

الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري

د / جبار جميلة :

أستاذ محاضر قسم ب

بمعهد العلوم القانونية و الإدارية

جامعة خميس مليانة

مقدمة :

يعد الميراث أحد أسباب كسب الملكية ، يضاف إليه كل من العقد ، الشفعة ، الإستيلاء و الإلتصاق و الوصية (⁰¹) . و لعل السبب الذي تتمحور حوله الدراسة في هذا المجال يقتصر على السبب الأول ألا و هو الميراث، إذ بواسطته تنتقل إلى الورثة ملكية المالك بمجرد وفاته (⁰²) بعد أن يؤخذ من التركة : مصاريف التجهيز و الدفن ، الديون الثابتة في ذمة المتوفي و كذا الوصايا (⁰³) . لأن التركة لا تنتقل إلى ذمة الورثة إلا بعد تطهيرها مما يثقلها من ديون و وصايا في حالة وجود فائض يتم اقتسامه بين الورثة كل حسب نصيبه الشرعي، حينها تأخذ صفة الوراث معناها الحقيقي .

و بالتالي تصبح الشهادة التوثيقية l'attestation notariée المحررة بعد الوفاة أداة لنقل ملكية المتوفي العقارية المشهرة لفائدة الورثة الذين تثبت الفريضة استحقاقهم الإرث (⁰⁴) مع إتمام إجراء الشهر لدى المحافظة العقارية ، ذلك أن نقل الملكية و الحقوق العينية

لا تتم إلا بمراعاة مثل هذه الإجراءات المنصوص عليها قانونا و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري حسب ما تقضي به المادة 793 من القانون المدني .

و لما كان انتقال الملكية و الحقوق العينية في هذا الصدد سببه الوفاة ، و جب إثبات ذلك بموجب شهادة توثيقية حسب نص المادة 91 من المرسوم رقم 63 / 76 المؤرخ في 25 / 03 / 1976

و لعل الدافع لإختيارنا الموضوع هو الإشكالات القانونية التي أفرزها الواقع العملي ، سيما ما تعلق بتطبيق النصوص المنظمة لأحكام هذه الشهادة و ما انجر عنه من تناقض و تباين في الأحكام القضائية الصادرة عن أعلى جهات التقاضي ، لذلك ارتأينا من خلال هذه الدراسة معالجة الإشكالية التالية :

ما مدلول الشهادة التوثيقية و فيما يكمن الدور المنوط بها ؟ .

الإجابة على هذه الإشكالية نراها تكمن في نقطتين أساسيتين ، تتمثل النقطة الأولى في تحديد مفهوم الشهادة التوثيقية ، في حين تكون النقطة الثانية متعلقة بالدور الذي تلعبه هذه الشهادة .

أولا : مفهوم الشهادة التوثيقية

تتطلب منا دراسة مفهوم الشهادة التوثيقية التطرق إلى النقاط التالية :

تعريف هذه الشهادة ، الشروط الواجب توافرها لتحريرها ، أخيرا الإجراءات المتبعة لإعدادها

1 : تعريف الشهادة التوثيقية

بداية نقول أنه لا يوجد تعريف للشهادة التوثيقية ، و عليه إذا ما أردنا أن نعرف هذه

الأخيرة نقول هي تلك الشهادة التي يحررها الموثق بغرض نقل الملكية و الحقوق العينية العقارية المشهورة من المتوفي إلى الورثة أو الموصى لهم ضمن الآجال المحددة قانونا .

من أجل ذلك تعتبر الشهادة التوثيقية إحدى دعائم نظام الشهر العيني المبني على المسح العام للعقارات المبنية و غير المبنية و كذا على البطاقات العقارية المسوكة من قبل المحافظات العقارية⁽⁵⁾ حسب ما تؤكدته المادة 91 / 01 من المرسوم رقم 76/63 المؤرخ في 25 / 03 / 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري : ((كل انتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية في الآجال المحددة في المادة 99)).

من خلال نص هذه المادة نستشف أن انتقال الملكية عن طريق الوفاة يثبت بموجب شهادة توثيقية ، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هل هذه الشهادة تثبت انتقال الملكية لفائدة الورثة أم لفائدة الغير ؟ نترك الإجابة عن هذا السؤال عند تعرضنا للدور الذي تلعبه .
و حتى تصبح هذه الشهادة أداة قانونية تؤدي الغرض المنوط بها ، كان و لابد أن تستوفي جملة من الشروط نردها تبعا .

2 : الشروط الواجب توافرها في الشهادة التوثيقية

هذه الشروط قسمناها إلى شروط تتعلق بالبيانات التي يجب أن تتضمنها الشهادة و شرط يخص المدة التي تحرر فيها .

أ / البيانات التي يجب أن تتضمنها الشهادة

تكمن هذه البيانات فيما يلي:

بيانات خاصة بالمورث من الاسم ، اللقب ، محل الإقامة ، تاريخ ميلاد ، تاريخ و مكان الوفاة .

بيانات تتعلق بالورثة و هي : اسماءهم ، ألقابهم ، تاريخ ميلاد كل وارث ، محال إقامتهم بغرض استيفاء الشرط الشخصي المنصوص عليه بموجب المادة 65 من المرسوم 76/63 المشار إليه أعلاه .

بيانات تخص العقار أو العقارات التي كانت مملوكة للهالك و وصفها وصفا دقيقا مع تعيين حدودها ، و كذا الإشارة إلى الحقوق العينية المثقلة للعقار إن وجدت كحقوق الإرتفاق أو الرهون.

أصل ملكية المورث (06) .

ب / المدة التي تحرر فيها الشهادة :

قيد المشرع الورثة بضرورة تحرير هذه الشهادة خلال أجل معين ، حسب ما تنص عليه المادة 99 / 2 من المرسوم 63 / 76 ، إذ نجدها تحدد الآجال بستة أشهر تسري ابتداء من تاريخ الوفاة بالنسبة للورثة على أن يتحملوا المسؤولية المدنية عندما يقدم طلب الحصول على الشهادة خارج الآجال ، حيث تنص: ((إن آجال إتمام الإجراء تحدد كما يلي :

.....

و يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الإلتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة)) .

و عليه يجب على الورثة أن يبادروا بطلب تحرير هذه الشهادة أمام الموثق خلال ستة أشهر تسري ابتداء من تاريخ الوفاة ، هذه الفقرة تضمنتها كذلك المادة 10 من القانون رقم 03 / 22 المؤرخ في 12 / 28 / 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 (07) ، التي تنص: ((....يمكن أن تقوم المسؤولية المدنية للمالكين الجدد للحقوق العينية إذا طلب من المحرر بعد ستة أشهر من الوفاة)) .

غير أنه و في حالة عدم تقديم طلب تحرير الشهادة في الأجل المحدد قانونا يتعرض المالكين الجدد إلى غرامة تأخيرية قدرها 1000 دج ، بالإضافة إلى مسؤولية مدنية المتمثلة في التعويض عن الضرر الناجم عن هذا التأخير لفائدة إدارة الضرائب . غير أن هذه الأخيرة لا تمارس غالبا هذا الإجراء ، نظرا لما تتمتع به من حقوق امتياز تمارسها على ملكية المنقولات أو رهن قانوني يمارس على عقارات التركة بغرض تحصيل رسم نقل الملكية عن طريق الوفاة حسب ما تؤكد المادة 366 من قانون التسجيل المعدل و المتمم .

و بعدما يتحقق الموثق من انعدام أية وصية بناء على تصريح الورثة و شهادة الشهود أثناء تحرير عقد الفريضة ، هنالك يقوم الموثق بتسجيل الشهادة التوثيقية و شهرها ، هذا ما سوف نتعرض له من خلال النقطة الموالية .

3 : الإجراءات الواجب توافرها في الشهادة التوثيقية

تتمثل إجراءات الشهادة التوثيقية في إجراءين : الأول يتمثل في طلب الحصول على الشهادة التي يحررها الموثق تكون مرفقة بمسندات تثبت صحة البيانات الواردة فيها ، في حين الإجراء الثاني يكمن في تسجيلها لدى مصلحة التسجيل و تحويلها إلى المحافظة العقارية من أجل شهرها .

أ / طلب الشهادة التوثيقية و كيفية تحريرها

من خلال المدلول السابق للشهادة التوثيقية ، يتبين لنا أنه بعد وفاة الشخص الذي كان يملك قيد حياته عقار بموجب عقد مشهر ، إذا ما أراد ورثته التصرف في ملكية هذا العقار يتعين عليهم اللجوء إلى الموثق من أجل إعداد هذه الشهادة في الأجل المحدد قانونا (08). و قد يعفى الورثة من إعداد الشهادة ، إذا ما تم تحرير عقد القسمة المتضمن لمجموع العقارات لمورثة و تم شهر هذا العقد (09).

ب / تسجيل و شهر الشهادة التوثيقية

بعد أن يقوم الموثق بتحرير الشهادة التوثيقية يتوجه بها إلى مصلحة التسجيل التابع لها مكتبه التوثيقي إقليميا ، وهذا بغرض تسجيل هذه الشهادة حسب ما تقضي به المادة 75 / 1 من قانون التسجيل ، غير أن مدة التسجيل لم تكن موحدة عبر مختلف التشريعات فبالرجوع إلى نص المادة 99 / 01 من المرسوم رقم 76 / 63 نجد أن الموثق ملزم بتسجيل هذه الشهادة خلال مدة شهرين تسري ابتداء من اليوم الذي تلقى فيه الطلب أو الإلتماس ، على أن يمدد الأجل إلى أربعة أشهر إذا كان أحد الورثة مقيم بالخارج . لكن بصدور القانون رقم 03 / 22 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 و حسب المادة 10 منه ، نجد أن المدة التي يتقيد بها الموثق هي ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ تحرير العقد و يمدد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيم بالخارج .

من هنا نلمس التناقض و التعارض بين النصين القانونيين المذكورين أعلاه ، علما أن المادة 99 من المرسوم رقم 76 / 63 لا زالت سارية المفعول ، و لتفادي مثل هذا التناقض لا بد أن يبادر المشرع بتعديل هذا المرسوم و ذلك بإخراج نص المادة 99 منه و إلحاقها بقانون التسجيل مع استبعاد مدة التسجيل من قانون المالية ، بهذا الشكل يضمن المشرع توحيد المدة .

بالمقابل نجد أن المشرع يلزم الورثة ضرورة التصريح بالتركة التي انتقلت إليهم عن طريق الوفاة خلال سنة تسري ابتداء من تاريخ الوفاة حسب نص المادة 65 من قانون التسجيل المعدل و المتمم ، هذا النص بدوره يتعارض و نص المادة 99 / 02 من المرسوم 76 / 63.

فطبقا لنص المادة 65 من قانون التسجيل ، نجد أن الورثة لا يلزمون بدفع غرامة التأخيرية إلا إذا وقع التصريح بعد سنة ، في حين وموجب المادة 99 / 02 من المرسوم 76 / 63 و كذا المادة 10 من المالية لسنة 2004 ، إذا وقع التصريح بعد ستة أشهر و قبل انقضاء

أجل سنة يلزم الورثة بدفع غرامة تأخيرية . الأمر الذي يدفعنا مرة أخرى إلى التأكيد على ضرورة تعديل المرسوم رقم 63/ 76 و إلحاق نص المادة 99 بقانون التسجيل من جهة ، و تعديل المادة 65 من قانون التسجيل من جهة أخرى على نحو يفيد أن مدة التصريح بالتركة من قبل الورثة أو الموصى لهم تكون خلال ستة أشهر .

غير أن تسجيل الشهادة التوثيقية التي تتضمن نقل الملكية عن طريق الوفاة يختص به المكتب الذي يتبع له محل سكى المتوفى ، و في حالة عدم وجود محل سكى في الجزائر فإن التصريح بالتسجيل يتم في المكتب الذي يتبع له مكان الوفاة إذا كانت الوفاة قد وقعت في الجزائر ، أما إذا لم تكن الوفاة قد وقعت في الجزائر فإن التصريح يتم لدى المكاتب التي تعينها إدارة الضرائب ⁽¹⁰⁾ ، و هذا بعد ما يحصل الموثق الرسوم . بمختلف أنواعها لحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها ، فضلا عن ذلك يتعين عليه فتح حساب خاص لدى الخزينة ليودع فيه المبالغ التي يحوزها .

لكن و بعد صدور قانون القانون 2007/ 12 / 30 المؤرخ في المتضمن قانون المالية لسنة 2007 ⁽¹¹⁾ و بموجب المادة 16 منه أعفى المشرع أصحاب هذا النوع من التصريحات من تسديد الرسوم ، هذا إذا ما تم التصريح بانتقال التركة من قبل الورثة خلال الأجل المحدد قانونا ، أما إذا كان التصريح خارج الآجال يتعرض صاحبه إلى دفع غرامة تأخيرية تقدر ب1000دج حسب ما تشير إليه المادة 10 من نفس القانون .

أما إذا لم يتم الموثق بالتسجيل أو وقع التسجيل خارج الآجال ، فهناك آثار تترتب تكمن هذه الآثار فيما يلي :

اعتبار الموثق قد استولى على أموال الخزينة العمومية و استعملها لحسابه الخاص لأنه مكلف قانونا بتحصيل الرسوم . بمجرد توقيع التصرف أو العقد و إعطائه تاريخ ثابت ، كما أن الإحتفاظ بحقوق التسجيل أو التأخير في التسجيل سلوك يعرض الموثق إلى عقوبات

جبائية نصت عليها المادة 93 من قانون التسجيل المعدل و المتمم ، فضلا عن العقوبات التأديبية التي يتعرض لها و الموقعة من قبل السلطة المختصة التي يتبعها ⁽¹²⁾ . يضاف إلى هذا النص نص المادة 90 من المرسوم رقم 63 /76 المشار إليه أعلاه ، و الذي يلزم الموثقين و كتاب الضبط و السلطات الإدارية بإشهار كل العقود و الأحكام القضائية التي يتلقونها أو يساهمون في تحريرها في الآجال المحددة في المادة 99 من نفس المرسوم رغم إرادة الأطراف.

إذا وقع التصريح خارج الآجال ، يظل الأطراف مطالبون بتسديد رسوم التسجيل ، و لا يمكن لأحد أن يخفض من الدفع و لا أن يؤجله تحت ذريعة النزاع في الحصة أو لأي سبب آخر ⁽¹³⁾ .

و بعد تسجيل الشهادة التوثيقية يقوم الموثق بإعداد نسخة مطابقة لها مع إضافة المعلومات الخاصة بتسجيلها ، كما يحجر محتوى الشهادة وفق نموذج خاص بإدارة الشهر على أن ترفق بالوثائق التي تثبت صحة البيانات التي يجب أن تستوفيها ⁽¹⁴⁾ ، لتوجه بعدها إلى المحافظ العقاري الذي يتواجد العقار بدائرة إختصاصه من أجل شهرها ⁽¹⁵⁾ .

هنا يتضح أن الموثق ملزم بإيداع العقود بما فيها الشهادة التوثيقية بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا ، بغرض إشهارها و ليس الطرف الذي تنتقل الملكية إلى ذمته .

و عليه يتعين على الموثق أن يثبت بأنه أودع الشهادة التوثيقية بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا ، و ذلك بموجب وصل يسلمه له المحافظ العقاري طبقا للمادة 41 من المرسوم 76/63 المعدل و المتمم ، حتى يتمكن من الإحتجاج بآجال الشهر أو رفض الشهر طبقا لأحكام المادة 99 من نفس المرسوم .

و تنتهي مسؤولية الموثق من الناحية الشكلية و الإجرائية تجاه الورثة ، بإثبات إيداع العقد الذي تلقاه خلال المدة المحددة قانونا .

و على الموثق أن يراجع بنفسه هذه الشهادة سواء من الناحية الموضوعية خاصة ما تعلق بالتعيين و أصل الملكية ، أو من الناحية الشكلية كالأخطاء الإملائية ، دون أن يهمل التأكد من الوجود الوثائق الواجب إرفاقها بالشهادة و ذلك لتجنب الرفض النسيبي للعقد أو إطالة تواجده بالمحافظة العقارية .

ليأتي بعد ذلك دور المحافظ العقاري بصفته موظفا عموميا في مراجعة الشهادة التوثيقية و التأكد من مدى مطابقتها للنصوص التشريعية المتعلقة بالشهر ، بعدها تشهر هذه الشهادة لتعاد نسخة منها إلى الموثق (16) .

حينئذ يصبح الشخص غير الوارث الذي انتقلت إلى ذمته الملكية أو الحق العيني محل العقد من الورثة الإحتجاج بهذا الحق في مواجهة الغير ، كما يصبح للورثة الذين انتقلت إليهم ملكية المتوفى أو الحقوق العينية العقارية محل الشهادة الإحتجاج بهذه الحقوق تجاه الغير .

ثانيا : دور الشهادة التوثيقية

بداية نقول أنه لا يمكن الإقرار أو الإعتراف بالشهادة التوثيقية ، إلا إذا عرفنا الدور المنوط بها و لعل الدور الذي تلعبه هذه الشهادة يطرح من جانبين هما :

1) دور الشهادة التوثيقية في انتقال الملكية

2) دور الشهادة التوثيقية في إثبات صفة الوارث

و لا ربما تركيزنا على هذين الجانبين كان مردد الإشكالات الواقعية التي أفرزها تطبيق هذه الشهادة على مستوى أعلى جهات التقاضي، هذا ما سوف نتناوله من خلال النقطتين التاليتين:

1) دور الشهادة التوثيقية في انتقال الملكية

إن دور الشهادة التوثيقية في انتقال الملكية يتبين من خلال الحالات التي تقتضي استخراج هذه الشهادة نذكر من بينها .

الحالة الأولى : عملا بأحكام المادة 39 من المرسوم رقم 76 / 63 المؤرخ في 25/03/1976 ، فإنه يطالب بهذه الشهادة عندما يريد أحد الورثة التصرف في نصيبه بالبيع و نحوه من التصرفات الأخرى ، حيث تنص ((عندما يتم اشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم ، فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشياخ و بالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة)).

بحيث يلزم الورثة باستخراج الشهادة التوثيقية ليتمكنوا من التصرف في نصيبهم المشاع تطبيقا لقاعدة الأثر الإضافي للشهر المكرس بموجب نص المادة 88 من المرسوم 76 / 63 المذكور أعلاه ، و المقصود بالأثر الإضافي للشهر أنه لا يمكن القيام بأي إجراء للشهر في المحافظة العقارية ، ما لم يكن هناك إشهار مسبق للتصرف يثبت حق المتصرف الأخير .

و لعل هذا هو الهدف الذي كان يتوخاه المشرع من خلال استحداثه لهذه الأداة الفنية التي تخص شهر حق الإرث في مجموع البطاقات العقارية ، كما تعد وسيلة للحفاظ على سلسلة انتقال الملكية العقارية ، فضلا على أن أخذ المشرع بنظام الشهر العيني بموجب الأمر رقم 75 / 74 المؤرخ في 12 / 11 / 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، يتطلب القيام بهذا الإجراء (17) .

الحالة الثانية : تتطلب دعاوى قسمة التركات العقارية استخراج شهادة توثيقية من قبل الورثة تسهيلا لمهمة كل من الخبير و المحافظ العقاري ، و بالتالي يستحسن إرفاقها بعريضة

الدعوى غير أن تخلفها لا يترتب عليه عدم قبول الدعوى⁽¹⁸⁾ . ذلك أن مهمة القاضي تنصب في هذا النوع من الدعاوى على قسمة التركة إلى حصص بين الورثة المبينين في عقد الفريضة و بالتالي نقل الملكية من المورث إلى الورثة المستحقين .

غير أن القضاء تباين موقفه حول الدور الذي تؤديه الشهادة التوثيقية و مدى إلزاميتها كإجراء مسبق يجب القيام به من قبل الورثة قبل رفع دعوى القسمة بين جهات القضاء العادي و جهات القضاء الإداري و ذلك من خلال الأحكام و القرارات القضائية الصادرة عنها ، هذا ما سنعمل على تبياناه على النحو التالي :

أ موقف القضاء الإداري

بموجب القرار الصادر بتاريخ 24 / 09 / 2010 تحت رقم 004851 عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة ، كرس هذا الأخير مبدأ مفاده أن انتقال الملكية و الحقوق العينية العقارية إلى الورثة بفعل أو بمناسبة الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية طبقا لنص المادة 91/ 01 من المرسوم رقم 76 / 63⁽¹⁹⁾ .

يضاف إلى هذا القرار قرار آخر صادر عن نفس الغرفة تحت رقم 206652 بتاريخ 10/ 07 / 2000، أين تبني المجلس نفس المبدأ المشار إليه أعلاه على اعتبار أن الشهادة التوثيقية تعد قيد على رفع الدعوى⁽²⁰⁾ .

هذا الموقف الذي اعتمدته مجلس الدولة نراه غير سديد للأسباب التالية :

استدلال مجلس الدولة بنص المادة 91 / 1 من المرسوم رقم 76/63 المؤرخ في 25/ 03/ 1976 هو استدلال خاطئ ، لأن المجلس لم يأخذ بعين الاعتبار موقع النص ، بحيث نجد أن نص المادة ورد ضمن أحكام القسم الثاني من الباب الخامس تحت عنوان الوثائق المودعة قصد إشهارها تماشيا و عنوان الباب المتعلق بإشهار الحقوق .

يعتبر الميراث أحد أسباب كسب الملكية حسب نص المادة 774 من القانون المدني المعدل و المتمم ، يضاف إليه نص المادة 127 من قانون الأسرة : ((يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي)) ، و بالتالي لا يستحق الإرث بتحرير و شهر الشهادة التوثيقية بل بتحقيق واقعة الوفاة .

و ما يكمل هذين النصين التشريعيين نص المادة 15 من الأمر رقم 75/74 المشار إليه أعلاه : ((كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهرهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية)) .

إن المبدأ الذي انتهى إليه مجلس الدولة لا يستقيم و خصائص الملكية كونها حق دائم، ذلك أنه و حسب المبدأ نفسه في حالة حدوث وفاة دون أن يبادر أحد الورثة بتحرير الشهادة التوثيقية تبقى الملكية بدون مالك ، هذا ما لم يقل به أحد خاصة و أن الواقع أثبت عزوف الورثة عن تحرير هذه الشهادة و قل ما يبادرون بتحريرها .

هذا الموقف يتعارض و نص المادة 829 من القانون المدني التي تنص : ((لا تكسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا و ثلاثين سنة)) .

ب موقف جهات القضاء العادي

إن المحكمة العليا تبنت موقف مغاير تماما لموقف مجلس الدولة و عملت على تكريس مبدأ بموجب حكم قضائي مفاده : ((يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي و يحل الورثة محل مورثهم بقوة القانون حسب نص المادة 127 من قانون الأسرة في الذمة و مال التركة)) (21).

يضاف إلى هذا القرار قرار ثاني رقم 380 - 391 الصادر بتاريخ 17/01/2007 أين أخذت المحكمة العليا بنفس المبدأ (22) .

و عليه و من خلال هذين القرارين القضائيين نقول أن المحكمة العليا ترى أن الشهادة التوثيقية لا تشكل إجراء إلزامي لرفع الدعوى كون الملكية تنتقل بمجرد الوفاة ، و هو الموقف الذي نراه سليما يستقيم و مدلول النصوص القانونية التي تؤسس للشهادة التوثيقية، سيما نص المادة 127 من قانون الأسرة و المادة 829 من القانون المدني ، يضاف إليهما نص المادة 15/ 2 من الأمر 75/ 74 المذكور أعلاه .

و حتى نضمن الإنسجام و التكامل بين النصوص القانونية المشار إليها أعلاه و نص المادة 91/ 1 من المرسوم 63/ 76 ، نرى أن الحل يكمن فيما يلي :

يجب أن تفرق النصوص التشريعية المتعلقة بتأسيس السجل العقاري ، سيما نص المادة 91/ 1 بين انتقال الملكية في حق الورثة الذي يكون بتحقيق واقعة الوفاة ، و بين انتقال الملكية من الورثة إلى الغير الذي يتطلب تحرير و شهر الشهادة التوثيقية . هذا إذا كانت الحقوق العقارية محل الشهادة تقع في المناطق الممسوحة ، أو التي شملتها عمليات المسح تطبيقا لمبدأ الأثر الإضافي أو النسبي للشهر الذي يعرفه نظام الشهر العيني .

أما إذا كانت الحقوق العقارية التي تتضمنها الشهادة التوثيقية تقع في مناطق غير ممسوحة نقول أن انتقال الملكية و الحقوق العقارية في حق الورثة يكون بمجرد الوفاة بعد أن يثبتوا العلاقة التي تربطهم بالهالك ، و إذا ما أردوا التصرف في العقار الموروث أو قسمته يتطلب منهم ذلك إتباع إجراءات الترقيم المؤقت طبقا للقانون رقم 07/02 المؤرخ في 27/ 02 2007/ المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ، يضاف إليه المرسوم رقم 08/147 المؤرخ في 19/ 05/ 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية .

2) دور الشهادة التوثيقية في إثبات صفة الوارث

بداية نقول إن صفة الوارث تتحقق بمجرد الوفاة ، تبعا لذلك يمكن إثباتها بجميع الوسائل

أهمها عقد الفريضة المحرر من قبل الموثق ، غير أن صفة الوارث لا تأخذ معناها الحقيقي إلا بعد أن يخضع من التركة المستحقات الوارد ذكرها حسب الترتيب المحدد بموجب نص المادة 180 من قانون الأسرة منها :

-مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع

-الديون الثابتة في ذمة المتوفى

-الوصية

كون هذه العناصر لا تقتطع من الذمة المالية للورثة كما لا تنتقل إلى الورثة ، بل تسدد من تركة المالك (23) و في حالة وجود فائض يتم اقتسامه ، عندها تأخذ صفة الوارث معناها الكامل بعد أن تثبت هذه الصفة بواسطة عقد الفريضة .

و عليه فإن الشهادة التوثيقية لا تعمل على إثبات صفة الوارث ، إذ يجب التفرقة عند رفع الدعاوى بين الدعاوى القضائية التي تتعلق بإلتزام الشخصي بين المورث و الغير ، فتقدم المدعي في هذا المثال عقد الفريضة يكون كفيل و لوحده لإثبات صفة الوارث و بالتالي إثبات صفته في التقاضي . وبين الدعاوى المتعلقة بملكية عقار أو حق عيني عقاري التي تثبت الملكية فيها بموجب شهادة توثيقية مشهورة على مستوى المحافظة العقارية ، كما هو الحل بالنسبة لدعاوى الإستحقاق تطبيقا لنظام الشهر العيني (24).

كما يجب التفرقة كذلك بين قبول الدعوى المرفوعة من شخص يتمسك باستحقاقه الإرث و بين قبول ادعاءات الشخص نفسه بملكية أموال متنازع عليها في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث

ففي الطرح الأول تكون الفريضة كافية لإثبات صفة الوارث ، بينما في الطرح الثاني تكون الشهادة التوثيقية المشهورة هي السند الذي يثبت ملكية الأموال المتنازع عليها .

هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 14 / 03 / 2007 بتكريسها مبدأ مفاده : تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجرد الوفاة و لا تشكل الشهادة التوثيقية قيда على ممارسة الدعوى أمام القضاء (25) في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث (26) .

خاتمة :

ختاماً لموضوع بحثنا هذا نقول ، أن الشهادة التوثيقية تعمل و تساهم بشكل فعال في مراقبة و تتبع و تحين بصفة مستمرة و يومية لا تنتهي تماشيا و التغيرات المستمرة التي تطرأ على مختلف العقارات المسوحة كنتيجة طبيعية للوفيات التي تحدث ، بحيث تعتبر الوفاة واقعة مادية كفيلة لوحدها بمجرد حدوثها في انتقال الملكية من المورث إلى الورثة حسب ما تؤكد نص المادة 127 من قانون الأسرة المعدل و المتمم ، يضاف إلى هذا النص نص المادة 829 من القانون المدني المعدل و المتمم التي تؤكد على أنه لا تكتسب بالتقادم الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحياة 33 سنة على اعتبار أن عدم تحرير الشهادة لا يؤدي إلى وجود ملكية بدون مالك .

إلا انه و بالرغم من هذه النصوص التشريعية ، نجد القوانين المنظمة للشهر العقاري سيما المرسوم 76/63 يستوجب شهر حق الإرث المترتب عن الوفاة و ذلك بإعداد الشهادة التوثيقية بعد شهرها بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا ، مما أدى بالجهات القضائية إلى عدم التمييز بين دور هذه الشهادة في نقل الملكية من جهة و اشتراطها في إثبات صفة الوارث أو الورثة من جهة أخرى . بالرغم من أن صفة الوارث يمكن إثباتها بمختلف الطرق ، مما ساهم في خلق أحكام قضائية متناقضة على أعلى مستويات درجات التقاضي .

و لتفادي مثل هذه التناقضات ارتأينا تقديم جملة من الإقتراحات نراها ضرورية لفهم الدور المنوط بهذه الشهادة ، تكمن هذه الإقتراحات فيما يلي :

1 يجب على جهات التقاضي التفرقة و التمييز بين دور الشهادة التوثيقية في انتقال الملكية ، إذ تعد سند لا يمكن الإستغناء عنه بالنسبة للمناطق المسوحة في إثبات حق الملكية

تجاه الغير ، بينما يضمحل و يزول هذا الدور في إثبات صفة الوارث أو الورثة على اعتبار أن انعدامها لا يعرض الدعوى إلى الرفض شكلا ما دام أن صفة الوارث يمكن إثباتها بمختلف الطرق بما في ذلك عقد الفريضة .

2 يجب تعديل نص المادة 91/1 من المرسوم 76/63 على نحو يفيد أن انتقال أو انقضاء أو انشاء حقوق عينية عقارية بمناسبة الوفاة يثبت بالشهادة التوثيقية عندما يكون التصرف صادر من الورثة تجاه الغير ، أما انتقال هذه الحقوق في حق الورثة يكون بمجرد الوفاة .

بهذا الشكل نحقق التجانس و التكامل بين مختلف القوانين : (قانون الأسرة ، القانون المدني النصوص المنظمة للشهر العقاري) .

3 إعداد خرائط حينية تتضمن العقارات التي شملتها عمليات المسح ، و تمكين القضاة من الإطلاع عليها ، حتى تكون الشهادة التوثيقية سند يفيد إثبات انتقال الملكية من الورثة إلى الغير في المناطق الممسوحة .

4 تعديل المرسوم رقم 76 63 المؤرخ في 25 / 03 / 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و ذلك بإخراج المادة 99 منه و إلحاقها بقانون التسجيل .

5 إلغاء المادة 65 من قانون التسجيل المعدل و المتمم و توحيد المدة التي يلزم خلالها الورثة أو الموصى لهم لتسجيل التصريح بالتركة ، كون هذه المدة ليست نفسها حسب ما تشير إليه كل من المادة 99 / 02 من المرسوم 76 / 63 و نص المادة 65 من قانون التسجيل .

6 إحالة المادة 10 من قانون المالية لسنة 2004 على قانون التسجيل

7 توحيد المدة التي يلزم بها الموثق لإتمام الإجراء المتعلق بالتسجيل بين المادة 99 / 01

من المرسوم 76/63 المؤرخ في 25 / 03 / 1976 و المادة 10 من القانون رقم 22/ 03

المؤرخ في 28 / 12 / 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004.

الهوامش:

- 1 د/ عبد الرزاق أحمد السنهاوري الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المجلد الأول الجزء التاسع منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة سنة 1998، ص 06
- 2 سواء كانت الوفاة حقيقية أو حكما، أنظر المادة 127 من الأمر رقم 84/11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم .
- 3 المادة 180/01 من قانون الأسرة المعدل و المتمم .
- 4 - p / GHENIMA LAHLOU : preuve de la qualité d'héritier . rôle de l'attestation notariée établie après le décès ; commentaire de l'arrêt n°394379 ; Revue de la cour suprême ; numéro spécial ; jurisprudence de la chambre foncière ; Tome 3 ; année 2010 ; p 217
- 5 المستشار الطيب محمد الحبيب الشهادة التوثيقية بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الإجتهااد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، طبع المؤسسة الوطنية للإتصال للنشر و الإشهار وحدة الطباعة روية 2001 ص36
- 6 د / عبد الرزاق أحمد السنهاوري مرجع سابق ص 198 .
- 7 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 29 / 12 / 2003
- 8 أنظر الدراسة السابقة ص 4
- 9 المادة 91 / 03 من المرسوم 76/63 المؤرخ في 25 / 03 / 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري .
- 10 المادة 80 من قانون التسجيل المعدل و المتمم
- 11 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 29 / 12 / 2003 العدد 83 .
- 12 أ / حمان بكاي العقد التوثيقي و المراحل التي يمر بها بمجلة الموثق، العدد 11 سنة 2004، ص31

- 13 المادة 81/2 من قانون التسجيل المعدل و المتمم .
- 14 أنظر الدراسة السابقة ص 3...4
- 15 أ / حمان بكاي مرجع سابق ص32
- 16 أ / بورويس زيدان الطرق و الإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي مجلة الموثق ، العدد 09 ص 38
- 17 أ / زروقي ليلي ، أ / حمدي باشا عمر المنازعات العقارية دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، طبعة 2 0 04 ، ص 212 .
- 18 أ / زروقي ليلي ، أ / حمدي باشا عمر مرجع سابق ص 211
- 19 قرار رقم 004851 الصادر بتاريخ 24 / 09 / 2001 0 01 مجلة مجلس الدولة العدد 02 لسنة 2002 ص 158... 161 .
- 20 أ / حمدي باشا عمر القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، طبعة 2 0 08 ، ص 79... 80
- 21 قرار رقم 348247 الصادر بتاريخ 17 / 05 / 2006 مجلة المحكمة العليا العدد 02 لسنة 2006
- ص 395 و ما بعدها . نفس القرار منشور ضمن مرجع أ / حمدي باشا عمر مرجع سابق ص 81
- 22 أ / حمدي باشا عمر مرجع سابق 81
- 23- P/GHENIMA –LAHLOU :op ;cit ; p217
- 24 — المستشار الطيب محمد الحبيب — مرجع سابق — ص 46
- 25 قرار رقم 394379 الصادر بتاريخ 14 / 03 / 2007 0 07 مجلة المحكمة العليا عدد خاص ، الجزء الثالث سنة 2001 ، ص 199... 203 . و كذا قرار رقم 39138 0 الصادر بتاريخ 17 / 01 / 2007 مجلة المحكمة العليا عدد خاص الجزء الثالث سنة 2010 ، ص 191 ... 194

26 قرار رقم 4633 05 الصادر بتاريخ 10 / 09 / 2008 مجلة المحكمة العليا عدد خاص الجزء الثالث سنة 2010 ، ص 195... 198 .