

المجال الزمني لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم

أحمد بلحاج جراد
مساعد بكلية الحقوق والعلوم
الإقتصادية والسياسية بسوسة

مقدمة :

يقوم النظام العيني للإشهار العقاري على وحدة متماسكة من المبادئ¹ تؤسس تناسقا في أحكامه وتقدمه كمشروع بديل لنظام الإشهار الشخصي الذي أثبتت التجارب قصوره عن الإضطلاع بإشهار عقاري ناجع². ولعل من أبرز الفوائد المستخرجة من التفرقة بين النظامين، أنّ النظام الأول يجعل من الترسيم مجرد شكليّة لإشهار الحقّ تجاه الغير، دون أن يكون له أدنى أثر على نشأته وانتقاله بين الأطراف. وعلى العكس، ففي المبدأ الثاني يكون للترسيم بالغ الأثر على وجود ذلك الحقّ أصلا، فلا يتكوّن ولا ينتقل ولو بين أطرافه إلاّ منذ تاريخ استيفاء شكليّة الترسيم. وهو ما يعبر عنه بمبدأ المفعول المنشئ للترسيم³.

¹ حول المبادئ التي يقوم عليها نظام الإشهار العيني، يراجع : محمد كمال شرف الدين ، التطور التاريخي للنظام العقاري التونسي : التسجيل والإشهار، ق-ت 1987 ، عدد 9 ، ص. 25 ؛ محمّد مهدي الجّم ، التحفيض العقاري في المغرب ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الدار البيضاء 1986 ، ص. 22 . و تتمثل هذه المبادئ في ما يلي :

- 1 - مبدأ التخصيص.
- 2 - مبدأ الشرعيّة.
- 3 - مبدأ القوّة الثبوتية للترسيم.
- 4 - مبدأ المفعول المنشئ للترسيم.
- 5 - مبدأ منع التقادم المكسب.

² بالنسبة للانتقادات الموجهة لنظام الإشهار الشخصي، يراجع : حسين عبد اللطيف حمدان ، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية ببيروت 1991 ، ص 13 و 14 : إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في لترسيم المصري، الإسكندرية 1987 ، ص. 30 ؛ محمد كمال شرف الدين ، الدراسة السالف ذكرها، ص. 24.

و لقد اضطلع جانب من الفقه بتبرير المبدأ أو إبراز الفوائد التي يضيفها على واقع الرسوم العقارية وإشعاعها على القيمة الاقتصادية للعقار المسجل، باعتباره عامل تشجيع على الإقبال على الائتمان. فالمبدأ يجسد تطابقاً تاماً لما هو مرسوم بالرسم العقاري مع الوضعية القانونية الحقيقية للعقار. فبما أن الحق العيني لا يتكوّن إلا بترسيمه، فبالضرورة إذن أن يكون صاحب ذلك الحق هو نفس الشخص المدوّن اسمه بالرسم العقاري. وهو ما يؤسّس مصداقية جدية لقواعد الإشهار العقاري وإعطاء الرسم إشعاعاً حقيقياً باعتباره مرآة عاكسة لواقع الحقوق المرتبة فعلاً على العقار موضوعه. فضلاً عن ذلك فإنّ المبدأ يشجّع على استيفاء شكلية الترسيم لأنّ الحقّ غير المرسم سوف يعتبر غير متكوّن ولو بين أطرافه. كما أنّه يؤسّس إحدى العوامل التي تبرر الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للملكية العقارية⁴. فنظراً للقيمة الاقتصادية المعبرة عموماً للعقار المسجل، فإنّه سوف يشكّل أداة ائتمان هامة قد تساعد مالكة على أخذ المبادرة والسعي نحو الاقتراض. ولا يتحقّق ذلك إلا إذا كانت ملكية العقار مستقرّة وتبعث الثقة في نفس الدائن. ومن أنجع الوسائل لتحقيق الاستقرار والثقة المنشودين، إقرار قواعد خاصة تنتقل بها الحقوق العينية للعقارات المسجلة تجسدت في مبدأ المفعول

المنشئ⁵.

³ الذي يجسد إحدى الأدوار الموكولة للترسيم في نظام الإشهار العيني، وتختلف تسميته بحسب المصطلحات المعتمدة في التجارب العقارية المقارنة، من ذلك أنّ بعض شراح القانون العقاري العرب يطلقون عليه مصطلح "المبدأ المطلق للتسجيل" أو "القيمة الحقيقية السلبية للتسجيل" أو "مبدأ الأثر المشئ والمقرّر للقيّد في السجل العيني"، يراجع: محمد مهدي الجم، المرجع السالف ذكره، ص. 25-26؛ محمد حلمي خليفة، حجية القيد في السجل العيني، دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية، مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر في البلاد العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات، 1973، ص. 617 وما يليها.

⁴ لمزيد التدقيق في الفوائد المترتبة عن الأخذ بمبدأ المفعول المنشئ، يراجع، حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السالف ذكره، ص. 273 وما يليها.

⁵ من بين عناصر التفرقة بين نظامي الشهر العقاري الشخصي والعيني تلك التفرقة المؤسسة بينهما على مستوى دور الترسيم. ففي النظام الأول تتمثّل الوظيفة الأساسية للترسيم في كونه أداة شكلية تجسد علانية التصرف الواقع الذي ينتج آثاره بين أطرافه دون ضرورة اللجوء إلى هذه الشكلية التي تبقى فقط مجرد شرطاً للاحتجاج بالتصرف إزاء الغير. أمّا في النظام الثاني، فلا تفرقة بين الأطراف والغير على مستوى

و من الثابت أن نية المشرّع التونسي كانت قد اتجهت بادئ الأمر إلى تركيز نظام إشهار عقاري يعتمد مبادئ الإشهار العيني كيفما وردت بالتجربتين الأسترالية والألمانية⁶ عسى أن يضيفي على العقارات طابع الثقة والإستقرار خاصة على مستوى ملكيتها⁷. فصدرت المجلة العقارية في 1 جويلية 1885⁸، وهي مشتملة على المبادئ الأساسية لنظام الإشهار العيني⁹. لكن في الفترة الزمنية الفاصلة بين صدورهما ودخولها حين التنفيذ، تراءى للمشرّع أن يعدل عن الإغراق في العينية، فأدخل تغييرا على دور الترسيمات الإدارية اللاحقة¹⁰ بأن صيّر شرطاً للإحتجاج بالحق على الغير. وهو دور يذكر بمقومات نظام الإشهار الشخصي¹¹ فدخلت المجلة العقارية حيز التنفيذ في 15

دور الترسيم، وإنما لا انتقال للحقوق العينية العقارية الواردة على العقار المسجل إلا بإتمام الترسيم حتى بين أطراف العلاقة القانونية المسببة لذلك الانتقال؛ يراجع، حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السالف ذكره، ص. 13؛ محمد مهدي الجم، المرجع السالف ذكره، ص. 18.

-BESSIS Albert, Essai sur la loi foncière tunisienne, thèse, Paris 1912, p. 193 et s.

⁶ يراجع :

LESCURE Paul, du double régime foncier de la Tunisie, Droit musulman et loi foncier, Tunis 1900 p. 46 et s ;

غير أنّ مراد المشرّع آنذاك لم يكن يهدف إلى التقيّد أساسا بمقتضيات هاتين التجربتين بل راعى في ذلك متطلبات واقع المجتمع التونسي، وهو ما يمكن استنتاجه من بعض مقتطفات التقرير الذي قدّمه Pontois بوصفه رئيسا للجنة المكلفة بإعداد مشروع المجلة العقارية حيث ورد ما يلي :

« Ce n'est à proprement parler ni la législation australienne dans toutes ses prescriptions, ni la loi française dans son intégralité que nous vous proposons, mais une législation essentiellement tunisienne, répondant à la situation sociale du pays où elle devra recevoir son application, et dans laquelle nous avons cherché à faire entrer tout ce qui, dans les législations étrangères, pouvait s'adapter aux conditions sociales actuelles de la Tunisie » ; BESSIS Albert, p. 47.

⁷ يراجع :

- SOULMAGNON Georges, La loi tunisienne du 1^{er} juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres fonciers, Paris 1933, p. 16 et s.

Revue Algérienne de législation et de jurisprudence 1885, III, p. 145 et s.

⁹ باستثناء مبدأ حضر التقادم المكسب الذي وقع إقراره لاحقا بموجب الأمر العلي الصادر في 15 مارس 1892، يراجع، SOULMAGNON (G), op. cit, p. 20.

¹⁰ وذلك بموجب الأمر العلي الصادر في 16 مارس 1886، يراجع في هذا المجال SOULMAGNON (G) محمد كمال لشرف الدين، الدراسة السالف ذكرها، ص. 53 18 op. cit, p.

¹¹ يراجع :

BESSIS (A), op. Cit, p. 193 et s.

جويلية 1886¹² وهي خالية من كلّ صبغة إجبارية لاستيفاء شكلية الترسيم. ممّا أدخل تفرقة زمنية حول مدى وجود الحق العيني بين الأطراف والغير، وساهم بصورة فعّالة، مع تظافره مع عوامل أخرى في بروز ظاهرة الرسوم المجمدة¹³ ، التي تعتبر ولا زالت عيب استفحل في نظام الإشهار العقاري التونسي وكاد أن يقضي فعلا على نجاعته.

و كمحاولة لإصلاح مساوي النظام وإنقاذ ما تبقى من رسوم غير معتلة من الوقوع في عيب الجمود، تدخّل المشرّع بادئ الأمر عن طريق إقراره لصلاحيات للمحكمة العقارية ولرئيسها للنظر في الصعوبات التي تؤدي إلى وقوع الرسوم في الجمود، واتخاذ الإجراءات اللازمة لتسهيل استيفاء شكلية الترسيم¹⁴. لكن الواقع أثبت أنه لا خلاص من حالة الجمود في الرسوم العقارية إلا بتغيير في دور الترسيم بحيث إذا أصبح منشئا للحق، فسوف لن تقع الرسوم مستقبلا في الجمود لتطابق الواقع القانوني الحقيقي للحقوق العينية مع الإشهار العقاري الوارد في الرسم. غير أنه ليس من اليسير والناجع أن يقع إدماج الدور الجديد للترسيم في واقع إشهار عقاري يتسم بتكثّل لسلبيات ومفارقات أنتجها مبدأ المفعول الإحتجاجي للترسيم على مرّ الزمن.

فكان على المشرّع حينئذ أن يتبع نهجا تدريجيا لإصلاح نظام الإشهار العقاري التونسي، تكون فاتحته الإهتمام بالقضاء على الرسوم المجمدة، وعلى أنقاضها سوف يبدأ مبدأ المفعول المنشئ في السريان. فتطهير مخلفات الماضي بدأ مطلباً أوليا سوف يمكن تحقيقه من إيجاد الفضاء المناسب لسريان المبدأ المذكور.

و لتحقيق الغرض أصدر المشرّع منذ 1992 عدّة تشريعات تعتمد كحلّ جذري عام الرجوع إلى مبدأ المفعول المنشئ¹⁵ لكن واقع نظام الإشهار العقاري

¹² وذلك بموجب الأمر العلي الصادر في 28 جوان 1886 والذي حدّد بداية دخول المجلة العقارية حيز التنفيذ انطلاقا من 15 جويلية 1886 ، SOULMAGNON, op ; cit, p. 19 ،
¹³ يراجع :

CHARFEDDINE (M.K) , Les droits des tiers et les actes translatifs de la propriété immobilière, C.E.R. p, Tunis 1993, p. 182 et s.

¹⁴ من ذلك أحكام الفصل 16 من المرسوم عدد 4 لسنة 1964 المؤرخ في 21 فيفري 1964 والمتعلّق بتنقيح القانون العقاري وإعادة تنظيم دفتر خاتمة للأموال العقارية ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 25 فيفري 1964 ، ص. 245 ؛ والفصل 315 من م ح ع قيل إلغائه بموجب الفصل 3 من القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 و المتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الأحكام من مجلة الحقوق العينية ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 9 لسنة 1995 بتاريخ 31 جانفي 1995 ص. 272.

التونسي يتطلب أن يكون تجسيم الحلّ منجماً على فترات معيّنة يأخذ فيها المبدأ اتجاهاً تصاعدياً في السريان. وبذلك يكون المشرّع التونسي قد أكدّ الإنباتات حينما غيّب مبدأ المفعول المنشئ مدّة قرن تقريباً (الجزء الأول)، لكنه ارتدّد عن مواقفه حينما استفحلت التجربة بأهمّ مقومات نظام الإشهار العقاري التونسي، فاختار إقبالا منجماً للمبدأ (الجزء الثاني).

الجزء الأول : الإدبار المنبئ

لقد تضمّنت المجلّة العقاريّة الصادرة بموجب الأمر العلي المؤرخ في 1 جويلية 1885 تناظراً بين عدّة مواد¹⁶ خاصّة تلك المتعلّقة ببعض وظائف الترسيم الإداري اللاحق. حيث تنصّ المادتان 15 و 16 على أنّ دور الترسيم لا يعدو أن يجسد إلا وسيلة للإحتجاج به على الغير¹⁷. في حين أنّ أحكام الفصل 342 من

¹⁵ القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلّة الحقوق العينيّة، وخاصّة الفصل الأوّل منه الذي نصح الفقرة الأولى من الفصل 305 من م.ح.ع بحيث أصبحت تنصّ على أنّ "كلّ حق عيني لا يتكوّن إلا بتوسيمه بالسجل العقاري وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم " وكذلك القانون عدد 47 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 والمتعلّق بتنقيح الفصل 581 من مجلّة الإلتزامات والعقود، وكذلك القانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 و المتعلّق بتنقيح الفصل 204 من مجلّة الأحوال الشخصيّة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 29 المؤرخ في 12 ماي 1992 ، ص 458 و 549 ؛ ثمّ القانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أفريل 1995 ؛ و يليه القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أفريل 1998 والمتعلّق بالتمديد في مفعول الأحكام الإنتقالية المرتبطة بتعيين الرّسوم العقاريّة، الرائد الرسمي عدد 32 في 21 أفريل 1998، ص. 815 ؛ وكذلك القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 والمتعلّق بتطبيق المفعول المنشئ للتوسيم على بعض الرّسوم العقاريّة ، الرائد الرسمي عدد 88 في 3 نوفمبر 2000، ص 2881 ؛ وأخيراً القانون عدد 34 لسنة 2001 المؤرخ في 10 أفريل 2001 و المتعلّق بتعيين الرّسوم العقاريّة، الرائد الرسمي عدد 30 في 13 أفريل 2001.

¹⁶ في خصوص تقييم أحكام المجلّة العقاريّة يراجع خاصّة

BESSIS (A) ; p. cit, p. 343 et s.

¹⁷ Article 15 : « Tout droit réel immobilier n'existera, à l'égard des tiers, que par le fait et du jour de son inscription à la conservation de la propriété foncière ».

شأنها أن تغيّر منهج المشرّع حينما تفيد أحكامها صراحة أنّ لا تفرقة بين الغير والأطراف، فبدون الترسيم لا يتكوّن الحقّ العيني ولو بين أطرافه¹⁸.

و لم يبق الغموض كثيرا على حاله، ففي الفترة الزمنية الفاصلة بين إصدار المجلة العقارية ودخولها حيز التنفيذ، صدر أمر علي يتوسّط الفترتين في 16 مارس 1886 بموجبه تمّ محو ذلك التنافر والغموض. وكان الميل أكثر لأحكام الفصلين 15 و 16 ممّا تطلّب تنقيحا لمقتضيات الفصل 342 ليكون في تناسق معها، حيث وقع الاستغناء عن الدّور الإنشائي للترسيم ليعوّض بالدّور الإحتجاجي، ممّا أدّى إلى بروز نظام إشهار عيني لا تنتقل بموجب أحكامه الحقوق العينية العقارية عن طريق استيفاء شكلية الترسيم، وإنما طبقا للقواعد المألوفة في انتقالها كيفما تقتضيه القواعد المتبعة في القانون المدني قبل صدور المجلة العقارية. ليصبح الترسيم حينئذ مجرد وسيلة شكلية بإتمامها يتحقّق الإحتجاج بالحقّ العيني المرسم إزاء الغير، ممّا أثمر نظام إشهار منبثّ عن الجذور المؤسسة للمقومات المألوفة لنظام الإشهار العيني، ذي نتائج سلبية ساهمت إلى حدّ كبير في خلق مسائل ومفارقات قانونية كان من الممكن تفاديها (الفقرة الثانية)، كلّما وقع التدقيق في الأسباب الموجبة لمثل هذا الرّجوع على الأعتاب وإيجاد الحجج الكفيلة بدحضها (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى : أسباب الإدبار

بالرجوع إلى أحكام المجلة العقارية كيفما صدرت في غرّة جويلية 1885 يتّضح أنّ المشرّع ولئن اتجه نحو إقرار نظام الإشهار العيني¹⁹، فإنّه لم يطنّب في اعتماد مبادئه إلى حدّ المحاكاة التامة. ولعلّ أبرز أحكام تبين البعض من أوجه

Article 16 : « L'existence d'un droit réel résultera, à l'égard des tiers, de son inscription ; l'annulation de cette dernière ne pourra, en aucun cas, être opposée aux tiers de bonne foi, sauf les exceptions prévues aux articles 235 et 236 ».

¹⁸ Article 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 ».

¹⁹ حول المقارنة بين نظام الإشهار العيني التونسي ونظام Robert TORRENS ،راجع BESIS (A) op.cit, p. 210 et s.

الانفصال بين النظامين، إضافة إلى تلك المتعلقة بالغموض حول مدى أخذ المشرّع بمبدأ المفعول المنشئ للترسيم افتقاد المجلة العقارية لأحكام تحفظ الحق المرسم عن طريق حضر التقادّم المكسب، ولم يقع العمل بهذا المبدأ إلاّ بمقتضى أحكام الأمر العي الصادر في 15 مارس 1892²⁰. ولقد أثمر هذا الانفصال نظام إشهار عيني منبت يأخذ في أغلب أحكامه بأهمّ القواعد المأثورة عن النظام العيني دون التغافل عن تضمين بعض قواعد النظام الشخصي.

وكان الإعتقاد حينئذ أنّ الإِدبار عن اعتماد مبدأ المفعول المنشئ وتعويضه بمبدأ المفعول احتجاجي من شأنه أن يؤسّس حلقة تواصل بين النظامين لتجعل من نظام الإشهار العقاري التونسي نظاماً شاملاً للتجربتين المتباينتين الشخصية والعينية. كما وقع تقديم حجج لتبرير التقرب إلى نظام الإشهار الشخصي على حساب مبدأ المفعول المنشئ (أ) قد لا يصعب إيجاد الحجج المعاكسة لدحضها (ب).

أ - المبررات المعتمدة لتغيب مبدأ المفعول المنشئ للترسيم

لقد وقع الإلتجاء أساساً إلى حجتين لتبرير استبعاد مبدأ المفعول المنشئ للترسيم. فهو يتضارب من جهة مع المقومات الحضارية القانونية للتشريع الفرنسي، ومع أحكام الفقه الإسلامي من جهة أخرى²¹.

²⁰ يراجع، محمد كمال شرف الدين، الدراسة السالف ذكرها. ص. 49.

²¹ يراجع :

DAIN Alped, Le système Torrens et son application en Tunisie et en Algérie ; R.A. 1885 I p. 285 et s.

وكذلك محمد كمال شرف الدين، مبدأ المفعول المنشئ للترسيم في قوانين 4 ماي 1992 ، م.ق. ت. 1993 ، ص. 101.

إنّ انتقال الحقوق العينية العقارية في القانون الفرنسي يحصل أساساً بموجب إرادة الأطراف المتعاقدة احتراماً لمبدأ الحرية التعاقدية في مظهرها الشكلي والتي تقتضي عدم تكبيل تصرفات الأفراد بأية قيود شكلية تفرض عليهم²². وكلّما أصبح الترسيم شرطاً لانتقال الحقّ العيني بين الأطراف، فإنّ ذلك يعدّ من قبيل الإعتداء الواضح على الحرية التعاقدية، إحدى المقومات الأساسية لمبدأ سلطان الإدارة في عصره الذهبي²³.

ولقد كان من بين المسائل المطروحة على اللجنة المكلفة بإعداد المجلة العقارية أن تصيغ قانوناً يكون بمثابة نتاج لتطويع القانون العقاري الأسترالي وفق مقتضيات القانون الفرنسي²⁴. وبما أنّ المشرّع عدل عن مبدأ المفعول المنشئ، استنتج بعض شرّاح القانون العقاري التونسي أنّه من بين مقتضيات التطويع أن يقع إهمال المبدأ وتعويضه بمبدأ المفعول الإحتجاجي إسوة بما هو معمول به في القانون الفرنسي²⁵.

كذلك الشأن أيضاً بالنسبة لإقرار التضارب مع أحكام الفقه الإسلامي، إذ وقع الإستناد على أنّ الشريعة الإسلامية لم تعرف نظاماً للإشهار العقاري شبيهاً بنظام الإشهار العيني رغم التزايد المطرد لمساحة الدولة الإسلامية زمن الفتوحات الإسلامية²⁶ ليحصل الإستنتاج بأنّ هاته الشريعة لا ترغب في تكبيل انتقال الملكية العقارية بشكليات غير مألوفة وهي في غنى عنها، حيث أنّ مبدأ الرضائية كاف لتتظيم المسائل العقارية²⁷. ولو أنّ بعض التجارب الفقهية أسست بعض الشكليات على مستوى الملكية العقارية. من ذلك نظام الدفاتر التي كان يمسكها القضاة والتي وقع إقرارها في عهد عمر بن الخطاب²⁸. كما جرى العمل

²² براجع : SOUL MAGNON (G) : op . cit, p. 14.

²³ ذكر أنّ مبدأ سلطان الإرادة عرف ازدهاراً أثناء القرن 19 وخاصة في الفترة التي تزامنت مع صدور المجلة المدنية الفرنسية، براجع، محمّد الزنين، النظرية العامة للإلتزامات – 1 – العقد، تونس 1997، ص. 42 وما يليها.

²⁴ براجع الهامش عدد 6 فيما يتعلّق بمقتطفات من تقرير ؛ Pontois. ²⁵ SOUL MAGNON (G), p. 14 et s.

²⁶ براجع ، محمد كمال شرف الدين، الدراسة السالف ذكرها، ص. 22 ، علي كحلون، أحكام القانون العقاري التونسي بين التسجيل والإشهار، دار الميزان للنشر، سوسة 2000، ص . 16 وما يليها.

²⁷ براجع ، حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السالف ذكره، ص 18.

²⁸ براجع ، محمد السنوسي، مطلع الدراري بتوجيه النظر الشرعي على القانون العقاري، ص 34 وما يليها، وقد حقّق المؤلف بأن هذه الدفاتر تحفظ الحقّ المسجّل فيها وتجعله في مأمن من كلّ تغيير أو ضياع للحجة

بتونس قبل الحماية بمثل تلك الدفاتر لتسجيل بعض البيوعات، وهي دفاتر يمسكها القضاة تسمى دفاتر المعاوضات يشهد بصحة بياناتها عدلين مع إدراج ختم القاضي كتأييد لذلك²⁹.

إنّ مثل هذه الأسباب المتّسمة بثنائيّة المنابع التشريعيّة لا تصمد على مستوى التفكير القانوني لتصلح كمبررات لإخماد مبدأ المفعول المنشئ.

ب- دحض المبررات المعتمدة

إنّ الموقف الذي يبرّر أفول مبدأ المفعول المنشئ بكونه يعتبر عائقاً أمام إيجاد انسجام بين أحكام المجلّة العقاريّة والأحكام المنظمة لانتقال الحقوق العينيّة العقاريّة طبقاً للقانون الفرنسي لا يشمل جميع جوانب الحقيقة الداعية لاستبعاد المبدأ المذكور. فرغم وضوح التنافر بين قواعد نظام الإشهار العيني وبعض قواعد القانون المدني الفرنسي، فإنّ ذلك لا يعدّ حقيقة السبب الملجئ لإقصاء المشرّع التونسي لإحدى مبادئ الإشهار العيني، وذلك على الأقلّ للسببين التاليين :

1-السبب الأوّل : إنّ الإستعمار الفرنسي حينما حرّض على إصدار المجلّة العقاريّة لم يكن يهدف من وراء ذلك أساساً إلى تثبيت مقوماته التشريعيّة المستمدّة أساساً من الحضارة الغربيّة، بقدر ما كان يرمي إلى إيجاد أقوم السبيل القانونيّة التي تمكّنه من الاستيلاء على الأراضي التونسيّة. وكلّما تمكّن من الغرض، فسوف يسعى في توطيده عن طريق البحث عن الوسائل الكفيلة بحماية تلك المكتسبات، بغضّ النظر عن البحث عن مدى ملاءمتها لأحكامه التشريعيّة. وإنّما تتمثّل سياسته في اختيار الإجراء المناسب لتمكين المعمرين من ملكيّة عقاريّة مستقرّة. فالاستعمار على يقين مسبقاً بأن اعتماده على وسائل اكتساب الملكيّة بموجب التشريع الفرنسي أو بموجب قواعد الفقه الإسلامي التي كانت منطبقة آنذاك في تونس سوف لن تمكّنه من غرضه. لذلك قام باستلهاهم تجربتي الإشهار العيني المعاصرتين مع تعديلها بما يتلاءم مع الظروف الاجتماعيّة

المسلّمة للأطراف، وتتلخص فائدته في ما قيل فيه شعراً : وبعضهم قال لكتاب القاضي يصح والتسجيل في ماضي.

²⁹ يراجع ، محمد السنوسي ، نفس المرجع، نفس الصفحة.

السائدة آنذاك في تونس، دون الإعتداد بمدى التضارب الممكن بين نتيجة الإستلهاّم وأحكام التشريع الفرنسي³⁰.

2- السبب الثاني : إنّ الإستعمار الفرنسي حينما شاء أن ينشر فكرة التسجيل العقاري في أغلب مستعمراته، قام بصياغة أنظمة إشهار عينية حقيقية، متزامنة مع نظام الإشهار التونسي، ومتضمنة لجميع مبادئ الإشهار العيني بما فيها مبدأ المفعول المنشئ للتسجيل³¹. فلا مبرر إذن من أن يسمح المستعمر لهذه المستعمرات بمخالفة أحكام التشريع الفرنسي ويشترط فقط في النظام العقاري التونسي أن لا يخالفها.

أمّا فيما يخصّ مسألة مخالفة مبدأ المفعول المنشئ للتسجيل لأحكام الفقه الإسلامي، فإنّ هذا لموقف ليس في مأمن من الدحض أيضا. فمن جهة، تورد المؤلفات المختصة في تحليل نشأة المجلة العقارية أن الباي أصدر أمرا عليا في 31 جويلية 1884 يتضمّن تسمية لأعضاء اللجنة التي سوف تدرس مشروع المجلة العقارية. ومن بين أعضائها خمسة تونسيين وصفوا آنذاك بكونهم علماء في الشريعة الإسلامية³². وقد أقرّت اللجنة مبدأ المفعول المنشئ للتسجيل كيفية ورد في نظام الإشهار العيني. فلو كان المبدأ حينئذ مخالفا لأحكام الشريعة لما كانت مسألة إدراجه ورادة أصلا، أو على الأقلّ كان من الممكن إثارة إمكانية عدم ملاءمته مع أحكام الشريعة الإسلامية، من قبل هؤلاء الأعضاء، وهو ما لم يحصل حسب ما وقع تحقيقه في أعمال تلك اللجنة.

و من جهة أخرى، وبعد أن دخلت المجلة العقارية حيز التنفيذ في 15 جويلية 1886 وهي متضمنة لمبدأ المفعول الإحتجاجي للتسجيل الواقع إحلاله محلّ مبدأ المفعول المنشئ، وقع الإفتاء بعدم تنافرها مع أحكام الشريعة الإسلامية

³⁰ وهو ما يمكن استنتاجه من التقرير الذي قدمه Pontois كخلاصة لأعمال اللجنة المكلفة بإعداد مشروع القانون العقاري وخاصة المقترحات الواردة بالهامش رقم 6 من هذه الدراسة.

³¹ من ذلك قانون التسجيل العقاري في المغرب وفي سوريا وفي الكونغو.

³² تضمّ اللجنة سبعة عشر عضوا (17)، منهم خمسة ممثلين عن الفقه الإسلامي، وهو تونسيون، و 10 ممثلين عن المستعمر الفرنسي واثنين من الجاليتين الإيطالية والإنكليزية. وهؤلاء التونسيين هم : محمد العزيز بو عطور، محمد بيرم، الشاذلي بن صالح، أحمد ابن الخوجة، الطاهر النيفر ؛ يراجع : 1- الهامش 48 LESCURE (P) , op.cit, p. 48.

33. ممّا يدلّ على أنّ فكرة إقرار نظام للتسجيل العقاري بتونس لم يكن محلّ معارضة من قبل فقهاء الشريعة الإسلاميّة آنذاك سواء استكمل ذلك النظام مبادئ الإشهار العيني أو ورد منقوصا للبعض منها.

و أخيراً، وبالرجوع إلى الأنظمة العقاريّة العربيّة المقارنة التي أخذت أغلبها بمبادئ نظام الإشهار العيني بما فيها مبدأ المفعول المنشئ، حاول فقهاء تلك الأنظمة إثبات عدم تضارب أحكام الفقه الإسلامي مع نظام الإشهار العيني المستحدث وخلق خلايا للتجاوب بينهما³⁴.

ويمكن إرجاع عدول المشرّع التونسي عن الأخذ بمبدأ المفعول المنشئ للترسيم إلى عامل التسرع أثناء صياغة وإصدار المجلّة العقاريّة ممّا أنتج تناقرا بين البعض من أحكامها وانتقاصا لبعض مبادئ الإشهار العيني. فلم يكن المشرّع يهدف آنذاك إلى إصدار قانون عقاري تونسي لا يتضارب مع أحكام المجلّة المدنيّة الفرنسيّة أو مع أحكام الفقه الإسلامي، بقدر ما كان يرمي إلى إصدار قانون عقاري يمكنه من أقوم السبل للإستيلاء على الأراضي التونسيّة وتمكين المعمرين من ملكيّة آمنة ومستقرّة. وهو الهدف المنشود الذي جعل المشرّع يقارع المبادئ التي قد تناسبه أكثر من غيرها لتحقيق الغرض، ممّا جعله في حالة غير مستقرّة ولو مؤقتا انطلاقا من تقلبه من مبدأ إلى آخر. فبالإضافة إلى ما عرفه مبدأ المفعول المنشئ للترسيم في هذا القانون من تقلب بين الإقرار والإلغاء، تجدر الإشارة إلى أنّ نفس القانون لم يعتمد مبدأ منع التقدّم المكسب إلا بعد صدور المجلّة العقاريّة بسبع سنوات. ممّا يدلّ على أنّ مبادئ الإشهار العيني مازالت لم تترسّخ بطريقة باتّة في ذهن المشرّع نظرا لحدائتها، وأنّ السعي في إدماج البعض منها واستبعاد البعض الآخر لم يكن مردّه الولاء التامّ لأحكام التشريع الفرنسي أو الفقه الإسلامي³⁵.

33. يراجع : محمّد السنوسي، المرجع السالف ذكره، ص 39 ؛ محمد مهدي الجم، المرجع السالف ذكره، ص. 21 حيث اعتبر أنّ فكرة التسجيل العقاري بمعناها الحديث ولو كانت غريبة عن الفقه الإسلامي، رغم التجارب المشابهة التي كان قد عرفها على مرّ حضارته ، فإنّه لا يعارضها وهي لا تتنافر مع أحكامه إذ يمكن إدراجها عن طريق الإستحسان نظرا لما فيها من مصلحة مشروعة للمسلمين لأنها توفر الأمن والإستقرار و ازدهار المعاملات العقارية ولو أنّها مقتبسة عن الأنظمة الأجنبيّة، فالحكمة ضالة المؤمن. وتجدر الإشارة إلى أنّ المؤلّف وهو يحاول إيجاد مبررات لجواز انطباق الإشهار العقاري في البلدان الإسلاميّة يتعرّض لنظام الإشهار العيني المكتملة مبادئه كيفما وقع صياغته بالمملكة المغربيّة أي متضمّنا لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم.

34. يراجع، محمّد مهدي الجم، نفس المرجع، نفس الصفحة ؛ حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السالف ذكره، ص. 18.

ولقد كان لهذا التذبذب أسوأ الأثر على طبيعة نظام الإشهار العيني فصار نظاما منبثا يميل إلى النظام العيني مع بقاء مؤشرات حنينه للنظام الشخصي ممّا ساهم في ظهور سلبيات على مستوى التطبيق كان المشرع في غنى عنها لو احترم جميع مبادئ الإشهار العيني.

الفقرة الثانية : نتائج الإدبار

لقد أدّى تغييب مبدأ المفعول المنشئ للتّرسيم وتعويضه بمبدأ المفعول الإحتجاجي إلى إقرار نتائج سلبية على واقع الإشهار العقاري التونسي، كانت نواته الأولى تفعيل الأثر الذي أثمره مبدأ المفعول الإحتجاجي في ما يخص تحديد الفترة الزمنية التي يبدأ بمقتضاها الإقرار قانونا بوجود الحقّ العيني المرتب على العقار المسجّل. فتطبيقا للمبدأ المذكور، فإنّه لا تأثير للتّرسيم على وجود الحقّ العيني بين أطرافه، وإنّما ينحصر تأثيره فقط على الإحتجاج بالحقّ إزاء الغير، ممّا يوحى باستخلاص النتيجتين التاليتين : النتيجة الأولى تتمثل في وجود زمنين مختلفين يوجد بمقتضاها الحقّ العيني موضوع العقار المسجّل : زمن يعتدّ به فيما بين الأطراف المتعاملة في شأن ذلك الحقّ الذي يعتبر قد تكوّن بينهما منذ يوم إبرام التصرف. و زمن لاحق للتاريخ السابق لا يجعل الحقّ العيني المذكور حجة على الغير إلاّ يوم ترسيمه. وقد أدّى تقليب الحقّ العيني بين زمنين إلى إقرار تفرقة بين الأطراف والغير اختلف في شأنها الفقه والقضاء (أ) .

أمّا النتيجة الثانية فهي منحدره من الإستنتاج الأول، فيما أنّ الترسيم لم يعد شرطا لانتقال الحقّ العيني بين الأطراف، فإنّ ذلك من شأنه أن يشجّع الخلف الذي انتقل إليه الحقّ العيني عن العدول عن طلب التّرسيم خاصّة وأنّ إجراءات التّرسيم تملّي عليه وجوب القيام بإجراءات لتسجيل الكتب ودفع مبلغ جبائي معيّن، إضافة إلى الوثائق التي سوف يقدّمها تأييدا لمطلب التّرسيم وما ينتج عن ذلك من إخضاعها لواجب المراقبة من قبل إدارة الملكيّة العقاريّة³⁶. ولقد أفرز تكرار

³⁵ و الملاحظ أنّ مبدأ منع التّقدّم المكسب، وهو مبدأ غريب عن التشريع الفرنسي وكذلك عن الفقه الإسلامي لم يثر أيّ مشاكل أو نقاش في مؤلّفات شراح القانون العقاري آنذاك أو من قبل اللجنة المكلفة بإصدار المجلة العقاريّة كالضجّة التي أحدثها مبدأ المفعول المنشئ.

مثل هذا السلوك من قبل أصحاب الحقوق العينية على مرّ الزمن ظهور عيب في نظام الإشهار العقاري التونسي يهدّد جدّيًا مغزى استبقائه و يتمثّل في ظاهرة الرّسوم المجمّدة (ب).

أ- الترسيم شرط للإحتجاج بالحقّ إزاء الغير

إنّ الأثر المنجرّ عن الترسيم تجاه الأشخاص يختلف بحسب الدّور المسند إليه. فإذا اقتضى مفعول الترسيم أنّ الحقّ العيني لا يتكوّن إلاّ بترسيمه، فإنّ هذا الإجراء سوف يؤدّي إلى سريان مطلق لأثر الترسيم على مستوى الأشخاص، بحيث لا يعتدّ بالحقّ غير المرسم تجاه الأطراف وتجاه الغير على حدّ سواء. أمّا إذا ساد مبدأ المفعول الإحتجاجي، فسئودّي وظيفة الترسيم إلى سريان إنتقائي على مستوى الأشخاص: فالحقّ يعتبر قد تكوّن دون اللّجوء إلى الترسيم الذي سوف يعتبر شكليّة خاصّة لضرورة الإحتجاج بالتصرّف تجاه الغير. فلا تكوين للحقّ العيني إذاك تجاه الغير فقط إلاّ بترسيمه. ولقد أدّت التفرقة بين الأطراف والغير التي أنشأها في هذا المجال مبدأ المفعول الإحتجاجي إلى وجود زمنين مختلفين يتكوّن خلالهما نفس الحقّ العيني. فذلك الحقّ يكون قد تكوّن بين الأطراف منذ إبرام التصرّف، ولا يكون قد تكوّن إزاء الغير إلاّ بالترسيم، ممّا يفرض ضرورة البحث عن ضوابط للتفرقة بين الأطراف والغير لتحديد الزمن المناسب الذي تكوّن خلاله الحقّ العيني بحسب الصنف الذي يخضع إليه كلّ شخص بحسب إن كان طرفا في التصرّف أو غيرا.

لم يعرف المشرّع الغير في الفصل 305 من مجلّة الحقوق العينية وإنّما اكتفى بتحديد دور الترسيم إزاء الغير حينما نص بالفقرة الأولى من الفصل المذكور على أنّ: " كلّ حقّ لا يعارض به الغير إلاّ بترسيمه بإدارة الملكيّة العقاريّة وابتداء من تاريخ ذلك الترسيم" وهو فراغ تشريعي ساهم إلى حدّ كبير في تعميق السلبات التي طرأت على نظام الإشهار العقاري نتيجة اعتماد مبدأ المفعول الإحتجاجي للترسيم. من ذلك الإنقسام الذي ساد الفقه والقضاء في تونس حول تحديد مفهوم الغير على معنى الفصل 305 من م.ح.ع ولم يقع الإستقرار نهائيًا على موقف موحد إلى حدّ أقول المبدأ المسبّب لذلك الإختلاف.

³⁶ حول الإجراءات المتبعة للقيام بالترسيم، يراجع، محمد كمال شرف الدين، الأطروحة السالف ذكرها، ص 127 وما يليها.

و يثار النقاش أساسا حول ما إذا كان من الممكن الإستنتاج بأحكام الفصل 241 من مجلة الإلتزامات والعقود التي حدّدت صفة الغير في العقد³⁷. وهل أنّ إدراج عبارة "الغير" في كلّ فقرة من فقرتي الفصل 305 من م.ج.ع دلالة واضحة من المشرّع على اعتماد مفهومين مختلفين للغير في نفس الفصل؟ أم يتجه الإعتداد بمفهوم موحد؟

إنّ الرّأي الغالب لدى شرّاح قانون الإشهار العقاري أنّ مفهوم الغير يحضى بخصوصيّة بالمقارنة مع المفهوم المسند إليه بمقتضى أحكام الفصل 241 من م.ج.ع لكن دون أن يؤدّي ذلك إلى قطيعة تامّة مع الأحكام العامّة المنظمة لوضعيّة الغير على مستوى النظريّة العامّة للعقد. بل لا مانع من اقتباس ذلك التحديد الوارد للغير بما يتلاءم فقط مع متطلبات قواعد الإشهار العقاري. فلو كان المشرّع يهدف إلى إقرار مفهوم جديد للغير بالفقرة الأولى من الفصل 305، لكان قد أشفع العبارة بنعوت إضافية تدلّ على نيّته في الإختلاف مع المفهوم المسند للغير من خلال النظريّة العامّة للعقد³⁸.

لذلك يمكن الإستناد إلى مبدأ النسبة العقدية بطريقة مقتضبة تخدم متطلبات الإشهار العقاري فيقع إقصاء صفة الغير على الأطراف وعلى خلفائهم العامين. أما الخلف الخاص فإنه يعدّ غيرا على معنى الفقرة الأولى من الفصل 305 لأنّه يشترط لسريان تصرّف السلف على الخلف الخاص أن يكون ذلك التصرف قد أبرم قبل انتقال الحقّ إلى الخلف وأن يكون مستوفيا لشروط الإحتجاج به تجاهه. ممّا يجعل الترسيم بالنسبة للعقارات المسجلة هو الطريقة الوحيدة التي تحوّل للسلف الإحتجاج بالتصرف تجاه الخلف حتى تنسحب عليه آثاره³⁹. و من ثمّ يمكن القول بأن الغير على معنى هذه الفقرة يشمل كلّ شخص ثبتت له مصلحة في

³⁷ اقتضت الفقرة الأولى من الفصل 241 ما يلي: " الإلتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرّح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الإلتزام بمقتضى العقد والقانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم".

³⁸ يراجع ، SOUL MAGNON (G) , op, cit, p. 310 n° 420.

³⁹ يراجع ، محمد الزين، المرجع السالف ذكره، ص 344 ، عدد 426.

العقار محلّ التصرف غير المرسم ولم يكن طرفا يسري عليه أثر ذلك التصرف⁴⁰.

غير أنّ مفهوم الغير لم يعرف استقرارا لدى الفقه والقضاء. إذ يعتبر البعض أنّ هذا المفهوم كيفما ورد بالفقرة الأولى من الفصل 305 من م.ح.ع لا يحضى باستقلالية من جهة عن ما ورد من تحديد لصفة الغير بالفصل 241 م.إ.ع حيث يتّجه إقرار اشتراكهما في معنى موحد⁴¹. ومن جهة أخرى، لا فروق تذكر حول مفهوم الغير كيفما ورد الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 305⁴² وعلى العكس تماما تأخذ محكمة التعقيب منحى آخر حيث تعتنق مفهوما موسعا جدّا للغير لم يألفه القانون التونسي من قبل في هذا المجال حينما تؤول عبارة الغير الواردة بالفقرة الأولى من الفصل 305، فتذهب إلى حدّ اعتبار ورثة أحد أطراف التصرف غيرا⁴³.

⁴⁰ يراجع في مثل هذا المعنى :

BESSIS (A) : SOULMAGNON (G), op.cit, p. 310
CHARFEDDINE (M.K) : op.cit, p. 292.

- و لقد أقرّت محكمة التعقيب ما يماثل هذا التعريف واعتبرت أنّ الغير على معنى الفقرة الأولى من الفصل 305 لا يشمل الأطراف والخلف العام لا غير :
- قرار تعقيبي مدني عدد 1328 في 4 جوان 1929 ، ق.ت 1960 ، ص. 664.
 - قرار تعقيبي مدني عدد 13094 في 25 أفريل 1985 ، ق.ت 1987 ، عدد 3 ، ص 64.
 - قرار تعقيبي مدني عدد 29414 في 11 أفريل 1991 ، ن، القسم المدني، 1991 ، ص. 80.
 - قرار تعقيبي مدني عدد 44023 في 26 فيفري 1997 ، ن، القسم المدني، 1997 ، ج II ، ص. 382
 - قرار تعقيبي مدني عدد 26035 في 12 أكتوبر 1992 ، القسم المدني، 1992 ، ص. 477 : " إنّ المقصود من كلمة الغير الواردة بالنص المذكور هو كلّ شخص أجنبي عن العلاقة التعاقدية وله مصلحة في الرّسم العقاري".

⁴¹ يراجع، عبد المنعم عبود، القوّة الثبوتية للتّرسيمات العقارية ق.ت. عدد 6 لسنة 2001 ص. 95 و ما يليها ؛ حافظ بوعصبدة ، أثر الترسيم على الغير، ملتقى حول التشريع الجديد المتعلّق بالتسجيل العقاري، صفاقس 1992، ص. 2، وفي نفس الإتجاه :

- قرار تعقيبي مدني عدد 13065 في 13 جانفي 1986 ، ن، ج I ، 186 ؛
 - قرار تعقيبي مدني عدد 15157 في 16 جوان 1986، ن، ج II ، ص. 235.
- ⁴² يراجع، محمود شمام، الترسيم بدفتر خاتمة للأملاك العقارية وإمكانية إبطاله والتشطيب عليه، ق.ت 1980، عدد 3 ، ص. 24 ؛ ولقد تسرّب نفس الموقف إلى فقه القضاء حيث نجد خلطا واضحا حول مفهوم الغير بين الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 305 من م.ح.ع قرار تعقيبي مدني، عدد 48375 في 22 ديسمبر 1997 ، ق.ت 1997، ج. II ، ص. 363.
- ⁴³ قرار تعقيبي مدني عدد 46501 في 28 فيفري 1995 ، أورده عبد المنعم عبود في التّراسة السالف ذكرها، ص. 150، الهامش رقم 75 .

إنّ الإختلاف السائد، خاصّة على مستوى فقه القضاء، حول تحديد صفة الغير على معنى، أحكام الفقرة الأولى من الفصل 305 سوف ينعكس بالضرورة سلبا على تحديد مجال سريان الحقّ العيني من حيث الزمن بالنسبة للأشخاص المتعاملين حول العقارات المسجّلة. فيما أنّ ضوابط المفهوم مازالت غير ثابتة فإنّه لا يمكن الفصل في تحديد صفة الأشخاص الذين يلزمون بالتصرف دون وجوب التّرسيم، وبين أولئك الذين لا يحتجّ به عليهم إلا إذا وقع استيفاء تلك الشكليّة. وهي سلبية زامنت نظام الإشهار العيني وساهمت بطريقة فعّالة في بروز ظاهرة الرسوم المجمّدة.

ب- ظاهر الرّسوم المجمّدة

لقد ساهم إخماد مبدأ المفعول المنشئ بصورة فعّالة في بروز ظاهرة الرّسوم المجمّدة التي جسّمت عيبا هامّا في نظام الإشهار العقاري التونسي. فيما أنّ ترسيم الحقوق العينية العقاريّة لا يعتبر شكليّة ملزمة تجاه الأطراف لانتقال تلك الحقوق بينهم، فإنّ التّكاسل عن استيفاء تلك الشكليّة يعدّ ظاهرة واضحة في سلوك المتعاملين مع العقارات المسجّلة. ممّا أدى إلى وجود حقيقتين لأغلب العقارات المسجّلة : حقيقة ظاهرة تتمثّل في آخر الترسيمات الواردة في شأن ذلك العقار والمدوّنة برسمه العقاري. وحقيقة خفية، لاحقة في الزمن عن الأولى، تعبّر عن آخر مآل للحقوق العينية المتعلّقة بذلك العقار فيما بين الأطراف، فأفقد ذلك التضارب الثقة في الدور الإشهاري للسجل العقاري، وأصبح الرّسم الذي تختلف حالته الإشهاريّة عن حالته الواقعيّة رسما مجمّدا يصعب في أغلب الحالات إرجاع المطابقة في شأنه بين الحقيقتين، نظرا لأنّ القائم بالتّرسيم سوف يكون بالضرورة مقبّدا باحترام مبدأ التسلسل أثناء تضمين الترسيمات وهو ما يصعب إن لم يكن مستحيلا تحقيقه في حالة الرّسم المجمّد بسبب عدم احترام الأسلاف في الحقّ لشكليّة الترسيم⁴⁴.

⁴⁴ حيث اقتضت الفقرتان الثانية والثالثة من الفصل 392 من م.ح.ع ما يلي : " على أنّه لا يقع ترسيم هذا الحقّ إلا إذا كان منجزا مباشرة ممّن سبق ترسيمه باسمه. أمّا إذا كان الحقّ العيني موضوع عدّة نقل أو اتفاقات متوالية فإنّ النقل أو الإتفاق الأخير لا يقع ترسيمه قبل ترسيم ما سبقه من نقل واتفاقات "

و محاولة لفضّ هذه المعضلة، وقع الإستناد أساسا على أحكام الفصل 315 م.ح.ع⁴⁵، ثمّ إلى أحكام الفصل 16 من مرسوم 21 فيفري 1964⁴⁶. وسرعان ما ثبت أنّهما ينطويان على حلول غير مجدية نظرا للصعوبات المتعلّقة بتطبيق أحكام الفصل 315⁴⁷. ومن جهة أخرى، كان مآل الفصل 16 المذكور الإهمال⁴⁸ ممّا حتم المناداة بضرورة مراجعة الإشهار العقاري على الأقلّ فيما يخصّ إيجاد حلّ لمقاومة الرّسوم المجمّدة، والتفكير في استنباط طرق جديدة قد تمكّن من تفادي وقوع الرّسوم مستقبلا في الجمود، فورد منذ 1992 تشريع عقاري جديد يقدّم حولا لمعالجة ظاهرة الرّسوم المجمّدة. وينبئ بالقضاء عليها مستقبلا بواسطة الاستنجا ببدء المفعول المنشئ الذي أعاد المشرّع إضافته إلى مبادئ الإشهار العيني التونسي.

الجزء الثاني : الإقبال المنجم

بموجب قانون 4 ماي 1992 قام المشرّع بتعديل في إحدى وظائف الترسيم، حيث ألغى التنقيح الوارد على الفقرة الأولى من الفصل 305 من م.ح.ع مبدأ المفعول الإحتجاجي وتعويضه أجلا بمبدأ المفعول المنشئ⁴⁹. غير أنّ الإنتقال المباشر من المبدأ الأول إلى الثاني يعدّ حلاّ استئصاليا من شأنه أن يعجز عن تنظيم الإرث المتراكم من الرّسوم المجمّدة الذي خلفه مبدأ المفعول الإحتجاجي. لذلك ارتأى المشرّع أنّ يمهد لسريان مبدأ المفعول المنشئ عن طريق إصدار تشريع غايتها تحيين الرّسوم المجمّدة، وكلّما تمكّنت من الغرض سوف يبدأ المبدأ الجديد في السريان. غير أنّ المحاولات التشريعيّة الإصلاحية الأولى لم تتمكّن من تحقيق مهمّتها (الفقرة الأولى)، ممّا حتمّ مؤخرا مراجعة السياسة التشريعيّة لاستعجال انطباق المبدأ العائد (الفقرة الثانية).

⁴⁵ وقد عرف هذا الفصل كما سلف ذكره تنقيحا ثمّ إلغاء.

⁴⁶ حول الصعوبات التي اعترضت تطبيق الفصل 16، يراجع، محمد كمال شرف الدين، الأطروحة السالف ذكرها، ص. 206، فرحات الراجحي، المحاكم والرّسوم المجمّدة، ق.ت 1993، عدد 4، ص. 7 و ما يليها.

⁴⁷ يراجع، محمد كمال شرف الدين، الأطروحة السالف ذكرها، 202.

⁴⁸ يراجع، نفس المؤلف، نفس المرجع، ص. 206.

⁴⁹ حيث اقتضى الفصل 2 من القانون عدد 46 لسنة 1992 أنّه : "تدخل أحكام الفصول 115-116-117-118-119-120-121-122-123-124-125-126-127-128-129-130-131-132-133-134-135-136-137-138-139-140-141-142-143-144-145-146-147-148-149-150-151-152-153-154-155-156-157-158-159-160-161-162-163-164-165-166-167-168-169-170-171-172-173-174-175-176-177-178-179-180-181-182-183-184-185-186-187-188-189-190-191-192-193-194-195-196-197-198-199-200-201-202-203-204-205-206-207-208-209-210-211-212-213-214-215-216-217-218-219-220-221-222-223-224-225-226-227-228-229-230-231-232-233-234-235-236-237-238-239-240-241-242-243-244-245-246-247-248-249-250-251-252-253-254-255-256-257-258-259-260-261-262-263-264-265-266-267-268-269-270-271-272-273-274-275-276-277-278-279-280-281-282-283-284-285-286-287-288-289-290-291-292-293-294-295-296-297-298-299-300-301-302-303-304-305-306-307-308-309-310-311-312-313-314-315-316-317-318-319-320-321-322-323-324-325-326-327-328-329-330-331-332-333-334-335-336-337-338-339-340-341-342-343-344-345-346-347-348-349-350-351-352-353-354-355-356-357-358-359-360-361-362-363-364-365-366-367-368-369-370-371-372-373-374-375-376-377-378-379-380-381-382-383-384-385-386-387-388-389-390-391-392-393-394-395-396-397-398-399-400-401-402-403-404-405-406-407-408-409-410-411-412-413-414-415-416-417-418-419-420-421-422-423-424-425-426-427-428-429-430-431-432-433-434-435-436-437-438-439-440-441-442-443-444-445-446-447-448-449-450-451-452-453-454-455-456-457-458-459-460-461-462-463-464-465-466-467-468-469-470-471-472-473-474-475-476-477-478-479-480-481-482-483-484-485-486-487-488-489-490-491-492-493-494-495-496-497-498-499-500-501-502-503-504-505-506-507-508-509-510-511-512-513-514-515-516-517-518-519-520-521-522-523-524-525-526-527-528-529-530-531-532-533-534-535-536-537-538-539-540-541-542-543-544-545-546-547-548-549-550-551-552-553-554-555-556-557-558-559-560-561-562-563-564-565-566-567-568-569-570-571-572-573-574-575-576-577-578-579-580-581-582-583-584-585-586-587-588-589-590-591-592-593-594-595-596-597-598-599-600-601-602-603-604-605-606-607-608-609-610-611-612-613-614-615-616-617-618-619-620-621-622-623-624-625-626-627-628-629-630-631-632-633-634-635-636-637-638-639-640-641-642-643-644-645-646-647-648-649-650-651-652-653-654-655-656-657-658-659-660-661-662-663-664-665-666-667-668-669-670-671-672-673-674-675-676-677-678-679-680-681-682-683-684-685-686-687-688-689-690-691-692-693-694-695-696-697-698-699-700-701-702-703-704-705-706-707-708-709-710-711-712-713-714-715-716-717-718-719-720-721-722-723-724-725-726-727-728-729-730-731-732-733-734-735-736-737-738-739-740-741-742-743-744-745-746-747-748-749-750-751-752-753-754-755-756-757-758-759-760-761-762-763-764-765-766-767-768-769-770-771-772-773-774-775-776-777-778-779-780-781-782-783-784-785-786-787-788-789-790-791-792-793-794-795-796-797-798-799-800-801-802-803-804-805-806-807-808-809-810-811-812-813-814-815-816-817-818-819-820-821-822-823-824-825-826-827-828-829-830-831-832-833-834-835-836-837-838-839-840-841-842-843-844-845-846-847-848-849-850-851-852-853-854-855-856-857-858-859-860-861-862-863-864-865-866-867-868-869-870-871-872-873-874-875-876-877-878-879-880-881-882-883-884-885-886-887-888-889-890-891-892-893-894-895-896-897-898-899-900-901-902-903-904-905-906-907-908-909-910-911-912-913-914-915-916-917-918-919-920-921-922-923-924-925-926-927-928-929-930-931-932-933-934-935-936-937-938-939-940-941-942-943-944-945-946-947-948-949-950-951-952-953-954-955-956-957-958-959-960-961-962-963-964-965-966-967-968-969-970-971-972-973-974-975-976-977-978-979-980-981-982-983-984-985-986-987-988-989-990-991-992-993-994-995-996-997-998-999-1000".

الفقرة الأولى : انعكاسات التجربة الأولى للتحيين على إقبال مبدأ المفعول المنشئ

كلما تمكنت الأجهزة المكلفة بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود من إتمام مهامها، كلما كانت الأرضية مناسبة لانطباق مبدأ المفعول المنشئ. فالإجراء والمبدأ يتسمان حينئذ بوحدة المصير. إلا أنّ تجربة التحيين اعترضتها صعوبات انعكست سلباً على المبدأ (أ) فأوجبت إمّا تكرار تأجيله أو إقباله التدريجي (ب).

أ- مصاعب التحيين تعثر لإقبال المبدأ

لقد أفرزت التعديلات التشريعية لسنة 1992 انبثاق ثلاثة أجهزة مختلفة عهدت إليها مهمة معالجة الرسوم العقارية المجمدة : هيئة إدارية وهيئتين قضائيتين.

بالنسبة للهيئة الأولى وهي لجان تحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود، فرغم الصلاحيات الإجرائية المعتبرة التي منحها إياها المشرع في سبيل التحيين⁵⁰، فإن مهمتها لا تخلو من عديد الصعوبات، فتركيبتها بادئ الأمر من شأنها أن تمكن من إصدار قرارات في التحيين لا أثر فيها لتأييد أهل الاختصاص من الإطار القضائي⁵¹. فيما أنّ قراراتها تتخذ بالأغلبية، فمن الممكن أن يعترض القاضي العضو في هذه اللجنة والممثل عن المحكمة العقارية، عن أحد القرارات الذي سوف يزكي ويعتمد بموجب الموافقة عليه من قبل بقية الأعضاء كالوالي بصفته عضواً أو حافظ الملكية العقارية⁵². ثمّ إنّ هاته اللجنة تتعهد بالتحيين بموجب مطالب مرفوعة لديها من قبل الأشخاص الذي لهم مصلحة في الرسم أو من قبل حافظ الملكية العقارية، مما يجعل مسألة التحيين متوقفة على إرادة طالب

⁵⁰ وخاصة بموجب أحكام الفصل 5 من القانون عدد 39 لسنة 1992 المؤرخ في 27 أبريل 1992 والمتعلق بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود، وحول مزيد التعمق في هذه الصلاحيات، يراجع، عبد الله الأحمد، لجان تحيين الرسوم العقارية المجمدة، ق.ت. 1993، عدد 5، ص. 35 وما يليها.

⁵¹ فلقد اقتضى الفصل 2 من القانون المذكور أن اللجنة تتركب من :
" الوالي أو الكاتب العام للولاية عند الإقتضاء : رئيس، حافظ الملكية العقارية أو المدير الجهوي للملكية العقارية : عضو، قاضي من المحكمة العقارية ، عضو."
⁵² نظراً لأنّ الفصل الثالث من القانون المذكور اقتضى أن اللجنة تتخذ قراراتها بالأغلبية.

التحيين وإقصاء النظر في الرسوم المجمدة والتي لم ترفع في شأنها مطالب. وأخيراً، وحتى بالنسبة للمطالب المرفوعة للجنة التحيين، فيشترط فيها أن لا تكون موضوع نزاع قضائي مازال متواصلاً أو صدر في شأنه حكم نهائي أو كان متعلقاً بمسائل استحقاقية أو يمسّ حقوق الغير أو القصر⁵³. وكلّما استوفى المطالب كلّ هاته الشروط، فإنّه رغماً عن ذلك، من الممكن أن لا يحين حيث قد يستعصي الأمر على اللجنة فتحيله إلى المحكمة العقارية⁵⁴. أما الهيئة الثانية وهي هيئة قضائية تتمثل في المحكمة العقارية التي تختصّ أيضاً بتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود طبقاً لأحكام الفصل 13 من قانون 27 أبريل 1992 الذي ينصّ على ما يلي: " بصورة انتقالية ولمدة ثلاث سنوات من تاريخ نشر هذا القانون تأذن المحكمة العقارية سواء بطلب ممن يهّمه الأمر أو من اللجنة الجهوية لتحيين الرسوم العقارية وتخليصها من الجمود بالتنصيص بالرسوم العقارية على آخر تعديل طرأ عليها وتتنظر في الحالة القانونية والمادية للعقارات المسجلة في تاريخ ابتداء العمل بهذا القانون كما تأذن بالتنصيص على سلسلة الإنتقالات التي طرأت على العقارات المذكورة وإجراء التخليصات اللازمة وتجري ما تراه من الإشهارات والأبحاث اللازمة "

و في الحقيقة إنّ هذه المقتضيات غير غريبة عن قانون الإشهار العقاري التونسي، فهي لا تعدو أن تكون سوى نقلاً لأحكام الفصل 16 من مرسوم 21 فيفري 1964. وربما يكون وجه التجديد فيها يتمثل في تذكير موجه من المشرّع يقضي بوجوب اعتماد تلك المقتضيات. ذلك أنّ القانون المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية سنة 1965⁵⁵ لم يتضمّن إلغاء أحكام الفصل 16 من مرسوم 21 فيفري 1964 ممّا جعل البعض يعتقد أنّه قد نسخ ضمناً، وشجّع البعض الآخر على نسيانه إلى أن صار مهجوراً⁵⁶.

وفيما يخصّ الهيئة الثالثة، وهي هيئة قضائية أيضاً تتمثل في رئيس المحكمة الابتدائية، حيث تضمّن الفصل الأول من القانون عدد 46 لسنة 1992

⁵³ تطبيقاً لأحكام الفصلين 6 و 7 من القانون المذكور.

⁵⁴ تطبيقاً لأحكام الفصل 10 من القانون المذكور.

⁵⁵ وذلك بالرجوع إلى أحكام الفصل الثاني من القانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965 والمتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية، الرائد الرّسمي عدد 10 لسنة 1965 بتاريخ 19 فيفري 1965، ص 200.

⁵⁶ يراجع، محمد كمال شرف الدين، الأطروحة السالف ذكرها، ص. 206.

المؤرخ في 4 ماي 1992 تنقيحاً لأحكام الفصل 315 من م.ح.ع وقع بمقتضاه تغيير عبارة " رئيس المحكمة العقارية " بعبارة " رئيس المحكمة الابتدائية " ، وهو تنقيح ولئن تضمن تجديدًا على مستوى الهيئة القضائية المكلفة بالنظر في الصعوبات الطارئة على وضعيّة الرسم العقاري، فإنّه لم يغيّر من بقية عبارات النصّ القديم التي تثير حقًا عدّة مسائل وصعوبات قانونية لعلّ أهمّها تلك المتعلّقة بمدى إمكانية الطعن في أذن رئيس المحكمة الابتدائية حال تعهده بهذه المهمة؟ وبالتساؤل حول أهميّة دوره ما دامت " حقوق المعنيين محفوظة فيما يتعلّق بالأصل " ⁵⁷.

إضافة لهذه الإنتقادات الموجهة لكلّ هيئة لوحدها، فإنّ الهيئات الثلاثة تشترك في انتقاد موحد يتعلّق باختصاصها حالما تتعهد بالتحيين. فالعبارات العامّة لأحكام الفصلين 315 من م.ح.ع و 13 من قانون 27 أفريل 1992 من شأنها أن تؤسّس تداخلًا في الإختصاص بين رئيس المحكمة العقارية ورئيس المحكمة الابتدائية من جهة، كما قد تتداخل معها أيضا في الإختصاص اللجان الجهوية المكلفة بالتحيين. ممّا قد يترك الحرية لكلّ طالب تحيين أن يقارع الهيئة التي يريدّها للحصول على رسم محيّن. وكلّما رفض طلبه لدى هيئة يمكنه أن يكرّر الفرصة لدى أخرى. بل قد تصل به هذه الحرية إلى تعطيل التحيين الذي قد يرباه غيره. فيما أنّه يمنع على لجنة التحيين أن تخوض في المطلب إذا أثبت أنّه موضوع نزاع قضائي منشور أمام القضاء ⁵⁸، فإنّه يمكن إثبات أنّ المسألة قد طرحت لدى المحكمة العقارية تطبيقًا لأحكام الفصل 13 من قانون 27 أفريل 1992 ، أو لدى رئيس المحكمة الابتدائية تطبيقًا لأحكام الفصل 315 ، فتتخلّى أذاك اللّجنة عن القيام بوظيفة التحيين.

ب- تجاوز المصاعب ومحاولة التغليب الجزئي للمبدأ

إنّ مثل هذه الصعوبات عطلت أعمال التحيين التي كان يرجى أن تكتمل أشغالها بعد مرور أجل ثلاث سنوات أي سنة 1995 ⁵⁹. وكان قدر سريان مبدأ المفعول المنشئ للترسيم أن يكون مرتبطًا بمأل أعمال التحيين. إذ يفهم من

⁵⁷ وهي الجملة الواردة بآخر الفصل 315 من م.ح.ع.

⁵⁸ تطبيقًا لأحكام الفصل 6 - أولًا ، من قانون 27 أفريل 1992.

⁵⁹ طبقًا لأحكام الفصل الأول من القانون المذكور.

تفقيحات التشريع العقاري لسنة 1992 أنّ خطة المشرّع تتمثّل بادئ الأمر في القضاء على معضلة الرّسوم المجمّدة، ليكون تحقيق ذلك الغرض نقطة بداية سريان المبدأ العائد. والحجّة في ذلك أنّ أحكام الفصل 305 من م.ح.ع. كيفما نفّح سنة 1992 لا تدخل حيز التنفيذ إلّا بعد ثلاثة سنوات من تاريخ صدور

التفقيح، وهو الأجل الأقصى المحدّد قانوناً للإنتهاء من أعمال التحيين⁶⁰.

وقبل انقضاء الأجل المحدّد لإنهاء أعمال التحيين، تقطن المشرّع إلى بعض الصعوبات التي حالت دون استيفاء أعمال التحيين، فقام بإلغاء أحكام الفصل 315 من م.ح.ع. بموجب قانون 23 جانفي 1995⁶¹، وذلك التخفيف من التنازع في الإختصاص، ثمّ مدّد في الأجل المحدّد للتحيين لنفس الفترة دون جدوى⁶².

لكنّه في إمهاله مرّة ثانية⁶³ للسلطة المكلفة بالتحيين، تراءى له سنة 1998 أن يبدأ في تطبيق مبدأ المفعول المنشئ تدريجيّاً، على الأقلّ بالنسبة للرّسوم العقاريّة المحدثة بعد دخول القانون المذكور حيز التنفيذ. وهو حلّ وإن كان يمثل عهداً جديداً لإدماج مبدأ المفعول المنشئ في نظام الإشهار العقاري، إلّا أنّه لم يشمل انسحاب المبدأ على الرّسوم العقاريّة التي وقع فعلاً تحيينها. فسوف تبقى حينئذ تحت سيادة مبدأ المفعول الإحتجاجي الذي لا يقيها أبداً من الوقوع في الجمود مستقبلاً، بل هو الذي كان سبباً رئيسيّاً في جمودها ماضياً. كذلك كان لزاماً على المشرّع أن يتدخّل ثانياً بموجب قانون 31 أكتوبر 2000 ليقضي بانسحاب مبدأ المفعول المنشئ على الرّسوم العقاريّة التي أحدثت بعد دخول قانون 1998 حيز التنفيذ، وكذلك على الرّسوم التي وقع تحيينها⁶⁴.

⁶⁰ طبقاً لأحكام الفصل 2 من قانون 4 ماي 1992 حيث وقع ربط آجال انطباق القانون بآجال الإنتهاء من التحيين، وهو ما يفهم ضمناً بالمقارنة بين القانونين.

⁶¹ القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 والمتعلّق بتفقيح وإتمام بعض الأحكام من مجلّة الحقوق العينية، الرّائد الرسمي عدد 9 لسنة 1995 المؤرخ في 31 جانفي 1995، ص. 271.

⁶² وذلك بموجب القانون عدد 37 لسنة 1995 المؤرخ في 24 أفريل 1995.

⁶³ القانون عدد 30 لسنة 1998 المؤرخ في 20 أفريل 1998 والمتعلّق بالتمديد في مفعول الأحكام الإنتقاليّة المرتبطة بتحيين الرّسوم العقاريّة، الرّائد الرسمي عدد 32 لسنة 1998، ص. 815.

⁶⁴ القانون عدد 91 لسنة 2000 المؤرخ في 31 أكتوبر 2000 المتعلّق بتطبيق المفعول المنشئ للترسيم على بعض الرّسوم العقاريّة، الرّائد الرسمي، عدد 88 لسنة 2000، ص. 2881.

ومنذ ذلك التاريخ أصبحت ميزة نظام الإشهار العقاري التونسي أنه يجمع في ذات الوقت، على مستوى دور الترسيم، بين مبدئين متناقضين نظم المشرع لكل واحد منهما مجال انطباقه : فمبدأ المفعول الإحتجاجي للترسيم مازال سارياً على الرسوم العقارية التي لازالت مجمدة. وهو مبدأ سائر نحو الإندثار شيئاً فشيئاً، فكلاً تقلص عدد الرسوم المجمدة سوف يتقلص بالضرورة وجوده في نظام الإشهار. أما مبدأ المفعول المنشئ فيبدأ في السريان على الرسوم العقارية المحينة وكذلك على الرسوم العقارية الحديثة. وهو مبدأ في تثبيت مستمر، فكلاً ازدادت الرسوم المحينة والحديثة كلما اتسع مجال سريانه. ورغم ذلك، فلقد لاحظ المشرع التباطؤ في سريان مبدأ المفعول المنشئ بالنسبة للرسوم القديمة بسبب جمود بعضها مما حتم مواصلة سريان مبدأ المفعول الإحتجاجي على ما لم يحين منها. وربما يكون أيضاً قد سئم التمديد في آجال التحيين، فقام بمراجعة رؤيته في التحيين بموجب قانون 10 أفريل 2001 .

الفقرة الثانية : انعكاسات التجربة الأخيرة للتحيين على إقبال مبدأ المفعول المنشئ

تميز الإصلاح التشريعي الجديد الهادف إلى إعادة هيكلة الوسائل الممكنة من تحيين الرسوم العقارية بتدعيم الصلاحيات الإجرائية الممنوحة لهيئة المكلفة بالتحيين (أ) وبانعدام الدقة على مستوى سريان مبدأ المفعول المنشئ (ب) .

أ- الصرح الإجرائي في خدمة التحيين

الفكرة العامة التي يمكن استخلاصها من التشريعات المتعلقة بإصلاح نظام الإشهار العقاري، الصادرة خلال العشرية الأخيرة من القرن العشرين تتلخص في رغبة المشرع الواضحة في استعجال انطباق مبدأ المفعول المنشئ. لكنه في ذات الوقت يريد القضاء على مخلفات المبدأ القديم ليخلق للمبدأ العائد أوفر حظوظ الملاءمة على مستوى واقع الرسوم العقارية. وبما أن اللجان المكلفة بتحيين الرسوم العقارية لم تتمكن منذ إنشائها من القضاء على معضلة الرسوم المجمدة، كان من بين الحلول المتاحة للمشرع أن يلغيها تماماً ليعوضها بهيئة قضائية مدعمة بصلاحيات إجرائية على أمل أن تتمكن من تحيين الرسوم في أقرب وقت حتى تكون حظوظ انطباق مبدأ المفعول المنشئ أوفر إلى حد انطباقه التام.

لقد خصّ المشرّع المحكمة العقارية بصلاحيات إجرائية هامة بمناسبة تعهدها بأعمال التحيين، تعتبر تعزيزاً هاماً لتنشيط الوسائل الممكنة من القضاء على الرسوم المجمّدة، وذلك بالمقارنة مع الإجراءات التي كانت ممنوحة للجانب التحيين، فالإجراءات المسندة حديثاً للمحكمة العقارية للإضطلاع بهذه المهمة تعتبر إجمالاً محاكاة للصرح الإجرائي المتبع أثناء عمليات التسجيل العقاري، وذلك خاصة على مستوى الأحكام المنظمة لإشهار مطلب التحيين، وإسناد المحكمة العقارية أولوية النظر في مثل تلك النزاعات، وإسنادها علوية على مستوى الإختصاص كلما تنافست في ذلك مع محاكم الحق العام⁶⁵. كما أنّ أحكامها الصادرة في شأن مطالب التحيين باتت ولا يمكن الطعن فيها إلا في صورة طلب إعادة النظر، التي حصرها المشرّع في حالات شبيهة بطريقة الطعن في حكم التسجيل العقاري⁶⁶.

إنّ التجديد الإجرائي الذي تضمّنه قانون 10 أفريل 2001 يعتبر حقاً مكسباً تشريعياً هاماً لمحاصرة الرسوم المجمّدة وتركيز الوسائل الممكنة من القضاء عليها. والكلّ يأمل في أن يتمكّن من تحقيق مهمته في أقصر وقت ممكن. لكن استقرار تاريخ نظام الإشهار العيني في تونس على مستوى تفاعله مع المتعاملين على الرسوم العقارية منذ ما يزيد عن مائة عام، قد ينبئنا بأنّ القانون الجديد المتعلّق بالتحيين سوف يكون قدره الفشل كسابقه أو على الأقلّ سوف يستمرّ ردحا من الزمن ليس بالقصير ليرجى الإنطباق الكلي لمبدأ المفعول المنشئ لسنوات قادمة بعيدة المدى.

فمنذ 16 مارس 1886 تاريخ تغيير مبدأ المفعول المنشئ، بمبدأ المفعول الإحتجاجي، لم يتنبأ المشرّع بتفشي ظاهرة الرسوم المجمّدة، بل كان يعتقد أنّ كلّ صاحب حقّ عيني قابل للتّرسيم سوف يقوم باستيفاء تلك الشكلية لحفظ حقّه تجاه الغير، بل سوف يكون راغبا في الإسراع بذلك، فيما أنّ القيام لدى المحكمة العقارية للمطالبة بتسجيل العقار عملية اختيارية، فمن المنطقي إذن أن تبقى شكلية التّرسيم اختيارية أيضا على الأقلّ تجاه الأطراف. فالذي يرغب في تسجيل عقار أو ترتيب حقوق عينية على عقار مسجّل إنّما يرغب ضمّنيا في السعي إلى

⁶⁵ طبقا لأحكام الفصل 9 من قانون 10 أفريل 2001.

⁶⁶ طبقا لأحكام الفصل 28 من القانون المذكور.

تطبيق جميع قواعد الإشهار العقاري، ومن المنطقي إذًا أن لا يتنافسى شكلية الترسيم. لذلك لا داعي لجبره على استيفائها، حسب منطق المشرع آنذاك. إلا أنّ التطبيق أفرز عكس ذلك، فما دام الحقّ العيني يتكوّن وينتقل بين الأطراف دون اللجوء إلى شكلية الترسيم، دأب البعض على إهمالها، وتواتر العمل بنفس السلوك إلى أن تفاقمت ظاهرة الرسوم المجمّدة.

ومن جهة أخرى، فإنّه من بين الأسباب الدّاعية إلى تقديم مطلب في التسجيل العقاري، ما يميّز به نظام العقار المسجّل من حظر لمبدأ التقادم المكسب⁶⁷. فلا يخشى إذًا صاحب الحقّ العيني المرتب على ذلك العقار، سواء قام بترسيمه أم لا، من إمكانية اكتساب ملكية العقار بموجب التقادم المكسب من قبل الغير. كما أنّه في صورة النزاع حول بعض الحقوق العينية المرتبة على نفس العقار والذي لم يقع ترسيمها من قبل أصحابها، لا يمكن لأحدهم أن يتمسك في مواجهة البقية بالتقادم المكسب.

لذلك يتعيّن على المشرّع أن يستعمل الشدّة في توجيه سلوك أصحاب الحقوق العينية، لأنّ مساوى الرسوم المجمّدة تتعدّى المصالح الشخصية لتؤثر سلبًا أيضًا على المصلحة العامّة. فيكون من الضروري حينئذ أن يتدخّل المشرّع لفرض أحد الإجراءات التالين حتّى يتسنى القضاء نهائيًا وفي أسرع وقت ممكن على الرسوم المجمّدة وإقرار بداية جدية وشاملة لانطباق مبدأ المفعول المنشئ.

الإجراء الأوّل : يتمثّل في فرض التحيين الإجباري حيث أن ترك مسألة المبادرة بالتحيين لذوي المصلحة أو لمشئية إدارة الملكية العقارية، كيفما ورد بقانون 10 أفريل 2001، من شأنه أن يؤسّس تباطؤًا في أعمال التحيين مردّه عدم الإسراع في تقديم المطالب للمحكمة العقارية أو التقاعس أصلا عن تقديمها ممّا يجعل الرسوم العقارية التي لم يقدّم في شأنها مطلب في التحيين باقية في حالة جمود متواصل. فيكون من الأنسب حينئذ أن تكون المبادرة بتحيين الرسوم المجمّدة متخذة بموجب قرارات تصدر تباعا عن وزير العدل، تتعلّق بالتحيين الإجباري. ويخصّ كلّ قرار منها منطقة جغرافية معينة كلّما حيّنت جميع رسوم العقارات المسجلة الموجودة بها، سوف يبدأ مبدأ المفعول المنشئ في

⁶⁷ تطبيقًا لأحكام الفصل 307 من م.ح.ع.

السرّيان على الحقوق المتعلّقة بجميع العقارات المسجّلة في تلك المنطقة⁶⁸. لكن إذا ثبت أنّه من الصعب اتّخاذ هذا الإجراء، ربّما لنقص في الإمكانيات وفي الموارد المخصّصة للإشهار العقاري، يكون من الممكن الإلتجاء إلى الإجراء الثاني.

الإجراء الثاني : إنّ الصبغة الإختيارية لتقديم مطالب في التحيين قد لا تستنهض بعض أصحاب الحقوق العينية للمطالبة برفع الجمود، بل قد تكون عاملا في تخاذلهم عن القيام بذلك طالما أنّ المطالب كلّّم قدّم للمحكمة العقارية سوف يوجب تقديم إشهارات لازمة لأعمال التحيين. وقد تكون نتيجة هذه الإشهارات استنهاض أشخاص آخرين يتمسّكون ببعض الحقوق العينية المرتّبة على نفس العقار، فيتقدّمون باعتراضات على مطالب التحيين، و هكذا يكون طالب التحيين قد أوجد نفسه في نزاع لم يكن ليثار لولا تقديمه للمطلب. فيكون الحلّ الأنسب لمثل وضعيته اتّخاذ موقف سلبي إزاء إجراءات التحيين، ولا يقّدّم مطالبا أصلا، ممّا يؤدّي حتما إلى إغراق الرّسم موضوع تلك الحقوق في الجمود. ومن ثمّ يتعيّن على المشرّع أن يخلق تدابير إن لم تكن تتعلّق بفرض التحيين الإلجباري. فهي على الأقلّ تحضّ على التحيين وتجعل منه وسيلة لحفظ الحقّ.

ولعلّ أقوم الحلول لتحقيق هذه الغاية يتمثّل في جواز انسحاب مبدأ التقادم المكسب على الحقوق العينية المرتّبة على العقار موضوع الرّسم المجدّد. فإذا لم يتقدّم كلّ من له مصلحة للمطالبة بتحيين رسم مجدّد لعقار معيّن، وإذا لم تتعهّد إدارة الملكية العقارية بالمهمة. فإنّ الجمود سوف يبقى مستمرا على ذلك الرّسم. ويمكن تخليص الرّسم من جموده كلّما وقع السّماح لمن أثبت مدّة قانونية للحوز أن يكتسب ملكية ذلك العقار ويقع تحيين الرّسم على ذلك الأساس.

و للحلّ فائدة واقعية ملموسة، حيث يكون من مصلحة أصحاب الحقوق العينية الإسراع للمطالبة بالتحيين خشية ضياع حقوقهم جرّاء التقادم المكسب. كما أنّ له مبرر منطقي، فالمشرّع لما جعل الحقوق العينية المرتّبة على العقارات المسجّلة في مأمن من التقادم، إنّما ذلك حماية لأصحاب تلك الحقوق وحثّهم ضمّنيا على الإقبال على نظام الإشهار العيني وتطبيق تعليماته. وربما أنّهم اخلفوا في

⁶⁸ وذلك اقتباسا عن الطريقة المعمول بها بالنسبة للمسح العقاري الإلجباري الواقع إقراره بموجب المرسوم عدد 3 لسنة 1964 والمؤرخ في 20 فيفري 1964 ، الرّائد الرسمي عدد 9 لسنة 1964 ص. 223.

تطبيق إحدى شكلياته المتمثلة في الترسيم فإن ذلك يعدّ استخفافاً بمقومات نظام الإشهار وإسقاطاً ضمنياً منهم لبعض أحكامه، حيث شاءوا أن يطبقوا نظاماً منقوصاً، فلا مانع حينئذ أن يقع مجازاتهم بإنقاص مبدأ آخر وهو مبدأ حضر التقدم المكسب⁶⁹.

ب- انعدام الدقة على مستوى سريان مبدأ المفعول المنشئ

اتسمت عدّة أحكام من قانون 10 أفريل 2001 بتسرّع ملحوظ على مستوى تحديد النظام القانوني للعقار موضوع مطلب في التحيين، ممّا أثر على تدقيق الأجل الذي سوف يبدأ فيه مبدأ المفعول المنشئ في السريان، وإقرار تنازع في النفاذ بين مبدأ المفعول الإحتجاجي ومبدأ المفعول المنشئ أثناء الإجراءات المتبعة لتحقيق التحيين.

فمن جهة، اعتبر المشرّع بالفقرة الثانية من الفصل 23 من القانون المذكور أنّ قرار ختم إجراءات التحيين سوف يكون فاتحة أولى لبداية انطباق مبدأ المفعول المنشئ بالنسبة للرسم موضوع ذلك التحيين. وهو حلّ ينمّ عن استعجال لانطباق المبدأ دون أوانه طالما أنّه يمكن بمقتضى أحكام الفصل المذكور أن يقع الرجوع في قرار الختم والإذن بمواصلة أعمال التحيين "بناء على صكوك

⁶⁹ إن إدراج مثل هذا الحلّ ليس غريباً عن المشرّع التونسي الذي عوّدنا في حالات سابقة عن العدول المفاجئ عن بعض الأحكام التي تعتبر من ثوابت قانون الإشهار العقاري التونسي ومن مميزاتة. فبالإضافة إلى تردّد المشرّع حول اعتماد جميع مبادئ الإشهار العيني إبان صدور المجلة العقارية وفي السنوات الأولى لانطباقها، قام المشرّع مؤخراً بتغيير نسبي في الصبغة الجامدة لحكم التسجيل العقاري، بحيث كان الحكم غير قابل للطعن بأيّة طريقة مهما كانت ولا يحقّ للمتضرّر منه الرجوع على العقار، استعمل المشرّع بعد ذلك بعض المرونة وسمح بإمكانية الطعن في هذا الحكم بموجب التنقيح الوارد على الفصل 332 من م.ج.ع. بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1995 المؤرخ في 23 جانفي 1995 عن طريق طلب المراجعة طبقاً للأسباب الوارد ذكرها بالفصل. ويستنتج من ذلك أنّ ما كان يعتبره المشرّع من الثوابت يمكن المساس به كلّما دعت الضرورة إلى تنظيم ناجع للإشهار العقاري، فلا مانع إذّاك من أن يتراجع المشرّع ولو بصفة استثنائية عن ترتيب مبدأ منع التقدم المكسب على العقارات موضوع رسوم مجمّدة. فيما أنّ الأطراف تركوا أحراراً، منذ نفاذ قانون التسجيل العقاري، في تسجيل عقاراتهم أو عدم تسجيلها (باستثناء حالة المسح العقاري الإجمالي)، وبما أنّهم أحرار في استيفاء شكليّة الترسيم من عدمها، لأنّ الجزء يتمثّل في عدم الإحتجاج بالحق غير المرسم على الغير، فإنّه يجب أن توجد حدود لهذه الحرية، بحيث يتّجه أن لا تضرّ بالمصلحة العامّة، ذلك أنّه بعدولهم عن الترسيم يكونوا قد ساهموا في ظهور الرسوم المجمّدة وتفاقمها ممّا يضرّ بواقع السجل العقاري، لذا يتّجه إرغامهم، ولو ضمنياً، على استيفاء هذه الشكليّة عن طريق تهديدهم بإمكانية اكتساب ملكيّة العقار بالتقدم لكل من حاز عقاراً يكون رسمه مجمّداً ولم تقم الأطراف المعنية بتجربة تحيينه.

جديدة لم يسبق إضافتها بملفّ المطلوب" ⁷⁰. ففي هاته الحالة سوف يثار التساؤل بالضرورة حول مصير مبدأ المفعول المنشئ ومدى انطباقه على الحقوق العينية الطارئة بعد صدور القرار في الختم وقبل صدور القرار في الرجوع فيه، وعلى الحقوق الناشئة بعد صدور القرار الأخير والمتضمن الإذن بمواصلة الأبحاث؟

لقد تضمّنت الفقرة الخامسة من الفصل 23 مانعا يحول دون الرجوع في قرار ختم إجراءات التحيين يتمثل في اكتساب الغير حسن النية حقوقا على العقار موضوع الرّسم الصادر في شأنه قرار يختم الإجراءات. فحماية حقوق الغير حسن النية سوف تضيف إذن صبغة باتة على قرار الختم وتحول دون إمكانية الرجوع فيه. ممّا لا يثير إي إشكال على مستوى سريان مبدأ المفعول المنشئ للرّسيم الذي بدأ منذ قرار الختم وسيواصل في المستقبل دون عثرات قانونية تذكر ما دام القرار باتا.

وبخلاف هاته الحالة يمكن الرجوع في قرار الختم والإذن بمواصلة الإجراءات ممّا يوحي منطقيًا بأفول مبدأ المفعول المنشئ وإرجاء سريانه إلى حين التحيين التام للرّسم. فالإجراءات السابقة لصدور قرار الختم وما تضمّنته من إشهارات هي التي أضفت الشرعية على القرار وكانت الأرضية المناسبة لانطباق المبدأ. وبناء على أنّه وقع الرجوع في القرار بناء على صكوك جديدة، فإنّ الإجراءات المتخذة كانت حينئذ تصطبغ بشرعية نسبية دحضتها هاته الصكوك، وبالتالي فهي لم تعد تصلح إذن لتبرير مبدأ المفعول المنشئ الذي يتجه أن يزول إلى حين، حتى يقع استكمال أعمال التحيين فيبدأ في الإنطباق من جديد.

و هكذا يتّضح إذن عدم الإستقرار في تحديد أجل انطباق مبدأ المفعول المنشئ، فبعد صدور قرار ختم إجراءات التحيين سوف يبدأ في السريان، ثم لا يلبث أن ينقلب على أعقابه كلّما وقع الرجوع في القرار.

و من جهة أخرى، فلقد اقتضت الفقرة الأولى من الفصل 24 من قانون 10 أفريل 2001 أنّه : " يتمّ تنفيذ الحكم الصادر بالتحيين حالا بعد إعلام الخصوم طبق أحكام الفصل 349 من مجلة الحقوق العينية ". فبعد صدور حكم التحيين

⁷⁰ مقتطفات من الفقرة الثالثة من الفصل 23 من قانون 10 أفريل 2001 .

وقبل إعلام الخصوم يكون الحكم لم ينفذ بعد، أي لم تقدر إدارة الملكية العقارية بالتنصيص عليه بالرسم العقاري، وهي الفترة الزمنية التي يستغرقها الإعلام. فما هو مآل الحقوق العينية المرتبة على العقار في هاته الفترة؟ هل تخضع لأحكام مبدأ المفعول المنشئ أم لمبدأ المفعول الاحتجاجي؟

إن حكم التحيين يتطلب لإصداره اتباع إجراءات متشعبة تعتبر في أغلبها مقتبسة عن تلك الإجراءات المتبعة أثناء النظر في مطلب التسجيل العقاري والتي تصطبغ بشرعية تبرر قيمة حكم التسجيل العقاري وتجعل من الحقوق العينية المرتبة على العقار بعد تسجيله وقبل إقامة الرسم العقاري خاضعة لإجراءات الشهر العقاري وتصطبغ بنفس القيمة الثبوتية للحكم⁷¹ لذلك فإن اقتباس نفس الحل وإضافته على حكم التحيين سوف يؤسس تناغما في أعمال الإشهار العقاري. فلم يقع التوصل إلى إصدار حكم بالتحيين إلا بعد اتباع إجراءات متعددة اتسمت بالطابع الاستقرائي وأدت إلى تخليص الرسم من الجمود، مما يفرض اعتباره بداية لانطباق مبدأ المفعول المنشئ، وإلا فإنه لا شيء يقي الرسم من الوقوع مجددا في الجمود. فلضمان حسن سريان المبدأ يتجه اقتباس الحل المعمول به بمقتضى أحكام الفصل 353 من م.ج.ع بحيث يتعين أن يتولى كاتب المحكمة العقارية ترسيم الحقوق العينية الواجبة الترسيم حتى تتكون ذلك في الفترة الفاصلة بين صدور حكم التحيين وقبل تنفيذه.

خاتمة :

إن الإقبال التدريجي لمبدأ المفعول المنشئ للترسيم يعتبر في حد ذاته مكسبا لنظام الإشهار العيني التونسي حيث بدأ منذ سنة 1992 يستكمل شيئا فشيئا جميع مبادئ النظام العيني للإشهار. وكان قدر المبدأ أنه سوف لن يتسرب إلى كافة الرسوم المضمنة في السجل العقاري إلا إذا وقع غرلة وضعيتها العقارية من المساوي التي خلفها مبدأ المفعول الاحتجاجي، لذا فسوف يكون سريان المبدأين في الزمن في اتجاه معاكس، فبقدر ما يتفشى المبدأ الأول بقدر ما يأخذ الثاني في الاضمحلال. ويعتبر إجراء تحيين الرسوم العقارية وتخليصها من

⁷¹ حول القوة الثبوتية للترسيمات المترامنة مع حكم التسجيل العقاري، يراجع، أحمد بالحاج جراد، الترسيم المترامن وحكم التسجيل العقاري، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة 1991 .

الجمود هو العامل المحرّك لدفع سريان مبدأ المفعول المنشئ. فبقدر ما تتقدّم أعمال التحيين وتولّد نتائج إيجابية بقدر ما ينعثق المبدأ. لذلك يتجه أن يقع تدعيم المنهج المتبع للتعهد بالتحيين، وذلك على الأقلّ باتّخاذ التدابير التالية :

- 1 - مزيد تدعيم الإشهارات المتعلقة بمطلب التحيين عن طريق التوسع في مجالها لإعلام أكبر عدد ممكن من الأشخاص، ولحثّ كلّ صاحب مصلحة على تقديم مؤيداته.
- 2 - ضرورة تفادي التسرّع غير المبرّر أثناء تحديد المدّة التي سوف يبدأ فيها مبدأ المفعول المنشئ في الإنطباق، والحال أنّ أعمال التحيين لم تكتمل نهائياً، ذلك أنّ العدول عن قرار ختم إجراءات التحيين سوف يؤدي ضرورة إلى العدول عن إقرار المبدأ.
- 3 - تغيير صبغة التحيين من الصبغة الإختيارية إلى الصبغة الوجوبية إسوة بنظام التسجيل العقاري الإجباري.
- 4 - جواز سريان التقادم المكسب على العقارات موضوع الرّسوم المجمّدة والتي لم يقمّ في شأنها مطالب تحيين.