

الشهادة التوثيقية - دراسة قانونية و قضائية -

د. محمودي فاطمة الزهراء

أستاذة محاضرة قسم "أ"،

كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة معسكر

ملخص:

الشهادة التوثيقية هي الأداة القانونية التي يتم بموجبها شهر حق الإرث كلما تعلق الأمر بعقار أو حقوق عينية عقارية، يعنى ذلك أن ملكية الأموال الموروثة لا تنتقل بشكل قانوني إلى الورثة إلا عن طريق تحريرها من طرف الموثق بطلب من أصحاب الحق، هذا الإجراء القانوني سبب جدلا حول مدى أهميته بالنسبة للورثة و علاقته بعملية نقل الملكية العقارية و دوره أمام القضاء في حالة أن ثار النزاع بينهم أو مع الغير .

Résumé :

L'Acte notarié est un outil juridique par le quelle ce fait la publication du droit d'héritage dans tous ce qui concerne l'immobilier ou les droits réels immobiliers , cela signifie que la propriété des fonds hérités ne sont pas légalement transféré aux héritiers seulement après rédaction , cette procédure est la raison d'un débat sur son importance devant les tribunaux, En cas de conflit entre eux ou avec d'autres.

مقدمة :

تعتبر الوفاة واقعة مادية لإكساب الملكية العقارية بمجرد حدوثها فعلا، حيث تنتقل الملكية لورثة الهالك بقوة الشرع و القانون فالشريعة الإسلامية خصصت جانبا كبيرا للميراث باعتباره محلا للملكية التي تنتقل للورثة كما عني العلماء به وجمعوا فصوله وفقا ملل جاء به الشرع و سموه بعلم الميراث يعرف من خلاله حق كل وارث من التركة لقول الله تعالى: ﴿ ما كان على النبي من حرج فيما فرض الله له... ﴾¹ ، لأن معاني الفرض موجودة كلها في كتاب الله ، مبينا فيها لكل وارث نصيبه وأحله له² ، بمجرد هلاك المورث بفعل الوفاة.

¹- سورة الأحزاب، لاية رقم 38

²- الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائر منتدى لأوراس القانوني نشر في قانون الأسرة يوم الأربعاء 11 نوفمبر 2009.

و باعتبارها واقعة مادية طبيعية يرتب عليها القانون أثرا وهو انتقال أموال المالك العقارية منها والمنقولة إلى ورثته طبقا لنص المادة 15 من الأمر 74/75 المتعلق بمسح الأراض¹ ، التي أكدت على أن الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعولها من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية، هذا يعني أن واقعة الوفاة وحدها ،من تعطي الحق للورثة في التملك على أساس أن المادة 15 المشار إليها أعلاه أكدت ذلك كما يلي "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارة في البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية " .

وهو نفس ما أشارت إليه المادة 127 من قانون الأسرة حيث أقرت أن الإرث يستحق بموت المورث أو باعتباره ميتا عن طريق صدور حكم قضائي يقضي بذلك .

لكن إذا أراد أحد الورثة التصرف في كل أو جزء من المال الشائع يجب عليه استصدار " شهادة توثيقية" من الموثق لكي يكون تصرفه نافذا حسب ما أكد عليه المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 في المواد 39 و 1/91، هذا ما يستوقعنا للقول أن هناك تناقضا قانوني حول نقل الملكية عن طريق واقعة الوفاة، أي متى تنتقل الملكية إلى الورثة هل بمجرد الوفاة حسب المادة 127 أم إلى غاية تحرير الشهادة التوثيقية .

و من الناحية العملية تضارب القضاء هو الآخر أين اختلف مجلس الدولة في قراراته فيعتبر أحيانا الشهادة التوثيقية قيد لرفع الدعوى القضائية في قضايا الملكية بسبب واقعة الوفاة و أحيانا يعتبرها إجراء جوهريا لنقل الملكية الموروثة في حين توحيحت المحكمة العليا توجهها مغايرا في ذلك سننظر له لاحقا

لذا سنحاول التطرق إلى ماهية الشهادة التوثيقية واشتراطها كإجراء جوهري حتى تتم انتقال الملكية إلى الورثة، هذا ناهيك عن مدى إلزاميتها في إثبات الصفة أثناء رفع الدعوى هذه العناصر لن تناقش، إلا إذا أثير الطرح حول مفهوم هذه الشهادة قانونا و ما الهدف حينما اشترطها المشرع للورثة حتى يثبتوا نقل الملكية إليهم و ما موقع نص المادة 15 من الأمر 74/75

¹ - الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بمسح الأراضي العام و إعداد السجل العقاري، جريدة رسمية عدد 92 سنة 1975.

السابق الذكر من الناحية العملية ؟ لذ سيناقش هذا الموضوع ضمن مبحثين نعالج فيها ماهية الشهادة التوثيقية كمبحث أول لننتقل إلى الأثر القانوني للشهادة التوثيقية كمبحث ثاني .

المبحث الأول: ماهية الشهادة التوثيقية

إذا كانت الشريعة الإسلامية أقرت مبدأ التوريث بعد الوفاة فإن القانون واكمها في ذلك ووضع له اجراءات خاصة به حتى يتم التصرف في الملكية الورثة عن طريق الشهادة التوثيقية التي سنعرض إلى مفهومها و الغرض من اشتراطها على الورثة بعد وفاة الهالك.

المطلب الأول : تعريف الشهادة التوثيقية

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا خاصا لشهادة التوثيقية ولكن اكتفى فقط بالتأكيد على إلزامية تحضيرها من طرف الورثة حتى تنتقل لهم الملكية من الناحية القانونية، على أساس أن انعدامها يعني أن الملكية لا زالت باسم الهالك و من غير المعقول أن تقسم الملكية على الورثة و هي لازالت باسم مورثهم .

الفرع الأول : التنصيص القانوني على ضرورة إعداد الشهادة التوثيقية

نص المشرع على الشهادة التوثيقية، بموجب المادة 15 من الأمر 74/75 المشار إليها سابقا و المادة 91 من المرسوم 63-76¹ التي جاء نصها كما يلي: "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الاجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة، و ينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادة ليس فقط عندما يطلب الأطراف منهم ذلك، و لكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يتعلق بكل التركة أو جزء منها، وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا للموثقين كل المعلومات و الإثباتات و لا يتم إعداد الشهادة التوثيقية إذا كان قد تم إعداد و شهر عقد القسمة لمجموع عقارات التركة ضمن الأجل المنصوص عليها ...".

¹ - المادة 92 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية، عدد 30، عدل هذا المرسوم بموجب المرسوم 210-80 المؤرخ في 1980/09/13 و عدل أيضا بمرسوم 123-93 المؤرخ في 1993/05/19 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

"غير أن بعض رجال القانون وضعوا لها تعريفا من حيث إجراءاتها فاعتبروها الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريقها فهي تحرر من قبل الموثق، تفيد انتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم¹.

يعني ذلك أن الشهادة التوثيقية هي عقد يصرح فيه عن البيانات الشخصية للمورث و الورثة و البيانات الخاصة بالملكية الموروثة و يعينوها تعينا نافيا لكل جهالة حيث يستند الموثق و هو محرر هذه الوثيقة على ما هو مؤكد عليه من بيانات شخصية و عينية في عقد الفريضة .

فمن خلال هذا النص يتبين لنا بأن الوفاة و هي واقعة مادية لا يكفي وقوعها انتقال الملكية من الهالك إلى ورثته، بل لابد من تحرير شهادة توثيقية ثم شهرها بالمحافظة العقارية، حتى ترتب آثارها القانونية . غير أن انتقال الملكية عن طريق الوفاة يتم بأثر رجعي أي من يوم وفاة صاحب الحقوق العينية و ليس من تاريخ شهر الشهادة التوثيقية، وذلك من خلال التصريح بحق الملكية و كل حق عيني.

الفرع الثاني: بيانات الشهادة التوثيقية

تعتبر الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية "les actes déclaratifs" حيث يستمع الموثق فيها تصريحات الأطراف و يحررها في شكل عقد و تتضمن هذه الشهادة الحالة المدنية للمتوفي "الهالك" و التصديق عليها بالنسبة للمتوفي و بالنسبة لكل واحد من الورثة أو الموصى لهم، تدوين الحالة الثبوتية لكل وارث من أسماء و ألقاب، عناوينهم، مهنهم، يستند في ذلك الموثق على عقد الفريضة المحرر للورثة بعد الوفاة².

هذه الشروط الشخصية أشارت إليها المادة 65³ و ألزمتها في كل محرر حيث جاء نصها كما يلي "إن العقود و القرارات و الجداول، فيما يخص الأشخاص الطبيعيين يجب أن تتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للأطراف .

¹ - حمدي باشا عمر، ليلي زورقي، الشهادة التوثيقية، المنازعات العقارية، في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، طبعة جديدة 2013/2012، دار هومة، ص 229.

² هذا ما أكدت عليه المادة 62 من مرسوم 63-76 الفقرات (2-3)

- يلتزم الموثق بتعيين العقار تعيينا كافيا نافيا، للجهالة، و ذلك عن طريق إحاطة حدوده، موقعه الأجزاء المكونة له و الإشارة لأصل الملكية، و يستوجب على الموثق بصفة إلزامية أن يتلو العقد، على طالب الشهادة (أي تلاوة العقد)، كما توقع الشهادة من طرف الورثة و الموثق ويتم تسجيلها بمفتشية التسجيل و الطابع، و شهرها لدى المحافظة العقارية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المعني.

المطلب الثاني : الغرض من إعداد الشهادة التوثيقية

بما أن الشهادة اعتبرها المشرع شرط لنقل الملكية لا يجد الورثة أنفسهم إلا مجبرين على تحريرها أمام الموثق هذا بناء على طلب الورثة أو تعيين أحدهم وكيلا عليهم حتى يتقدم بطلب تحريرها، هذا ما يدعو إلى معرفة الحالات التي يستحق فيها الوارث هذه الشهادة و هي حالات معينة أقرتها المادة 39 من المرسوم 63-76 المؤرخ 1976-03-25 المتضمن تأسيس السجل العقاري كما يلي : "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة، تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم ..".

نستنتج من خلال هذه المادة أن الشهادة التوثيقية تستخرج، في حالة ما إذا أراد الورثة التصرف في ملكيته المشاعة، على أساس أنه لا يجوز تصرف أحد الورثة في ملكيته المشاعة، إلا بعد إعداد هذه الشهادة باعتبار أن الملكية لا زالت باسم الهالك لذا لا يستطيع الورثة، القيام بأي تصرف في الملكية الموروثة¹.

يعني إذا تعلق الأمر بعقار يدعى شخصا بأنه قد انتقل إليه عن طريق الإرث، و يريد قسمته قضائيا أو يطالب بأي حق عيني عقاري، فيجب أن يطرح في دعواه الشهادة التوثيقية ، حتى يثبت صفته في الدعوى من جهة و يثبت انتقال الملك الموروث من جهة أخرى² وهذا راجع إلى صيغة الإلزام التي تضمنتها الفقرة الأولى من المادة 91 من المرسوم 63-76 التي أكدت على ذلك كما يلي:

¹ - إذا الإرث محله منقول لا يستدعي تخيير الشهادة العقارية لأن أغرض الحقيقي من إعداد الشهادة هو شهر الإرث.

² - مراض نسمة: الدعوى العقارية، مذكرة نهاية التكوين المتخصص في القضاء العقاري بالمعهد الوطني للقضاء 2002 الدفعة الثانية للسنة الأكاديمية 2001، ص 12.

"كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الاجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة..."

و ذهب المشرع الجزائري لأبعد من ذلك حينما رتب المسؤولية المدنية لأصحاب الحقوق الجديدة في حالة تأخرهم عن تقديم طلب تحرير الشهادة التوثيقية للموثق في أجل 6 أشهر من الوفاة و وفقا للمادة 99 من نفس المرسوم¹.

فإذا كان مجرد التأخير يرتب المسؤولية المدنية، فكيف تكون وضعية الورثة حينما يردون التصرف في ملكيتهم الموروثة، دون تحرير هذه الشهادة أو في حالة رفع دعوى أو رفعت ضدهم.

غير أن هناك من يري أن انعدام الشهادة التوثيقية لا تمنع الورثة من التصرف في نصيبهم المشاع مادام أنه يعد مالكا بمجرد وفاة المورث عملا بأحكام المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المتضمن مسح الأراضي العام و إعداد السجل العقاري التي أكدت أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية و من ثم ذهب هذا الاتجاه إلى استخلاص أن القانون لا يمنح للشخص صفة المالك ثم عندما يريد التصرف في ملكه نقيده بضرورة استخراج الشهادة التوثيقية².

هذا ناهيك عن المادة 127 من قانون الأسرة التي أكدت هي الأخرى على ذلك لذا يثار النقاش حول الهدف الذي سعى إليه المشرع حينما اشترط هذه الشهادة هل من أجل عملية الشهر و تحويل ملكية الأملاك الموروثة باسم الورثة بعدما كانت باسم الهالك، أم الشهادة وحدها هي من تثبت أحقية التملك رغم واقعة الوفاة، هذا ما سنناقشه لاحقا .

لكن بعض القضاة وعلى رأسهم الأستاذ "حمدي باشا عمر" لا يوافقون الاتجاه الأول مستشهدين بقاعدة الأثر الإضافي للشهر المنصوص عليها في المادة 88 من المرسوم 63-76 و التي جاء نصها كما يلي: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن

¹ - ليلي زورقي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر و الآثار المترتبة عن القيد، مقال منشور في مجلة الموثق ديسمبر 1998 العدد 5، ص 15.

² - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 231.

طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير".

و عليه يري الأستاذ حمدي باشا أنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار عقد يتضمن التصرف في عقار، ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه .

إذن فالشهادة التوثيقية اشترطت كسبب لنقل الملكية أو ربما إجراء جوهري سابق عن كل عملية اشهارية تقع بسبب توريث العقار لكن فرضا إذا كان العقار الموروث غير مشهر قد تقع في إشكال تحرر الشهادة في هذه الحالة ،لأن قاعدة الشهر المسبق غير متوفر هذا ما سنناقشه من خلال معرفة الأثر القانوني الذي ترتبه الشهادة التوثيقية.

المبحث الثاني : الأثر القانوني للشهادة التوثيقية

للشهادة التوثيقية طبيعة قانونية باعتبارها من ضمن العقود التصريحية التي تصرح بنقل الملكية فكما لها مراحل لإعدادها فلها إجراءات لإنهاءها سنناقشها في هذا المبحث .

المطلب الأول : شهر الشهادة التوثيقية

سننتظر في هذا المطلب إلى مفهوم الشهر حتى نتمكن من استنتاج الغرض الذي سعى إليه المشرع حينما قرر إلزامية شهر الشهادة التوثيقية .

الفرع الأول : مفهوم الشهر

الشهر هو إجراء قانوني يتم أمام المحافظة العقارية من أجل تثبيت الملك في حق المالك الجديد و بموجبه يعلم كل من له مصلحة من الغير بالوضع القانوني للعقار والحقوق العينية الواردة عليه، ومن خلاله يمكن أيضا التعرف إلى المالك و مساحة العقار وحدوده و الحقوق العينية الواردة عليه، و أصحاب هذه الحقوق وتواريخ نشوءها حتى إذا ما أقدم شخص على التعامل في هذا العقار بشرائه أو بقبول اكتساب أي حق من الحقوق العينية عليه، كان على بينة من أمره، وعلى يقين من تحقيق الغاية المقصودة من تصرفه، مما يسهل تداول الحقوق العقارية و يشجع الائتمان العقاري، فهو إذن يهدف إلى تنظيم هوية كل عقار بطريقة تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص¹.

¹ - محمدي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم

واشترط المشرع الجزائري شهر الملكية العقارية لدى المحافظة العقارية، حتى يمكن شهر هذه العقود و الوثائق المتضمنة نقل الملكية العقارية و ضمان حسن سير المصلحة المكلفة بذلك (المحافظة العقارية) و كذا ضمان تسلسل انتقالها و خلق نوع من التماسك و الاستقرار يسمحان بمتابعة تطور المعاملات العقارية، هذا ما أكد عليها المشرع ضمن المادة 16 من الأمر 74-75 حيث جاء نصها كما يلي: "إن العقود الإدارية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."

و بالرجوع إلى الأملاك التي يستحقها الورثة نجد أن المشرع رغم أنه أعطى الحق للورثة أو الموصى لهم في أن تنتقل الملكية العقارية إليهم و لكن اشترط إلى جانب ذلك الشهادة التوثيقية التي تحرر أمام الموثق باعتبارها عقد تصريحي توثيقي، و لم يكنفي بذلك بل أكد على ضرورة شهرها بالمحافظة العقارية .

الفرع الثاني: إلزامية الشهر الشهادة التوثيقية

ألزم المشرع الجزائري ضرورة شهر الشهادة التوثيقية تحت طائلة البطلان سواء في الإجراء المتعلق بنقل الملكية أو الدعاوى المرفوعة في هذه المسائل كدعوى القسمة أو نقل الملكية من المورث إلى الورثة لذا سنحاول التطرق إلى هذه النصوص كما يلي :

1- نص المادة 39 من المرسوم 63-76 المشار إليه سابقا كما يلي "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة تثبت انتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشيعاء و بالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة"

2- المادة 88 من نفس المرسوم التي جاء نصها كما يلي لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ..."

3- المادة 91 من المرسوم 63-76 التي ألزمت القيام بهذا الإجراء، كما أشرنا إليها سابقا

4- المادة 3/62 من مرسوم 63-76 فقد نصت على ما يلي "فما يخص الشهادات بعد الوفاة، فإنه يجب الإشارة إلى الحالة المدنية و التصديق عليها بالنسبة للمتوفي و بالنسبة لكل واحد من الورثة أو الموصى لهم."

فموجب هذه المواد لا يستطيع الورثة التصرف في الأملاك العقارية الموروثة عن طريق وفاة الهالك إلا إذا قاموا هؤلاء الورثة بتحضير الشهادة التوثيقية بشكل رسمي مع ضرورة شهرها¹، و قد أكد المشرع المصري ذلك أيضا ضمن نص المادة 13 من قانون 1946 المتعلق بالشهر العقاري وسمح أن يتم شهر التصرفات المبرمة من طرف الورثة الذين لم يشهروا، حق الإرث من خلال الشهادة التوثيقية واحدة أي شهر حق الإرث مع التصرف المبرم أمام مصلحة الشهر العقاري لديهم².

و عليه فالشهر كما هو معلوم شرط كاشف ليكون التصرف نافذا في مواجهة الغير وقد اشترطت المادة 99 من نفس المرسوم على أن يقدم الورثة طلب الشهادة الموثقة في أجل 06 أشهر من الوفاة و إلا اعتبروا مسئولين مدنيا على عدم الإعلان،

غير أن المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 عدلت آجال إيداع الشهادة التوثيقية في المحافظة العقارية كما يلي "حدد آجال إتمام الإجراء بالنسبة لشهادات بعد الوفاة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ تحرير المحرر، يمدد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما بالخارج، يمكن أن تقوم المسؤولية المدنية للمالكين الجدد بالحقوق العينية إذا كان التسخير المحرر أكثر من ستة أشهر من الوفاة"

لأن انعدام الشهر يؤدي إلى الإضرار بالغير، و حتى بالورثة أنفسهم لأن ليس لهم الحق في شهر تصرفاتهم التي يوقعونها لاحقا تطبيقا للأثر الإضافي للشهر.

¹ - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص 227.

² - حسن عبد الباسط جمعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني دار النهضة العربية بدون طبعة، 1999، ص 243 و ما يليها.

وجدي شفيق فريخ، الوسيط في شرح قانون السجل العيني في ضوء الفقه القانون و التعليمات، حيدر جروب للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2000، ص 59 وما يليها، المادة 92 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية، عدد 30، عدل هذا المرسوم بموجب المرسوم 210-80 المؤرخ في 1980/09/13 و عدل أيضا بمرسوم 123-93 المؤرخ في 1993/05/19 المتعلق بتأسيس السجل العقاري..

أما المسؤولية فقد قررها المشرع وفقا للمادة 99 من المرسوم 63-76 حيث أكد ذلك كما يلي "...يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسئولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة... يعاقب عليها بغرامة 100دج تكون على محرري العقد ..".

ويجب الإشارة إلى أن عملية الشهر تتم أمام المحافظ العقاري لدى المحافظة العقارية حيث يجب عليه أن يؤشر على البطاقة العقارية المعنية و يقوم بشطب اسم المورث (المتوفي) و كتابة عبارة تنتقل ملكية العقار من المورث بموجب شهادة توثيقية إلى ورثته، و بالتالي الورثة مطالبين بإعداد الشهادة التوثيقية فقط في الأملاك العقارية دون المنقولة²

المطلب الثاني : دور الشهادة التوثيقية أمام القضاء

سنحاول أن نتطرق في هذا المطلب إلى دور الشهادة التوثيقية في إثبات الصفة في التملك في حالة ما إذا رفعت الدعوى من طرف الورثة أو ضدهم مع تبين موقف كل من مجلس الدولة و المحكمة العليا في اعتبار الشهادة قيدا لرفع الدعوى هذا ناهيك عن دورها في إثبات الملكية العقارية الخاصة .

الفرع الأول : الشهادة التوثيقية أمام القضاء الإداري

لم يثبت مجلس الدولة في قراراته اتجاه الشهادة التوثيقية و دورها في إثبات صفة الورثة من خلال نقل الملكية العقارية، هذا ما سنبينه في الفرع التالي .

الرأي الأول : الشهادة التوثيقية لا تثبت صفة الورثة كالكين

وهو قرار صادر بتاريخ 1999/01/11¹ خلاص هذا القرار إلى أن الشهادة التوثيقية لا تثبت الصفة للورثة كالكين، حيث أن المستأفنين يعيرون على القرار المستأنف في عدم إعطاء الشهادة التوثيقية قيمتها القانونية فيما يتعلق بمزاعمهم و بالتحديد القطع الأرضية بمساحة 5000 متر مربع رقم 171 و 892 و 893 من المخطط العمراني لمدينة تلمسان و قطعة أرضية أخرى

²- مزعاش نسيمه، الدعوى العقارية، مذكرة نهاية التكوين المتخصص في القضاء العقاري بالمعهد الوطني للقضاء، دفعة . الدفعة الثانية للسنة الأكاديمية، 2001، ص 12.

¹- قرار رقم 149.142 صادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة بتاريخ 11-01-1999، غير منشور، مشار إليه في حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 235.

بمساحة 228 متر مربع كائنة كلها بالمكان المسمى مشكنة .

حيث أن الشهادة التوثيقية المؤرخة في 1968/05/14 التي يستمد منها المستأفون صفتهم و مصلحتهم للتقاضي تعد فعلا عقدا محررا رسميا غير أن الموثق اكتفى بتدوين تصريحات أحد الأطراف الذي توفي و أنه يستفاد من التصريح التوثيقي الذي أدلى به المرحوم " ح ع س " أن والدته " ف م " تملك حقوق ملكية على عدد من العقارات من بينها القطع الأرضية المتنازع عليها .

و يضيف مجلس الدولة في تبرير موقفه، أنه لا يمكن نقل الملكية بمجرد التصريح حتى و لو تم أمام جهات رسمية كالموثق و تم شهرها أمام المحافظة العقارية، والسند الصحيح وحده من يثبت إجراء النقل لذا رأي مجلس الدولة أن المجلس القضائي كان على حق عندما رفض دعوى المستأفنين .

لكن في الحقيقة مجلس الدولة قد أخطاء عندما أقر أن الشهادة التوثيقية لا تنقل الملكية و أنها مجرد تصريح، لا يرقى إلى مستوى السند القانوني حتى لو حرر أمام الموثق و تم شهره أمام المحافظة العقارية.

و نستدل في ذلك المادة 39 المشار إليها سابقا² عندما أكدت على أن انتقال الملك المشاع لا يتم إلا بعد إشهار الشهادة التوثيقية أمام المحافظة العقارية، كما أقرت المادة 91 الفقرة الأولى من ذات المرسوم أن كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحق عيني عقاري بفعل الوفاة، يجب أن يثبت بالشهادة التوثيقية .

كما أن هذه الشهادة تمر بمراحل إجرائية عندما تقدم أمام المحافظ العقاري بعد الإيداع حيث يطبق من خلاله ما يسمى بمبدأ الشرعية عن طريق المراقبة و التأكد من مدى استيفاء المحررات المراد شهرها على الشروط القانونية من جانبها الشكلي و الموضوعي، كما تشير إليه المادة 105 من المرسوم 63/76، التي جاء نصها كما يلي " يحقق المحافظ بمجرد إطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة بأن موضوع أو سبب العقد غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل و ضوح." و هذا يعني أن كل وثيقة تطرح للشهر تصبح

²- هذا أيضا ما استبق عليه الأستاذ حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 236.

خاضعة كما هو معروف للمبادئ التالية:

1- مبدأ قوة الثبوت المطلقة " Force probante absolue"¹

يعني ذلك أن كل ما هو مقيد في السجل العيني يمثل الحقيقة التي لا شك فيها، كما أنها قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس و الهدف من إقرار هذه القرينة القاطعة في هذه الحالة هو دعم الائتمان العقاري لذا سمي هذا المبدأ أيضا بالثقة الواجبة للسجل أو مبدأ القوة المطلقة²

2- مبدأ القيد المطلق "Principe de l'inscription absolu"

مؤدي هذا المبدأ أن القيد في ظل نظام الشهر العيني هو مصدر الحقوق العينية العقارية، فهو الذي ينشئ الحقوق و هو الذي يعد لها وهو الذي يزيلها و ينهيا.

3- مبدأ الشرعية "Principe de légalité"

يلزم هذا المبدأ الموظف المكلف بعملية الشهر أو القيد في السجل العيني التأكد و التحقق من كافة السندات التي تجري بموجبها عملية الشهر في السجل العيني حتى لا تشهر إلا الحقوق المشروعة فعلا³.

فكيف لمجلس الدولة أن لا يعترف بوثيقة مصرح بها أمام ضابط عمومي و محقق فيها من طرف المحافظ العقاري في ظل هذه المبادئ التي يعتمد عليها الشهر، فهو بذلك ينكر التوثيق من جهة و قوة الشهر من جهة أخرى و هذا غير معقول، فالقضاء جاء ليطبق روح القانون و لا ينمى من القضاء أن يوقع المتعاملين بالعقار في متاهة تطبيق القانون من عدمه كالذي وقع سابقا في مدى شرعية العقود العرفية المتعلقة بالعقار و مسألة معالجتها قضائيا .

¹ - كما أن هناك، بعض الدول لم تأخذ بهذا المبدأ مثل ألمانيا وانتقده الفقه المصري أيضا و ذلك لنسبته ككل الإجراءات، راجع في ذلك: Pierre Ortscheidt, la possession en droit civil Française et allemand, la thèse pour doctorat: université de Strasbourg 1988 p 519.

² - جمال بوشنافة : المرجع السابق، (31-30)

³ - هذا ما أشار إليه كل من :

- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومة، سنة 2008، 26.

- نور الدين رجحي موقف النظم الحديثة من مبدأ انتقال الملكية، مجلة الموثق، العدد 10، 2000، ص30

- جمال بوشنافة : المرجع السابق، ص32.

الرأي الثاني: الشهادة التوثيقية وحدها من تثبت صفة الورثة

لقد اعتبر مجلس الدولة في قراره الصادر في 10-07-2000 عن غرفته الأولى¹ أن كل دعوى متعلقة بملكية موروثه بعد الوفاة يجب أن ترفق بالشهادة التوثيقية و إلا اعتبرت دعوى سابقة لأوانها .

حيث جاء القرار المشار إليه كما يلي " حيث أن المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما المتوفي كما تشترطه أحكام المادة 91 من مرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25، و حيث أن هذا الشرط هو إجراء مسبق لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الوراثين .

حيث أن المستأنفين لم يقوموا بهذا الإجراء القانوني والإلزامي قبل رفع دعواهما المتعلقة بالاعتراف بالملكية على القطعة الأرضية المتنازع من أجلها في إطار تطبيق أحكام المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21... تعتبر دعوى سابقة لأوانها ما دام أن المستأنفين لم يقوموا بالإجراءات القانونية الأولية لإثبات صفتها كوراثين شرعيين للمرحوم "ش.ع" و لإثبات نقل ملكية هذا الأخير بصفة رسمية إلى مورثيه كما يستلزمه القانون "

و عليه يمكن التعليق على هذا القرار من حيث المبدأ، الذي ذهب إليه مجلس الدولة في أن الشهادة قيدا لرفع الدعوى باعتبارها من تثبت الصفة الدعوى و أن الوراثين يثبتون أنهم مالكيين إلا بموجبها، هذا ما يعتبره بعض أنه تجاوز للقانون².

على أساس انتقال الملكية للورثة تتم بمجرد وفاة المالك و هذا بناء على المادة 15 من الأمر 74-75 التي تنص على ذلك كما يلي "...غير أن نقل الملكية عن طرق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ."

و هذا يعني أن مفعول نقل الملكية أو أثر نقل الملكية بقوة القانون يتم بواقعة الوفاة التي تلحق بالمالك صاحب الملكية العقارية، و ليس بموجب إعداد الشهادة التوثيقية، هذا ناهيك عن

¹ - القرار رقم 206-652 المؤرخ في 10-07-2000، الغرفة الأولى، غير منشور مشار إليه في حمدي باشا عمر المرجع السابق، ص 233.

² و هذا بالفعل ما اتجه إليه الأستاذ حمدي باشا عمر و أكد عليه، في مرجعه السابق، ص 234.

المادة 127 من قانون الأسرة التي جاء نصها كما يلي " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة"، التي أشرت إليها سابقا .

هذا ما يؤكد أن القانون قد فصل في مسألة استحقاق الملكية العقارية، و أن الورثة لا يحتاجون لإثبات في سريان الملك في ذمتهم، خاصة و أن النصوص التي تأكد أحقية الإرث جاءت في أحكام عامة و خاصة كقانون الأسرة و الأمر 74/75 المشار إليها أعلاه فكيف لمجلس الدولة يعتبر الشهادة وحدها من تثبت صفة الأطراف إذا هذا ما نراه مساسا بأحكام القانون .

في حين يري البعض الآخر أن رأي مجلس الدولة والذي يعتمد فيه على نص المادة 91 من المرسوم 63/76 باعتبار أن انتقال الملكية عن طريق الوفاة لا يتم إلا بالشهادة التوثيقية والتي تخضع للإشهار هو الصواب، ولكنهم لا يعتمدون على نفس الأساس فهم يرو أن المنظومة التشريعية منذ بداية السبعينات انتهجت نظام الشهر العيني، ولا وجود للازدواجية في المنظومة التشريعية والتنظيمية الخاصة بالعقار في الجزائر، ولا يوجد أية استثناءات لأن المشرع في القانون المدني أكد على انتقال الملكية بالشهر في المادتين 792 و 793 وكذا المادة 803 منه، وهم يجزمون أن واقعة الوفاة لا تكفي لنقل الملكية إلى الورثة أو الموصى لهم، وذلك لأن المادة 127 من قانون الأسرة التي تعتمد عليها المحكمة العليا تشير إلى استحقاق الإرث وليس انتقال التركة .

كما أن المادة 15 من الأمر 74/75 تشير إلى أثر الشهر على انتقال الملكية بفعل الوفاة، فالقاعدة العامة تؤكد أن الملكية لا تنتقل إلا إذا تم شهر سند الملكية، فالشهر له أثر فوري و استثناء في حالة الوفاة، فإن شهر الشهادة التوثيقية ينقل التركة إلى الورثة بأثر رجعي من تاريخ الوفاة ن لأن الشهر ، هو الذي نقل الملكية بأثر رجعي و ليست واقعة الوفاة، باعتبار أن الوقائع المادية لا تنشئ الحقوق العينية في نظام الشهر العيني، وأنه لا يمكن للشخص الغير مقيد في السجل العيني أن يثبت ملكيته، و أن الشهر في السجل العقاري يعد قرينة قاطعة على الملكية، و أن كل الوثائق المشهرة صحيحة و قانونية ما دام المحافظ العقاري قد تولى فحصها طبقا للمادة 22 من الأمر 74/75 (مبدأ الشرعية)، و أن الشهر يمد الشهادة بإجراء القيد المطلق حيث لا تكتسب الملكية و الحقوق العينية الأخرى إلا

غير أن مجلس الدولة تراجع عن موقفه فقط في دعوى التعويض حيث لم يشترط على رافع الدعوى أن يثبت صفته في الدعوى من خلال قراره الصادر في 2007/04/11، أما غير ذلك فقد أبقى على رأيه².

الفرع الثاني: الشهادة الوثائقية أمام القضاء العادي

استقرت المحكمة العليا في غرفتها العقارية على موقفها بخصوص الشهادة الوثائقية حيث لم تعتبرها قيда على رفع الدعوى مهما كانت طبيعة الدعوى سواء تعلق الأمر بالملكية أو التعويض... الخ وذلك بموجب قرارها الصادر عن الغرفة العقارية تحت رقم 348247 المؤرخ في 2006/05/17³ حيث جاء مضمونه كما يلي: "صفة التقاضي - في الإرث - المرجع - قانون الأسرة، المادة، 127- و المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية (الملغى بموجب قانون 08-09 المؤرخ في 2008/04/25)"⁴.

حيث أقرت المحكمة العليا المبدأ التالي: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي، ويحل الورثة المتوفرون على صفة التقاضي محل مورثهم بقوة القانون."

يلاحظ من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا اعتمدت في قرارها على المادة 127 من قانون الأسرة المنصوص عليها سابقا حيث اعتبرت أن التركة تنتقل إلى ذمة الورثة من تاريخ الوفاة وعززت موقفها بنص المادة 15 من الأمر 74 /75 واعتبرت أن المادة 91 من المرسوم 63/76 متناقضة مع المادة 15 أعلاه أو أنها تتعلق بالإثبات لا غير¹، أو أنها طريقة لإشهار حق الإرث الذي كان باسم الهالك، أي أن الورثة تتكون صفتهم بمجرد وفاة الهالك إما

¹- لبال بن خليل أسباب اكتساب الملكية، مناقشة الاجتهادات القضائية في المسائل العقارية نشر يوم 2011/10/28، على موقع: <http://boubidi.blogspot.com>

²- حمدي باشا عمر، الرجع السابق، ص 237.

³- مشار إليه في مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006، ص 396.

⁴- بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 2008/04/22 أصبحت المادة 13 هي البديلة حيث جاء نصها كما يلي "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون..."

¹- قرار رقم 394379 المؤرخ في 2007/03/14، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الغرفة العقارية، 2010، الجزء 03، ص

فعليا أو عن طريق حكم يصدره القاضي و لا تشكل الشهادة التوثيقية قيدا على ممارسة الدعوى أمام أي جهة قضائية فالمحكمة العليا تعترف بنقل الملكية بموجب الوفاة في حين أن صفتهم قائمة وقت رفع الدعوى، و يمكن إثباته بكل الوسائل القانونية (موضوعا و إجراء)، على أساس أن واقعة الوفاة هي طريقة من طرق اكتساب الملكية العقارية.

و بمعنى آخر لم تميز المحكمة العليا بين أثر الوفاة و أثر الشهر و بين صفة الوارث و صفة الملاك على الشيوع²، و اعتبروا الشهادة مجرد إجراء يخص الشهر و أن ملكية الورثة تقرر ب وفاة الهالك فقط.

و في رأينا كل الطرق التي تؤدي إلى تملك العقار قبل إجراء عملية الشهر نعتبرها، مجرد حالة اكتساب فقط و ليست نقل للملكية أي تبقى الملكية العقارية باسم المالك الأول سواء بيع أو هبة أو وقف...الخ إلى غاية أن تتم إجراءات التسجيل و خاصة الشهر لأنه هو زمن نقل القانوني للملكية العقارية باسم المكتسب و يتحول من مكتسب إلى مالك ، عن طريق إضافة اسمه في البطاقة العقارية إلا واقعة الوفاة نعتبرها استثناء عن القاعدة العامة حسب نص المادة 15 من الأمر 74/75 فزمن انتقالها هو زمن الوفاة الحقيقة أو القضائية للهالك أما الشهادة التوثيقية فهي إجراء شكلي يقوم به الورثة إذا أرادوا التصرف في ملكيتهم، هذا ما يجب أن يتداركه مجلس الدولة وأن يتجه إلى توحيد قراراته من جهة و أن يتفق مع المحكمة العليا من جهة أخرى خدمة للقانون و القضاء، و منح الثقة لكل متعامل في مجال العقارات .

خاتمة:

تعتبر الشهادة التوثيقية دليل قانوني على نقل الملكية من الهالك إلى ورثته و أن اكتساب الملكية العقارية في هذه الحالة يتم بمجرد الوفاة و هي حالة استثنائية، كما سبق

199، مشار عليه في : حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 237 و في نفس السياق أكدت المحكمة العليا رأيا من خلال قرار رقم 74 4778 المؤرخ في 2008/12/17 منشور مجلة المحكمة العليا ، العدد 02، 2008 ، ص 264.

² -- وهيبة عثمانة ، الشهادة التوثيقية على ضوء القانون و تطبيقات القضاء الجزائري ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باتنة 01 ، العدد السابع، سبتمبر 2015 ، ص 472.

الإشارة إليه.

لذا فما الداعي إلى صدور قرارات قضائية متذبذبة و متناقضة إلى حد عدم الاعتراف بهذا المحرر، رغم أهميته فكان على هذه الهيئات القضائية أن توحد قراراتها ليس مع بعضها فقط و إنما مع ما هو منصوص عليه في القانون احتراماً له، و تطبيقاً لمبادئه و عدم فتح ثغرات نحن في غنى عنها، فقد لا تؤدي إلا إلى فقدان الثقة في القانون الذي جاء لينظم المعاملات و لا سيما العقارية منها، التي نحن بصدد مناقشة احدها، و أن يتفرغ مجلس الدولة و المحكمة العليا إلى صدور اجتهادات حيناً لا يوجد نص لأن هذا هو الهدف من الاجتهاد و أن لا يفترضوا الجدل و الإشكال في وجود النص القانوني، خدمة للقانون و حفاظاً على حقوق المالكين .

لذا نتمنى من الهيئات القضائية أو تعمل في تطبيقاتها على ، توحيد اجتهاداتها في نفس الموضوع و أن تبتعد عن التذبذب في مواقفها ، كما أن تتعاون مع جهات قضائية أخرى و تقصد بذلك تعاون مجلس الدولة مع المحكمة العليا ، على ضبط المفاهيم و الإجراءات خدمة للمعاملات العقارية في هذا الباب و تطبيق روح القانون حتى نضمن أحكام عادلة تعزز ثقة المتقاضين في عدالتنا.

قائمة المراجع :

المصادر الرسمية :

القرآن الكريم :

- سورة الأحزاب، آية رقم 38

القوانين :

- قانون الأسرة رق 84-11 المؤرخ في 09/07/1984 المعدل و المتمم بموجب الأمر 05-02

المؤرخ في 27/02/2005 ، الجريدة الرسمية رقم 15.

- قانون المدني رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل و المتمم بموجب قانون 05-10

المؤرخ في 20/07/2005، الجريدة الرسمية ، العدد 44.

- قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 المؤرخ في 22/04/2008، الجريدة الرسمية

العدد 21.

-الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بمسح الأراضي العام و إعداد السجل العقاري، جريدة رسمية عدد 92 سنة 1975.

- المرسوم 63-76 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية، عدد 30، عدل هذا المرسوم بموجب المرسوم 80-210 المؤرخ في 13/09/1980 و عدل أيضا بمرسوم 93-123 المؤرخ في 19/05/1993 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
الكتب :

- حسن عبد الباسط جميعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني دار النهضة العربية بدون طبعة، 1999، ص 243

- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومة، سنة 26، 2008.

- نور الدين رجمي موقف النظم الحديثة من مبدأ انتقال الملكية، مجلة الموثق، العدد 10، 2000، ص 30

- حمدي باشا عمر، ليلي زورقي، الشهادة الوثائقية، المنازعات العقارية، في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، طبعة جديدة 2012/2013، دار هومة، ص 229 ..

- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر.

مذكرات باللغة العربية :

-محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بلعباس، 2011، ص 354.

-مزعاش نسيم، الدعوى العقارية، مذكرة نهاية التكوين المتخصص في القضاء العقاري بالمعهد الوطني للقضاء، دفعة الدفعة الثانية للسنة الأكاديمية، 2001، ص 12.

-لبال بن خليل أسباب اكتساب الملكية، مناقشة الاجتهادات القضائية في المسائل العقارية نشر يوم 28/10/2011، على موقع <http://boubidi.blogspot.com>.

مذكرات باللغة الفرنسية :

-Pierre Ortscheidt, la possession en droit civil Française et allemand, la thèse pour doctorat université de Strasbourg 1988 p 519.

المقالات :

- ليلي زورقي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر و الآثار المترتبة عن القيد، مقال منشور في مجلة الموثق ديسمبر 1998 العدد 10.

- وهيبه عثمانة ، الشهادة التوثيقية على ضوء القانون و تطبيقات القضاء الجزائري ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باتنة 01 ، العدد السابع ،سبتمبر 2015 .

-الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائر منتدى لأوراس القانوني نشر في قانون الأسرة يوم الأربعاء 11 نوفمبر 2009.

اجتهادات قضائية :

- قرار رقم 149.142 صادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة بتاريخ 11-01-1999، غير منشور -القرار رقم 206-652 المؤرخ في 10-07-2000، الغرفة الأولى، غير منشور .

- قرار رقم 394379 المؤرخ في 14/03/2007، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الغرفة العقارية ، 2010 ، الجزء 03

-قرار رقم 74 4778 المؤرخ في 17/12/2008 منشور مجلة المحكمة العليا ، العدد 02، 2008 ، ص 264.