الفهـــرس

تقديم..... 5
المقدمـــــة : 7
I ـ مجال البحث 11
II ـ فائدة البحث..... 29
III ـ إشكالية البحث والمقاربة المعتمدة للجواب عنها..... 37
IV ـ مخطط البحث 41

الجـــزء الأوّل
قيام نظام خاص لإثبات ملكية العقارات غير المسجلّة من خلال تطبيق القواعد المتعلّقة بطبيعة الإثبات

الباب الأوّل :
مدى تلاؤم قاعدة الشرعيّة مع إثبات ملكية العقارات غير المسجلّة

الفصل الأوّل : غياب نظام تشريعي خاص بإثبات ملكية العقّارات غير المسجلة..... 51
المبحث الأوّل : حدود التأطير القانوني لإثبات ملكية العقّارات غير المسجلة 53
الفقرة الأوّلى : غياب نظام موحّد للعقارات غير المسجلّة 53
الفقرة الثانية : غياب مرجعيّة موحدة لفض نزاعات الملكية 61
المبحث الثاني : محاولات إصلاح نظام ملكية العقارات غير المسجلّة. 68
الفقرة الأولى : محاولات الإصلاح في سبيل إقرار الملكيّة الشاملة..... 68
الفقرة الثانية : محاولات الإصلاح في سبيل ضمان التعاملات 77
الفصل الثاني : مدى نجاعة التأطير القضائي لإثبات حق ملكية العقارات .. 85
المبحث الأوّل : دعوى الاستحقاق كإطار لعملية إثبات ملكية العقارات غير المسجلّة 86

الفقرة الأولى : دعوى الاستحقاق الأصلية كإطار للإثبات 86
أ) تعريف دعوى الاستحقاق 86
ب) فقه القضاء والوصف القانوني لدعوى الاستحقاق 88
الفقرة الثانية : الاكتفاء بدعوى الاستحقاق الأصليّة : تأطير ضيّق للنزاع حول الملكية 89
أ) الدّعوى الأصلية كإطار للمواجهة بين ادعاءات الملكيّة 89
1 ـ موقف المدعى عليه في مواجهة مدّعي الملكيّة 91
2 ـ موقف المحكمة من ادعاءات المدّعي عليه حول الملكيّة في إطار الدّعوى الأصليّة 93
ب) الدعويان الأصليّة والمعارضة كإطار للمواجهة بين ادعاءات الملكيّة .. 95
المبحث الثاني : إثبات النزاعات حول ملكيّة العقارات غير المسجّلة 103
الفقرة الأولى : إثبات النزاعات من خلال المواجهة بين سندات الملكيّة والحوز 104
أ) معيار الأسبقيّة كحلّ للمواجهة 105
1 ـ أهميّة معيار الأسبقيّة في المواجهة 105
2 ـ مبرّرات اعتماد معيار الأسبقيّة كحل للمواجهة بين الحوزوسند الملكيّة . 106
أولا : مبرّرات ترجيح سند الملكيّة الأسبق تاريخا عن الحوز 106
ثانيا : مبرّرات ترجيح الحوز الأسبق تاريخا عن سند الملكيّة 107
3 ـ حدود تطبيق معيار الأسبقيّة 108
أولا : صورة تحقّق التقادم المكسب 108
ثانيا : صورة صدور السند عن الحائز نفسه 110
ب) ضرورة عدم إخضاع المواجهة لحلول مسبقة 111
1 ـ دور المحكمة في تقدير الأدلة 112
أولا : ممارسة قضاة الموضوع لسلطتهم في تقدير الأدلة 112
ثانيا : الدور المحدود لمحكمة التعقيب 116
1 ـ صورة إقرار سلم تفاضلي للأدلة 116
2 ـ صورة استبعاد دليل من عملية التقدير 117
3 ـ صورة رفض عرض إثبات التقادم المكسب 119

الفقرة الثانية : إثبات النزاعات حول ملكيّة العقارات غير المسجلّة من خلال المواجهة بين سندات الملكيّة 120
أ) إثبات المواجهة بين عقدين صادرين عن سلف واحد 121
1 ـ اعتماد معيار الأسبقيّة في التسجيل 121
أوّلا : تبرير تطبيق معيار أسبقيّة التسجيل 123
ثانيا : شروط تطبيق معيار أسبقيّة التّسجيل 126
1) الشرط المتعلق بوحدة العقّار 126
2) ضرورة تسجيل العقد المنافس 129
3) : حدود انطباق معيار الأسبقيّة 130
أوّلا : صورة تحقق التقادم المكسب لفائدة أحد الطرفين 130
ثانيا : ثبوت سوء نيّة المفوت له الثاني 132
ب) إثبات المواجهة بين عقدين صادرين عن سلفين مختلفين 136
1 ـ معيار أسبقيّة تاريخ تحرير العقد 136
2 ـ معيار صحّة مصدر الحق المنتقل بمقتضى العقد 140

الباب الثاني :

مدى تلاؤم قاعدة نسبيّة العقود والاتفاقات مع إثبات ملكيّة العقارات غير المسجلّة

الفصل الأوّل : مدى التلاؤم بين وسائل الإثبات العامّة وحق الملكيّة العقارية 149
المبحث الأوّل : مدى القوّة الثبوتيّة لوسائل إثبات الملكية العقارية 150
الفقرة الأولى : غياب وسيلة إثبات مرجّحة مسبقا 150
أ) غياب البديل في العقّارات غير المسجلّة عن الرسم العقاري 150
ب) التقادم المكسب لايعدّ بحال وسيلة إثبات مرجحة مسبقا 152
أولا : التقادم المكسب مرتبط بتوفّر شروط معيّنة 152
ثانيا : وجوب إقرار التقادم المكسب قضائيا .....
ثالثا : قاعدة الفصل 50 من مجلّة الحقوق العينيّة ومدى ترسيخها للدّور الإثباتي للتقادم المكسب 154

رابعا : مدى التلاؤم بين وظيفة الإثبات ومؤسسة التقادم المكسب 157
الفقرة الثانية : عدم خضوع وسائل إثبات الملكية العقاريـــة لسلم تفاضلي .162
أ) خصوصية التعامل مع الحجّة المكتوبة في إثبات ملكية العقارات غير المسجلة.....164
ب) التعامل القضائي مع وسائل الإثبات على أنّها قرينة بسيطة على الملكيّة..167
المبحث الثاني : مدى نجاعة الوسائل المستدل بها لإثبات الملكية العقاريّة ...170
الفقرة الأولى : محدودية نجاعة وسائل الإثبات من خلال طبيعة النزاع حول الملكية 170
أ) اكتفاء القاضي الاستحقاقي بإثبات نسبيّ : فكرة الحق الأفضل والأكثر إحتمالا 170
ب) فكرة الأدلّة الأكثر ترجيحا 173
الفقرة الثانية : محدودية نجاعة وسائل الإثبات بسبب عدم تناسبها مع طبيعة حق الملكية 175
أ) الموقف الرّافض لإثبات الملكيّة العقارية خارج إطار التقادم المكسب ...176
1 ـ نظرية لوران Laurent 176
2 ـ موقف التشريع الإسلامي 178
3 ـ موقف القانون التونسي 180
ب) الموقف المنادي بنجاعة سند الملكيّة في الإثبات بوصفه مصدرا منشئا لحق جديد 182
الفصل الثاني : ضرورة استبعاد قاعدة نسبيّة العقود والاتفاقات من عمليّة إثبات الملكيّة العقارية 187
المبحث الأول : اعتماد مبدإ الاحتجاج بالسندات المثبتة للملكية العقارية على الغير 188
الفقرة الأولى : تبرير اسبتعاد قاعدة نسبيّة العقود والاتفاقات من عمليّة الإثبات 188
أ) التبرير المتمثل في ضرورة حماية حق الملكيّة 189
ب) التبرير المتمثّل في الطبيعة المطلقة لحق الملكيّة 190
ج) موقف التشريع الإسلامي 191

د) التبرير المستمد من النظرية العامة للالتزامات 193
الفقرة الثانية : شروط استبعاد قاعدة نسبية العقود والاتفاقات من عمليّة الإثبات 196
أ) الشروط المتعلّقة بالأشخاص المعنيين بالاحتجاج 196
ب) الشروط المتعلقة بالسّندات المحتج بها 198
1 ـ السّندات الناقلة والسّندات الكاشفة عن الملكيّة العقارية 198
2 ـ الحجج الرّسمية والحجج بخط اليد 199
ج) شرط التسجيل وتأثيره على عملية الاحتجاج 201
1 ـ الغاية من التسجيل 201
2 ـ غياب التّسجيل وأثره على السند المحتجّ به على الغير 202
أوّلا : طريقة اشتراط التّسجيل 202
ثانيا : محدودية مناط الاحتجاج 204
المبحث الثاني : تطبيق مبدإ الاحتجاج على الغير بالسّندات المثبتة للملكيّة العقاريّة 206
الفقرة الأولى: تعامل قاضي الملكية مع عملية الاحتجاج 206
أ) اعتماد الاحتجاج بالسند على الغير 206
1 ـ الاحتجاج بالسّند كعنصر منشئ لقرينة على الملكيّة 207
2 ـ السّند المحتج به وشرط التسجيل 207
ب) عدم اعتماد الاحتجاج بالسّند على الغير 209
الفقرة الثانيّة : تطبيق مبدإ الاحتجاج بالأحكام القضائية على الغير 215
أ) حجيّة الحكم الاستحقاقي المحتج به على الغير 216
1 ـ مبدأ اتصال القضاء والاحتجاج بالأحكام الاستحقاقية على الغير 216
2 ـ قاعدة المفعول النّسبي للعقود لا تمنع من الاحتجاج بالأحكام الاستحقاقية على الغير 222
ب) تصدّي الغير لعمليّة الاحتجاج 227
1 ـ تصدّي الغير للأحكام الاستحقاقية من خلال المواجهة بالإثبات المضادّ 227
2 ـ تصدّي الغير للأحكام الاستحقاقية من خلال الاعتراض عليها 229
3 ـ تصدّي الغير للأحكام الاستحقاقيّة من خلال رفع دعوى ملكية 231

خاتمة الجزء الأوّل 235

الجزء الثاني

قيام نظام خاص لإثبات الملكيّة العقارية غير المسجلّة من خلال تطبيق القواعد المتعلّقة بطريقة الإثبات

الباب الأول :

مدى تلاؤم قاعدة عبء الإثبات مع ملكية العقارات غير المسجلّة

الفصل الأوّل : تطبيق القاعدة العامّة لعبء الإثبات في نزاعات الملكية..... 243
المبحث الأوّل : طريقة توزيع إثبات الملكية العقارية غير المسجلّة 244
الفقرة الأولى : الطرف المتحمل بعبء الإثبات 244
أ) غياب قاعدة عبء إثبات خاصة بالملكية العقارية 244
ب) الأساس القانوني لتحمّل المدّعي عبء الإثبات 245
ج) تحديد مفهوم المدّعي في نزاعات الملكية 246
الفقرة الثانية : مضمون الإثبات 247
أ) مدّعي الملكيّة مطالب بإثبات خلاف الظاهر 248
ب) مطالبة المدّعي بإثبات صحة الحق الذي يدعيه 250
المبحث الثاني : خصوصية توزيع عبء إثبات الملكيّة العقارية غير المسجلة **الفقرة الأولى** : صعوبة تحديد مراكز الأطراف 253
أ) الطرفان يتطلعان إلى تثبيت نفس الحق 254
1 ـ طبيعة نزاعات الملكية 254
2 ـ تعامل القاضي مع تداخل مراكز أطراف النزاع من خلال نظرية الحق الأفضل والأكثر احتمالا 256
ب) الطرفان يتحمّلان تبعة الإثبات 258
1 ـ تحمّل المدّعي تبعة الإثبات 258
2 ـ تحمّل المدعي عليه تبعة الإثبات 260
الفقرة الثانية : دور القرائن القانونية في الحدّ من صرامة تطبيق قاعدة عبء الإثبات 261
أ) دور القرائن القانونية المتعلّقة بالتمليك 262

1 ـ قرينة أن مالك الأرض مالك لما فوقها وما تحتها 262
2 ـ قرينة أنّه إذا لم يعيّن مناب كلّ من الشركاء يحمل على التساوي بينهم .. 265
ب) دور القرائن المتعلّقة بالحوز 267
1 ـ دور قرينة حسن النيّة لدى حائز العقّار 267
2 ـ دور قرينة أنّ الحوز يبقى بالصفة التي بدأ بها 272
3 ـ دور قرينة أنّ قيام الحوز في زمنين متباعدين يحمل على الحوز بينهما 273
4 ـ دور قرينة أنّ توفر العنصر المادّي للحوز يحمل على توفر عنصره
المعنوي 274
الفصل الثاني : مدى تأثير قرينة الملكيّة على توزيع الإثبات بين الخصوم 279
المبحث الأوّل : مظاهر تطبيق قاعدة «الحوز قرينة على الملكيّة» 282
الفقرة الأولى : الأساس القانوني للقاعدة 282
أ) أساس القرينة في صورة إقرارها تشريعيا 282
ب) أساس القرينة في صورة عدم إقرارها تشريعيا 284
1 ـ مدى اعتبار الحماية الحوزية أساسا للقرينة 285
2 ـ مدى اعتبار الفصل 53 من مجلّة الحقوق العينية أساسا للقرينة 285
3 ـ مدى اعتبار مركز الحائز في الدّعوى أساسا للقرينة 285
الفقرة الثانية : شغل الحائز مركز المدعى عليه كمظهر لتطبيق قرينة الملكيّة . 288
أ) الأسباب غير القانونية لشغل الحائز مركز المدّعي عليه 289
1 ـ الأسباب النفسية 289
2 ـ الأسباب الاجتماعية 289
ب) الأسباب القانونية لشغل الحائز مركز المدعي عليه 291
1 ـ دور الدعاوى الحوزية في شغل الحائز مركز المدعى عليه 291
2 ـ دور الدعاوى الحوزية في شغل واضع اليد مركز المدعي عليه 292
المبحث الثاني : آثار تطبيق قاعدة «الحوز قرينة على الملكيّة» 294
الفقرة الأوّلى : دور الخصوم من خلال تطبيق قرينة الحوز على الملكيّة 294
أ) تحمل خصم الحائز عبء الإثبات 294
ب) إعفاء الحائز من الإثبات 298
1 ـ إعفاء الحائز من إثبات ملكيته 298

2 ـ ضرورة خروج الحائز من موقفه السلبي في الإثبات 298
الفقرة الثانية : مصير حق المدّعي رهين توصّله إلى دحض قرينة الحوز على الملكية 301
أ) مصير حق المدّعي في صورة توصله إلى دحض قرينة الحوز على الملكية .. 301
1 ـ استحقاق المدّعي لعقّار التداعي 301
أولا : دحض قرينة الحوز على الملكيّة 301
ثانيا : إثبات المدّعي للحق الذي يدّعيه 302
2 ـ إخراج الحائز من العقّار المحكوم بملكيته للمدّعي 303
ب) مصير حق المدّعي في حال عجزه عن دحض قرينة الملكيّة 306
1 ـ تحمّل مدّعي الملكية تبعة الإثبات 306
2 ـ إبقاء الحائز على حوزه 310
أوّلا : تبرير إبقاء الحائز على حوزه 310
ثانيا : إبقاء الحائز على حوزه لا يعني أنّه صاحب حق الملكيّة 311

الباب الثاني :

مدى تلاؤم مبدأ حياد القاضي مع إثبات ملكية العقارات غير المسجلة

الفصل الأوّل : حياد قاضي الملكية «حياد إيجابي» 319
المبحث الأوّل : أساس حياد قاضي الملكية 321
الفقرة الأولى : مدى ارتباط مبدأ حياد قاضي الملكية بالقاعدة العامّة لعبء الإثبات 321
الفقرة الثانية : مدى ارتباط حياد قاضي الملكية بقرينة الحوز على الملكيّة 323
الفقرة الثالثة : مدى ارتباط حياد قاضي الملكية بفكرة المساواة بين الخصوم .. 324
أ) تبرير حياد قاضي الملكية بفكرة المساواة بين الخصوم 324
ب) مدى تحقّق هدف المساواة بين الخصوم في نزاعات الملكية 325
1 ـ تأثر مبدأ المساواة بوضع الملكيّة العقارية غير المسجلّة 326
2 ـ تأثر مبدأ المساواة بتطبيق قرينة الحوز على الملكيّة 328
المبحث الثاني : مظاهر حياد قاضي الملكيّة 330
الفقرة الأولى : تعامل قاضي الملكيّة مع أدلة الخصوم 330
أ) موقف قاضي الملكية من الحجج غير المعروضة 331

1 ـ موقف قاضي الملكية في صورة انعدام الدّليل 331
2 ـ موقف قاضي الملكية من عملية "إحضار" حجج الخصوم 333
أوّلا : موقف قاضي الملكية في طور رفع الدّعوى 334
ثانيا : موقف قاضي الملكية في طور تبادل التقارير 337
ب) موقف قاضي الملكية من الحجج المعروضة 339
1 ـ موقف قاضي الملكية من الحجج المنقوصة 339
2 ـ موقف قاضي الملكية من الحجج المعروضة وغير المتمسّك بها 341
3 ـ موقف قاضي الملكية من الحجج المشكوك في صحّتها 342
الفقرة الثانية : تعامل قاضي الملكية مع الوقائع 344
أ) تعامل قاضي الملكية مع الوقائع المعروضة في النزاع 344
1 ـ مدى التزام قاضي الملكية بمبدإ الحياد لدى تعامله مع الوقائع 345
2 ـ إثارة قاضي الملكية للوقائع المعروضة في النزاع وغير المتمسك بها من الخصوم ... 347
ب) تعامل قاضي الملكية مع الوقائع غير المعروضة في النزاع 349
1 ـ تعامل قاضي الملكية مع الوقائع التي تكتشف أثناء الخصومة 349
2 ـ امتناع قاضي الملكية عن الحكم بعلمه الشخصي 352
الفصل الثاني : الدّور المبادر لقاضي الملكيّة في الإثبات 357
المبحث الأوّل : سلطة قاضي الملكية في اتخاذ وسائل البحث الضرورية
لكشف الحقيقة 358
الفقرة الأولى : إجراء التوجهات على العين 359
أ) جدوى التوجهات على العين 359
ب) إجراءات التوجهات على العين 362
1 ـ التحريرات على الأطراف 364
2 ـ تلقّي شهادة الشهود 368
أوّلا : التضييق على قاضي الملكية قبل تلقيه شهادة الشهود 369
1 ـ مدى تعارض مبادرة القاضي بسماع شهادة الشهود مع مبدإ الحياد 370
2 ـ موقف المحكمة في صورة امتناع شاهد عن أداء الشهادة 372
3 ـ مدى تعارض مبادرة قاضي الملكية الانتقال إلى مقرّ الشاهد العاجز عن
التنقل مع مقتضيات مبدإ الحياد 376

ثانيا : التضييق على قاضي الملكية أثناء تلقيه شهادة الشهود 377
الفقرة الثانية : أعمال البحث التي يتولاها قاضي الملكية بواسطة أهل الخبرة 385
أ) علاقة قاضي الملكية بالخبير قائمة على المتابعة 387
ب) مراقبة المحكمة لأعمال الخبرة 388
ج) عدم التقيّد برأي الخبير 390
المبحث الثاني : سلطة قاضي الملكية الموسّعة في مراقبة إجراءات الإثبات 396
الفقرة الأولى : مفهوم تقييم الأدلة 396
أ) التمييز بين تقييم الأدلة وقبولها 397
ب) التمييز بين عملية تقييم الأدلة وعمليتي تفسيرها وتكييفها من جهة
وعملية تأويلها من جهة أخرى 399
1 ـ أهمية عملية التأويل 399
2 ـ نتائج الأخطاء في تفسير وتكييف وتأويل الأدلة 401
الفقرة الثانية : السلطات الموسّعة لقاضي الملكيّة في تقييم الأدلة ومدى
تعارضها مع مبدأ الحياد 404
أ) تأثر عمليّة تقييم الأدلة بخصوصية نزاعات الملكية 404
1 ـ في حال عدم تدخل المشرّع في تحديد قيمة الدّليل 404
2 ـ في حال تدخّل المشرّع في تحديد قيمة الدّليل 409
3 ـ في حال قيام قرينة التقادم المكسب 413
ب) استئثار قاضي الملكيّة بعمليّة تقييم الأدلة 415
1 ـ عدم خضوع عملية تقييم الأدلة لرقابة محكمة التّعقيب 415
أوّلا : مبدأ عدم ممارسة محكمة التعقيب لرقابتها على عملية التقييم 416
ثانيا : الاستثناء للمبدأ 418
2 ـ عدم جواز تنازل قاضي الملكية عن عملية تقييم الأدلة 420
خاتمة الجزء الثاني 425
الخاتمة 429
الملاحق 433
المراجع 503
ثَبْتٌ مُصْطَلَحِي 519