن تحدّد طبيعة هذه العمليات.

ويخلص من ذلك أنّ إدارة الملكية العقارية بإمكانها مبدئيًا قبول جميع العمليات وإدراجها، وعدم التّقيّد بحضر التّعامل على الرّسم، كلّما كانت لا تتعلّق بموضوع المطلب. والخوف أن تبقى المسألة خاضعة لتقدير الإدارة واجتهادها، لكنّ الخوف قد يتبدّد إذا علمنا أنّ الصّعوبات التي قد تحول دون تنفيذ حكم التّحيين أخيرا تعود إلى نظر محكمة التّحيين، وبإمكانها بالتّالي إمّا تعديل الحكم أو التّرسيمات الواردة بالرّسم العقاري، ومراقبة مدى شرعية إدراج هذه الحقوق اعتمادا على مبادئ السّجل العقاري بطبيعة الحال. لكنّ المشرّع يبدو من ناحية أخرى أنّه احتفظ بحقّ الإدراج لفائدة المحكمة العقارية التي بإمكانها وحدها حقّ تقدير مدى ارتباط الطّلبات بموضوع المطلب، وبالتالي فإنّ إدارة الملكية مدعوة إلى أن تضرب عن الاستجابة لجميع الطّلبات وتحيل الأمر إلى المحكمة العقارية التي أجاز لها المشرّع حقّ الإذن في الإدراج على الصّورة التي سيأتي القول فيها.

ويجب على إدارة الملكية العقارية أن توجّه إلى المحكمة العقارية ملفّات المطالب المقدّمة إليها في نفس الموضوع مع بيان ورودها حسب التّنصيصات المثبتة بدفتر مطالب التّرسيم أو التّشطيب. أي أن تتلقّى إدارة الملكية العقارية هذه الرّسوم وتدرجها بدفتر التّضمين، وقد ساهمت الإعلاميّة في تسهيل هذه الإجراءات، ثمّ تحيلها توّا إلى محكمة التّحيين مع ضرورة بيان تاريخ تضمينها. لأنّ هذا التّاريخ فيه من الأهميّة ما ينعكس على تقدّم بعض الحقوق عن الأخرى وقبول البعض دون الآخر. وقد علمنا أنّ تاريخ التّضمين هو التّاريخ الذي يعتمد في إيداع الحقّ بعد قبوله وإن تأخرت عمليّة الإدراج بالرّسم العقاري. وتأخذ المسألة عدّة أبعاد أخرى إذا تعلّقت البيوعات بنفس العقار، فالمضمّن أولاً يقدّم على الثّاني في المرتبة. لذلك ركّز المشرّع على تاريخ الورود المثبت بدفتر

مطالب التّرسيم أو التّشطيب. وستعتمد محكمة التّحيين هذه التّواريخ في قبول المطالب وتقديم البعض على الآخر.

وقدّمنا أنّ إدارة الملكيّة العقاريّة تسلّم جملة من الشّهادات أوردها الفصل 387 جديد م.ح.ع وعلى رأسها شهادة الملكيّة، وقد أراد المشرّع إعلام الغير بوجود مطالب التّحيين المتعلّقة بالرّسم سند الشّهادة، فألزم الإدارة ببعض التّنصيصات حيث نصّ الفصل 13 من القانون عدد 34 لسنة 2001 في فقرته الأخيرة على أنّه " يجب أن تتضمّن الشّهادات المسلّمة من إدارة الملكيّة العقاريّة الإشارة إلى التّنصيصات المتعلّقة بالمطالب المقدّمة في موضوع الشّهادات المذكورة."

ولا تخلو الآثار التي أرادها المشرّع لإشهار المطلب بالرّسم العقاري من آثار سيّئة، وإن كان لها بعض من الإيجابيّات، أولها أنّ وقف التّعامل على الرّسم فيه من الخسارة الكبيرة على مستوى التّعامل الاقتصادي، حيث إنّ وقف العمليّات العقاريّة المرتبطة بالرّهن والبيع والشّراء يعني وقف إنجاز المشاريع أو على الأقلّ المساهمة في تعطيلها بطريقة أو بأخرى. ورغم ما في هذا الحلّ من أمان، فإنّه قد ينقلب من ناحية أخرى إلى تجميد الرّسم. وثانيا لم يكن المشرّع واضحا في سياسة الحضر التي فرضها على إدارة الملكيّة العقاريّة، وتُبقى مسألة المواضيع التي لها علاقة بمطلب التّحيين والمواضيع التي ليست كذلك كثيرا من الاجتهادات والتّأويلات كما تقدّم. وستعكس المسائل الخلافيّة بالتأكيد على إجراءات التّحيين بالغموض والزّبية. وثالثا وهو المهمّ، لم يعط المشرّع موضوع مطلب التّحيين حقّ التّقدّم القانوني على المطالب اللاحقة، ولم يسحب آثار القيود الاحتياطيّة على مطالب التّحيين ولم يفكر في قيد مطلب التّحيين قيدا احتياطيّا. وأبقى مطالب التّحيين في سباق مع الطّلبات التي تأتي لاحقا، والمحالة إلى المحكمة العقاريّة مع احترام ورودها، والتي من الممكن تقديمها على الرّسوم سند مطلب التّحيين الأصلي. أي أن تبقى جميع الرّسوم خاضعة لاجتهاد المحكمة. لكنّ التّنصيص بالرّسم العقاري والشّهادات على وجود مطلب في التّحيين، يرفع عن الغير الذي يريد أن يتعاقد في موضوعه صفة حسن النّيّة، ويمثّل وسيلة

إعلام ناجعة بالنسبة إلى المحاكم الأخرى التي ربما تنتظر في نفس الموضوع كما تقدّم. وقد جاء بشرح أسباب القانون عدد 34 لسنة 2001 أن " غياب التّصيص بالقانون المذكور (القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أفريل 1992) على وجوب إشهار المطلب المقدّم إلى اللّجنة الجهويّة لتحيين الرّسوم العقاريّة وتخليصها من الجمود أدّى خصوصا في صورة إحالة المطلب من قبل حافظ المكيّة العقاريّة إلى أنّ إجراءات التّسوية تتم غالبا دون علم المعنيين بها بصفة مباشرة فضلا عن الغير."

2- الاستثناءات

المبدأ هو حضر التعامل على الرّسم بمجرد التّصيص على مطلب التّحيين كما تقدّم، لكنّ المشرّع سمح بالفصل 14 من القانون المذكور، واستثناء للقاعدة، لدائرة الرّسوم المجمّدة أو قاضي السّجلّ العقاري أو للدائرة الاستثنائية⁸⁷² كلّ في حدود اختصاصه الإذن بناء على طلب ممن له مصلحة بمواصلة مباشرة العملية المطلوبة لدى إدارة المكيّة العقاريّة بعد التّحقّق من عدم تعلّقها بالمطلب المنشور لدى المحكمة العقاريّة. وبالتالي فإنّ سلطة تقدير مدى تعلّق الطّلبات بموضوع مطلب التّحيين لا تعود في حقيقة الأمر إلى إدارة المكيّة العقاريّة، بل تختصّ بها نهاية المحكمة، والقول بحضر الإدراج بداية من طرف إدارة المكيّة هو القول الحقّ وحده. ويطلب من إدارة المكيّة على ذلك الأساس رفع يدها عن جميع العمليّات وما عليها إلّا إحالة الرسوم المقدّمة إليها إلى محكمة التّحيين. ويجوز في مثل هذه الصورة لكلّ طرف له مصلحة، ولا تشترط الأهليّة والصّفة، أن يطلب من قاضي السّجلّ العقاري، إذا كان هو المتعهّد بالمطلب، أو دائرة التّحيين إذا كانت هي المختصّة، الإذن بإدراج الطّلبات. وهو مطلب مستقلّ عن المطلب الأصليّ يجب عنه بقرار استيفائي، ليست له قوة التّصيصات الواردة بنصّ الحكم. ولكن لا يمكن لأجهزة التّحيين أن تأذن بهذا الإدراج إلّا إذا تأكّدت بحكم سلطتها التقديرية من عدم تعلّق بمطلب التّحيين المنشور لديها. ولا يكون

⁸⁷² أضيفت الدائرة الاستثنائية لأحكام الفصل 14 بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 بعد أن أصبح مطلب التّحيين قابلا للاستئناف.

للطلب علاقة بمطلب التّحيين إذا تعلّق بإحدى العمليّات التي سبق شرحها على وجه الإجمال. والواضح أنّ المشرّع أحاط بمطلب التّحيين بإجراءات هامة.

الفقرة الثالثة: إجراءات مطلب التّحيين

قدّمنا أنّ المشرّع قسّم الإجراءات بين قاضي السّجل العقاري ودائرة الرّسوم المجمّدة. ويبدو أنّه بقي متأثراً بالقضاء الفردي، ومن هذه النّاحية يطلب تحديد طبيعة ومضمون هذه الإجراءات سواء أمام قاضي السّجل العقاري أو أمام دائرة الرّسوم المجمّدة. ويبدو أنّ المشرّع لم يخالف الاتجاه العام المعتمد أمام المحكمة العقاريّة، فوقع الخيار على الإجراءات الفرديّة والاستيفائيّة والاستقرائيّة.

ولا يعتبر القضاء الفردي غريبا عن إجراءات المحكمة العقاريّة، بل إنّهُ يمثّل الأساس في عملها، فالقاضي المكلف الفردي هو الذي يشرف على الأبحاث المسحيّة، ورئيس لجنة المسح هو الذي يتّخذ القرارات الفرديّة في إطار أحكام مرسوم 1964 المتعلّق بالمسح الاجباري، كما أنّ القاضي المقرّر هو الذي ينهي الأبحاث في الملفّات الاختياريّة، ولا ننسى أحكام الفصل 315 م.ح.ع قبل إلغائه متى أسند اختصاص التّحيين بداية إلى رئيس المحكمة العقاريّة. وجاء بشرح الأسباب " أنّه تمّ إحداث قضاء فردي وتكليف قاضي مختصّ بوظائف مشابهة لرئيس لجنة المسح العقاري "، وتمّ " الاستناد إلى القضاء الفردي للبتّ في المطالب التي لا تمسّ بأصل الحقّ. " وعلى ذلك الأساس لا يعتبر قاضي السّجل العقاري قاضي فردي باحث بل هو جهاز قضائي أوكل إليه المشرّع البتّ في نوع معيّن من القضايا. وهو بذلك يختلف عن القاضي المكلف أو القاضي المقرّر الذين يعتبران قاضيين مكلفين بالبحث لا أكثر ولا أقلّ. وهو جهاز فردي مستقلّ، ولا يستمدّ سلطاته من هيئة المحكمة، بل إنّهُ يعيّن من طرف رئيس المحكمة العقاريّة، ويتعهّد بالملفّ من البداية إلى النّهاية. حيث يكلف رئيس المحكمة العقاريّة بقرار أحد القضاة المقرّرين بها للقيام بوظائف قاضي السّجل العقاري، على غرار الحاكم المكلف ورئيس لجنة المسح بالإجراءات المسحيّة، وعلى خلاف القاضي المقرّر بالإجراءات الاختياريّة. وقد تأسّس هذا الحلّ على أحكام الأمر المؤرّخ في 19 فيفري 1957 المتعلّق بإعادة

تنظيم المجلس المختلط العقاري بالبلاد التونسية التي تقتضي إشراف رئيس المحكمة العقارية على نظام الجلسات وتركيباتها وإتمام الأبحاث في القضايا المنظورة لديها (الفصل 8). ويتعهد قاضي السجل العقاري بالمطلب بمقتضى إحالة من رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه بعد أجل شهرين من تاريخ التتصيص على مضمون المطلب بالرسم العقاري. ويدخل ذلك ضمن الوظائف الإدارية الموكولة إلى رئيس المحكمة أو من ينوبه أي رئيس الفرع.

لكن دائرة الرسوم المجمدة تبقى هي الأساس في عملية التحيين، وهي الحق العام والجهة الطبيعية في ذلك. وتتشكل دائرة الرسوم المجمدة بمناسبة النظر في المطالب التابعة لكل فرع، وهي نفس الدائرة التي تنتظر في بقية الملفات العادية والمسحية، والمعلوم أن رئيس المحكمة العقارية هو الذي يتولى بموجب قرار مع بداية كل سنة قضائية تنظيم الجلسات بالفروع وتركيباتها. وتتركب الدائرة من وكيل رئيس وقاضيين، ويمكن للقضاة في كل الحالات المشاركة في فصل القضايا التي كلّفوا بتقريرها على غرار الإجراءات المسحية، وخلافا للإجراءات العادية⁸⁷³. وتتعهد الدائرة بموجب إحالة من طرف رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه، بعد انقضاء شهرين من تاريخ التتصيص على مضمون المطلب بالرسم العقاري.

ويبدو أن المشرع انحاز إلى إجراءات المواجهة بالنسبة إلى دائرة التحيين حيث نص الفصل 18 من القانون عدد 34 لسنة 2001 على أنه " يتعين في الطلبات الرامية إلى: التشطيب على ترسيم أو إبطال تشطيب أو تعديل ترسيم أو حط من ترسيم أو الاعتراف بحق المغارسي أو قسمة الأرض المغروسة استدعاء المطلوب إلى الجلسة التي تعينها دائرة الرسوم المجمدة طبق الصيغة المبينة بالفصلين 342 و343 من مجلة الحقوق العينية. ويمكن لدائرة الرسوم المجمدة إذا لم يبلغ الاستدعاء حسب الصيغة المذكورة أن تأذن للطالب باستدعاء المطلوب بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة عدل منقذ". وقد جاء بشرح الأسباب " أن المشرع أقر مبدأ المواجهة بالنسبة إلى بعض

الطلبات التي يحتمل أن تثير نزاعاً بين الخصوم ويتّضح ذلك خصوصاً في وجوب احترام الطالب لمبدأ المواجهة عن طريق استدعاء المطلوب للجلسة التي تعينها دائرة الرسوم المجمّدة حتّى يمكن لكلّ طرف إبداء ملحوظاته بخصوص المؤيّدات المضافة والأبحاث المجرة في القضية ووجوب احترام المحكمة لمبدأ المواجهة وذلك بإلزامها ولو دون طلب، بالإذن باستدعاء المطلوب ممّا يقتضي أنّ دائرة الرسوم المجمّدة يجب أن تعتمد ولو من تلقاء نفسها صيغة المواجهة بين الخصوم في الإجراءات أو الوسائل التّحضيرية المأذون بها من قبلها وهو ما يبرّر في صورة الإخلال بذلك المبدأ تمكين كلّ من له مصلحة من الطّعن لاحقاً في الحكم الذي أضرّ بحقوقه. كما حدّد المشرّع الطلبات الخاضعة لمبدأ المواجهة (التّشطيب على ترسيم، تعديل ترسيم، حطّ من ترسيم، الاعتراف بحقّ المغارسي أو قسمة الأرض المغروسة) واستثنى بقية الطلبات المنظورة لدائرة الرسوم المجمّدة: ترسيم، تنصيب، إصلاح ترسيم، ضبط المناوبات الاستحقاقية، التّخصيص بقطعة أو قطع يتمّ استخراجها من الرسم، حلّ الأحباس. وذلك اعتماداً على إمكانية الاحتجاج على الغير بخصوص الطلبات بالإشهار القانوني لجميع المطالب.

ويخلص من ذلك أنّ المشرّع حدّد موضع الإجراءات التّنازعية، ومكان المواجهة وحالاتها، وافترض أنّها لا يمكن أن تتوقّف في الطلبات الرّامية إلى التّرسيم والتّنصيب وإصلاح التّرسيم وضبط المناوبات الاستحقاقية والتّخصيص بقطعة أو قطع وحلّ الأحباس. وهو رأي لا يخلو من نقاش، لأنّ الطلبات الناشئة عن حلّ الأحباس والتّخصيص بقطعة أو بقطع حسب المفهوم الذي سبق شرحه، ستكون بالضرورة إجراءات تنازعية. وهو ما يفيد أن أحكام الفصل 18 ليست حصرية، وبالإمكان أن تأذن المحكمة باستدعاء الأطراف كلّما رأت ضرورة في ذلك، لتبقي على مبدأ المواجهة.

وإذا أخذنا باتجاه الفصل 18 سابق الذكر، تبقى الإجراءات الاستثنائية فاعلة في جميع الصّور التي لم تذكر بهذا الفصل، وبالتالي يمكن لدائرة التّحيين أن تعالج الطلبات بصرف النّظر عن ضرورة حضور الطّرف المقابل من عدمه،

إن وجد بطبيعة الحال، حيث اكتفى المشرع فيها بإجراءات الإشهار⁸⁷⁴. ولا يلزم الطالب باستدعاء الأطراف، ولا تلزم المحكمة بإثارة المسألة من تلقاء نفسها. ومع ذلك سوف يكون لهذه الإجراءات نفس الآثار، فيمنع الطعن فيها بأي طريقة كانت.

واستثنى الإجراءات الخاصة بقاضي السجل العقاري من إجراءات المواجهة " وذلك اعتماداً على إمكانية الاحتجاج على الغير بخصوص الطلبات بالإشهار القانوني لجميع المطالب..". وبالتالي فإن قاضي السجل العقاري هو هيئة قضائية غير حكومية⁸⁷⁵، أي أن جميع الإجراءات أمام قاضي السجل العقاري هي إجراءات استئنائية على غرار الإجراءات التي يعتمد عليها رئيس لجنة المسح. والمعلوم أن الإجراءات الاستئنائية لا تقتضي استدعاء الطرف المقابل، وتباشر عادة بالمكتب، ويستجاب للطلب أو يرفض على ضوء ما يقدمه الأطراف من ملحوظات كتابية أو شفاهية، وتذكرنا هذه الإجراءات بالأذن على العرائض أو الأوامر بالدفع في إطار مجلة المرافعات المدنية، وعادة ما تتصف هذه الإجراءات بالوقتية حيث يجوز الرجوع فيها، لكن الإجراءات المتبعة أمام قاضي السجل العقاري لا تسمح بذلك، حيث إن الأحكام التي يتخذها قاضي السجل العقاري لا تقبل إلا الاستئناف على معنى التعديل الأخير بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009.

وتتميز الإجراءات العقارية سواء في مرحلة التسجيل أو في مرحلة التحيين بإجراءات استقرائية. وتكون الإجراءات استقرائية إذا تدخل القاضي في النزاع بطريقة إيجابية، على خلاف الإجراءات الادعائية متى يطلب من القاضي أن يبقى في دوره السلبي ليعلن في آخر المطاف عن الفائز في المباراة. ويطلب من

⁸⁷⁴ بصرف النظر عن طبيعة هذا الإشهار في جعل الإجراءات تنازعية أو إبقائها استئنائية، حيث يرى جانب من الفقه أن جميع الإجراءات أمام المحكمة العقارية هي في نهاية الأمر إجراءات تنازعية، فيقوم الإشهار مقام الاستدعاء.

⁸⁷⁵ على خلاف الإجراءات القضائية الحكومية أي التنازعية.

على كحلون، الصلح في المادة المدنية، القضاء والتشريع جولية 1998، ص 37.

حمادي الرائد، اتصال القضاء في المادة المدنية، المرجع السابق، ص 13.

محمد الطاهر الحمدي: العمل القضائي والعمل الولائي، القضاء والتشريع، مارس 1998، ص 55.

القاضي أن لا يبقى على حياده من الوجهة الفنيّة ولا يكتفي بطلبات الأطراف، وبإمكانه أن يثير جميع الدفوعات وإن كانت لا تهمّ النظام العام. وتقتضي الإجراءات العادية في المواجهة أن يلتزم القاضي بطلبات الطالب، وأن لا يثير من المسائل إلّا ما شمل النظام العام. لكنّ هذا المطلب لا يتحقّق بالنسبة إلى قاضي التّحيين المنتفع بإجراءات استقرائيّة، بمعنى أنّ دائرة التّحيين يمكن أن تثير جملة من الإشكاليّات لم يتعرّض لها الطالب أصلاً، بل إنّ بإمكان قضاة المحكمة العقاريّة ترك طلبات الطالب على جهة وإثارة جملة من الدفوعات وإن كانت لا ترتبط بالمصلحة العامّة، ويطلب منهم تتبّع النقائص أين وجدت لرفع الجمود عن الرّسم. وبطرح السّؤال حينئذ عن قيمة بيانات المطلب إذا كانت لا تلزم المحكمة، وهو ما يسمح بعدم التّصيص عليها والتّغافل عنها أصلاً. وقد حافظ القانون الجديد على نفس الإجراء، فيطلب من هياكل التّحيين سواء كانت دائرة التّحيين أو قاضي السّجلّ العقاري دور هامّ في الإجراءات، ولها أن تثير جملة المسائل التي لها علاقة بالمطلب دون أن تكتفي بالطلبات الأولى، ولها أن تتخذ من تلقاء نفسها جميع القرارات في اتّجاه التّحيين، وستكون لهذه المطالب أهميّة كبيرة في باب التّحيين الكلّي للرّسم. ولها على وجه الخصوص أن تدخل كلّ طرف بالقضيّة ولو بدون طلب، أو أن تسمع البيّنة التي تراها لازمة، أو أن تثير جملة الدفوعات مهما كانت طبيعتها ولو لم يكن لها علاقة بالمصلحة العامّة. وهو اتّجاه استقرائي يختلف عن مضمون الإجراءات الادّعائيّة، وسنعلم في بابه الحدود التشريعيّة التي سلّطها المشرّع على المبدأ الاستقرائي بالنسبة إلى أعمال دائرة التّحيين. وقد أخذ المشرّع على عاتقه بيان هذه الوسائل بالفصل 17 من القانون عدد 34 لسنة 2001 بقوله: " تجري دائرة الرّسوم المجمّدة وقاضي السّجلّ العقاري التّخليصات اللازمة ويأذن كلّ فيما يخصّه بما يراه من الوسائل التّحضيريّة كالاختبار والبحث والتّوجّه على العين وأخذ رأي إدارة المكيّة العقاريّة. ولهما على الأخصّ أن يأذنا بإتمام الإشهار الأصلي للمطلب أو إجراء إشهار جديد بناء على تقديم الاعتراضات أو التّدخلات طبق الصّيغ والإجراءات المبينة بالفصل 12 من هذا القانون أو إجراء إشهار تكميلي إضافة إلى ذلك يتمّ

إدراجه بالرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة وبإحدى الصّحف اليوميّة. ولهما أن يأذنا بسماع كلّ من يخشى المساس بحقوقه بموجب الحكم الذي سيصدر عنهما ويمكن التّرخيص للغير في الاطّلاع على الملفّ أو نقل صورة منه. كما يمكن لهما طلب أيّة وثيقة صالحة من كلّ الإدارات والمؤسّسات العموميّة أو الخاصّة أو أيّ شخص مادي." وأضاف الفصل 19 أنّهما يأذنا بإقامة المثال النّهائي أو تعديله عند الاقتضاء. والقول موجّه إلى قاضي السّجل العقّاري ودائرة الرّسوم المجمّدة بطبيعة الحال⁸⁷⁶.

876 1-الاختبار: تلجأ محكمة التّحيين عادة إلى تعيين خبراء سواء في قيس الأراضي أو في الفلاحة، لغاية تطبيق الرّسوم المحتجّ بها للتّأكّد من شمولها للرّسم العقّاري موضوع التّحيين، أو لغاية إعداد الأمثلة الهندسيّة أو لغاية التّخصيص بقطعة أو قطع أو لغاية قسمة الأرض المغروسة. وعادة ما يكون هذا التّقرير سند الأعمال الفنيّة التي تتولّاها إدارة قيس الأراضي لاحقا، خاصّة إذا تعلّق الأمر بأعمال قسمة أو تخصيص أو أي عمل فني آخر ينجرّ عنه إحداث رسوم عقّاريّة جديدة. وتبقى الإجراءات العاديّة فاعلة في تحرير المأموريّة و تعيين الخبير وأجال تقديم التّقرير وإجراءات القدح وتحديد واجبات الخبير والتزاماته على معنى الفصول 101 م.م.م.ت وما بعد والقانون عدد 61 لسنة 1993 المؤرّخ في 23 جوان 1993 المتعلّق بالخبراء (الرّائد الرّسمي بتاريخ 29 جوان 1993، ص 899).

ويمكن أن يأذن بهذه الخبرة سواء قاضي السّجل العقّاري أو دائرة الرّسوم المجمّدة في إطار الأعمال المتعهّد بها أو القاضي المقرّر في إطار تنفيذ الأحكام التّحضيريّة المأذون بها من طرف دائرة الرّسوم المجمّدة، ويجب على الأطراف أو الأحرص منهم تسقية المصاريف اللّازمة طبق الإجراءات العاديّة المعمول بها.

2-البّحث: تبقى الأبحاث التي يمكن أن تتولّاها أجهزة التّحيين هي الأساس، على أن قاضي السّجل العقّاري، وقد علمنا أنّه ليس قاضيا باحثا وإنّما هيئة حكم، سيتولّى إنهاء الأبحاث بنفسه، لكنّه لا شيء يمنع من تعيين غيره في البّحث، وتكفّل دائرة الرّسوم المجمّدة أحد أعضائها لإنهاء البّحث، وقد علمنا أنّ القضاة بإمكانهم المشاركة في فصل القضايا التي كلّفوا بتحريرها في إطار أعمال التّحيين، وقد يكون قاضي السّجل العقّاري باعتباره قاضيا ضمن هيئة الدائرة. ويمكن في هذا الإطار أن تأذن دائرة الرّسوم بإنهاء عمل معيّن، فيتقيد القاضي المقرّر بمنطوق الحكم التّحيزي، أو أن تعهد إليه بدراسة كامل الملفّ دون تحديد. ويجوز لأجهزة التّحيين في هذا الإطار على وجه التّخصيص:

-دراسة الملفّ وإعداد تقرير: أوّل الأبحاث التي يجب الإذن بها من طرف دائرة الرّسوم المجمّدة أو مباشرتها من طرف قاضي السّجل العقّاري هي القيام بدراسة كاملة للمطلّب، انطلاقا من محتوى الرّسم العقّاري ومرورا بالتّخصيصات الواردة به، وانتهاء إلى مضمون الرّسوم المقدّمة والصّعوبات المتعلّقة بها، مع بيان طريقة رفع الجمود على الرّسم. وهو عمل مطلوب بالنسبة إلى جميع المطالب، حتّى يبقى قاضي السّجل أثرا لعمله يستفاد منه في صورة الطّعن في هذا الحكم، أو في صورة الإصحاح والصّعوبة كما سيأتي. والتّخلّف عن تحقيق هذا الغرض نقص له سلباته وآثاره على مستوى الإجراءات اللاحقة.

-التّحرير على الأطراف: من المستحسن في أغلب الصّور التّحرير على الأطراف، بما في ذلك الطّالب والمعارض والمتداخل، وذلك لتوضيح بعض المسائل الغامضة وفهم محتوى الرّسوم والحجج. وقد يكون الصّالح في بعض الحالات التّنازعيّة مسلّكا مطلوبا يعتدّ به لرفع الجمود، ولا يمكن أن يتحقّق ذلك إلّا بحضور الأطراف. لكنّ التّحيين يقتضي الإذن بترسيم الصّكّ سند الحقّ، وليس العكس، وبالتالي يطلب تحرير الصّكّ عند الاقتضاء في مثل هذه الصّور.

وقد يكون ذلك واجبا إذا اقتضت الإجراءات تلقّي مصادقة البعض على تخصّص الطّالب بجزء مفرز طبق الإجراءات الجديدة.

-التّحرير على الخبير: يطلب التّحرير على الخبير مكثّبا كلّما بقيت عدّة مسائل غامضة بتقريره، فيستدعى الخبير للحضور لدى القاضي المقرّر أو قاضي السّجل العقّاري للغرض.

-سماع من يخشى المساس بحقوقه: رأينا أنّ المحكمة تلتزم بمبدأ الاستقرار في إجراءاتها، وهو ما يسند إليها الحقّ في استدعاء أيّ طرف قد تكون له علاقة بالمطلّب، ويمكنها على وجه الخصوص تكليف

ولسائل أن يسأل عن مدى الإضافة التي أوردتها المشرع من خلال هذه الفصول، خاصة وأنها تضمنت نفس المبادئ العامة العقارية المعمول بها سواء بالإجراءات المسحية أو العادية، كما أن القائمة التي أوردتها المشرع لا هي بالقائمة الحصرية ولا هي بالقائمة الآمرة، والكل يعلم أن النظام في الإجراءات الاستقرائية لا يتحدد بمضمون من حيث المبدأ، وبالتالي لا فائدة من التنقيص على جملة هذه الأمثلة وقد علمنا أنه يمكن الرجوع إلى المبادئ العامة، والقاعدة

الطالب باستدعائه، وتكلف القاضي المقرر بسماعه أو مطالبته بالرسم التي قد تكون لها علاقة بالرسم، وبالإمكان على هذا الأساس إدخاله بالملف. والأمر كذلك بالنسبة إلى قاضي السجل العقاري.

-الاطلاع على ملفات التحسين الأخرى: قد يكون الاطلاع على ملفات سبق فصلها فيها من الفائدة ما يؤثر على اتجاه المحكمة، خاصة إذا توقرت مواطن الربط.

-الترخيص للغير في الاطلاع على الملف وأخذ صورة منه: وفي إطار أعمال الاستقراء يمكن لهياكل البحث الإذن للغير الاطلاع على الملف وحتى تصويره، لغاية الوقوف على ادعاءات الأطراف والجواب عند الاقتضاء. وهي قاعدة عامة تسمح بها المحكمة حماية لحقوق الدفاع. وتباشر جملة هذه الاستقراءات مكتيباً، لكن التوجه على العين ربما كانت له بعض الفائدة.

3-التوجه على العين: يعتبر التوجه على العين الأساس في إجراءات التسجيل، حيث يطلب تطبيق الرسوم وسماع البيّنة والتثبت من الحوز والتصرف الذي عادة ما يكون له قول الفصل. ولكن أهميته قد تنقل بالنسبة إلى إجراءات التحيين، والسبب أن المشرع لا يأخذ بقاعدة التقادم بالنسبة إلى الأراضي المسجلة، وباليته فعل. لكن الفائدة من التوجه تبقى قائمة ربما للتأكد من شمول الكتائب لكامل الرسم، أو لسماع البيّنة لغاية التأكد من استقرار الطالب، وربما كان ذلك سبباً يساعد على إتمام التخليص على معنى المفاهيم التي سبق شرحها.

ويفرض التوجه على عين المكان إذا تعلقت المسألة بطلبات الاعتراف بحق المغارسي، لأنه يطلب التحقق واقعياً من إطعام الأشجار وتنفيذ مقتضيات عقد المغارسة حتى يقوم الاعتراف بحق المغارسي أو بالطلبات الناشئة عن حل الأحباس خاصة فيما يتعلق بالاعتراف بحق النزول للحائزين. وقد وقفنا على المعنى الذي أرادته المشرع لهذه المؤسسات.

ومن المفروض أن يؤمن الأطراف أو الأحرص منهم مصاريف التوجه، على معنى الفصل 344

ع.م.ع.

4-رأي إدارة الملكية العقارية: نعتبر أن اللجوء إلى طلب رأي إدارة الملكية من قبيل الاستحسان في جميع الصور. وإن كان الرأي لا يلزم المحكمة في نهاية الأمر، فإن الوقوف على آخر تنقيصات الرسم فيه من الفائدة الكثير والضمانات ما يكفل تناسق بيانات السجل ونص الحكم.

5-الإشهار: قدمنا أن هياكل التحيين بإمكانها أن تأذن إضافة إلى الإشهار الأصلي بإجراء إشهار جديد طبق نفس المواصفات الأصلية، ولها كذلك أن تلجأ إلى الإذن بإتمام إشهار تكميلي. وعلى الأطراف أن يؤمنوا المصاريف الضرورية عند الاقتضاء طبق الإجراءات العادية. ورغم الانتقادات التي توجه عادة إلى مثل هذه الطرق في الإعلام، فإن المشرع رأى فيها الحل الصواب والاتجاه السليم.

6-مكاتبة الإدارات: قد تلجأ المحكمة إلى مكاتبة الإدارات لاستيضاح بعض المسائل أو لطلب بعض الوثائق سواء تعلقت بالحالات المدنية أو بالعقود والكتائب أو حتى بالأمور الفنية، ويدخل في ذلك إدارة التجهيز والبلدية وإدارة الجباية وغيرها. لكن هذا الحل قد يصطدم بعدة مبادئ قانونية ولعل أهمها ما يتعلق بحماية الحياة الخاصة والمعطيات الشخصية والسر المهني. ثم إن الإدارة عادة ما لا تعطى مآلاً للمكاتبات لأنها ليست ملزمة في نهاية الأمر. وربما كان الحل يقتضي وضع قانون خاص في إطار أعمال التحيين لجعل الإدارة ملزمة بتمكين محكمة التحيين بالوثائق المطلوبة، وقد يساهم ذلك في رفع الجمود على بعض الرسوم.

7-إقامة الأمثلة الهندسية: تقتضي أعمال القسمة أو التخصيص أو التجزئة بالضرورة الإذن لديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط بإقامة أمثلة نقل الملكية التي ستكون الأساس في إحداث رسوم عقارية جديدة. لكن المشرع أجاز لكل مهندس مساح مصادق عليه طبق الصيغ القانونية إقامة هذه الأمثلة.

أن لا يكرّر المشرّع نفسه. بل ما كان من الضروري أصلاً بيان كلّ ما يتعلّق بالحكم.

الفقرة الرابعة: الحكم في مطلب التحيين

تتمتع دائرة الرسوم المجمّدة بدور هامّ في إنهاء الأبحاث على النّحو الذي تقدّم، وتمرّ القضية بالضرورة بجلّسات تحضيرية متى يتمّ تبادل الملحوظات بين جميع الأطراف أو بين المحامين عند الاقتضاء، وتأذن المحكمة بما تراه صالحاً من الأبحاث، وتصرف القضية نهاية إلى المفاوضة والتّصريح بالحكم، وينفّذ هذا الحكم طبق الإجراءات العادية للأحكام العقارية. وينظر قاضي السّجل العقاري في المطلب على ضوء ما يقدّمه الأطراف من ملحوظات كتابية أو شفاهية، ويصدر في نهاية الأمر حكماً بالتّرسيم في حدود اختصاصه. وأخذ المشرّع الحديث على عاتقه بيان الخيارات التي يمكن أن تعتمد أجهزّة التّحيين في أحكامها (أ)، وضبط إجراءات التّنفّيز والصّعوبات المتّصلة بذلك (ب)، وحدّد الطّبيعة القانونيّة لحكم التّحيين (ت).

أ- خيارات المحكمة

المفروض أنّ المحكمة لا يمكن أن تمرّ إلى المستوى الأصلي (2) قبل حسم المستويات الشّكلية (1)

1- على المستوى الشّكلي

تراقب المحكمة، سواء كانت في شكلها المجلسي -دائرة الرسوم المجمّدة- أو في شكلها الفردي -قاضي السّجل العقاري-، شكليات المطلب، وإذا وقفت على الخلل بالإمكان القضاء برفض المطلب على المستوى الشّكلي. ويدخل في هذا الباب مراقبة أهليّة الأطراف ومصلحتهم وصفتهم في القيام، ومراقبة بيانات المطلب والوثائق المصاحبة، والتّحقّق من إنهاء أعمال الإشهارات وآجال التّعهد. وقدّمنا أنّ توفّر الأهليّة والمصلحة والصفة شرط أساسي من حيث المبدأ يفترض تحقّقه بالنسبة إلى المطلب الأصلي والمطلب العرضي والتّدخل. وبالإمكان رفض الطّلبات على المستوى الشّكلي إذا لم يحترم الطّالب هذه الموجبات. لكنّ المحكمة العقاريّة دأبت على عدم مراعاة الجوانب الشّكلية أمام

رغبة التّحيين، وقلّما يمثّل الجانب الشّكلي أحد اهتمامات المحكمة، ولم ينصّ المشرّع بالقانون عدد 34 لسنة 2001 إلّا على شرط المصلحة، وبالتالي من الجائز أن لا يرفض المطلب الأصلي إذا تدارك الطّالب النّقص أثناء نشر المطلب، أو كانت المصلحة قائمة دون الصّفة أو الأهليّة. كما أنّ الاعتراض من الممكن أن يقبل من عدّة أطراف لا تتوفّر بهم شروط الصّفة والمصلحة، على غرار الاعتراض المقدّم من طرف وكيل الجمهوريّة وحاكم النّاحية وغيرهما.

وقد تنقاد المحكمة العقاريّة من حيث المبدأ إلى رفض المطلب شكلا إذا تخلف الطّالب أو المعارض أو المتدخل عن احترام موجبات بيانات المطلب والوثائق المصاحبة. وقد انتهى المشرّع بالفصل 10 سابق الذكر إلى وضع شروط تتعلّق بالبيانات المراد إدراجها بالمطلب، وهي في نهاية الأمر بيانات لها علاقة بالطّالب وموضوع المطلب والرّسم العقاري ذاته، على غرار البيانات التي اشترطها المشرّع بالنسبة إلى تقديم مطلب التّسجيل الاختياري، بما في ذلك البيانات التي تتعلّق بطالب التّسجيل والأجوار والعقار موضوع المطلب وحالته الاستحقاقية. ولا شكّ في أنّ مثل هذه البيانات يهّم مبدئيّا الإجراءات الأساسيّة على معنى الفصل 14 م.م.م.ت، لأنّها تمثّل التّنظيم الأساسي لإجراءات المحكمة العقاريّة التي أرادها المشرّع من خلال القانون عدد 34 لسنة 2001، ومؤدّى ذلك أن ترفض المحكمة جميع المطالب التي لا تتضمّن البيانات المطلوبة، لأنّ المطلب الذي لا يحترم الإجراءات الأساسيّة يعتبر باطلا ولا يعتدّ به. وفعلا اعتمد المجلس المختلط هذا التّوجّه بالنسبة إلى مطالب التّسجيل العادية في أكثر من مناسبة. لكنّ ذلك لم يمثّل القاعدة، وكثيرا ما تتغافل المحكمة العقاريّة عن التّمسك بجملة هذه البيانات وهذه العناصر الشّكلية، وقليل ما يمثّل العنصر الشّكلي سببا من أسباب الرّفص، وتسعى في معظم الصّور إلى مواصلة الإجراءات إذا رفع الخلخل خلال نشر المطلب، وتأذن في أقصى الحالات بإجراء إشهارات تكميلية، ممّا جعل رجال القانون يؤكّدون على امتداد السّنوات

الفارطة أنّ المحكمة العقارية بإمكانها تجاوز المسائل الشكلية، وأن تقضي دون مراعاة ضوابط مجلة المرافعات المدنية⁸⁷⁷.

والحقيقة أن البيانات التي أوردها المشرع ليست من الإجراءات الأساسي في شيء، فهي مجرد ضوابط شكلية، لا ينجز عن عدم احترامها أيّ جزاء، طالما أنّ المشرع لم يرتّب الجزاء المناسب عن مخالفتها. وغفل القانون عدد 34 لسنة 2001 كذلك عن الجانب الجزائي في البيانات المفروضة، وكان من المفروض أن ينصّ المشرع على أنّ الإدلاء ببيانات كاذبة يمثل جريمة يعاقب عنها القانون بنصّ خاص. ولذلك رآنا رجال القانون أجمعوا على اعتبار اعتماد بيانات كاذبة بسبب تدخّل الغير وتغريبه يمثل جريمة التّحيل، والأمر نفسه يمكن تبنيه بالنسبة إلى مطلب التّحيين⁸⁷⁸.

ومن الإجراءات الهامة التي جاء بها التشريع الحديث هو إشهار مطلب التّحيين أو مطلبي الاعتراض والتّدخل على النحو الذي سبق، وقد وضعه المشرع على كاهل كتابة المحكمة. ويطلب حينئذ من المحكمة في طورها الحكمي أن تراقب إنهاء الإشهارات القانونية في وقتها، ولا يتصور أن يصدر الحكم دون مراعاة هذه الجوانب، والأكد أن تأذن المحكمة بإنهاء كلّ إجراء يتعلّق بهذا الباب عند الخلل. ويطرح السؤال عادة إن كانت ضوابط الإشهارات التي أوردها المشرع تهمّ النظام العام أم أنّها تحمي مصالح شخصية لا أكثر ولا أقلّ؟ وهل يجوز مخالفتها أو النزول بها إلى مستوى معيّن؟ ولايتعلّق السؤال بالإشهارات التكميلية أو الإشهارات الخاصة بالمعارضات والتّدخلات لأنّها تخضع في نهاية الأمر إلى تقدير هيئة الحكم، حيث يجوز الإذن بإتمامها أو التّخلف عن إجرائها. لكنّ المسألة تهمّ الإشهار الأصلي.

يبدو مبدئياً أنّها شكلية لها علاقة بالإجراءات الأساسية وأراد لها المشرع أبعاداً في غاية من الأهمية بحكم قدرتها على إعلام الغير، وبالتالي المحافظة

⁸⁷⁷ George Soulmagnon: op.cit., p. 38. « le tribunal a la liberté d'agir aux mieux des intérêts en cause sans être tenu d'observer les règles du code de procédure ».

⁸⁷⁸ ALBERT Bessis : Essai sur la loi foncière tunisienne . Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris 1912, p. 62.

على حقوق الغائب والقاصر. ومن هذه الناحية يكره مخالفتها أو حتى التضييق في مضمونها. وقد تسقط الأعمال اللاحقة في حكم الفساد إذا تخلف الإجراء الأساسي. لكنّ المشرّع لم يضع الجزاء المناسب. وتبدو الإشهارات في نهاية الأمر وكأنّها شكل من أشكال التنظيم لا يبطل الإجراءات إن تغافلت المحكمة عن إتمامه. لكنّ المحكمة العقارية عادة ما تحترم ضوابط الإشهارات، لأنّها ترى فيها الأساس في العلنية العقارية. ومن الجائز أن تأذن المحكمة في المرحلة الحكمية بإتمام الإشهار الأصلي إن لم يقع في موعده.

بقي أنّ المحكمة لا يمكن لها إطلاقاً أن تصرّح بالحكم إلّا بعد مراعاة أجل الشهرين. فلا يمكن لأجهزة التحيين أن تمرّ إلى الجوانب الأصلية من المطلب إلّا بعد انقضاء أجل شهرين من تاريخ إدراج التتصيص المتعلّق بإتمام الإشهار الأصلي أو إجراء الإشهار الجديد أو التكميلي في صورة الإذن بذلك. أي أن تنتظر الدائرة الحكمية أجل شهرين بعد التتصيص على مطلب التحيين الأصلي بالرسم العقاري حتّى تتحقّق الإمكانية في فصل مطلب التحيين. والواقع أنّ مطلب التحيين الأصلي سوف لن يحال إلى رئيس المحكمة أو من ينوبه لغاية الإذن بنشره بجلسة الحكم إلّا بعد فوات الشهرين. وحبذا لو أمكن للمحكمة أن تتخذ القرار المناسب في أقرب الآجال، لكنّ ذلك لا يمكن بطبيعة الحال إلّا بعد مراعاة أجل الشهرين المتحدّث عنه. ويتّجه اعتماد نفس الحلّ إذا أذنت المحكمة بإشهار مطلب الاعتراض أو مطلب التّداخل، فينتظر أن تترقّب المحكمة انقضاء أجل الشهرين بداية من تاريخ إجراء الإشهار المأذون به. وتفترض هذه الصّورة أن يكون المطلب الأصلي قد سبق إحالته إلى الدائرة الحكمية وتعلّقت به مطالب المعارضة أو التّداخل. ويتّصل هذا الأجل مبدئياً بالإجراءات الأساسية التي أرادها المشرّع لمطلب التحيين، ويمثّل خرقة اعتداء كبيراً على المبادئ الأساسية، وعملاً محضوراً⁸⁷⁹.

2- على المستوى الأصلي

على المحكمة أن تراقب جملة من المسائل الأولية قبل التصريح بالحكم.

⁸⁷⁹ علي كحلون: البطلان الإجرائي في العمل القضائي، القضاء والتشريع، نوفمبر 2009، ص 49 وما بعد.

-**المراقبة الأولية:** يجب أن تتأكد المحكمة بداية من أن يكون الرسم العقاري مجمداً، ولا مجال للإذن بالترسيم أو خلافه في صورة غياب الجمود⁸⁸⁰. ويذكر أن التّحيين مفهوم يختلف عن التّسجيل والتّرسيم، بمعنى أن التّحيين يشمل عقّارات سبق تسجيلها من طرف المحكمة العقّارية، في حين أن التّحيين يرد على الرسوم العقّارية المقامة، أي أنه يشمل العقّارات المسجّلة. ويقصد بالترسيم إدراج الحقّ بالسجلّ، في حين أن عمليّة التّحيين تشمل رسوم عقّاريّة مجمّدة في انتظار تخليصها من الجمود لإدراجها بالرّسم العقاري. فكلّ له موضوعه وإجراءاته وحدوده، وإن حاول المشرّع تبني إجراءات التّسجيل لسحبها على أعمال التّحيين. لكنّ الصّعوبة الكبيرة تأتي في أن المشرّع التّونسي لم يحدّد مفهوم الرسم العقاري المجمّد⁸⁸¹.

ويجب أن يتعلّق موضوع المطلب برسم عقّاري مقام قبل سنة 1998 ولم يسبق تحيينه. ويجب أن تدخل الأعمال المطلوبة في اختصاص المحكمة العقّاريّة. لأنّها محكمة تحيين وليس لها علاقة بإجراءات القسمة أو بمسائل استحقاقية. ويوجب الفصل في مطلب التّحيين الوقوف على مآل القيود الاحتياطية، بمعنى أن الطالب يعنيه بداية أن يرفع القيد صلحاً أو قضاء حتّى تتمكن المحكمة من التّعهد ومواصلة النّظر، وإلاّ اضطرت إلى تأجيل الفصل إلى حين الوقوف على مآل هذه القيود.

-**مضمون الخيارات:** وبعد التّأكد من هذه المسائل الأولى، تنتظر المحكمة العقّاريّة أصلاً في المطلب وتبتّ في جميع النّزاعات والمعارضات والتّدخلات، ويمكن أن تتخذ عدّة مواقف حسب معطيات النّزاع المطروح أمامها، فيجوز لأجهزة التّحيين على وجه التّخصيص الحكم بالتّخلّي في بعض الصّور⁸⁸²

⁸⁸⁰ من حيث الواقع لوحظ تقدم بعض الأطراف إلى دائرة التّحيين لطلب إخضاع الرسم للمفعول المنشئ للترسيم دون أن يكون الرسم مجمداً.

⁸⁸¹ نبيل الرّاشدي: تعليق على القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرّخ في 10 أفريل 2001، المرجع السّابق، خصوصاً صفحة 75 وما بعد في تعريف الرّسم المجمّد.

⁸⁸² تبدو مسألة التّخلّي لأوّل وهلة غريبة عن الإجراءات العقّاريّة، باعتبار اختصاص المحكمة العقّاريّة المنفرد في مادّة التّحيين، فهو اختصاص موضوعي تنفرد به المحكمة العقّاريّة، ولا وجود لهيئات قضائيّة مماثلة قد تنافس المحكمة العقّاريّة في هذا الاختصاص. لكنّه من الجائز التّفكير في هذا الإجراء نظراً لتوزيع اختصاص التّحيين بين القضاء الفردي ودائرة التّحيين داخل المحكمة العقّاريّة نفسها على النّحو الذي

أو ضمّ الإجراءات⁸⁸³ أو رفض المطلب⁸⁸⁴ أو الاستجابة للمطلب⁸⁸⁵، ولها أن تثبت نهاية في مسألة المصاريف وتوزيعها بين أطراف القضية⁸⁸⁶، « ولكن لا

سبق شرحه. فيطرح السؤال حينئذ عن إمكانية التخلي من طرف دائرة الرسوم المجمدة لفائدة قاضي السجل العقاري إذا تعرضت لمواضيع من مشمولات قاضي السجل العقاري أو من طرف قاضي السجل العقاري لفائدة دائرة الرسوم المجمدة إذا وقف على عناصر تعود بالنظر إلى الدائرة.

وقد تقدّم أن قاضي السجل العقاري يتعهد طبق الإجراءات المذكورة سابقا، فإذا كان المطلب المحال إليه موضوع اعتراض أو تبين ارتباطه بمطلب فأكثر منشور لدى دائرة الرسوم المجمدة أو رأى قاضي السجل العقاري أن الطلب لا يدخل في مشمولات نظره أو لم يتضمن البيانات الكافية التي تمكنه من الحكم بالتسجيل فإنه يعلم بذلك رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه الذي يأذن بإحالة الملف إلى الدائرة المذكورة. معنى ذلك أن يخلو المطلب المنشور أمام قاضي السجل العقاري من أية معارضة قبل صدور الحكم، وقد لا يطلب كثيرا من العناية لمعرفة وإدراك خلو المطلب من المعارضة، ويفترض أن لا يحال المطلب إلى القاضي الفردي إذا سجلت المعارضة قبل اتخاذ قرار الإحالة، فإذا سجلت المعارضة في تاريخ لاحق أمكن التخلي عن هذا المطلب لفائدة دائرة الرسوم المجمدة.

لكن إثارة مسألة الارتباط بملفات منشورة أمام الدائرة فيه من الصعوبة ما يكفل التغافل عن هذا العنصر، وتطلب المسألة مطالبة الكتابة بشيء من البحث واليقظة. وكانت اختصاصات قاضي السجل العقاري مضبوطة ومحددة على النحو الذي سبق شرحه وبالتالي من السهل الوقوف عند حدود هذا الاختصاص، ليقع القضاء بالتخلي عن الطلبات التي تتجاوز هذه الحدود. ويتحتم كذلك التخلي إذا كانت البيانات والتوضيحات التي استقاها من الأطراف لا تكفل اتخاذ قرار في الاتجاه المطلوب.

لكن المشرع التونسي لم يسمّ الأمور بأسمائها، وعوض أن يصرّ بضرورة التخلي عن المطلب لفائدة دائرة التحيين، طلب من قاضي السجل العقاري " بأن يعلم بذلك رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه الذي يأذن بإحالة الملف على الدائرة المذكورة." فهل أن هذا الإعلام مجرد قرار إداري يتخذه قاضي السجل العقاري؟ يفترض حينئذ أن يحرر هذا الأخير تقريرا ينهي فيه ملاحظاته ويحيله إلى رئيس المحكمة أو من ينوبه، فيتخذ قرار الإحالة إلى دائرة الرسوم المجمدة على ضوء هذا التقرير. أم كان من الضروري التّصيص على التخلي بنص الحكم الذي يتخذه قاضي السجل في مثل هذه الصور؟

إن خروج الاختصاص من جهة قضائية معينة يفترض اتخاذ حكم بالتخلي، علما أن قاضي السجل العقاري هو هيئة حكم وليس جهاز بحث كما تقدّم، لكن المشرع لم يطلب أكثر من الإعلام متجاوزا بذلك الإجراءات العادية، ربما بسبب خصوصية المجال العقاري، واختيار طريق التجارة والبساطة بعيدا عن شكليات الأحكام مع ضمان الحد الأدنى من السهولة والمرونة، ولو أدى الأمر إلى خرق القواعد العامة. وبالتالي يكتفي قاضي السجل العقاري إذا وقف على بعض من العناصر المذكورة والتي تنهي اختصاصه أن يحرر تقريرا ينهي إلى رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه لا أكثر ولا أقل.

وتعتبر دائرة الرسوم المجمدة بالمحكمة العقارية دائرة الحق العام في مجال التحيين، وبالتالي إذا تعهّدت بداية بالمطلب، وإن كان من اختصاص قاضي السجل العقاري، فهي لا تملك التخلي. وإذا تخلى قاضي السجل العقاري عن الطلبات لفائدتها فلا يحق لها كذلك أن ترفض التعهد، ومنطلق ذلك أن الدائرة لها مجال نظر شامل في عملية التحيين، بما فيها المجالات التي أسندت إلى قاضي السجل العقاري.

⁸⁸³ يطلب ضمّ الإجراءات إلى بعضها إجمالا إذا كانت القضايا المنشورة مرتبطة ببعضها لوحدة الموضوع والأطراف والسبب.

لكن الحكم بضمّ الإجراءات يختلف باختلاف الإجراءات المدنية العادية التي تبقى مجرد إجراءات ادعائية والإجراءات الجزائية التي تتميز بالمنهج الاستقرائي والتنقيبي. حيث إن التمسك بطلب التخلي عن النظر في النزلة بدعوى ارتباطها بنزلة أخرى على مستوى الإجراءات المدنية العادية يجب أن يكون " دفعة واحدة قبل كلّ جواب في الأصل،" (الفصل 15 م.م.م.ت) باعتبار تعلق الطلب بمصالح الخصوم الشخصية.

الفصل 14 م.م.م.ت). ولا يحق للمحكمة المدنية أن تثير مثل هذه الطلبات من تلقاء نفسها لعدم تعلقها بالنظام العام والإجراءات الأساسية. لكن المحكمة الجزائية يمكن أن تأذن من تلقاء نفسها بضمّ الإجراءات لبعضها في صورة ارتباط الجرائم وفي غيرها من الأحوال المشابهة لها إذا اقتضت الظروف لزوم توحيد الإجراءات، وحدّد الفصل 130 من مجلة الإجراءات الجزائية مفهوم الجرائم المترابطة، ويتحتم كذلك ضمّ الإجراءات لبعضها بعضا في الصورة الواردة بالفصل 55 من المجلة الجزائية المتعلقة بتوارد الجرائم.

لكن مفهوم الضمّ وارتباط القضايا على مستوى الإجراءات العقارية أمام المحكمة العقارية يعرف بالضرورة بعدا مميّزا يتحدّد بموجب خصوصية مطالب التحيين. ومع ذلك لم يسع المشرع التونسي إلى ضبط

مدلولاته الفقهية وحدوده، ولا يوجد بمجلة الحقوق العينية أو بالنصوص الخاصة تعريفا خاصا لمثل هذه المفاهيم. واقتصر الفصل 22 من القانون عدد 34 لسنة 2001 على الذكر بأن المحكمة العقارية " تحكم ولو دون طلب بضم القضايا المرتبطة عند الاقتضاء." وكان ينتظر خلال تحرير هذا القانون أن يبين المشرع المفهوم القانوني لمعنى الارتباط أو بيان صور الارتباط، لأن الموضوع فيه من الخصوصية والحدأة ما يشد عن القواعد العامة. وكانت السياسة التشريعية تقتضي مثل هذا التدخل كلما انفرد الإجراء بمميزات، ولا يكتفى بالتنصيص على إمكانية الحكم بالضم ولو بدون طلب لأن إجراءات المحكمة العقارية كلها إجراءات استقرائية ويمكنها اتخاذ هذا المذهب ولو لم يتدخل المشرع على النحو المذكور. ولهذا الغرض حددت مجلة الإجراءات الجزائية مفهوم الارتباط من وجهة النظر الجزائية لمراعاة هذا الجانب.

بقي أن المحكمة العقارية يعود لها كامل الاجتهاد في إثارة مواطن الربط والقضاء تبعا لذلك بالضم كلما كان ذلك ضروريا، ويتحتم هذا الإجراء خاصة إذا تعلقت مطالب التحيين بنفس الرسم العقاري، وكثيرا ما ترد عدة بيوعات على مناب أحد المستحقين على سبيل المثال، وقد تتجاوز المنابات المبيعة أصل الحق، ويستعصى بالتالي الوقوف على أسبقية العقود في الزمن، رغم ما لهذا العنصر من أهمية، إلا بربط الملفات والقضاء بضم الملفات الفرعية إلى الملف الأم. لكنه إذا كان من السهل على بعض الدوائر الوقوف على جملة المطالب المتعلقة برسم معين دون آخر، خاصة إذا كان عدد المطالب محدودا، فإنه يستعصى على الدوائر الأخرى ضبط مواطن الارتباط على النحو المذكور، خاصة إذا كان عدد المطالب مرتفعا. ومهما كانت الصور ووجه العمل يجب أن يعهد إلى كتابة المحكمة العقارية دور في ذلك لغاية التنصيص على ارتباط الملف بملفات أخرى. حيث بإمكان كتابة المحكمة أن تراقب دفاترها وتحصر المطالب التي لها علاقة بنفس الرسم العقاري موضوع التحيين. ويجوز لكتاب المحكمة بداية أن ينص بالملف على هذا الربط، حتى إذا أحيل المطلب إلى دائرة الحكم نهاية أمكن القضاء بالضم. ويسهل القول كذلك إن عدم مراعاة الارتباط على معنى القانون العقاري يؤدي بالضرورة إلى هتك الحقوق العينية وتفصيل بعضها على بعض دون مراعاة عنصر الأسبقية سواء في التسجيل بالقباضة المالية أو الإيداع بإدارة الملكية العقارية. ويسهل القول أخيرا إن حكم الضم يمكن أن تتخذ دائرة الرسوم المجمعة كما يجوز أن يلجأ إليه قاضي السجل العقاري.

884 وهو إجراء تلجأ إليه المحكمة إذا لم يقدم الطالب الوثائق المطلوبة أو البيانات الضرورية لتأسيس الطلب، أو تقاعس الطالب عن الاستجابة لمنطوق الأحكام التحضيرية، وقد يكون في بعض الأحيان حسما لأصل الحق. لكن قاضي السجل العقاري لا يجوز له إطلاقا أن يتخذ حكما بالرفض. حيث يتعين عليه أن يصدر حكما بالترسيم، فإذا استعصى عليه اتخاذ هذا القرار يعلم رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه، فيحال المطلب إلى دائرة التحيين. وعلى التقضي من ذلك يمكن لدائرة الرسوم المجمعة أن ترفض الطلبات بعضا أو كلاً. فيجوز لها أن ترفض الطلبات الأصلية أو طلبات المعارض أو طلبات المتداخل.

وقد يكون من الأحسن لو ألزمت دائرة التحيين بعدم القضاء بالرفض، لأنه أسهل الحلول في نهاية الأمر، ولا يغير من طبيعة الرسم موضوع التحيين. لكن إجراء الرفض فيه من الفائدة الكثير حتى لا يبقى الملف منشورا إلى أبد الأبد. وكان من المفروض أن يسعى الطالب إلى الاستعداد إلى المواجهة والاستجابة لجملة الطلبات القانونية لتجاوز الصعوبات. لكن الحمل الأكبر يبقى على كاهل هيئة المحكمة التي لا يجب أن تلجأ إلى الرفض إلا إذا استعصى الأمر مطلقا، وقد وقفنا على جملة الإجراءات التي يجب أن تتبعها لغاية تحيين الرسم.

لكن رفض الطلبات الأصلية يمكن أن يكون رفضا مجردا فتقضي المحكمة برفض مطلب التحيين أو أن يواكبه اعترافا بحق المعارضين فتقضي المحكمة برفض المطلب الأصلي مع قبول الاعتراض والإذن بما يلزم. ويجوز إجمالا للطالب أن يعيد نشر المطلب في الصورة الأولى إذا تلافى النقص، وبكره على الطالب في الصورة الثانية التماس النظر في مطلبه من جديد. وسنلاحظ في باب مدي قوة الترسيمات المأذون بها في الحالتين وأثار الصورتين الأولى والثانية.

ولا يمكن لرفض المطلب العرضي أن يكون مجردا، بل يفترض أن تقبل الطلبات الأصلية ويرفض الاعتراض، أو أن ترفض الطلبات الأصلية والعرضية على حد سواء. وإذا كان من الممكن للمعتراض أن يعيد طلبه مع تغيير موقعه في المطلب، أي أن يصبح طالبا عوضا عن معارض، في الصورة الثانية إذا تجاوز النقائص، فإنه يحرم من إعادة الطلب بالنسبة إلى الصورة الأولى.

ومن المفروض، كما تقدم، أن لا يناع المتدخل في أصل الحق، ويتمسك بحقه المنجر له مباشرة أو بالقوة من الطالب الأصلي. فإذا رفضت الطلبات الأصلية، رفضت طلبات المتداخل بالتبعية. لكنه من الجائز أن تقبل الطلبات الأصلية ويرفض المتداخل، خاصة إذا لم تكن الحقوق المتمسك بها منجزة مباشرة من الطالب الأصلي. وبحق للمتدخل في جملة هذه الصور أن يعيد الطلب أمام دائرة الرسوم المجمعة، مع تغيير موقعه في المطلب.

885 يصدر قاضي السجل العقاري حكما بالترسيم في حدود اختصاصه، وقد علمنا أن قاضي السجل العقاري لا ينظر إلا في المطالب الرامية إلى تصحيح الوثائق المقدمة للترسيم، وفي المطالب الرامية إلى

تحرير الفرائض على مقتضى البيانات الواردة بالرسم العقاري. معنى ذلك أن يقوم بالتصحيح في الصورة الأولى على النحو المطلوب " ويتخذ في ذلك الوسائل والإجراءات لتسهيل القيام بالعملية المطلوبة، ولا يفهم من ذلك أن يسعى قاضي السجل شخصياً إلى إدراج العملية بالسجل العقاري، كأن يطلب شفاهاً من حافظ الملكية العقارية بأن يدرج العملية المذكورة، بل يكفيه أن يقضي نهاية بترسيم الكتاب والوثائق سند المطلب، وبفصل القول بمحضر الجلسة، على أن يلخص الحكم في أقرب الآجال ويحال إلى إدارة الملكية العقارية لغاية التنفيذ. وبعد قاضي السجل العقاري الفريضة المطلوبة في الصورة الثانية وبأذن نهاية لمدير الملكية العقارية بإدراجها.

ويمكن للدائرة أن تقضي بترسيم الكتاب المقدّم لا أكثر ولا أقل، أو أن تأذن لمدير الملكية العقارية بإدراج تصحيحات محدّدة، أو أن تقضي بالتشطيب على ترسيم معين أو تعديله أو الحط منه أو إصلاحه، أو أن تقضي بإبطال التشطيب، أو أن تضبط المنايات الاستحقاقية، أو أن تخصص أحد الطالبين بقطعة أو قطع يتم استخراجها من الرسم العقاري، أو أن يعترف بحق المغارسي أو تقسم الأرض المغروسة، أو أن تأذن بترسيم الحقوق الناشئة عن حلّ الأحباس. وقد وقفنا في بابها على جملة هذه المفاهيم وأدرّكنا مقاصدها، وأشرنا إلى الأبحاث المطلوبة بالنسبة إلى كلّ محور.

وتصرّح الدائرة كذلك بقبول الطالبات الأصليّة، أو الطلّب العرضي أو طلب المتداخل عند الاقتضاء إذا تعلّقت بإحدى الصور المذكورة. فتستجيب المحكمة في حالة الاستجابة للطلّب الأصلي للطلبات المنصوص عليها بداية بالسجل العقاري، فتأذن بالقيام بالعملية المطلوبة، ويمكن أن يكون الحكم مجرداً أو أن يصاحبه رفضاً لطلبات المعارض. ومن المفروض في صورة الاستجابة للطلّب العرضي أن ترفض الطالبات الأصليّة على حالها وتقبل طلبات المعارض. ومن المفروض في صورة الاستجابة لطلب التداخل أن تكون الطالبات الأصليّة قائمة، فتأذن المحكمة بإدراجها بداية على النحو المطلوب، لتأذن نهاية بإدراج موضوع التداخل.

886 تبت المحكمة ولو من تلقاء نفسها في المصاريف الناتجة عن الإجراءات المأذون بها طبق الفصل 11 من القانون عدد 34 لسنة 2001، أي عندما يرفع مطلب التّحيين من طرف إدارة الملكية العقارية، أو يطلب من الأطراف في الصور العامة.

ففي الصورة العامة، نصّ الفصل 20 من القانون عدد 34 لسنة 2001 على " أنّ المصاريف الناتجة عن تطبيق هذا القانون تكون محمولة على آخر مستفيد من إجراء العملية المطلوبة، وفي صورة تعدّد المستفيدين توزّع عليهم بنسبة أنصبتهم أو حسب مصلحة كلّ منهم في المطلب عند الاقتضاء. ويسبق الأطراف أو الأحرص منهم المصاريف التي يستلزمها النظر في طلباتهم. ويتحمّل المعارض أو المتداخل الذي يرفض طلبه المصاريف التي تسبّب فيها." وقد جاء بشرح أسباب هذا القانون أنه: " تمّ الاستئناس في صياغة الحلول المتعلقة بالإجراءات العادية:

. بالقانون المؤرّخ في 27 أبريل 1992 فيما يقتضيه من تحميل مصاريف الإجراءات الواردة به على المستفيد من آخر عملية نقل للملكية مع الاستغناء عن تسبيق الدولة لتلك المصاريف في صورة التعذّر لعدم نجاعة الحلّ المذكور عملياً.

. بالأحكام الواردة بمجّلة الحقوق العينية فيما تقتضيه من توزيع مصاريف التسجيل على الصّادر لهم الحكم وتحمل المعارض المصاريف المتنبّية عن اعتراضه (الفصل 357 م.ج.ع) مع الاستغناء عن إلزام الطّالب في كلّ حال بتسبيق المصاريف الناتجة عن الوسائل التحضيرية (الفصل 344 م.ج.ع). (وقد تمّ أخيراً تنقيح الفصل 344 م.ج.ع بموجب القانون عدد 90 لسنة 2004 المؤرّخ في 31 ديسمبر 2004 المتعلّق بقانون الماليّة لسنة 2005 وأصبح ينصّ على ما يلي: " إذا أذنت المحكمة العقارية بوسيلة تحضيرية تستلزم مصاريف كالاختبار والبحث والتوجّه على عين المكان فإنّ رئيس المحكمة يقدّر تلك المصاريف على الوجه التقريبي وعلى طالب التسجيل أن يودعها لدى القباضة الماليّة المؤهّلة قبل إجراء الوسيلة المأذون بها. ")

وعادة ما تسقط الأحكام العقارية مسألة المصاريف، ويصدر الحكم نظيفاً من أيّة إشارة إلى إلزام أحد الأطراف بحمل المصاريف التي تسبّب فيها للطرف الآخر، رغم أنّ الفصل 357 م.ج.ع كان صريحاً في هذا الباب، وربما يعود ذلك إلى انعدام الفائدة من هذا التّصيص، حيث إنّ تسبقة المصاريف تكون في معظم الصور قد وقعت فعلياً من طرف من سيلزم قانوناً بالدفع، كأن تكون أعمال الخبرة على نفقة المعارض أو المتداخل. لكن لا شيء يمنع قانوناً من القضاء أخيراً بحمل المصاريف على جهة معينة دون أخرى أو توزيعها بين كافة الأطراف إذا أتمّ التسبقة طرف غير ملزم بسبب تقاعس الطرف الآخر أو لأيّ سبب آخر. وسنعلم أنّ أحكام المحكمة العقارية تحلّى بالصيغة التنفيذية على معنى الفصل 334 م.ج.ع، ويمكن بالتالي تنفيذها مثل الأحكام العادية فيما يتعلّق بالمصاريف. والقاعدة العامة تقتضي أنّه إذا لم تحرّر

يمكنها أن تحكم بالقسمة أو فسخ العقود أو إبطالها، على أن هذا لا يمنعها من التأمل في الكتابات وتقديم بعضها على بعض في حدود ضروريات تخليص الرسم العقاري من الجمود وفي إطار مبادئ الشهر العقاري»⁸⁸⁷.

والطّريف أنّه أصبح بالإمكان الحكم بختم الإجراءات وهي وسيلة جديدة جاء بها القانون عدد 34 لسنة 2001، من الممكن أن تلجأ إليها المحكمة في مواضع محدّدة. ويبدو ولأول وهلة أنّ المشرّع التونسي قد تأثر بالإجراءات الجزائية، فتبنّى عبارة ختم الإجراءات للدلالة على نهاية الأبحاث المتعلقة بالتّحيين بصفة باتّة، لكنّ ختم الإجراءات هو مفهوم إجرائي يقصد به إجمالاً استيفاء الشكليات المطلوبة ونهاية الأعمال القانونية والإجرائية لدرجة لا يقبل بعدها عمل آخر.

المصاريف بالحكم فكاتب المحكمة مرخّص له إعطاء رقيم تنفيذي فيها بعد تعيين مقدارها من طرف الرئيس وبدون لزوم لإجراءات جديدة. (الفصل 129 م.م.م.ت)

أمّا بالنسبة إلى الأبحاث المأذون بها في إطار الفصل 11 من القانون عدد 34 لسنة 2001، فقد نصّ الفصل 21 من القانون عدد 34 لسنة 2001 على أنّ "الدولة تسبق المصاريف الناتجة عن الإجراءات المأذون بها طبق الفصل 11 من هذا القانون ويتم إدراجها بموجب الحكم كدين ممتاز بالرّسم العقاري. وتسترجع هذه المصاريف من آخر المستفيدين من إجراء العملية المطلوبة عند التّفويت في كامل المنابات الرّاجعة لهم أو في جزء منها. وتصدر المصلحة المعنية الرّاجعة بالنظر إلى الدولة عند حصول التّفويت إذنا بالدفع باسم المدين يتولّى على أساسه قابض المالية المختصّ استخلاص الدين المطلوب. وتتولّى إدارة الملكية العقارية التّشطيب على الامتياز المتعلّق بالدين المذكور بعد الإدلاء بما يفيد خلاص تلك المصاريف." وقد جاء بشرح الأسباب أنّه تمّ الاستئناس بالمبادئ التالية:

"- إمكانية تسبيق الدولة المصاريف المترتبة عن تطبيق القانون المؤرّخ في 27 أفريل 1992 في صورة تعذر تسبقها من قبل المستفيد من ترسيم آخر عملية نقل للملكية. - تسبيق الدولة للمصاريف المترتبة عن تقديم المطلب من قبل الوزير المكلف بالتّعمير بقصد تسجيل الأراضي غير المبنية والكائنة داخل المناطق التي تقتضي إعداد أمثلة تهيئة عمرانية. - كما اعتمد المشروع بصفة مباشرة على الأحكام الأصلية الواردة بالفصل 20 المذكور وعلى طرق استخلاص مصاريف تسجيل الأراضي المسبقة من الدولة والمحدّدة بالأمر عدد 1290 لسنة 1996 المؤرّخ في 22 جويلية 1996."

وتنطبق في ذلك القواعد العامة، حيث إنّ المكلف العام بنزاعات الدولة ينفاد في عدّة صور إلى تسبقة مصاريف التّوجه أو الخبرة، (مثل الدعاوى الاستحقاقية والدعاوى الحوزية وغيرها). والمسألة لا تخصّ الإجراءات العقارية، لكنّ ما يميّز الإجراءات العقارية أنّ هذه المصاريف تدرج كدين ممتاز بالرّسم، ويتحمّلها آخر المستفيدين.

⁸⁸⁷ أضيفت هذه الفقرة وهي الفقرة الرابعة الجديدة من الفصل 22 من القانون عدد 34 لسنة 2001 بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرّخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتنقيح القانون عدد 34 لسنة 2001 المتعلق بالتّحيين العقاري. والحقيقة أنّ المشرع لم يكن في حاجة إلى تنقيح هذه الفقرة والإشارة صراحة إلى عدم إمكانية القسمة والفسخ والبطالان لأن ذلك يستشف صراحة من الاختصاص الحكمي لدائرة الرسوم المجمدة .

ولا يمكن لدائرة الرسوم المجمدة أن تختتم الإجراءات إلا إذا شمل التّحيين
كامل الرّسم العقاري موضوع المطلب أو نشأ عنه إحداث رسم عقاري جديد.
ويقصد بشمول التّحيين لكامل الرّسم موضوع المطلب أن تجعل المحكمة مآلا
بالنسبة إلى جميع الرسوم المتعلقة بالرّسم سواء تعلّقت بالطّالب أو المعارض أو
المتدخل، ويمكنها على الأخصّ في هذا الباب ضمّ الملفّات إلى بعضها أو
إدخال من ترى من الضّروري إدخاله لتحيين كامل الرّسم. وتتمتّع دائرة الرسوم
المجمدة في هذا الباب باختصاصات موسّعة تخضع للإجراءات الاستقرائية في
البحث، فلا يلزمها مبدأ الحياد في جميع صورته الفنيّة، ويمكنها على الأخصّ أن
تستدعي كلّ طرف له علاقة بالرّسم، ولو من تلقاء نفسها، حتّى يكون قرارها
شاملا لجميع الأطراف ولكامل الرّسم. ويقصد بنشأة الرّسم الجديد، إتمام عمليّات
التّقسيم أو القسمة أو الضمّ أو التّحوير التي ينشأ عنها بالضرورة إمّا إحداث
رسوم جديدة وتغيير في الرّسم القديم، أو إحداث رسوم جديدة مع إلغاء الرّسم
القديم. وستلجأ المحكمة إلى هذا الإجراء خاصّة وأنّ القانون الجديد جاء بأحكام
جديدة في هذا الباب⁸⁸⁸. وقد نصّ الفصل 19 من القانون عدد 34 لسنة 2001
على أنّه " في صورة إحالة جزء من العقار أو تقسيمه أو قسمته أو ضمّ العقارات
المسجّلة أو غير ذلك من التّغييرات الطّارئة على العقار يمكن لدائرة الرسوم
المجمدة... أن تأذن بإبطال رسم أو إقامة رسم جديد..ويتمّ الإذن بإقامة المثال
النّهائي أو تعديله بواسطة ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط أو مهندس مسّاح
مصادق عليه طبقا للصّيغ القانونيّة." ومن المفروض أن تختتم دائرة التّحيين
الإجراءات في مثل هذه الصّور، ولو بدون طلب المعنيتين. ويعتبر قرار الختم
منطلق انطباق المفعول المنشئ بعد تنفيذه.

ومهما يكن الأمر يمكن لقاضي السّجل العقاري أن يتخلّى عن القضية
لفائدة دائرة الرسوم المجمدة ويجوز له كذلك أن يتّخذ حكما بالضمّ أو يستجيب
للطلب في حدود اختصاصه، لكنّه لا يملك الحقّ في رفض الطلب أو ختم

إجراءات التّحيين. وتبقى دائرة الرّسوم المجمّدة دائرة الحقّ العام في مادة التّحيين، بإمكانها أن تصرّح بجميع الاختيارات باستثناء قرار التّخلّي.

لكنّ قاضي السّجلّ العقاري ودائرة الرّسوم المجمّدة مطالبان، ومهما كانت الصّورة، ومهما كان القرار، وفي جميع الحالات، بالإذن بالتّشطيب على التّنصيصات الواردة بشأن الطّلبات بالرّسم العقاري. وقد علمنا أنّ مطلب التّحيين يدرج بداية بالسّجلّ العقاري بسعي من كتابة المحكمة وبحرص من إدارة الملكيّة العقاريّة. وبذلك يفتح المجال لتنفيذ الحكم.

ب-تنفيذ الحكم

حافظ المشرّع التّونسي بالفصل 24 من القانون عدد 34 لسنة 2001 بشكل عام على الطريقة التّقليديّة في تنفيذ الأحكام العقاريّة، ولم يأت بقواعد جديدة باستثناء أنّ المحكمة العقاريّة أصبحت ملزمة بإعلام إدارة الملكيّة العقاريّة في صورة الحكم بالرفض. وأضاف القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 بعض الإجراءات الجديدة مراعاة لأحكام الطعن بالاستئناف في حكم التّحيين المعتمدة أخيراً⁸⁸⁹، ولا يطرح التّنفيد إجمالاً إشكالات كبيرة (1). لكنّ المشرّع، وتجاوزاً للأغلاط الماديّة التي يمكن أن تتسرّب لنصّ الحكم، (3) أورد إجراءات خاصّة حسماً للصعوبات التي يمكن أن تنشأ خلال أعمال التّنفيد (2).

1-التّنفيد المجرّد لحكم التّحيين

يتّجه التّفريق بين رفض مطلب التّحيين أو الاستجابة له. ففي صورة رفض مطلب التّحيين، يشترط إعلام إدارة الملكيّة العقاريّة خلافاً للقاعدة العامّة سواء كان المطلب مقدّماً من طرف المستفيد أو من طرف إدارة الملكيّة العقاريّة. والقصد من ذلك أن تنهي إدارة الملكيّة العقاريّة مفعول التّنصيص بالسّجلّ العقاري، وقد تقدّم أنّ إدارة الملكيّة العقاريّة تتولّى التّنصيص على مطلب التّحيين بسعي من كتابة المحكمة العقاريّة، وقد علمنا كذلك أنّ هذا التّنصيص يوقف التّعامل على الرّسم. ويمكن إعلام الإدارة بمكتوب عادي طالما أنّ المشرّع لم

يبين طريقة الإعلام، أو أن تحيل إليها المحكمة نسخة إدارية من الحكم بعد تلخيصه ورقنه كما يجب. ويجب التّصيص على هذا الإعلام بدفتر التّنفيد الذي من المفروض أن تمسكه كتابة المحكمة العقارية لمراقبة حصول الإعلام من عدمه.

وفي صورة قبول مطلب التّحيين يتّصل الخصوم من كاتب المحكمة بإعلام بحكم المحكمة العقارية على معنى الفصل 349 م.ح.ع، وبالإمكان تنفيذه جبرا بعد تحليته بالصيغة التّنفيدية فيما يتعلّق بجانب المصاريف المحكوم بها كما تقدّم. لكنّ العمل سار على عدم مراعاة هذا الجانب، وتكتفي المحكمة عادة بتلخيص الحكم وإحالاته تّوا إلى إدارة الملكية العقارية، ويدرج هذا الحكم بدفتر التّضمين ثمّ بدفتر الإيداع، ويدرج أخيرا بالسجلّ العقاري. ويجب على إدارة الملكية العقارية التّصيص بالرّسم على الحكم عند إدراج كلّ عملية يتمّ الإذن بها بموجب هذا الحكم، وينتهي بالتّالي مفعول المطلب في وقف التّعامل على الرّسم. وإذا نصّ المشرّع على أنّ التّنفيد يجب أن يتمّ حالا، فإنّ حجم العمل وكثرة الملفّات وتراكمها سيمنع بالتّأكيد من ضمان التّنفيد الحالي، وربّما تراخت العملية إلى أجل غير معلوم. ولا شكّ في أن مفعول حضر التّعامل سيبقى فاعلا إلى ذلك التاريخ، وستحال الرّسوم إلى المحكمة العقارية التي من المفروض أنّها أنهت ولايتها على المطلب بموجب الحكم. فما هو بالتّالي مصير هذه الرّسوم ؟ ولا خروج من هذا المأزق إلّا بالرجوع إلى أحكام الفصل 353 م.ح.ع، وهو أن يتولّى كاتب المحكمة قبول جميع الصّكوك والاتّفاقات التي يرى الأطراف ضرورة تقديمها لحفظ حقوقهم ثمّ يحيلها مع الملفّ إلى حافظ الملكية العقارية ليتولّى درسها وترسيمها عند توفّر الشّروط القانونيّة فيها حسب ترتيب إيداعها لدى كتابة المحكمة، وإذا ما أمكن إدراج هذه الكتائب فلا يملك المعني إلّا المطالبة بالرجوع في قرار الختم أو تقديم مطلب جديد في التّحيين إذا لم تختم الإجراءات. لكنّ حضر التّعامل على الرسم يبقى فاعلا إذا كانت التّصيصات المدرجة به تتعلّق بعدّة مطالب أخرى مازالت منشورة لم تحسم بعد.

وأضاف المشرع بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 أنه يجب على إدارة الملكية العقارية يوم التنفيذ التتبع كذلك على أن حكم التحيين قابل للاستئناف من كل من له مصلحة إلى نهاية أجل ستين يوما من تاريخ إدراجه بالرسم العقاري. ولا يجوز لإدارة الملكية العقارية إجراء أية عملية مطلوبة ما لم يقع الإدلاء لها بما يفيد عدم استئناف الحكم المطعون فيه خلال الأجل المحدد. معنى ذلك أن طلب الترسيم يجب أن يرفق بشهادة في عدم استئناف الحكم تسلم بطبيعة الحال من كتابة المحكمة العقارية. كما لا يمكن للغير أن يتمسك بحسن النية عند اكتسابه حقا على العقار ما دام أجل الاستئناف قائما وبعد أن يتم تقييد مطلب الاستئناف تقييدا احتياطيا في صورة الاستئناف.

2-الصعوبات التنفيذية

فقد يتعذر تنفيذ الحكم إذا تولى حافظ الملكية العقارية إدراج جملة من الحقوق والقيام بعدد من العمليات خلافا لما سبق القول فيه إن من أثر التتبع على مطلب التحيين بالسجل هو وقف التعامل على الرسم وإحالة جملة الصكوك إلى المحكمة العقارية أو إذا سبق للمحكمة أن أذنت بصفة استثنائية بإدراج بعض العمليات. فإذا تناقضت جملة هذه العمليات مع منطوق حكم التحيين، فلا شك في أنه سيتعذر التنفيذ، وقد تعدد صور عدم التنفيذ⁸⁹⁰. وتذكرنا مثل هذه الصور بالصعوبات التنفيذية التي تعترض تنفيذ الأحكام العادية على معنى الفصلين 210 و 211 م.م.ت. لذلك أقر المشرع بالفصل 25 من القانون عدد

⁸⁹⁰ جاء هذا التفصيل بالفقرة الثانية من الفصل 25 من القانون عدد 34 لسنة 2001، وبمناسبة تنقيح 2009 بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 تخلى المشرع عن هذا التفصيل ونصّ بالفقرة الثانية جديدة من الفصل 25 من القانون عدد 34 لسنة 2001 على أنه "إذا تعذر تنفيذ الحكم يمكن لدائرة الرسوم المجمدة النظر في الصعوبات التي حالت دون التنفيذ". والظاهر أن المشرع أبقى على عمومية الفصل 25 في تعريف الصعوبات التنفيذية لأنه من الممكن أن تظهر عدة صعوبات خارج إطار الفصلين 13 و 14.

34 لسنة 2001 إجراءات خاصّة لرفع هذه الصّعوبة، سواء بطلب من المستفيد أو بطلب من إدارة الملكيّة العقاريّة، وبينّ كذلك آثار هذا المطلب⁸⁹¹.

فمن الممكن أن تثير إدارة الملكيّة العقاريّة هذه الصّعوبة بمناسبة إدراجها لنصّ الحكم. ويطلب منها في مثل هذه الصّور أن تتولّى التّصيص على هذا المطلب بالرّسم العقاري قبل إرجاع الحكم إلى المحكمة العقاريّة أي أن يشار بالرّسم إلى أنّ هناك مطلباً في إثارة الصّعوبة أمام المحكمة العقاريّة. ومن الممكن أن يثير المستفيد هذه الصّعوبة، ويفترض أن تسكت إدارة الملكيّة العقاريّة في هذه الصّورة عن الصّعوبة، سواء أعرضت عن إدراج الحكم أو أدرجته إضراراً بالترسيمات التي سبق تدوينها. ويطلب في هذه الصّورة تقديم المطلب إلى رئيس دائرة الرّسوم المجمّدة الذي يأذن بالتّصيص على هذا المطلب بالرّسم.

ويترتّب عن تقديم المطلب تعليق إدراج أيّة عمليّة في موضوعه بالرّسم العقاري بناء على إذن صادر من رئيس دائرة الرّسوم المجمّدة، أي أنّ أثر المطلب في الحضر لا يتحدّد آلياً بموجب التّصيص عليه بالرّسم، بل هو نتيجة لإذن رئيس دائرة الرّسوم المجمّدة، ومن الممكن أن يصدر هذا الإذن بالتّوازي مع الإذن بالتّصيص عليه أو بصفة منفردة. معنى ذلك أنّه لا مانع من إدراج جملة من العمليّات إذا لم يأذن رئيس الدائرة بوقف التّعامل على الرّسم. لكنّ التّصيص بالرّسم على نشر مطلب الصّعوبة سوف يكون له بالضرورة تأثيرات على تحديد الغير سيّء النية.

وبدرج المطلب بدفتر الصّعوبات التّنفيزيّة، ويحال من جديد إلى نفس الدائرة التي أصدرت الحكم. ويبدو أنّ المشرّع استثنى قاضي السّجل العقاري صراحة ولم يتحدّث إلّا عن الصّعوبات التي تطرحها أحكام دائرة الرّسوم المجمّدة. ويطلب بداية استدعاء جميع الأطراف طبق الصّيغ الإداريّة المعمول بها أمام المحكمة

⁸⁹¹ فيعدّما كانت الفقرة الثانية من الفصل 25 من القانون عدد 34 لسنة 2001 تنص على "إذا تعذر تنفيذ الحكم نتيجة وجود ترسيمات حاصلة خلافا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 13 وتطبيقاً لمقتضيات الفصل 14 من هذا القانون يمكن لإدارة الملكيّة العقارية أو للمستفيد من الحكم أن يطلب من دائرة الرّسوم المجمّدة النظر في الصّعوبات التي حالت دون التّنفيز"، أصبحت هذه الفقرة تنص بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 على أنه "إذا تعذر تنفيذ الحكم يمكن لدائرة الرّسوم المجمّدة النظر في الصّعوبات التي حالت دون التّنفيز". وذلك بإعطاء الإمكانية للدائرة في التدخل دون حصر مجال التدخل.

العقارية⁸⁹²، وإذا لم يبلغ الاستدعاء إلى الأطراف المعنية بالإمكان تكليف أحد الأطراف باستدعاء البقية بواسطة عدل منقذ، لكنه قد يستعصى اللجوء إلى هذا الحل إذا كانت إدارة الملكية هي الطالبة. ويتواصل نشر المطلب عددا من الجلسات يقتضيها السير العادي للبت في المطلب. ويمكن في النهاية أن تأذن المحكمة بتعديل الحكم أو الترسيمات الواردة بالرسم العقاري. ويشترط المشرع في هذه الصورة " مراعاة الحقوق المكتسبة من الغير حسن النية." وهو رأي ملفت للانتباه. فمن هو الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً ؟

فهل هو الغير الذي أمكن له التعويل على الترسيمات التي سبق الإذن بها خلافا لقاعدة حضر التعامل كأثر لتقديم المطلب ؟ أم هو الغير الذي انجرت إليه حقوق بناء على الترسيمات المدرجة بموجب تنفيذ الحكم إذا نفذ ؟ وهل يشترط أن تكون حقوق الغير مرسمة ؟ أو لا يشترط ذلك ؟ وهو ما يعني بالنسبة إلى الصورة الأخيرة أن الغير بإمكانه التداخل حتى بإجراءات رفع الصعوبة !

أرى أن هذا الحل تنقصه الدقة والبيان، ولا مفر من التسليم بإمكانية التداخل بمطلب الصعوبة للوصول إلى حماية حقوق الغير الذي من المفروض أن يستعصى عليه إدراج حقوقه المكتسبة بالسجل، وإن تعاقد بناء على الترسيمات المأذون بها قانوناً. ولا يمكن لهذا الغير أن يكون حسن النية إذا جاء عقده بعد إشهار مطلب الصعوبة. ولا أرى كيف سيكون هذا الغير حسن النية بعد إشهار مطلب التحيين الأصلي طبق الصورة التي سبق شرحها. ومرة أخرى يوسع المشرع من دائرة تدخل واختصاص المحكمة العقارية التي يمكنها في مثل هذه الحالات مراقبة توفر حسن النية من عدمه، وهو اختصاص استثنائي بالنسبة إلى محكمة التحيين.

3- إصلاح الحكم

لا يجوز لإدارة الملكية العقارية تأجيل تنفيذ الحكم الصادر بالتحيين إلا في صورة طلب إصلاح الغلطات المادية المتسربة إلى الحكم. وقد حدد المشرع

بالفصل 26 من القانون عدد 34 لسنة 2001 الأطراف وآثار المطلب وصور الإصلاح وإجراءات الإصلاح.

ويجوز لإدارة الملكية العقارية أن تطلب إصلاح حكم التحيين الصادر عن المحكمة العقارية، وعادة ما يأتي هذا الطلب بداية أي قبل إدراجه، لكنها ليست القاعدة. ويمكن للمعنيين أن يثيروا مسألة الأغلاط المادية دون أجل، ولا يشترط فيهم الصفة والأهلية في القيام، بل إنّ قيام المصلحة بجانبهم كافية. ومن الجائز للمحكمة أن تبادر إلى إصلاح الغلط المادية بدون أجل، ولو في غياب علم الأطراف.

وإذا صدر المطلب عن إدارة الملكية العقارية تنصّ بالرسم العقاري قبل توجيه الحكم إلى المحكمة العقارية على تاريخ صدوره وتقديم مطلب الإصلاح في موضوعه مع إبقاء التتبعات المتعلقة بالمطالب على حالها إلى حين البتّ في مطلب الإصلاح. ومن المفروض أن يضمن هذا الحكم بدفتر التضمين ولا يدرج بدفتر الإيداع إلّا بعد إنهاء الإصلاح، إلّا إذا تفتّنت الإدارة إلى الغلط المادي بعد قبوله وإدراجه بالسجلّ. وفي الصّور الأخرى أي إذا لم يصدر المطلب عن إدارة الملكية العقارية، تعلم المحكمة إدارة الملكية العقارية بتعهدها وتؤذن حسب الحال إمّا بإيقاف تنفيذ الحكم إذا لم ينفذ بعد أو التتبعات بالرسم العقاري على نشر مطلب الإصلاح، إذا سبق تنفيذ الحكم. لكنّ مطلب الإصلاح ليس من آثاره وقف التعامل على العقار.

وتتخصر صور الإصلاح في الغلطات المادية المتعلقة بالكتابة أو الحالة المدنية أو الحساب أو الأرقام الحاصلة في الأحكام أو في الأمثلة المأذون بإقامتها وغير ذلك من الأغلاط والإخلالات المادية. وهي نفس الصّور التي سبق التّعريض لها سواء في إطار إصلاح الأغلاط المادية المتسربة إلى حكم التسجيل (الفصل 332 مكرّر م.ح.ع) أو في إطار الأغلاط المادية المتسربة إلى الرسم العقاري (الفصل 391 م.ح.ع).

ويحال المطلب إمّا إلى قاضي السجلّ العقاري أو إلى دائرة الرسوم المجمّدة. كلّ حسب اختصاصه ومرجع نظره. فإذا صدر الحكم عن قاضي

السجل العقاري فهو الذي يتولّى إصلاح نفس الحكم، وإذا صدر الحكم عن دائرة الرسوم المجمّدة فهي التي تتولّى الإصلاح. وعادة ما تتمّ العملية بحجرة الشورى، وتأذن المحكمة عند الاقتضاء بإصلاح الحكم أو المثال أو أن ترفض المطلب، ولا يقبل مطلب الإصلاح إذا ثبت اكتساب الحقوق موضوع الحكم من قبل الغير حسن النية. فإذا فرضنا أنّ مساحة العقار المحيّن كانت في حدود مساحة معيّنة، وتمّ التقويت في هذه المساحة إلى الغير، وأمكن لهذا الغير أن يدرج شراؤه في حدود المساحة المباعة، وإذا شملت هذه المساحة كامل مساحة الرسم فلا سبيل بعد ذلك إلى تعديل المثال حتّى ولو بني على غلط مادي، وهي نفس المبادئ العامة التي سبق الإشارة إليها، وكان من الممكن عدم إعادة مثل هذه الحلول والاكتفاء بالإشارة إلى المبادئ العامة.

ت-طبيعة الحكم

قدّمنا أنّ قاضي السجل العقاري يصدر في نهاية الأمر حكماً، باعتباره هيئة قضائية مستقلة. ويأتي هذا الحكم في صيغة الأحكام العادية. ولا إشكال في الأحكام التي تتخذها دائرة الرسوم المجمّدة من حيث تلخيصها ورقنها وتضمينها جميع البيانات العادية للأحكام. لكنّ السؤال الذي يطرح بالنسبة إلى الأحكام التي يتخذها سواء قاضي السجل العقاري أو دائرة الرسوم المجمّدة هو مدى قوّة هذه الأحكام. فهل هي مجرد أحكام استيفائية ليس لها تأثير على الحقوق الأصلية ؟ أم أنّها أحكام حاسمة للنزاع ولا يجوز الطعن فيها ؟

لقد كان الفصل 28 من القانون عدد 34 لسنة 2001 ينص يوم صدور هذا القانون بفقرته الأولى على أنّ " الأحكام الصادرة تطبيقاً لهذا القانون لا تقبل الطعن بالاعتراض ولا بالاستئناف ولا بالمراجعة ولا بأية وسيلة أخرى. " وحسن القول في ذلك إنّ المشرّع كان واضحاً في حضر الطعن في أحكام التّحيين مهما كان مصدرها سواء صدرت عن دائرة الرسوم المجمّدة أو قاضي السجل العقاري. والأحسن من ذلك أنّه منع يومها الطعن بالمراجعة على معنى القانون العقاري. وقد سبق للفقّه على امتداد السّنوات الفارطة أن ناقش مسألة خضوع أحكام

التّحيين لإجراءات المراجعة، وقد تشيّع الفقه وتفرّق بين معارض ومؤيّد. ولم تستقرّ الدّوائر المجتمعة على رأي⁸⁹³.

غير أن المشرع ألغى محتوى هذا الفصل بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتنقيح القانون عدد 34 لسنة 2001 وأصبح الفصل 28 جديد ينص على أنّ "الأحكام الصادرة في مادة التّحيين تطبيقاً لهذا القانون تقبل الطعن بالاستئناف ممن له مصلحة سواء كان طرفاً في الحكم المستأنف، طالباً أو معترضاً أو معترضاً أو متداخلاً أو لم يكن طرفاً فيه وذلك في أجل يبتدئ من يوم صدور الحكم بالتّحيين وينتهي بانتهاء ستين يوماً من تاريخ إدراج هذا الحكم بالسجل العقاري".

ولكنه مع ذلك أبقى على أحكام الفصل 27 من القانون عدد 34 لسنة 2001 دون تغيير فكلّ من تضرّرت حقوقه من جرّاء حكم صادر عن دائرة الرّسوم المجمّدة أو قاضي السّجل العقاري لا يمكن له أصلاً أن يرجع على العقار وإنّما له في صورة الخطأ الحقّ في القيام على المستفيد من العملية المأذون بها بدعوى شخصيّة في غرم الضرر، وهي نفس المبادئ التي أشار إليها المشرّع بالفصل 337 م.ح.ع كأثر من آثار الحكم في مطلب التّسجيل.

ومادام المشرّع اعتمد القوة الثبوتية المطلقة للترسيمات ورثب عنها القيام بالدّعوى الشخصيّة، فمن المفروض أن تكون للتّنصيصات الواردة بنصّ أحكام التّحيين ثابتة وقاطعة في الدّلالة⁸⁹⁴، ولا يمكن التّشطيب عليها أو الخطّ منها بأيّة طريقة كانت، وأن تأتي الحقوق التي لم تظهر في الوقت المناسب في حكم التّطهير. ويبدو مبدئياً أنّ هذه الأفكار كانت حاضرة بذهن المشرّع، وقد ورد بشرح أسباب قانون التّحيين " أنّه وقع التأكيد على القوة الثبوتية المطلقة للترسيمات المأذون بها من قبل المحكمة العقارية والتّطهير النهائي لموضوع

⁸⁹³ سبق أن تعرّضنا لجملة التّقاشات التي طرحتها مسألة المراجعة على معنى الفصل 332 م.ح.ع.

⁸⁹⁴ لا يمكن طلب إبطال عقد البيع المأذون بترسيمه قضاء في إطار التّحيين العقاري بدعوى مرض الموت حيث " إنّ أحكام المحكمة العقارية باتّة بحكم القانون ولا يمكن لمحاكم الحقّ العام إعادة النّظر فيما قضت به المحكمة العقارية." قرار تعقيبي مدني عدد 19034 مؤرّخ في 14 نوفمبر 2002 نشرية محكمة التّعقيب 2002، جزء 2 مدني عام، ص 382.

المطلب أو النزاع. " لكنّ المشرّع لم يحافظ على هذا البناء وأشار إلى بعض الاستثناءات الهامة، حيث خوّل المشرّع من ناحية الرجوع في قرار الختم(1)، كما سمح من ناحية أخرى بالطعن في حكم التحيين(2)، أو لنقل أنّ القوة الثبوتية المطلقة تؤجل إلى حدّ الفراغ من النظر في الوسائل التي حدّدها المشرع طعنا في حكم التحيين، فإذا رفض الطعن ارتدت القوة إلى بداية التتبعيات وإذا كانت الصورة المعاكسة ارتبطت القوة بالقرار النهائي. ولكنّ ذلك لا يخدم مبدأ استقرار الملكية هدف الإشهار العيني بقدر ما يهدف إلى ضمان حق الدفاع⁸⁹⁵.

1-الرجوع في قرار ختم التّحيين

إنّ المشرّع التّونسي وبحكم تأثره بإجراءات مدنيّة أبقت آثارها على كامل المشروع، لم يشأ غلق الباب أمام عدد من الرّسوم، ومكّن في نهاية الأمر من الرجوع في قرار ختم إجراءات التّحيين، وهو منطلق تنفيذ المبدأ المنشئ " بناء على صكوك جديدة لم يسبق إضافتها بملفّ المطلب."

ويقدّم المطلب من كلّ طرف له مصلحة إلى رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه. معنى ذلك أن لا تشترط الصّفة والأهليّة في القيام، أو حتّى أن يكون الطّاعن طرفا في القضية الأصليّة. فيبادر إلى الإذن بتقييد المطلب في الدّفاتر المعدّ له، ويطلب في نفس الوقت رأي إدارة المملكيّة العقاريّة، أي أن يكتبها لغاية إبداء الرّأي. وبعد إضافة تحريرات إدارة المملكيّة العقاريّة إلى الملفّ، تنتشر القضية بجلّسات حكميّة دوريّة.

⁸⁹⁵ يعدّ حقّ الدّفاع من المبادئ القانونيّة العامّة أو هو من الحقوق الطبيعيّة التي تعطي الشخص حقّه في الإثبات قبل البتّ في النزاع وتعطي النزاع مظهر المواجهة. فهو مجموعة الامتيازات التي يمنحها القانون للشخص لتأمين مصالحه على امتداد أطوار المحاكمة. فيدخل في ذلك مبدأ الاطلاع، اطلاع المدعي أو محاميه على أوراق القضية ومبدأ المواجهة، اطلاع المدعي على أوراق الخصم وإمكانية مناقشتها وردّها، ومبدأ المساواة، مساواة الطرفين من حيث الوسائل الممنوحة لكل منهما. فهو ما يحمل نهاية إلى محاكمة عادلة ومنصفة. وقد ضمن المشرع طبق القواعد العامة الواردة بمجلة الإجراءات المدنية والتجارية حق الدفاع بصفة مباشرة وغير مباشرة، حيث يبدو حضور المحامي ممكنا خلال جميع مراحل البحث والمحاكمة وبإمكان الطرف معرفة طبيعة ومحتوى الملف وتقع المحاكمة طبق مبدأ المواجهة، وتخضع وسائل الإثبات لمبدأ النزاهة. وتبدو أهمية حق الدفاع بالغة، فهو من بين المبادئ العامة في الإجراءات، ذو قيمة دستورية، وأن أية مخالفة لمضامينه تجعل العمل باطلا إذا لحق بالشخص شيء من الضرر.

على كحلون: دروس في الإجراءات الجزائية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2009، ص

وإذا لم ينشأ في الأثناء حق للغير حسن النية، أي لم تنتقل ملكية العقار موضوع الرسم إلى الغير حسن النية⁸⁹⁶، تقرّر المحكمة عند الاقتضاء مواصلة الإجراءات، وتأذن بالتشطيب على قرار الختم، وتعلم إدارة الملكية بذلك. ويسقط الرسم بالتالي في إطار الرسوم غير المحيئة من جديد، ويتواصل تحيينه طبق الإجراءات المبينة بالتشريع الحديث.

ويفهم من ذلك أنّ دائرة التحيين بإمكانها أن ترفض طلب الرجوع إذا انتقلت الملكية إلى الغير حسن النية أو لأي سبب آخر مثل أن تكون المحكمة سبق لها أن نظرت في سندات مطلب الرجوع. وليس من الضروري إعلام إدارة الملكية العقارية بهذا القرار، لأنّ قرار ختم الإجراءات سيظلّ فاعلاً، وتبقى ملحوظة المفعول المنشئ قائمة بدورها.

وفي الصورة المعاكسة تتخذ المحكمة قراراً بمواصلة الإجراءات وتأذن في نفس الوقت بالتشطيب على قرار الختم. أي أنّ المحكمة مدعوة بداية إلى تحديد مآل مطلب الرجوع بصفة منفردة، بصرف النظر عن مآل الكتائب سند الطلب. ويجب إعلام إدارة الملكية العقارية، بسعي من كتابة المحكمة، بهذا القرار في أقرب الآجال، ولا ينتظر أن تؤخّر المحكمة التصريح بقبول المطلب إلى غاية النظر نهاية في جميع الطلبات مخافة أن تدرج حقوق جديدة بشكل لا تعلمه هيئة التحيين⁸⁹⁷. ويجب على إدارة الملكية العقارية التنصيص على هذا القرار أي مواصلة الإجراءات وتبادر في نفس الوقت إلى التشطيب على قرار ختم التحيين. وتطبق بالتالي الإجراءات المبينة بالقانون عدد 34 لسنة 2001 وعلى الأخصّ أن يضرب حافظ الملكية العقارية عن إدراج أية عملية بالسجل العقاري إلاّ بإذن مسبق ويحيل جميع الكتائب إلى المحكمة العقارية، باعتبار أنّ مطلب التحيين مازال قائماً ولم ينته بعد بحكم أو ختم والحالة تلك. ويمكن للمحكمة في آخر

⁸⁹⁶ يراجع على وجه الخصوص نبيلة الكراي، حسن النية في المادة العقارية، المرجع السابق، ص 211.

⁸⁹⁷ كثيرة هي الأحكام الإجرائية التي تسمح بالفصل في نقاط إجرائية بصفة منفردة أو أن تؤجل المحكمة التصريح بها إلى حدّ النظر في الأصل. يراجع على سبيل المثال الفصل 16 م.م.ت المتعلق بالمبطلات التي لا تهمّ إلاّ مصلحة الخصوم، أو الفصل 163 م.م.ت المتعلق بمراقبة شكليات التماس إعادة النظر.

المطاف أن تقرّر من جديد ختم إجراءات التّحيين أو أن تكتفي بالاستجابة لطلب معيّن. ولا يعترض على هذا القول بعلّة أنّ طالب الرّجوع، وفي صورة قبول المطلب، يفترض أن يطلب منه تقديم مطلب تحيين من جديد والخضوع لإجراءات التّحيين من بدايتها، لما في هذا الحلّ من أثر سيّء، من السّهل إدراكه.

ولكن هل أنّ الرّجوع في قرار الختم يشمل فقط قرار الختم منطلق خضوع الرّسم للمفعول المنشئ ويبقى على قوة الترسيمات المأذون بها بمعنى أنها غير معنية بقرار الرّجوع وتحافظ على قوتها الثبوتية المطلقة أم أنّه أي الرّجوع يشمل قرار الختم والترسيمات المأذون بها في القرار سند ختم الإجراءات ؟

لقد سار التطبيق على أنّ قرار الرّجوع في قرار الختم لا يتعلّق إلّا بتطبيق المفعول المنشئ وليس له علاقة بمسألة القوّة الثبوتية للترسيمات المأذون بها، وهو الاتجاه المسيطر حالياً. إلّا أنّ هذا الاتجاه لا يخلو من نقص لأنّه لا يمكن إعطاء مثل هذه الترسيمات قوّة ثبوتية مطلقة، والحال أنّ الرّسم لم يحيّن بعد، بدليل عدم إمكانية تطبيق المفعول المنشئ. والواضح أنّ هناك خطورة كبيرة في اعتماد القوّة الثبوتية المطلقة مع رسم لم يحيّن بعد، فالأفضل أن يشمل الرّجوع كامل منطوق الحكم، خاصّة وأنّ المشرّع لم يورد نصّاً صريحاً في القوّة الثبوتية، ولا يمكن قانوناً أن تستنتج المبادئ من آثارها، بل إنّ المبادئ هي المحدّدة للآثار، وليس العكس. وطالما مكّن المشرّع الغير من طلب الرّجوع بناء على صكوك لم يسبق إضافتها إلى الملف فالأولى أن تعطي المحكمة مآلاً لهذه الصكوك حتى ولو كان تاريخها سابقاً عمّا سبق ترسيمه لا أن يؤول الحال إلى طلب التعويض.

ولكنّ المشرّع أراد المحافظة على قوّة الترسيمات إذا كان الإذن بالترسيم قد صدر عن دائرة الرّسوم المجمّدة بدليل إمكانية التعويض عن ضرر الترسيم على معنى الفصل 27 من القانون عدد 34 لسنة 2001، فلا يمكن أن تعالج الصكوك التي لم يسبق إضافتها عقارياً إلّا إذا كانت لاحقة وتحافظ الترسيمات السابقة على قوتها، وذلك هو المستند في الرأى المسيطر والمعتمد أمام فروع

المحكمة العقارية. والحقيقة أنّ الصياغة القانونية لم تكن واضحة، كما كانت بالنسبة إلى إجراءات الطعن⁸⁹⁸.

2- الطعن في أحكام التحيين

اعتمد المشرع بموجب القانون عدد 34 لسنة 2001 إجراءات إعادة النظر سرعان ما تقرّر إلغاؤها ووقع الخيار انطلاقاً من سنة 2009 بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 على إجراءات الاستئناف.

-إجراءات إعادة النظر الملغاة

فبعد أن أقرّ المشرّع سنة 2001 بطالع الفصل 28 بنهائية الأحكام الصادرة في مادّة التّحيين وحضر الطّعن فيها بأية طريقة، سمح بالفقرة الموالية بإعادة النّظر في هذه الأحكام. ويبدو أنّ المشرّع اختار نظاماً متميّزاً ومنفرداً يختلف كثيراً عن نظام إعادة النّظر المبيّن بمجلة المرافعات المدنية والتّجارية⁸⁹⁹، سواء على مستوى الأطراف الذين يحقّ لهم طلب إعادة النّظر، أو على مستوى صور الطّعن، أو على مستوى الإجراءات. لكنّه أخذ بعض الصّور عن مؤسسة

⁸⁹⁸ نصّ الفصل 23 من القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 المتعلق بتحيين الرسوم العقارية على ما يلي " إذا شمل التحيين كامل الرسم العقاري موضوع المطلب، او نشأ عنه إحداث رسم عقاري جديد تقرّر المحكمة ولو دون طلب ختم إجراءات التحيين بالنسبة إلى الرسمين المذكورين. وتنص إدارة الملكية العقارية تبعاً لذلك على قرار الختم بالرسوم العقارية المعنية وعلى خضوعها للأحكام الواردة بالفصل 2 من القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية وبالفصل 2 من القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود وبالفصل 2 من القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية. ويمكن لكلّ من له مصلحة ان يطلب بعد إدراج الحكم بالرسم العقاري الرجوع في قرار ختم إجراءات التحيين بناء على صكوك جديدة لم يسبق إضافتها بملف المطلب. ويحيل رئيس المحكمة العقارية او من ينوبه مطلب الرجوع في ذلك القرار على المحكمة التي أصدرت الحكم بعد أخذ رأي إدارة الملكية العقارية. وتنصر المحكمة عند الاقتضاء قراراً في مواصلة إجراءات التحيين ما لم ينشأ في الأثناء حق للغير حسن النية وتأذن بالتشطيط على قرار ختم إجراءات التحيين الواردة بالرسم العقاري. ويقع إعلام إدارة الملكية العقارية بالقرار الصادر بذلك. ويتمّ عند الاقتضاء تحيين الرسم العقاري المذكور بناء على الصكوك المقدمة في الغرض طبق الإجراءات الواردة بهذا القانون".

⁸⁹⁹ يراجع الفصول من 156 إلى 167 م.م.م.ت

المراجعة التي نظمها المشرع سنة 1995 بالفصل 332 م.ح.ع قبل التخلي عنها سنة 2008.

فيمكن لكل طرف له مصلحة أن يلتمس إعادة النظر في الأحكام الصادرة عن قاضي السجل العقاري أو دائرة الرسوم المجمدة. وهو ما يفيد أنّ المشرع لم يشترط قيام الأهلية والصفة، بل لم يشترط أن يكون الطاعن طرفا في القضية خلافا لإجراءات المراجعة التي أوردها المشرع بالفصل 332 م.ح.ع. ويجوز بالتالي للغير والقاصر ولجميع الأطراف الذين لم يحضروا خلال نشر المطلب أن يلتمسوا إعادة النظر. وهو ما يختلف عن النظام العام لطلب إعادة النظر متى يقتصر الطلب على أطراف القضية دون سواهم.

ويرفع الطلب، سواء صدر الحكم عن قاضي السجل العقاري أو دائرة الرسوم المجمدة، لدى مركز المحكمة العقارية الكائن بدائرته العقار بواسطة محام لدى التعقيب أو الاستئناف. واشتراط المشرع اللجوء إلى محام يعدّ استثناء بالنسبة إلى الإجراءات المتبعة أمام المحكمة العقارية، لكنه يتخذ في نفس الاتجاه الذي أراده منذ سنة 1995 عندما فتح الباب أمام راغبي الطعن في الأحكام العقارية. ويمكن لهذا الإجراء أن يحدّ إلى حدّ ما من عدد الطعون، وهو ما سعى المشرع إلى تحقيقه، وكان من الممكن في هذا الإطار أن يلزم المشرع الطاعن بتأمين خطيّة من الجائز أن ترجع إليه إذا تنازل عن الطعن على معنى القواعد العامة.

ويجب أن يتضمّن الطلب اسم ولقب وجنسيّة وحرفة ومقرّ كلّ من الطالب والمطلوب والحكم المطعون فيه وما يفيد تاريخ إدراجه بالرسم العقاري وأسباب إعادة النظر مرفوقة بما يؤيد ذلك. معنى ذلك أنّ تتضمّن عريضة الطعن جملة هذه البيانات. ومرة أخرى لم يحدّد المشرع طبيعة هذه البيانات ولم يضبط جزاء عدم مراعاة هذه الجوانب. فهل تعتبر عريضة الطعن باطلة أو تلجأ المحكمة إلى طرح القضية كلّما خلا الطلب من جملة هذه التنصيصات؟. وقد تذهب المحكمة إلى أنّ الإخلال بهذه البيانات ليس له تأثير على قبول الطعن من الناحية

الشكليّة. وهو خروج عن القواعد العامة لإجراءات إعادة النّظر متى يطلب أولاً من المحكمة أن تفصل في قبول المطلب من النّاحية الشكليّة⁹⁰⁰.

وعدّد المشرّع ستّ صور وردت على وجه التّحديد والحصّر لطلب إعادة النّظر وهي:

+ إذا لم يعتمد الحكم وثائق كانت مظلوفة بالملف ولها تأثير من شأنه أن يغيّر وجه الفصل في القضية: وهي نفس الصّيغة التي أوردها المشرّع كصورة ثالثة من صور طلب المراجعة بالفصل 332 م.ح.ع قبل تنقيحه سنة 2008 بقوله " إذا لم يعتمد الحكم وثائق كانت مظلوفة بالملف ولها تأثير مباشر من شأنه أن يغيّر وجه الفصل في القضية "، وتخلّى مشرّع التّحيين فقط على عبارة " مباشر " في التّأثير. ربّما لأنّها صفة مشروطة قانوناً دون حاجة إلى ذكرها.

+ إذا صدر قبل تاريخ الحكم المطعون فيه حكم مدني اتّصل به القضاء متناقض مع الحكم العقّاري: ولم يشترط المشرّع أن يضاف هذا الحكم إلى ملفّ القضية على خلاف الفقرة الثّانية من الفصل 332 م.ح.ع قبل تنقيحه سنة 2008 المتعلّق بالمراجعة متى نصّ المشرّع على " وجود حكم مدني اتّصل به القضاء متناقض مع الحكم العقّاري سبق إضافته إلى ملفّ القضية. " وهو ما يفيد أنّ طالب إعادة النّظر من الممكن أن يحتجّ بهذا الحكم لأوّل مرّة أمام دائرة الطّعن.

+ إذا صدر حكمان أو أكثر عن المحكمة العقّاريّة في ذات الموضوع: وهي صورة سبق للمشرّع أن نصّ عليها بالفصل 332 م.ح.ع قبل تنقيحه سنة 2008، وأمكن للدوائر المجتمعة للمحكمة العقّاريّة أن تلجأ إليها في أكثر من مناسبة⁹⁰¹. ومن الجائز أن يصدر الحكم في نفس الموضوع كما في صورة الإذن بترسيم حجة معيّنة دون أن يعلم صاحبها أو لم يدرك مفهوم الحكم وهو الأغلب، فيبادر إلى إعادة نشر الطّالب. ورغم أنّ دائرة التّحيين ليست ملزمة

900 يراجع الفصلان 163 م.م.ت و 161 م.م.ت.

901 يراجع أحكام الدوائر المجتمعة عدد 13-147-125 وقرار رئيس المحكمة عدد 465. نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقّاريّة في مادة المراجعة 1995-1996-1997-1998 نشر مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، المرجع السّابق، ص 20 وما بعد.

بطلبات الأطراف وقد تثير مسائل ليس لها علاقة بالنظام العام، فإنّه من الوارد جدّا أن يعاد نشر نفس المطلب، ويصدر الحكم في نفس الموضوع. وإذا ارتأى المشرّع التّصيص على هذه الحالة باعتبارها أحد أسباب التماس إعادة النّظر، فقد كانت تمثّل بالنسبة إلى نظام "تورنس" الاسترالي في السجّلات العينيّة أحد الأسباب الاستثنائيّة التي تسمّح بالتّشطّيب على التّرسيم.

+إذا صدر الحكم خلافا لمقتضيات الفصل الثامن من القانون عدد 34

لسنة 2001: قدّمنا أنّه لا يجوز النّظر في المطلب إذا كان موضوعه محلّ قيد احتياطي مدرج بالرّسم العقّاري لم تنته مدّته إلّا بعد الوقوف على مآله، حيث يمكن في مثل هذه الصّور النّظر في تشطّيب القيد سواء بطلب من جميع الأطراف أو استنادا إلى اتّفاق بينهم أو إلى حكم أحرز قوّة الشّيء المقضي به، مع مراعاة النّظر في القيد الاحتياطي المتعلّق بالمغارسة باعتبار أنّ دائرة التّحيين أصبحت مختصّة في إطار التّحيين بالنّظر في الاعتراف بحقّ المغارسة وقسمتها. وهي الصّورة التي جاء بها الفصل الثامن. فإذا صدر الحكم دون مراعاة هذه الجوانب، فإنّه يحقّ لكلّ ذي مصلحة التماس إعادة النّظر.

+إذا صدر الحكم دون استدعاء المطلوب في الحالات وحسب الصّيغ

المبيّنة بالفصل 18 من هذا القانون: قدّمنا أنّ المشرّع ارتأى تقسيم الاختصاص بين دائرة الرّسوم المجمّدة وقاضي السّجل العقّاري، وافترض أنّ قاضي السّجل العقّاري هو عبارة عن قاضي فردي لا ينظر في الأصل، وتتميّز إجراءاته بالاستيفاء، واعتبر في المقابل أنّ دائرة الرّسوم المجمّدة هي الدائرة الحكميّة الأصليّة، وإذا كان جانب من الإجراءات لا يخرج عن الاستيفاء ولا يحتاج إلى المواجهة، فكثيرا من الصّور ما يتطلّب إجراءات تنازعيّة توجب الاستدعاء قبل البتّ في الأصل. وقد حدّد الفصل 18 هذه الصّور وهي الطّلبات الرّامية إلى التّشطّيب على ترسيم أو إبطال تشطّيب أو تعديل ترسيم أو حطّ من ترسيم أو إلى الاعتراف بحقّ المغارسي أو قسمة الأرض المغروسة. وقد لاحظنا في بابه أنّ حصر المواجهة في هذه الصّور دون غيرها فيه من النّقص الكثير. كما ضبط الفصل 18 طريقة الاستدعاء وهي الطّريقة الإداريّة المحدّدة بالفصلين

342 و 343 م.ح.ع. وإذا لم يبلغ الاستدعاء طبق الطّريقة الإداريّة، والأغلب أن لا يبلغ، يمكن للدائرة أن تأذن للطالب باستدعاء المطلوب بواسطة مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة عدل منفذ.

والمهم أن يوجد بالملف ما يفيد استدعاء الأطراف في جملة هذه الصّور وإلاّ أمكن التماس إعادة النّظر. وقد حرص المشرّع من خلال هذا الإجراء على التّبلغ الشّخصي للمطلوب، وهو مطلب صعب التّحقيق. وإذا علمنا أنّ إجراءات الاستدعاء المعمول بها في إطار مجلّة المرافعات المدنيّة أي الفصول 5 وما بعد ظلّت محلّ نقد على امتداد السّنوات الفارطة بحكم صعوبة ضمان الاستدعاء الشّخصي⁹⁰²، حيث يلجأ في أغلب الحالات إلى أحكام الفصل 8 م.م.ت.م.ت. الذي يكتفي بإبقاء الاستدعاء لدى العمدة أو رئيس المركز إذا لم يجد من يتسلّم الاستدعاء أو رفض من وجد لتسلّمه، ندرك جيّدًا حينئذ أنّ الإجراءات الإداريّة كانت أقلّ حظًا في هذا الجانب من حيث الواقع، حيث قلّما يتمّ إضافة جذر التّبلغ أو الوصل المقتطع إلى ملفّ القضية، وكثيرا ما وقع التعويل على أحكام مجلّة المرافعات المدنيّة في التّبلغ.

+إذا انبنى الحكم على أدلّة ثبت جزائيًا زورها أو تدليسها بحكم نهائي: وهي نفس الصّورة الأخيرة التي سبق أن اعتمدها المشرّع بالفصل 332 م.ح.ع. قبل تنقيحه سنة 2008 كصورة من صور المراجعة. والأصل في ذلك أن تكون نفس الحجج محلّ التّدليس أو الزّور، وأصابها حكم نهائي، " وبالتالي فإنّ مجرد إثارة تتبّع من أجل التّدليس غير كاف⁹⁰³."

إنّ أشدّ ما يمكن ملاحظته في هذا الجانب أنّ المشرّع تبنّى معظم الصّور التي وردت في باب المراجعة، أي أربع حالات على خمس، ولو أنّه أنكر على أحكام التّحيين طريق المراجعة، وأضاف إليها حالتين تميّزان إجراءات إعادة

902 عبد الله الأحمد، القاضي والإثبات في النزاع المدني، المرجع السابق، ص 340 وما بعد.

903 قرار في رفض مطلب مراجعة عدد 124 الصّادر بتاريخ 4-3-1996. نشرية قرارات وأحكام المحكمة العقارية في مادة المراجعة 1995-1996-1997-1998 نشر مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة، ص 212.

النّظر في أحكام التّحيين، وهي حالة عدم الاستدعاء وصورة عدم مراعاة القيود الاحتياطية.

واختار المشرّع أجل الشّهرين في الطّعن كأجل عام، وأبقى الأجل مفتوحاً في صورة واحدة. ويسري أجل الشّهرين على جميع الحالات التي سبق التّعريض لها باستثناء إذا صدر حکمان أو أكثر عن المحكمة العقارية في نفس الموضوع. وهو أجل سقوط وليس أجل تقادم، فالشهر ثلاثون يوماً، ولا يحسب اليوم الأول، وإذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة امتدّ الأجل إلى اليوم الموالي، والأجل المسقط لا يقبل التعليل أو القطع. ويبدأ هذا الأجل من تاريخ إدراج الحكم بالرّسم العقاري، غير أنّ الطّعن المؤسّس على تدليس الرّسوم يبدأ الأجل فيه من تاريخ صدور الحكم الجزائي النهائي. ويتعلّق الأجل المفتوح بصور حکمين أو أكثر عن المحكمة العقارية في نفس الموضوع، حيث يجوز في هذه الصّورة أن تعيد المحكمة النّظر في أيّ وقت ولو من تلقاء نفسها أو بطلب من إدارة الملكية العقارية.

وبمجرّد تقديم المطلب يأذن رئيس الدّائرة المتعهّدة بتقييد طلب إعادة النّظر، ومن المفروض أن تمسك المحكمة دفترًا تضمّن به مطالب إعادة النّظر. ولا نعلم لماذا أشار المشرّع إلى رئيس الدّائرة وكان الأفضل أن يقال رئيس المحكمة العقارية أو من ينوبه، حيث إنّ رئيس الدّائرة المختصّ سيكون بالضرورة وكيلًا لم يسبق له النّظر في المطلب، وهو تابع لفرع من فروع المحكمة العقارية المجاورة، باستثناء المحكمة المركزية بطبيعة الحال. وبالتالي لا يعقل أن ينتظر حضور رئيس الدّائرة حتى يأذن بتقييد المطلب. والواقع أنّ رئيس المحكمة أو من ينوبه هو الذي سيأذن بهذا القيد، ويأذن بالمناسبة باستدعاء الخصوم إلى الجلسة حسب الصيغة الإدارية المعمول بها أمام المحكمة العقارية، ويعلم كذلك إدارة الملكية العقارية لإجراء قيد احتياطي لموضوع المطلب. والمعلوم أنّ مطلب إعادة النّظر لا يوقف التّنفيد، وتبقى القاعدة العامّة فاعلة، لكنّ من شأن القيد الاحتياطي وأثره معارضة القيود اللاحقة.

وتتظر في الطلب هيئة تتركب من وكيل رئيس وقاضيين مقررين ممن لم يسبق لهم المشاركة في الحكم، وهو رأي يخالف القواعد العامة التي تجيز أن تتألف المحكمة من نفس الحكام الذين أصدروا الحكم المطعون فيه⁹⁰⁴. ويلاحظ كذلك أن إعادة النظر في أحكام قاضي السجل العقاري ستطرح بدورها أمام الهيئة الحكمية، رغم أن أحكام قاضي السجل العقاري هي أحكام قضائية غير حكمية بالدرجة الأولى. ويستفاد من ذلك أن المشرع لم يراع مبدأ توازي الشكليات.

ويمكن للدائرة المختصة بداية إذا لم يبلغ الاستدعاء شخصياً أن تأذن للطلب باستدعاء المطلوب للجلسة بمكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ أو بواسطة عدل منفذ. ويتواصل نشر القضية عدّة جلسات دورية حسب ما يقتضيه البحث. وما يميز هيئة الطعن أنها ثبتت في المطلب من حيث الأصل، والأغلب أن لا يمثل الجانب الشكلي عقبة في اتجاه معالجة الضوابط الأصلية. ويمكنها بداية أن ترفض المطلب إذا لم يأت الطعن على صورة من صور الطعن، وإذا كان إعادة النظر بعد التنفيذ يرفض المطلب وجوباً إذا ثبت اكتساب الحقوق موضوع الحكم من قبل الغير حسن النية، وهي قاعدة عقارية عامة ظلّ المشرع يرددها في عدّة مواطن، باعتبارها الاستثناء الرئيس لقاعدة نسبية الترسيمات. وإذا رفض الطعن ما كان من الممكن إعادة الطلب ولو مازال الأجل قائماً. لكنها إذا رأت وجهها لقبول المطلب، وهو الخيار الثاني، تقرر الرجوع في الحكم وتتصدى للمطلب وتتنظر في الأصل، أي أن تعطي سندات الطالب مآلاً. ومهما كان الحكم سواء بالرفض أو بالإيجاب تأذن بالتشطيب على القيد الاحتياطي المتعلق بموضوع المطلب الذي سبق الإذن به. وتكون دوماً أحكامها باتّة أي لا تقبل أية طريقة من طرق الطعن. وهو الإجراء الذي كان من المفروض أن تحافظ عليه جملة الأحكام العقارية، دون حاجة إلى المراجعة أو إعادة النظر، فهي إجراءات رجس على الإجراءات العقارية. ولكن المشرع شاء أن يتخلى عن إجراءات إعادة النظر ويعتمد إجراءات الاستئناف في حكم التحيين انطلاقاً من سنة 2009.

-إجراءات الاستئناف المعتمدة

استقرّ الرأي سنة 2009 على ترك إجراءات إعادة النظر وتبني إجراءات الاستئناف⁹⁰⁵، فإذا كانت طريقة إعادة النظر طريقة غير عادية في الطعن وتنحصر في حالات معينة فإنّ الطعن بالاستئناف طريقة عادية لا تنحصر الطعن في حالات محدّدة. وأصبح الفصل 28 جديد ينص بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتنقيح القانون عدد 34 لسنة 2001 على أنّ "الأحكام الصادرة في مادة التحيين تطبيقا لهذا القانون تقبل الطعن بالاستئناف ممن له مصلحة سواء كان طرفا في الحكم المستأنف، طالبا أو معترضا أو معترضا أو متاخلا أو لم يكن طرفا فيه وذلك في أجل يبتدئ من يوم صدور الحكم بالتحيين وينتهي بانتهاء ستين يوما من تاريخ إدراج هذا الحكم بالسجل العقاري". وأورد المشرع من خلال هذا القانون شروط الطعن بالاستئناف وإجراءاته وآثاره.

+شروط الطعن بالاستئناف:، وقد تكون شروط شكلية أو أصلية.

***الشروط الشكلية:** شكليا يشترط المشرع أن تكون للطاعن المصلحة وأن يرفع الطعن في الأجل وللمحكمة المختصة.

شروط المصلحة: فلم يرد بالفصل 28 جديد من القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتنقيح القانون عدد 34 لسنة 2001 إلا شرط المصلحة، وهي الفائدة المحققة من تحيين الرسم، وهي بالتالي مصلحة قانونية. معنى ذلك أن المشرع لم يضع شرط الصفة، فقد يكون الطعن من قبل طرف ليس له علاقة بالمالكين أو بالأطراف المتنازعة، كأن تكون إدارة التجهيز أو الولاية أو البلدية، كما لم يشترط المشرع الأهلية في الطعن. وتلك مسألة لها من السوابق ما يتعدد في المجال العقاري حيث إن تقديم مطلب التسجيل وحتى تقديم مطلب التحيين لا يشترط فيهما إلا شرط المصلحة.

⁹⁰⁵ ألغى القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 القسم السابع " في طلب إعادة النظر " من القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 وعوض بالاستئناف، على أنّ الطعن في أحكام التحيين الصادرة قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ يبقى خاضعا للأحكام المنظمة لإعادة النظر.

شرط الأجل: يمكن طلب استئناف حكم التحيين "في أجل يبتدئ من يوم صدور الحكم بالتحيين وينتهي بانتهاء ستين يوما من تاريخ إدراج هذا الحكم بالسجل العقاري"⁹⁰⁶. أو بعبارة أخرى يمكن القول إنّ أجل الاستئناف هو شهران ويبدأ هذا الأجل من تاريخ إدراج الحكم الابتدائي بالسجل العقاري، أي من تاريخ التنصيب على الحكم بالسجل العيني. وإذا علمنا أن حكم التحيين في إدراجه بالسجل العقاري يمرّ بتلك المراحل العادية في الترسيم، أي التضمين والإيداع والنسخ والمقابلة، وأن الحق العيني يرسم نهاية بتاريخ تضمينه، فإن بداية أجل الاستئناف سيكون تاريخ تضمين حكم التحيين.

وبعدّ أجل الاستئناف أجل سقوط لا يقبل القطع أو الوقف، ولا يحسب اليوم الأول فيه، وإذا جاء اليوم الأخير يوم عطلة امتد الأجل إلى اليوم الموالي، وتحسب أيام العطل الواردة داخل الأجل.

شرط الاختصاص: تختصّ الدائرة الاستئنافية بالمركز الأصلي للمحكمة العقارية بتونس بالنظر في مطاعن الاستئناف الموجهة ضدّ الحكم الابتدائي، وهي دائرة متألّفة من قاضي من الرتبة الثالثة رئيس ومن قاضيين اثنين من الرتبة الثانية عضوين ممن لم يسبق لهم المشاركة في الحكم المستأنف ويمكن أن يكون القاضيان من الرتبة الثانية من غير القضاة التابعين للمركز الأصلي لهذه المحكمة عند الاقتضاء. وقد تحدّث المشرع عن دائرة استئنافية ولم يتحدّث بصيغة الجمع عن دوائر استئنافية، لأن النية انصرفت منذ البداية إلى إنشاء دائرة استئنافية وحيدة.

***الشروط الأصلية:** أصليا لا يشمل الطعن إلا أحكام التحيين مع أنه يمكن رفعه من عدة أطراف حتى ولو لم يكونوا طرفا في الحكم الابتدائي.

الشروط الأصلية الخاصة بأحكام التحيين: يوجه الطعن وجوبا ضدّ الأحكام الصادرة في مادة التحيين عن أحد فروع المحكمة العقارية. وقد يكون الحكم صادرا عن قاضي السجل العقاري أو دائرة الرسوم المجمدة مهما كان الفرع الذي ينتمي إليه. فقد أصبح بموجب هذا التنقيح الحديث عن الأحكام الابتدائية

في مادة التحيين بعدما أصبح من الممكن الحديث عن استئناف هذه الأحكام. معنى ذلك أنّ الأحكام الصادرة في مادة التسجيل بنوعين، اختياريا وإجباريا، والأحكام الصادرة على إثر الطعن في قرارات إدارة الملكية العقارية وأحكام الإصلاح غير قابلة للاستئناف، فلم يشملها القانون الجديد بالتقنيح.

الشروط الأصلية الخاصة بالأطراف: نصّ الفصل 28 من القانون الجديد على أنّ " الأحكام الصادرة في مادة التحيين تطبيقا لهذا القانون تقبل الطعن بالاستئناف ممن له مصلحة سواء كان طرفا في الحكم المستأنف، طالبا أو معترضا أو معترضا أو متاخلا أو لم يكن طرفا فيه". وعلى ذلك الأساس يمكن أن يكون المستأنف أحد أطراف الملف مهما كان موقعه في مطلب التحيين سواء طالبا أي من طلب التحيين أو معارضا أي منازعا للطلبات أو متاخلا أي مدعيا انجرار الملكية من الطالب أو غيره دون منازعة. وقد يكون المستأنف طرفا ليس له علاقة بأطراف مطلب التحيين على ما تقدم، فيكفي أن يقوم بجانبه ركن المصلحة حتى يصحّ له عريضة الاستئناف، كما أن يكون المستأنف إحدى الإدارات والوزارات أو النيابة العمومية. وهو خروج عن القواعد العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية التي لا تسمح بالاستئناف إلا ممن كان طرفا في القضية الأصلية⁹⁰⁷.

+إجراءات مطلب الاستئناف: فبعد تقديم عريضة الاستئناف تضمن من قبل الكتابة ويجلب ملف التحيين ويعين موعد الجلسة ويحال الملف إلى رئيس الدائرة الاستئنافية ويجب على المستأنف تقديم مذكرة في أسباب الطعن ويبقى للمستأنف ضده الردّ عليها.

***تقديم عريضة الاستئناف:** يرفع الاستئناف إلى الدائرة الاستئنافية بالمركز الأصلي للمحكمة العقارية، فلا يرفع المطلب إلى الفروع، أي المحاكم التي أصدرت الحكم، وإنما يرفع إلى كتابة المركز الأصلي للمحكمة العقارية بتونس. ويجب أن يكون بواسطة محام لدى التعقيب أو لدى الاستئناف أو بواسطة المكلف العام بنزاعات الدولة، حيث ينوب المكلف العام بنزاعات الدولة

المؤسسات ذات الصبغة الإدارية العامة والدولة وجوبا والمؤسسات ذات الصبغة الصناعية والتجارية حسب طلبها، وذلك طبق القانون عدد 13 لسنة 1988 المؤرخ في 7 مارس 1988 المتعلق بتمثيل الدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والمؤسسات الخاضعة لإشراف الدولة لدى سائر المحاكم. فكلما كانت الدولة أو إحدى الإدارات العامة مستأنفة إلا وكانت ممثلة من قبل المكلف العام بنزاعات الدولة، ويجوز للمؤسسات ذات الصبغة الصناعية أو التجارية طلب نيابة المكلف العام أو تكليف محام. ويدخل في معنى الدولة كل ما يرتبط بالشخصية المعنوية للدولة، الإدارات المركزية والجهوية والمحلية، سواء تصرفت الدولة طبق امتيازات السلطة العامة أو طبق الأحكام المنطبقة على الخواص. ويلتزم الخواص على وجه الإجمال بتكليف محام إذا اتجهت الرغبة إلى استئناف المطالب الابتدائية، فبعدما كانت جميع الإجراءات أمام المحكمة العقارية لا تتطلب تكليف محام تخلى المشرع عن هذه القاعدة بالنسبة إلى مطالب الاستئناف وكان تخلى كذلك عن هذه القاعدة بالنسبة إلى تقديم مطلب التسجيل الاختياري والطعن فيه بالتعقيب بموجب القانون عدد 67 لسنة 2008 المؤرخ في 3 نوفمبر 2008 المتعلق بتنقيح الفصول 319 و332 والفقرة 2 من الفصل 343 و315 من مجلة الحقوق العينية وبإضافة الفصول 357 إلى 357 رابعا لمجلة الحقوق العينية⁹⁰⁸.

ويقدم الاستئناف بواسطة عريضة تتضمن هوية الطرف المستأنف وصفته إن كان طالبا في الأصل أو معارضا أو متاخلا أو طرفا جديدا وعدد الحكم المستأنف وتاريخه ونصه والمحكمة التي أصدرته. وتكون العريضة مشفوعة بما يفيد تأمين مبلغ ثلاثين دينار بعنوان خطية تسلط على المستأنف إن رفض استئنافه ويعفى من هذا التأمين المكلف العام بنزاعات الدولة والمسعفون بالإعانة العدلية.

***تضمنين العريضة وجلب الملف المستأنف وتعيين موعد الجلسة وتعهد الدائرة الاستئنافية بالملف: بمجرد أن تتلقى كتابة المحكمة العقارية بتونس**

عريضة الاستئناف يسعى كاتب المحكمة إلى تقييدها بالدفتر المعد لها ويكتب في نفس الوقت كتابة الفرع في جلب الملف الأصلي. وبمجرد أن يرد الملف المطعون فيه يحيله الكاتب على رئيس المحكمة العقارية بتونس الذي يطلب منه قانونا تعيين موعد الجلسة ثم يحيل الملف إلى رئيس الدائرة الاستئنافية. معنى ذلك أن تعيين موعد الجلسة لا يعود لرئيس الدائرة وإنما لرئيس المحكمة العقارية. والأحسن لو أبقيت الإمكانية في تعيين موعد الجلسة لرئيس الدائرة.

وبمجرد تعهد هذا الأخير بالملف يطلب منه اتخاذ ثلاثة إجراءات هامة:

-تعيين قاضي مقرر من بين أعضائها لتقرير القضية وتحرير تقرير في الغرض عند الاقتضاء.

-إعطاء الإذن لكتابة المحكمة بإعلام إدارة الملكية العقارية بوقوع الاستئناف لتتولى قيده قيда احتياطيا بالرسم العقاري.

-إعطاء الإذن لكتابة المحكمة باستدعاء الأطراف للجلسة حسب الصيغة المبينة بالفصلين 342 و 343 م.ح.ع. ويمكن كذلك تمكين المستأنف من استدعاء الأطراف بواسطة عدل تنفيذ.

***تقديم مذكرة أسباب الطعن والردّ عليها:** على محامي المستأنف أن يقدم إلى كتابة الدائرة الاستئنافية أو إلى الدائرة نفسها بالجلسة المعينة لها القضية مذكرة في بيان مستندات استئنافه مرفوعة بنسخة من الحكم المستأنف. معنى ذلك أن المستأنف مخير في تقديم المذكرة يوم تقديم عريضة الاستئناف أو قبل انعقاد الجلسة أو يوم انعقادها أو بعدها. ويقصد بمذكرة الطعن المذكرة التي تبين مستندات الاستئناف أي المذكرة التي تبين مآخذ المستأنف على القرار المطعون فيه، فهي المطاعن التي من المفروض أن تكون محلّ معالجة من قبل الدائرة الاستئنافية. ويجب أن يرفق الطاعن هذه المذكرة بنسخة من الحكم المستأنف. وإذا أراد المستأنف ضده أن يرّد على مذكرة أسباب الطعن يمكن له أن يقدّم بواسطة محام مذكرة في دفاعه ومؤيداته بعد اطلاع محامي الطاعن عليها. والواضح من جميع ذلك أن المشرع لم يضع أجلا محدّدا في تقديم مذكرة أسباب الطعن وتبليغها للمستأنف ضده أو في الردّ عليها.

+آثار الاستئناف: لمطلب الاستئناف آثاره المباشرة، كما للقرار الاستئنافي آثاره كذلك.

*آثار مطلب الاستئناف: لمطلب الاستئناف آثاره العادية والعامة، فله أثر تعليلي وأثر ناقل، حيث يعدّ الاستئناف قانوناً درجة ثانية في التقاضي، ومن محكماته أن يتعلّق به أثر التعليق L'effet suspensif والانتقال L'effet dévolutif. ويقصد بالأثر التعليلي أن لا يجوز تنفيذ الحكم المطعون فيه بالاستئناف، فيوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الاستئناف وأثناء نشر القضية الاستئنافية. ويقصد بالأثر الانتقالي أن تنتقل الدّعى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بجميع مسائلها الواقعية والقانونية المرتبطة بها إلى محكمة الاستئناف المتعهدة بالقضية، فتسقط قرينة اتصال القضاء المتصلة بالحكم الابتدائي، ويمتدّ سلطان محكمة الاستئناف إلى جميع الأوجه سواء كانت قانونية أو واقعية، مع مراعاة جملة من الحدود لها علاقة بموضوع الحكم الابتدائي وطلبات الأطراف وصفاتهم. فلا يمكن التمسك بطلبات جديدة أوّل مرّة أمام محكمة الاستئناف. ولا يشمل الاستئناف إلّا الطرف الذي أتمّه وفي حدود طلباته. وباستثناء تلك الحدود فإنّ الأثر الانتقالي يلزم محكمة الاستئناف بمعنى أن يسقط الحكم الابتدائي برمته بسقوط معنى اتصال القضاء وتتعهد المحكمة من جديد بجميع الوقائع ولا تملك المحكمة تحديد سلطاتها من تلقاء نفسها، إنّما يكون التعهد رهين طلبات الأطراف وضوابط جملة من الأحكام القانونية. وذلك هو معنى الانتقال في الاستئناف، فتنقل القضية برمتها إلى محكمة الدرجة الثانية وبجميع وقائعها، فيسقط اتصال القضاء الذي كان مرتبطاً بالحكم الابتدائي، ويطلب من المحكمة الاستئنافية قانوناً معالجة جميع ما يتعلّق بالقضية ولا يمنعها من ذلك إلّا ما جاء من قيد مردّه رغبة الأطراف ولزوم القانون في الموضوع والأشخاص والصفة.

ورغم هذه المبادئ العامة الواضحة، فلم يأخذ بها المشرع في إطار استئناف مطلب التحيين، حيث إنّ الدائرة الاستئنافية بإمكانها أن تتعهد بطلبات جديدة لم تكن محل نظر أمام الدائرة الابتدائية، واشترط المشرع فقط أن تكون

هذه الطلبات مرتبطة بالرسم العقاري موضوع التحيين⁹⁰⁹. كما أنه يمكن للدائرة الاستئنافية أن تنتظر في طلبات شخص لم يكن طرفا بالطور الابتدائي. ويجوز للدائرة كذلك استدعاء أي طرف تجاوزا لطلبات الأطراف⁹¹⁰، والظاهر أن ذلك كان بسبب رغبة المشرع في تمكين الدائرة من الوسائل الناجعة لتحيين الرسم. ولكن أهم ما يختص به مطلب الاستئناف في مادة التحيين تطبيقا للأثر التعليقي هو وقف التعامل على العقار وقيد عريضة الاستئناف قيدا احتياطيا. فقد أضاف المشرع بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009 المؤرخ في 12 أوت 2009 المتعلق بتنقيح بعض أحكام القانون عدد 34 لسنة 2001 بالفصل 24 جديد أنه يجب على إدارة الملكية العقارية يوم التنفيذ التنصيص كذلك على أن حكم التحيين قابل للاستئناف من كل من له مصلحة إلى نهاية أجل ستين يوما من تاريخ إدراجه بالرسم العقاري. ولا يجوز لإدارة الملكية العقارية إجراء أية عملية مطلوبة ما لم يقع الإدلاء لها بما يفيد عدم استئناف الحكم المطعون فيه خلال الأجل المحدد. معنى ذلك أن طلب الترسيم يجب أن يرفق بشهادة في عدم استئناف الحكم تسلم بطبيعة الحال من كتابة المحكمة العقارية حتى يجوز إتمام أعمال الترسيم. كما لا يمكن للغير أن يتمسك بحسن النية عند اكتسابه حقا على العقار ما دام أجل الاستئناف قائما.

وبمجرد إحالة الملف إلى رئيس الدائرة الاستئنافية يأذن هذا الأخير بإعلام إدارة الملكية العقارية بوقوع الاستئناف لتتولى قيده قيدا احتياطيا بالرسم العقاري على معنى الفصل 31 من القانون الجديد. ومن شأن هذا القيد أن يمنع إدراج أية عملية إلى أن يتم النظر في الاستئناف بوجه نهائي، ولا يمكن بطبيعة الحال للغير أن يتمسك بحسن النية بعد أن يتم تقييد مطلب الاستئناف تقييدا احتياطيا في صورة الاستئناف. وعادة ما يمكن، طبق المبادئ العامة الواردة بالفصل 365 م.ح.ع وما بعد، أن تقبل إدارة الملكية العقارية الترسيم حتى في صورة وجود قيد احتياطي، فقط أن المنتفع من القيد يتقدم على أصحاب الحقوق المرسمة في

909 الفقرة الأولى من الفصل 32 جديد.

910 الفصلان 31 و32 جديدا.

صورة إذا أصبح له حقّ عيني منجزا على أساس القيد. ولكن استئناف مطلب التحيين يمنع منذ البداية إدراج أية عملية إلى أن يقع البتّ بصفة نهائية في المطلب خلافا للمبادئ العامة حيث لا يجوز لإدارة الملكية العقارية، بعد إدراج حكم التحيين بالسجل العقاري، « إجراء أية عملية مطلوبة ما لم يقع الإدلاء لها بما يفيد عدم استئناف الحكم المطعون فيه »⁹¹¹. وربما كان هذا الحلّ يكفي لوقف التعامل على الرسم، ولكنّ المشرع أضاف ضرورة قيد عريضة الاستئناف قيّدا احتياطيا وذلك لإعلام الغير بحقيقة الرسم، وعلى هذا الأساس ما كان لهذا الغير في صورة التعامل على العقار أن يتمسك بحسن نيته والحالة تلك. وهو مفهوم موضوعي لحسن النية، إذ أنّ التنصيص على قابلية الحكم للاستئناف وإدراج القيد كاف لرفع حسن النية عن الغير وإيقاعه في حكم السوء.

***آثار القرار الاستئنافي:** للقرار الاستئنافي آثاره سواء على المستوى الشكلي أو على مستوى الأصل.

. على مستوى الشكل: تراقب محكمة الاستئناف شكليات الاستئناف واختصاصها بالنظر في القضية، إن لم يطلب المستأنف الرجوع في الاستئناف. حيث يمكن للمحكمة أن ترفض الاستئناف كلا أو أن تقبله، فإذا لم تتوفر جملة الشروط الشكلية في الآجال والاختصاص تقضي المحكمة برفض الاستئناف شكلا وتأذن بالتشطيب على القيد الاحتياطي المتعلق بمطلب الاستئناف. ويقع إعلام إدارة الملكية العقارية بصدور الحكم القاضي برفض مطلب الاستئناف. وعندئذ تكتسب الترسيمات الأولية التي تمت على أساس حكم البداية قوتها المطلقة في الإثبات وكلّ من تضررت حقوقه لا يملك الرجوع على العقار وإنما له طلب التعويض، ويرفع بالتالي حجر التعامل على العقار. حيث إنّ أحكام الدائرة الاستئنافية أحكام باتّة لا تقبل الطعن بالتعقيب ولا بأية وسيلة أخرى⁹¹².

ولكنّ الدائرة الاستئنافية لا تملك رفض الاستئناف شكلا بسبب عدم تقديم مذكرة أسباب الطعن، حيث إنّ المشرع لم يضع أجلا في تقديم مذكرة أسباب

911 الفقرة الرابعة من الفصل 24 جديد.

912 الفقرة الثالثة من الفصل 32 جديد.

الطعن، كما لم يضع أجلا في الردّ عليها، على غرار المبادئ الواردة العامة الواردة بمجلة المرافعات المدنية⁹¹³، معنى ذلك أن الدائرة الاستئنافية لا يمكن أن تتخذ قرارا شكليا برفض الاستئناف بعلّة عدم تقديم مذكرة الطعن، سواء إعمالا لمعنى السقوط الإجرائي أو لمعنى البطلان الإجرائي. حيث إن السقوط الإجرائي يتعلق بالآجال ولا يمكن النطق به إلا إذا نص المشرع على أجل محدّد وأردفه بالجزاء، كما أنّ البطلان الإجرائي يرتبط بخلل الشكليات، وفيه قواعد خاصة بالبطلان النسبي وأخرى بالبطلان المطلق، فكلّ ما يتعلق بصراحة النص والنظام العام والإجراءات الأساسية ينتهي إلى معنى البطلان المطلق ويمكن للمحكمة أن تنثيره من تلقاء نفسها، وكلّ ما يتعلق بحق الدفاع ينتهي إلى الإبطال إذا تمسك به المتضرر قبل الخوض في الأصل وأثبت الطالب الضرر، ويمنع على المحكمة إثارته من تلقاء نفسها⁹¹⁴. فلم يحدّد المشرع بهذا القانون آجالا مسقطا حتى تقضي المحكمة بالسقوط، وما كان لذلك التمييز بين النسبي والمطلق من أهمية أمام المحكمة العقارية لأنه من الممكن إثارة جميع المطاعن حتى ولو كانت خارجة عن إطار النظام العام، فيضعف حينئذ الرأي القائل بالبطلان. وإذا قبلت الدائرة المطلب شكلا ينصرف نظرها إلى الأصل.

.على مستوى الأصل: تتعهد الدائرة الاستئنافية بالمطلب ويمكن لها أن تأذن بجميع الوسائل التحضيرية كالاختبار والتوجه والبحث والتحرير على الأطراف، وتصرف القضية نهاية للمرافعة والمفاوضة والتصريح بالحكم. ويمكن أن تتخذ الدائرة قرارا برفض الاستئناف أصلا إذا كانت الأعمال المأذون بها ابتدائيا في طريقها ولم يطرأ جديد من شأنه تعديل مقتضيات الحكم الابتدائي، كما يمكنها أن تقبل الاستئناف وتأذن بما تراه صالحا من أحكام. وتأذن الدائرة بالمناسبة بالتشطيب على القيد الاحتياطي المتعلق بمطلب الاستئناف. ويقع إعلام إدارة الملكية العقارية بصدور الحكم القاضي سواء برفض مطلب الاستئناف أو بقبوله ويرفع بالتالي حجر التعامل على العقار.

913 الفصل 134 م.م.م.ت

914 تراجع الفصل 14 وما بعد م.م.م.ت

وسواء كان الحكم بالرفض أو بالقبول يكون القرار باتا ولا يقبل الطعن بالتعقيب ولا بأية وسيلة أخرى⁹¹⁵. وعندئذ تكتسب الترسيمات الأولوية التي تمت على أساس حكم البداية قوتها المطلقة في الإثبات إذا كان القرار بالرفض وإذا كان القرار بالقبول فتكتسب الترسيمات الاستثنائية قوتها المطلقة، وكل من تضررت حقوقه لا يملك الرجوع على العقار وإنما له طلب التعويض. ويختلف تاريخ التطهير باختلاف طبيعة القرار، فإذا كان القرار بالرفض يكون تاريخ التطهير هو تاريخ الكتائب والرسوم المأذون بترسيمها ابتدائيا، وإذا كان القرار بالقبول يكون تاريخ التطهير هو تاريخ الكتائب المأذون بترسيمها استثنافا. ومهما كانت الصورة تبقى الدائرة الاستثنائية مختصة بالنظر في الصعوبات التي تحول دون تنفيذ أحكامها طبق الإجراءات الواردة بالفصل 25 من القانون عدد 34 لسنة 2001 كما وقع تنقيحه بموجب القانون عدد 67 لسنة 2009، كما تنتظر في إصلاح الغلطات المادية الواردة بأحكامها أو في الأمثلة المأذون بإقامتها طبق الإجراءات المنصوص عليها بالفصل 26 من نفس القانون. وقد سبج شرح الأحكام الواردة بالفصلين 25 و26⁹¹⁶.

915 الفقرة الثالثة من الفصل 32 جديد.

916 على كحلون: أحكام القانون العقاري، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس 2000.

على كحلون: مجموعة القوانين العقارية، نشر دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس 2000 و2007.

على كحلون: نظام السجل العقاري: نشر مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2009.

- المقدمة

أ- مفهوم العمل القضائي

أ- مناقشة معايير تمييز العمل القضائي

ب- اختيار المعيار المناسب

II- مفهوم القضاء العقاري

أ- المفهوم العام للقضاء العقاري

1- مفهوم القانون العقاري

2- مفهوم العقار

3- مجالات تدخل القضاء في مفهومه العام

- التدخل في نظام العقارات غير المسجلة

- التدخل في نظام العقارات المسجلة

+ اختصاص محاكم الحق العام في التقيد بترسيمات السجلّ

* علاقة نظام الإشهار العيني بنظام الملكية

* علاقة نظام الإشهار العيني بنظام الرهون

* علاقة نظام الإشهار العيني بنظام العقل

* علاقة نظام الإشهار العيني بنظام التقليل

+ اختصاص محاكم الحق العام في التشطّيب على ترسيمات السجلّ

* مناقشة صحّة العقد أصليا والتشطّيب أو عدم المعارضة تبعا

* المناقشة المباشرة للترسيمات

.دعوى التشطّيب المباشر

.دعوى عدم المعارضة بالترسيمات

- قضاء المحكمة العقارية

ب- المفهوم الخاص للقضاء العقاري

الفصل الأوّل: تقديم نظام الإشهار العيني

المبحث الأول: المصادر التاريخية لنظام الإشهار العيني

المبحث الثاني: مفهوم الإشهار العيني

الفقرة الأولى: تعريف الإشهار العيني

الفقرة الثانية: أهداف الإشهار العيني

المبحث الثالث: خصائص النظام التونسي في التسجيل والإشهار

الفقرة الأولى: مرحلة ما قبل القانون العقاري لسنة 1885

الفقرة الثانية: مرحلة القانون العقاري لسنة 1885

الفقرة الثالثة: مرحلة مجلة الحقوق العينية لسنة 1965 وما يليها

الفصل الثاني: مبادئ الإشهار العيني

المبحث الأول: مبدأ التخصيص

المبحث الثاني: مبدأ الشرعية

المبحث الثالث: مبدأ المفعول المنشئ للترسيم

الفقرة الأولى: شرح أحكام المفعول المنشئ

أ- مجال تطبيق المبدأ

ب- آثار المبدأ

الفقرة الثانية: التطبيق التدريجي للمبدأ

أ- إجراءات تطبيق المبدأ على الرسوم المقامة بعد 1998

ب- إجراءات تطبيق المبدأ على الرسوم المقامة قبل 1998

المبحث الرابع: مبدأ القوة الثبوتية للترسيم

الفقرة الأولى: شرح المبدأ

أ- مفهوم المبدأ

ب- آثار المبدأ

1- التطهير العقاري

2- دعوى التعويض

الفقرة الثانية: الاتجاه التونسي

أ- التفرقة بين القوة المطلقة والقوة النسبية للترسيمات

1-اعتماد التفرقة

2-آثار التفرقة

ب-اعتماد مؤسسة القيود الاحتياطية

المبحث الخامس: حضر التّقديم المكسب

الفقرة الأولى: عدم فاعلية الدّعى الحوزية

أ-الضّوابط القانونية في إقصاء الحوز

ب-حدود الحلول التطبيقية في حماية الحوز

الفقرة الثانية: عدم فاعلية دعاوى الحياة

أ-إهمية الحياة

ب-أثر إقصاء الحياة في اكتساب الملكية

الفصل الثالث: إجراءات القضاء العقاري

المبحث الأول: إجراءات التسجيل

الفقرة الأولى: إجراءات حكم التسجيل

أ-إجراءات التسجيل الاختياري

1-تقديم المطلب

2-أعمال التحديد

3-أعمال البحث والتحقيق

4-الحكم في المطلب

ب-إجراءات التسجيل الإجباري

1-الإشهارات المسحية

2-الأعمال الفنية المسحية

3-أعمال البحث المسحية

4-الحكم في مطلب التسجيل المسحي

الفقرة الثانية: الطعن في الأحكام العقارية

أ-الطعن بالمراجعة

1-مجال المراجعة

- حالات المراجعة
- الأحكام الخاضعة للمراجعة
- 2-إجراءات المراجعة
- تقديم مطلب المراجعة
- الحكم في مطلب المراجعة
- ب-الطعن بالتعقيب
- 1-مجال الطعن بالتعقيب
- حالات التعقيب
- الأحكام الخاضعة للطعن بالتعقيب
- 2-إجراءات التعقيب
- تقديم مطلب التعقيب
- الحكم في مطلب التعقيب
- المبحث الثاني: إجراءات الترسيم
- الفقرة الأولى:مراحل الترسيم
- أ-تلقي مطالب التّضمين وتضمينها
- ب-التحقيق في مطالب الترسيم
- ت-رفض أو قبول العمليّات المطلوبة
- الفقرة الثانية: الطّعن في قرارات حافظ الملكيّة العقاريّة
- أ-الشّروط الموضوعيّة
- ب-الشّروط الإجرائيّة
- 1-إجراءات ما قبل الحكم
- 2-إجراءات ما بعد الحكم
- المبحث الثالث: إجراءات التّحيين
- الفقرة الأولى: تقديم مطلب التّحيين
- أ-المطلب المقدّم من طرف كلّ ذي مصلحة
- 1-شروط القيام

2-شكليات المطلب

3-المحكمة المختصة

ب-المطلب المقدم من طرف إدارة الملكية العقارية

الفقرة الثانية: إشهار مطلب التحيين

أ-طرق الإشهار وصوره

ب-آثار الإشهار

1-آثار مبدئية

2-استثناءات المبدأ

الفقرة الثالثة: إجراءات مطلب التحيين

الفقرة الرابعة: الحكم في مطلب التحيين

أ-خيارات المطلب

1-على المستوى الشكلي

2-على المستوى الأصلي

ب-تنفيذ حكم التحيين

1-التنفيذ المجرد

2-الصعوبات التنفيذية

3-إصلاح حكم التحيين

ت-الطبيعة القانونية لحكم التحيين

1-الرجوع في حكم التحيين

2-استئناف حكم التحيين

-إلغاء إجراءات إعادة النظر

-اعتماد إجراءات الاستئناف