

الجمهورية الإسلامية الموريتانية

شرف/إخاء/عدل



المحكمة العليا

تنظم المحكمة العليا يومين علميين
تحت عنوان

متطلبات تحقيق الأمن العقاري في موريتانيا: دراسة المنظومة القانونية،
السياسات الإصلاحية، و الحلول الإدارية و القضائية للمنازعات

مداخلة القاضي / أحمد الملقب لمرباط ولد الشفيح

حول موضوع :

الاجتهادات القضائية في مجال المنازعات العقارية

24-25 نوفمبر 2016

تمهيد: لعلني سأحتاج في هذا البحث إلى النظر لكثير من المسائل المتعددة إذ الموضوع واسع من السعة بحيث لا يمكن التوسع فيه أخرى الإحاطة به لذلك فقد حرت كثيرا في طريق تنسيقه تنسيقاً منهجياً، خصوصا أنه يتناول الاختصاص العقاري برمته، كما أن الموضوع العقاري - ولست جازما بهذه الجزئية - إلا أن أغلب ما أسمع من المتعاطين للشأن وبعض المتقاضين أن هذا الموضوع من الصعب على القضاة تسويغه للعموم - رغم وضوح التسبب أحيانا كثيرة واطراد المحاكم فيه بمختلف درجاتها وجهة واحدة، وكون المساطر يتعهد فيها فنيون أكفاء - إذ من الصعب على صاحب سند عقاري أن يصدق أن يحكم لخصمه صاحب الرخصة أو السير، أو يتم إبطال سنده رغم كونه المرجعية الأولى بالنسبة للعموم في موضوع الملكية، كما من الصعب أن يصدق صاحب رخصة أن يحكم لخصمه صاحب وثيقة المنح أو الاقتراح بالمنح أو الوصل الخزيني، وهذه مسائل يجتهد فيها القضاة وفق معايير فنية محددة، هذا ينضاف إليه أن أغلب الموسوعات وتشريعات الجار الأدنى والجار الجنب - بله غير الجار - تُفرد للموضوع مدونات عقارية شديدة التفصيل خاصة ومحاكم فبذلك أرجو من السامعين والقارئ الصنف عن الأخطاء واغتفار الزلل والنظر بعين الرضى لكل هذا العمل - حسنه أخرى ناقصه - خصوصا ممن لهم اليد الطولى في معالجة الموضوعات قبل النزاع وقائيا - من إداريين ومشرعين - وخلاله علاجيا - من قضاة وحاكمين - وبعده معالجين أثره - من ممدي يد مساعدة ومنفذين، هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد كانت هذه الورقة من الصعوبة بمكان حيث ظاهر ضدها التحرير والعمل والمشاكل الهامشية إضافة إلى وعكة أملت فعن كل ذلك أكرر ما أسلفت قريبا.

كما أنني رأيت من المفيد أن أشير إلى المنهج الذي من خلاله قد أعالج الموضوع؛ وذلك من خلال تعريقات أولية ثم الترسانة القانونية المطبقة من طرف القضاة ثم مظاهر هذا التطبيق من خلال عمل القضاة على ثلاث محاور وهي التحفيظ العقاري وعالم رخص الحيازة ثم في الأخير الأرض غير المرخصة (موضوع الحيازة) ثم التي تناولها المرسوم وأحالتها إلى أرض ذات نفع عام والأرض التي منحت كإقتطاع ريفي في مرحلة معينة ثم زحف عليها العمران وتم منحها من جديد كقطع أرضية مرخصة لأسباب متعددة ولم يتم احترام منحها السابق بالاقططاع الريفي، ثم دور المحكمة العليا في إلغاء القرارات الإدارية ودورها في القرار رقم 18 2007 وكذلك اجتهاد المحكمة العليا في القرارات الإدارية التي تتناول إلغاء أو الإبقاء على القرارات الإدارية المتعلقة بالرخص، على أن أخلص إلى التوصيات في الأخير، وقبل هذا وذاك ألمح إلى مجموعة من التعريفات وإن كان المستمعون أصحاب مستويات ومعرفة بالموضوع لذلك فإنني لا أجد غضاضة في استعارة انتباههم للرجوع بهم لبعض البدهيات وذلك لأمر منهجية قد لا تضيرهم وتقيد غيرهم ممن لا يراها كذلك، ناهيك عن أنه من المعروف أن من رام موضوعا أو

مقصدا فلا بد من أن يقدم بين يديه تعريفات لما يرمي إليه، ولعل أهم هذه التعريفات هي المعينة على الدخول إلى الموضوع وذلك كما يلي :

القسم الأول: الاجتهاد:

الْجُهْدُ بِفَتْحِ الْجِيمِ وَضَمِّهَا الطَّاقَةُ وَقُرِئَ بِهِمَا قَوْلُهُ تَعَالَى: {وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ} [التوبة: 79] وَالْجُهْدُ بِالْفَتْحِ الْمَشَقَّةُ يُقَالُ: (جَهَدَ) دَابَّتَهُ وَ (أَجْهَدَهَا) إِذَا حَمَلَ عَلَيْهَا فِي السَّيْرِ فَوْقَ طَاقَتِهَا وَ (جَهَدَ) الرَّجُلُ فِي كَذَا أَيْ جَدَّ فِيهِ وَبَالَغَ وَبَابُهُمَا قَطَعَ. وَ (جَهَدَ) الرَّجُلُ عَلَى مَا لَمْ يَسَمَّ فَاعِلُهُ فَهُوَ (مَجْهُودٌ) مِنَ الْمَشَقَّةِ. وَ (جَاهَدَ) فِي سَبِيلِ اللَّهِ (مُجَاهِدَةً) وَ (جِهَادًا) وَ (الْإِجْتِهَادُ) وَ (النَّجَاهُ) بِذَلِكَ الْوُسْعِ، وَالْإِجْتِهَادُ: افْتِعَالٌ مِنْ جَهْدٍ يَجْهَدُ: إِذَا تَعَبَ؛ وَالْإِفْتِعَالُ فِيهِ لِلتَّكْلِيفِ لَا لِلطَّوْعِ؛ وَهُوَ بِذَلِكَ الْمَجْهُودِ فِي إِدْرَاكِ الْمَقْصُودِ وَنِيْلِهِ وَفِي عَرَفِ الْفُقَهَاءِ: هُوَ اسْتِفْرَاغُ الْفَقِيهِ الْوُسْعِ، بِحَيْثُ يَحْسُ مِنْ نَفْسِهِ الْعَجْزَ عَنِ الْمَزِيدِ عَلَيْهِ؛ وَذَلِكَ لِتَحْصِيلِ ظَنِّ بِحُكْمٍ شَرْعِيٍّ، وَلَا يُكَلِّفُ الْمُجْتَهِدُ إِلَّا بِبَذْلِ الْجُودِ وَاسْتِفْرَاغِ الطَّاقَةِ فِي طَلَبِهِ. وَقَالَ اللَّيْثُ: الْجُهْدُ مَا جَهَدَ الْإِنْسَانُ مِنْ مَرَضٍ أَوْ أَمْرٍ شَاقٍّ، فَهُوَ مَجْهُودٌ؛ قَالَ: وَالْجُهْدُ لُغَةً بِهَذَا الْمَعْنَى. وَفِي حَدِيثٍ أُمِّ مَعْبِدٍ: شَاءَ خَلْفَهَا الْجُهْدَ عَنِ الْغَنَمِ؛ قَالَ ابْنُ الْأَثِيرِ: قَدْ تَكَرَّرَ لَفْظُ الْجُهْدِ وَالْجُهْدُ فِي الْحَدِيثِ، وَهُوَ بِالْفَتْحِ، الْمَشَقَّةُ، وَقِيلَ: الْمَبَالِغَةُ وَالْغَايَةُ، وَبِالضَّمِّ، الْوُسْعُ وَالطَّاقَةُ؛ وَقِيلَ: هُمَا لُغَتَانِ فِي الْوُسْعِ وَالطَّاقَةِ، فَأَمَّا فِي الْمَشَقَّةِ وَالْغَايَةِ فَالْفَتْحُ لَا غَيْرَ؛ وَيُرِيدُ بِهِ فِي حَدِيثِ أُمِّ مَعْبِدٍ فِي الشَّاةِ الْهَزَالَ؛ وَمِنْ الْمَضْمُونِ حَدِيثُ أَبِي الصَّدَقَةِ أَفْضَلُ، قَالَ: جُهْدُ الْمُقِلِّ أَيْ قَدْرُ مَا يَحْتَمِلُهُ حَالُ الْقَلِيلِ الْمَالِ. وَجُهْدُ الرَّجُلِ إِذَا هُزِلَ. وَجَهْدٌ يَجْهَدُ جَهْدًا وَاجْتَهَدَ، كِلَاهُمَا: جَدَّ. وَجَهْدٌ دَابَّتُهُ جَهْدًا وَأَجْهَدَهَا: بَلَغَ جَهْدَهَا وَحَمَلَ عَلَيْهَا فِي السَّيْرِ فَوْقَ طَاقَتِهَا. الْجَوْهَرِيُّ: جَهْدَتُهُ وَأَجْهَدْتُهُ بِمَعْنَى؛ قَالَ الْأَعَشَى: فَجَالَتْ وَجَالَ لَهَا أَرْبَعُ، ... جَهْدُنَا لَهَا مَعَ إِجْهَادِهَا

وَجَهْدٌ بِالرَّجُلِ: امْتَحَنَهُ عَنِ الْخَيْرِ وَغَيْرِهِ. الْأَزْهَرِيُّ: الْجُهْدُ بُلُوغُكَ غَايَةَ الْأَمْرِ الَّذِي لَا تَأْلُو عَلَى الْجُهْدِ فِيهِ؛ وَأَجْهَدَ فِيهِ الشَّيْبُ إِجْهَادًا إِذَا بَدَأَ فِيهِ وَكَثُرَ. وَالْجُهْدُ: الشَّيْءُ الْقَلِيلُ يَعْيشُ بِهِ الْمُقِلُّ عَلَى جَهْدِ الْعَيْشِ. وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ: وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ وَلِهَذَا الْمَعْنَى. وَقَالَ الْفَرَّاءُ: الْجُهْدُ فِي هَذِهِ الْآيَةِ الطَّاقَةُ؛ تَقُولُ: هَذَا جُهْدِي أَيْ طَاقَتِي؛ وَقُرِئَ: وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ وَجَهْدَهُمْ، بِالضَّمِّ وَالْفَتْحِ؛ الْجُهْدُ، بِالضَّمِّ: الطَّاقَةُ، وَالْجُهْدُ، بِالْفَتْحِ: مِنْ قَوْلِكَ أَجْهَدَ جَهْدَكَ فِي هَذَا الْأَمْرِ أَيْ ابْلُغْ غَايَتَكَ، وَلَا يُقَالُ أَجْهَدَ جَهْدَكَ وَقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: الْجُهْدُ، بِضَمِّ الْجِيمِ، الْوُسْعُ وَالطَّاقَةُ، وَالْجُهْدُ الْمُبَالِغَةُ وَالْغَايَةُ؛ وَمِنْهُ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ*؛ أَيْ بِالْعَوَا فِي الْيَمِينِ وَاجْتَهَدُوا فِيهَا. وَفِي الْحَدِيثِ: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ جَهْدِ الْبَلَاءِ؛ قِيلَ: إِنَّهَا الْحَالَةُ الشَّاقَّةُ الَّتِي تَأْتِي عَلَى الرَّجُلِ يَخْتَارُ عَلَيْهَا

الْمَوْتِ. وَيُقَالُ: جَهْدُ الْبَلَاءِ كَثْرَةُ الْعِيَالِ وَقَلَّةُ الشَّيْءِ. وَفِي حَدِيثِ عُثْمَانَ: وَالنَّاسُ فِي جَيْشِ الْعُسْرَةِ مُجْهِدُونَ أَيْ مُعْسِرُونَ. يُقَالُ: جُهِدَ الرَّجُلُ فَهُوَ مُجْهُودٌ إِذَا وَجَدَ مَشَقَّةً، وَجُهِدَ النَّاسُ فَهُمْ مُجْهِدُونَ إِذَا أَجْدَبُوا؛ فَأَمَّا أَجْهَدَ فَهُوَ مُجْهِدٌ، بِالْكَسْرِ، فَمَعْنَاهُ ذُو جَهْدٍ وَمَشَقَّةٍ، أَوْ هُوَ مَنْ أَجْهَدَ دَابَّتُهُ إِذَا حَمَلَ عَلَيْهَا فِي السَّيْرِ فَوْقَ طَاقَتِهَا. وَرَجُلٌ مُجْهِدٌ إِذَا كَانَ ذَا دَابَّةٍ ضَعِيفَةٍ مِنَ النَّعَبِ، فَاسْتَعَارَهُ لِلْحَالِ فِي قَلَّةِ الْمَالِ. وَأَجْهَدَ فَهُوَ مُجْهِدٌ، بِالْفَتْحِ، أَيْ أَنَّهُ أَوْقَعَ فِي الْجَهْدِ الْمَشَقَّةَ. وَفِي حَدِيثِ الْأَقْرَعِ وَالْأَبْرَصِ: فَوَاللَّهِ لَا أَجْهَدُ الْيَوْمَ بِشَيْءٍ أَخَذْتَهُ لِلَّهِ، لَا أَشُقُّ عَلَيْكَ وَأَرُدُّكَ فِي شَيْءٍ تَأْخُذُهُ مِنْ مَالِي لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ. وَالْاجْتِهَادُ وَالنَّجَاهُ: بَذْلُ الْوُسْعِ وَالْمَجْهُودُ. وَفِي حَدِيثِ مُعَاذٍ: اجْتَهَدَ رَأْيِي، وَالْاجْتِهَادُ: بَذْلُ الْوُسْعِ فِي طَلَبِ الْأَمْرِ، وَهُوَ افْتِعَالٌ مِنَ الْجَهْدِ الطَّاقَةِ، وَالْمُرَادُ بِهِ رَدُّ الْقَضِيَّةِ الَّتِي تُعْرَضُ لِلْحَاكِمِ مِنْ طَرِيقِ الْقِيَاسِ إِلَى الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَلَمْ يُرِدِ الرَّأْيَ الَّذِي رَأَاهُ مِنْ قَبْلِ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ حَمَلٍ عَلَى كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ. أَبُو عَمْرٍو: هَذِهِ بَقْلَةٌ لَا يَجْهَدُهَا الْمَالُ أَيْ لَا يُكْثِرُ مِنْهَا، وَهَذَا كَلًّا يَجْهَدُهُ الْمَالُ إِذَا كَانَ يُلْحِقُ عَلَى رَعِيَّتِهِ. وَأَجْهَدُوا عَلَيْنَا الْعَدَاوَةَ: جَدُّوا. وَجَاهَدَ الْعَدُوَّ مُجَاهِدَةً وَجِهَادًا: قَاتَلَهُ وَجَاهَدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ. وَفِي الْحَدِيثِ: لَا هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ وَلَكِنْ جِهَادٌ وَنِيَّةٌ؛ أَيْ أَنَّهُ لَمْ يَبْقَ بَعْدَ فَتْحِ مَكَّةَ هِجْرَةٌ لِأَنَّهُمَا قَدْ صَارَتَا دَارَ إِسْلَامٍ، وَإِنَّمَا هُوَ الْإِخْلَاصُ فِي الْجِهَادِ وَقِتَالِ الْكُفَّارِ. وَالْجِهَادُ: الْمُبَالَاغَةُ وَاسْتِيفْرَاجُ الْوُسْعِ فِي الْحَرْبِ أَوْ اللَّسَانِ أَوْ مَا أَطَاقَ مِنْ شَيْءٍ. وَفِي حَدِيثِ الْحَسَنِ: لَا يَجْهَدُ الرَّجُلُ مَالَهُ ثُمَّ يَقْعُدُ يَسْأَلُ النَّاسَ؛ قَالَ النَّضْرُ: قَوْلُهُ لَا يَجْهَدُ مَالَهُ أَيْ يُعْطِيهِ وَيُفَرِّقُهُ جَمِيعَهُ هَاهُنَا وَهَاهُنَا؛ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ: الْجِهَادُ وَالْجَهَادُ ثَمَرُ الْأَرَاكِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَقِيلَ الْاجْتِهَادُ وَهُوَ لُغَةٌ: افْتِعَالٌ مِنَ الْجَهْدِ، وَهُوَ الْمَشَقَّةُ، وَهُوَ الطَّاقَةُ وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَخْتَصَّ هَذَا الْإِسْمُ بِمَا فِيهِ مَشَقَّةٌ، لِيُخْرَجَ عَنْهُ الْأُمُورُ الضَّرُورِيَّةُ الَّتِي تُدْرِكُ ضَرُورَةً مِنَ الشَّرْعِ، إِذْ لَا مَشَقَّةَ فِي تَحْصِيلِهَا، وَلَا شَكَّ أَنَّ ذَلِكَ مِنَ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ وَفِي الْإِصْطِلَاحِ: بَذْلُ الْوُسْعِ فِي نَيْلِ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ عَمَلِيٍّ بِطَرِيقِ الْإِسْتِنْبَاطِ، فَقَوْلُنَا: "بَذْلُ" أَيْ بِحَيْثُ يُحْسُنُ مِنْ نَفْسِهِ الْعَجَزَ عَنْ مَزِيدِ طَلَبٍ حَتَّى لَا يَقَعَ لَوْمْ فِي التَّفْصِيرِ وَخَرَجَ "الشَّرْعِيُّ" اللَّغَوِيُّ وَالْعَقْلِيُّ وَالْحِسِّيُّ، فَلَا يُسَمَّى عِنْدَ الْفُقَهَاءِ مُجْتَهِدًا وَكَذَلِكَ الْبَازِلُ وَنُسَعُهُ فِي نَيْلِ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ عَمَلِيٍّ وَإِنْ كَانَ قَدْ يُسَمَّى عِنْدَ الْمُتَكَلِّمِينَ مُجْتَهِدًا وَإِنَّمَا قُلْنَا: "بَطَرِيقِ الْإِسْتِنْبَاطِ" لِيُخْرَجَ بِذَلِكَ بَذْلُ الْوُسْعِ فِي نَيْلِ تِلْكَ الْأَحْكَامِ مِنَ النُّصُوصِ ظَاهِرًا أَوْ بِحِفْظِ الْمَسَائِلِ وَاسْتِعْلَامِهَا مِنَ الْمَعْنَى أَوْ بِالْكَشْفِ عَنْهَا مِنَ الْكُتُبِ، فَإِنَّهُ وَإِنْ سُمِّيَ اجْتِهَادًا فَهُوَ لُغَةٌ لَا اصْطِلَاحًا.

وأما الاجتهاد القضائي - موضوع هذه الورقة - فهو مركب إسنادي يتألف من جزأين أولهما هو ما أسلفنا تعريفه قريبا، وثانيهما القضائي؛ وتعريف القضاء وَهُوَ لُغَةٌ يُطْلَقُ عَلَى مَعَانٍ مِنْهَا الْفَرَاغُ كَمَا فِي "وَفُضِيَ الْأَمْرُ" وَمِنْهَا الْأَدَاءُ كَمَا فِي قَضَى زَيْدٌ دَيْنَهُ أَيْ آدَاهُ وَوَقَّاهُ وَمِنْهَا الْحُكْمُ وَهُوَ الْمُرَادُ هُنَا وَمِنْهَا الْإِنْهَاءُ وَالْإِتِمَامُ وَالْقَطْعُ وَالْحُكْمُ وَالْهَلَاكُ وَالْإِنْهَاءُ وَالْمُضْيِ وَالصَّنْعُ

والتقدير، واصطلاحا ما قال ابن رشد عنه "القضاء هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام".

وإسناد الاجتهاد إلى القضائي يدل على ما يبذله القضاة من جهد في سبيل تحصيل توجه معين في أحكامهم لتكريس توجه معين مكرس قانونا أو غير مكرس ليصير عرفا قضائيا وهو أصبح له دلالة عرفية على المنهج القضائي في مقابل المنهج التشريعي والقانوني.

وأما المنازعة: فتعني في الأصل كل خصومة بين طرفين، وإن كان المقصود هنا خصومة تروفع فيها إلى القضاء وأصدر أحكاما، وأما العقارية: فتخصيص لموضوع الخصومة بميدان معين، وأبسط تعريف للعقار بأنه ما يغير المنقول، أو للمزيد من التبسيط على ما يرى فقهاء المالكية: هو ما لا يمكن نقله من مكانه من دون تلف أو تغيير، ويقسمه فقهاء القانون إلى عقار بطبيعته وعقار بالتبع وعقار بموضوعه، وكلها يتناولها الموضوع هنا وما دمنا أوفينا ما وعدنا به من تعريفات فإننا سنتناول الموضوع طبقا للمنهج التالي وذلك طبقا لتنوع العقارات وتنوع ما أسند القانون من اختصاص للمحاكم، فنقول وبالله التوفيق.

تنقسم العقارات من حيث الإجراءات الخاضعة لها إلى عقارات محفظة وغير محفظة، وتنقسم العقارات غير المحفظة إلى عقارات مملوكة عن طريق رخص المنح المؤقت وإلى عقارات غير مملوكة عن طريق المنح المؤقت إن لم نقل تجوزا عقارات عمومية، وقد أضاف الواقع الموريتاني نوعا إلى التقسيم وهو العقارات المملوكة عن طريق الحيازة حتى لا نقول عن طريق التغلب من جهة الحائز وعض الطرف من طريق السلطات وهو المسمى محليا وعرفا بالكرزات.

وكل نزاع يكون بين شخصين فإنه يفترض تلقائيا وجود وثائق أو حيازة لدى كل من الطرفين أو أحدهما، ويتمثل ذلك في رخص لدى الطرف الآخر أو اقتراح بمنح أو إذن ببناء، وبتنوع ذلك يتنوع الاختصاص ووسائل الإثبات والإجراءات التي تخضع لها، ونجر عن هذه العقارات أنواع متنوعة من النزاعات منها الارتفاقات والالتصاقات إضافة إلى المساقاة والمزارعة والمغارساة وكذلك الإحياء وهي موضوعات متعددة سنعرض بعضها بعد عرض النصوص المطبقة من طرف القضاة على النوازل الواردة إليهم.

أولا: الترسنة القانونية :

سنعرض هذه النصوص تبعا لدرجتها بأعلاها أولا وهو: القانون العقاري: وهو القانون رقم 127 1983 الصادر بتاريخ 05 06 1983 وهو نص خاص في الميدان غير أنه شديد الاقتضاب إذ مجموع مواده 29 مادة، وقد نص على مجموعة من المسائل منها: أن نظام الملكية التقليدية أصبح لاغيا، كما اعترف بملكية الشيوخ ووجهاء القبائل وذلك لصالح المجموعات، وأقر الملكية العقارية، وصرح بأن الأرض ملك للدولة إلى غير ذلك من الجزئيات، وتحت كل هذه المواد من التناقضات ما الله به أعلم، غير أن الأهم أنه لم يبت في كثير من المسائل، وأسند الاختصاص إلى الغرفة المختلطة وهو اختصاص لم يعد قائما، فهل كل ذلك من معوقات كاف كسبب للمراجعة، أو يكفي ذلك فقط سببا بالقضاة للرجوع إلى النصوص الأخرى والتي منها:

ثانيا: القانون المدني: رقم 89 126 والصادر بتاريخ 14 09 1989 ويلجأ إليه القضاة لحل مسائل منها الكراء والوقف والارتفاق، الذي ينقسم إلى طبيعي وقانوني، والشفعة والشيوخ والرهن والصلح والشركة الكل في المادة العقارية، ولم يفصل في مسائل أكثر أهمية بالنسبة للموضوع العقاري ولذوي الشأن كما في موضوع الالتصاق (الذي من صورته ما نصت عليه المادة 444 م ت إ م في موضوع الحيازة) وأما غير ذلك من موضوعات المغارسة والمساقاة وغيرها من الموضوعات التي يطبق فيها القضاة مشهور المذهب المالكي بالرجوع إلى كتب المذهب فهي مسألة ما تزال مثار خلاف أو سببا لعدم الثقة في كثير من الأحيان في مدونات القضاء خصوصا لدى الفنين الذين يرون ضرورة منهجة وجمع جميع المراجع في نصوص محكمة لا تسمح لا بالتأويل ولا بالتعطيل بل ولا بالخروج عنها ... إلخ

ثالثا: قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية الموريتانية: رقم 035 1999 صدرت بتاريخ 24 07 1999 وتعديلاته، وقد نص باستحياء شديد في آخر مواده وآخر تعديلاته على موضوع الحيازة في مجموعة من المواد أقل من عدد أصابع اليدين، وقد عرفها بأنها " القضية التي خول القانون القيام بها لحائز عقارا أو حق عيني عل عقار، وذلك بقصد استرجاع حيازته أو استبقائها أو تعطيل أشغال"، غير أنه لم يسند لها اختصاص وهو من المسائل التي يحتاج إلى الاجتهاد فيها لحين صدور نص واضح، ومن هنات هذا النص أيضا أنه اشترط للحيازة أحيانا سند ملكية وعندها غالبا نكون أمام دعوى أصل، كما حاول أن يفصل - وهو كما قدمنا قريبا - موضوع الحيازة مع موضوع الاستحقاق فاستطرد استطرادات ذهبت به عن موضوع الحيازة بعيدا رغم الإيجاز.

رابعاً: المرسوم رقم 80 2010 بتاريخ 31 مارس 2010 المطبق للأمر القانوني 127 83 الصادر بتاريخ 05 يونيو 1983 القاضي بإعادة التنظيم العقاري ويطبق منه كثيراً جداً نص المادة 110 التي تنص على موضوع صدور التحفيظ باستخدام أساليب تدليسية.

خامساً: مرسوم التحفيظ العقاري: وهو نص صدر بتاريخ 26 يوليو 1932 بإعادة تنظيم الملكية العقارية في إفريقيا الغربية ويعالج من الحقوق العينية العقارية ملكية الممتلكات العقارية والانتفاع بنفس الملكية وحق الاستعمال والسكنى والإجارة الطويلة الأمد وحق المساحة والحقوق والخدمات العقارية ورهن الحيابة العقارية والامتيازات والرهن العقاري والدعاوى الهادفة إلى المطالبة بهذه الحقوق، وكذلك إجراءات التقييد في الدفاتر العقارية ومسؤولية المحافظ إلى غير ذلك.

وتعتبر مسطرة التحفيظ العقاري من أهم المساطر القانونية وأكثرها تعقيداً بالنظر لحساسية موضوع العقار وتضارب المصالح المرتبطة به ، لأجل ذلك حاول المشرع إيجاد مجموعة من الآليات القانونية الرامية إلى تأمين نظام الملكية من كل محاولة للاعتداء عليه والمساس به وبالتالي غصب أملاك الغير بدون وجه حق ، بدءاً من تقديم مطلب التحفيظ مروراً بإشهاره وتحديده وانتهاءً بصدور قرار للتحفيظ يمتاز بخاصية التطهير المانع من كل إمكانية للمطالبة بحقوق سابقة غير مضمنة بالرسم العقاري، وهذا ما حدا بالدولة المجاورة والأخت في السراء والضراء السينغال أن عدلت كثيراً من مواد هذا المرسوم إن لم يكن كلها فحبذا لو سرنا سيرها. أما الآن فقد حان وقت الشروع في المقصود وذلك بمحاولة إثارة مجموعة من التساؤلات حول موضوعات الأحكام القضائية في المادة العقارية وأقول وبالله التوفيق أنني لم أجرد أحكاماً لأسوقها كأدلة لسببين؛ أولهما كثرة التوارد للأحكام في موضوع واحد خصوصاً بعد صدور قرار المحكمة العليا المحدد الأسبقية كمرجح، وثانيهما أنني في موضوع إثارة تساؤلات ومعرفة مدى استجابة القضاء أو عدم استجابته لتطلعات الخصوم والعموم في المادة العقارية أكثر مما أنا في دراسة أكاديمية أو منهجية تحتاج للبرهنة عليها من الواقع فأبدأ أولاً بالتحفيظ العقاري:

القسم الثاني: التطبيقات القضائية:

أولاً: التحفيظ العقاري:

• **التعريف:** التحفيظ العقاري موجزاً: يقصد بالتحفيظ وضع العقار في سجل خاص يضبط بكل دقة ويحدد مساحته وحدوده من جميع الجهات ويبين طبيعته والحقوق العينية الواقعة عليه ومن هم أصحابها ثم جميع المعاملات الواقعة على العقار أولاً بأول ، وللجميع الحق في الاطلاع على هذا السجل للاطلاع على وضعية العقار.

ويجب أن تحاط عملية التحفيظ بكافة الضمانات من أجل أن تكون البيانات التي يتضمنها السجل صادقة وذات علانية وصدقية ، والفرق بين التحفيظ والتسجيل هو أن الأول هو عملية الإجراءات المذكور أعلاه، أما التسجيل فهو قيام المحافظ العقاري بتسجيل جميع العمليات التي وقعت على العقار من بيع أو رهن بعد التحفيظ، وللاعتراض على الموضوع فإن مسطرة التعرض هي وحدها الباتة فيه وهي آلية يمارسها الغير للحيلولة دون إتمام إجراءات التحفيظ وبالتالي توقيفها إلى غاية البت في النزاع وهي من أهم هذه الآليات القانونية الرامية إلى حماية حق الملكية وغيره من الحقوق العينية المتفرعة عنه من إمكانية المنازعة في مطلب التحفيظ.

والغرض الأول من التحفيظ هو حماية الملكية وتسهيل الملكية العقارية والحد من الدعاوي العقارية أو التقليل منها إضافة إلى تحديد العقار وبيان وضعيته وإشهار جميع المعاملات الواقعة عليه، وهو حق لكل من المالك والشريك أو مالك حق الانتفاع والاستعمال والسكنى والإجارة الطويلة والرهن الحيازي أو الحبس أو الهواء أو الارتفاق أو الرهن الرسمي.

وتبدأ سلسلة إجراءات التحفيظ بطلب من صاحب الحق ويمر بإعلان وتحديد العقار والتعرضات إلى أن تنتج بالتحفيظ.

• **حجية التحفيظ العقاري:** يعتبر التحفيظ العقاري هو نقطة الانطلاق الوحيدة لجميع الحقوق العينية المنصبة على العقار المحفوظ ولا يمكن الطعن فيها ولا إنكارها وكل حق لم يدون في التسجيل يعتبر غير موجود إلا إذا اعتمد التحفيظ على أساليب تدليسية وسنتناول وقفة قصيرة مع الأساليب التدليسية:

• الأساليب التدليسية:

تبقى الأساليب التدليسية كلمة مطاطة إلى حد كبير غير أنها يندرج فيها كل من قدم وثائق تغاير الواقع أو أودع وثائق مختلفة بنية الحصول على تحفيظ عقاري ولم يحدد المشرع نوعاً منها غير أن المرجعية الأولى هنا هي ما يراه القاضي من مثبتات يمكن أن يفهم منها الغش أو

التدليس وكثيرة أحكام القضاء المبطله والرافضة للإبطال لموضوع التحفيظ العقاري بسبب الاساليب التدليسية فلا نطيل فيها ونلدق إلى تعدد التحفيظات وما قام به القضاء في سبيل حله.

- تحفيظ مقابل تحفيظ: وهنا نثير وقوع عدة تحفيظات على العقار الواحد، وهو أمر ربع المستحيلات في عالم الدول القانونية غير أن واقعنا يختلف اختلافا كبيرا عن ذلك فقد رأيت بعيني التين ستصيران إلى حالة غير هذه الحالة تحفيظين لعقار واحد يفرق بين صدورهما شهر واحد، وهنا نثير من يقع من فوضوية وضعف إنتمان عقاري لا على مستوى المنح والتوزيع بل أيضا على مستوى الأرشيف، والذي يذهب إلى إدارة العقارات ليجد رخصة سابقة أو لاحقة أو ينوى التعدد فإنه سيجد سوقا رائجة تغص بأنواع المعروض من سماسرة التحفيظات والرخص وغير ذلك مما لا يقع تحت حصر، ولي هنا أن أفتح قوسا قصيرة أو صغيرة حول بروق بدأت تلوح في سماء إصلاح هذا المرفق الهام والتي نرجو أن تمطر إصلاحا وصلاحا غير مفسد - على حد قول طرفة فسقى بلادك - غير مفسدها - صوب الربيع وديمة تهمي

- تحفيظ مقابل رخص سابقة له وقد جرى عمل القضاء باعتبار التحفيظ سواء قابلته رخصة سابقة أو أي وثيقة أخرى أو حتى حيازة معززة بوثائق وذلك ما لم تستخدم في إعدادة أساليب تدليسية كما تقدم قريبا، وهي مسألة يكاد يقع عليها الإجماع.

ثانيا: الرخص:

تعريف الرخص هي إذن بشغل محل كانت له صفة العمومية وتنازلت الإدارة لصالح فرد طبيعي أو معنوي عن استغلاله بشروط معينة، فهل الرخص قرارات إدارية أم عقود إدارية ؟ احتج من يرى أن الرخص قرارات إدارية بمسائل منها: أن الإدارة تصرفت بأمر صادر منها وجسدت ذلك في الرخصة فهي بذلك إعراب للإدارة عن نيتها المجسدة في تخليها عن القطعة ومنحا للفرد فبذلك هي قرار إداري، كما رجح البعض موضوع العقد بأن الإدارة لا تقوم بذلك من تلقاء نفسها بل إنما مقابل رسم ومجموعة إجراءات يقوم بها المستفيد فبذلك هي عقد بين الطرفين، ويرى الرأي الثالث أن الأمر ليس هذا وليس هناك بل إن الرخصة ليست عقدا ولا قرارا إداريا بل هي أمر مغاير لكلا الأمرين إذ الموضوع ليس ما تجسد في الورقة من تصرف أو إجراء بل الأمر يتعلق بالقطعة الأرضية موضوع الأمر فبذلك اعتبر أن الموضوع ليس أيا من ذلك والنزاع ليس حول تصرفات الإدارة بل نزاع على عين، وليست تصرفات الإدارة في الموضوع سوى دليل إثبات يدلي به أحد الخصمين أو هما معا لترجيح حجة وبذلك فالرخصة عالجها القضاء بمعزل عن الأمرين وهذا ما سنعالجه في الفقرة القادمة.

علاج القضاء للموضوع وصدر القرار رقم 18 2007 وهل حل المشكل العقاري بموضوع الرخص ؟

لعل المزية الأولى التي لهذا القرار هي بالإضافة إلى كونه حسم الصراع حول الرخصة أقرار هي أم عقد وكرس موضوع أسبقية صاحب الرخصة أنه كرس مسألة شديدة الأهمية وهي موضوع الوقاية فباطلاع الخصم على أن المحاكم لو رفع إليها النزاع فستحكم للسابق من الخصمين فإنه بذلك لو اطلع على أقدمية رخصة خصمه يتم تفادي النزاع وحل المسألة قبل التقاضي أو بمفاوضة خاصة بين الخصمين وبذلك فإن المحكمة العليا أحسنت بالإبقاء على معيار موحد ثابت، كذلك فإنه رسم للقضاة نهجا استطاعوا السير عليه ففكهم من إحراج كثير من النزاعات أو من طرحها أحيانا كما أنه وطد لهم سبيلا ساروا عليه، وفي الأخير فإنه رغم ما يقال عنه من سلبيات تثار حوله منها تكريسه آلية فنية بعيدة عن العمل البشري ناهيك عن أنه يقع في هنات أحيانا إذ في بعض الأحيان يكون تطبيقه جائرا على بعض الخصوم عموما غير أنه بحله لأكثرية النزاعات يكون أسهم في موضوع تكريس العدالة كقيمة مجردة.

المرجحات بين الرخص :

تلمس القضاة كثيرا من المرجحات منها فارق التاريخ كمرجح بين الرخص: والأقدمية التي تقدمت في القرار أعلاه ومنها مسائل أخرى منها:

أ) **الحيازة:** وهي أن يضع الإنسان يده على شيء ويبقى تحت تصرفه مدة تتفاوت في إفادتها التملك تبعا للمادة المحازة وهي سبب من أسباب التملك بشروط خاصة وهي بذلك قرينة قاطعة وتسمى لدى فقهاء المالكية بالحيازة القاطعة لحق الغير ويسمى في القانون بالتقادم المكسب، ومن شروطها وضع اليد والتصرف فيه كملوك وأن ينسب إليه وأن لا ينازع في ذلك مدة الحيازة وأن تستمر الحيازة طيلة المدة المحددة قانونا وأنها مستمرة وهادئة على حد التعبير القانوني وأن لا تكون تلك الحيازة في الأصل بسبب غير مشروع.

ومدة الحيازة تختلف في العقار عن المنقول بالضرورة كما تختلف بين بعض التشريعات، وهي تحتاج إلى عنصرين أحدهما مادي وهو السيطرة الفعلية على الشيء ومعنوي وهو نية التملك، ولها شروط هي العلانية والهدوء والاستمرار وعدم الالتباس.

وأما آثارها فأولها إثبات حق الحائز وإسقاط حق غيره في الشيء المحاز كما تعتبر مطهرة للملكية من العيوب التي شابتها قبل توفر شروط الحيازة، وهذه أمثلة من فقه الحيازة والذي يحتاج إلى تفصيله في القانون الموريتاني والذي لم يذكر منه سوى النزر القليل في غير مقامه.

والمقصود هنا بالحيازة في مادة الرخص حيازة أحد الأطراف للقطعة موضوع التداعي حيازة مادية أو قانونية فالمادية مثل أن يحوز الشخص بنفسه أو وكيله الشيء ويستثمر فيه موجودا بأن يكون تحت يده، وأما القانونية فهي أن يحوز الشخص وثائق الشيء المتنازع فيه ويتصرف فيها وهنا تثار مسائل أخرى في سهولة الحصول على أوراق لأي قطعة والاحتجاج بها وذلك طبقا للمادة

464.- عند ما يكون كل من الطرفين حسن النية، يرجح جانب الحائز إذا كان حسن النية وقت اكتسابه الحيازة ولو كان سنده لاحقا في التاريخ ، والمادة 465.- إذا لم تكن الحيازة ثابتة لأحد، وتساولت السندات رجح جانب من كان سنده سابقا في التاريخ.

إذا كان سند أحد الخصمين غير ثابت التاريخ، رجح جانب من كان لسنده تاريخ ثابت. وعدم اعتبار الحيازة القانونية إن لم تساندها حيازة مادية وترجيح المادية عليها طبقا للمادة 466.- إذا أعطي عن الأشياء ما يمثلها من شهادات إيداع أو مستندات شحن أو غيرها من السندات المشابهة رجح جانب من يحوز الأشياء على من يحوز السند، إذا كان كل منهما حسن النية وقت اكتسابه الحيازة.

غير أن هذه الحيازة غالبا تكون معتمدة على المرجح التالي وهو:

(ب) **الاستثمار:** وقد اختلف فيه اختلافا شديدا، وقد ذكر في أحد قرارات المحاكم أنه يجب أن يصل إلى نسبة معينة من قيمة القطعة المتنازع عليها غير أن العبرة بالاستثمار الذي يمكن أن يعتبره الشخص العادي ذا قيمة فمثلا استثمار الرأسمالي في حي راق لا يمكن أن يقاس عليه استثمار المحتاج في حي آخر، وقد نص على الاستثمار في مرسوم لم أستطع الوقوف عليه وأترك قوسا لمن حصل عليه إضافته.

(ت) **ومن المرجحات في ميدان الرخص** وجود مخالفة لدى الخصم من حيث الوثائق كأن تكون القطعة بعدد أمتار معينة ويكون ما في وثيقته بعدد آخر أو كون الوصل الخزيني يغير رقمه ما في الرخصة وهو مزلة قدم يبقى فيه المجال لكل شخص أن يجتهد أو أن يرجح بدون مرجح كاف، ومنها دقة الوثائق وانطباقها، ومنها ومنها ومنها.

أما كون رخص الحيازة في مقابل غيرها فقد صعب فيه الاجتهاد أيضا غير أن الأرجحية غالبا لرخص الحيازة في الموضوع وإهمال ما يغيرها من إذن بالمنح أو حيازة ، أو غيره. وهنا سنفتح قوسا حول بعض التطبيقات المتفرقة للقضاء في الموضوع العقاري مثل:

(أ) **احتلال أو تشريع الساحات العمومية:** وهي مسألة وقعت منها وقائع متعددة وتكون بعدة مظاهر منها أنها تخفض كثيرا قيمة البناءات المطلة على الساحة العمومية فيتضرر بذلك ملاك هذه المباني كما أنها أيضا تشكل سدا لمتنفسات المدينة التي جعلت أصلا لبقائها مفتوحة وبذلك فاحتلالها شكل مشاكل كثيرة غير أن الذي رأيت من نزاعاتها يفرع صاحبها إلى الإدارة ويستخرج مخططا تكون فيه الساحة قطعا أرضية ولا يكون أمام القضاء إلا الحكم بصحة المخطط رغم الاختلاف في التقييم وهنا نثير مسألة وجود مخطط أصلي معتمد وهي مسألة ما تزال بعيدة المنال إذ لدى سلطة المقاطعة مخطط ولدى الولاية آخر ولدى الوزارة الوصية آخرون .

(ب) **المرسوم نازع الملكية للصالح العام:** وهي مسألة جاءت مع استحداث الوكالة للتنمية الحضرية حيث صدر مرسوم رقم 35 2011 حيث صرح بنزع ملكية مجموعة كبيرة بناء على إحداثيات ولعل الصعوبة الكبرى هي إنزال هذا المرسوم على الواقع إذ القضاة وجدوا منه صعوبة فبعضهم حكم بالعمومية في ظله، والبعض حكم بأنه ملغ لما سبقه من المنح والبعض اعتبر أنه لا يمكن مساسه بالخصوصية والحقوق التي سبقته، ولعل أهم ما يحتاج إليه كمخرج في هذه المسألة ما ذهبت إليه بعض المحاكم من كون الخصوصية ما تزال قائمة في ظله وعدم صحة مساسه بما سبق والمسألة ما تزال مسألة أخذ ورد لم أستطع الجزم فيها بشيء خصوصا أنه يختلف اختلافا كبيرا فأحيانا تجده يسلب ملكية قطعة وأخرى في حدوده يمنحها وهو من التذبذب بمكان نرى أن القضاء يجب أن ينأى عن أن يكون مشجبا تعلق عليه أخطاء أو حسنات آخرين بل على كل قطاع أن يأخذ بما يعطيه القانون وبدوره في القافلة حتى ينهض كل بدوره.

(ت) **القرارات الإدارية للمحكمة العليا في إلغاء قرارات الرخص أو الإبقاء عليها:** وهي مسألة عهدت بأن من تضرر من جراء رخصة خصمه أو إلغاء الوالي لرخسته أن يلجأ إلى الغرفة الإدارية للمحكمة العليا إما للإلغاء أو لإلغاء الإلغاء وقد نشبت من جراها من النزاعات الكثير بل في أحيان كثيرة تعطيك صورة عن نوع من العبثية ليس للقرارات الإدارية فحسب بل أيضا للقرارات القضائية ولعل تحويل جميع الموضوع العقاري إلى إدارة العقارات يمكن أن يساعد في الموضوع طبقا لما سنراه في التوصيات.

(ث) **الالتصاق:** وهو جمع بين شيئين ليصبا شيئا واحدا ومن تطبيقاته الكثيرة في العقار بنيان شخص في أرض غير مملوكة له وقد حازها بحسن نية، وهو من أكثر آثار ازدواجية المنح شيوعا ويفرق فيه بين حسن النية وسوءها غالبا وعلى أساس ذلك يحكم

عليه ولم أجد نصا يحكمه غير أن القضاة يعملون فيه غالبا النصوص المذهبية ومسألة الفص والدجاجة المعروفة عند أهل الفروع.

(ج) **إحياء الموات:** وهو من الناحية الفقهية قيام شخص بأعمال تؤدي إلى جعل الأرض غير المملوكة والتي لا يمكن الانتفاع بها على حالتها صالحة للاستغلال وهو من أسباب الملكية التامة لدى الفقهاء ويكون بالبناء والغرس والزراعة والحرث وجلب الماء قلع الحجارة، ويفرق فقهاء المالكية بين إحياء الأرض القريبة من العمران والبعيدة منه بتخيير الإمام في استرجاع القريبة وتعويض صاحب الإحياء عما قام به من عمل وهي مسألة تثار أثر لدى محاكم المقاطعات في داخل البلد إذ ما تزال الأرض البور والمعتمدة في الأصل على الإحياء وعلى ما يسمى بالطبعات محل نزاع ويعمل فيها مشهور المذهب المالكي.

(ح) **زحف العمران:** على عقارات ممنوحة باقتطاع ريفي: وهي مسألة اعتبرت المحاكم أن المنح الأول فيها ليس بذی أهمية ولعل القرار رقم 19 بتاريخ 12 12 2012 حاسم في هذا الموضوع.

هذا أهم ما أمكنني إثارته وسأخلص إلى توصيتين: أولاهما ضرورة سن قانون عقاري مفصل على غرار المدونات العقارية في العالم، وثانيتهما هي ضرورة إنشاء غرف عقارية الاختصاص يرجع إليها فإذا ما تم هذان الأمران عندها يسعنا التحدث عن القوانين والتفصيلات.

وبالله التوفيق.