

تناقض الاجتهاد بين القضاء العادي والقضاء الاداري، ما الحل ؟

انتقال الملكية العقارية بالوفاة نموذجا

أ. أحمد شاعة، أستاذ مساعد

كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة

ملخص

ينقسم الاختصاص النوعي في نظام الازدواجية حسب طبيعة النزاع بين القضاء العادي والقضاء الإداري على اساس المعيار العضوي، ويتمخض عن ذلك ازدواجية في القانون من حيث الموضوع ومن حيث الاجراءات، فالقواعد القانونية التي يطبقها القاضي المدني تختلف عن القواعد التي يطبقها القاضي الاداري. لكن بالرجوع إلى بعض الاجتهادات القضائية بين النظامين نجد أن القاضي المدني طبق على النزاع المطروح امامه نفس القواعد القانونية التي طبقها القاضي الاداري، وكنموذج طبق القواعد السارية في مجال الملكية العقارية وبالاخص نقل الملكية عن طريق الوفاة، فكلا النظامين طبقا القانون المدني (م 793) والأمر رقم 75/74 والمرسوم رقم 63/76 وقانون التسجيل رقم 105/76. ورغم تطبيق نفس القواعد القانونية والاختلاف بين النظامين في اطراف النزاع حسب المعيار العضوي إلا أن الاجتهاد القضائي جاء متناقضا اين اعتبر القضاء العادي صفة الوارث هي صفة المالك، بينما اعتبر القضاء الاداري أن صفة المالك تثبت بموجب الشهادة التوثيقية.

الكلمات المفتاحية: مجلس الدولة - المحكمة العليا - الشهادة التوثيقية - الوارث - نقل الملكية - الفريضة.

Résumé

Dans le système consacrant la dualité de juridictions, la répartition des compétences entre les juridictions de droit commun et les juridictions administratives se fait sur la base d'un critère organique. Il arrive cependant que les litiges soumis aux juridictions de l'ordre judiciaire et ceux relevant des juridictions administratives sont soumis au même texte de loi. Si l'on se réfère cependant, à la jurisprudence des deux ordres de juridictions, il apparaît que le juge civil et le juge administratif appliquent différemment le même texte, d'où des décisions contradictoires, tel l'exemple du transfert de la propriété immobilière par cause de décès.

Mots-clefs: Conseil d'état- cour suprême - certificat notaire-héritier - transfert de la propriété -frédha.

مقدمة

إن وحدة القانون تتماشى مع وحدة النزاع ووحدة الهيكل القضائي، فطبيعة النزاع المطروح أمام القاضي واحدة، ينتج عنه تطبيق قانون واحد على جميع القضايا دون تمييز بين المتقاضين. لكن في فكرة ازدواجية القضاء المطبقة في الجزائر، نجد أن الاختصاص القضائي ينقسم إلى نوعين، حيث ينظر القضاء العادي في كل القضايا التي يكون أطرافها أشخاص القانون الخاص، وينظر القضاء الإداري في القضايا التي يكون احد أطرافها أو أطرافها من أشخاص القانون العام، وهذا حسب المعيار العضوي.

يفيد هذا أن هناك ازدواجية القانون من حيث الإجراءات والموضوع، وأن القواعد القانونية التي تطبق على الأشخاص العاديين أمام القضاء العادي تختلف عن القوانين التي تطبق على أشخاص القانون العام أمام القضاء الإداري، لكن المشرع رغم اعتماده على فكرة ازدواجية النظام القضائي في دستور 1996¹ إلا أنه اعتمد على قانون إجراءات واحد، ونلاحظ أنه في بعض النزاعات المطروحة أمام القاضي العادي بوقائع مماثلة لنزاعات مطروحة أمام القاضي الإداري طبقا فيها

¹ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2013، ص 66.

نفس النصوص القانونية من الناحية الموضوعية، إلا أن الأحكام جاءت متباينة رغم أن الاختلاف فقط في أطراف الدعوى، ما الحل؟

إن القضاء العادي ممثلاً بالمحكمة العليا يفصل في القضايا المطعون فيها بصفتها محكمة قانون في حين أن القضاء الإداري ممثلاً بمجلس الدولة يفصل في بعض النزاعات بصفته محكمة موضوع، ورغم أن المحكمة العليا ومجلس الدولة يطبقون نفس النصوص القانونية مع اختلاف الأحكام التي تنظم النظامين، واختلاف الدرجة بين المحكمة العليا التي هي محكمة قانون على رأس القضاء العادي ومجلس الدولة محكمة موضوع على رأس القضاء الإداري، فهل يمكن اعتبار المحكمة العليا أعلى درجة من مجلس الدولة في هاته النزاعات؟

نص المشرع على وجود محكمة تنازع تعلو النظامين القضائيين، تختص في الفصل في منازعات الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري السلمي - بعدم اختصاصهما في الفصل في نفس النزاع - والایجابي - باختصاصهما في الفصل في نفس النزاع²، ومن أجل توحيد الاجتهاد القضائي بين النظامين عندما يثار مشكل حول تطبيق نص قانوني واحد أمام القاضي العادي والقاضي الإداري، يكمن الاختلاف فقط في الأطراف ينتج عنه أحكام متناقضة، فهل يمكن إضافة اختصاص آخر لمحكمة التنازع يتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي من حيث الموضوع بين النظامين القضائيين للوصول إلى العدل؟

لقد اخترت نموذجاً يبين التباين في الأحكام القضائية بين القاضي العادي والقاضي الإداري أين طبقاً على النزاعات المتعلقة بانتقال الملكية العقارية عن طريق الوفاة نفس النصوص القانونية متحدة من حيث الوقائع والموضوع والسبب والاختلاف فقط يتمثل في الأطراف. نلاحظ من خلال هاته النصوص القانونية -التي طبقها القضاء الإداري والقضاء العادي- في البداية تناقضات فيما بينها، بين اعتبار الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة أو تنتقل إليهم بموجب الشهادة التوثيقية، ولتحليل هاته النصوص القانونية لا ننسى أننا نتكلم عن تركة هالك ستنتقل إلى الورثة صافية من كل ما يثقلها بعد تسديد الديون وتنفيذ الوصايا، فصفة الوارث تستحق بمجرد الوفاة أم بعد تصفية التركة؟

² - راجع المادة 03 و 16 من القانون العضوي رقم 98-03. ج ر، 1998، العدد 39، يتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، ص 3.

إن إلزام الورثة بتقديم شهادة توثيقية لنقل الملكية، باعتبار أن الوفاة واقعة مادية تعطي للورثة حقا على العقار الموروث، والإجراء الوحيد الذي يرتب الحق العيني يتمثل في تحرير الشهادة التوثيقية وإجراء الشهر حتى تنتقل الملكية، هاته الشهادة تعتبر الوسيلة الوحيدة لشهر حق الملكية عن طريق الإرث، والتي تفيد انتقال الملكية العقارية لصالح الورثة وهو إجراء مسبق يجب القيام به من طرف الورثة قبل رفع أي دعوى قضائية (رأي مجلس الدولة).

أما بالنسبة للقضاء العادي (رأي المحكمة العليا) لا يشترط الشهادة التوثيقية إلا إذا أراد الورثة التصرف في العقار ويتعين عليهم اللجوء إلى الموثق من أجل إعدادها في أجل المحدد قانونا³، فواقعة الوفاة تكفي لنقل الملكية العقارية لفائدة الورثة ويكفي لإثبات الصفة لممارسة الدعاوى القضائية تحرير عقد الفريضة.

المبحث الأول: انتقال الملكية بالشهادة التوثيقية

إذا كانت التصرفات القانونية مثل عقد البيع تنقل الملكية بمجرد إبرامها كأصل، فإنه في نقل الملكية العقارية لا يرتب التصرف أي أثر إلا بعد شهره في المحافظة العقارية، وتنتقل كذلك الملكية عن طريق الوفاة إلى الورثة، فالوفاة كواقعة مادية لا تكفي لنقل الملكية إلا من تاريخ تحرير الشهادة التوثيقية من الموثق، ومن هذا التاريخ يعتبر الورثة مالكيين للعقار (المطلب الأول)، أما إذا تم رفع دعوى القسمة أمام القاضي في الآجال المحددة قانونا فلا نحتاج إلى الشهادة التوثيقية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انعدام صفة المالك في الوارث (رأي مجلس الدولة)

لقد فصل مجلس الدولة في استئناف مقدم من ورثة المرحوم ط-م-ولد ب- ولد بن ضد والي ولاية تلمسان ومن معه في 25/10/2000، الذي أيد القرار المستأنف وصرح بتأييد القرار وعدم قبول دعاوهم بسبب عدم تحرير الشهادة التوثيقية لانتقال الملكية العقارية المتمثلة في قطعة أرض فلاحية مملوكة لمورثهم، حيث جاء في حيثيات القرار⁴: "حيث أنه من جهة أخرى فإنه في حالة وفاة مالك

³- د. جبار جميلة، الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، 2012، العدد، ص 212.

⁴- مجلس الدولة، ملف رقم 4851، مؤرخ في 24/09/2001، مجلة مجلس الدولة، 2002، الغرفة 01، العدد 02.

العقار فان حق ملكية هذا العقار تحول إلى الورثة حسب إجراء نقل منصوص عليه في المواد 36 و46 ومن 65 إلى 71 و80 و171 و281 من قانون التسجيل، والمواد 62 و73 و2/76 و88 و1/91 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه.

وإن كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة المادة 01/91 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه.

وقد اعتبر مجلس الدولة أن المادة 91 من المرسوم 63-76 هي الأساس مقارنة مع باقي النصوص القانونية الأخرى، ويظهر من خلال القراءة الأولى أن هناك تناقض في النصوص القانونية خاصة المادة 15 و المادة 16 من الأمر 74-75 التي نصت على انتقال الملكية كاستثناء بمجرد الوفاة، عندما اعتمد مجلس الدولة على المادة 91 من المرسوم ولم يعتمد على المادتين 15 و16 من الأمر رغم أن القانون من حيث المرتبة أعلى من المرسوم الذي يسعى إلى تحديد كفاءات تطبيق التشريع العادي فهو أقل درجة من التشريع العادي.⁵

ويرى مجلس الدولة أنه في حالة وفاة مالك العقار، أن حق الملكية لا ينتقل إلى الورثة مؤكداً أن صفة الوارث لا تعطي لصاحبه صفة المالك، وهذا وفق مجموعة من النصوص القانونية المذكورة أعلاه، بالنظر إلى القانون المدني اشترط الشهر لنقل الملكية، والمادة 91 من المرسوم 63/76 مع باقي المواد القانونية وخاصة المادة 15 و16، من الأمر 74/75، ولكن لدينا أيضاً قانون التسجيل الذي اشترط أن تنتقل الملكية إلى الورثة صافية من كل الديون، هل نطبق قاعدة العام يقيد الخاص، أم نطبق فكرة القانون اسماً من المرسوم، وفي حالة التساوي أي القانونين واجب التطبيق؟

لدينا مجموعة من النصوص القانونية أهمها المادة 793 من القانون المدني على ما يلي: "لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار، ونصت المادة 127 من قانون الأسرة على ما يلي "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي".

⁵ - علي فلاحي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، 2010، ص 220.

المادة 65 من قانون التسجيل: "إن الآجال المحددة من أجل تسجيل التصريحات ماعدا الأحكام الخاصة المنصوص عليها في المواد من 66 إلى 71 أدناه والتي يجب على الورثة أو الموصى لهم، تقديمها عن الأموال المستحقة إليهم أو المنقولة لهم عن طريق الوفاة، هي:

- ثلاثة أشهر ابتداء من يوم الوفاة عندما يكون الشخص الذي ترك التركة قد توفى في الجزائر.

- ستة أشهر إذا توفى في الخارج."

المادة 66: "لا يبتدئ أجل الثلاثة أشهر إلا من يوم الوضع في الحياة، فيما يخص تركة محكوم عليه إذا كانت أمواله موضوعة تحت الحراسة للتركة التي وضعت عليها الحراسة لأي سبب كان، أو لتركة مدافع عن الوطن إذا توفى وهو يؤدي واجبه وأخيرا لتركة تركها شخص على الشياخ مع الدولة."

المادة 67: "إذا حاز الورثة الأموال قبل ثلاثة أشهر الأخيرة للآجال المحددة فيما يخص التصريح بتركات أشخاص متوفين في الخارج، فإنه لا يبقى أجل آخر لتقديم التصريح إلا أجل ثلاثة أشهر ابتداء من يوم الحياة."

المادة 68: "إن الورثة أو الموصى لهم المدعويين لممارسة حقوق مرتبطة بوفاة شخص صرح بغيابه يجب عليهم أن يقدموا خلال الأشهر الثلاثة من يوم الإرسال بالحياة المؤقتة، التصريح الذي يكونون ملزمين به إذا كانوا مدعويين نتيجة الوفاة وأن يسددوا الرسوم على القيمة الإجمالية للأموال أو الحقوق التي يتلقونها."

المادة 69: "فيما يخص جميع الأموال الموصى بها إلى الولايات وإلى جميع المؤسسات العمومية الأخرى أو ذات النفع العام فإن الأجل، فيما يخص دفع رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة لا يسري مفعوله بالنسبة لجميع الورثة أو الموصى لهم المعنيين بالتركة، إلا من اليوم الذي تكون فيه السلطة المختصة قد بتت في الطلب بالترخيص بقبول الوصايا من دون أن يؤجل دفع الرسوم إلى ما بعد السنتين ابتداء من يوم وفاة صاحب التركة."

المادة 70 فقرة 1 من نفس القانون: "يجب أن تطبق على كل التركة التي تتضمن أموالا موصى بها إلى الولايات والمؤسسات العمومية الأخرى أو ذات النفع العام، أحكام المادة 69 أعلاه المتعلقة بالأجل الذي يجب خلاله على الورثة أو

الموصى لهم المعنيين بالتركة أن يدفعوا رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة عن هذه الأموال و لا يسري هذا الأجل بالنسبة لكل وارث، إلا ابتداء من اليوم الذي ثبت فيه السلطة المختصة في الطلب بالترخيص بقبول الوصايا من دون أن يؤجل دفع الرسوم إلى ما بعد سنتين ابتداء من يوم وفاة صاحب التركة".

المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري نصت على أن: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

ونصت المادة 16 من نفس الأمر على أن: " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها اثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

ونصت المادة 91 فقرة 1 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي: " كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".

ومن خلال قراءة لهاته النصوص نستطيع أن نستخلص فكرة وهي أن انتقال الحقوق العينية بالوفاة لا يكون إلا بعد تصفية التركة من الديون العالقة بها، ولا يمكن اعتبارهم خلال هاته المرحلة مالكين، وإنما لهم صفة الحائز فقط، وبالتالي يستفيدون من حق التمتع (الاستعمال والاستغلال) دون حق التصرف إلا بعد تحرير الشهادة التوثيقية من الموثق ولا يستطيع الموثق تحرير هاته الشهادة إلا بعد تأكده من تصفية التركة، وتتم التصفية بعد سداد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع، والديون الثابتة في ذمة المتوفي من بينها رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة، والديون التجارية إن وجدت ثم تنفيذ الوصية، وفي حالة وجود فائض، يتم اقتسامه، عندها فقط، تأخذ صفة الوارث معناها الكامل.⁶

فعند حدوث واقعة الوفاة لا يعتبر الوارث مالكا بمجرد الوفاة، بل يجب تصفية التركة أولا ثم تحرير الشهادة التوثيقية وشهرها بالمحافظة العقارية، والتي

⁶ - غنيمة لحو، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2010، الجزء الثالث، ص 206.

تعتبر الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية⁷، لكي تمكنه من امتلاك العقار الموروث، فالشهر هو الآلية الوحيدة التي تعطي للورثة حقا عينيا على عقار، وتسمح بإعلام الغير بانتقال حقوق عينية إلى الورثة بسبب وفاة مورثهم، وهو من الناحية العملية " تقنية تستهدف إلى إعلام الغير ومن ثم الاحتجاج عليه ببعض التصرفات القانونية الواردة على عقارات"⁸.

وفي القرار الصادر عن مجلس الدولة المذكور أعلاه لم يعتد بصفة الوارث في الدعوى المرفوعة ضد الوالي ومن معه كونهم لم يقوموا بتحرير الشهادة التوثيقية، ليس لهم الصفة في رفع دعوى الملكية، واعتبرت أن الملكية لا تنتقل إلا عن طريق الشهر بالمحافظة العقارية سواء كانت بالتصرفات القانونية أو عن طريق الشهادة التوثيقية في حالة الوفاة، وبتفحص القرار جيدا في الحثيثة الأولى من حيث الموضوع: "حيث أنه يستخلص من المستندات والوثائق المرفقة بالملف أن فريق بن طبال رفعوا دعوى أمام قضاء الدرجة الأولى لطلب إبطال مقرر والي ولاية تلمسان المؤرخ في 1991/10/30 المتضمن إنشاء تعاونية فلاحية على قطعة الأرض التي يطالب بها فريق طبال وكذا العقد الإداري الصادر عن مديرية أملاك الدولة لولاية تلمسان المؤرخ في 1991/12/02 الذي سجل في 1992/02/02 وشهر على مستوى المحافظة العقارية بموجب شهادة المحافظ أو تقديم نسخة مؤشر عليها بعبارة الشهر"، نجد أن الورثة لا يمكن لهم أن يقوموا بتحرير الشهادة التوثيقية كون أن الملكية انتقلت إلى الدولة وتصرفت فيها بإنشاء تعاونية فلاحية وتم شهر العقد الإداري في المحافظة العقارية لولاية تلمسان، ويبقى الحل الوحيد لهم هو رفع دعوى التعدي على ملكية السلف وثبتت لهم الصفة في رفع الدعوى بمجرد تقديم عقد الفريضة، وحتى هذا الحل قد يحرم الورثة من حق التعويض إذا اعتبر مجلس الدولة أن حق التعويض لا بد من إثبات صفة المالك عن طريق الشهادة التوثيقية وهو مستحيل في هاته الحالة كون أن المحافظ العقاري يرفض شهر الشهادة التوثيقية لانتقال الملكية إلى الدولة، مما يعني تجريد الورثة من حقهم في نقل الملكية، وكذلك فكرة الحائز لا تتسجم إطلاقا مع انتقال الحياة إلى الورثة دون الملكية في حالة عدم تحرير الشهادة التوثيقية كون أنه هناك انقطاع في الملكية بين المورث والورثة

⁷ - ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة، 2015، ص 229.

⁸ - غنيمة لحو، المرجع نفسه، ص 210.

فمن المالك في الفترة الممتدة بين واقعة الوفاة وتاريخ تحرير الشهادة التوثيقية خاصة عندما لا يقوم الوارث بتحريرها إلا بعد مرور زمن طويل قد يمتد إلى سنوات من تاريخ الوفاة إلى غاية تحرير الشهادة التوثيقية، وفي بعض الحالات قد يتوفى الورثة أو احدهم مما يعقد المسألة حسب رأي مجلس الدولة فالوارث المتوفى ليس له صفة المالك إطلاقاً فكيف يبرر انتقال الملكية من الجد إلى الأحفاد!!؟

وإذا وقعت الوفاة أثناء قيام الخصومة يبلغ الورثة بالدعوى نكون أمام انقطاع الخصومة المادة 210 و211 ق ا م ا، تنتقل إليهم وجوباً ويمنح لهم أجل ستة أشهر من وفاة المورث من أجل القيام بتحرير الشهادة التوثيقية وإلا ترفض الدعوى، وهذا لا ينسجم إطلاقاً مع الواقع كون أن الفريضة تستغرق وقتاً في بعض الحالات سنوات نظراً لامتناع الورثة أو احدهم من تقديم وثائق الحالة المدنية أو نظراً لاحتجازها من طرف النيابة مما يؤدي إلى سقوط الخصومة وتعقيد الإجراءات القضائية وإرهاق المواطن بأروقة العدالة.

المطلب الثاني: دعوى القسمة: استثناء

نصت المادة 91 فقرة 3 من المرسوم 63-76 على أنه: " لا يتم إعداد شهادة موثقة إذا كان عقد القسمة المتضمن لمجموع العقارات الموروثة، قد تم تحريره وإشهاره ضمن الأجل المنصوص عليه من أجل إشهار الشهادة المذكورة"، إن عقد القسمة تبين فيه صفة الوارث باعتبار أن عقد السلف انقضى ولا بد أن ينتقل إلى غيره، وبتحرير عقد الفريضة التي يحدد فيها كل الأشخاص الذين يستحقون الإرث وتحديد نصيب كل وارث ولا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير كونها وثيقة رسمية وما يجب الإشارة إليه أنه من الناحية التاريخية قبل صدور قانون 27-88 المؤرخ في 12-06-1988 المتضمن تنظيم التوثيق فبالنسبة لهاته الفترة الموثق هو موظف لدى الدولة مكلف بتحرير العقود التوثيقية، عددهم كان ضئيلاً بالنظر إلى عدد السكان، فلم يستطيعوا مواجهة المعاملات العقارية⁹ - يتلقى كل الوثائق والعقود التي يتعين على الأطراف أو يرغبون إعطاءها الصبغة الرسمية الخاصة بعقود السلطة العامة - يخضع لسلطة النائب العام، و عندما يتم رفع دعوى قضائية

⁹ - بلعربية فاطمة الزهراء، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 249.

أمام القاضي المدني المختص موضوعها إنشاء مشروع عقد قسمة العقارات التي تركها السلف بين الورثة ، يقوم القاضي بخطوتين الأولى تتمثل في نقل الملكية من المورث إلى الورثة والخطوة الثانية قسمة العقارات كل حسب نصيبه في الإرث والدعوى تغني عن تحرير الشهادة التوثيقية .

إن الأصل في نقل الملكية العقارية يكون أساسا " مهما كان طبيعة العقد بواسطة شهادة توثيقية محررة من الموظف المختص الذي يتلقى تصريحات الأطراف ووثائقهم وهي الأداة الوحيدة التي تثبت صفة المالك ، إلا في حالة الوفاة وفيما يتعلق بعقد القسمة فقط دون سواها من العقود نصت الفقرة 3 من الأمر 74-75 كاستثناء على أن الملكية العقارية تنتقل بين الورثة في حالة رفع دعوى قضائية من طرفهم موضوعها عقد القسمة في الآجال المحددة في المادة 99 من المرسوم 63-76 في هاته الحالة الاستثنائية لا يحتاج الورثة إلى شهادة توثيقية كون أن القاضي المدني في نقل الملكية العقارية وإعداد عقد القسمة بين الورثة يحتاج فقط إلى إثبات ملكية السلف وإثبات صفة الوارث ، ويكون ذلك بإحضار وثائق الملكية العقارية الخاصة بالمورث وعقد الفريضة الخاص بالورثة ، وتشهر الدعوى والحكم حتى تكون لهما الحجية فيما بين الأطراف وفي مواجهة الغير ، أما فيما عدا هاته الحالة حتى فيما بين الورثة لا يمكن لهم أن ينشئوا أو يعدلوا العقد التوثيقي الخاص بالسلف أو أي تصرف آخر إلا عن طريق تحرير شهادة توثيقية وبذلك يتوافق هذا الاستثناء مع النصوص المرتبطة به .

المبحث الثاني : انتقال الملكية بمجرد الوفاة (رأي المحكمة العليا)

جاءت المحكمة العليا بمبدأ مخالف تماما لمجلس الدولة ، أين اعتبرت أن القاعدة العامة لنقل الملكية تكون بموجب العقد والاستثناء تنتقل الملكية العقارية عن طريق الوفاة من تاريخ الواقعة إلى الورثة لضمان تسلسل انتقال الملكية من السلف إلى الخلف ، فالعلاقة بين المورث والوارث هي علاقة حلول في الذمة المالية بصفة مستمرة بينهما ، ويكسب الوارث كل الحقوق التي كانت للمورث (المطلب الأول)، ووضع المشرع قيда يمنع الورثة من التصرف في العقار الموروث إلا بعد تحرير الشهادة التوثيقية حماية للغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صفة الوارث صفة للمالك

بالرجوع إلى النصوص القانونية نلاحظ أن الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا إذا تم تحرير العقد الرسمي وتم شهره بالمحافظة العقارية كقاعدة عامة، أما بالنسبة لواقعة الوفاة فالملكية تنتقل بمجرد حدوثها، نجد هناك استثناء تضمنته هاته النصوص وقصد تحقيق التطبيق السليم لها، لا بد من تحليل دقيق لكي نصل إلى التفسير الصحيح لها، مع العلم أنه في حالة الوفاة تنقضي كل حقوق الهالك وتنتقل إلى من يخلفه وهم الذين يباشرون هاته الحقوق باسمهم ولحسابهم.

لقد نص المشرع على أن كل العقود التي ترمي إلى إنشاء أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون له اثر إلا من خلال تحرير الشهادة التوثيقية وشهرها في مجموعة البطاقات العقارية، إلا عقد القسمة الذي ينظر فيه القضاء عن طريق الدعوى القضائية المرفوعة من الورثة، فلا نحتاج إلى إعداد الشهادة التوثيقية وسنتطرق لهذه الحالة لاحقا.

فصلت المحكمة العليا في عدة قرارات فيما يتعلق بالشهادة التوثيقية وانتقال الملكية العقارية عن طريق الوفاة جاء بمبدأ مفاده أن: "الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة"، ولا تشكل الشهادة التوثيقية قيда على ممارسة الدعوى أمام القضاء¹⁰ جاء في حيثيات القرار "حيث بالرجوع للقرار المطعون فيه، فإن قضاة المجلس في تصديهم بدعوى القسمة بين الورثة أشاروا في تسبب قرارهم إلى أن انتقال الملكية بفعل أو بسبب الوفاة لا يتم إلا بعد تحرير الشهادة التوثيقية، طبقا لنص المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وأنه بإغفال هذا الإجراء تعتبر ملكية العقار محل النزاع لم تنتقل إليهم، ولا يمكن اعتبارهم مالكين على الشيوع.

وحيث من المقرر قانونا أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري من وقت وفاة أصحاب الحقوق العينية وهذا طبقا للمادة 2/15 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد السجل العقاري ومسح الأراضي، فضلا عن كون المادة 127 أسرة نصت على أنه يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكما.

¹⁰ - المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 391380، بتاريخ 2007/01/31، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد خاص،

وحيث أن المادتين المذكورتين لا تشترطان الإعداد السابق للشهادة التوثيقية لممارسة دعوى قسمة التركة.

حيث أن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد خالفوا القانون سيما المادة 02/15 المذكورة أعلاه مما يجعل مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون".

وجاء بمبدأ آخر يتعلق موضوعه بالشهادة التوثيقية والملكية الشائعة : " لا تشترط الشهادة التوثيقية بين الشركاء في الشيوع مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم، و تشترط الشهادة التوثيقية في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث.

إذ ورد في حيثيات هذا القرار¹¹ " حيث يتضح من القرار موضوع الطعن أن الطاعن قدم عقد ملكية لجده وفريضة ومحضر معاينة، وزيادة على ذلك لم ينفي المطعون ضدهما أنهما تعرض له في الشروع فيما سماه استصلاح الأرض، وما سمياه حفرا وتصليحا من أجل البناء، مبررين تعرضهما بأن الأرض موروثه على الشيوع بين الطرفين وأطراف أخرى، وأن الطاعن يريد الاستيلاء على جزء كبير منها لوحده ووضعهما أمام الأمر الواقع، قبل إجراء القسمة.

ومادام الأمر يتعلق بعدم التعرض للحيازة بين مالكين على الشيوع، على حد ما إفادته كتابته فإن الصفة و المصلحة متوفرتان عند كلا الطرفين بمفهوم المادة 159 إجراءات، لثبوت العلاقة المباشرة الواقعية بين الأرض موضوع النزاع وكل واحد من الطرفين. أما الشرعية و التأسيس القانوني للطلبات فذلك ما كان يجب مناقشته في الموضوع.

حيث إضافة إلى ذلك وفي حالة ما إذا ثبت أن الطرفين حقيقة شريكين في الشيوع فإن الشهادة التوثيقية لا تشترط بين الشركاء في الشيوع مهما كانت طبيعة الدعوى بينهما، لان إثبات نقل الملكية من الهالك إلى الوارث يطلب في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث فقط.

حيث كان يتعين بالتالي على قضاة الموضوع التأكد من مدى ثبوت الحقوق التي ادعى بها الطرفين على الأرض موضوع النزاع، وإذا ثبتت حالة الشيوع بينهما، الفصل في الدعوى طبقا للقواعد الخاصة بالملكية الشائعة.

¹¹ - المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 463305، بتاريخ 2008/09/10، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد خاص، الجزء 03، ص 195.

حيث بامتناعهم عن ذلك وعدم قبولهم الدعوى شكلا يكون قضاة الموضوع قد اخطئوا في تطبيق القانون".

اعتبرت المحكمة العليا في قراراتها أن من يحل محل السلف في ممارسة الحق هم الورثة، تثبت هاته الصفة بمجرد الوفاة ويكون الإثبات فيها عن طريق تحرير عقد الفريضة وتكون له الحجية في مواجهة الغير من يوم الوفاة، و له أن يباشر كل الدعاوى التي كان يمكن للسلف أن يقوم بها، ويعد طرفا باعتبار أن الصفة لم تتغير إذا كان الأمر يتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

إن الأصل في نقل الحقوق العينية يكون بالتصرفات القانونية كالبيع والهبة، ولا تكفي التصرفات وحدها لنقل الملكية بل لا بد أن تشهر بالمحافظة العقارية حتى يكتسب صاحبها الحق العيني على العقار، وكاستثناء عن هاته القاعدة تنتقل الملكية دون التصرف في حالة الوفاة مباشرة من السلف إلى الخلف دون حاجة إلى شهر الوفاة كون أن الورثة يكتسبون حق الملكية مباشرة من المورث، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المذكورة أعلاه، وواقعة الوفاة لا علاقة لها بنص المادة 91 من المرسوم رقم 63-76 كونها تتعلق بالتصرفات القانونية دون واقعة الوفاة لها علاقة بالمادة 16 من الأمر رقم 74-75 وتتسجم معها والتي تشترط حتى على الأطراف نشر العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، فالغرض من الشهادة التوثيقية ليس نقل الملكية إلى الورثة التي تنتقل بمجرد الوفاة وإنما يتمثل في منع الورثة من التصرف في العقار إلا بعد شهر حق الملكية حماية لأطراف العلاقة العقدية وإثبات كل تداول للعقار في البطاقة العقارية الخاصة به للحفاظ على سلسل نقل الملكية.

المطلب الثاني : الشهادة التوثيقية أداة تصرف

إذا كانت الملكية تثبت إلى الورثة بمجرد وقوع الوفاة، ويستحقون بذلك الإرث، ومعنى استحقاق الإرث يكون بعد سداد الديون وتنفيذ الوصية إن وجدا وما بقي يكون من حق الورثة، إن حق الورثة في الملكية العقارية يثبت لهم بمجرد وقوع الوفاة وهي مصدر حق انتقال الملكية إلى الورثة وهو أساس الانتفاع به لا يستطيع الغير أن ينكره، ونحتاج إلى الشهادة التوثيقية من أجل إبرام التصرفات القانونية وليس لإثبات مصدر حق الملكية، وقيد المشرع التصرفات القانونية التي

يكون الغرض منها انتقال أو إنشاء أو انقضاء أو تعديل الحقوق العقارية بفعل الوفاة بالشكلية الرسمية المتمثلة في الشهادة التوثيقية، كما أن المشرع اشترط للتصرف في الملكية العقارية بالإضافة إلى الشهادة التوثيقية شهر حق الملكية العقارية، فلا يحق للورثة التصرف في الملكية بمجرد الوفاة، بل لا بد من احترام إجراءات الشهر، وهو الوسيلة الوحيدة التي تعطي للورثة حق التصرف، فالمشرع قيد الورثة بعدم إمكانية التصرف في العقار مؤقتاً إلى غاية تحرير الشهادة التوثيقية وشهرها التي بموجبها يمكن لهم التصرف في العقار، والغرض من التقييد هو تسجيل كل تداول وكل معاملة واردة على العقار بالبطاقة العقارية الخاصة به التي تبين الوضعية القانونية للعقار والتصرفات الواردة عليه من أجل المحافظة على تسلسل انتقال الملكية حماية للورثة وللمتعاقدین وللغير.