



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران



قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

الشهر العقاري و آثاره في مجال
التصرفات العقارية
- دراسة مقارنة -

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذة الدكتورة
- زناكي دليلة -

إعداد الطالب :
- ويس فتحي -

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة وهران	أستاذ	مروان محمد
مقرا	جامعة وهران	أستاذة	زناكي دليلة
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	معوان مصطفى
مناقشا	جامعة وهران	أستاذة محاضرة - أ-	ناصر فتيحة
مناقشا	جامعة البلدية	أستاذ محاضر - أ-	خليل عمرو
مناقشا	جامعة الجزائر	أستاذ محاضر - أ-	ملزي عبد الرحمن

السنة الجامعية 2010 / 2011

مقدمة

إن من أهم ما ترمي إليه الشرائع و القوانين تأمين و استقرار المعاملات حفظا للحقوق و منعاً للغش و التدليس و أشكال التحايل المختلفة و ما يترتب على ذلك من ضياع للحقوق و الأموال و اضطراب في المعاملات و كثرة المنازعات . و من بين الوسائل للوصول إلى هذا الهدف إصباح التصرفات و المعاملات المختلفة بطابع العلانية .

و لقد اجتهدت الشرائع القديمة في سبيل توفير هذه العلانية عن طريق ما يسمى بالشكالية ، فأوجب إخضاع التصرفات و العقود إلى شكليات لا تنعقد أو لا تثبت إلا بها- بحسب أهمية التصرف - و ذلك إظهارا لوجودها على الملأ و إعلانا لها على الناس ليكونوا على علم بها ، و الشكالية المعروفة في القانون الروماني خير مثال على ذلك. و لقد كانت الشكالية أحيانا ركنا في العقود و بعض صور التصرفات بحيث لا يكون لها وجود أو أثر إلا إذا استوفت الشكل المطلوب¹.

و في مرحلة لاحقة تطور الأمر إلى اشتراط الكتابة كصورة حديثة من صور الشكالية و ظل الوضع على هذه الحال في كثير من الشرائع . وحتى الشريعة الإسلامية المعروف عنها أنها حررت العقود من الشكليات واعتمدت مبدأ الرضائية² ، فإنها أوجبت في بعض العقود نوعا من الشكالية كاشتراط الإعلان والإشهاد والكفالة و الرهن في بعض التصرفات من أجل تأمين حقوق الأطراف والغير، بل و اشترطت أحيانا القبض لتمام بعض التصرفات و خير دليل على ذلك آية المداينة في سورة البقرة التي جاءت مفصلة بقولها " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه و ليكتب بينكم كاتب بالعدل و لا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله ... و لا تكتموا الشهادة و من يكتمها فإنه آثم قلبه و الله بما تعملون عليم"³.

¹ الدكتور عبد المجيد الحكيم (دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي - الجزء الأول)- معهد البحوث و الدراسات العربية- القاهرة 1973 ص9

² القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (أحكام الشهر العقاري) الدار الجامعية 1986 ص18

³ سورة البقرة الآية 282 .

فالظاهر من خلال هذا أن فقهاء الشريعة الإسلامية و إن لم يشترطوا شكلية معينة من الشكليات التي تؤدي إلى إظهار التصرفات و إعلانها، إلا أنهم لم يغفلوا تحقيق الغرض من الشكلية و هو الحماية من الغش والتدليس و حفظ الحقوق و منع جحودها، فالقبض الذي تشترطه الشريعة الإسلامية يؤدي إلى انتقال اليد و هذه يعتبرها الفقهاء قرينة على الملك ، وهو ما يعبر عنه في الفقه الوضعي الحديث "الحيازة سند الملكية" مع ملاحظة أن ما يقرره فقهاء الشريعة الإسلامية بهذه القاعدة يشمل المنقول والعقار على حد سواء، في حين لا تسري هذه القاعدة إلا على المنقول في القوانين الوضعية .

و على الرغم من أن فقهاء الشريعة الإسلامية الأوائل لم يكونوا يفرقون بين العقار و المنقول في الأحكام المتعلقة بالشكلية، إلا أنه و مع تقدم العصور و اختلاف الأوضاع و بدء تحلل الناس من أخلاق الوفاء و انتشار الغش و التحايل و ظهور أشكال جديدة من المعاملات العقارية خاصة، ظهرت الحاجة ملحة للنظر في وسائل للإصلاح، فرأى أصحاب الرأي أن في تسجيل التعاقد في سجلات محفوظة خير ضمان لحفظ الحقوق و أجدى وسيلة لاستقرار المعاملات في جو من الثقة والائتمان خاصة و أن أهمية العقار تفوق أهمية المنقول إلى حد كبير.

و من أجل تحقيق هذا الغرض قامت الدولة العثمانية قبل أربعة قرون ونصف تقريبا بتسجيل عام للعقارات و أسست دوائر خاصة لتسجيل التصرفات العقارية سميت "نظارة الدفتر الخاقاني" و سميت أيضا "دوائر الطابو" مهمتها تسجيل الأموال غير المنقولة بأسماء أصحابها و المعاملات المتعلقة بها¹.

و قبل الدولة العثمانية أيضا عرفت الشرائع و القوانين في الحضارات القديمة نظام توثيق و إعلان التصرفات الواردة على العقار، ففي العصور القديمة التي كان فيها الإنسان جزءا من الجماعة المتمثلة في العائلة أو القبيلة، كانت الملكية العقارية هي

¹ الدكتور عبد المجيد الحكيم (المرجع السابق) ص 10

ملكية الجماعة و انتقالها إلى خارج هذه الجماعة يعني انتقالها إلى يد أجنبية فكان شهر التصرفات في هذا العصر مجرد وسيلة رقابة تمارسها الجماعة¹

و لقد عرفت مصر القديمة نظام الشهر العقاري منذ عام 2980 قبل الميلاد وكذلك كانت توجد في القوانين اليونانية قواعد إدارية لتحقيق شهر التصرفات ، وفي المستعمرة الإغريقية ثورنيوم "Thurinium" المؤسسة في إيطاليا، لم يكن المشتري يدفع الثمن إلا بعد أن يحصل من أمين الوثائق على شهادة تقرر أن العقار حر من جميع الأعباء، و في القانون الروماني أيضا، كان التصرف في العقارات محاطا بإجراءات إعلان و إشهاد ملزمة تقابل في الوقت الراهن عملية القيد في السجل العام² .

فشهر التصرفات العقارية حقيقة قديمة قدم الملكية العقارية ذاتها وفكرة الشهر ليست فكرة حديثة ، بل هي ممتدة عبر التاريخ منذ أن شعر الإنسان بأهمية الأرض كمستقر ومعاش. فالأرض خصوصا و العقارات عموما كانت و ما تزال تحتل مركز الصدارة بين الثروات ، فقد بدأ اهتمام الإنسان بها منذ أن كانت مرعي للأغنام ومصادر للمزروعات والثمار حتى صارت اليوم مصدرا للخامات و الثروات القومية و مقاس كل ضمان لدى البنوك و المؤسسات المالية.

لقد أدركت مختلف الشرائع هذه الحقيقة و وضعت من أجل ذلك النظم الكفيلة لحماية الملكية العقارية، و من أهمها تحقيق علانية التصرفات والوقائع القانونية التي ترد على العقارات، حتى يتاح لكافة المتعاملين عليها العلم بهذه التصرفات والوقائع³ و ذلك تحقيقا لاستقرار الملكية العقارية وتدعيما للانتماء العقاري، ذلك أن علانية التصرفات الواردة على العقار من شأنها أن تؤدي إلى معرفة المالك الحقيقي للعقار و ما لهذا العقار من حقوق و ما يثقله من القيود و الالتزامات والتكاليف ، و من ثم

¹ د/ منصور محمود وجيه (نظام السجل العيني و إدخاله في الإقليم المصري) مطابع دار الكتاب العربي - القاهرة 1961 ص 23 .

² ينظر إلى ما يأتي تفصيله في الفصل الأول من الباب الأول

³ د/ ياسين محمد يحيى (نظام السجل العيني و أثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية) دار النهضة العربية 1982 ص3 و راجع في نفس المعنى محمد حلمي خليفة (حجية القيد في السجل العيني دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية) بحث مقدم للحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري التي نظمتها جامعة الدول العربية في مارس 1972 منشور ضمن سلسلة "وثائق ونصوص" الجزء العاشر سنة 1973 ص 615 .

يكون المتصرف إليه على بينة من أمره ، فلا يتعرض لمفاجآت لم تكن في الحسبان كأن ينازعه الغير في ملكية العقار أو يدعي بوجود حقوق له على هذا العقار .

إن هذه العلانية التي ظلت تصبو الشرائع لإحاطة التصرفات العقارية بها هي ما يعرف اليوم بالشهر العقاري¹ ، و هو في أبسط تعريف لغوي له يعني إعلام الجمهور بالحالة القانونية للعقار ، فالمصطلح الفرنسي المقابل للشهر هو *publicité* و هي كلمة مشتقة من لفظ *public* و معناها الشعب أو الجمهور بما يعني أن الشهر هو إعلام الجمهور² .

فشهر التصرفات العقارية و إعلانها للكافة هو خير ضمان لتدعيم استقرار الملكية العقارية و الائتمان العقاري معا، فكل من الاستقرار و الائتمان لا يوجدان إلا حيث توجد الثقة³ ، و إذا كانت العلانية أفضل وسيلة لبعث الثقة بين أطراف المعاملات و في مواجهة الغير، فإنه لا جرم عندئذ، إذا اتجهت كل الشرائع إلى إقرار نظام الشهر العقاري في قوانينها.

هذا و لم تتبع الشرائع المختلفة نظاما واحدا للشهر العقاري و إنما اختلفت النظم التي أخذت بها، و في هذا الشأن وجد نظامان رئيسيان أحدهما و هو نظام الشهر الشخصي *systeme de la publicité personnelle* و يسمى أيضا نظام تسجيل العقود، و الآخر هو نظام الشهر العيني *systeme de la publicité réelle* و يسمى بنظام تسجيل الحقوق أو نظام السجل العيني⁴ .

¹ الشهر لغة و قيل انه معرب كما قيل أنه عربي و هو مأخوذ من الشهرة و هي الإنتشار و قيل الشهر الهلال و سمي كذلك لشهرته و وضوحه و ظهوره و هو مصدر للفعل شهر ، أنظر تفصيل ذلك في معجم المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، تأليف أحمد بن محمد علي المقرئ ج (1 - 2) ص 394 - الفعل (شهر) و معجم تاج العروس من جواهر القاموس لمؤلفه محمد مرتضى الزبيدي ج 3 ص 320 ، 321 و المعجم الوسيط - إخراج كل من إبراهيم أنيس و عبد الحلیم منتصر و عطية الصوالحة و محمد خلف الله أحمد الطبعة الثانية ج 1 ص 498 الفعل (شهر) . و هكذا فإن مفهوم الشهر لغة يقترب من مفهومه الإصطلاحي الذي يعني الإعلان أو الإعلام و هو ما دعى البعض إلى تعريف الشهر العقاري بأنه مجموعة القوانين التي تهدف إلى إعلان الغير بنشوء أو نقل العينية و انقضاءها و بالتأمينات العينية العقارية . أنظر في ذلك :

1 . N° 3 p 6 , 1979 ; voir sous " Publicité foncière " ; t6 , Marc Donnier , Encyclopedie Dalloz ,

² publier c'est rendre public ou porter à la connaissance du public

³ د/ إبراهيم أبو النجا(السجل العيني في التشريع المصري) بدون دار الطبع سنة 1978 ص14

⁴ راجع في هذا المعنى د/ محمد كامل مرسي (شهر التصرفات العقارية - التسجيل و القيد) سنة 1939 ص 50 و ما بعدها

و يقوم نظام الشهر الشخصي أساسا على تسجيل العقود و التصرفات القانونية الأخرى تبعا لأسماء أطرافها، فيتخذ الأشخاص أساسا لعملية الشهر، بينما يقوم نظام الشهر العيني على شهر التصرفات و الحقوق الواردة على العقار على أساس العين محل التصرف باعتبار العقار وحدة قائمة بذاتها و وجود قانوني محل اعتبار، بحيث يمسك سجل كبير تخصص فيه لكل عقار صحيفة أو بطاقة تدون عليها كل التصرفات الواردة عليه وكذا الحقوق و الأعباء التي تثقله أو بجملة واحدة المركز القانوني للعقار.

و الجزائر كغيرها من الدول أولت الملكية العقارية اهتماما معتبرا خاصة في السنوات الأخيرة إذ توالى النصوص التشريعية المتعلقة بالعقار بشكل لافت . و في هذا الشأن فقد أثر الخلاف الفقهي و التشريعي في مختلف البلدان حول وسيلة الشهر الأنجع على حركة التشريع في مجال الشهر العقاري في الجزائر، إذ سارعت السلطات غداة الاستقلال إلى محاولة الانتقال من نظام الشهر الشخصي الموروث عن فرنسا إلى نظام الشهر العيني وكانت أول خطوة في هذا الاتجاه خطوة تمهيدية تتمثل في صدور الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري تلاه فيما بعد مرسومان تنفيذيان هما المرسوم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 و المتعلق بمسح الأراضي العام و المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 و المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

إشكالية البحث

إذا كانت الدراسات الفقهية المتخصصة في موضوع الشهر العقاري قليلة أصلا في البلاد العربية كلها ، فإن المكتبة الوطنية تكاد تخلو من دراسة فقهية وطنية إلا من بضعة مؤلفات بما لا يتناسب و حجم المشاكل العملية التي تظهر في الميدان بسبب تطبيق هذا النظام أو ذاك. و إذا كان موضوع الشهر العقاري عموما لم يحظ بقسط وافر من الدراسات حتى على مستوى الوطن العربي ، فإنني لم أجد بين هذه المراجع القليلة و التي في أغلبها تعتمد على ما سبقها اعتمادا كبيرا، أي مؤلف أو دراسة

متخصصة للبحث في أثر الشهر العقاري على التصرفات العقارية من حيث صحتها و نفاذها سوى ما أشارت إليه بشكل جانبي بعض الكتب.

و من هذا المنطلق فإن إشكالية البحث تدور رحاها حول التساؤلات التالية :
ما حاجتنا إلى الشهر العقاري و أي نظام من أنظمة الشهر أصلح لنا ، وهل فعلا
يصح الشهر العقاري التصرفات الباطلة و المعيبة و أي حجية تكسبها التصرفات
و الحقوق المشهورة و ما جزاء تخلف الشهر .؟

و بالنظر إلى أن الموضوع مطروح في كل التشريعات و أن هذه التشريعات
تتعامل مع موضوع الشهر عموما بطرق مختلفة، فلم أجد أفضل من أن تكون هذه
الدراسة دراسة مقارنة ، ذلك لأن الجواب على هذه الإشكالية لا يتأتى إلا بدراسة
الموضوع في مختلف الأنظمة حتى تتضح الصورة و حتى نستفيد من تجارب
تشريعات الدول المختلفة .

خطة البحث

من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة رأيت أن أقسم البحث إلى بابين
اثنين، أخصص الأول للحديث عن النظام القانوني للشهر العقاري بوجه عام ، فأتناول
فيه مفهوم الشهر العقاري و أساسه القانوني و أتعرض فيه أيضا لأنظمة الشهر الحديثة
و المعاصرة ببيان ما لها و ما عليها ، كما أتناول فيه بالتفصيل النظام المطبق في
الجزائر على مختلف مراحل تطوره . أما الباب الثاني فخصصته لبحث أثر عملية
الشهر العقاري على صحة و نفاذ مختلف التصرفات و المعاملات العقارية و ذلك من
خلال التعرض لآثار الشهر و جزاء تخلفه. و لكن قبل التعرض لكل ما تقدم سأعرض
للتطور التاريخي للشهر عبر مختلف الحضارات و الشرائع القديمة من خلال فصل
تمهيدي .

الفصل التمهيدي

التطور التاريخي للشهر العقاري

أجمعت الدراسات على أن غالبية الشرائع القديمة عرفت شهر التصرفات العقارية و ذلك نظرا لما كانت تحتله العقارات في النفوس من قيمة مادية و معنوية على حد سواء ، فقد كانت الأرض رمزا للسيادة و الجاه و الثروة بحيث أن طبقة الملاك كانت تعد من أعلى طبقات المجتمع البدائي . و نظرا لهذه الأهمية كان هؤلاء الملاك يحرصون الحرص الشديد في توثيق تعاملاتهم المنصبة على العقار، و ذلك لمراقبة هذه التعاملات حفاظا على الأرض و إبقائها ملكا للعائلة أو القبيلة¹ قبل أن يتطور هدف الشهر فيما بعد ليصبح عملية فنية لتوفير الثقة و الاطمئنان بين المتعاملين².

أما وسائل و طرق الشهر فقد اختلفت و تطورت من عصر إلى عصر ومن شريعة إلى أخرى ، لكن يبقى القانون الروماني يشكل نقطة البداية لتاريخ و تطور الشهر العقاري ، ذلك أنه وكما هو معروف فإن القانون الروماني لم يكن يقبل انتقال أو نقل الملكية العقارية بمجرد اتفاق الإرادات المولدة للالتزامات ، إنما كان يربط هذا الانتقال بضرورة اتباع نوع من الشكلية المعروفة آنذاك بإحدى طرق ثلاث هي *mancipatio* و *in jure cessio* و *traditio*³ .

هذه الشكليات التي تطورت و تحولت في عهد جوستينيان لتتشكل في صورة الفكرة الرومانية لنقل الملكية التي سبق شرحها⁴ و التي تقوم على وجود تصرف ناقل

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 23
² محمد عبد اللطيف (الشهر العقاري، دراسة قانونية في التشريع المصري و المقارن) مطبعة صلاح الدين - الإسكندرية- الطبعة الأولى سنة 1947 ص 1.
³ القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 17 و د/ سالم حماد شعبان الدحود (الطبعة القانونية للتسجيل و أثر تخلفه في البيع العقاري - دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية 1997 ص 15 .
⁴ أنظر ما سيأتي بيانه في الأساس القانوني للشهر ص 39

للملكية مستقل عن التصرف المنشئ للالتزام و الذي يكون تصرفا مستقلا و مجردا يغطي حتى العيوب التي تشوب التصرف المنشئ للالتزام¹.

إلى جانب الدور البارز للقانون الروماني في إرساء القواعد الأولى للشهر العقاري و التي صارت أساسا لأغلب أنظمة الشهر الحديثة ، فإنه لا يمكن إنكار دور اليونان و المصريين القدامى من بين الحضارات القديمة و دور بعض أنظمة العصور الوسطى في مراحلها المختلفة لاسيما العصر الإقطاعي في مسيرة تطور نظام الشهر العقاري² . كما أن للفقهاء الإسلامي و اجتهادات علماءه دور بارز في وضع قواعد التوثيق و التسجيل المعروفة بنظام الطابو في عهد الدولة العثمانية التي انتقلت فيما بعد ممزوجة بالقواعد الفرنسية إلى بعض الدول العربية³ . تلك القواعد التي شكلت النواة الأولى لظهور ما يسمى اليوم بنظام الشهر الشخصي الذي يقوم مقابل نظام آخر يعرف بنظام الشهر العيني الذي ظهر أول مرة في استراليا على يد السيد "تورنس" و انتشر بشكل واسع في أغلب دول العالم في العصر الحديث .

لهذا و مسايرة لهذا التسلسل التاريخي أتناول من خلال هذا الفصل التطور التاريخي لنظام الشهر العقاري عبر أهم الحقب التاريخية التي مرّ بها تطور الشهر العقاري و أكثرها تأثيرا في تكوين قواعد الشهر السائدة اليوم و هي على الأخص المراحل القديمة و الوسطى ، لأعرض في الأخير إلى نظرة الشريعة الإسلامية تباعا من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : الشهر العقاري في العصور القديمة

المبحث الثاني : الشهر العقاري في العصور الوسطى

المبحث الثالث : نظرة الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي

¹ Gabriel marty et Pierre raynaud (les sûretés, la publicité foncière) 2éme ed sirey – Paris 1987 p 452

² Philippe Simler & Philippe Delebecque (Les sûretés , La publicité foncière) 4° ed Dalloz 2004 p 669 .

³ د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 35 و 36 .

المبحث الأول

الشهر العقاري في العصور القديمة

عرفت الشرائع القديمة أنظمة مشابهة لنظام الشهر العقاري المعروف في أيامنا و اختلفت فيما بينها من حيث طرق تنظيم عملية الشهر من جهة و من حيث الغاية من الشهر من جهة ثانية ، حيث وضع الإغريق قواعد إدارية لتحقيق شهر التصرفات¹ فكانت القسمة العقارية و باقي التصرفات العقارية تشهر بواسطة لوحة تعرض في معبد ديان "Diane" و ذلك بمعرفة الكهنة "vewttoixi" و كانت تسلم نسخة من هذا الإعلان إلى أمين المحفوظات "xvttvauzus" و ذلك بغرض تمكين كل ذي مصلحة من الإطلاع عليها إذا طلب ذلك².

و لكن لم يكن للحضارة اليونانية أثر كبير في تشكيل أنظمة و قواعد الشهر الحديثة و ذلك بسبب الطابع السطحي لقواعد الشهر المعروفة في هذه الحضارة³ خلافا تماما للقواعد التي نظم بموجبها الرومان و الفراعنة المعاملات العقارية و تسجيلها و إعلانها و هو الأمر الذي يستدعي التعرض لنظام الشهر في هاتين الحضارتين تباعا من خلال الفرعين التاليين.

المطلب الأول : الشهر العقاري في القانون الروماني

توصل الرومان منذ زمن بعيد إلى مفهوم الملكية الفردية على العقارات حيث أظهرت بعض فقرات قانون الألواح الإثنا عشر التي أمكن العثور عليها وجود مفهوم الملكية العقارية⁴ ، و كان كل تصرف وارد على شيء من الأموال النفيسة يلزم فيه

¹ صليب سامي (التسجيل و إشهار التصرفات العقارية) مجلة المحاماة السنة 8 (1928/1927) ص 642

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) 23

³ لهذا السبب فإن جل الدراسات و الأبحاث المتعلقة بتاريخ الشهر العقاري خالية من التعرض لنظام الشهر في الحضارة اليونانية ، أما العدد القليل من الدراسات التي تعرضت لذلك النظام فإنها كلها أشارت إليه باقتضاب و دون تركيز لعدم تأثير ذلك النظام في الأنظمة المعاصرة للشهر .

⁴ د/ محمد عبد المنعم بدر و د/ عبد المنعم البدراني (القانون الروماني - الجزء الأول في الأشخاص و الملكية و الحقوق العينية المقررة على ملكية الغير) مطبعة جامعة فؤاد الأول سنة 1949 ص 192 فقرة 270.

اتباع طريق الإشهاد Mancipatio أو طريق دعوى الصورية in jure cessio أو طريقة التسليم traditio و كانت هذه الشكليات هي الطرق المعروفة لإشهار التصرفات آنذاك¹.

أما الطريقة الأولى أو ما يسمى طريقة الإشهاد (mancipatio) فقد ورد النص عليها في قانون الألواح الإثنا عشر² و تجسيدها كان يتم بحضور كل من البائع و المشتري في مكان وجود المبيع مصحوبين بخمسة شهود على الأقل و الذين يختارون من طبقات الشعب أو من أفراد العشيرة التي ينتمي إليها المتعاقدان و بحضور موظف خاص يدعي حامل الميزان الروماني "Libripens" المصنوع من الصلب و يعلن المشتري رغبته في التملك بعبارة رسمية مصحوبة بإجراء شكلي يتمثل في لمس الشيء المبيع باليد، و بعد ذلك يقوم حامل الميزان بوزن الثمن المتفق عليه، و يسلم البائع سبيكة من الصلب رمزا إلى دفع الثمن³.

و كان هذا الإجراء في مجموعه كما يقول الدكتور منصور محمود و جيه يشكل نوعا من التحفظ و الاحتراس، فواقعة لمس الميزان بواسطة سبيكة الصلب كانت تشير إلى أن النقل صحيح تماما مثل استعمال الختم اليوم، و إجراء العملية كلها في حضور الشهود يقابله القيد في السجل العام في الوقت الحاضر من حيث حجية و قوة الإثبات و قد بقيت طريقة الإشهاد هذه مستعملة حتى العصر العلمي⁴.

أما الطريقة الثانية المسماة "In jure cessio" أو دعوى الصورية فتجسيدها أن يتفق البائع و المشتري على أن يقوم هذا الأخير برفع دعوى استحقاق صورية غير حقيقية ضد الأول أمام القاضي لينتج فيها حقه على المبيع ، و يرد عليه البائع بعدم

¹ د/ عمر ممدوح مصطفى (القانون الروماني) الطبعة الثانية 1954 ج 1 ص 278 و محمد عبد اللطيف (المرجع السابق) ص 2 و د/ رمضان أبو السعود (دروس في العقود المسماة - عقد البيع) سنة 1987 مطبعة جامعة الإسكندرية ص 8

² Paul Huvelin (Cours élémentaires de droit Romain) t.1 1927 p 419

³ Paul Huvelin op-cit p 136 و أنظر أيضا في هذا الشأن د/ إبراهيم عبد الكريم الغازي (تاريخ القانون في وادي الرافدين و الدولة الرومانية) مطبعة الأزهر - بغداد بدون سنة ص 220 و د/ عبد المنعم البدر اوي (أصول القانون المدني المقارن) مكتبة سيد عبد الله و هبة - القاهرة سنة 1970 ص 140

⁴ د/ محمد عبد المنعم و د/ عبد المنعم البدر اوي (المرجع السابق) ص 228 فقرة 315 و د/ منصور محود و جيه (المرجع السابق) ص 25 و محمد عبد اللطيف (المرجع السابق) ص 2.

الممانعة في ذلك و من ثم يحكم القاضي له بملكية المبيع. و لفظ "In jure cessio" يعبر حرفيا عن التنازل أمام المحكمة ، وهذا النموذج من التصرفات ظل منتشرًا حتى في ظل الإمبراطورية ، ودعوى الصورية هذه هي التي مهدت - بتدخل القاضي في نقل الحقوق - لنظام تسجيل الأحكام الناقلة "ECTA"¹.

أما طريقة انتقال الملكية بالتسليم (traditio) ، فلم تكن تتم بإجراءات شكلية رسمية كما هو الشأن في الإشهاد و دعوى الصورية ، بل كانت تتم بمجرد تسليم العقار المبيع إلى المشتري . و كان التسليم في البداية يقتضي أن يصطحب الناقل من يريد اكتساب الملكية و يمر به في جميع أجزاء العقار و بذلك كان يتحقق التسليم الفعلي . ثم تطورت هذه الطريقة ، فأصبح يكفي لتمام التسليم أن يقف البائع أو المتصرف بالعقار في مكان مرتفع ويشير للمشتري إلى حدود العقار المبيع ، و بهذا الإجراء تنتقل الملكية إليه دون حاجة إلى المرور في العقار ، و يطلق على هذه الطريقة المتطورة طريقة التسليم باليد الطويلة (longa mano)² .

أما الهبات فقد صدر قانون في عهد قسطنطين بوجوب إشهارها بتسجيل ملخصها وهو أساس نظام التسجيل في القوانين الحديثة³ و يتمثل هذا الإجراء في نسخ الهبة في السجلات العامة للمحكمة العليا أو المحكمة المحلية (Gesta ou acta publica) . ومصدر هذا الإجراء هو ما كان يسمى في بداية القرن الثالث (professio apud acta) . و قد أصبحت إجراءات شهر الهبات (apud acta) إجبارية في عهد كونستانس كلور (constance chlor) و نظمت تحت اسم "insinuation" بمنشور "edit" في عهد (constantin Legrand) في عام 323 ق م . و طبقا لهذا المنشور يجب في كل هبة أن يكتب محرر يحتوي اسم الواهب

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 26

² القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 18 و د/ سالم حماد شعبان الدحوح (المرجع السابق) ص 22 و يلاحظ أن جميع تلك الطرق لنقل الملكية و بخاصة الإشهاد و دعوى الصورية كانت تتم بإجراءات شكلية فيها من العلانية ما يكفل تثبيت الملكية و منع الغش و التحايل في التعامل و لكن هذه الطرق سواء طريقة الإشهاد أو طريقة الدعوى الصورية أو طريقة التسليم تلاشت بظهور الفكرة الرومانية التي تقوم على وجوب الفصل بين المتصرف المنشئ للالتزام و المتصرف الناقل والذي يكون مستقلا عن الأول و مجردا.

³ محمد عبد اللطيف (المرجع السابق) ص 3

و طبيعة الشيء الموهوب ، و يتلو ذلك تسليم مادي يجري في إجراءات احتفالية بحضور الشهود من الجيران ، و هذه الإجراءات يجب ذكرها في حكم القاضي الذي يقع في دائرة اختصاصه موطن الواهب و موقع العقار¹.

و فيما عدا بعض الاستثناءات المحددة و المبينة في مجموعة دساتير الإمبراطورية والدساتير الجديدة، تخضع كل هبة بين الأحياء لإجراءات التسجيل إذا زادت قيمتها عن 500 سوليدي solidi . و لم يكن من اللازم إتمام عقد الهبة كتابة ، و قد كان القاضي المختص بشهر الهبة هو القاضي العادي judex ordinarius ثم حول هذا الاختصاص للكراتور chrator والدمفير dumvirs ، ثم استبدل اختصاص الكراتور و أسند إلى المراقب القضائي للقسطنطينية Magister census de costantinople والمراجعين المحليين rectores provinciae . و في حالة عدم وجودهم أو غيابهم يختص القضاة المحليون أو محامي العامة defenser plebis الذي ظهر في النصف الثاني من القرن الرابع . ثم قرر جوستينيان شهر الهيئات أمام المحامي المدني فقط (defenser vivitatis)².

و قد بيّن قانون تيودور code Théodorien و كذا الصيغ المسماة gallo-romaines كيف كانت تتم الإجراءات أمام القضاة المحليين ، إذ يحضر الأطراف المتعاقدين أمام الدمفير أو الكراتور، و يقرأ الطالب عقد الهبة بصوت مرتفع، و في حالة عدم وجود محرر ، يتلو إقرارا يحرر به الكاتب محضرا. و بعد أن يقوم المدافع بمراجعة الحالة المادية للعقار وسلامة العقود و المستندات المقدمة من ذوي الشأن، يبدي رأيه في الطلب و يأمر إن كان هنالك محل لذلك بشهر الهبة أو العقد المثبت لها في السجل العام. و نتيجة لذلك كان يحفظ العقد في المحفوظات بعد ختمه بالأختام و التوقيع عليه من القاضي و الكاتب و الأطراف³.

¹ محمد عبد اللطيف (المرجع السابق) ص3

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص27-28 .

³ راجع في تفصيل هذه الطرق د/ منصور محمود وجيه (نفس المرجع) ص24-28 و د/ عمر ممدوح مصطفى (القانون الروماني) الطبعة الثانية سنة 1954 الجزء الأول ص 270 و ما يليها و الدكتور توفيق حسن فرج (القانون الروماني) من ص 293 إلى ص 309 .

و في الوضع الأخير للتشريع، جرت العادة على أن يكتب في السجلات العامة ليس العقد ذاته و إنما نسخة يحررها موظف مختص ويسمى "exceptor" بحضور الأطراف والقضاة الذين يضعون إمضاءاتهم عليها. و كل هبة تزيد قيمتها على 500 سوليدي و ليست مشهورة بطريقة التسجيل كانت في ظل هذه القوانين تعد باطلة بطلانا مطلقا فيما زاد عن هذا المبلغ و لم تكن الهبة تصح حتى بين المتعاقدين إلا بالتسجيل . و من هذه الناحية يوجد شبه كبير بين تسجيل الهبات في القانون الروماني و نظام السجل العيني في القوانين الحديثة¹.

و إذا كانت الهبات هي أولى التصرفات التي اشترط القانون الروماني تسجيلها في سجلات عامة، فإنه في مراحل أخرى من تطور القانون الروماني صارت السجلات العامة مخصصة لتسجيل تصرفات أخرى لاسيما الوصية والإشهاد و العتق و الوصاية وحتى البيع، إلا أنه وخلافا للوصية فإن تسجيل هذه التصرفات كان اختياريا و ليس إجباريا . و لكن سرعان ما أصدر الإمبراطور ليون الفيلسوف " Leon le philosophe" دستورا ألغى بموجبه إجراءات التسجيل، و منذ ذلك الحين أصبح يكفي لصحة الهبات التي تزيد عن 500 سوليدي أن يحضر ثلاثة شهود كتابة العقد ، إلا أن إجراءات التسجيل استمرت في بعض المناطق المنشقة من الإمبراطورية الرومانية لاسيما بلاد الجول (GAULLE)².

المطلب الثاني : الشهر العقاري في الحضارة المصرية القديمة

حسب بعض الشراح فإن العقود الناقلة للملكية كانت تخضع لإجراءات الشهر والتسجيل في عهد الأسرتين الفرعونيتين الأولى و الثانية الممتد من سنة 2980 ق.م إلى سنة 2750 ق.م³ إذ كانت هناك مصلحة تقوم على مسح الأراضي ، و قد أثبت المؤرخون وجودها منذ عهد الأسرة الأولى . و كانت هذه المصلحة تتولى مهمة

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 28 .

² د/ منصور محمود وجيه (نفس المرجع) ص 29

³ د/ محمود شوقي (الشهر العقاري علما وعملا) سنة 1951 ص 86 و د/ براهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 65 و د/ شفيق شحاتة (تاريخ القانون في مصر) الجزء الأول سنة 1954 ص 45 و ما بعدها .

إحصاء الملكيات و الملاك على حد سواء، و كانت تجرد في سجلاتها إسم المالك و بيان ممتلكاته من العقارات و كذا السندات الناقلة للملكية ، و كانت هذه السجلات تسمى (مجات) . و كان هذا التسجيل يسمى في اللغة المصرية القديمة (إيمي-رن-ف) و يعتقد أن أهمية هذا التسجيل كانت تتمثل في كونه يعطي للتصرف محل التسجيل حجية في مواجهة الغير¹.

و يلاحظ أنه في عهد الأسرة الأولى و الأسرة الثانية كانت الملكية تنتقل بحكم القانون بمجرد تسجيل العقد الناقل في مكتب الشهر. و لقد استمر الوضع على هذه الحال إلى غاية انهيار الأسرة الرابعة و بدء عهد الأسرة الخامسة في سنة 2750 ق.م ، إذ اتجهت مصر إلى النظام الإقطاعي و تطور نظام الملكية ، فبعد أن كانت الملكية حقا مطلقا أصبحت في معظم الحالات مجرد حق انتفاع ، و توزعت عناصر الحق ما بين الدولة أو الملك و بين الأفراد . و كانت الملكية تكتسب عن طريق الهبة كما هو الحال بالنسبة لمنح الملكية أو عن طريق الوصية . كما كانت تكتسب عن طريق الشراء أيضا² . و كانت في هذه الفترة كل السندات تسجل في مكاتب الشهر لإثبات انتقال الملكية³.

هذا و يرى فريق من العلماء⁴ أن نظام الملكية الفردية لم يكن معروفا في مصر القديمة و أن الملكية كانت في عهد الدولة القديمة و في عهد الدولتين الوسطى و الحديثة حقا من الحقوق العامة، فالملك يملك بصفته ملكا جميع أراضي المملكة المصرية و ليس للأفراد على هذه الأراضي سوى حق الانتفاع، و ذلك فقط في الحالات التي يمنحهم فيها الملك حقا على بعض هذه الأراضي . فقد تنازل الملك عن بعض الأراضي للكهنة في عهد الأسرة السابعة عشرة فكانت الأراضي آنذاك تنقسم إلى قسمين ، أملاك الملك و أملاك الكهنة⁵.

¹ د/ شفيق شحاتة (المرجع السابق) ص 45

² د/ شفيق شحاتة (نفس المرجع) ص 10

³ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 149

⁴ د/ شفيق شحاتة (المرجع السابق) ص 103

⁵ د/ محمد كامل مرسي (شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية) ج 2 المطبعة العالمية - القاهرة 1951 ص 18 .

ثم جاء رمسيس الثاني في عهد الأسرة التاسعة عشرة فجعل لرجال الجيش كذلك نصيبا من أراضي المملكة المصرية، فأصبحت الأراضي المصرية تنقسم إلى ثلاثة أقسام ، أراضي الملك و أراضي الكهنة و أراضي الجند¹. وبالرغم من أن الكهنة و الجند لم تكن لهم الملكية التامة و إنما مجرد حق الانتفاع إلا أنه كان لهم أن يتصرفوا فيها كما يشاءون.

و إذا كان الفقهاء و علماء التاريخ يختلفون حول وجود أو عدم وجود ملكية فردية في مصر القديمة و لكل طرف وثائق يستدل بها على رأيه ، فإنه لا خلاف تقريبا في أن الأفراد كانوا يملكون الأراضي في عهد الدولتين الوسطى و الحديثة و أن حقهم عليها كان مطلقا ، و أن الأموال المملوكة ملكية فردية كانت تخضع لجميع أنواع التصرفات و أن التصرفات الناقلة للملكية كانت توثق أمام الموظف المختص و تسجل بمكاتب التسجيل الذي كان يتم في مصلحة المساحة، حيث كان يوجد سجلان لقيد أسماء الملاك و بيان أملاكهم، و أن هذه السجلات كانت تستخدم لإثبات الملكية عند التنازع عليها أمام القضاء².

و في مرحلة لاحقة من مراحل تطور الحضارة المصرية الفرعونية و بالضبط في العهد الأموني أو العهد الإقطاعي الثاني الممتد من سنة 663 قبل الميلاد إلى سنة 120 قبل الميلاد ، فإن اصطباغ الدولة بالصبغة الدينية أدى إلى تغير طبيعة الملكية العقارية ، إذ أصبحت جميع الأراضي مملوكة – حسب القوانين السائدة - للإله آمون³ بحيث إذا حاز أحد الأفراد بعض هذه الأراضي فإن حيازته لم تكن تجاوز حق الانتفاع

¹ أنظر كل من د/ عبد الرزاق السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني ج8 – حق الملكية) دار النهضة العربية القاهرة 1967 ص 485 و الهامش رقم 2 و د/ محمد كامل مرسي (المرجع السابق) ص 21 – د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 150 و د/ نزيه محمد الصادق المهدي (الملكية في النظام الإشتراكي) رسالة دكتوراه في الحقوق – جامعة القاهرة طبع دار النهضة العربية – القاهرة 1971 ص 537

² د/ شفيق شحاتة (المرجع السابق) ص 248.

³ د/ محمد علي حنبولة (الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة) رسالة دكتوراه في الحقوق – جامعة عين شمس 1974 ص 50 و د/ منذر عبد الحسين الفضل (الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي) رسالة ماجستير في القانون – كلية القانون و السياسة بجامعة بغداد سنة 1976 طبع ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر 1988 ص 16 .

وإذا ما أراد التصرف فيها كان يتوجب عليه الحصول على موافقة الإله آمون ممثلاً في شخص كبير الكهنة¹.

و بداية من عهد الأسرة السادسة و العشرين إلى عهد الأسرة التاسعة والعشرين أنشأ بوكوريس Bochoris نظاماً يتم بمقتضاه نقل الملكية عن طريق العقود الشكلية المكتوبة ، وقد ظلَّ هذا النظام قائماً حتى في الفترة التي غزى فيها الفرس مصر . و نفس النظام أيضاً كان سائداً لما حكم الإغريق مصر في القرن الثالث قبل الميلاد، إذ عثر على سجلات تعود لتلك الفترة، تحوي نسخاً من عقود، كما عثر أيضاً على وثائق يرجع تاريخها إلى عام 228 أو 221 قبل الميلاد عبارة عن أجزاء سجل كانت تدون فيه كل يوم ملخصات عقود عرفية كان يعهد بحفظها إلى حارس العقود (syngrophylax)².

و كانت هذه العقود تبدأ بذكر كلمة تشير إلى نوع العقد ثم يتلوها ذكر أسماء الطرفين المتعاقدين و مراكزهم، ثم موضوع الاتفاق في عبارات موجزة أو مسهبة ثم اسم حارس العقود الذي عهد إليه بالمحافظة على العقد، و على الحافة اليسرى للسجل كانت تكتب تواريخ التسجيل، لكن تاريخ العقد لم يكن يدون. و في الأيام التي لم يكن يسجل فيها أي عقد كان يكتب أمامها (لأشياء)، وكان يدون أيضاً بجانب كل ملخص عقد مبلغ نقدي يبدو أنه يشكل حقوق التسجيل. و يرى ناشرو هذه الوثائق أنها تشكل نسخاً من وثائق مصدرها مكتب للتسجيل العقاري، في حين يرى باحثون آخرون أن مصدرها مكتب تحرير فقط و ليس مكتب تسجيل عقاري³.

أما في الحقبة التي حكم فيها الرومان مصر على أثر انتصار أغسطس على أنطونيوس و كليوباترا في موقعة أكتيوم سنة 30 ق.م، و لما انقسمت الإمبراطورية الرومانية و آلت مصر إلى الامبراطورية الشرقية و ظلت تابعة لها حتى فتح العرب

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 152

² د/ محمد كامل مرسي (المرجع السابق) ص 25

³ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 153

عام 640 بعد الميلاد ، فقد ساد نظام متقن للشهر العقاري، حتى أنه اشتبه على الفقهاء ما إذا كان من قبيل نظام السجل العيني أم من قبيل نظام الشهر الشخصي¹.

و أهم ما ميز هذه الحقبة هو صدور أمر عام من حاكم مصر المسمى متيس رفيوس " Metius Rufus " عام 89 بعد الميلاد يأمر فيه كل الملاك في خلال ستة شهور أن يقيدوا أموالهم الثابتة في سجلات للحيازة . كما ألزم بموجب نفس هذا الأمر الدائنين بأن يقوموا بقبض رهونهم. و بموجب نفس الأمر أيضا ألزم كل ذوي الحقوق العينية أن يقيدوا حقوقهم. و كان لزاما تجديد هذه الإقرارات كل خمسة سنوات، و كلما أمر بذلك حاكم جديد².

و كان أعضاء السجل يقومون بفحصها و إذا حالت عقبة دون إتمام نقل الإقرارات في السجل كان أمين السجل يقوم بإنذار مقدم الإقرار بذلك، و كانت تحفظ صورة من صورتي الإقرار لدى أمين السجل، في حين يحتفظ صاحب الإقرار بالصورة الثانية. و كانت كل صفحة من صفحات السجل تعنون باسم حائز معين، تدون فيها جميع العقارات و الحقوق العقارية التي تخص اسم الشخص صاحب الإقرار بناء على إقراره ، و كانت هذه الصفحات تحمل اسم *diastroma ou singulier*³

هذا و قد تعرضت مصر قبل الفتح الإسلامي لكثير من الغزوات المتسابقة التي قام فيها الغزاة بإتلاف جميع الأنظمة التي كانت قائمة بوادي النيل و من بينها نظام

¹ لم يشر المؤرخون أو الأثريون إلى ما يفيد العثور على آثار لسجلات عينية حتى يمكن القول بأن نظام الشهر كان عينيا، كما أنه لم يعثر أيضا على آثار لسجلات أو فهارس هجائية بأسماء المتعاقدين حتى يمكن القول بأن نظام الشهر عند قدماء المصريين في هذه الفترة كان نظاما شخسيا. أنظر في هذا الشأن د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 155 و د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 67 و د/ محمد علي حنبولة (المرجع السابق) ص 71 و ما بعدها

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 156
³ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 158. و قد أثارت الإقرارات الصادرة طبقا للأمر سالف الذكر و كذا التعليمات التي كان يوجهها الحاكم إلى أمناء السجلات جدلا كبيرا بين الفقهاء و المؤرخين، فقد تساءل البعض عما إذا كانت مكاتب السجلات العقارية في مصر أثناء حكم الرومان مجرد مكاتب للأعمال المساحية cadastre أم أنها مكاتب لتحرير العقود، أم أنها كانت تقوم بأعمال الشهر العقاري المعروف في العصر الحديث.

الشهر العقاري ، فزال و اندثر كل أثر للتسجيل و أصبح العقد الذي يبرمه المتعاقدون صحيحا فيما بينهم و في مواجهة الغير و دون مراعاة لأية إجراءات خاصة للشهر و ظلّ الحال هكذا إلى أن تم فتح العرب لمصر سنة 640 ميلادية¹.

المبحث الثاني

الشهر العقاري في العصور الوسطى²

ساد النظام الإقطاعي في ربوع أوروبا عامة و أوروبا الغربية بوجه خاص و تميز بمجموعة من المميزات و الخصائص منها بروز الإقطاع كخلية أساسية للحياة الاقتصادية و السياسية و الإجتماعية و من أهم ما تميز به النظام الإقطاعي الأوربي ظهور أنواع و أنماط مختلفة من الملكية العقارية منها الأراضي التابعة لسيد الإقطاع و منها أراضي النبلاء الخاضعين لسيد الإقطاع و منها الأراضي التي كانت تقطع الأبقان الأرض و هم خدم لسيد الإقطاع يستغلون الأرض لقاء خدمات المشاركة في الحروب و الغزوات³.

و في ظل هذا النظام لم يتغير الوضع كثيرا عما كان عليه من قبل ، فبعد أن كانت الأرض بين الأسر و العشائر أصبحت موزعة بين الأسياد و الإقطاعيين و بعد أن كانت الأرض مجرد مصدر للرزق في الأسرة ، صارت مظهرا من مظاهر السلطة في النظام الإقطاعي ، و لذلك كان الزعماء الإقطاعيون يتشددون في المحافظة على الأرض حتى لا يضيع سلطانهم ، و كان انتقالها من شخص إلى آخر موقوفا على موافقتهم منعا لانتقالها إلى الغرباء ، و كانت هذه الموافقة تتم في إطار إجراءات صعبة

¹ د/ محمود شوقي (المرجع السابق) ص 7.

² تنحصر فترة القرون الوسطى على الرأي الراجح بين سقوط روما و انهيار الإمبراطورية الرومانية في الغرب عام 565 م على أيدي القبائل الجرمانية و بين اكتشاف القارة الأمريكية في نهاية القرن الخامس عشر و إن وجدت إلى جانب هذا الرأي آراء أخرى منها ما يحصر القرون الوسطى بين سقوط روما و سقوط القسطنطينية على يد السلطان العثماني محمد الفاتح عام 1453 م و منها ما يحصرها بين سقوط روما و بين اتفاقية وستفاليا لعام 1648 م و التي انتهت بها الحرب المعروفة باسم حرب الثلاثين سنة .

³ د/ منذر عبد الحسين الفضل (المرجع السابق) ص 27 و 28

تحولت مع الزمن إلى وسيلة لشهر الانتقال و إعلانه و حماية المشتري من الغش و الاحتيال¹.

و بالرغم من أن الإقطاع عقيدة واحدة تقوم على المبادئ و الأسس ذاتها إلا أن هذا النظام كان يظهر بأشكال مختلفة قبل و بعد بروز سلطة الكنيسة في أوروبا ، كما أن النظام الإقطاعي ذاته كان منتشرا بأشكال مختلفة في كبرى الدول الأوروبية آنذاك بحيث أن الإقطاع في ألمانيا كان له مظهر مميز عن الإقطاع في فرنسا و بريطانيا مما يستدعي الفصل بين كل نظام².

المطلب الأول : في ألمانيا

في ظل النظام الإقطاعي الألماني أصبحت المجالس الدائمة و هي البقية الباقية من محاكم المئة (les cours de centaines)³ هي التي تتولى الحكم في المقاطعات و انتقل الاختصاص القضائي الذي كان بيد مجلس الرجال الأحرار إلى أيدي الملتزمين (tenanciers) و كانت إجراءات نقل الملكية تتم أمام محاكم الإقطاع تحت رئاسة قاضي الأمراء "Richter" ، و إجراءات هذا التصرف كانت تأخذ في الغلب و جهين مختلفين ، التسليم (la tradition sale ou salung) و التعميد (investiture)⁴.

و خلال القرن الثاني عشر عهد إلى المحاكم الأشفينية cours Echeviniales بقيد القضايا الهامة في سجلات خاصة تسمى سجلات المدن و سجلات الأرض كانت تسمى بالألمانية Gericht bücher و صار هذا القيد فيما بعد شرطا لنقل الملكية و أصبحت إجراءات التسليم و التعميد الشكلية السابقة مجرد إجراءات تحضيرية لعملية القيد . و قد كان أحسن تطبيق لهذا النظام في مقاطعة مورافيا moravie و مقاطعة

¹ حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 19

² د/ منذر عبد الحسين الفضل (المرجع السابق) ص 26

³ محاكم المئة هي محاكم كانت معروفة في ظل العادات الجرمانية القديمة في القرن التاسع و كانت هذه المحاكم تختص في توثيق عمليات نقل الملكية العقارية إذ يحضر أمامها المتعاقدان، حيث يقومان بالأعمال الرمزية للنقل.

⁴ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 29.

بوهيميا Bohême و كانت جميع التصرفات القانونية الخاصة بالعقارات كالبيع و الوصية و الرهن و غيرها من التصرفات العقارية تخضع لإجراءات القيد في سجل الأراضي . و قد انتشر هذا النظام أيضا في براغ Prague عام 1253 ثم هامبورغ Hamburg عام 1268 و في غيرها من المدن الأوربية التي كانت آنذاك خاضعة للقوانين الجرمانية¹.

و في تعليق للأستاذ "بسون" نقله الدكتور منصور محمود وجيه في مؤلفه (نظام السجل العيني و إدخاله في الإقليم المصري) قال " إنه من المبالغ فيه القول بأنه منذ ذلك الوقت كان لدى ألمانيا نظام حقيقي للسجلات العينية لأنه لا سجل الأراضي و لا سجل المدن لم يكن أيهما يفتح حسابا بكل عقار " ، فالسندات الناقلة للملكية كانت تسجل فيها إجمالا و يحسب تاريخها واحدا بعد الآخر . إلا أن هذه السجلات كانت لها نفس الأهمية التي يعطيها المشرع حاليا في ألمانيا و ذلك في مقاطعة "بوهيميا" و "مورافيا" و هي البلاد التي نشأت فيها ، فكانت سجلات الأراضي عامة و كانت لبياناتها قوة مطلقة فيما عدا حالة الغش . و قد كان القيد مطلوباً كشرط ليرتب النقل أثره و كان معلقاً على التحقق السابق من سند المكتسب و من حقه في التصرف . و على هذا فإنه يمكن القول إذن و بالرغم من بعض نواحي النقص بأن نظام سجل الأراضي كان يقوم على المبادئ الأساسية للقانون الألماني الحديث².

و هكذا فإن هدف الشهر في هذا النظام لم يعد يقتصر على تلافي الغش ، بل إن فكرة الثقة العامة نفسها ظهرت لتصحح الإكتساب و هي الفكرة التي استدعت قيام فكرة أخرى يقوم عليها مبدأ المشروعية الذي سنأتي على شرحه لاحقاً³ و الذي يتلخص في التحقق من سند المكتسب و حقه ، و كلا الفكرتين تمثلان آخر مراحل التطور التي تم توصل إليها في مجال الشهر .

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 29

² د/ منصور محمود وجيه (نفس المرجع) ص 30

³ أنظر ما سيأتي بيانه ص 122

المطلب الثاني : في فرنسا

أما في فرنسا فقد استمرت إجراءات تسجيل الهبات مطبقة في جزء كبير من بلاد الجول (gaule) حتى حوالي القرن الحادي عشر لتحل بعدها الوسائل الخاصة بنظام أمراء الإقطاع و ذلك خلال فترة الإقطاع ، إذ صار أمير الإقطاع (seigneur) يقوم بالدور الذي كان يعطى للجماعة من قبل، ففيما عدا الميراث الحر لم تكن توجد ملكية عقارية بالمعنى القانوني للكلمة، فلم يكن هنالك إلا حائزون ، بعضهم على سبيل الأمانة والتشريف و هم الأشراف (fiefs) ، و الآخرين الملزمون برد الأرض و هم الفلاحون ، وهؤلاء جميعا لم يكن بإمكانهم تغيير و نقل الحيازة إلا بموافقة الأمراء عن طريق إجراءات التعميد (investiture) إذا كان التصرف صادرا من الأشراف أو عن طريق إجراءات الاستيلاء و التسليم (dessaisine-saisine) بالنسبة للتصرفات الصادرة عن غير الأشراف أو الخاصة بالأرض الخراجية (fonds censuels)¹.

ففي حالة الإقطاعيات كان يجب أن يحضر الأطراف أمام الأمير في العاصمة الإقطاعية بحضور مجلس القضاء الخاص بالإقطاعية، و كان يجب على الشخص أن يضم يديه في حالة خضوع و خشوع بين يدي سيده و يجب أن يتلفظ بهذه العبارات؛ "سيدي سأكون في حمايتك و في وطنك و سأصبح رجلك بالفم و باليد و أقسم لك و أقدم ثقتي وولائي في مواجهة الجميع و ضدهم"²، فإذا ما قبل الأمير هذا التكريم قام بتعميده³. و يجب أن يلاحظ أن التعميد لم يكن نقلا للملكية، و إنما كان تجديدا للعقد الإقطاعي الذي يعطى للتابع الجديد vassal حق القضاء و السيادة.

أما إجراءات الاستيلاء و التسليم (dessaisine-saisine) فكانت طبقا لتعريف بوتيه "Pothier" تعني العقد أو الإجراءات التي بواسطتها يعلن الأمير في حفل رمزي أنه يخول لدافع الخراج (censiraire) وضع يده على الأرض الخراجية

¹ Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 669

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 23 نقلا عن المجموعة الزراعية 81 lit 1, Liv, 1, somme rurale.

³ أي جعله عميدا أو عمدة على الإقطاعية

التي تسلم له في مقابل دفع خراج ، و كان الأمير الإقطاعي هو من يتكفل بتلقي التنازل la dessaisine و إعطاء الاستيلاء أو التسليم (la saisine) على الأرض محل البيع . و إذا رفض الأمير هذا المشتري فهذا الأخير أن يرفع أمره أمام قاضي الأمراء أو القاضي الملكي (Le juge royal) .

أما في المقاطعات الشمالية لفرنسا فقد جرت العادة في شهر التصرفات العقارية تحت اسم الرهن (nantissement) و هو عادة يرجع مصدرها للعبادات الإقطاعية لاسيما الاستيلاء و التنازل (dessaisine - saisine) . و كانت تتبع خاصة في المقاطعات الفرنسية الخاضعة للعبادات و هي فارموندوا Vermandois و بيكاردي picardie و فلوندر Flandre و بونتير panthière و أميان amiens و بيرون péronne و ريم reims و فالوا valois و أيضا في بلجيكا . و كانت عملية نقل الملكية و تكوين الرهن تتم أمام ضابط قضائي officier de justice أو مأمور آشفيني (collège d'echevins) ثم تسجل على سجل عام لاطلاع الجمهور على الأقل ليكون للتصرف حجية أمام الغير¹ .

و تتلخص إجراءات هذه العادة في وجوب القيام بتصرفين متميزين متتاليين و هما التنازل (le devest ou déshéritance) و بموجبه يتخلى المتصرف صوريا عن ملكه بين يدي الضابط القضائي العقاري و التقليد أو التنصيب (vest ou adheritance) ، و بموجبه ينصب القضاء المكتسب . و كانت العادات تتطلب أن يصدر الطرفان تصريحاً مفصلاً يبين طبيعة و موقع و محتويات و صور كل من العقارات التي ينصب عليها التصرف ، و توجد عدة منشورات و قرارات و لوائح تقضي كلها بإبطال التصرف ما لم يدرج محضر العملية المذكورة في سجلات قلم كتاب المحكمة العقارية² .

¹ Gabriel marty et Pierre Raynaud op-cit p 452

² من بين هذه المنشورات و اللوائح، منشور (edits) بلا كار و فيليب الثاني في 16 ديسمبر 1587 و المنشور الدائم للأرشيديوقين ألبيرت و إيزابيل في 12 جويلية 1611 و قرار برلمان باريس في 29 نوفمبر 1599 .

و قد كانت سجلات الرهن (registres de nantissement) عامة و كان يجب على أقلام الكتاب السماح للجمهور بالاطلاع عليها بل وحتى تقديم صورة لكل من ترى أنه في حاجة إليها و ذلك بموجب الأمر الصادر من فيليب الثاني في 10 جانفي 1593 م و كانت إجراءات الرهن إجبارية لكل عقد ناقل للملكية العقارية أو منشئ لحقوق عينية عقارية¹.

و فيما عدا نقل الملكية بسبب الوفاة أو القسمة التي لم تكن العادات تخضعها لأي إجراءات فإنه كان يترتب جزاء على عدم إخضاع التصرفات الناقلة للملكية العقارية لإجراءات الرهن هو أنه لا يعتبر المكتسب مالكا و لا يكون له إلا دعوى شخصية ضد المتصرف كما نصت على ذلك المادة 71 من عادات Artois و المادة 3 من عادات Lille . و طبقا لهذه القاعدة، فإنه إذا كان هنالك عدة مكتسبين لنفس العقار فيجب أن يفضل الشخص الذي أتبع إجراءات الرهن أولا. و الملاحظ أنه حتى هذا النظام لم يكن يحقق أمانا مطلقا "sécurité absolue" لأن سند النقل ظل قابلا للإلغاء و الإنهاء بعد إتباع الإجراءات كما كان قبله ، إلا أن ما لا يجب إنكاره هو أن عادات الرهن كطريق لإشهار التصرفات العقارية كانت على الأقل تحول دون الغش و هذه ميزة كبرى قد لا تحققها بعض التشريعات المعاصرة بنفس الدرجة².

أما في مناطق أخرى من فرنسا لاسيما في bretagne و Metz فنظام الشهر كان مختلفا نسبيا³، إذ كان مصدره العادات القديمة التي ترجع إلى الثلث الأول من القرن الرابع عشر و التي كانت تقضي بتحويل المكتسب سند ملكية غير قابل للطعن نسبيا و هذا النظام الخاص بهاتين المقاطعتين كان يقضي بوجوب لجوء المتعاقدين إلى القضاء من أجل إعلان التصرف في إجراءات تمليك كانت تسمى (Appropriance par bannies)⁴ ، و كانت هذه الإجراءات تتم عمليا عبر ثلاث

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 35

² د/ منصور محمود وجيه (نفس المرجع) ص 38

³ Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 675

⁴ Stéphane Piedelièvre (La publicité foncière) ed Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J) 2000 p 7

مراحل أولية هي أولاً قيد أو تسجيل التصرف enregistrement ou insinuation و ثانياً وضع اليد المادي على العقار من طرف المكتسب la prise de possession de l'acquéreur و ثالثاً الشهر أو الطرد publication ou bannis.

و بعد هذه الإجراءات يقوم القاضي بإصدار حكم يتضمن تأكيد الإجراءات و تبعاً لذلك يعلن أن المكتسب صار مالكا حقا، و منذ تلك اللحظة يطهر العقار من كل الأعباء التي لم يقم بشأنها أي اعتراض بعد النشر، و يجدر الذكر أن هذه الإجراءات كانت إجبارية وفي حال إغفالها فإن حقوق الغير على العقار المبيع تثبت و لا يمكن التخلص منها¹.

المبحث الثالث

الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي

لقد سبق القول في بداية هذا البحث أن انتقال الملكية في الشريعة الإسلامية ليس متوقفاً على أي شكلية من الشكليات²، فمتى أبرم العقد الناقل صحيحاً و استوفى عناصر صحته و نفاذه و لزومه ترتب حكمه الأصلي و هو ثبوت ملك البدلين للعاقدين في الحال أي ثبوت ملك المشتري في عقد البيع للشيء المبيع و ثبوت ملك البائع للثمن في الحال، و يستوي في ذلك أن يكون المبيع عقاراً أم منقولاً، مفرزاً أم شائعاً إذا كان معيناً في جملته³.

و مفاد ما تقدم أن العقد في ذاته ينقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في الفقه الإسلامي و يتم هذا الانتقال بمجرد إتمام العقد، دون حاجة إلى أي إجراء آخر⁴

¹ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 452

² راجع ما سبق بيانه ص 3

³ أنظر: صالح عبد السميع (جواهر الإكليل في شرح مختصر العلامة خليل) ج 2 ص 2 و روضة الطالبين للإمام النووي ج 3 ص 24.

⁴ إن المعروف عن الشريعة الإسلامية أنها جاءت محررة للعقود من الشكليات و مقيمة إياها على مجرد التراضي بعد أن بلغت الشرائع القديمة السابقة لظهور الإسلام في اشتراط الشكلية و لكن في المقابل فإن الشريعة الإسلامية إذ جعلت =

فمجرد الإتفاق ينقل الملكية ، حيث لا تعرف الشريعة الإسلامية الغراء الشكلية التي تعتبر من سمات القانون الروماني¹. وبالرغم من إجازة فقهاء الشريعة الإسلامية إشتراط تأخير انتقال الملكية في ضوء القواعد العامة التي تحكم اقتران الشروط بالعقود و ذلك في عدة فروض ، فإن القاعدة تبقى قائمة و سارية ، إذ يبقى انتقال الملكية متعلقا بانعقاد العقد فحسب دون حاجة إلى أي شكلية أو إجراء و تبقى الشروط المتفق عليها بين الأطراف محصورة في ترتيب آثارها بين أطراف الإتفاق فقط ، و من ثم فإن انتقال ملكية العقار في الفقه الإسلامي يتم بمقتضى العقد الصحيح اللازم دون اشتراط لقبض أو تسليم أو أي إجراء شكلي آخر².

و إذا كانت هذه هي نظرة الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بانتقال الملكية حسب الأصول العامة للفقه الإسلامي ، فإنه يحق لنا أن نتساءل عما إذا كانت الشريعة الإسلامية أثناء تطبيقها في مختلف البلاد الإسلامية قد عرفت نظام تسجيل أو شهر الملكية العقارية و التصرفات الواردة على العقارات بشكل عام ، أم أن مسألة التسجيل

= التراضي أو الرضائية أساسا للتعاقد، فإن تعاليم الإسلام ما فتئت تحت على الوفاء بالعهود أو بالعقود المختلفة، و ذلك في الكثير من آيات القرآن مثل قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، فمن حيث المبدأ لم تشترط الشريعة الإسلامية صورة خاصة لأي عقد، باستثناء عقد الزواج إذ اشترط بعض الفقهاء الإشهاد عليه أو إعلانه. و لكن الشريعة الإسلامية، و مع أنها لم تشترط أي شكلية في التصرفات إلا أنها ندبت إلى توثيقها بالكتابة أو الإشهاد أو الكفالة أو الرهن، و قد اشترطت أحيانا القبض لتمامها، فجاءت آية المداينة في سورة البقرة مفصلة لذلك بقولها: "

."

¹ د/ سالم حماد شعبان الدحوح (المرجع السابق) ص 25 .
² لمزيد من التفصيل حول اقتران العقد بشروط لا سيما شرط تأخير انتقال الملكية و أثره راجع : بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد ج2 ص 133 و الموافقات في أصول الأحكام للشاطبي ج1 ص 191 و روضة الطالبين للنووي ج 3 ص 71 و ما بعدها .

و الشهر بقيت مجهولة في الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي عبر مختلف العصور خاصة و أن الذي يتردد لدى فقهاء الشريعة الإسلامية عن الفقه الإسلامي أنه فقه متطور و أنه مفتوح على الإجتهد .؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي منا التعرض لنظرة الشريعة و الفقه الإسلامي في العصور الأولى لتطبيق الشريعة الإسلامية من خلال التعرض لمرحلتين اثنتين من تاريخ تطبيق الشريعة الإسلامية في مختلف البلدان الإسلامية ، الأولى هي مرحلة ما قبل الخلافة العثمانية و المرحلة الثانية هي مرحلة دولة الخلافة العثمانية .
لنتناول بعدها نموذجاً حديثاً عن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية و أحكامها في مجال الشهر و ذلك بالتعرض للنموذج السعودي المعاصر .

المطلب الأول : الشهر في العصور الأولى لتطبيق الشريعة الإسلامية

الفرع الأول : مرحلة ما قبل دولة الخلافة العثمانية

إن نظم السجلات العقارية و تسجيل التصرفات العقارية في هذه السجلات بغرض شهرها و إعلام الغير بها لم تعرف قبل وجود دولة الخلافة العثمانية لأن الملكية كانت تنتقل وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي بمجرد التراضي ، سواء بالنسبة للمتعاقدين أم بالنسبة للغير¹ و لكن ذلك لم يمنع من وجود بعض النظم الخاصة كنظام دواوين الأملاك² و المستأجرات و نظام كتاب العدل³ الذي كانوا يتولون تحرير اتفاقات الأفراد تحت إشراف القضاء بهدف إثبات إتفاقات المتعاقدين و توثيقها و الإشهاد عليها

¹ د/ سالم حماد شعبان الدحدود (المرجع السابق) ص 32

² الدواوين جمع ديوان و الكلمة فارسية أصلها ديوانه حذفت منها الهاء للتخفيف و تعني الشياطين و قد أطلقها كسرى على كتابه القاتمين على حربة المال فسمي الديوان نسبة إلى المكان الذي كانوا يجلسون فيه أثناء تأدية وظائفهم و قد أطلق عليهم إسن الديوانه أي الشياطين نظراً لحذقهم و شطارتهم في تعقب ما ظهر و ما خفي من الأمور المرتبطة بحسبة المال ، و قد أطلق العرب هذه الكلمة على سجلات الحكومة و الدور التي كانت تودع فيها هذه السجلات و أول من وضع نظام الديوان في العهد الإسلامي هو الخليفة عمر بن الخطاب . و لمزيد من التفصيل أنظر كتاب الأحكام السلطانية و الولايات الدينية للموردي ص 205 و ما بعدها و د/ محمد ضياء الدين الرئيس (الخراج و النظم المالية للدولة الإسلامية) الطبعة الخامسة - دار التراث القاهرة - سنة 1985 ص 137 و ما بعدها .

³ كتاب العدل أو العدول نظام إسلامي يختلف عن كتاب المحاكم اليوم الملازمين للقضاء كمساعدين للقضاء ، و هو نظام مستمد من تعاليم يية المدائنة في سورة البقرة التي نذبت كتابة الديون و مختلف الإتفاقات المالية و أوكلت مهمة الكتابة لكاتب العدل الذي يعمل تحت إشراف القاضي ، و هو نظام لا يزال سارياً إلى اليوم في المملكة العربية السعودية كما تقدم شرحه .

لتقليل الخصومات بين المتعاقدين و ذلك عملا بأية المداينة و هي الآية 282 من سورة البقرة التي تضمنت الأمر بكتابة الدين المؤجل ، إذ جعلتها على يد كاتب عدل و على وضع عادل، كما حضرت على الكاتب أن يأبى الكتابة و أمرته أن يكتب بإملاء المدين أو وليه كما أمرت بالشهادة على الدين، ثم أمرت كذلك بالإشهاد على البيع¹.

هذا و لم يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المرحلة في إقامة العقود على مجرد التراضي بين أحكام التصرف في المنقول و أحكام التصرف في العقار ، فعقد البيع عندهم ينقل ملكية الاثنيين بمجرد انعقاده صحيحا ، ومع أنهم لم يشترطوا أي شكلية من الشكليات لإظهار و إعلان التصرف ، إلا أنهم لم يفتهم تحقيق الغرض الذي كانت ترمي إليه الشكليات في القوانين القديمة ، و هو حماية الناس من الغش و التدليس و حفظ الحقوق و منع إنكارها و جحودها². و هذا ما يوفر في الأخير الحماية الكافية ذلك أن الإنسان عندما يتعاقد فإنه يقدم على التعاقد و هو مطمئن إلى أنه إنما يتعاقد مع المالك .

و قد استمر الوضع على هذه الحال منذ صدر الإسلام حتى العصور المتأخرة حيث تغيرت أخلاق الناس و عاداتهم، فأعرضوا عن تعاليم الدين و ما يأمر به من مكارم الأخلاق، فكثر الغش و الفساد و الخداع و أكثر ما حصل فيه الغش هو التعامل في العقار نظرا لأهميته و قيمته، فأصبحت وسائل التوثيق التي نصت عليها آية المداينة غير كافية لتحقيق الغرض منها بالنسبة للعقار. فالإشهاد على البيع لم يعد يكفي فقد يأبى الشاهدان أن يشهدا، و قد يدركهما الموت قبل أن يطلب إليهما أداء الشهادة و من هنا ظهرت الحاجة إلى النظر في وسائل أخرى لتأمين المعاملات و حماية المتعاقد و الغير من الغش.

¹ لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن صيغة الأمر في هذه الآية للوجوب، وذهب الجمهور إلى أنها للندب سواء في الكتابة أو في الإشهاد. و من الواضح أن النظام الذي جاءت به هذه الآية يمكن أن يقال عنه أنه خير وسيلة لتحقيق ما ترمي إليه الشرائع والقوانين اليوم من استقرار في التعامل و حفظ الحقوق.

² أنظر في هذا المعنى علي الخفيف (شهر العقار و تسجيل التصرفات و موقف الشريعة من ذلك) مقال منشور ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية عام 1972 ص (556 إلى 559) .

من أجل ذلك رأى أصحاب الرأي أن في تسجيل التعاقد في سجلات محفوظة خير ضمان و أفضل وسيلة لحفظ الحقوق، و إظهارها و إعلانها على الملأ، و من ثم يصير من الصعب إنكار وجودها، و بذلك تتحقق المصلحة التي قصدها الشارع من الأمر بالإشهاد و التأكيد عليه. و لكن التجربة علمت أنه لا يمكن مسك مثل هذه السجلات و حفظها بطريقة يمكن معها الرجوع إليها للتعرف على وضعية أي عقار، إلا إذا سبقه تسجيل عام أو تحديد لجميع العقارات و هو ما يسمى في لغة العصر المسح العام للأراضي، و هذا ما قامت به الدولة العثمانية¹.

الفرع الثاني : مرحلة قيام دولة الخلافة العثمانية

مع قيام دولة الخلافة العثمانية ، حظي تسجيل الملكية العقارية بنصيب وافر من العناية ، حيث قامت الدولة العلية في سنة 955 هجرية بتشكيل لجنة من المختصين و من فقهاء المذهب الحنفي لتسجيل الأراضي و القرى بعد تقسيمها و تبويبها و استغرقت في عملها خمسة و خمسين عاما² ، إذ انتهت من عملها هذا سنة 1010 هجرية و أودعت نتيجة عملها في 970 دفترا وضع عليها شعار الدولة و حفظت في مكان أمين لا يمكن فتحه إلا بأمر من السلطان و بمعرفة هيئة من كبار موظفي الدولة³.

و الجدير بالذكر هنا هو أن تأخر الفقهاء المسلمين في وضع نظام دقيق لشهر التصرفات لم يكن قصورا في الشريعة الإسلامية أو في هؤلاء الفقهاء كما زعم البعض⁴، و إنما لعدم وجود الحاجة إليه في العصور الأولى للإسلام، يوم كان الوازع الديني و الرادع الأخلاقي يفي بالحاجة، و يوم كان مجرد الترهيب من عاقبة الإثم و الترغيب في ثواب الوفاء يكفيان لحمل الناس على نبذ الغش و الفساد في كل أشكال

¹ د/ عبد المجيد الحكيم (المرجع السابق) ص 10 و د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 71.

² د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 35

³ د/ عبد المجيد الحكيم (المرجع السابق) ص 10 و راجع أيضا مقالا لنفس المؤلف بعنوان " شهر التصرفات العقارية في القانون العراقي " نشر ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية في سنة 1972 ص 273 .

⁴ ينظر إلى د/محمد عبد الجواد محمد (نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية السورية) بحث مقدم لحققة دراسات الشهر العقاري معهد البحوث و الدراسات العربية القاهرة سنة 1973 ص 263 و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 164 إذ يقول "إن قريحة رجال الفقه الإسلامي لم تسعهم لاستنباط وسيلة لشهر التصرفات العقارية"

التصرف و التعامل. و لهذا فإنه عندما أغفل الناس التمسك بأخلاق الدين سارع فقهاء المسلمين من المذهب الحنفي في أواخر عهد الخلافة العثمانية إلى وضع قواعد لشهر التصرفات العقارية تمثلت في قانون الأراضي العثماني.

و يذهب بعض الكتاب إلى أبعد من ذلك في التدليل على مدى تقدم نظام الشهر العقاري في الخلافة العثمانية، إذ يذكر أن الدولة آنذاك أنشأت في سنة 1274 هجرية 1858 ميلادية وزارة خاصة سميت "نظارة الدفتر الخاقاني" مهمتها تسجيل العقارات والمعاملات المتعلقة بها و إدارة عقارات الدولة و المحافظة على السجلات العقارية¹ وهي نفس الإدارة التي كان يطلق عليها دائرة الطابو التي تعمدت و انتشرت في كثير من البلدان التي كانت تحت الحكم العثماني مثل العراق و بلاد الشام²، أما الجزائر فلم تستفد من هذا النظام بحكم أنها كانت تحت نير الاستعمار الفرنسي، إذ أدخلت الإدارة الفرنسية نظاما آخر مختلف تماما. أما في مصر، فإنها كذلك لم تعرف نظام الطابو خلافا للعراق و غيرها من بلاد الشام، لأنها كانت قد انسلخت من الدولة العثمانية و خضعت لحكم محمد علي، و كانت المبادئ العامة للشريعة الإسلامية التي تحكم المعاملات العقارية دون وجود أي نظام للشهر العقاري إلى غاية صدور التقنين المدني القديم³.

المطلب الثاني : نظام الشهر العقاري في المملكة العربية السعودية

إن المملكة العربية السعودية تعتمد الشريعة الإسلامية كقانون للبلاد والقضاء الشرعي كسلطة قضائية وحيدة، و ذلك بموجب ما أعلنه مؤسس المملكة في أواسط القرن الرابع عشر هجري الملك عبد العزيز بن عبد الرحمان آل سعود⁴، و فيها يسود نظام مختلف تماما لتسجيل التصرفات، إذ يضطلع بهذه المهمة جهتان حكوميتان هما المحاكم الشرعية و كتاب العدل .

¹ انظر د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 35

² ينظر إلى ما سبأني تفصيله عن نظام الشهر العقاري في الجزائر أثناء الحقبة الاستعمارية ص 151 و ما بعدها

³ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 73

⁴ المستشار معوض عبد التواب (السجل العيني علما و عملا) دار الفكر العربي بدون سنة ص 19

الفرع الأول : المحاكم الشرعية

ينحصر اختصاص المحكمة الشرعية في مجال تسجيل التصرفات في سماع والفصل في دعوى الملكية بالاستناد إلى أحد أسباب كسب الملكية المعروفة أو في حالة وجود نزاع حول ملكية ما ، و يعتبر حكمها في هذا المجال بمثابة سند ملكية مسجل يسمى حجة استحكام، و تمارس كل محكمة شرعية هذه المهمة في نطاق اختصاص مكاني محدد لا تتعداه و ذلك ما جاء في نص تعميم وزير العدل السعودي رقم 1/188/ت المؤرخ في 1401/11/18هـ " إنه من المقرر أنه لا يجوز للمحكمة الشرعية أن تصدر حجة باستحكام أي عقار يخرج عن دائرة اختصاصها المكاني"¹.

و الملاحظ أن أغلب الدعاوى المرفوعة من أجل الحصول على سند ملكية عقارية تستند على سبب وحيد من أسباب كسب الملكية و هو الحيازة أو وضع اليد، و في هذه الدعاوى تتولى المحكمة الشرعية التصدي بعد فحص واقعة الحيازة و التحري بشأن صحتها و توافر شروطها الشرعية، فإذا ما اتضح توافرها، تم الإعلان عن طرح هذا الطلب في إحدى الصحف على نفقة رافع الدعوى صاحب الطلب و يتم الإخطار بهذا الإجراء بصورة من هذا الإعلان للدوائر الإدارية ذات العلاقة بالعقار المطلوب استملاكه مثل وزارة المالية و الاقتصاد و وزارة الزراعة و البلدية المختصة إذا كان العقار زراعياً، أو وزارة الدفاع و الحرس الوطني إذا كان العقار قريباً من مواقع الدفاع و الحرس الوطني أو وزارة المواصلات لإيضاح حرم الطريق عند طلب استخراج حجج استحكام على الأرض التي تمر بها الطريق².

و بعد ورود إجابات هذه الجهات و عدم اعتراضها يتولى القاضي التأكد من نشر الطلب في الجريدة و يناقش سندات المدعى و كيف آلت إليه حيازة الأرض، و بعد تأكده من سلامة كل ذلك، تطلب من المدعي البينة و شاهدين و مزكبين لضبط طلبه

¹ حامد مصطفى (نظام التسجيل العقاري في المملكة العربية السعودية) بحث مقدم ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية، معهد البحوث و الدراسات العربية - القاهرة سنة 1972 ص 572
² المستشار معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 21

بدفتر الضبط . فإذا تم كل ذلك أصدرت المحكمة صكا بإثبات الملكية أو حجة استحكام يوقع عليه القاضي، وعموما فإنه لا توجد أي صيغة أو شكل يفرغ فيه تسجيل هذا السند الجديد للملكية المتمثل في حجة الاستحكام ، كما لا توجد إدارة مختصة بتسجيله . أما في حالة ورود أي اعتراض من أي جهة إدارية، فإن المحكمة تتوقف عن إصدار الاستحكام لحين مراجعة المدعي للجهة المعترضة و حصول موافقتها، أما إذا لم يصل المدعي إلى إقناع الجهة المعترضة، فتحدد جلسة أمام نفس القاضي للفصل في الاعتراض بحكم يقبل التمييز.

الفرع الثاني : كتاب العدل

إن التسجيل لدى كاتب العدل هو الإجراء الذي يقابل التسجيل في الأنظمة الأخرى مع فوارق هامة نوردها لاحقا ، و قد ألزم نظام كاتب العدل الصادر سنة 1364 هجرية كتاب العدل أن يمسكوا خمس سجلات يضبطون عليها أعمالهم ، من بينها سجل يثبتون فيه جميع العقود والتصرفات التي يتلقونها و يقومون بتسجيلها و سجل آخر يثبتون فيه خلاصات الأحكام و الصكوك التي ترسلها المحكمة التي يكون هذا الكاتب تابعا لها .

و يتم التسجيل أمام كاتب العدل عن طريق تقديم طلب إلى دائرة كتاب العدل المختصة من أحد أطراف التعاقد الراغب في التسجيل و يرفق بهذا الطلب المستندات المثبتة للملكية و يقيد هذا الطلب بدفتر اليومية و يحال إلى كاتب العدل المختص، لتجري المراجعة الشرعية لصك الملكية من واقع السجلات ثم تعاد الأوراق إلى كاتب الضبط الذي يجري إثبات الطلب و بياناته في دفتر الضبط برقم مسلسل بحضور المتعاقدين وشهودهما و كاتب الضبط و كاتب العدل، ثم تنتسخ صورة منه بعد أن تسجل في السجل يوقع عليها كاتب العدل و تختتم بخاتم الدائرة لصاحب الشأن، و يؤشر على صك الملكية الأصلي بموجب الصك الجديد¹ .

¹ معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 25

و على كاتب العدل قبل تسجيل أي تصرف لديه و إصدار صك جديد أن يتحرى من صحة الصكوك و المستندات التي يبرزها المتعاقدان، و أن يتأكد من خلو هذه الصكوك من شبهة التزوير، و إذا كان الصك الأصلي صادرا من دائرة أخرى غير الدائرة التي يعمل بها فعليه إرسال نسخة منه إلى الدائرة التي أصدرته للاستفسار منها عن صحته و سريلانه، و عليه أن يتأكد من هوية المكتسب الجديد بإجباره على استظهار وثيقة رسمية، و ما تجدر إليه الإشارة في هذا الشأن هو أن كل إجراءات التوثيق و الإشراف على إبرام العقد يجب أن تتم وفقا لمذهب الإمام أحمد بن حنبل.¹

و إلى جانب المحكمة الشرعية و كتاب العدل توجد جهات إدارية أخرى تختص بتسجيل بعض السندات و التصرفات العقارية هي :

- وزارة المالية فيما يتعلق بتسجيل أملاك الدولة
- البلديات فيما يتعلق بتسجيل العقارات التي تملكها
- وزارة الحج و الأوقاف فيما يتعلق بتسجيل العقارات الموقوفة

و تعتبر السجلات التي تتخذها هذه الجهات صحيحة و يستند إليها في إثبات الحق العقاري و لها من قوة الإثبات نفس ما لحجة الاستحكام و صك كاتب العدل من قوة و حجية، و تتولى هذه الجهات تسجيل كل أنواع التصرفات التي تقع على عقاراتها بيعا و إيجارا و تحكيرا و ذلك في سجلات خاصة.²

الفرع الثالث : تقييم نظام الشهر العقاري في المملكة العربية السعودية

يظهر من خلال ما سبق أن نظام الشهر العقاري في المملكة العربية السعودية نظام فريد ، إذ يتميز بمجموعة من الخصائص تجعل من الصعب تصنيفه و بيان طبيعته فيما إذا كان نظاما شخصيا أم عينيا³ . و أول ما يلاحظ على هذا النظام هو

¹ يراجع بحث التسجيل العقاري في المملكة العربية السعودية للأستاذ حامد مصطفى المشار إليه سابقا، ص 574 و ما بعدها

² معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 26

³ بعض الكتاب اعتبروا نظام الشهر في السعودية نظاما شخصيا مع أنه لا يظهر ذلك بشكل واضح من خلال النصوص و من خلال التنظيم الهيكلي و البشري للجهات المكلفة بمهمة التسجيل و الشهر . لمزيد من التفصيل حول رأي هؤلاء الكتاب راجع المستشار معوض عبد التواب في المرجع المشار إليه سابقا ص 27 و ما يليها .

تعدد الجهات المختصة بالتسجيل بين المحاكم الشرعية و كتاب العدل و بعض الجهات الإدارية الأخرى مثل الوزارات و البلديات ، كما أن هذه الجهات كلها ليست جهات مختصة بالشهر كاختصاص وحيد و حصري ، وإنما لكل جهة منها اختصاصات أخرى ربما يعتبر الشهر بالنسبة لها اختصاصا فرعيا و غير ذي أهمية .

إن توزيع و تشتيت عملية التسجيل أو الشهر بين جهات مختلفة و عدم تركيزها في دائرة أو جهة إدارية أو قضائية واحدة مثلما هو معمول به في كل الأنظمة الأخرى يجعل مهمة الكشف عن الوضعية القانونية لعقار ما من الصعوبة بمكان ، إذ يتطلب ذلك البحث وقتا و جهدا كبيرين مما يستدعي التنقل بين مختلف جهات الشهر ، و هذا العيب ينعكس بدوره على مفهوم الثقة و الائتمان العقاري و كذا الاستقرار الذي تصبو إليه مختلف الشرائع من وراء وضع نظام الشهر العقاري .

و يمكن بدون تردد القول أنه ليس هنالك في المملكة العربية السعودية نظام للتسجيل أو الشهر العقاري قائم بذاته و اختصاصاته و هياكله المعروفة في مختلف دول العالم ، إذ أن النظام السعودي لا يقضي سوى بشهر العقود ، بينما تقضي نظم الشهر العالمية بشهر كل أنواع التصرفات و الأحكام و الوقائع المادية و القانونية التي تنقل أو تنشئ أو تقرر أو تكشف حقوقا عينية عقارية فضلا عن بعض السندات و المحررات الأخرى الخاضعة للشهر¹ .

كما يتميز نظام الشهر في المملكة العربية السعودية بكونه غير إجباري ، و لا يتضمن أحكاما جزائية تطبق في حالة الإخلال به ، إذ أن الأمر متروك لاختيار الأطراف الراغبين في تسجيل تصرفاتهم ، و قد يحدث عمليا أن تختلف رغبات الأطراف ، إذ يرغب مثلا المشتري في تسجيل عقد البيع في حين يمانع البائع ، و ربما يرجع هذا الموقف لتأثير النظرية و الفكرة التي تقوم عليها التصرفات في الشريعة الإسلامية التي تقوم على الرضائية و عدم اشتراط أي شكلية في العقود .

¹ معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 26.

إلى جانب هذا فإن التسجيل في المملكة العربية السعودية ليست له أي قوة ثبوت إذ لا يعدو أن يكون مجرد إجراء يهدف إلى العلانية فقط دون أن يكون له أي أثر على الحق المشهر . فالتسجيل لا يظهر العقد من العيوب التي تشوبه بل تضل هذه العيوب لاحقة به حتى بعد شهره ، فإذا قضي ببطلان العقد أو بفسخه زال كل أثر للتسجيل¹ بزوال العقد ، و هذه الخاصية معروفة في البلاد التي تتبع نظام الشهر الشخصي . و فضلا عن ذلك كله فإن النصوص المنظمة لموضوع التسجيل في السعودية تبدو غامضة و غير دقيقة² مما يعكس حقيقة مفادها عدم مسايرة هذا النظام للتطور الحاصل في باقي البلدان³ .

¹ المستشار معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 27
² لقد أعاب البعض على نظام الشهر في المملكة العربية السعودية عدم وضوح ودقة نصوصه التي جاءت في ألفاظ عامة و خالية من دقة المصطلح القانوني و وضوحه . ويتضح ذلك باستقراء بعضها مثل المادة 93 من نظام القضاء حيث نصت على أن "يختص كتاب العدل بتوثيق العقود و ضبط الأقرار . " و المادة 2 من نظام كتاب العدل التي تنص على أن " كاتب العدل هو المرجع المختص بإصدار و تصديق و تسجيل متنوع الصكوك والوثائق الخاصة في الشئون الحقوقية و المعاملات الشرعية و النظامية "

³ تخلو المنظومة التشريعية للمملكة العربية السعودية التي تعتمد الشريعة الإسلامية وفق مذهب الإمام أحمد بن حنبل قانونا لها من نص قانوني ينظم عملية التسجيل و الشهر خلافا للسائد في أغلب الدول و الأنظمة ، مما يجعل الباب مفتوحا لانتشار المنازعات المعقدة ، إن لم يكن في الوقت الراهن فمستقبلا خاصة إذا تغيرت الظروف الاجتماعية و الاقتصادية التي تتميز بالثراء و الاستغناء العام الذي لا يدعو إلى الغش و لا يشجع على النصب و التحايل و أشكال الفساد عموما .

الباب الأول

النظام القانوني للشهر العقاري

سبقَت الإشارة في مقدمة هذا البحث أن الإنسان في العصر القديم كان جزءاً مندمجاً في جماعة تشكل العائلة و أحياناً القبيلة، و كانت ملكية أي فرد من أفراد العائلة أو القبيلة بمثابة ملكية الجماعة¹، التي كانت تحرص على منع نقل ملكية العقارات خصوصاً إلى يد أجنبية عن هذه الجماعة، و كانت بذلك تمارس الجماعة رقابة شديدة على التصرفات و ذلك بفرض التزام على كل من يقدم على بيع أرضه أو رهنها أن يشهر نيته تلك و يعلم بها العائلة أو القبيلة، ففي هذه المرحلة كان الشهر مجرد وسيلة رقابة و لا أثر له على انعقاد أو صحة أو نفاذ التصرفات.

كما أن كلا من الحضارة المصرية القديمة و الحضارة اليونانية و الرومانية كلها عرفت نظام الشهر العقاري مع اختلاف في وسيلة الشهر و أثره و الغاية منه بين هذه الحضارات²، أما المفهوم الحديث للشهر العقاري فقد ظهر في الكثير من الأنظمة و كان نظام الشهر الشخصي أسبق في ظهوره من نظام الشهر العيني الذي اعتمد لأول مرة في أستراليا في نهاية عام 1858 لتحقيق سرعة التداول للعقارات و ليكفل الأمان الكامل و المطلق للغير³.

و لقد حثت المشرعين في مختلف العصور على الأخذ بنظام الشهر العقاري الكثير من البواعث التي كانت تتغير و تتطور من مرحلة إلى أخرى، إذ كان الحفاظ على العقارات في حوزة العائلة الباعث الأول تاريخياً الذي دفع الإنسان إلى شهر تصرفاته العقارية⁴، غير أن هذه الفكرة لم تعد هي الباعث على شهر التصرفات العقارية في عصرنا الحاضر، إذ أن النظريات الاجتماعية الحديثة تتعارض مع ما يراه البعض من وجوب احتفاظ العائلة بحد أدنى من العقارات، و يعتبر البعض أن الفائدة الرئيسية للشهر العقاري اليوم هي حماية الغير من الغش⁵ في حين يذهب الكثير من الفقهاء إلى تعداد العديد من الدوافع ولبواعث التي تبرر الأخذ بفكرة الشهر

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 23

² راجع ما تقدم بيانه بيانه من ص 11 إلى ص 15

³ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 38

⁴ القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص16 و قد نقل المؤلف للاستشهاد قصة عن سيدنا إبراهيم عليه السلام لما أراد شراء قطعة أرض ليدفن فيها زوجته هاجر في قرية تدعى جبرون التابعة للكنعانيين .

⁵ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 3

العقاري تتمثل إضافة إلى حماية الغير من الغش في إعادة إنشاء أصل الملكية العقارية وتنظيمها وتحقيق الثقة العامة و تدعيم الائتمان العقاري و تسهيل تداول العقارات و حماية الملكية العقارية واستقرارها¹ .

و للوقوف على الأساس القانوني للشهر العقاري لابد من الرجوع إلى الفكرة الأساسية التي تعد منطلق البحث في الشهر العقاري و هي فكرة نقل الملكية العقارية لأن تحليل هذه الفكرة هو الذي يجعل من بحث أساس الشهر العقاري القانوني مسألة مفهومة و يجلي عنها الغموض الذي يشوبها ، ذلك أن الشهر العقاري كإجراء شكلي ليس سوى مسألة فرعية في موضوع أهم هو نقل الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية الأخرى .

إن نقل الملكية العقارية الاتفاقي تحكمه فكرتان ، الفكرة الرومانية و الفكرة الفرنسية، فبالنسبة للأولى فهي تستند إلى النص الشهير الوارد في دستور ديوكلتيان² (constitution de Dioclétien) و الذي يقضي بأنه *traditionibus et usuespionibus dominiarum, non nudispactis, transfertur* ، و معنى هذا النص أن الذي ينقل الملكية هو التسليم و ليس الاتفاق و يقصد بذلك أن الاتفاق و هو ما نسميه الآن التصرف المنشئ للالتزام *l'acte causal* و الذي كان الرومانيون يسمونه (*la jusa caus*) لا ينشئ إلا التزاما بنقل الملكية يكون الطرف الثاني دائنا به، و الذي ينفذ بتصرف لاحق هو التصرف الناقل أو التسليم. و لم يهتم الرومان في هذا الشأن بضرورة أن يكون التصرف المنفذ للالتزام الناشئ عن التصرف المنشئ تصرفا مجردا كالإشهاد و التسليم، و إنما يكفي عندهم أن يكون موجودا كتصرف عيني مستقل *acte réel*³ .

¹ ينظر في هذا الشأن د/ عبد المجيد الحكيم (المرجع السابق) ص 8، و القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 11 و د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 11 و ما يليها و د/ ياسين محمد يحيى (المرجع السابق) ص 3 و ما بعدها و مدحت محمد الحسيني (إجراءات الشهر العقاري) دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ص 11 .

² نقله د/منصور محمود و جيه في المرجع السابق ص 7

³ و هذا هو الوضع في القانون السويسري حيث يوجد العقد العيني و لكنه متصل بالتصرف المنشئ *l'acte causal*

و تأخذ بهذه الفكرة التشريعات الحديثة التي تأخذ بنظام السجل العيني مثل التشريع الألماني و السويسري و ما جرى مجراها، بحيث يكون نقل الملكية في هذه القوانين منفصلا عن الالتزام و يصبح مستقلا عنه كما في القانون الروماني تماما مع فارق مهم يتميز به القانون الألماني ، هو أن التصرف الناقل لا يكون فقط تصرفا مستقلا عن التصرف المنشئ ، وإنما يكون أيضا تصرفا مجردا *acte abstrait* أي أنه يعمل بقوته الذاتية و مستقلا عن العيوب المحتملة في التصرف المنشئ و من ثم فإن هذا التصرف المجرد هو الذي يحقق للملكية قوة ثبوت مطلقة بعد قيده في السجل العيني دون أن يتأثر بعيوب التصرف المنشئ فلا يبقى بعد ذلك في يد صاحب العقار الحقيقي أو من أصابه ضرر من التصرف في ماله سوى دعوى تعويض بسيطة مؤسسة على الإثراء بلا سبب¹ ، و لا يملك عندئذ رفع دعوى إبطال أو بطلان التصرف بعد الشهر، و هذا هو سر القاعدة التي يقوم عليها نظام السجل العيني المعاصر التي تقضي بعدم جواز الطعن في التصرفات المشهورة² .

هذا عن الفكرة الرومانية، أما الفكرة الفرنسية فإنها تقوم على مبدأ الأثر الناقل للعقود أو مبدأ نقل الملكية بمجرد التعاقد *solo consensus* و طبقا لهذه الفكرة فإن العقد يقوم بنفسه و دون حاجة إلى تصرف لاحق بنقل الملكية لأن الالتزام بنقل الملكية يعتبر حسب هذه النظرية منفذ بمجرد التعاقد و من لحظته و هو ما تضمنه القانون المدني الفرنسي في المادة 1138 التي تجعل الدائن مالكا منذ اللحظة التي كان يجب فيها تسليم الشيء ، و من ثم فإنه لا يكون هنالك إلا تصرف واحد منشئ و ناقل في نفس الوقت³ .

و من ثم فإنه في ظل هذه الفكرة يكون التصرف المنشئ للالتزام و التصرف الناقل للحق يشكلا تصرفا واحدا و ليس تصرفان ، بحيث يستغرق أحدهما الآخر فيشتركان بالنتيجة في الأحكام و الآثار و تكون العيوب التي قد تشوب التصرف

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 8

² و هو مبدأ قوة الثبوت المطلقة الذي سنأتي على تفصيله فيما سيأتي ص 119

³ د/ منصور محمود وجيه (نفس المرجع) ص 8 و 9

المنشئ مؤثرة في التصرف الناقل ولذلك يكون من الجائز الطعن في التصرف بعد شهره ، و هذا ما هو مسلم به في ظل نظام الشهر الشخصي المستمد من الفكرة الفرنسية في نقل الملكية.

و لكن المتتبع لتطور القانون الفرنسي، يلاحظ أنه لم يأخذ بهذه الفكرة على عواهنها، و إنما استمد من الفكرة الرومانية الكثير من الأحكام، إذ قرر وجوب شهر التصرفات العقارية و فرض قيدها في سجلات عامة، مع التقرير بأنه لا يحتج بالتصرف في مواجهة الغير إلا بعد إتمام هذه الإجراءات، و صارت أسبقية التسجيل - بدل أسبقية تاريخ التصرف - هي معيار الترجيح بين السندات المتعارضة، و أصبح بالنتيجة الاحتجاج بالحق العيني العقاري في القانون الفرنسي لا يتم إلا بمقتضى تصرفين و ذلك على الأقل في مواجهة الغير¹، و هذا ما تقضي به تقريبا الفكرة الرومانية.

و خلاصة القول أن الشهر العقاري يقوم أساسا على هذه الفكرة الرومانية التي تحد من أثر التصرف المنشئ في نقل الحقوق العينية و تجعل نقل هذه الحقوق يحتاج إلى تصرف آخر مستقل يستدعي شهره ليعلم به الكافة، و قد ارتبط الشهر العقاري في هذه الفكرة بالحقوق العينية دون الحقوق الشخصية، و ذلك على أساس التفرقة الفقهية بين هذه الحقوق، ذلك أن الحق الشخصي لا يخلق سوى علاقة بين شخصين هما الدائن و المدين و اللذان يكونان في الغالب على علم بها فلا يحتاجان إلى شهرها، بينما ينشئ الحق العيني التزاما يقع على عاتق الجميع ما عدا صاحب الحق²، و من ثم وجب شهر التصرف المتعلق بالحق العيني حتى يعلم به الجميع . فعقد البيع مثلا هو وضع قانوني له وجود مؤقت بينما انتقال الملكية إلى المشتري و بقاؤه مالكا هو الوضع الدائم الذي

¹ راجع في هذا الشأن :

Stéphane Piedelievre op-cit p 246 et s

² راجع في تعريف الحق العيني و الفرق بينه و بين الحق الشخصي د/ عبد المنعم فرج الصدة (أصول القانون) - دار النهضة العربية - بيروت ، بدون سنة ص 353 و ما بعدها .

يحتج به في مواجهة الكافة، و هو وضع يحتاج إلى تنظيم بطريقة منفصلة عن العقد نفسه، و هذا التنظيم يكون في البلاد التي تطبق نظام السجل العيني¹ .

و بالرغم من أن أساس الشهر العقاري لا يقوم إلا على فكرة واحدة هي المستمدة من الفكر القانوني الروماني، إلا أن أنظمة الشهر في العالم تعددت و اختلفت لأسباب تعود إلى خصوصية كل مجتمع و لتباين أهداف الشهر العقاري من تشريع إلى آخر. و عموماً فإن الوضع الراهن استقر على أخذ التشريعات بأحد نظامين اثنين، نظام الشهر العيني أو نظام الشهر الشخصي² .

و للوقوف على ماهية كل نظام فمن الضروري دراسة التطور التاريخي لكل نظام عبر مختلف مراحل نشأته و بيان خصائصه و مزاياه و عيوبه و أحكامه التفصيلية ، وهذا ما سأتناوله تباعاً في الفصل الأول من هذا الباب في حين أخصص الفصل الثاني منه للحديث عن معالم نظام الشهر العقاري السائد في الجزائر .

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 14
² محمد سيد عبد التواب و محمد عبد الوهاب محمد حسن (قوانين تنظيم الملكية العقارية) مطبعة عالم الكتب - القاهرة 1977 ص (ز) .

الفصل الأول

النظم الحديثة للشهر العقاري

لقد سبقت الإشارة في الفصل التمهيدي إلى أن الشهر العقاري قد تطور على مر العصور وتطورت أهدافه حتى صار اليوم وسيلة لتحقيق الثقة العامة و الائتمان العقاري و تسهيل تداول العقارات و التعامل فيها بمختلف أنواع التعامل اليومي الذي بات يأخذ يوماً بعد يوم صوراً جديدة. و من أجل تحقيق هذه الثقة اجتهدت التشريعات الحديثة في سبيل وضع نظام فعال للشهر العقاري يفي بالوظيفة القانونية و الاقتصادية و المالية التي وجد من أجلها . و في هذا الاتجاه أحرزت بعض التشريعات المعاصرة سبقاً كبيراً .

و إذا كانت معظم الدول قد أخذت بفكرة الشهر العقاري، إلا أنها لم تسلك في ذلك سبيلاً واحداً ، و قد نتج عن ذلك ظهور و قيام عدة أنظمة حديثة للشهر العقاري، و إن كانت غير مقطوعة الصلة بنظم الشهر القديمة التي سبق الحديث عنها لاسيما النظام الروماني و النظام الألماني و النظام الفرنسي القديم . و مرد اختلاف أنظمة الشهر في مختلف التشريعات أمر طبيعي و هو تماماً مثل اختلاف التشريعات في مسائل قانونية أخرى كثيرة غنية عن البيان، و لعل اختلاف نظرة السياسات التشريعية للدول بشأن الملكية العقارية و تباين آراء المدارس الفقهية حولها فضلاً عن اختلاف مشاربها الاقتصادية تعد أهم أسباب انتشار أكثر من نظام للشهر العقاري إذ يوجد في نطاق الملكية العقارية اتجاهان رئيسيان ، الاتجاه الأول يميل إلى الحرية le goût de la liberté و الاتجاه الثاني يغلب كفة العدالة la passion de la justice¹ .

¹ إن الميل إلى الحرية يؤدي إلى الفردية التي قد تدفع الفرد إلى أن يخفي تصرفاته ويتعسف في استعمال حقه في التصرف و الاستعمال على حساب حقوق الآخرين . بينما دواعي العدالة تقتضي وضع حدود لحرية الفرد تحقيقاً للوظيفة الاجتماعية للملكية عموماً، ذلك أن تصرفات البعض قد تنعكس آثارها على المصالح المشروعة للآخرين، لذلك يكون من الأجدر تقييد هذه التصرفات و إعلام الغير بها إن وقعت . راجع في تفصيل هاتين الفكرتين د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 16 و د/ منذر عبد الحسين الفضل (المرجع السابق) ص 9 .

إن هذان الاتجاهان نشأ عنهما نموذجان من الأنظمة العقارية، أحدهما لا يهتم بضمان شهر التصرفات العقارية، و في أحسن الأحوال لا يضمن لها سوى شهرا محدودا في نطاقه و آثاره ، بينما يتشدد النظام الثاني في وجوب إحاطة التصرفات العقارية و المعاملات الواردة على العقار عموما بالعلانية ليجعلها معلومة للكافة عن طريق وسيلة إشهار عام.

و انطلاقا من هذين الاتجاهين المختلفين، فقد اتبعت الدول أحد نظامين رئيسيين أسفر عنهما التوفيق بين المصالح المختلفة، هما نظام الشهر الشخصي Systeme de la publicité personnel و يسمى أيضا نظام تسجيل العقود Systeme d'enregistrement des actes و نظام الشهر العيني Systeme de la publicité réelle المعروف أيضا بنظام السجل العيني Systeme du livre foncier و يسمى كذلك نظام تسجيل الحقوق Systeme d'enregistrement des droits¹.

و تجدر الإشارة إلى أن هنالك تشريعات أخذت بأحد النظامين بشكل مطلق و حصري بحيث طبقت أحد النظامين تاركة كل قواعد النظام الآخر، في حين حاولت أخرى التوفيق بينهما و الأخذ بأحد النظامين أصلا و الثاني استثناءا أو الجمع بين قواعدهما مثلما فعل المشرع الجزائري في بعض الأحكام . و لهذا رأى بعض الفقهاء² أن التوفيق بين الاتجاهات الفكرية المختلفة بشأن الملكية، لم يؤد إلى نشوء نظامين للشهر العقاري هما النظام الشخصي و النظام العيني و إنما أدى إلى نشأة عدة أنظمة أو وسائل فنية أهمها النظام الفرنسي و النظام الألماني و نظام تورنس الأسترالي .

و تماشيا مع الرأيين فإنني فضلت في هذا الفصل و عند التطرق لأنظمة الشهر العقاري الحديثة أن أتناول نظام كل دولة على حدى متبعا خطوات تطوره و دواعي

¹ أنظر د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص18 و د/ إدوار عيد (الحقوق و الضمانات المقررة للغير بمقتضى نظام الشهر العيني) بحث منشور ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية المنعقدة بالقاهرة بين 21 و 26 مارس 1972 ص 175 . و عباس عبد الحليم حجر (شهر التصرفات العقارية) الطبعة الثانية دار محمود للنشر و التوزيع - القاهرة 1989 ص 9 .

² و من هؤلاء الفقهاء Marcel Nact . راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 18

الأخذ به ميرزا أهم خصائصه و مقارنا إياه مع أنظمة الدول الأخرى سواء التي تجاربه في الأخذ بأحد النظامين الرئيسيين الشخصي أم العيني، أو تلك التي أخذت بنظام مغاير . و لكن كل ذلك من خلال تقسيم هذا العرض وفق ما جرى عليه أغلب الفقهاء أي من خلال عنوانين كبيرين هما: نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني ، على أن يكون الحديث عن نظام الشهر العقاري في الجزائر في فصل مستقل و ذلك لما تقتضيه ضرورة التعمق في نظامنا و بيان خصائصه و أحكامه التفصيلية.

المبحث الأول

نظام الشهر الشخصي

إن نظام الشهر الشخصي في أبسط تعريف له هو ذلك النظام من نظم شهر المعاملات العقارية الذي يتخذ من أسماء المتصرفين محورا و أساسا تدور حوله و تركز عليه عمليات القيد في السجلات، ففي هذا النظام يتم شهر التصرفات العقارية طبقا لأسماء الأشخاص في سجلات شخصية أي مرتبة أبجديا بترتيب أسماء الأشخاص أطراف المعاملة و ليس طبقا لمواقع العقارات¹.

و يتميز هذا النظام بخاصيتين أساسيتين الأولى هي أن أساس الشهر و محور ارتكازه هو أسماء الأشخاص الذين تصدر منهم التصرفات التي يتم شهرها، و تتم عمليات الشهر في نوعين من السجلات، سجلات يتم القيد فيها طبقا للترتيب الزمني لتقديم المحررات للشهر و سجلات أخرى يتم القيد فيها طبقا للحروف الأبجدية لأسماء الأشخاص، و هذه الخاصية هي قوام و أساس نظام الشهر الشخصي و منها أستمد اسمه. أما الخاصية الثانية فهي أن الشهر ليست له أي قوة ثبوت، بل هو مجرد إجراء

¹ أنظر في تعريف نظام الشهر الشخصي د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 27، و معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 13 و د/ مدحت محمد الحسيني (المرجع السابق) ص 9 و القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 12 - 13 و د/ عبد الحميد الشواربي (إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه) - منشأة المعارف - الإسكندرية 1999 ص 3 و ما يليها و ياسين غانم (القضاء العقاري) الطبعة الثانية - مطبعة كرم - دمشق 1994 ص 21.

يهدف للعلانية فقط دون أن يكون له أي أثر على الحق المشهر¹. فصاحب الحق لا ينقل إلى خلفه إلا الملكية أو الحقوق العينية التي يملكها هو نفسه، ذلك أن الشهر في هذا النظام لا يطهر التصرف من العيوب التي قد تكون سببا في طلب إبطاله أو فسخه بدعوى لاحقة على الشهر. و بذلك يقتصر أثر الشهر في هذا النظام على إعلان الحقوق كما هي و يجعلها ذات حجية (opposable) في مواجهة الغير الذي يتلقى نفس الحق من نفس المتصرف و عندها لا يكون للشهر سوى دور واحد هو تحديد صاحب الأولوية و الذي يكون أسبق الطرفين شهرا لسنده².

و ترجع الجذور التاريخية لنظام الشهر الشخصي إلى القانون الفرنسي و بالضبط قانون الثورة (Droit révolutionnaire)³، إذ جاءت مختلف النصوص في تلك الفترة التي سادت فيها قوانين الثورة لتضع قواعد صلبة لهذا النظام ليشهد بعد ذلك تطورا و تغيرا مستمرا كانت تمليه على المشرع الفرنسي المعطيات و الظروف ، خاصة منها الاقتصادية والاجتماعية لاسيما حركة البناء و التشييد التي أعقبت الحرب العالمية الأولى و الثانية، وانتشار القروض البنكية العقارية التي كانت تمول عمليات البناء و الترقية العقارية و التي كانت بدورها تتطلب ضمانات أكبر من المقترضين، و التي غالبا ما كانت تتمثل في شكل رهون عقارية⁴.

و بالنظر إلى أن فرنسا هي منشأ و منبت نظام الشهر الشخصي في صورته الحديثة و أن بقية الأنظمة القانونية التي اتبعت هذا النظام ما هي إلا أنظمة مقلدة للنظام الفرنسي، على غرار القانون البلجيكي و القانون المصري قبل إدخال نظام السجل العيني و القانون الجزائري قبل صدور الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بالمسح العام و تأسيس السجل العقاري و المرسومين التنفيذيين له 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 و 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 أيضا، و الذي ما

¹ Philippe Simler et Philippe delebecque (les sûretes - la publicite fonciere) 4 ed dalloz P 674

² راجع ما سيأتي بيانه في تفصيل هاتين الخاصيتين لاحقا ص 64 و 65

³ Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 670

⁴ Stephane Piedelievre op-cit P 7

يزال سائدا في المناطق التي لم يشملها المسح¹ ، فإنني سأطرق في هذا المبحث إلى بيان نشأة هذا النظام وخصائصه و عيوبه و أحكامه التفصيلية من خلال تتبع ظهوره و نشأته في فرنسا من خلال مختلف النصوص القانونية المتعلقة به في هذا البلد ، و ذلك للوقوف على حقيقته من خلال البلد الرائد في إرساء قواعده²، دون التغاضي عن مميزات هذا النظام في بلدان أخرى سلكت سبيل المشرع الفرنسي في الأخذ بنظام الشهر الشخصي.

المطلب الأول : نشأة نظام الشهر الشخصي و تطوره التاريخي

إن ظهور الشهر العقاري بشكله الحديث في النظام الفرنسي يعود إلى سنة 1955 تاريخ صدور المرسوم المؤرخ في 04 جانفي 1955 و الذي بدأ العمل به في 01 جانفي 1956، غير أنه سبق هذا المرسوم صدور عدة نصوص قانونية بهدف إرساء قواعد شهر عقاري ملائمة و تتماشى مع ضرورة تطور التجارة العقارية المرتبطة بالتطور الاقتصادي الذي فرض في فرنسا مبدأ حرية انتقال الأموال و مبدأ الرضائية المعروف ، و يمكن في هذا الشأن الحديث عن ثلاث مراحل مر بها نظام الشهر في فرنسا و هي³:

أولا : مرحلة القانون القديم⁴ Ancien droit

ثانيا : مرحلة قانون الثورة Droit révolutionnaire

ثالثا : مرحلة سريان القانون المدني و المرحلة اللاحقة له Période du code

civil et celle postérieure au code civil

¹ لكون هذه المناطق تبقى خاضعة لنظام الشهر الشخصي بصفة مؤقتة و انتقالية إلى حين اتمام عمليات المسح و انتقالها إلى العمل بنظام الشهر العيني و هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المواد 113 و 114 و 115 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

² تربط جل الدراسات نظام الشهر الشخصي بفرنسا و تعتبرها منشأ هذا النظام و مصدره حتى وصف بعضهم نظام الشهر الشخصي بالوسيلة الفرنسية في الشهر . راجع في تفصيل ذلك د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 18 و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 8 و 11 و 39 و ما يليها

و راجع أيضا Stéphane Piedelievre op-cit p 7 et s
³ Stéphane Piedelievre op-cit . page 5

⁴ بخصوص مرحلة القانون القديم، يكفي الرجوع إلى ما سبق بيانه في الفصل الأول لدى تتبع خطوات نشأة و تطور الشهر العقاري في القوانين و الأنظمة القديمة. و على هذا ينصب البحث في هذا المقام على المرحلتين الأخيرتين فقط و هما مرحلة ما قبل صدور القانون المدني الفرنسي و مرحلة تطبيق القانون المدني و ما بعده .

الفرع الأول : الشهر العقاري خلال سريان قانون الثورة و القانون المدني

كان لقانون الثورة "Droit révolutionnaire" الفضل الكبير في تشكل أولى قواعد نظام الشهر العقاري، و ذلك راجع إلى تضعف و تراجع مكونات الثروة العقارية عقب انهيار النظام الإقطاعي، كما ساهم بيع جزء كبير من الأملاك العقارية التي كانت تملكها الكنيسة في ظهور الشهر العقاري¹. و ذلك عقب ثورة نابليون في 1789 على النظام الإقطاعي، التي كانت ثورة حقيقية في مجال القوانين التي تحكم الملكية العقارية عموماً². و في مجال الشهر العقاري عرف قانون الثورة صدور نصين رئيسيين هما قانون 9 مسيدور للسنة الثالثة و قانون 11 برومير للسنة السابعة³.

أولاً : قانون 9 مسيدور للسنة الثالثة loi du 9 Messidor an III

إن نطاق هذا القانون لم يكن واسعاً و شاملاً، بل كان يتعلق فقط بشهر الرهن (hypothèques)، إذ صارت كل الرهون سواء أكانت إتفاقية أم قانونية أم قضائية خاضعة للشهر الإلزامي، و بعبارة أدق للتسجيل الإلزامي (Enregistrements) كما أقر هذا القانون إجراء جديداً يقوم به مالك العقار قبل إقدامه على الرهن من الناحية العملية عن طريق تصريح و صفي مفصل للعقار من طرف مالكه و يتم إثبات هذا التقرير أو الإقرار عن طريق شهادة صادرة عن الموثق لتودع هذه الشهادة فيما بعد في مكتب الرهن، غير أن هذا لم يكن ليحد من سرية عمليات نقل الملكية، مما أدى إلى نشوء نظام مركب و مختلط يدعو للعلانية و لا يمنع السرية في آن واحد و هو ما يفسر عدم دخول هذا القانون حيز التطبيق أبداً و بقاؤه مجرد مشروع قانون لم ير النور⁴.

و بالرغم من أن هذا القانون لقي بعد صدوره و بدء تنفيذه نقداً حول استحالة تطبيقه بسبب صعوبات تقنية، إلا أنه كان أول قانون ابتكر نظاماً ضريبياً رهنيًا

¹ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 453.

² د/ سالم حماد شعبان الدحوح (المرجع السابق) ص 44 و ما يليها

³ و يوجد أيضاً إلى جانب هذين النصين المرجعيين نص آخر هو قانون 21 فونتوز للسنة السابعة loi du 21 ventose an VII الذي يتعلق بمسؤولية مأمور التسجيل و مسؤولية الدولة عن أخطائه و هو القانون الذي لا يزال ساري المفعول.

⁴ Stephane piedelièvre op cit p8 - و راجع أيضاً د/ منصور محمود و جيه (المرجع السابق) ص 39 و د/ سالم شعبان حماد الدحوح (المرجع السابق) ص 45

cedule hypothécaires يسمح بتجزئة الرهن إلى عدة أجزاء و ذلك بالرغم من وروده على عقار واحد ، مما يتيح بشكل أفضل لأصحاب العقارات الحصول على القروض ، وهو نظام لازال بعض الفقهاء في فرنسا ينادون بإعادة بعثه نظرا لفائدته العملية¹ .

ثانيا : قانون 11 برومير للسنة السابعة La loi du 11 brumaire an VII

أرسى هذا القانون نظاما عاما للشهر العقاري، بهدف توفير أكبر قدر من الثقة والحماية و الأمن للدائنين المرتهنين créanciers hypothécaires . و من أجل حماية حقوق هؤلاء نظم هذا القانون تسجيل عمليات نقل و إنشاء الحقوق العينية العقارية، ما عدا الحقوق العينية العقارية التي لا تقبل الرهن مثل حق الاستعمال l'usage و حق السكنى l'habitation و الارتفاق les servitudes ، و هذا ما أبقى من المعلومات المتعلقة بعقار ما تضل ناقصة بسبب إخضاع كل المعاملات و كل الحقوق الواردة على العقار لإجبارية التسجيل² .

و عموما فإن هذا القانون جاء بمجموعة من الابتكارات القانونية في مجال الشهر العقاري لاسيما المادة 26 منه التي تقضي بأن " كل العقود الناقلة للأموال و الحقوق القابلة للرهن يجب أن تسجل في سجلات مكتب محافظة الرهون الواقع في المقاطعة التي توجد فيها الأموال...."³ . و يعد هذا النص المصدر التاريخي لقاعدة عدم الحجية في مواجهة الغير (la sanction d'inopposabilité)⁴ التي تميز العقود غير المسجلة ، و هي القاعدة التي صارت فيما بعد جزءا حقيقيا لتخلف الشهر في النظام الفرنسي الحديث .

¹ Stephane Piedelievre op cit p8

² Jean Pierre CHENU (de la transcription à la publicité foncière) thèse Bordeaux 1960 p 30.31

³ Art 26 de la loi du 11 brumaire an VII " les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés jusque là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui seraient conformes aux dispositions de la présente.."

⁴ لمزيد من التفصيل أنظر د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 43 و ما بعدها و د/ عبد المنعم البدر اوي (أصول القانون المدني المقارن) مكتبة سيد عبد الله و هبة - القاهرة سنة 1970 ص 145 و أنظر أيضا في تفصيل ذلك ما سيأتي بيانه خلال هذا البحث ص 384 و ما بعدها .

ثالثا : الشهر العقاري في القانون المدني الفرنسي

رأى الكثير من الفقهاء في فرنسا أن القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 شكل انتكاسة في ميدان الشهر العقاري، إذ في الوقت الذي كان الفقه ينتظر تبني القانون المدني المرتقب للقواعد التي جاء بها قانون 11 برومير للسنة السابعة، غير أن تعارض آراء التيارين السائدين آنذاك لاسيما المدافعون عن القانون القديم و أولئك الذين يدافعون عن قوانين الثورة، جعلت الجهات التي صاغت القانون المدني لسنة 1804 تفضل عدم الميل لأي فريق في محاولة للتوفيق بينهما، و بالنتيجة شهدت فرنسا مرحلة تراجعت فيها قواعد الشهر العقاري¹.

و في هذا الاتجاه تمت صياغة القانون المدني بشكل اعتمد فيه على المبادئ العامة لقانون 11 برومير للسنة السابعة و لكن بعد تعديل قواعده، إذ أبقى القانون المدني على مبدأ تسجيل الرهون و نص على الهياكل التي تضمنها قانون 11 برومير للسنة السابعة مثل محافظة الرهون *Conservation des hypothèques* و ازدواجية السجلات *Dualité des registres* و لكن القانون الجديد لم يحسم أهم مسألة و هي إخضاع التصرفات الناقلة و المنشئة للحقوق العينية العقارية للتسجيل . و لذلك اتجه أغلب الشراح إلى القول بأن القانون المدني الفرنسي ألغى إجراءات تسجيل التصرفات الناقلة و المنشئة للحقوق العينية العقارية².

و بهذا فإن المشرع الفرنسي يكون قد تخلى كلياً من خلال القانون المدني لسنة 1804 عن إجبارية التسجيل في العقود المذكورة، لكنه أبقى على إلزامية التسجيل في عقود الرهن أو الرهون الاتفاقية و الهبات و الرهون القانونية لفائدة الأشخاص الموضوعين تحت الوصاية و الرهن لفائدة الزوجة³ . أما فيما يتعلق ببقية العقود الناقلة و المنشئة للحقوق العينية العقارية، فإن مشروع القانون المدني كان قد تضمن نصين اثنين في الباب المتعلق بالرهون و الامتيازات هما المادة 91 و المادة 92 اللتان كانتا

¹ Stephane piedelievre op-cit p9

² Philippe simler et Philippe delebecque op-cit p 671

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 454

مستمدتين من قانون 11 برومير للسنة السابعة الذي كرس المبدأ الشهير الذي بمقتضاه لا تكون للتصرفات غير المسجلة أي حجية في مواجهة الغير، غير أن هذين النصين تعرضا لنقد لاذع، مما جعل مجلس الدولة يعيد النصين إلى فرع التشريع section de législation، و هما النصان اللذان لم يريا النور بعد ذلك بعدما تم حذفهما من المشروع¹.

و بهذا حسم الأمر في القانون المدني الفرنسي بخصوص مسألة التسجيل و الشهر، إذ لم يعد أطراف التصرفات الناقلة و المنشئة للحقوق العينية العقارية ما عدا بعض الرهون ملزمين بشهر أو تسجيل تصرفاتهم، و هذا ما تؤكد من خلال نص المادة 1583 من القانون المدني التي كانت تنص صراحة على أنه "ينعقد البيع بين طرفيه و تنتقل الملكية بقوة القانون للمشتري في مواجهة البائع لمجرد الاتفاق حول المبيع و الثمن، حتى و لو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن"².

إن غياب إجبارية الشهر أو التسجيل، أصبحت تشكل خطرا كبيرا على الدائنين المرتهنين، لأنه في حالة إنشاء رهن عقاري لفائدة دائن معين قبل بيع العقار المرهون فإن الدائن المرتهن لا يمكنه أبدا تسجيل رهنه بعد البيع، لأن هذا الأخير أي البيع يكون صحيحا و نافذا في مواجهته فور إبرامه، مما تمتنع معه إمكانية تسجيل الرهن³.

و قد صارت نظرة المشرع الفرنسي من خلال القانون المدني أكثر وضوحا بخصوص مسألة الشهر العقاري و ذلك من خلال المبدأ الذي قرره المادة 1138 منه باعتبارها أن انتقال الملكية يتم بمجرد تبادل الرضا بين الطرفين، مما جعل احتمالات الغش و التحايل تتضاعف في ضل هذا النظام الذي انتقده النائب العام دوبان Dupin قائلا " من يقرض بضمان رهن لن يكون أبدا متأكدا من أنه يستوفي دينه ، و أن من

¹ Stephane Piedelievre op-cit p 9

² Art 1583 "la vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoi que la chose n'ait pas encore été livré ni le prix payé "

³ Stephane Piedelievre op-cit p10

يشتري لن يكون أبدا متأكدا من أنه سيصير مالكا، و أن من يدفع ثمنا، لا يكون أبدا متأكدا من أنه يدفع للمالك الحقيقي"¹

الفرع الثاني : الشهر العقاري بعد القانون المدني 1804

نظرا لانتشار الغش و صور التحايل و النصب، الذي كان ضحاياه يعدون بالآلاف بسبب انعدام أي حماية قانونية للمتعاملين في العقارات خصوصا بسبب التخلي عن إجبارية الشهر العقاري و اكتفاء القانون المدني الفرنسي بمجرد التراضي لنقل الملكية العقارية و عدم اشتراط تسجيل العقود الناقلة، تصاعدت حركة النقد الموجهة لأحكام القانون المدني مدفوعة بإجماع شبه تام في أوساط جهات القضاء و كليات الحقوق مطالبة بالرجوع إلى النظام الذي قرره قانون 11 برومير للسنة السابعة².

أولا : قانون 23 مارس 1855 المتعلق بتسجيل الرهون

كان لهذا القانون هدف رئيس، يتمثل في إعادة بعث قاعدة إلزامية شهر العقود و الأحكام القضائية الناقلة و المنشئة للحقوق العينية العقارية بين الأحياء التي قررها لأول مرة المشرع الفرنسي في قانون 11 برومير للسنة السابعة و التي ألغاهها القانون المدني . و من أهم ما ميز هذا القانون الذي جاء ليكمل الوضع السابق الذي كان يقرر إشهار الرهون و هبة الأموال القابلة للرهن و ذلك بتوسيع نطاق إجبارية الشهر، بحيث امتد نطاق تطبيق قاعدة إلزامية الشهر في ظل تطبيق قانون 23 مارس 1855 فأصبح يشمل التصرفات المنشئة و الناقلة للحقوق العينية العقارية بما فيها الحقوق التي لا تقبل

¹ le procureur général Dupin," celui qui prete sur hypothèque n'est jamais sur d'être payé; celui qui achète n'est jamais sur de devenir propriétaire, celui qui paye n'est jamais sûr de payer au véritable propriétaire .

² كانت الأصوات في هذه الفترة تنادي، بوضع نظام يكفل حماية الغير عن طريق توسيع نطاق الشهر العقاري، حتى لا يقتصر على تسجيل الرهون فقط ، و إنما ليتمد إلى عمليات نقل الملكية و إنشاء الحقوق العينية العقارية عن طريق التصرفات بعوض transferts et constitutions à titre onéreux و قد ساهم إنشاء بنك القرض العقاري Crédit foncier و في فرنسا عام 1852 في الإسراع بإدخال الإصلاحات و التعديلات الجديدة المقررة بموجب قانون 23 مارس 1855 . لمزيد من

الرهن كالارتفاقات و حق الاستعمال و حق السكنى ، بل و أكثر من ذلك فقد أخضع هذا القانون لإلزامية الشهر حتى عقود الإيجار التي تزيد مدتها عن ثمانية عشر عاما و الحوالات و المخالصات المسبقة لمدة تزيد عن ثلاث سنوات¹.

و لقد أرجع غالبية الفقهاء هذا التحول المفاجئ من النقيض المتمسم بإلغاء الشهر كليا إلى النقيض المتشدد في إخضاع الكثير من صور التصرف و المعاملات المنصبة على العقار أو ذات العلاقة به، إلى النشاط المنقطع النظير الذي كان يمارسه القرض العقاري المنشأ سنة 1852 في سبيل تطوير قطاع البناء و العقار و الذي كان يقتضي توفير ضمانات أكبر من المقترضين تستدعي ضرورة التأكد من ملكية العقار محل الرهن و خلوه من جميع الأعباء و التكاليف التي من شأنها أن تنقص قيمته و هذا هو سر إخضاع عقود الإيجار الطويلة الأمد و الحوالات و المخالصات المسبقة بالأجرة لمدة طويلة لإجبارية الشهر، ناهيك عن التصرفات العقارية المنشئة و الناقلة للحقوق العينية العقارية كالبيع و الرهن².

و بالرغم من أن قانون 23 مارس 1855 لم يخضع نقل الحقوق بسبب الوفاة و كذا التصرفات المقررة أو الكاشفة *actes déclaratifs* لإلزامية الشهر، و ما سببه ذلك من صعوبات عملية خاصة في الحالة التي يبقى فيها العقار ينتقل بين عدة أجيال من العائلة الواحدة، إلا أن هذا القانون كان قد حضي بقبول واسع في أوساط القضاة و الفقهاء، و هو ما يفسر استمرار سريانه طيلة قرن كامل إلى غاية صدور مرسوم 4 جانفي 1955³.

¹ أنظر في تفصيل الأحكام الجديدة التي جاء بها المشرع الفرنسي من خلال قانون 23 مارس 1855 كل من :

Marc Donnier op-cit p 4

Jean Pierre Chenu op-cit p 7

و في نفس السياق أيضا أنظر Stéphane Piedelievre op-cit p 11.12

² Philippe Simler et Philippe delebeque op-cit p 672

³ أنظر في هذا الشأن :

د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 47

د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 41 و ما يليها

Stephane piedelievre op-cit p 11

أما عن جزاء مخالفة أحكام هذا القانون، أي تخلف شرط الإشهار فقد استمد قانون 23 مارس 1855 نفس أحكام قانون 11 برومير للسنة السابعة، إذ رتب جزاءا واحدا عن عدم شهر التصرفات الخاضعة له و هو عدم الحجية (l'inopposabilité) في مواجهة الغير الذي يكون قد تلقى حقوقا من نفس المتصرف و على نفس العقار و الذي كان قد أشهر تصرفه¹.

و الجدير بالذكر أنه إلى غاية صدور قانون 23 مارس 1855 و طيلة مدة سريانه ظل الشهر العقاري مرتبطا دائما بالرهن، بحيث أن كل النصوص المتعلقة بالشهر إنما جاءت بمناسبة الحديث عن الرهن hypothèques. و كان يجب الانتظار قرنا كاملا لتظهر فكرة الشهر العقاري كموضوع لنص قانوني مستقل و غير مرتبط بالرهن، و كان ذلك بصدور المرسوم المؤرخ في 04 جانفي 1955² الذي استمد غالبية أحكامه من قانون التسجيل العقاري الصادر في 23 مارس 1855 و تعديلاته³.

غير أنه و قبل صدور مرسوم 4 جانفي 1955، كان قد صدر في فرنسا نص آخر جاء ليملأ الفراغ الموجود في قانون 23 مارس 1855 و هو المرسوم بقانون المؤرخ في 30 أكتوبر 1935 (décret- loi du 30 octobre 1935)، و أهم ما تضمنه هذا النص هو توسيع نطاق الشهر، و ذلك بإخضاع الشهادات التوثيقية التي تهدف إلى معاينة انتقال ملكية العقارات أو الحقوق العينية العقارية إلى الورثة أو الموصى إليهم للشهر كما صارت خاضعة للشهر أيضا بموجب هذا النص التصرفات الكاشفة أو المقررة مثل القسمة و الصلح⁴.

و إذا كان قانون 23 مارس 1855 مكن لأول مرة في فرنسا من حل التنازع بين أشخاص يتلقون نفس الحقوق من نفس المتصرف و على نفس العقار، و ذلك

¹ Gabriel Marty et Pierre Raynaud Op-Cit p 455

² Alain Fournier (Publicite fonciere) Encyclopedie Dalloz civ VII 1988 p 5

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud Op-Cit p 456

⁴ Stephane piedelievre Op-Cit p 11

بتقريره قاعدة عدم الحجية *l'inopposabilité*، إذ تكون بمقتضاها الأفضلية لمن أشهر تصرفه أولاً، فإن المرسوم المؤرخ في 30 أكتوبر 1935 لم يكن يوفر هذه الميزة، لأنه لم يتضمن أي جزاء يترتب عن تخلف الشهر في الحالات التي تضمنها وهي الشهادات التوثيقية و التصرفات الكاشفة. و لهذا فإن هذا النص لم يكن له أهمية عملية كبيرة، و لم يحض حتى باهتمام الفقه لما يبحث في المراحل الكبرى لظهور نظام الشهر العقاري في فرنسا، و كذلك كان الشأن بالنسبة للمرسوم المؤرخ في 17 جوان 1938 الذي أوجب شهر الإلزام بالدفع الممهد للحجز العقاري *commandement aux fins de saisie immobilière* و المرسوم المؤرخ في 01 مارس 1967 المتعلق بالحجز العقاري¹.

ثانيا : التوجه نحو الإصلاح الشامل

لقد كان النظام المطبق على الأراضي الفرنسية بشكل شبه تام هو نظام الشهر الشخصي، بحيث كانت العقود تسجل في محافظات الرهون حسب أسماء الأشخاص أطراف المعاملة، بحيث و من أجل الوصول إلى الوضعية القانونية للعقار، كان لابد من البحث في السجلات انطلاقاً من اسم المالك الحالي، و التحري عن كل التصرفات المشهورة باسمه. غير أن الوضع لم يكن كذلك في بعض المقاطعات الفرنسية خاصة في الألزاس واللورين التي عادت للحكم الفرنسي سنة 1918 بعدما كانت مستعمرتين ألمانيتين حيث كانتا تخضعان لنظام السجل العقاري أو ما يسمى اليوم نظام الشهر العيني على الطريقة الألمانية.

و من جهة أخرى فإن فرنسا في هذه الفترة كانت لها مستعمرات و محميات (colonies et protectorats) خارج أوربا، كانت هي الأخرى تطرح وضعا مغايراً و خاصاً في مجال الشهر العقاري. فهذه الوضعية المتناقضة كانت تفرض الإصلاح الشامل الذي جاء فيما بعد بمرسوم 4 جانفي 1955 و حتى يمكن فهمه بشكل

¹ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 456

دقيق لا بد من التعرض لنظام الشهر الذي كان سائدا في الألزاس و اللورين و في المستعمرات الفرنسية¹.

1 - نظام الشهر العقاري في الألزاس و اللورين

كانت هاتين المنطقتين، قد خضعتا لحكم ألمانيا، و شهدتا تطبيق القوانين الألمانية، و الذي يهمننا في هذا المقام هو القوانين التي تدير الشهر العقاري ، إذ كان السجل العقاري الألماني "Der Grundbuch" في هاتين المقاطعتين هو المرجع في عمليات الشهر، و تبعا لذلك كانت عمليات الشهر هذه تتم وفق نظام السجل العيني الذي يعتمد على موقع العقار الممسوح و ليس على أسماء الأشخاص².

و كان هذا النظام يسمى نظام شرعية التسجيل *légalité de l'inscription* و كان مصدر هذه الشرعية هو القرار المسبق لقاض عقاري، أما عن عملية الشهر فإنها كانت تقوم نظريا على أساس الفكرة الرومانية، التي تجعل نقل الملكية لا يتم بالتصرف المنشئ للالتزام، و إنما بتصرف آخر مستقل عنه و مجرد – حسب النظرية الألمانية – بحيث أن نقل الملكية لا يتم إلا بناءا على عملية الشهر في السجل العيني و هذا ما يسمى بالأثر المنشئ للشهر *l'effet constitutif de la publicité* و هو نفس النظام المعروف اليوم في الجزائر كما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني، بحيث لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية العقارية الأخرى إلا بالشهر.

لقد أدخلت ألمانيا أثناء حكمها للألزاس و اللورين نظام الشهر العيني جزئيا و تدريجيا في هاتين المقاطعتين لاسيما في البلديات التي تمت فيها مراجعة المسح بينما كانت البلديات الأخرى تخضع لنظام السجل العيني المؤقت " *livre foncier provisoire* " الذي كان يتميز بالبطاقات الشخصية " *feuilletts personnels* " و هو نظام يشبه النظام الجزائري السائد في البلديات التي لم يشملها بعد المسح . كما يتميز هذا النظام المؤقت أيضا بعدم تطبيق مبدأ القوة المطلقة للشهر (*la force probante*)

¹ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 458
² Philippe Simler & Philippr Delebecque op-cit p 675

بحيث نظم هذه المسائل القانون المؤرخ في 22 جوان 1891 الخاص بالألزاس و اللورين¹.

و قد ظل هذا النظام ساريا حتى بعد استرجاع فرنسا لهذه المقاطعات ، إذ نص على ذلك صراحة القانون الصادر في 1 جوان 1924 الذي أدخل التشريع المدني الفرنسي حيز النفاذ في مناطق la moselle ; haut-Rhin ; Bas-Rhin و الذي أبقى أيضا على القاضي العقاري "le juge foncier" و كرس قاعدة الشهر المسبق (l'effet relatif de l'inscription) و إجبارية تقديم العقود للشهر في الشكل الرسمي² . غير أنه و بطريقة تدريجية تخلّصت فرنسا من النظام الألماني و شيئا فشيئا فقد الشهر العقاري أثره المنشئ ، و أصبح لا يؤدي إلا وظيفة إعلامية و لا يترتب على عدم الشهر سوى عدم حجية التصرف في مواجهة الغير l'inopposabilité و عادت المبادئ العامة للنظام الفرنسي في نقل الحقوق العقارية "solo consensu" و "nemo plus juris" لتجد لها مكانا في الألزاس و اللورين على غرار باقي الأراضي الفرنسية³.

2 - نظام الشهر العقاري في المستعمرات و المحميات الفرنسية

لقد واجهت فرنسا الاستعمارية صعوبات مماثلة في مستعمراتها و محمياتها غير أنه بالنسبة للدول التي لم يتم فيها أي تقسيم أو تحديد للملكية العقارية قبل خضوعها للسلطة الفرنسية فإن نظام تورنس l'act Torrens الأسترالي، كان يوفر لها نموذجا سهل التطبيق بما يوفره من استقرار، إذ يقوم هذا النظام على تكليف جهة إدارية بترقيم العقارات و تحديدها بعد مراقبتها و إشهار هذا الترقيم من أجل تلقي الاعتراضات الممكنة و التي يفصل فيها القضاء من أجل تثبيت الملكية العقارية باسم المالك الجديد. و من ثم يصبح هذا المالك و حقه في مأمّن من كل منازعة من أي شخص كان، بما في ذلك المالك الحقيقي الذي يكون قد فقد حقه، و الذي لا يملك عندئذ سوى الرجوع على

¹ Laurent Aynés et Pierre Crocq(Les sûretés - La publicite fonciere) Defrénois 2004 p 247
² Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 675 et s و Stéphane Piedelievre op-cit p 17
و راجع أيضا Gabriel Marty & Pierre Raynaud op-cit p 456.457
³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 457

الإدارة المكلفة بالترقيم و التحديد بالتعويض عن الضرر و الذي يكون مغطى بصندوق تأمين خاص¹.

و هذا بالذات ما حاولت فرنسا تطبيقه في تونس² و المغرب و مدغشقر و بعض المستعمرات الإفريقية، و بدرجة أقل في الجزائر و لكن لم تسلك فرنسا في هذا المسعى نفس المسلك بالنسبة لكل الدول ، و إنما كانت ظروف كل بلد تستوجب مزج نظام تورنس بمجموعة من القواعد و الأعراف السائدة في هذا البلد وكذا بالقواعد المعروفة في القانون الفرنسي المطبق على الأراضي الفرنسية الذي يقوم على نظام الشهر الشخصي³، و هذا هو سر وجود قواعد معروفة في النظامين الشخصي و العيني معا في أنظمة بعض هذه الدول لاسيما الجزائر، إذ أنه و بالرغم من اتجاهها نحو نظام الشهر العيني إلا أنه من الممكن الطعن بالبطلان و الإبطال في السندات المشهورة.

3 - مراجعة عمليات المسح

كانت آخر خطوة قامت بها فرنسا في سبيل إصلاح نظامها العقاري قبل صدور آخر أهم قانون يتعلق بالشهر العقاري، عملية مراجعة أعمال المسح و التحديد ، و كان الهدف من هذه المراجعة ذي طابع جبائي يتعلق بوعاء الضريبة على العقار، إذ لم تكن النصوص المتتالية المتعلقة بشهر الرهون و الحقوق العقارية تتضمن أو تتطلب تعيينا دقيقا للقطع الأرضية المرهونة أو محل التصرف و ذلك إلى غاية صدور قانون 1 مارس 1918. و من جهة أخرى فإن الوثائق المسحية القديمة كانت قد تعارضت بمر الزمن و أصبحت لا تتوافق بشكل دقيق مع الوضعية الجديدة للعقارات و الطرق و المباني المنشئة حديثا⁴.

¹ Laurent Aynés et Pierre Crocq (Les suretés - La publicite fonciere) Defrénois 2004 p 247

² أنظر محمود العنابي (نظام الشهر العيني العقاري في تونس) مقال – مجلة المحاماة ع5 و6 س 52 (1972) ص 161

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 459

⁴ اللافت للإنتباه أن هذه المراجعة لم تشمل سوى عدد قليل جدا من البلديات و بالضبط 187 بلدية من مجموع 38000 بلدية و هو ما أسف له كثيرا آنذاك الفقهاء في فرنسا . و لكن تم تدارك هذا التأخر بصدور قانون 16 مارس 1930 الذي أطلق عملية مراجعة المسح على كامل الأراضي الفرنسية و شملت العملية ما يزيد عن نصف البلديات، و هي البلديات التي أصبح فيها التعيين الدقيق للعقارات محل التعامل إجباري عند تقديم أي وثيقة من أجل الشهر و كان هذا مقدمة لسعي فرنسا التخلص من نظام الشهر الشخصي و الانتقال للشهر العيني . راجع في تفصيل ذلك : Alain Fournier op-cit p 5

ثالثا : الشهر العقاري في ظل مرسوم 4 جانفي 1955

عقب الحرب العالمية الثانية، سادت في فرنسا حركة من البناء و الاعمار و المشاريع الكبرى ، و كان للقرض العقاري الدور الأكبر في تمويل هذه المشاريع، إذ كان الرهن العقاري يعتبر أفضل ضمان تطلبه البنوك مقابل القروض الموجهة للبناء، وفي هذه المرحلة لاحت في الأفق ضرورة مراجعة جذرية و شاملة لنظام الشهر العقاري في فرنسا¹ و بغية تحقيق هذا الهدف، صدر المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 تحت عنوان المرسوم المتعلق بإصلاح الشهر العقاري " portant reforme de la publicité foncière" و الذي تضمن 55 مادة و المتمم بمرسوم تنفيذي مؤرخ في 14 أكتوبر 1955 الذي تضمن أكثر من 90 مادة .

و قد صار هذان النصان مضافا إليهما التعليمات الإدارية الداخلية و النصوص اللاحقة بهما مثل الأمر المؤرخ في 7 جانفي 1959² و المرسوم 89/59 الصادر بنفس التاريخ المعدل للمرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 و المرسوم 90/59 المؤرخ في نفس التاريخ أيضا المعدل للمرسوم المؤرخ في 14 أكتوبر 1955 بمثابة تقنين حقيقي للشهر العقاري في فرنسا³.

لقد تضمن مرسوم 4 جانفي 1955 أحكاما جاءت لإصلاح الوضع السائد الناتج عن تطبيق القانون المدني و قانون 23 مارس 1855 و لكن مع الحفاظ على المبادئ العامة للنظام الفرنسي الذي لا يعطي لإجراء الشهر العقاري عموما سوى وظيفة إعلامية من أجل قطع الطريق أمام التصرفات التدليسية و من أجل فض المنازعات بين أصحاب الحق المتتالين الذين يتلقون تصرفات مختلفة من نفس المتصرف و التي تنصب على نفس العقار⁴.

¹ Stephane piedelievre op-cit p12 ; Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 458
² الأمر المؤرخ في 7 جانفي 1959 المتعلق "بتعديل مختلف النصوص القانونية ذات العلاقة بالشهر العقاري" و هو الأمر الذي أعاد بموجبه المشرع الفرنسي صياغة بعض نصوص القانون المدني المتعلقة بالتسجيل و الشهر من أجل تكييفها مع صياغة المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 و من أمثلة ذلك استبدال مصطلح "transcription" بمصطلح "publication"

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p458
⁴ Stephane Piedelievre. op-cit p 12

و من أهم الأحكام الجديدة التي جاء بها المرسوم المذكور أي المؤرخ في 4 جانفي 1955 ما يلي :

1- إحداث ملف عقاري *fichier immobilier* بهدف وضع قاعدة معلومات ممركرة يتضمن بطاقات شخصية *fichiers personnelles* و بطاقات عقارية *fichiers d'immeubles* و الذي بفضلله صار من الممكن التعرف على مجمل التصرفات التي أبرمها شخص معين انطلاقا من البطاقات الشخصية، و مجمل التصرفات المنصبة على عقار معين و الحقوق و التكاليف التي تنقله انطلاقا من بطاقة العقارات، و هذا ما جعل الفقه الفرنسي يسجل ملاحظة هامة، مفادها انتقال فرنسا من نظام الشهر الشخصي المطلق إلى نظام مختلط¹.

2- توسيع دور و صلاحيات المحافظ العقاري "*conservateur des hypothèques*" بحيث صار ملزما بمراقبة العقود و السندات المقدمة للشهر من حيث صحتها و احترامها للأشكال، و كذلك الشأن بالنسبة للموثقين بحيث تضاعف عملهم نتيجة اشتراط القانون الجديد الشكل الرسمي لكل العقود الخاضعة للشهر².

3- توسيع نطاق الشهر العقاري ليشمل حقوق الامتياز *privilèges* و الرهون *hypothèques* بكافة أنواعها و كذا كل العقود و التصرفات المتعلقة بالعقارات تقريبا إذ أصبح إشهارها إجباريا.

4- تشديد و توسيع الجزاءات على تخلف الشهر، إذ بالإضافة إلى جزاء عدم الحجية (*sanction d'inopposabilité*) المعروف سابقا أضاف القانون الجديد ثلاثة جزاءات جديدة و هي الغرامة المدنية (*amande civile*) في حالة عدم احترام آجال الشهر و التعويض (*dommages - intérêts*) للغير المتضرر من عدم الشهر، و أخيرا رفض شهر التصرفات الجديدة تطبيقا لمبدأ الشهر المسبق أو الأثر النسبي للشهر (*l'effet relatif de la publicité foncière*) و هو مبدأ أخذ القانون الجديد من النظام الذي كان مطبقا في الألزاس و اللورين³.

¹ Stephane Piedelievre. op-cit p 12

² Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 459

³ بالرغم من هذه الإصلاحات التي تضمنها النص الجديد إلا أنه لم يسلم من النقد إذ عيب عليه أنه إلى عرقلة التصرفات العقارية، الأمر الذي يتعارض مع خاصية السرعة و الائتمان اللتان تتميز بهما التجارة العقارية خاصة، كما أعاب الفقه أيضا على هذا النظام أنه يعلق عملية الشهر على مجموعة كبيرة من الشكليات و التعقيدات الإجرائية مما قد يدفع المتعاملين =

و في الأخير تجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي الحديث يعترف بتأخر فرنسا و نظام الشهر فيها مقارنة بأنظمة الدول المجاورة لاسيما من الناحية التقنية ، إذ لا زال حسب هؤلاء الفقهاء الطريق طويل من أجل تحقيق الأهداف التي يرمي إليها الشهر العقاري بوجه عام¹.

و في القانون الوضعي الفرنسي الحالي يخضع عدد كبير من التصرفات للشهر العقاري، غير أن النظام لا يسري بنفس الشكل على جميع هذه التصرفات، إنما يختلف بحسب ما إذا كان هذا التصرف يخضع للشهر العقاري الإلزامي (*publicité obligatoite*) أو للشهر العقاري الإختياري (*publicité facultative*) ، إذ فرق بينهما المشرع الفرنسي من حيث الأحكام فوضع لكل نوع من الشهر قواعد و أحكام تميزه عن النوع الثاني من حيث نطاق تطبيقه و جزاء تخلفه. و فيما يتعلق بجزاء تخلف أو إغفال الشهر، فإن بعض التصرفات يؤدي إغفال شهرها إلى عدم حجيتها في

= على العزوف عن شهر تصرفاتهم . و عيب أيضا على مرسوم 4 جانفي 1955 و المرسوم التنفيذي المؤرخ في 14 أكتوبر 1955، صياغة موادهما، إذ أنها اعتمدت على طريقة التعداد *énumération* بدل الحديث عن قواعد و مبادئ عامة، مما أدى إلى إغفال الكثير من المسائل الهامة و غموض بعض التفاصيل، و أكثر من ذلك، فقد عاين بعض الفقهاء بعض الحالات التي يؤدي فيها تطبيق هذه النصوص إلى تناقض و استحالة التنفيذ أحيانا. و بسبب هذه العيوب و الانتقادات تعرض مرسوم 4 جانفي 1955 و مرسوم 14 أكتوبر 1955 إلى مجموعة من التعديلات و المراجعات المتلاحقة من أهمها الأمر المؤرخ في 7 جانفي 1959 الذي جاء ليكيف هذين المرسومين مع المصطلحات الجديدة المعتمدة مثل استبدال عبارة *transcription* بعبارة *publication* و الأمر المؤرخ في 28 سبتمبر 1967 و المرسوم التنفيذي له المؤرخ في 22 نوفمبر 1967 اللذان غيرا مدة صلاحية القيد *durée de validité des inscriptions* و قانون 26 ديسمبر 1969 و المرسوم التنفيذي له المؤرخ في 22 جوان 1970 اللذان دمجا إجراءات التسجيل و إجراءات الشهر، و مرسوم 21 ماي 1979 المتعلق بتعيين العقارات الخاضعة للملكية المشتركة *soumis au statut de la copropriété* عند تقديمها للشهر و قانون 25 جانفي 1985 المتعلق بإعادة التأهيل *redressement* و التصفية القضائية *liquidation* للمؤسسات، و قانون 23 ديسمبر 1985 المتعلق بملكية الأسرة (*régimes matrimoniaux*) فيما يتعلق ببعض الأحكام ذات العلاقة بالشهر العقاري . و علاوة على ذلك ، فإن أكبر و أهم التعديلات التقنية التي مست نظام الشهر العقاري في فرنسا المعتمد بالمرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955، تلك الأحكام الجديدة التي تضمنها قانون 6 أفريل 1998 و المراسيم التنفيذية المؤرخة في 23 جوان 1998 و 3 جويلية 1998 التي تهدف إلى تطوير نظام الشهر العقاري السائد و إدخال تقنيات الإعلام الآلي في مكاتب الرهون.

لمزيد من التفصيل حول هذه الإصلاحات أنظر : Stephane piedelievre op-cit 13

¹ أنظر كل من : Gabriel Marty & Pierre Raynaud op-cit p 458

Alain Fournier op-cit p 6

Stephane Piedelievre op-cit p 14

Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 673

Laurent Aynés & Pierre Crocq op-cit p 247

مواجهة الغير، في حين لا يسري هذا الجزاء على تصرفات أخرى، إذ تبقى محافظة على حجيتها و لكن يترتب بدلا عن ذلك جزاءات أخرى أقل خطورة¹.

و عموما فإنه خلافا للكثير من أنظمة الشهر العقاري في باقي الدول ، بما فيها تلك التي تتبع نظام الشهر الشخصي، فإن نظام الشهر العقاري في فرنسا يتميز بالكثير من الخصوصية التي ترجع إلى تقسيم القانون الفرنسي الشهر العقاري إلى أربعة أنواع أ- الشهر العقاري الإلزامي الذي يترتب على إغفاله عدم حجية التصرف

Publicité obligatoire à fin d'opposabilité

ب- الشهر العقاري الإلزامي الذي لا يترتب على إغفاله عدم حجية التصرف

Publicité obligatoire à fin d'information

ج- الشهر العقاري الاختياري الضروري لترتيب حجية التصرف

Publicité facultative à fin d'opposabilité

د- الشهر العقاري الاختياري الرامي إلى إعلام الغير دون تأثير على حجية التصرف

Publicité facultative à fin d'information

المطلب الثاني : تحليل نظام الشهر الشخصي

أعاب الفقه على هذا النظام مجموعة من العيوب والمآخذ التي ذكرها حتى فقهاء تلك الدول التي تأخذ به لاسيما الفقه الفرنسي². غير أن الغلو في نقد نظام الشهر الشخصي و وصفه بكل المآخذ ليس موقفا صحيحا بشكل مطلق بدليل توجه عدد غير قليل من الدول إلى الأخذ بهذا النظام، ففرنسا مثلا و التي عدلت عن نظام الشهر الشخصي من خلال بعض النصوص القانونية سرعان ما تراجعت عن موقفها هذا و عادت إلى الأحكام السابقة التي تميز نظام الشهر الشخصي بل و دعمتها بنصوص جديدة في سبيل إصلاح بعض عيوب النظام المطبق دون العدول عنه بشكل تام .

¹ Alain Fournier op-cit p 7

² Stephane piedelievre op-cit p 15

Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 676

و علاوة على ذلك فإنه و بالرغم من أن فرنسا قامت بعملية مسح الأراضي على فترات متتالية و قطعت في ذلك شوطا كبيرا بما وفّرتة من إمكانيات بشرية و مادية للعملية ، فإنها لم تتخل كليا عن المبادئ و الأسس التي تحكم نظامها في الشهر العقاري و المأخوذة من نظام الشهر الشخصي ، إذ لو كان بالفعل هذا النظام غير صالح مطلقا لانتقلت فرنسا إلى نظام الشهر العيني دون عناء ، خاصة و أن عملية المسح العام هي أكبر عقبة تواجه الدول التي تسعى إلى تبني نظام الشهر العيني و قد تخطت فرنسا تلك العقبة.

و لكن من ناحية ثانية لا يمكن تفسير سعي فرنسا إلى تعميم أعمال المسح و خلق الدفاتر العقارية إلى جانب الدفاتر الشخصية و لا يمكن أيضا تفسير تلك النصوص القانونية التي اقتبست بعض مبادئ نظام الشهر العيني، إلا بوجود رغبة صريحة و معلنة في الاستفادة من المزايا التي يوفرها نظام الشهر العيني المطبق في بعض الدول المجاورة لفرنسا مثل ألمانيا و المطبق أيضا في مقاطعتي الألزاس و اللورين الفرنسيين¹.

و لهذا فإن البحث في هذا المقام سينصب على بيان المبادئ و الأحكام المميزة لنظام الشهر الشخصي و الطرق الفنية و العملية لتنفيذ عملية الشهر في هذا النظام مع بيان التنظيم الهيكلي و البشري للمصالح المكلفة بالشهر و شروط و آثار عملية شهر مختلف التصرفات و المحررات، لتظهر من خلال هذه الدراسة مزايا و عيوب هذا النظام التي يمكن للقارئ أن يستخلصها دون عناء .

¹ إن ما أردت أن أخلص إليه من خلال هذه الملاحظة، هو أنه خلافا لما يتكرر في بعض الدراسات و المؤلفات من تسليم شبه مطلق بعدم جدوى نظام الشهر الشخصي و كثرة عيوبه التي يصوره من خلالها البعض بأنه نظام رديء و عاجز، فإن الحقيقة غير ذلك، إذ لا بد من التحلي بالموضوعية عند تحليل هذا النظام و عدم الاستهانة بمبادئه و أحكامه التي يمكن أن تكون إلى جانب عدد من مبادئ نظام الشهر العيني نظاما متكاملا يحقق أكبر غايات الشهر العقاري من الثقة و الائتمان و استقرار المعاملات العقارية. و لهذا فقد فضلت تجنب السير على خطى تلك الدراسات التي لا تتطرق لنظام الشهر الشخصي إلا من زاوية عرض بعض مزاياه بشكل مقتضب بعد التشهير بعيوبه التي غالبا ما تتناولها هذه الدراسات بشكل تهكمي من أجل التقليل من شأنه في مقابل نظام الشهر العيني الذي لا يخلو هو الآخر من بعض العيوب التي و إن تجاوزت عنها بعض الدراسات فإنها تستدعي فعلا التفكير في تخليص نظام الشهر منها.

الفرع الأول : مبادئ نظام الشهر الشخصي

يقوم نظام الشهر الشخصي المطلق على مجموعة من المبادئ تميزه عن نظام الشهر العيني و تميزه عن تلك الأنظمة التي لا تطبق نظام الشهر الشخصي في شكله المطلق مثل النظام الفرنسي الذي صار نظاما مختلطا¹ بعد التعديلات التي أدخلت في فترات متلاحقة من مسار تطور النظام الفرنسي و عموما فإن أهم ما يميز نظام الشهر الشخصي من مبادئ هو ما يلي :

المبدأ الأول : أسماء الأشخاص أساس الشهر

إن أول و أكبر ميزة يعرف بها نظام الشهر الشخصي هي أن عملية الشهر في السجلات تتم على أساس أسماء الأشخاص الذين تصدر منهم التصرفات العقارية التي يتم شهرها و أسماء الأشخاص الذين يتلقون الحقوق محل التصرف² ، إذ تتم عمليات الشهر في نوعين من السجلات أو الدفاتر ، سجلات يتم القيد فيها طبقا للترتيب الزمني لتقديم المحررات للشهر و سجلات أخرى يتم فيها القيد طبقا للحروف الأبجدية لأسماء الأشخاص³ .

غير أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن نظام الشهر في فرنسا المعروف عنه أنه نظام شخصي، فإن المشرع الفرنسي اعتمد أيضا في عملية الشهر على نوع آخر من السجلات و هو السجل العيني المطور بالإعلام الآلي (le fichier immobilier) و الذي يتضمن الوضعية القانونية لكل عقار و هو السجل المستحدث بموجب مرسوم 4 جانفي 1955⁴.

¹ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 679

² راجع بشأن هذه الخاصية د/ عبد الحميد الشواربي (المرجع السابق) ص 3 و السيد عبد الوهاب عرفة (الوجيز في السجل العيني – دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2006 ص 16 و ما يليها و مدحت محمد الحسيني (المرجع السابق) ص 9 و ياسين غانم (المرجع السابق) ص 21

و راجع أيضا في الفقه الفرنسي Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 677

³ راجع د/ عبد الرزاق السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني ج 4 البيع و المقايضة) طبعة 1986 ص 547 و ما بعدها إذ يصف نظام الشهر الشخصي بأنه نظام متأخر مبررا ذلك بأن طريقة الشهر التي تعتمد على أسماء الأشخاص لا يمكن تحقق الهدف الذي وضع الشهر من أجله . و راجع أيضا د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 27 و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 47.

⁴ راجع ما سبق ص 60

المبدأ الثاني : ليس للشهر قوة ثبوت مطلقة

إن الشهر في ظل هذا النظام مجرد وسيلة للعلائية و إعلام الغير إذ أن مجرد شهر التصرف لا يدل قطعا على أن صاحب الحق محل التصرف هو فعلا مالكة الحقيقي، و لا أن مكتسب الحق الجديد سيكون في مأمن من تجريده من هذا الحق، ذلك أن الشهر هنا لا يحول حقا أو تصرفا قابلا للفسخ أو البطلان أو مثقلا بتكاليف عينية إلى حق جديد أكثر قوة من حق السلف، و بذلك يقتصر أثر الشهر في النظام الشخصي على إعلان الحقوق كما هي، فهو ينبه الغير إلى وجودها كما هي، و لا يمنع هذا الغير من الطعن فيها بكافة أشكال الطعن¹. و يقوم هذا المبدأ على قاعدتين أساسيتين:

القاعدة الأولى : هي القاعدة التي تقضي بأنه " لا يملك الإنسان إلا ما ملك " Nemo dat quot non habet التي تحول دون أن يسند للشهر أي أثر مقوي أو مدعم للحق effet confortatif de droit وتجعله قاصرا على إعلام الغير بالتصرفات العقارية و مجردا من قوة الثبوت denué de force probante بحيث لا يجوز لمن تلقى الملكية من غير مالك و تمكن من التسجيل أن يحتج بهذا التسجيل على المالك الحقيقي الذي يكون له الحق في استرداد ملكه طالما لم يمتلك المتصرف إليه العقار موضوع التصرف بالتقادم . إذ في هذه الحالة يتحصن المتصرف إليه في مواجهة المالك الحقيقي بالتقادم و ليس بالشهر المجرد من قوة الثبوت المطلقة².

القاعدة الثانية : هي القاعدة التي تقضي بأنه " لا يستطيع الإنسان أن ينقل لغيره حقوقا أكثر مما له " Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse "habet" و هي القاعدة التي تحول دون أن يظهر الشهر العيوب التي قد تشوب الحق موضوع التصرف المشهر، فمن ينقل إليه حق قابل للفسخ أو البطلان أو مثقل بتكاليف عينية لا يظهره الشهر، فالشهر لا يضيف شيئا إلى قيمة التصرف المشهر و لا يحو ما قد يشوبه من عيوب ، و يبقى المتصرف إليه معرضا لجميع أوجه الطعن التي كان

¹ راجع د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 37 و ممدوح الدركشلي (أحكام الشهر العقاري في القانون السوري) بحث مقدم لحلقة دراسات الشهر العقاري في البلاد العربية المشار إليه سابقا و المنشور ضمن مجموعة أعمال الحلقة ص 154 و د/ اسعد دياب و القاضي طارق زيادة (أبحاث في التحديد و التحرير و السجل العقاري) الطبعة الثانية - المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان 1994 ص 22 و د/ محمد عبد اللطيف (المرجع السابق) ص 4 و 5 . و في نفس السياق أنظر Jean Pierre Chenu op-cit p 43

² أنظر: Jean Pierre Chenu op-cit p 49 و المستشار معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 15 و د/ عدلي أمير خالد (إكتساب الملكية العقارية بالحيازة) دار الفكر الجامعي - القاهرة ص 339 .

يمكن توجيهها إليه قبل الشهر¹ و لذلك سبق القول بأن نظام الشهر الشخصي هو نظام لتسجيل العقود و ليس نظاما لقيد الحقوق².

المبدأ الثالث: للشهر دور مدعم للحق و ليس له دور مانح للحق

يهدف الشهر العقاري عموما إلى تحقيق الائتمان العقاري و إحاطة التجارة العقارية بالثقة و الأمان ، غير أن أنظمة الشهر تختلف من حيث الوسيلة التي تعتمدها لتحقيق هذه الغاية ، إذ توجد في هذا الشأن فكرتان أساسيتان يقوم عليها الشهر، الأولى يكون فيها للشهر دور مانح للحقوق *Publicité attributive de droits* في حين تقوم الفكرة الثانية على إعطاء الشهر مجرد دور مدعم للحق *publicité confortative de droit*³. و بالنسبة لنظام الشهر الشخصي، فإنه يقوم على أساس الفكرة الثانية إذ لا يكون للشهر في الدول التي تأخذ به سوى دورا مدعما للحقوق و ذلك عن طريق ما يتمتع به الحق المشهر من حجية في مواجهة الغير⁴ و كذلك عن طريق حل تنازع أكثر من شخص يكونون قد تلقوا حقوقا واردة على نفس الحق من متصرف واحد، فالشهر بهذا المعنى يجعل الحق المشهر محتجا به في مواجهة الغير *opposable* كما يعتمد على تاريخ الشهر في المفاضلة بين المتنازعين .

و يرجع سبب أخذ فرنسا بالدور المدعم للحقوق و عدم إعطاء الشهر دورا مانحا لها إلى نوعين من الأسباب، الأول يتمثل في الأسباب المدنية القانونية *raisons civiles* و الثاني يتمثل في الأسباب المالية *raisons fiscales* ، إذ أن قانون الشهر

¹ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 29 و د/ عبد الحميد الشواربي (المرجع السابق) ص 4
² بسبب هذه الخاصية أعاب الفقه على نظام الشهر الشخصي قصوره عن توفير الحماية لصاحب الحق المشهر، و عجزه عن ضمان استقرار الحقوق المشهورة التي تضل مهددة بالإبطال و الفسخ في أي لحظة و هو ما يهدم الثقة و الائتمان العقاري الذي وضع الشهر من أجل تحقيقه. و لعل هذا هو السبب الذي أدى بالمشرع الفرنسي إلى التخفيف من خطورة هذه الخاصية لما قرر أن يكون للشهر في بعض التصرفات إلى جانب مهمة الإعلام أثر آخر يتمثل في حجية التصرف المشهر في مواجهة الغير *publicité à fin d'opposabilité* و لكن فقط أولئك الذين يتلقون نفس الحق أو حقا و اردا على نفس العقار من نفس المتصرف، إذ يكون لمن أشهر حقه أولا الأفضلية و لكن دون المساس بحق الغير المتضرر من التصرف في الطعن فيه . وهو نفس موقف المشرع الجزائري تقريبا في المادة 85 من المرسوم 63/76 التي يعتقد البعض أنها تتعارض مع نص المادة 23 من الأمر 75/74 كما سيأتي تفصيله لاحقا .

³ Stephane Piedelievre op- cit p 16

⁴ راجع في هذا الشأن د/ زهدي يكن (السجل العقاري في لبنان و العالم) ج 2 – بيروت بدون سنة ص 313 .

العقاري في فرنسا يتميز بطابع مالي أكثر منه قانوني، و قد نتج عن ذلك أن المصالح المكلفة بالشهر العقاري تخضع للسلطة السلمية لوزارة الاقتصاد و المالية¹. الأمر الذي جعل بعض الفقهاء يعلنون بأن دور مأمور الشهر العقاري في فرنسا تحول إلى مجرد مجمع للحقوق المالية والرسوم المختلفة *collecteur de droits et taxes* و فقد دوره الذي من المفروض أن يتمثل في مراقبة التصرفات و الوثائق المقدمة للشهر من حيث صحتها².

المبدأ الرابع : ليس للشهر أثر ناقل للحقوق

إن نص المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي تجعل انتقال الملكية يخضع لقاعدة واحدة تسري على العقار مثلما تسري على المنقول، و هي القاعدة التي تجعل انتقال الملكية يتم بمجرد تبادل التراضي بين طرفي العقد بدون حاجة إلى أي إجراء آخر، وبهذا المعنى فإن المشتري أو المتبادل أو الموهوب له يصير مالكا للشئ المبيع بمجرد انعقاد العقد، و في نفس الوقت يصير دائنا للمتصرف الذي يصير ملزما بنقل الملكية، غير أن هذا الالتزام يعتبر منفذا في نفس اللحظة التي ينشأ فيها و هي انعقاد العقد³.

و انطلاقا من هذه الخاصية التي يتميز بها التشريع الفرنسي، فإن انتقال الحقوق والملكية بوجه خاص أمر مستقل عن عملية الشهر إذ يتم هذا الانتقال قبل القيام بالشهر و بصرف النظر عما إذا تم الشهر أم لا⁴، و يبقى دور الشهر في هذه الحالة ينحصر في إعلام الغير بهذا الانتقال، الأمر الذي لا يخلو من الخطورة خاصة في الفترة السابقة للشهر و كذلك في التصرفات التي لا يجبر الأطراف على شهرها أو تلك التي

¹ ما دعم بشكل واضح هذا الاتجاه هو قانون 26 ديسمبر 1969 الذي دمج بين إجراءات التسجيل *enregistrement* و إجراءات الشهر العقاري *publicité* ثم جاء قانون المالية المؤرخ في 30 ديسمبر 1998 ليكرس الطابع المالي لعملية الشهر من خلال المادة 110 منه و في هذا يشبه النظام الجزائري إذ تشرف وزارة المالية أيضا على المحافظات العقارية خلافا لما هو عليه الحال في الدول التي تعتمد نظام الشهر العيني إذ تكون مصالح الشهر تحت إشراف القضاء و وزارة العدل.

² Stephane piedelievre op-cit p18

³ Philippe simler et Philippe delebecque op-cit p 698 et suivantes

⁴ أنظر في هذا المعنى :

Jean Pierre Chenu op-cit p 30 و Marc Donnier op-cit p 4

Mazeaud (Henri ; Léon & Jean) (Leçons de droit civil ; tome 3; Vol 1 – Suretés et publicité foncière) 5° ed 1977 p 601

لا تشهر . و قد دفعت هذه الخاصية التي يتميز بها الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى الحث على ضرورة مراجعة النظام الفرنسي للشهر العقاري و الإسراع بإدخال نظام الشهر العيني¹ .

المبدأ الخامس : جواز تملك الحق المشهر من طرف الغير بالتقادم

يتعرض المالك في ظل نظام الشهر الشخصي لخطر ضياع ملكه بالتقادم المكتسب لفائدة الغير الذي تتوفر لديه شروط هذا الاكتساب المعروفة في القانون المدني، فطالما أن هذا النظام ليست له قوة ثبوت للحق المشهر، فإن ذلك يعني أن تسجيل التصرف و شهره لا يؤمن المالك ضد ادعاءات الغير بتملك العقار بالتقادم و هو ما يؤدي إلى انعدام كل فائدة لسند الملكية في مواجهة المالك الجديد الذي يستند في ملكيته إلى التقادم² .

و قد رتب بعض الشراح على هذا المبدأ أن نظام الشهر الشخصي صار بذلك نظاما قاصرا و مضللا للمتعاملين ، ذلك أنه لا يكفي للتعاقد مع شخص ما على أنه مالك مجرد حيازته لسند ملكية مشهر، فهذا السند لا ينهض بذاته دليلا مؤكدا على ملكية العقار، بل يجب أن يعزز بالرجوع إلى السجلات الهجائية الاسمية للتحقق من عدم وجود تصرف سابق من هذا المالك في العقار و عدم زوال صفة المالك عنه و هو ما يعرف بالشهادة السلبية *certificat négatif* في القانون الفرنسي . غير أن البحث قد لا يسفر عن وجود تصرفات سابقة باسم المالك و مع ذلك لا يكون هذا ضمانا أكيدا بعدم زوال صفة المالك و هذا يصدق في الأنظمة التي لا تستلزم شهر واقعة التقادم المكسب أو تلك التي تجعل هذا الشهر معلقا على ضرورة استصدار حكم بتثبيت الملكية و شهره ، و من ثم فإن البحث في السجلات قد لا يكون مجديا لما لا تتضمن أي إشارة إلى مكتسب العقار بالتقادم و من ثم يكون الاطلاع و البحث فيها أمرا لا فائدة

¹ راجع في هذا الشأن Stéphane piedelievre op-cit p20

² راجع كل من : د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 475

د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 33

د/ محمد كامل مرسي (المرجع السابق) ص 135 بند 77

د/ محمد لبيب شنب (إكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني)

بحث منشور ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية الخاصة بقوانين الشهر العقاري المشار إليها سابقا ص 606

منه و أحيانا يكون مضللا ، و غني عن البيان ما في ذلك من إرباك للمعاملات العقارية¹.

المبدأ السادس : الشهر قرينة بسيطة على صحة الحق

إن شهر تصرف ما في الدفاتر أو السجلات الاسمية في ظل نظام الشهر الشخصي، ينشئ قرينة قانونية على صحة التصرف و على كسب الحق من طرف المتصرف إليه ، و هي نفس القرينة التي تنتج أيضا كأثر من آثار الشهر في ظل نظام الشهر العيني، غير أن قوة هذه القرينة و مدى حجيتها تختلف في النظامين، ففي نظام الشهر الشخصي تكون هذه القرينة بسيطة *présomption simple* تقبل إثبات العكس، حيث يظل الشخص المسجل باسمه الحق الوارد على العقار مفترضا أنه هو صاحب الحق ، و أن التصرف المنشئ لهذا الحق يظل مفترضا صحيحا، إلى أن يتم الطعن في هذا التصرف² بدعوى إبطال و بطلان أو نقض الحق أو فسخ التصرف أو غيرها من صور الطعن.

المبدأ السابع : تعدد وظائف الشهر

إن للشهر العقاري في ظل نظام الشهر الشخصي، وظائف متعددة و مختلفة يؤديها. و هذه الوظائف تختلف بحسب أشكال الشهر ، فوظيفة الشهر مثلا في العقود و التصرفات التي تخضع للشهر الإلزامي تختلف عن وظيفته في العقود و التصرفات التي لا تخضع إلا للشهر الاختياري و كذلك تختلف وظيفة الشهر في الحالات التي يكون فيها الشهر بهدف إعطاء التصرف الحجية في مواجهة الغير، عن وظيفته في الحالات التي يكون هدف الشهر فيها مجرد إعلام الغير.

و قد انتهج هذا المنحى المشرع الفرنسي من خلال نظام الشهر المطبق حاليا³، و ذلك على نحو نميز فيه بين الشهر الإلزامي *publicité obligatoire* و بين

¹ د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص34

² د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص37

³ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 678

الشهر الاختياري Publicité facultative و بين الشهر من أجل إصباغ التصرفات بالحجية في مواجهة الغير Publicité à fin d'opposabilité و بين الشهر من أجل إعلام الغير Publicité à fin d'information.

و عموما فإن وظائف الشهر في ظل التشريعات التي تتبع نظام الشهر الشخصي مثل المشرع الفرنسي تتمثل في إحدى خمس وظائف¹ :

الوظيفة الأولى : إعطاء التصرفات المشهورة حجية في مواجهة الغير.

الوظيفة الثانية : إعلام الغير بالتصرفات

الوظيفة الثالثة : ترتيب الأولوية في المفاضلة بين التصرفات المشهورة المنصبة على نفس الحق من نفس المتصرف.

الوظيفة الرابعة : قبول بعض الدعاوى القضائية التي يشترط القانون إشهار عريضتها.

الوظيفة الخامسة : تمكين التصرفات اللاحقة من الشهر و ذلك عن طريق مبدأ الأثر النسبي للشهر².

و يشترك نظام الشهر الشخصي في هذا الشأن مع نظام الشهر العيني في بعض الوظائف مثل الحجية و الإعلام . و لكن الوظيفة الرئيسية للشهر في ظل نظام الشهر العيني و المتمثلة في نقل الحقوق تبقى مجهولة و غير معروفة في ظل نظام الشهر الشخصي الذي كما سبق ذكره هو نظام مدعم للحقوق و ليس نظاما منشئا و لا ناقلا لها .

المبدأ الثامن : للشهر طابع إداري و ليس له طابع قضائي

إن عملية الشهر في نظام الشهر الشخصي تشرف عليها مصالح وجهات إدارية تخضع لموظفين تابعين لمصالح وزارة المالية ، و هم محافظو الرهون

¹ Alain Fournier op-cit p7

² ما تجب ملاحظته في هذا الشأن أن هذه الوظائف هي تلك المعروفة في القانون الفرنسي، و منها ما هو مستمد من نظام الشهر العيني، إذ أنه ليس خفيا أن المشرع الفرنسي أثناء إصلاحه لنظام الشهر العقاري، قد أخذ ببعض مبادئ الشهر العيني مثل مبدأ الأثر النسبي للشهر و الذي يعني أنه لا يجوز إشهار أي تصرف إلا إذا كان المتصرف قد أشهر من قبل التصرف الذي تلقى بموجبه الحق محل التصرف اللاحق .

conservateurs des hypothèques حيث تقتضي عملية شهر العقود و التصرفات المختلفة دفع بعض الرسوم (Taxes) لفائدة الخزينة العمومية، أين يؤدي محافظ الرهون دور المحصل . و هذا الدور الذي برز بشكل أكبر في فرنسا منذ صدور قانون 26 ديسمبر 1969 الذي دمج بين إجراءات الشهر العقاري و إجراءات التسجيل¹.

و خلافا لما هو عليه الحال في ظل نظام السجل العيني، فإنه ليس لمأمور الشهر العقاري أو محافظ الرهون في فرنسا أي دور قضائي . فهو ليس مخول بتقدير و فحص مدى صحة العقود المقدمة له من أجل شهرها، و قد اقتصر دوره منذ صدور قانون 04 جانفي 1955 على مجرد فحص صحة العقود من الناحية الإجرائية فقط La régularité formelle des actes².

الفرع الثاني : تنظيم عملية الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي

إن المقصود بتنظيم عملية الشهر، كل الأحكام التفصيلية التي تخضع لها عملية شهر العقود و التصرفات و قيد الحقوق لدى الإدارة المختصة بذلك، و تشمل هذه الأحكام التنظيم الإداري للشهر العقاري أي هياكل إدارة الشهر و اختصاصاتها و القائمين بإدارتها و السلطة التي تخضع لها، كما تشمل التنظيم المادي لعملية الشهر، و يتعلق الأمر في هذا الشأن بمختلف السجلات و الوثائق التي يعتمد عليها في عملية الشهر و القيد ، إضافة إلى ذلك فإن الحديث عن تنظيم عملية الشهر يقتضي أيضا التطرق إلى شروط قبول العقود و الوثائق المقدمة للشهر و سلطة مأمور الشهر و دوره . و بما أن فرنسا هي الدولة النموذج التي تبنت نظام الشهر الشخصي للظروف

¹ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 677

² أما عندنا في الجزائر فإنه يبدو بأن المشرع و إن لم يتخلص بعد من المظهر العام المميز لنظام الشهر الشخصي، فإنه بالمقابل اقترب من نظام الشهر العيني بخصوص الصلاحيات الممنوحة للمحافظ العقاري، فهو لا يزال موظفا إداريا تابعا لوزارة المالية كما هو الحال في فرنسا، لكن سلطته تخول له رفض الإيداع و رفض الإجراءات إذا اتضح له أن عقدا معينا مقدما للشهر مشوب بعيب قانوني كالبطلان بسبب كالأهلية أو مخالفة النظام العام مثلا، و هذا ما يجعل دوره يقترب شيئا ما من دور قاضي السجل العقاري في ألمانيا و بعض المقاطعات الفرنسية التي تطبق نظام الشهر العيني.

التي سبق شرحها ، و إن كانت اليوم تطبق نظاما مختلطا¹ و لكنها تبقى دائما مرجعا عمليا لكل بحث ينصب على أحكام و قواعد نظام الشهر الشخصي ، فإن البحث في تنظيم عملية الشهر في ظل هذا النظام أثرت أن أستمد عناصره من النظام المطبق حاليا في فرنسا ، مع التنبيه طبعاً كلما دعت الضرورة إلى تلك الأحكام الجديدة في النظام الفرنسي و التي ليست من صميم مبادئ و قواعد نظام الشهر الشخصي.

أولاً : التنظيم الإداري للشهر العقاري في فرنسا

إن محور التنظيم الإداري للشهر العقاري هو مكاتب محافظة الرهون Bureaux des conservations des hypothèques أو ما يسمى عندنا في الجزائر المحافظات العقارية conservations foncières . و يتمثل دور هذه المكاتب في ظل نظام الشهر الشخصي في مهمتين اثنتين هي تلقي العقود و السندات المختلفة و شهرها و إعلام الغير بالمعلومات المتعلقة بالحقوق المشهورة بناء على الطلبات التي يتقدم بها الغير . و على رأس كل مكتب من هذه المكاتب يوجد شخص موظف يقوم بدور محوري يدعى المحافظ Le conservateur².

1- مكاتب محافظة الرهون³

إن مكاتب محافظة الرهون هي نواة التنظيم الإداري للشهر العقاري في فرنسا و هي تقريبا تقابل في النظام الجزائري من حيث الدور المحافظات العقارية الموجودة

¹ Stéphane Piedelièvre op-cit p 8

² Stéphane Piedelièvre op-cit p26

³ لهذه التسمية أسباب تاريخية تعود لمنشور جوان 1791 الذي نظم عملية تطهير الرهون . حيث كانت الرهون تنشأ بطريقة سرية، فكان مشتري العقار المرهون أو مكتسبه لا يمكنه تطهير العقار عن طريق دفع مستحقات الدائنين المرتهنين إلا إذا ظهر هؤلاء و كشفوا عن أنفسهم و لم تكن حينها توجد أي طريقة يتعرف بها المشتري على هؤلاء الدائنين بسبب سرية الرهون سوى طريقة الاعتراض المرفوع من طرف هؤلاء الدائنين أمام السيد محافظ الرهون من أجل حماية حقوقهم . و لما أصبحت الرهون تقام و تنشأ بطريقة رسمية و تخضع للشهر، ظهر أنه من الطبيعي أن يختص بعملية شهر هذه الرهون نفس الشخص الذي كان يتلقى الاعتراضات و هو محافظ الرهون، ثم توسعت دائرة التصرفات الخاضعة للشهر و بقي دائما المحافظ مختصاً بها . فاسم محافظ الرهون le conservateur des hypothèques مشتق من دوره التاريخي و هو المحافظة على حق الرهن عن طريق تلقي اعتراضات الدائنين المرتهنين (conserver les droits des créanciers).

على مستوى الولايات ، غير أن ما تجدر الإشارة إليه قبل تفصيل الحديث عن هذه المكاتب أن تسميتها في ظل النظام الفرنسي تسمية تتسم بالغموض و القصور و عدم الدقة و هي محل انتقاد من الكثير من الفقهاء¹ ، كونها لا تدل بشكل دقيق على دور هذه المكاتب التي لا يقتصر دورها على قيد الرهون مثلما يظهر من خلال التسمية و إنما هي تقوم بكل الإجراءات الشكلية المتعلقة بالشهر و التي لها صلة به².

و تتوزع مكاتب الرهون على مختلف أنحاء الدولة ، ففي فرنسا يوجد مكتب للرهن على مستوى كل دائرة Arrondissement و كل مكتب له ملحقات على مستوى كل بلدة تقريبا، إذ تضبط و تحدد مقرات المكاتب عن طريق قرار و زاري مشترك بين وزير العدل و وزير المالية، وكانت إلى غاية سنة 2000 توجد في فرنسا ثلاثمائة و أربعة و خمسون مكتب، تعالج أكثر من ثمانية ملايين إجراء إشهار³. و يمتد اختصاص كل مكتب رهون على رقعة جغرافية محددة، إذ يتم إجراء الشهر في مكتب الرهن الذي يقع في نطاق اختصاصه العقار محل الشهر و تتمتع هذه المكاتب في فرنسا باستقلالية مالية و قضائية Autonomie financière et judiciaire⁴ و لما تكون عملية الشهر تتعلق بتصرف و ارد على عدة عقارات واقعة في نطاق اختصاص مكاتب مختلفة، فإن عملية الشهر تتم على مستوى كل مكتب طبقا للمادة 68 الفقرة الأولى من المرسوم المؤرخ في 14 أكتوبر 1955 و هذا ما يؤدي إلى احتمال أن تتضمن سجلات مختلفة في مكاتب مختلفة الإشارة إلى نفس التصرف⁵.

هذا و لازالت لحد الآن مكاتب الرهون تعاني من تأخر في نمط العمل إذ لازالت تعمل بالطريقة اليدوية بالرغم من المحاولات المحتشمة لإدخال وسيلة الإعلام الآلي التي تحدث عنها قانون 6 أبريل 1998، و ذلك عن طريق وسيلتين و تطبيقيتين

¹ أنظر في هذا الشأن كل من :

Stéphane Piedelivre op-cit p26

Alain Fournier op-cit p 19

Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 733

² Gabriel Marty et Pierre Raymond op-cit p 464

³ هذه الإحصائية واردة في مؤلف الأستاذ Stéphane Piedelivre المشار إليه سابقا و هي خاصة بسنة 2000 و المقننة بالقرار الوزاري المؤرخ في 09 مارس 1998

⁴ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 465

⁵ Stéphane piedelivre op-cit p 27

(Applications) ، الأولى هي التي يطلق عليها اختصاراً مصطلح Madere (Module accélérée de délivrance des renseignements) و هي التطبيقية التقنية التي تسمح بإعطاء المعلومات المستمدة من سجل الإيداع registre des dépôts و التطبيقية الثانية المسماة اختصاراً (Fidji) Fichier informatisé des données juridiques sur l'immeuble . و هذه من شأنها أن تسمح بعصرنة و إخضاع كل أعمال مكاتب الرهون للإعلام الآلي (informatisation)¹.

2- دور محافظ الرهون و مسؤوليته

أ- دور محافظ الرهون

إن محافظ الرهون في فرنسا موظف عام يخضع هو و بقية العمال الذين يشرف عليهم في مكاتب محافظة الرهون إلى قانون الوظيف العمومي، و هم تابعون سلمياً لوصاية وزير المالية². فهو بذلك يختلف عن قاضي الشهر العقاري le juge foncier المعروف في ألمانيا و عن نظيره المعروف في نظام تورنس الأسترالي باسم "registrar"³

أما السندات و الوثائق التي يصدرها فإنها تتميز بالصبغة الرسمية و من ثم فإنه لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير⁴. و لا يتلقى محافظ الرهون في النظام الفرنسي راتباً شهرياً من الدولة و لكن يتلقى أجوراً (salaires) تحدد قيمتها وطبيعتها المادة 879 من قانون الضرائب العام code général des impôts ، و هي عموماً أجور

¹ الغريب في الأمر أن هذا البرنامج الذي رسمه المشرع الفرنسي بقانون 6 أبريل 1998 الذي يرمي إلى صياغة كل المعطيات السابقة بالإعلام الآلي لم يتم تنفيذه ميدانياً و هجرته مكاتب الشهر لأسباب مالية، و كبديل عن هذا البرنامج، اقترح المشتغلون بالميدان أن تتم عملية نقل المعلومات بالإعلام الآلي مع كل عملية شهر جديدة و بهذا قدر الخبراء، بأن الأمر إن تم بهذه الطريقة، فإنه في خلال ثلاثين سنة ستصبح كل المعلومات و المعطيات و كل السجلات و البطاقات خاضعة للإعلام الآلي (informatisées).

² Stéphane Piedelievre op-cit p 28

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 465

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 465

⁴ Alain Fournier op-cit p20

مرتفعة جدا¹. و مقابل الأجر المرتفعة التي يتلقاها محافظ الرهون في فرنسا من المتعاملين ، فهو ملزم بتقديم نوعين من الكفالة Cautionnement توجه الأولى لتغطية مسؤوليته أو التزاماته تجاه الخزينة ، في حين تخصص الكفالة الثانية لتغطية مسؤوليته التي قد تثور أو تنشأ في مواجهة الغير بسبب أخطائه . و قد حدد المرسوم المؤرخ في 03 جانفي 1997 و المرسوم المؤرخ في 12 مارس 1999 قيمة هذه الكفالة و طريقة تقديمها².

و يتمثل دور محافظ الرهون في نظام الشهر السائد في فرنسا حاليا والمستمدة جذوره و مبادئه الأساسية من نظام الشهر الشخصي في ثلاث مهام رئيسية تتمثل³ في اتخاذ مختلف إجراءات شهر الحقوق أو شطبها و مسك و حفظ مختلف السجلات و البطاقات و إعطاء المعلومات و المعطيات المدونة في مختلف السجلات لمن يطلبها من الغير. و في ممارسته لمهامه هذه لا يملك محافظ الرهون سلطة فحص التصرفات و العقود المقدمة للشهر من حيث موضوع الحق (le fond de droit) و لا دخل له في مدى صحتها أو مخالفتها للقانون إلا من الناحية الشكلية و الإجرائية المتعلقة مثلا بالوثائق المطلوبة أثناء عملية الشهر و تاريخ تقديم العقود للشهر و شرط الرسمية المطلوب في العقود محل الشهر. غير أنه يوجد استثناء واحد في النظام الفرنسي أين يمارس محافظ الرهون سلطة تخوله فحص التصرف من حيث الموضوع و الأهلية و هو لما يتعلق الأمر بإشهار شطب الرهون Radiation des hypothèques⁴. و يمتنع المحافظ عن الإيداع refuse le dépôt أو يرفض إجراء الشهر rejette la

¹ هذه الأجر يدفعها المتعاملون مع مكتب محافظة الرهون من طالبي الشهر و لا يستثنى من هذا أي عقد أو تصرف ، كما لا يستثنى أي شخص من دفع هذه المبالغ، فحتى الدولة تدفع أجرا للمحافظ مقابل العقود أو القرارات التي يشهرها مثل قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، و الاستثناء الوحيد هو ما ورد في المادة 881 من قانون الضرائب العام، إذ تعفى من دفع الأجر للمحافظ عملية قيد أو تسجيل الديون التابعة للجمهورية لفائدة دور الرعاية الاجتماعية و بعض المؤسسات العمومية. هذا و تقوم الخزينة العامة باقتطاع نسبة مئوية محددة من الأجر الذي يتلقاه محافظ الرهون لقاء الخدمات التي يقدمها و ذلك من أجل تغطية النفقات و أجور الموظفين الذين تشغلهم مكاتب المحافظة . و قد تصل نسبة هذا الإقتطاع في بعض المكاتب إلى 90% من الأجر الخام "salaire Brut".

² Stephane piedelievre op-cit p 20

³ Stephane Piedelievre op-cit p 31

⁴ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 466

formalité متى تأكد لديه عدم صحة أو عدم سلامة الإجراءات الشكلية المطلوبة في عملية الشهر¹.

و في إطار رقابته المسبقة للعقود موضوع الشهر يمارس محافظ الرهون سلطته عن طريق إصدار قرارات ذات صبغة إدارية، و أهم هذه القرارات قرار رفض الإيداع refus du dépôt و قرار رفض الإجراء rejet de la formalité و هما القراران اللذان حول قانون 1955 محافظ الرهون اتخذهما أو إصدارهما . و منذ ذلك التاريخ لم تتغير سلطات المحافظ في فرنسا، و لذلك فإن هذا الموظف ليست له أي سلطة لفحص صحة العقود من الناحية الموضوعية أو حقيقة الحقوق محل الشهر أو كما يقول الفقه الفرنسي².

Le conservateur des hypothèques n'est juge ni de la validité des actes ni de la réalité des droits du requérant.

و ترتيباً على هذا المبدأ فإن محافظ الرهون في فرنسا لا يمكنه رفض إشهار التصرفات المتتالية الواردة على نفس الحق حتى و لو كانت متعارضة و تنقل الحق لأكثر من مستفيد ، كأن يقوم مالك العقار ببيع ملكه في بيوع متتالية لعدة مشتريين ، لأنه كما يقول القضاء الفرنسي "المحافظ ليس من صلاحيته أن يبحث فيما إذا كان المتصرف هو آخر مالك للحق، و إنما عليه أن يكتفي بالتحقق من أن المتصرف قد سبق له شهر سنده " و ذلك في قرار عن الغرفة العقارية لمحكمة Patarin بمناسبة شرح القضاء لمعنى مبدأ الأثر النسبي للشهر أو شرط الشهر المسبق³.

و قد فصل مرسوم 04 جانفي 1955 و مرسوم 14 أكتوبر 1955 الأحكام المتعلقة بقرار رفض الإيداع و قرار رد الإجراء مبيينين شروط إصدارهما و الآثار

¹ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 734

Marc Donnier op-cit p 14

Alain Fournier op-cit p 25

² Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 485

³ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p735

المرتتبة عن كل قرار و طرق الطعن فيهما و الجهة المختصة بتلقي هذا الطعن¹.
فبالنسبة لقرار رفض الإيداع Ordonnance du refus du dépôts فيصدره محافظ
الرهون أثناء عملية إيداع العقود لدى مصلحة الشهر لما يعاين أي مخالفة
"irrégularité" أو خلل في الوثائق المقدمة للشهر و يعيد الوثائق لصاحبها بعد أن
يضع على إحدى النسخ تأشيرة الرفض التي تكون مؤرخة و موقعة طبقا للمادة 74 من
مرسوم 14 أكتوبر².

و المخالفات (irrégularités) التي تكون مبررا لرفض الإيداع هي المخالفات
الجسيمة (Graves) ، بخلاف المخالفات التي تؤدي إلى رفض الإجراء، و من أمثلة
المخالفات الجسيمة التي نص عليها القانون الفرنسي³.

- مخالفة الشكل الرسمي للعقود المقدمة للشهر (المادة 68 من مرسوم 14 أكتوبر
1955).

- مخالفة الاختصاص الإقليمي لمكتب المحافظة (المادة 68 فقرة 1 من نفس المرسوم).
- عدم احترام قاعدة الأثر النسبي للشهر أو شرط الشهر المسبق لحق المتصرف (المادة
33 من نفس المرسوم).

- في حالة عدم مطابقة الوثائق المقدمة للأحكام القانونية في هذا الشأن مثل الشهادات
الإدارية المتعلقة بهوية الأطراف و الوثائق المتعلقة بتعيين العقارات
(l'identification des parties et la désignation des biens) (المادة 64 من
المرسوم المؤرخ في 14 أكتوبر 1955).

¹ أثير التساؤل في فرنسا حول ما إذا كانت حالات رفض الإيداع و حالات رد إجراء الشهر قد وردت على سبيل الحصر أم
أنها وردت على سبيل المثال و من ثم يجوز التوسع فيها بالقياس . و حسما للخلاف الذي ساد بخصوص هذه المسألة في أوساط
الفقه و القضاء قررت محكمة النقض الفرنسية بأن تلك الحالات إنما جاءت على سبيل الحصر و ذلك في حكم لها بتاريخ 14
مارس 1968 و مما جاء في حكمها أن المادة 2199 من القانون المدني تمنع كل رفض للإيداع و كل رد للإجراء إلا وفقا
للحالات المشار إليها بنصوص تشريعية أو تنظيمية . أنظر في ذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ
14 مارس 1968 – منشور في مجلة مجموعة أحكام النقض الفرنسية 1968 عدد 3 ص 90 رقم 115 و منشور أيضا في
مجلة (Dalloz – Sirey) سنة 1968 ص 425 مع تعليق الأستاذ Jean Mazeaud و نفس الحكم منشور كذلك في مجلة
(La semaine juridique) 1968 – أحكام القضاء – رقم 15536 مع تعليق الأستاذ Bulté . و بذلك فقد خالفت محكمة
النقض الفرنسية رأي أولئك الفقهاء الذين قالوا بأن الحالات الواردة في 24 الفقرة 2 و 3 من مرسوم 04 جانفي 1955 إنما
جاءت على سبيل المثال ، و من بين هؤلاء راجع :

Jean-Louis Bergel (Les vente d' immeubles existants) ; LITEC . Paris 1983 p 316

Marc Donnier op-cit p 14

Alain Fournier op-cit p 25

Gabriel Marty et Pierre Raynaud Op-cit p 487 ²

Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 736 ³

- عدم مراعاة الآجال ، كأن يقدم طلب تجديد قيد الرهن بعد التقادم أو بعد شطب الرهن (المادة 64 بعد تتمتها بمرسوم 3 جويلية 1998).

و في حالة رفض إيداع عقد معين يقوم محافظ الرهون خلال أجل خمسة عشر يوما بتبليغ قرار الرفض للمعني طبقا للمادة 74 الفقرة الأولى من مرسوم 14 أكتوبر 1955 المعدلة بالمرسوم المؤرخ في 3 جويلية 1998، و يقوم أيضا بإرجاع الوثائق بعد أن يضع على إحدى النسخ تأشيرة mention تثبت قرار الرفض و سبب الرفض موقعة و مؤرخة. و يمكن في كل الأحوال لطالب الشهر أن يعيد تقديم الوثائق للشهر من جديد بعد إصلاح الخلل و تدارك سبب الرفض و في هذه الحالة يأخذ الشهر تاريخ الإيداع الثاني و لا يكون للإيداع المرفوض أول مرة أي أثر¹.

أما فيما يتعلق بقرار رد الإجراء *ordonnance de rejet de la formalité* ، فبعد أن يوافق محافظ الرهون على إيداع العقد، يمكنه أن يرد إجراء الإشهار الفعلي و ذلك إذا اكتشف أي مخالفة أو خلل كان من الممكن أن يؤدي إلى رفض الإيداع ، أو أي خلل أو مخالفة أخرى أقل خطورة "*irrégularité moins grave*" من المخالفات التي تؤدي إلى رفض الإيداع²، مثل عدم تطابق البيانات أو محتوى العقود مع بيانات جدول الإرسال أو بين بيانات و محتوى العقود المقدمة للشهر و بيانات و محتوى العقود المشهورة سابقا ، مثلما تنص عليه المادة 73 الفقرة 4 و المادة 34 الفقرة الثالثة من المرسوم المؤرخ في 14 أكتوبر 1955³.

و في حالة رفضه الإجراء يبلغ محافظ الرهون طالب الشهر قرار الرفض المؤقت للإجراء خلال أجل شهر من يوم الإيداع، و يعلق إجراء الإشهار في انتظار تصليح الخلل و مراجعته من طرف المعني صاحب المصلحة، فإذا قام هذا الأخير بتدارك النقص أو الخلل المعين خلال أجل شهر من يوم التبليغ، يقوم المحافظ بإتمام

¹ Alain Fournier Op-Cit p 64 - Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p736

² Alain Piedelievre Droit des biens (Les biens – La publicité fonciere et les suretés réelles) ;

Masson . Paris 1977 p 160

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 486

إجراء الشهر و يعطيه تاريخا ثابتا يكون هو تاريخ الإيداع الأول ما لم يكن سبب الرفض راجعا لوثائق خاطئة و تم تدارك خطأه، فعندئذ الشهر يأخذ تاريخ إيداع الوثائق بعد تصحيحها و ليس تاريخ الإيداع الأول مثلما تنص عليه المادة 34 فقرة 3 من المرسوم المؤرخ في 14 أكتوبر 1955¹.

أما إذا لم يقم طالب الشهر بإصلاح الخلل و تدارك النقص و المخالفة التي يبرر بها المحافظ قراره القاضي برفض الإجراء، يقوم هذا الأخير بتبليغ المعني بالأمر بقرار الرفض النهائي للإجراء و ذلك في أجل ثمانية أيام تبدأ من تاريخ انتهاء أجل الشهر الممنوح له من أجل تدارك الخلل، لتفتح بذلك بابا آخر للطعن في قرار المحافظ أمام القضاء². حيث نظمت المادة 26 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 إجراءات الطعن في قرارات محافظ الرهون، إلا أن الغريب في الأمر هو أن النص المذكور أجاز الطعن في قرار رد الإجراء النهائي وحده دون قرار رفض الإيداع بالرغم من أن هذا الأخير أخطر في نتائجه و مداه من قرار رد الإجراء³.

و بالرجوع إلى نص المادة 26 المذكورة، فإنه بعد أن يبلغ محافظ الرهون الأطراف بقرار رد الإجراء النهائي، فإن لطالب الشهر أجل ثمانية أيام من أجل تقديم طعن إداري في القرار المذكور أمام المحكمة الكلية *tribunal de grande instance* المختصة محليا و هي الواقع بدائرة اختصاصها العقار ، و بناء على الطعن المذكور، تفصل المحكمة في الطعن بنفس الإجراءات التي تفصل بها القضايا الاستعجالية مع نوع من الخصوصية، إذ تلزم المحكمة بالفصل في الدعوى بالأولوية

¹ يلاحظ هنا أن محكمة النقض الفرنسية انتقدت هذه التفرقة و اعتبرتها غير مبررة و عديمة الأثر من الناحية العملية و ذلك في قرار مؤرخ في 28 نوفمبر 1961. راجع في تفصيل ذلك :

Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p737

² أنظر في تفصيل ذلك :

Jean-Louis Bergel op-cit p 315 . 316

Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 642 ; 643

Alain Fournier op-cit p 24

³ راجع في هذا الشأن: Stephane piedelievre op-cit p 187

و في ظروف الاستعجال القصوى كما تعبر عنه المادة 26 par priorité et d'extrême urgence، غير أن الحكم الصادر لا يكون مشمولاً بالنفذ المعجل بخلاف الأوامر الاستعجالية¹. و يكون الحكم الصادر قابلاً للطعن و على جهة الطعن أن تتصدى هي الأخرى بالأولية و وفق ظروف الاستعجال القصوى طبقاً لما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 26 من مرسوم 4 جانفي 1955 و هي الفقرة المضافة بالمرسوم المؤرخ في 7 جانفي 1959².

و فصلاً في الطعن تصدر المحكمة أحد حكمين، فإما أن تقبل الطعن إذا رأت أن قرار المحافظ غير مبرر، و إما أن ترفض الطعن . ففي الحالة الأولى، و بمجرد أن يصير الحكم نهائياً فإن الإجراء المرفوض من طرف المحافظ يصير واجب التنفيذ و يلزم المحافظ بإتمام الشهر مع إعطائه نفس تاريخ الإيداع الأول، أما في حالة رفض الطعن، فإن قرار المحافظ يصير نافذاً ، و لا يمكن عندئذ لطالب الشهر سوى تصحيح الإجراءات المعيبة و إعادة تقديم طلبه للشهر من جديد³.

أما بخصوص قرار المحافظ المتضمن رفض الإيداع، فإن المادة 26 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955، لم تشر إلى إمكانية هذا الطعن إلا في حالة صدور قرار برد الإجراء، مما يعني عدم جواز الطعن في قرار رفض الإيداع⁴ و قد أكدت إدارة المالية من جهتها استحالة هذا الطعن و ذلك في رد السيد كاتب الدولة الفرنسي للميزانية على سؤال عضو في البرلمان الفرنسي حول أسباب و مبررات هذا الموقف إذ جاء في رده بيان مفصل لتلك الأسباب و المبررات⁵.

¹ راجع في هذا الشأن : Gabriel Marty & Pierre Raynaud op-cit p 486

Alain Piedelievre op-cit p 161 و Stephane piedelievre op.cit p188

Marie-Noelle Jobard-Bachelier Droit civil (Suretés et publicité foncière) 10^{ed} 1992 p 152

² راجع في هذا الشأن Stephane piedelievre op.cit p188

³ أنظر 488 p Gabriel Marty et Pierre Raynaud op.cit و 75 p Stephane Piedelievre op-cit

⁴ Philippe simler et Philippe Delebecque op-cit p737

⁵ خلاصة هذا الرد أن رفض الإيداع عبارة عن قرار إداري لا يصدر إلا إذا لاحظ المحافظ خللاً جسيماً لا يمكن الاختلاف بشأنه و الذي لا يقتضي بسبب هذه الجسامة و الوضوح عرضه على رقابة القضاء، و إذا كان هناك مجال للجوء إلى القضاء ضد المحافظ بسبب تعسفه أو سوء تقديره فإنه مجرد طريقة للمطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب عن مسؤولية المحافظ و هو ما قضت به بعض جهات القضاء الفرنسي فعلاً. راجع في تفصيل ذلك 75 p Stephane Piedelievre Op-Cit

إن هذا الموقف الذي سلكه المشرع الفرنسي أثار حفيظة الكثير من الفقهاء الذين انتقدوا بشدة المادة 26 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 و تساءلوا عن الخلفيات الحقيقية لهذا الموقف ، خاصة و أنه لا يوجد معيار دقيق للتفرقة بين حالات قرار رفض الإيداع و حالات رد الإجراء، غير أنه و من جهة أخرى فقد لاحظ الفقه في فرنسا وجود صعوبة عملية لإقرار جواز الطعن في قرار رفض الإيداع¹.

و استجابة لنداء الفقهاء و المشتغلين في الميدان و أخذاً في الاعتبار كل الانتقادات و الاقتراحات أصدر المشرع الفرنسي القانون المؤرخ في 6 أفريل 1998 الذي فتح به المجال للطعن في قرار رفض الإيداع و لكن بدون إعطاء حكم المحكمة القاضي بإلغاء قرار المحافظ برفض الإيداع أثراً رجعيًا².

¹ إن القانون الفرنسي لا يلزم محافظ الرهون في حالة إصداره قرار برفض الإيداع بتبليغ هذا القرار للمعني مثلما هو ملزم به في حالة إصداره قراراً ببرد الإجراء، و من ثم فإن أول صعوبة عملية تحول دون إقرار هذا الطعن كانت تتمثل في كيفية حساب آجال الطعن و اللحظة التي تبدأ منها هذه الآجال في السريان، و إن كان بعض الفقه أشار إلى إمكانية حساب هذه الآجال من لحظة إرجاع المحافظ للوثائق إلى طالب الشهر. أما الصعوبة الثانية التي تبدو أكثر إثارة للجدل و أكثر تأثيراً هي تلك التي تتعلق بالأثر الرجعي لحكم القاضي بإلغاء قرار المحافظ العقاري. فمن جهة يجب أن يأخذ الإيداع تاريخه الأول في حالة إلغاء قرار رفض الإيداع و ذلك حفاظاً على حقوق المتعاقدين أو أصحاب الشأن ، غير أنه يستحيل من جهة ثانية تطبيق هذا الأثر الرجعي effet rétroactif لأن سجل الإيداع أو دفتر الإيداعات يمسك يوماً بيوم و يوقف كل يوم (tenu au jour le jour arrêté chaque jour) و لذلك فإنه لا يمكن فتحه من جديد و تسجيل الإيداع المرفوض بتاريخه الأول بعد أن يكون المحافظ قد رفضه و قام بعمليات إيداع موائية له لعقود و تصرفات أخرى. و إلى جانب هذا الإشكال ثارت صعوبة ثالثة و هي التي تتعلق بحقوق الغير، إذ أنه لو فرضنا أن محافظ الرهون رفض إيداع تصرف معين للشهر في تاريخ معين، ثم تقدم أمامه الغير من أجل الاستعلام عن وضعية العقار محل التصرف الذي رفض إيداعه فإنه يعطيه معلومات تؤكد خلو هذا العقار من هذا التصرف، لكن لو ينجح طالب الشهر الذي رفض المحافظ إيداع تصرفه في استصدار حكم قضائي بإلغاء قرار المحافظ، فإن المعلومات التي يكون الغير قد أخذها عن العقار تصير غير مطابقة للحقيقة بل و مضللة و هذا ما يتنافى مع الهدف الأساسي من الشهر المتمثل في إعلام الغير و العلانية و إرساء الثقة و الائتمان العقاري . و من أجل هذا فإنه كان ربما من الأحسن عند تحرير مرسوم 4 جانفي 1955 و 14 أكتوبر 1955 تضمينهما نصاً يجيز في حالة الإيداع إصدار قراراً بالإيداع المؤقت (dépôt provisoire) الذي يتحول إلى قرار إيداع نهائي في حالة إلغاء قرار رفض الإيداع و هكذا لا يكون هنالك إشكال في تطبيق رجعية حكم المحكمة .

راجع في تفصيل هذه الصعوبات Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 489

² راجع في هذا الشأن:

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 486

Stéphane Piedelievre op-cit p 75

ب - مسؤولية محافظ الرهون

تترتب هذه المسؤولية في ذمة المحافظ كلما سبب بعمله ضررا للغير، و ذلك ما أشارت إليه المادة 2197 من القانون المدني الفرنسي التي ذكرت بعض الحالات العملية لنهوض المسؤولية منها¹ :

- إغفال شهر العقود و القرارات القضائية المودعة لديه و إغفال قيد الحقوق ما لم يكن ذلك راجعا لقرار برفض الإيداع أو رفض الإجراء.

- السهو عن الإشارة إلى العمليات المتعلقة بالشهر أو القيد في الشهادات التي يسلمها بناءا على طلب الاستعلام الذي يتقدم به الغير ما لم يكن ذلك راجعا لعدم دقة البيانات المدونة في طلب المعلومات.

- كما تنشأ مسؤولية محافظ الرهون طبقا للمادة 2199 من القانون المدني عن كل رفض للإجراء أو رفض للإيداع يكون غير مبرر.

و عموما فإن مسؤولية محافظ الرهون تنشأ كلما أخل بالتزامات وظيفته على أن الخصوصية التي تميز مسؤولية محافظ الرهون تكمن في طبيعة هذه المسؤولية، إذ وبالرغم من أنه موظف عام إلا أن مسؤوليته شخصية و لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تحل الدولة محله في تحمل تبعات هذه المسؤولية².

و تختص بنظر الدعاوى الرامية إلى إثبات مسؤولية المحافظ و إزمائه بالتعويض المحاكم العادية، و لا يجوز في هذا الصدد اللجوء إلى القضاء الإداري بالنظر إلى الطبيعة القانونية للمسؤولية. و تتقادم دعوى المطالبة بالتعويض هذه بمرور ثلاثين سنة من وقوع الفعل الضار، غير أنه و في كل الأحوال فإن الدعوى لا يمكن رفعها بعد انقضاء عشر سنوات من انتهاء مهام المحافظ، مهما كان سبب هذا الانتهاء (الوفاة، التقاعد، الاستقالة...). و لا يعتبر انتقال المحافظ من مكتب لآخر بمثابة انتهاء مهام، إذ تظل الدعوى خاضعة لمدة التقادم الطويل أي ثلاثين سنة³.

¹ Philippe simler et Philippe delebecque op.cit p 738

² Alain fournier op-cit p 27

³ Philippe simler et Philippe delebecque op-cit p 738

و قد جرت العادة أن يغطي المحافظون مسؤوليتهم عن طريق كفالة (cautionnement) أو ضمان عيني في صورة عقارات أو منقولات أو بعبارة أدق عن طريق تأمين عيني عقاري أو منقول . وهذا التأمين يرتب لفائدة إدارة المالية كما يمكن أيضا أن يستفيد المحافظون لتغطية مسؤوليتهم من الضمان الجماعي *garantie collective* الذي توفره جمعية محافظي الرهون *Association des conservateurs des hypothèques (Amc)* التي تعد جمعية مهنية، إذ تكتتب تأميننا جماعيا لأجل تغطية مسؤولية المنخرطين فيها من المحافظين و ذلك طبقا للمرسوم المؤرخ في 3 جانفي 1977 و التعليمات *instruction* المؤرخة في 17 مارس 1997¹.

و عموما فإن مسؤولية محافظ الرهون إذا نشأت فإنه يترتب عنها حقا للمتضرر في مطالبة المحافظ بتعويض مالي عن الأضرار بقدر جسامتها، غير أن الأخطاء الجسيمة التي قد يرتكبها محافظ الرهون مثل إهمال مسك السجلات و الدفاتر و غيرها فإنه يترتب عنها عقوبة الغرامة و في حالة العود تكون العقوبة العزل (*destitution*) طبقا للمادة 2202 من القانون المدني².

و لقد اعتبر البعض أن تحميل محافظ الرهون في فرنسا مسؤولية مدنية شخصية ، و عدم إلزام الإدارة بالحلول محله كمقابل منطقي للراتب أو التعويضات *rémunération* الضخمة التي يتلقاها³ و أن خضوع الدعاوى المرفوعة ضده إلى اختصاص القضاء المدني راجع لكون الأمر يتعلق بالملكية الخاصة⁴.

¹ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 739

² راجع كل من :

Stéphane Piedelievre op-cit p 31

Alain Piedelievre op-cit n° 148

³ Michel Dagot, (la publicité foncière); PUF. coll- themis 1^{ère} ed 1981 p30

⁴ في سبيل التشدد في مسؤولية محافظ الرهون، فإن الدعاوى ترفع دائما ضده و ليس ضد الإدارة حتى و لو كان الخطأ المستوجب للتعويض موصوف بأنه خطأ مرفقي (*faute de service*) ، و أن هذه الدعاوى ترفع كلما تضرر شخص من الخطأ (*faute*) أو الإهمال (*négligence*) الواقع من طرف المحافظ شخصيا أو من العمال الذين يشرف عليهم أثناء ممارستهم لمهامهم، و قد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في قرار لها صادر عن الغرفة المدنية في 2 جانفي 1924 و قرار آخر عن الغرفة المدنية الثالثة في 29 أكتوبر 1969 .

لمزيد من التفصيل راجع : Stéphane piedelièvre op.cit p 31

و تبقى مسؤولية المحافظ قائمة تجاه كل من تضرر من خطئه أو إهماله حتى بعد انتهاء مهامه، إذ ترفع ضده الدعوى متى استقال أو أقيلا أو انتقل للعمل في مكان آخر، و ترفع الدعوى ضد ورثته إذا توفي لمطالبتهم بالتعويض من أموال التركة، وفي كل الأحوال فإن الجهة المختصة محليا بنظر الدعوى هي المحكمة الواقع في نطاق اختصاصها الإقليمي مكتب المحافظة الذي كان يمارس فيه المحافظ المدعي عليه، غير أن هذه القاعدة غير ملزمة ، إذ يمكن تطبيق القاعدة العامة في الاختصاص المحلي ورفع الدعوى في الجهة الواقع بدائرة اختصاصها موطن المحافظ المدعي عليه أو موطن ورثته إذا كانت الدعوى مرفوعة ضد هؤلاء¹ .

و تخضع مسؤولية محافظ الرهون للقواعد العامة ، إذ لا تثور هذه المسؤولية إلا إذا ارتكب المحافظ أو أحد عماله خطأ و كان هذا الخطأ بذاته سببا للضرر الذي لحق الغير. و لذلك فإن هذه المسؤولية لا تثور إذا ما قام المحافظ بشهر عقد تبين فيما بعد أنه معيب بعيوب موضوعية لم يكن بوسع المحافظ كشفها نظرا لمحدودية سلطته في مراقبة العقود المقدمة للشهر. كما لا تثور هذه المسؤولية في حالة إعطاء المحافظ معلومات خاطئة بناء على طلب معلومات إذا كان ذلك راجع لعدم صحة أو عدم دقة البيانات المتعلقة بهوية الأشخاص أو تعيين العقارات الواردة في طلب المعلومات المقدم من طرف الغير² .

و تطبيقا للقواعد العامة للمسؤولية دائما، فإن عبء إثبات الخطأ و الضرر وعلاقة السببية يقع على عاتق المدعي طالب التعويض و يمكن للمحافظ التخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت خطأ المدعي طالب التعويض. و بالرغم من عدم وجود نص يقبل بإلقاء كامل المسؤولية على عاتق أشخاص آخرين كالموثق أو العمال الذين يشرف عليهم المحافظ . إلا أن الاجتهاد القضائي في فرنسا يقبل بمبدأ توزيع المسؤولية *partage de responsabilité* بين كل من ساهم في ارتكاب الخطأ³ .

¹ Alain fournier op-cit p 27

² Stephane pidelievre op-cit p 32

³ Stephane pidelievre op-cit p 33

ثانيا : التنظيم المادي للشهر العقاري في النظام الفرنسي

بعد التطرق للتنظيم الهيكلي و البشري للشهر العقاري في ظل القانون الفرنسي لابد من إتمام البحث في نظام الشهر الشخصي وفق النموذج الفرنسي¹ بعرض الوسائل المادية و التقنية للشهر في هذا النظام و التي تتمثل أساسا في السجلات المختلفة (différents registres) . فمحافظ الرهون شأنه شأن المحافظ العقاري في النظام الجزائري أو القاضي العقاري المكلف بالشهر في النظام الألماني يمارس عمله المتمثل في تلقي و شهر العقود و التصرفات المختلفة من خلال توثيق هذه العملية على سجلات مخصصة تختلف تسمياتها و أهميتها العملية. فالوسائل المادية لكل نظام إسهار أو إعلام تتمثل في السجلات . و أبرز مثال على ذلك سجلات الحالة المدنية كوسيلة مادية لشهر الحالة المدنية للأشخاص ، و السجلات التجارية لشهر قائمة التجار للكافة. و الأمر كذلك فيما يخص الشهر العقاري، إذ تكشف السجلات المختلفة التي يلزم بمسكها محافظ الرهون في فرنسا أو المحافظ العقاري عندنا الوضعية القانونية لعقار ما في زمن ما.

و لقد شهد نظام الشهر العقاري الفرنسي تطورا تاريخيا طويلا، كانت خلال مراحلها المختلفة النصوص القانونية تتحدث عن سجلات بتسميات مختلفة و بأدوار

¹ ينبغي لفت الانتباه إلى أن النظام الفرنسي الحالي بهيكله و القائمين عليه و وسائله المادية من سجلات و بطاقات، ليس نموذجا عمليا لنظام الشهر الشخصي، إذ كما سبق الإشارة إليه فقد شهد نظام الشهر العقاري الفرنسي انتقالا من نظام الشهر الشخصي المطلق إلى نظام مختلط (mixte) بعد صدور مرسوم 4 جانفي 1955 و 14 أكتوبر 1955 و هما المرسومان اللذان أدخلتا على نظام الشهر الفرنسي عدة تعديلات مستمدة من مبادئ نظام الشهر العيني مثل اعتماد البطاقة العينية (fiche réelle) و تجديد أعمال المسح العام (cadastre général) ليتلاءم مع سجل المعلومات العقاري (le fichier immobilier) و جعل الشهر العقاري إلزامي في جل التصرفات. لكن و مع ذلك، فإن معالم النظام الفرنسي الحالي لم تتخلص بعد من المبادئ العامة لنظام الشهر الشخصي، إذ لازال الشهر مجرد إجراء شكلي يهدف إلى إعلام الغير أو إعطاء التصرفات حجية في مواجهة الغير و حسب، فليس للشهر أثر مكسب أو ناقل للحق. و ليس له أي أثر على صحة أو نفاذ التصرفات بين الأطراف، كما أنه لا يزال محافظا على الكثير من خصائص نظام الشهر الشخصي في هيكله و تنظيمه البشري و المادي . لهذا فإن الحديث عن نظام الشهر الشخصي من خلال النموذج الفرنسي يحتاج دائما إلى فرز دقيق بين ما هو من أحكام و مبادئ نظام الشهر الشخصي المعروف، و بين ما هو أحكام و مبادئ مستحدثة و دخيلة على هذا النظام و المستمدة في أغلبها من نظام الشهر العيني، و من أجل ذلك و استجلاء لكل غموض و رفعا لكل لبس، فأنتني أثير هذه الملاحظة في كل مقام يستحق ذلك .

متباينة ، إذ نص قانون برومير للسنة السابعة la loi de brumaire an VII على خلق سجلين في كل مقاطعة الأول يسمى سجل القيد (registre des inscriptions) و كان مخصصا لقيد الامتيازات و الرهون و الثاني يسمى سجل الإشهار (registre des transcriptions) مخصص لتسجيل العقود التي كانت آنذاك خاضعة للشهر مثل عمليات نقل الملكية و الحقوق العينية العقارية و التصرفات بين الإحياء الواردة على الحقوق العينية القابلة للرهن¹.

كما نص نفس القانون على وجوب مسك وفتح فهرس هجائي répertoire alphabétique بأسماء أطراف التصرفات أو أصحاب الحقوق المسجلة يسمح بالحصول على المعلومات المدونة بالسجلات المختلفة بالترتيب الزمني لورود التصرفات إلى مصلحة الشهر. و علاوة على ذلك يمك سجل آخر يدعى سجل الإيداع (registre des dépôts) الذي كان يشكل عنصرا مكملا هاما تدون عليه بالترتيب الزمني لورودها الوثائق و السندات المختلفة لأجل إشهارها².

و قد حافظ المشرع الفرنسي على هذه الوسائل المادية للشهر في ظل القانون المدني لسنة 1804 بالرغم من التعديلات الجديدة التي مست أحكام الشهر و ظل القانون الفرنسي محافظا على نفس السجلات و الدفاتر حتى في ظل تطبيق قانون 1855 و ذلك بالرغم من الصعوبات العملية التي كانت تترتب عن ذلك، و التي من بينها صعوبة البحث و التوصل إلى معلومات حول عقار ما إلا إذا كنا نعرف مسبقا أسماء الأطراف الذين تعاملوا في هذا العقار، و هذا بدوره كان يطرح مشكلا آخر يتمثل في تشابه الأسماء (Homonymie)³.

و بسبب هذه الصعوبات العملية جاء مرسوم 4 جانفي 1955 و مرسوم 14 أكتوبر 1955 و وضع بموجبهما المشرع الفرنسي حولا دون المساس بأسس هذه

¹ Philippe simler et Philippe Delebecque op-cit p 726

² Stephane Piedelievre op-cit p38

³ Philippe simler et Philippe Delebecque op-cit p 726

الوسائل المادية من سجلات و دفاتر و قد اكتفى المشرع بإضافة وسيلة جديدة للسجلات و الدفاتر السابقة هي الملف العقاري (le fichier immobilier) و الذي يتكون من عنصرين: الملف الشخصي (répertoire personnel) الذي يؤدي نفس دور الفهرس الهجائي (répertoire alphabétique) مضافا إليه احتواءه على تسجيل كل التصرفات التي أبرمها شخص معين، و العنصر الثاني هو الملف العيني (fichier réel) الذي يتضمن بيان كل التصرفات و الحقوق الواقعة على عقار معين¹، و هذا العنصر الأخير الذي جعل النظام الفرنسي ينتقل من أحكام الشهر الشخصي المطلق إلى نظام مختلط. و يشكل اليوم الملف العقاري (fichier immobilier) في النظام الفرنسي الركيزة الأساسية لنظام الشهر العقاري الفرنسي بالرغم من عدم تمتعه بقوة الثبوت المطلقة (la force probante) التي يتميز بها السجل العيني في نظام الشهر العيني. أما السجلات المختلفة فما هي إلا تجميع و ترتيب للوثائق المقدمة للشهر من عقود و قرارات و أحكام، و هذه السجلات تشكل في نفس الوقت وسائل مراقبة و إثبات و وسائل لحفظ الأرشيف².

1- السجلات (les registres)

تتشكل هذه السجلات ماديا من مجموع الوثائق التي يقدمها الأطراف للإشهار و التي تنقل تصرفاتهم على أوراق مطبوعة نموذجية رسمية، بحيث يمسكها المحافظ بترتيب ورودها الواحدة تلو الأخرى حتى تشكل بكونها شكل سجل، غير أنه بالنسبة للوثائق الذي يزيد عمرها عن 50 سنة و يقل عن مئة سنة، فإن محافظ الرهون يقوم بنقلها إلى مراكز أرشيف خاصة، أما الوثائق التي يزيد عمرها عن مئة سنة فإن محافظ الرهون ملزم بإيداعها لدى مركز الأرشيف الوطني بباريس و لدى مصلحة الأرشيف المحلي للجهة الإدارية التي يمارس وظيفته ضمن دائرتها و ذلك كله امتثالا للإلتزام المنصوص عنه في المادة العاشرة من مرسوم 4 جانفي 1955³.

¹ Alain fournier op-cit p 27

² Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p726

³ Stephane Pidelievre op-cit p38

و يتشكل مجموع السجلات التي يقوم عليها نظام الشهر في فرنسا من سجل رئيس له طابع عام تدون فيه جميع التصرفات و العقود و يسمى سجل الإيداع (registre des dépôts) توجد إلى جانبه سجلات أخرى لها طابع خاص (registres particuliers) تختلف باختلاف دورها و لا تسجل في أي منها إلا التصرفات التي تلاءم دور هذا السجل أو ذلك، حسب طبيعة التصرف.

أ - سجل الإيداع Registre des dépôts

تنص المادة 2200 من القانون المدني الفرنسي النافذ على أن "يلزم محافظ الرهون بمسك سجل يسجل فيه يوما بيوم و بالترتيب الرقمي العقود و الأحكام القضائية و الجداول (bordereaux) و عموما كل وثيقة موزعة بغرض الإشهار" و فضلا عن هذا النص فإن المشرع الفرنسي نظم بدقة كيفية مسك سجل الإيداع و دوره و مدى حجيته و آثار القيد فيه إذ يعطي هذا السجل المعلومات الدقيقة عن تاريخ إيداع العقود المختلفة بغرض الشهر و هو التاريخ الذي يعتمد عليه في المفاضلة بين التصرفات المشهورة، فتاريخ القيد في سجل الإيداع هو الذي يعطي الرتبة (le rang) لأي إجراء كما يعتبر تاريخ الإيداع في سجل الإيداع هو التاريخ الذي يكسب فيه التصرف الحجية في مواجهة الغير¹.

و من الناحية العملية، فإن هذا السجل يفتح و يوقف كل يوم و يراقب و يوقع عليه يوميا من طرف القضاء côté et paraphe chaque jour، و قد أدخل المشرع الفرنسي من خلال قانون صادر بتاريخ 6 أبريل 1998 إمكانية مسك هذا السجل بطريق الإعلام الآلي، وفي هذه الحالة و جب على المحافظ توفير كل الوسائل التقنية من أجل الحفاظ على الدور الذي يؤديه هذا السجل في مجال الحجية و الإثبات.

ومن أجل ضمان عدم فقد أو ضياع أو إتلاف هذا السجل يلزم القانون الفرنسي إعداد نسخة ثانية reproduction من السجل المقفل خلال كل سنة و إيداعها لدى

¹ Stéphane Piedelievre op-cit p 40

كتابة ضبط المحكمة الكبرى (tribunal de grande instance) و محكمة تابعة لدائرة أو مقاطعة أخرى غير المقاطعة التي يقع فيها مكتب المحافظة و هذا عملا بنص المادة 2200 فقرة 3 من القانون المدني في صياغتها المعتمدة بمرسوم صادر في 6 جانفي 1960.¹

ب - السجلات الخاصة les registres particuliers

إلى جانب سجل الإيداع registre des dépôts الذي يتميز بطابعه العام كونه مخصص لتلقي و إيداع كل طلبات الشهر، يقوم محافظ الرهون في القانون الفرنسي بمسك مجموعة أخرى من السجلات ذات الطابع الخاص، و هي سجلات فرعية لا تشهر فيها جميع التصرفات، و إنما يخص كل سجل لنوع خاص من الوثائق إذ أن اثنان منهما مخصصان لمسك و تسجيل الجداول الخاصة بتسجيل أو يد الرهون (bordereaux d'inscription hypothécaire)، الأول منهما مخصص لقيود الرهون التي تنشئ أثرا لمدة تزيد عن عشرة سنوات ، أما الثاني فمخصص لتلك التي مدة أثرها أقل من عشر سنوات . أما السجل الثالث فيسمى سجل الإشهار (registre des publication) و يتضمن مجموع التصرفات الناقلة و المنشئة للحقوق المشهورة في حين يتضمن سجل رابع إشهار الحجز العقارية (saisies immobilier) و هو مخصص لإشهار مقدمات الحجز العقاري (les commandements saisies immobilière) ، و يوجد سجل خامس يجوز لمحافظ الرهون مسكه كونه غير إجباري ، و هو سجل خاص بالمحاضر المتعلقة بالتجميع (registre des procès verbaux de remembrement) ، و أخيرا يوجد سجل آخر سادس هو سجل مراقبة و ضبط قرارات الرفض (registre de surveillance des refus) .²

2- الملف العقاري le fichier immobilier

يعتبر الملف العقاري le fichier immobilier أحد أكبر مستجدات التنظيم المادي للشهر العقاري التي جاء بها تعديل سنة 1955 بموجب المرسوم المؤرخ في 4

¹ Philippe simler et Philippe Delebecque op-cit p727
² Stéphane piedelievre op-cit p 40

جانفي 1955¹، بحيث اعتبره الفقيه Dagot أساس النظام الفرنسي للشهر العقاري أو كما وصفه "le pivot du système français"²، إذ كانت التصرفات قبل استحداث الملف العقاري تشهر بأسماء الأشخاص أصحاب العقار، مما جعل النظام الفرنسي آنذاك يوصف بأنه نظام شهر شخصي لكن بعد إنشاء الملف العقاري تحول النظام الفرنسي إلى النظام المختلط³.

و عمليا فإن الملف العقاري يشكل قاعدة معلومات من أجل تسهيل البحث عن المعلومات و ضمان الانسجام بين بيانات السجلات الأخرى و مراجع المسح، إذ يعاد فيه تدوين كل البيانات المدونة في مختلف السجلات الخاصة سواء سجل الإيداع أو السجلات الخاصة (registres particuliers) ، و ذلك التدوين يتم على مكونات الملف العقاري و هي تتمثل في ثلاث أنواع من البطاقات (fiches)⁴.

و قد نص على هذه البطاقات (fiches) التي يتكون من مجموعها الملف العقاري مرسوم 14 أكتوبر 1955 و هي:⁵

- البطاقة الشخصية (fiche personnelle)
- بطاقة العقار (fiche d'immeuble)
- بطاقة القطع (fiche parcellaire)

فبالنسبة للبطاقة الشخصية (fiche personnelle) أو ما يسمى أيضا بالبطاقة الشخصية للمالك، فهي منظمة بموجب المادة الرابعة من مرسوم 14 أكتوبر 1955، إذ يتم إعدادها بعد أول إجراء شهر موالي لتاريخ 1 جانفي 1956 تاريخ بدء سريان النظام الجديد للشهر العقاري، و يوجد لكل شخص مالك بطاقة، و يتم الفصل بين بطاقات الأشخاص الطبيعيين و بين بطاقات الأشخاص المعنويين . و في حالة الملكية

¹ Alain Fournier op-cit p 21

² Dagot et frémont, jurisclesseur civil (publicité foncière) fasc 35 N° 43

³ Laurent aynes et Pierre croq op-cit p 250

Stephane piedelievre op-cit p 41

⁴ Laurent aynes et Pierre crocq op-cit p 250

⁵ Alain Fournier op-cit p 21

الشائعة تحرر بطاقة شخصية باسم كل شريك ، و عموما فإن كل صاحب حق على عقار مهما كان هذا الحق تخصص باسمه بطاقة شخصية . و تطبيقا لذلك فإن كل من المالك و مالك الرقبة و صاحب حق الانتفاع و صاحب حق الاستعمال و صاحب حق السكنى و صاحب حق السطحية (droit de superficie) و حق المستأجر لمدة تزيد عن 12 سنة تخصص له بطاقة شخصية . و هذه البطاقات تسمح بتحديد أملاك و حقوق كل شخص بمجرد البحث في الملف العقاري بعد إعطاء بيانات الهوية الدقيقة للشخص إلى محافظ الرهون في الطلب المتضمن المعلومات¹.

أما البطاقات العينية (fiche réelle) فيظهر من اسمها أنها بطاقات خاصة بالعقار، إذ تتضمن المعلومات الدقيقة بخصوص كل عقار و هي نوعان، بطاقات مخصصة للعقارات الحضرية (immeubles urbains) و تسمى بطاقة العقار (fiche d'immeuble) و بطاقات مخصصة للعقارات الواقعة في المناطق الممسوحة مؤخرا². حيث تنص المادة العاشرة في فقرتها الأولى من مرسوم 14 أكتوبر 1955 على خلق بطاقة عقار لكل عقار حضري و لكل جزء (Fraction) من عقار حضري و قد عرفت المادة الثانية من المرسوم المذكور العقار الحضري و بينته؛ إذ يدخل ضمن العقارات الحضرية كل العقارات الواقعة في مقاطعة السان القديمة ancien département de la seine و تشمل المقاطعة المناطق المأهولة للبلديات التي يتجاوز عدد سكانها 10000 ساكن، و كذا كل العقارات مهما كان موقعها و التي كانت محل تجزئة (Lotissement) أو قسمة (Division) أو ملكية مشتركة (Copropriété)³. و تتضمن هذه البطاقات ثلاث جداول يمكن من مجموع البيانات المدونة في كل جدول التعرف على الوضعية الدقيقة للعقار من حيث الموقع و المساحة و التكوين المادي و الطبيعة القانونية و العلاقات المشهورة الواردة عليه و غير ذلك من المعلومات الخاصة بالعقار⁴.

¹ Stephane Piedelievre op-cit p 41

² Stephane Piedelievre op-cit p 42

³ Alain Fournier op-cit p 21

⁴ Stephane Piedelievre op-cit p 43

أما بطاقات القطع les fiches parcellaires فتخصص لكل تجزئة من مخطط المسح pour chaque parcelle du plan cadastral ، إذ تبين هذه البطاقات بشكل دقيق قائمة التصرفات الناقلة للملكية المتتالية التي كانت مكونات التجزئة la parcelle محلها و ذلك بالرجوع إلى الوثائق المشهورة في مختلف السجلات ، و تختلف أهمية هذه البطاقات بحسب ما إذا كان العقار حضريا أو ريفيا ، فبالنسبة للعقارات الحضرية فلا أهمية كبيرة لهذه البطاقات التي عندئذ لا تتضمن أي بيان سوى الإحالة على بطاقة العقار fiche d'immeuble المعدة سابقا. أما إذا كان العقار ريفيا فأهميتها عندئذ تكون واضحة بسبب غياب بطاقة العقار في هذا النوع من العقارات¹.

الفرع الثالث : شروط الشهر و آثاره في النظام الفرنسي

كما سبقت الإشارة إليه فإن نظام الشهر العقاري في فرنسا لم يعد يتميز بطابعه الشخصي المطلق بعدما أدخل المشرع عليه تعديلات كثيرة من خلال مرسوم 04 جانفي 1955 و مرسوم 14 أكتوبر 1955 و النصوص اللاحقة بهما، و ذلك في سبيل البحث عن نظام شهر مثالي و فعال و خال من كل العيوب ، لكن يمكن القول أن المبادئ العامة لهذا النظام الجديد لازالت مستمدة من مبادئ نظام الشهر الشخصي خاصة الأحكام المتعلقة بشروط الشهر و آثاره.

و من أجل ضمان عملية شهر فعالة و خالية من العيوب و تحقق الدور المراد من الشهر عموما أن يؤديه، نص المشرع الفرنسي على وجوب استكمال بعض الشروط السابقة لتقديم العقد للمحافظ العقاري و شروط أخرى متزامنة مع إيداع العقود للشهر، و من هذه الشروط ما يتعلق بأطراف التصرف أو طالب الشهر، و منها ما يتعلق بشكل العقد المطلوب شهره، و شروط أخرى يتطلب القانون الفرنسي توفرها في العقار أو الحق محل الشهر.

هذا و تختلف الآثار المترتبة عن الشهر و جزاء عدم الشهر في النظام الفرنسي باختلاف طبيعة الشهر المطلوب، و هذه الطبيعة تختلف بدورها تبعاً للسند أو التصرف المطلوب شهره، إذ أن المشرع الفرنسي و بطريقة فريدة و مختلفة عن جل أنظمة الشهر قسم الشهر إلى شهر إجباري (publicité obligatoire) و شهر اختياري (publicité facultative) و قسم كل نوع إلى شهر من أجل الحجية (publicité à fin d'opposabilité) و شهر من أجل الإعلام (publicité à fin d'information)¹. و من ثم فإن الآثار المترتبة عن عملية الشهر و كذا جزاء تخلف الشهر تتحدد تبعاً لطبيعة الشهر و نوعه².

أولاً : شروط الشهر

إن إتمام عملية الشهر في النظام الفرنسي يتطلب اجتماع عدة شروط تتعلق بالأشخاص و الجهة المختصة و بالسندات المقدمة للشهر و بتعيين العقار محل التصرف و الحقوق محل الشهر، إضافة إلى أن المشرع الفرنسي يتطلب أيضاً احترام بعض المواعيد و لكن دون أن هذه المواعيد ليست شرطاً لقبول عملية الشهر بالمعنى الدقيق .

1- الأشخاص الذين يتعاملون مع إدارة الشهر

لا شك أن التساؤل الذي يثور في الأذهان في هذا المقام يتعلق بتحديد الأشخاص الملزمين بشهر تصرفاتهم ، و هل تتعامل إدارة الشهر العقاري مع الأشخاص طالبي الشهر مباشرة أم أنها إدارة لا تتعامل أثناء تلقيها العقود و المحررات بغرض الشهر إلا مع طائفة معينة من الأشخاص المؤهلين لتقديم العقود و إيداعها لدى مكاتب محافظة

¹ راجع في هذا المعنى :

Gabriel Marty & Pierre Raynaud op-cit p 463

Alain Fournier op-cit p 7 N° 57

و انظر في نفس السياق أيضاً :

Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 676 -677

Stephane Piedelievre op-cit p91 - 92

² أنظر في هذا الشأن

Stéphane Piedelievre op-cit p 243

الرهون¹ . و تختلف الإجابة عن هذا التساؤل في النظام الفرنسي بحسب الوثائق أو السندات المقدمة للشهر.

فالنسبة لقيد الرهون (l'inscription hypothécaire) و التي لا تعد عملية إجبارية، فإن مهمة اللجوء إلى إدارة الشهر تقع على الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز²، أما فيما يتعلق بالرهن الإتفاقي الرسمي، فإن الموثق الذي حرر عقد الرهن هو من يتولى إيداع العقد لدى محافظة الرهون بغرض الشهر كما يجوز لأي وكيل (mandataire) أو مسير أعمال (Gérant d'affaires) أن يتولى إيداع العقود لدى مصالح الشهر³.

أما بالنسبة لإشهار التصرفات الأخرى و الأحكام القضائية و الشهادات فإن عملية الشهر يمكن أن يطلبها كل شخص له مصلحة من الأطراف و ورثتهم و خلفهم أو وكلائهم، غير أنه إذا كان الأمر يتعلق بالشهر الإجباري، فإن الأمر يصير بيد أعوان مؤهلين لذلك لهم صفة الضابط العمومي officiers publics ، إذ يتولون إشهار الوثائق التي تلقوها مثل المحامين بالنسبة لإشهار الأحكام القضائية و السلطات الإدارية بالنسبة للوثائق الصادرة من الإدارة و الخاضعة للشهر و ذلك كله دون أدنى دخل لإرادة الأطراف عملا بالمادة 32 من مرسوم 04 جانفي 1955⁴.

و بخصوص الشهادات التوثيقية الناقلة للحقوق فإن الموثق الذي تلقى طلب هذه الشهادة من ذوي المصلحة هو من يقوم بإيداع الشهادة بعد تحريرها من أجل إشهارها

¹ يختلف القانون الجزائري عن القانون الفرنسي في هذا الشأن إذ ينحصر جل تعامل المحافظات العقارية في القانون الجزائري بمناسبة عملية الشهر مع الموثقين الذين يتولون إيداع مختلف المحررات و السندات للشهر بينما تبقى حالات قليلة يكون فيها التعامل مباشرة بين المحافظة و طالب الشهر مثل حالة إشهار عرائض الدعاوى القضائية لما يحررها المتقاضى بنفسه و دون توكيل محام . أما في القانون الفرنسي فإن الوضع مختلف ، إذ يتسع نطاق المتعاملين مع محافظات الرهون ليشمل إلى جانب الموثقين ، المحامين و المحضرين القضائيين و كتاب ضبط مختلف الجهات القضائية و غيرهم ، كما تتعامل هذه المحافظات في حالات كثيرة مع طالبي الشهر شخصيا .

² Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 740

³ Alain Fournier, op-cit p22

⁴ Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 740 N° 887

غير أن الموثق في هذه الحالة لا يجوز له تقديم الشهادة للشهر إلا إذا طلب منه ذلك أصحاب الصفة و المصلحة المستفيدون من الشهادة المذكورة¹.

2 - شرط الشهر المسبق لسند المالك السابق (الأثر النسبي للشهر)²

نصت على هذا الشرط المادة الثالثة من مرسوم 04 جانفي 1955، إذ جاء فيها "لا يجوز شهر أي تصرف أو قرار قضائي في مكتب الرهون، إذا لم يكن سند صاحب الحق الآخر قد سبق شهره طبقا لمقتضيات هذا المرسوم"³. و معنى هذا النص أنه لا يسمح لمن يرغب في شهر أي سند بأن يشهره لدى محافظة الرهون ما لم يكن المتصرف أو صاحب الحق الأخير⁴ قد سبق له أن شهر حقه الذي يتصرف فيه .

و تهدف هذه القاعدة إلى تحقيق استمرارية و تواصل في سلسلة الإجراءات الواردة على عقار ما و تجنب و تصحيح أي خلل أو عيب قد يشوب التصرفات المتلاحقة الواقعة على ذات العقار⁵، و هي قاعدة مستمدة من نظام الشهر العيني⁶ وليست من القواعد الأصلية في القانون الفرنسي المعروف بإتباع نظام الشهر الشخصي، كما تعتبر هذه القاعدة بمثابة جزاء يترتب على إغفال الشهر، أو بتعبير أدق هي وسيلة لحمل الأطراف على شهر تصرفاتهم حتى لا يجرموا فيما بعد من التصرف في حقوقهم⁷.

¹ تجدر الإشارة إلى أن محافظ الرهون لا يملك في أي حال من الأحوال سلطة المبادرة بالشهر من تلقاء نفسه، و ذلك خلافا لما كان عليه الوضع قبل صدور مرسوم 04 جانفي 1955 لما كان القانون ينص عن حالات يقوم فيها المحافظ بالشهر من تلقاء نفسه . من أجل تفصيل أكثر راجع 888 N° 740 Op-cit Philippe Simler & Philippe Delebecque

² لقد أعاب الفقه الفرنسي على تسمية هذا الشرط بالأثر النسبي للشهر، و ذلك أن الأمر يتعلق بشرط من شروط الشهر و ليس بأثر من آثاره إذ لا علاقة للقاعدة بأثر الشهر، كما أنها قد تلتبس في مفهومها مع قاعدة الأثر النسبي للعقد التي تتعلق فعلا بالآثار المترتبة على العقود و مدى انصرافها إلى الغير بالنفع أو الضرر². أنظر Marty et Raynaud Op-Cit p 476

³ Alain Fournier op-cit p24

⁴ في بيان المقصود بالمتصرف أو صاحب الحق الأخير أنظر : Marc Donnier op-cit p 8

⁵ Philippe Simler, Philippe Delebecque op-cit p 740

⁶ لقد اقتبس واضع مرسوم 4 جانفي 1955 في فرنسا هذا المبدأ (مبدأ الأثر النسبي للشهر أو مبدأ الشهر المسبق) من المادة 44 من قانون 1 جوان 1924 المطبق في أقليمي الأزراس و اللورين الفرنسيين اللذين ظلا خاضعين لنظام الشهر العيني حتى بعد استعادة فرنسا لهما من يد الألمان . راجع في تفصيل ذلك :

Mazeaud (Henri & Léon & Jean) op-cit p 651

Philippe Simler, Philippe Delebecque op-cit p 760

⁷ راجع كل من :

Alain Piedelievre op-cit p 136 و Stephane piedelievre op-cit p 87

و في نفس السياق أنظر 70-71 n° 7 Marc Donnier op-cit p 7

و في حالة تخلف هذا الشرط فإن محافظ الرهون يصدر قرارا برفض الإيداع أو رد الإجراء مثلما سبقت الإشارة إليه¹ ، و يعرض نفسه للمسؤولية المدنية المحافظ العقاري الذي يتغاضى عن هذا الشرط بحيث يقوم بإشهار التصرف رغم أن صاحب الحق المتصرف فيه لم يشهر سنده من قبل . و قد أشارت المادة 32 في فقرتها الثانية من المرسوم المؤرخ في 14 أكتوبر 1955 إلى ضرورة تضمين كل العقود و السندات والشهادات و الجداول المقدمة للشهر بيانا حول مصدر الحق محل التصرف و تاريخ شهره المسبق².

و يستثنى من شرط الشهر المسبق أو الأثر النسبي للشهر بعض الحالات التي فرضتها الضرورة المبررة و التي تعود إلى سببين، الأول راجع إلى كون هذا الشرط هو شرط مستحدث في القانون الفرنسي، بحيث لا يمكن فرض هذا الشرط بصفة رجعية على التصرفات و الحالات الواقعة قبل الأول من يناير 1956 تاريخ سريان مرسوم 14 أكتوبر 1955، و السبب الثاني³ مرده هو أن بعض الحقوق تكون قد اكتسبت بدون سند (sans titre). و تتمثل الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر النسبي للشهر فيما يلي⁴ :

أولاً: لا تخضع إلى شرط الشهر المسبق التصرفات التي ترد على حقوق يكون صاحبها قد اكتسبها قبل الأول من يناير 1956⁵.

ثانياً : في حالة ما إذا كان الحق المتصرف فيه قد اكتسبه صاحبه بدون سند و ذلك كما في حالة التقادم المكسب أو الالتصاق أو الرجوع حق الانتفاع إلى مالك الرقبة بوفاة المنتفع .

¹ راجع ما سبق ص 76 و 77

² Stephane Piedelievre op-cit p89

³ Marty et Raynaud op-cit p 478

⁴ Stephane Piedelievre op-cit p 94

⁵ تاريخ الأول من جانفي 1956 هو تاريخ بدء سريان مرسوم 4 جانفي 1955 و المرسوم المؤرخ في 14 أكتوبر 1955 المعدل له ، و تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين فإن شرط الأثر النسبي للشهر لا يسري على السندات المحررة قبل هذا التاريخ على أن يذكر فيها أن العقار موضوع التصرف يقع ضمن الأراضي الزراعية و أن له سجل قديم غير مجدّد لأن مبدأ الأثر النسبي للشهر لا يطبق إلا على العقارات الحضرية و الزراعية ضمن المقاطعات التي تم تجديد سجلات المسح بها ، أما بالنسبة للعقارات الواقعة في مقاطعات زراعية لم تجدد فيها بعد سجلات المسح فإنه يصعب تطبيق مبدأ الأثر النسبي فيها بسبب الصعوبات المادية و القانونية التي تحول دون التأكد و التحقق من أوصاف و مواقع و مشتملات العقارات و أصحاب الحقوق الواردة عليها بشكل دقيق . لأكثر تفصيل راجع Jean-Louis Bergel op-cit p 313

ثالثا : و يتعلق بشهر الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في تصرف لم يسبق شهره و التنازل عن هذه الدعاوى و تركها و الأحكام الصادرة فيها ، لأنه من الناحية النظرية وفقا لمبدأ الأثر النسبي للشهر لا يمكن شهر هذه الدعاوى لأن الحق المطعون فيه غير مشهر¹ .

3 - شرط الرسمية *Principe de l'authenticité*

تنص المادة الرابعة من مرسوم 4 جانفي 1955 على انه "كل عقد محل شهر لدى أحد مكاتب محافظات الرهون يجب أن يقدم في الشكل الرسمي" إن هذا الشرط الذي جاءت به المادة المذكورة لا يضيف شيئا جديدا و يعتبر تحصيل حاصل بالنسبة لكل التصرفات التي يشترط المشرع الفرنسي أصلا لانعقادها الرسمية مثل الرهون الاتفاقية *hypothèques conventionnelles* و الهبات (donations) و الامتياز العقاري (concessions immobilières) و عقود البيع قبل الإنجاز (vente en état futur achèvement)²، غير أنه بالنسبة لباقي أشكال التصرفات و المعاملات العقارية التي تنعقد وفق القانون الفرنسي بمجرد تبادل الإيجاب و القبول تطبيقا لمبدأ الرضائية، فإن الأمر يتطلب إفراغها في الشكل الرسمي فقط من أجل شهرها³ و ذلك دون المساس بقاعدة الرضائية إذ أجمع الفقه في فرنسا، أن نص المادة الرابعة من مرسوم 4 جانفي 1955 ليس خروجاً عن قاعدة الرضائية إنما هو وسيلة مقررة لفائدة الشهر العقاري فحسب، و يجوز في هذا الشأن تقديم عقد عرفي موقع عليه من طرفيه أمام أي موثق مرفقا باعترافهما بصحة الكتابة و التوقيع يقوم هذا الموثق بإيداعه من أجل الشهر و ذلك طبقا للمادة 68 من مرسوم 14 أكتوبر 1955⁴ .

¹ لكن خلافا لهذا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 14 نوفمبر 1967 بأنه " لا يوجد ما يمنع من شهر الدعاوى التي تهدف إلى فسخ تصرف أو الرجوع عنه أو إبطاله أو إلغائه و لو لم يكن قد تم شهره وفقا لمبدأ الأثر النسبي للشهر ما دام قبول تلك الدعاوى لا يلحق ضررا بالغير الذي يمكن الاحتجاج عليه بتلك التصرفات غير المشهورة أو بالأحكام الصادرة في هذه الدعاوى ما دام لم يتم شهرها " راجع حكم محكمة النقض الفرنسية - الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 14 نوفمبر 1967 منشور في مجموعة Dalloz سنة 1968 ص 77 مع تعليق الأستاذ Jean Mazeaud و نفس الحكم أيضا منشور في مجلة La semaine juridique 1968 - أحكام القضاء رقم 15624 مع تعليق الأستاذ Michel Dagot .
² و هو عقد مشابه لما يعرف في القانون الجزائري بعقد البيع على مخطط المنصوص عنه في المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري و المنظم أيضا بموجب المرسوم التنفيذي 59/94 المتضمن نموذج عقد البيع على مخطط.

³ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 741

⁴ Alain fournier op-cit p 23

و تبدو أهمية إقرار هذا الشرط في أن المشرع الفرنسي يسعى إلى توفير أكبر الضمانات لإتمام عملية الشهر ببيانات صحيحة و مطابقة للقانون و الواقع، لأن إخضاع العقود لشرط الرسمية قبل إيداعها للشهر يعني بطريقة غير مباشرة إخضاعها لرقابة مسبقة من الناحية الموضوعية¹ ، خاصة إذا علمنا أن محافظ الرهون في فرنسا لا يملك سلطة مراقبة التصرفات المقدمة للشهر إلا من حيث احترام الإجراءات فقط .

و يترتب على مخالفة هذا الشرط عدد من الجزاءات أهمها رفض المحافظ إيداع العقود المعيبة بتخلف شرط الرسمية عملا بالمادة 68 في فقرتها الثانية من مرسوم 14 أكتوبر 1955 حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أنه لا قيمة لأي إجراء إشهار يتم بدون مراعاة شرط الرسمية و ذلك في قرار لها صادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 20 جويلية 1965². و يبقى بذلك كل عقد مشهر دون مراعاة الشرط المذكور فاقدا للحجية في مواجهة الغير حسب اجتهاد محكمة النقض الفرنسية بالرغم من أن بعض الفقهاء الفرنسيين لم يوافقوها في اجتهادها هذا كونه حسب رأيهم يفتقر للسند التشريعي . و في كل الأحوال فإن المسؤولية المدنية لمحافظ الرهون الذي يشهر عقدا غير رسمي تثار كلما سبب بتصرفه ذلك ضررا للغير³ .

و قد نص المشرع الفرنسي على ثلاث استثناءات ترد على شرط الرسمية و إن كان الفقه لم يعتبرها استثناءات حقيقة⁴ . و يتعلق الأمر بالعقود العرفية التي يودعها أصحابها لدى أحد مكاتب التوثيق مرفقة باعترافهما بصحة الكتابة و التوقيع بعد أن

¹ Stephane Piedelievre op-cit p 47

² أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 جويليا 1965 منشور في دورية (Gazette du Palais) سنة 1966 رقم 4101 مع تعليق الأستاذ Jean Mazeaud .

³ Stephane Piedelievre op-cit p 48

⁴ لم يتفق الفقه الفرنسي مع ما المشرع بشأن تحديد الحالات المستثناة من شرط الرسمية ، و قد انتقد كثيرا بعض تلك الحالات التي عدتها النصوص التشريعية و استطرد هذا الفقه في تبرير انتقاداته حالة بحالة لا سيما ذلك الإستثناء المتعلق بالعقود العرفية التي يبرمها الأطراف بدون تدخل الموثق ثم يقدمونها لأحد مكاتب التوثيق من أجل شهرها بعد تلقي الموثق إقرارها بالخطوط و التوقيعات في حضوره طبقا للفقرة الأولى من المادة 68 من مرسوم 14 أكتوبر 1955 ، إذ علق الفقه على هذا الإستثناء بأنه ليس له ما يبرره لأن إجازة قبول المحررات العرفية و اقتصار دور الموثق على التصديق على صحة إقرارها بالتوقيع و الخطوط على المحرر فيه تعطيل لحكم الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المرسوم المذكور التي تطلبت الرسمية في التصرفات الخاضعة للشهر مما يحول دون تلافي العيوب التي تؤخذ على شهر المحررات العرفية لأن الموثق الذي يتلقى هذه العقود يقتصر دوره على مجرد التصديق على إقرار الأطراف بالتوقيع مما يعطي لهذه المحررات قوة و حجية قد لا تستحقها إذا كانت باطلة أو معيبة . من أجل تفصيل أكثر راجع :

يعيد الموثق تحرير عقد في الشكل الرسمي و يتمثل الاستثناء الثاني فيما تضمنته المادة 2 من مرسوم 4 جانفي 1959 إذ يجوز شهر محاضر مداولات الجمعيات العامة السابقة أو اللاحقة لتقديم عقارات أو أموال عقارية كحصة في شركة دون أن تكون هذه المحاضر معدة في الشكل الرسمي و لكن بشرط إلحاقها بعقد يثبت إيداعها لدى أحد مكاتب التوثيق و يتمثل الاستثناء الثالث في القرارات القضائية الصادرة من جهات قضائية أجنبية بعد الأمر بتنفيذها عن طريق دعوى التنفيذ المحكم الأجنبي و العقود المبرمة في الخارج لدى ضابط عمومي بعد مصادقة وزارة الخارجية الفرنسية عليها¹. و إلى جانب هذا يوجد استثناء آخر نصت عليه المادة 37 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 و هذا المتعلق بعقود الوعد بالبيع العقار المعدة عرفيا، إذا رفض الواعد التعبير عن رغبته في عقد رسمي².

4 - شرط المدة و الآجال³

إضافة إلى الشروط السابقة فإن المادة 33 من مرسوم 4 جانفي 1955 تلزم طالبي الشهر أن يتقدموا أمام محافظات الرهون المختصة ضمن الآجال المحددة والمنصوص عنها، و التي تختلف باختلاف طبيعة العقد و السند المطلوب شهره. فمثلا يجب تقديم :

- الشهادات التوثيقية خلال أربعة أشهر من تاريخ تحريرها من طرف الموثق.
- أما بالنسبة للقرارات و الأحكام القضائية فتقلص المدة إلى ثلاثة أشهر من يوم صيرورتها نهائية، و تقلص هذه المدة إلى شهر واحد بالنسبة للأحكام النهائية التي تقضي بإلغاء أو نقض أو فسخ أو بطلان حقوق سبق شهرها.
- و بالنسبة لباقي العقود، فأجال تقديمها للشهر هي ثلاثة أشهر من يوم تحريرها.
- أما فيما يتعلق بالرهون و الامتيازات فإن قيدها غير مرتبط بمدة أو أجل و لكن المستفيد من الرهن أو الامتياز يجد نفسه دائما ملزما بشهرها في أقرب أجل لتأخذ تاريخا يعطيها الأولوية و الأسبقية عن الرهون و الامتيازات التي قد تليها في الرتبة⁴.

¹ Philippe Simler et Philippe delebecque op-cit p 741 N°891

² Stephane Piedelievre op-cit p 50

³ أنظر في تفصيل هذه المسألة N°893 Philippe Simler et Philippe delebecque op-cit p 743

⁴ أنظر في تفصيل هذه المدد و المواعيد : Stéphanie Piedelievre op-cit p 56 et s :

ثانيا : آثار الشهر

خلافًا لنظام الشهر العيني فإن الأنظمة التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي لا ترتب قوانينها على عملية الشهر أثرًا ناقلاً أو منشئًا للحقوق، ففي القانون الفرنسي تنتقل الملكية والحقوق العينية في العقار بمجرد انعقاد العقد صحيحًا دون حاجة إلى إشهار السند وذلك تطبيقًا لمبدأ الرضائية (Principe de consensualisme) المعمول به طبقًا للمادة 1138 و 1583 من القانون المدني¹. فالشهر في ظل نظام الشهر الشخصي لا يحمي الحق المشهر من احتمال نقضه أو إلغائه بالطعن في السند مصدر الحق، كما أن عملية الشهر لا تؤدي إلى إنشاء حق أو نقله، وإنما ينحصر أثر الشهر في إعطاء التصرف الشهر حجية في مواجهة الأطراف و الغير، بحيث يصبح التصرف المشهر نافذاً و محتجاً به (opposable) في مواجهة الغير، بينما لا تحوز التصرفات غير المشهورة هذه الحجية².

و لذلك فإن التصرفات الخاضعة للشهر لا تحوز أي حجية إذا لم تشهر و هذا يترتب عليه نتيجة هامة تتمثل في احتمال فقد المتصرف إليه حقه إذا بادر شخص آخر تلقي الحق من نفس المتصرف إلى إشهار حقه، أما بالنسبة للتصرفات التي لا يعتبر الشهر فيها إلزامياً، فإن الأثر الوحيد الذي يترتب الشهر الواقع على هذه التصرفات هو مجرد إعلام الغير بالتصرف و لهذا يردد الفقه الفرنسي كثيراً مقولة أن الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي موضوع لفائدة الغير أكثر مما هو لفائدة أطراف التصرف المشهر³، و هذا بعكس ما هو عليه الحال في ظل نظام الشهر العيني.

أما عن جزاء تخلف الشهر في ظل النظام الفرنسي المعاصر، فيمكن حصره في ثلاث جزاءات . إذ يمكن في المقام الأول توقيع غرامة مدنية (amande civile)

¹ راجع في تفصيل ذلك و مدى تأثير هذا الموقف الذي تميز به القانون الفرنسي على بعض قوانين البلاد العربية كالقانون المدني المصري القديم و القانون التونسي و القانون اللبناني كل من :

Stéphane Piedelievre op-cit P 241

محمود العنابي (نظام الشهر العقاري في تونس) مقال – مجلة المحاماة – ع 5 و 6 السنة 52 (1972) ص 161

حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 272

زهدى يكن (السجل العقاري في لبنان و العالم) ج 2 بيروت بدون سنة ص 313 .

² Alain Fournier op-cit P 32 N° 421

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit P 447 N° 645 et suivantes

على الشخص الملزم بالسعي إلى الشهر في الحالات التي يكون فيها الشهر إلزامياً، إذ كانت نصوص المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 تتحدث عن غرامة قدرها خمسون فرنكا فرنسياً قبل أن يتم إلغاؤها بموجب القانون الصادر في 6 أبريل 1998¹. و يتمثل الجزاء الثاني المترتب على إغفال الشهر في ظل النظام الفرنسي في تقليص فعالية العقد أو الحكم الذي كان من المفروض شهره، إذ تقتصر حججته في هذه الحالة على أطرافه فقط بينما لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا من تاريخ شهره و لو تم الشهر متأخراً². و هذا ما يتعارض مع إحدى أهم خصائص الحق العيني وهي كون الحق العيني حق مطلق (absolue) أي أنه يلزم الكافة باحترامه بمجرد وجوده³.

كما يمكن اعتبار قاعدة الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر المسبق جزاءاً ثالثاً يترتب على إغفال الشهر، بحيث أن الطرف الذي لا يسعى إلى شهر سنده عندما يتلق هو الحق لا يمكنه فيما بعد أن يشهر تصرفه الناقل للحق إذا أراد التصرف فيه، فضلاً عن أنه يصعب عليه أن يجد من يتعامل معه بالتصرف في حقه لأن كل مشتر لا يقدم على شراء شيء من صاحبه ما لم يكن هذا الأخير قد سبق له شهر سنده حصوله على الشيء المبيع⁴.

¹ Stephane Piedelievre op-cit p 242 N° 409

² راجع : Gabriel Marty & Pierre Raynaud op-cit p529

Stephane Piedelievre op-cit p 242 N° 409

³ أنظر في معنى أن الحق العيني حق مطلق د/ عبد المنعم فرج الصدة (المرجع السابق) ص 334. 335

⁴ أنظر : Stephane Piedelievre op-cit p 242 N° 411

المبحث الثاني

نظام الشهر العيني

رأينا فيما سبق أن نظام الشهر الشخصي من خلال مبادئه و أحكامه صار نظاما قائما من أجل حماية الغير من الغش و التواطؤ و كافة صور الضرر التي قد يتسبب فيها أطراف معاملة ما و ذلك بدلا من أن تتجه قواعده إلى حماية المتعاملين و أصحاب الحقوق المشهورة باعتبار ذلك هو الهدف من الشهر العقاري بوجه عام ، و بسبب هذا القصور و العجز وجه الفقه انتقاداته إلى ذلك النظام ، حيث ذهب البعض إلى المبالغة في التقليل من شأنه إلى درجة نعتته بالنظام العاجز عن حماية المتعاقدين و أصحاب الحقوق المشهورة¹ .

و في سبيل البحث عن نظام الشهر العقاري المثالي كتب بعض الفقهاء الفرنسيين أنه يجب أن تتوفر في هذا النظام المنشود الخصائص التالية² :

- أن يكون محل أو موضوع الشهر في السجلات هو الحقوق الواردة على العقارات و ليس التصرفات أو الأشخاص أطراف هذه التصرفات .
- أن تخضع التصرفات و الحقوق المطلوب شهرها لرقابة مسبقة من طرف سلطة عامة تتولى التحقيق في مدى صحة الحقوق و التصرفات هذه بما يضيفي على الحق المشهر قوة ثبوت تجعله غير قابل للطعن فيه فيما بعد .
- أن يكون الشهر شرطا لصحة و نفاذ عمليات إنشاء و نقل الحقوق حتى بين المتعاقدين أنفسهم، أو على الأقل جعل الشهر العقاري وسيلة الإثبات الوحيدة لمثل هذه التصرفات .

¹ لهذا السبب وجدت عملية شهر الحقوق و التصرفات و الوقائع أساسا آخر لها يقوم على فكرة مخالفة للفكرة التي قام عليها نظام الشهر الشخصي، إذ ثبت أن للشهر هدف أسمى هو تحقيق الثقة العامة و الاستقرار و الائتمان العقاري عبر إعطاء الحقوق و التصرفات المشهورة حجية و قوة مطلقة تقوم لحماية أصحاب هذه الحقوق و أطراف تلك التصرفات في مواجهة الكافة ، و قد ثبت من خلال انتقادات الفقهاء و من خلال التجارب في مختلف التشريعات أن نظام الشهر الشخصي المطلق ليس بالنظام الملائم لتحقيق هذا المراد .

إن هذه الخصائص التي ينشدها كل نظام عقاري هي في جزء كبير منها ما يتميز به النظام المسمى نظام السجل العيني أو نظام الشهر العيني الذي يتخذ من الوحدة العقارية أساسا لكل عملية شهر. و هو نظام قام في مقابل نظام الشهر الشخصي و اعتمده تشريعات كثيرة ، كما حاولت بعض التشريعات التي تتبع نظام الشهر الشخصي الاستفادة من بعض مبادئه و أحكامه مثلما فعل المشرع الفرنسي من خلال مرسوم 04 جانفي 1955 و مرسوم 14 أكتوبر 1955 سالف الذكر¹.

وقد ظهر نظام الشهر العيني لأول مرة في شكله المعاصر في أستراليا في القرن التاسع عشر عندما أعلن عنه سنة 1855 السيد روبرت تورنس " sir Robert Torrens " ، لتتبنى فكرته أستراليا رسميا من خلال القانون الصادر في 02 جويلية 1858². و بعد ذلك تسابقت تشريعات دول كثيرة في اقتباس مبادئ هذا النظام و تسارعت حركة التشريع فيها من أجل الانتقال إلى تطبيق أحكامه ، و إن كانت هذه الدول قد اختلفت و تباينت قوانينها و مذاهبها³. إلا أن إدخال نظام السجل العيني في التشريعات المختلفة لم يكن أمرا سهلا بالنسبة لجميع الدول ، حتى أن البعض من هذه الدول لازالت لحد اليوم تعيش مرحلة الانتقال من النظام الشخصي إلى النظام العيني بالرغم من أن البدء في هذا الانتقال شرعت فيه منذ عقود خلت⁴ ، و أكثر من ذلك فإن بعض الدول لم تتمكن من التخلص نهائيا من نظام الشهر الشخصي و الانتقال نهائيا إلى نظام الشهر العيني رغم اعترافها بأفضلية هذا الأخير⁵.

¹ أنظر : Stephane Piedelievre op-cit p 41 و Laurent aynes et Pierre crocq op-cit p 250

² Philippe Simler et Philippe delebecque op-cit p 674

³ إن ما تجدر الإشارة إليه هو أن التشريعات التي تبنت نظام الشهر العيني ليست كلها نسخة مطابقة لنظام تورنس المطبق في أستراليا و إنما لعبت التقاليد السائدة و المنظومات القانونية لكل بلد دورا في تكييف مبادئ نظام الشهر العيني مع أهداف كل دولة، و لذلك تختلف اليوم قوانين الشهر العقاري من بلد إلى آخر بالرغم من إتباعها في معظمها نظام السجل العيني، و بالرغم من أن نظام تورنس هو أصل كل هذه القوانين.

⁴ مثلما هو الشأن في الجزائر، إذ يعود تاريخ صدور أول قانون وطني يتبنى صراحة نظام الشهر العيني إلى سنة 1974 و هو الأمر 75/74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري .

⁵ كما هو الحال بالنسبة لفرنسا. و مرد ذلك عدة أسباب لعل أهمها هو صعوبة التخلص بسرعة من التقاليد و الأنظمة السائدة سابقا و لهذا فإن أستراليا لم تجد أي مشكل في تطبيق نظام تورنس لأنها بلد جديد و لا توجد به أعراف و تقاليد سابقة تنظم الملكية العقارية بخلاف فرنسا التي تعود قوانينها و أعرافها في مجال تنظيم الملكية العقارية إلى مئات السنين بحيث من غير الممكن استبدالها بنظام جديد بمجرد إرادة تشريعية.

و تنقسم أنظمة السجل العيني إلى مجموعتين متميزتين، إحداهما تحذو حذو النظام الألماني و تسير الثانية على خط قانون تورنس الأسترالي¹ . و هذان النظامان و إن اتفقا في كثير من الخطوط الرئيسية نتيجة اعتمادهما على الوحدة العقارية كأساس للشهر، إلا أنهما يختلفان في كثير من التفاصيل .

و لهذا فإن دراستنا لنظام الشهر العيني ستصب على عرض مبادئ و خصائص و تنظيم الشهر في النظامين الألماني و الأسترالي حتى يمكن الوقوف من خلال المقارنة على تفاصيل مبادئ نظام السجل العيني و كشف سبب اختلاف الدول في الأخذ به وفق أنماط مختلفة .

¹ إلى جانب هذين النظامين قام نظام ثالث هو في الحقيقة نظام مستجد يجمع بين مزايا النظام الألماني و النظام الأسترالي و مثل هذا النظام مطبق في سويسرا. حيث بعد أن كانت سويسرا قبل صدور القانون المدني السويسري تعيش حالة من التعدد التشريعي و القانوني، فإن التقنين المدني السويسري الصادر في 10 ديسمبر 1907 و الذي بدأ تطبيقه ابتداء من جانفي 1912 اعتمد نظاما موحدًا للشهر العقاري في جميع المقاطعات السويسرية، و تنفيذًا لمواد التقنين المدني المذكور الخاصة بالسجل العيني صدر أمر بتاريخ 22 فبراير سنة 1910 ينظم العمل في إدارة السجل العيني . أما بخصوص تنظيم السجلات العينية، فإن النظام السويسري يقضي بأنه بمجرد إدخال نظام السجل العيني في إحدى المقاطعات يجب إجراء القيد الأول لجميع العقارات بقوة القانون و تلقائيا ، و يجري القيد الأول للعقار بمعابنته على الخريطة و تفتح له صفحة في السجل الكبير "Grand livre" و تنشأ له حالة أو وضعية وصفية "état descriptif" . و يقوم نظام الشهر العقاري السويسري على علاقة وطيدة جدا بين إدارة المسح cadastre و إدارة السجل العيني، حتى أنه في بعض المقاطعات يعهد باختصاصات أمين السجل العيني و مهندس المساحة لنفس الشخص . كما يتميز هذا النظام بإلزامية تحديد الأملاك العقارية la délimitation est obligatoire . و يترتب على تطبيق نظام السجل العيني وفق النموذج السويسري مجموعة من الآثار القانونية يمكن حصرها فيما يلي:

- إكتساب حق الملكية و الحقوق المتفرعة عنه و الحقوق العينية التبعية العقارية لا يكون إلا بالقيد
- القوة المطلقة للقيد

- عدم سريان التقادم المكسب على العقار المشهر في السجل العيني

- الدور الإداري الواسع لأمين السجل العيني في النظام السويسري

و قد كان ظهور النظام السويسري للشهر العقاري بمثابة الابتكار و علامة من علامات التفوق في مجال الشهر العقاري مقارنة بالتشريعات و النظم السابقة ، و في الدلالة على ذلك قال السيد جاك دوما (Jacques Domas) و هو مدعي الجمهورية في إحدى المقاطعات الفرنسية في سلسلة محاضرات ألقاها بكلية الحقوق بجامعة "يال" "Yale" سنة 1900 عن السجلات العينية في مقاطعة "vaud" السويسرية إن هذه المقاطعة هي حقا المكان الوحيد في العالم حيث يجد الشخص في نفس الوقت سجلات عينية و خرائط مساحية تعملان معا لصالح مالك العقار.. " من أجل تفصيل أكثر راجع د/ منصور محمود

وجيه (المرجع السابق) ص 121

المطلب الأول : نشأة نظام الشهر العيني

في الوقت الذي يتحدث فيه أغلب المتخصصين على أن نظام السجل العيني ظهر لأول مرة في أستراليا عبر تطبيق نظام تورنس في القرن التاسع عشر¹، فإن بعض الشراح² يرجعون بداية ظهور نظام السجل العيني إلى تاريخ سابق و بالضبط إلى القرن السابع عشر، إذ يعتبرون ألمانيا سباقة في تطبيق نظام الشهر العيني أو السجل العيني. و بنظرة توفيقية بين الرأيين يمكن القول أن نظام تورنس الأسترالي هو أول قانون للشهر العقاري مبني على أسس السجل العيني المعروفة اليوم، لكن النظام الذي عرفته ألمانيا في القرن السابع عشر عقب انهيار النظام الإقطاعي هو نظام شبيه في بعض مبادئه بنظام السجل العيني لاسيما في اعتماد الوحدة العقارية أساسا للشهر.

و للوقوف على هذه الحقيقة رأيت أن أعرض للتطور التاريخي لكل من النظام الألماني و النظام الأسترالي، و هكذا يمكن بسهولة و يسر الفصل في المسألة بموضوعية و تحديد أي نظام كان أسبق في تطبيق نظام السجل العيني من الآخر و إن كان البحث في هذه المسألة ليس ذي أهمية بالغة من منطلق أن الأنظمة السائدة اليوم في الدول التي تتبع نظام الشهر العيني غير مرتبطة بنظام معين من هذين النظامين و إنما لكل دولة نظامها الذي قد يجمع بين مبادئ و أحكام النظامين، و قد يختلف عنها جميعها في بعض التفاصيل.

الفرع الأول : النظام الألماني

أولا : نشأته

عقب انهيار النظام الإقطاعي في ألمانيا، أصدر ملك بروسيا فريديريك الأول منشورا (Edit) في 28 سبتمبر من العام 1693 يقضي بأن جميع العقارات الكائنة

¹ د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 38 و د/ ياسين محمد يحيى (المرجع السابق) ص 45 و د/ إدوار عيد (الأنظمة العقارية- التثديد و التحرير) الطبعة الثانية، مطبعة المتنبي لبنان 1996 ص 19 و ما بعدها
² أنظر د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 65 و القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 21.

بدائرة مدينة كولونيا Cologne و دائرة مدينة برلين Berlin و كذلك الرهون التي تثقلها يجب أن تقيد تفصيلا بأرقام سلسلة في سجل خاص يشرف عليه قاضي ، ثم تم تعميم نطاق سريان هذا المنشور على جميع أنحاء المملكة بموجب أمر أصدره فيما بعد فريدريك قيوم الأول Frédéric Guillaume 1^{er} في العام 1722 . و أنشئت بناء على ذلك سجلات عقارية في المحاكم تقيد فيها العقارات الواقعة في كل مقاطعة و تقرر بموجب نفس الأمر عدم نفاذ سندات الملكية الغير مقيدة في هذه السجلات¹ . و قد تبنت جل التشريعات الحديثة التي تأخذ بنظام السجل العيني نموذج السجلات الألمانية الذي صار موحدًا بموجب أمر أصدره الملك فريدريك الثاني Frédéric 2^{ème} في 20 ديسمبر من العام 1783.²

و كانت تخضع للقيود في هذه السجلات كل عمليات نقل الملكية بين الأحياء وانتقالها بسبب الوفاة و كذلك عقد القسمة و الشروط المقيدة للملكية و الرهون ، و كان إغفال القيد يعرض المتسبب فيه إلى غرامة مالية . أما عملية القيد فلم تكن تتم إلا بموجب حكم قضائي أو عقد موثق بإشراف القضاء . و من المسائل التي كان القضاء يتأكد منها قبل الأمر بالقيود أن المتصرف لديه حق التصرف في العقار و أن المتصرف إليه الجديد أهل لاكتساب الحق محل التصرف³.

إن هذه الإجراءات و الشكليات هي التي جعلت بعض الفقهاء يرجعون تاريخ ظهور نظام السجل العيني إلى هذه الحقبة التاريخية و إلى النظام الألماني، ذلك أنه يظهر من خلال هذا النظام أنه يقوم على نفس المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني اليوم من مبدأ التخصيص إلى مبدأ الرسمية و المشروعية مضافا إليها إشراف القضاء . غير أن ما يلاحظ على هذا النظام أنه كان خلوا من مبدأ القيد المطلق أو قوة

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 65.

² هو نموذج تخصص فيه لكل عقار صفحة تقيد فيها بالترتيب جميع التصرفات و الوقائع الواردة على ذلك العقار بعد مراجعة قضائية دقيقة . و أهم البيانات التي تتضمنها صفحة العقار، اسم العقار و موقعه و حدوده تليها ثلاثة أقسام يدون في أولها أسماء الملاك المتتالين و سندات الملكية و قيمة العقار و في الثاني الأعباء العينية و القيود و التكاليف التي تنقل الملكية و يبين في القسم الثالث منها الديون العقارية و حوالتها و في آخر صفحة تخصص خانة لعمليات الشطب (radiation).

³ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 67 .

القيد المطلقة (la force probante) ، ذلك أن سند المتصرف إليه أو صاحب الحق المشهر لم يكن يتمتع بأي ضمان، فلم يكن للقيد أي أثر في تصحيح التصرف المعيب و إنما كل ما كان يرتبه القيد في السجلات من أثر هو إمكان الاحتجاج بسند الملكية أو سند الحق المشهر، و هو نفس الأثر الذي يرتبه الشهر في ظل الشهر الشخصي المطبق اليوم في فرنسا المعبر عنها بالفرنسية (l'opposabilité).

ثانيا : تطور النظام الألماني

لم يبق النظام الألماني على نفس الصورة التي نشأ بها و إنما شهد عبر مراحل متلاحقة تطورا في اتجاه تدعيم ما يسمى اليوم بالثقة و الائتمان العقاري، حيث بدأ مبدأ القوة المطلقة يأخذ طريقة إلى نظام السجل العيني الألماني بصدور تقنين العام 1794 الذي و إن حصر مجال تطبيق هذا المبدأ في نطاق الرهن دون بقية التصرفات إلا أنه كان مصدرا استمدت منه جل التشريعات مبدأ القوة المطلقة. غير أنه من الضروري الإشارة إلى أن إدخال هذا المبدأ في النظام الألماني لم يكن أمرا سهلا، إذ عارضه بشدة فقهاء بروسيا، و حتى بعد محاولة المشرع تبرير هذا المبدأ فإن هؤلاء الفقهاء لم يتقبلوا الفكرة إلا بفتور و ذلك راجع للأثر العميق الذي تركه القانون الروماني في القانون المدني العام لروسيا و القائم على مبدأ أن لا أحد يمكنه أن ينقل لغيره حقوقا أكثر مما يملك ، و لم يكن من السهل إقناع هؤلاء الفقهاء بالتخلي عن مبادئ القانون الخاصة بالأثر الرجعي لإلغاء أو نقض حق الملكية و زواله.

و في مسعى للتوفيق بين مبدأ القوة المطلقة و مبدأ الأثر الرجعي لنقض حق الملكية ، وجد البعض تبريرا قانونيا للمبدأ الأول يكمن في كون إشراف القضاء على عملية الشهر من خلال القاضي العقاري يجعل من إجراء الشهر شبيهه بالأحكام القضائية و يكتسب ما تكتسبه هذه الأحكام من قوة تطبيقا لمبدأ قوة الشيء المقضي فيه، و التي تعد بمثابة قرينة قانونية مقتضاها أن جميع الحقوق المقيدة في السجلات العامة

بتصريح من القاضي العقاري تكون حقيقية و صحيحة و بذلك غدا مبدأ القوة المطلقة للقيد في السجلات العينية مبدأ مقبولاً و مسلماً به.¹

و قد تقرر هذا المبدأ بصورة عامة على كل أشكال التصرفات في سنة 1872 من خلال قانون صدر في الخامس من شهر ماي من ذلك العام بعد نقاش طويل أمام مجلس الشيوخ و مجلس النواب حول مشروع تقدمت به الحكومة من خلال وزير العدل (leonhardt) . و قد أسفرت مناقشة هذا المشروع على صدور أربعة نصوص تنظيمية في سنة 1872 يتعلق الأول بقواعد اكتساب الملكية العقارية و إنشاء الحقوق العينية و الرهون و الديون العقارية و يحدد آثار القيد في السجلات العينية بالنسبة للغير و فيما بين المتعاقدين أنفسهم، فيما يتعلق النص الثاني بالشكل المادي للسجلات العينية و كيفية القيد و الشطب و قواعد تسليم سندات الرهن و الكمبيالات العقارية . أما القانون الثالث فيحكم شكل التصرفات التي يمكن بها تجزئة الوحدات العقارية و يفرض القانون الرابع تحصيل رسم انتقال الملكية².

ثالثاً : تحليله و بيان خصائصه

يعتمد النظام الألماني للشهر العقاري على مجموعة من السجلات التي تعد بمثابة القوام المادي لهذا النظام من خلال تكوينها و أنواعها و طريقة مسكها و مدى حجية البيانات المدونة عليها و آثار القيد فيها و الدور الذي يضطلع به أمين السجل العيني باعتباره القائم على سلامة هذه السجلات. فالسجلات العينية في النظام الألماني بمثابة تحديد لذاتية العقارات بحيث تخصص لكل عقار صفحة في السجل تقيد الحالة الطبيعية المادية للعقار و ملكيته و الحقوق و الأعباء الواردة عليه، غير أنه لم تكن تقيد في صفحات السجل التصرفات الواردة على العقار، و كانت السجلات التي أنشئت في بروسيا بقانون 1872 تشمل صفحات عينية Real folien و صفحات شخصية personal folien .

¹ د/منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص69.

² نفس المرجع و الصفحة

و كانت هذه السجلات تمسك على مستوى مكاتب السجل العيني الموزعة عبر التراب الألماني آنذاك بحيث يوجد مكتب على مستوى كل دائرة قضائية، و يشرف على كل مكتب أمين يسمى أمين السجل الكبير *graundbuchucher* . و هو قاض يختار من بين قضاة المحكمة و يضل خاضعا لإشراف رئيس المحكمة ، و يعد عمله عملا قضائيا حقيقيا¹، يتميز بما تتميز به أحكام محاكم الدرجة الأولى من خصائص و هو مسؤول عن كل خطأ يرتكبه أثناء قيامه بعمله و تستأنف قراراته أمام رئيس محكمة الاستئناف وكأنها أحكام قضائية ابتدائية و يمكن الطعن بعد ذلك أمام وزير العدل.

و تقوم علاقة وثيقة بين السجل العيني و سجل المساحة إذ تستقى البيانات التي تدون على السجل العيني من سجل المساحة الخاص بتلك المنطقة الموجود بها مكتب السجل العيني، إذ يشير السجل العيني بالنسبة لكل عقار إلى الرقم و الصفحة الخاصين بهذا العقار في سجل المساحة و كذلك يشير سجل المساحة من جانبه إلى الصفحة الخاصة بنفس العقار في السجل العيني بما يضمن تطابق تام بين سجل المساحة و السجل العيني، الأمر الذي يؤدي إلى سهولة البحث و سهولة إعادة مسك أي من السجلين في حالة تلفه أو فقدانه.

رابعا : الآثار القانونية لنظام السجل العيني الألماني

يترتب على تطبيق نظام السجل العيني وفق النموذج الألماني مجموعة من الآثار أهمها أنه لا تكتسب الملكية و ما يتفرع عنها من حقوق و الحقوق العينية التبعية إلا بالقيد، و أن القيد في السجل تكون له قوة مطلقة و التقادم المكسب لا يسري في مواجهة المالك الذي قيد حقه ، و كذا الأخذ بوسيلة التعليقات (*Prénotation*) لحماية بعض الحقوق لتفادي ما يترتب من آثار خطيرة على صاحب الحق بسبب تطبيق مبدأ القوة المطلقة، إذ يكون أصحاب الحقوق التي لا يمكن قبول قيدها مؤقتا بسبب نزاع في مأمّن من التصرفات التي يجريها صاحب الحق السابق مع الغير، إذ لا يمكن الاحتجاج

¹ Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 675

بالقوة المطلقة تجاه من قام بتعليق صحيح يحفظ به حقه في القيد مستقبلا، إذ أن مجرد التعليق يجعل الغير الذين يمكن أن يتلقى الحق في الفترة الموالية للتعليق في حكم سيء النية، فإذا ما تقرر حق صاحب إجراء التعليق و قيد، أصبح لهذا القيد أثر رجعيًا منذ تاريخ إجراء التعليق، أما إذ لم يثبت الحق شطب التعليق¹.

كما يترتب على تطبيق النظام الألماني للشهر، إعطاء دور كبير و خطير لأمين السجل مماثل لدور القاضي، و هو مستمد من مبدأ المشروعية الذي يميز نظام السجل العيني والذي يقصد منه المراقبة أو المراجعة السابقة لحقوق المتعاقدين، و التأكد من عدم قيام أي تعارض بين القيد و بين الحقوق العينية للمتعاقدين، إذ لأجل تحقيق المبدأ كان لابد أن يشرف قاض على عملية الإذن بالقيد، و هذا القاضي هو أمين السجل العيني الذي يقع عليه واجب التحقق من أن طلب القيد في السجل سليم من الناحيتين القانونية و الواقعية، وأنه لا يوجد ما يحول دون القيد. و في هذا الشأن يملك أمين السجل سلطات واسعة وخطيرة تتعدى مجرد الفحص الشكلي إلى التوغل في المراقبة و المراجعة الموضوعية و القانونية للتصرف المطلوب قيده من حيث أهلية أطرافه و مدى صحته وقيام شروطه و أركانه، علاوة على فحص شروط و أركان ما كان يسمى بعقد التخلي².

و في الأخير فقد سارت مجموعة من تشريعات الدول وفق ما سار عليه القانون الألماني و اتبعت نفس مبادئه و خصائصه، و من بين هذه التشريعات يمكن إدراج التشريع النمساوي و ذلك بموجب قانون صادر في 25 جويلية 1871 و التشريع السويدي عن طريق قانون صادر في 16 جوان 1875 و قانون آخر في 22 أفريل

¹ راجع د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 82 . و للإشارة فإن فكرة التعليق كوسيلة لحماية الحق قبل قيده ليست جديدة، و إن كان المشرع البروسي قد توسع فيها، إذ تعود جذورها إلى النظام الفرنسي.

² عقد التخلي هو عبارة عن تصرف لاحق للتصرف المنشئ للالتزام و هو الذي يؤدي إلى نقل الحق طبقا للمادة 873 من القانون المدني الألماني و هي نفسها المادة 2 من قانون 5 ماي 1873 . التي تنص (باللغة الفرنسية) على ما يلي :

"pour aliéner un immeuble ou le grever d'un droit réel , de même que pour aliéner ou grever un droit réel immobilier il faut l'accord des volontés de l'ayant droit et de l'autre partie sur la mutation réalisée et l'inscription de cette mutation au livre foncier à moins que la loi ne dispose autrement"

1881 و التشريع الإسباني المتمثل في قوانين 8 فيفري 1861 و 21 ديسمبر 1869 و 7 جويلية 1877 و القانون المدني الاسباني الصادر في عام 1889 و كذا التشريع البرتغالي عن طريق القانون المدني الصادر في 22 مارس 1868 و ديكريتو 28 أبريل 1870¹.

الفرع الثاني : نظام تورنس

أولا : نشأته و الفكرة التي يقوم عليها

بدأت طريقة الشهر العيني وفق النموذج المعاصر تظهر لأول مرة في أستراليا خلال القرن التاسع عشر، عندما أعلن عنها و دعا لها في سنة 1855 السيد روبرت تورنس Sir Robert Torrens الذي وضع لها قواعد ذاعت فيما بعد و نالت شهرة عالمية حيث عرفت باسم نظام تورنس "act torrens"². و أخذت بها كثير من الدول و اقتبستها كل دولة بالطريقة التي تتلاءم مع تقاليدھا و ظروفھا و عاداتھا³.

و لقد كان روبرت تورنس مراقبا للجمارك في أستراليا و قد أتاحت له ممارسة هذه المهنة أن يألف عن قرب طريقة نقل الحقوق على السفن و ما لهذه الطريقة من مزايا عملية، إذ كانت السفينة تسجل في سجل خاص بميناء القيد (port d'attache) يبين به اسم المالك الأصلي و أسماء الملاك المتعاقبين و الأعباء التي تثقل السفينة و أسماء المستفيدين منها ، و كان مجرد الاطلاع على هذا السجل كاف لمعرفة المركز القانوني للسفينة بدقة و يسر، و عندما أصبح تورنس أمينا للعقود conservateur des actes أدرك ما لنظام نقل الملكية العقارية من عيوب، إذ لم يكن في ذلك التاريخ أي نظام منظم للشهر، و كان إثبات الملكية يتم عن طريق سندات محررة من وكلاء دعاوى أو موثقين و كان ذلك ينشئ أضرارا و يكلف نفقات باهضة و سادت حالة من عدم الاستقرار في الملكية العقارية⁴.

¹ د/منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ، ص88.

² Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p674

³ راجع محمود العنابي (المرجع السابق) ص 187

⁴ د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص38 و د/ إدوار عيد (المرجع السابق) ص 21- 22

فراى تورنس أن ينقل طريقة تسجيل السفن التي كان يمارسها أيام كان مراقبا للجمارك إلى التصرفات العقارية، و نادى بهذه الفكرة التي تجسدت فيما بعد بصدور أول قانون من مجموعة قوانين الملكية العقارية Réal property actes في أستراليا الجنوبية و هو قانون 2 جويلية 1858¹، ثم طبقت مبادئ هذا النظام في تسمانيا (Tasmanie) و كونتزلاند (Queensland) في عام 1861 و في ولايات فكتوريا victoria و ويلز الجنوبية الجديدة (New south wales) في سنة 1862 و زيلاندا الجديدة New Zealand في سنة 1870 و في أستراليا الغربية (l'Australie occidentale) في سنة 1870 و أخيرا صادق برلمان فيكتوريا علي صيغة جديدة معدلة لنظام تورنس خلال عام 1890².

و يعد نظام تورنس أصل و مصدر جميع التشريعات التي أخذت بنظام الشهر العيني في العالم حسب رأي الكثير من الفقهاء³، و ذلك على خلاف ما يرى البعض من أن النواة الأولى لنظام الشهر العيني تعود للنظام الألماني الذي سبقت الإشارة إليه، و خلافا أيضا لما يعتقد البعض من أن تورنس نفسه اقتبس نظامه من النظام الذي كان مطبقا في بريتاني الفرنسية (Bretagne) المعروف باسم (Appropriance par bannies)⁴ . و لكن ما هو شائع في أغلب الدراسات المتعلقة بأنظمة الشهر العقاري هو أن تورنس كان أول من وضع نظاما متكاملًا للسجل العيني في العالم حتى وصفه البعض بأنه أب أنظمة السجلات العينية⁵.

إن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها نظام تورنس تنحصر في استبدال سندات الملكية الناتجة عن العقود بشهادة اسمية بالقيود في السجل العيني للملكية العقارية certificat nominatif d'inscription sur le registre matrice de la

¹ راجع محمود العنابي (قانون التسجيل العقاري التونسي علما و عملا - دراسة مقارنة) سنة 1973 ص 9 و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 89 و د/ أسعد دياب و القاضي طارق زيادة (المرجع السابق) ص 15

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 89.

³ إذ انتقل نظام تورنس من أستراليا إلى الكثير من البلدان التي وجدت في تطبيقه ما تصبو إليه من أهداف و من بين هذه البلدان السباقة في الأخذ به سنغفورا و إنجلترا في 1862 و البرازيل في 1890 و تونس في 1885 و كذلك في بعض الولايات المتحدة الأمريكية و جزء من كندا .

⁴ راجع د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 40 و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 86 و ص 37

⁵ د/ ابراهيم أبو النجا (نفس المرجع) ص 40.

propriété foncière ، و هذه الشهادة تثبت وحدها بطريقة قاطعة حق المالك على العقار. و قد أراد تورنس من خلال فكرته هذه بسط رقابة الحكومة على كل التصرفات الواردة على العقارات و ذلك بعدما لاحظ أن الأراضي كانت تنتقل لأصحابها بطريقتين، إما منحة من الحكومة و إما بطريقة عادية كالبيع و الهبة و الوصية و نحو ذلك من التصرفات بين الخواص ، و بقدر ما كان مركز الأولين واضحا بسبب تولي الحكومة تقييد أسماء المستفيدين في دفاترها، كان مركز الآخرين غامضا و مشوشا، فسعى تورنس إلى توحيد الأحكام و جعل الأراضي المتصرف فيها بين الخواص في وضع مماثل للأراضي الممنوحة من الحكومة بحيث يسهل التعرف على مالكة إذ تتولى السلطة الإدارية التحقيق في هذه الملكية و الشخص الذي تعود إليه¹ .

ثانيا : تحليل نظام تورنس و تقديره

إن نظام تورنس مبني على مجموعة من المبادئ و الأسس و يتميز أيضا بمميزات خاصة يمكن ملاحظتها بجلاء من خلال طريقة تنظيم السجلات العينية و تكوينها و مسكها و الآثار القانونية المترتبة على تطبيق مبادئه. فقد قام نظام تورنس على قواعد رئيسية صارت فيما بعد تشكل ما يعرف اليوم بمبادئ نظام الشهر العيني و هي على التوالي² .

- تصفية الملكية و تطهيرها بزوال جميع الحقوق و الأعباء العينية التي لم يعلن عنها في الوقت المناسب و من ثم إنشاء سند الملكية العقارية بشكل جديد و مستند إلى أصول جديدة.

- منح قوة الثبوت المطلقة للقيد في السجلات العينية.

- ضرورة إخضاع كل أشكال الحقوق العينية العقارية و التصرفات و التغييرات الواردة عليها لإلزامية الشهر³ .

¹ راجع د/ ادوار عيد (المرجع السابق) ص 21 - 22

² جمال بوشنافة (شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري) - رسالة ماجستير- دار الخلدونية طبعة 2006، ص27.
³ تجدر الإشارة إلى أن نظام تورنس لم يكن إجباريا في السنوات الأولى لتطبيقه فيما عدا ما يتعلق بالتصرفات الجديدة التي تقوم بها الدولة، لكن سرعان ما عمم بشكل إلزامي على جميع الأراضي الاسترالية.

- التدقيق و الفحص المسبق لجميع العقود الخاضعة للشهر قبل قيدها في السجلات العينية.

- تسهيل تداول الملكية و الحقوق العقارية بتسهيل إجراءات نقل هذه الحقوق.

و من الناحية العملية فإن تطبيق نظام تورنس في أستراليا كان يتم عن طريق تقديم الشخص الراغب في الشهر طلبا بذلك إلى أمين السجل المختص مرفقا بمصور عن عقاره معد من طرف مهندس مساح محلف و مجاز و يضم إليه الوثائق و السندات المدعمة لحقه المطلوب قيده في السجل العيني ، و يؤشر على هذا الطلب رئيس المهندسين الذي يشهد بأن المتصرف أو طالب الشهر غير معتمد على العقارات المجاورة ، و بناء على ذلك يحال الطلب إلى أمين السجل الذي يقرر إما قبول الطلب أو رفضه .

و في حال القبول تفتح للغير مهلة لإبداء الاعتراضات تتراوح حسب الحالات بين ثلاثة أشهر و ثلاث سنين و يجري إعلام الغير و الملاك المجاورين بموضوع الطلب عن طريق النشر الدوري في الصحف المحلية¹. و في حالة عدم تقديم اعتراضات أو في حالة رفض هذه الاعتراضات فإن أمين السجل يأمر بالقيد في السجل العيني و يسلم المعني شهادة بسند الملكية تدون عليها و على الصورة الأصلية جميع الحقوق المترتبة للعقار أو عليه و تؤلف الصورة الأصلية مع المصور الملون للعقار إحدى الصحائف العينية للسجل ، و بذلك تصبح شهادة القيد و السند الجديد الدليل الذي لا ينقض لإثبات حق الملكية و كل حق عيني آخر خاضع للشهر².

و كان أول إجراء يتم في عملية الشهر وفق هذا النظام هو القيد الأول في السجل (l'immatriculation)³. و كان هذا الإجراء يتم بطلب من أصحاب العقارات

¹ القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص23.

² د/ ادوار عيد (المرجع السابق) ص22.

³ لقد أحاطت القوانين الأسترالية هذا الإجراء باحتياطات دقيقة و هو إجراء يترتب عليه تطهير (purge) العقارات المقيدة من كل الحقوق الخفية و كأن القيد الأول بمثابة نقطة الانطلاق الحقيقية لتطبيق النظام الجديد.

مرفقا بكل المستندات التي تبين الوضعية المادية و القانونية للعقار، و إذا لزم الأمر تقديم خريطة أو مخطط للعقار معد من لدن مهندس محلف . و يتم تقديم الطلب إلى مكتب مختص يشرف عليه موظف عام يدعى المسجل العام registrar général . فإذا ما قدمت هذه الوثائق إلى المكتب تراجع و يحقق فيها من الناحيتين الهندسية التقنية و القانونية ، و للمسجل (registrar) أن يرفض الطلب رفضا باتا إذا رأى أنه غير مقيد بالمستندات ، و يكون له الحق حسب الأحوال إما أن يقبله فورا أو أن يعلن عنه في الجرائد الرسمية لأستراليا و انجلترا ، و تحدد فترة بين شهر و ثلاث سنوات للاعتراض ، فإذا ما انقضت بغير اعتراض يقيد العقار و يصبح خاضعا لنظام تورنس¹.

و من الناحية العملية فإن القيد يتم بإعداد شهادتين سنديتين (certificat de titre) متطابقتين ، تشمل كل واحدة منهما الوصف القانوني و المادي للعقار مرفقا بمخطط بياني في الهامش و تقيد في ظهر الشهادة الحقوق العينية المحمل بها العقار و تحفظ إحدى هاتين الشهادتين و تعطى الأخرى لصاحب الشأن ، و إذا فقدت الشهادة أو أتلقت يقوم المسجل العام بعد إجراء التحقيق و النشر بإعطاء شهادة مؤقتة (certificat provisoire) و هي عبارة عن صورة طبق الأصل من سند الملكية المدرج في السجل العيني ، و من مجموع الشهادات السندية مرتبة و مرقمة يتكون السجل العيني².

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 92
² لتسهيل البحث و الإطلاع على السجلات توجد في أغلب المكاتب نوعين أو أكثر من السجلات الإضافية و على الأخص فهرس أبجدي بأسماء الملاك المقيدين، و كذلك فهرس العقارات المقيدة . و حق البحث غير مقيد بأي قيد إذ يحول لكل شخص الإطلاع على السجل العيني و لا يشترط أن يكون طرفا و إنما كل ما يطلب منه هو دفع الرسوم المقررة. و الملاحظ في هذا الشأن أن صفحات السجل لا ترتب طبقا للترتيب المساحي للعقارات كما يحدث في ألمانيا و إنما طبقا للترتيب التاريخي للقيد الأول لأن عملية مسح العقار لا تتم في أستراليا إلا بالتبعية لطلب القيد، و على إثر تقديمه ، أما في ألمانيا فإن أعمال المسح تتم كإجراء تمهيدي لتطبيق نظام السجل العيني و هو نفس الموقف الذي سلكه المشرع الجزائري ، إذ تعتبر عملية المسح من مقدمات إدخال نظام الشهر العيني و تتم على كامل التراب الوطني و بناء على نتائجها يتم ترقيم العقارات ترقيما مؤقتا أو نهائيا .

ثالثا : الآثار المترتبة على تطبيق نظام تورنس

إن تطبيق نظام تورنس بأحكامه التي سبق بيانها يترتب عنه مجموعة من الآثار القانونية الهامة التي يمكن القول عنها أنها تقريبا هي ذات الآثار التي تترتب في أيامنا عن تطبيق نظام الشهر العيني في أي بلد ، و عموما يمكن حصر هذه الآثار فيما يلي :

1- لا تكتسب الملكية و الحقوق المتفرعة عنها و الحقوق العينية التبعية إلا بالقيد في السجل العيني .

شأنه شأن النظام الألماني، فإن نظام تورنس يأخذ بمبدأ المشروعية *légalité*، فأبي حق عيني عقاري لا يوجد إلا بقيده في السجل العيني، و تطبيقا لمبدأ الأثر المطلق للشهر الذي يأخذ به نظام تورنس أيضا، فإن مالك عقار ما ليس سوى الشخص المقيد اسمه في السجل . أما بالنسبة للتصرفات فإن قانون تورنس يقتبس القاعدة الألمانية التي بمقتضاها لا يحصل أي مكتسب على الملكية إلا بالقيد و ذلك حتى في مواجهة المالك البائع و هذا عملا بالمادة 63 من قانون نقل الأرض الأسترالي الصادر في سنة 1890¹، بمعنى أن الملكية العقارية لا تنتقل بالعقد و إنما بالقيد في السجل العام².

2- للقيد في السجل العام قوة مطلقة

إن مبدأ القوة المطلقة للقيد من أكثر المبادئ التي عرف بها نظام تورنس و تشدد بشأنها³ ، فقد رأينا أن القانون الألماني و إن كان يطبق هو الآخر المبدأ إلا أنه يستثني التصرفات التي يجريها الغير سيئ النية⁴ ، غير أن نظام تورنس الذي طبق في أستراليا لا يجيز الطعن بأي دعوى كانت في الحقوق الثابتة بشهادة سندية سواء أكانت دعوى إلغاء أو رجوع أو فسخ⁵ ، و لا يستثني إلا ثلاثة أنواع من الدعاوى .

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 94.
² سنرى لاحقا أن المشرع الجزائري أخذ بهذا المبدأ في المادة 793 من القانون المدني و أكد ذلك في نص المادة 15 و المادة 16 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري .
³ أنظر المستشار معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 40 و محمد حلمي خليفة في بحثه المشار إليه سابق و المقدم للحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية ص 629
⁴ أنظر ما سبق ص 108 و 109
⁵ و هذا ما تنص عليه المادة 33 و المادة 123 من القانون الصادر في أستراليا سنة 1861 إذ تنص المادة 33 على أن "كل شهادة سندية تعطي ثقة أمام القضاء من حيث مضمونها و تثبت أن الشخص المذكور بها متمتع حقا بالحقوق المبينة بها".
و تنص المادة 123 على أنه "لا تقبل أي دعوى نزاع ملكية *éviction* ضد المالك المقيد".

3- لأمين السجل العيني أو المسجل العام دور إداري

يتميز نظام تورنس بطريقة إدارية مركزية في مسك السجلات و إجراء مختلف العمليات المتعلقة بالقيود، بحيث تتم كل العمليات الخاصة بالقيود في العاصمة ، حيث يقوم مكتب واحد على المستوى الوطني يرأسه مدير التسجيل المحاط بمجموعة من معاونين . و المسجل العام في نظام تورنس موظف إداري و ليس قاض، إلا أن القانون يخوله صلاحيات و سلطات واسعة تتيح له فحص القيمة القانونية للعقود المطلوب قيدها و مراقبة أهلية الأطراف و خلو الإرادة من العيوب و خلو التصرفات من الغش، و يجوز له أن يصدر قرارا برفض القيد مؤقتا أو نهائيا و يكون قراره ذلك قابلا للطعن بالاستئناف و كأنه حكم قضائي ، و يجوز له أن يستدعي الشهود و الدائنين في حال قيد عقار مرهون . أما عن مسؤوليته فإن نظام تورنس عكس النظام الفرنسي يعفيه من كل مسؤولية شخصية تجاه الجمهور و تقوم الدولة بتحمل ما ينشأ عن علاقته بالأفراد من أضرار و مسؤولية ، و يمكن للدولة الرجوع عليه و مساءلته عن خطئه¹.

رابعا : عيوب نظام تورنس

بالرغم من المزايا الظاهرة لنظام تورنس التي أدت إلى انتشاره بسرعة مذهلة² فإن هذا النظام لم يسلم هو الآخر من النقد . فقد أعاب بعض الفقهاء عليه أنه يعلق الحقوق العينية المشروعة على مصالح الغير المكتسبين و الدائنين، و أضافوا إلى ذلك قولهم أن هنالك خطرا شديدا على المالك الحقيقي من القيود التي تتم بطريق الغش أو الخطأ، إذ أن نظام تورنس يلغي نظام التوثيق و يترك أموال الأفراد العقارية عرضة للنصب بسبب عدم الخبرة والجهل .

و رأى فقهاء آخرون أن هذا النظام و إن كان مناسباً للمجتمعات التي لا تزال في دور التكوين إلا أنه لا يمكن أن يستجيب لمطالب الحياة المتعددة في المجتمعات العريقة التي تسود فيها أعراف و تقاليد قديمة تحكم المعاملات العقارية. كما لاحظ

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص98.

² حيث جاء في تقرير مكسويل عن قانون تورنس في ترجمته الفرنسية المطبوعة بالجزائر عام 1889 أن ثلاثة أرباع العقارات المتصرف فيها بمعرفة التاج في فكتوريا أصبحت خاضعة لقانون تورنس.

آخرون أن نظام السجل العيني عموماً و نظام تورنس خصوصاً غير ممكن تطبيقه من الوجهة العملية في البلاد التي تفتتت فيها الملكية العقارية مثل فرنسا و مصر¹.

المطلب الثاني : أحكام نظام الشهر العيني

يتميز نظام الشهر العيني عن نظام الشهر الشخصي بمجموعة من الخصائص التي يعبر عنها بعض الشراح بمبادئ الشهر العيني، على أساس أنها قواعد راسية لدى جميع الأنظمة التي تتبع نظام السجل العيني، و التي من فرط التقيد بها صارت مبادئ و أسس أنظمة الشهر في هذه الدول . غير أن شيوع هذه المبادئ في الدراسات النظرية لنظام السجل العيني ، لا يجوز تفسيره على أن نفس هذه المبادئ بأكملها مسلم بها في كل دول العالم التي تنهج نظام السجل العيني، بل إنه يجب الإشارة قبل البدء في تفصيل هذه المبادئ أن بعض الدول و إن كانت تطبق نظام الشهر العيني إلا أنها أحياناً تتخلى عن أحد أو بعض مبادئه النظرية عندما تقتضي الظروف ذلك ، كما هو الشأن بالنسبة لمبدأ القوة المطلقة و عدم قابلية الطعن في التصرفات المشهورة ، إذ تتغاضى عن تطبيقه بعض الدول كما سنرى .

الفرع الأول : مبادئ نظام السجل العيني

أولاً : مبدأ التخصيص

يتميز نظام السجل العيني بأن أساس التسجيل و الشهر في السجلات هو العقار أو الوحدة العقارية محل التصرف² ، و ذلك بخلاف نظام الشهر الشخصي حيث تتم عملية الشهر في الدفاتر المختلفة على أساس أسماء الأشخاص الذين تصدر منهم التصرفات . و بهذا يستند نظام السجل العيني إلى العنصر الثابت في المعاملات

¹ لقد أشرت إلى هذا سابقاً عند التعرض لمبررات النظام الفرنسي و عدم أخذ فرنسا بنظام الشهر العيني فراجع ما سبق تفصيله .

² السيد عبد الوهاب عرفة (المرجع في السجل العيني و المشكلات العملية التي واجهت تطبيقه في مصر في ضوء أحكام محكمة النقض) دار الكتب القانونية – القاهرة 1995 ص 14 و الدكتور إدوار عيد (المرجع السابق) ص 11 و عبد الحكيم عباس (الشهر العقاري في الجمهورية العربية السورية) بحث مقدم للحلقة الدراسية حول قوانين الشهر العقاري في البلاد العربية سنة 1972 منشور ضمن مجموعة أعمال الحلقة المشار إليها سابقاً ص 172 .

العقارية ألا و هو العقار حيث لا يؤخذ في الاعتبار إلا بصفة عرضية اسم المالك أو صاحب الحق العيني أو ما يطلق عليه العنصر المتغير في المعاملة أو التصرف¹.

و من هنا كانت تسميته بنظام الشهر العيني، فلكل عقار في هذا النظام تخصص صفحة في السجل العقاري تسمى الصحيفة العينية للوحدة العقارية تقيد فيها جميع التصرفات التي تقع على تلك الوحدة العقارية و كذا كل الحقوق التي تثقلها كالرهون و الارتفاقات ، و هي تحمل كل البيانات المتعلقة بالعقار مثل رقمه و موقعه و مشتملاته و مساحته و اسم مالكة أو ملاكه إذا تعددوا و جميع الأعباء التي تثقله² و من مجموع هذه الصفحات المرتبة يتكون سجل كبير يدعى السجل العيني و الذي نسبة إليه يسمى نظام الشهر العيني بنظام السجل العيني³ .

و تخصيص صحيفة عينية لكل وحدة عقارية هو ما يعرف بمبدأ التخصيص و منه استمد هذا المبدأ تسميته ، و نظرا لأهمية طريقة التخصيص هذه فإن حتى نظام الشهر في فرنسا المعروف عنه أنه نظام شخصي قد اعتمد على سجل ثالث هو السجل العيني المطور بالإعلام الآلي le fichier immobilier و الذي يتضمن الوضعية القانونية لكل وحدة عقارية إذ تسجل فيه التصرفات الواردة على العقار أولا بأول و هو السجل المستحدث بموجب مرسوم 4 جانفي 1955⁴.

ثانيا : مبدأ قوة الثبوت المطلقة (force probante absolue)

إن هذا المبدأ هو من أهم مميزات نظام الشهر العيني⁵ و أحد أكثر المبادئ إثارة للجدل و الخلاف الفقهي بين مؤيد و معارض و متحفظ عليه حتى بين صفوف أولئك الفقهاء المؤيدين لنظام الشهر العيني، و لهذا فإن بعض الدول لم تطبقه بالرغم من اتباعها نظام السجل العيني مثل القانون السويسري و القانون الجزائري حسب ما يفهم

¹ د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص41

² حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص14

³ د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص46

⁴ راجع ما تقدم عرضه عند الحديث عن مبادئ الشهر الشخصي - المبدأ الأول ص 64

⁵ أنظر في هذا المعنى : المستشار معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 40

محمد حلمي خليفة (المقال السابق) ص 629

من نص المادة 85 من المرسوم 63/76 التي تجيز ضمناً الطعن في التصرفات التي سبق شؤها و طلب إلغائها أو إبطالها أو فسخها¹.

أما عن المقصود من مبدأ قوة الثبوت المطلقة، فهو أنه توجد قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس تهدف إلى تأمين المعاملات العقارية ، و تقتضي هذه القرينة أن كل ما هو مقيد أو مسجل في السجل العيني إنما هو الحقيقة التي لا طعن فيها، حيث تنتقل الملكية و الحقوق العينية العقارية بالقيود في السجل العيني خالية من كل شائبة². فالسجل العيني لا يمكن أن يحقق الغرض منه و المتمثل في الائتمان العقاري إلا إذا كانت البيانات الواردة فيه بخصوص أي عقار محل ثقة من الجميع بحيث توفر لمن يكتسب ملكية عقار أو أي حق وارد على عقار مستندا إلى تصرف مسجل بهذا السجل ثقة تامة و قاطعة بأن حقه غير معرض لأي خطر حتى و لو كان القيد السابق مستندا إلى تصرف باطل أو معيب، و هذا ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني "la foi publique du registre foncier"³.

و قد سبق أن تطرقت إلى أساس هذا المبدأ الذي ترجع جذوره للفكرة الرومانية التي تجزئ التصرف إلى تصرفين ، أحدهما منشئ للالتزام و الثاني ناقل للحق و على الثاني يتم الشهر مستقلا عن التصرف الأول ، و من ثم فإنه لا تنتقل إليه عيوبه . وفي غالبية الدول و الأنظمة التي تطبق هذا المبدأ لا يكون للمتضرر من عملية الشهر سوى

¹ تنص المادة 794 من القانون المدني السويسري على أنه "و إذا تم التعاقد محل القيد بسوء نية، فإن المتضرر من التصرف يستطيع أن يدعي مباشرة ضد الغير سئى النية بعدم صحة القيد " (Lorsqu'un droit réel a été inscrit indûment, l'inscription ne peut être invoqué par les tiers qui en ont connu ou dû connaître les vices...)

² راجع في تفصيل هذا المبدأ كل من :
د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 42.
و د/ ياسين محمد يحيى (المرجع السابق) ص 50.
و د/ محمد عبد الجواد (نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية) بحث مقدم الحلقة دراسات الشهر العقاري المنظم من قبل معهد الدراسات التابع لجامعة الدول العربية ج 1 سنة 1973 ص 277.
و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 78 و ما يليها .

³ مفاد هذا المبدأ هو أنه خلافا لنظام الشهر الشخصي، إذ يعتبر الشهر مجرد وسيلة للإعلانية و إعلام الغير بالتصرفات دون أن يدل هذا الشهر بشكل قاطع على أن صاحب الحق محل التصرف هو فعلا مالكة الحقيقي، فإن للشهر في السجل العيني قوة ثبوت مطلقة، بحيث بمجرد قيد التصرف أو الحق في السجل، فإن الحق المشهر يصير حقا ثابتا بشكل مطلق و غير قابل للطعن فيه من طرف الغير .

حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه أمام عجزه عن الطعن في التصرف
المشهر¹ .

و بسبب خطورة هذا المبدأ و مساسه بحقوق الغير و احتمال إضراره بها فإن
الأنظمة التي تطبقه تعطي لمأمور السجل العيني سلطات واسعة تمكنه من مراقبة
التصرفات المقدمة للشهر من حيث شكلها و مضمونها² ، و بصفة خاصة في تلك
الأنظمة التي تخضع إدارة الشهر لإشراف القضاء علاوة على الشروط الشكلية
و الموضوعية التي تتطلبها قوانين هذه الدول³ في التصرفات موضوع طلب الشهر مثل

¹ راجع ما سبق في شرح الفكرة الرومانية للشهر ص 39
² لأكثر تفصيل بشأن موقف التشريعات المختلفة و التشريع الجزائري خصوصا من المبدأ راجع ما سيأتي ص 344 و ما
بعدها .

³ جاء النص على هذا المبدأ في قوانين بعض الدول التي تطبق نظام الشهر العيني مثل القانون المصري، إذ جاء في المادة
1/37 من قانون السجل العيني أنه " يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه "، و قد جاء بالمذكرة
الإيضاحية لقانون السجل العيني بشأن هذه الحجية المطلقة ما يلي " يقضي مبدأ القوة المطلقة و هو من المبادئ الأساسية في
نظام السجل العيني بأنه إذا اكتسب شخص حقا على عقار تأسيسا على قيود و تأشيرات في السجل العيني فإن هذه القيود تعتبر
دليلا على مشروعية الحق الذي اكتسبه في مواجهة الغير، و يعتبر انه قد اكتسب الحق من المالك الحقيقي و يبقى له ما اكتسبه
حتى و لو كان اكتسابه من غير مالك. و أخذاً بمبدأ القوة المطلقة للقيود في السجل العيني نصت المادة 37 من نفس القانون على
أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه و لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل
العيني بعد مضي خمس سنوات من انقضاء المدة المشار إليها أعلاه في القرار الوزاري المنصوص عليه في المادة الثانية من
قانون الإصدار" . هذا و لا يوجد في القانون الجزائري نص مماثل للمادة 37 من قانون السجل العيني المصري، بحيث يظهر
من خلاله موقف المشرع الجزائري من المبدأ بشكل واضح بحيث أن نص المادة 3 من الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح
الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري لا يتضمن إشارة إلى اعتماد المشرع الجزائري المبدأ، إذ تنص المادة 3 من الأمر
74/75 على أنه "يعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات و يبين تداول الحقوق"، و نفس الحكم ينصرف لنص المادة
15 من نفس الأمر، إذ أنها لا تدل على اعتماد القانون الجزائري مبدأ القوة المطلقة إذ جاء النص معبرا فقط عن أثر الشهر في
مواجهة الغير و ترتيبه للحجية دون أن يصف هذا النص تلك الحجية بأنها مطلقة. إذ تنص المادة 15 من الأمر 74/75 على أن
"كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات
العقارية...". و من جهة أخرى، فإن المشرع الجزائري صرح بوضوح عدم اعتماده مبدأ الحجية المطلقة للشهر من خلال
نص المادة 85 و المادة 86 و من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي تجيز صراحة الطعن في التصرفات
و الحقوق التي سبق شؤها، إذ تنص المادة 85 من المرسوم 63/76 على أن "دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو
إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 14-4 من
الأمر 74/75 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري أو إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من
المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار" و تنص المادة 86 من نفس المرسوم على "إن فسخ الحقوق
العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا
إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقا للقانون".

شرط الرسمية الذي يوفر ضماناً أخرى لرقابة مسبقة من طرف الموثقين وشرط الأثر النسبي للشهر أو ما يسمى بقاعدة الشهر المسبق، بحيث لا يجوز شهر أي تصرف ما لم يكن صاحب الحق المتصرف فيه قد سبق له شهر التصرف الذي تلقى بموجبه هذا الحق .

ثالثاً : مبدأ المشروعية *principe de légalité*

نظراً لأهمية وخطورة مبدأ قوة الثبوت المطلقة ، فقد اقتضى الأمر ضرورة الأخذ بمبدأ آخر يعتبر نتيجة منطقية لمبدأ قوة الثبوت المطلقة هو مبدأ الشرعية ، ومقتضاه وجوب التحقق و المراقبة و المراجعة الدقيقة السابقة لإجراء القيد في السجل العيني حتى لا يقيد أي حق عيني إلا بعد تنقيته من كل شائبة¹. فطالما أن الحق العيني يتحصن بقيد في السجل العيني ضد كل الطعون فإنه يجب ألا يتم القيد إلا بعد التأكد التام من أن الحق مطابق للحقيقة و عنوان لها و أن التصرف صحيح و يستند إلى أساس قانوني سليم بحيث يصبح قيد الحق في السجل العيني دليلاً أكيداً على شرعية هذا الحق².

و معنى هذا أنه ما دامت قوانين الدول التي تطبق نظام السجل العيني تكفل للحقوق المقيدة في السجل العيني بعد الشهر مشروعية في مواجهة الغير حسن النية على الأقل بحيث أن هذه الحقوق لا تكون أبداً محلاً للاعتراض، و تعتبر كما لو كانت مملوكة حقاً لأصحابها ، فإنه من الضروري مراعاة أن تكون هذه الحقوق مملوكة فعلاً لمن تقيد بأسمائهم ، و بدون ذلك فإن القيد ينشئ حقوقاً عينية عقارية غير معترف بها قانوناً ، و يجب أيضاً التحقق من أن يكون الأشخاص الذين يطلبون القيد هم نفس الأشخاص الذين يتسمون بأسمائهم و أن تكون لديهم الأهلية لطلب القيد ، فشخصية و أهلية الأشخاص أمران أساسيان من المهم مراجعتهما قبل إجراء القيد³. و من أجل

¹ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 45

² أنظر في هذا المعنى : د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 475
د/ عبد الباسط جميعي (الشهر العقاري في القانون المصري) دار التعاون للطباعة – القاهرة 2004

ص 73

³ د/ منصور محمود وجيه (نفس المرجع) ص 421

ذلك تمنح القوانين التي تطبق نظام السجل العيني سلطات واسعة من أجل مراقبة التصرفات و مختلف السندات التي تقدم للإشهار.

و في اتجاه تشديد هذه الرقابة تشترط اليوم جل هذه الأنظمة تقديم العقود المطلوب إشهارها في الشكل الرسمي و ذلك تحت طائلة رفض الإيداع ، إذ بهذا الشكل تضمن هذه القوانين خضوع العقود لرقابة الموثقين أو الموظفين المكلفين بالتوثيق . فالموظف أو الموثق الذي يحرر هذه العقود سيتحقق - التزاما بالقوانين التي تنظم مهنته - من هوية الأطراف و شكل العقود و خلوها من أي عيب سواء العيوب التي تلحق شكلها أو حتى العيوب التي تشوب إرادة الأطراف و موضوع العقد¹.

و يتسع نطاق مبدأ الشرعية ليشمل كل ما من شأنه تجنب قيد الحقوق التي لا تستند إلى أساس قانوني سليم حيث يجب أن يشمل الفحص الدقيق و الرقابة الجدية السابقة على القيد ، التحقق من توافر كافة الشروط الموضوعية و الشكلية الواجب توافرها لإجراء القيد و كذا التحقق من شخصية المتعاقدين و أهليتهم للتصرف و خلو إرادتهم من عيوب الرضا ، و من أنهم ممثلين قانونا و من أن المتصرف مقيد في السجل العيني كمالك أو صاحب الحق موضوع التصرف و من أن هذا الحق هو من الحقوق التي يجوز التعامل فيها قانونا و أنه مقيد في السجل العيني ، و من أن الشروط التي يتطلبها القانون لإنشاء الحق العيني أو نقله أو تعديله أو زواله متوافرة تماما و بصفة عامة التحقق من صحة التصرف العقاري و شرعية الحق موضوع هذا التصرف².

¹ لم تكن الرسمية مشترطة في أستراليا عند تطبيقها نظام تورنس، فالفكرة التي سيطرت على تورنس عند وضع قانونه كانت الرغبة في السرعة، و هذه الغاية تتعارض مع سمات العقد الرسمي، أما في فرنسا فقد ناقش أعضاء اللجنة غير البرلمانية للمسح مسألة اشتراط العقد الرسمي و كانت الحجج التي استند إليها محبذ و اشتراط الرسمية هي انه بغير ذلك ستكون مسؤولية أمين السجل شديدة جدا لدرجة انه يخشى من عدم توافر العدد الكافي من الموظفين الذين يقبلون تحمل هذه المسؤولية الخطيرة، و أن هذا النظام سيجعل العقد الرسمي أساسا لعملية القيد و أضافوا إلى ذلك أن العقد الرسمي وحده هو الذي سيكفل تنفيذ الإلزام بإجراء القيد دائما و ذلك بأن يفرض على الموثقين أن يطلبوا إجراء القيد تلقائيا، إلا أن هذه الحجج لم تستطع أن تنهض في وجه مبدأ حرية الأفراد في اختيار الشكل الذي يريدونه لعقودهم و لاسيما إذا كانت المعاملة قليلة الأهمية .

² د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص46.

رابعاً : مبدأ القيد المطلق أو الشهر المطلق

في ظل نظام السجل العيني لا تكون الحقوق العينية العقارية موجودة و ممكن الاحتجاج بها في مواجهة الكافة إلا إذا كانت مقيدة في السجل العيني، و بهذا الشكل لا بد من إخضاع جميع الوقائع و الاتفاقات و التصرفات التي من شأنها إنشاء أو نقل أو تقرير أو تعديل أو زوال أي حق من هذه الحقوق أو تغيير صاحبه أو تعديل أي شرط من شروط قيده لإلزامية الشهر في السجل العيني و من ثم فإنه لا يكون لهذه الحقوق وجود قانوني شرعي إلا إذ تم قيدها في السجل، و هذا ما يطلق عليه مبدأ القيد المطلق .¹ Principe de l'inscription absolue

فمبدأ القوة المطلقة إذن يقضي بأنه لا يقبل أي إثبات بوجود حق عيني عقاري إلا إذا كان مقيداً، و من الزاوية المقابلة ، فإن المبدأ أيضاً يقتضي أنه لا يقبل أي إثبات خلاف أو ضد محتويات الصحيفة الخاصة بكل عقار من مجموع صفحات السجل العيني²، و على هذا النحو يكون للقيد في السجل العيني أثر منشئ للحقوق العينية بحيث إذا لم يتم القيد لا ينشأ الحق و ليس لأحد أن يدعي حقا عينيا على العقار ما لم يكن مقيداً أو مشهراً . إذ بالقيد وحده تنشأ و تنتقل و تعدل و تزول الحقوق العينية ، و من ثم يصبح القيد بمثابة مصدر للحق³ .

و يعتبر الفقه مبدأ الشهر المطلق وسيلة قانونية لتحقيق الشهر الأهداف التي وضع من أجلها و هي إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقارات و تحقيق الثقة و الائتمان العقاري ، و أنه من أجل الوصول إلى هذه النتيجة كان لزاماً عدم الاعتراف بوجود حق الملكية و لا أي حق عيني آخر على العقارات لا بين المتعاقدين و لا في مواجهة الغير إلا بواسطة القيد في الصفحة العينية للعقار و أنه لا وجود و لا فاعلية للأعباء و التكاليف التي تنقل العقارات إلا من يوم قيدها، و أنه لا تنتقل الحقوق

¹ راجع د/ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 46 و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 433 و د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 59

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 334

³ راجع في هذا المعنى : د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 47

د/ عصام انور سليم (التملك بالتقادم على خلاف الثابت في السجل العيني) منشأة المعرف – الإسكندرية 2002 ص 16

العقارية المكتسبة بالميراث إلا بقيدها . و خلاصة القول أنه يجب أن يكون الشهر مطلقا و بدون استثناء¹ .

و من هنا يتضح أن مبدأ القيد المطلق وثيق الصلة بمبدأ قوة الثبوت المطلقة الذي سبق بيانه ، فطالما أن أي حق عيني عقاري لا يوجد بالنسبة للكافة ما لم يقيد في السجل العيني ، فمن الطبيعي أن يترتب على ذلك ضرورة أن يكون كل حق عيني مقيد في السجل العيني هو الحقيقة التي لا تقبل الطعن و هو ما يقضي به مبدأ قوة الثبوت المطلقة . و لعل ذلك ما حدا بالبعض إلى أن يسمى عدم وجود الحقوق العينية العقارية أو التغيير فيها بغير قيد في السجل العيني بالقوة السلبية للسجل العيني *la force négative du registre réel* ، و يسمى عدم قابلية الحقوق المقيدة للطعن بالقوة الإيجابية للسجل العيني *la force positive du registre*².

خامسا : مبدأ عدم سريان التقادم ضد صاحب الحق المشهر

يترتب على قيد الحقوق في السجل العيني أن أصحاب هذه الحقوق يكونون في مأمن من كسب الغير لها بالتقادم³ ، و هذه الخاصية ناشئة عن الحجية المطلقة للحقوق و البيانات المقيدة في السجل العيني⁴، إذ لا يجوز في ظل نظام الشهر العيني الأخذ بالتقادم كوسيلة من وسائل اكتساب الحقوق العينية العقارية ، فنظام السجل العيني لا يعرف مالكا أو صاحب حق عيني خلاف المالك أو صاحب الحق المقيد ، فالاعتداد بالتقادم كطريق لكسب الملكية و الحقوق العينية إنما يتعارض مع ما يعطيه نظام السجل العيني للقيد من قوة ثبوت مطلقة و إن كان البعض لا يسلم بهذا التعارض⁵.

و في معرض تبرير هذا المبدأ يقول البعض أن الأخذ بنظام التقادم المكسب من شأنه أن يجعل بيانات السجل العيني غير مطابقة للحقيقة مما يترتب عليه إهدار الثقة

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 333

² د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 48

³ المستشار معوض عبد التواب (الشهر العقاري و التوثيق علما و عملا) منشأة المعارف – الإسكندرية 1986 ص 84

⁴ د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 53

⁵ قارن في هذا الشأن د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 48 و د/ محمد لبيب شنب (دراسات في قانون السجل العيني المصري) سنة 1974 ص 49 .

العامة الواجب توافرها للسجل العيني حيث تكشف السجلات عن مالك أو صاحب الحق العيني ، بينما تكون الملكية أو الحق العيني في نفس الوقت لشخص آخر هو واضح اليد ، غير أن هذا التبرير لا يكون سديدا لما يتطلب القانون وجوب شهر واقعة التملك بالتقادم في السجل العيني ، إذ بهذه الطريقة سوف لن يؤدي إلى تضارب بيانات السجل مع الحقيقة. في حين يعطي آخرون تبرير آخر للمبدأ مفاده أنه إذا كان الأساس التقليدي للتقادم هو أنه يجب أن يحل هذا التقادم محل فقدان السندات بعد انتهاء فترة معينة، فإنه في ظل نظام شهر منشئ للحقوق، ليس هناك محل للخوف من ضياع السندات ، فليس هناك إذن أي مبرر لقبول التقادم الذي يعتمد على الخوف من ضياع السندات مبررا وحيدا لأن سند الملكية هنا ليس شيئا آخر خلاف القيد في السجل و هو معد لكي يبقى دائما¹.

و على العموم و كقاعدة عامة تتميز أنظمة السجل العيني غالبا برفض التقادم المكسب في مواجهة أصحاب الحقوق المشهورة المقيدة ، فالتقادم يتعارض صراحة مع مبدأ الشهر المطلق و مبدأ القوة المطلقة ، و على هذا فمع وجود نظام السجل العيني لا يمكن للتقادم أن يفيد سوى المغتصبين سيئي النية . و مع هذا فإنه يوجد رأي مخالف يقول بعدم تعارض نظام السجل العيني مع إباحة التملك بالتقادم المكسب و يعطي لذلك مبررات عدة².

هذا و قد حرصت بعض التشريعات على النص على المبدأ في قوانينها بنصوص صريحة تمنع فيها اكتساب الملكية بالتقادم في ظل تطبيق نظام السجل العيني³ ، في حين خلت تشريعات دول أخرى من النص الصريح على المبدأ مثلما هو

¹ د/محمود منصور وجيه (المرجع السابق) ص 474

² راجع د/محمد لبيب شنب (اكتساب الملكية بالتقادم في ظل نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني) مقال من مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في الدول العربية قسم البحوث و الدراسات القانونية و الشرعية التابع لجامعة الدول العربية سنة 1972 ج 10 ص 605 و ما بعدها.

³ من بين تلك التشريعات التشريع السوري في المادة 925 من القانون المدني التي تنص على أنه " لا يسري التقادم على الحقوق المقيدة في السجل العقاري...". و في نفس السياق تنص المادة 19 من القرار الخاص بالسجل العقاري السوري الصادر في 15/03/1926 على أن "مرور الزمن لا يعترض به على الحقوق المسجلة في السجل العقاري" و في ليبيا تنص المادة 73 من قانون التسجيل العقاري الصادر في 24/09/1965 على أنه "لا يجوز الاستناد إلى الحيازة و وضع اليد في =

الشأن بالنسبة للقانون الجزائري الأمر الذي أثار التساؤل في أوساط الموثقين و المحافظين العقاريين حول المسألة¹ .

سادسا : للشهر أثر منشئ و ناقل

يترتب على القيد في السجل العيني أثر منشئ للحقوق التي يجب قيدها بحيث إذا لم يتم القيد فلا تنشأ هذه الحقوق و لا تنتقل لا بين ذوي الشأن و لا بالنسبة إلى الغير² وقد عبرت عن هذا المبدأ التشريعات التي تأخذ بنظام السجل العيني على غرار المشرع الجزائري في القانون المدني و الأمر 74/75 و المرسومين التنفيذيين 62/76 و 63/76 و المشرع المصري في المادة 26 من قانون السجل العيني.³

= الإدعاء بملكية العقارات التي اتخذت بشأنها إجراءات الملكية و صدرت عنها سندات مؤقتة أو قطعية" و في العراق نصت المادة 1158 من القانون المدني العراقي على أن "من حاز منقولا أو عقارا غير مسجل في دائرة الطابو (أي مصلحة الشهر) باعتباره ملكا له أو حاز حقا عينيا غير مسجل على العقار و استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشر سنة فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي..." و في لبنان تنص المادة 225 من قانون الملكية العقارية اللبناني الصادر في 1930/11/12 على ما يلي: "لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري.." و تنص المادة 19 من القرار رقم 188 المتعلق بإنشاء السجل العقاري المؤرخ في 1926/03/15 "لا يسري مرور الزمن على الحقوق المدونة في السجل العقاري" و في الأردن تنص المادة 05 من القانون رقم 5 لسنة 1958 على ما يلي "لا تسري مدة مرور الزمن أو التقادم على أموال غير منقولة تحت التسوية فيها" و في المغرب تنص المادة 63 من الظهير المغربي الصادر في 1913/08/12 بشأن التحفيظ العقاري "إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل اسمه و لا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة باسم المالك". و في تونس تنص المادة 305 من مجلة الحقوق المدنية الصادرة بالقانون رقم 05 لسنة 1965 "لا يسري مرور الزمن على الحق المرسم" و في مصر تنص المادة 13 من قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 على أنه "لا تثبت الحقوق على أساس وضع أليد إلا إذ لم يكن في المحررات المشهورة ما يناقضها..". أما بالنسبة للقانون الجزائري، فإن النصوص ذات الصلة بموضوع الشهر العقاري لاسيما الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و كذا المرسومين التنفيذيين له 62/76 و 63/76 لا تتضمن أي إشارة لهذا المبدأ بالرغم من أنه من المبادئ الهامة التي يقوم عليها نظام الشهر العيني الذي يحرص المشرع الجزائري على تطبيقه من خلال هذه النصوص القانونية، غير أن المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 و الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة، يتضمن إشارة ضمنية بأن المشرع الجزائري تبنى مبدأ حظر التقادم لكسب الحقوق المشهورة، ذلك أن المادة الأولى من نص المرسوم 352/83 تشترط لتطبيق أحكام هذا المرسوم و الاستناد على التقادم المكسب في تلك العقارات أن يكون العقار المطلوب تملكه عن طريق إعداد عقد الشهرة واقعا في منطقة لم تشملها إجراءات المسح العام للأراضي أو بمعنى آخر المناطق التي لازالت خاضعة انتقاليا لنظام الشهر الشخصي.

¹ راجع ما سيأتي تفصيله حول موقف المشرع الجزائري من مبدأ حضر التقادم عند التعرض للأثر المنشئ للشهر و علاقته بالحيازة ص 322 و ما يليها.

² د/ياسين محمد يحيى (المرجع السابق) ص 52 و د/ عدلي أمير خالد (إجراءات ثبوت الملكية العقارية) منشأة المعارف الإسكندرية بدون سنة ص 228.

³ راجع ما سيأتي تفصيله عند التعرض لموقف مختلف التشريعات من الأثر المنشئ للشهر في الباب الثاني من هذه الرسالة .

و في هذا الشأن يمكن القول أنه لا يكفي لنشأة الحق مجرد صحة التصرف مصدر الحق، و إنما لابد من إخضاع هذا التصرف لإجراءات الشهر، و إن أي تصرف حتى و لو كان صحيحا لا ينشئ الحقوق العينية العقارية ما لم يخضع لإجراء الشهر . و هذا ما جعل بعض الفقهاء يقول بإلزامية الشهر العقاري في الأنظمة التي تأخذ بهذا المبدأ أي مبدأ الأثر المنشئ أو الناقل.

و هذا المبدأ يقف على النقيض من الفكرة التي يقوم عليها نظام الشهر الشخصي حيث لا يكون للشهر أي أثر مانح للحقوق أو منشئ أو ناقل لها، و إنما يقتصر دور الشهر في ظل هذا النظام على مجرد تدعيم الحقوق (le rôle confortatif) ، و ذلك بجعلها قابلة للاحتجاج بها في مواجهة الغير و ترتيب الأفضلية في حالة تنازع أكثر من شخص على نفس الحق¹.

الفرع الثاني : تقييم نظام الشهر العيني (المزايا و العيوب)

إن نظام الشهر العيني أو السجل العيني الذي قام كنظام منافس لنظام الشهر الشخصي، حاول واضعوه تجنب العيوب و المساوئ التي كان يتسم بها نظام الشهر الشخصي ، و لذلك جاء نظام السجل العيني بمبادئ و أسس و أفكار مخالفة لتلك التي يقوم عليها نظام الشهر الشخصي، ليجمع من المزايا و المحاسن التي تجعله أفضل من نظام الشهر الشخصي . تلك المزايا التي من شأنها أن تجعله نظاما يحقق الأهداف المرجوة من الشهر العقاري عموما و على رأسها استقرار الملكية العقارية و تدعيم الائتمان العقاري².

و قد صاغ الفقهاء المزايا و المحاسن التي تميز نظام السجل العيني و أحصوها حتى صار يبدو من خلال هذا التعداد أنه نظام متكامل و كله مزايا ، غير أن الواقع

¹ أنظر ما سبق بيانه عن مبادئ نظام الشخصي لاسيما المبدأ الثالث ص 66

² أنظر كل من د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 50 و المستشار معوض التواب (السجل العيني علما و عملا) ص 33.

العملي أثبت أن لنظام السجل العيني أيضا عيوب تستوجب الإشارة إليها و ذكرها حتى تظهر الصورة بوضوح و يمكن بالتالي التفكير في تجنب هذه العيوب وإصلاح النظام حتى يظهر كليا من عيوبه و يتحول بالفعل إلى نظام متكامل.

أولا : مزايا نظام السجل العيني

تتلخص هذه المزايا في تحقيق الحماية للمتعاملين في المجال العقاري و تسهيل التعرف على المركز القانوني الحقيقي للعقارات و التحقق من مشروعية الحقوق و الأعباء المقيدة في السجل العيني و الواردة على عقار ما و تجنب التعارض بين السندات في سبيل الحد من التنازع و تجنب المخاطر الناشئة عن تشابه الأسماء التي تميز سجلات نظام الشهر الشخصي و تأمين الملاك و أصحاب الحقوق العينية العقارية من خطر التقادم المكسب لفائدة واضعي اليد و توفير الثقة و الطمأنينة العامة التي يجب أن تميز السجلات و توفير الحماية للعقارات ذاتها و الحد من أعمال التعدي و التعرض التي قد تثقل كاهل القضاء بمنازعات عقارية لا تنتهي و تضر باقتصاد الدولة من خلال تعطيل الثروة العقارية بكل أنواعها و تسهيل الجباية عن طريق الضريبة على العقارات من خلال ضبط مساحة كل عقار و موقعه و اسم مالكه و القيود و الأعباء و التكاليف التي تثقله و تشجيع البنوك و المؤسسات المالية و المستثمرين على التعامل في العقارات عن طريق القروض و الرهون مما ينشط حركة التجارة العقارية التي بدورها تساهم في زيادة الدخل القومي للبلاد و تطوير اقتصادها.

1- توفير الحماية للمتعاملين في العقارات

لما كانت البيانات المقيدة في السجل العيني تتميز بالحجية المطلقة في ظل الأنظمة التي تتبع نظام الشهر العيني تطبيقا لمبدأ قوة الإثبات المطلقة التي يتميز بها النظام ، فإن من يقدم على التعامل في العقارات مستندا لهذه البيانات يكون في مأمن من أي ادعاء بوجود حق على العقار¹ ، أو مزاحمة لاحقة من طرف الغير الذي يدعى حقا أو أي احتمال خطر آخر من شأنه حرمان المتعامل من كسب الحق الذي تعامل فيه.

¹ راجع : د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 54
المستشار معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 33- 34

فمالك العقار حسبما هو مقيد في السجلات العينية هو المالك الحقيقي ، و انطلاقا من نفس المبدأ فإن المتعامل لا يخشى من أي دعوى يرفعها ضده الغير من أجل إبطال أو بطلان التصرف الذي كان طرفا فيه أو التصرف السابق الذي اكتسب بموجبه المتصرف حقه¹ ، و هذا ما يوفر حماية كبيرة للمتعاملين على أساس ما يقول به بعض الفقهاء من أن الشهر في ظل نظام الشهر العيني يظهر التصرفات من العيوب و لو كان التصرف الذي استند إليه القيد معيبا أو باطلا².

و من ثم فإن من يركن إلى بيانات السجل العيني لا يكون بحاجة إلى التحقق من استقرار الحق لسلفه و صحته، و لا يكون مضطرا للبحث و التحري عن صحة التصرف أو السند الذي أجري على أساسه القيد، حيث أن هذا التحقيق و التحري يقوم به من قبل مأمور السجل العيني³ إعمالا لمبدأ المشروعية الذي يتميز به نظام الشهر العيني⁴.

هذا و يلاحظ أن المشرع الجزائري ترك الباب مفتوحا للطعن في التصرفات المشهورة من أجل إلغاءها أو نقضها أو إبطالها بصرف النظر عن السبب الذي يستند

¹ على أن هذا المبدأ و هذه الخاصية لا أرى بأنها يجب أن تشمل تلك الدعاوى و الوسائل التي يمكن للغير أن يستعملها لاسترداد الحق العقاري المتصرف فيه و التي لا يستند فيها إلى عيب أو خلل في التصرف، و إنما على حق شرعي مقرر قانونا كالشفعة مثلا، كما يجدر التساؤل في هذا المقام أيضا عن مدى إمكانية أحد أطراف التصرف المشهورة المطالبة بفسخ التصرف نتيجة إخلال الطرف الثاني بالتزاماته تطبيقا للقواعد العامة، و ذلك لأن مثل هذا الطلب و كذا طلب الشفعة لا يتعارضان مع مبدأ القوة المطلقة للقيد و لا يعدان طعنا فيه، كما أن مبرر منع الطعن في التصرفات المشهورة بحجة أن مأمور السجل له سلطة التحقق و التحري قبل القيد غير متوفر في مثل هذه الحالات لأن الشفعة رخصة يجيزها القانون لمن له الحق فيها دون أن يكون ذلك نتيجة عيب في التصرف و لا طعنا فيه، أما طلب الفسخ فإنه ناتج عن تقصير لاحق و عدم وفاء بالالتزام لا يمكن لمأمور السجل أن يتحقق منه مسبقا أثناء تقديم العقد أو السند من أجل شهره.

² د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 52

³ مدحت الحسيني (المرجع السابق) ص 11

⁴ تحقيقا لمبادئ العدل و الإنصاف، و حماية للغير حسن النية فقد أقرت معظم التشريعات التي تأخذ بنظام السجل العيني مقابل تقرير مبدأ القوة المطلقة للقيد الذي يقف لحماية المتعاقدين مبدأ آخر يقوم من أجل حماية الغير الذي قد يتضرر من عدم جواز الطعن في بيانات السجل العيني هو إقرار مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يرتكبها مأمور السجل الذي قد تفلت من رقابته عيوب بعض التصرفات بحيث يكون للمتضرر حق الرجوع على الدولة للمطالبة بالتعويضات دون أن يكون له الحق في الطعن في الحقوق التي صارت مقيدة في السجل العيني.

إليه صاحب الطلب بشرط إشهار عريضة الدعوى و ذلك من خلال المادة 85 و 86 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد¹ ، في دلالة على أن المشرع الجزائري لا يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للشهر ، و لذلك فإن مجرد شهر التصرف في التشريع الجزائري لا يوفر الحماية المطلقة للمتعاملين و إنما يوفر حماية للغير عبر إعلام الغير بالتصرف مع إمكانية الطعن فيه².

2 - ضبط و تثبيت المركز القانوني الحقيقي للعقار

عملا بنظام السجل العيني و مبدأ التخصيص الذي يتميز به، فإن كل عقار أو وحدة عقارية تخصص لها صحيفة³ في السجل الكبير، تدون فيها مجموعة من البيانات المتعلقة بالعقار، لاسيما نوع العقار إن كان حضريا أو ريفيا و موقعه بدقة و مساحته و حدوده و التصرفات التي كان محلها منذ قيده أول مرة و أسماء الملاك المتعاقبين عليه إلى غاية المالك الأخير و كذا الحقوق و الأعباء و التكاليف التي تثقله و الأحكام القضائية المتعلقة به كحكم الشفعة و حكم القسمة و غيرها ، و أكثر من ذلك فإن كل تعديل في تكوين العقار و قوامه المادي و القانوني يكون مدونا في الصحيفة الخاصة بكل عقار، و كل دعوى مرفوعة من أجل نزاع حول هذا العقار تكون أيضا مقيدة في هامش الصفحة الخاصة بهذا العقار.

و انطلاقا من هذه البيانات التي نصت مختلف التشريعات على ضرورة تدوينها، فإنه يمكن بسهوله الاستعلام عن المركز القانوني لأي عقار، بحيث لا يحتاج هذا الاستعلام إلى إجراء أبحاث و تحريات طويلة في السجلات و الفهارس الأبجدية كما هو متبع في ظل نظام الشهر الشخصي، بل يكفي مجرد تقديم طلب استعلامات إلى مأمور

¹ هو القانون رقم 09/08 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2008 و المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية السنة الخامسة و الأربعون المؤرخة في 23 أبريل 2008 عدد 21 و الذي دخل حيز التنفيذ يوم 24 أبريل 2009 أي بعد سنة من نشره في الجريدة الرسمية عملا بأحكام المادة 1062 منه .

² أنظر ما سيأتي تفصيله عند التعرض لنظام الشهر العقاري في القانون الجزائري في الفصل الثاني من هذا الباب .
³ يطلق المشرع الجزائري على الصحيفة العقارية التي يتشكل من مجموعها السجل العيني إسم البطاقة العقارية و يطلق على السجل العيني إسم السجل العقاري متجنبنا تسميته بالعيني لكونه ما يزال يتضمن بطاقات عقارية تمسك على الشكل الشخصي مرتبة هجائيا بحسب أسماء الأشخاص .

السجل المختص إقليميا الذي بعد اطلاعه على الصحيفة العينية الخاصة بالعقار¹ موضوع البحث يمكنه الإلمام بكل ما يتعلق بهذا العقار و يسلم لصاحب الطلب وثيقة تتضمن الوضعية القانونية الحقيقية للعقار ردا على طلب المعلومات الذي تقدم به².

3 - منع التعارض في سندات الملكية و تجنب مخاطر تشابه الأسماء

إن سند الملكية أو الحق العقاري هو صورة من الصحيفة العقارية المأخوذة من السجل الممسوك بمكاتب الشهر، و لا يوجد أي مصدر آخر لسندات الملكية ما عدا هذا السجل، و من ثم فإن الشهادات أو الصور التي تؤخذ من هذه الصحيفة لا بد وأن تكون متطابقة³، خاصة و أن كل سند لا يكون محل اعتبار إلا إذا سبق شهره في السجل العيني⁴، و من هنا فإنه يكون من المستحيل في ظل نظام السجل العيني وجود أو احتمال وجود أي تعارض بين سندات الملكية الخاصة بذات العقار⁵ إلا إذا وقع خطأ جسيم من مأمور السجل العيني أو تواطؤ مقصود، ذلك أن كل انتقال أو تغيير أو تعديل في الوضعية القانونية للعقار لا بد أن تكون محل شهر، و بمناسبة شهر هذا التصرف فإن مأمور السجل يعمل على مراجعة و تحيين سند الملكية السابق وإذا اقتضى الأمر

¹ تعتبر الصحيفة العقارية أو البطاقة العقارية مرآة صادقة تعكس صورة العقار الحقيقية، و ليس صورته الحالية أو الآنية فحسب بل إن الرجوع إلى هذه الصحيفة يكشف حتى عن الوضع التاريخي له بدءا من يوم قيده الأول في الإجراء الأولي إلى غاية لحظة طلب الاستعلام، و كل ذلك يتم بدقة و سرعة و سهولة و هو ما يعبر عنه الفقه الفرنسي بالحالة المدنية للعقار "l'état civil de l'immeuble".

² د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 55.

³ د/ إدوار عيد (الأنظمة العقارية - التحديد و التحرير) ص 14

⁴ راجع كل من : د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 55

د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 57

مدحت محمد الحسيني (المرجع السابق) ص 12

⁵ ما يعزز هذه الميزة في القانون الجزائري هو اشتراط المشرع ضرورة تقديم السندات المطلوب شهرها في الشكل الرسمي بما معناه أن كل سند يتضمن تصرفا من التصرفات أو واقعة أو حكما ينشئ أو يقرر أو ينقل أو يتناول بالتعديل أو التغيير أو الفسخ أو البطلان أو الإبطال أي حق عقاري يجب أن يفرغ في الشكل الرسمي بحيث يحرر هذا السند بعناية موثق أو ضابط عمومي أو موظف عام حسب الحالات. و بالطبع فإن الموثق خاصة لما يتلقى في مكتبه طلبا بتوثيق عقد ما فإنه يطلب من المتصرف تقديم سند الملكية أو سند الحق في نسخته الأصلية التي يتأكد من صحتها و خضوعها مسبقا للشهر. الأمر الذي يفرض رقابة إضافية و يمنع من تعارض السندات و ذلك بتجريد صاحب القيد السابق من سنده الأصلي مقابل تمكين الطرف الثاني من سند جديد بعد شهره لدى المحافظة العقارية المختصة التي تمارس قبل قبول الشهر رقابة أخرى تطال الجوانب الشكلية و الموضوعية للتصرف بما فيها السند السابق. لأكثر تفصيل في هذه المسألة راجع ما سيأتي بيانه عند التعرض لمبادئ نظام الشهر في الجزائر في الفصل الموالي .

يقوم بإتلاف السند السابق وتسليم سند جديد إلى المالك الجديد و بالوضعية الجديدة للعقار¹.

و من مميزات نظام السجل العيني أيضا، أنه نظام لا يعرف في تطبيقه حالات تشابه الأسماء التي يتميز بها نظام الشهر الشخصي، ذلك أن أساس الشهر في نظام السجل العيني هو الوحدة العقارية و ليس الأشخاص فعلمية الشهر تتم على أساس العقار محل التصرف المطلوب شهره و يسجل التصرف على هذا الأساس و كل بحث في السجل يتم أيضا على أساس العقار و ليس على أساس الأشخاص، بينما يكون الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي على أساس الأشخاص أطراف التصرف، و تسجل التصرفات بالترتيب الأبجدي للأشخاص، و كل بحث يتم على أساس أسماء الأشخاص أيضا، الأمر يجعل الذي نتائج البحث لا تعكس الحقيقة إذا كان اسم الشخص المطلوب البحث على أساسه اسم شائع و يحمله أشخاص آخرون و لهذا فإن الفقهاء أعابوا على نظام الشهر الشخصي جملة من المساوئ من بينها عدم صحة البيانات المطلوبة بسبب تشابه الأسماء².

فالشهر إذا تم على أساس الوحدة العقارية بصفة أصلية، يجنب الوقوع في الخلط و اللبس، ذلك أنه على خلاف أسماء الأشخاص فإن العقارات لا تتشابه، لأن لكل عقار موقعه و حدوده و مساحته و تكوينه و تصنيفه خاصة إذا تم مسحه و تحديده مسبقا عن طريق أعمال المسح التي تعتبر تمهيدا ضروريا لتطبيق نظام السجل العيني.

4 - الحد من المنازعات العقارية

إن إدخال الشهر العيني إلى أي بلد يستدعي ضبط مواقع و مساحة و حدود كل العقارات بمختلف أصنافها و هو ما يتم عن طريق أعمال المسح العام cadastre

¹ تنص م/ 46 من المرسوم 63/76 على أنه : " يسلم الدفتر إلى المالك الذي حقه قائم بمناسبة إنشاء بطاقة عقارية مطابقة و كل نقل لحق الملكية عندما لا يكون سببا في إنشاء بطاقات جديدة يؤدي إلى ضبط الدفتر العقاري الذي أودعه المالك القديم و تسليمه إلى المالك الجديد . " و تنص المادة 49 من نفس المرسوم على أنه " عندما يعد المحافظ دفترا جديدا فإنه يعمل على إتلاف الدفتر السابق و يشير إلى هذا الإتلاف على البطاقة للمطابقة . "

² القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 15.

général ، و بالطبع فإن ضبط بيانات العقارات بهذه الصفة و تسليم سندات التحديد و تسجيلها في مكاتب الشهر ، يؤدي إلى رفع الغموض حول مساحة و حدود و موقع العقارات الأمر الذي يحد من المنازعة فيها لأنه و في غالب الأحوال ، يكون سبب التعدي المتبادل بين الملاك المتجاورين راجع إلى عدم ضبط مساحة العقارات المتجاورة و عدم وضوح معالم الحدود بينها ، و هذا كله يغني القضاء عن التصدي في كل مرة لدعاوى الحدود و التعدي و التعرض التي تشكل أكبر نسبة من القضايا التي تطرح على الأقسام العقارية و المحاكم.

5 - تأمين الملاك و أصحاب الحقوق المشهورة من خطر التقادم المكسب

يقوم نظام الشهر العيني على مبدأ حظر التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية¹ ، و ذلك للمبررات التي سبق شرحها² ، إذ يعتبره الفقهاء من المزايا التي يتميز بها نظام السجل العيني عن نظام الشهر الشخصي على أساس ما يوفره هذا المبدأ من حماية للملاك . هذا و تنص قوانين الدول التي تأخذ بهذا النظام على عدم جواز الاحتجاج تجاه المالك الذي يحوز سندا مشهرا بملكيته بالتقادم المكسب مهما طالت مدة حيازة الغير للعقار المملوك و سواء أحسنت نية الحائز أم ساءت ، وهو ما يفهم ضمنا من المادة الأولى من المرسوم 352/83 المتضمن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعراف بالملكية³ الذي سبقت الإشارة إليه . غير أننا نرى خلاف ذلك و ندعو إلى الإبقاء على إمكان الكسب بالتقادم حتى في ظل هذا النظام⁴ .

¹ د/ إدوار عيد (المرجع السابق) ص 14

² راجع ما سبق بيانه ص 125

³ أصدرت المحكمة العليا بعد صدور مرسوم 352/83 قرارات تجيز فيها تملك العقار المشهر بالحيازة و التقادم المكسب مثل قرارها رقم 104967 المؤرخ في 1993/11/10 المنشور في المجلة القضائية عدد 1 لسنة 1994 ص 43 لكنها سرعان ما عدلت عن رأيها حين أصدرت قرارا بتاريخ 1998/03/09 رقم 129947 المنشور في مجلة الموثق العدد 6 بتاريخ أبريل 1999 مع تعليق الأستاذ عمر زودة و قد جاء في القرار المذكور " لا يخضع العقار المملوك بسند رسمي و مشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب ... "

⁴ إن ميزة حظر التقادم المكسب في نظام الشهر العيني يمكن أن تتحول إلى عيب إذا نظرنا إليها من زاوية المصلحة الاقتصادية و الوظيفة التي تؤديها الملكية العقارية في الحياة الاقتصادية، ذلك أن إقرار التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية يحقق هدفا اقتصاديا يتمثل في حث الملاك على استغلال عقاراتهم خاصة الأراضي الفلاحية و عدم تعطيلها و إهمالها و ذلك بتهددهم بخطر مزاحمة الحائز المستغل للأرض إذا توفرت في حيازته بعض الشروط المنصوص عنها قانونا، بحيث تمكن القوانين هذا الحائز من تملك الأرض بعد استمرار حيازته لها مدة معينة لقاء جهده في استثمارها و استغلالها بشكل يعود بالنفع على عامة المجتمع، بينما في حظر التقادم في نظام الشهر العيني تعطيل للثروة العقارية و تشجيع للملاك على إهمال أملاكهم . و لهذا فلا نرى حاجة للإبقاء على النصوص التي تمنع كسب الملكية العقارية بالتقادم بهذا الشكل .

و ما يدعم اقتراحنا هذا هو أن إقرار التملك بالتقادم لا يمس بمصادقية السجلات العينية و لا يفقدها الدقة التي تتميز بها خاصة إذا تقرر أن واقعة الاكتساب بالتقادم لا يكون لها أثر إلا من يوم شهر سند الاكتساب مثلما هو الحال في القانون الجزائري حيث يتم ذلك عن طريق عقد توثيقي يدعى عقد الشهرة *acte de notoriété* يخضع وجوبا للإشهار، إذ بهذا الشرط لا يبقى احتمال لتضارب سند الحائز المتملك بالتقادم مع سند المالك الأصلي لأن هذا الأخير يزول و يتلف و يصبح بدون أثر من يوم شهر عقد الشهرة¹.

6 - تسهيل الجباية العقارية و تشجيع الاستثمار في المجال العقاري

إن الضريبة العقارية مصدر من مصادر الجباية التي تسهم بشكل كبير في الخزينة العامة للدولة، و فرض الضريبة على كل العقارات بما يناسب موقعها و مواصفاتها و مساحتها لا يكون ممكنا إلا إذا كان هنالك مخطط دقيق لكل العقارات يبين بدقة مواقعها و مواصفاتها و مساحتها و هذا الوضع يحتاج إلى جرد عام و شامل للعقارات و ترقيمها و ترتيبها دقيقا لها على أساس الوحدة العقارية² و هذا ما يوفره نظام الشهر العيني . و فضلا عن ذلك فإن تحديد العقارات بدقة يشجع البنوك و المؤسسات المالية على الإستثمار العقاري و منح القروض بما يوفره هذا التحديد من ضمانات عينية الأمر الذي يسهم في تطوير التجارة العقارية و زيادة الدخل القومي للبلاد³.

و الملاحظ في هذا الشأن أن هذه الميزة ليست قاصرة على الدول التي تتبع نظام الشهر العيني وحدها، فمثلا فرنسا كدولة تطبق نظام الشهر الشخصي لم يفتها - تسهيلات للجباية العقارية - أن تقوم بمسح عام للعقارات في سبيل خلق نظام شهر قريب من نظام الشهر العيني كما سبق الإشارة إليه عند الحديث عن نظام الشهر السائد في فرنسا⁴.

¹ إستحدثت المشرع الجزائري طريقة عملية لكسب الملكية العقارية من طرف الحائزين بدل عقد الشهرة ألا و هي التحقيق العقاري المنصوص عنه بالقانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري المنشور في الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 28 فيفري 2007 .
² عبد الحميد المنشاوي (ضريبة العقارات المبنية و طرق تحصيلها في ضوء قانون الضريبة الموحدة) منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة الأولى بدون سنة ص 17 و المستشار معوض عبد التواب (السجل العيني علما و عملا) ص 35
³ عمر صدوق (شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري) رسالة ماجستير - جامعة الجزائر 1982 ص 48
⁴ راجع ما سبق ص 58 و ما يليها

ثانيا : عيوب نظام السجل العيني

بالرغم من المحاسن و المزايا التي يتميز بها نظام السجل العيني، إلا أن ذلك لم يمنع من إحصاء الفقهاء و العاملين على تطبيق هذا النظام في الميدان لمجموعة من المساوئ و العيوب التي منها ما يتعلق بإجراءات تطبيقه و منها ما يتصل مباشرة بالحقوق التي قد تتعرض للخطر بسبب تطبيق مبادئه، و بعض هذه العيوب إنما حاول إبرازها أولئك الذين يدافعون عن نظام الشهر الشخصي في محاولة و سعي للتقليل من شأن نظام الشهر العيني.

و تتمثل العيوب التي عاينها هؤلاء في كثرة النفقات التي يتطلبها تطبيق نظام الشهر العيني خاصة نفقات المسح و التحديد ، و كذا تعريض حقوق الملاك الحقيقيين للخطر و الذي يصل إلى حد فقدانها بسبب مبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل و التي تؤدي إلى تطهير التصرفات العقارية من العيوب بمجرد شهرها بحيث يمكن للمالك أن يفقد ملكه دون أن يتمكن من الطعن في التصرف الذي كان سببا في فقدته كما رأينا سابقا.

كما أعاب فريق من الفقهاء¹، على نظام الشهر العيني كونه يؤدي إلى تفتيت الملكية العقارية عبر تخصيص صحيفة أو بطاقة عقارية لكل عقار بمناسبة كل تقسيم أو تجزئة بحيث يصبح لكل قطعة هوية مستقلة مهما صغر حجمها . و أضاف آخرون لجملة الانتقادات الموجهة لنظام الشهر العيني، أنه نظام لا يمكن تطبيقه في البلدان التي قطعت شوطا طويلا في تطبيق أنظمة أخرى أو تخضع الملكية العقارية فيها إلى عادات و تقاليد قديمة و راسية.

1 - كثرة النفقات اللازمة لتطبيق نظام الشهر العيني

بالفعل فإن تطبيق نظام الشهر العيني في أي دولة يستدعي أولا التمهيد له بأعمال المسح أو التحديد، و هي عملية تقنية تهدف إلى وضع قاعدة معلومات دقيقة

¹ راجع د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 101 ، 326 ، 466 و ما بعدها.

عن كل عقار من حيث موقعه و حدوده و مساحته و الملاك الذين تعاقبوا عليه و الحقوق و الأعباء التي تنقله و أخذ صور طبوغرافية عن كل عقار، و هذا يتطلب تجنيد جيش من الموظفين المتخصصين في الميدان و لا يكفي أن يباشروا أعمالهم في مكاتبهم و إنما بالنزول إلى الميدان و التحقيق بشأن كل عقار ، كما يتطلب الأمر أيضا أخذ صور من الأرض و السماء و حتى الفضاء و هذا يستدعي رصد معدات و آلات تقنية مكلفة كالمطائرات و الأقمار الصناعية ، و هذه المعدات ليس في وسع كل الدول توفيرها¹ ، و لهذا فإن الكثير من الدول لازالت لحد الآن لم تتمكن من تعميم تطبيق نظام الشهر العيني على كل أراضيها بالرغم من مرور عقود على إقرار العمل بهذا النظام² ، و لنفس السبب فضلت دول أخرى العمل بنظام الشهر الإختياري³ .

2 - تعريض حقوق الملاك الحقيقيين للخطر⁴

إن تطبيق مبدأ القوة المطلقة للقيود الذي يميز نظام السجل العيني يعني أن كل ما هو مقيد في السجل العيني من حقوق و تصرفات إنما يمثل الحقيقة التي لا يجوز فيها الطعن بأي طريقة و تحت أي مبرر أو حجة بحيث أن الشهر يجعل التصرفات في مأمن من احتمال البطلان أو الإبطال بحجة العمل على استقرار الملكية العقارية وفق البيانات المدونة في السجلات حتى و لو كانت هذه البيانات ناتجة عن تصرفات مشبوهة أو باطلة أو معيبة . و هذه الفكرة بقدر ما تخدم مصلحة المتعاملين و أطراف التصرفات

¹ أنظر في هذا الشأن كل من :

د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 326

معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 68

جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 36

مجيد خلفوني (نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري) دار هومة 2007 ص 21

السيد عبد الوهاب عرفة (المرجع السابق) ص 15

² مثلما هو الشأن بالنسبة للجزائر، إذ تقرر العمل صراحة بنظام الشهر العيني بموجب الأمر 75/74 المؤرخ في عام 1974، إلا أننا لازلنا نعيش لحد اليوم مرحلة الانتقال في الكثير من المناطق إذ تشير الإحصائيات إلى أن أعمال المسح لازالت متأخرة.

³ نظام الشهر الإختياري هو نظام يترك فيه للملاك حرية الخضوع لنظام السجل العيني و بالتالي دفع نفقات مسح و جرد عقاراتهم مقابل توفير الحماية لهم عن طريق مبادئ النظام الذي اختاروه أو البقاء خاضعين لنظام الشهر الشخصي و بالتالي عدم مسح و جرد عقاراتهم . و مثل هذا النظام طبقته أستراليا . و هو نظام منتقد من جانب الكثير من الفقهاء . راجع في تفصيل ذلك د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 328 و ما يليها .

⁴ لقد سبق لنا أن سجلنا هذه الملاحظة أثناء الحديث عن مبدأ القوة المطلقة للقيود الذي يتميز به نظام الشهر العيني . راجع ما

فإنها تضحى بحقوق المالك الحقيقي و أصحاب الحقوق المتصرف فيها على وجه معيب و مضر بمصالحهم¹ .

3 - تفتيت الملكية العقارية

إن تخصيص بطاقة عقارية أو عدة بطاقات لكل وحدة عقارية أمر صعب التطبيق في البلدان التي تتجزأ فيها الملكية إلى أجزاء كثيرة خاصة عن طريق الميراث الذي تترتب عنه قسمة العقارات الموروثة بين الورثة الذين قد يكثر عددهم حيث يصبح كل وارث يملك قطعة صغيرة من العقار و يحوز سندا يثبت ملكيته لها و يعطي لتلك القطعة مركزا قانونيا مستقلا عن باقي أجزاء العقار محل القسمة ، الأمر الذي يؤدي في الأخير إلى تفتيت الملكية العقارية و ينتهي إلى عرقلة استغلال العقارات.²

و الحقيقة أن هذه النتيجة ليست قاصرة على نظام الشهر العيني وحده ، إذ قد يحدث هذا التفتيت و تلك التجزئة الضارة حتى في ظل تطبيق نظام الشهر الشخصي حيث لا يوجد ما يمنع مثل هذا التقسيم ، و لكن تحرص بعض التشريعات بصرف النظر عن النظام الذي تطبقه على تقادي هذا التفتيت عبر النص على تحديد حد أدنى للمساحة يمكن اعتباره وحدة عقارية بحيث لا يكون من الجائز النزول تحت هذا الحد كمساحة للوحدة العقارية الواحدة كما هو الحال في القانون الجزائري الذي يفرق في تحديد هذا الحد الأدنى للمساحة بين العقارات الحضرية المخصصة للبناء و بين العقارات الريفية أو الفلاحية التي تخصص للإنتاج و الاستغلال و الاستثمار الفلاحي .

4 - صعوبة تطبيقه في الدول العريقة

و يقصد من ذلك أن نظام السجل العيني لا يصلح إلا للبلاد الحديثة التي لا تزال في دور التكوين حيث لا يوجد بها أي تنظيم عام للملكية العقارية، أو بها بعض عادات

¹ لهذا فإن بعض القوانين تعاملت مع هذا المبدأ بحذر و تركت باب الطعن في التصرفات المشهورة مفتوحا على الرغم من تطبيق نظام الشهر العيني و لعل المشرع الجزائري قد استشعر ذلك عبر نص المادة 85 و المادة 86 من المرسوم التنفيذي 63/76 التي يفهم منهما أنه من الجائز الطعن في كل التصرفات المشهورة بشرط أن تخضع عريضة دعوى الطعن للشهر كذلك.

² جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 37

متفرقة لم تترسخ بعد . أما في البلاد القديمة التي ارتبط سكانها بشدة بالأنظمة و المبادئ و الأعراف التي تنظم الملكية العقارية بشكل مغاير لمبادئ نظام السجل العيني ، فإنه يكون من العسير الانتقال إلى تطبيق النظام الجديد، إذ سرعان ما يصطدم ذلك الانتقال بعوائق و عراقيل كثيرة راجعة أساسا إلى رسوخ هذه الأنظمة و الأعراف بشكل يصعب معه التخلص منها بمجرد إرادة تشريعية¹ .

و دليلا على صواب و وجهة هذا النقد فإن دولا عديدة لم تتمكن من تطبيق نظام الشهر العيني رغم وجود الإرادة التشريعية فيها و رغم اعترافها بقصور النظام الذي تطبقه مقارنة مع نظام الشهر العيني كما هو الحال بالنسبة لفرنسا ، و ذلك راجع إلى شيوع و ترسخ قواعد نظام الشهر الشخصي المتعلقة بالملكية العقارية إرثا قانونيا و فكريا و حضاريا يستحيل تركه و التخلي عنه². و لذلك فإن المشرع الفرنسي يحاول من حين لآخر إدخال بعض القواعد الجديدة على نظام الشهر السائد و المستمدة في الحقيقة من مبادئ نظام الشهر العيني في محاولة للانتقال السلس و لو كلف ذلك عشرات السنين³.

أما في الجزائر فإن الوضع ليس بالحدة التي يتميز بها الحال في فرنسا لكنه أيضا ليس بالسهولة التي تم فيها إقرار النظام في أستراليا إذ هنالك موروث قانوني و عرفي مشكل من أوضاع تشريعية و عرفية بعضها يرجع إلى الاستعمار الفرنسي الذي خلف نظاما قريبا من نظام الشهر الشخصي المطبق في فرنسا آنذاك و الذي ما تزال ملامحه بادية حتى اليوم ، و بعضها عائد إلى مجموعة الأعراف المستمدة من النظام العثماني الذي كان سائدا قبل الاستعمار مثل المفهوم الراسخ للملكية العرشية و الاستغلال الجماعي للأراضي الفلاحية⁴.

¹ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص55.

² خلافا لفرنسا فإن أستراليا لم تجد أي صعوبة في تطبيق نظام السجل العيني على أراضيها و لم يكلفها ذلك سوى نقاش غير طويل في برلمان إحدى مقاطعاتها، ليتم إقرار أول قانون سنة 1858 ، ثم سرعان ما عمم تطبيق هذا النظام على كامل الإقليم الأسترالي و ذلك راجع لحدائثة هذه الدولة و عدم ارتباط أهلها بنظام سابق للملكية العقارية عموما و للشهر العقاري بوجه خاص.

³ راجع Stéphane piedelievre op-cit p34 . 35

⁴ أنظر ما سيأتي تفصيله عند التعرض لنظام الشهر الجزائري في الفصل التالي.

تلك هي أهم العيوب التي نعت بها بعض الفقهاء نظام الشهر العيني، غير أن الحقيقة هو أن نظام الشهر العيني بعيوبه تلك هو أفضل من نظام الشهر الشخصي ، أما ما وجه له من نقد فقد رد عليه الفقهاء و بينوا عدم سداده و قللوا من شأنه ، حيث تعالت الأصوات دفاعا عن نظام الشهر العيني ضد النقد الموجه له¹ .

ففيما يتعلق بعيب ضياع حقوق الملاك الحقيقيين رد مؤيدو نظام الشهر العيني بأن مبدأ الشرعية الذي يتميز به و ما يستلزمه من مراجعة دقيقة سابقة لإجراء القيد يجعل من النادر وجود حالات يتم فيها القيد استنادا إلى تصرف باطل أو معيب و النادر لا حكم له ، و أنه حتى في تلك الحالات النادرة فإن التضحية بحقوق الملاك الحقيقيين تكون لصالح المجتمع تمهيدا لخلق استقرار في الملكية العقارية ، و من ثم حث الملاك على استغلال الأرض ، و كل ذلك يعود بالفائدة على المجتمع . و يعبر الفقهاء في هذا الشأن عن الوضع بأنه إذا كانت القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينقل لغيره حقوقا أكثر مما يملك هي قاعدة عادلة بالنسبة للمالك الحقيقي، فإن مبدأ قوة الثبوت المطلقة أكثر عدالة لصالح المجتمع ، كما أن حق المالك الحقيقي يظل قائما في التعويض عما أصابه من ضرر.

أما فيما يتعلق بكثرة نفقات تطبيق نظام السجل العيني، فإن البعض يرى أن العكس هو الصحيح ، ذلك أن أعمال المسح و التحديد لا غنى عنها في كلا النظامين و لكن في نظام السجل العيني لا تتم عملية المسح إلا مرة واحدة كعملية تمهيدية لتطبيق النظام، أما في ظل نظام الشهر الشخصي فإن توالي التصرفات التي يتم شهرها في أماكن مختلفة من السجلات الشخصية تجعل المسح القديم لا يتلاءم مع الوضع الجديد مما يقتضى إجراء عملية مسح جديدة بين الحين و الآخر، و ربما يقتضي الأمر إجراء عملية المسح لكل عقار بمناسبة كل تصرف ، و على هذا النحو تزداد التكاليف . هذا من ناحية و من ناحية أخرى، فإن عدم وجود مسح عام و حديث لم يقف حائلا دون تطبيق نظام السجل العيني في بعض الدول مثل تونس و إسبانيا و الكونغو، حيث

¹ أنظر في تفصيل الرد على منتقدي نظام الشهر العيني د / إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 56 و ما بعدها

أدت الخرائط و الرسوم المساحية التي كانت ترفق ضمن الوثائق المقدمة من أجل قيد التصرفات تدريجيا إلى الحصول على مسح حديث و كامل . أما بخصوص تفتيت الملكية ، فقد رد عليه مؤيدو نظام الشهر العيني بإمكانية مجابهة المشكلة إما بوضع حد أدنى لمساحة الوحدة العقارية و إما بإعطائها نطاقا واسعا يشمل كل قطعة أو مجموعة قطع متجاورة تابعة لنفس المالك و إما باعتماد صحائف شخصية إلى جانب الصحيفة أو البطاقة العينية، بحيث يكون لكل عقار بطاقة عينية و في حالة التجزئة إلى قطع صغيرة تفتح صحائف شخصية تلحق بالصحيفة العينية تبين الملاك الجدد و هذا ما هو متبع في ألمانيا و الأزراس و اللورين .

و أما القول بأن نظام السجل العيني لا يصلح إلا للبلاد ذات التكوين الحديث فهو قول مردود حسب بعض الفقهاء، ذلك أن غالبية الدول قديمها و حديثها قد أخذت بنظام السجل العيني و لم يترتب على ارتباطها بنظمها القديمة استحالة تطبيق النظام الجديد مثل ألمانيا و اسبانيا و تونس و غيرها.

الفصل الثاني

نظام الشهر العقاري في الجزائر

يقوم نظام الشهر العقاري الراهن في الجزائر على أسس و مبادئ تشكلت تدريجيا من خلال تعاقب صدور النصوص القانونية و التنظيمية في هذا المجال منذ الأيام الأولى للاستقلال و حتى آخر مستجدات التشريع العقاري الذي صار أحد أكثر الميادين عرضة للتقنين في السنوات الأخيرة¹.

لكن قبل ذلك لم تكن فكرة الشهر العقاري واضحة المعالم ، إذ أن النصوص المنظمة لإدارة الشهر و المتضمنة الأحكام التفصيلية الخاصة بشروط و إجراءات و آثار الشهر العقاري لم تصدر إلا خلال سنة 1976 من خلال المرسومين التنفيذيين 62/76 و 63/76 المتعلقين على التوالي بإعداد مسح الأراضي العام بتأسيس السجل العقاري² ، مما يدعو للتساؤل عن واقع الحال قبل صدور هذه النصوص.

في الواقع إن الجزائر التي عاشت تحت سلطة الاستعمار الفرنسي لأكثر من قرن و ربع القرن من الزمن ، كانت خاضعة طيلة هذه الفترة للقوانين الفرنسية من

¹ لقد توالى النصوص القانونية المنظمة للشهر العقاري في العشرية الثانية بعد الاستقلال بشكل لافت ينم عن رغبة الدولة في إرساء نظام شهر متكامل ، فكان أولا الأمر 75/74 الصادر في 1975/11/12 الذي دخل حيز التنفيذ في سنة 1976 المتضمن المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، ليليه فيما بعد المرسومان التنفيذيان 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بالمسح العام المعدل و المتمم و 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المعدل و المتمم في سنة 1980 بالمرسوم التنفيذي رقم 210/80 المؤرخ في 1980/05/13 ثم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19. و قبل هذه النصوص كان القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 قد تناول مسألة الشهر العقاري كشرط ضروري لنقل الملكية و الحقوق العينية العقارية الأخرى بموجب نص المادة 793 منه .

² المرسوم رقم 62/76 مؤرخ في 1976/03/25 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية . العدد 30 المؤرخة في 1976/04/13 أما المرسوم رقم 63/76 فقد صدر بنفس التاريخ أي 1976/03/25 و يتعلق بتأسيس السجل العقاري و هو منشور أيضا بنفس الجريدة الرسمية عددا و تاريخا و كلاهما جاء تنفيذا للمرسوم رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الصادر بتاريخ 1975/11/12 و المنشور في الجريدة الرسمية عدد 92 سنة 1975 .

الناحية الرسمية¹ ، و لم يكن ميدان الملكية العقارية و الشهر العقاري بمنىء عن هذا الخضوع، غير أن ما لا ينكره حتى هذا الاستعمار هو صعوبة إخضاع كل المناطق و كل أنواع الأراضي لنظام عقاري موحد . بسبب تجذر الأنظمة المستمدة من تقاليد و أعراف العروش و القبائل و النظام الإسلامي الأمر الذي لم يسعف الاستعمار الفرنسي لتوحيد القواعد التي تحكم المعاملات العقارية في مسعاه الذي كان يرمي إلى تكييف الأنظمة القانونية المطبقة في الجزائر في شتى مناحي الحياة مع النظام السائد في الدولة الاستعمارية فرنسا . و لذلك وجد النظام الفرنسي السائد آنذاك نفسه هو المضطر إلى التكيف مع القواعد و التقاليد و الأعراف الموروثة ، فصدرت عدة نصوص قانونية في هذا الاتجاه² .

و قبل ذلك كانت الجزائر قد خضعت للقوانين الإسلامية أثناء الفترة التي ساد فيها حكم سلاطين الدولة العثمانية التي امتد حكمها عبر كل الأقاليم العربية تقريبا ، فكان لهذا الخضوع أثره في رسم معالم النظام العقاري بمختلف محاوره بما فيها نظام التسجيل و الإعلام المعروف اليوم بنظام الحفظ العقاري .

و بالنظر إلى أهمية هذه الأنظمة التي سادت في الجزائر و خضعت لها المعاملات العقارية ، و بالنظر لأثرها البارز في تشكيل النظام العقاري الراهن، فإنه من اللازم قبل التعرض لأحكام النظام المعاصر للشهر العقاري في الجزائر أن نتعرض لمختلف مراحل تطور النظام العقاري في الجزائر بوجه عام و نظام الشهر بوجه خاص و ذلك من خلال المبحث الأول في حين أتناول في المبحث الثاني من هذا الفصل تنظيم عملية الشهر في القانون الجزائري المعاصر ، أما المبحث الأخير فأخصه للتعرض لقواعد تنفيذ إجراءات الشهر و سلطة المحافظ العقاري .

¹ أنظر الأستاذ محمد بوركي (التوثيق و الإشهار العقاري) الجزء الأول – مقال منشور في مجلة الموثق الدورية التي تصدرها الغرفة الوطنية للموثقين عدد 5 سنة 1998 ص 31 و ما بعدها . و في نفس السياق انظر الأستاذ الأخضر العقون (الملكية العقارية في التشريع الجزائري) محاضرة أقيمت أثناء اشغال الملتقى الجهوي لقضاة الشرق الجزائري – نشرتها مديرية الوثائق التابعة لوزارة العدل سنة 1980 ص 70 و ما يليها .

المبحث الأول

التطور التاريخي للنظام العقاري في الجزائر

إن أثر الأنظمة السابقة التي خضعت لها المعاملات العقارية في الفترات الزمنية المتعاقبة التي حكمت الجزائر على النظام العقاري الراهن تستدعي دراستها من خلال بيان أسس و قواعد كل نظام من هذه الأنظمة، و الأمر هنا يجب ألا يتوقف عند حدود تلك النصوص القانونية الصادرة أثناء خضوع الجزائر للاستعمار الفرنسي، بل إن الإحاطة بكل جوانب النظام العقاري الراهن في الجزائر و كل مسعى لإصلاحه يستدعي أولاً فهم أسس هذا النظام و إرجاعها إلى أصولها الأولى تاريخياً و هذا بدوره يتطلب بدون شك توسيع نطاق البحث التاريخي إلى ما قبل الحقبة الاستعمارية خاصة في الفترة التي خضعت فيها الجزائر للحكم العثماني، و ذلك دون إغفال أثر التقاليد و الأعراف المحلية للعروش و القبائل التي أثبتت تجذرها من خلال مزامنتها لكل الأنظمة التي حكمت الجزائر دون أن تتمكن هذه الأنظمة من محو آثارها في الحياة العامة.

المطلب الأول : النظام العقاري في الجزائر قبل الاستعمار الفرنسي

قبل احتلال فرنسا للجزائر عام 1830 كانت الإمبراطورية العثمانية التركية قد بسطت نفوذها على أغلب الأقاليم العربية و منها الجزائر، غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن الخضوع السياسي للسلطة العثمانية لم يكن له التأثير العام على النظام العقاري المطبق في كل المناطق بحيث أن السلطة الإدارية المركزية التي كان مقرها مدينة الجزائر آنذاك لم تتمكن من بسط نفوذها على كافة الإقليم ، إذ انحصرت في الشريط الساحلي و بعض المدن الداخلية ، بينما تمتعت غالبية الأقاليم الداخلية بالاستقلالية في إطار الحكم القبلي المبني على التقاليد و الأعراف¹.

¹ اسماعين شامة (النظام القانوني للتوجيه العقاري) دار هومة - الجزائر 2003 ص 09.

و بسبب هذا النظام المزدوج الذي ساد أثناء الوجود العثماني فإن الملكية العقارية وما يتعلق بها من أحكام تداول العقارات و اكتسابها و استغلالها و توارثها لم تكن خاضعة لنظام قانوني موحد بالرغم من مساعي السلطة آنذاك لتوحيد الأحكام ، حيث شهدت المناطق الساحلية و بعض المدن الداخلية تطبيق القوانين العثمانية ، في حين بقيت المناطق الداخلية الأخرى و الصحراوية خاضعة إما للنظام الإسلامي و إما للأعراف و التقاليد القبلية و العرشية .

الفرع الأول : الأراضي الخاضعة للنظام الإسلامي و العادات و التقاليد القبلية

شكل النظام الإسلامي المطبق عقب الفتوحات الإسلامية لبلاد المغرب العربي و من بينها الجزائر الأساس و المصدر التاريخي للقواعد التي حكمت الملكية العقارية فيما بعد ، و قد نشأت الملكية العقارية في بادئ الأمر في ظل القانون الإسلامي في شكل جماعي، إذ كانت أغلبية الأراضي ملكا للعائلة أو القبيلة قبل أن تتطور بتطور الفكر الديني نحو إقرار الملكية الفردية¹.

فساد في الجزائر في بداية العصر الإسلامي هذا النموذج من الملكية الجماعية في شكل يشبه المشاعية الفلاحية البدائية ، بحيث تتقاسم العائلة أو القبيلة في كل موسم فلاحي قطع الأراضي على سبيل الانتفاع و الاستغلال و ليس على سبيل التملك . و كان ذلك تحت تأثير بعض الآراء الفقهية التي تنكر الملكية الفردية في الشريعة الإسلامية استنادا إلى بعض آيات القرآن الكريم خصوصا منها تلك التي تذكر أن الله تعالى هو مالك كل شيء و أن وجود الإنسان على الأرض ما هو إلا وجود محدود في الزمان و المكان و أن الله خلق الأرض لينتفع بها الإنسان فقط ، و لكن سرعان ما ظهر أن هذه الآراء و الأفكار كانت آراء سطحية و غير مؤسسة أمام ما يناقضها من آيات و أحاديث و واقع² .

¹ Mohand Tahar Alloum op-cit page 15

² Amar Aloui (propriété et régime foncier en Algérie) Ed Houma Alger 3^{ème} ed 2006 page 25

و قد كان لنظام التكافل الاجتماعي في الاسلام أثرا إضافيا في تشكيل القواعد التي نظمت الملكية العقارية و التعامل فيها ، و عملا بهذه القواعد كانت الأراضي ا مقسمة إلى نوعين هما الأراضي الموات أو الميتة "terres mortes" و الأراضي الحية أو الخصبة "terres vivantes" و كلاهما كان مقسما إلى أراض العشور "Terre de dime" و أراضي الخراج "terres Kharaj" و إلى جانب هذه الأصناف وجدت أيضا أراضي الوقف أو الحبوس "Terre habous ou wakf"¹ .

هذا و يلاحظ أنه و حتى أثناء سيادة القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية خلال الفترة السابقة للوجود العثماني أو أثناء الوجود العثماني، فإن التقاليد و الأعراف القبلية ظلت مطبقة في بعض المناطق ، و لازالت إلى اليوم الكثير من الأفكار المستمدة من تلك التقاليد و الأعراف مسيطرة على الأذهان لدى بعض القبائل و العروش و حتى الأفراد الذين لا يتقبلون فكرة ملكية الدولة للأراضي العرشية.

أولا : تصنيف الأراضي في الجزائر وفق أحكام الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي
طبعا لما جاء في مؤلفات فقهاء المذهب الحنفي و المذهب المالكي السائدين في الجزائر آنذاك، فإن الملكية العقارية كانت مقسمة إلى ثلاثة أصناف و كان كل صنف يخضع لأحكام خاصة تميزه عن باقي الأصناف . و تتمثل هذه الأصناف في أراضي الخراج² و أراضي الملك³ و أراضي الوقف⁴.

¹ Mohand Tahar Alloum op-cit page 17

² بعد الفتوحات الإسلامية لبلاد المغرب و منها الجزائر احتفظ الأهالي ممن اعتنق الإسلام بملكية أراضيهم ، أما أولئك الذين لم يثبت إسلامهم، فإنهم خضعوا لدفع ضريبة على أملاكهم العقارية تسمى الخراج و نسبة لهذه الضريبة كانت أراضيهم تسمى الخراج، و قد اعتبر بعض الفقهاء و منهم الماوردي (974-1056) الخراج بمثابة بدل إيجار يدفعه أصحاب هذه الأراضي. أما من حيث نطاق هذه الأراضي، فإن ابن خلدون (1332-1406) أشار إلى أن أغلب أراضي الخراج هي التي كانت بأيدي البربر . و قد زال هذا النوع من الأراضي بعد انتشار الإسلام و اعتناقه من طرف كل السكان و القبائل المختلفة .

³ أراضي الملك مملوكة من طرف أصحابها ملكية خاصة، و أصحابها مسلمون أصلا أو اعتنقوا الإسلام و بدل الخراج فإن ملاكها كانوا يدفعون نوعا من الزكاة تسمى "العشور" و كان لهم مطلق الحرية في التصرف في أملاكهم بثتى أنواع التصرف ، و أغلب هذه الأراضي أصبحت مركزة فيما بعد في المناطق الساحلية و التل .

⁴ إن مصطلح الوقف المعروف في بلاد المشرق و المقابل لمصطلح الحبوس المعروف في بلاد المغرب هو نظام إسلامي للملكية ، و الوقف تصرف مضاف لما بعد الموت يقصد به المالك وقف أو حبس الملك عن التملك بين الأفراد أو الجماعات أو الهيئات و التبرع بمنفعته في وجه من أوجه البر و الإحسان . و قد انتشر هذا النوع من الأراضي أثناء خضوع الجزائر للنظام الإسلامي قبل و أثناء الوجود العثماني، و تخضع الاراضي الوقفية لأحكام خاصة منظمة في الفقه الإسلامي أهمها عدم قابلية الأراضي المحبوسة للتملك و التداول و تقييد استعمالها من حيث النطاق الشخصي و الموضوعي و الزمني بإرادة المالك الموقوف مع جواز تعديل هذه الإرادة قبل وفاة الموقوف أو بعدها من طرف القاضي بقبود .

ثانيا: تصنيف الأراضي وفق الأعراف و التقاليد

كما سبقت الإشارة إليه، فإن أعراف و تقاليد بعض المناطق من الجزائر كان لها دورا بارزا في رسم نظام الملكية العقارية ، و لشدة تجذر هذه الأعراف و التقاليد و ارتباط السكان بها فإنه لا الوجود العثماني و لا الاستعمار الفرنسي استطاعا محو تأثيرها و إلغائها . و المناطق الأكثر خضوعا لهذه الأعراف و التقاليد هي منطقة القبائل¹ و المناطق الصحراوية أو السهبية².

الفرع الثاني : تصنيف الأراضي و العقارات أثناء الوجود العثماني

لقد حاول العثمانيون بدخولهم الجزائر أن يطبقوا على الأراضي الجزائرية النظام نفسه المطبق في تركيا لاسيما نظام الأراضي الميري "Mirri" المماثل لنظام الأراضي العرشية اليوم، فكانت الأراضي العرشية تشكل جزءا هاما من مساحة الأراضي الحية المستغلة ، أما بقية الأراضي فكانت إما أراضي ملك أو وقفية و إما

¹ خضعت الأراضي الواقعة بمنطقة القبائل الكبرى إلى نظام خاص مأخوذ من تقاليد و أعراف المنطقة، و لم يتأثر لا بأحكام الشريعة الإسلامية عقب الفتوحات و لا بالقوانين العثمانية و لا حتى بالقوانين الفرنسية . و أساس قواعد النظام السائد في هذه المناطق هو ما يسمى "قانون"¹ "kanoun" و هو يختلف عن المعنى الكلاسيكي المعروف للقانون بكونه مجموعة أعراف تحكم كل واحدة من قرى منطقة القبائل . و بناء على هذه الأعراف و التقاليد تم تقسيم و تصنيف الأراضي إلى أربعة أصناف هي : أراضي الملك (terres melk) ، و كان لأصحابها مطلق الحرية في التصرف فيها، تماما كما تقره اليوم القوانين الوضعية و الأراضي المشتركة (terres communes)، و هي أراضي مخصصة لتلبية الحاجات الجماعية و الفردية المشتركة لسكان القرية و التي يمكن أيضا استغلالها جماعيا كمرعى للمواشي و الحيوانات و الأراضي البلدية (biens communaux) ، و هي أراض مملوكة من طرف القرية ككيان سياسي و اجتماعي كالأسواق و أراضي الرعي و المطاحن و المقابر و غيرها مما يعرف اليوم بالمرافق العامة و الأراضي المسماة "المشملة" (MechmeIs)، و هي الأراضي المخصصة للخدمات العمومية (assistances publiques) ، و مصدرها هو إما التركات التي لا وارث لها أو الهبات من الخواص .

² إن طبيعة الأراضي في الصحراء و مدى إمكان تملكها ملكية فردية خاصة أو مجرد ملكية جماعية ، إنما يتحكم فيه عامل وفرة الماء ، فالأراضي التي تأخذ نصيبا وافر من المياه و تسقى بشكل منتظم سنويا تسمى أراضي الواحات "oasis" أو الأراضي الحية "terres vivantes" ، و هذه وحدها فقط دون غيرها من الأراضي التي يمكن أن تكون محلا للتملك الخاص في شكل أراضي ملك. أما الأراضي الواقعة في مصب الوديان و القنوات المائية و التي تسقى بشكل غير منتظم بمياه و سيول هذه الوديان في فترات المطر فقط، فإنها تسمى أراضي "الجلف" "Djeifs" و يطلق عليها أيضا اسم "البور أو الدابات" terres bours ou daïat . و هذه لا يمكن أن تكون محلا للملكية الفردية الخاصة، و إنما كانت تستغل في شكل جماعي من طرف جماعة معينة أو قرية أو مجموعة قرى، أما طريقة و زمن استغلالها فيحدها و جبه القرية . و قد اختلف في شأن ما إذا كانت هذه الأراضي هي نفسها الأراضي التي تعرف اليوم بأراضي العرش، ففي حين يرى البعض أنها فعلا هي الأراضي التي سماها العثمانيون و الفرنسيون فيما بعد أراضي العرش، فإن آخرين يفرقون بينها و بين أراضي العرش و يعتبرونها نمطا مستقلا من الملكية الجماعية يختلف عن الملكية العرشية.

راجع في تفصيل هذا : Mohand Tahar Alloum op.cit page 21 et Amar Aloui op.cit page 37

أراضي الواحات و الصحراء التي ظلت خاضعة للأعراف و التقاليد السابقة للوجود العثماني . و عموما فإن أصناف الأراضي أثناء الوجود العثماني كانت تتمثل في أراضي البايلك و أراضي الحبوس و أراضي الملك و أراضي المخزن و أراضي العرش ، و لكل صنف نظام قانوني يحكمه و يحدد طرق اكتسابه و التعامل فيه و انتقاله و طبيعة الضريبة التي تدفع عنه ¹.

أولا : أراضي البايلك

كانت الأراضي المسماة البايلك تمثل أخصب الأراضي على الإطلاق و تقع بالقرب من أكبر الحضائر و كانت بدورها تنقسم إلى أربع أقاليم إدارية هي دار السلطان و تشمل مدينة الجزائر و ما جاورها و بايلك التيطري و عاصمته المدية و كانت تشمل مدن الوسط غير الصحراوية و بايلك الشرق و عاصمته قسنطينة و تشمل مدن الشرق و بايلك الغرب و كانت عاصمته معسكر قبل أن تنتقل إلى وهران بعد جلاء الاحتلال الإسباني عنها.

وكانت كل هذه الأراضي ملكا للدولة و تخضع في إدارتها و تسييرها و التصرف فيها لسلطة الداوي المقيم بالجزائر . و قد تكونت أملاك البايلك هذه من الأراضي غير المملوكة من قبل و من الأراضي المنزوعة من ملاكها السابقين الذي لم يوالوا العثمانيين كالقبايل و من بعض الأراضي الميتة . و كانت الإدارة العثمانية توزع جزءا من أراضي البايلك على بعض الأسر و القبائل الموالية لها كانت تعرف بأرض العزل "Azel".

¹ توجد دراسة إحصائية متوفرة في الأرشيف الوطني تشير إلى أن الأراضي المعدة للزراعة كانت سنة 1830 تقارب ما مساحته 40 مليون هكتار منها 14 مليون هكتار في التل و الساحل و 26 مليون هكتار في الصحراء و مناطق الري شمال الصحراء و كانت موزعة من طرف العثمانيين على الشكل التالي:

أ- 500.000 هكتار أراضي ملك وحبوس أو وقف

ب- 5000.000 هكتار أراضي العرض

ج- 3000.000 هكتار أراضي الواحات التي تملكها أصحابها وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية على أنها أراضي ميتة يملكها من أحيائها.

د- 23.000.000 هكتار أراضي الرعي و الحلفاء و مرردر الماشية و لم تكن ملكا لأحد

هـ- 1.500.000 هكتار أراضي ملك لدولة أما بضعة أموال البايلك أو بضعة مخزن

و- 3000.000 هكتار أراضي الغابات و الأراضي الصخرية

لمزيد من التفصيل راجع : Amar Aloui op.cit page 45

ثانيا : أراضي الملك¹

كانت أراضي الملك تتوزع داخل المدن الكبرى و على أطرافها و في المناطق الجبلية لاسيما القبائل ، و كان استغلالها يتم وفق قواعد الشريعة الإسلامية و الأعراف و التقاليد ، خاصة في منطقة القبائل . كما كانت توجد أراضي الملك الخاص أيضا في منطقة وهران و مستغانم و بعض مناطق تلمسان و قسنطينة و الأوراس ، إضافة إلى الواحات الصحراوية و وادي الشلف .

و يعتبر نظام الملك النظام الأصلي و الطبيعي في الجزائر قبل الوجود العثماني بعكس نظام العرش المفروض بإرادة العثمانيين و لكن بسبب تعاقب الغزاة انحصرت مساحة الأراضي الملك عقب تجريد الملاك الأصليين منها سواء بعد دخول العرب أو العثمانيين² . كما تشكلت بعض أراضي الملك في مناطق أخرى بناء على عقود بيع أو تنازل من البايع أو من الخواص لبعض الأسر الموالية للوجود العثماني³ .

و على الرغم من أن الملكية تخول لصاحبها من الناحية النظرية مطلق الحرية في التمتع و التصرف ، إلا أن حالة الملكية الشائعة المنتشرة بكثرة حالت دون رواج انتشار المعاملات العقارية سواء بالبيع أو الإيجار أو أي صورة أخرى من صور التصرف و التعامل⁴ .

¹ الملاحظ أنه حتى الأراضي الخاضعة لنظام الملك، كانت في أغلبها تشكل ملكية شائعة بين مجموعة من الشركاء أو الورثة و ذلك لندرة إجراء القسمة في تلك الحقبة إذا استثنينا منطقة القبائل التي زال فيها الشيوع بسرعة عملا بالعادات و الأعراف التي لا تشجع على المشاركة و الشيوع في استغلال الأراضي ، مما أدى إلى تقسيم كبير للأراضي حتى جازت إلى أجزاء صغيرة جدا لا تتعدى مساحتها بعض الأرات مقابل انتشار الملكيات الشائعة جدا و التي تزيد أحيانا عن آلاف الهكتارات في المناطق الداخلية.

² لم تتأثر منطقة القبائل كثيرا بهذا الغزو بسبب صعوبة التضاريس الجبلية و تجذر الأعراف فيها ، فظلت خاضعة لنظام الملك حتى في ظل الحكم العثماني و بعد الاستعمار الفرنسي.

³ تختلف هذه التنازلات عن أراضي "العزل" التي تمنح من الإدارة العثمانية للعائلات و القبائل الموالية بعد تجريد أصلا منها و ذلك جزاء لمقاومتهم و معارضتهم و لكنها لا تمنح للموالين إلا على سبيل الانتفاع لا التملك .

⁴ Mohand Tahar Alloum op-cit page 23 .24

Amar Aloui op-cit page 26 et s

ثالثا : أراضي الحبوس أو الوقف

الوقف نظام تنفرد به الشريعة الإسلامية و يعرف في المغرب العربي باسم الحبس¹، و هو تصرف مضاف لما بعد الموت يقوم بموجبه المالك بحبس الملك عن التملك و التصرف و التبرع بمنفعته على جهة من جهات عامة مثل الجوامع و المقابر و الأضرحة و الزوايا و هو الغالب و قد يكون في صورة وقف أهلي أو ذري أو خاص و هو وقف يتبرع فيه المالك بمنفعة ملكه على ذريته . و غالبا ما كان الملاك يقدمون على ذلك لحرمان المستعمر و الحاكم من مصادرة أملاكهم نظرا لما يعطيه الوقف لهذه الأملاك من طابع ديني مقدس، كما يقدم عليه البعض بغرض حرمان الإناث من الميراث.

رابعا - أراضي المخزن²

هذه الأراضي عبارة عن قطع أراضي منحتها السلطة العثمانية للعرب الذين يتجنّدون في صفوف الجيش العثماني و يوالونه، حيث عمد الوجود العثماني إلى مجازاة كل فرد عربي ينضم إلى الجيش بمنحه أرضا و سلاحا و حصانا و كانت مساحة الأرض الممنوحة يتوقف تحديدها حسب عدد أفراد عائلة الجندي و عدد الأفراد الذين يقنعهم بالانضمام و الولاء، أما عن طبيعة الحق الممنوح للجندي فهو حق الانتفاع و ليس الملكية و كان الجندي المستفيد يدفع أتاوة رمزية كانت تسمى "حق الشبير"

هذا و كان الباي ممثل السلطة العثمانية يحتفظ بحق سحب الانتفاع من الجندي في أي لحظة، إذا توفرت الشروط و الحالات المحددة سلفا، و كان حق الانتفاع الممنوح للمستفيد يخول له و لأسرته استغلال الأرض بشكل شخصي و مباشر و لم يكن ذلك الحق يخول لهم سلطة تأجيريه أو بيعه أو التنازل عنه، و أما في حالة وفاة المستفيد فيؤول الانتفاع إلى أولاده الذكور فقط بشرط ولاءهم للسلطة العثمانية.

¹ الحبس هو التسمية التي يطلقها المذهب المالكي المنتشر في بلاد المغرب العربي على ما يعرف في بلدان المشرق بالوقف .

² أنظر في هذا الشأن : Amar Aloui op.cit page 38

Mohand Tahar Alloum op.cit page 24

خامسا : أراضي العرش

يقصد بالعرش في اللهجة الجزائرية المحلية القبيلة و هو عبارة عن مجموعة من العائلات التي لها جذور و أصول مشتركة و التي تقيم في منطقة واحدة في شكل تجمع عشائري، و كانت لكل عرش أثناء الوجود العثماني مساحة شاسعة من الأراضي يستغلونها أبا عن جد في وضع شبيه بالملكية الجماعية، و قد تعامل الوجود العثماني مع هذه الوضعية بتحفظ و حذر بحيث لم يثبت أن الإدارة العثمانية جردت عرشا من أرضه تجريدا جماعيا . و كانت عبارة الأراضي العرشية شائعة في المناطق الوسطى والشرقية الداخلية ، أما في المناطق الغربية فكان يطلق عليها اسم الأراضي "السابقة"¹ .

المطلب الثاني : تنظيم الملكية العقارية أثناء الاستعمار الفرنسي²

لقد تميزت الحقبة الاستعمارية بكثافة النصوص القانونية المتعلقة بالنظام العقاري و تعاقبها في فترات متقاربة، بشكل يعكس بوضوح مدى صعوبة و تعقد الوضعية العقارية التي ورثها الاستعمار الفرنسي من الفترة العثمانية ، و دليلا على ذلك فإن الإدارة الفرنسية لم تفلح من الوهلة الأولى في إخضاع المعاملات العقارية بين الأهالي للقوانين الفرنسية التي لم تكن تعرف كيف تتعامل مع أوضاع شرعية و عرفية غير معروفة في القانون المدني الفرنسي مثل الحبس و أراضي

¹ تتطابق سابقة "sabga" . و يبدو أن معناها الأراضي التي آلت للعرش بالأسبقية في الاستغلال من طرف الأجداد ونظرا لخصوصية هذا النظام فإن النظام العثماني لم يتدخل كثيرا في تنظيم عملية استغلال و تداول هذه الأراضي تاركا الأمر لسلطة التقاليد و الأعراف، و كذلك فعل المشرع الفرنسي أثناء الفترة الاستعمارية ، بحيث تعاملت السلطة الاستعمارية مع هذا النوع من الأراضي بحكمة و كانت العقود التي يحررها الموثقون آنذاك تتضمن تسمية الأرض بأنها عرشية أو سابقة بالرغم من عدم وجود أصل قانوني معترف به لهذا النمط من الملكية.

² راجع في هذا الشأن كل من :

Amar Aloui op.cit page 42 et s

Mohand Tahar Alloum op.cit page 25 et s

سماعين شامة (المرجع السابق) ص 12 و ما يليها

د/ محمودي عبد العزيز (آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري) منشورات بغداددي – الجزائر 2009 ص 12 و ما يليها .

العرش ، كما استعصى على الإدارة الاستعمارية إحصاء أملاك الدولة من أجل إدخالها في أملاك الدولة الفرنسية، بالرغم من صدور أمرين سنة 1830 يقضيان بذلك¹ .

و ما صعبَ أكثر مهمة الإدارة الفرنسية هذه هو اختفاء سجلات إدارة السلطة العثمانية و إتلافها من طرف الموظفين العثمانيين قبل خروجهم و تركهم فراغا يصعب ملأه في ظل ظهور نوع من المضاربة غير المشروعة التي أقدم فيها بعض الأهالي على بيع العقارات و الأراضي الفلاحية للمعمرين الوافدين دون أن يكونوا مالكين لها و دون أن تكون لديهم سندات عنها، الأمر الذي نجم عنه حالة من الفوضى و الفلتان و المنازعات حتى بين المعمرين بسبب تعاقب الأيدي على نفس العقار.

و من أجل التصدي لهذه الوضعية و إخضاعها للأنظمة القانونية و ضبطها توالت النصوص القانونية و السياسات العقارية المختلفة و التي كانت تهدف إلى إدماج أكبر مساحة ممكنة من الأراضي في أملاك الدولة الفرنسية و تجريد الأهالي من أراضيهم² بإغرائهم عبر استخراج سندات ملكية لحملهم على بيعها للمعمرين. و في الجملة ، فإن النصوص التي صدرت في خلال كل مرحلة من مراحل التواجد الفرنسي كانت تعكس عقيدة واحدة و لكن بأساليب مختلفة .

و تتمثل أهم النصوص القانونية التي نظمت الملكية العقارية في الأوامر الصادرة سنة 1844 و 1846 التي تهدف إلى فرنسا الأحكام المطبقة على الأراضي الجزائرية و القانون المؤرخ في 16 جوان 1851 الذي جاء من أجل تجنب عيوب النصوص السابقة ، و قانون سنة 1863 الشهير باسم *senatus consulte* الذي كان له الأثر الأبرز في رسم السياسة العقارية الاستعمارية ، و قانون سنة 1873 المعدل بقانون 1887 الذي أرسى لأول مرة مفهوم الملكية الخاصة و استبدل النظام القانوني المدني بالنظام العسكري و قانونا 16 فيفري 1897 و 4 أوت 1926 المتعلقين بإجراءات التحقيق الجزئي و التطهير العقاري و إصدار السندات و إنشاء نظام الحفظ

¹ هما أمران صادران من السلطات العسكرية الفرنسية بتاريخ 08 سبتمبر 1830.

² أنظر الأستاذ محمد بوركي (المقال السابق) ص 31

العقاري و قانونا 3 جانفي 1959 و 26 مارس 1956 المتعلقين بما أسماه المشرع آنذاك بالعصرنة العقارية و اللذان لم يريا طريق التطبيق في الميدان بسبب اندلاع الحرب التحريرية¹.

الفرع الأول : الأوامر الصادرة في 1844 و 1846 و 1851

إن أهم ما ميز الفترة التي أعقبت الاحتلال سنة 1830 مباشرة هو رواج عمليات المضاربة بالأراضي دون رقابة، حيث قام الأهالي ببيع مساحات شاسعة للمعمرين الأوائل بدون سندات تثبت الملكية، و أعاد هؤلاء المعمرون الأوائل التصرف فيها لمعمرين آخرين بغرض الربح بدون رقابة من أي جهة، حتى صار حديث المضاربة في الأراضي و إعادة بيعها بأثمان مرتفعة بعد شرائها من الأهل بأثمان رخيصة الشغل اليومي لطبقة كبيرة من المعمرين، حتى قال البعض أن طبقة المضاربين كانت تأتي في الدرجة الثانية من حيث النفوذ بعد ضباط الجيش².

و بعد مرور قرابة خمسة عشر عاما من الفوضى قررت السلطة الاستعمارية التدخل لتنظيم المعاملات العقارية و إخضاعها لسلطة القانون و رقابة الدولة فأصدرت من أجل ذلك الأمر المؤرخ في الفاتح من أكتوبر 1844 ثم الأمر المؤرخ في الثاني من شهر جويلية 1846 ، و كان الهدف من هذين النصين تحويل أكبر عدد من الأراضي إلى ملكية خاصة للمعمرين و ضمان حقوقهم عليها. فكان الأمر الصادر في 01 أكتوبر 1844 يهدف إلى تسوية وضعية كل عمليات الشراء التي قام بها المعمرون و التي كانت مشوبة بعيوب تؤدي إلى بطلانها لسبب أو لآخر و ذلك من أجل قطع الطريق على الأهالي في المطالبة باسترجاع أملاكهم، كما تضمن الأمر المذكور نصا يلغي

¹ أنظر جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 43

² أعاد البعض عدم تدخل السلطة في هذه الفترة إلى أن الإدارة الفرنسية لم تكن قد حسمت موقفها من الجزائر، هل تستمر في احتلالها و تمضي في ذلك المخطط أم تتخلى عنها . و لنفس السبب لم تبذل الإدارة الاستعمارية في أول أيام الغزو أي جهد في البحث عن سجلات العقارات و الحفاظ عليها و هي السجلات التي كانت ممسوكة بشكل منظم في أيام العثمانيين، فلم يكن المشتري يشتري أرضا وهو متيقن أن البائع مالك لها و لم تكن الإدارة على علم بهذا الشراء .

عدم قابلية التصرف في الأملاك الوقفية و التي كانت تشكل فعلا عقبة أمام المعمرين و بذلك أصبحت قاعدة عدم جواز التصرف في الأملاك الوقفية لا تسري إلا على التصرفات التي تبرم بين الأهالي دون تلك التي تبرم بين الأهالي و المعمرين¹.

كما تضمن الأمر ذاته نصا يجيز للسلطة الاستعمارية نزع ملكية الأراضي التي بقيت بدون استغلال بسبب إهمال أصحابها من الأهالي لها أو بسبب عجزهم عن استغلالها . وتطبيقا لهذا النص تم دمج عدد كبير من قطع الأراضي الشاسعة في ملكية الدولة الفرنسية و من بين ما تضمنه الأمر المؤرخ في 01 أكتوبر 1844 نصا يوجب دمج الأراضي في ملكية الدولة الفرنسية، إذا كان السند الذي يملكه صاحبها من الأهالي غير كاف لإثبات الملكية، و أخيرا أخضع الأمر المذكور إلى القانون الفرنسي كل المعاملات العقارية التي تتم بين الأهالي و المعمرين الأوربيين.

ثم جاء الأمر الصادر في 02 جويلية 1846 من أجل تبسيط إجراءات مراقبة السندات، حيث تراقب السندات المودعة من طرف الحائزين من قبل مجلس مختص يسمى مجلس المنازعات (conseil des contentieux) الذي يأمر بتعيين خبير من أجل تعيين الحدود، و أخذ صور طبوغرافية عن الأرض و تسجيل أي اعتراض محتمل ، وفي حالة عدم استجابة السند المقدم للمواصفات المحددة يأمر المجلس ببطلان السند و اعتبار الأرض ملكا للدولة الفرنسية . و قد جاء هذا النص فقط من أجل تجنب مساوئ الأمر الصادر سنة 1844 .

و في نفس السياق و بنفس العقيدة أصدرت السلطة الاستعمارية قانونا بتاريخ 16 جوان 1851 ، جاء لتقرير الحماية للملاك الذين تقرر أن سنداتهم صحيحة و دون تفرقة بين الملاك من الأهالي أو من الأوربيين مثلما تنص عليه المادة العاشرة من هذا القانون و عدا هذا الحكم الجديد، فإن القانون المذكور لم يأت بجديد و إنما أعاد التأكيد على الأحكام المقررة بالأوامر الصادرة سنة 1844 و 1846 لاسيما المتعلقة بإخضاع

¹ راجع بشأن تفاصيل هذه الأحكام Amar Aloui op.cit page 48 et suivantes

المعاملات بين الأهالي و الأوربيين للقانون الفرنسي و إلغاء قاعدة عدم جواز التصرف للمعمرين في الأملاك الوقفية و غيرها من الأحكام . و من إبداعات القانون الصادر في 1851 أنه تبني سياسة حصر الأراضي العرشية (cantonnement) و ذلك بإعطاء الحائز لهذه الأرض عقد ملكية عن جزء من الأرض مقابل تخليه عن الجزء الباقي لفائدة أملاك الدولة الفرنسية و ذلك بعد تحفيز عمليات قسمة الاراضي العرشية بين الأفراد المالكين . و تم تطبيق هذا النظام بشكل تجريبي في عملية لجس نبض القبائل و العروش و قد أثبتت الواقع صعوبة المضي في هذا النظام و بالنتيجة فإن هذا النظام لم يطبق إلا على خمس عروش هي: عرش أولاد بليل (البويرة) و عرش العبيد و فراليا (عين الدفلة) و عرش أولاد قوصير (الشلف) و عرش اولاد سيدي العبدلي (تلمسان) و عرش بن بشير (سكيكدة)¹.

الفرع الثاني : قانون "senatus consulte" و قانون فارني "Warnier"

صدر هذا القانون بتاريخ 22 أبريل 1863 المسمى "senatus consulte" و جاء بتوجه سياسي جديد يبدو في ظاهره أنه يحمل أحكاما تصب في مصلحة الأهالي و ذلك عن طريق إجراءات إعداد سندات ملكية لفائدة العروش و القبائل تتحول بموجبها حقوق الانتفاع على أراضي العرض إلى حقوق ملكية جماعية²، و تطبيقا لنفس القانون و النصوص التالية له يتم فيما بعد تقسيم أراضي العرش الواسعة بين الدواوير ثم بين الأفراد، حيث صدر مرسوم بتاريخ 23 ماي 1863 أقر تقسيم الأرض التي يملكها كل دوار إلى أربع مجموعات أو أصناف من الأراضي هي³ :

¹ راجع في هذا الشأن كل من Mohand Tahar alloum ,op.cit p 28 و Amar Aloui op.cit page 52 و سماعيل شامة (المرجع السابق) ص 12 و 13 و د/ محمودي عبد العزيز (المرجع السابق) ص 14 و 15 و د/ بن يوسف بن رقية (شرح قانون المستثمرات الفلاحية) الطبعة الأولى - الديوان الوطني للأشغال التربوية - الجزائر 2001 ص 28 و ما يليها .

² د/ بن يوسف بن رقية (المرجع السابق) ص 27.

³ علق البعض على هذه الأحكام التي جاءت في نصوص قانون senatus consulte، بأنها من بدائع الاحتلال الفرنسي الذي كان في مراحل سابقة يجرّد الأهالي من أراضيهم و يضمها إلى دوميّن الدولة الفرنسية، أصبح من خلال القانون الجديد يسعى إلى تمليك العروش و الدواوير و الأفراد الأراضي التي لم تكن أبدا ملكا لهم . و لكن من يمعن التفكير و يتحرى أهداف القانون يدرك أن عقيدة المشرع الفرنسي لم تتغير و ظلت هي نفسها التي تسعى إلى تمليك المعمرين الأراضي بحيث أن تمليك الدواوير و الأفراد و منحهم سندات ملكية هو ما كانت الإدارة الفرنسية تراه أنجع وسيلة لإدخال الأراضي إلى سوق التعامل و تسهيل بيعها للمعمرين بعقود لا يمكن فيما بعد الطعن فيها، و كان ذلك هو الهدف الغير معلن لقانون senatus consulte أنظر في هذا السياق إسماعيل شامة (المرجع السابق) 14 .

- 1 - أراضي ملك الدولة Domaniales
- 2 - أراضي ملك خاص pleine propriété
- 3 - ملكية جماعية زراعية لفائدة العرش collective de culture
- 4 - ملكية جماعية بلدية للرعي collective du parcours (communales)

أما قانون فارني Warnier المؤرخ في 26 جويلية 1875 فقد صدر في مرحلة تميزت بتغيير السياسة العقارية الفرنسية بعد 1870 ، إذ توجهت هذه السياسة نحو فرنسة (francisation) كل الأراضي الجزائرية و ذلك من خلال إخضاعها و إخضاع التعامل فيها إلى القانون الفرنسي بما فيها الأراضي الوقفية التي كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، إذ نصت المادة الأولى من هذا القانون بوضوح على أن "إنشاء الملكية العقارية في الجزائر و حفظها و نقلها بالتعاقد يخضع للقانون الفرنسي مهما كان الملاك"¹ .

و من أهم الإجراءات التي أقرها القانون المذكور و المتمم في 28 أبريل 1887 تطهير الأراضي الفلاحية من جميع الأعباء السابقة و إعداد سندات ملكية نهائية و ذلك بإجراء تحقيق عام يشمل جميع الأراضي يتوج بمنح سند ملكية فردي نهائي² . و قبل كل معاينة للملكية يتم إعلان للأهالي ينشر في الأسواق و الأماكن العامة يدعوهم إلى تحضير وثائقهم و شهودهم و كل بيان أو سند و تقديمه أمام لجنة خاصة بغرض إثبات ملكيتهم الخاصة . و كانت اللجنة تتشكل من محافظ محقق و مهندس عقاري و مترجم³ .

و من الناحية العملية ينص القانون على أن المحافظ المحقق ملزم بالتنقل إلى الميدان مرة أولى و معاينة الأرض و الاستماع إلى الأطراف ذوي الحقوق و شهودهم والإطلاع على وثائقهم و طلباتهم و اعتراضاتهم إن وجدت و يفرغ هذه البيانات في

¹ Art 1 loi 26 Juillet 1873 "l'établissement de la propriété immobilière en Algérie, sa conservation et la transmission contractuelle des immeubles et droits immobiliers quels que soient les propriétaires sont régis par la loi française .

² Mohand Tahar alloum, op.cit p 34

³ Amar Aloui op.cit page 60

محضر يلخص فيه العملية و يبين فيه حقوق الأطراف ثم يقوم المحافظ بإيداع نسخة من محضره لدى القاضي le juge de paix و نسخة مترجمة من المحضر تودع لدى "القايد " le caïd و يمنح للأطراف أجل ثلاثة أشهر لإبداء ملاحظاتهم أو اعتراضاتهم على عمل المحافظ المحقق و بناء على ذلك يقوم المحافظ بالانتقال مرة ثانية إلى الميدان يحاول فيها الإصلاح أو الصلح بين الأطراف و يقترح نتائج النهائية و التي بناءا عليها تقوم إدارة المالية بإعداد سند الملكية المؤقت لمدة ثلاثة أشهر يجوز خلالها لكل ذي مصلحة أن يسجل اعتراضه أمام المحكمة الفرنسية ، و بناء على الحكم الصادر يتم إعداد سند الملكية النهائي و تسجيله¹.

و الملاحظ ميدانيا أنه منذ صدور قانون 1873 بدأت العقود المحررة باللغة الفرنسية أمام الموثقين و المستندة إلى هذا القانون تحل شيئا فشيئا محل العقود المكتوبة باللغة العربية التي كانت بحوزة الأهالي² ، و أدى المحافظون المحققون خلال تطبيق هذا القانون دورا كبيرا في رسم الخريطة العقارية الجديدة و لاحظ البعض وقوع تجاوزات و تعسف من هؤلاء المحققين علاوة على وقوعهم في أخطاء جسيمة عقدت من الوضعية و خلقت تعارض في غالب الأحيان بين محتوى السندات و بين الواقع مما أدى بالكثير من الأهالي إلى العودة إلى الاستغلال القديم و تغليب إرادة الجماعة في تقسيم الأرض و ترك محتوى السندات المسلمة و عدم الاعتداد بها ، و لهذا لم يحقق قانون 1873 المتمم بقانون 1887 النتائج المرجوة وتم إلغاؤه بقانون صادر في 16 فيفري 1897.

و قد اعتمد القانون الصادر في 16 فيفري 1897 على إجراءات جديدة في التحقيق في الملكية الفردية و خفف من الإجراءات السابقة و ألغى دور المحافظ المحقق

¹ يشار إلى أن قانون 1873 لا يجيز للمحافظ المحقق أن يقرر الملكية الخاصة للأهالي إلا على الحدود التي تكفي المالك و أسرته في حاجته الخاصة وحاجة مواشيه للرعي، و ما زاد عن تلك الحاجة يدمج ضمن أملاك الدولة الفرنسية.

² جبار جميلة (تنظيم الملكية الفلاحية العامة و الحماية القانونية لها) رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق – جامعة البليدة 2002 ص 15 . و في نفس المعنى أنظر حمدي باشا عمر (نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري) دار العلوم – عنابة

و أخضع المنازعات المتعلقة بأراضي العرش للقضاء الإداري ، أما المنازعات المتعلقة بالأراضي التي تم تطهيرها ومنح مالکها سند فردي فتخضع للقضاء العادي¹. و كل سند يمنح بناء على قانون 1897 يكون هو السند النهائي و يحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة بما فيهم حائزي السندات الفرنسية الموثقة أو الإدارية التي لها تاريخ سابق لأن الإجراءات المقررة بقانون 1897 تكون قد طهرت العقار من الحقوق السابقة .

و أخيرا جاء قانون 4 أوت 1926 ليتم قانون 1897 بتوسيع نطاق أحكامه ليطبق على أراضي الصحراء و الجنوب التي خضعت للإجراءات التمهيديّة المقررة بقانون 1863² senatus consultum. كما حاول المشرع الفرنسي آنذاك من خلال قانون 4 أوت 1926 أن يدخل لأول مرة نظام السجل العيني و اعتماد الدفاتر العقارية تأسيسا بالنظام المطبق بنجاح في أستراليا و ألمانيا آنذاك و بصفة خاصة النموذج الفرنسي في تونس³.

الفرع الرابع : السياسة الفرنسية الجديدة في الجزائر

(مرسوم 26 مارس 1956 و الأمر المؤرخ في 03 جانفي 1959)

عقب اندلاع الحرب التحريرية في الفاتح من نوفمبر 1954 تبنت الإدارة الفرنسية مقاربة جديدة في معالجة الوضعية العقارية و هي المقاربة الاقتصادية ، إذ دلت مختلف النصوص القانونية إلى أن الهدف من التشريع العقاري في هذه المرحلة كان يتمثل في استثمار الأراضي من أجل استغلالها في تلبية الحاجة الاقتصادية للشعب الجزائري المستمر في النمو الديمغرافي . و في هذا الاتجاه صدر نصاب قانونيان هامان الأول هو مرسوم 26 مارس 1956 و الثاني هو الأمر رقم 41/59 المؤرخ في 03 جانفي 1959⁴.

¹ Mohand Tahar alloum, op.cit p37

² نفس المرجع ص 38.

³ Amar Aloui op.cit page 66

⁴ Mohand Tahar alloum, op.cit p 39

ففيما يتعلق بالنص الأول فإنه كان يشجع عمليات التبادل الودي للأراضي للحد من تشتيت و تقسيم القطع الأرضية و جاء بإجراءات التهيئة الريفية *aménagement rural* و إعادة تجميع القطع الأراضي المشتتة. أما النص الثاني، فكان يهدف إلى إعادة معاينة إنشاء سندات الملكية العقارية بناء على عمليات المسح العام للأراضي التي كانت قد شرعت فيها فرنسا في الجزائر و تدعم هذا المسعى بصدور المرسوم رقم 555/60 المؤرخ في 03 جوان 1960 الذي أنشأ ما يسمى بمحيطات العصرية العقارية *périmètres de modernisation foncière* من أجل إعداد مخطط مسح عام للإقليم الجزائري. و تم بموجب الأمر الصادر في 03 جوان 1959 إنشاء المحكمة العقارية *tribunal foncier* التي تفصل في المنازعات المتعلقة بحقوق الأشخاص بحكم يجعل الحقوق و الأرض كلها خاضعة للقوانين الفرنسية¹.

و من أجل إعطاء فعالية أكبر للأمر المذكور فإن نظام الشهر العقاري الناجح و الدقيق كان مطلبا ملحا ، و من أجل ذلك قرر الأمر الصادر في 03 جوان 1959 وجوب تسجيل كل الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري *fichier immobilier* و ذلك تحت طائلة عدم حجية هذه الحقوق *sous peine d'inopposabilité* و ظهر في هذا الإطار الحديث لأول مرة عن قوة الثبوت المطلق للتسجيل في السجل العقاري *la force probante absolue* كما تضمن النص المذكور إشارة إلى منح المالك الذي يسجل حقوقه في السجل العقاري دفتر عقاريا *livret foncier* يشكل سندا نهائيا قاطعا على حقوقه و يشكل ضمانا أمام المؤسسات المالية التي يمكن أن تقرض أصحاب هذه الحقوق أموالا.

و بذلك فإن أول قانون تعرض لنظام الشهر العقاري الواجب تطبيقه في الجزائر و تبني نظام السجل العيني فيها هو الأمر الصادر في 03 جوان 1959 المتمم بالقانون المؤرخ في 04 ديسمبر 1959 ثم قانون 28 ديسمبر 1959 و تنظيم الإدارة العامة المؤرخ في 3 جانفي 1960. و تلك هي النصوص التي خلقت في الجزائر السجل

¹ د/ محمودي عبد العزيز (المرجع السابق) ص24

العقاري (le livre foncier) و الملف العقاري (fichier immobilier) ، غير أنها لم تر طريق التطبيق بسبب الحرب و عدم وضوح الرؤية الفرنسية لمسألة الملكية العقارية في الجزائر.

و في الأخير يظهر من خلال تتبع مسار النظام العقاري الفرنسي في الجزائر أن فرنسا لم تنجح في وضع نظام عقاري ناجح و أنه في غالب الأحيان كانت النصوص متعارضة و غامضة انتهت في الأخير إلى ترك وضعية عقارية غامضة و مضطربة منظمة بنصوص قانونية غير دقيقة ورثتها للدولة الجزائرية المستقلة سنة 1962 والتي وجدت نفسها أمام وضع معقد يستدعي إعادة النظر جذريا في هذه الترسانة من القوانين و إعادة تنظيم الملكية العقارية من جديد ، و قد تجلّى هذا في القرار الصادر عن المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) في 15 فيفري 1967 الذي اعتبر كل القوانين الاستعمارية حول الملكية العقارية متعارضة مع السيادة الوطنية و من ثم وجب تركها و تقرر عدم تطبيقها .

المبحث الثاني

تنظيم عملية الشهر في القانون الجزائري

إن عملية شهر التصرفات و السندات المختلفة في السجلات و الدفاتر المخصصة لذلك تخضع لعدة إجراءات متداخلة ، بعضها سابق لعملية الإشهار و بعضها يدخل ضمن صميم العملية، كما يتدخل في عملية الشهر طاقم بشري تتوزع سلطاته و صلاحياته بنصوص قانونية صريحة ، و تستعمل في هذه العملية مجموعة من الوثائق و نماذج السندات و السجلات التي لا بد من حصرها و بيان دور و أهمية كل منها.

و قبل الحديث عن الجهات و المصالح الإدارية المختصة بعمليات الشهر و الوثائق و السندات المستعملة في تنفيذ عملية الشهر ، فإنه يجدر البيان بأن عملية الشهر في السجلات المختلفة لا تتم إلا إذا كانت هناك قاعدة معلومات دقيقة تتضمن وصفا تفصيليا للعقارات محل التصرف و تبين حدودها و مساحتها و ملاكها و مختلف التكاليف و الأعباء التي تثقلها، و مثل هذه القاعدة من المعلومات لا يمكن توفيرها إلا عن طريق ما يسمى بالمسح العام أو أعمال المساحة و التحديد كما يطلق عليها في بلاد المشرق العربي .

و لهذا فإن عملية الشهر في القانون الجزائري ، كما هو الشأن في جل القوانين تستدعي تنظيما ماديا و تقنيا يتمثل في الأعمال التمهيدية لتطبيق نظام الشهر العيني و المتمثلة في أعمال المسح العام للأراضي (le cadastre général) ، كما تتطلب من جهة ثانية تنظيما إداريا و بشريا للعملية عبر إشراك جهات إدارية أو قضائية و أشخاص على مستويات مختلفة في إتمام عمليات شهر التصرفات و السندات المختلفة.

المطلب الأول : التنظيم المادي و التقني لأعمال الشهر العقاري

تنص المادة الثانية من الأمر 74/75 الصادر في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على أن " مسح الأراضي العام يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات و يكون أساسا ماديا للسجل العقاري " و تنص المادة الثالثة من نفس الأمر على أنه "يعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات و يبين تداول الحقوق العينية". و يفهم من هذين النصين المرجعيين، العلاقة الوثيقة بين المسح العام للعقارات و بين السجل العقاري¹ . فالمسح العام يعد أساسا لإعداد السجل العقاري بمعنى أن الوضعية القانونية للعقارات لا يمكن ضبطها بدقة إلا بناء على ضبط مسبق للوضعية المادية و الطبيعية لهذه العقارات.

و إلى جانب أعمال المسح العام كوسيلة من الوسائل المادية لعمل مصالح الشهر العقاري ، فإن مأمور الشهر في كل بلدان العالم و بصرف النظر عن نظام الشهر المطبق فيما إذا كان نظاما عينيا أم شخصيا يستعمل في عمله اليومي عدة وسائل مادية أخرى ، تؤدي أدوارا مختلفة و لكن تشترك كلها في كونها وسائل العمل التي لا غنى عنها في أي مصلحة من مصالح الشهر و التي بدونها يتحول عمل المحافظ العقاري إلى مهمة مستحيلة الأداء . و تتمثل هذه الوسائل المادي في مجموع البطاقات العقارية أو ما يسمى في بعض البلدان صحائف العقارات و تلك السجلات التي يدون عليها مأمور الشهر ما يتلقاه من مختلف طلبات الشهر و طلبات المعلومات و غيرها ، إضافة إلى الدفتر العقاري الذي يعتبر في نظام الشهر العيني بطاقة هوية العقار و الذي يحل محل سند الملكية .

و بالنظر إلى أهمية كل هذه الوسائل المادية و التقنية في العمل اليومي لمصالح و مأموريات الشهر فسوف أخصص الفروع الثلاثة الموالية للتفصيل في كل واحدة من

¹ في حين يعد السجل العقاري الذي يمسك في كل محافظة عقارية الوثيقة التي تبين الوضعية القانونية للعقارات من حيث مالكيها و الحقوق الواردة عليها و التصرفات التي كانت هذه العقارات محلا لها ، فإن المسح العام ينتهي إلى إعداد سجلات و مخططات تبين الوضعية المادية و الطبيعية للعقارات من حيث نوعها و مواقعها و مساحتها و حدودها و غير ذلك من البيانات التقنية .

تلك الوسائل على أن أتناول في الفرع الأول المسح العام للأراضي ، في حين أتعرض للبطاقات العقارية على اختلاف أنواعها في الفرع الثاني ، أما الفرع الثالث فأتعرض فيه إلى كل ن السجلات المختلفة و الدقتر العقاري .

الفرع الأول : المسح العام للأراضي¹

أولا : لمحة تاريخية

إن عمليات مسح الأراضي أو ما يسمى التحديد و التحرير في بعض القوانين² ليست من إبداعات الحضارة المعاصرة كما يبدو على أساس أنها عملية تقنية حديثة ، إنما على العكس من ذلك فإن جذورها تمتد إلى عصور قديمة أرجعها البعض إلى سنة 4000 قبل الميلاد ، و هو تاريخ إعداد لوحة أثرية كلدانية عثر عليها في الصحراء العربية في العراق، تتضمن مخطط قياس مساحة و وصف لمدينة "دونغي" مقسمة إياها إلى وحدات عقارية بأشكال هندسية مختلفة و مدون على كل وحدة مساحتها بدقة ، كما تتضمن اللوحة بيانا لمساحة المدينة . كلها كما عثر أيضا على لوحات تعود إلى سنة 3759 ق.م تخص نفس المدينة تتضمن قياسا و وصفا بالمخططات للمنازل و الحقول و الممرات³.

و في مصر الفرعونية عرف نظام المسح العام و قياس مساحات العقارات كوسيلة لتحديد قيمة الضريبة على الملكية العقارية من جهة و كوسيلة لفض النزاعات التي كانت تنشب عقب فيضان النيل الذي كان غالبا ما يؤدي إلى إنقاص مساحات بعض الأراضي و زيادة مساحة أخرى من جهة ثانية، و تبين الحفريات و الآثار

¹ إن أعمال المسح أو المساحة أو التحديد هي في الحقيقة أعمالا تقنية و ليست قانونية ولكنها ضرورية لإنشاء نظام شهر عقاري عيني، بل أن حتى نظام الشهر الشخصي لا يستغني عن أعمال المسح العام . فقد ارتبطت دائما مشكلة ضبط السجلات العينية بمشكلة تجديد المسح و التي بسبب نفقاتها الباهضة و صعوبتها العملية باءت كل محاولات إدخال نظام السجل العيني بالفشل في كثير من الدول . أنظر د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 326.

² مثل القانون اللبناني و القانون السوري و الأردني .

³ Amar Aloui op.cit page 08

المكتشفة ومن بينها رسوم ضريح مينا التي تعود إلى سنة 1420 قبل الميلاد أن
الفراعنة اعتمدوا المسح العام للأراضي و مارسوه بواسطة حبال مدرجة بعقد¹ .

و في روما المتطورة بقوانينها و تشريعاتها في شتى مجالات الحياة أستعمل
نظام تعداد الأراضي بأمر من الملك سرفيوس تيليوس (534-578 ق.م) من أجل
تحديد و ضبط الوعاء الضريبي . و قد اتخذ لأجل ذلك سجلات خاصة يدون عليها
التصريح بالملكية ومساحة الأرض و طبيعة زرعها و نوعيتها و غلتها و أسماء الملاك
أو المزارعين . وفي عهد الإمبراطور "أوغسط" أجريت أوسع عملية تعداد يمكن
مماثلتها اليوم بعملية المسح العام، من قبل موظف يسمى "Censitor" و بحضور
خبير يدعى "Agrimensor" يشبه دوره دور الخبير العقاري حالياً².

و في العصر الحديث يعتبر مسح الأراضي النابليوني le cadastre
Napoléonien أحدث نموذج لأعمال المسح ، حيث أمر نابليون وزيره للخزينة
"هوليان" بوجوب إجراء تعداد عام للأراضي في كل أقاليم الإمبراطورية عن طريق
قياس و تقدير كل جزء من أجزاء الملكية و أمر نابليون بوجوب خضوع هذه العملية
للدقة و تجنب الخطأ من أجل اتقاء النزاعات³. و من أجل إنجاز هذه الأعمال تم البدء
في أعمال المسح عام 1808 و شمل أكثر من 3200 بلدية حيث قسمت فرنسا إلى
اثنتي عشر منطقة نصب على رأس كل منطقة مفتش عام للمسح مكلف بالإشراف على

¹ Amar Aloui op.cit page 09

² تشير الدراسات التاريخية إلى أن عملية المسح إزدهرت خلال تلك الفترة التاريخية التي امتد فيها عرش روما إلى كامل
أوروبا و إفريقيا الشمالية حيث دلت الخرائط و الصور المكتشفة و المحفوظة اليوم بالمتاحف على مدى تطور الرومان
و تحكمهم في تقنيات المسح و التعداد و رسم الخرائط . فابتداءً من عام 297 ق م أجرى الإمبراطور الروماني ديوكليتيان
إحصاءاً في مصر ثم عممه على كامل الإمبراطورية فشمّل من الدول العربية مصر و سوريا وشبه الجزيرة العربية، و قد قام
الرومان بأعمال المسح في بلاد إفريقيا الشمالية في الفترة التي خضعت لهم بعد عام 146 قبل الميلاد كما تدل على ذلك
الخرائط و الصور التي عثر عليها .

³ يعتبر القانون المؤرخ في 15 سبتمبر 1807 المتعلق بميزانية الدولة لحكومة نابليون الأصل التاريخي لمسح الأراضي
النابليوني المعروف أيضاً باسم le cadastre parcellaire لكونه مبنياً على تجزئة العقارات إلى وحدات عقارية des
parcelles . و قد سمح هذا المسح بإحصاء ما يزيد عن مائة مليون تجزئة و ترتيب أجزائها و تصنيف الأراضي و إخضاعها
للضريبة المناسبة و تجميع كل القطع التي تعود ملكيتها لشخص واحد. أنظر Amar Aloui op.cit page 18

تنفيذ الأشغال . و في سنة 1811 نشر وزير المالية كل القوانين و المراسيم و التعليمات و القرارات ذات الصلة بالمسح و صار يشكل تقنينا حقيقيا للمسح " code du cadastre" و احتوت هذه الوثيقة على 1444 مادة اقتبست منها العديد من الدول تشريعاتها في مجال المسح العام للأراضي¹. و في عام 1821 صدر قانون جديد بتاريخ 31 جويلية تحولت بموجبه عملية المسح العام و مراجعتها من عملية وطنية تتكفل بها الدولة كمشروع وطن إلى عمل تقوم به كل بلدية على حدى و تساعدها في ذلك الدولة بإعانات مالية . و لم تتم عملية المسح إلا في عام 1850 و لكنها لم تشمل كل البلديات².

ثانيا : تعريف المسح و بيان أهميته

إن تسجيل العقارات و شهرها في السجل العقاري على النحو المقرر في نظام الشهر العيني يجب أن تسبقه عملية مسح فني دقيق للعقارات تبين مواقعها و قوامها و مشتملاتها و حدودها و نوعها القانوني و الطبيعي و الجغرافي و أسماء مالكيها و أسباب التملك و الحقوق العينية المترتبة لفائدة العقار أو المترتبة عليه على نحو نهائي و ثابت ، على أن يعطي لكل عقار رقم يعرف به و يسجل به في السجل العقاري. و هذه العملية الفنية هي التي يطلق عليها المسح العام cadastre أو المساحة أو التحديد و التحرير كما يعرف في لبنان و سوريا³.

فالمسح إذن عملية فنية و قانونية تهدف إلى تعيين جميع البيانات التي تتطلبها المعرفة الكاملة و الواضحة لهوية العقار و المتعلقة بموقعه و حدوده و قوامه و نوعه القانوني و اسم مالكة و أسباب تملكه و الحقوق العينية المترتبة له أو عليه بما يؤدي إلى

¹ Amar Aloui op.cit page 70

² في تلك الفترة كانت الجزائر تعد في نظر الإدارة الاستعمارية الفرنسية مقاطعة فرنسية و امتدادا للإقليم الفرنسي، فكان قانون 1959 سالف الذكر يصب في اتجاه تطبيق أعمال المسح في الجزائر ضمن سياسة ما أسماه المشرع الفرنسي الاستعماري آنذاك العصرية العقارية. و لم يصدر بعد الإستقلال أي تشريع وطني ينظم عملية المسح إلا في تاريخ متأخر حيث أنه في 12 نوفمبر 1975 صدر الأمر 74/75 و شكل نصا مرجعيا ينظم عملية المسح العام كإجراء تمهيدي للانتقال إلى نظام الشهر الجديد أي نظام الشهر العيني و التخلص من نظام الشهر الشخصي الموروث عن فرنسا .

³ حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص39

تثبيت الملكية العقارية و الحقوق العينية المتعلقة به نهائيا، و من بين التشريعات التي عرفت المسح التشريعي العراقي حيث جاء هذا التعريف في نص المادة 35 من قانون التسجيل العقاري العراقي أن التحديد التمهيدي (أي المسح) هو تثبيت و تحديد مواقع أوصاف العقارات الواقعة ضمن منطقة أعمال دائرة تسجيل عقاري و كذلك تأشير الحقوق المتعلقة بها بصورة مبدئية¹.

و تظهر أهمية المسح أو التحديد من حيث أنه وسيلة ضرورية لضبط المعطيات المتعلقة بهوية العقارات، مما يضيف على المعاملات العقارية تلك الصفة من الثقة والائتمان التي ينشدها كل من يقبل على التعامل في العقار، أما عن علاقة المسح بالشهر العقاري و التسجيل، فإن الشهر العقاري كعملية تهدف إلى إعلام الجمهور بالوضعية القانونية للعقارات لا يمكنها أن تؤدي هذا الدور على الوجه المرسوم لها إلا إذا كانت تتوفر معطيات سابقة حول العقارات تتسم بالدقة و الوضوح و هذه المعطيات هي التي يوفرها المسح العام للأراضي أو عمليات التحديد و التحرير²، و لهذا فقد رأينا فيما سبق أنه من بين المآخذ و العيوب التي أشار إليها الفقهاء باعتبارها عيوب لنظام الشهر العيني أنه نظام لا يمكن تطبيقه دون التمهد له بعمليات المسح العام و أن هذه العمليات تستدعي وقتا طويلا و تكاليف باهضة³.

¹ أمين بركات السعود (شرح التشريعات العقارية السورية و التشريعات العقارية العربية – دراسة مقارنة) سنة 1994 ص 172 .

² لهذا فإن كل القوانين المتعلقة بالشهر العقاري لاسيما تلك التي تتبنى نظام الشهر العيني تصدر مرتبطة بنصوص القوانين المتعلقة بالمسح العام كما هو الحال في سوريا و لبنان و العراق و تونس و مصر و الجزائر .

³ بسبب الصعوبات و التكاليف التي تستدعي تجنيد طاقات بشرية و مادية ضخمة فقد ظهر في الميدان نموذجان لأعمال المسح الأول يجعل من المسح عملية إجبارية قبل أي قيد في السجل العيني و الآخر يكتفي بجعلها اختيارية تتم بطلب من له مصلحة. ففي النظام الإجباري تخضع كل العقارات إجباريا للمسح قبل تسجيلها في السجل العقاري بحيث يتم المسح إما بمبادرة الدولة و على نفقتها مثل الجزائر و إما بمبادرة فردية عندما يقع تصرف على العقار بحيث قبل تسجيل التصرف يخضع العقار محل التصرف لعملية مسح انفرادية . أما في النظام الاختياري فلا يتم المسح إجباريا ، وإنما يترك الأمر لاختيار مالك العقار الذي يرغب في الخضوع لنظام الشهر العيني على أن يتحمل هو تكاليف العملية مثلما حدث في أستراليا و بعض المستعمرات الفرنسية التي أخذت بنظام تورنس . و في بعض البلاد يتم اعتماد النظامين معا، بحيث يكون المسح إجباريا في المناطق التي وصل إليها المسح العام و يكون اختياريا في المناطق التي لم يصلها بعد مثلما هو الحال في لبنان، بحيث تم إيجاد نظام التحديد الاختياري بموجب القرار رقم 2576 بتاريخ 24 أيار سنة 1929 و بذلك أصبح في لبنان نظامان ، أحدهما إجباري يحكمه القرار رقم 186 المؤرخ في 25 آذار 1926 و الآخر اختياري يحكمه القرار رقم 2576 المؤرخ في 24 أيار 1929 .

و ما تجدر الإشارة إليه أن الدول التي اتبعت نظام الشهر العيني و شرعت في التمهيد له بإجراء أعمال المسح العام للأراضي لم تتمكن أغلبها من إنهاء أعمال المسح لحد اليوم رغم مرور عشرات السنين من البدء فيها كما هو الحال بالنسبة للجزائر إذ بدأت أعمال المسح بصدور الأمر 74/75 سنة 1975 و لا زال مستمرا لحد الآن رغم ما يرصد لها في كل سنة مالية من أموال¹.

و لما أرادت الجزائر الانتقال من نظام الشهر الشخصي الذي كان مطبقا أثناء الاستعمار الفرنسي و غداة الاستقلال إلى نظام الشهر العيني كنظام جديد مثلما صرحت بذلك المادة 20 من الأمر 75/84 بنصها "تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري و إتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري و ذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر" كان لابد من وضع إطار قانوني تشريعي ينظم و يضبط العمليات التمهيدية الضرورية للانتقال إلى النظام الجديد أي عمليات المسح العام.

و يتمثل هذا الإطار التشريعي في مجموعة من النصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بالموضوع و هي بالطبع الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 و كذا المراسيم التنفيذية و التنظيمية الملحقة به لا سيما المرسوم التنفيذي رقم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 و كذا النصوص التي تحكم و تدير عمل الوكالة الوطنية للمسح و المديرية التابعة لها و بعض النصوص الأخرى ذات الصلة².

¹ د/ محمودي عبد العزيز (المرجع السابق) ص 64 و 65
² إن أول نص قانوني في الجزائر أشار إلى ضرورة القيام بأعمال المسح هو قرار إنشاء هيئة مكلفة بالسهر على عملية المسح العام للأراضي و هي الهيئة التي أنشئت بتاريخ 1962/01/12 و سميت مديرية التنظيم العقاري و المسح و بعد ذلك جاء قانون الثورة الزراعية رقم 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1978 الذي أشار في مادته الرابعة و العشرين إلى وجوب تأسيس خزانة للبطاقات العقارية في نطاق كل بلدية تتضمن إحصاء المزارع و الشروع في ضبط الوثائق المساحية لكل بلدية مع وضع سجل مساحي عام للبلاد وفقا لشروط و كفاءات تحدد لاحقا ، لكن عملية المسح بناء على هذا النص لم تنفذ بالطريقة المأمولة . ليصدر بعد ذلك الأمر 74/75 و المرسوم 62/76 المشار إليهما سابقا و هما النصان المرجعيان المحددان لإجراءات و شروط و مراحل سير عملية المسح .

و عموما فإن مشروع المسح العام للأراضي في الجزائر جاء مبنيًا على أساس الوحدة العقارية، بحيث أن ما يتم مسحه و ترقيمه هو الوحدات العقارية بحيث تخصص لكل وحدة عقارية صحيفة في السجل العيني و هو ما سارت عليه أغلب القوانين . هذا و قد استخدم المشرع الجزائري مصطلح العقار أو الوحدة العقارية كمترادفين غير أن المصطلح الأنسب هو الوحدة العقارية¹ لأن له مدلول دقيق في ظل نظام السجل العيني يحدد نطاق الوحدة العقارية التي تفتح لها صحيفة عينية في السجل دون لبس أو

¹ عرّف البعض الوحدة العقارية بأنها كل قطعة محدودة من الأرض تقع في قسم مساحي واحد مع جميع ما يدخل في تكوينها كالمناجم و المحاجر و المنشآت و المزروعات التي تعتبر متممة لها بشرط أن تكون مملوكة لشخص واحد أو عدة أشخاص على الشيوع و ألا يفصل جزءا منها على سائر الأجزاء فاصل من ملك عام أو خاص و ألا يكون لجزء منها أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها . لكن أعاب بعض الفقهاء هذا التعريف مرتبط بالملكية ، ذلك أن القطع المتجاورة المملوكة لنفس الشخص لا تكون بالضرورة وحدة عقارية واحدة بل تكون عدة وحدات بقدر عدد القطع و يفتح لكل منها صحيفة عينية مستقلة، كما أن ذلك يتعارض مع ما انتهى إليه التعريف من اعتبار مشتملات الأرض من مناجم و محاجر تكون وحدة واحدة ، إذ أن ملكية المناجم و المحاجر هي دائما للدولة بينما يكون سطح الأرض مملوكا لشخص آخر، و في هذه الحالة يكون للوحدة العقارية مالكان . لهذا فإنه من الأفضل عدم ربط مفهوم الوحدة العقارية بالمالك و الملكية و جعله مفهوما طبيعيا فيزيائيا طبوغرافيا بصرف النظر عن المالك ، و لا بأس فيما بعد إضافة اسم المالك كبيان تفصيلي و تعريفي يعرف الوحدة العقارية محل المسح و الترقيم و هو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال دلالة النصوص ، حيث تنص المادة 6 من الأمر 75/74 في فقرتها الثانية على أن "القطعة الأرضية هي وحدة عقارية طبيعية وقانونية..." و تنص المادة الثامنة من نفس الأمر على أن "تصميم مسح الأراضي يكون موضوع إعداد في كل بلدية ما يلي: جدول للأقسام و سجل لقطع الأرض التي ترتب عليها العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي ." و هو نفس النص الذي تضمنته المادة الأولى من المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام . و مع ذلك فإن اسم المالك أو الملاك لمجموعة من القطع المتجاورة يكون محل تسجيل في سجل خاص يدعى سجل مسح الأراضي بحيث يكون تسجيل هذه العقارات حسب الترتيب الأبجدي لأسماء الملاك و لكن ليس باعتبارها وحدة عقارية واحدة. فالوحدة العقارية التي تكون محل ترقيم أثناء عمليات المسح يجب أن تحدد بالمفهوم الهندسي المساحي و ليس بالمفهوم القانوني المرتبط بحق الملكية . و على هذا يصبح معنى الوحدة العقارية "كل مسطح من الأرض محدد هندسيا بخط مقفل من الخارج بما يقوم عليه من بناء أو غراس . و هو التعريف الذي أورده الدكتور إبراهيم أبو النجا في رسالته بعد نقده للتعريف المبني على المظهر القانوني للوحدة العقارية و هو تعريف مشابه للتعريف الوارد في الفقرة الثانية من المادة الأولى من أمر السجل العيني السويسري التي تنص على أن " كل مساحة من الأرض ذات حدود محدودة بطريقة كافية" . و قد عرفها بعض الفقهاء بأنها "كل مسطح من الأرض حدوده محددة بواسطة السجل العيني، و أن هذه الحدود قد تكون طبيعية كالأنهار و الجداول و البحيرات و قد تكون صناعية بوضع علامات" و عرفها الفقيه السويسري روسيل بأنها "جزء محدد هندسيا من الأرض" و عرفها الفقيه فيلاندر بأنها "حصص محددة من مسطح الأرض يحتويها من الخارج خط مغلوق. و طبقا لهذا المفهوم تعتبر وحدات عقارية العقارات المبنية كل على حدة و الحدائق والأراضي الفضاء و الأراضي الزراعية، كما يتحدد أيضا نطاق الوحدة العقارية بالغرض الذي شرع من أجله نظام السجل العيني و هو تسهيل تداول العقارات و على هذا النحو لا يكون محلا للتصنيف كوحدة عقارية أثناء المسح العام كل ما لا يجوز التعامل فيه بالتداول كالمناجم و المحاجر، إذ أن اعتبارها وحدة عقارية أثناء المسح ليس له ما يبرره . راجع في تفصيل تلك التعاريف د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 111 إلى 114 .

غموض بينما قد يستخدم اصطلاح عقار بالمعنى العام الذي يشمل كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف سواء أكان هذا الشيء وحدة عقارية أم لا .

و يتحدد نطاق الوحدة العقارية تبعا للمعيار الذي يتخذ مناطا لهذه الوحدة ، و قد تعددت في هذا المجال هذه المعايير من معيار الوحدة الضريبية أو الوحدة الاقتصادية التي أساسها وحدة الاستغلال إلى معيار الوحدة القانونية التي تتحدد بمجموع ما يملكه شخص واحد أو عدة أشخاص على الشيوع في نطاق متجاور . و قد استقرت أغلب التشريعات على الأخذ بمعيار الوحدة العقارية القانونية لأنها تعطي الوحدة العقارية قدرا من الثبات يحقق التطابق بين الصحيفة العقارية و الخريطة المساحية كما يسهل عملية المسح ، بينما تتميز الوحدة الضريبية بكثرة التغيير مما يخل بهذا التطابق¹.

و على هذا الأساس صار المسح و الترقيم يتم في كل التشريعات و من بينها التشريع الجزائري على أساس الوحدة العقارية القانونية بحيث أن كل وحدة عقارية بهذا المفهوم تكون محل ترقيم، ثم تسجل كل عملية تتناول هذه الوحدة العقارية بالنقل أو الرهن أو التقسيم أو التجزئة أو التبادل و ما إلى ذلك من صور التعامل².

ثالثا : مباشرة إجراءات المسح العام للأراضي

يكتسي المسح العام للأراضي في القانون الجزائري طابعا إلزاميا و يعد بمثابة مشروع وطني تتكفل الدولة بنفقاته و تسيير الهيئات المتدخلة فيه باعتباره جزءا من مشروع أشمل و أعم هو إدخال نظام الشهر العيني و ترك النظام القديم القائم على أساس الأشخاص في تسجيل و شهر مختلف التصرفات.

و يتم المسح العام عمليا على تراب كل بلدية على حدى و يعلن عن البدء فيه بصدور قرار من الوالي المختص إقليميا يعلن فيه عن تحديد تاريخ افتتاح عمليات المسح ، يلي ذلك إنشاء لجنة مكلفة بوضع الحدود للبلدية المعنية بهذا القرار ثم تباشر

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 326

² حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 43

عملية المسح أو القياس الهندسي و رفع الخرائط و الصور، أما مناقشة سندات الملكية و فتح باب الاعتراضات و إنشاء لجنة لفض المنازعات و كذا إعطاء رقم القيد الأول فهي في الحقيقة لا تعد من صميم عملية المسح التي هي عملية مادية هندسية إنما هذه عمليات قانونية تالية للمسح، و لكن بالنظر إلى أن المشرع الجزائري لم يفصل في معالجته للموضوع بين أعمال المسح و بين القيد الأول أو الإجراء الأول فإنه أصبح يظهر وجود نوع من التلازم و التداخل بين العمليتين حتى أوشكتنا أن تكونان معا عملية واحدة¹ . و الحقيقة أنه ليس المشرع الجزائري وحده الذي لم يفصل بين أعمال المسح و أعمال الإيداع الأول، و إنما كل التشريعات العربية فعلت ذلك ما عدا القانون العراقي² الذي يسمى المسح العام "التحرير التمهيدي" و يفصله بشكل واضح عن إجراءات القيد الأول التي يسميها التسجيل المجدد³.

1- الإعلان عن افتتاح عملية المسح

يتم افتتاح عمليات مسح الأراضي في كل بلدية بمقتضى قرار يصدره والي الولاية التابعة لها البلدية المعنية و الذي ينشر في الجريدة الرسمية و في مجموعة القرارات الإدارية للولاية و يكون محل إشهار واسع في الجرائد اليومية ، كما يبلغ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية المعنية ، و يجب أن يعلم به المواطنون خمسة

¹ لذلك جاء الأمر رقم 74/75 تحت تسمية القانون المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري في دلالة واضحة على تلازم عملية المسح العام مع عملية إعداد السجل العيني في القانون الجزائري عن طريق ما يسمى بقيد و ترقيم العقارات ، و قد صرحت بذلك عدة مواد من الأمر المذكور و من المرسومين 62/76 و 63/76 مثل المادة 8 و المادة 11 و المادة 19 من المرسوم 63/76 . و مع ذلك فالحقيقة هي أن أعمال المسح كأعمال تحضيرية و تمهيدية للانتقال إلى تطبيق نظام الشهر العيني هي عملية مستقلة عن عملية القيد الأول أو الإجراء الأول كما يسميها المشرع الجزائري، إذ تقتصر الأولى على القياسات و الرسوم و وضع الحدود و الخرائط دون الدخول في مسألة الملكية و منازعاتها بينما تهدف العملية الثانية إلى إعطاء رقم قيد لكل وحدة عقارية بعد الفصل في مسألة الملكية و تحديد المالك أو الملاك المشتاعين و الحقوق و الأعباء التي تنقل العقار الممسوح .

² د/ عبد المجيد الحكيم (المرجع السابق) ص 210 و ما بعدها.
³ الجدير بالملاحظة أن قانون التسجيل العراقي قد خصص للتحرير التمهيدي القسم الأول من الفصل الثاني من الباب الثاني حيث عرفت المادة 35 منه التحرير التمهيدي بأنه تثبيت و تحديد مواقع و أوصاف العقارات الواقعة ضمن أعمال دائرة تسجيل عقاري وكذلك تأثير الحقوق المتعلقة بها بصورة مبدئية، كما خصص القسم الثاني من نفس الفصل للتسجيل المجدد أو القيد الأول و عرفت المادة 43 منه التسجيل المجدد بأنه "تثبيت حق الملكية و تسجيله باسم صاحبه الحقيقي في السجل العقاري و إصدار السند به وفق أحكام هذا القانون" .

عشر يوماً على الأقل قبل افتتاح العملية مبدئياً و ذلك بطريق لصق الإعلانات في مقر
الدائرة والبلدية المعنية و البلديات المجاورة¹ . و يتضمن قرار الوالي هذا تحديد تاريخ
البدء الميداني لعملية المسح و الذي يجب أن يتم خلال شهر على الأكثر من تاريخ نشر
القرار في الجريدة الرسمية².

و تناط مهمة الإشراف على تنفيذ و إعداد مسح الأراضي العام و المحافظة عليه
بالإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية حسب نص المادة الخامسة من
الأمر 74/75 ، و المقصود بذلك إشراف وزارة المالية على عملية المسح ممثلة محلياً
بمصالح أملاك الدولة³ تماماً كما هو الحال بالنسبة لتسيير إدارة الشهر العقاري التي
تخضع هي الأخرى لنفس الوصاية بخلاف ما هو عليه الأمر في الدول الأخرى التي
تطبق نظام الشهر العيني، حيث تعطى مهمة الإشراف على المسح و الشهر معاً للقضاء
العقاري المختص⁴.

2- إنشاء لجنة البلدية لمسح الأراضي

بعد نشر قرار الوالي المتضمن الإعلان عن افتتاح عملية المسح في بلدية ما يتم
تشكيل لجنة خاصة تسمى اللجنة البلدية للمسح تتولى تنفيذ عمليات التحديد و الفصل في

¹ لقد حرص المشرع من خلال المادة الثانية و المادة الثالثة من المرسوم رقم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام
على إعلام الجمهور بالعملية بتلك الطرق المتعددة كالإعلام من نشر في الجريدة الرسمية و إشهار في الجرائد اليومية و
التعليق في لوحة إعلانات البلدية و الدائرة و حتى البلديات المجاورة و ذلك حتى يتمكن المعنيون من ملاك و حائزين من
الحضور و الإدلاء بتصريحاتهم التي تسهل عملية المسح، و ذلك لأن حضور هؤلاء أمر ضروري أثناء مرور الأعوان
المكلفين بالمسح عملاً بنص المادة التاسعة من الأمر 74/75 التي تنص على أنه "تنفذ عمليات التحديد (يعني المسح) بحضور
جميع المعنيين (الإدارة و المالكون و الجيران) و لهذا الغرض تؤسس لجنة بلدية لمسح الأراضي و يحدد تشكيل هذه اللجنة
و اختصاصاتها و سيرها بموجب النصوص التطبيقية لهذا الأمر".

² تنص المادة الثانية من المرسوم 62/76 المتعلق بالمسح العام للأراضي على " أن عمليات مسح الأراضي في كل بلدية
تكون موضوع قرار من الوالي يبين فيه على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر
هذا القرار و ينشر القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و في مجموعة القرارات الإدارية
للولاية المعنية و كذلك في الجرائد اليومية الوطنية و يبلغ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني".

³ تنص المادة الخامسة من الأمر 74/75 على " أن مهام إعداد مسح الأراضي العام و المحافظة عليه هي من اختصاص
الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية".

⁴ مثل ألمانيا و مصر و لبنان و سوريا حيث تشرف وزارة العدل على مصالح الشهر العقاري ، و نظراً للطابع القضائي لعمل
مأمور الشهر في نظام السجل العيني السائد في هذه الدول و ذلك بخلاف الطابع الإداري الذي يتميز به عمل محافظ الرهون
في فرنسا و في سائر الدول التي تطبق نظام الشهر الشخصي .

المنازعات و ذلك عملا بنص المادة التاسعة من الأمر 74/75 التي بعد أن أشارت إلى إنشاء اللجنة و تسميتها أحالت مسألة تشكيله للجنة و اختصاصاتها إلى التنظيم¹.

و تتكون اللجنة المذكورة حسب نص المادة السابعة من المرسوم المنشئ لها من الأعضاء التاليين:

- قاضي من المحكمة التي توجد البلدية ضمن دائرة اختصاصها رئيسا و يعين هذا القاضي من طرف رئيس المجلس القضائي.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، نائبا للرئيس.
- ممثل للمصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة.
- ممثل للمصالح المحلية للأموال الوطنية.
- ممثل لوزارة الدفاع الوطني
- ممثل لمصلحة التعمير في الولاية
- موثق تعينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية
- مهندس خبير عقاري تعينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية
- المحافظ العقاري المختص إقليميا أو ممثله
- المسؤول المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أو ممثله².

و تستكمل هذه اللجنة حسب الحالة بأعضاء إضافيين هم ممثل عن مديرية الثقافة بالولاية بالنسبة للعمليات التي تنجز في مناطق تشمل مساحات و مواقع محمية و ممثل

¹ بالفعل فقد صدر مرسوم تنفيذي سنة 1992 يحمل رقم 134/92 بتاريخ 1992/04/07 تضمن تفصيلات حول دور اللجنة و تشكيلتها. و هنا تجدر الملاحظة إلى التاريخ المتأخر الذي صدر فيه المرسوم المتضمن تنظيم عمل اللجنة، بحيث أن فترة 17 سنة بين 1975 تاريخ صدور الأمر 74/75 الذي أشار إلى اللجنة و بين سنة 1992 تاريخ صدور المرسوم المنظم لعملها تعد فعلا مدة طويلة و وقتا ضائعا على حساب الرغبة في الانتقال إلى نظام الشهر العيني، و لكن هذا لا ينطبق على الجزائر وحدها، إنما نفس التجربة عاشتها دول أخرى كثيرة كما هو الحال في مصر و فرنسا.

² إن ترتيب أعضاء اللجنة الوارد في نص المادة 7 من المرسوم 134/92 لا يعكس حقيقة دور مأمور المسح و لا دور المحافظ العقاري بالرغم من أن لهما الدور المحوري في تنفيذ عملية المسح و الإيداع الأول الذي يلي المسح، بحيث لا أرى هنالك أي مبرر معقول لتقديم ممثل الضرائب أو ممثل التعمير مثلا عن المسؤول المحلي للمسح و عن المحافظ العقاري، بل على العكس، فإن هذا الترتيب قد يبعث في نفس مأمور المسح و المحافظ العقاري نوعا من الشعور بالتأخير و الاستهانة بدورهما، الأمر الذي لا يشجعهما على المضي في عملهما بانضباط و تقان.

عن المصالح المحلية للفلاحة و ممثل عن المصالح المحلية للري بالنسبة للعمليات التي تنجز خارج المناطق الحضرية .

و تعقد هذه اللجنة اجتماعات كلما دعت الضرورة بناء على طلب المسؤول الولائي لمسح الأراضي بموجب دعوة يوجهها رئيسها طبقا للمادة الثامنة من المرسوم 62/76 المتمم بالمرسوم التنفيذي¹ رقم 134/92 ، و تكفل اجتماعات اللجنة بإجراء مداوالات حول القضايا المدرجة في جدول أعمال الاجتماع بحيث يحرر محضر مفصل عن المداوالات ، و تتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات و يجب أن يكون على الأقل ثلثا الأعضاء حاضرين و في حالة تساوي الأصوات يرجع صوت الرئيس . و تنفذ قرارات اللجنة بموجب مقرر من الوالي و يتولى العضو الممثل للوكالة الوطنية لمسح الأراضي مهام كاتب اللجنة².

أما دور اللجنة فقد حددته بشكل مقتضب المادة 7 من المرسوم التنفيذي 134/92 و يتمثل في وضع الحدود في كل بلدية بمجرد افتتاح عملية المسح، غير أن دورها الحقيقي أكبر من هذا بكثير، و قد فصلت في الحديث عنه المادة التاسعة من نفس المرسوم، كما تحدثت المادة الحادية عشر و المادة الثانية عشر عن دور اللجنة بعد الانتهاء من عملية المسح ، و على هذا فإن دور اللجنة و مهامها يمكن حصرها فيما يأتي .

- 1/- جمع الوثائق و البيانات من أجل تسهيل إعداد الوثائق المسحية.
- 2/- التثبيت عند الاقتضاء من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم، و محاولة التوفيق بينهم إذا أمكن³.
- 3/- البت في المنازعات المرفوعة إليها بناءا على السندات و الشهادات و عمليات المعاينة و التحقيق .

¹ المرسوم التنفيذي رقم 134/92 المعدل و المتمم للمرسوم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المؤرخ في 1992/04/07 منشور في الجريدة الرسمية . العدد 26 لسنة 1992 .

² راجع المادة 7 و المادة 8 من المرسوم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام .

³ هنا يظهر أن للجنة دور توفيقى وإصلاحي في حالة وجود نزاع أو خلاف بين الملاك المتجاورين أو بين الملاك و من ينازعهما عموما.

و من أجل تسهيل أداء اللجنة لهذه المهام حث المشرع الملاك و الحائزين و أصحاب الحقوق أن يحضروا بأنفسهم و أن يدلوا بملاحظاتهم أثناء مرور أعوان المسح في الميدان، و نفس الإلتزام مفروض على الإدارات ذات العلاقة بالعملية ابتداء من الدولة والولاية ثم البلدية المعنية بالمسح و البلديات المجاورة و المؤسسات و الهيئات العمومية و ذلك بمقتضى نص المادة الخامسة و المادة السادسة من المرسوم التنفيذي 134/92¹.

و في اتجاه تسهيل مهام أعوان المسح أيضا و من أجل إنجاح العملية فإن الأشغال التقنية الطبوغرافية، تقوم بتنفيذها مصالح المسح بنفسها مباشرة، و إن اقتضى الأمر، فإن الأشغال يساعدها في إتمامها كل مؤسسة عمومية متخصصة تملك المهارات والخبرة في مثل هذه الأشغال، و قرار وزير المالية هو الذي يحدد كيفية تقديم هذه المساعدة، و ما هي المؤسسات المعنية بتقديمها و ذلك وفقا لنص المادة السادسة عشر من المرسوم التنفيذي 134/92².

و بخصوص نطاق عملية المسح أو مشتملات المسح فقد نصت عليها المادة الرابعة من المرسوم 62/76 المستحدثة بموجب المرسوم رقم 400/84 المؤرخ في 1984.12.24 بحيث تشمل عمليات إعداد المسح العام لجميع العقارات تحديد ما يلي :

1/ القوام المادي و طبيعة الأراضي و أنماط المزروعات الفلاحية إن اقتضى الأمر وهذا فيما يخص العقارات أو الأراضي الريفية.

2/ القوام المادي و طبيعة و نمط الشغل أو نمط التخصيص و نمط استعمال البنايات المقامة عليها و استغلالها و وصفها حسب كل طابق من طوابق البناية فيما يخص العقارات الحضرية .

3/الملاك و أصحاب الحقوق العينية الظاهرون و كذلك الملكيات العمومية و الخاصة³.

¹ راجع المادة الخامسة من المرسوم 62/76 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 134/92
² راجع المادة 16 من المرسوم 62/76 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 134/92
³ يجب أن تكون الحدود على اختلاف أنواعها و حسب الحاجة مجسمة بكيفية دائمة إما بواسطة معالم من حجر و إما بواسطة علامات أخرى، و ذلك طبقا لتعليمات المصلحة المكلفة بمسح الأراضي .

و من الناحية العملية فإن عمل الأعوان التقنيين لمصالح المسح ينبغي أن ينصب في المقام الأول على تحديد إقليم البلدية المعنية بعمليات المسح العام ، و ذلك كإجراء تمهيدي يسبق القيام بمسح تفصيلي للعقارات الموجودة أو المكونة لهذا الإقليم و هو ما أشارت إليه المادة السابعة من المرسوم 134/92 قبل أن تتعرض المادة التاسعة منه لمسح العقارات المكونة لإقليم البلدية . و بهدف تحديد إقليم البلدية المعنية بالمسح و حدودها ينبغي تدخل مصالح البلدية المعنية والبلديات المجاورة و مصالح الولاية و ربما حتى مصالح وزارة الداخلية في الحالات المستعصية لاسيما تلك المتعلقة بالبلديات الحدودية .

و يتم تحديد إقليم البلدية على مخططات المسح و في الميدان بواسطة تعليم الحدود بعلامات مجسمة و ظاهرة بحضور رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية المعنية ورؤساء المجالس الشعبية للبلديات المجاورة ، و يحرر التقني المكلف بالعملية محضرا بذلك يوقع عليه كل الأطراف الحاضرون و السيد والي الولاية و إن اقتضى الأمر السيد وزير الداخلية فيما يتعلق بالبلديات الحدودية¹ .

و بعد انتهاء المصالح التقنية للمسح و فراغها من تحديد إقليم البلدية ، تشرع في تحديد و مسح و جرد العقارات الموجودة على إقليم البلدية الذي يتم تقسيمه إلى أقسام مساحية ثابتة الحدود . و هنا لا بد من تدخل الملاك و الحائزين و الإدلاء بملاحظاتهم و إظهار وثائقهم و سنداتهم كما تنص على ذلك المادة 6 فقرة 2 من المرسوم 62/76² . و من أجل ضمان حقوق الأطراف و توفير الدقة في العملية يتم استدعاء الأشخاص المعنيين و التأكد من هويتهم عن طريق فحص وثائق هويتهم، و تتم معاينة كل عقار بحضور مالكة أو مالكة الظاهر ليتحدد في الأخير المالك حسب رأي مصالح المسح و الذي يرقم العقار باسمه مع حفظ حق كل ذي مصلحة في الاعتراض .

¹ راجع المادة 5 من المرسوم 62/76

² تنص الفقرة الثانية من المادة السادسة من المرسوم 62/76 على " ... إن وضع الحدود للعقارات الأخرى يتم بمساعدة المالكين ."

و عقب ذلك يشرع الأعوان التقنيون التابعون للوكالة الوطنية للمسح و المديريات المحلية التابعة لها المكلفون قانونا بالإشراف على أعمال المسح¹ في عمليات القياس وتصنيف العقارات و تحديد نوع التربة و نوعية الاستعمال و يحرر محضر بذلك يوقع عليه التقني المكلف بالعملية و السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي. و موازاة مع ذلك تتم عملية الرفع الطبوغرافي levée topographique و ذلك بقياس الارتفاع بالنسبة لسطح البحر أو الانخفاض عن سطح البحر و النقاط و قياس النقاط و الزوايا و وضعها كمعالم و إحدائيات في الخرائط².

و في الأخير يجدر الذكر بأن المصالح التقنية للمسح لا ينتهي عملها بمجرد إقفال عمليات المسح في بلدية ما، و إنما يتواصل عملها حتى بعد ذلك و بصفة مستمرة و ذلك لمعاينة كل عملية تغيير تطل حدود و تكوين العقارات الممسوحة سواء أكانت في شكل تقسيم أو تجزئة أو تجميع و ذلك طبقا للمادة 18 من المرسوم 62/76³.

3- إيداع وثائق المسح

بعد انتهاء الأعوان التقنيين للمسح من أعمال المسح كما هي محددة في القانون في إقليم بلدية ما يتم بناء على نتائج هذه العملية إنجاز مجموعة من الوثائق التي تكفل عملها تسمى جملة بوثائق المسح و هي تتمثل فيما يلي:⁴

1- جدول للأقسام و سجل لقطع الأرض ترتب فيه مختلف العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي état de section et registre parcellaire.

¹ إن عملية المسح كانت من اختصاص مفتشيه أقسام مسح الأراضي التابعة للولاية و الأقسام التقنية لمسح الأراضي التابعة للإدارة المركزية في وزارة الاقتصاد لكن ابتداء من تاريخ صدور المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المؤرخ في 1989/12/19 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي المعدلة و المتميز بموجب المرسوم التنفيذي رقم 63/92 المؤرخ في 1992/02/12 أصبحت عملية المسح من اختصاص الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.

² " المسح العام للأراضي " محاضرة أقيمت في ندوة القضاء العقاري 1995 المطبوعة من طرف وزارة العدل الجزائرية ص 14 .

³ تنص المادة 18 من المرسوم 62/76 على أن " كل تغيير لحدود الملكية في البلديات التي تم فيها إعداد مسح الأراضي و لا سيما التغيير الذي تم على إثر التجميع أو التقسيم أو التجزئة أو الإقتسام و في حدود ما إذا كانت هذه العمليات مرخص بها بموجب التشريع به العمل يجب ان تتم معاينته بموجب محضر للتحديد يتكون من مخطط منتظم مبينة عليه المساحات المعدلة بمقياس يساوي على الأقل مقياس مخطط مسح الأراضي و يمثل لزوما المراجع الساسية لهذا الأخير و يرتبط بعناصر الرض المستقرة بقدر الإمكان " .

⁴ ورد ذكر هذه الوثائق في المادة الأولى من المرسوم 62/76 .

2- سجل مسح الأراضي matrice cadastrale تسجل فيه العقارات المتجمعة من قبل المالكين أو المستغلين و ذلك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء هؤلاء المالكين، والمقصود به هو العقارات التي يملكها شخص واحد و التي تكون متجاورة و لا يفصل بينها ملكيات أخرى تسجل باسم مالكيها فضلا عن تسجيل كل عقار و إعطائه رقما خاصا به.

3- المخططات المساحية المطابقة للوضعية الحالية لقطعة الأرض plans cadastraux conformes à la situation parcellaire actuelle

4- جدول التحقيق و هو وثيقة تقنية تحتوي على معلومات مستقاة من الميدان يأخذها و يدونها الأعوان التقنيون المكلفون بالمسح أثناء أعمال القياس و التحديد ، و هذه الوثيقة تعد خصيصا لتسلم إلى المحافظ العقاري من أجل تمكينه من تحديد حقوق الملكية العقارية.

و بعد إعداد هذه الوثائق لاسيما تلك المذكورة في المادة الأولى من المرسوم 62/76 يتم إيداع نسخ منها في كل من مقر البلدية المعنية بالمسح و كذا المحافظة العقارية المختصة إقليميا و ذلك طبقا للمادة 10 من الأمر 74/75 المادة 11 من المرسوم 62/76¹ . و لا تتم عملية الإيداع إلا عند الانتهاء كليا من أعمال المسح كقاعدة عامة ، غير أنه يجوز استثناء تجزئة عملية الإيداع و القيام بها عند الانتهاء من مسح كل قسم أو مجموعة أقسام مساحية و ذلك في الحالة التي تتطلب إتمام عملية المسح كلها في بلدية ما مدة تفوق السنة ، و هذا ما أشارت إليه المادة 11 في فقرتها الثالثة من المرسوم 62/76².

¹ إن المادة 10 من الأمر 74/75 ذكرت الجهتين معا اللتان تودع لديهما وثائق المسح أي البلدية و المحافظة العقارية دون تسميتها بهذا الاسم مكتفية بذكر المصلحة المكلفة بمسك السجل العقاري ، بينما لم تذكر المادة 11 من المرسوم 62/76 سوى البلدية، و لكن من الناحية العملية فإن الإيداع يتم في الجهتين معا و لكن يكتسي الإيداع الذي يتم أمام المحافظة العقارية أهمية أكبر، لأن العمل التالي للمسح يتم في هذه المصلحة قصد ترقيم العقارات و تأسيس البطاقات العقارية التي يتكون من مجموعها ما يسمى بالسجل العيني الذي هو هدف كل عملية مسح.

² تنص المادة 11 من المرسوم 62/76 في فقرتها الثالثة على أن "يمكن أن يتم الإيداع المنصوص في الفقرة السابقة عند الإنتهاء من الشغال التقنية المتعلقة بقسم أو مجموعة أقسام إذا كان القيام بعمليات مسح الأراضي على مستوى تراب البلدية يتطلب مدة تفوق السنة ."

بعد إتمام الإيداع في البلدية تبقى الوثائق المودعة طيلة شهر كامل تحت تصرف الجمهور الراغب في الاطلاع عليها و تسجيل اعتراضات أو شكاوي بخصوص محتواها، و يتم تقديم هذه الاعتراضات أو الشكاوي كما تعبر عنه المادة 11 في النص العربي¹ ، إما كتابة إلى السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي أو شفويا إلى ممثل عن الإدارة الذي يكون موجودا بمقر المجلس الشعبي البلدي في الأيام و الساعات المعلن عنها إلى الجمهور.

و بعد ذلك تقدم هذه الاعتراضات (الشكاوي) إلى لجنة المسح التي يرأسها قاض، و يقع على عاتق اللجنة المذكورة بذل الجهد للإصلاح و التوفيق بين المتنازعين . و في حالة عدم التوصل إلى صلح فإن اللجنة تحدد الحدود بصفة مؤقتة كما هي ظاهرة في مخطط المسح مع حفظ حق المعارض أو الحائز، و عندئذ لا يبقى أمام الأطراف المتنازعة إلا الاتفاق فيما بينهم حول الحدود و إخطار اللجنة بذلك و إما اللجوء إلى القضاء المختص خلال أجل لا يتعدى الثلاثة أشهر . و في حالة انقضاء هذا الأجل دون التوصل إلى الاتفاق و دون رفع دعوى قضائية ، فإن رسم الحدود يصير نهائيا، و لا يجوز بعد ذلك الإدعاء بأي حق يناقض الوضعية المدرجة على المخطط .

غير أنه و استثناء من شرط المدة فإن المالك الحقيقي الذي يثبت حق الملكية بسندات قاطعة الدلالة و الذي لم يكن ظاهرا أثناء تنفيذ عمليات المسح، لا يكون مقيدا بمدة و يمكنه في أي وقت أن يكشف عن حقوقه التي يمكن بموجبها تدارك الوضع دون أن يكون لادعائه تأثير على حقوق الغير عدا الملاك أو الحائزين المجاورين مباشرة له ، أما الملاك الذين ليست لهم حدود معه فلا تتأثر حقوقهم بادعائه² .

¹ لفظ الشكاوي الوارد في نص المادة 11 من المرسوم 62/76 لا يناسب الترجمة الفرنسية réclamation الواردة في المادة وهي الأصل لأن مصطلح réclamation المقابل في اللغة العربية للفظ مطالبة أو اعتراض هو أفضل في الدلالة من لفظ الشكاوي الذي يعبر عن حالة إجرائية محددة تتمثل في اللجوء إلى القضاء الجزائي أو الضبطية القضائية نتيجة التضرر من واقعة تكيف بكونها جريمة.

² ربما يعود سبب هذا الحكم الوارد في نص المادة 14 من المرسوم 62/76 إلى رغبة المشرع في إنهاء عملية المسح في أقرب الأجل و عدم ترك الباب مفتوحا للطعن في نتائج العملية و تقييد حقوق الملاك الحقيقيين من أجل حملهم على الحرص في إظهار سنداتهم من أول يوم ومساعدة أعوان المسح على إنجاز مهامهم دون تأخير. و لكن فضلا عن هذه الحالة فإنه يجوز في كل الأحوال مراجعة و تصحيح وثائق المسح إذا تضمنت أخطاء أو غطا ماديا معترف به دون تقييد ذلك بأي مدة .

4- ترقيم العقارات و تحديد الحقوق

بعد إتمام عملية المسح في إقليم البلدية أو في قسم من أقسامها حسب الأحوال تودع نسخ من وثائق المسح لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً عملاً بالمادة 8 من المرسوم التنفيذي 63/76 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي¹ رقم 123/93 المؤرخ في 19 ماي 1993، إذ تنص على أنه "تودع وثائق مسح الأراضي لدى المحافظة العقارية و ذلك من أجل تحديد حقوق الملكية و الحقوق العينية الأخرى و شهرها في السجل العقاري و يتم هذا الإيداع عند الانتهاء من عمليات مسح الأراضي لكل قسم أو مجموعة أقسام البلدية المعنية".

و بعد استلام المحافظ العقاري لتلك الوثائق يحرر محضراً باستلامها و يسعى بكافة الوسائل المتاحة خلال الثمانية أيام التالية للاستلام إلى إعلام الجمهور بذلك الاستلام ، و يبقى هذا الإعلام سارياً لمدة أربعة أشهر من أجل تمكين الملاك و ذوي الحقوق العينية العقارية الأخرى من تسلّم سند يثبت حقوقهم على العقارات الممسوحة على أن يسعى كل مالك أو حائز إلى استلام تلك الوثائق بعد تقديمه للمحافظ العقاري مجموعة وثائق مرتبة في جدول Bordereau تسلمها له الإدارة².

¹ المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المعدل و المتمم بالمرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري صدر بتاريخ 19/05/1993 منشور في الجريدة الرسمية العدد 34 بتاريخ 23/05/1993

² تتمثل تلك الوثائق حسب ما ورد في المادة 10 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري فيما يلي :

- وصف العقارات التي يحوزها على مستوى القسم و التي كانت موضوع مسح مع ذكر موقعها و محتواها و رقمها في مخطط مسح الأراضي.

- لقب و اسم المالك أو الحائز الحالي و تاريخ ميلاده و مهنته و موطنه

- الامتيازات و الرهون العقارية و الحقوق العينية و القيود المترتبة على كل عقار مع ذكر ذوي الحقوق و العقود و التصرفات المنشئة لهذه الحقوق . غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو غموض هذه الإجراءات من حيث أن المشرع يلزم المالك أو الحائز الذي يرغب في الحصول على سند بحقوقه بعد المسح أن يسعى هو إلى إحضار جدول وثائق و هي الوثائق التي تسلمها الإدارة له دون أن يشير النص ما المقصود بالإدارة، فضلا عن أنه يمكن للمحافظ العقاري الحصول على هذه الوثائق من مصالحه أو من مصالح المسح دون تكليف الأشخاص بإحضارها ، و قد كان من الأجدر تكليف المعني بالأمر فقط بإحضار وثائق تثبت هويته و كل سند أو وثيقة يثبت بها حقوقه تكون قد طرأت أو استجدت بعد مرور مصالح المسح و لم يتمكن من تسليمها إياها و ذلك تبسيطا للإجراءات و تيسيرا على المالك و أصحاب الحقوق .

و عموما فإن المحافظ العقاري يقوم فور استلامه وثائق المسح بترقيم العقارات الممسوحة و تسجيلها في السجل العقاري، و يتم أيضا تعيين الحقوق المختلفة المتعلقة بالعقارات محل الترقيم على أساس وثائق المسح . و الترقيم الذي يقوم به المحافظ العقاري للعقارات يعني قيدها في السجل العقاري و إعطاؤها رقما تعرف به كبيان لهوية العقار و هو هدف نظام الشهر العيني . و هذا الترقيم قد يكون ترقيفا نهائيا و قد يكون ترقيفا مؤقتا .

أ - الترقيم النهائي Immatriculation définitive

يعتبر الترقيم نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها أو أصحاب الحقوق عليها سندات معتد بها قانونا في إثبات الملكية و الحقوق العقارية ، كما يعد الترقيم نهائيا أيضا إذا تحول من مجرد ترقيم مؤقت إلى ترقيم نهائي و ذلك في حالة عدم تسجيل أي اعتراض على الترقيم المؤقت ضمن الآجال المنصوص عنها، أو في الحالة التي يحال فيها الاعتراض على القضاء و يثبت هذا الأخير عدم جدوى الاعتراض . و بذلك تصير الوضعية القانونية النهائية للعقار هي تلك المدونة على السجل العقاري من طرف المحافظ العقاري ، و هذه الوضعية لا يمكن مراجعتها أو الطعن فيها أو إعادة النظر فيها إلا عن طريق القضاء طبقا للمادة 16 من المرسوم 63/76¹.

ب - الترقيم المؤقت Immatriculation provisoire

يرقم المحافظ العقاري ترقيفا مؤقتا قابلا للإلغاء و التعديل العقارات الممسوحة التي لا يملك أصحابها أو مالكوها الظاهرون سندات ملكية قاطعة الدلالة من السندات

¹ إن هذا يعني أن المشرع الجزائري كان حريصا أشد الحرص في أن تكون المعلومات و البيانات المدونة على السجل العقاري بمناسبة عملية الإيداع الأول أو الإجراء الأول صحيحة و مضبوطة بدقة ، لذلك فتح باب الاعتراض و الشكوى أمام البلدية و أمام لجنة المسح و أمام المحافظ العقاري و أمام القضاء، و لكن ما يستحق الملاحظة في هذا المقام، أنه خلافا للمبادئ العامة التي يقوم عليها نظام الشهر العيني لاسيما مبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر، فإن بيانات السجل العقاري في القانون الجزائري تبقى قابلة للطعن فيها و طلب إعادة النظر فيها في كل الأحوال و في أي وقت أمام القضاء و هذا الأخير يجوز له بموجب حكم قضائي أن يأمر بتعديل الوضعية القانونية لعقار ما بعد تسجيله في السجل العقاري، و مبرر هذا الموقف و تداعياته يستدعي التطرق له بالتفصيل في حينه.

التي يعتد بها في إثبات الملكية العقارية كأن يكون بيد أصحابها عقودا عرفية أو وثائق إدارية تثبت الحيازة و الاستغلال دون منازع، أو كما تعبر عنه المادة 13 من المرسوم 63/76 بقولها: "و الذين يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق المسح حيازة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا للأحكام القانونية المعمول بها في هذا المجال".

و يظهر من خلال النص المتقدم، أن الأشخاص الذي يحوزون عقارات حيازة هادئة ومستمرة و علنية و لا لبس فيها و التي كان من الممكن أن تتحول إلى ملكية بإتباع إجراءات عقد الشهرة لإثبات الحيازة و التقادم المكسب يمكنهم أن يستفيدوا من ترقيم مؤقت لمدة 04 أشهر و بعد انقضاء هذه المدة بدون تسجيل أي اعتراض أو شكوى من طرف الغير أو من طرف مصالح أملاك الدولة أو ممن له مصلحة بوجه عام يتحول الترقيم المؤقت إلى ترقيم نهائي، و يمكنهم بعد ذلك استخراج سندات ملكية نهائية و قاطعة.

إلى جانب هذا توجد حالة أخرى للترقيم المؤقت و هي الحالة المنصوص عنها في المادة 14 من المرسوم 63/76 ، حيث يعطي المحافظ العقاري في هذه الحالة ترقيما مؤقتا لمدة سنتين (02) تسري ابتداء من يوم الترقيم و ذلك بالنسبة للعقارات الممسوحة التي ليس لمالكيها الظاهرين أي سند بحيث لا يمكن للمحافظ العقاري أن يبدي أي رأي بشأن هذا العقار¹. و بانقضاء مدة السنتين يتحول هذا الترقيم المؤقت إلى ترقيم نهائي ما لم يصل إلى علم المحافظ العقاري من خلال وقائع قانونية يعاينها أو من خلال تدخل أو اعتراض شخص ذي مصلحة أن الحقوق المطلوب شهرها تعود لجهة أخرى أو أشخاص آخرين أو يوجد بشأنها نزاع و ذلك في غضون المدة المحددة بسنتين².

¹ تتمثل هذه الحالة في وضعية من الحيازة و الاستغلال المشكوك فيهما و التي فيها لبس و غموض و لا تتوفر فيها شروط الحيازة التي تصلح للتملك عن طريق التقادم المكسب .
² نظرا للصعوبات العملية الميدانية التي عاينها المحافظون العقاريون في تحديد حقوق الملاك الخواص، فإن العمل جاري في أوساط المحافظات العقارية على تمديد مدة الترقيم المؤقت و عدم التقيد بالنصوص حرفيا حيث يصل أحيانا هذا الترقيم المؤقت إلى 5 سنوات دون أن يتحول إلى ترقيم نهائي.

أما فيما يتعلق بإجراءات الاحتجاج أو الإعتراض فإن القانون يشترط أن يتم ذلك من خلال التعبير عنه من كل ذي مصلحة إلى السيد المحافظ العقاري عن طريق رسالة موصى عليها ، و يتم تبليغ الخصم أيضا بنص الاحتجاج بنفس الطريقة كما يمكن الاستعاضة عن الرسالة الموجهة إلى المحافظ العقاري و ذلك بالتقدم أمام مصالح السجل العقاري في المحافظة العقارية و تسجيل احتجاج على السجل الذي يفتح خصيصا لهذا الغرض لدى كل محافظة عقارية عملا بنص المادة 15 من المرسوم 63/76¹.

و تصديا للاحتجاج و فصلا فيه يمكن للمحافظ العقاري القيام بمساعي الصلح بين الطرفين و إذا ما تم هذا الصلح يحزر محضرا بذلك، و يصبح مضمون الصلح ملزما لجميع الأطراف و يتم الترقيم النهائي بناء عليه، أما إذا فشل المحافظ في تقريب وجهات نظر الأطراف المتنازعة فإنه يحزر محضرا بعدم الصلح و يبلغه للأطراف ، فيكون لكل طرف مستعجل الحق في رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة و ذلك في أجل ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ الذي يتلقاه من المحافظ العقاري و ذلك تحت طائلة رفض الدعوى ، على أنه يلزم الطرف المدعي بإشهار عريضة افتتاح الدعوى طبقا للمادة 15 في فقرتها الأخيرة من المرسوم 63/76 و كذا المادة 85 من نفس المرسوم² و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية³ ، مع ضرورة تبليغ المحافظ العقاري بنفس العريضة في خلال نفس الفترة و هذا حتى يكون على علم بوجود النزاع⁴.

¹ تنص المادة 15 من المرسوم 63/76 على انه " يبلغ كل احتجاج متعلق بالترقيم المؤقت في السجل العقاري الذي يثار خلال المدة المحددة في أحكام المادتين 13 و 14 أعلاه بموجب رسالة موصى عليها على المحافظ العقاري و إلى الطرف الخصم ، و يمكن أن يقيد المعنيون هذا الاحتجاج في سجل يفتح لهذا الغرض لدى كل محافظة عقارية "

² تنص الفقرة الأخيرة من المادة 15 من المرسوم 63/76 على أنه " تشهر الدعاوى القضائية و التي يجب تبليغها على المحافظ العقاري في نفس المهلة وفقا لأحكام المادة 85 أدناه . "

³ راجع ما سيأتي تفصيله لاحقا ص 470

⁴ مع أنه يبدو بأن مجرد شهر العريضة الافتتاحية في السجل العقاري للمحافظة العقارية يكفي و يغني عن تبليغ العريضة ، و لكن حسنا فعل المشرع الجزائري باشتراط تبليغ المحافظ العقاري شخصا لأن ذلك يزيل كل احتمال بعدم علم المحافظ العقاري لأنه يمكن أن يتم الشهر و لا يعلم به المحافظ العقاري غير الحريص ، كما أنه يمكن أن ترفع الدعوى و يغفل المدعي شهر العريضة و مع ذلك تقبل دعواه نتيجة تقصير قضائي أو عدم انتباهه، و علاوة على ذلك فإن تبليغ المحافظ بالدعوى يمكنه من التدخل فيها إن شاء لإبداء أوجه الدفاع التي قد تفيد القضاء في إصدار حكمه . و مهما يكن فإن تدخل المحافظ العقاري يكتسي أهمية بالغة و لذلك فإنه من الأجدر أن تعاد صياغة الفقرة الخامسة من المادة 15 من المرسوم 63/76 بحيث يلزم المدعي بإدخال المحافظ العقاري في الخصام إلى جانب خصمه بدل الاكتفاء بمجرد تبليغه العريضة كما تنص المادة في صياغتها الحالية.

و في حالة رفع الدعوى أمام القضاء، فإن المحافظ العقاري يلزم بالاحتفاظ بالترقيم المؤقت كما هو إلى حين صدور حكم قضائي نهائي واجب التنفيذ و لا يمكن للمحافظ العقاري أن يأخذ بنفسه المبادرة لإعادة النظر في الترقيم النهائي إلا إذا تم ذلك بناء على مراجعة تقوم بها مصالح المسح طبقا للمادة 14 من المرسوم 62/76¹ و ذلك طبعا دون المساس بسلطة المحافظ العقاري في تصحيح الأخطاء المرتكبة من طرف أعوانه أثناء التأشير على البطاقات العقارية عملا بنص المادة 33 من المرسوم 63/76².

و هنا تجب التفرقة بين الاعتراضات التي تقدم بعد الترقيم المؤقت لدى المحافظ العقاري المنصوص عنها في المواد 13-14-15 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و بين الاحتجاجات أو الشكاوى التي تقدم أمام مصالح البلدية أو لجنة المسح بعد إيداع مخطط المسح بالبلدية و المنصوص عنها في المواد 11-12 و 13 و 14 من المرسوم 63/76 . فالاعتراضات التي تقدم بعد الترقيم المؤقت لدى المحافظة العقارية و مهلتها ستة أشهر إنما هي اعتراضات تمس الحقوق نفسها و ينازع فيها المعارض حقوق الشخص الذي رقت العقارات باسمه و يؤدي مثل هذا الاعتراض إلى الفصل في موضوع الحق من حيث وجوده أو عدمه و من حيث تحديد صاحب الحق الحقيقي . أما الاعتراض المقدم أمام مصالح البلدية بعد إعداد مخطط المسح و إيداعه ، فإنه على ما يبدو و من خلال النصوص هو مجرد اعتراض على الحدود و مهلته ثلاثة أشهر و الفصل فيه ينصب على الحدود فقط³ .

¹ تنص المادة 14 من المرسوم 62/76 على أنه " ... و في جميع الحالات فإن التعديلات المدخلة على الوثائق المساحية، تتم بمناسبة أشغال محافظة مسح الأراضي.

² تنص المادة 33 من المرسوم 63/76 على " ...إن الأغلط التي تنسب إلى أعوان المحافظات و التي تتم معابنتها في التأشير على البطاقات بعد تقديم السجل العقاري الذي يتم تسليمه منصوص عليه في المادة 8 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري يمكن تصحيحها إما بمبادرة المحافظ و إما بناء على طلب حائز السجل العقاري (و المشرع هنا يقصد الدفتر العقاري و ليس السجل العقاري) " .

³ حتى لا يقع أي لبس أو تتكرر الإجراءات، فإنه كان من الأحسن أن توحيد الإجراءات و المواعيد و أن تضبط بحيث يصير النزاع المنصب حول الحدود أو ذلك المنصب حول الحق ذاته خاضعا لنفس الإجراءات و لنفس الجهة و ذلك أفضل من ترك المجال لتنازع الاختصاص بين البلدية و المحافظ العقاري و لتعارض الأحكام من حيث المدد و المواعيد وحتى الآثار.

أما الطعن في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي أمام القضاء فلم يقيد المشرع المدعي فيه بأي مدة، بحيث أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إلغاء أو نقض أو بطلان أو فسخ أي حق سبق شهره في أي وقت شاء دون التقيد بأي قيد سوى ضرورة إخضاع عريضة الدعوى لإجراءات الشهر طبقاً للمادة 85 من المرسوم 63/76 و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية واحترام القواعد العامة المتعلقة بمدد سقوط و تقادم دعاوى المطالبة بالبطلان و الفسخ المنصوص عنها في القانون المدني و غيره من القوانين .

و بالترقيم النهائي الناتج عن إتمام عمليات المسح تصبح الحقوق المدونة على مجموعة البطاقات العقارية التي يعدها و يمسكها المحافظ العقاري و التي تنشؤها المصالح التقنية للمسح مرآة للحقيقة القانونية ، و عندها يجوز للملاك و أصحاب الحقوق طلب مستخرج من السجل العقاري الكبير يثبت حقوقهم ، و هذا المستخرج هو ما يصطلح على تسميته بالدفتر العقاري (le livret foncier) الذي يشكل منذ تلك اللحظة سندا و دليلا قاطعا على ما هو مدون فيه من حقوق صاحبه و الذي يعادل سند الملكية¹.

الفرع الثاني : البطاقات العقارية

أولا : تعريف البطاقة العقارية

إن البطاقة العقارية هي بمثابة بطاقة هوية العقار بحيث تتضمن وصفا دقيقا للعقار وبيانا بمساحته و موقعه و الأعباء و التكاليف التي تثقله و الحقوق الواردة له أو عليه و كذا اسم المالك أو الملاك أو أصحاب الحقوق على هذا العقار . و يدون كل بيان من تلك البيانات في الخانة أو الجدول borderau الخاص به حسب نموذج البطاقة

¹ فيما يتعلق بالبلديات التي لم يعد فيها المسح العام بعد، فإن الحقوق و العقود و القرارات القضائية و كافة السندات المقدمة للشهر تفهرس بصفة انتقالية على بطاقات عقارية مؤقتة تعد على نموذج النظام الشخصي، و كل العقارات الريفية تمسك لها بطاقات عقارية مؤقتة ، و كل إيداع لأي إجراء يتعلق بها فيفهرس باسم المالك وفقا للنموذج المحدد عملا بالمادة 113 من المرسوم 63/76.

المعتمد¹ . و عموما فإن ما يسمى بالسجل العقاري الذي يشكل قاعدة المعلومات العامة المتعلقة بالوضع القانونية و المادية للعقارات و الذي يمسك على مستوى كل محافظة ما هو في الحقيقة إلا مجموعة البطاقات العقارية التي تعد و تمسك خصيصا لكل وحدة عقارية² .

و تعتبر البطاقات العقارية التي يعدها و يمسكها المحافظ العقاري وسائل عمل مادية يستعملها المحافظ بشكل مستمر في أداء مهامه حسب النصوص المنظمة لمهنته بحيث تحتوي كل البيانات القانونية و التقنية الخاصة بالعقارات الواقعة ضمن النطاق الجغرافي لاختصاصه ، إذ يرجع إليها بمناسبة كل إجراء يقوم به سواء تعلق الأمر بإيداع العقود و التصرفات المختلفة من أجل الإشهار أو قيد الرهون و حقوق الامتياز أو إعطاء المعلومات لطالبيها ، كما يلزم المحافظ العقاري بالسهر و الحرص على تحيين و مراجعة و تدقيق بيانات البطاقات العقارية بشكل دوري من أجل مطابقتها مع الواقع و مع وثائق المسح ، و تنقسم البطاقات العقارية إلى أنواع مختلفة يؤدي كل نوع منها دورا خاصا³ .

¹ تحدد نماذج البطاقات العقارية و أشكالها و البيانات التي تتضمنها كل أنواع البطاقات العقارية بقرار من السيد وزير المالية .
² تشير إلى ذلك المادة 12 من الأمر 74/75 إذ تنص على "إن السجل العقاري المحدد بموجب المادة 3 أعلاه يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية " . و قد أشارت إلى هذا المفهوم أيضا المادة 5 من المرسوم التنفيذي 234/89 المؤرخ في 19 ديسمبر 1989 الذي يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي في التعديل المقرر له بموجب المرسوم التنفيذي رقم 63/92 المؤرخ في 12 فيفري 1992 . حيث جاء في آخر فقرة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي 234/89 بعد تعديله بالمرسوم التنفيذي المؤرخ في 63/92 أن من بين اختصاصات الوكالة "...تنشئ (أي الوكالة) البطاقات العقارية التي تسمح بتكوين السجل العقاري" . و يضاف إلى ذلك أن المشرع كلما يذكر السجل العقاري فلا يعرفه إلا من خلال البطاقات العقارية كما هو الحال في المادة 19 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري إذ بالرغم من كونها جاءت تحت عنوان السجل العقاري إلا أنها تعرف البطاقات العقارية.

³ من بينها البطاقات العقارية العينية أو ما يسميه المشرع الجزائري بطاقات العقارات و هي التي تمسك على الشكل العيني أي باعتبار العقارات و ليس باعتبار الأشخاص، و هذه هي التي يتكون من مجموعها ما يسمى اصطلاحا بالسجل العيني أو السجل العقاري بتعبير المشرع الجزائري . إلى جانبها توجد بطاقات أخرى تمسك على الشكل الفردي أو الشخصي أي باعتبار الأشخاص و ليس العقارات ، و تفهرس و ترتب حسب الترتيب الهجائي لأسماء الأشخاص أطراف التصرفات أو أصحاب السندات محل الشهر . و كلا النوعين من البطاقات مصنفاً إلى بطاقات العقارات الريفية و بطاقات العقارات الحضرية ، و هذه بدورها تصنف إلى بطاقات عامة و بطاقات خاصة و لكل صنف دوره و خصوصيته.

ثانيا : إعداد و مسك البطاقات العقارية¹

بالرجوع إلى نص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المعدل بالمرسوم التنفيذي 63/92 المشار إليه فيما سبق يتضح بأن إنشاء البطاقات العقارية إنما هو من صميم عمل الوكالة الوطنية للمسح عن طريق أعوانها العاملين في الميدان أثناء تنفيذ أعمال المسح . و عليه فإن إنشاء البطاقة العقارية الخاصة بالعقار يتم بمناسبة إتمام عملية مسح هذا العقار. أما مسك هذه البطاقة و مراجعة بياناتها القانونية و ضبطها و التأكد من مطابقتها لوثائق المسح و الرجوع إليها فيما بعد و التأشير عليها إنما هو من عمل المحافظ العقاري .

و إذا كانت كل بطاقة عقارية تظهر أهميتها بالنظر للعقار الذي أنشئت من أجله فإن ما هو أكثر أهمية من البطاقة العقارية الواحدة هو مجموعة البطاقات العقارية مجمعة و التي تشكل بتجميعها و ترتيبها وثيقة قانونية مستقلة باللغة الأهمية تسمى مجموعة البطاقات العقارية المرادفة باللغة الفرنسية في النظام الفرنسي لمصطلح (fichier immobilier) ، و هو فهرس عقاري كبير يتضمن قاعدة معلومات حقيقية عن إقليم البلدية بكاملها، ويطلق عليه أيضا اسم السجل العقاري (livre foncier) .

و من أجل إعداد و ضبط مجموعة البطاقات العقارية أو السجل العقاري لآبد من تداخل أدوار ثلاثة أطراف ، هم الملاك أصحاب الحق و الأعوان المكلفين بالمسح

¹ ورد الحديث عن البطاقات العقارية أول مرة في التشريع الجزائري في نص المادة 24 من الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 8 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية باسم البطاقات العقارية البلدية *fiches immobilières communale* و قد تكرر ذكرها بهذا الاسم في المرسوم رقم 32/73 المؤرخ في 05 جانفي 1973 المتضمن إثبات الملكية الخاصة الصادر تنفيذا لقانون الثورة الزراعية و حتى المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري الساري المفعول أشار إليها في المادة الأولى منه و اعتبرها اللجنة الأولى لإعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري . و يترتب عن هذا أن البطاقات العقارية ليست بالضرورة وليدة إتمام أعمال المسح كما يعتقد الكثير - و إن كان ذلك هو الغالب في الميدان - إنما البطاقات العقارية البلدية التي أمر قانون الثورة الزراعية بإعدادها هي التي شكلت نواة و مرجعا لإتمام أعمال المسح ، و لكن أعمال المسح بدورها تنتهي بعد إيداع وثائق المسح إلى مسك البطاقات العقارية على الشكل الحالي من طرف المحافظ العقاري .

العام للأراضي و المحافظ العقاري ، و هذا ما يظهر من خلال تجميع و قراءة كل النصوص التي تتناول الموضوع . إضافة إلى نص المادة الخامسة من المرسوم 234/89 سالف الذكر الذي يجعل من إنشاء البطاقات العقارية واحدة بواحدة من مهام الوكالة الوطنية للمسح و نص المادة الثالثة من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي تنص على أنه "يكلف المحافظ العقاري على الخصوص بإعداد و مسك مجموعة البطاقات العقارية كاملة" ، فإن المادة 13 من الأمر 74/75 تنص على أنه "يجب على المعنيين أن يودعوا لزوما من أجل تأسيس مجموعة البطاقات العقارية لدى المصلحة المكلفة بالسجل العقاري جدولا محررا على نسختين حسب الحالة من قبل موثق أو كاتب عقود إدارية أو كاتب ضبط الذي يجب أن يتضمن :

- أ - وصف العقارات العينية بالاستناد إلى مخطط مسح الأراضي
- ب - هوية و أهلية أصحاب الحقوق
- ج - الأعباء المثقلة بها هذه العقارات

يتضح من خلال هذه النصوص أن إنشاء أو إعداد أو تأسيس مجموعة البطاقات العقارية (le fichier immobilier) إنما يتم عبر مراحل ، إذ يتم في مرحلة أولى إنشاء البطاقات العقارية (les fiches d' immeubles) و هذا من اختصاص الوكالة الوطنية للمسح ، ثم يليه دور المحافظ العقاري في جمع هذه البطاقات و ترتيبها و ترقيمها بما يشكل مجموعة البطاقات العقارية (le fichier immobilier) .

هذا في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بإنشاء بطاقات عقارية بعد إجراء المسح لأول مرة ، أما إذا تعلق الأمر باستحداث بطاقة عقارية جديدة بعد عملية بيع أو رهن أو أي تصرف آخر أو تقسيم أو تجزئة أو ما شابه ذلك ، فإن ذلك يستدعي تدخل ذوي الشأن بتقديم جدول الوثائق المشار إليها في المادة 13 من الأمر 74/75 .

هذا عن إعداد و إنشاء البطاقات العقارية (fiches d'immeubles) و تأسيس مجموعة البطاقات العقارية (le fichier immobilier) ، أما بخصوص مسك البطاقات العقارية فهو من مهام المحافظ العقاري وحده ، إذ هنالك فرق عملي بين إعداد البطاقات العقارية l'établissement des fiches و مسك البطاقات العقارية la tenue des fiches وهو ما يظهر من خلال نص المادة 3 من المرسوم 63/76 إذ تنص على أنه "يكلف المحافظ العقاري على الخصوص بإعداد و مسك مجموعة البطاقات العقارية"¹ .

ثالثا : أنواع و شكل البطاقات العقارية

تختلف البطاقات العقارية من حيث نوعها و شكلها و بياناتها باختلاف نوع العقار وموقعه و أيضا بحسب ما إذا كان العقار ممسوحا أم غير ممسوح و أيضا بحسب ما إذا كان يحتوي أجزاء مشتركة و خاضعا لنظام الملكية المشتركة أم غير ذلك . فمن حيث نوع العقار تنقسم العقارات في المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري إلى عقارات حضرية و عقارات ريفية و تبعا لنوع العقار تعد و تمسك البطاقات العقارية بشكل مخالف للبطاقات المخصصة للنوع الثاني . كما أن البطاقات التي تخصص للعقارات الواقعة في البلديات الممسوحة تختلف عن بطاقات العقارات الواقعة في البلديات غير الممسوحة . و أخيرا تخصص لكل عقار بطاقة تسمى البطاقة العامة في حين تخصص بطاقة خاصة بالأجزاء المشتركة في العقارات الخاضعة لنظام الملكية المشتركة.

¹ إن إعداد مجموعة البطاقات العقارية يعني إنشاء هذه الوثيقة من الأول ، أما مسكها فيقتضي مراقبة هذه الوثيقة و تدوين البيانات عليها كلما استدعى التغيير أو النقل ذلك و مراجعة هذه البيانات بشكل دوري و تعديل كل بيان لم يعد يتناسب مع الواقع نتيجة تصرف أو حكم قضائي يتناول العقار أو الحقوق الواردة عليه، فإذا كان إعداد مجموعة البطاقات العقارية هو عمل آني و فوري يبدأ وينتهي في تلك اللحظات أو الساعات أو الأيام التي يستغرقها المسح و إيداع الوثائق من أجل الترقيم فإن مسك مجموعة البطاقات العقارية إنما هو عمل يومي دائم و مستمر ما دام العقار موجودا و محلا للتغييرات و التصرفات و الأحكام علي اختلاف أنواعها.

1- في البلديات الممسوحة

بعد إتمام عملية المسح العام للأراضي في إقليم بلدية ما يتم إنشاء وإسكاف بطاقة عقارية لكل عقار سواء أكان عقارا حضريا أم عقارا ريفيا ، و يتم إسكاف هذه البطاقات و ترتيبها عينا و ليس شخصا أي باعتبار العقار و ليس باعتبار مالكه أو الأشخاص ذوي الحقوق على العقار خلافا للبطاقات الشخصية التي تمسك و ترتب بحسب الترتيب الأبجدي لأسماء الملاك . و بالنسبة لهذه البلديات فإن إسكاف البطاقات العقارية يتم على أساس نوعين من البطاقات ، النوع الأول يسمى بطاقات قطع الأراضي، في حين يطلق على الثاني اسم بطاقات العقارات الحضرية.

أ- بطاقات قطع الأراضي *les fiches parcellaires*

نصت عليها المادة 20 من المرسوم 63/76 و عرفتها بشكل غير مباشر المادة 23 من نفس المرسوم بقولها "تحدث بطاقة قطع أراضي للملكية بالنسبة لكل وحدة عقارية موجودة في مسح الأراضي العام الذي تم إعداده" . إذ تحدث هذه البطاقة لكل وحدة عقارية ، و تعتبر وحدة عقارية كل قطعة أرض ممسوحة و مرقمة أو كل مجموعة من القطع المملوكة لشخص واحد أو على الشيوع لمجموعة من الأشخاص بشرط أن تكون مثقلة بنفس الحقوق و الأعباء حسب تعبير المادة 23 في فقرتها الثانية من المرسوم 63/76 .

و بطاقة القطع تمسك سواء بالنسبة للعقارات الحضرية أو الريفية على حد سواء ، و هي تتضمن ضمن نموذجها بيانات حول وصف القطعة الأرضية و رقمها و قائمة التصرفات التي كانت محلا لها و ذلك بالاستناد إلى الوثائق المشهورة. و لكن أهمية هذه البطاقة تبدو أكثر بالنسبة للعقارات الريفية ، لأن العقارات الحضرية تكون محل تعريف و ترقيم أيضا في بطاقات أخرى تسمى بطاقة العقار الحضري و لذلك فإنه يكفي للتعريف بالعقار الحضري الإشارة في بطاقة القطعة *fiche parcellaire*

بالإحالة إلى رقم بطاقة العقار الحضري الممسوكة¹. و لذلك فإنه يمكن القول أنه في كل بلدية ممسوحة تخصص بطاقتان لكل عقار حضري ، الأولى تسمى بطاقة العقار الحضري (fiche d'immeubles urbains) و الثانية تسمى بطاقة قطعة الأرض (fiche parcellaire). أما بالنسبة للعقار الريفي فلا تخصص له سوى بطاقة واحدة هي بطاقة قطعة الأرض (fiche parcellaire). و قد حددت المادة 24 البيانات التي تتضمنها بطاقة القطعة الأرضية (fiche parcellaire)².

و تتضمن كل بطاقة من هذه البطاقات خمس جداول يدون على كل جدول فيها أحد البيانات المذكورة في المادة 24 سالفه الذكر ، كما يعاد إعداد البطاقة وتحيينها كلما حدث تغيير لحدود الوحدة العقارية مع ضرورة تأشير المحافظ العقاري على البطاقة الأصلية و البطاقة الجديدة المستحدثة ، و يرتب هذا النوع من البطاقات في كل محافظة عقارية ضمن مجموعة خاصة حسب كل بلدية ، و بالنسبة لكل بلدية حسب الترتيب الأبجدي للأقسام و بالنسبة للأقسام حسب الترتيب التصاعدي لأرقام مخطط مسح الأراضي³.

¹ يوجد هذا النوع من البطاقات في القانون الفرنسي أيضا باعتبارها بطاقات عينية، بحيث تنص المادة 10 من مرسوم 14 أكتوبر 1955 على إحداث بطاقة عقار "fiche d'immeuble" لكل عقار حضري ولكل جزء من عقار حضري و ذلك في كل العقارات الواقعة في الحضائر السكنية لمقاطعة السان القديمة (l'ancien département de la saine) و كذلك للعقارات الحضرية الواقعة في الحضائر التي يزيد عدد سكانها عن 10000 ساكن ، و نفس المرسوم نص على وجوب إحداث بطاقة قطعة (fiche parcellaire) لكل عقار ممسوح بصرف النظر عن كونه عقارا حضريا أم ريفيا. راجع في تفصيل ذلك

Stephane Piedelievre op.cit p 44.

² إذ يذكر المحافظ العقاري على كل بطاقة علاوة على البلدية و بيان مسح الأراضي (القسم و رقم المخطط و المكان المذكور) البيانات التالية:

- نطاق الوحدة العقارية و نوعها
- الإجراءات المتعلقة بحق الملكية و تعيين المالك و كذلك بالنسبة للأشخاص الطبيعيين شروطهم الشخصية كما هي محددة في المادة 65 من المرسوم 63/76
- الإجراءات المتعلقة بالحقوق المشتركة و الارتفاقات الإيجابية و السلبية.
- الإجراءات المتعلقة بالحقوق العينية و الأعباء العقارية و الإيجارات غير الشكليات المذكورة أعلاه و أدناه.
- الامتيازات و الرهون و كذلك التعديلات و التشطيبات المتعلقة بهذه الحقوق.

³ تنص المادة 26 من المرسوم 63/76 على أن " ترتب بطاقات الملكية الخاصة بقطع الأراضي في كل محافظة عقارية ضمن مجموعة متميزة حسب كل بلدية و بالنسبة لكل بلدية حسب الترتيب الأبجدي للأقسام و بالنسبة للأقسام حسب الترتيب التصاعدي لأرقام مخطط مسح الأراضي ".

ب - بطاقة العقار الحضري *fiche d'immeuble urbain*

تعتبر كعقارات حضرية و تكون موضوع إحداث بطاقات عقارية العقارات المبنية وغير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمة بصفه نظامية للجهات السكنية التابعة للبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 2000 نسمة ، و هذا حسب تعريف المشرع لها في المادة 21 من المرسوم 63/76 .

و جدير بالذكر أن بطاقة العقار الحضري خلافا لبطاقة قطع الأراضي تمسك في جميع البلديات على الشكل العيني أي بالنظر إلى العقار حتى في البلديات غير الممسوحة ، ذلك أنه إذا كان تحديد مساحة و موقع و حدود العقارات الريفية الواقعة خارج المناطق العمرانية مهمة صعبة ما لم يتم مسح كامل لها من طرف مصالح تقنية ، فإن العقارات الحضرية كالمساكن و الحدائق و المنشآت الثابتة الأخرى و قطع الأراضي المعدة للبناء لا تحتاج في تحديد موقعها و حدودها و مساحتها دائما إلى أعمال المسح و إنما يكفي للتعريف بها مجرد ذكر الشارع الذي تقع فيه و رقم العقار¹ .

و العقارات الحضرية لاسيما المباني الجماعية منها غالبا ما تكون بها أجزاء مشتركة بين مجموعة من الملاك المشتركين (copropriétaires) مثل العمارات فهي علاوة على أنها تتشكل من مجموعة شقق تشكل ملكيات فردية لأصحابها، فإنها تحتوي أيضا على أجزاء مشتركة بين جميع المالكين كالسلام و السطح و المصاعد و موقف السيارات التابع للعمارة ، و في مثل هذه الحالة لا يكتفي المحافظ العقاري بمسك بطاقة واحدة للعقار ككل، و إنما مثل هذه العقارات تكون موضوعا لمسك نوعين من البطاقات إحداها عامة و الثانية خاصة و كذلك الحال بالنسبة لقطع الأراضي الحضرية الكبيرة المخصصة كتجزئة (lotissement) من أجل تقسيمها فيما بعد إلى قطع أراضي صغيرة ، فإنها أيضا تكون محلا لهذين النوعين من البطاقات.

¹ هذا ما نصت عليه المادة 27 من المرسوم 63/76 التي جاء فيها "تعد بطاقة عقارية لكل عقار حضري و لكل جزء من عقار حضري حسب مفهوم المادة 21 و تعد بطاقة العقار الحضري حتى في حالة عدم وجود مسح للأراضي و في هذه الحالة يعين العقار بالاستناد إلى البلدية التي يقع فيها و إلى اسم الشارع و الرقم " .

ج - البطاقة العامة للعقار fiche générale de l'immeuble

إن البطاقة العامة للعقار تحدث و تعد للتعريف بكل عقار سواء أكان يحتوي أجزاء مشتركة أم لا، فجميع المباني الفردية أو الجماعية و كل القطع الأرضية تكون محلا لإحداث بطاقة عقارية عامة تعرف بها. و يذكر المحافظ العقاري على البطاقة العامة علاوة على البلدية التي يوجد بها العقار واسم الشارع و الرقم و بيان مسح الأراضي مجموعة أخرى من البيانات التفصيلية الموزعة على ستة جداول على النحو التالي :

- في الجدول الأول : تعيين مجموع العقار و لاسيما وصفه الوجيز مع بيان نوعه و رقمه.

- في الجدول الثاني : تعيين القطع إن اقتضى الأمر

- في الجدول الثالث : الإجراءات المتعلقة بحقوق ملكية العقار ككل و تلك المتعلقة بكل قطعة إن وجدت و كذا الشكليات و الإجراءات المتعلقة بأول عقد ناقل أو منشئ للملكية المفرزة و كذا هوية الشخص الاعتباري المالك لمجموع العقار و كذا هوية مالك كل قطعة أو شقة من مكونات العقار، مع الإشارة إلى المراجع و الإحالات المتعلقة بالبطاقة الخاصة بالأجزاء المشتركة المنشأة بمناسبة أول تقسيم.

- في الجدول الرابع : الإجراءات و الشكليات المتعلقة بالحقوق المشتركة و الارتفاقات الإيجابية و السلبية.

- في الجدول الخامس : الإجراءات و الشكليات المتعلقة بالحقوق العينية و الأعباء العقارية و الإيجارات لأكثر من 12 سنة غير الشكليات المذكورة في الجدول الثالث والرابع و السادس.

- في الجدول السادس : الامتيازات و الرهون و كذلك التعديلات و التشطيبات المتعلقة بهذه الحقوق نفسها¹.

¹ راجع المادة 29 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

د - البطاقة الخاصة بالملكية المشتركة *fiche particulière de la copropriété*

لما يتعلق الأمر بعقار يشكل ملكية مشتركة¹ ، بحيث يحتوي على أجزاء مفرزة خاصة بكل مالك و أخرى مشتركة بين جميع الملاك كحالة العمارات ، أو لما يتعلق الأمر بتجزئة (lotissement) أرضية مقسمة إلى مجموعة قطع أرضية، فإن المحافظ العقاري فضلا عن البطاقة العامة للعقار بأكمله التي يعدها ملزم بمسك بطاقة خاصة بالملكية المشتركة لكل قطعة lot أو جزء fraction، فمثلا إذا كان الأمر يتعلق بعمارة متكونة من مجموعة من الشقق فإن المحافظ العقاري يقوم بمسك بطاقة عامة للعقار المتمثل في العمارة للتعريف بها و بيان موقعها و مساحتها و مشتملاتها و مالكيها و مالك الأرض أو الوعاء المشيدة عليه ، إلى جانب ذلك يعد ويمسك بطاقة لكل شقة تسمى البطاقة الخاصة يعرف بها بكل شقة ببيان موقعها داخل العمارة و رقمها و مشتملاتها و مالكيها و التصرفات الواردة عليها و باقي البيانات المتعلقة بها.

أما إذا كان الأمر يتعلق بتجزئة مقسمة لقطع، فإن المحافظ العقاري يمسك بطاقة عامة خاصة بالتجزئة كاملة و بطاقات خاصة بكل قطعة غير إنه كلما تم بيع أو تخصيص قطعة من هذه القطع فإنها تكون محلا لأعداد و مسك بطاقة عامة تدون عليها البيانات التي تدون عادة على البطاقات العامة، لأنه في مثل هذه الحالة بمجرد بيع القطعة أو منحها فإنها تستقل بذاتها و تنفصل عن التجزئة خلافا للحالة المبينة في المثال السابق، إذ الشقق لا تستقل عن العمارة و تبقى دائما تشكل جزءا منها.

أما بيانات البطاقة الخاصة التي يدونها المحافظ العقاري فقد بينتها المادة 30 من المرسوم 63/76 ، إذ علاوة على البلدية و اسم الشارع و الرقم و عند الاقتضاء رقم القطعة و بيان مسح الأراضي بمجموع العقار فإنه يدون مجموعة أخرى من البيانات موزعة على ستة جداول على النحو التالي :

- في الجدول الأول : التعيين الوجيز لمجموع العقار مع بيان نوعه و موقعه.

¹ تنص المادة 743 من القانون المدني على أن "الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية و التي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص و نصيب في الأجزاء المشتركة "

- في الجدول الثاني : تعيين القطعة التي أعدت لأجلها البطاقة الخاصة.
- في الجدول الثالث : الإجراءات المتعلقة بحقوق الملكية القطعة و تعيين المالك
- في الجدول الرابع : الإجراءات المتعلقة بالحقوق المشتركة و الإرتفاقات الإيجابية والسلبية.
- في الجدول الخامس : الإجراءات المتعلقة بالحقوق العينية و الأعباء العقارية والإيجارات لأكثر من 12 سنة غير الإجراءات و الشكليات المذكورة في الجدول الثالث و الرابع و السادس.
- في الجدول السادس : الامتيازات و الرهون و كذلك التعديلات و التشطيبات المتعلقة بهذه الحقوق نفسها.

و كل تعديل في محتوى القطعة يكون موضوع إعداد بطاقات خاصة مطابقة و ذلك بعد ترقيم القطع الجديدة ، و يؤشر على البطاقة الأصلية و الجديدة بعبارة تكون مرجعا فيما بينهما. و ترتب البطاقات الخاصة تبعا للبطاقة العامة المطابقة و حسب الترتيب العددي للقطع أي على الشكل العيني.

هـ - البطاقات الأبجدية **les fiches alphabétiques ou le fichier alphabétique**

خلفا لما كتب البعض فإن البطاقات الأبجدية التي تمسك بأسماء أصحاب العقارات أو أصحاب الحقوق ، لا تكون فقط في المناطق غير الممسوحة على أساس أن هذه المناطق تبقى خاضعة للشهر على طريقة نظام الشهر الشخصي ، و إنما يوجد هذا النوع من البطاقات في البلديات الممسوحة أيضا ، إذ يلزم المحافظ العقاري بمسكها إلى جانب البطاقات العينية و ذلك امتثالا لنص المادة 44 من المرسوم 63/76 التي تنص على أن "فضلا عن سجل الإيداع المنصوص عليه في المادة 41، فإن المحافظ العقاري يمسك مجموعة بطاقات حسب الترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق التي تم إشهارها." ، فمسك البطاقات الأبجدية بالترتيب الأبجدي لأسماء الأشخاص أصحاب الحقوق في البلديات الممسوحة له أهمية عملية تظهر على الخصوص في تسهيل عملية البحث لما يكون المطلوب من المحافظ العقاري بيانا بأملك شخص

معين مثلما يحدث في الغالب في طلبات المعلومات الذي يقدمه الأشخاص للمحافظ العقاري .

و هذه البطاقات ليست هي البطاقات الشخصية أو الفردية التي تمسك في البلديات غير الممسوحة بشكل مؤقت و انتقالي إلى حين إتمام أعمال المسح بها ، فهذه الأخيرة بطاقات كبيرة تمسك على الشكل الشخصي كبديل عن البطاقات العينية لكون هذه الأخيرة لا يمكن مسكها إلا بعد إتمام أعمال المسح ، بينما تعتبر البطاقات الهجائية بطاقات تكميلية للبطاقات العينية . و من الناحية العملية فإن هذه البطاقات صغيرة الحجم و لا تتضمن بيانات كثيرة سوى تعيين أسماء الأشخاص أصحاب الحقوق و المراجع الخاصة بالبطاقات العينية للعقار المقابلة لها.

و عليه فإنه في البلديات الممسوحة الآن يقوم المحافظ العقاري بمسك نوعين من البطاقات العقارية و هي البطاقات العينية التي تجمع و ترتب بحسب ترتيب أرقام العقارات إذ يعتبر العقار المرجع الأساسي في الإشهار فيها ، و إلى جانب ذلك يمسك مجموعة من البطاقات الصغيرة الأبجدية بحسب الترتيب الأبجدي للأشخاص أصحاب الحقوق يستعملها في البحث عن أملاك شخص ما و التصرفات التي قام بها و هو ما يفيد كثيرا في تسليط الضريبة على أصحاب العقارات¹.

2- في البلديات غير الممسوحة

سبقت الإشارة إلى أن العقارات الحضرية أي تلك الواقعة ضمن التجمعات السكنية والحضائر و قرب الطرق، إنما تمسك لها بطاقات عقارات حضرية على

¹ إن هذه الطريقة في مسك البطاقات العقارية هي نفس الطريقة المتبعة في النظام الفرنسي ، إذ و بالرغم من إتمام أعمال المسح على كافة البلديات فإن البطاقات الهجائية المرقمة بحسب أسماء الأشخاص لازالت وسيلة لا غنى عنها في نظام الشهر العقاري الفرنسي و حسنا فعل المشرع الجزائر بهذه الطريقة ، إذ بذلك يكون قد وضع أمام المحافظ العقاري و الأشخاص الراغبين في الاستفادة من خدمات المحافظات العقارية في إعلام الجمهور مصادر متنوعة للمعلومات ، إذ تشكل البطاقات العينية مصدرا أولا مبني على البحث في وضعيات العقارات ، في حين تمثل البطاقات الهجائية مصدرا ثانيا مبني على البحث في التصرفات التي أبرمها شخص ما و ما إذا كان يملك أم لا .

الشكل العيني إذ يعرف فيها العقار بموقعه في البلدية و اسم الشارع و الرقم و ذلك سواء أكانت البلدية ممسوحة أم لا. أما العقارات الريفية فهي التي يختلف الأمر بشأنها و طريقة التعريف بها و البطاقات التي تخصص لها بحسب ما إذا كانت واقعة في بلديات ممسوحة أم غير ممسوحة.

فأما إذا كانت واقعة في بلدية ممسوحة، فقد رأينا أنها تكون محلا لإعداد و مسك بطاقات عقار عامة تفهرس و ترتب بحسب ترتيب أرقام قطع الأراضي أما إذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات غير ممسوحة بعد، فإن المادة 113 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري أشارت إلى أنه "خلافًا لأحكام المادتين 19 و 26 من هذا المرسوم و إلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية، فإنه تمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة وكلما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشهارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت اسم كل مالك. و تتضمن مجموعة البطاقات العقارية بطاقات فردية للمالكين طبقا لنموذج يحدد بقرار من وزير المالية".

فهذه البطاقات المؤقتة هي ما يسمى بالبطاقات الشخصية التي تشهر فيها التصرفات باعتبار أسماء الأشخاص و ليس باعتبار العقار، و هي البطاقات المستعملة في نظام الشهر الشخصي، و هي تختلف عن البطاقات الهجائية التي يمسكها المحافظ العقاري إلى جانب البطاقات العينية في البلديات الممسوحة من حيث حجم البيانات التي تحتويها و أهميتها، فالبطاقات الشخصية (fiches personnelles) المؤقتة هي بطاقات تتضمن كل البيانات الخاصة بالشخص صاحب الحق و التصرف و العقار محل التصرف وغيرها من البيانات المفيدة و التفصيلية، بينما لا تحتوي البطاقة الأبجدية سوى على اسم المالك و بيان سطحي لما يملك مع الإحالة لمزيد من البيانات التفصيلية إلى بطاقات العقارات.

و البطاقات الشخصية المؤقتة التي لازالت موجودة في البلديات غير الممسوحة يتم فيها قيد عمليات شهر التصرفات الواردة على العقارات بطريقة تدون عليها بيانات تخص نوع العقار محل التصرف و موقعه و محتوياته و أسماء المالكين المجاورين و ذلك في غياب مخطط للمسح يحدد موقع و بيانات العقار الطبيعية بدقة. و مهما يكن فإن هذه البطاقات الشخصية ليست سوى مرحلة انتقالية إلى حين تعميم مسح الأراضي¹.

الفرع الثالث : السجلات و الدفتر العقاري

إلى جانب البطاقات العقارية وسيلة العمل الأولى و التي تشكل مجتمعة و مرتبة فهرسا عقاريا متكاملًا (Fichier immobilier)، يستعمل المحافظ العقاري سجلا يدعى سجل الإيداع ، يدون عليه أولا بأول طلبات الإشهار المقدمة له بحسب تاريخ ورودها و يقفل هذا السجل كل يوم . و يعد هذا السجل الذي يؤشر عليه من طرف جهات القضاء المختصة دعامة مادية حقيقية لنظام الشهر العقاري و أحد مقوماته المادية بالنظر إلى أهميته و ضرورته العملية.

أما الدفتر العقاري (le livret foncier) فهو مرادف لسند الملكية و الحقوق العينية الأخرى باعتباره دفترًا مستخرجًا من السجل العقاري (Le livre foncier) يتضمن نقلًا مطابقًا للبيانات الخاصة بعقار ما و المدونة على البطاقة العقارية المخصصة له، و يعد أحد وسائل العمل المادية التي يستعملها المحافظ العقاري في عمله اليومي لاسيما في البلديات التي تم فيها المسح العام للأراضي ، إذ بعد إتمام إجراءات المسح فإن كل إجراء أو تصرف يتناول عقارا ما لا يجوز تقديمه أمام المحافظ العقاري و إيداعه من أجل الشهر إلا بتقديم الدفتر العقاري إلا في الحالات المستثناة بالنصوص القانونية.

¹ تنص المادة 115 من المرسوم 63/76 على أنه " إن السجل العقاري المعد طبقًا لأحكام هذا المرسوم يحل محل مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة المشار إليها في المادة 113 بمجرد إعداد مسح الأراضي".

أولاً : السجلات

تعتبر السجلات على اختلاف أنواعها أهم الوسائل المادية في كل أنظمة الشهر في العالم¹ ، إذ يستعملها المحافظ العقاري في قيد و تسجيل مختلف التصرفات و الوثائق المقدمة للشهر بترتيب ورودها إليه ، ففي بعض الأنظمة تتعدد السجلات و يخصص كل منها لنوع معين من التصرفات أو لتسجيل بيانات معينة ، كما هو الحال في النظام الفرنسي إذ يوجد سجل عام يدعى سجل الإيداع le registre des dépôts و إلى جانبه توجد سجلات خاصة des registres spéciaux ، الفرق بينهما أن سجل الإيداع يعد و يمسك من طرف المحافظ العقاري بينما السجلات الخاصة فيقتصر دور المحافظ العقاري في إمساكها فقط بينما إعدادها فتقوم به جهات أخرى².

أما في الجزائر فإنه لم يرد النص في مجموعة القوانين و الأوامر و المراسيم المتعلقة بالشهر العقاري سوى على سجل واحد هو سجل الإيداع الذي تتم عليه عمليا كل القيود و التسجيلات المختلفة بدءا بالإجراء الأول الذي يلي عمليات المسح العام للأراضي وصولا إلى مختلف طلبات الشهر . و هو بذلك يشكل أهم وسائل العمل المادية إلى جانب البطاقات العقارية .

سجل الإيداع le registre des dépôts

تنص المادة 41 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه "ينبغي على المحافظ أن يكون لديه سجل للإيداع يسجل فيه يوما بيوم و حسب الترتيب العددي (الرقمي) تسليمات العقود و القرارات القضائية وبصفة عامة جداول الوثائق المودعة قصد تنفيذ إجراء خاص بالإشهار...". إن هذا النص و النصوص التالية له تلزم المحافظ العقاري بأن يعد و يمسك سجلا خاصا يسجل عليه ما يتلقاه يوميا من عقود و قرارات قضائية قصد إشهارها، كما يشير

¹ Stéphane piedelievre op.cit page 38

² نفس المرجع ص 40

على نفس السجل إلى جدول الوثائق (bordereau des documents) المرفقة بكل عقد أو قرار قضائي مطلوب إشهاره.

و من أجل ضمان صحة البيانات المدونة من قبل المحافظ العقاري على سجل الإيداع، فإن المحافظ العقاري يلزم بفتح هذا السجل و قفله كل يوم ، و ذلك من أجل منع احتمال تسجيل عقود أو قرارات بإعطائها تاريخا سابقا لتاريخ إيداعها ، إذ يلزم المحافظ العقاري أن يؤشر بالإيداع على سجل الإيداع فور تلقيه طلب الإشهار و من دون تأخير أو تأجيل إلا للمدة الضرورية لفحص الوثائق و التحقق من هوية الأطراف و صحة البيانات كما سنرى .

و في الاتجاه الرامي إلى تشدد المشرع بخصوص عمليات الإيداع و مختلف التأشيرات فإن المادة 43 من المرسوم 63/76 تدخلت حتى في أدق تفاصيل عمليات التأشير بالإيداع ، إذ ألزمت المحافظ العقاري أثناء تدوينه البيانات على سجل الإيداع عدم ترك أي بياض في نهاية أسطر الكتابة و ذلك بوضع خط إلى غاية نهاية السطر و تجنب الكتابة بين الأسطر و ذلك منعا لكل زيادة أو كتابة لاحقة بين الأسطر أو في نهاية الأسطر.

و من أجل بسط رقابة القضاء على هذا السجل، فإنه لا يمكن للمحافظ العقاري تدوين أي بيان على السجل الذي يعده إلا بعد أن يرقم و يوقع على صفحاته من قبل قاضي المحكمة التابعة لاختصاص المحافظة العقارية دون أن يحدد النص رتبة هذا القاضي أو السلطة الموكلة إليه¹ . كما يلزم المحافظ العقاري بإعداد نسخ لكل سجلات الإيداع المقفلة خلال السنة وإيداع هذه النسخ لدى كتابة ضبط المجلس القضائي التابع الدائرة اختصاص المحافظة العقارية و ذلك من أجل الحرص على مطابقة السجلات

¹ بالرجوع إلى التحرير الفرنسي للمادة 43 من المرسوم 63/76 فإنها تجعل ذلك من صلاحية أي قاضي بالمحكمة كونها جاءت بصفة النكرة "un juge" و لكن عمليا يتم ذلك من قبل رئيس المحكمة.

الأصلية للواقع من جهة و من أجل تأسيس أرشيف يرجع إليه في حالة ضياع أو تلف النسخ الأصلية¹.

و أخيرا فإن المحافظ العقاري ملزم بتسليم ملتصق الشهر سندا أو وصلا يشار فيه إلى مراجع سجل الإيداع، و بعد إتمام إجراء الإيداع و الشهر يقوم ملتصق الشهر بإرجاع الوصل أو سند الاستلام مقابل تسلمه من المحافظ العقاري الوثائق التي قدمها رفقة طلب الشهر و إذا تعذر عليه إرجاع السند فإنه يوقع على إبراء décharge بخصوص هذه الوثائق يثبت من خلاله استرجاعه لها.

ثانيا : الدفتر العقاري le livret foncier

في ظل الأمر رقم 71/73 المتعلق بالثورة الزراعية و المرسوم التنفيذي رقم 32/73 الصادر تنفيذا لقانون الثورة الزراعية كانت إدارة أملاك الدولة و التنظيم العقاري تسلم للمالك شهادة ملكية بموجب المادة 25 من المرسوم التنفيذي 32/73 غير أن المادة 32 من قانون الثورة الزراعية أشارت إلى أن هذه الشهادات تستبدل بدفاتر عقارية بعد إحداث عملية المسح². و تطبيقا للنص المتقدم الذكر جاء الأمر 74/75 و نص في مادته 18 على أنه يقدم إلى مالك العقار بمناسبة الإجراء الأول دفتر عقاري تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية...." ثم جاء نص المادة 45 من المرسوم التنفيذي 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و النصوص التالية له ليبين طبيعة الدفتر العقاري و حجتيه و البيانات التي يتضمنها و طريقة التأشير عليه و تسليمه و إغائه.

فالدفتر العقاري (le livret foncier) فهو عبارة عن سند ملكية قاطع الحجية يحل محل عقود الملكية مباشرة بعد الانتهاء من عمليات المسح العام في إقليم بلدية ما

¹ هذا ما فعله المشرع الفرنسي أيضا و لكن بحرص أكبر لما ألزم المحافظ العقاري بإيداع نسخ من سجل الإيداع لدى المحكمة و المحافظة العقارية المجاورة و مركز الأرشيف الوطني فضلا عن تدوين بيانات السجل في أقرص ممغنطة في

سجل خاص يدعى Le fichier informatisé .

² مجيد خلفوني (نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري) دار هومة - الجزائر 2007 ص 109.

يعده المحافظ العقاري بنقل البيانات المدونة على البطاقة العقارية الخاصة بعقار ما بعد انتهاء عملية المسح . و يسلم لكل مالك أو مجموعة ملاك على الشيوع¹ دفتر يحتوي على البيانات التفصيلية المتعلقة بالحقوق العقارية المختلفة يحتج به في مواجهة الغير كوسيلة إثبات عملا بالمادة 46 من المرسوم 63/76 ، و يقدم إلى المحافظ العقاري بمناسبة كل إجراء لاحق بحيث أن كل تأشير يدون على البطاقة العقارية بسبب تصرف أو حكم قضائي يجب أن ينقل لزوما على الدفتر العقاري الذي يقدم أثناء تقديم سند التصرف أو الحكم للشهر كما تنص عليه طبقا للمادة 18 من المرسوم 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و إعداد السجل العقاري² و المواد 47 و 48 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري³ .

و يجدر الذكر أن بيانات الدفتر العقاري يتم ضبطها و مراجعتها كلما وقع تصرف أو تعديل أو نقل للحقوق المشهورة أو ترتيب حق عيني على العقار ما لم يؤدي ذلك إلى إنشاء بطاقة عقارية جديدة لأنه في هذه الحالة الأخيرة يتم إحداث دفتر عقاري جديد ، كما أن كل نقل للحقوق المدونة بالدفتر العقاري يؤدي إلى إيداع الدفتر العقاري لدى المحافظة العقارية و تسليمه بعد ضبطه للمالك الجديد كما تنص المادة 46 من المرسوم 63/76.

و بعد تسليم الدفتر العقاري للمالك فإن أي إجراء أو تصرف أو حكم قضائي و عموما أي معاملة أو سند لا يمكن شهره، إلا إذا كانت الوثائق المودعة من أجل الشهر مصحوبة بالدفتر العقاري و ذلك من أجل تمكين المحافظ العقاري من التحقق

¹ بخصوص كيفية تسليم الدفتر العقاري، فإن الأمر يختلف باختلاف عدد الأشخاص أصحاب الحقوق المشهورة و المؤشر بها على الدفتر العقاري. فإن كان شخصا واحدا فلا إشكال إذ يسلم له الدفتر العقاري، أما إذا تعلق الأمر بأمالك مشاعة بين شخصين أو أكثر فإنه لا يعد إلا دفتر واحد يودع لدى المحافظة العقارية يأخذ عنه الملاك نسخا مصورة إلا إذا اتفق الشركاء المشاعين على تعيين وكيل من بينهم يسلم إليه الدفتر العقاري، و في كل الأحوال يشار على بطاقة العقار المطابقة للدفتر العقاري إلى الجهة التي سلم لها الدفتر العقاري .

² تنص المادة 18 من الأمر 74/75 على " ...إن العقود الإرادية و الاتفاقات المشار إليها في المادة 16 أعلاه لا يمكن إشهارها إلا إذا كانت الوثائق المخصصة بأن تكون محفوظة لدى المصلحة المكلفة بمسك السجل العقاري مرفقة بالدفتر العائلي."

³ رمول خالد (المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري) قصر الكتاب - البليلة 2001 ص 119

من بيانات العقار و من شرط الشهر المسبق من جهة و حتى يتم ضبط بيانات الدفتر وفق التصرف أو الحكم المطلوب شهره من جهة ثانية¹.

أما عن شكل و بيانات الدفتر العقاري فقد تم تحديده بموجب نموذج خاص محدد عن طريق قرار وزير المالية الصادر بتاريخ 1976/05/27 ، و قد تشدد المشرع إلى أبعد الحدود بشأن طريقة التأشير على الدفتر العقاري من طرف المحافظ العقاري و فاق هذا التشدد ما سبق ذكره بشأن بيانات السجل العقاري² ، غير أنه يجوز للمحافظ العقاري التدخل لتصحيح بيانات الدفتر العقاري بعدما يقوم بهذا التصحيح على البطاقات العقارية مستعملا حقه في التصحيح التلقائي للأخطاء و السهو الصادر من موظفي المحافظة و مساعديه المنصوص عنه في المادة 33 من المرسوم 63/76 ، و في هذه الحالة يوجه إنذارا لحائز الدفتر من أجل إيداعه للتصحيح.

و أخيرا فإنه لكل مالك يفقد الدفتر العقاري الذي يحمله أو يتعرض دفتره للتلف و الاهتراء أن يتقدم أمام المحافظ العقاري بطلب تسليمه دفترا جديدا بعدما يثبت

¹ أورد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 50 من المرسوم 63/76 استثناءات على هذا الشرط و تتعلق حصرا بالحالات التالية :

- العقود المشار إليها في المادة 13 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.
- العقود المحررة أو القرارات القضائية التي صدرت بدون مساعدة أو تدخل المالك أو ضده.
- تسجيل امتياز أو رهن قانوني أو قضائي.

و في هذه الحالات فإن المحافظ العقاري يبلغ الإشهار إلى حائز الدفتر العقاري بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يتضمن إنذارا بأن يودع الدفتر لدى المحافظة العقارية في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ إشعار استلام الرسالة الموصى عليها بقصد ضبط الدفتر و لا يتم أي إجراء آخر قبل الموافقة بين السجل العقاري و الدفتر العقاري إلا إذا كان الأمر يتعلق بأحد الإجراءات المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة 50 . و في حالة ما إذا بقي الإنذار بدون نتيجة و كان هناك نقل للملكية فإن المالك الجديد يمكنه أن يحصل على دفتر آخر و يشار في البطاقة إلى الدفتر المحصل عليه مع حفظ حق الأطراف في أن يطلبوا من القضاء حكما بإيداع الدفتر لدى المحافظة العقارية.

² ألزمت المادة 45 المحافظ العقاري أن يؤشر على الدفتر بكيفية واضحة و مقروءة و أن تكون الكتابة لزوما بالحبر الأسود الذي لا يمحو و عدم ترك أي بياض على صفحات الدفتر العقاري وذلك بشطب البياض و ملاءه بخط أسود مع ضرورة ترقيم و توقيع الجداول، و أن تكتب الأسماء العائلية للأطراف بأحرف كبيرة و الأسماء الشخصية بأحرف صغيرة ، و يمنع المشرع كل تحشير أو كشط ، و كل غلط أو سهو فإنه لا يمحو و لا يكشط و إنما يشار إلى الخطأ و تصحيحه عن طريق الإحالة و يجب الفصل بين كل إجراء و إجراء تال له بخط مرسوم بالحبر . و ربما يعود تشدد المشرع الجزائي في شأن طريقة التأشير على الدفتر العقاري و تدخله حتى في تفاصيل طريقة الكتابة و الترقيم و التوقيع بشكل أكثر من تشدده في بيانات سجل الإيداع إلى أن الدفتر العقاري يسلم للمالك بينما سجل الإيداع يبقى محفوظا بالمحافظة العقارية و لذلك فإن احتمال تزوير و العبث ببيانات الدفتر العقاري أكبر من احتمال ذلك في سجل الإيداع.

هويته ، و بناءا على هذا الطلب يعيد المحافظ العقاري إعداد دفتر جديد مطابق للبطاقة العقارية الخاصة بالعقار و تسليمه لصاحب الشأن مع ضرورة التأشير في البطاقة إلى هذا التسليم . و فضلا عن هذه الحالة فإن إعداد دفتر جديد نتيجة تغييرات أو تصرفات ناقله للحقوق المشهورة أو حكم يتضمن تقسيم أو نقض أو إبطال الحقوق المشهورة يؤدي إلى الإلتاف العمدي للدفتر العقاري القديم منعا للتعارض بين الدفاتر العقارية التي تعتبر سندات ملكية عقارية قاطعة الحجية¹.

المطلب الثاني : التنظيم الإداري و البشري لنظام الشهر في الجزائر

إن عملية شهر التصرفات و السندات المختلفة تتم في القانون الجزائري أمام جهة إدارية تابعة لوزارة المالية تدعى المحافظة العقارية²، و يشرف على المحافظة العقارية موظف يقوم بدور محوري في عملية الشهر و ما يسبقها و ما يليها من إجراءات يدعى المحافظ العقاري le conservateur foncier الذي يتمتع بسلطات و صلاحيات تمنحها القوانين التي تطبق النظام العيني لقاض عقاري و ذلك بخلاف الدور الذي عادة ما يتمتع به المحافظ الموظف في النظام الشخصي كالنظام الفرنسي أين يقتصر دوره على الرقابة الشكلية دون الموضوعية .

و على هذا فإن نظام الشهر العقاري في الجزائري شأنه شأن كل الأنظمة السائدة في سائر الدول يقوم على دعامتين اثنتين تشتركان في إعطاء هذا النظام الشكل و المظهر المميز له و هاتين الدعامتين هما المحافظة العقارية كجهاز إداري يعنى بأعمال الشهر و المحافظ العقاري كموظف رئيس يمارس مأمورية الشهر .

¹ حول حجية الشهر على الدفتر العقاري راجع الفصل الأخير من الرسالة. و قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/06/28 المنشور في المجلة القضائية عدد 1 سنة 2001 ص 249، إذ جاء في القرار رقم 197920 : " إن الدفاتر العقارية الموضوعية على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية و مسح الأراضي المحدث تشكل المنطلق الوحيد لإقامة البيئة في نشأة الملكية العقارية و في قضية الحال لما اعتبر قضاة المجلس أن الدفتر العقاري المستظهر به لا يعد سندا لإثبات الملكية يكونون قد خالفوا القانون ، و من الثابت قانونا كذلك أن الدفتر العقاري هو الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية ، و من ثم فإن القضاة لما توصلوا إلى التصريح بعدم وجود دليل على إثبات الملكية العقارية رغم الإستدلال بالدفتر العقاري يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون ."

² و هي تقابل في النظام الفرنسي الذي يطبق نظام الشهر الشخصي أساسا مكاتب الرهون bureaux des hypothèques وفي النظام الألماني الذي يطبق نظام الشهر العيني القاضي العقاري، و في القانون المصري مصلحة الشهر العقاري التي يشرف عليها القضاء أيضا.

الفرع الأول : المحافظة العقارية la conservation foncière

تنص المادة 20 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري على أن "تحدث محافظات عقارية يسيرها حافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري و إتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري و ذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر". و يظهر من خلال النص أن إنشاء المحافظة العقارية إنما كان من أجل الشروع في تطبيق نظام إشهار جديد غير النظام السابق، و المقصود بالنظام الجديد في نص المادة هو نظام الشهر العيني، و هذا دلالة على أن المحافظة العقارية تعد إحدى آليات تطبيق هذا النظام، بحيث تحل محل ما كان يعرف بمكتب الرهون bureau des hypothèques .

أما عن طريقة إحداث المحافظات العقارية و توزيعها الجغرافي و كفاءات تسييرها و دورها العملي، فقد أحالت بشأنه المادة 21 من الأمر 74/75 إلى التنظيم، و بالفعل فقد تضمن المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1963 المتعلق بتأسيس السجل العقاري مجموعة القواعد المتعلقة بإنشاء و تسيير و صلاحيات و دور المحافظات العقارية إضافة إلى المرسوم رقم 212/87 المؤرخ في 29 سبتمبر 1987 الذي يحدد كفاءات عمل الهياكل المحلية التابعة لإدارة المالية و تنسيقها، و جمعها على مستوى الولاية و المهام الموكلة للمحافظات العقارية و تنظيمها و تحديد قواعد المراقبة.

أولاً: تعريف المحافظة العقارية و مراحل نشأتها

إن مصطلح المحافظة العقارية جاء ليحل محل مصطلح مكتب الرهون bureaux des hypothèques الموروث عن القوانين الفرنسية أثناء الفترة الاستعمارية، و الذي ما يزال مستعملاً في فرنسا لحد الآن مع تعديل طفيف إلى

مصطلح محافظة الرهون conservation des hypothèques¹ . و الحقيقة أن مصطلح مكتب الرهون أو محافظة الرهون الذي لا يزال متداولاً على ألسن البعض مصطلح غامض ولا يدل دلالة كافية على عمل هذه المكاتب اليوم، سواء في فرنسا أم في الجزائر، و لكن مرد هذه التسمية راجع لأسباب تاريخية كما سبق الإشارة إلى ذلك².

و في الجزائر حالياً إن المحافظة العقارية هيئة إدارية عمومية تابعة إلى المديرية الولائية للحفظ العقاري التي تقوم إلى جانب المديرية الولائية لأموال الدولة التابعتان معا إلى هيئة رقابة و إشراف أعلى هي المفتشية الجهوية لأموال الدولة و الحفظ العقاري، التابعة هي الأخرى لوصاية و إشراف المديرية العامة للأموال الوطنية و هي إحدى المديريات المركزية التابعة لوزارة المالية³.

و يتبع النصوص التشريعية المختلفة من أوامر و قوانين و مراسيم منذ الاستقلال يمكن الوصول إلى رؤية تاريخية لتطور عمل المحافظات العقارية ، فبعد الاستقلال مباشرة مدد القانون المؤرخ في 1962/12/31 العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية ، فكان القانون رقم 41/59 المؤرخ في 1959/01/03 المعدل المتمم بالقانون رقم 1486/59 المؤرخ في 1959/12/28 هو الذي يحكم عمل

¹ Stephane piedelievre op.cit p.26.

² مكتب الرهون المنشأ في فرنسا بمنشور صادر في جوان 1791 كان له دور يتمثل في تطهير العقارات المرهونة من الرهون التي تنقلها و الذي كان يسمح للدائنين المرتهنين بالاعتراض على أثمان البيع التي قد يبيع بها المدين الراهن عقاره المرهون، و مع تطور الشهر العقاري و مجالات و نطاق الإشهار الذي أصبح لا يقتصر على الرهون و إنما امتد إلى تصرفات أخرى بقيت مكاتب الرهون محافظة على تسميتها في حين ظل دورها و نطاق عملها يتسع بشكل صارت معه التسمية لا تتلاءم مع الدور الحقيقي لها.

³ قبل أن يصير الأمر بهذا الشكل شهدت المحافظات العقارية عدة تجاذبات من حيث الوصاية و الإشراف و الصلاحيات بحيث ظلت تسميتها تتغير من نص إلى آخر و كذلك الجهة الوصية عليها كانت أحيانا تظهر بأنها وزارة الاقتصاد و أحيانا أخرى وزارة المالية، كما يظهر بشكل استنتاجي أحيانا أنها تابعة لوصاية الولاية باعتبارها إحدى الجماعات المحلية التابعة لوزارة الداخلية . و الملاحظ أن هذا الأمر ليس قاصرا على المشرع الجزائري فحسب ، لأنه حتى في فرنسا و إلى غاية اليوم تتقاسم الإشراف على بعض أعمال محافظات الرهون كل من وزارة الاقتصاد و المالية و وزارة العدل.

الشهر العقاري و يخضع مكاتب الرهون آنذاك إلى إشراف وزير المالية و لكن عمليا لم يكن في الجزائر منصب وزير للمالية و إنما صلاحياته كانت من اختصاص وزير الاقتصاد.

و بصدر الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري ، تم استحداث ما يسمى المحافظة العقارية بالمادة 20 منه و كل ما تضمنه هذا النص أن المحافظة العقارية يشرف عليها محافظ عقاري دون تحديد الصلاحيات بدقة و لا جهة الوصاية مكتفيا بالإحالة على التنظيم في المادة 21 منه . و تنفيذا للأمر 74/75 صدر المرسوم 63/76 بتاريخ 25 مارس 1976 وتضمن في مادته الأولى ما مفاده أنه تحدث لدى المديرية الفرعية لشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية محافظة عقارية يسيرها محافظ عقاري و لمحت المادة الرابعة من نفس المرسوم إلى سلطة وزير المالية في تمديد اختصاص مكاتب المحافظة العقارية بقرار ، بما يفيد أن المحافظة العقارية هيئة إدارية عمومية تابعة للمديرية الفرعية لشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية الموجودة على مستوى الولاية و تعمل تحت إشراف و وصاية وزير المالية . أما الصلاحيات فقد حددتها المادة الثانية من المرسوم 63/76 في العمل على تحديد العقارات و الحقوق العينية العقارية و إعلام الجمهور بها و تعريفهم بها عن طريق الإشهار العقاري.

و في سنة 1990 صدر مرسوم يحمل رقم 189/90 مؤرخ في 23/07/1990 يحدد صلاحيات وزير الاقتصاد ، و جاء بأحكام تدعو فعلا للتساؤل عن الجهة الوصية و المشرفة على المحافظات العقارية لأنه ذكر من بين صلاحيات وزير الاقتصاد في المادة الخامسة منه أنه المشرف العام على المحافظات العقارية إذ يناط به مسك السجل العقاري و ضبطه على مستوى وزارته، و أشار هذا المرسوم إلى أن المحافظات العقارية تعمل تحت وصاية المديرية العامة للضرائب و التسجيل التابعة آنذاك لوزارة الاقتصاد.

غير أنه و بعد بضعة أشهر فقط و بالضبط في 1991/03/02 صدر المرسوم التنفيذي رقم 65/91 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة و الحفظ العقاري و سيرها ، و جاء فيه بأن المحافظات العقارية تعتبر هيئات إدارية تابعة للمديرية العامة للأملاك الوطنية و تزاوّل نشاطها تحت وصاية الوزير المكلف بالمالية، إذ تتضمن هذه المديرية على مستوى كل ولاية مديريةية لأملاك الدولة و مديريةية للحفظ العقاري .

و بتاريخ 1995/02/15 صدر مرسوم تنفيذي يحمل رقم 54/95 يتضمن صلاحيات وزير المالية و ألغى صراحة صلاحيات وزير الاقتصاد و حولها لوزير المالية بخصوص الأملاك الوطنية و الحفظ العقاري و جاء في المادة الثانية منه بأن وزير المالية يمارس الصلاحيات التالية :

أ - يبادر بأي نص يتعلق بالأملاك الوطنية و سجل مسح الأراضي و الإشهار العقاري.
ب- يطبق الأحكام التشريعية و التنظيمية اللازمة لما يأتي :

- جرد الممتلكات العمومية و تقويمها و حمايتها.
- ضبط الجدول العام للممتلكات باستمرار
- يقوم بالمراقبة القانونية لاستعمال الممتلكات العمومية
- ينفذ فيما يخصه التدابير و الأعمال المتعلقة بنظام الملكية العقارية و غير العقارية و نقلها و إصلاحها¹.

و بهذا استقر الوضع و زالت التجاذبات و صارت المحافظات العقارية تابعة إلى مديريةية الحفظ العقاري التي تخضع لإشراف المديرية العامة لأملاك الدولة التابعة لوزارة المالية ، و كل القرارات و التعليمات تصدر عن جهات الوصاية هذه دون غيرها ، مما يكرس ميزة الموظف العام التابع لوزارة المالية التي يتمتع بها المحافظ العقاري على غرار محافظ الرهون في فرنسا، و خلافا لما هو مألوف في الأنظمة التي تتبع نظام الشهر العيني أين يعتبر المحافظ العقاري قاضيا و يمارس صلاحيات واسعة

¹ إن هذه الصلاحيات هي بالضبط تلك التي كان يمارسها وزير الاقتصاد بموجب المادة 5 من المرسوم 189/90.

في فحص و مراقبة التصرفات المقدمة للشهر من حيث شكلها و مضمونها و مدى صحتها . و لكن من خلال استقراء النصوص التي تحدد صلاحيات المحافظ العقاري في الجزائر يمكن القول بأنه يتمتع بصفة الموظف و يمارس صلاحيات قريبة من صلاحيات القاضي.

و الآن تنتشر المحافظات العقارية تقريبا على مستوى كل الولايات و لها مكاتب محافظات على مستوى البلديات الكبرى¹ و تتمتع كل محافظة و كل مكتب باختصاص إقليمي ، إذ ينفذ إجراء الشهر أمام المحافظة أو المكتب الواقع ضمن دائرة اختصاصه العقار محل التصرف أو موضوع الحكم القضائي المطلوب شهره . أما إذا كان التصرف المراد شهره واقعا على عدة عقارات منتشرة في دائرة اختصاصات محافظات مختلفة فإن الشهر يتم في كل محافظة أو كل مكتب يقع في نطاق اختصاص العقار² و تعتبر مخالفة الاختصاص المحلي من بين أسباب قرار رفض الإيداع الذي يصدره المحافظ العقاري³.

ثانيا : التنظيم الداخلي للمحافظة العقارية

تنص المادة الرابعة من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 123/93 على أنه "تقسم المحافظة العقارية إلى مكاتب محافظة في كل بلدية و بصفة انتقالية فإن اختصاص كل مكتب يمكن أن يمتد إلى عدة بلديات و في هذه الحالة يحدد وزير المالية بمقتضى قرار، الإقامة و الاختصاص الإقليمي لكل مكتب محافظة عقارية ، و يسير مكتب المحافظة العقارية من قبل رئيس مكتب محافظة يخضع لنفس الواجبات و المسؤوليات التي يخضع لها المحافظون العقاريون "

¹ يبلغ عدد المحافظات 183 محافظة .

أنظر علاوة بن شاكور (علاقة المحافظة العقارية بمصلحة مسح الأراضي) مقال منشور بمجلة الموثق العدد 5 سنة 1998 و انظر في نفس السياق أيضا رمول خالد (المرجع السابق) ص 81.

² هذا ما يفهم من نص المادة 99 الفقرة ما قبل الأخيرة من المرسوم 63/76 التي تنص على أنه " .. و في حالة ما إذا كان يجب إجراء الإشهار في مكنتين أو أكثر فإن الأجل المنصوص عليه يمدد بخمسة عشرة يوما كاملا بالنسبة لكل مكتب زيادة عن الأجل الأول" .

³ أنظر ما سيأتي تفصيله عند التعرض لسلطات المحافظ العقاري ص 281 و ما بعدها

أما من حيث التقسيم الهيكلي للمحافظة العقارية فقد حدده السيد وزير المالية بقراره الصادر بتاريخ 1991/06/04 الذي أشارت مادته الرابعة إلى أن المحافظة العقارية تتكون من ثلاثة أقسام هي :

- قسم الإيداع و عمليات المحاسبة

- قسم مسك السجل العقاري و تسليم المعلومات

- قسم ترقيم العقارات الممسوحة.

و يسير كل قسم من طرف رئيس قسم يعين من بين الموظفين الذين يشتغلون في هذه المصلحة ، فيما يشرف على المحافظة العقارية موظف يدعى المحافظ العقاري . أما مهام مديريات الحفظ العقاري على مستوى الولايات فأشار القرار السابق ذكره إلى أنها سوف تحدد بقرار لاحق .

1 - قسم الإيداعات و عمليات المحاسبة

يعتبر قسم الإيداعات و عمليات المحاسبة القسم الواجبة الذي تتم أمام رئيسه عمليات الإيداع لمختلف المحررات المطلوب شهرها، و في هذا القسم يتم مسك سجل الإيداع الذي تدون فيه يوما بيوم تسليمات العقود المختلفة بغرض إشهارها . و يتولى هذا القسم علاوة على تلقي طلبات الشهر من خلال سجل الإيداع تحصيل الحقوق و الرسوم المطلوبة لإتمام عمليات الشهر، كما تمسك بهذا القسم بطاقات خاصة بالضباط العموميين من موثقين و غيرهم ممن يخول لهم القانون تحرير المحررات الخاضعة للشهر¹.

و يشرف على هذا القسم رئيس قسم يختار من بين الموظفين الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عنها في المرسوم التنفيذي رقم 116/92 المؤرخ في 1992/03/14 لاسيما في مادته الثامنة بحيث يكون المترشح لهذا المنصب من بين المفتشين أو المراقبين المثبتين الذين مارسوا الخدمة بهذه الصفة مدة خمس سنوات على الأقل و مرد اشتراط الأقدمية في العمل داخل إدارة أملاك الدولة و الحفظ العقاري هو

¹ رمول خالد (المرجع السابق) ص94 و مجيد خلفوني (المرجع السابق) ص 83

أن رئيس قسم الإيداع هو الذي يمارس سلطة مراقبة العقود و المحررات المقدمة للإيداع من أجل الشهر تحت إشراف المحافظ العقاري و لأشك أن هذه السلطة تستدعي إطلاعاً معمقاً على مختلف شروط و إجراءات الإيداع سواء منها الشكلية أم الموضوعية .

2- قسم السجل العقاري و تسليم المعلومات

يتولى هذا القسم مهمة ترتيب و تنظيم الوثائق المودعة بقسم الإيداع و التي تم شهرها و ذلك ضمن مصنفات "classeurs" تسمى مصنفات الأحجام الخاصة و يتولى القسم مسك السجل العقاري المتكون - كما سبقت الإشارة إليه - من مجموع البطاقات العقارية المختلفة و تحيين البيانات على البطاقات (la mise à jour) .

كما يضطلع هذا القسم بتنفيذ عمليات البحث عن المعلومات التي تكون محلاً لطلبات يتقدم بها الأفراد و الهيئات ممن يرغبون في الاستعلام عن وضعية عقار ما أو شخص ما ، و يسلم رئيس هذا القسم لمن له مصلحة مستخرجات الوثائق المشهورة عن طريق نسخها و تصويرها بآلة التصوير مقابل رسم محدد، و يخضع رئيس قسم السجل العقاري و تسليم المعلومات من حيث تعيينه و شروط ترشحه للمنصب إلى المرسوم رقم 116/92 المؤرخ في 14/03/1992 مثله مثل رئيس قسم الإيداع و عمليات المحاسبة.

3- قسم ترقيم العقارات الممسوحة

يشرف على هذا القسم رئيس قسم يخضع في تعيينه أيضاً لنفس شروط تعيين رئيس قسم الإيداع و رئيس قسم السجل العقاري من حيث الرتبة و الأقدمية و يتولى هذا القسم مهمة متابعة إيداع و ثائق المسح و العمل على إنجاز و إتمام التحقيقات العقارية الذي بدأ فيها أثناء عملية المسح¹. كما يتولى هذا القسم متابعة المنازعات

¹ صدرت عن المدير العام للأموال الوطنية تعليمية تحمل رقم 00358 مؤرخة في 17/07/1999 يكلف بموجبها عونان تابعان للمحافظة العقارية للوقوف على العمليات المتعلقة بمسح الأراضي المنجزة.

الناجمة عن عمليات الترقيم المؤقت للعقارات بعد إتمام عملية المسح العام على إقليم بلدية ما من البلديات التابعة لاختصاص المحافظة أو المكتب الموجود فيه¹.

الفرع الثاني : المحافظ العقاري

يشرف على كل محافظة عقارية موظف عام يدعى المحافظ العقاري و هو موظف تابع لمصالح وزارة المالية، بعكس ما هو عليه الحال في الدول التي تتبع نظام الشهر العيني مثل ألمانيا أين يمارس سلطات المحافظ العقاري قاض مختص في الشؤون العقارية. ويساعد المحافظ العقاري مجموعة من الأعوان الموظفين على اختلاف درجاتهم ومهامهم، و يمارس مهامه المبينة في النصوص القانونية تحت مسؤولية الدولة التي تتحمل أخطاءه غير المقصودة إذا سببت ضررا للغير . و يتمتع المحافظ بمجموعة كبيرة من الصلاحيات التي تجعل من عمله يتميز بنوع من الخصوصية التي تدعو إلى التفكير في تشريع قانون خاص بمهنة المحافظ العقاري يعطيه الأهمية التي تتلاءم مع طبيعة عمله و مسؤوليته.

أولا : تعيين المحافظ العقاري

كما هو الحال في النظام الفرنسي، فإن المحافظين العقاريين في الجزائر موظفون تابعون لمصالح وزارة المالية، و تتمتع السجلات التي يمسونها و الشهادات

¹ تجدر الإشارة هنا إلى أن الإدارة المكلفة بشؤون الشهر العقاري عموما سواء المحافظات العقارية أو مكاتب الحفظ و أقسامها و حتى مديريات الحفظ العقاري على مستوى الولايات لازالت متخلفة في عملها و بعيدة عن الاستفادة من التكنولوجيا المعلوماتية الجديدة، إذ لازالت أعمال الإيداع و الشهر والبحث عن المعلومات بوجه خاص تتم بالطريقة اليدوية القديمة و تستعمل فيها الفهارس و السجلات الضخمة المعرضة دوما لخطر الاهتراء و القدم نتيجة حفظها و كثرة استعمالها يوميا. إذ لم تدخل لحد اليوم تكنولوجيا الإعلام الآلي بشكل مباشر في عمليات الشهر، بالرغم من أن ذلك لا يتطلب جهدا كبيرا حتى تلتحق إدارة الشهر العقاري بركب المؤسسات الأخرى سواء المالية أو القضائية أو غيرهما من المؤسسات التي صارت تستغني شيئا فشيئا عن الورق و السجلات، و إذا كان هنالك من يقول أن عملية إعادة نقل البيانات من السجلات العقارية و مجموعة البطاقات العقارية و الدفاتر العقارية على الإعلام الآلي تستدعي مراجعة قد تطول فلا بأس من الشروع في استعمال الإعلام الآلي في عمليات الشهر من الآن بمناسبة كل عملية جديدة و بهذه الطريقة يمكن أن تتحول كل السجلات إلى سجلات معلوماتية ما عدا الأرشيف القديم الذي لا بأس أن يبقى محفوظا في السجلات القديمة.

التي يصدرونها بطابع الوثيقة الرسمية ذات الحجية القوية إلى حين إثبات تزويرها أو إلغاءها من طرف القضاء ، غير أن المحافظ العقاري في فرنسا خلافا لنظيره في الجزائر لا يتقاضى راتبا شهريا لقاء وظيفته¹ .

هذا و قد حدّد المرسوم التنفيذي رقم 116/92 الصادر بتاريخ 14/03/1992 المحدد لقائمة الشروط المطلوبة للقبول في المناصب العليا للمصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري شروط الالتحاق بمهنة المحافظ العقاري . و تتمثل هذه الشروط في ضرورة أن يكون المترشح لشغل منصب محافظ عقاري من بين المفتشين المثبتين بهذه الصفة والذين يتمتعون بأقدمية خمس سنوات على الأقل من العمل في مصالح الحفظ العقاري أو أملاك الدولة .

و يعيّن المحافظ العقاري في منصبه بموجب قرار تعيين من السيد وزير المالية ، أما مدير الحفظ العقاري على مستوى الولاية فيعين بموجب مرسوم تنفيذي بناء على اقتراح الوزير المكلف بالمالية. و قبل مباشرته مهامه يؤدي المحافظ العقاري و رئيس مكتب المحافظة العقارية اليمين القانونية أمام المجلس القضائي الكائن في دائرة اختصاصه المحافظة العقارية .

ثانيا : مهام المحافظ العقاري

حدد الأمر 74/75 و المرسوم 63/76 مهام المحافظ العقاري و حصرها فيما يلي :

¹ أشارت المادة 879 من قانون الضرائب الفرنسي إلى أن محافظ الرهون يتقاضى أجره من طالبي الشهر أو المتعاملين مع المحافظة العقارية عموما، و حدد مرسوم تنفيذي قيمة هذه الأجرة عن كل إجراء يقوم به و طريقة تحصيلها و النسبة التي تقتطع منها لفائدة الخزينة، و لقاء تلك المبالغ الكبيرة التي يتقاضاها فإن القانون الفرنسي يلزم المحافظ العقاري بمسؤولية شخصية لا تتحملها الدولة و من أجل ذلك يلزم باكتتاب تأمين إجباري لتغطية تلك المسؤولية في صورة كفالة (Cautionnement) أو ضمان . و الحقيقة أن محافظ الرهون يلزم بتقديم ضمانين deux cautionnements أحدهما يغطي مسؤوليته و التزاماته تجاه الخزينة العامة والثاني يغطي مسؤوليته تجاه الغير الذين يتضررون من عملية الشهر التي تمت بخطأ أو سهو من المحافظ العقاري أو أحد أعوانه.

- مسك السجل العقاري
- إعداد و مسك مجموعة البطاقات العقارية
- تحديد حقوق الملكية و الحقوق العينية الأخرى التي يجب أن تكون موضوع إشهار في السجل العقاري بمناسبة الانتهاء من عملية المسح.
- إتمام إجراءات الشهر العقاري (م/20 من الأمر 74/75)
- ضبط و مراجعة مجموعة البطاقات العقارية بمناسبة كل إجراء (م/22 من نفس الأمر)
- حضور اجتماعات اللجنة البلدية للمسح و الإدلاء برأيه حول المنازعات (م/7-8 من المرسوم 62/76 المتعلق بالمسح العام للأراضي).
- الإشراف على تسيير المحافظة العقارية إداريا (م/1 من المرسوم 63/76)
- تلقي طلبات الإشهار للعقود و المحررات الخاضعة للشهر و تقرير الإجراء المناسب بشأنها أي إما تنفيذ الإجراء أو رفض الإيداع أو رفض الإجراء (م/3 من المرسوم 63/76).
- فحص العقود و المحررات المطلوب شهرها و التحقيق فيها من حيث هوية الأطراف و تعيين العقارات و صحة التصرفات شكلا و موضوعا (م/3 من المرسوم 63/76)
- تدوين البيانات على السجلات المختلفة و البطاقات العقارية (م/2 من المرسوم 63/76).
- الحرص على المحافظة على العقود و المحررات و المخططات و جميع الوثائق المتعلقة بالعقارات الخاضعة للإشهار.
- إعطاء المعلومات للجمهور بناء على طلب و تسليم مستخرجات من العقود المشهرة مقابل دفع رسم.
- تسليم الدفتر العقاري.
- التنسيق و مراقبة مكاتب المحافظة العقارية التي يرأسها (م/3 من المرسوم 63/76).
- ترقيم العقارات بعد إتمام عمليات المسح (م/11 من المرسوم 63/76).
- العمل على تلقي احتجاجات المواطنين و السعي إلى المصالحة بين الأطراف المتنازعة (م/15 من المرسوم 63/76)

- تبليغ مصلحة المسح بكل التحويلات و المعاملات العقارية المشهورة mutations publiées (م/17 من المرسوم 63/76).

- التأشير على البطاقات العقارية و الدفاتر العقارية (م/33 و م/45 من المرسوم 63/76).

- إصدار قرارات برفض الإيداع أو رفض الإجراء في الحالات المنصوص عنها قانونا و تبليغ قراره للمعني.

ثالثا : دور المحافظ العقاري و طبيعة مسؤوليته

لقد سبق الحديث على أنه يوجد نظامان في العالم للشهر العقاري¹، الأول يدعى نظام الشهر العيني و الثاني يدعى نظام الشهر الشخصي، و أنه في النظام الأول يتمتع المحافظ العقاري بصفة القاضي ، إذ يتولى قاض مختص صلاحيات شهر العقود و التصرفات المختلفة و أنه بالنتيجة يمارس رقابة واسعة على العقود المقدمة للإشهار من حيث شكلها و موضوعها و يحقق بعمق في مدى صحة التصرفات و محل الحق المتصرف فيه و غير ذلك من الشروط الموضوعية التفصيلية و أن قراراته تتمتع بخاصية العمل القضائي و يترتب عليها ما يترتب على العمل القضائي من آثار .

أما في النظام الثاني أي نظام الشهر الشخصي، فإن المحافظ العقاري يكون موظفا إداريا لأن الشهر في هذا النظام يهدف أكثر إلى فرض الضرائب و إعلام الجمهور بخلاف الشهر في النظام العيني و أن هذا الموظف العام لا يمارس سوى سلطات ضيقة في مراقبة العقود و الوثائق المقدمة للإشهار لا تتجاوز مجرد فحص الشروط الشكلية المطلوبة في العقود المطلوبة شهرها من حيث كونها رسمية و خاضعة لشرط الشهر المسبق و تقديمها ضمن الأجال و على الشكل و بعدد نسخ المحدد قانونا دون مراقبة الحق ذاته و البحث في مدى شرعيته و مدى صحة التصرف.

¹ أنظر ما سبق بيانه ص 43

و بالرجوع إلى النظام المطبق في الجزائر فإن دور المحافظ العقاري في مجال الشهر يتميز بخصوصية تميزه عن نظيره في فرنسا بالرغم من كون كلاهما موظفا . فباستقراء النصوص و حصر سلطات و صلاحيات المحافظ العقاري في القانون الجزائري يمكن ملاحظة معالم نظام مركب . إذ بالرغم من أن الجزائر تتبع نظام الشهر العيني بصفة أساسية إلا أن المحافظ العقاري ليس قاضيا و إنما موظف عام تابع لوزارة المالية ، و لكن من حيث الصلاحيات و السلطات التي يمارسها فإنها تشبه صلاحيات و سلطات قاضي الشهر العقاري، إذ يراقب العقود المقدمة للشهر من حيث شكلها فيؤكد من شرط الرسمية و شرط الشهر المسبق و مراعاة المواعيد و طريقة كتابة بيانات العقود و عدد النسخ المقدمة و تعيين العقار تعيينا دقيقا و هوية الأطراف و شرط السن .

كما يتدخل بسلطته في مراقبة بعض الشروط الموضوعية في التصرف أو الحق المشهر، إذ يمكنه رفض الإجراء أو على الأقل وقف تنفيذه إذا ما اكتشف أن صفة المتصرف أو الحائز الأخير للحق ليس هو نفسه المدون على البطاقة العقارية (م 101 من المرسوم 63/76) ، أو توصل من خلال التحقيق المنصوص عنه في المادة 104 إلى أن الحق غير قابل للتصرف أو كان العقد المقدم للإشهار مشوبا بأحد أسباب البطلان (م/101) ، و أسباب البطلان لا شك أنها أسباب موضوعية في أغلبها. كما يحقق المحافظ العقاري أيضا طبقا للمادة 103 من المرسوم 63/76 في أهلية الأطراف و عدم تقييد حق المتصرف في التصرف (م/104) . بل و يملك المحافظ العقاري حتى سلطة التحقيق في موضوع و سبب العقد و التأكد من أنه مشروع و غير مناف للأخلاق أو النظام العام (م/105)¹ .

¹ إن هذه الصلاحيات الواسعة لا تختلف عن صلاحيات قاضي الشهر العقاري في ألمانيا، غير أن اللافت للنظر هو أنه بالرغم من هذه الصلاحيات الواسعة إلا أن المحافظ العقاري في الجزائر لا يمكنه مراجعة البيانات الناتجة عن الترقيم النهائي، الأمر الذي لا يتم إلا أن طريق القضاء (م/16 من المرسوم 63/76)، كما أن قراراته لا ترقى إلى درجة العمل القضائي و إنما هي مجرد عمل إداري قابل للطعن أمام جهات القضاء . و أكثر من ذلك فإن دعوى الطعن في قرارات المحافظ العقاري لا ترفع ضده و إنما كانت ترفع ضد الوالي أو من ينوبه ، أي رئيس مصلحة بالولاية مكلف بشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية كما تنص عليه المادة 111 من المرسوم 63/76 و لا يوجد من بين صلاحيات المحافظ العقاري ما يدل على أنه يمثل المحافظة العقارية أمام القضاء ، و لا يوجد من بين النصوص أيضا ما يدل على أن للمحافظة العقارية شخصية معنوية أصلا .

أما بخصوص طبيعة مسؤولية المحافظ العقاري في الجزائر، فإنها أيضا تختلف عن طبيعة مسؤولية محافظ الرهون في فرنسا بالرغم من أن كلاهما موظف عام فمسؤولية المحافظ العقاري أو محافظ الرهون في فرنسا مسؤولية مدنية بحتة و دعوى التعويض عن أخطاء المحافظ ترفع ضده شخصيا¹ و التعويض يؤخذ من ذمته المالية الشخصية و الدعوى تختص بها جهات القضاء العادي و لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تختص بها الجهات القضائية الإدارية .

و تقوم مسؤولية محافظ الرهون تجاه أطراف التصرف كما تقوم تجاه الغير عن كل ضرر يسببه المحافظ بخطئه و إهماله²، و خلافا لهذا فإن مسؤولية المحافظ العقاري في الجزائر ذات طبيعة إدارية إذ أن المشرع الجزائري ألزم كل من يتضرر من أعمال المحافظ العقاري أن يرفع دعوى المطالبة بالتعويض ضد الدولة عملا بنص المادة 23 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي³. و هذه الدعوى لا تكون من مقبولة بعد انقضاء أجل رفعها و هو عام واحد من يوم اكتشاف الضرر ، غير أن هذه الدعوى لا تتقدم إلا بمرور 15 سنة من يوم ارتكاب الخطأ .

المبحث الثالث

تنفيذ إجراءات الشهر و سلطة المحافظ العقاري

بعد الحديث عن التطور التاريخي لنظام الحفظ العقاري في الجزائر و بعد التعريف بتنظيم الشهر العقاري من حيث جانبه المادي القائم على الأعمال التمهيدية المتمثلة في المسح العام للأراضي و إنشاء البطاقات العقارية على اختلاف أنواعها و إعداد و مسك السجلات و من حيث جانبه الإداري القائم على دور المحافظة العقارية

¹ Michel Dagot (la publicité foncière).PUF. coll;themis. 1° ed. 1981 p.30

² Simler et delebecque op.cit p 669.

³ بالرغم من هذا إلا أنه يجوز للدولة الرجوع على المحافظ العقاري و مطالبته برد التعويض المحكوم به ضدها إذا ما ثبت أنه ارتكب خطأ جسيما (م/23 فترة 2 من الأمر 74/75) و في كل الأحوال و ما عدا أخطاء المحافظ العقاري فإن قراراته تكون قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا عملا بنص المادة 24 من الأمر 74/75 .

و المحافظ العقاري باعتباره راعي الشهر العقاري في الجزائر، فإن الكلام عن نظام الشهر العقاري المطبق في الجزائر لا يكون وافيا بدون بيان كيفية تنفيذ عملية الشهر العقاري ميدانيا و الشروط و الإجراءات التي تخضع لها العملية و دور و سلطة المحافظ العقاري في بسط الرقابة القانونية على ذلك، و لكن قبل الخوض في صميم و تفاصيل تلك الإجراءات و الشروط فإنه من الضروري تحديد نطاق تطبيق الشهر العقاري ، ببيان التصرفات و المحررات الخاضعة للشهر.

المطلب الأول : نطاق الشهر العقاري¹

من أجل حصر التصرفات و الوثائق و المحررات الخاضعة للشهر لابد من البحث الأفقي في عدد كبير و غير محصور من النصوص القانونية المتناثرة و الموزعة على مختلف أنواع التشريع من قوانين و مراسيم و في مختلف ميادين و مناحي التشريع من تشريع عقاري و إداري و تشريعات البيئة و العمران و الأملاك الوطنية و الأسرة و القانون المدني و التجاري و عدد غير قليل من النصوص الخاصة.

و لكن إجمالاً فإن المادة 14 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري تعد النص المرجعي العام الذي تتحدد بموجبه و بصورة مجملة التصرفات و المحررات الخاضعة للشهر

¹ يوجد اختلاف الجوهرى و الواسع بين النظام الفرنسى المطبق حالياً و بين نظام الشهر في الجزائر بشأن الطبيعة الإلزامية للشهر، ففي الجزائر يعتبر الشهر إجراء إجبارياً في كل التصرفات و المحررات و الوثائق الخاضعة له و لا شهر في التصرفات و المحررات و الوثائق التي لم يرد ذكرها صراحة في أي نص قانوني يدل على خضوعها للشهر العقاري . أما في فرنسا فإن هناك نوعان من الشهر، شهر إجباري *publicité obligatoire* و شهر إختياري *publicité facultative* و كل نوع منهما يتجزأ بدوره إلى شهر من أجل إعطاء حجية للمحررات المشهورة *publicité à fin d'opposabilité* و شهر من أجل إعلام الغير فحسب *publicité à fin d'information* . و لذلك فإن بعض العقود و المحررات تخضع إجبارياً للشهر و يترتب على إشهارها إما الحجية و إما مجرد الإعلام و بعضها يجوز شهرها و يجوز الاستغناء عن شهرها و يترتب على شهرها أيضاً إما الحجية و إما مجرد إعلام الغير، و بحسب نوع الشهر و طبيعته تتحدد آثار الشهر و جزاء تخلفه.

إذ تنص على أنه " تلزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى ما يلي:¹

- جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية.
- جميع العقود و القرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية و الخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل و كذلك تسجيلات الرهون و الامتيازات.
- المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي و المثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية.
- و بصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد و مسجل في مجموعة البطاقات العقارية.."

و أضافت بعد ذلك المادة 16 من نفس إلى قائمة التصرفات الخاضعة للشهر العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى انقضاء حق عيني، كما وسّعت المادة 17 من الأمر ذاته نطاق إلزامية الشهر على غير المألوف إلى الإيجارات بالرغم من أنها لا تولد سوى حقوقا شخصيا و لكن بشرط أن لا تقل مدة الإيجار عن اثني عشر سنة².

و ما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن الشهر في السجل العيني أو كما يسميه المشرع المصري القيد في السجل العيني، إنما ينصب على الحقوق الناشئة عن التصرفات وليس على التصرفات في حد ذاتها ، و هذا ما يميز نظام السجل العيني عن نظام الشهر الشخصي ، ذلك أن الشهر في ظل هذا الأخير إنما ينصب على التصرفات و ذلك بإدراج البيانات الواردة في المحررات التي تثبت هذه التصرفات في السجل³ ، و لكن المشرع الجزائري مثل المشرع المصري لم يلتفت إلى هذا الفارق

¹ يقصد بمصطلح "مجموعة البطاقات العقارية" هنا ما كان يسمى في قانون الثورة الزراعية "الخزانة العقارية" و هو مصطلح أقرب للذهن من مصطلح مجموعة البطاقات العقارية و هو يقابل في التحرير باللغة الفرنسية للمادة 14 مصطلح le fichier immobilier

² أنظر ما سيأتي بيانه ص 235

³ و لهذا يطلق الفقهاء على نظام السجل العيني نظام تسجيل الحقوق في حين يطلقون على نظام الشهر الشخصي نظام شهر العقود .

و جاءت النصوص تقضي بأن الشهر يرد على التصرفات و الأحكام القضائية و عدت أنواع تلك التصرفات و الأحكام القضائية¹.

و كقاعدة عامة فإن الحقوق التي يجب شهرها هي الحقوق العينية العقارية غير أن المشرع خرج عن هذه القاعدة في مناسبتين إذ استثنى من القاعدة بعض الحقوق العينية العقارية من الشهر كحقوق الامتياز العامة الواردة على العقار و حقوق الامتياز العقاري التي تضمن سداد مستحقات الخزينة العامة طبقا للمادة 986 من القانون المدني الجزائري التي تقابل نص المادة 1134 من القانون المدني المصري² و خرج أيضا عن القاعدة إذ قرر وجوب شهر بعض الحقوق الشخصية و هي الإيجارات التي تزيد عن 12 عاما و المخالصات و الحوالات بأكثر من أجره ثلاث سنوات مقدما و الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك.

هذا و قد خص المشرع شهر حق الإرث بأحكام خاصة، كما نص على شهر عرائض افتتاح بعض الدعاوى إضافة إلى إخضاعه للشهر الإجمالي بعض الرخص و الوثائق الصادرة عن الإدارة في مجال البناء و التعمير و بعض المحررات الخاصة و الشهادات .

و على هذا فإنني سأتناول ضمن نطاق الشهر العقاري بيان التصرفات و الأحكام و الرخص و المحررات الواجبة الشهر في القانون الجزائري مع عقد المقارنة مع تشريعات أخرى في هذا الشأن كلما اقتضت الضرورة العلمية ذلك³.

¹ راجع د/ياسين محمد يحيى (المرجع السابق) ص 61. و د إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 361 .
² تنص المادة 986 من القانون المدني الجزائري على أنه " ... غير أن حقوق الامتياز العامة و لو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الشهر و لا حق التتبع و لا حاجة للإشهار أيضا في حقوق الامتياز العقارية الضامنة بمبالغ مستحقة للخزينة العامة"
³ يستعمل المشرع الجزائري عبارة دالة على التصرفات و المحررات و الأحكام الواجبة الشهر بشكل إجمالي و هي أنه يخضع للشهر كل تعديل للوضعية القانونية للعقارات و كرر هذه العبارة في مواضع متعددة من الأمر 74/75 و المرسوم 63/76 و المقصود بها كل تغيير للوضعية القانونية للعقار toute modification de la situation juridique de l'immeuble ، و لكن تجدر الملاحظة أنه حتى بعض التغييرات في الوضعية المادية للعقار تخضع للشهر مثل رخص التجزئة و التقسيم كما سيأتي .

الفرع الأول : التصرفات و القرارات القضائية التي تتضمن إنشاء أو نقلا أو تصريحا أو تعديلا أو إنهاء لحقوق عينية عقارية

إن إنشاء أو نقل أو التصريح أو تعديل أو إنهاء أي حق من الحقوق العينية العقارية لا يكون له أثر لا بين الأطراف و لا في مواجهة الغير إلا من تاريخ إتمام إجراءات شهر التصرفات أو القرارات القضائية المحدثه لتلك الأوضاع، و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 16 من الأمر 74/75 و المادة 14 فقرة 2 من نفس الأمر. و الحقوق العينية كما هو معروف نوعان، حقوق عينية أصلية و هي الملكية و ما ينفرع عنها و حق الارتفاق ، و حقوق عينية تبعية و هي الرهن بنوعيه الرسمي و الحيازي و حق التخصيص و حقوق الامتياز. و نظرا لاختلاف و تباين النوعين في كثير من الخصائص فإن شهر هذه الحقوق يخضع بالنتيجة لإجراءات و تشكيلات مختلفة مما يستدعي تناول كل طائفة من هذه الحقوق على حدى¹.

أولا : التصرفات و القرارات القضائية التي تتضمن إنشاء أو نقلا أو تعديلا أو تصريحا أو إنهاء لحقوق عينية عقارية أصلية

إن الحقوق العينية الأصلية هي تلك الحقوق التي تنشأ مستقلة عن غيرها و تقصد لذاتها، و قائمة هذه الحقوق محصورة بخلاف الحقوق الشخصية التي لا يمكن حصرها². و في القانون الجزائري تتمثل الحقوق العينية الأصلية في حق الملكية و الحقوق المتفرعة منه و هي حق الانتفاع و حق الاستعمال و حق السكنى ، بالإضافة إلى حقوق الارتفاق، و هذه الحقوق كلها تنشأ و تنتهي و تنتقل و يمكن تعديل أو تغيير نطاقها أو مداها و ذلك عن طريق التصرفات المختلفة أو عن طريق أحكام القضاء، كما أن من بين التصرفات و الأحكام القضائية ما يقتصر على مجرد تقرير أو التصريح بحق من هذه الحقوق. و قد أوجب المشرع خضوع هذه التصرفات و الأحكام القضائية لإجراء الشهر من أجل قيد الحقوق التي تناولها حتى يكون لهذه الحقوق أثر

¹ راجع في تعريف و أنواع الحقوق العينية د/ عند المنعم فرج الصدة (المرجع السابق) ص 334 و ما يليها .

² د/ عبد المنعم فرج الصدة (المرجع السابق) ص 332

بين الأطراف و في مواجهة الغير ، غير أن شهر التصرفات يختلف عن شهر الأحكام القضائية في هذا الشأن مما يستدعي دراسة كل نوع على حدى.

1 - التصرفات المتعلقة بإنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء أو التصريح بالحقوق العينية الأصلية و الوعود بها

إن إنشاء الحق العيني الأصلي يعني إيجاده ابتداءً في حين لم يكن من قبل موجوداً . و هذا لا ينطبق على حق الملكية و إنما فقط على الحقوق المتفرعة عنه لأن الملكية لا تنشأ بتصريف ، و من ثم فإن كل تصرف قانوني يؤدي إلى إنشاء الحقوق المتفرعة عن الملكية كحق السكني و حق الانتفاع و حق الاستعمال أو حق من حقوق الارتفاق يكون واجب الشهر تحت طائلة فقدان أثر هذه التصرفات بين الأطراف و في مواجهة الغير في إنشاء هذه الحقوق . أما التصرفات الناقلة فهي كل التصرفات التي تؤدي إلى نقل الحق محل التصرف بين الأطراف ، و خلافاً للإنشاء فإن النقل يرد على كل الحقوق العينية بما فيها الملكية . و أشهر التصرفات الناقلة للحقوق بين الأحياء البيع و الهبة و المقايضة ، و يمكن أن تكون هذه التصرفات ملزمة لجانب كالوصية .

فكل هذه التصرفات إذا كانت منصبة على حق عقاري كالملكية أو الانتفاع أو أي حق من حقوق الارتفاق بشرط التصرف فيه مع العقار تكون واجبة الشهر تحت طائلة انعدام الأثر و الحجية . و يستوي هنا أن تكون التصرفات و العقود من تلك التي يحكمها القانون الخاص أو التي يحكمها القانون العام ، ذلك أن تصرفات الإدارة في الحقوق العينية بالبيع أو التنازل أو منح الامتيازات و غيرها تخضع هي الأخرى لإجراءات الشهر و بغير ذلك لا يكون لها أي أثر¹ .

¹ و من أمثلة التصرفات المشهورة التي تبرمها الإدارة، عقود منح حق الانتفاع المؤبد في إطار تطبيق القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتعلق بكيفية استغلال الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و تحديد حقوق المستفيدين و الذي يطلق عليه عرفاً قانون المستثمرات الفلاحية، و كذا عقود التنازل عن أملاك الدولة المبرمة في إطار تطبيق قانون 01/81 المتعلق بالتنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي المملوكة للدولة، و العقود المتضمنة لتمليك الأراضي الفلاحية بالاستصلاح و التنازل عنها للمستفيد المستصلح في إطار تطبيق القانون 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية عن طريق الاستصلاح و المرسوم التنفيذي رقم 742/83 المؤرخ في 1983/12/10.

أما التصرفات المعدلة أو المغيرة للحقوق العينية الأصلية، فهي تصرفات تتناول الحق العيني العقاري الموجود أصلا بالتعديل من حيث مداه أو نطاقه ، كالعقد الذي ينهي الشرط المانع من التصرف الوارد على حق ملكية عقار أو العقد الذي يطيل مدة حق الانتفاع على عقار أو يحد من نطاق حق الارتفاق¹ ، و هي تصرفات جائزة قانونا عملا بمبدأ سلطان الإرادة ، فهذه التصرفات لا يكون لها أي أثر سوى ما تولده من التزامات شخصية بين أطرافها ما لم يتم إشهارها . بينما التصرفات المنهية للحقوق العينية العقارية فهي تصرفات تؤدي إلى إنهاء الحق مثل العقد الذي ينهي حق انتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى أو حق ارتفاق قبل انتهاء مدته، فهذه العقود أيضا لا يكون لها أثر عيني سوى ما ترتبه من التزامات شخصية إلا إذا تم إشهارها، و لا يخضع حق الملكية لمثل هذه التصرفات نظرا لما يتمتع به حق الملكية من صفة التأييد و الدوام².

هذا و يخضع الوقف و الوصية أيضا لإجراءات الشهر تحت طائلة انعدام الأثر والحجية بين الأطراف و في مواجهة الغير، إذ الوقف يعتبر تصرفا مغيرا لحق الملكية إذ يجعل الشيء غير قابل للتملك أو التداول فيصير ملكا لله و يتبرع بمنفعته إلى جهة من جهات البر وفق تفصيل في الفقه الإسلامي كونه من التصرفات الشرعية الدينية. أما الوصية فهي تصرف بإرادة منفردة يضاف إلى ما بعد الموت يؤدي إلى نقل الحق من الموصي إلى الموصى إليه و لا يكون للوصية المنصبة على حقوق عينية عقارية أي أثر ما لم يتم شهرها³.

¹ أنظر في هذا الشأن كل من :

- د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 67

- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) ج 9 - أسباب كسب الملكية دار إحياء التراث العربي لبنان 1968 ص 348

- د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 364 .

² د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري (المرجع السابق) ص 130.

³ أنظر د/ محمد زهدور و بحثه المفصل حول الوصية في مؤلفه (الوصية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية) المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر 1991 ص 30 و ما يليها و 146 و ما يليها و أنظر أيضا مجيد خلفوني (شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري) الطبعة الأولى - الديوان الوطني للأشغال التربوية - الجزائر 2004 ص 131 و 132 . أما خضوع الوقف للإشهار فقد نصت عليه المادة 41 من القانون رقم 10/ 91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف المنشور في الجريدة الرسمية العدد 21 سنة 1991 و المعدل و المتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 29 لسنة 2001 . أما الوصية في العقار فهي واجبة الشهر عملا بنص المادة 793 من القانون المدني و المواد 15 و 16 من الأمر 74/75 باعتبار هذه النصوص تنطبق على الوصية لكونها تصرف ناقل لحق عيني عقاري إذا انصببت على العقار . على ان هذا الحكم يخالفه الأستاذ محمد زهدور و ميرر رفضه أنه لا يوجد نص صريح يقرر وجوب شهر الوصية و لكنه من جهة أخرى يميل إلى ضرورة شهرها ليس امتثالا لنص قانوني و إنما تحقيقا لمصلحة الأطراف و تأمينا للإستقرار في المراكز القانونية .

أما التصرفات المصرحة (déclarative) للحقوق العينية العقارية فهي تصرفات تكشف الحق العقاري الموجود سلفا و الذي كان يحتاج إلى ما يقرره من حكم قضائي أو تصرف، و أبرز مثال عن التصرفات المصرحة أو المقررة للحقوق عموما القسمة و الصلح، فالقسمة le partage تعد عملا من أعمال التصرف تكشف و تقرر للمتقاسم حقه في الملكية أو الحقوق العينية الأخرى التي كان يملكها من قبل على الشيوع مع غيره¹. و الأصل في القسمة أن تتم بالاتفاق و هي هنا تعد تصرفا كاشفا أو مصرحا لكنها إذا تعدت اتفاقا فإنها تتم عن طريق القضاء² و عندئذ فإن الحكم القضائي هو الذي يقرّر أو يكشف الحق و هو الذي يكون واجب الشهر كما سنرى³.

أما الصلح فيقصد به الاتفاق الذي يتم بين شخصين أو أكثر يؤدي إلى إنهاء نزاع قائم بينهما حول حق معين بحيث يتنازل كل منهم على وجه التبادل عن حق أو جزء من حق⁴، فلا يكون لمثل هذا الاتفاق إذا انصب على حق أو مجموعة من الحقوق العينية العقارية إلا إذا تم شهره في المحافظة العقارية المختصة، و لكن قد يتضمن الصلح تبادل حقوق بين الأطراف فعندئذ يكون الصلح مجرد نتيجة لتصرف آخر ناقل للحقوق هو التبادل أو المقايضة، و يفقد بذلك الصلح ميزته كتصرف كاشف أو مقرر للحق، و يتحول إلى عقد ناقل⁵.

أما عقد الشهرة و شهادة الحيازة التي اعتبرها البعض⁶ من قبيل التصرفات المصرحة أو المقررة للحقوق و تناول ضرورة إشهارها ضمن هذا العنوان فإنني أرى أنه و إن كانت هذه المحررات واجبة الشهر فعلا، فذلك ليس باعتبارها تصرفات مقررة أو كاشفة للحقوق و إنما باعتبار أنها تتضمن تعديلا للوضعية القانونية للعقار

¹ تنص المادة 730 من القانون المدني على أنه " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع ، و أنه لم يكن مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى ". و هنا تجدر الإشارة إلى أن هذا النص يجعل للقسمة أثرا رجعيا و هذا ما يدعو للتساؤل عن أثر إشهار القسمة، فيما إذا كان يسري بأثر رجعي أم من يوم الشهر فقط؟.

² أنظر د/ زهدي يكن (شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية و الحقوق العينية غير المنقولة) الجزء 1 الطبعة الثالثة دار الثقافة - بيروت 1974 ص 363 .

³ أنظر ما سيأتي بيانه ص 309 و ما بعدها

⁴ ورد تعريف الصلح في المادة 459 من القانون المدني

⁵ د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 73

⁶ أنظر جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 81 و حمدي باشا عمر (نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري) الطبعة الثانية دار هومة الجزائر ص 36.

فحسب ، دون أن نضطر لنعتها بأنها تصرفات مصرحة و لهذا فإنني أرجئ الحديث عن خضوعها للشهر إلى حين التعرض لشهر بعض الشهادات و الرخص .

الوعد ببيع العقار و ضرورة الشهر

لم تكن الوعود بالتصرفات العقارية واجبة الشهر في القانون الجزائري خلافا للقانون الفرنسي ، إذ لم يرد أي نص يقرر ذلك و لذلك ظلت هذه الأشكال من التعامل معفاة من الشهر بالرغم من أن القانون المدني كان يلزم لصحة الوعد أن يفرغ في الشكل الذي من المفروض أن يكون عليه التصرف الموعود به و ذلك في المادة 71 منه في فقرتها الثانية¹ . و بهذا المسلك كان المشرع الجزائري يخالف المشرع الفرنسي الذي ابتكر بموجب مرسوم 4 جانفي 1955 ما أسماه الشهر من أجل إعلام الغير (La publicité à fin d'information) و جعل من بين حالاته شهر الوعود بالبيع العقاري و الوعود بالإيجار لمدة تزيد عن إثني عشر سنة² .

و رغم أن الفقه الفرنسي قلل من شأن أحكام شهر الوعود كونها تدخل ضمن ما يسمى بالشهر بغرض الإعلام فقط و الذي لا يترتب عليه إصباح التصرفات و السندات المشهورة بالحجية و لا يؤدي إلى تغيير طبيعة الحقوق المشهورة بحيث تبقى مجرد حقوق شخصية³ ، لكنه لم ينكر أهمية إخضاع الوعود بالبيع العقاري و بتأجير العقارات لمدة تزيد عن إثني عشر عاما و كذا شهر ما يسمى بعقود التفضيل المنتشرة في ميدان الترقية العقارية⁴ ، إذ تبدو هذه الأهمية بالنسبة للقانون الفرنسي في أن شهر مثل هذه العقود هو وحده الذي يمكن القضاء من مراقبة و كشف سوء نية الغير و ذلك في الحالة التي ينكل فيها الواعد و يتعامل مع الغير في الحق الموعود به خلافا لمقتضيات الوعد السابق ، بحيث يعتبر المتعامل مع الواعد سيء النية ابتداءا من لحظة شهر الوعد ، أما إذا ظل الوعد غير مشهر فإن من يتعامل مع الواعد على خلاف مقتضيات

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني الجزائري على أنه " ... و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد ."

² Stéphane Piedelievre op-cit p 230

³ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 55

⁴ Stéphane Piedelievre op-cit p 231

الوعد يعد حسن النية ، و يكتسي حسن النية أهمية بالغة في المفاضلة بين التصرفات في القانون الفرنسي كما سنأتي على بيانه في الباب الثاني من هذه الرسالة¹ .

و في نفس السياق أخضع المشرع الجزائري الوعد بالبيع العقاري لوجوب الشهر بموجب المادة العشرة من القانون رقم 22/03 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004² التي عدل بموجبها المادة 353-2 من قانون التسجيل بحيث أصبحت هذه الأخيرة تتضمن سبع فقرات³ ، و بالرغم من أن النص المتقدم لم يتطرق لموضوع الشهر أساسا و إنما هو نص يتعلق باستحداث رسم جديد يسمى رسم الإشهار العقاري غير أنه بهذا النص الجديد أصبح من الممكن الحديث عن شهر الوعد ببيع العقار في القانون الجزائري طالما أن المشرع أخضع مثل هذه العقود إلى ضرورة دفع رسم إجباري لفائدة الخزينة العامة ، و بالطبع فإنه مع اشتراط القانون الجزائري ضرورة إخضاع الوعد ببيع العقار إلى الشكلية الرسمية ، فإن الموثقين الذين سيتلقون مثل هذه العقود في مكاتبهم سيجدون أنفسهم ملزمين بإخضاعها للشهر تطبيقا للمادة 353-2 من قانون التسجيل في صياغتها الجديدة التي جاءت بموجب المادة 10 من قانون المالية لسنة 2004⁴ .

¹ أنظر ما سيأتي تفصيله في لاحقا ص 385 و ما يليها .
² قانون المالية لسنة 2004 الصادر بموجب القانون رقم 22/03 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 83 بتاريخ 29 ديسمبر 2003 .
³ جاء في الفقرة الأولى من المادة 353-2 بعد تعديلها بالمادة 10 من القانون 22/03 أنه " 1% تحسب على قيمة العقار أو العقرات المصرح بها في الوثيقة التي تشهر بالنسبة للعقود حتى و كانت مثقلة بشرط موقف و الأحكام القضائية المتضمنة أو المعاينة بين الأحياء نقل أو تأسيس الحقوق العينية العقارية مشاعة أو غير مشاعة من غير الإمتيازات أو الرهون العقارية و كذا عقود الوعد بالبيع التي يجب ان يذكر فيها تحت طائلة الرفض سعر البيع المتفق عليه و الأجل المحدد من قبل الأطراف لإتمام هذا البيع ."

⁴ بالرغم من استحداث رسم الشهر العقاري و إخضاع الوعد ببيع العقار له ، فإن التساؤل سيبقى مطروحا حول طبيعة شهر الوعد بالبيع الوارد على عقار فيما إذا كان إجباريا أم اختياريا كما هو الحال في القانون الفرنسي ، و فضلا عن ذلك فإن النص المتقدم غير كاف لإبراز الأحكام التفصيلية لشهر الوعد ببيع العقار من حيث آثار هذا الشهر و جزاء تخلفه . و هل الشهر المفروض على الوعد ببيع العقار يمكن الإستناد عليه في فرض شهر كل أشكال الوعد بالتصرف و التعامل في العقرات كالوعد بهبة العقار و الوعد بتأجيله لمدة تزيد عن اثني عشر عاما مثلما هو الحال في القانون الفرنسي . و لهذا فإنه لا بد من تدخل المشرع عبر نصوص صريحة تتعلق أساسا بالشهر العقاري ضمن تعديله للأمر 74/75 و لمرسوم 63/76 يبين من خلالها موقفه الصريح من شهر الوعد بالبيع فيفصح عن طبيعة هذا الشهر و آثاره و جزاء تخلفه و مده .

2 - القرارات القضائية الناقلّة أو المصرّحة بحقوق عينية عقارية أصلية

إنه من الصعب تصور وجود أحكام قضائية منشئة أو معدلة أو منهيّة لحق عيني عقاري أصلي، لكن نقل هذه الحقوق أو تقريرها بتقرير التصرف المنشئ لها أو المعدل لها أو المنهي لها فهو أمر شائع، و أبرز مثال عن الأحكام الناقلّة للملكية، حكم رسو المزاد في بيع العقار عن طريق القضاء بناء على حجز أو بناء على قسمة (licitation). و خلافا للمشرع الجزائري الذي لم ينص على هذا الحكم في قوانين الشهر، فإن المشرع الفرنسي نص عنه في المادة 28 فقرة 1 من مرسوم 4 جانفي 1955 السابق ذكره، كما نص على ذلك أيضا في المادة 716 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم¹. و يهدف شهر هذا الحكم إلى نقل الملكية لمن رسا عليه المزاد و إعطاء أثر لذلك في مواجهة الغير².

و نفس الشيء يقال عن الحكم برسو المزاد في حالة البيع لعقار أو جزء منه بناء على إجراءات بيع المال المشاع الذي تعذرت قسمته العينية طبقا لأحكام المواد 728 و ما يليها من القانون المدني، و لكن مع ضرورة الإشارة إلى أن الكلام هنا لا ينطبق على حالة بيع العقار أو جزء منه لأجنبي و ليس لأحد الشركاء، إذ يعتبر الحكم برسو المزاد على أجنبي بمثابة بيع و ينقل بالتالي الملكية، أما إذا تم الرسو على مزاد من الشركاء فإنه يكيف على أنه قسمة، و من ثم فإن الحكم الصادر لا يكون ناقلا و إنما مقررا أو مصرحا بالقسمة.

و يمكن أيضا اعتبار الحكم الصادر ضد الواعد بالبيع العقاري بالزامه بتنفيذ وعده و الذي يعتبر حسب فقهاء القانون المدني حكما بمثابة بيع ضمن الأحكام الناقلّة للملكية و من ثم وجب شهره. يضاف إلى ذلك الحكم القاضي بنزع الملكية العقارية من

¹ Stephane piedelievre op.cit p 101-102

² كانت المادة 394 من قانون الإجراءات المدنية تنص على أنه "تنتقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المحجوز عليه التي كانت له على العقارات الراسية عليها المزاد و يعتبر حكم رسو المزاد سنداً للملكية و يتعين على الراسي عليه المزاد أن يقوم بتسجيل سنده بمكتب الرهون (أي المحافظة العقارية) خلال الشهرين التاليين لتاريخه و إلا أعيد البيع على ذمته بالمزاد و يجب أن يؤشر بذلك التسجيل من الأمين على هامش سند الملكية للمحجوز عليه" و بعد إلغاء قانون الإجراءات المدنية بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حلت المادة 762 من القانون الجديد محل المادة 394 و جاء نصها كما يلي : " تنتقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المبيعة بالمزاد العلني و كذلك كل الإتفاقات العالقة بها و يعتبر حكم رسو المزاد سنداً للملكية . يتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهاره خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره ."

أجل المنفعة العامة في القانون الفرنسي. أما في القانون الجزائري فإن نزع الملكية العقارية من أجل المنفعة العامة يتم بقرار إداري و ليس بحكم قضائي، و لا يقتصر الحكم في بلادنا إلا على تحديد التعويض في حالة رفض المالك للتعويض المحدد من طرف الإدارة .

و الأصل أن شهر القرارات القضائية الناقلة للحقوق العينية العقارية أو المنشئة لها واجب يصرف النظر عن نوع الحق العيني العقاري سواء أكان أصليا أم تبعيا و سواء أكان حق ملكية أو من الحقوق المتفرعة عنها. كما أن ما يقال عن العقار من وجوب الشهر يشمل العقار بطبيعته و العقار بالتخصيص على حد سواء، فقد يصدر القرار القضائي الناقل للحق أو المنشئ له - في حالة حق التخصيص - متعلقا بعقار بالتخصيص. و وجه التساؤل هنا هو عن كيفية شهر هذه الأحكام المتعلقة بالعقار بالتخصيص ، لأنه و بحسب الأصل فإن العقار بالتخصيص يعد منقولا بطبيعته و لكن رصده لخدمة العقار على سبيل الدوام هو ما جعل القوانين تعامله معاملة العقار في بيعه و رهنه و الشفعة فيه و تقاسمه و شهر التصرفات و الأحكام المتعلقة به.

و هنا تجدر الإشارة إلى أن شهر الحقوق الواردة على عقار بالتخصيص لا يمكن أن يتم إلا مع الحقوق الواردة على العقار بطبيعته و بنفس الشروط و الإجراءات عملا بالقواعد العامة في القانون المدني. فكل هذه الأحكام تخضع إلزاميا لإجراءات الشهر و ذلك تحت طائلة بقائها بدون أثر عيني ناقل للحق في مواجهة الغير و من ثم فإنه لا يجوز الاحتجاج بها على أنها أحكام ناقلة للحقوق.

أما الحكم بالشفعة المنصوص عنها في المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني فإنه واجب الشهر باعتباره حكما ناقلا للملكية العقارية من المالك الأصلي إلى الشفيع بقوة القانون. و هذا ما تنص عليه المادة 803 من القانون المدني "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري". و تجدر الإشارة هنا أن الشهر في ممارسة الشفعة لا يقتصر على

الحكم الصادر بتثبيت الشفعة و إنما يخضع للشهر العقاري أيضا المحرر الذي يتضمن إعلان الرغبة في الشفعة عملا بنص المادة 801 و المادة 806 من القانون المدني¹ و قد أكدت ذلك المحكمة العليا في العديد من قراراتها².

هذا و يوجد في القانون المدني الجزائري مثال آخر عن حكم قضائي ناقل للحق و يستوجب الشهر إذا انصب على حق عيني عقاري ألا و هو الحكم الذي يستصدره الموعود له ببيع العقار أو بنقل حق عيني عقاري آخر غير الملكية ، حيث تنص المادة 72 من القانون المدني على أنه: " .فإذا امتنع الواعد عن أداء ذلك ، جاز للموعود له أن يستصدر حكما قضائيا من جهة القضاء المختصة يقوم مقام عقد البيع" ، فإذا ما صدر الحكم بذلك و متى صار نهائيا و واجب التنفيذ تعين شهره بالطرق و الإجراءات الخاصة بإشهار الأحكام القضائية حتى يرتب آثاره في نقل الحق.

أما الأحكام القضائية المصرحة بالحقوق العينية، فهي تلك الأحكام القضائية النهائية التي تصرح بوجود الحق الموجود سلفا و تعلن بوجوده من أجل إنهاء نزاع كان قائما بشأنه، و لا تؤدي هذه الأحكام إلى إنشاء الحق لأن مصدر الحق موجود في سند آخر قبل صدور الحكم. ففي فرنسا ثار في البداية جدل حول جدوى شهر هذه الأحكام، قبل أن يستقر الأمر و يتقرر شرط الإشهار بنص المادة 28 فقرة 4 من مرسوم 4 جانفي 1955، و من المبررات التي أعطيت في سبيل تقرير شهر هذه الأحكام و هو نفس مبرر شهر انتقال الحقوق بسبب الوفاة الرغبة في تدوين كل المعطيات حول تاريخ الوضعية القانونية للعقار في السجل العقاري و إعلام الجمهور بها³.

¹ تنص المادة 801 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجب ان يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا و لا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا" . و تنص المادة 806 من نفس القانون على أنه " لا تكون حجة على الشفيع الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر منه و كل حق عيني رتبته المشرع أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أن يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار ."

² أنظر ما سيأتي بيانه بشأن مجموعة من القرارات في مادة شهر الشفعة رغبة و حكما عند التعرض لآثار الشهر و حجتيه في الباب الثاني من هذه الرسالة و انظر أيضا مجيد خلفوني (المرجع السابق) ص 164 و ما يليها و حمدي باشا عمر (مبادئ القضاء العقاري) - دار العلوم للنشر و التوزيع - عنابة 2000 ص 99 و ما يليها .

³ Stephane piedelievre op.cit p 134-135

و من أمثلة الأحكام القضائية المصرحة بالحقوق العينية الأصلية الحكم بقسمة المال الشائع و الحكم المثبت للصلح القضائي و الحكم برسو المزداد على الشريك و الحكم الصادر بناءا على طلب الاعتراف بالملكية أو حق عيني أصلي عقاري أنكره أو نازع فيه الخصم إذا ما قرر الاستجابة للطلب، و لكن هذا النوع الأخير من الأحكام غير مطلوب إشهاره صراحة ، و لم يجر ميدانيا إشهار مثل هذه الأحكام و إن كان لا يوجد أي مانع أو مبرر يمنع شهرها¹.

و في غياب نص صريح في القانون الجزائري يحدد الأحكام المصرحة بوجود الحقوق العينية العقارية ، فإن قائمة هذه الأحكام تبقى مفتوحة لكل ما ينطبق عليه وصف الحكم المقرر أو الكاشف، أما الحالة الأخيرة التي تقضي بها المادة 28 فقرة 4 من مرسوم 4 جانفي 1955 الفرنسي و المتعلقة بإخضاع الأحكام الناطقة برفض أو التنازل عن الدعاوى الواجبة الشهر فإنها حالة غير معروفة في القانون الجزائري لكن مبرر الأخذ بها في بلادنا موجود ، ذلك أن المادة 85 من المرسوم 63/76 تقضي بوجوب شهر عرائض الدعاوى التي ترمي إلى نقض أو إبطال أو فسخ أو تعديل حقوق سبق شهرها، و من شأن هذا الإشهار أن يعلم الجمهور بوضعية الخطر و الشك التي تميز تلك الحقوق، فحتى لا تبقى تلك الوضعية قائمة للأبد فإنه من الأجدر أن يتم إعلام الجمهور بزوال ذلك الخطر عن طريق إشهار حكم الرفض أو حكم الترك، أما إذا تم النطق بالبطلان أو النقض أو الفسخ أو التعديل فإنه يجب إشهار الحكم الصادر بذلك².

¹ توسع المشرع الفرنسي في هذا الشأن و أوجب شهر تلك الأحكام التي تدعم حقوقا عقارية كانت مهددة بالزوال les jugements consolidant un droit déjà publié و ذلك في المادة 28 فقرة 4 من مرسوم 4 جانفي 1955 . و من أمثلة هذه الأحكام الحكم القاضي برفض دعوى إنهاء أو إبطال حقوق سبق شهرها، و الحكم المتضمن ترك الخصومة الرامية إلى نقض أو إبطال أو إنهاء حقوقا سبق شهرها. و يبدو أن المبرر هنا هو أن دعاوى إبطال أو إنهاء أو نقض الحقوق التي سبق شهرها تكون واجبة الشهر و من ثم فإن الجمهور سيطلع على ذلك و يعلم بأن الحقوق محل الدعوى مهددة بخطر الانقضاء أو البطلان أو النقض، و من ثم و حفاظا على استقرار المعاملات و إرساء الثقة فإن الحكم الصادر برفض تلك الدعاوى أو بالتنازل عنها أو تركها يجب شهره من أجل إعلام الجمهور بزوال خطر تلك المطالبة و تعود الثقة و يعود الائتمان.

² تجدر الإشارة إلى وجود مذكرة متداولة بين المحافظين العقاريين صادرة عن المديرية العامة لأملاك الدولة بتاريخ 21 أفريل 1998 تحمل رقم 02020 تقضي بوجوب تجديد إشهار عريضة الدعاوى المنصوص عنها في المادة 85 المذكورة سابقا كل ثلاث سنوات و إلا ألغى إشهارها نهائيا و زال أثر ذلك الإشهار وهذا الذي ربما عوضت به المديرية العامة لأملاك الدولة وجوب إشهار حكم رفض الدعوى أو ترك الخصومة أو سقوطها .

و بهذا تبقى الحالات الشائعة في القانون الجزائري و المتمثلة في الحكم القاضي بقسمة الأموال الشائعة¹ و تحديد نصيب كل شريك و الحكم القضائي القاضي بتثبيت الصلح و الحكم القاضي برسو المزداد على أحد الشركاء هي الحالات التي يتطلب فيها القانون إلزامية الإشهار حتى يكون لتلك الأحكام الأثر القانوني و حتى يتم إعلام الجمهور بموقف القضاء المدعم لوجود تلك الحقوق . و يمكن أيضا إضافة الحكم القاضي بإثبات الملكية عن طريق الحيازة و التقادم المكسب الذي يقوم مقام عقد الشهرة المنصوص عنه في المرسوم 352/83 و اعتباره من حالات الأحكام المصرحة و ذلك إذا ما سايرنا رأى المحكمة العليا المعبر عنه في القرار رقم 100 876 المؤرخ في 1998/09/30 والذي يذهب إلى اعتبار إثبات الملكية العقارية بالحيازة و التقادم المكسب غير مرهون بإجراء عقد الشهرة².

ثانيا : التصرفات و الأحكام القضائية المنشئة و الناقلة و المنهية و المقررة

و المعدلة للحقوق العينية العقارية التبعية

خلافا للحقوق العينية الأصلية التي تنشأ مستقلة عن غيرها و تقصد لذاتها فإن الحقوق العينية التبعية هي حقوق لا تنشأ إلا بالتبعية لحق شخصي هو الدائنية ، و لا تكون مقصودة لذاتها و إنما لضمان الوفاء بالحق الشخصي الذي نشأت بالتبعية له، و لهذا فإن مصير الحق العيني التبعية مرتبط بمصير الحق الشخصي الذي نشأ لضمان الوفاء به ، إذ يزول بزواله و يتغير بتغيره زيادة و نقصانا، و بسبب خاصية الضمان هذه تسمى الحقوق العينية التبعية أيضا التأمينات العينية les sûretés réelles³.

¹ بعض الفقهاء في فرنسا لا يرون بأن الحكم القاضي بالقسمة حكما مقررا أو مصرحا ، إنما يعتبرونه حكما ناقلا بدعوى أن الأثر الرجعي لمنطوق الحكم الذي يسري من يوم نشوء حالة الشيوخ إنما هو مجرد خيال و افتراض. إذ المتقاسم لا يمكنه ممارسة سلطات المالك على نصيبه إلا من يوم تحديده مفرزا بالحكم، و الملكية أصلا تقتضي تحديد الشيء المادي المملوك لأنها لا تقع إلا على شيء مادي محدد بالذات .

أنظر في تفصيل هذا الموقف Stephane piedelievre op.cit p 135

² جاء في قرار المحكمة العليا رقم 100 876 المؤرخ في 1998/09/30 ما يلي: "...حيث أن قضاة الاستئناف جعلهم التقادم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة و الحال أن القانون لا يشترط ذلك فهم بذلك أساءوا تطبيق القانون فأفقدوا قرارهم الأساس القانوني". أنظر تعليقنا على هذا القرار فيما سيأتي تفصيله لاحقا ص 322 و ما بعدها

³ د/ عبد المنعم فرج الصدة (المرجع السابق) ص 343

و تستمد الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية أهميتها كوسائل لضمان حقوق الدائنين من ميزتي التقدم و التبعية اللتين تثبتان لصاحبهما ، و هما ميزتان تحميان الدائن المتمتع بحق من هذه الحقوق من خطرين اثنين هما أولاً خطر تهريب المدين أمواله و ثانياً خطر مزاحمة باقي الدائنين العاديين و التاليين في المرتبة . و تتمثل الحقوق العينية التبعية في القانون الجزائري في حق الرهن بنوعيه الرسمي و الحيازي و حق التخصيص أو الإختصاص و حقوق الإمتياز¹ . و الذي يعنينا في هذه الدراسة هو تلك الحقوق إذا ما وردت على عقار ، و لذا فإنه لا يعنينا في هذا المقام حق الرهن الحيازي الوارد على منقول و لا حقوق الامتياز غير العقارية ، أما حق الرهن الرسمي و حق التخصيص فهما لا يردان إلا على العقارات .

لقد ورد النص على ضرورة و إلزامية تسجيل "inscription" الرهون و الامتيازات في المادة 14 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العيني المشار إليه سابقاً ، كما ورد ذكر ذلك بشيء من التفصيل في المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و بالضبط بمناسبة ذكر البيانات التي تتكون منها البطاقات العقارية المختلفة الحضرية منها و الريفية ، العامة منها و الخاصة، إذ أشارت المادة 10 و هي تتعلق بالإجراءات الأولية لتأسيس السجل العيني إلى ضرورة سعي المالك أو الحائز إلى إيداع جدول من الوثائق لدى المحافظة العقارية يحتوي على مجموعة من البيانات المتعلقة بعقاره من بينها الامتيازات و الرهون العقارية و باقي الحقوق العينية المقيدة للعقار مع ذكر أصحابها و الأعمال و التصرفات المنشئة لهذه الحقوق .

و أشارت المادة 23 من نفس المرسوم إلى تضمين بطاقات قطع الأراضي les fiches parcellaires جدولاً يتضمن الإشارات إلى شهر الرهون و الامتيازات و كذا التعديلات و التشطيبات المتعلقة بها، و كذلك الحال في نص المادة 29 إذ تشير إلى

¹ ورد النص في القانون الجزائري على حق الرهن الرسمي في المواد من 882 إلى 936 من القانون المدني أما حق التخصيص و هو رهن قضائي فممنصوص عنه في المواد من 937 إلى 947 و حق الرهن الحيازي في المواد من 948 إلى 965 ، أما حقوق الامتياز فقد ورد النص على أحكامها في المواد من 982 إلى 1001 من نفس القانون .

تضمنين البطاقة العامة للعقار (la fiche générale) جدولاً سادساً تذكر فيه إجراءات شهر و تعديل و تشطيب الامتيازات و الرهون العقارية ، و المادة 30 أيضا إذ تخصص الجدول السادس في البطاقة الخاصة (la fiche particulière) لشهر و تعديل و شطب الامتيازات و الرهون .

و بهذا يتضح أن القانون الجزائري مثلما يوجب شهر الحقوق العينية الأصلية فإنه أيضا يوجب شهر الحقوق العينية التبعية الواردة على العقارات كلها سواء منها الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي العقاري أو حق التخصيص أو الامتيازات العقارية، و هذا ما يفهم من إطلاق لفظ الرهون دون تحديد مصدرها مما يجعل اللفظ ينطبق على كافة الرهون بما فيها حق التخصيص الذي ما هو إلا رهن مصدره القضاء، و كذلك إطلاق لفظ الامتيازات يفهم منه كل أنواع الامتياز العقاري إلا ما استثنى بنصوص خاصة مثل المادة 986 من القانون المدني التي تستثني من الشهر حقوق الامتياز العامة و حقوق الامتياز العقارية الضامنة لديون الخزينة العامة¹ .

هذا و تخلو النصوص المتعلقة بالشهر العقاري في الجزائر من نص دقيق يبين ضرورة إشهار هذه الحقوق بكافة أنواعها و مصادرها و آثار ذلك الإشهار فيما بين الأطراف و في مواجهة الغير و كذلك جزاء أو آثار الإخلال بالإشهار، و هذا خلافا للمشرع المصري و المشرع الفرنسي إذ في مصر تنص المادة 29 من قانون السجل العيني على أنه "يجب قيد جميع التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة أو التي من شأنها زوال أي حق من الحقوق العينية العقارية التبعية و كذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك و الإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيدها و يترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم"² .

¹ تبدو أهمية إشهار الحقوق العينية التبعية تماما مثل أهمية إشهار حق الملكية و غيره من الحقوق العينية الأصلية لأن الوضعية القانونية للعقار تختلف بوجود هذه الحقوق ، كما أن قيمته المالية تضطرب في حال ما إذا كان مثقلا برهن أو امتياز أو أي حق عيني تباعي آخر، مما يجعل من الضروري إعلام الغير بهذا الأمر حتى يسود الائتمان و لا يتفاجأ المتعاملون في تلك العقارات بمزاحمة أصحاب هذه الحقوق لهم و منازعتهم في حقوقهم ، و لا يتأتى هذا الإعلام و لا يسود ذلك الائتمان إلا بطريقة قيد هذه الحقوق و إشهارها.

² د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 373

أما في فرنسا فإن النصوص المتعلقة بإشهار حقوق الامتياز و الرهون فموجودة في القانون المدني منذ صدور قانون نابليون في 1804 ثم تقرررت بنص خاص مقرر بموجب مرسوم صادر في 11 جوان 1817 ثم بمرسومين أحدهما في 23 مارس 1855 و الآخر في 30 أكتوبر 1935 . أما اليوم فإن النص المرجعي الذي يشير إلى ضرورة إشهار الامتيازات و الرهون هو مرسوم 4 جانفي 1955 المعدل بخصوص إشهار هذه الحقوق عدة مرات في 06 أفريل 1998 ثم 23 جوان 1998 ثم 03 جويلية 1998¹ .

هذا و يتميز إشهار الحقوق العينية التبعية بنوع من الخصوصية لاسيما في تاريخ قيدها و تعديلها و شطبها و تحديد مرتبتها مقارنة ببقية الحقوق الأخرى المشهورة أو المقيدة، مما يستدعي ضرورة تدقيق النصوص و مراجعتها بحيث تظهر جليا قائمة الحقوق العينية التبعية واجبة القيد أو التسجيل بدون لبس و بدون السهو عن أي حق حتى لا يفتح الباب أمام التأويل و القياس. كما يتعين تحديد إجراءات إشهار أو قيد هذه الحقوق و شطبها و تعديلها و ترتيب مرتبتها و إبراز أثر عدم قيدها مع ضرورة الإحالة إلى الاستثناء الوارد في القانون المدني الذي يعفي بعض الامتيازات العامة و تلك التي تضمن ديون الخزينة العامة من الإشهار.

الفرع الثاني : شهر بعض الحقوق الشخصية

يبدو أنه من غير المستصاح أن يلزم الأشخاص بشهر حقوقهم الشخصية حتى ولو كانت متعلقة بعقار، لأن هذه الحقوق لا تولد سوى التزامات شخصية تقع على طرفي العلاقة أو أحد أطرافها، و أن وجودها لا يغير في الطبيعة القانونية أو المركز

¹ أنظر Stephane piedelievre op.cit p 152

مع الإشارة إلى أن إشهار هذه الحقوق في القانون الفرنسي ليس إجباريا و إنما مجرد إجراء اختياري لكن ضروري نظرا لفقدان حجية هذه الحقوق في مواجهة الغير بسبب عدم تسجيلها فقد سبقت الإشارة إلى هذا لما ذكرنا أن نظام الشهر في فرنسا ينقسم إلى نظام إشهار إجباري (obligatoire) و نظام إشهار اختياري (facultative) و أن كلاهما ينقسم إلى إشهار من أجل الإعلام (à fin d'information) و إشهار من أجل الحجية (à fin d'opposabilité).

القانوني للعقار¹. غير أنه و خروجاً عن القاعدة فإن بعض الحقوق الشخصية تخضع للإشهار ، و بالنظر إلى كون ذلك مجرد استثناء فإن التشريعات تحرص على النص على تحديد تلك الحقوق الشخصية الخاضعة للشهر².

و دون المساس بمبدأ الأثر النسبي للعقود ، فإن آثار بعض العقود القليلة جداً لا تكون حجة في مواجهة الغير إلا إذا تم شهرها ، و مبرر هذه الفكرة التي تقضي بوجود شهر بعض الحقوق الشخصية الواردة على العقار ، هو أن بعض هذه الحقوق له نفس الآثار الاقتصادية على قيمة العقار التي للحقوق العينية³ ، فبسبب مساس بعض الحقوق الشخصية بالقيمة المالية للعقار جاءت الأحكام التي تفرض إخضاعها للشهر لأن مشتري العقار من حقه أن يعرف القيمة الحقيقية له .

و الحقوق الشخصية الخاضعة للشهر في القانون الجزائري هي الحقوق الناتجة عن الإيجارات التي تزيد مدتها عن 12 عاماً و المخالصات و الحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً. أما في مصر فيضاف إلى هاتين الحالتين شهر ديون التركة مع اختلاف في مدة الإيجار الواجب الشهر إذ هي محددة بتسع سنوات، أما في فرنسا فإن الإيجارات التي تزيد عن 12 سنة تخضع للإشهار الإلزامي و تخضع الإيجارات التي تقل مدتها عن ذلك للإشهار في حالة وجود مخالصة أو حوالة مسبقة بأجرة ثلاث سنوات و كذا الإيجارات المولدة لحقوق عينية بموجب نص قانوني مثل الإيجار الأمفتيوزي (bail emphytéotique) و إيجارات البناء (baux à construction). كما تخضع للإشهار المخالصات و الحوالات بقيمة تساوي أو تزيد عن أجرة ثلاث سنوات و تخضع للشهر أيضاً عقود الامتياز العقارية (contrat de concession immobiliers) و عقد الاعتماد الإيجاري (le crédit bail)⁴.

¹ Stéphane piedelievre op-cit p 116

² راجع في التشريع الفرنسي المادة 28 فقرة 1 (ب) من المرسوم المؤرخ في 04 جانفي 1955 و في التشريع السويسري المادة 71 من أمر السجل العيني و المادة 959 من القانون المدني و في التشريع المغربي المادة 65 من الظهير المؤرخ في 9 رمضان 1331 هجرية و في التشريع التونسي المادة 373 من مجلة الحقوق العينية الصادرة بالقانون رقم 5 لسنة 1965 و في التشريع الجزائري المادة 17 من الأمر 74/75 و المادة 897 من القانون المدني.

³ راجع د/ عبد الفتاح عبد الباقي (عقد الإيجار – الأحكام العامة) الجزء الأول سنة 1952 ص 129

⁴ راجع في هذا الشأن كل من Philippe Simler et Philippe delebecque op-cit p 687/688.

Stéphane piedelievre op-cit p 118-119

أولاً : الإيجارات التي تزيد مدتها عن اثني عشر سنة

لا شك أن عقد الإيجار عقد تتولد عنه حقوق و التزامات شخصية كما تظل الدعاوى المتعلقة به مجرد دعاوى شخصية¹ ، و قد ورد النص على إلزامية شهر عقود الإيجار التي تزيد مدتها عن اثني عشر عاماً في المادة 17 من الأمر 74/75 التي تنص على "إن الإيجارات لمدة اثني عشر سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف و لا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 165 من الأمر 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتضمن الثورة الزراعية"² . و قد ساير المشرع الجزائري هنا نظيره الفرنسي في تحديد مدة الإيجار باثني عشر 12 سنة، إذ ذكرها المرسوم المؤرخ في 04 جانفي 1955 في فرنسا و الذي قلص المدة من ثمانية عشر سنة مثلما كان ينص عنها قانون 23 مارس 1855 إلى مدة اثني عشر سنة³ .

و نظراً لما تنقصه مدة الإيجار الطويلة من قيمة العقار و جب إعلام الجمهور كافة بهذا النوع من الإيجارات حتى يكونوا على بينة من أمرهم إذا ما أقدموا على التعامل في ذلك العقار، و لذلك فإن المشتري لعقار مؤجر لمدة تساوي أو تزيد عن 12 سنة يكون ملزماً باحترام حقوق المستأجر إذا أثبت هذا الأخير إشهار عقد الإيجار قبل إشهار عقد البيع، أما في غياب إشهار عقد الإيجار و هو الأمر مستبعد اليوم⁴ ، فإن

¹ المستشار أنور طلبية (الشهر العقاري و المفاضلة بين التصرفات) دار نشر الثقافة - القاهرة 1990 ص 701
² إن المادة 165 من الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية لم يعد هنالك مجال لمراعاتها في تطبيق المادة 17 من الأمر 74/75 بعد إلغاء قانون الثورة الزراعية صراحة بنص المادة 75 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري.
³ لقد كان مبرر المشرع الفرنسي آنذاك في إخضاع هذه الإيجارات للإشهار الإلزامي ما رآه بعض الفقهاء، من أن مثل هذه الإيجارات الطويلة المدة تتجاوز حدود الإدارة المعتادة للعقار و أنها تنقص بشكل واضح من القيمة المالية للعقار المؤجر. و أن مشتري مثل هذه العقارات ملزم قانوناً باحترام بنود عقد الإيجار و تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وفقاً للمبادئ القانونية التي تحكم عقد الإيجار، إذ أن انتقال ملكية هذه العين لا يؤثر على حقوق المستأجر.

⁴ يشار هنا إلى الطابع الرسمي الذي أصبح يميز عقد الإيجار المدني في القانون الجزائري ابتداءً من صدور المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري و المرسوم التنفيذي 59/94 المتضمن نموذج عقد الإيجار، إذ صارت كل عقود الإيجار المدني تفرغ وجوباً في الشكل الرسمي و وفق النموذج المحدد و بعناية موثق و لذلك فإنه يصعب تصور إغفال إشهار الإيجارات التي تزيد مدتها عن 12 سنة أو تساويها لأن السعي إلى إشهار هذه العقود سيكون من طرف الموثق نفسه و بالطبع فإنه من المستبعد أن يغفل الموثق عن إتمام هذا الإجراء. أما إذا ما أبرم مثل هذا الإيجار بدون اللجوء إلى الكتابة الرسمية سواء كانت مدته تزيد أو تقل عن 12 سنة و تم ذلك بعد تاريخ 01 مارس 1993 فإنه لا مجال للحديث عن حجية أو عدم حجية هذا العقد لأن الأمر سيكون أكبر من الحجية، إذ يقع باطلاً و كأن لم يكن أصلاً مثل هذا التعاقد و لا يخول عندئذ للشاغل حسن النية سوى الترتيبات المنصوص عنها في المادة 21 من المرسوم 03/93.

الإيجار لا يكون له أي حجية في مواجهة المالك الجديد أو غيره و لا حتى بين الأطراف¹.

و في الأخير فإن نص المادة 27 من الأمر 74/75 لم يحدد نوعا معينا من الإيجارات دون غيره، و لذلك فإن ورود المصطلح على عمومه و إطلاقه يفيد بأن كل الإيجارات سواء المدنية أو التجارية أو المهنية أو الفلاحية التي تزيد عن اثني عشر سنة لا تكون لها أي حجية بين المتعاقدين في مواجهة الغير إلا إذا تم إشهارها، و هنا يحق لنا أن نتساءل عن تلك الإيجارات التي لا يشترط المشرع لانعقادها الرسمية أي التي يمكن أن تتعقد بمجرد محرر عرفي أو حتى رضائيا بالاتفاق مثل الإيجارات الفلاحية و التجارية كيف يتم إشهارها إذا تجاوزت أو بلغت مدتها اثني عشر سنة ؟

كما تجدر الإشارة إلى أن حكم المادة 17 في حالة مخالفة إلزامية الشهر كان قاسيا أكثر مما هو عليه الحال في القانون المصري مثلا، إذ رتب المادة 17 أثرا واحدا عن الإخلال بواجب الشهر و هو عدم حجية العقد مطلقا بين الأطراف و في مواجهة الغير، بينما في مصر، فإن الإخلال بواجب الشهر يجعل عدم الحجية لا تسري إلا على ما زاد عن مدة اثنا عشر سنة ، أما ما دون ذلك فيمكن أن يحتج بها² ، أي أن العقد الذي تبلغ مدته خمسة عشر سنة مثلا و لم يتم إشهاره فإنه يعتبر منعقدا صحيحا و منتجا لأثاره و يمكن الإحتجاج به لكن تنقص مدته إلى ما يقل عن اثني عشر سنة .

¹ يشار إلى أن المبرر الذي أعطاه الفقه لإشهار عقود الإيجار التي تزيد مدتها عن اثني عشر سنة في فرنسا و الجزائر و تسع سنوات في مصر في الحقيقة ينطبق على كل الإيجارات ذات المدة الطويلة نسبيا ، كما يمكن أن يتوفر أيضا في الإيجارات التي يملك فيها المستأجر حق التأجير من الباطن باتفاق مع المؤجر، لأن كل هذه الإيجارات تنقص من القيمة المالية للعقار ولذلك لا أرى مبررا اليوم أن يقتصر الإشهار على عقود الإيجار التي تزيد أو تساوي مدتها اثنا عشر سنة ، بل من الأحسن توسيع نطاق ذلك ليشمل كل الإيجارات مهما كانت مدتها لاسيما الإيجارات المدنية لأن هذه الأخيرة لا تتعقد إلا على الشكل الرسمي و من ثم فإن إخضاعها للإشهار لا يؤدي إلى الخشية من عزوف المتعاقدين عن توثيق إيجاراتهم و انتشار الإيجارات العرفية ، فذلك الخشية هي التي كانت وراء حصر المشرع الفرنسي نطاق إشهار عقود الإيجار في العقود التي تساوي أو تزيد مدتها عن اثني عشر سنة لأنه كان يرى أنه لو يخضع كل الإيجارات للإشهار فإن ذلك يؤدي إلى تفضيل الأشخاص إبرام إيجارات عرفية طالما أنها صحيحة حتى يتجنبوا رسوم التوثيق والتسجيل، أما مع وجود قواعد تقضي بوجوب كتابة الإيجارات المدنية و توثيقها اليوم في القانون الجزائري، فلا خشية من انتشار الإيجارات العرفية كونها باطلة و تعني القضاء عن منازعات إثبات وجودها .

ثانيا : المخالصات و الحوالات بأجرة تساوي أو تزيد عن أجرة ثلاث سنوات

أخضعت المادة 897 من القانون المدني الجزائري لإلزامية الشهر هذه السندات بما نصه: "لا تكون المخالصات بالأجرة مقدما لمدة تزيد على ثلاث سنوات و لا الحوالات كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان تاريخها ثابتا و سابقا لتسجيل تنبيه نزع الملكية و إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد عن ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، و إلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة المقتضى الوارد في الفقرة السابقة".

لقد حذا القانون الجزائري في هذا النص حذو المشرع الفرنسي الذي أخضع هذه السندات أو التصرفات أيضا للشهر بموجب المادة 28 فقرة 1 ب من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 و كذلك فعل المشرع المصري بالمادة 11 من قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة 1964 بعد أن انتقد الفقه قانون سنة 1923 الذي لم يخضع للشهر إلا المخالصات¹. و اتحدت التشريعات الثلاث حتى بشأن مدة السنوات الثلاث، مما يدفع للقول بأن كل من هذه التشريعات أخذ عن سابقه و اقتدى به دون حاجة إلى مراجعة.

و المقصود بالمخالصة هنا هو قبض مالك العقار المؤجر من المستأجر مبلغا يساوي أو يزيد عن أجرة ثلاث سنوات مقدما و أما الحوالة بذلك فهي التصرف الذي يحيل به مالك العقار المؤجر مبلغا يساوي أجرة ثلاث سنوات إلى الغير لأي سبب كان و في كلتا الحالتين فإن صورتي التصرف الذي يأتيه المالك لا تكون له حجية في مواجهة الغير وخاصة الدائن المرتهن – حسب نص المادة – إلا إذا ثبت شهر هذا التصرف قبل قيد حقوق الدائن المرتهن².

¹ يلاحظ أن النص في القانون الجزائري جاء بمناسبة الحديث عن آثار الرهن و مدى حجية مثل هذه التصرفات في مواجهة الدائن المرتهن و لكن النصوص المقابلة لهذا النص في القانون الفرنسي و القانون المصري إنما جاءت في خضم تعداد التصرفات و السندات الخاضعة للشهر، و لذلك فإنه من حيث آثار إشهار هذا النوع من الحوالات و المخالصات، فإن الأمر يتعلق بترتيب الحجية في مواجهة الغير بصرف النظر عما إذا كان هذا الغير دائن مرتهن أو غير ذلك، و لذلك فإنه من الأجدر إضافة فقرة ثانية للمادة 17 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري تتضمن إلزامية إشهار هذه الحوالات و المخالصات دون ربط أثرها بالدائن المرتهن على وجه التحديد.

و الحكمة من إخضاع هذه التصرفات سواء المخالصة أو الحوالة للشهر هو أن من شأنهما إنقاص قيمة العقار، ذلك أن من يتلقى العقار من المالك صاحب التصرف سيحرم من أجرته و عموما الانتفاع به لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، و لذلك وجب إعلام الجمهور بهذا الأمر عن طريق الإشهار¹.

و خلافا لما وقع فيه المشرع في نص المادة 17 من الأمر 74/75 بشأن إشهار الإيجارات لمدة تزيد عن اثني عشر عاما ، فإن المخالصات و الحوالات إذا زادت مدتها عن ثلاث سنوات و لم تشهر فإنها لا تكون نافذة إلا لمدة أقل من ثلاث سنوات بينما أهمل المشرع الجزائري مثل هذا الحكم في الإيجار و جعل إغفال إشهار الإيجارات التي تزيد عن اثني عشر عاما تفقد كل حجية بشكل مطلق و لا تسري بالتالي و لو ليوم واحد.

و عموما فإن إخضاع الحوالات و المخالصات المقابلة لأجرة ثلاث سنوات أو أكثر إذا دفعت مقدما لإلزامية الإشهار تبقى بدون أهمية عملية، ذلك أنه من النادر أن يقبل المستأجر على دفع مقدم الأجرة لمدة ثلاث سنوات، و من جهة أخرى فإن مجرد إخضاع مثل هذه التصرفات لإلزامية الشهر يجعل الأطراف يعرضون و يعزفون عنها تجنباً لنفقات الكتابة و الشهر التي لا تقابلها أي فائدة أو نفع.

الفرع الثالث : شهر حق الإرث و الشهادة التوثيقية

إن حق الإرث الذي أساسه استخلاف الحي الوارث للميت المورث في أموال و حقوق هذا الأخير المنقولة و العقارية بعد سداد ديون التركة طبعا و انتقال هذه الأموال للورثة يتميز بنوع من الخصوصية من حيث طريقة و وقت و شروط هذا الانتقال، إذ من جهة يخضع هذا الانتقال لأحكام الشريعة الإسلامية على أساس أن

¹ راجع في هذا المعنى :

Stéphane piedelievre op.cit p 118
مدحت محمد الحسيني (المرجع السابق) ص 153 و ما بعدها

الميراث يكتسي طابعا دينيا و شرعيا في قوانين البلاد الإسلامية، و من جهة ثانية فإن هذه الأموال إذا كانت عقارات أو حقوقا عقارية تحتاج إلى إجراء الشهر العقاري و لذلك فإنه لا بد من التوفيق بين أحكام انتقال التركة في الشريعة الإسلامية و بين أحكام الشهر العقاري كإجراء ضروري لنقل الحقوق العينية العقارية.

لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن التركة إذا كانت خالية من الديون تنتقل إلى الورثة من وقت وفاة المورث، أما إذا كانت التركة مدينة فاختلف فقهاء الشريعة بشأنها . أما المشرع الجزائري فقد تجاهل الخلاف الموجود بين الفقهاء و أقر بأن التركة تنتقل إلى الورثة من وقت وفاة المورث و هذا ما نصت عليه المادة 127 من قانون الأسرة بنصها "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي" . و أكدت على هذا المعنى المادة 15 من الأمر 74/75 المذكور سابقا بقولها "غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية" . و قد أخذ بهذا الحكم المشرع المصري و المشرع السويسري إذ كلاهما لا يعرفان حقا بغير صاحب .

ونظرا لأن وفاة الشخص يترتب عليها زوال ذمته و شخصيته فقد قضت هذه التشريعات بأيلولة ملكية التركة من منقولات و عقارات و حقوق إلى الورثة بمجرد وفاة المورث حتى لا تظل التركة بغير مالك بعد وفاة مالكيها¹ . غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن تصرف الورثة في الأملاك و الحقوق العقارية المنتقلة إليهم بالميراث لا يكون ممكنا إلا بعد قيد أو شهر حقوقهم تلك في مصلحة الشهر العقاري لإثبات ملكيتهم، و هذا ما نص عليه صراحة المشرع المصري في المادة 13 من قانون تنظيم الشهر العقاري² . أما في الجزائر فلا يوجد نص صريح يحمل هذا المعنى و لكن ما يفهم من خلال نص المادة 91 من المرسوم 63/76 هو أنه لا بد لإثبات انتقال العقارات

¹ راجع في هذا المعنى : د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 372 و المستشار أنور طلبة (المرجع السابق) ص 576
² تنص المادة 13 من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري على أنه "يجب شهر حق الإرث بتسجيل شهادات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذ اشتملت على حقوق عينية عقارية و ذلك بدون رسم و إلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق و يجوز أن يقتصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة و في هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة تبنى على أساسها تصرفات الورثة".

و الحقوق العينية العقارية بالوفاة من إتباع إجراءات الشهر التي تنصب عندئذ على وثيقة يعدها الموثق تسمى الشهادة التوثيقية (attestation notariée) أو شهادة نقل الملكية (attestation de transfert de propriété).

و علاوة على نص المادة 91 فإن المادة 88 من المرسوم 63/76 التي تتضمن الحديث عن مبدأ الأثر النسبي للشهر تقتضي صراحة وجوب شهر شهادة انتقال الأملاك العقارية بالوفاة حتى يتمكن الوارث من إشهار تصرفه في الأموال العقارية التي آلت إليه ، إذ جاء نص المادة على الصيغة التالية "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة ، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير...".

و بحسب ما تقدم يتضح أن القانون الجزائري يلزم الوارث بإشهار حقه في الميراث عن طريق إشهار شهادة انتقال الملكية بالوفاة التي يعدها الموثق إما بطلب من صاحب الشأن و إما تلقائيا عندما يطلب منه إعداد عقد يتعلق بكل أو جزء من التركة طبقا للمادة 91 في فقرتها الثانية¹، ولا يستغني عن إعداد و إشهار الشهادة التوثيقية إلا في حالة ما إذا تمت بين الورثة قسمة و تم إشهار هذه القسمة ضمن الأجل المنصوص عنها قانون عملا بنص المادة 91 في فقرتها الثالثة من نفس المرسوم².

أما عن أهمية و آثار إشهار انتقال الأملاك بالوفاة أو إشهار حق الإرث، فإن المشرع الجزائري من خلال مجموع النصوص المتقدم ذكرها يكون قد حذا حذو المشرع المصري و المشرع السويسري، إذ لم يجعل انتقال الأملاك رهنا بإشهار الشهادة التوثيقية، إذ تنتقل التركة بما فيها من عقارات أو حقوق عقارية من لحظة

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 91 على أنه "ينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف، و لكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كلا أو جزءا من تركة و في هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات و الإثباتات المفيدة"

² تنص الفقرة الثالثة من المادة 91 على أنه "لا يتم إعداد شهادة موقفة إذا كان عقد القسمة المتضمن لمجموع العقارات الموروثة قد تم تحريره و إشهاره ضمن الأجل المنصوص عليه"

تحقق وفاة المورث أو اعتباره ميتا حكما و ذلك بأثر رجعي حتى و لو تم إشهار الشهادة التوثيقية في تاريخ لاحق أو لم يتم إشهار تلك الشهادة أو إعدادها أصلا، و هذا في الحقيقة هو موقف و رأى غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية .

هذا و ينطوي إعداد و إشهار الشهادة التوثيقية على أهمية و أثر بالغين يمكن حصرها فيما يلي :

1- لا يمكن إثبات حق الوارث في العقارات و الحقوق العينية العقارية المكونة للتركة إلا بإعداد شهادة انتقال الأملاك بالوفاة مع وجوب إخضاعها للشهر.

2 - لا يمكن للوارث أن يتصرف في ما آل إليه بالميراث من عقارات أو حقوق عينية عقارية إلا إذا قدم للموثق الذي يعكف على تحرير التصرف شهادة موثقة مشهورة تثبت حق الوارث المتصرف و ذلك لتمكين الموثق من مراقبة صحة التصرف و وروده من المالك فعلا أو على الأقل من الشريك في الشيوخ من جهة ، و من جهة ثانية للتأكد من توفر شرط الشهر المسبق أو الأثر النسبي للشهر كما سنأتي على بيانه، و حتى و إن أفلت تحقق هذا الشرط عن فطنة الموثق و قام بتحرير العقد فإن المحافظ العقاري له أن يرفض الإيداع أو الإجراء حسب الأحوال وفقا للصلاحيات المخولة له.

3 - إن إشهار الشهادة التوثيقية يحمي صاحب الحق المشهر أي الوارث مما قد يرتبه أي تصرف آخر أو إجراء آخر يتعلق بحقوقه في التركة من آثار. أما في حالة عدم إشهاره لحقوقه بإشهار الشهادة التوثيقية فإنه لا يستبعد إقدام أي شخص آخر سواء من الورثة أو الغير على إشهار تصرف واردة على عقارات التركة كلها أو بعضها مما يلحق الضرر بحق الورثة أو بعضهم و ذلك طبعا دون الإخلال بحق هؤلاء الورثة في رفع الدعاوى المنصوص عنها في المادة 85 من المرسوم 63/76 ، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 88 من نفس المرسوم¹.

4 - عدم إشهار الشهادة التوثيقية في الآجال المحددة ب 6 أشهر من الوفاة يجعل الورثة مسئولين مدنيا عن أي ضرر يلحق بالغير نتيجة عدم الإعلام².

¹ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 88 من المرسوم 63/76 على أنه "ابتداء من الإشهار المعطى للعقد أو للقرار القضائي أو للشهادة الموثقة المثبتة الحق لصاحبه الجديد، لا يمكن القيام بأي إجراء من قبل الشخص الرئيسي أو ضد صاحب السابق لهذا الحق دون الإخلال بإشهار الطلبات القضائية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حق عيني عقاري".

² جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 106

5 - عدم إشهار الشهادة التوثيقية يحرم الورثة من إمكانية الاحتجاج و التمسك بالضمانات التي يوفرها الشهر في نظام الشهر العيني لفائدة أصحاب الحقوق المشهورة لنفاد تصرفاتهم في الحقوق الميراثية¹، إذ بهذا لا يكونون مثلاً في مأمن من خطر الاكتساب بالتقادم و خطر تقادم الحقوق الميراثية، إذا ما توفرت شروط و ظروف الخطرين².

الفرع الرابع : شهر الدعاوى العقارية

إن الشهر العقاري لا يقتصر على العقود و الأحكام القضائية و بعض الوقائع المادية المتعلقة بالعقارات ، إنما توجب جل التشريعات إخضاع بعض الدعاوى القضائية إلى الشهر إذا كانت متعلقة بحق عيني عقاري أو تتضمن المطالبة بتغيير الوضعية القانونية لعقار ما عن طريق نقض أو إبطال أو فسخ أو تعديل حقوق سبق شهرها في السجل العقاري .

و يختلف نطاق شهر الدعاوى في ظل نظام الشهر الشخصي عنه في ظل نظام الشهر العيني، فالشهر في ظل النظام الأول يشمل جميع الدعاوى التي تتعلق بالعقار و بالحقوق العينية العقارية سواء ما تعلق منها بصحة و نفاذ هذه التصرفات أو ما تعلق بالطنن في هذه التصرفات ، أما في ظل نظام الشهر العيني فلا يشمل الشهر سوى الدعاوى التي لا تتعارض مع المبادئ الأساسية لنظام الشهر العيني لاسيما مبدأ القوة المطلقة للقيد و عدم جواز الطعن في الحقوق المقيدة³.

¹ ليلي زروقي (التصرفات القانونية الواجبة الشهر و الآثار المترتبة عن القيد) مقال منشور في مجلة الموثق العدد 05 - ديسمبر 1998 ص 13.

² لا يوجد في القانون الجزائري نص يفيد بجواز الشهر الجزئي لحق الإرث، و صورته أن يقوم أحد الورثة بإشهار نصيبه فقط مثلما هو معروف في القانون المصري، و على هذا فإنه و في غياب النص فإن الشهادة التوثيقية لا يمكن أن تتم إلا على كل المكونات العقارية للتركة و أن تشمل كل الورثة، و لذلك نلاحظ في الميدان أحيانا استحالة إعداد الشهادة التوثيقية بطلب من أحد الورثة خاصة لما يكون هنالك نزاع حول التركة في الفرض الذي يمتنع فيه أحد الورثة أو بعضهم عن تقديم وثائق إثبات هويتهم أو ما يحوزونه من سندات باسم المورث من أجل إعداد الشهادة التوثيقية عندما يكون بقاء الوضع على هذه الحال يخدم مصالحهم، الأمر الذي ينقل في كثير من الأحيان وكلاء الجمهورية بطلبات التدخل التي يتقدم بها المعنيون من أجل إجبار خصومهم على تقديم و ثائقهم لإعداد الشهادة التوثيقية، خاصة في ظل السلوك القضائي السائد و الذي دأبت بموجبه المحاكم على رفض الدعاوى المتعلقة بقسمة التركات أو بالمنازعة في مكونات التركة أو حتى الدعاوى التي يرمى أصحابها إلى حماية حقوقهم العقارية التي آلت إليهم بالميراث من اعتداء الغير و ذلك في حالة عدم تقديم الشهادة التوثيقية ضمن ملف الدعاوى.

³ راجع د/إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 409

أما في القانون الجزائري ، فعلى الرغم من أن النظام السائد هو نظام الشهر العيني باستثناء المناطق التي لم يشملها المسح ، إلا أن الباب مفتوح للطعن في كل الحقوق التي سبق شهرها بكل أنواع الدعاوى و الطلبات ، إذ جاء نص المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري خاليا من أي استثناء أو تخصيص و لذلك فإنه يسري على عمومه و إطلاقه . و تنص المادة 85 المذكورة على "إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 04/14 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، و إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار".

و معنى النص المتقدم هو أن الدعاوى التي قد تمس الأحكام الصادرة فيها بحقوق مشهورة لا بد من شهرها بهدف إعلام الجمهور بالنزاع القائم بشأنها و تحذيره بذلك من تبعة التعامل فيها تحقيقا للاستقرار و الائتمان العقاري . و الحكمة من ذلك هو أن مجرد رفع دعوى للمطالبة ببطلان تصرف مشهر أو نقض أو إبطال أو فسخ عقود سبق شهرها يجعل الحقوق الناشئة عن هذه العقود محل شك حول وجودها و صحتها أو حجيتها ، الأمر الذي يتطلب إحاطة الغير به ، وهذا لا يتأتى إلا عن طريق إشهار عريضة افتتاح الدعوى عن طريق التأشير بذلك على هامش البطاقة العقارية المخصصة للعقار محل الدعوى .

و قد تشدد القضاء في فرنسا بشأن تضييق نطاق تطبيق شهر الدعاوى القضائية و ظل يقصي من هذا النطاق الدعاوى العقارية حتى انتهى إلى ما مفاده أن الدعاوى التي تخضع عريضة افتتاحها للشهر هي فقط تلك الدعاوى التي ترمي إلى إنهاء الحقوق المشهورة بأثر رجعي و جعلها كأن لم تكن ، لأنه في هذه الحالة فقط يكون الخطر قائما تجاه الغير الذي يكون قد تعامل في هذه الحقوق ، أما ما سواها من

الدعاوى التي تؤدي إلى تغيير الوضعية القانونية أو المادية للعقارات دون أن تؤدي إلى إعدام الحق المشهر بأثر رجعي فلا حاجة لإشهارها¹.

غير أنه و رجوعا إلى القانون الجزائري فإن التطبيق الحرفي لنص المادة 85 من المرسوم 63/76 يقتضي إخضاع كل الدعاوى الرامية إلى فسخ (résolution) أو إبطال (révocation) أو إلغاء (annulation) أو نقض (rescision) حقوق ناتجة عن سندات تم إشهارها إلى إلزامية الشهر عن طريق التأشير الهامشي بعريضة افتتاح الدعوى على هامش البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل الدعوى. و الجدير بالملاحظة أن المشرع من خلال هذا النص أراد أن يخضع كل الدعاوى التي قد تؤدي إلى النطق بحكم قضائي يمس حقوقا سبق شهرها إلى الشهر ، و لذلك أشار البعض إلى أن الدعاوى المذكورة في م/85 إنما ذكرت على سبيل المثال لا الحصر مما يفتح المجال للحديث عن إشهار دعاوى أخرى لنفس العلة مثل دعاوى البطلان و دعاوى الرجوع في الهبة².

و هذا الموقف الذي عبر عنه البعض يتماشى فعلا مع روح نص المادة 85، ذلك أنه لا يوجد أي مبرر واضح لاقتصار الشهر على الدعاوى الأربعة المذكورة في المادة 85 دون غيرها من الدعاوى التي قد تؤدي إلى نفس النتيجة التي جعلت المشرع يخضع الدعاوى الأربع للشهر و هي تغيير الوضعية القانونية للعقار. بل أكثر من ذلك فقد دار الحديث في أوساط الفقه الفرنسي، إلى أن علة إشهار الدعاوى العقارية تتوفر حتى في الدعاوى التي قد تمس الوضعية المادية للعقار³ مثل دعوى ترسيم الحدود المذكورة في المادة 703 من القانون المدني الجزائري⁴ و دعوى هدم البناء و إزالة منشآت أخرى، لأن هذه الدعاوى إذا انتهت بالقبول و تم تنفيذ الحكم الصادر فيها فإنها

¹ يرجع هذا الموقف إلى أنه يوجد مساس بقيمة العقار و الحقوق المشهورة عن طريق الدعوى حتى ولو انتهت هذه الدعوى بالفرض، ذلك أن مجرد علم الغير بوجود دعوى تتعلق بعقار أو حق عقاري مشهر يدفع هذا الغير إلى تجنب التعامل فيه دون أن ينتظر نتيجة الدعوى، فمن هذا المنطلق أصبح القضاء في فرنسا يرى في وجوب شهر كل الدعاوى الرامية إلى تغيير الوضعية القانونية أو المادية للعقار تعطيل لتداول العقارات و تسريب للشك الذي لا يشجع على الإقدام على التعامل مهما كانت نتيجة تلك الدعاوى. راجع في تفصيل ذلك Stéphane piedelivre op.cit p 144

² جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 113

³ Stéphane piedelivre op.cit p 145

⁴ تنص المادة 703 من القانون المدني الجزائري على أنه " لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة و تكون نفقات التحديد مشتركة بينهما "

ستؤدي إلى التغيير المادي لوضعية العقار و الذي يكون قد استقر في أذهان الغير بوضعيته السابقة خاصة إذا سبق خضوعه للمسح، وأن ترك هذه الصورة في الأذهان يعد تضليلا للغير مما قد يؤدي إلى إقدامهم على التعامل فيه بناءا على تلك الصورة المضللة.

و لهذا السبب جاء نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على نحو يؤكد فيه هذا الموقف المتجه نحو التوسع في نطاق إلزامية شهر الدعاوى حيث لم يعد الأمر يقتصر على الدعاوى الرامية إلى النطق بالفسخ أو البطلان أو الإلغاء والنقض و إنما كل الدعاوى المتعلقة بالعقارات و الحقوق العينية العقارية المشهورة إذ جاء نص المادة 17 مجملا و بدون تقييد على الوجه الآتي: "...يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار أو بحق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون و تقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية تحت طائلة عدم قبولها شكلا ما لم يثبت إيداعها للإشهار"¹.

و بهذا النص الجديد يكون المشرع قد أنهى الجدل الذي ثار من قبل حول حصر نطاق تطبيق المادة 85 من المرسوم 63/76 و تحديد الدعاوى الخاضعة للشهر بشكل دقيق واتجه بذلك إلى إخضاع كل الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار أو حق عيني عقاري سبق شهره إلى إلزامية الشهر مهما كان الهدف من الدعوى، كما أنهى المشرع أيضا بنص المادة 17 ذلك الجدل الذي ثار في أوساط المنشغلين بالإجراءات حول أثر تخلف الإشهار فيما إذا كان له تأثير على قبول الدعوى شكلا أم لا²، و صرح بما لا يدع مجالا للشك أن شرط إشهار العريضة في الحالات المنصوص عنها في المادة 17 هو شرط لقبول الدعوى و أن تخلف هذا الشرط يعرض الدعوى لعدم القبول³.

¹ نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد الصادر بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008 و الذي بدأ سريانه بعد سنة من تاريخ نشر أي في 24 أبريل 2009 عملا بالمادة 1062 منه.

² راجع جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 114.
³ أنظر تفصيل الجدل الذي كان سائدا و تعارض الأحكام القضائية بشأن شرط إشهار الدعاوى و الموقف الجديد الذي جاءت به المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حول جزاء تخلف الشهر في الفصل الأخير من هذه الرسالة عند التعرض لجزاء تخلف الشهر ص 474

الفرع الخامس : شهر بعض الوقائع المادية و السندات الإدارية و العقود التمويلية

أولا : شهر بعض الوقائع المادية

إن الشهر العقاري لا يقتصر على التصرفات و الأحكام القضائية التي تتعلق بالعقارات و إنما تخضع جلّ التشريعات بعض الوقائع المادية التي من شأنها تعديل أو تغيير الوضعية المادية للعقارات للشهر ، ذلك أن بعضها قد تؤدي إلى تغيير في الوحدة العقارية ، كأن تكون هذه الوحدة أرضا فضاء وقت قيدها في السجل العقاري فيقام عليها فيما بعد بناء فتتحول بذلك إلى عقار مبني . و قد تكون في الأصل عقارا مبنيا فيهدم كله أو جزء منه أو يبني فوقه طابق أو أكثر فتتغير بذلك وضعيته المادية بما يستدعي مراجعة هذه الوضعية على البطاقة العقارية بعد إخطار المحافظ العقاري بهذا التغيير . و لا تقتصر الوقائع المادية على مجرد البناء أو الهدم أو التعلية أو التوسعة و إنما هنالك عدة أوضاع تؤدي إلى تغيير الوضعية المادية للوحدة العقارية مثل التقسيم و تجزئته و غيرها من الوضعيات المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالتهيئة و التعمير .

و من أجل تمكين المحافظ العقاري من مساندة و تتبع مثل هذه الوقائع المادية من أجل قيدها في السجل العقاري فإن القوانين تقيد الأطراف الراغبين في الإقدام على القيام بأي تغيير في الوضعية المادية لعقاراتهم بوجود الحصول على رخصة أو شهادة إدارية تؤدي في الحقيقة دورين ، فمن جهة تعتبر وسيلة لبطر رقابة الإدارة على الأعمال المتعلقة بالتهيئة و التعمير و البناء ، و من جهة ثانية تمكن المحافظ العقاري من قيد كل تغيير يطال الوضعية المادية للعقارات في السجل العقاري حتى يصبح هذا السجل محينا و مطابقا للواقع و ذلك بإخضاع هذه الرخص و الشهادات للشهر . و من أمثلة هذه الرخص و الشهادات ، رخصة البناء و رخصة الهدم و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و شهادة المطابقة¹ .

¹ تصدر هذه الرخص و الشهادات عن الجهات الإدارية تحت عنوان عقود التعمير و البناء و قد ورد النص عليها في القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل و المتمم بالقانون رقم 04-05 الصادر بتاريخ 14/08/2004 و كذا المرسوم التنفيذي رقم 91/176 المؤرخ في 28/05/1991 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 06-03 المؤرخ في 07/01/2006 ، و غيرهما من النصوص الخاصة .

ثانيا : شهر بعض الشهادات الإدارية

تخضع بعض الشهادات الصادرة عن الإدارة إلى وجوب التسجيل و الإشهار العقاري بالنظر إلى أهميتها و أثرها الآني و المستقبلي على الوضعية القانونية أو المادية للعقارات ، و من بين هذه الشهادات شهادة الحيازة المنصوص عنها في المادة 39 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري و كذا عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية عن طريق التقادم المكسب المنصوص عنه بالمرسوم رقم 83/352 المؤرخ في 02/05/1983 المتضمن إجراءات إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة .

1- شهادة الحيازة

تنص المادة 39 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري¹ على أنه "يمكن لكل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها ، ملكية مستمرة و غير منقطعة و هادئة و علنية و لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى شهادة حيازة ، و هي تخضع لشكليات التسجيل و الإشهار العقاري وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي " . و قد فصل المرسوم التنفيذي رقم 91/254 المؤرخ في 27 جويليا 1991² الذي جاء تطبيقا للمادة 39 من قانون التوجيه العقاري في شروط الحيازة لما نص في مادته الثانية على أن طلب شهادة الحيازة يكون ممن يمارس الحيازة طبقا للمادة 413 من قانون الإجراءات المدنية أي لمدة سنة واحدة و هي مدة قصيرة جدا بالنظر إلى ما يمكن أن يرتبه منح شهادة الحيازة من آثار هامة ، كما سهلت المادة السادسة من نفس المرسوم على الحائز طالب شهادة الحيازة إجراءات الإثبات لما قررت أنه يكفي لإثبات النية الحسنة في الحيازة شهادة الشهود³ .

¹ قانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 22 سنة 1990 .

² المرسوم التنفيذي رقم 91/254 المؤرخ في 27 جويليا 1991 منشور في الجريدة الرسمية عدد 36 لسنة 1991 .

³ ليلي زروقي و حمدي باشا عمر (المنازعات العقارية) دار هومة للنشر 2004 ص 79

فشهادة الحيازة حسب النص المتقدم عبارة عن سند يثبت حيازة شخص لأرض تابعة للملكية الخاصة تمهيدا لاستعمالها كسند رسمي أمام المؤسسات المالية و البنكية بهدف الحصول على قروض ، و يمكن استعمالها أيضا فيما بعد للحصول على رخص البناء وحتى على عقد الملكية عن طريق إثبات التقادم المكسب. و ما يهمننا في هذا الصدد هو أن شهادة الحيازة تخضع لإجراءات الشهر نظرا لما يترتب على تسليمها من آثار قانونية تتعلق بالعقار محل الحيازة و بالحائز على حد سواء¹.

2 - عقد الشهرة

تنص المادة الأولى من المرسوم 352/83 سالف الذكر على أن "كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع لحد الآن للإجراء المحدث بالأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري عقارا من نوع الملك حيازة مستمرة غير منقطعة و لا متنازع عليها و علانية وليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني يمكنه أن يطلب من الموثق المسئول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية"². و عقد الشهرة² الذي يعده و يحرره الموثق بناء على طلب الحائز يخضع لإجراءات الشهر طبقا للمادة التاسعة من نفس المرسوم التي تنص على أن "يودع لدى المحافظة العقارية قصد النشر عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الذي أعده الموثق المسئول عن مكتب التوثيق مصحوبا بنسخ من الوثائق المذكورة في المادة 02 أعلاه بعد تسجيله".

و يفهم من خلال النصين المتقدمين أن عقد الشهرة الذي يحرره الموثق بناء على طلب الحائز الذي يثبت حيازته لعقار حيازة هادئة و علانية و مستمرة و لا يشوبها لبس لمدة 15 سنة أو 10 سنوات بسند صحيح ، هو عبارة عن محرر رسمي صادر عن مكتب التوثيق يستعمل ليقوم مقام عقد الملكية المكتسبة عن طريق إجراءات الحيازة

¹ ليلي زروقي و حمدي باشا عمر (نفس المرجع) ص 80 و 81 .

² في الحقيقة إن عقد الشهرة هذا ليس عقدا بالمفهوم الدقيق للكلمة ذلك أنه ليس ترجمة لاتفاق بين طرفين ، والأصح أنه محرر أو شهادة رسمية و ليس عقدا .

و التقادم المكسب المنصوص عنه في القانون المدني كسبب من أسباب الملكية .
و يشترط للجوء إلى هذه الوسيلة من أجل كسب الملكية العقارية ألا يكون العقار محل
الحياسة قد تم مسحه ، ذلك أن عملية المسح تفضي إلى تسجيل العقار باسم حائزه
و تحويله إلى ملكية خاصة عن طريق إجراءات الترقيم المؤقت أو النهائي التي يقوم بها
المحافظ العقاري بعد إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية¹ .

ثالثا : شهر بعض العقود التمويلية

تخضع بعض العقود و العمليات التمويلية في القانون الجزائري لإجراءات
الشهر نظرا لمساسها بالقيمة المالية للعقارات و أهم هذه العقود و العمليات، عقد الاعتماد
الإيجاري للأصول غير المنقولة le crédit bail و الرهن القانوني المؤسس لصالح
البنوك و المؤسسات المالية.

1 - عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة

نظم المشرع الجزائري عقد الاعتماد الإيجاري بالأمر رقم 09/96 المؤرخ في
10 جانفي 1996 و أخضع هذا العقد لإجراءات الشهر بموجب المادة 06 منه إذ صدر
فيما بعد و تطبيقا للمادة المذكورة المرسوم التنفيذي رقم 91/06 المؤرخ في 20 فيفري
2006 ليحدد كفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة .

و عقد الاعتماد الإيجاري عملية تجارية و مالية تربط البنوك و المؤسسات
المالية أو شركات مؤهلة قانونا و معتمدة بهذه الصفة بالمتعاملين الاقتصاديين جزائريين
كانوا أم أجنب ، أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين تابعين للقانون العام أم القانون

¹ يشار إلى أنه تم الاستغناء عن طريقة عقد الشهرة هذه حتى في البلديات الغير ممسوحة و ذلك باستبدالها بإجراءات التحقيق
الإداري العقاري الذي تباشره مصالح الحفظ العقاري بناء على طلب الحائز عملا بأحكام القانون رقم 02/07 المؤرخ في
27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري المنشور
في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد 44 بتاريخ 3 أوت 2008 . و بخصوص المفاضلة بين
إجراء عقد الشهرة المنصوص عنه في المرسوم 352/83 و بين الإجراءات الجديدة المتعلقة بالتحقيق العقاري المنصوص عنه
بالقانون 02/07 . من تفصيل أكثر راجع رسالة الدكتور محمودي عبد العزيز (آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في
التشريع الجزائري) منشورات بغدادية 2009 ص 178 و ما يليها .

الخاص . و يتم هذا النوع من العقود في صورة عقد إيجار يمكن أن يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر و يتعلق بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية و المؤسسات الحرفية و يعتبر الاعتماد الإيجاري نوعا من القروض لتمويل اقتناء الأصول المذكورة أو استعمالها¹.

2- الرهن القانوني المؤسس لفائدة المؤسسات المالية و مؤسسات أخرى

أنشأ قانون المالية لسنة 2003 في المادة 96 رهنا قانونيا على الأملاك العقارية للمدينين المتعاملين مع البنوك و المؤسسات المالية لفائدة هذه الأخيرة من أجل ضمان تحصيل ديونها، ثم تدعم هذا الضمان بإنشاء صندوق خاص يسمى صندوق ضمان الصفقات العمومية بموجب المادة 56 من قانون المالية لسنة 2006 . و تنفيذا لنص المادة 96 من قانون المالية لسنة 2003 صدر مرسوم تنفيذي بتاريخ 03 أبريل 2006 يحمل رقم 132/06 يتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة هذه البنوك و المؤسسات المالية و مؤسسات أخرى حيث رتب لفائدة هذه الهيئات رهنا قانونيا من أجل ضمان مستحقاتها المالية عن طريق التنفيذ بالأولوية على عقارات المدين المشكلة و عاءا للرهن و ذلك بمجرد انقضاء الأجل المحدد للوفاء ، و أخضع النص المتقدم هذا الرهن لإجراءات الشهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا².

هذا و تجدر الإشارة في الأخير إلى أن التصرفات و الوقائع و الأحكام و السندات و الشهادات الإدارية الواجبة الشهر بموجب النصوص المتقدمة لا يمكن حصر قائمتها، و إنما يمكن تعريفها بنتيجتها، إذ أن ما يجب شهره من التصرفات و الأحكام و الشهادات و السندات هو كل ما ورد النص عليه صراحة ، إضافة إلى كل

¹ أ. خدروش الدراجي و أ. سقاش ساسي (الإعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة و الترقية العقارية) بحث مقدم لأشغال الملتقى الدولي حول الترقية العقارية بجامعة ورقلة يومي 7 و 8 فيفري 2006 منشور ضمن مجموعة أعمال الملتقى ص 48 .

² إن إخضاع هذا الرهن لإجراءات الشهر ليس أمرا مستحدثا بالنص المتقدم في الحقيقة، وإنما جاء هذا النص للتأكيد على ما تضمنه الأمر 74/75 و المرسوم 63/76 المتقدم ذكره من ضرورة إشهار الرهون بصرف النظر عن نوعها و مصدرها و أطرافها، سواء أكانت اتفاقية أو قضائية أم قانونية مثل الرهن الذي أنشأه قانون المالية لسنة 2003 لفائدة البنوك و المؤسسات المالية و مؤسسات أخرى.

ما من شأنه تغيير الوضعية القانونية أو المادية للعقارات التي سبق شؤها بالمحافظة العقارية المختصة، و ذلك لأن الهدف من الشهر العقاري إنما هو إعلام الجمهور والأطراف بكل تغيير يمس الوضعية القانونية أو المادية للعقارات، بل و توسع المشرع إذ اخضع حتى الدعاوى العقارية للإشهار لمجرد احتوائها على احتمال تغيير هذه الوضعية.

و تختلف طرق الشهر العقاري باختلاف موضوعها، فشهر الحقوق العينية الأصلية كالملكية و الانتفاع و حق الاستعمال و حق السكنى يتم عن طريق التسجيل أي نقل التصرف أو الحكم القضائي مصدر هذه الحقوق بأكمله في السجل، أما الحقوق العينية التبعية كالرهن و حق التخصيص و حقوق الامتياز فتشهر بالقيود أي بنقل ملخص العقد أو الواقعة مصدر الحق و تدوين سببه و تعيين العقار المثقل بأحد هذه الحقوق و اسم المستفيد من الحق و من عليه الحق، أما الدعاوى القضائية فيتم شؤها عن طريق التأشير الهامشي بعريضة الدعوى على هامش المحرر الشهر¹. و هذا ما يقودنا لضرورة التفصيل في شروط و إجراءات تقديم المحررات للشهر.

المطلب الثاني : شروط الإشهار و بيانات المحررات الخاضعة للشهر

إن إتمام عملية الشهر أمام المحافظات العقارية، تتطلب احترام طالب الشهر لمجموعة من الشروط و إتباعه الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، فلا تقبل العقود و السندات المقدمة للشهر إلا إذا تم إعدادها في شكل رسمي، عملاً بمبدأ الرسمية الذي يقوم عليه نظام الشهر ، كما أنه لا يجوز إيداع الوثائق المختلفة للشهر ما لم يثبت طالب الشهر أن صاحب الحق محل التصرف قد سبق له أن أشهر سنده بشكل سابق أو مزامن و هذا ما يعرف بقاعدة الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر المسبق . و فضلاً عن ذلك فإن القانون يتطلب أن تتضمن العقود و الوثائق المقدمة للشهر بيانات تفصيلية خاصة بتعيين الأطراف و العقارات محل التعامل على حد سواء، علاوة على ضرورة احترام

¹ جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص119

آجال إيداع تلك العقود و الوثائق بغرض شهرها مع ضرورة إرفاقها ببعض الوثائق الملحقة التي يحددها القانون . و من أجل السهر على احترام هذه الشروط و الإجراءات يخول القانون للمحافظ العقاري سلطات واسعة لدى مراقبته للوثائق المودعة للشهر، إذ يجوز له أن يرفض الإيداع أو يرفض إجراء الشهر بقرار يصدره يكون قابلا للطعن فيه أمام جهات القضاء المختص.

الفرع الأول : شروط تنفيذ عملية الشهر

تتطلب عملية شهر العقود و القرارات القضائية و باقي السندات الخاضعة للشهر ضرورة تقديمها في الشكل الرسمي و هذا ما يعرف بقاعدة الرسمية كما يشترط أن يكون الحق المتعامل فيه و المقدم للشهر قد سبق لصاحبه أن أشهر السند الذي آل إليه بموجبه هذا الحق عملا بقاعدة الشهر المسبق أو قاعدة الأثر النسبي للشهر. كل ذلك مع ضرورة احتواء السندات المقدمة للشهر على البيانات التفصيلية التي من شأنها التعيين الدقيق لهوية الأطراف و العقارات.

أولا : ضرورة تقديم المحرر المطلوب شهره على الشكل الرسمي (قاعدة الرسمية)

تنص المادة 61 من المرسوم 63/76 على أن "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " ، و هذا ما يعني صراحة أنه من أجل إشهار أي محرر يتضمن تصرفا قانونيا أو واقعة مادية تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري لا بد أن يقدم في الشكل الرسمي . إذ يعد هذا المبدأ من المبادئ الأصلية التي تتفق عليها كل نظم الشهر العقاري في العالم بصرف النظر عن نوع النظام المتبع¹ ، ففي فرنسا مثلا و بالرغم من أن النظام السائد هو نظام الشهر الشخصي فإن القانون يفرض تقديم العقود المطلوب شهرها في الشكل الرسمي².

¹ Philippe simler et Philippe debelecque op.cit p 890

² يرجع سبب تبني القانون الفرنسي قاعدة الرسمية إلى أنه لما كانت العقود العرفية قابلة للشهر قبل صدور الأمر المؤرخ في 30 أكتوبر 1935، لاحظ المحافظون العقاريون في فرنسا أن أغلب تلك العقود لم تكن محررة بشكل جيد و أنها كانت تفتقر للبيانات الخاصة بتعيين هوية الأطراف و التحديد الدقيق للعقارات الأمر الذي أربك العمل داخل محافظات الرهون، و من أجل ذلك تدخل المشرع الفرنسي و فرض قاعدة الرسمية بموجب الأمر المؤرخ في 30 أكتوبر 1935 و تدخل مرة ثانية بموجب المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 ليؤكد على القاعدة و لكن بشكل أكثر مرونة إذ ترك المجال مفتوحا لبعض الاستثناءات.

1 - مفهوم قاعدة الرسمية

إن المبدأ يقتضي ضرورة تقديم العقود و السندات المطلوب شهرها في شكل محرر رسمي كما عرفته المادة 324 من القانون المدني الجزائري¹ ، و بالنتيجة فإن الأمر يتطلب من باب أولى أن يكون المحرر مكتوباً، و لذلك فإنه لا تقبل المحررات العرفية و لا التصرفات الرضائية غير المكتوبة، و هذا ما يؤكد الطابع الشكلي الذي يصف به الفقهاء قانون الشهر العقاري.

و يظهر مبدأ الرسمية في القانون الجزائري بشكل أقل إثارة أو جذبا للاهتمام منه في القانون الفرنسي و القانون المصري² ، ذلك أن العقود الناقلة للملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية الأخرى، و كذا الرهون العقارية و كل التصرفات الواردة على العقار إنما تقع باطلة و عديمة الأثر ما لم تحرر في الشكل الرسمي في القانون الجزائري ، أي أنه قبل أن تكون الرسمية شرط للإشهار فإنها ركن في العقد نفسه لا يصح إلا به و لذلك فإنه يصبح مجرد تحصيل حاصل الحديث عن شرط الرسمية في الشهر العقاري، فالعقود العرفية المتعلقة بالعقارات إذا قدمت أمام إحدى المحافظات العقارية من أجل شهرها، فإن المحافظ العقاري يصدر بشأنها قراره برفض الإيداع ليس بسبب تخلف الرسمية كشرط للإشهار و إنما لكون القانون لا يعترف بوجود هذه العقود أصلاً و يعتبرها باطلة بطلاناً مطلقاً و هو ما تؤكد من خلال ما استقر عليه

¹ تنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أن " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه . " و يلاحظ أن إن لفظ "عقد" المذكور في النص و كذا في نص المادة 61 من المرسوم 63/76 المشار إليه سابقاً لا يقصد منه الاتفاق الذي يتطلب تطابق إرادتي شخصين، بمفهوم (contrat) و إنما المقصود هنا هو المحرر أو الورقة كما كان مذكور صراحة في الصياغة القديمة للمادة 324 ، و بذلك فالمعنى إذن يشمل كل المحررات سواء أكانت تتضمن عقداً أو تصرفاً منفرداً أو محضراً أو شهادة إدارية أو حكماً قضائياً أو عريضة دعوى قضائية ، و بالنسبة لهذه الأخيرة فإن تقديمها على الشكل الرسمي يقتضي تسجيلها قبل شهرها لأن مجرد العريضة المحررة من طرف المدعي شخصياً أو محاميه لا تعد وثيقة رسمية و لا تكتسب هذه الصبغة إلا بعد تسجيلها بالجهة القضائية المختصة و وضع ختم المحكمة عليها و إعطائها رقماً في سجل القضايا المجدولة .

² يختلف القانون الجزائري عن القانون الفرنسي و القانون المصري بشأن حجبية العقود العرفية المتضمنة التعامل في العقارات إذ تقع أغلب تلك العقود صحيحة في القانونين الفرنسي و المصري عملاً بمبدأ الرضائية السائد في البلدين ، في حين تعد تلك المعاملات باطلة في القانون الجزائري و لا ترتب أي أثر و لا تكتسب أي حجبية تطبيقاً للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري و غيرها من النصوص الخاصة التي توجب إفراغ كل صور المعاملات العقارية في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان خاصة و أن القضاء في الجزائر أصبح موحداً بشأن بطلان مثل هذه العقود بعدما زال الخلاف الذي كان يميز أحكامه عقب صدور عدة قرارات من المحكمة العليا لا سيما قرار الغرفة مجتمعة المؤرخ في 18 فيفري 1997 الذي أكد على بطلان هذه العقود . و لمزيد من التفصيل أنظر قرار المحكمة العليا - الغرفة مجتمعة رقم 136156 مؤرخ في 18 فيفري 1997 منشور في المجلة القضائية عدد 1 سنة 1997 ص 10 .

اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرف المجتمعة في الثامن عشر من شهر فيفري 1997¹.

و يجد المبدأ أساسه في رغبة التشريعات في تأسيس نظام شهر عقاري فعال و آمن ، ذلك أن تدخل الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة في تحرير و إيداع المحررات المختلفة من أجل شهرها يعطي ضمانات باحترام الشروط الشكلية و الإجرائية و الموضوعية في إبرام العقود وإصدار المحررات المختلفة و تقديمها على الشكل المناسب و في الأجل المحددة للشهر بما يوفر في الأخير سهولة في تنفيذ إجراء الشهر و التأسيس لقاعدة بيانات و معطيات صادقة عن الوضعية القانونية و المادية للعقارات.

و لهذا فإن ما أراد المشرع أن يقرره من خلال المادة 61 من المرسوم 63/76 هو أن كل محرر مقدم للشهر يجب أن يقدم على الشكل الرسمي كما عرفته المادة 324 من القانون المدني أي كل محرر صادر عن موظف عام أو عن ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، و لذلك تثبت صفة المحرر الرسمي للعقود التي يحررها الموثقون و هي تشكل أغلب العقود المقدمة للإشهار ، كما تثبت للعقود التي يحررها مدراء أملاك الدولة مثل عقود بيع و تأجير و التنازل عن الأملاك الخاصة للدولة . كما تعد محررات رسمية أيضا أوراق و محاضر المحضرين القضائيين و تقارير الخبراء و المخططات الملحقة بها إذا تم ذلك في إطار مهمة مأمور بها عن طريق القضاء ، و كذا الأحكام و القرارات القضائية و عرائض الدعاوى القضائية بعد تسجيلها لدى إحدى الجهات القضائية و المحررات الصادرة عن السلطات الأجنبية المعترف بها و العقود و المحررات الصادرة عن الجهات القنصلية الجزائرية في الخارج بعد ترجمتها إلى اللغة العربية عملا بالنصوص الحاتة على تعميم استعمال

¹ جاء في قرار المحكمة العليا الغرف مجتمعة بتاريخ 18 فيفري 1997 " ... و من المقرر أيضا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها يجب أن تحرر على الشكل الرسمي ... " .

اللغة العربية و غيرها من المحررات التي تتوفر فيها الشروط المنصوص عنها في المادة 324 من القانون المدني¹ .

2- الاستثناء الوارد على القاعدة

إن قاعدة الرسمية قاعدة مطلقة في التشريع الجزائري و لا يرد عليها أي استثناء صريح بخلاف القانون الفرنسي الذي يضع على القاعدة ثلاث استثناءات يجوز فيها تقديم بعض المحررات العرفية للشهر² ، أما ما يشاع بأنه استثناء في القانون الجزائري و الخاص بإشهار العقود العرفية المتعلقة بالعقار و التي لها تاريخ ثابت قبل سنة 1971 ، فلا أرى أنه استثناء حقيقي لأن ما يقدم للشهر ليس المحرر العرفي ذاته و إنما المحرر الذي يعيد الموثق إعداده بعد إيداع ذوي الشأن محررهم العرفي لدى مكتبه ، و بذلك فإن الموثق بتدخله يضيف على العقد العرفي صبغة رسمية ، و من ثم فإن تقديمه للشهر يكون باعتباره عقدا رسميا و ليس عقدا عرفيا .

ثانيا : قاعدة الأثر النسبي للشهر³ (قاعدة الشهر المسبق)

1- التعريف بالقاعدة

قاعدة الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر المسبق تعني أنه لا يمكن إجراء أي عملية شهر في المحافظات العقارية من أي شخص لأي سند ما لم يكن سند المتصرف

¹ بالنسبة للأحكام و القرارات القضائية النهائية فقد جرت العادة على ضرورة إيداعها من طرف صاحب المصلحة أو لا لدى أحد مكاتب التوثيق من أجل السعي إلى إشهارها بعد إفراغها في شكل نموذجي و مراجعة و تدقيق بيانات هوية الأطراف و تعيين العقارات، و هذا ليس كما يعتقد البعض تشكيكا في مدى رسمية الأحكام و القرارات القضائية و إنما ذلك راجع في الغالب لخلو الأحكام و القرارات القضائية من البيانات التفصيلية الخاصة بهوية الأطراف و تعيين العقارات، في حين يتطلب شهر تلك الأحكام و القرارات التعيين الدقيق لتلك البيانات و إفراغها في نموذج أوراق الشهر . لكن الغريب هو أن المذكرة رقم 689 المؤرخة في 1995/02/12 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية أمرت بذلك معتبرة الأحكام و القرارات القضائية وثائق عرفية . أنظر حمدي باشا عمر (نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري) ص 145 .

² يتعلق الأمر بالعقود العرفية التي يتقدم أصحابها أمام مكتب توثيق و يقرون بصحة توقيعاتهم و كتاباتهم مع إيداع نسخة من المحرر العرفي في مجموعة أصول مكتب التوثيق و محاضر مداوات الجمعيات العامة السابقة أو الموالية لتقديم الأموال أو الحقوق العقارية إذا كانت مرفقة بعقد توثيقي ، و أخيرا الأحكام القضائية الأجنبية و العقود المبرمة أمام ضباط عموميين أجنب بعد التأشير عليها من طرف موظف فرنسي معتمد من طرف وزارة الخارجية و ذلك على التوالي بنصوص المواد 68 من الأمر المؤرخ في 14 أكتوبر 1955 و المادة 37 من الأمر المؤرخ في 7 جانفي 1959 و المادة 4 أيضا من الأمر المؤرخ في 4 جانفي 1959 .

من أجل تفصيل أكثر راجع Stéphane piedelievre op.cit p 49-50

³ أعاب بعض الفقهاء في فرنسا على هذه القاعدة تسميتها بالأثر النسبي للشهر "l'effet relatif de publicité" لما تثيره هذه التسمية من لبس إذا ما شبهها العامة بمبدأ الأثر النسبي للعقد من حيث المدلول، و ما يزيد من عدم ملائمة هذه التسمية للواقع هو أن قاعدة الأثر النسبي للشهر هي شرط للإشهار و ليس أثرا له كما تدل التسمية و لذلك يفضل هؤلاء الحديث عن

المبدأ تحت تسمية الشهر المسبق . أنظر Stéphane piedelievre op.cit p 51

أو المالك السابق قد سبق شهره أو على الأقل تم شهره بشكل متزامن مع السند المقدم للإشهار . و قد ورد النص صراحة على هذا المبدأ في القانون الجزائري مثله مثل جلّ القوانين المتعلقة بالشهر العقاري في سائر البلدان ، إذ تنص المادة 88 من المرسوم 63/76 المتقدم ذكره على أنه "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير، و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه..." .

و يعتبر المبدأ من الضمانات الأساسية لتسلسل انتقال الحقوق العقارية كما أنه يمنع احتمال قيام تصرفات موازية على نفس الحق و من نفس الشخص مما يسمح بتتبع انتقال الملكية العقارية بين الملاك المتتاليين و يوفر الحماية لصاحب الحق الجديد¹ ، و علاوة على هذا فإن فرض احترام قاعدة الشهر المسبق في القانون الجزائري يدعم و يقوي الطابع الإلزامي للشهر العقاري ، ذلك أن كل صاحب حق سيجد نفسه مضطرا إلى إشهار حقه لأنه يعلم بأن إغفال ذلك سيمنعه من التصرف فيه عندما يرغب في التصرف و هذا طبعاً دون المساس بالحالات التي خرج فيها المشرع عن القاعدة و قرر استثناءاً عدم اشتراط الشهر المسبق .

و من أجل حسن تطبيق هذا المبدأ منح المشرع للمحافظ العقاري سلطة واسعة لمراقبة المحررات المودعة لديه بغرض شهرها ، إذ تعتبر قاعدة الأثر النسبي أو الشهر المسبق إحدى مجالات هذه الرقابة، حيث يعد تخلف هذا الشرط ومخالفة القاعدة سبباً لقرار المحافظ العقاري برفض الإيداع طبقاً للمادة 101 الفقرة 1 من المرسوم 63/76 سالف الذكر، و في حالة قبول الإيداع و تبين فيما بعد أن مراجع الإشهار الأول متناقضة مع مراجع الإشهار اللاحق ، فإنه يمكن للمحافظ العقاري أن يصدر قراراً ببرد الإجراء² .

¹ راجع جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 149 و الأستاذ محمد بوركي (المقال السابق) ص 29
² راجع بشأن تفصيل الفرق بين قرار رفض الإيداع و قرار رد الإجراء اللذين يصدرهما المحافظ العقاري أثناء مراقبته العقود المقدمة للشهر ما يأتي بيانه ص 281 و ما بعدها

2 - الاستثناءات الواردة على القاعدة

إن نطاق تطبيق قاعدة الشهر المسبق ليس مطلقا، فالمعطيات العملية الواقعية استلزمت تكييف النصوص، بحيث تسمح بإشهار بعض المحررات دون اشتراط الشهر المسبق على النحو المتقدم شرحه، الأمر الذي يفتح المجال للحديث عن بعض الاستثناءات .

و يرجع سبب الخروج عن هذه القاعدة في جميع الاستثناءات المنصوص عنها في القوانين المختلفة إلى أحد أمرين :

الأول : يتمثل في حادثة عهد القانون الجزائري بهذه القاعدة، كونها قاعدة مستحدثة بالأمر 63/76 و من أجل ذلك فالحالات السابقة التي لم يكن فيها القانون يشترط الإشهار و الرسمية في العقود الواردة على العقارات تبقى معفاة من شرط الشهر المسبق لأن أصحاب هذه العقود لما أبرموا عقودهم لم تكن القوانين تفرض عليهم شهر تصرفاتهم.

الثاني : يرجع إلى الحالات التي يتم فيها كسب الحقوق واجبة الشهر بدون سند بحيث يشكل إشهار الواقعة مصدر أو سبب كسب الحق الإجراء الأول الذي لم يسبقه أي إجراء لدى المحافظة العقارية من قبل و يتحقق هذا في مجموعة من الفرضيات من بينها حالة الإجراء الأول الناتج عن العمليات الأولية للمسح و الترقيم المؤقت، و في حالة كسب الحقوق عن طريق الحيازة و التقادم المكسب طبقا للمرسوم 352/83 المتقدم ذكره و حالة كسب الملكية العقارية عن طريق الاستصلاح و حالة شهادة الحيازة المنصوص عنها في القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري .

و علاوة على هذه الحالات توجد حالات أخرى غير منصوص على استثنائها صراحة و لكن يمكن إدراجها ضمن الإستثناءات باعتبار توفرها على المبرر الداعي إلى ذلك ، و هي حالة كسب الحق عن طريق الالتصاق و حالة رجوع حق الانتفاع للمالك بوفاة المنتفع كونها وقائع مادية يؤول فيها الحق لصاحبه دون سند محرر، و هذا

طبعا إذا لم يكن صاحب السند السابق قد حصل على سند مشهر. و يمكن أن يضاف إلى هذه الحالات أيضا حالة ما إذا كان المحرر المطلوب شهره يتضمن عملا تم دون تدخل أو دون موافقة صاحب الحق السابق مثل قرار نزع الملكية العقارية من أجل المنفعة العامة و الأمر بالحجز العقاري¹.

هذا و قد ورد النص العام المتعلق بالاستثناءات الواردة على القاعدة في نص المادة 89 من المرسوم 63/76 بالصياغة المستحدثة بموجب التعديل الذي مس المرسوم المذكور بموجب المرسوم رقم 123/93 المؤرخ في 19 ماي 1993 حيث نصت على أن "تستثني القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه :

- عند الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري و الذي يتم تطبيقا للمواد 8 إلى 18 من هذا المرسوم .

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير (جانفي) 1971".²

¹ في هاتين الحالتين الأخيرتين يمكن الحصول على سند المالك السابق المشهر عن طريق الإجراءات التي تنظم كل من نزع الملكية من أجل المنفعة العامة و الحجز العقاري في القانون الجزائري . فبالنسبة لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة فقد بين المشرع قواعد تحديد الأملاك و الحقوق المطلوب نزع ملكيتها و كذا هوية المالكين و أصحاب هذه الحقوق في الفصل الثالث من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 1991/05/08 المتضمن تحديد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية و ذلك في المواد من 16 إلى 19 و أسند مهمة هذا البحث و التحقيق إلى محافظ محقق يعين من بين الخبراء المعتمدين . أما فيما يتعلق بالحجز العقاري فإن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد قد فرق بين العقارات المشهورة و تلك التي لا يملك أصحابها سوى عقدا إداريا مؤقتا أو عقدا عرفيا غير مشهر و ثابت التاريخ فبين في المادة 722 كيف أنه يمكن الحصول على مستخرج سند ملكية صاحب العقار المحجوز كما أنه يمكن استصدار أمر من رئيس المحكمة بتعيين محضر قضائي يسمح له بدخول العقار للحصول على البيانات اللازمة لوصفه و تحديد مشتملاته .

² بالرغم من أن النص لم يتعرض إلا لاستثنائين اثنين إلا أن بقية الاستثناءات المنصوص عنها في قوانين أخرى ليست سوى تطبيقات عملية لأحد تلك الاستثناءات و هذا إذا أعطينا لمفهوم الإجراء الأولي معنى واسعا أكثر مما هو محدد و محصور في النص المتقدم الذكر و ذلك لأن المادة 89 من المرسوم 63/76 حصرت مفهوم الإجراء الأولي في الحالات التي تلي مباشرة عملية المسح ، إذ كل إشهار يقع بناء على عملية المسح الأولي لأول مرة اعتبرت المادة المذكورة هو وحده الإجراء الأولي و لكن الحقيقة أن مفهوم الإجراء الأولي للشهر له مفهوم أوسع ينطبق على كل عملية إشهار أولي لم تسبقها عملية أخرى على نفس العقار أو الحق العقاري، كإشهار عملية كسب الملكية بالتقادم و كسب الملكية عن طريق الاستصلاح طبقا للقانون 18/83 و شهادة الحياة طبقا للمادة 39 من القانون 25/90 و إشهار حق الامتياز على القطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة طبقا للمرسوم التنفيذي 83/97 المؤرخ في 1997/12/15 و غير ذلك من الحالات المشابهة .

الفرع الثاني : البيانات الخاصة بالمحركات المقدمة للشهر

من أجل أداء الشهر العقاري لوظيفته الإعلامية على النحو الذي يحقق أهدافه و يحقق الثقة و الانتماء العقاريين اللذين تصبو إليهما كل التشريعات و القوانين على اختلافها ، فإن القوانين تتطلب تقديم الوثائق و المحركات المطلوب شهرها في الشكل الرسمي و أن تتضمن البيانات الضرورية الدقيقة من أجل تعيين هوية الأطراف تعيينا دقيقا و كذا تعيين العقارات محل التعامل بشكل ينفي الجهالة و يوفر قاعدة معلومات موثوق بها¹. و لذلك فلا غرابة إذا جاءت النصوص المتعلقة بهذا الشأن مفصلة بشكل تتطرق فيه حتى إلى أبسط الجزئيات².

أولا : البيانات المتعلقة بهوية الأطراف

إن أطراف التصرفات و المحركات المختلفة المقدمة للمصالح المكلفة بالشهر إما أن يكونوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين ، و تبعا لذلك تختلف البيانات المحددة لهوية الأطراف المتعاملين و تلك المعينة للعقارات محل التعامل و التي من الواجب أن يتضمنها المحرر المقدم للشهر، بحيث يمارس المحافظ العقاري لدى اطلاعه على المحرر قبل شهره مراقبة واسعة للتأكد من مطابقة تلك البيانات للشروط القانونية بناء على نص المادة 22 من الأمر 74/75 المشار إليه سابقا و التي تنص على أنه "يحقّق المحافظ في هوية و أهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات و كذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار، و سيحدد مرسوم كفايات تطبيق هذه المادة"³.

¹ Stéphane piedelievre op.cit page 59

² جاء النص على هذه البيانات في القانون الجزائري ضمن الباب الرابع من المرسوم 63/76 تحت عنوان "التدابير الرامية إلى ضبط صحة مجموعة البطاقات العقارية" و الذي يتضمن إحدى عشر مادة من المادة 61 إلى المادة 71 و كلها مواد دقة كبيرة الحجم بسبب ما تتضمنه من بيانات تفصيلية، بحيث جاءت المادة 61 للنص على قاعدة الرسمية كواحدة من تدابير ضبط السجل العقاري، في حين تتضمن المواد من 62 إلى 65 النص على البيانات المتعلقة بهوية الأطراف، فيما تتضمن المواد من 66 إلى 71 البيانات المتعلقة بتعيين العقارات.

³ بالفعل فإن المرسوم 63/76 تضمن نصوصا توضح كفايات تحديد هوية الأطراف و ممارسة الرقابة و التحقيق بشأنها . كما فصلت المذكرات التي تصدرها المديرية العامة لأملاك الدولة في شأن ذلك ، إضافة إلى التعليمات الداخلية التي تصدر من حين لآخر .

1- البيانات الخاصة بالأشخاص الطبيعيين

تنص المادة 62 من المرسوم 63/76 وفق الصيغة المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي 123/93 على أن "كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب و أسماء و تاريخ و مكان ولادة و جنسية و موطن و مهنة الأطراف. و يجب أن يصادق على ألقاب و أسماء و تاريخ و مكان ولاية و جنسية الأطراف موثق أو كاتب ضبط أو سلطة إدارية في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء..." ، و تنص المادة 65 من نفس المرسوم على "إن العقود و القرارات و الجداول فيما يخص الأشخاص الطبيعيين يجب أن تتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للأطراف، و يقصد بالشرط الشخصي حسب مفهوم هذا المرسوم بالأهلية المدنية للأطراف..." .

يتضح من خلال النصين المتقدمين مدى الأهمية التي يوليها القانون لتحديد هوية الأطراف و أهليتهم ، حيث تتعرض لقرار برفض الإيداع أو رد الإجراء المحررات المودعة للشهر التي لا تتضمن هذه البيانات التفصيلية الخاصة بطرفي المحرر، إذ يتعين ذكر الاسم و اللقب و تاريخ و مكان الولادة و الجنسية و الموطن و المهنة. و قد استغنى المشرع عن البيان المتعلق بذكر زوج الطرفين بعد التعديل الذي طال نص المادة 62 بموجب مرسوم 123/93 و استبدله بجنسية الطرفين¹ ، فيما لا يزال القانون الفرنسي يتطلب ذكر اسم الزوج (le nom du conjoint) كبيان جوهري .

و من أجل ضمان صحة تلك البيانات، فإنه يجب أن تتضمن تلك المحررات المقدمة للإشهار المصادقة على بيانات الهوية من إحدى الجهات المحددة بنص المادة 62 حسب الحالة ، و هذه الجهات التي حولها المشرع المصادقة على البيانات هي إما

¹ أما بخصوص الشهادات التوثيقية فإن بيانات التعيين تلك تكون مطلوبة بخصوص كل من المتوفى المورث و ورثته و الموصى لهم وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 62.

الموثق (و هذا هو الوضع الغالب في أكثر المحررات) أو كاتب ضبط (أمين ضبط حسب التسمية الجديدة لسلك كتاب الضبط) أو سلطة إدارية . و تتم المصادقة في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء عملا بنص المادة 62 المذكورة سابقا ، و هو نفس نص المادة 5 فقرة 1 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 المنظم للشهر العقاري في فرنسا¹.

و يقصد بكلمة الأطراف الواردة في نص المادة 62 الأشخاص أطراف العلاقة القانونية المفرغة في المحرر المطلوب شهره ، كالبائع و المشتري و الواهب و الموهوب له و المؤجر و المستأجر و المدعي و المدعى عليه في الأحكام و القرارات القضائية و عرائض الدعاوى ، و المتوفى و الورثة و الموصى لهم في الشهادة التوثيقية . أما وكلاء هؤلاء الذين يكونوا قد نابوهم أو مثلوهم في التصرف أو العقد أو المحرر المطلوب شهره فلا يعتبرون أطرافا² بمفهوم المادة 62 ، و لذلك يكفي في هذه الحالة ذكر اسم الوكيل و لقبه و سنه إلى جانب بيانات الطرف الأصيل (الموكل) مع إرفاق نسخة من الوكالة أو السند الذي بموجبه ناب عنه³.

2- البيانات الخاصة بالأشخاص الاعتباريين

تختلف بيانات تعيين هوية الأشخاص المعنويين باختلاف الشكل و الطبيعة القانونية ، و قد فصلت في ذلك المادة 63 من المرسوم 63/76 مشيرة إلى أن كل عقد أو قرار قضائي يكون أحد أطرافه أشخاصا معنوية و يكون محل إشهار بالمحافظة العقارية، لا بد أن يشتمل على عناصر التعيين التالية :

¹ أنظر كل من :

جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 164

خالد رمول (المرجع السابق) ص 57.

Stéphane piedelievre Op-cit p 60

² أنظر خالد رمول (المرجع نفسه) ص 58.

³ حتى تضمن بقاء تلك البيانات صحيحة و مطابقة للواقع و معبرة عن الحقيقة تلزم التشريعات إخطار إدارة الشهر العقاري بكل تغيير في عناصر الهوية يكون طارنا بعد إجراء الشهر، كأن يغير الشخص اسمه أو لقبه أو جنسيته مثلما فعل المشرع الفرنسي ، غير أنه لا يوجد في القانون الجزائري نص صريح يقضي بذلك.

لأكثر تفصيل راجع : Stéphane piedelievre op.cit p 60

- بالنسبة للشركات المدنية و التجارية لابد من تحديد تسميتها و شكلها القانوني و مقرها و كذا رقم التسجيل في السجل التجاري بالنسبة للشركات التجارية
- بالنسبة للجمعيات ، تسميتها و مقرها و تاريخ و مكان التصريح بها
- بالنسبة للنقابات ، تسميتها و مقرها و تاريخ و مكان إيداع قوانينها الأساسية
- بالنسبة للجماعات المحلية ، تسمية البلدية أو الولاية
- بالنسبة لأمالك الدولة لابد من تثبيت اسم الدولة

و يتم التصديق على هوية الأشخاص الاعتباريين بنفس الشروط و الإجراءات السابق ذكرها فيما يتعلق بالتصديق على هوية الأطراف أو الأشخاص الطبيعيين مع توسيع نطاق الأشخاص المؤهلين للتصديق إضافة إلى الجهات المذكورة في المادة 62 ليشمل كذلك الوزراء و الولاة و رؤساء المجالس الشعبية البلدية بالنسبة للعقود التي يتسلمونها من أجل التسجيلات التي يطلبونها و جميع العقود المتعلقة بها، و كذا قضاة النيابة العامة و مدير الوكالة القضائية للخرينة و موظفي مديريات الولايات للمصالح المالية الذين لهم درجة مفتش رئيسي و محاسب الخزينة و جميع المحاسبين العموميين. و يشار لزوما في تأشيرة شهادة الهوية إلى موطن الموقع الذي يجب أن يبلغ له الرفض عند الاقتضاء.

و التأشير بهوية الأطراف أو التصديق يجب أن يكون بموجب شهادة تعد بمجرد تقديم أصل لصورة رسمية أو نسخة مراجعة لكل عقد يثبت التسمية و الشكل القانوني و المقر الحالي للشخص الاعتباري إذا كان مقره في الجزائر، أما الأشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها خارج الجزائر، فيتم إعداد الشهادة أو التأشيرة بتقديم نفس الوثائق المسلمة أو المصادق عليها من قبل السلطة الإدارية أو الموظف الدبلوماسي أو القنصلي الذي يمثل الجمهورية الجزائرية في مكان المقر مع وجوب إرفاقها بترجمة إلى اللغة العربية مصادق عليها إذا كانت محررة باللغة الأجنبية ، و في كل الأحوال تذكر في الشهادة الوثائق التي بموجبها تم إعدادها.

و عموما فإن التأشيرة التي تثبت هوية الأطراف و التي توضع على ذيل المحرر المطلوب شهره ، تكون وفق النموذج المحدد بموجب قرار صادر عن السيد وزير المالية كما تنص على ذلك المادة 64 في فقرتها الثانية من المرسوم 63/76. و كل تخلف لتلك التأشيرة أو نقص في البيانات يؤدي إلى رفض الإيداع أو رد الإجراء إذا قبل الإيداع سهوا أو اكتشف بعد الإيداع عدم مطابقة البيانات لمراجعتها ، و هذا ما تقضي به المادة 64 في فقرتها الأخيرة¹ .

ثانيا : البيانات المتعلقة بتعيين العقارات

إن كل عملية أو تصرف يتعلق بأي نوع من أنواع العقارات التي سبق التعرض لها² لا بد قبل تقديمه للشهر أن يتضمن المحرر المقدم للشهر تحديدا دقيقا للعقار محل التعامل ، و هذا التحديد و التعيين يتم عن طريق بيانات وصفية تحدد موقع و قوام و رقم العقار و غير ذلك من البيانات. و تختلف بيانات التعيين تلك باختلاف طبيعة العقار و نوعه³ .

و بسبب الاعتبار الهامة التي يعطيها نظام الشهر العيني للعقار باعتباره مناط كل عملية إشهار، فإن القوانين التي تأخذ بالنظام العيني أو تلك التي تتأهب للانتقال إلى هذا النظام تتشدد كثيرا بخصوص البيانات المستعملة لتعيين العقارات التي يجب أن يتضمنها المحرر المقدم للشهر⁴ . و أكثر من هذا و بصرف النظر عن

¹ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 64 من المرسوم 63/76 على أنه "و عند عدم وجود هذه التأشيرة يرفض الإيداع، و يمكن أن يرفض الإجراء بعد قبول الإيداع عندما يلاحظ المحافظ بأن مراجع التأشيرة غير صحيحة أو غير تامة أو غامضة".

² راجع ما سبق بيانه بشأن تقسيم العقارات بمناسبة أعمال المسح ص 189 و 195

³ خصص المشرع الجزائري عددا معتبرا من المواد في المرسوم 63/76 لتحديد كفايات تعيين العقارات بدءا من المادة 66 إلى المادة 71 و المادة 74 و 75 و 76 و 77 و 78 و 79 و 114. و الملاحظ أن أغلب هذه النصوص مشابه في محتواه و صياغته للنصوص المتعلقة بتعيين العقارات التي جاء بها مرسوم 4 جانفي 1955 و النصوص المعدلة و المكملة له و المنظمة للشهر العقاري في فرنسا، و ذلك بالرغم من اختلاف نظام الشهر العقاري هناك عن نظامنا.

⁴ لذلك فإن نصوص المرسوم 63/76 جاءت مفصلة في هذا الشأن و فرقت بين مختلف العقارات بحسب طبيعتها القانونية و المادية و موقعها و شكلها. فخصصت للعقارات المسوحة بيانات تعيين تختلف عن بيانات تعيين العقارات غير المسوحة و وضعت لتعيين العقارات الريفية بيانات تختلف عن بيانات تعيين العقارات الحضرية، كما أن بيانات العقارية الفردية تختلف هي الأخرى عن بيانات تعيين العقارات الخاضعة لنظام الملكية المشتركة.

نوع العقار و طبيعته و موقعه ، فإن النصوص القانونية تلزم طالبي الشهر و محرري العقود و الوثائق المقدمة للشهر بتعيين العقار محل التعامل تعيينا دقيقا لا يغفل فيه أي بيان من البيانات الإلزامية المنصوص عنها و ذلك تحت طائلة تعريض المحرر إلى رفض الإيداع أو رفض الإجراء، بل أن حتى التغييرات الطارئة على عناصر و بيانات التعيين كتغيير حدود العقارات المشهرة نتيجة تقسيم أو تجزئة أو تغيير اسم الشارع أو رقم العقار أو حتى اسم البلدية الواقع بها أو مراجعة بيانات المسح يجب تبليغها للمحافظ العقاري في حينها طبقا للمادة 83 من المرسوم 63/76¹ .

1- البيانات العامة و المشتركة

تنص المادة 66 من المرسوم 63/76 على أن "كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعنيه النوع و البلدية التي يقع فيها و تعيين القسم و رقم المخطط و المكان المذكور و ما يحتوي عليه من مسح أراضي"² . و ما يفهم من هذه المادة هو أن العقود و القرارات القضائية المتعلقة بالعقارات حتى تكون قابلة للشهر يجب أن تعين العقار المعني تعيينا دقيقا و ذلك بذكر البيانات التالية :

أ- طبيعة العقار أو نوعه : و يقصد بذلك ما إذا كان أرضا أو بناءً و هل هي أرض فلاحية أم غابية أو رعوية أو غير ذلك من أنواع الأراضي و العقارات و المنشآت الثابتة الأخرى .

ب- بلدية الموقع : و هذه تذكر باسمها و الدائرة التابعة لها و الولاية حتى تعرف بشكل نافي للجهالة و لا لبس فيه، خاصة و أن هناك بلديات تحمل نفس الاسم³ .

¹ يؤخذ هذا الإلزام من النصوص الصريحة الواردة في المرسوم 63/76 و المذكرات الداخلية الكثيرة الموجهة من إدارة أملاك الدولة على المستوى المركزي إلى مدراء الحفظ العقاري و المحافظين العقاريين .

² توضيحا للمفاهيم التقنية إليك نص المادة 66 في صياغتها باللغة الفرنسية :

"tout acte ou décision judiciaire, sujet à publicité dans une conservation foncière doit indiquer pour chacun des immeubles qu'ils concernent la nature, la commune de la situation la désignation (section, numero du plan et du lieu-dit)et la contenance cadastrale".

³ إن تحديد بلدية الموقع له أهميته في تحديد المحافظة العقارية المختصة.

ج- التعيين : و يتم تعيين العقار عن طريق مراجع المسح¹ .

د- محتوى المسح (la contenance cadastrale) : و هو تعبير عما تحتويه وثائق المسح المعدة بعد مسح المنطقة التي يوجد بها العقار محل المحرر المطلوب شهره² .

و إذا كان العقد و القرار المطلوب إشهاره يتضمن قسمة لأرض ينتج عنها تغيير في الحدود، فإن العقد و القرار المطلوب شهره يجب أن يتضمن تعيين العقار قبل التقسيم و تعيين كل جزء من العقار الناتج عن هذا التقسيم إلا إذا كان التقسيم أو تغيير الحدود ناجما عن حالة التجزئة المنجزة طبقا لقوانين التعمير . و يعتبر بمثابة تغيير للحدود كل تجزيء للملكية كتفريعيها إلى حق انتفاع و رقبة و كل إنشاء لحق ملكية على المباني المستحدثة دون الوعاء العقاري الذي بنيت عليه و كل تمليك للأغراس دون الأرض³.

¹ أشارت المادة 66 من المرسوم 63/76 إلى مراجع المسح و هي ثلاثة مراجع تتمثل فيما يلي :
أولا : القسم و هو القسم المساحي، حيث انه أثناء أعمال المسح، تقدم مصالح المسح بتقسيم البلديات إلى أقسام مساحية و يعطى لكل قسم رقم .

ثانيا : رقم المخطط المساحي و هو عبارة عن رسم بياني لإقليم البلدية و لكل مخطط مساحي رقم ترتيبية
ثالثا : المكان المسمى (le lieu- dit)، و هو مرجع من مراجع المسح، بحيث أن بعض تجمعات القطع الأرضية الريفية تأخذ اسما شائعا تعرف به، عادة ما يكون مشتق من اسم القبيلة التي تسكن المنطقة، و هذا المرجع لا يوجد إلا في العقارات الريفية، أما العقارات الحضرية فيستبدل في تعيينها بيان المكان المسمى ببيان الشارع و رقمه و هو نفس النمط الذي يأخذ به المشرع الفرنسي .

² تلزم الإشارة إلى محتوى المسح في تعيين العقار محل التعامل من أجل تحديده بالنسبة لباقي العقارات المجاورة و من أجل ذلك فإن القانون يتطلب عند تقديم أي محرر للشهر إرفاقه إلزاميا بوثيقة إضافية تتمثل في مستخرج المسح المنصوص عنه في المادة 74 من المرسوم 63/76 التي تنص على " إن تعيين الوحدات العقارية التي هي موضوع نقل عن طريق الوفاة لعقد أو قرار قضائي ناقل أو مثبت أو منشئ لحق عيني قابل للرهن، يتم طبقا لمستخرج مسح الأراضي و في حالة تغيير الحدود طبقا لوثائق القياس..."

³ في هذه الحالة فإن العقد أو القرار يجب أن يرفق إلزاما بمستخرج مسح الأراضي طبقا للمادة 74 و كذلك بجدول وصفي للتقسيم يوصف فيه كل جزء من أجزاء العقار المقسم، سواء أكان التقسيم ناتجا عن قسمة "partage" أو عن إنشاء حق انتفاع أو تمليك المباني أو الأغراس دون الأرض، كما يرفق هذا الجدول بالمحرر المطلوب شهره إذا كان العقار خاضعا لنظام الملكية المشتركة طبقا للمواد 66 و 67 من المرسوم 63/76 و كل تعديل للعقار الذي ينطبق عليه الجدول الوصفي أو للقطع التي يتكون منها العقار يجب أن تتم الإشارة إليه في عقد تعديلي للجدول الوصفي يرفق بالمحرر المطلوب شهره طبقا للمادة 68 فقرة 1 من المرسوم 63/76.

2- البيانات الخاصة بتعيين بعض العقارات

إن كل البيانات السابق الإشارة إليها تتعلق بتعيين العقارات الممسوحة ، غير أنه ومن أجل ضمان الانتقال إلى نظام الشهر العيني ببيانات و معطيات صحيحة، فقد وضع المشرع أحكاما انتقالية خاصة بالعقارات التي لم يتم مسحها بعد مع التفرقة بين العقارات الريفية و الحضرية ، كما تخضع العقارات الخاضعة لنظام الملكية المشتركة إلى قواعد تعيين خاصة.

أ- العقارات غير الممسوحة

العقارات التي لم تشملها بعد عمليات المسح إما أن تكون عقارات ريفية و إما عقارات حضرية ، و تبعا لذلك تختلف بيانات تعيين كل نوع منها . فالعقارات الحضرية هي كما عرفتها المادة 21 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري كل عقار مبني أو غير مبني الموجود على الطرقات المرقمة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة للبلديات التي يزيد سكانها عن 2000 نسمة و يتم تعيينها على المحررات المودعة بغرض الشهر بذكر اسم البلدية التي تقع فيها و الشارع و رقمه و طبيعة العقار و مساحته و ذلك حسب ما ورد في المادة 66 من نفس المرسوم .

أما العقارات الريفية فهي كل عقار لا تتوفر فيه مواصفات العقار الحضري ويتم تعيينه حسب المادة 114 من المرسوم 63/76 التي تنص على أنه " خلافا لأحكام المادة 66 من هذا المرسوم و عند عدم وجود مخطط مسح الأراضي، فإن كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار ريفي مشار إليه في المادة السابقة ما يلي : نوعه و موقعه و محتوياته، و فضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ¹ به بصفة نظامية في مصالح

¹ أما ما أشارت إليه المادة من أرقام المخطط المحتفظ به ، فإنها و لا شك تقصد تلك المخططات الخاصة بعمليات المسح التي شرعت فيها الإدارة الفرنسية أثناء الاستعمار و التي لم ينته إنجازها بسبب اندلاع ثورة التحرير كما سبقت الإشارة إلى ذلك، بشرط أن تكون تلك المخططات محتفظ بها بصورة نظامية لدى مصالح مسح الأراضي و المحافظة العقارية، أي أنه لا يعتد بالمخططات التي قد يحوزها الأطراف بشكل فردي غير نظامي و التي لا يوجد نسخ عنها في مصالح المسح أو المحافظات العقارية .

مسح الأراضي و المحافظة العقارية ، و في حالة عدم وجود ذلك أسماء المالكين المجاورين"¹ .

ب - العقارات الخاضعة لنظام الملكية المشتركة (copropriété)

الملكية المشتركة نظام و نوع من أنواع الملكية العقارية ورد النص عليها في المادة 743 من القانون المدني و هي الحالة التي يكون عليها العقار أو العقارات المبنية و التي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة ملاك بحيث تشمل كل حصة منها جزءا خاصا و نصيبا في الأجزاء المشتركة ، و هذا النظام هو ما كان يعرف قديما بنظام ملكية الطبقات² . و يتم تعيين هذا النوع من العقارات عن طريق ذكر البيانات العامة المتعلقة باسم البلدية و الشارع و الرقم و المساحة ، يضاف إليها البيانات الواردة في الجدول الوصفي للتقسيم الذي إما أن يحرر ضمن المحرر نفسه المطلوب شهره و إما في محرر مستقل يخضع للشهر كذلك ، و هو جدول يتضمن عدة أعمدة تذكر فيها البيانات التالية :

- رقم الحصة حسب الترتيب التصاعدي للأرقام

- العمارة

- الدرج

- الطابق

- نوع قطعة الأرض

- الحصة في ملكية الأرض

¹ يفهم من خلال ما سبق أن المشرع يحرص كل الحرص على ضرورة تعيين العقارات محل التعامل بتعداد كل البيانات التي تساعد على هذا التعيين بدليل أنه يعتمد في بعض الأحيان حتى على أسماء الملاك المجاورين، بالرغم من أن هذا البيان غير ثابت و معرض للتغيير بانتقال العقارات بين الملاك المتعاقبين. و لكن من جهة أخرى فإن المشرع حريص أيضا على الاعتماد فقط على البيانات الصادقة التي لا يتسرب إليها الشك، بدليل أنه عندما يعتمد على أرقام مخططات المسح القديمة التي تركتها الإدارة الاستعمارية، فإنه يشترط أن تكون محتفظ بها لدى مصالح مسح الأراضي و المحافظة العقارية لأن ذلك يعطيها نوعا من المصادقية ، و لذلك فإن عناصر التعيين التي يضيفها الأطراف من تلقاء أنفسهم و التي يصرحون بها بناء على معابنتهم الشخصية أو الوثائق التي يحتفظون بها بصفة غير نظامية كمخططات الخبراء الذين يكونوا قد عابنوا العقار بدون أمر قضائي فلا يعتد بها في التعيين مخافة أن تكون مضللة.

² المستشار أنور طلبية (الوسيط في القانون المدني - الجزء الثالث) دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية 1996 ص 139 - 140 .

و في الأخير فإن المشرع بعد أن ألزم محرري العقود و السندات المختلفة الخاضعة للشهر بضرورة تعيين العقارات عن طريق البيانات المحددة في النصوص، قد ترك للمحافظ العقاري المجال الواسع لبسط رقابته على صحة تلك البيانات و مدى مطابقتها للواقع و لبيانات البطاقات العقارية المحفوظ بها ، و جعل من تلك الرقابة سابقة للشهر بحيث يمارسها المحافظ فور إيداع المحرر فيمكنه إن اكتشف أي نقص أو خلل أن يرفض الإيداع أو أن ينبه الأشخاص لتدارك النقص و تمتد هذه الرقابة إلى ما بعد الإيداع ، بحيث إذا ما اكتشف عدم مطابقة تلك البيانات للبطاقات العقارية أو اكتشف أي خلل بعد الإيداع فيمكنه رفض الإجراء ، كل ذلك عن طريق ما يخوله له القانون من دور يقوم به و سلطة يمارسها و قرارات يصدرها .

المطلب الثالث : إيداع المحررات و دور المحافظ العقاري و سلطاته

إن المحافظ العقاري لما يتلقى عقدا أو قرارا قضائيا أو أي محرر من قبل الأشخاص المؤهلين بإيداع تلك المحررات لدى المحافظة العقارية ، فإنه يكون قد تلقى ضمنا طلبا بشهر المحرر و التأشير به في مجموعة البطاقات العقارية¹ . و تسمى هذه العملية بالإيداع (le dépôt) ، و في الظروف العادية التي تكون فيها عملية الإيداع مستجيبة لكل الشروط ، فإن المحافظ يقوم بتسجيل عملية الإيداع في سجل الإيداع ثم ينفذ إجراء الشهر عن طريق التأشير على مجموعة البطاقات العقارية (Le fichier immobilier) ، ثم على الدفتر العقاري (le livret foncier) إن وجد .

غير أن سير العملية بهذه الطريقة الآلية السهلة و البسيطة يقتضي توفر كل الشروط القانونية المطلوبة سواء في المحرر المطلوب شهره من حيث شكله أو في التصرف ذاته من حيث صحته أو في الأطراف و مدى توفر شرط الأهلية و التعريف الدقيق بهوياتهم و مدى احترام شرط الشهر المسبق و غير ذلك من الشروط السابق

¹ Stéphane piedelievre op.cit p 68

ذكرها¹. لكن في ظل حداثة عهد الجزائر بنظام الشهر العيني ، فإنه كثيرا ما يتم إيداع المحررات المطلوب شهرها على شكل مخالف للقانون بسبب عيوب شكلية في المحرر أو عدم احترام الآجال أو عدم دقة بيانات تعيين الأطراف أو العقارات أو بسبب خرق شرط الرسمية ، الأمر الذي يتعين معه على المحافظ العقاري أن يمارس سلطته و يصدر قراره المناسب ، إما برفض الإيداع (le refus de dépôt) أو رفض الإجراء (le rejet de la formalité)².

و ما يلاحظ على القانون الجزائري ، أنه حتى و إن لم يعط للمحافظ العقاري صفة القاضي ، إلا أنه خوله سلطات رقابة واسعة لا تقتصر على الشكليات و الإجراءات و إنما تتعداها إلى مضمون العقود و فحص صحته و أهلية الأطراف و قابلية الحقوق للتصرف و غير ذلك من السلطات التي في العادة لا يتمتع بها المحافظ العقاري الموظف في إطار نظام الشهر الشخصي مما يستدعي ضرورة التفكير في الانتقال إلى نظام المحافظ القاضي تماشيا مع النظام السائد ، أي نظام الشهر العيني أو على الأقل تعويض ذلك بشرط التكوين القانوني المتخصص و المستمر في المحافظين العقاريين و ذلك حرصا على تحقيق نظام شهر فعال .

و قبل الخوض في بيان دور و سلطات المحافظ العقاري لا بد من التعرض أولا إلى مفهوم الإيداع و شروطه و آجاله و الوثائق الواجب إيداعها ثم ما يلي الإيداع من إجراءات تنفيذ الشهر أو رفضه.

¹ أنظر ما سبق ص 252 و ما بعدها

² من أجل ذلك خول القانون للمحافظ العقاري سلطة واسعة في مراقبة مدى احترام الشروط و مدى مطابقة المحررات المقدمة للشهر للمواصفات القانونية المطلوبة ، و لذلك تحرص جل التشريعات التي تتبع نظام الشهر العيني على منح صلاحيات المحافظ العقاري لقاض مختص بالشؤون العقارية ، كما هو الحال في ألمانيا بالنظر إلى خطورة الدور الذي يؤديه لما يراقب المحررات المودعة ، و هو الدور الذي يتطلب تكويننا قانونيا عالي المستوى و إحاطة واسعة بشتى فروع القانون و هو ما لا يتوفر إلا في القاضي المتخصص . أما في الجزائر فإنه و على الرغم من إتباع نظام الشهر العيني من خلال سن الأمر 74/75 و المرسومين التنفيذييين 62/76 و 63/76 المتقدم ذكرهما، إلا أن القانون الجزائري لازال متأثرا بالتشريعات الفرنسية التي كانت سائدة قبل الاستقلال و التي ما تزال سارية في فرنسا إلى اليوم ، إذ يعتبر المحافظ العقاري موظفا تابعا لوزارة المالية و يقوم بعمل يكتسي الطابع الإداري و ليس الطابع القضائي، إذ يصدر قرارات إدارية تقبل الطعن أمام جهات القضاء ، خلافا لما هو عليه الحال في النظام الألماني، حيث يكتسي قرار المحافظ صبغة الحكم القضائي مع إمكانية الطعن فيه أيضا.

الفرع الأول : إيداع المحررات الخاضعة للشهر و الوثائق الملحقة بها

الإيداع (le dépôt) هو عملية من العمليات الممهدة لتنفيذ إجراء الشهر، و هو أول اتصال بين طالب الشهر و مصلحة الشهر أي المحافظة العقارية و يعتبر بمثابة طلب شهر (demande de publication). و قد حدد القانون للإيداع محلا فبين الوثائق الواجب إيداعها و عدد نسخها و الوثائق الملحقة بها، كما ربط القانون الإيداع بآجال يجب احترامها فضلا عن الشروط القانونية المطلوبة في شكل المحرر المقدم للشهر مما سبقت الإشارة إليه ، إضافة إلى الأحكام و الترتيبات المالية المتعلقة بدفع الرسوم المختلفة.

أولا : مفهوم الإيداع و محله

يقصد بالإيداع (le dépôt) تقديم المحرر المطلوب شهره مرفقا بالوثائق الملحقة المنصوص عنها قانونا إلى مصلحة الشهر من أجل مباشرة إجراءات شهره ، إذ و بعد أن يفرغ محرر العقد أو القرار القضائي¹ أو السند المطلوب شهره من تحريره يقوم شخصا أو بواسطة وكيل أو مساعد معترف به بإيداع المحرر و الوثائق الملحقة لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا و هي المحافظة الواقعة بدائرة اختصاصها العقار أو العقارات محل التصرف أو المعنية بالمحرر .

و يتم ذلك الإيداع بالضبط على مستوى قسم الإيداع و عمليات المحاسبة مع ضرورة مراعاة الآجال المحددة قانونا للإيداع و التي تختلف بحسب نوع المحرر المطلوب شهره و بعد دفع الرسوم الخاصة بالشهر² وهذا ما تضمنته المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 بالنص على أنه "ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط و السلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار

¹ إن الأحكام و القرارات القضائية النهائية لا يتم شهرها إلا بعد إيداعها لدى أحد مكاتب التوثيق من أجل إفراغها في شكل النموذج المطلوب لشهرها عملا بالمذكرة رقم 689 المؤرخة في 12/02/1995 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، و ذلك ليس كما تعبر عنه هذه المذكرة باعتبار الأحكام و القرارات القضائية و ثائق عرفية و إنما ذلك راجع لتخلف بعض البيانات الدقيقة عند تحرير الأحكام القضائية الأمر الذي يتعذر معه إشهارها.

² تسبق عملية دفع رسوم الشهر عملية مالية أخرى و هي دفع رسوم التسجيل enregistrement التي تتم على مستوى مصلحة التسجيل . و تتحدد رسوم التسجيل طبقا للأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون السجل المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 81 المؤرخ في 18/12/1976.

و المحررة من قبلهم أو بمساعدتهم و ذلك ضمن الآجال المحددة في المادة 99 و بكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف".

و لإثبات الإيداع يقوم المحافظ العقاري بتسجيل بيانات المحرر المطلوب إيداعه فور تسلمه ، و بعد مراقبته و تأكده من قابلية إيداعه و ذلك على إحدى صفحات سجل الإيداع يسلم طالب الشهر وصلا يثبت ذلك يبين فيه نوع السند المطلوب شهره و الوثائق المرفقة به و تاريخ الإيداع باليوم و الساعة لاستعماله للغرض المبين في الفقرة الرابعة من المادة 41 من نفس المرسوم¹ . و يتم تلقي الإيداعات بالمحافظات العقارية كل أيام العمل الأسبوعية من السبت إلى الأربعاء، و يتوقف تلقي الإيداعات ساعة واحدة قبل غلق المصلحة، أي على الساعة الرابعة مساء من يوم السبت إلى الثلاثاء و على الساعة الثالثة مساء يوم الأربعاء و ذلك من أجل تمكين المحافظ العقاري تسجيل الوثائق المسلمة له في يومها على سجل الإيداع².

أما عن القيمة القانونية للإيداع فإن التشريع الجزائري يعتبره مجرد طلب شهر ، لكن تاريخ الإيداع يكون هو المعتد به إذا تم الشهر، أما إذا لم يتم الشهر فإن الإيداع لا يكون له أي قيمة قانونية ، و قد يقبل المحافظ العقاري الإيداع و يرفض الشهر عن طريق إجراء لاحق يسمى قرار رفض الإجراء و قد يرفض منذ البداية الإيداع عن طريق قرار يطلق عليه قرار رفض الإيداع يكون كلاهما قابلا للطعن فيه أمام القضاء وفق الإجراءات و الشروط التي سنأتي على بيانها لاحقاً³.

¹ تنص المادة 41 من المرسوم 63/76 على أنه " ينبغي على المحافظ العقاري أن يكون لديه سجل للإيداع يسجل فيه يوماً بيوم و حسب الترتيب العددي لتسليمات العقود و القرارات القضائية و بصفة عامة جداول الوثائق المودعة قصد تنفيذ إجراء خاص بالإشهار. و يسلم إلى الملتمس سندا يشار فيه إلى مراجع سجل إيداع التي سجل بموجبها كل تسلم . و ينفذ الإجراءات بتاريخ هذه التسليمات و حسب ترتيبها . و بعد إتمام الإجراءات يجب أن تسترجع سندات الإيداع و تحزم مع بعض حسب ترتيب الأرقام. و إذا كان الأطراف غير قادرة أثناء سحب هذه الأوراق على إرجاع هذا السند فيجب عليها أن توقع إبراء بالنسبة لهذه الأوراق يكون معفى من مرسوم الطابع على سجل الإيداع بهامش المادة المطابقة".

² راجع المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 1251 المؤرخة في 1994/03/29 .

³ أنظر ما سيأتي ص 282 و ما بعدها

و لقبول الإيداع شكلا لا بد أن يتم بتقديم ذوي الشأن المؤهلين بالإيداع صورتين رسميتين أو نسختين من العقد أو القرار القضائي المطلوب إظهاره، و ذلك في آن واحد بعد تحرير المحرر على ورقة نموذج و ليس على ورقة بيضاء عادية¹ ليقوم بعد ذلك المحافظ العقاري بالتأشير على هاتين النسختين و إرجاع إحدهما لطالب الشهر و الاحتفاظ بالثانية التي تحمل تأشيرة التصديق على الهوية و تأشيرة الشرط الشخصي للأطراف عند الاقتضاء و حفظها و ترتيبها على مجموعة البطاقات العقارية حسب ترتيب حجمها و رقمها ، إذ يعطى لكل محرر مشهر رقم و حجم *numéro et volume* يعرفان به و هذا في حالة قبول الإيداع و تنفيذ إجراء الإشهار.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يكتف باشتراط تقديم نسختين من المحرر المطلوب شهره ، و إنما استوجب إرفاق ذلك بوثائق ملحقة أخرى تتمثل في الجدول الوصفي للتقسيم عندما يتعلق الإجراء بعقار خاضع للملكية المشتركة و كذا مستخرج مسح الأراضي إذا كان العقار محل الإجراء ممسوحا و وثيقة القياس لما يتضمن المحرر تغييرا في حدود الملكية و قرار التجزئة لما يتعلق الأمر بعملية تجزئة ، إضافة إلى وثائق إثبات هوية أطراف المحرر المطلوب شهره².

ثانيا : آجال الإيداع *les délais de dépôt*

يلزم القانون الموثقين و أمناء ضبط المحاكم و المجالس و غيرهم من الجهات المخولة تحرير العقود و المحررات الخاضعة للشهر أن يبادروا إلى إيداع المحررات لدى المحافظات العقارية المختصة ضمن الآجال المحددة قانونا ، كما يلزم المحافظ العقاري بإتمام إجراءات الشهر في نفس الآجال . و تختلف الآجال باختلاف المحرر المطلوب شهره طبقا للمادة 99 من المرسوم 63/76 على النحو التالي :

¹ تسلم الورقة النموذج من طرف المحافظات العقارية مجانا لمحرري العقود و تسمى (6 N° publicité réelle).

² بالرغم من أن هذه الوثائق إجبارية و ضرورية تقديمها مع المحرر المطلوب شهره كوثائق ملحقة (document annexes) إلا أن المديرية العامة للأموال الوطنية في مذكرة أصدرتها بتاريخ 1995/02/12 تحت رقم 689 قد حددت مفهوم الوثائق المرفقة مصرحة بأنه لا يشترط إرفاقها بالمحرر و تقديمها إلى المحافظ العقاري و إنما يكفي مجرد الإشارة إليها بذكر مراجعها كاملة على هامش المحرر مع ضرورة الإطلاع عليها و الاحتفاظ بها لدى مكاتب الموثقين أو الأشخاص المؤهلين بتحرير المحررات الخاضعة للشهر.

- بالنسبة للشهادات التوثيقية المتضمنة نقل الملكية عن طريق الوفاة خلال 3 أشهر ابتداء من اليوم الذي قدم فيه الالتماس إلى الموثق و يمدد هذا الأجل خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما في الخارج و يكون أصحاب الحقوق العينية مسئولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق بعد أكثر من ستة أشهر من الوفاة ، و هذا بعد تعديل نص المادة 99 بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999¹.

- بالنسبة لأوامر نزع الملكية الخاصة بالحجز العقاري خلال ثمانية أيام من تاريخ إصدارها².

- بالنسبة للقرارات القضائية خلال شهرين من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية.

- بالنسبة للعقود الأخرى و بقية المحررات خلال شهر من يوم إعدادها³.

و تمدد كل الأجل المذكورة سابقا بخمسة عشر يوما إضافية في حالة ما إذا كان من الواجب إجراء الإشهار في أكثر من محافظة عقارية⁴ طبقا للفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 99⁵.

أما ما يترتب من جزاء لمخالفة المواعيد و الأجل المخصصة لإيداع المحررات للشهر و إتمام إجراءات الشهر فقد نصت عنه الفقرة الأخيرة من المادة 99 بقولها "من دون الإخلال بآثار الحقوق التي يمكن أن تنتج من عدم وجود الإشهار، فإن

¹ راجع المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 98 المؤرخ في 1998/12/24.
² تجدر الإشارة هنا إلى أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد نص في المادة 725 منه على أجل آخر و هو اليوم الموالي لتبليغ أمر الحجز من طرف المحضر القضائي للمدين المحجوز عليه و ذلك كأقصى تقدير و لم يبين المشرع ما هي الأجل التي يتم خلالها تبليغ أمر الحجز ، و على هذا فإنه أصبح هنالك تعارض بين المادة 99 من المرسوم 63/76 و المادة 725 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . إلا أنه إذا فهمنا المادة 99 على أنها تتضمن بيان الأجل التي يتعين على المحافظ العقاري إتمام إجراء الشهر خلالها فإن التعارض يزول لكون المادة 728 من قانون الإجراءات المدنية تتحدث أيضا عن أجل أقصاه ثمانية أيام للمحافظ العقاري حتى يقوم بشهر أمر الحجز تحسب ابتداء من إيداعه من طرف المحضر القضائي .

³ سقط لفظ "شهر" من البند رقم 4 من المادة 99 في صيغتها باللغة العربية لكنه مذكور في الصياغة باللغة الفرنسية.
⁴ لم يبين المشرع الجزائري الحالات التي يجب أن يتم فيها الإشهار في أكثر من محافظة عقارية ، و لكن عمليا فإن ذلك بغير شك يكون في الحالات التي ينصب فيها التصرف أو القرار القضائي على مجموعة عقارات واقعة في دائرة اختصاص محافظات عقارية مختلفة و هذا معمول به أيضا في فرنسا و لكن استنادا إلى نصوص قانونية صريحة . و لهذا فإنه من الأجدر رفع الغموض الموجود عندنا بالنص على هذه الحالة.

⁵ إن ما يلاحظ على المادة 99 أنها جاءت غامضة و مصاغة في عبارات و ألفاظ غير دقيقة، يصعب فهم المقصود منها مما يستدعي ضرورة مراجعتها و إعادة صياغتها بلغة أكثر دقة و أقل تعقيدا ، ذلك أنه من الصعب فهم فيما إذا كانت الأجل المنصوص عنها هي آجال ممنوحة للمحافظ العقاري من أجل إتمام الشهر و هو ما يفهم من العبارة الأولى في المادة بقولها " إن آجال إتمام الإجراء " أم أنها آجال ممنوحة لمحرري العقود و طالبي الشهر ليقوموا خلالها بإيداع وثائقهم و محرراتهم لدى المحافظة العقارية و هو ما يفهم من خلال الفقرة رقم 1 من المادة لما تمدد الأجل بسبب الإقامة بالخارج و لما تحمل أصحاب الحقوق مسؤولية التأخر و كذا من خلال الفقرة الأخيرة من المادة التي تقرر عقوبة الغرامة بسبب التأخير في إيداع المحررات على محرري العقود و أصحاب الحقوق الجدد في حالة الشهادة التوثيقية .

عدم مراعاة الآجال المنصوص عليها في هذه المادة يعاقب عليها بغرامة مدنية قدرها 100 دج¹ تكون على عاتق محرري العقد المشار إليهم في المادة 90 أو على أصحاب الحق الجدد الذين بعدم لجوئهم إلى مكتب موثق، قد امتنعوا أن يلتسوا من أحد الموظفين العموميين إعداد شهادة بعد الوفاة"².

و الواقع أنه لا يوجد أي مبرر مفهوم أدى بالمشرع إلى تحميل الأطراف مسؤولية التأخر في اللجوء إلى موثق لإعداد شهادة توثيقية ، إذ الأمر يتعلق بمصالح شخصية ، علاوة على أن الشهادة التوثيقية يسرى مفعولها في نقل الملكية بأثر رجعي من يوم الوفاة و وأن ما يترتب عن عدم إعدادها من استحالة التصرف في الحق ما يكفي لحمل الأطراف على السعي في إعدادها. هذا و إن كان فعلا الحث على سرعة المبادرة باللجوء إلى موثق لتحرير الشهادة التوثيقية أمر مستحسن و مرغوب فيه ، فإنه من غير المستساغ تغريم الأطراف بغرامة مدنية إذا لم يسعوا إلى ذلك خلال الآجال التي هي في الحقيقة آجال وضعت لإيداع الشهادة لدى المحافظة و إتمام الشهر و ليست آجالا لإعدادها مما يستدعي أيضا ضرورة مراجعة النص ليستقيم و يتماشى مع أهدافه.

ثالثا : خصوصيات شهر الحقوق العينية التبعية

خلافا للحقوق العينية الأصلية فإن شهر الحقوق العينية التبعية يتميز بشيء من الخصوصية تبدو في طريقة إشهارها و وجوب تجديد قيدها و إلا سقط القيد، و لهذا خص المشرع الجزائري قيد الرهون و الامتيازات بنصوص خاصة ابتداء من المادة 93 إلى المادة 98 من المرسوم 63/76 التي تضمنت أحكاما خاصة ينفرد بها إشهار هذا النوع من الحقوق .

¹ تمت مراجعة هذا المبلغ و رفعه إلى 1000 دج بموجب المادة 31 قانون المالية لسنة 1999 التي فصلت أيضا في طريقة حساب الغرامة ، إذ تحتسب ابتداء من تاريخ تحرير المحرر إلى تاريخ إيداعه بالمحافظة العقارية دون حساب المدة التي بقي فيها المحرر في مصلحة التسجيل التي تسبق الشهر من حيث الإجراءات .

² حتى لا يلتبس الأمر فإن عبارة "يعاقب" الواردة في النص لا تعبر عن المعنى الدقيق و إنها في الحقيقة ليست إشارة إلى وجود جريمة، بل المقصود بها هو مجرد الجزاء عن التأخر، و قد جاءت كترجمة خاطئة لعبارة "est sanctionné" التي تعني يجازى و ليس يعاقب المقابلة لعبارة "est puni" المستعملة في قانون العقوبات.

و أول ما يميز عملية شهر الحقوق العينية التبعية أي الرهن بنوعيه و حقوق الامتياز أنها تتم بإجراء يسمى قانونا القيد (l'inscription) خلافا لشهر الحقوق الأخرى الذي يتم بإجراء يسمى التسجيل (transcription) في بعض البلدان و يسمى الشهر في بلدان أخرى . و تختلف الإجراءات من حيث أن القيد يتم بمجرد نقل ملخص عن بيانات المحرر المتضمن الحق العيني التبعية، و يمكن أن يتم حتى بدون سند إذا تعلق الأمر بالرهن القانونية عملا بالمادة 94 من المرسوم 63/76 . أما الإشهار بالتسجيل فيتم بنقل محتوى التصرف أو السند بكامله على سجل الإيداع و على البطاقات العقارية¹.

كما يتميز شهر الرهون و الامتيازات بإمكانية تقديم المحرر و إيداعه لدى المحافظة العقارية بواسطة الدائن المستفيد من الرهن أو الامتياز بنفسه أو بواسطة الغير، إذ يودع الدائن جدولين موقعين و مصدقين و مصححين بكل دقة يكون أحدهما محررا وجوبا على نموذج تقدمه المحافظة العقارية مجانا يسمى الشهر العيني رقم 8 (publicité réelle n° 8) و يجب أن يملأ الجدولان بالبيانات المنصوص عنها في المادة 93 من المرسوم 63/76 المتمثلة فيما يلي :

- تعيين الدائن و المدين طبقا للمواد من 61 إلى 65 من المرسوم 63/76
- اختيار الموطن من قبل الدائن في أي مكان من نطاق اختصاص المجلس القضائي لموقع الأملاك.

- ذكر التاريخ و نوع السند و سبب الدين المضمون بواسطة الامتياز أو الرهن.
- ذكر رأسمال الدين و لواحقه و الفترة العادية لوجوب أدائه ، و في جميع الحالات فإنه يجب على الطالب أن يقدر الريوع و الخدمات و الحقوق غير المحدثه أو المتمثلة أو المشتركة.

- تعيين العقارات التي طلب التسجيل من أجلها طبقا للمادة 66 من المرسوم 63/76.

¹ أنظر بشأن جهود توحيد مصطلحات الشهر العقاري و التسجيل في الدول العربية من خلال مجموعة أعمال الحلقات الدراسية حول الشهر العقاري في الدول العربية المنظمة من طرف جامعة الدول العربية د / سالم حماد الدحدوح (المرجع السابق) ص 2 .

و إذا تم إيداع الجدولين المذكورين بطريقة قانونية و وافق المحافظ العقاري على الإيداع فإنه يرجع أحد الجدولين إلى طالب الشهر بعد أن يؤشر عليه بتأشيرة الإيداع ، أما الجدول الثاني الذي يحمل تأشيرة التصديق على هوية الأطراف و على الشرط الشخصي للأطراف عند الاقتضاء فيحتفظ به لدى المحافظة العقارية و يرتب ضمن الوثائق المودعة.

أما فيما يتعلق بأجال إيداع الجدولين، فإن الأمر يختلف بالنسبة للرهون عنه بالنسبة للامتيازات ، فوفقا للمادة 99 من المرسوم 63/76 فإنه بالنسبة للرهون الاتفاقية يجب الإيداع خلال شهرين من تحرير العقد ، أما إذا كان الرهن قضائيا فتصبح الآجال ثلاثة أشهر ابتداء من اليوم الذي صار فيه الحكم نهائيا. أما فيما يتعلق بالامتيازات، فيجب إيداع الجدولين لدى المحافظة العقارية المختصة خلال أجل أقصاه شهران من تاريخ البيع بالنسبة لامتياز بائع العقار و من تاريخ القسمة بالنسبة لامتياز المتقاسم طبقا للمادتين 999 و 1001 من القانون المدني . و كل إيداع خارج هذه الآجال يؤدي إلى توقيع غرامة مالية مقابل التأخر يلزم بدفعها طالب الشهر .

هذا و يعتبر تجديد القيد من أهم خصوصيات شهر الرهون و الامتيازات إذ تنص المادة 96 فقرة 1 من المرسوم 63/76 المتقدم ذكره على أن "تحتفظ التسجيلات بالرهن و الامتياز طيلة عشرة سنوات ابتداء من يوم تاريخها و يوقف أثرها إذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الأجل". و معنى ذلك أن قيد الرهون و الامتيازات ليس له حجية دائمة ، و إنما تبقى تلك الحجية و ترتب آثارها لمدة عشر سنوات فقط ، مما يستدعي الحرص من طرف المستفيد منها على تجديد قيدها قبل انتهاء مدة السنوات العشر و إلا سقط القيد و فقدت الرهون و الامتيازات حجيتها و آثارها مرتبتها .

غير أنه يستثنى من إلزامية تجديد القيد المؤسسات المصرفية الوطنية و الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط و الدولة و البلديات بالنسبة للقروض الممنوحة

للهيئات السكنية طبقا لما نصت عليه المادة 96 في فقرتها الثانية التي جاء فيها "غير أن المؤسسات و الجماعات المحلية يمكنها الاستفادة من إعفاء قانوني للتجديد لمدة عشر سنوات طبقا لكيفيات ستحدد بموجب مرسوم"¹ .

و عمليا تتم عملية تجديد القيد عن طريق إيداع جدولين موقعين و مصححين بكل دقة مع تحرير أحدهما على ورقة نموذج تقدمها المحافظة العقارية تسمى نموذج الشهر العيني رقم 08 (P.R. N°8) . و يشار في الجدولين إلى أن الأمر يتعلق بطلب تجديد قيد سابق دون حاجة إلى تقديم السند ، إذ تكفي الإشارة إلى تاريخ و مراجع القيد السابق المطلوب تجديده كما تذكر أيضا التغييرات المدخلة فيما يخص الشخص أو الحالة المدنية للدائن أو المدين أو مبلغ الدين أو لواحقه و فترة وجوب الأداء .

و بعد أن يتأكد المحافظ العقاري من توفر هذه البيانات و صحتها يرجع أحد الجدولين إلى المودع بعدما يؤشر عليه بتأشيرة تنفيذ الإجراء، أما الجدول الثاني الذي يتضمن تأشيرة التصديق على هوية الأطراف أو الحالة المدنية في حالة ما إذا طرأ أي تغيير على هذه البيانات فيحفظ به بالمحافظة العقارية و يحفظ ضمن الوثائق المودعة طبقا للمادة 92 من المرسوم 63/76² .

الفرع الثاني : دور المحافظ العقاري و سلطاته

إن المحافظ العقاري يؤدي دورا هاما جدا في عملية الشهر، إذ خوله المشرع الجزائري دور الرقابة على المحررات المودعة بغرض الشهر، فيمارس عليها رقابة متعددة الأوجه لا تقتصر على الجانب الشكلي فحسب ، و إنما تمتد حتى إلى الشروط الموضوعية للتصرف . فله أن يراقب مدى صحة التصرف و قابلية الحق للتعامل فيه

¹ بالفعل فإنه صدر سنة 1977 المرسوم رقم 47/77 المؤرخ في 19/02/1977 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 16 بتاريخ 23/02/1977 و المتضمن تجديد الرهون و الامتيازات لبعض المؤسسات و الهيئات العمومية و الجماعات المحلية الذي حدد الهيئات المعفاة من التجديد كل عشر سنوات بالهيئات المذكورة آنفا و مدد آجال التجديد إلى خمسة و ثلاثين سنة.

² أنظر جمال بوشنافة (المرج السابق) ص 204 و رمول خالد (المرجع السابق) ص 126.

و مدى قدرة المتصرف على التصرف في الحق طبقا للمادة 104 من المرسوم 63/76 و أكثر من ذلك فإن للمحافظ العقاري طبقا للمادة 105 أن يحقق في محل و سبب التصرف و التأكد من أنهما مشروعين و غير مخالفين للنظام العام و الآداب، فضلا عن دوره في رقابة الأخطاء البسيطة و عدم التطابق و أشكال السهو و الخطأ المادي .

فإذا تم الإيداع بشكل قانوني صحيح و لم يلاحظ المحافظ العقاري أي عيب في المحرر المطلوب شهره ، لا من حيث الشكل المقدم عليه و لا من حيث مضمونه و تأكد لديه احترام كافة الإجراءات و الشروط الشكلية ، فإنه يبادر إلى تنفيذ إجراء الشهر بعد أن يسجل إيداع المحرر على سجل الإيداع و يؤشر بذلك على مجموعة البطاقات العقارية و على دفتر العقاري إن وجد . أما إذا لاحظ المحافظ العقاري خلاف ذلك من حالات الإيداع غير القانوني أو المعيب سواء بعيوب شكلية أو موضوعية، فإنه يمارس سلطته التي خوله القانون إياها عبر اتخاذ القرار المناسب للوضعية التي عاينها ، إما برفض الإيداع أو برفض الإجراء مع إمكانية دعوته للأطراف لتصحيح و استدراك الأخطاء و النقائص التي عاينها.

و من أجل التفصيل في هذه المسائل فإنه يتعين التعرف أولا على دور المحافظ العقاري بدءا بتلقي الوثائق المودعة و طلبات الإشهار إلى غاية تنفيذ إجراء الشهر بعد ممارسته الرقابة المنصوص عنها ثم التطرق إلى السلطات التي يمارسها حال اكتشاف خلل أو عيب يحول دون إتمام الشهر.

أولا : دور المحافظ العقاري **le rôle du conservateur**

سبق القول أن المشرع ألزم المحافظ العقاري بضرورة مسك سجل يدعى سجل الإيداع (registre des dépôts) يسجل فيه يوما بيوم و حسب الترتيب الزمني تسليمات العقود و القرارات القضائية و كافة المحررات و جداول الوثائق المودعة و ذلك طبقا للمادة 41 من المرسوم 63/76 . و هنا يظهر أول دور يؤديه المحافظ العقاري في إطار الشهر العقاري ، فبعد أن يسجل على هذا السجل تسليم العقد أو

القرار أو المحرر في شكل جدول وثائق ، يسلم المحافظ لطالب الشهر أو الملتمس سندا يشار فيه إلى مراجع سجل الإيداع ، يستظهره صاحبه بعد إتمام إجراءات الشهر بغرض استرجاع الوثائق المودعة .

و على المحافظ العقاري أن يؤدي هذه المهمة و هو حريص على احترام و تطبيق نص المادة 43 من المرسوم 63/76 التي تلزمه أن يسجل و يؤشر بكل إيداع فور تلقيه و أن يدون البيانات المنصوص عنها قانونا من دون ترك بياض و بدون الكتابة بين الأسطر، و أن يعد للسجل المذكور نسخا مطابقة من أجل إيداعها في نهاية السنة لدى أمانة ضبط المجلس القضائي المختص إقليميا كما تنص عليه المادة 43 المتقدم ذكرها و القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 07 مارس 1977¹ .

بهذا يكون المحافظ العقاري قد وافق على الإيداع و هو بذلك يقرر استعداده تنفيذ إجراء الشهر المطلوب على مجموعة البطاقات العقارية بشرط أن لا يشوب المحرر أو التصرف المطلوب شهره أي نقص أو عيب من العيوب التي تؤدي إلى رفض إجراء الإشهار، و لذلك يجتهد المحافظ العقاري بعد قبول الإيداع في تعميق التحقيق و الفحص في المحرر المودع ، فإذا ما تأكد من استيفاء كل الشروط القانونية و عدم توفر أي حالة من حالات رفض الإجراء المنصوص عنها قانونا يباشر عملية تنفيذ إجراء الإشهار.

و تنفيذا لعملية الإشهار يقوم المحافظ العقاري بالتأشير بالتصرف المشهر على مجموعة البطاقات العقارية على الجدول المناسب ضمن البطاقة العقارية المخصصة مسبقا للعقار محل التصرف المطلوب شهره و التي يتم إعدادها بمناسبة إنشاء مجموعة البطاقات العقارية المختلفة إثر اختتام أعمال المسح العام كما سبقت الإشارة إليه² إلا إذا

¹ صدر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 07 مارس 1977 تطبيقا للمادة 43 من المرسوم 63/76 و هو يتضمن تحديد الطرق الفنية المستعملة في إعداد النسخ من سجل الإيداع التي تودع في نهاية كل سنة لدى أمانة ضبط المجلس القضائي المختص و القرار منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 36 المؤرخة في 1977/05/04 .
² راجع ما تقدم ص 184 و ما بعدها

تعلق الأمر بالإجراء الأول أو بحالة من الحالات التي يتم فيها الشهر لأول مرة دون وجود شهر مسبق¹ .

و يتم التأشير على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل المعاملة المطلوب إشهارها بتدوين مجموعة من البيانات تتمثل في تاريخ الشهر و مراجعه و تاريخ العقد أو القرار القضائي و الجهة الصادر عنها و نوع الاتفاقات و الشروط أو التسجيلات التي تم شهرها و ذكر اسم الموثق أو السلطة الإدارية أو الجهة القضائية مصدرة المحرر المقدم للشهر و المبلغ الأساسي للمعاملة أو تقديره أو معدله و مبلغ الدين و مجموع المحلقات المضمونة إذا تعلق الأمر بقيد رهن أو امتياز.

و يجب على المحافظ العقاري هنا أيضا أن يحرص على احترام طريقة التأشير وكتابة البيانات على البطاقة العقارية حيث يلزم بأن يكتب بكيفية واضحة مقروءة و مختصرة مستعملا الحبر الأسود الذي لا يمحي و أن يتجنب التهشير و الكشط و أن لا يترك فراغا و لا يكتب بين الأسطر و أن يسطر بسطر بخط الحبر الأسود بعد كل إجراء . و عموما عليه أن يتقيد بما جاء في المواد 33، 34، 37، 38 من المرسوم 63/76 السابق ذكرها².

أما إذا كان الإجراء واقعا على عقار ممسوح و صدر بشأنه دفتر عقاري ، فإن المحافظ العقاري لا يقبل الإيداع و لا ينفذ الإجراء إلا بعد دعوة طالب الشهر إلى تسليم الدفتر العقاري من أجل التأشير عليه ، بحيث يقوم بضبطه و تقييد التصرف الجديد عليه و تسليمه إلى المالك الجديد إذا تعلق الأمر بتصرف ناقل للملكية مع ضرورة الإشارة إلى الجهة التي آل إليها الدفتر على البطاقة العقارية . و على المحافظ أثناء التأشير على الدفتر العقاري أن يحرص على كتابة البيانات بالطريقة التي نصت عليها بالتفصيل المادة 45 من المرسوم 63/76 السابق ذكرها³.

¹ ذكرت بعضا من هذه الحالات فيما سبق عند الحديث عن الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر

المسبق ص 257

² راجع ما سبق ص 186

³ أنظر ما سبق ص 200

و يعفى من تقديم الدفتر العقاري أثناء إيداع المحرر من أجل الإشهار إذا تعلق الأمر بأحد العقود المشار إليها في المادة 13 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و هي حالة تأسيس مجموعة البطاقات العقارية عقب اختتام عملية المسح العام أو تعلق بحالة العقود أو القرارات القضائية التي صدرت بدون تدخل المالك الحقيقي أو ضده كنزع الملكية من أجل المنفعة العامة و الحجز العقاري أو حالة قيد امتياز أو رهن قانوني أو قضائي و ذلك لما يبقى المالك السابق حائز الدفتر ممتنعا عن تقديمه رغم الإنذار الموجه إليه من المحافظ العقاري طبقا للمادة 50 فقرة 5 من المرسوم 63/76.

و في الأخير فإن المحافظ العقاري يجوز له في كل الأحوال أثناء أدائه دوره أن يبادر إلى تصحيح الأخطاء البسيطة التي يكتشفها أثناء عملية تنفيذ الإشهار بشكل تلقائي على البطاقات العقارية مع ضرورة السعي إلى ضبط الدفتر العقاري ليصبح متوافقا مع هذه البطاقات بعد دعوة حائزه إلى تقديمه لهذا الغرض مثلما تنص عنه المادة 33 و المادة 51 من المرسوم 63/76.¹

ثانيا : سلطات المحافظ العقاري les pouvoirs du conservateur

بسبب الطبيعة الخاصة لعمل المحافظ العقاري في القانون الجزائري والذي يجمع بين خصائص النظامين الشخصي و العيني، فإن سلطات المحافظ العقاري تبدو أوسع من تلك التي يتمتع بها محافظ الرهون في القانون الفرنسي بالنظر إلى النطاق الواسع الذي تمتد إليه رقابة المحافظ العقاري في التشريع الجزائري و الذي بموجب نصوص صريحة يمكنه أن يراقب مضمون التصرفات و التأكد من سلامتها و اكتمال أركانها و شروط انعقادها صحيحة فضلا عن رقابته للجوانب الشكلية.

¹ الملاحظ من كل ما سبق أن الدور الذي يقوم به المحافظ العقاري في النظام الجزائري و لاسيما دوره في التحقيق و فحص المحررات المودعة و التصرفات المطلوب شهرها، هو دور أوسع من الذي يؤديه محافظ الرهون في النظام الفرنسي وشبيهه بدور القاضي العقاري في ألمانيا ، و هو الدور الذي يمكن من خلاله الحديث عن نظام الشهر العيني في الجزائر الذي لا يزال متأثرا بنظام الشهر الشخصي في فرنسا ، حيث يجمع المحافظ العقاري الجزائري بين النظامين فيأخذ الصلاحيات من النظام العيني المطبق في ألمانيا و يأخذ الصبغة الإدارية لوظيفته من النظام الشخصي السائد في فرنسا.

و يمارس المحافظ العقاري في القانون الجزائري، كما في القانون الفرنسي سلطاته عن طريق إصدار أحد قراراتين ، إذ يقرر رفض الإيداع إذا تعلق الأمر بالمخالفات الجسيمة و الظاهرة ، في حين يقرر رفض الإجراء إذا تعلق الأمر بالمخالفات الأقل جسامة التي يعاينها بعد قبول الإيداع¹ . و في كل الأحوال يتعين على المحافظ العقاري تبليغ الأطراف المعنية بحالة الإيداع المخالف للقانون و إخطارهم بوجود استدراك النقائص وفق إجراءات محددة ، كما ينبغي عليه تبليغ هؤلاء الأطراف بقراره الأخير سواء أكان برفض الإيداع أو رفض الإجراء حتى يتسنى لمن له مصلحة ممارسة حقه في الطعن في القرار المتخذ أمام الجهات القضائية المختصة².

1- حالات رفض الإيداع Refus de dépôt

حدّدت المادة 100 من المرسوم 63/76 المتقدم ذكره الحالات التي يتعين على المحافظ العقاري أن يقرر بشأنها رفض إيداع المحررات المطلوب شهرها كما يلي:

- 1- عدم تقديم الدفتر العقاري و ذلك طبعا في الحالات التي يتعلق فيها الإجراء بعقار واقع بمنطقة ممسوحة بشرط ألا تدخل الحالة في إطار الاستثناءات السابق ذكرها والتي يجوز فيها تقديم السندات بدون الدفتر العقاري³.
- 2- عدم تقديم مستخرج مسح الأراضي أو عدم تقديم وثائق القياس في حالة تغيير حدود الملكية بالتصرف المطلوب إشهاره⁴.
- 3- عند تخلف التصديق على هوية الأطراف أو على الشرط الشخصي- في الحالة التي يشترط فيها- طبقا للمواد 62 إلى 65 و المادتين 102 و 103 من المرسوم 63/76.

¹ الملاحظ في هذا الشأن أن المشرع الجزائري قد حصر سلطة المحافظ العقاري بهذين القرارين و جعل لكل قرار مبررات و أسباب يستند عليها مذكورة حصرا في المواد و النصوص القانونية، فلا يستطيع بذلك المحافظ العقاري إصدار أي قرار آخر غير هذين القرارين، كما أنه مقيد بتبرير قراره بأحد الأسباب المحددة قانونا، و بالنتيجة لا يمكنه توسيع الأسباب الداعية إلى إصدار أحد القرارين، إذ لا مجال لأي اجتهاد في سبيل هذا التوسع.

² أنظر رمول خالد (المرجع السابق) ص 128 و جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 205

³ راجع ما سبق بيانه ص 200 و ما بعدها

⁴ نفس القرار يصدره المحافظ العقاري في حالة ما إذا لم يتضمن هذا المستخرج ذكر و لو عقارا واحدا من العقارات المعنية و المذكورة في المحرر المودع، و بالطبع فإن القانون لاسيما المادة 77 من المرسوم 63/76 تشترط في مستخرج مسح الأراضي الواجب إرفاقه بالمحرر المطلوب إشهاره ألا يزيد تاريخ إعداده عن ستة أشهر، و لذلك فإن تخلف هذا الشرط يؤدي رفض الإيداع أيضا مثلما تنص عليه المادة 100 السابق ذكرها.

- 4- في حالة عدم تسليم أي من الوثائق الواجب تقديمها للمحافظ العقاري أو عدم تضمينها للبيانات المطلوبة¹ .
- 5- عند مخالفة شرط تعيين العقارات، سواء بعدم التعيين أو بعدم دقته كما تتطلب ذلك المادة 66 من نفس المرسوم .
- 6- عندما لا تتضمن الجداول المنصوص عنها في المواد 93 و 95 و 98 عند إيداعها البيانات المحددة بالمواد المذكورة، أو عندما تكون هذه الجداول غير محررة على الاستمارة النموذجية المقدمة من طرف الإدارة.
- 7- عند مخالفة الشروط الشكلية في تحرير العقود المطلوب شهرها لما يظهر ذلك من خلال فحص الصور الأصلية أو نسخ هذه العقود المودعة.
- 8- في حالة مخالفة أحكام المواد من 67 إلى 71 من المرسوم 63/76 و المتعلقة بالوثائق الملحقة (documents annexes) التي تقدم مع المحرر المطلوب شهره و ذلك في حالة تخلفها أو إغفال شرط من شروط تحريرها أو عدم مطابقتها أو عدم احتوائها على البيانات المحددة² .

و يضاف إلى هذه الحالات حالتان اثنتين نصت عنهما المادة 353 من قانون التسجيل هما :

- حالة غياب التصريح التقييمي للعقار موضوع التصرف أو ما يعبر عنه بعدم تحديد القيمة التجارية للمعاملة.

- حالة عدم الدفع المسبق لرسوم الإشهار العقاري من طرف ملتزم الإيداع³ .

2- حالات رفض الإجراء le rejet de la formalité

بعد إيداع المحرر المطلوب شهره مرفقا بالوثائق الملحقة به لدى المحافظة العقارية ، و بعد أن يقرر المحافظ العقاري قبول هذا الإيداع لعدم ملاحظته أي نقص أو

¹ إذ أنه يستوي لدى المحافظ العقاري تخلف الأطراف عن تقديم إحدى الوثائق أو تقديمهم لوثيقة لا تتضمن الإثبات المطلوب.

² المقصود هنا هو الجدول الوصفي للتقسيم المنصوص عنه بالمادة 67 و العقد التعديلي للجدول المذكور المنصوص عنه بالمادة 68 و المخططات المرفقة بهما.

³ رمول خالد (المرجع السابق) ص 131

مخالفة تستدعي رفض الإيداع ، يباشر عملية الفحص الدقيق و المعمق للتصرف المطلوب شهره و الوثائق المودعة لهذا الغرض، بحيث أنه إذا كان قبول الإيداع أو رفضه من طرف المحافظ العقاري يتطلب فحصا سريعا و سطحيا للشروط الشكلية للإشهار، فإن تنفيذ إجراء الشهر أو رفضه يتطلب مراقبة دقيقة و فحصا معمقا للمحرر و الوثائق المرفقة به ، مع ضرورة التأكد من مطابقتها للبيانات المقيدة على مجموعة البطاقات العقارية ، و كذا فحص موضوع التصرف المطلوب شهره من حيث أركانه و شروطه.

فإذا تبين من خلال الفحص المعمق عدم وجود أي خلل أو نقص و أن كل البيانات و الإجراءات المطلوبة تم استيفاؤها، يقوم المحافظ العقاري بتنفيذ إجراء الشهر عن طريق التأشير بالتصرف على مجموعة البطاقات العقارية و على الدفتر العقاري . أما إذا عاين خللا أو نقصا أو أي مخالفة من المخالفات التي يرتب عليها القانون ضرورة رفض الإشهار فإن المحافظ العقاري قبل أن يتخذ قراره برفض الإجراء عليه أن يمهد لذلك بوقف تنفيذ إجراء الشهر مؤقتا و إخطار طالب الشهر إلى ضرورة تصليح الخطأ أو استدراك النقص المعين عملا بالمادة 101 في فقرتها الأولى¹ .

و قد بيّنت المادة 101 من المرسوم 63/76 المشار إليه سابقا الحالات و الأسباب التي يترتب عليها إصدار قرار برفض الإجراء ، إذ فضل المشرع في هذا المقام ذكر كل الحالات مرقمة و مرتبة على التوالي تماما كما هو الشأن في حالات رفض الإيداع وذلك تأسيا بالمشرع الفرنسي الذي آثر طريقة ذكر حالات إصدار كل قرار وحصرها بعدما عجز الفقه عن إعطاء معيار عادل² و مضبوط يمكن من خلاله للمحافظ العقاري أن يتخذ القرار المناسب.

¹ خلافا لقرار المحافظ العقاري برفض الإيداع الذي يصدره بدون تمهيد فإن قرار رفض الإجراء لا يتخذ إلا بعد دعوة الأطراف التي تسوية الوضعية واستدراك النقائص المسجلة أو الأخطاء التي تمت معالمتها . و ذلك راجع إلى خطورة قرار رفض الإجراء و آثاره مقارنة بقرار رفض الإيداع .

² أنظر بخصوص معيار التفرقة بين قرار رفض الإيداع و قرار رفض الإجراء في القانون الفرنسي كل من :

و تتمثل أسباب رفض الإجراء طبقا للمادة 101 المشار إليها فيما يلي :

- 1- عندما تكون الوثائق المودعة و الوثائق المرفقة بها غير متوافقة
- 2- عندما تكون مراجع الإجراء السابق و الخاصة بالوثائق و جداول قيد الرهون و الامتيازات غير متطابقة مع الوثائق المودعة قصد الشهر¹.
- 3- عندما يكون تعيين الأطراف و العقارات أو الشرط الشخصي كما هو محدد في المادة 65 من المرسوم 63/76 غير متطابق مع البيانات المقيدة على البطاقات العقارية.
- 4- عندما تكون صفة المتصرف أو الحائز الأخير و المحددة في الوثائق المودعة متناقضة مع البيانات الموجودة على البطاقات العقارية.
- 5- عندما يكشف التحقيق المنجز عملا بالمادة 104 من المرسوم 63/76 على أن الحق موضوع التصرف أو العقد المطلوب شهره غير قابل للتصرف².
- 6- عندما يظهر وقت التأشير على الإجراء أن الإيداع كان من الواجب رفضه³.
- 7- عندما يكون العقد الذي قدم للإشهار مشوبا بأحد أسباب البطلان المشار إليها في المادة 105 من المرسوم 63/76⁴.

هذا عن حالات و أسباب رفض الإجراء ، أما عن كيفية إصدار قرار رفض الإجراء فإنه كما سبقت الإشارة إليه عندما يعاين المحافظ العقاري أي سبب من الأسباب السبعة المذكورة سابقا ، يقوم على الفور بوقف تنفيذ إجراء الشهر المطلوب و يؤشر بذلك على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل التصرف بعبارة "إجراء قيد الانتظار". ثم يرسل المحافظ العقاري الشخص الذي وقع شهادة الهوية في أسفل الصور الرسمية أو النسخ أو الجداول و ذلك خلال أجل أقصاه 15 يوما ابتداء من

¹ راجع في تفصيل هذه الجداول و بياناتها و طريقة إيداعها نص المادة 95 من المرسوم 63/76
² المقصود هنا أن يكون حق المتصرف مقيد مسبقا بشرط يمنع صاحبه من التصرف مثلما هو الحال في تقييد المستفيدين من حقوق الانتفاع في إطار قانون 19/87 من التصرف .

³ نفس السبب أدرجه المشرع الفرنسي ضمن أسباب رفض الإجراء و ذلك بموجب المادة 74 من مرسوم 14 أكتوبر 1955 و هذا الموقف أدى بالفقه الفرنسي إلى العدول نهائيا عن البحث عن معيار للتفرقة بين حالات رفض الإيداع و حالات رفض الإجراء و قرر أن مثل هذا البحث لا فائدة منه طالما أن نفس الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى رفض الإيداع يجوز لمحافظ الرهون أن يبرر بها قراره برفض الإجراء .

⁴ تنص المادة 105 من المرسوم 63/76 على أنه "يحقق المحافظ العقاري بمجرد إطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح" .

الإيداع و يبلغه¹ بالخلل أو النقص المعايين . و يجب أن يتم هذا الإبلاغ شخصيا و بطريقة مباشرة إلى الموقع على شهادة الهوية بنفسه ، و إذا تعذر ذلك فيتم التبليغ بموجب رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام ترسل خلال نفس الأجل للموقع على شهادة الهوية في الموطن الذي أشار إليه الموقع و المذكور في الوثيقة المودعة.

فإذا ما قام الموقع على شهادة الهوية بتسوية الوضعية و أودع الوثائق الناقصة أو صحح الخطأ المعايين خلال المدة الممنوحة له ، يباشر المحافظ العقاري فورا تنفيذ إجراء الشهر و يؤشر بالإجراء على البطاقة التي سبق له أن دون عليها عبارة " إجراء قيد الانتظار" و تنتهي بذلك حالة الانتظار و يأخذ إجراء الشهر تاريخه و رتبته بأثر رجعي من تاريخ الإيداع ، إذ يعتبر الإشهار النهائي و كأنه تم بتاريخ الإيداع .

أما إذا انقضى أجل الخمسة عشر يوما دون قيام الموقع على شهادة الهوية أو الأطراف باستدراك الوضع أو تصحيح الخطأ أو إذا أكد هؤلاء قبل انقضاء الأجل عدم قدرتهم على التسوية المطلوبة ، يقرر المحافظ العقاري رفض الإجراء و يؤشر بهذا الرفض على سجل الإيداع و عند الاقتضاء على البطاقة العقارية و الدفتر العقاري و يبلغ قراره خلال الثمانية أيام التالية لانقضاء الأجل وفق التفصيل الذي جاءت به المادة 107² . كما يبلغ قراره وفق الإجراءات المبينة في المادة 108 و ذلك بالتسليم المباشر إلى الموقع على شهادة الهوية و إما بواسطة رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام توجه إليه في الموطن المشار إليه في الوثيقة محل النزاع³ .

¹ يهدف هذا التبليغ إلى دعوة الأطراف و كذا الموقع على شهادة الهوية إلى السعي إلى إتمام الوثائق الناقصة أو استدراك النقص الواقع في البيانات أو تصحيح الخطأ المعايين، فيفتح لأجل ذلك أجلا قدره 15 يوما تسري ابتداء من تاريخ التبليغ المباشر أو تاريخ استلام الرسالة الموصى عليها أو تاريخ الإشعار برفض استلامها.

² محمد بوركي (المقال السابق) ص 30

³ يشار هنا إلى أن الأطراف المتعاقدة أو التي تستفيد من شهر المحرر لا يمكنها الاحتجاج أو التذرع بعدم تبليغهم شخصيا من طرف المحافظ العقاري بالقرار الذي أصدره سواء أكان قرارا برفض الإيداع أو قرارا برفض الإجراء طالما ثبت أن المحافظ قام بتبليغ الموقع على شهادة الهوية بهذا القرار لأن كل تبليغ لهذا الأخير يعتبر بمثابة تبليغ للأطراف طبقا لما جاءت به المادة 110 من المرسوم 63/76 . غير أنه و خلافا لهذا فإن المحافظ العقاري يكون ملزما بتبليغ الأطراف شخصيا بنفس الإجراءات و ضمن نفس الأجال و ذلك عندما يكون المحرر المطلوب شهره لا يقتضي وجود شهادة هوية طبقا للمادة 110 في فقرتها الثانية.

كما يقوم المحافظ العقاري إلى جانب ذلك بإرجاع إحدى نسخ المحرر المطلوب شهره و الوثائق المرفقة به إلى الموقع على شهادة الهوية مقابل وصل بعد أن يضع على تلك النسخة تأشيرة مؤرخة و مرقمة ، يدون فيها تاريخ قرار الرفض و النص الذي يستند عليه ، ليفتح بذلك المجال للأطراف من أجل الطعن في قرار الرفض أمام جهات القضاء المختصة . كما يجوز لهم في كل الأحوال إعادة الإيداع من جديد بعد استدراك النقص أو الخلل و إكمال الوثائق الناقصة و لكن بتاريخ جديد.

و في الأخير فإن المادة 109 من المرسوم 63/76 جاءت بحالة خاصة للرفض قد تحدث عمليا، و هي الحالة التي لا يكتشف فيها المحافظ العقاري الخلل المنسوب إلى الأطراف إلا بعد إتمام الشهر، إذ يمكن للمحافظ العقاري في هذه الحالة أن يعلم الموقع على شهادة الهوية بذلك و يدعوه إلى تصحيح الخطأ أو الخلل مع التنبيه بأنه في حالة عدم استجابته لذلك فإنه لا يتم تنفيذ أي إجراء شهر لاحق فيما يخص الحق المكتسب بالمحرر المشهر الذي اكتشف به العيب و المشار إليه في الوثيقة الخاطئة¹ . وفي هذه الحالة لا يكون المحافظ العقاري مقيدا بأجل قانوني من أجل إجراء هذا التبليغ لأن نص المادة 109 لم يرد به ذكر أي مدة أو أجل أقصى للقيام بهذا الإجراء. و فور تلقيه هذا التبليغ على الموقع على شهادة الهوية أن يسعى إلى تصحيح الأخطاء عن طريق إيداع وثيقة جديدة خالية من الأخطاء و معدة ضمن الأشكال القانونية المطلوبة من أجل تعديل الوثيقة المشهورة المشوبة بالخطأ، و في كل الأحوال على المحافظ العقاري أن يؤشر بالأخطاء و تعديلاتها على البطاقة العقارية و على الدفتر العقاري .

¹ خلافا لما يمكن أن يفهمه البعض من هذا النص، فإن هذه الحالة لا تعطي للمحافظ العقاري سلطة إلغاء إشهار الوثيقة المشهورة التي اكتشف فيما بعد أنها مشوبة بخطأ وإنما كل ما يملك اتخاذه بشأن هذه الحالة هو رفض إجراء أي إشهار لأي تصرف أو عقد أو حكم ينصب على الحق المشهر بالوثيقة أو المحرر المشوب بالخطأ ما لم يتم تصحيح هذا الخطأ ، غير أنه و استثناء من هذا فإن الفقرة الثالثة من المادة 109 استدركت و نصت على أن مثل هذا الخطأ الذي يكتشفه المحافظ العقاري لا يجب أن يعوق إشهار العقود و المحررات و القرارات القضائية التي تتم أو تنعقد أو ينطق بها بدون تدخل صاحب الحق أو ضده و ذلك لأن هذا الأخير سيستفيد من رفض المحافظ إجراء الإشهار. و منعا لهذه الاستفادة تدخل المشرع حتى يمنع صاحب الحق المشهر المشوب بالخطأ من الاستفادة من خطئه .

أما فيما يتعلق بنطاق الرفض فقد فصلت المادة 106 من المرسوم 63/76 أحكامه و قسمته إلى رفض كلي و آخر جزئي . إذ أن الأصل هو أن الرفض سواء أكان رفضاً للإيداع أم رفضاً للإجراء يكون كلياً و يتعلق بكامل الإجراء أو المحرر أو التصرف المطلوب شهره حتى و لو كان الخلل أو السهو أو عدم الصحة أو عدم المطابقة الذي برر به المحافظ قرار الرفض لا يتعلق إلا ببعض البيانات الجزئية أو بعض العقارات المشمولة بالتصرف أو الحكم أو المحرر المقدم للشهر عموماً ، إذ لا يجزأ الرفض في هذه الحالة .

غير أنه و خروجاً عن هذه القاعدة العامة فإن المادة 106 قررت ثلاثة إستثناءات يمكن فيه تجزئة الرفض ، بحيث لا يتعلق إلا بالجزء من الإجراء الذي يكون معيباً مع بقاء الأجزاء الأخرى صحيحة و غير مشمولة بقرار الرفض ، و تتمثل هذه الإستثناءات فيما يلي :

أ- حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بحيث إذا تعلق قرار نزع الملكية بعدة عقارات مختلفة أو بعدة مالكيين على الشيوع ، فإن قرار رفض الإيداع أو رفض الإجراء يمكن أن ينصب على عقار أو عدة عقارات دون الباقي أو على مالك دون بقية الملاك .

ب- حالة البيع بالمزاد في حالة تقسيم المبيع إلى حصص des lots أو تضمين عدة بيوع في عقد واحد ، إذ يمكن في هذه الحالة أن يتعلق الرفض بجزء من إجراء البيع متعلق بحصة دون بقية الحصص أو ببيع دون بقية البيوع .

ج- حالة قيد رهون أو امتيازات تتعلق بعدة عقارات بمحرر واحد أو حالة حجز عقاري بنفس الأمر لعدة عقارات ، إذ في هذه الحالة أيضاً يجوز تجزئة قرار رفض الإيداع أو رفض الإجراء بحيث لا يشمل إلا الجزء من الإجراء المعيب بسبب عدم تعيين أو خطأ أو خلل يتعلق بأحد العقارات دون الباقي .

هذا و يثور في الأخير التساؤل حول الحالة التي يكتشف فيها المحافظ العقاري بعد إشهاره محرراً معيناً أنه كان من الواجب رفض تنفيذ هذا الإجراء ، و هذه الحالة

طبعا تختلف عن الحالة المنصوص عنها في المادة 109 السالف ذكرها، ذلك أن حالة المادة 109 لا تتعلق سوى بالأخطاء التي تعود للأطراف و التي يمكن تصحيحها كأخطاء الهوية أو التعيين التفصيلي، بينما التساؤل هنا يتعلق بحالة ما إذا كان التصرف أو المحرر المشهر يتضمن مخالفة قانونية جسيمة لا يمكن تصحيحها وأنه كان حري بالمحافظ العقاري أن يرفض إشهاره و لكن سهى عن ذلك أو تعذر عليه كشف المخالفة في حينها¹.

3- الطعن في قرارات المحافظ العقاري

إن قرارات المحافظ العقاري سواء أكانت برفض الإيداع أو برفض الإجراء تكون قابلة للطعن فيها أمام القضاء وفق ما جاءت به المادة 24 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري إذ تنص "تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا". و القضاء المختص نوعيا بهذه الطعون هو القضاء الإداري عملا بمفهوم المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية القديم و المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد². إذ لاشك في الصبغة الإدارية التي تميز عمل المحافظ العقاري، و هذا طبعا خلافا للدعاوى الرامية إلى نقض أو إبطال الحقوق المشهورة طبقا

¹ تصديا لمثل هذه الحالات التي لا يستبعد حدوثها، أصدرت المديرية العامة للأموال الوطنية التابعة لوزارة المالية مذكرة بتاريخ 1998/10/27 تحمل رقم 4318 تلزم فيها المحافظين العقاريين، بالإلغاء الفوري لإجراء الإشهار لكل محرر اكتشف أنه كان من المفروض رفض إشهاره، مع ضرورة إبلاغ المدير الولائي للحفظ العقاري بهذا الإلغاء ليقوم هذا الأخير بمراسلة الإدارة المركزية، و يتسنى له أيضا رفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة يطلب فيها إبطال إشهار المحرر لمخالفته للقوانين والتنظيمات المعمول بها مع ضرورة إشهار عريضة الدعوى التي ير فعها بالمحافظة العقارية المختصة طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76، و يمارس مدير الحفاظ العقاري هذه الدعوى ضمن الصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة 10 من المرسوم رقم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02.

² قرارات محافظ الرهون الفرنسي الخاصة برفض الإيداع لم تكن قابلة للطعن فيها أمام القضاء، حيث أن المادة 26 من مرسوم 4 جانفي 1955 لم تجز الطعن إلا ضد قرار رفض الإيداع على أساس أن رفض الإيداع قرار يصدره المحافظ بناء على ما يعاينه من أخطاء جسيمة و ظاهرة بمجرد الفحص الأولي و السطحي للمحرر المودع مما يجعل الاعتقاد قائما بأنه من المستبعد أن يأتي الطعن فيه أمام القضاء بشيء جديد²، غير أنه و بصدر القانون المؤرخ في 6 أفريل 1998 تم إلغاء هذا التمييز، و أصبح الطعن جائزا في قرار رفض الإيداع مثل جوازه في قرار رفض الإيداع². و خلافا للوضع في الجزائر، فإن القضاء العادي في فرنسا هو المختص بفحص هذه الطعون التي يلزم من له مصلحة برفعها خلال الثمانية أيام التالية للتبليغ و أن الجهة القضائية المعروض عليها القضية تتصدى لها وفق إجراءات القضاء الاستعجالي ولكن دون أن يكون قرارها معجل النفاذ مؤقتا و هو ما تنص عليه المادة 74 فقرة 5 من المرسوم المؤرخ في 14 أكتوبر 1955. من أجل تفصيل أكثر راجع :

للمادة 85 من المرسوم 63/76 و المادة 17 و المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي يختص بها نوعيا القضاء العقاري ممثلا في الأقسام العقارية بالمحاكم ، لأن النزاع في هذه الحالة لا يكون مطروحا بين المدعي و بين المحافظ العقاري ، إنما هو في الحقيقة قائم بين المدعي المتضرر من شهر الحقوق و بين المدعى عليه المستفيد من الحقوق المشهورة المطلوب إبطالها ما لم يكن أحد أطراف دعوى الإبطال أو الفسخ أو النقض إدارة أو له صبغة إدارية¹.

أما من حيث الاختصاص الإقليمي ، فإن دعاوى إلغاء قرارات المحافظ العقاري تختص بها الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي الواقع في دائرة اختصاصها المحافظة العقارية التي صدر عنها القرار المطعون فيه أو المحكمة الإدارية التي تحل محلها في المناطق التي أنشئت بها محاكم إدارية. و على رافع الدعوى ضرورة احترام أجل شهرين ليرفع خلاله دعواه و ذلك تحت طائلة عدم القبول لفوات آجال رفعها. و يبدأ حساب هذا الأجل من تاريخ وصول التبليغ الموجه من المحافظ العقاري إلى الموقع على شهادة الهوية أو إلى الشخص المعني ضمن الأشكال المنصوص عنها في المواد 107 و 108 و 110 من المرسوم 63/76².

و توجه دعوى الإلغاء هذه ضد السيد المدير الولائي للحفاظ العقاري التابع لسلطته السلمية المحافظ العقاري الذي أصدر القرار و ذلك بصفته ممثلا لوزير المالية

¹ خلافا لهذا فإن بعض المحاكم و الغرف العقارية بالمجالس دأبت على التصريح بعدم الاختصاص النوعي في تصديها لدعاوى نقض و إبطال الحقوق التي سبق شؤها خاصة إذا كانت هذه الحقوق قد صدر بشأنها دفتر عقاري و ذلك في المناطق التي خضعت للمسح مبررة قضاءها هذا بأن الدعوى مرفوعة ضد المحافظ العقاري و أن هذا الأخير يمثل جهة ذات صبغة إدارية فضلا عن اعتبار بعض المحاكم للدفتر العقاري بمثابة القرار الإداري الصادر عن المحافظ العقاري و كل ذلك تحت تأثير ما ذهب إليه مجلس الدولة في قرار له صرح فيه باختصاص القضاء الإداري بتمثل هذه الدعوى لا سيما قراره ، لكن هذا القضاء سيبقى متعارضا مع ما تصرح به النصوص القانونية لا سيما تلك التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد خاصة منها المادة 515 التي ذكرت الدعوى الرامية إلى إلغاء أو الطعن في الحقوق المشهورة عندما حددت مجال اختصاص الأقسام العقارية بالمحاكم.

² نظرا لكون هذه المنازعة تتميز بالطابع الإداري فإنه على رافع الدعوى أن يسعى إلى إثبات عيب من العيوب المعروفة في القانون الإداري و التي يمكن من خلالها للقضاء أن يستجيب لطلبه و يلغي القرار المطعون فيه ، كأن يثبت أن قرار المحافظ العقاري مخالف لنص قانوني أو مشوب بعيب عدم الاختصاص أو تجاوز السلطة أو غير ذلك من العيوب التي تعرض القرارات الإدارية عموما للإلغاء.

على المستوى المحلي و هذا عملا بالقرار المؤرخ في 1999/02/20¹ الذي بموجبه تم تعديل القرار المؤرخ في 1992/11/02² الذي كان يعطي صفة التمثيل في هذه الدعاوى لمدراء أملاك الدولة على مستوى الولايات بعدما كان نص المادة 111 من المرسوم 63/76 يمنح صفة تمثيل الدولة في هذه الدعاوى إلى السيد والي الولاية بنصها " تمثل الدولة محليا في العدالة من قبل الوالي يساعده في ذلك رئيس مصلحة بالولاية مكلف بشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية..".

أما في حالة الطعن أمام مجلس الدولة ضد القرارات القضائية التي تصدرها الغرف الإدارية أو المحاكم الإدارية عقب تصديها للطعون المرفوعة ضد قرارات المحافظين العقاريين فإن صفة التمثيل فيها تنتقل من المدراء الولائيين للحفظ العقاري إلى المدير العام على المستوى المركزي، إذ يتابع شخصا المنازعات المتعلقة بأملاك الدولة والحفظ العقاري المطروحة أمام المحكمة العليا و مجلس الدولة³.

و في تصديها للطعون المرفوعة ضد قرارات المحافظ العقاري فإن جهات القضاء المختصة تصدر أحد قراراتين ، فإما أن تقتنع بتأسيس الطعن و تقرر عندئذ إلغاء قرار المحافظ العقاري و في هذه الحالة على هذا الأخير أن يباشر بإتمام الإجراءات التالية بحيث إذا كان الطعن مرفوعا ضد قراره برفض الإيداع فإنه يلزم بالشروع في فحص المحرر المودع و التأكد من توافره على الشروط القانونية من أجل إشهاره، أما إذا كان الطعن منصبا على قراره برفض إجراء الإشهار فإن القرار القاضي بإلغاء قراره ذلك يعني إلزامه بشهر المحرر و التأشير به على مجموعة البطاقات العقارية و على دفتر العقاري ، و عندها يأخذ بالإجراء تاريخه و رتبته من تاريخ الإيداع الأول . أما القرار الثاني الذي يمكن للجهة القضائية المختصة اتخاذه هو قرار برفض الطعن ، و هو يعد بمثابة تأكيد على سلامة قرار المحافظ العقاري و بذلك

¹ أنظر القرار المؤرخ في 1999/02/20 الذي يمنح صفة التمثيل لأعوان إدارة أملاك الدولة لينوبوا عن السيد وزير المالية في الدعاوى الرامية إلى إلغاء قرارات المحافظ العقاري المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 1999/03/26 العدد 20.

² أنظر القرار المؤرخ في 1992/11/02 الذي يمنح صفة التمثيل لأعوان إدارة أملاك الدولة في الدعاوى الرامية إلى إلغاء قرارات المحافظ العقاري .

³ رمول خالد (المرجع السابق) ص 141

يستمر قراره ساريا ، سواء أعلق برفض الإيداع أم رفض الإجراء . و على المحافظ العقاري في هذه الحالة أن يؤشر بمنطوق القرار القضائي على جميع الوثائق المودعة¹.

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن بالنسبة للقانون الجزائري أن إخضاع الطعن المرفوع ضد قرارات المحافظ العقاري إلى القضاء الإداري، يؤدي إلى نتيجة هامة وخطيرة و هي أن القرار الذي يصدر عن الغرفة الإدارية أو المحكمة الإدارية يكون واجب التنفيذ بصرف النظر عن الاستئناف الذي يمكن رفعه أمام مجلس الدولة عملا بنص المادة 171 من قانون الإجراءات المدنية² و المادة 908 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد³. و تبدو هذه الخطورة أكثر إذا ما قرر القضاء إلغاء قرار برفض الإجراء كان المحافظ العقاري قد أصدره ، إذ أن ذلك يعني وجوب مباشرة تنفيذ إجراء الشهر فورا، ولا يجوز للمحافظ التحجج بالاستئناف الذي يمكن أن يكون قد سجله ضد قرار القضاء . أما المعارضة فقد أصبح لها أثر موقف بموجب نص المادة 955 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية خلافا لما كان عليه الوضع في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم .

و تزداد الوضعية تعقيدا في حالة ما إذا أدى الطعن بالاستئناف أو النقض الذي يرفعه المحافظ العقاري إلى إلغاء القرار القضائي بعد تنفيذه، إذ لاشك أن ذلك سيؤدي من جديد إلى إلغاء الإشهار بأثر رجعي مما يشكل خطرا على حقوق الغير الذين تعاملوا مع صاحب الحق المشهر أو الذين طلبوا معلومات من المحافظ العقاري بخصوص العقار المشهر في الفترة الممتدة من يوم صدور قرار المحافظ العقاري القاضي برفض الإجراء و يوم صدور القرار القضائي الأخير . و هذا يستدعي فعلا تدخل المشرع إما في القوانين المتعلقة بالشهر العقاري و إما في النصوص المنظمة

¹ انظر رمول خالد (المرجع السابق) ص 142 و جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 213-214.
² تنص المادة 171 من قانون الإجراءات المدنية الساري قبل 24 أفريل 2009 على أن "... و لا يوقف الاستئناف و لا سريان ميعاده و لا المعارضة عند الاقتضاء تنفيذ الأحكام الصادرة في المواد الإدارية"
³ تنص المادة 908 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد الساري ابتداء من 24 أفريل 2009 على أن "... الإستئناف أمام مجلس الدولة ليس له أثر موقف "

لإجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري من أجل وضع نص يتصدى لهذه الوضعية وذلك إما بتقرير أن الاستئناف و الطعن بالنقض يكون لهما أثر موقوف في هذه الحالة و إما بفتح باب التماس وقف تنفيذ حكم المحكمة الإدارية أو قرار مجلس الدولة من الجهة التي أصدرت القرار القضائي الذي ألغى قرار المحافظ العقاري .

4 - مسؤولية المحافظ العقاري

خلافًا للقانون الفرنسي، حيث يكون محافظ الرهون مسؤولاً مسؤولية مدنية و شخصية عن أخطائه و أخطاء معاونيه¹ ، ففي القانون الجزائري تتحمل الدولة كل التعويضات عن الأضرار التي تصيب الغير من جراء أخطاء المحافظ العقاري . و في هذا الاتجاه نصت المادة 23 من الأمر 74/75 على أن "تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير و التي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسته مهامه و دعوى المسؤولية المحركة ضد الدولة يجب أن ترفع في أجل عام يحدد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر و إلا سقطت الدعوى . و تتقادم الدعوى بمرور 15 عاما ابتداء من ارتكاب الخطأ . و للدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير".

و يعد النص المتقدم ضماناً حقيقية للمحافظ العقاري من أجل تشجيعه على العمل دون أن يخشى يوماً يكون فيه مدعى عليه شخصياً في مواجهة أي شخص عن ضرر لحقه من جراء خطأ ارتكبه ، إذ أن دعوى المطالبة بالتعويض ترفع في كل الأحوال ضد الدولة و ليس ضد المحافظ العقاري، كما تتحمل الدولة طبقاً للنص المتقدم تعويض المتضررين من جراء تلك الأخطاء . غير أنه إذا ثبت أن الخطأ الذي ارتكبه المحافظ العقاري خطأ جسيم، فإنه يجوز للدولة بعد أن تعوض المتضررين بناء على حكم قضائي أن ترجع على المحافظ مطالبة إياه بالتعويض.

¹ راجع في هذا الشأن كل من:

Gabriel Marty & Pierre Raynaud op-cit p 493

Stéphane piedelievre op.cit p 31

Philippe Simler et Philippe Delebecque op cit p 738

Philippe Malaurie et Laurent Aynes op-cit p 248

الباب الثاني

آثار الشهر العقاري و حجيته

بعد الحديث عن معنى الشهر العقاري و أساسه القانوني و اختلاف أنظمة الشهر من بلد إلى آخر و المبادئ التي يقوم عليها كل نظام من أنظمة الشهر الحديثة ، و بعد الحديث المفصل عن خصائص و مبادئ و معالم نظام الشهر العقاري المطبق في الجزائر، فإنه و الضروري بيان ما يترتب عن شهر مختلف العقود و التصرفات و الحقوق من آثار قانونية، و من زاوية مضادة ما يترتب على تخلف أو إغفال الشهر من آثاره قانونية أيضا .

لاشك أن أهم ما يتبادر إلى الأذهان أن أهم أثر يترتب على الشهر هو ما يكتسبه التصرف أو الحق المشهر من حجبة بين أطرافه و في مواجهة الغير، وقد انصبت الغالبية العظمى من الدراسات الخاصة بالشهر العقاري على بحث هذا الأثر و بينت إلى أي حد تتأثر حجبة الحقوق العينية و التصرفات العقارية بالشهر أو القيد في السجل العقاري . لكن ما أثار انتباه البعض القليل من المختصين بالموضوع، هو ما يتردد لدى العامة من اعتقاد خاطئ مفاده أن عدم شهر عقد معين يشترط القانون إشهاره، يؤدي إلى بطلان هذا العقد و اعتباره كأن لم يكن لا اعتقادهم بأن الشهر ركن في العقد، أو ما يتردد لدى آخرين من أن تخلف أو إغفال إشهار عقد رسمي يحوله إلى مجرد عقد عرفي لا اعتقاد هؤلاء بأن الشهر جزء من الرسمية كركن في البعض من تلك التصرفات .

و هنا يثور التساؤل حول أثر الشهر، إذ و طالما أنه ليس ركنا و لا هو جزء من الرسمية، و أن تخلفه لا يبطل العقود و لا يزيل عنها الصبغة الرسمية التي أفرغت فيها، فما الذي يترتب عن الشهر و ما الذي يترتب عن إغفال الشهر، خاصة و أن بعض التشريعات تتضمن نصوصا قانونية صريحة مفادها أن مجرد شهر التصرف يجعله في منجى من طلب بطلانه حتى و إن كان باطلا عملا بما تسميه هذه التشريعات بالأثر المطهر للشهر. و إذا كان الشهر في هذه التشريعات يصحح أو يطهر التصرفات الباطلة و المعيبة ، فهل الصورة العكسية أيضا صحيحة ، بمعنى هل يؤدي تخلف إشهار التصرفات الصحيحة إلى بطلانها .

هذا ما سأحاول البحث فيه من خلال هذا الباب الذي رأيت أنه يقتضي من الناحية المنهجية تقسيمه إلى فصلين اثنين ، أخصص الأول لدراسة آثار الشهر في حين أخصص الفصل الثاني لبيان مدى حجية الشهر و جزاء تخلفه.

الفصل الأول

آثار الشهر

لشهر العقاري آثار هامة تختلف باختلاف نظام الشهر المطبق ، غير أن بعض التشريعات ، و إن كانت تنهج نظاما معيناً للشهر إلا أنها تضمن النصوص القانونية أحيانا أحكاما تتعلق بما يرتبه الشهر من آثار مستوحاة من نظام شهر آخر غير ذلك النظام المطبق ، و في تشريعات أخرى يستغنى عن بعض الأحكام المتعلقة بآثار الشهر و تستبدل بأحكام أخرى لغاية معينة ترمي تلك التشريعات لتحقيقها ، فمثلا من الدول التي تطبق نظام الشهر العيني من تغاضت عن الأثر المطهر للشهر بالرغم أن هذا الأثر يشكل سمة مميزة لهذا النظام ، كما فعل المشرع الجزائري و المصري .

و لعل أهم أثرين يترتبان عن الشهر هما الأثر المنشئ و الأثر المطهر للشهر إذ يشكلان معا نقطتي التميز و الاختلاف التي تميز مختلف أنظمة الشهر في العصر الحديث ، أما بقية الآثار التي تحدث عنها بعض الفقهاء فهي أقرب إلى الخصائص منها إلى الآثار مثل تأمين المالك الحقيقي من خطر التقادم في نظام الشهر العيني و إرساء الثقة و الإنتمان العقاري بالنسبة للنظاميين الشخصي و العيني و تأمين انتقال الملكية العقارية و غيرها من الحقوق العينية و غير ذلك من الخصائص التي سبق التطرق لها من قبل عند التعرض لخصائص نظامي الشهر الحديثين .

و على هذا فقد رأيت مثل بعض الفقهاء أن أهم ما يرتبه الشهر من آثار هي ما ينشئه من حقوق لم تكن لتنشأ بدونه ، أو ما يعبر عنه بالأثر المنشئ للشهر فضلا عن ذلك الأثر الهام المعروف في نظام الشهر العيني و المتمثل في الأثر المطهر للشهر ، علاوة على أثر ثالث معروف في كل من نظام الشهر العيني و نظام الشهر الشخصي و لكن بتميز في الأحكام و الغاية بين النظامين و هو ما يكسبه الشهر للتصرفات و الحقوق المشهورة من حجية .

غير أنني رأيت إرجاء الحديث عن حجية الشهر إلى الفصل الأخير من الرسالة و ذلك لتشعب موضوع حجية الشهر و ارتباطه بشكل وثيق مع موضوع جزاء تخلف الشهر الذي سأعرض إليه بالتفصيل في آخر مباحث هذه الرسالة ، ليكون موضوع هذا الفصل التطرق لأهم أثرين و أكثرهما إثارة للنقاش و الجدل ، أي الأثر المنشئ و الأثر المطهر للشهر و ذلك من خلال المبحثين المواليين .

المبحث الأول

الأثر المنشئ للشهر

المطلب الأول : المقصود بالأثر المنشئ للشهر

يعد الأثر المنشئ للشهر من بين أهم آثار الأخذ بنظام الشهر العيني و من بين ما يميز هذا النظام عن نظام الشهر الشخصي ، و قد اكتسب هذا الأثر أهميته من خلال حرص جانب كبير من الفقهاء على المناداة بالأخذ به ، و اجتهادهم في الرد على حجج من عارض الأخذ به من تشريعات و فقهاء من خلال إبراز مزايا الأخذ به و فوائده . فما معنى الأثر المنشئ للشهر و ما هي تلك المزايا التي دفعت الكثير من التشريعات إلى الأخذ به ؟

الفرع الأول : معنى الأثر المنشئ للشهر

إن للقيّد أو الشهر في السجل العيني أثر منشئ للحقوق العينية العقارية، أي أن الحقوق العينية العقارية تستمد وجودها من القيد في السجل العيني، بمعنى أنه حيث يجب الشهر في السجل العيني، فإن الحقوق العينية العقارية لا توجد بالنسبة للكافة إلا إذا تم الشهر¹. و يستوي في ذلك أن تكون الحقوق هذه حقوقاً أصلية أم تبعية، و سواء أكانت تلك الحقوق محلاً لتصرفات منشئة أو ناقلة أو مغيرة أو مزيلة أو كاشفة أو مقررّة لتلك الحقوق².

و يجب ألا يفهم هنا بأن الأثر المنشئ هو الأثر الذي يؤدي إلى إيجاد الحق و إنشائه فقط ، بمعنى تكوينه بعد أن كان غير موجود ، إنما المقصود هو إنشاء الحالة الجديدة للحق التي تستمد من نوع التصرف أو الحكم القضائي محل الشهر، ففي التصرفات المنشئة للحق يؤدي الشهر إلى إنشاء الحق و إيجاده أما التصرفات الناقلة فشهرها يؤدي إلى نقل الحق و التصرفات المزيلة للحق شهرها يؤدي إلى إزالة الحق و هكذا بالنسبة للتصرفات المغيرة و التصرفات الكاشفة للحق. و بسبب هذا اللبس الذي مرده تسمية الأثر المنشئ ، فإن البعض يعبر عن هذا الأثر بمبدأ الأثر المنشئ و المقرر للقيّد³.

و على هذا فإن المقصود بالأثر المنشئ للشهر هو أن الحقوق العينية العقارية لا يمكن أن تنشأ لصاحبها و لا يعتد بانقضائها إلا إذا تضمن السجل العقاري بيانات تشير إلى ذلك من خلال ما يتضمنه من تصرف منشئ أو منهي لتلك الحقوق . و قد نشأ هذا المبدأ في سويسرا الألمانية ، في حين أن سويسرا الرومانية لم يكن في قوانينها أي إشارة للأثر الإنشائي للشهر كقاعدة عامة⁴.

¹ راجع د/إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 438

² راجع د/ حسن عبد الباسط جميعي (المرجع السابق) ص 98

³ محمد حلمي خليفة (حجية القيد في السجل العيني، دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية) بحث مقدم للحلقة الدراسية حول قوانين الشهر العقاري في البلاد العربية التي نظمتها جامعة الدول العربية بمعهد البحوث و الدراسات في القاهرة سنة 1972 ص 619.

⁴ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 436

و كما سبقت الإشارة إليه فإن الأثر المنشئ للشهر هو من مبادئ نظام الشهر العيني وحده ، إذ لا وجود لهذا الأثر في ظل نظام الشهر الشخصي حيث تنشأ الحقوق العينية العقارية و تزول و تتغير شأنها شأن سائر الحقوق بموجب التصرفات أو الأحكام وحدها دون حاجة إلى أي إجراء آخر، الأمر الذي يجعل الحديث عن مصادر الحقوق في النظامين مختلف. ذلك أنه إذا كانت التصرفات و الوقائع و الأحكام القضائية النهائية تشكل مصادر مختلفة للحقوق كلها في تشريعات البلدان التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي، فإن للحقوق العينية العقارية في تشريعات البلدان التي تأخذ بنظام الشهر العيني مصدر واحد و هو الشهر العقاري¹.

و على هذا فإن الشهر العقاري في ظل نظام الشهر العيني له دور ناقل للحقوق، إذ لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد إبرام أو انعقاد التصرف، إنما الأمر يحتاج إلى إتمام هذا التصرف بإجراء الشهر العقاري و إلا فإن الحق سيضل ملكا للمتصرف الذي يبقى ملزما ببذل جهده في نقل الحق بالطرق و الوسائل التي يبينها القانون ، مثلما هو الحال في التشريع الجزائري الذي يرتب على الشهر أثرين أحدهما معروف في نظام الشهر الشخصي هو حجية الحق في مواجهة الغير و بين الأطراف و الثاني هو الأثر الذي يفرد به نظام الشهر العيني المتمثل في انتقال الحق².

هذا و يوجد ارتباط وثيق بين الأثر المنشئ للشهر و مبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر³، بحيث أن المبدأ الأخير يعد نتيجة حتمية للأخذ بالأثر المنشئ للشهر فما دامت الحقوق العينية العقارية لا توجد و لا تزول أو تتغير أو تنتقل أو تتقرر إلا بالشهر عملا بالأثر المنشئ للشهر ، فإن بيانات السجل العيني التي تتضمن إنشاء أو زوالا أو انتقالا أو تغييرا أو تقريرا لأي حق من هذه الحقوق تحوز قوة مطلقة في الإثبات لا

¹ جمال بوشنافه (المرجع السابق) ص 221.

² راجع ما سيأتي تفصيله عند الحديث عن موقف المشرع الجزائري من الأثر المنشئ للشهر .

³ راجع في شأن هذا الارتباط كل من د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 440 و ما بعدها و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 436 و معوض عبد التواب (المرجع السابق) ص 128 و ما بعدها و القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 271.

يمكن نقضها إلا بادعاء التزوير فيها أو بادعاء وجود بيانات أخرى في السجل تناقضها
و هو أمر مستبعد نظرا لما يحاط ببيانات السجل من دقة و مصداقية.

فالحق العيني العقاري في ظل نظام الشهر العيني لا ينشأ إلا بالقيّد و نظام
السجل العيني لا يعرف إلا القيد أو الشهر وحده طريقا لكسب الحق العيني
العقاري، و لذلك يقول البعض أنه إذا كانت الحيازة في المنقول سند الحائز فإن القيد
في العقار سند الملكية¹. و قد تضمنت تشريعات بعض الدول نصوصا صريحة تقر بأن
الشهر أو القيد هو مصدر الحقوق العينية العقارية كالتشريع السوري و التشريع اللبناني
و التشريع المغربي، في حين أحجمت تشريعات أخرى عن الأخذ بالأثر المنشئ على
الرغم من إتباعها نظام الشهر العيني مثل التشريع التونسي . أما تشريعات الدول التي
تأخذ بنظام الشهر الشخصي فلا شك أنها لا تعترف بالأثر المنشئ للقيد.

الفرع الثاني : مزايا الأخذ بالأثر المنشئ للشهر

لقد تعرض مبدأ الأثر المنشئ للشهر إلى بعض النقد و اعترض على الأخذ به
بعض المعترضين ، و برروا نقدهم و اعتراضهم ذلك بمجموعة من الأسانيد
و المبررات و لكن سرعان ما ظهر و هن تلك المبررات أمام حجج المؤيدين للأخذ
بالأثر المنشئ للشهر.

أولا : مبررات المعارضين لمبدأ الأثر المنشئ للشهر

أبدى هؤلاء المعارضون المبررات الآتية :

1- إن الأخذ بمبدأ الأثر المنشئ للشهر عمل تحكيمي من جانب السلطة و أنه انتهاك
وتعد على مبدأ سلطان الإرادة و أنه يشكل عودة إلى النظم القديمة للعقود للشكالية
وتجاهل و تنكر لانتصارات المدنية².

¹ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 440.

² تأثرا بهذه الفكرة تهمل بعض التشريعات الأخذ بالأثر المنشئ للشهر، و تشريعات أخرى تخفف من حدة هذا الأثر و تضع له استثناءات .

2 - إن هنالك تشريعات بالرغم من أنها تأخذ بنظام السجل العيني إلا أنها لا تعترف بالأثر المنشئ للشهر مثل القانون التونسي ، فالحقوق في ظل هذه التشريعات تنشأ من التصرف أو الواقعة محل الشهر و ليس من إجراء الشهر في حد ذاته ، إذ الشهر لا يؤدي إلا إلى الاحتجاج بالحق في مواجهة الغير . و في ظل هذه التشريعات يعتبر عدم الأخذ بالأثر المنشئ للشهر وضعاً منطقياً ذلك أن الثقة العامة للشهر لا يحتاجها إلا الغير الذي يستند إلى بيانات السجل العيني ليعرف الوضعية القانونية لعقار ما يرغب في التعامل فيه ، أما الأطراف فيربطهم التصرف أو الحكم القضائي مصدر الحق و هو يلزمهم و لا يجوز لأي منهم أن يخل به¹.

3 - إن في الأخذ بالأثر المنشئ للقيود أو الشهر إنكار بأن حق التملك حق طبيعي كما أن الأخذ به يعني أن موافقة المالك غير كافية وحدها لإمكان نقل الحق أو زواله أو إنشائه أو التخلي عنه .

4 - إن المتعاقدين و أطراف العلاقات المختلفة ليسوا بحاجة إلى تقرير مبدأ الأثر المنشئ للشهر حتى يقبلوا على شهر تصرفاتهم و قيد حقوقهم ، إنما سيسارعون إلى ذلك بالرغم من عدم ارتباط انتقال الحق بضرورة الشهر ، لأن مصلحتهم في ذلك لا تحتاج إلى بيان ، فالمكتسب *l'acquéreur* يلجأ إلى الشهر خوفاً من ضياع حقه نتيجة احتمال الغش في البيع ، كما أن البائع سيسارع إلى الشهر حتى يتخلص من الأعباء التي تتصل بصفته مالكا.

5 - توجد وسائل أخرى لحمل المتعاقدين على شهر عقودهم و حمل أصحاب الحقوق على قيدها في السجل العيني مثل إلزام و اشتراط القيد المسبق كلما رفعت دعوى أو حدث قيد أو شهر لاحق لنفس الحق، و بإلزام الموظفين العموميين و غيرهم ممن يتلقون العقود أو يحررون الأحكام بأن يقدموها للشهر مع فرض عقوبات عليهم في حالة التأخير و تحميلهم مسؤولية الإخلال بالزامية الشهر.

ثانياً: حجج المنادين بالأخذ بالأثر المنشئ للشهر

تتمثل حجج المنادين بالأخذ بالأثر المنشئ للشهر فيما يلي :

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 437

1- إن أغلب التشريعات التي تطبق نظام السجل العيني تأخذ بالأثر المنشئ للشهر في مقابل عدد قليل جدا من التشريعات التي لا تأخذ بهذا الأثر¹

2- إن مبدأ الأثر المنشئ للشهر مبدأ منطقي، فكما قال "ريبير" بمناسبة نقل ملكية السفينة أن جوهر حق الملكية هو إمكان الاحتجاج المطلق بالحق ، فليس هناك نقل لحق الملكية إلا إذا كان المكتسب الجديد يمكنه أن يحتج بحقه في مواجهة الجميع². و ليس مما يتفق مع المنطق في شيء القول بأن حق الملكية يمكن أن ينتقل بين المتعاقدين بمجرد العقد في حين أنه لا ينتقل في مواجهة الغير إلا بالشهر، إذ سيكون بذلك لنفس الشيء المملوك و في نفس الوقت مالكين مختلفين حسب الأشخاص الذين يحتج في مواجهتهم بالملكية . و إذا كانت حقا القوة التي يجب أن يقاس عليها الأثر المنشئ للشهر غير مرغوبة إلا في مواجهة الغير، فهذا لأن الغير يكون في غالب الأحيان حسن النية ، في حين أن الأطراف يكونون عالمين بالوضع الحقيقي للعقار، و ليس أدل على ذلك من أنه في حالة سوء النية لا يكون في إمكان الغير أنفسهم أن يتمسكوا بالقوة المطلقة للشهر³.

3- أما فيما يتعلق بالاعتراض الخاص بطبيعة حق الملكية بأنه حق طبيعي و لا يحتاج لانتقاله إلا لموافقة المالك، فإنه لا اعتراض على كون حق الملكية حق طبيعي، و لكن ترتيب جواز انتقاله بمجرد موافقة المالك على هذه الصفة ليس نتيجة حتمية، فكثير من الحقوق الطبيعية التي تثبت للإنسان لا يمكن التعامل فيها إلا بإتباع إجراءات أو شكليات معينة ، فمثلا حق الزواج الثابت للإنسان و الذي ينعقد بالتراضي بين الزوجين لا تعترف بوجوده التشريعات إلا إذا كان موثقا و لا يستطيع الزوجان الاحتجاج على الغير بزواجهما إلا إذا تم تسجيله في سجلات خاصة بذلك. و على هذا فإن اشتراط الشهر لانتقال الملكية في العقار و الحقوق العينية الأخرى لا يمس في شيء بالصفة الطبيعية لحق الملكية⁴.

¹ هذا الانتشار فسره مؤيدو الأثر المنشئ على أن أغلب هذه التشريعات وجدت في تطبيق الأثر المنشئ المصلحة و الفائدة .

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 439

³ أنظر ما سيأتي بيانه ص 392

⁴ لهذا فقد وصف "ماسيلي" في تقرير إلى اللجنة القانونية المتفرعة من اللجنة الغير برلمانية للمساحة في فرنسا الملكية الخفية الغير مشهورة بأنها "morganatique" أي كالزواج بين أمير و امرأة من عامة الشعب و وجه التشبيه الأخير هو أن زواج الأمير بامرأة من عامة الناس في العصور القديمة دائما يكون خفيا مخافة العار و من ثم لا يعلم به أحد و لا تكون له عندئذ أي حجية في مواجهة الشعب و لا يرتب أي أثر مطلقا في مواجهتهم.

4- ردّ "ماسيلي"¹ على القائلين بأن إقرار الأثر المنشئ للشهر يعد إحياءاً للشكلية البائدة، بأنه لا يجب التعلل بأن هذا عرف إقطاعي وأنه ليس إلا تعميم بمعرفة الدولة كما تحجج معارضو الأخذ بمبدأ الأثر المنشئ، فإن هذه الحجج من الحجج الواهية لأشخاص لا يراعون المصلحة الاجتماعية والاقتصادية لحق الملكية و الذين يببالغون في النظرة الفردية و الشخصية لحق الملكية².

5- إن الأخذ بالمبدأ للشهر كفيل بإجبار الأشخاص على شهر حقوقهم و من ثم تأسيس سجل عيني دقيق و ذي مصداقية ينشر الثقة و الائتمان، و أن عدم الأخذ بالأثر المنشئ للشهر يتضمن تشجيعاً للمتعاقدين على إهمال شهر حقوقهم، الأمر الذي يؤدي إلى انتشار الملكية الخفية و اضطراب المعاملات، كما يؤدي ذلك إلى عدم التوافق بين السجل العيني و الوضعية الحقيقية للعقارات. و قد رأى البعض³ أن قوة هذه الحجة بادية إلى درجة أنهم اشترطوا الشهر حتى للاحتجاج بين المتعاقدين أنفسهم⁴.

الفرع الثالث : موقف مختلف التشريعات من المبدأ و أخذ المشرع الجزائري به

أولاً : موقف مختلف التشريعات

كما سبقت الإشارة إليه فإن الأثر المنشئ للشهر نشأ أول مرة في سويسرا الألمانية، ثم بدأ ينتقل إلى باقي التشريعات مع انتقال نظام السجل العيني و انتشاره في أغلب الدول، خاصة في ظل دفاع غالبية الفقهاء على الأخذ بالمبدأ و إبرازهم لمحاسن تطبيقه، مما أدى بالكثير من التشريعات إلى تقرير الأخذ بالأثر المنشئ و لو لم تنص على ذلك صراحة⁵.

¹ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 440.

² لقد قال " ماسيلي " هذا الكلام في سنة 1900 ، أما اليوم فإن الوظيفة الاجتماعية للملكية بعد أن أصبحت من المسلمات، فإن الأثر المنشئ للشهر يصبح مبرراً و مؤسساً أكثر و بوضوح على قواعد و أسس سليمة.

³ و من هؤلاء الفقيه بسون Besson الذي أشار إلى ذلك في مؤلفه "السجلات العينية و إصلاح الرهون" المنشور سنة 1891 و الذي كان من قبل من معارضي الأخذ بالأثر المنشئ لكنه سرعان ما عاد و صار ينادي إلى الأخذ به حتى في مواجهة الأطراف أنفسهم .

⁴ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 443

⁵ كما هو الحال في مصر، حيث يأخذ القانون المصري بالمبدأ دون أن ينص عنه صراحة، و إنما يستنتج ذلك من خلال النص المتعلق بقيمة التصرف الناقل للملكية إذا لم يسجل، إذ منذ صدور قانون سنة 1923 الخاص بالشهر العقاري أصبح الالتزام بنقل الملكية العقارية في عقد البيع العقاري لا ينفذ إلا بإجراء التسجيل.

هذا و تنص بعض التشريعات التي تطبق نظام السجل العيني صراحة على أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية كالتشريع السوري و اللبناني و التشريع المغربي¹. ففي سوريا تنص المادة 17 من القرار رقم 188 لعام 1926 المعدل و المتمم على أنه "لا يمكن وقوع خلاف في الحقوق العينية المقيدة في السجل العقاري وفقا لمنطوق محاضر التحديد و التحرير، فإن القيود المتعلقة بهذه الحقوق تعتبر وحدها مصدرا لهذه الحقوق و تكتسب قوة ثبوتية مطلقة..."². و في لبنان جاء في نص مشابه "إن الحقوق العينية المسجلة في السجل العقاري وفقا لمنطوق محاضر التحديد و التحرير لا يمكن الطعن فيها البتة، فإن القيود المتعلقة بهذه الحقوق تعتبر دون سواها المصدر لهذه الحقوق و لها القوة الثبوتية"³. أما في المغرب فقد جاء في الفصل 62⁴ من الظهير⁵ المؤرخ في 09 رمضان سنة 1331 هجرية الموافق ل 12 أوت سنة 1913 "إن رسم الملك⁶ له صفة نهائية و لا يقبل الطعن و هو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية و التكاليف العقارية على العقار وقت تحفيظه..." . و ينص الفصل 66 من نفس الظهير على أنه " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله و ابتداءا من يوم التسجيل في الرسم العقاري..." . كما ينص الفصل 67 من نفس الظهير على " إن الأفعال الإرادية و الاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف به أو تغييره أو إسقاطه لا ينتج أي أثر و لو بين الأطراف إلا من تاريخ التسجيل..."⁷ .

هذا و يرى البعض⁸ أن الشهر يعتبر مصدرا للحق العيني العقاري دون حاجة إلى أن ينص على ذلك صراحة في القوانين، ذلك أن نظام السجل العيني يقوم على مبادئ معينة يتميز بها عن نظام الشهر الشخصي منها مبدأ القيد المطلق . و القول بأن

¹ راجع د/ عبد المجيد الحكيم (المرجع السابق) ص 33

² راجع أمين سعود بركات (المرجع السابق) ص 80

³ عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 273 و يشار هنا إلى أن القرار رقم 188 لسنة 1926 المنظم للشهر العقاري في سوريا هو نفس النص الذي يسري على الإقليم اللبناني كوحدة تشريعية بين البلدين .

⁴ أي المادة.

⁵ أي القانون.

⁶ أي سند الملكية.

⁷ د/ علي حسين نجيدة (الشهر العقاري في مصر و المغرب) الطبعة الأولى سنة 1986 دار النهضة العربية ص 192 و ما يليها.

⁸ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 442

الشهر في السجل العيني هو مصدر الحق العيني يعتبر نتيجة حتمية لهذا المبدأ الذي يقضي بأن الحقوق العينية العقارية لا توجد بالنسبة للكافة إلا بقيدها في السجل العيني فضلا عن أن هذا القول هو ما يفسر عدم تأثر الحق المقيد في السجل العيني بما قد يشوب التصرف الذي أدى إلى قيد هذا الحق من عيوب طبعا لما يقضي به مبدأ قوة الثبوت المطلقة .

و في موقف مغاير تماما و متميز فإن قانون التسجيل العراقي ينص في الفقرة الثانية من المادة الثالثة منه على أنه " لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل... " ، و هذا يعني أن الشهر العقاري في القانون العراقي يعتبر ركنا في التصرفات العقارية كإجراء شكلي لا ينعقد التصرف إلا به ، و لهذا يمكن القول بأن مصدر الحق في القانون العراقي إنما هو الاتفاق مضافا إليه التسجيل في السجل العقاري¹.

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من الأثر المنشئ للشهر

على غرار القانون السوري و اللبناني و المغربي، فإن التشريع الجزائري يتضمن نصوصا صريحة تدل على الأخذ بالأثر المنشئ للشهر، حيث تنص المادة 793 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم على أنه " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

و بشكل أوضح و أكثر دلالة على تطبيق الأثر المنشئ للشهر نصت المادة 15 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري على أن "كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق

¹ عبد المجيد الحكيم (المرجع السابق) ص 33

الوفاة يسري مفعوله في يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية" . و تكملة لنطاق و مدى قاعدة الأثر المنشئ ليشمل أيضا الأطراف نصت المادة 16 من نفس الأمر 74/75 على "إن العقود الإدارية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

إن أول ما يلاحظ على المادة 15 و المادة 16 من الأمر 74/75 أنهما تشبهان كثيرا في صياغتها المادتين 66 و 67 من الظهير المغربي المؤرخ في 12 أوت 1913، و تشبهان أيضا عدة نصوص مماثلة في قوانين كثير من البلدان التي تأخذ بالأثر المنشئ للشهر. أما من حيث مدلولهما فإنهما تقرران صراحة أن المشرع الجزائري يأخذ بالأثر المنشئ للشهر ، بحيث تتضمن المادة 15 الإشارة إلى أنه لا وجود للحقوق العينية للعقارية بالنسبة للغير إلا من تاريخ الشهر، في حين تكمل المادة 16 مدلول هذا الأثر لما تقرر أنه لا أثر للعقود من حيث إنشاء أو نقل أو تقرير أو تعديل أو انقضاء الحقوق العينية العقارية بين أطرافها إلا من تاريخ الشهر.

و قد جاء النصان المتقدمان تطبيقا لنص المادة 793 من القانون المدني و في سياق ما كان المشرع يقصده لما وضعها سنة 1975 و لكن بشيء من التوسع و بشكل أكثر وضوح، حيث أن صياغة المادة 793 و إن كان المقصود منها هو تطبيق الأثر المنشئ للشهر إلا أنها جاءت ناقصة و قاصرة فقط على الانتقال، بينما توسعت المادتين 15 و 16 و ذكرتا الإنشاء و الانتقال و التغيير و الانقضاء و التقرير، فأصبحت بذلك كل التصرفات الخاضعة للشهر لا ترتب أي أثر إلا بالشهر، بل و أكثر من ذلك فإن نص المادة 15 جاء بلفظ " لا وجود له " و هو لفظ أكثر دلالة من لفظ "لا أثر له" الذي جاء في المادة 16 و الذي يفهم أيضا ضمنا من نص المادة 793 من القانون المدني .

و بجمع النصوص الثلاثة المتقدمة و قراءتها معا كوحدة واحدة، يمكن أن نخلص إلى القول بأن المشرع الجزائري جعل من الشهر المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية ، إذ لا وجود لهذه الحقوق بالنسبة للغير و لا أثر للتصرفات في إنشاءها أو نقلها أو تقريرها أو انقضائها إلا من يوم الشهر، فبدون الشهر يضل الحق على ما هو عليه في حالته السابقة للتصرف.

غير أنه لا بد من التنبيه إلى أنه لا توجد أي إشارة من خلال النصوص الثلاثة إلى أن الشهر له أثر على انعقاد أو صحة التصرف العقاري، فانعقاد و صحة هذا التصرف تظل مستقلة عن إجراءات الشهر، فالشهر ليس ركنا في العقد و لا هو جزء من الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد التصرف الوارد على العقار و تبقى الشكلية الوحيدة التي تعتبر ركنا في التشريع الجزائري هي الكتابة الرسمية بحيث بمجرد مراعاة هذا العنصر و إفراغ التصرف العقاري في الشكل الرسمي كما عرفته المادة 324 من القانون المدني¹ يعتبر التصرف منعقدا و صحيحا و منشئا لكافة الحقوق الشخصية المتمثلة في الالتزامات المتبادلة ، لكن إنشاء الحق العيني أو نقله أو انقضائه الذي كان مقصودا بالتصرف، فلا يتم إلا بطريق الشهر في المحافظة العقارية المختصة و بدون أثر رجعي، إذ تنشأ كل الحقوق الشخصية ابتداء من يوم انعقاد التصرف صحيحا و مكتملا لأركانه بينما يتأخر إنشاء الحق العيني إلى يوم إشهار التصرف في المحافظة العقارية المختصة.

هذا و يلاحظ أنه يستوي أن يكون أطراف التصرف أفرادا عاديين أو يكون من بينهم أشخاصا معنويين عامين كالدولة، فكل تصرف يكون منصبا على عقار أو حق عيني عقاري يخضع للشهر، و لا يرتب أي أثر في إنشاء الحق العيني سواء بين أطرافه أو في مواجهة الغير إلا بالشهر و هو ما تؤكد مجموعة من النصوص التي تحكم تصرفات الدولة و تعاملها في العقار مثل المادة 21 فقرة 2 من القانون رقم

¹ تنص المادة 324 من القانون المدني على أن " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه .

01/81 المتضمن قواعد التنازل عن أملاك الدولة¹ بنصها على أنه " و تحرر هذا العقد و تقيده إدارة أملاك الدولة و الشؤون العقارية للولاية طبقا للتنظيم المعمول به" و غير هذا النص كثير من النصوص تؤكد الفكرة.

المطلب الثاني : نطاق الأثر المنشئ للشهر العقاري

سبق الحديث في المطلب الأول عن المقصود بالأثر المنشئ للشهر و مدلوله و محاسن الأخذ به و عيوب تركه، و ذلك من خلال النصوص التي تدل على تطبيق المشرع الجزائري لهذا الأثر لاسيما المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75، غير أن ما تجدر الإشارة إليه و التساؤل بشأنه هو نطاق تطبيق هذا الأثر، بمعنى هل يسري الأثر المنشئ للشهر على كل مصادر الحق من وقائع و تصرفات، بحيث يرتب أثره المنشئ للحق بنفس الطريقة في العقود الإرادية و في الحيازة و الشفعة و الالتصاق و الميراث و غير ذلك من مصادر الحق، أم أن ذلك الأثر يقتصر على بعض من هذه المصادر دون الآخر.

و تزداد ضرورة التساؤل بشأن هذا الموضوع إذا علمنا أن مصادر الحقوق العينية العقارية منصوص عنها في القانون المدني، و أن القانون المدني الجزائري سابق في صدوره عن الأمر 74/75 و باقي المراسيم التي تنظم الشهر العقاري² التي ورد فيها النص على مبدأ الأثر المنشئ للشهر. و تتمثل مصادر الحقوق العينية العقارية في القانون الجزائري في العقد و الميراث و الوصية و الشفعة و الحيازة و التقادم المكسب و الالتصاق و الاستيلاء و نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

لهذا فسأتناول كل مصدر من هذه المصادر على حدة ، و ذلك من أجل بيان أثر قاعدة الأثر المنشئ للشهر على كل مصدر و لكن دون التطرق للمصدر الأخير، أي

¹ القانون 01/81 المتعلق بالتنازل عن أملاك الدولة العقارية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 1981/02/10.

² راجع جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 223

نزع الملكية للمنفعة العامة نظرا لانفراده بقواعد خاصة و تعلقه بموضوع آخر هو سلطة الدولة و الإدارة العامة و ما تتميز به هذه السلطة من اعتبار، مع الإشارة إلى أن الاستيلاء كمصدر للحق العيني العقاري المؤقت لا نكاد نسمع له ذكرا في الحياة العملية، و ذلك لأنه يقع على الأراضي التي لا مالك لها، و هذا وضع نادر في أيامنا خاصة بعد توسع رقعة المناطق الممسوحة و السير إلى اتجاه تسوية وضعية كل الأراضي .

و لما كانت المصادر السابقة الذكر تندرج ضمن نوعين أساسيين من المصادر هما التصرفات القانونية و الوقائع المادية¹ . فإنني سأبحث في نطاق تطبيق الأثر المنشئ للشهر في فرعين اثنين ، أخصص الأول للتصرفات القانونية في حين أتناول في الفرع الثاني الأثر للمنشئ للشهر في الوقائع المادية² .

الفرع الأول : الأثر المنشئ للشهر و التصرفات القانونية

التصرفات القانونية كمصدر من مصادر الحقوق العينية العقارية الأصلية تنقسم إلى نوعين ، تصرفات قانونية من جانبين و هي العقود و تصرفات قانونية من جانب واحد و هي الوصايا³ ، و يضيف إليها البعض الشفعة باعتبار أنها رخصة ترتبط بوجود تصرف بالبيع العقاري ، و لذلك سأتناول تحت هذا العنوان علاقة الأثر المنشئ للشهر بكل من العقد و الوصية و الشفعة.

¹ راجع في شأن هذا التقسيم العلمي :

الدكتور جميل الشرقاوي (الحقوق العينية الأصلية- حق الملكية) طبعة سنة 1973 و الدكتور محمد لبيب شنب (موجز في الحقوق العينية) طبعة سنة 1972 و الدكتور عبد الرزاق السنهوري (الوسيط في شرح القانون المدني) الجزء التاسع - أسباب كسب الملكية طبعة سنة 1968 و الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (حق الملكية) طبعة سنة 1967 و الدكتور محمد كامل مرسي (الحقوق العينية الأصلية- أسباب كسب الملكية) - الجزء الثالث - الإستيلاء و الالتصاق و الشفعة طبعة سنة 1949 و الجزء الرابع - الحيازة و التقادم طبعة سنة 1949 و الجزء الخامس - الميراث و تصفية التركة طبعة سنة 1951 و الجزء السادس- الوصية و تصرفات المريض مرض الموت طبعة سنة 1950.

² يختلف في القانون المصري تأثير مبدأ الأثر المنشئ للشهر من مصدر لآخر، بحيث يصل إلى حد حظر و تحريم المصدر ذاته كما هو الشأن في الحيازة و قد يكون مجرد وسيلة تؤدي إلى القيد كما هو الشأن في الوصية العقد و الشفعة، و قد لا يمس المصدر في ذاته كما هو الشأن في الميراث و قد يمس المصدر و لكن بدرجة تختلف عن مساسه بالمصادر الأخرى مثلما هو الشأن في الالتصاق .

³ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 490.

أولاً : الأثر المنشئ للشهر و العقد

يعتبر العقد مصدراً من مصادر كسب الحقوق العينية الأصلية على الشيء سواء كان هذا الشيء منقولاً أم عقاراً و ذلك طبقاً للمادة 792 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 932 من القانون المدني المصري و التي تنص على أنه " تنتقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة 164 و ذلك مع مراعاة النصوص التالية" (أي المادة 793) . و بالرجوع إلى نص المادة 165 و ليس 164 من القانون المدني¹ نقرأ النص التالي " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري" . أما المادة 793 من القانون المدني التي أشارت المادة 792 على ضرورة مراعاة الأحكام الواردة فيها ، فإنها تنص على أنه " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري" .

و بهذه الإحالة من مادة إلى أخرى انتهاءً بالإحالة الواردة في المادة 793 التي تحيل على القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري أي القوانين المتعلقة بالشهر ، فإن العقد يخضع لحكم المادة 15 و المادة 16 من الأمر 74/75 باعتبار أن هذا الأمر أي الأمر 74/75 هو القانون المرجعي و الأساسي فيما يتعلق بالمسح و الشهر العقاري، و من خلال ذلك يمكن القول بأن العقد فيما يتعلق بالعقارات و الحقوق العينية العقارية لم يعد هو مصدر الحق و منشأه كما يبدو للبعض من خلال وروده في القانون المدني تحت عنوان أسباب كسب الملكية ، إنما لاشك في أن المشرع أراد أن يقرر من كل النصوص و الإحالات السابقة أن المصدر الوحيد للحق العيني العقاري و منشأه هو الشهر العقاري .

¹ ورد خطأ في المادة 792 من القانون المدني الإستشهاد بالمادة 164 منه و الصحيح أن المقصود هو المادة 165 ، ذلك أن المادة 164 تتعرض للتنفيذ العيني للإلتزام و لا علاقة لها بموضوع انتقال الملكية و إجراءاته .

أما العقد فإنه من خلال هذه النصوص يصبح مجرد وسيلة ممهدة لاكتساب الحق ونشأته لورود الإشهار عليه أو كما يعبر عنه الدكتور إبراهيم أبو النجا في رسالته مجرد وسيلة تعطي للمتصرف إليه الحق في إجراء القيد في السجل العيني، مع الإشارة إلى أن ذلك لا يعني فقدان العقد قيمته كتصرف قانوني ينتج كل آثاره القانونية ما عدا إنشاء الحق العيني و كسبه أو انتقاله أو زواله أو تقريره ، فالعقد يظل صحيحا و موجودا حتى في غياب الشهر و لا يجوز القول ببطلانه لهذا السبب . و لذلك فإن العديد من العقود الخاضعة للشهر و التي يتخلف الموثقون أحيانا عن إشهارها كما حدث في بعض مكاتب التوثيق عندنا لا تفقد قيمتها كعقود صحيحة منتجة لآثارها ما عدا انتقال الحقوق إلى المتصرف إليه الذي يبقى له حق شخصي تجاه البائع و تجاه الموثق في إتمام إجراءات الشهر و لو بعد مرور مدة طويلة على تحرير العقد ما لم يسبقه إلى ذلك مستفيد آخر أو متلقي من نفس المتصرف بادر إلى إشهار التصرف أو الواقعة التي كانت سببا في انتقال الحق إليه .

و في سبيل التدليل على أن الشهر أو القيد هو مصدر الحق و منشأه و ليس العقد هو أنه بالشهر ينتقل الحق و يثبت حق المستفيد ثبوتا مطلقا و يصبح في منأ من الطعن فيه حتى و لو كان التصرف المشهر معيبا أو باطلا أو قابلا للإبطال¹ . و لو كان الأمر غير ذلك أي أنه لو كان التصرف هو مصدر الحق، لبقى الحق مهددا في وجوده بسبب قابلية الطعن في التصرف بالبطلان أو الإبطال .

و لكن هذا الاستنتاج الأخير إن كان يصدق و يصلح للبرهان على الأثر المنشئ للشهر في الأنظمة التي تتبع نظام الشهر العيني في شكله المطلق ، فإنه لا يصلح استعماله عندنا في الجزائر، لأنه كما سنأتي على بيانه² فإن التصرفات المشهرة تظل قابلة للطعن فيها بالبطلان أو الإبطال و أن الحقوق المشهرة يمكن فسخها أو نقضها أو تغييرها، و مع ذلك فلا شك أن الشهر هو مصدر الحق و ليس العقد و هو ما يفهم من صريح النصوص المتقدم ذكرها.

¹ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 493 و د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 127.
² راجع ما سبق ص 352 و ما يليها

ثانيا : الأثر المنشئ للشهر و الوصية و الميراث

الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع و قد ورد النص عليها في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات من المادة 184 إلى المادة 201 ، إلا أن تلك النصوص لم تحدد كيفية انتقال الملكية و الحقوق العينية العقارية بالوصية¹. أما الميراث فهو ما يستحقه الوارث من مورثه من أسباب الإرث سواء أكان المتروك مالا منقولاً أم عقاراً أم حقا من الحقوق المالية² ، و قد ورد النص على أحكامه في الكتاب الثالث من قانون الأسرة من المادة 126 إلى المادة 183 غير أنها لم تبين كيف تنتقل الملكية و الحقوق العينية العقارية بالميراث .

كما ورد النص على الوصية و الميراث في القانون المدني في الفصل المتعلق بأسباب كسب الملكية و ذلك في المادة 774 و المادة 775 غير أن النصين جاء عامين و خاليين من أي تفصيل بشأن انتقال الملكية، إذ تنص المادة 774 على أنه "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الميراث و على انتقال أموال التركة". أما المادة 775 فقد جاء فيها " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة بها".

و لهذا فإنه من أجل معرفة كيفية انتقال الحقوق بالميراث و الوصية يتعين الرجوع إلى القوانين التي تتعلق بالشهر العقاري. إذ جاء في المادة 15 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري " غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية " ، و جاء في المادة 39 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري أنه "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأموال باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشياخ و بالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة " ، أما المادة 91 من المرسوم

¹ راجع بشأن هذه المسألة د/ محمد زهدور (المرجع السابق) ص 146 و ما بعدها

² د/ بلحاج العربي (الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج 2 الميراث و الوصية) ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر 1994 ص 10 و 230

63/76 فقد جاء فيها أن "كل انتقال أو إنشاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".

و يفهم من خلال النصوص المتقدمة أن انتقال الملكية و الحقوق العينية العقارية بمناسبة الوفاة سواء عن طريق الميراث أو الوصية من المورث أو الموصي إلى الوارث أو الموصى له لا يتم إلا بعد إتباع إجراءات الشهر العقاري التي تنصب عندئذ على شهادة يحررها الموثق بطلب ممن له مصلحة تسمى الشهادة التوثيقية *attestation notariée* أو شهادة انتقال الملكية *attestation de transfert de propriété*. غير أنه يثور التساؤل بشأن أثر الشهر في هذه الحالة ، هل يعتبر هو مصدر الحق و منشأه مثلما هو الحال في العقد و غيره من صور و مصادر الحقوق، أم أن انتقال الملكية بالوفاة يشكل فعلا استثناء من قاعدة الأثر المنشئ للشهر كما فهمه البعض¹.

إن الفقرة الأخيرة من المادة 15 من المرسوم 74/75 التي تجعل لحظة انتقال الحقوق في هذه الحالة تتحدد بيوم الوفاة و ليس بتاريخ الشهر، و التي يوجد مثيل لها في كل من التشريع المصري و اللبناني و السوري، هي ما جعلت الكثير يعد الميراث و الوصية في باب الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر المنشئ للشهر، بدعوى أنه في هاتين الحالتين أي الميراث و الوصية لا يكون للشهر أثر منشئ بدليل أن الحق ينتقل أو ينشأ للورثة أو الموصى لهم من يوم الوفاة دون حاجة لشهره.

غير أنه إذا كان الحق ينشأ من يوم الوفاة فإنه يحق لنا أن نتساءل عن دور الشهر الذي أكدت عليه المادة 91 السابق ذكرها . و هنا يذكر القائلون بالاستثناء الوارد على مبدأ الأثر المنشئ أن دور الشهر في هذه الحالة هو تمكين أصحاب الحقوق

¹ راجع في هذا الشأن

- د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 495
- د/ ياسين محمد يحيى (المرجع السابق) ص 157 و 186
- د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 237
- جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 228 و ص 229.

المنتقلة بالوفاة من التصرف فيها لاحقا ، بحيث لا يمكنهم هذا التصرف ما لم يكونوا قد أشهروا سبب انتقال الحق إليهم ، لكن ما لم يجب عنه القائلون بالاستثناء هو لماذا يصير المشرع على إلزام الوارث أو الموصى له على شهر حقه بعد الوفاة خلال أجل أقصاه 6 أشهر من الوفاة و إلا كان مسئولا مدنيا إذا ما أدى عدم الإعلان أو عدم الشهر إلى الإضرار بالغير ، إضافة إلى عدم إمكان التصرف في الحق المنتقل و عدم الاحتجاج به في مواجهة الغير .

إن القول باعتبار انتقال الحقوق بالوفاة يشكل استثناء من قاعدة الأثر المنشئ للشهر يقتضي بالضرورة التسليم بأن الحق ينتقل بمجرد الوفاة دون حاجة إلى الشهر ، غير أن النصوص لا تدل على ذلك لأن المادة 15 من الأمر 74/75 و النصوص المقابلة لها في بعض التشريعات العربية لا تشير إلى ذلك ، و إنما كل ما تشير إليه المادة المذكورة هو أن انتقال الحقوق يتم من يوم الوفاة و ليس بالوفاة ، و غني عن البيان الفرق الموجود بين لفظ "من يوم الوفاة" و لفظ "بالوفاة" . و لذلك فإني أرى بأن القائلين بهذا الاستثناء قد أعطوا للنص مفهوما غير الذي يحمله ، و فضلا عن ذلك فإن كل القائلين بهذا الاستثناء لم يذكروا ما هو المبرر الداعي للاستثناء ، ذلك أن لكل قاعدة مبرر و من باب أولى فإنه لكل استثناء مبرر يؤسس عليه .

و على هذا فإني - خلافا لما يراه القائلون بالاستثناء- أرى أن الأثر المنشئ للشهر في العقارات و الحقوق العينية العقارية مبدأ عام لا يرد عليه استثناء ، وأنه حتى في انتقال الحقوق العينية العقارية بالوفاة يكون للشهر أثر منشئ ، و أنه لا وجود للحق ما لم يتم إشهار شهادة انتقال الملكية أو الشهادة التوثيقية ، و هذا ما تقضي به المادة 91 من المرسوم 63/76 المتقدم ذكرها ، غير أنه كل ما في الأمر فإن أثر الشهر في هذه الحالة يسري بأثر رجعي من يوم الوفاة مثلما هو الحال في القسمة العقارية .

و هذا الموقف لا يتعارض مطلقا مع مقتضيات المبدأ، إذ يضل للشهر الأثر المنشئ و لكن في هذه الحالة يكون سريان هذا الأثر بأثر رجعي . و مبرر ذلك مجابهة وضعية قانونية شاذة هي تلك التي تتعلق بوضعية العقار أو الحق العيني العقاري بين لحظة وفاة المورث أو الموصي و لحظة الإشهار، بحيث أنه لا بد من إعطاء الشهر الأثر الرجعي ، لأنه لو لم تعطى له هذه الخاصية فإن العقار أو الحق العيني العقاري يكون قد بقي بدون مالك في الفترة بين الوفاة و الشهر، و هذه طبعاً وضعية شاذة من الناحية القانونية لأن العقارات و الأشياء كما هو معلوم لا تكون أبداً غير مملوكة لأحد، إذ أن حق الملكية حق مؤبد و يتأكد هذا التأبيد بالانتقال¹.

و خلاصة القول أن الوصية و الميراث كسببين لانتقال الملكية و الحقوق العقارية لا يشكلان بذاتهما مصدرين للحق و منشأ له ، إنما مصدره و منشأه هو الشهر عملاً بمبدأ الأثر المنشئ للشهر و أن للشهر في هذه الحالة أثر رجعي يسري من يوم الوفاة .

ثالثاً : الأثر المنشئ للشهر و الشفعة

الشفعة طبقاً للمادة 794 من القانون المدني الجزائري رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن حالات و شروط منصوص عنها في المواد من 795 إلى 807 من القانون المدني² ، فالشفعة حسب تلك النصوص و بحسب موقعها في القانون المدني تعد سبباً من أسباب كسب الملكية ، و هي بتعبير أدق مصدر من مصادر الحقوق العينية.

و بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تتضمن إجراءات الشفعة ، فإنه حتى يتمكن الشفيع المستفيد من رخصة الشفعة من الحلول محل المشتري ، فعليه إعلان

¹ في غير هذه الحالة و حالة القسمة العقارية فإن الأثر المنشئ للشهر يسري بأثر فوري من يوم الشهر، لأنه لا مبرر لإعطائه في باقي الحالات كالعقد و الشفعة و الالتصاق و الحيازة و التقادم أثراً رجعياً.

² أنظر المادة 794 و ما بعدها من القانون المدني

رغبته لأن هذا الحل لا يتم تلقائياً بقوة القانون¹ . فإذا ما استجاب المشتري لرغبة الشفيع للحلول محله و لم يكن عقد البيع قد تم شهره ، فإنه يتم إبرام عقد الحلول بين كل من البائع و المشتري و الشفيع و إخضاعه للشهر لتنتقل ملكية العقار بموجب ذلك العقد من البائع إلى الشفيع مباشرة² .

أما إذا كان عقد البيع المبرم بين البائع و المشتري قد تم شهره و رتب آثاره كلها بما فيها انتقال الملكية إلى المشتري ، فعلى الشفيع سلك الطريق القضائي بعد توجيه رغبته في الشفعة إلى كل من البائع و المشتري في الآجال و ضمن الشروط المنصوص عنها في المادتين 799 و 801 . و يتمثل المسلك القضائي في سعي الشفيع إلى رفع دعوى الشفعة ضد كل من البائع و المشتري أمام القسم العقاري للمحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار محل البيع طبقاً للمادة 802 من القانون المدني و المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، على أن ترفع هذه الدعوى خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلان الرغبة و قبل انقضاء سنة من يوم إشهار عقد البيع .

و في تصديها للدعوى تفحص المحكمة مدى توفر شروط الشفعة المتعلقة أولاً بصفة المدعي فيما إذا كان فعلاً من أصحاب الحق في الشفعة³ ، و ثانياً بالإجراءات و المواعيد المطلوب ممارسة الشفعة و إعلان الرغبة في إطارها . فإذا ما تأكد للمحكمة جدية الدعوى و تأسيس الطلب و عدم وجود مانع من موانع الأخذ بالشفعة⁴ ، فإنها

¹ جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 226

² هذه حالة قد تحدث عملياً لكن المشرع الجزائري لم ينص عليها و لم ينظمها و إنما اكتفى بتنظيم إجراءات الشفعة في الفرض الذي تتم فيه عن طريق اللجوء إلى القضاء .

³ تثبت الشفعة حسب القانون المدني الجزائري و بالضبط المادة 795 منه إلى:

- مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .
- للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي .
- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها .

كما تثبت الشفعة لأشخاص آخرين ورد ذكرهم في نصوص قانونية خاصة مثل القانون 19/87 المتعلق بكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة و تحديد حقوق المنتجين و المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري .

⁴ ذكرت المادة 798 الحالات التي يمتنع فيها الأخذ بالشفعة و هي:

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني
- إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب إلى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار إلى الدرجة الثانية .
- إذا كان العقار بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة .

تصدر حكما بثبوت الشفعة لفائدة المدعي و يعد هذا الحكم سنداً للملكية طبقاً للمادة 803 من القانون المدني¹ .

هذا عن إجراءات الشفعة و الحكم الصادر فيها ، أما عن علاقة هذه الإجراءات و الحكم بموضوع الشهر العقاري ، فقد ورد ذكر الشهر العقاري في النصوص المنظمة للشفعة في ثلاثة مواضع هي المادة 801 و المادة 903 و المادة 806 . حيث نصت المادة 801 على أنه "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا و لا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً" . أما المادة 803 فقد جاء فيها "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري" ، و جاء في المادة 806 أنه "لا تكون حجة على الشفيع الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر و كل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أن يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار" .

إن ما تصرح به النصوص الثلاثة المتقدمة هو أن المشرع اشترط في الشفعة وجوب شهر كل من الإعلان في الرغبة في الشفعة الذي يوجهه الشفيع إلى المشتري و البائع و الحكم القاضي بتثبيت الشفعة بعد أن يصير نهائياً² ، و قد رتب المشرع على

¹ تنص المادة 803 من القانون المدني على أنه " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع و ذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري" .

² يشار هنا إلى أنه لا حاجة لإشهار عريضة دعوى الشفعة و ذلك حسب ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الجزائر من خلال قرار أصدرته بتاريخ 2000/04/26 و هو القرار رقم 194437 المنشور في مجلة الإجتهد القضائي للعرفة العقارية الصادرة عن المحكمة العليا - الجزء الأول سنة 2004 ص 176 و قد جاء في قرارها " حيث فعلا أن قضاة المجلس أسسوا قضاءهم برفض دعوى الطاعنة شكلاً على كون هذه الأخيرة لم تقم بشهر عريضتها لرفع الدعوى طبقاً للمادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 إلا أنه و بالرجوع إلى أحكام هذه المادة يتضح أنها تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ و إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها و الحال أن دعوى الطاعنة إنما تتعلق بدعوى الأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع و الذي باعته أختها للمطعون ضدتهما و هي الدعوى التي خصها المشرع بأحكام خاصة و حدد شروط ممارستها =

عملية الإشهار تلك آثار هامة يمكن استخلاصها من صياغة النصوص، إذ يفهم من نص المادة 803 أن الحكم بتثبيت الشفعة إذا ما صار نهائياً فإنه يعد سنداً لملكية الشفيع، لكن أثره المتمثل في نقل ملكية العقار محل الشفعة إلى الشفيع لا يترتب إلا من يوم إشهار الحكم المذكور في المحافظة العقارية عن طريق إعادة الإيداع بواسطة موثق. و لم يرد في النصوص المتقدمة أي توضيح بخصوص لحظة انتقال الملكية هل تكون من يوم شهر الحكم النهائي أم يسري ذلك بأثر رجعي من يوم إعلان الرغبة في الشفعة كما فعل المشرع المصري¹.

أما المادة 801 فقد جعلت من إشهار الإعلان بالرغبة في الشفعة شرطاً ضرورياً للاحتجاج بهذا الإعلان في مواجهة الغير، بحيث أن كل تصرف يبرمه المشتري بعد شهر إعلان الرغبة في الشفعة، و كل رهن أو اختصاص رتبه على العقار محل الشفعة بنفسه أو ترتب عليه بدون إرادته لا تكون له حجية في مواجهة الشفيع، و يعتبر بالنسبة إليه كأن لم يكن و هذا ما تقضي به المادة 806 صراحة.

و بقراءة هذا النص الأخير أي المادة 806 يمكن القول بأن إشهار الحكم القاضي بتثبيت الشفعة يأخذ أثره المنشئ من يوم إشهار الإعلان بالرغبة في الشفعة بأثر رجعي و هذا ما يستقيم و يتماشى مع مدلول النص، إذ يفهم منه أن مجرد إشهار الإعلان بالرغبة في الشفعة يجعل كل التصرفات و الرهون و الإختصاصات الواردة على العقار الذي سيكون محل حكم لاحق غير نافذة في حق الشفيع، بمعنى أنه إذا ما صدر له الحكم بتثبيت الشفعة فيما بعد فإنه يصير مالكا للعقار و لكن بأثر رجعي من

= في المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني و لا تدخل بالتالي ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 أعلاه... " و تعليق على هذا القرار يبدو أن المحكمة العليا التزمت بحرفية نص المادة 85 لكنها أهملت مدلول النص و خاصة الغاية و الهدف من شهر عريضة الدعوى. فدعوى الشفعة إنما تنصب على عقار يبيع بعقد رسمي مشهور و من ثم فإن مجرد رفعها يهدد بتغيير بيانات السجل العقاري و البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل الشفعة و من ثم فإنه من الواجب إعلام الغير بها، و مهما يكن فإن المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد جاءت بصيغة عامة يؤدي تطبيقها إلى اعتبار دعوى الشفعة من بين الدعاوى التي يتعين شهر عريضتها للسبب ذاته. من أجل تفصيل أكثر راجع ما سيأتي بيانه لاحقاً عند التعرض لجزء تخلف الشهر.

¹ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 303 و ما يليها و الدكتور ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 195 و ما بعدها.

يوم إشهار إعلان الرغبة ، و هذه حالة ثالثة تضاف إلى حالات الأثر الرجعي للشهر كسبب منشئ للحق المتمثلة في الميراث و الوصية كما سبق أن رأينا¹.

و خلاصة القول أن الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية و مصدر من مصادر الحقوق العينية للعقارية ليست بذاتها منشئة للحق ، و إنما الذي ينشئ الحق الذي تعتبر الشفعة مصدرا له إنما هو شهر الحكم القاضي بتثبيت الشفعة بعد أن يصير نهائيا و أن لهذا الشهر أثر رجعي يسري من يوم إشهار الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة.

الفرع الثاني : الأثر المنشئ للشهر و الوقائع المادية

إن الوقائع المادية كمصدر للحقوق العينية العقارية شأنها شأن التصرفات القانونية كلاهما وقائع قانونية يرتب عليها القانون آثارا قانونية ، لكنها خلافا للتصرفات القانونية تحدث أثرها بدون إرادة الإنسان و إنما مجرد حدوثها يرتب عليه القانون آثارا قانونية و ذلك بصرف النظر عما إذا كان حدوثها راجعا لإرادة الإنسان أم لفعل الطبيعة ، بينما التصرفات القانونية فقوامها الإرادة و آثارها القانونية تترتب لأن الإرادة قد اتجهت إلى ترتيبها². و تتمثل الوقائع القانونية المكسبة للحقوق في الحيازة و الالتصاق و الاستيلاء و الميراث ، و يضيف إليها بعض الفقهاء الشفعة³.

و لكن نظرا لارتباط الميراث في القانون الجزائري مع الوصية بنفس الأحكام التي تتعلق خصوصا بشهرهما عن طريق شهر الشهادة التوثيقية و عدم التفريق بينهما من حيث أحكام الشهر خلافا للمشرع المصري⁴ ، فقد تناولت أثر الشهر على انتقال الحقوق العينية العقارية بالميراث عند التطرق للوصية كتصرف قانوني حيث ألحقت

¹ راجع ما سبق ص 312

² د/ عبد المنعم فرج الصدة (المرجع السابق) ص 541

³ د/ ياسين محمد يحي (المرجع السابق) ص 163

⁴ المشرع المصري يفرق بين الوصية و الميراث من حيث طريقة انتقال الملكية و وقت انتقالها، إذ يوجد نص خاص يحكم شهر الوصية هو نص المادة 26 من قانون السجل العيني الذي يقضي صراحة بوجوب قيد الوصية و يجعل من القيد مصدرا منشأ للحق، و يوجد إلى جانب ذلك نص خاص بقيد حق الإرث هو نص المادة 30 من نفس القانون و الذي يستفاد منه انتقال الحق بمجرد الوفاة و هو النص الذي بسببه اعتبر كثير من الفقهاء أن الميراث يشكل استثناء من مبدأ الأثر المنشئ للشهر.

بأحكام شهر الوصية شهر حق الإرث تفاديا للتكرار غير المبرر¹. أما الشفعة فقد تناولتها في الفرع السابق ضمن التصرفات القانونية ، على اعتبار أن الكثير من الفقهاء لا يعتبرون الشفعة واقعة قانونية بحتة ، و إنما واقعة مركبة يغلب عليها جانب التصرف الإرادي² و إن كان سببها مادي أو طبيعي يتمثل خصوصا في حالة الشروع أو الجوار في بعض القوانين .

كما أنه حسب هؤلاء الفقهاء فإن الواقعة المادية المتمثلة خصوصا في الشروع ليست هي بذاتها التي تؤدي إلى كسب الحق المتمثل في الحق العيني العقاري، إنما الذي يؤدي إلى ذلك هو التصرف الإرادي المتمثل في التصريح بالرغبة في الشفعة من قبل الشفيع و ما يليه من إجراءات شهر هذا التصريح أو الإعلان و رفع الدعوى و إشهار الحكم الصادر بتثبيت الشفعة بعد أن يصير نهائيا. و لهذا فسوف اقتصر هنا على بيان أثر الشهر على كل من الاستيلاء و الحيازة و الالتصاق.

أولا : الأثر المنشئ للشهر و الاستيلاء

لم يرد النص على الاستيلاء في القانون المدني الجزائري إلا في مادة واحدة هي المادة 773 التي تنص على أنه "تعتبر ملكا من أملاك الدولة، جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، و كذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم". و تؤكد على نفس المعنى المادة 18 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية التي تذكر عند جرد الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة الأملاك التي تعود للدولة عن طريق الهبات و الوصايا و التركات التي لا وارث لها و الأملاك الشاغرة و الأملاك التي لا مالك لها و حطام السفن و الكنوز، و أكدت ذلك أيضا المادة 48 من نفس القانون بنصها "الأملاك الشاغرة و الأملاك التي لا صاحب لها ملك للدولة طبقا للمادة 773 من القانون المدني".

¹ راجع ما سبق ص 312 و ما بعدها

² د/ عبد المنعم فرج الصدة (المرجع السابق) ص 542 و 543

أما عن إجراءات تملك الدولة بالاستيلاء للتركات التي لا وارث لها و العقارات الشاغرة التي لا مالك لها فقد نصت عنها المادة 51 من نفس القانون أيضا و التي جاء فيها: "إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكة دون أن يترك وارثا يحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا أمام الهيئات القضائية المختصة بحكم يصرح بانعدام الوارث يصدر حسب الشروط و الأشكال السارية على الدعوى العقارية ، و يتم ذلك بعد القيام بالتحقيق من أجل التحري و البحث عن الملاك المحتملين أو الورثة . و يترتب على الحكم بعد أن يصبح نهائيا تطبيق نظام الحراسة القضائية مع مراعاة أحكام المواد 827 إلى 829 من القانون المدني . و بعد انقضاء الآجال المقررة قانونا حسب الحكم الذي يصرح انعدام الوارث يمكن القاضي أن يعلن الشغور حسب الشروط و الأشكال المقررة في القانون و التصريح بتسليم أموال التركة كلها"¹.

و إذا كان المال المراد الاستيلاء عليه عقارا، فإن الدعوى التي ترفعها الدولة تنطبق عليها شروط الدعوى العقارية ، مما يمكننا من القول بأنها تكون عريضتها واجبة الشهر في المحافظة العقارية الموجود في نطاق اختصاصها العقار عملا بالمادة 85 من المرسوم 63/76 و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و أن الحكم الصادر فيها يكون أيضا واجب الشهر حتى تتأكد حالة الشغور و انعدام الوارث ، و كذلك الحكم الأخير القاضي بتسليم التركة للدولة لا بد أن يشهر حتى تراجع بياناته المدونة على البطاقة العقارية الخاصة به خاصة إذا سبق مسحه.

و في غياب نص صريح يبين تاريخ و لحظة انتقال الملكية للدولة بالنسبة للعقارات المتروكة و الشاغرة و التي لا وارث لها ، فإنه لا يمكن وضع أي افتراض هنا لأن الأمر يتعلق بمسألة قانونية دقيقة تقتضي تدخل المشرع و تحديده بدقة لحظة انتقال الملكية للدولة ، هل تكون من تاريخ حالة الشغور أو حالة انعدام المالك أو وفاة

¹ بالرغم من عدم الإشارة في النصوص المتقدمة إلى طريقة و وقت انتقال الملكية للدولة بطريق الاستيلاء ، فإن ما يستحق الذكر في هذا الشأن أن الاستيلاء الذي تمارسه الدولة على الأموال الشاغرة و التي لا مالك لها و على التركات التي لا وارث لها ليس عملا تحكيميا، إنما يخضع للتحقيق الأولي ثم إلى رقابة القضاء، إذ أن تقرير حالة الشغور أو حالة انعدام المالك أو انعدام الوارث تتم بحكم قضائي بناء على دعوى ترفعها الدولة.

المالك الذي لا يعلم له وارث ، أم أنها تكون من لحظة صدور الحكم المثبت لحالة من تلك الحالات ، أم يتراخى و يتأخر هذا الانتقال إلى حين صدور الحكم النهائي بتسليم الأملاك للدولة ، و عندئذ فقط يمكن الحديث عن علاقة الاستيلاء بالأثر المنشئ للشهر.

ثانياً: الأثر المنشئ للشهر و الحيابة

قبل الحديث عن الأثر المنشئ للشهر و علاقته بالحيابة، يجدر الذكر أن الحيابة كواقعة مادية مقترنة بنية التملك لا تعد وحدها سببا من أسباب كسب الملكية و الحقوق العينية العقارية ، بل يلزم لاعتبارها كذلك أن تستمر هذه الحيابة مدة معينة من الزمن، و على ذلك فلا تعتبر الحيابة في ذاتها مصدرا من مصادر الحقوق العينية فهي لا تكسب الحائز الملكية أو الحقوق العينية إلا بالتقادم الطويل أو التقادم القصير متى توافرت شروطها¹، و لذلك يقترن لفظ الحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية دائماً بلفظ التقادم المكسب.

و كما سبقت الإشارة إليه² فإن نظام الشهر العيني لا يعترف بالحيابة و التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية و الحقوق العينية العقارية، إذ يؤدي ذلك الاعتداد إلى إهدار قوة الثبوت المطلقة التي يرتبها نظام السجل العيني للحقوق المقيدة في السجلات العينية ، وهو ما أدى إلى أخذ الدول التي تطبق نظام الشهر العيني بمبدأ حظر التقادم . و هو المبدأ الذي يقضي بعدم سريان التقادم المكسب في مواجهة المالك أو صاحب الحق العيني المقيد.

و قد نصت غالبية التشريعات التي تأخذ بنظام السجل العيني على مبدأ حظر التقادم صراحة ، ففي سوريا تنص المادة 923 من القانون المدني على أنه "لا يسري التقادم على الحقوق المقيدة في السجل العقاري..." ، كما نصت المادة 19 من القرار 188 على " إن مرور الزمن لا يعترض به على الحقوق المسجلة في السجل العقاري" والمقصود بمرور الزمن في المادة هو التقادم . وفي لبنان تنص المادة 255 من قانون

¹ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 452

² راجع ما سبق ص 125

الملكية العقارية الصادر سنة 1930 على أنه "لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري....". و في المغرب ينص الفصل 63 من الظهير المؤرخ في 9 رمضان 1331 هجرية على "أن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل اسمه و لا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك"¹. و في تونس تنص الفقرة الأخيرة من المادة 305 من مجلة الحقوق العينية على أنه "لا يسري مرور الزمن على الحق المرسم"². و في ليبيا تنص المادة 73 من قانون التسجيل العقاري لسنة 1965 على أنه "لا يجوز الاستناد إلى الحيابة و وضع اليد في الادعاء بملكية العقارات التي اتخذت بشأنها إجراءات تحقيق الملكية و صدرت عنها سندات مؤقتة أو قطعية..."³. و في الأردن تنص المادة 5 من القانون رقم 5 لسنة 1958 على أنه "لا تسري مدة مرور الزمن أو التقادم على أموال غير منقولة تمت التسوية فيها"⁴.

إن كل هذه التشريعات تكون بغير شك قد اقتتت أثر المشرع الألماني الرائد في تطبيق نظام السجل العيني و استمدت نصوصها تلك من المادة السادسة من القانون الألماني الصادر سنة 1872 المشار إليه سابقا و التي تنص على أنه "لا يسري التقادم في مواجهة المالك المقيد". و هذا بخلاف المشرع المصري الذي حاول أن يكرس المبدأ القائل بحظر التقادم غير أنه نص عليه بطريقة غير موفقة حسب رأي بعض الفقهاء⁵.

فقد فرّق المشرع المصري بين الحقوق المقيدة سلفا و الحقوق غير المقيدة فبالنسبة للحقوق غير المقيدة يمكن الإستناد على الحيابة و التقادم المكسب لقيدها أول مرة في الإجراء الأول ، بينما لا يجوز الاستناد على الحيابة و التقادم المكسب لكسب الحقوق المقيدة مسبقا في السجل العيني ، إذ نصت المادة 13 من قانون السجل العيني

¹ د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 100 . و المقصود بمصطلح الفصل هو المادة و مصطلح العقار المحفظ يعني العقار المشهر و مصطلح رسم الملك يقصد به سند الملكية .

² راجع د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 453

³ أمين سعود بركات (المرجع السابق) ص 227 و ص 265

⁴ د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 454

⁵ راجع د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 454

على أنه " لا تثبت الحقوق على أساس وضع اليد إلا إذا لم يكن في المحررات المشهورة ما يناقضها"، في حين نصت المادة 37 من نفس القانون على أنه "لا يجوز التمسك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل". غير أنه أورد استثناءا على هذه القاعدة في نفس النص الذي تضمن القاعدة العامة و هو المادة 37 ، إذ أجاز التمسك بالحيازة و التقادم المكسب على الحقوق المشهورة و ذلك باللجوء إلى القضاء و استصدار حكم بثبوت الملكية لوضع اليد بشرط أن ترفع الدعوى و يصدر فيها الحكم المطلوب خلال الفترة الإنتقالية المحددة بخمس سنوات من تاريخ سريان قانون السجل العيني على القسم المساحي الذي يقع بدائرتة العقار موضوع الدعوى¹ .

أما في الجزائر فإن الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري الذي يعد النص المرجعي في مادة المسح و الشهر، لم يتضمن أي إشارة لمبدأ حظر التقادم رغم أنه قانون يكرس الأخذ بنظام الشهر العيني، و كذلك المرسومين 62/76 و 63/76 المتعلقين على التوالي بالمسح العام للأراضي و بالسجل العقاري فإنهما لم يتضمنا أي إشارة صريحة لجواز أو عدم جواز كسب الحقوق العينية العقارية المشهورة بالتقادم المكسب.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة الأولى من المرسوم 352/83 المتقدم ذكره و المتعلق بشروط اكتساب الملكية بالتقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة، فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري أجاز تملك العقارات، و اكتساب الحقوق العينية العقارية فقط في المناطق التي لم يشملها المسح ، إذ جاء نص المادة المذكورة على الشكل التالي " كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المذكور أعلاه عقارا من نوع الملك حيازة مستمرة، غير منقطعة و لا متنازع عليها و علانية و ليست مشوبة بلبس طبقا

¹ عن مبررات هذا الموقف فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني أنه "... و رعاية لوضع اليد المستقر في ظل القانون القائم (أي القديم) نص المشروع على طريقة القيد في السجل لأول مرة بالنسبة لمن تملك العقار فعلا بوضع اليد قبل العمل به ، كما نص على فترة انتقال يحترم خلالها وضع يد من لم يتم مدة التقادم". من أجل تفصيل أكثر راجع د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 458 .

لأحكام الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 و المتضمن القانون المدني، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية". و على هذا فإن التمسك بالحيازة و التقادم المكسب كسبب لكسب الملكية و الحقوق العينية العقارية مشروط بعدم وجود العقار المراد كسبه في بلدية ممسوحة، لأن المسح يؤدي لا محال إلى تسجيل الأرض باسم الحائز الظاهر تسجيلا مؤقتا يتحول فيما بعد إلى ترقيم نهائي و يسلم له دفتر عقاري يقوم مقام عقد الملكية النهائي في حالة عدم وجود اعتراضات أو عدم جدوى تلك الاعتراضات.

و لهذا فإن نص المادة الأولى من المرسوم 352/83 يمكن أن يفهم على وجهين، فإما أن يكون المقصود منه هو عدم جواز الاحتجاج بالحيازة و التقادم المكسب كسبب لكسب الملكية و الحقوق العينية العقارية في المناطق الممسوحة ، لأن في تلك المناطق يكون العقار المطلوب كسبه مسجل و مشهر باسم شخص آخر و بذلك فإن الشهر يجعله في منى من التقادم المكسب . و إما أن يكون المقصود بالنص أنه لا حاجة للتمسك بالحيازة و التقادم المكسب من طرف الحائز، لأن المسح يغنيه عن ذلك طالما أنه يؤدي إلى تسجيل العقار باسمه حتى و لو لم يتم مدة الحيازة المطلوبة قانونا المتمثلة في إحدى المدتين 15 سنة أو 10 سنوات إذا اقترنت الحيازة بسند صحيح طبقا للمادة 828 من القانون المدني .

و على هذا فإن النص المتقدم يحتاج إلى مراجعة و تعديل يتجه به المشرع إلى تحديد المقصود بدقة من النص و الذي من الأرجح أن يكون قد قصد به عدم جواز تملك العقارات المشهورة بالتقادم المكسب تطبيقا لمبدأ حظر التقادم الذي يقوم عليه نظام الشهر العيني، و أن تعاد صياغة النص على الشكل الذي يفيد هذا المقصود بدون لبس كأن ينص المشرع على أنه يجوز لمن حاز عقارا غير مشهر بالسجل المحدث بالأمر 74/75 أن يصير مالكا.....".

و إذا فهمنا النص على هذا النحو فإنه بمفهوم المخالفة يمكن الاستناد إلى الحيازة والتقدم المكسب لكسب الملكية و الحقوق العينية العقارية غير المشهورة أو تلك التي تم شهرها خارج إطار تطبيق إجراءات الشهر العيني ، أي التي أشهرت بطريقة الشهر الشخصي، و في هذه الحالة فإنه لابد من إثبات هذا الانتقال و الكسب عن طريق إجراء شكلي يتمثل في إعداد عقد يسمى عقد الشهرة *acte de notoriété* و هو عبارة عن محرر رسمي و ليس عقدا بمعنى الاتفاق بين طرفين، إذ يحرره الموثق بناء على طلب الحائز الذي يستوفي الشروط و الإجراءات المنصوص عنها في القانون المدني و المرسوم 352/83 .

و لا يكون لهذا المحرر أي قيمة قانونية في إنشاء الحق المتمثل في الملكية أو الحق العيني العقاري إلا إذا تم إشهارة بالمحافظة العقارية الواقع في دائرتها العقار المكتسب¹ طبقا للمادة 9 من المرسوم 352/83 التي تنص على أنه "يودع لدى المحافظة العقارية قصد النشر عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الذي أعده الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق مصحوبا بنسخ من الوثائق المذكورة في المادة 25 أعلاه بعد تسجيله".

و هنا أيضا كان على المشرع أن يكون أكثر وضوحا و يبين بدقة هدف عملية الشهر أهو من أجل نقل الحق و ترتيب الأثر المنشئ للحق أم أنه مجرد إجراء للإعلام. إذ لا يوجد بالنص أي بيان صريح يؤكد هذا الموقف أو ذلك و لكن تماشيا مع روح النصوص و باقي النصوص المتعلقة بالشهر و أثره يمكن القول استجلاء لهذا الغموض أن الشهر يعد فعلا مصدر و منشأ الحق المكتسب بالحيازة و التقدم المكسب في الحالات التي يجوز فيها كسب الحق بالحيازة و التقدم المكسب.

أما عن الرأي الذي جاءت به المحكمة العليا في قرارها رقم 180876 المؤرخ في 1998/09/30 الذي جاء فيه : " حيث أن قضاة الاستئناف جعلهم التقدم المكسب

¹ د/ فريدة محمدي (الحيازة و التقدم المكسب) ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر ص 123

مرهونا بإجراء عقد شهرة و الحال أن القانون لا يشترط ذلك فهم بذلك أساءوا تطبيق القانون فأفقدوا قرارهم الأساس القانوني"¹ ، فإنه في رأي قضاء لا يضيفي على النصوص التشريعية إلا مزيدا من الغموض و الإبهام و يفتح الباب واسعا على كل التأويلات و القراءات المتناقضة للنصوص ، ذلك أن القول بأن الحيازة و التقادم المكسب غير مرهون بإعداد عقد شهرة يعني بالضرورة أنه غير مرهون بإجراء الشهر و أنه يكفي مجرد الحيازة و مرور المدة ، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة إثبات هذه الملكية و ربما تعارضها مع السندات المشهورة و حدوث تباين بين بيانات السجل العقاري و بين الواقع ، فضلا عن إهدار مبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر . هذا ما لم يكن قصد المحكمة العليا أن عقد الشهرة ليس الوسيلة الوحيدة لإثبات التقادم و أنه يمكن ذلك أيضا من خلال حكم قضائي يثبت ذلك .

ثالثا: الأثر المنشئ للشهر و الالتصاق

الالتصاق واقعة مادية مقتضاها اندماج شيئين متميزين مملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على الإدماج . و قد يكون الالتصاق إما بمنقول أو بعقار غير أن الذي يعنينا في هذا البحث هو الالتصاق بالعقار كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، وفي هذه الحالة فإن الالتصاق بالعقار إما أن يكون طبيعيا كالتصاق بفعل المياه و إما أن يكون صناعيا بفعل الإنسان².

وقد نظم المشرع الجزائري الالتصاق في المواد من 778 إلى 791 من القانون المدني، حيث تنص المادة 778 على أن "الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للمالكين المجاورين" ، و تنص المادة 782 على أن "كل ما على الأرض من غراس أو بناء أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض و أقامه على نفقته يكون مملوكا له.." و هما المادتان المتعلقةتان بالالتصاق بالعقار اللتان تشكلان موضوعا لبحثنا في هذا الفرع .

¹ قرار المحكمة العليا - الغرفة العقارية رقم 180876 مؤرخ في 1998/09/30 منشور في المجلة القضائية سنة 1998 عدد 02 ص 33 .

² د/ عبد الرزاق السنهوري (الوسيط - المجلد 9 أسباب كسب الملكية) ص 531.

و على هذا فإن الالتصاق الذي يحدثه طمي النهر بأن يؤدي إلى التصاق التراب الذي يجلبه مجرى النهر بالأراضي الواقعة على ضفتيه هو الحالة الوحيدة التي يكون فيها الالتصاق الطبيعي سببا لكسب الملكية العقارية ، في حين لا يؤدي طرح الأنهار أو ما ينكشف من أرض كانت جزءا من مجرى النهر إلى كسب الملكية ، و كذلك لا يصلح سببا لكسب الملكية العقارية الالتصاق الناجم عن فعل مياه البحر و المياه الراكدة كالبحيرات و البرك إلا لفائدة الدولة ، و هذا ما نصت عليه المواد 779 و 780 و 781 من القانون المدني¹.

أما الالتصاق الصناعي فهو التصاق المنشآت التي يحدثها الإنسان بالأرض و هو يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية ، إذ يملك به صاحب الأرض المنشآت التي أقيمت على أرضه ، سواء أكان هو الذي أقام تلك المنشآت بأدوات مملوكة لغيره أو كان قد أقامها شخص آخر لا يملك لا الأرض و لا الأدوات ، ففي جميع الحالات يملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق وفقا للشروط و الأحكام المنصوص عليها في المواد من 782 إلى 790 من القانون المدني.

و في الواقع فإن الالتصاق في صورتيه الطبيعية و الصناعية هو تغيير في التكوين المادي للوحدة العقارية² ، الأمر الذي يستدعي إعلام مصلحة الشهر العقاري به من أجل تحيين البطاقة العقارية الخاصة بالعقار الملتنق به أو إحداث بطاقة عقارية جديدة إن اقتضى الأمر ذلك و هذا عملا بنص المادة 25 من المرسوم 63/76 المتقدم ذكره و التي تنص على أن "كل تغيير لحدود وحدة عقارية يكون موضوع إحداث بطاقة مطابقة و ذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة ، و يؤشر على البطاقات الأصلية و الجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها" ، و كذا المادة 31 من نفس المرسوم التي تنص على أن "كل تعديل فيما تحتوي عليه قطعة يكون موضوع إعداد بطاقات خاصة مطابقة و ذلك بعد ترقيم القطع الجديدة و يؤشر على البطاقات الأصلية و الجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها".

¹ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 501
² راجع جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 233

يفهم من النصين المتقدمين أن إشهار التغيير المادي الذي يحدثه الالتصاق بنوعيه الطبيعي و الصناعي إجراء ضروري و إجباري ، و أكثر من ذلك فإنه بدون هذا الشهر في مجموعة البطاقات العقارية ، فإن الوضعية السابقة عن الالتصاق هي التي تبقى معترفًا بها لعدم وجود ما يثبت ما يخالفها على مجموع البطاقات العقارية . و على هذا فإن إشهار ما يحدثه الالتصاق من تغيير مادي في الوحدة العقارية هو الذي يجعل صاحب هذه الوحدة مالكا للأرض الملتصقة بأرضه أو المنشآت التي أقيمت عليها وبذلك يكون الشهر منشأ الحق و مصدره و ليس الالتصاق¹.

المبحث الثاني

الأثر المطهر للشهر

للشهر في نظام السجل العيني أثر هام و خطير في نفس الوقت ، إذ يتحدث الفقهاء عن أن التصرفات و الحقوق المشهورة في السجل العيني تصبح بمجرد شهرها في مأمّن من كل طعن ، بحيث لا يجوز إعادة النظر في التصرفات المشهورة و الحقوق المقيدة التي تتحول إلى حقيقة مطلقة و تكتسب قوة ثبوت غير قابلة للتشكيك² . بل و أكثر من ذلك ، فإنه و حسب المؤيدين لفكرة الأثر المطهر للشهر فإن التصرفات الباطلة و المعيبة تصير صحيحة و غير قابلة للطعن في آثارها بمجرد شهرها و ذلك تطبيقًا لهذا الأثر المطهر .

غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن التشريعات تباينت في أخذها بالمبدأ ، إذ بصرف النظر عن قوانين البلدان التي تطبق نظام الشهر الشخصي الذي لا يعترف مطلقًا بالأثر المطهر للشهر ، فإن هنالك من البلدان التي بالرغم من أخذها بنظام الشهر

¹ أنظر في هذا الشأن كل من :

د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 503

و د/ ياسين محمد يحيى (المرجع السابق) ص 194

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 78

العيني، إلا أنها لم تأخذ بالأثر المطهر للشهر رغم أنه يشكل إحدى ركائز و مميزات نظام الشهر العيني مثلما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري و القانون السويسري¹.

و على هذا فإن تشريعات الدول التي تأخذ بالأثر المطهر للشهر قد أعدت مجموعة من الوسائل للحد من خطورة تطبيق هذا الأثر كتوسيع سلطات أمور السجل العقاري في فحص السندات المقدمة للشهر من الناحيتين الشكلية و الموضوعية للحد من احتمال تمرير تصرفات باطلة أو معيبة و شهرها في غفلة من مصالح الشهر، و في حالة شهر هذه التصرفات و إفلاتها من الرقابة فإن قوانين هذه الدول تضع آليات خاصة لتعويض أصحاب الحق الحقيقيين و المتضررين من الشهر بوجه عام².

المطلب الأول : مفهوم الأثر المطهر للشهر

الفرع الأول : معنى الأثر المطهر للشهر

يقصد بالأثر المطهر للشهر ما يترتب على عملية الشهر الصحيحة من تطهير للحقوق المشهورة من كل عيب أو نقص يمكن في الظروف العادية أن يشكل سببا ومبررا لإبطالها أو نقضها أو فسخها . فهو من ناحية يطهر العقار المشهر أو المقيد في السجل العقاري من جميع الحقوق غير المقيدة أيا كان سبب عدم القيد ، ذلك أن عدم قيد أي حق من الحقوق العينية يعني خلو العقار المقيد من هذا الحق ، و هو من ناحية ثانية

¹ تنص المادة 793 من القانون المدني السويسري على أن "كل من يكتسب الملكية أو أي حق عيني بحسن نية استنادا إلى القيد في السجل العيني، فإن حقه يبقى ثابتا بشكل مطلق".

(Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier est maintenu dans son acquisition)

و تنص المادة 794 من نفس القانون على أنه " إذا تم التعاقد محل القيد بسوء نية، فإن المتضرر من التصرف يستطيع أن يدعي مباشرة ضد الغير سبب النية بعدم صحة القيد "

(Lorsqu'un droit réel a été inscrit indûment, l'inscription ne peut être invoqué par les tiers qui en ont connu ou dû connaître les vices...)

² أنظر د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 88 و ما يليها و ص 126 .

يطهر الحقوق المقيدة من كل ما قد يلحق بها من عيوب ، ذلك أن الشهر أو القيد يعطي لمن تم لصالحه حقا جديدا غير قابل للطعن فيه¹. و ترتيبا على ذلك فإن الدول التي تأخذ بالأثر المطهر للشهر تمنع بموجب نصوص قانونية الطعن في بيانات السجل العقاري و في التصرفات و الحقوق المشهورة، إذ سبق الحديث عن أن نظام الشهر العيني يتميز بخاصية عدم جواز الطعن في الحقوق المشهورة لما صار لها من قوة ثبوت مطلقة².

و يجتهد الفقهاء المؤيدون لفكرة الأثر المطهر للشهر في سوق المبررات و الأسباب الداعية إلى تبني هذا الأثر على الرغم من خطورته ، فهذا المبدأ أو الأثر يعطي للشهر أهمية ويجعل منه - حسب هؤلاء الفقهاء - وسيلة فعالة لإقرار و تدعيم الملكية العقارية و توفير الثقة و الائتمان العقاري، و ذلك بما يتوفر لبيانات السجل العقاري من حجية مطلقة و قوة إثبات لا يتسرب إليها الشك و لا تتعرض للنقض مهما كان السبب الداعي إلى ذلك³.

و يعد الأثر المطهر للشهر من أهم ابتكارات و خصائص نظام تورنس المطبق أول مرة في أستراليا ، فقد رأينا فيما سبق أن هذا النظام على خلاف نظام الشهر في ألمانيا الذي يطبق الشهر العيني أيضا يتشدد بخصوص الأثر المطهر للشهر ، إذ لا يجيز نظام تورنس الطعن بأي دعوى كانت في الحقوق الثابتة بشهادة سنديية أي المشهورة ، سواء أكان ذلك بدعوى إلغاء أو رجوع أو فسخ⁴ اللهم إلا إذا تعلق الأمر بإحدى الدعاوى الثلاث التالية :

¹ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 505.

² راجع ما سبق 119

³ راجع د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 79 و 80

⁴ ربما لهذا السبب تختلف قوانين البلدان التي تأخذ بنظام الشهر العيني بشأن الأخذ أو عدم الأخذ بالأثر المطهر للشهر، فالدول التي طبقت نظام الشهر العيني على طريقة نظام تورنس تبنت الأثر المطهر للشهر، أما قوانين البلدان التي أخذت بنظام الشهر العيني على النموذج الألماني، فإنها لم تأخذ بالأثر المطهر للشهر و ذلك لأنه في القانون الألماني يكون للقيد في السجل العيني قوة ثبوت لكن هذه القوة تتأثر بالتصرف الذي تم القيد بناء عليه ، فإذا كان هذا التصرف قابلا للإبطال أو باطلا، فإن الحق يكون ثابتا ظاهريا فقط مع إمكان شطب قيده بناء على دعوى يرفعها المتعاقد الآخر مع حفظ حقوق الغير حسن النية ، و مثل هذا الاستثناء لا يعترف به نظام تورنس الذي يعتبر الشهر سندا باتا و غير قابل للطعن فيه ، سواء من طرف المتعاقدين أو من طرف الغير حيث لا يكون للمتضرر من القيد أو الشهر إلا طريق رفع دعوى تعويض ضد من استفاد من الإشهار الخاطئ و بصفة احتياطية ضد صندوق التأمين الذي أنشأه نظام تورنس لهذا الغرض .

أ - دعوى الطعن في صحة القيد الذي تم بطريق الغش متى رفعت هذه الدعوى ضد الشخص الذي تم لصالحه القيد.

ب - دعوى تصحيح الخطأ في القيد

ج - الدعاوى المرفوعة ممن يحمل شهادة سنديّة سابقة¹.

فالمقصود إذن بالأثر المطهر للشهر هو أنه بالشهر تزول عيوب التصرفات و تقوم تلك القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس و التي مفادها أن كل ما هو مقيد أو مسجل في السجل العيني، إنما هو الحقيقة التي لا طعن فيها، حيث تنتقل الملكية و الحقوق العينية العقارية بالقيد في السجل العيني و هي خالية من كل شائبة و مطهرة من كل عيب². فالسجل العيني لا يمكن أن يحقق الغرض منه و المتمثل في الائتمان العقاري إلا إذا كانت البيانات الواردة فيه بخصوص أي عقار محل ثقة دائمة من طرف الجميع، بحيث توفر للطرف المتلقي ثقة و يقينا بأن حقه غير معرض لأي خطر حتى و لو كان القيد السابق مستندا إلى تصرف باطل أو معيب و هذا ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني، و التي لا يمكن الوصول إليها إلا بالتسليم بالأثر المطهر للشهر.

هذا و يتوسع بعض الفقهاء في تحديد نطاق الأثر المطهر للشهر، حيث يقررون أن الحماية الناشئة عن تطبيق الأثر المطهر تمتد لتشمل الحالة المادية و القانونية للعقار المقيد معا ، فلا يجوز المساس بحدوده أو مساحته ، كما لا يجوز المساس بالحقوق العينية التي له أو عليه ، إذ يضل الحق المقيد في السجل غير قابل للطعن و لا يجوز المساس به حتى و لو صدر مثلا حكم قضائي بفسخ العقد الذي يستند إليه هذا الحق نتيجة إخلال أحد الطرفين بالالتزامات الناشئة عنه ، ذلك أن دعوى الفسخ من الدعاوى التي تهدف إلى الطعن في التصرف ، و التي لا يجوز أن تؤثر على بيانات السجل العيني لتعارضها مع مبدأ قوة الثبوت المطلقة ، وبذلك فإنه يستحيل تنفيذ حكم

¹ هذا ما نصت عليه المادة 33 و المادة 123 من القانون الصادر في أستراليا سنة 1861.

² راجع د/ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 42.

الفسخ تنفيذًا عينياً ، ولا يكون لمن صدر لصالحه حكم الفسخ إلا أن يقوم بتنفيذه عن طريق التنفيذ بمقابل أي التعويض¹.

و الواقع أن مثل هذا الرأي يجعل من دعوى الفسخ التي يرفعها أحد المتعاقدين ضد المتعاقد المخل بالالتزامات الناشئة عن العقد غير مجدية و لا فائدة منها ، و بذلك يمكن القول بأن الغلو في تطبيق الأثر المطهر للشهر بهذا الشكل يفتح الباب واسعاً لتعمد أطراف العقود المشهورة الإخلال بالتزاماتهم المتبادلة و هم مطمئنون من خطر الفسخ ، و القول بأن طلب التعويض يمكن أن يحل محل الفسخ ، قول غير سديد في كل الأحوال لأن التعويض قد لا يؤدي في غالب الأحيان إلى إرضاء المتضرر و جبر الضرر الذي أصابه .

و فضلاً عن ذلك فإنه و مع التسليم بالأثر المطهر للشهر و بمنافع الأخذ به فإنه يجب عدم التوسع في تحديد نطاقه و ذلك بفتح الباب للطعن في التصرفات المشهورة بالفسخ و بتصحيح الأخطاء المادية على الأقل ، لأن دعوى الفسخ و الحكم به لا يتعارضان مع الأثر المطهر و ذلك من زاويتين ، الأولى أن الأثر المطهر يعني تطهير التصرف من العيوب التي شابته أثناء إبرامه و التي كان من الممكن أن تؤدي إلى بطلانه أو إبطاله أو نقضه ، بينما دعوى الفسخ لا تستند إلى تلك العيوب حتى يمكن القول بعدم جواز رفعها ، و إنما تستند إلى إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه بعد انعقاد العقد . و من زاوية ثانية فإن من بين الضمانات التي تخفف من خطر الأخذ بالأثر المطهر للشهر توجد تلك السلطات الواسعة التي تعطيها القوانين التي تأخذ بالأثر المطهر لمأمور السجل في فحص و مراقبة التصرفات و التدقيق في صحتها بحيث أن احتمال إشهار تصرف باطل أو قابل للإبطال أو معيب يصير احتمالاً بعيداً جداً، بينما الإخلال بالالتزام الذي يشكل سبباً لطلب الفسخ إنما هو حادث يقع بعد انعقاد التصرف و شهره و دخوله مرحلة التنفيذ و هو ما لا يمكن أن يكون مأمور السجل قد راقبه مسبقاً.

¹ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 506

الفرع الثاني : علاقة الأثر المطهر للشهر بقوة الثبوت المطلقة للشهر

سبق القول أن مبدأ قوة الثبوت المطلقة يعد من أهم مميزات نظام الشهر العيني وأحد أبرز خصائصه¹ ، و أن مفاد هذا المبدأ هو أن بيانات السجل العيني تعتبر حجة قاطعة و عنوانا للحقيقة المطلقة التي لا يتسرب إليها شك . فخلافا لنظام الشهر الشخصي ، فإن في نظام السجل العيني الذي يقوم على مبدأ قوة الثبوت المطلقة يكون للشهر قوة قاطعة و مطلقة في الإثبات ، إذ بمجرد قيد أو شهر التصرف أو الحق في السجل العقاري ، فإن الحق المشهر يصير حقا ثابتا بشكل مطلق و غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن².

و من هنا تظهر الصلة الوثيقة القائمة بين مبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر و الأثر المطهر للشهر، إذ يعتبر كل منهما متلازم مع الثاني ، حيث يستمد الأثر المطهر للشهر مدلوله و مغزاه من قوة الثبوت المطلقة ، و تستمد قوة الثبوت المطلقة للشهر أساسها و وجودها من الأثر المطهر للشهر. فالشهر يعطي للحقوق المشهرة قوة الثبوت في مواجهة الكافة إذ لا وجود للحقوق العينية العقارية إلا ما كان منها مشهرا و بشهرها لا يجوز إنكارها، و استمرار هذه الحجية و هذا الوجود على الدوام يقتضي تأمين تلك الحقوق المشهرة من احتمال الطعن فيها و نقضها و لا يتأتى ذلك إلا بالقول بالأثر المطهر للمشهر . فبدون التسليم بالأثر المطهر للشهر، تبقى قوة الثبوت المطلقة للشهر مجرد قوة مؤقتة تتأثر بالعيوب التي تشوب التصرف المشهر و سرعان ما تزول بالطعن في هذا التصرف.

و على هذا فإن التشريعات التي تأخذ بقوة الثبوت المطلقة دائما تأخذ تبعا لذلك بالأثر المطهر للشهر لارتباط المبدأين ببعض و عدم إمكان الفصل بينهما . و من أمثلة هذه التشريعات التشريع المصري ، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 37 من قانون

¹ راجع ما سبق ص 119
² راجع في هذا الشأن : د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 506 و ما يليها و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 79 و د/ ياسين محمد يحيى (المرجع السابق) ص 50

السجل العيني المتقدم ذكره على أنه " يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه"¹ .

و في ربط صريح بين أخذ المشرع المصري بمبدأ قوة الثبوت المطلقة وبين اعتماده الأثر المطهر للشهر جاء في المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني أنه "....ولا مرأ في أن النظام المقترح - أي نظام السجل العيني- يحقق مزايا عديدة فهو.... كما يطهر العقار بقيده من كافة العيوب السابقة التي تكون عاقلة بسند الملكية بمجرد القيد الأول و مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو بالفصل نهائيا فيما يرفع من طعون"².

و على خلاف ذلك ، فإن التشريعات التي لا تأخذ بمبدأ قوة الثبوت المطلقة أو تلك التي تأخذ بمبدأ قوة الثبوت النسبية لا تأخذ بالأثر المطهر للشهر. فالتشريع السوري مثلا لم يأخذ بصفة مطلقة بمبدأ القوة الثبوتية المطلقة ، إذ نصت المادة 14 من القرار رقم 188 على أنه "يعتبر التسجيل مغايرا للأصول إذا جرى بدون حق و كل من يتضرر من معاملة التسجيل يمكنه الادعاء مباشرة بعدم قانونية ذلك التسجيل على الشخص الثالث سيئ النية" . كما نصت المادة 15 من نفس القرار على أنه "لكل شخص تضرر في حقوقه بسبب قيد أو تحرير³ أو ترقيين⁴ حدث دون سبب مشروع أن يحصل على إلغاء ذلك أو تحويره، ولا يمكن إجراء أي إلغاء أو تحوير كان في قيود السجل العقاري بدون قرار قضائي إلا إذا رضي بذلك كتابة ذوو العلاقة..."⁵.

أما في الجزائر فإنه كما سبق الإشارة إليه ، فإن المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر ، إذ لم يتكلم عن المبدأ و لم يرد أي نص صريح يستفاد منه أخذ المشرع به . بل إن قراءة النصوص المتعلقة بالشهر العقاري تدل كلها بأن

¹ تعليقا على هذه الفقرة قررت المذكرة الشارحة لقانون السجل العيني المصري أنه "و أخذا بمبدأ القوة المطلقة للقيد في السجل العيني بالمادة 37 من هذا القانون على أن يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه..." .

² د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 510

³ أي تعديل

⁴ أي شطب

⁵ أمين بركات سعود (المرجع السابق) ص 258 و ما يليها

المشرع الجزائري أجاز الطعن في التصرفات و الحقوق المشهورة ، و على ذلك فإنه لم يأخذ بالأثر المطهر للشهر كنتيجة حتمية لعدم أخذه بالقوة المطلقة للشهر كما سنأتي على تفصيله لاحقاً¹.

الفرع الثالث : الأساس القانوني للأثر المطهر للشهر

سبقت الإشارة فيما تقدم إلى الفكرة الرومانية التي تقوم عليها أغلب خصائص نظام الشهر العيني ، و هي الفكرة التي تجزئ التصرف إلى تصرفين اثنين أحدهما منشئ للالتزام و الثاني ناقل للحق، إذ يتم الشهر على التصرف الثاني الذي - حسب أصحاب هذه الفكرة- يقوم مستقلاً عن التصرف الأول ، و من ثم فإنه لا تنتقل إليه عيوبه ، و بذلك فإن هذا التصرف المستقل عن التصرف المنشئ للالتزام هو الذي يحقق للحقوق المشهورة قوة ثبوت مطلقة بعد قيده في السجل العيني دون أن يتأثر بعيوب التصرف المنشئ ، و من ثم فإنه لا يبقى في يد صاحب العقار الحقيقي أو من أصابه ضرر من التصرف في هذه الحالة سوى دعوى تعويض بسيطة ، إذ لا يملك عندئذ رفع دعوى طعن في التصرف بعد الشهر. و هذا هو الأساس الذي تقوم عليه فكرة الأثر المطهر للشهر².

و من جهة ثانية فقد ثبت من خلال ما تقدم أن الشهر أو القيد في السجل العيني هو مصدر و منشأ الحق العيني و ليس التصرف في حد ذاته ، و من ثم فإن الحق العيني المقيد لا يتأثر بما لحق التصرف من عيوب ، و بذلك تعتبر الحقوق المقيدة حقيقة مؤكدة و نهائية و لا يجوز الطعن فيها . أما الحقوق غير المقيدة فلا يعتد بها و لا يجوز التمسك بها سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، و هذا هو الأساس الثاني الذي يقوم عليه الأثر المطهر للشهر³.

¹ راجع ما سبق ص 119 و ما بعدها و راجع أيضاً ما سيأتي ص 352 و ما بعدها

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 8

³ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 506

هذا و يلاحظ أن هذين الأساسين هما نفسهما اللذان يعتبرهما الفقه أساسين قانونيين لفكرة أو خاصية قوة الثبوت المطلقة التي تتمتع بها المحررات المشهورة في ظل تطبيق أحكام نظام الشهر العيني . والواقع أن ذلك راجع إلى الارتباط الوثيق الموجود بين خاصية القوة الثبوتية المطلقة و الأثر المطهر للشهر، حتى أن بعض الفقهاء ذهب إلى حد القول أن مبدأ قوة الثبوت المطلقة هو الذي يطهر الحقوق المقيدة و لا يجيز الطعن فيها ، و أن القوانين التي تأخذ بمبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر تكون قد رتبت بذلك على الشهر أثره المطهر للحقوق¹.

و قد أثار البعض مسألة شرعية الأخذ بالأثر المطهر و تعارضه مع مبادئ أخرى أساسية و مسلم بها في القانون من قبيل المبدأ المشهور الذي يقضي بأن الغش يفسد كل شيء، بحيث إذا استند الحق المقيد إلى تصرف يشوبه الغش أو التدليس فلا يمكن الطعن في الحق بالرغم من ثبوت الغش . و في اتجاه التوفيق بين الأثر المطهر للقيد و بين مبدأ الغش يفسد كل شيء يعطى في التشريعات التي تأخذ بالأثر المطهر للشهر للمتضرر من الغش أو التدليس الحق في التعويض عن طريق دعوى شخصية يرجع بها للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر² .

المطلب الثاني : آثار الأخذ بالأثر المطهر للشهر و موقف التشريعات منه

الفرع الأول : آثار الأخذ بالأثر المطهر للشهر

يترتب على الأخذ بالأثر المطهر للشهر مجموعة من الآثار العملية لخصها الفقهاء فيما يلي :

¹ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 509- 510
² تعليقا على ذلك يقول الدكتور إبراهيم أبو النجا في رسالته أنه " لا غرابة في ذلك إذ القيد يتم بعد فحص جدي و إجراءات دقيقة تهدف إلى مراعاة حقوق الغير، و من ثم يكون من الطبيعي بعد تمام هذه الإجراءات عدم جواز الطعن أو المنازعة فيما قيد من حقوق".

أولاً : كسب الحق بصفة نهائية

و معنى ذلك أنه إذا اكتسب شخص حقا عقاريا تأسيسا على تصرف أو سند مشهر، فإن هذا الشهر يعتبر دليلا على مشروعية الحق الذي اكتسبه في مواجهة الغير و يعتبر كأنه اكتسب الحق من المالك الحقيقي ، و يبقى له ما اكتسبه حتى و لو كان الاكتساب من غير مالك¹ ، و هذا هو ما أسموه "اكتساب الحق كما لو كان من المالك الأصلي" l'acquisition d'un droit comme par mode originaire².

ثانيا : تطهير التصرف المشهر من عيوبه

و المقصود بذلك أن التصرف بمجرد إشهاره في السجل العيني يصبح غير قابل للطعن فيه بسبب ما يكون قد شابه من العيوب قبل إشهاره مهما كان أثر تلك العيوب في الظروف العادية . و تعبيرا على هذا فإن الفقهاء وضعوا افتراضا مفاده أن الشهر يكون قد طهر التصرف المشهر من العيوب، و الحقيقة أن فكرة التطهير هي مجرد مجاز أو افتراض لأن القواعد العامة في القانون لا تعرف أي وضعية قانونية تؤدي إلى تطهير التصرفات من عيوبها لأن العيب يظل قائما ، غاية ما في الأمر أن المشرع يتدخل أحيانا و يعطل آثار ذلك العيب ، كأن يمنع المطالبة بإبطال العقد بعد إجازته أو إقراره، و مثل ذلك تماما أن يمنع القانون الطعن في التصرفات بعد إشهارها و ذلك تحقيقا لغاية تتمثل في إرساء الثقة و الائتمان والاستقرار العقاري.

ثالثا : عدم جواز الطعن في التصرف بعد إشهاره

تحضر التشريعات التي تأخذ بفكرة الأثر المطهر للشهر رفع الدعاوى الرامية إلى الطعن في التصرفات المشهورة، و لذلك فقد استبعد المشرع المصري في المادة 32 من قانون السجل العيني دعاوى الطعن في الحقوق المقيدة من بين الدعاوى التي يجوز التعليق بها في السجل العيني، فلم ينقل إلى هذه المادة حكم الفقرة الأولى من المادة 15

¹ راجع د/ محمود وجيه منصور (المرجع السابق) ص 457
² بسبب هذا اعترض بعض الفقهاء على الأثر المطهر للشهر بدعوى أن تطبيقه يؤدي إلى المساس بحقوق الملاك الحقيقيين و أصحاب الحقوق غير المقيدة و يهدر القاعدة التي تقضي بأنه "ليس للشخص أن ينقل لغيره أكثر مما يملك".

من قانون تنظيم الشهر العقاري، ذلك أن حكم هذه الفقرة يتعارض مع مبدأ قوة الثبوت المطلقة و من ثم مع مبدأ الأثر المطهر للشهر الذي أخذ به المشرع المصري في المادة 37 من قانون السجل العيني¹.

و المقصود بدعاوى الطعن في الحقوق المشهورة التي لا يجوز رفعها يتسع ليشمل تلك الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في وجود التصرف في حد ذاته إما بادعاء بطلانه لانعدام ركن من أركانه أو عدم مشروعية محله أو سببه أو بادعاء صوريته ، و كذلك الدعاوى التي ترمي إلى فسخ التصرف أو إلغاءه بعد وجوده كدعاوى الفسخ نتيجة الإخلال بالالتزامات أو دعاوى الرجوع في الهبة مثلا . كما يطال الحضر أيضا دعاوى الطعن في صحة التصرف كدعاوى الإبطال لنقص الأهلية أو عيب في الرضا أو دعاوى نقض القسمة الرضائية أو الودية مثلا².

هذا و قد تشدد قوانين البلدان التي تأخذ بالأثر المطهر للشهر في حضر الطعن في التصرفات ، إذ تحرص على هذا الحضر حتى و لو كان التصرف المشهر تم بسوء نية أو بنية الإضرار بصاحب الحق الحقيقي، أو حتى بالتواطؤ بين المتعاقدين لغرض الإضرار و هذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 12 ديسمبر 1935 و ما تلاه من أحكام³، إذ أكدت فيه أنه لا يعتد بسوء النية أو التواطؤ فلا يقبل من أي إنسان لم يكن عقده مسجلا أن ينازع من آل إليه ذات العقار أو الحق العيني العقاري و سجل عقده ، و أنه لا يقبل مطلقا الاحتجاج بسوء النية و التواطؤ على صاحب العقد المسجل الذي انتقلت إليه الملكية فعلا بالتسجيل⁴.

رابعا : إخضاع التصرفات للفحص الدقيق قبل شهرها

بالنظر إلى خطورة الأخذ بالأثر المطهر للشهر، فإن التشريعات التي تأخذ به تحرص على إخضاع التصرفات الخاضعة للشهر إلى رقابة و فحص دقيق لأركانها

¹ د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 512

² د/ عبد الرزاق السنهوري (الوسيط - الجزء التاسع) ص 297 و ما بعدها

³ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض المصرية - ج 1 ص 376 فقرة 193

⁴ د/ شمس الدين الوكيل (أثر الغش على الأسبقية في التسجيل) مجلة الحقوق السنة 8 (1959/1958) ص 82

الموضوعية و شروطها الشكلية قبل شهرها تجنباً لقيود الحقوق التي لا تستند إلى أساس قانوني سليم، إذ يجب التحقق من شرعيتها و سلامة الحقوق قبل قيدها و التأكد من المصدر الأصلي السابق للحقوق محل التصرف ، و ذلك كله تطبيقاً لمبدأ أساسي من مبادئ نظام الشهر العيني هو مبدأ المشروعية الذي سبقت الإشارة إليه¹.

و لذلك تحرص التشريعات التي تطبق نظام الشهر العيني على منح مأمور السجل العيني أو المحافظ سلطات واسعة في رقابته للمحركات المودعة لديه من اجل الشهر، فيكون له أن يراقب هذه المحركات و التصرفات التي تتضمنها من الناحيتين الموضوعية و الشكلية ، فله أن يفحص أهلية الأطراف و سند المتصرف السابق و مصدر حقه و كيف آل إليه و مدى صحة التصرف المطلوب شهره و قيام أركانه و شروط صحته و خلوه من عيوب الأهلية و الرضا و توفر كافة الشروط الشكلية السابقة و المتزامنة و اللاحقة لإبرام التصرف، و كذا مراقبة مراجع و بيانات و الحدود الدقيقة للعقار محل التصرف و مقارنتها بمراجع و بيانات المسح و غيرها من الشكليات التي يتطلب القانون توافرها².

خامساً : جواز تصحيح الأخطاء و مراجعة بيانات السجل العيني

بالرغم من أن الأخذ بالأثر المطهر للشهر يعني حضر الطعن في التصرفات و الحقوق المشهورة ، إلا أن ذلك لا يمنع من تصحيح الأخطاء المادية التي تشوب السندات و المحركات المشهورة مادام ذلك التصحيح لا يضر بالأشخاص حسني النية الذين اكتسبوا بطريقة مشروعة حقوقاً مقيدة³. و يمكن أن يكون الخطأ مجرد خطأ مادي في نقل البيانات الخاصة إما بالأطراف أو بالعقار محل التصرف ، كأن يقع خطأ في تحديد هوية المتعاقد بشكل صحيح أو في تحديد مساحة أو حدود العقار . كما يمكن أن يكون الخطأ ناتجاً عن تغيير طارئ على العقار أو الحق المقيد بدون أن يرجع ذلك

¹ راجع ما سبق ص 122
² مثل هذه الصلاحيات يتمتع بها قاضي الشهر العقاري في ألمانيا و مأمور السجل العيني في أستراليا و المحافظ العقاري في القانون الجزائري على الرغم من أن هذا الأخير لا يأخذ بالأثر المطهر للشهر .
³ راجع د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 485

لتقصير سابق أثناء نقل البيانات كما لو توفي صاحب حق الانتفاع دون شطب الحق من السجل العيني أو كأن ينقضي الدين المضمون بالرهن دون أن يشطب الرهن أو كأن يهمل مأمور السجل تجديد قيد الرهن أو شطبها نتيجة إغفال المستفيد تجديدها ، إلى غير ذلك من صور الخطأ الذي يؤدي إلى خلق وضعية غير متطابقة بين بيانات السجل العيني و بين الواقع .

و يجري تصحيح السجل و مراجعة بياناته الخاطئة بناء على طلب الشخص الذي لم يقيد حقه نتيجة الخطأ أو قيد حقه بطريقة خاطئة أو ألزمه القيد بعبء معين أو أضر به القيد الخاطيء أو الخطأ عموماً. و قد نص المشرع الجزائري على إمكانية تصحيح الأخطاء التي تكتشف بعد الشهر في المادة¹33 من المرسوم 63/76 و المادة²51 و المادة³109 من نفس المرسوم .

و خلاصة القول أن الأثر المطهر للشهر، لا يطال الأخطاء المادية التي تشوب بيانات السجل العيني سواء أكانت راجعة لإهمال و تقصير المحافظ العقاري و أعوانه عند نقل البيانات أم كانت راجعة للأطراف . فهذه الأخطاء تختلف عن العيوب القانونية الشكلية و الموضوعية التي قد تشوب التصرف أو المحرر المشهر، بحيث أنه بمجرد الشهر يظهر العقار أو الحق المشهر منها و يصبح في مأمن من الطعن فيه بسبب تلك العيوب ، أما الأخطاء المادية فهي عبارة عن هفوات تقنية تقع أثناء نقل البيانات على السجل العقاري و هذه يمكن تصحيحها بالطرق السابق ذكرها.

¹ تنص المادة 33 من المرسوم 63/76 على : " ...إن الأغلط التي تنسب إلى أعوان المحافظات و التي تتم معاينتها في التأشيرات على البطاقات بعد تقديم السجل العقاري.. يمكن تصحيحها إما بمبادرة المحافظ و إما بناء على طلب حائز السجل العقاري و في جميع الحالات فإن التأثيرات الأولى تبقى على حالها و التصحيحات المسجلة بتاريخها".
² تنص المادة 51 من المرسوم 63/76 على أنه " عندما يقوم المحافظ مستعملاً الحق الممنوح له في المادة 33 بالتصحيح التلقائي للتأشيرات المكتوبة في مجموعة البطاقات العقارية فإن هذا التصحيح يبلغ إلى المعنيين مع تقديم إنذار إلى حائز الدفتر بأن يقدم هذا الدفتر من أجل ضبطه و تتم هذه التبليغات و الإنذارات بناء على طلب المحافظ ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 50 ..."

³ تنص المادة 109 من المرسوم 63/76 على أنه " عندما يكتشف المحافظ في وثيقة تم إشهارها خطأ منسوبا إلى الأطراف فإنه يعلم الموقع على شهادة الهوية بهذا الخطأ و يعلمه بأنه في حالة عدم تعديله فإنه لا يتم تنفيذ أي إجراء فيما يخص الحق المشار إليه في الوثيقة الخاطئة، و تصحح الأخطاء عن طريق إيداع وثيقة جديدة معدة ضمن الأشكال القانونية و ترمي إلى تعديل الوثيقة التي تم إشهارها و المشوبة بالأخطاء، و جميع التأشيرات اللازمة تكتب على البطاقات و الدفتر العقاري قصد الإشارة إلى الأخطاء و التعديلات، و خلافاً لأحكام الفقرة الأولى، فإن وجود خطأ في وثيقة تم بعد إشهارها لا يعوق إشهار عقد محرر أو قرار قضائي نطق به بدون مساعدة صاحب الحق أو ضده".

سادسا : مسؤولية مأمور السجل عن أخطائه و معاقبة سيء النية

تتفق أغلب التشريعات التي تأخذ بالأثر المطهر للشهر على التشدد في مجال مسؤولية مأمور السجل العيني عن أخطائه و إهماله و التقصير الصادر منه و الذي بسببه يتم إشهار محررات تتضمن تصرفات معيبة أو باطلة انطلاقا من أن مثل هذه الأخطاء و مثل هذا التقصير يعتبر إخلال بمبدأ الشرعية الذي يقوم عليه نظام الشهر العيني . و في هذا الاتجاه تضمن هذه التشريعات قوانينها نصوصا صريحة تقرر مسؤولية أمين السجل العيني و كيفية الرجوع عليه بالتعويضات¹.

ففي أستراليا يترتب على هذه الأخطاء مسؤولية المسجل العام أي أمين السجل العيني ، حيث يسأل عن أخطائه المهنية ويكون للمضروور حق رفع دعوى تعويض ضده ، غير أن الدولة تحل محل الأمين أو المسجل في مسؤوليته في غير حالة الخطأ العمدي من جانبه و تقوم بدفع ما يحكم به من تعويض من صندوق التأمين le fond d'assurance الذي تجمع أمواله من فرض نسبة معينة من قيمة العقارات موضوع القيد تسدد مع رسم القيد و ذلك بشرط أن يثبت المضروور أن الضرر كان نتيجة خطأ المسجل العام أو موظفيه².

و في سوريا و لبنان فقد حددت المادة 95 من القرار رقم 188³ الأخطاء والحالات التي يسأل عنها أمين السجل العيني مسؤولية شخصية ، و لكن ما يلاحظ على أحكام هذه المادة أنها بعد أن تحدد حالات هذه المسؤولية تقضي بأن الدولة لا تلتزم بدفع ما يحكم به من تعويض للمضروور ضد الأمين إلا إذا ثبت إعسار هذا الأخير. و في المغرب فإن الظهير المؤرخ في 09 رمضان سنة 1331 هجري و المتعلق بالتحفيظ العقاري قد أشار إلى إمكان الرجوع بدعوى التعويض ضد أمين السجل العيني شخصا نتيجة الأضرار التي يتسبب فيها بأخطائه و هي الأخطاء التي

¹ راجع د/إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 524

² راجع د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 98

³ حصرت المادة 95 من القرار رقم 188 هذه الحالات فيما يلي :

- إهمال تسجيل قيد أو قيد احتياطي أو ترقيين (أي شطب) إذ طلب ذلك بصورة قانونية
- إذا أهمل تدوين قيد أو قيد احتياطي أو قيد أو ترقيين موجود في السجل على النسخة أو الخلاصة التي يعطيها موقفة عنه
- عدم قانونية أو بطلان العقود الاحتياطية و الترقيين في السجل العقاري .

حصرتها المادة 97 من الظهير المذكور¹. و جدير بالذكر أن الدولة لا تلتزم بدفع ما قد يحكم به ضد أمين السجل العيني من تعويضات إلا في حالة إعساره. و تؤدي الدولة هذه التعويضات من صندوق للتأمين أنشئ خصيصا لهذا الغرض، تتكون حصيلته المالية من اقتطاع نسبة معينة من رسوم القيد، و قد ورد النص على هذا الصندوق في المادة 100 من الظهير سالف الذكر².

أما في تونس فقد تقررّت مسؤولية الدولة عن أخطاء مأمور السجل العيني بالمادة 402 من مجلة الحقوق العينية³ و ذلك في حالة إهماله. و جدير بالذكر أن المشرع التونسي رتب على إهمال مأمور السجل العيني تضمين الشهادات المستخرجة من السجل العيني لما هو وارد بها من قيود عدم سريان هذه القيود في مواجهة حائز العقار، على أن تتحمل الدولة مسؤولية ما ينتج عن ذلك من أضرار، حيث نصت المادة 403 من مجلة الحقوق العينية على أنه "إذا أهمل مدير الملكية العقارية بالنسبة إلى عقار التنصيص بالشهادات على حق أو عدة حقوق مرسمة و كان من الواجب التنصيص عليها قانونا، فإن ذلك العقار يظل بيد الحائز الجديد محررا من تلك الحقوق و تحمل المسؤولية عن الاقتضاء على الدولة. على أن أحكام الفقرة السابقة لا يمكنها أن تنال من حق الدائنين المرتهنين في المحاسبة حسب درجاتهم ما لم يدفع المشتري الثمن أو ما لم يتم ترتيب درجات الدائنين بوجه بات"⁴.

و إضافة إلى تقرير مسؤولية المحافظ أو مأمور السجل عن أخطاءه كنتيجة لتطبيق الأثر المطهر للشهر، فإن بعض التشريعات تضيف على ذلك جزاءات تطبق

¹ تنص المادة 97 من الظهير المؤرخ في 09 رمضان 1331 هجرية على "إن المحافظ مسئول شخصيا عن الضرر الناتج : أ- عن إغفال التضمين بسجلاته لكل تسجيل أو تقييد احتياطي أو تشطيب طلب بصفة قانونية ب- عن إغفال التضمين بالشهادات و الفسخ من الكناش العقاري (أي سند ملكية) المسلمة و الموقعة من طرفه لكل تسجيل أو تقييد احتياطي أو تشطيب أو ما ضمن بالكناش العقاري. ج- عن فساد و بطلان ما ضمن بالكناش العقاري من تسجيل أو تقييد احتياطي أو تشطيب ما عدا الحالة الاستثنائية المذكورة في الفصل 73 (أي المادة 73)"

² راجع علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 102 و 103 و 104 و د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 527.
³ تنص المادة 402 من مجلة الحقوق العينية التونسية على أنه "تكون الدولة مسؤولة عن الضرر الحاصل عن إهمال التنصيص بسجلات الملكية العقارية على الترسيمات (أي القيود) المطلوبة طبق القانون و عن عدم التنصيص برسوم الملكية (أي السندات) على الترسيمات المترتبة مباشرة على الملكية أو الإنزال بالكشوف و الشهادات على ترسيم أو عدة ترسيمات موجودة إلا إذا اقتصر مدير الملكية العقارية على تنفيذ رغبة الأطراف بالضبط أو كان عدم التنصيص ناشئا عن نقص في البيانات لا يمكن أن ينسب إليه".

⁴ أنظر د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 530

على المستفيد من الشهر سيء النية ، كأن تجعل من القيد الذي تم لمصلحته يفقد حجبيته . و لكن ما ينفرد به المشرع المصري في هذا الشأن هو توقيع عقوبة جزائية على من يتحايل لسلب عقار مملوك للغير عن طريق قيد محرر ما ، حيث نصت المادة 65 من قانون السجل العيني على أن " كل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه مع علمه بذلك يعاقب بالحبس و بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يقضي بها أي قانون آخر ، و يعاقب على الشروع في هذه الجريمة بنصف العقوبة"¹.

سابعا : تعويض المالك الحقيقي

نتيجة لتقرير مسؤولية مأمور السجل العقاري عن أخطائه و الجزاء المترتب ضد المستفيد من الشهر باستعمال النية السيئة ، و نظرا لتقرير حضر الطعن في التصرفات المقيدة أو المشهرة تطبيقا لفكرة الأثر المطهر ، فإن التشريعات التي تأخذ بهذا المبدأ تحرص على تعويض المالك الحقيقي أو صاحب الحق أو المتضرر من القيد الذي تم بسوء نية أو خطأ ، بحيث تفتح له هذه التشريعات باب طلب التعويض من المتسبب في الضرر الذي لحقه ، إذ تلزمه بعض التشريعات إلى رفع الدعوى ضد الشخص المستفيد من القيد مباشرة إذا ثبت سوء نيته ، في حين تقرر تشريعات أخرى جواز رفع الدعوى مباشرة ضد مأمور السجل ، و تفضل تشريعات أخرى توجيه المتضرر أو صاحب الحق الحقيقي إلى رفع دعواه للمطالبة بالتعويض ضد الدولة أو ضد صندوق تأمين خاص ينشئ لهذا الغرض.

الفرع الثاني : موقف التشريعات من الأثر المطهر للشهر وعدم أخذ المشرع

الجزائري به

مثله مثل مبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر ، فقد تضاربت التشريعات في موقفها بشأن الأثر المطهر للشهر ، و لاشك أن لطبيعة نظام الشهر الذي تتبعه كل دولة أثر في

¹ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 522

تحديد موقفها من فكرة الأثر المطهر، إذ لاشك أن الدول التي تأخذ بنظام الشهر العيني هي الأكثر أخذاً بالفكرة و ذلك بخلاف الدول التي تطبق نظام الشهر الشخصي حيث لا يكون للشهر في هذه الدول ذلك الأثر ، إذ تفضل التصرفات المشهورة و الحقوق المقيدة قابلة للطعن فيها بكافة صور الطعن بما فيها البطلان والنقض و الإلغاء و الفسخ و التعديل .

و تجدر الإشارة هنا إلى أن إتباع دولة معينة لنظام الشهر العيني لا يعني بالضرورة أخذها بفكرة الأثر المطهر للشهر بشكل آلي على اعتبار أن هذا الأثر يعتبر من بين مبادئ و أسس هذا النظام ، إنما الأمر يحتاج إلى التفرقة حتى بين تلك التشريعات التي تشترك في تطبيق نظام الشهر العيني ، ذلك أن بعضاً من هذه التشريعات لا يأخذ بفكرة الأثر المطهر مطلقاً ، و بعضها الآخر يأخذ بها و لكن بشيء من المرونة و التساهل عن طريق إيراد استثناءات ، في حين تتشدد تشريعات أخرى و تأخذ بالمبدأ على إطلاقه ، و أحيانا قد يختلط الأمر على الباحث في تحديد موقف تشريع معين من المبدأ المذكور نظراً لما يلمسه في قراءته للنصوص المختلفة من تعدد في المواقف و تعارض في الأحكام مثلما علق البعض على المشرع الجزائري من كونه لم يحدد موقفه بدقة من المبدأ¹.

أولاً : موقف التشريعات من مبدأ الأثر المطهر للشهر

سبق القول أن مبدأ أو فكرة الأثر المطهر للشهر ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر² ، بحيث أن التشريعات التي تأخذ بفكرة القوة الثبوتية المطلقة للشهر تأخذ حتماً بالأثر المطهر للشهر، و ذلك كنتيجة حتمية بسبب عدم إمكان الفصل بين الفكرتين . و قد رأينا عند عرضنا لمبدأ قوة الثبوت المطلقة كإحدى أهم آثار و مبادئ الشهر العيني على حد سواء كيف اختلفت الدول و النظم القانونية بشأن التسليم

¹ راجع جمال بوشناقفة و موقفه من المادة 23 من الأمر 74/75 و المادة 85 من المرسوم 63/76 (المرجع السابق) ص 55

و ص 215 و ص 254

² أنظر ما تقدم ص 334

بهذا المبدأ بشكل مطلق أو التخفيف من شدته و إضفاء شيء من المرونة عليه و جعل قوة الثبوت مجرد قوة نسبية أو ترك المبدأ من أصله¹.

و من بين التشريعات التي أخذت بالأثر المطهر للشهر نتيجة تسليمها بقوة الثبوت المطلقة ، التشريع الألماني الذي اتجه نحو الأخذ بالمبدأ بصدور تقنين عام 1794 الذي و إن حصر مجال تطبيق المبدأ في نطاق الرهن إلا أنه كان المصدر الذي استلهمت منه جل التشريعات مبدأ القوة المطلقة للشهر و الأثر المطهر له . و قد تقرر الأخذ بالمبدأ بصورة عامة على كل أشكال التصرفات في سنة 1872 من خلال قانون صدر في شهر ماي من تلك السنة بعد نقاش طويل أمام مجلس الشيوخ و مجلس النواب و الذي أسفر عن صدور أربعة نصوص تنظيمية ، يتعلق الأول منها في جزء منه بآثار القيد في السجلات العينية و من بينها الأثر المطهر².

و قد رأينا فيما سبق كيف برر الفقهاء الألمان المؤيدون لفكرة القوة المطلقة و الأثر المطهر للقيد في السجلات العينية رأيهم و موقفهم لما عبروا عن فكرة مفادها أن إشراف القضاء على عملية الشهر من خلال القاضي العقاري يجعل من إجراء الشهر شبيها بالأحكام القضائية ، و من ثم يكون للشهر العقاري بإشراف القضاء ما يكون لأحكام القضاء في باقي المواد من قوة إثبات و حجية لا يتسرب إليها الشك و لا يقبل نقضها أو تعديلها بعد أن تصير نهائية³.

و قد أخذ بالأثر المطهر للشهر أيضا القانون الأسترالي مستوحيا إياه من نظام تورنس الذي قام أساسا على مجموعة من المبادئ و المسلمات من بينها تصفية الملكية العقارية و تطهيرها بزوال جميع الحقوق و الأعباء العينية التي لم يعلن عنها في الوقت المناسب و منح قوة ثبوت مطلقة للقيد في السجلات العينية . إذ و بعد تعميم تطبيق نظام تورنس على كل المقاطعات الأسترالية و بدء السلطات هناك بإجراءات القيد

¹ أنظر ما سبق ص 119 و ما بعدها

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 69.

³ راجع في تفصيل هذا التبرير ما سبق بيانه في ص 336 و 345

الأول في السجل (l'immatriculation) جعلت القوانين هناك من نتائج تلك الإجراءات تطهير (purge) العقارات المقيدة من كل الحقوق الخفية ، و كأن القيد الأول بمثابة نقطة الانطلاق الحقيقية لتطبيق النظام الجديد¹ .

و إذا كان القانون الألماني يستثني التصرفات التي يجريها الغير بسوء نية فلا يرتب عنها أثرا مطهرا و لا قوة إثبات مطلقة ، فإن نظام تورنس المطبق في أستراليا لا يجيز الطعن في الحقوق الثابتة بشهادة سندية بأي دعوى كانت طبقا لنص المادة 33 و المادة 123 من القانون الصادر سنة 1861² ما عدا ثلاث أنواع من الدعاوى هي دعوى الطعن في صحة القيد الذي تم بطريق الغش من رفعت هذه الدعاوى ضد الشخص الذي يتم لصالحه القيد و دعوى تصحيح الخطأ في القيد و الدعوى المرفوعة ممن يحمل شهادة سندية سابقة.

و بهذا فإن نظام تورنس للشهر العقاري المطبق في أستراليا من أكثر القوانين التي أخذت بالأثر المطهر للشهر، و قد فاق تشدد القانون الأسترالي في أخذه بالمبدأ نظيره الألماني باعتراف الألمان أنفسهم ، ذلك أن إيراد المشرع الألماني استثناءات على تطبيق المبدأ تتعلق بالتصرفات التي تتم بسوء نية و تجنب القانون الأسترالي ذلك هو الذي أظهر الفرق بين القانونين في هذا الشأن³ ، حيث لا يكون للمتضرر من القيد في السجلات العينية حسب القانون الأسترالي إلا طريق رفع دعوى التعويض ضد من استفاد من القيد و بصفة احتياطية ضد صندوق التأمين الذي أنشأه نظام تورنس لهذا الغرض⁴ .

¹ راجع د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 87 و 88 .
² تنص المادة 33 من قانون 1861 على أن " كل شهادة سندية تعطى ثقة أمام القضاء من حيث مضمونها و تثبت أن الشخص المذكور يتمتع حقا بالحقوق المبنية بها" و تنص المادة 123 من نفس القانون على أنه "لا تقبل أي دعوى نزع ملكية éviction ضد المالك المقيد" .
³ رأينا فيما تقدم كيف أن تسليم القانون الأسترالي و نظام تورنس بفكرة الأثر المطهر للشهر كان محل انتقاد و عده الفقهاء في خانة عيوب نظام تورنس بقولهم أن التسليم بالأثر المطهر للشهر يشكل خطرا شديدا على المالك الحقيقي بسبب القيود التي تتم بطريق الغش أو الخطأ ، ذلك أنه حسب هؤلاء الفقهاء فإن نظام تورنس يلغي نظام التوثيق و يترك أموال الأشخاص عرضة للغصب.

⁴ د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 96

أما القانون السويسري فلم يأخذ بالأثر المطهر للشهر على إطلاقه و إنما بعد أن سلم بالمبدأ و جعله من بين أسسه ، فإنه قرّر توسيع صلاحيات مأمور السجل العيني في فحص العقود و التصرفات المودعة للشهر من حيث أركانها و شروط صحتها و شروطها الشكلية ، و قرر ترتيباً على ذلك أن كل من يكتسب الملكية أو أي حق عيني بحسن نية استناداً إلى القيد في السجل العيني فإن حقه يبقى ثابتاً بشكل مطلق ، و إذا تم التعاقد محل القيد بسوء نية فإن المتضرر من التصرف يستطيع أن يدعي مباشرة ضد الغير سيئ النية بعدم صحة القيد¹.

أما في الدول العربية فقد أخذت بعض التشريعات بالأثر المطهر للشهر مستمدة إياها من أخذها بفكرة قوة الثبوت المطلقة للشهر . فالمشرع المصري أخذ بالمبدأين معا و أشار إليهما في نصوص صريحة ، حيث نصت المادة 37 من قانون السجل العيني على أنه "يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه" ، و قد ترتب على هذا النص أخذ المشرع المصري بالأثر المطهر للشهر و هو ما قررته صراحة المذكورة الشارحة لقانون السجل العيني في معرض بيانها لمزايا قانون السجل العيني حيث قررت أنه "لا مرأى في أن النظام المقترح- أي نظام السجل العيني- يحقق مزايا عديدة ، فهو كما يظهر العقار بقيده من كافة العيوب السابقة التي تكون عالقة بسند الملكية بمجرد القيد الأول و مضي مواعيد الطعن المنصوص عليها في المشروع أو بالفصل فيما يرفع من طعون"².

و على هذا فإن المشرع المصري يكون قد اتجه نحو الأخذ بفكرة الأثر المطهر للشهر بصفة مطلقة و لم يورد عليها أي استثناء ، إذ و حتى في حالة ثبوت الغش أو التدليس فإن المتضرر لا يستطيع أن يطعن في الحقوق المشهورة ، و إنما يكتفي المشرع

¹ المادة 793 و المادة 794 من القانون المدني السويسري :

"Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier est maintenu dans son acquisition."

"Lorsqu'un droit réel a été inscrit indûment, l'inscription ne peut être invoqué par les tiers qui en ont connu ou dû connaître les vices..."

² راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 510

المصري بمنحه حق المطالبة بتعويض نقدي عما أصابه من ضرر نتيجة هذا الغش و ذلك التدليس . و يظهر هذا الموقف بجلاء من خلال استبعاد المشرع المصري من المادة 32 من قانون السجل العيني دعاوى الطعن في الحقوق المقيدة من بين الدعاوى التي يجوز التعليق بها (أي إشهارها) في السجل العيني.

و جدير بالذكر أن المشرع المصري بعد أن استبعد في المادة 32 من قانون السجل العيني دعاوى الطعن في الحقوق المقيدة جاء في اللائحة التنفيذية لهذا القانون وخالف ما أخذ به في القانون ذاته مخالفة صريحة ، حيث نصت المادة 116 من هذه اللائحة على أنه "يدون في قسم الصحيفة الخاص بالقيود الواردة على حق الملكية... و صحف الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في الحقوق المقيدة في السجل وجودا أو صحة أو نفاذا..." ، و هذا ما أدى إلى المطالبة بضرورة تعديل هذه المادة و حذف الفقرة الخاصة بدعاوى الطعن في الحقوق المقيدة لتعارضها مع المبدأ المقرر بالمادة 32 من قانون السجل العيني¹.

و بشيء من المرونة فإن المشرع السوري لم يأخذ بالأثر المطهر للشهر على إطلاقه و ذلك راجع إلى عدم أخذه بفكرة قوة ثبوت المطلقة للشهر، إذ اكتفى في المادتين 14 و 15 من القرار رقم 188 بتقرير الأخذ بقوة الثبوت النسبية² و بالتالي الحد من نطاق تطبيق الأثر المطهر للشهر . حيث جاء في المادة 14 أنه " يعتبر التسجيل مغايرا للأصول إذا جرى بدون حق و كل من يتضرر من معاملة التسجيل يمكنه الادعاء مباشرة بعدم قانونية ذلك التسجيل على الشخص الثالث السوء النية" ونصت المادة 15 على أنه "لكل شخص قد يتضرر في حقوقه بسبب قيد أو تحوير أو ترقيين حدث دون سبب مشروع أن يحصل على إلغاء ذلك أو تحويره و لا يمكن إجراء أي إلغاء أو تحوير كان في قيد السجل العقاري بدون قرار قضائي إلا إذا رضي بذلك كتابة ذوو العلاقة....".

¹ أنظر د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 413 و د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 513

² د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 508 و ما يليها

أما المادة 17 من نفس القرار فإنها تنص على أنه " لا يمكن وقوع خلاف في الحقوق العينية المقيدة في السجل العقاري وفقا لمنطوق محاضر التحديد و التحويل، فإن العقود المتعلقة بهذه الحقوق تعتبر وحدها مصدرا لهذه الحقوق و تكتسب قوة ثبوتية مطلقة و لا يمكن أن تكون عرضة لأي دعوى كانت بعد انقضاء مدة سنتين ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه قرار المصادقة أو قرارات القاضي الفردي العقاري...".

و مما تقدم يتضح بأن المشرع السوري يأخذ بالأثر المطهر للشهر و يمنع الطعن في الحقوق المشهورة بمناسبة القيد الأول بعد انقضاء مدة سنتين يتحول فيها القيد إلى قيد نهائي غير قابل للطعن ، كما يمنع الطعن بأي دعوى في الحقوق المشهورة في غير حالات القيد الأول التالي لعملية التحديد و التحرير، غير أنه يبيح ذلك إذا كان المستفيد من القيد أو الشهر سيء النية كما جاء في المادة 14 من القرار رقم 188.

أما في الغرب فإن الأخذ بالأثر المطهر للشهر واضح من خلال أحكام الظهير المؤرخ في 09 رمضان 1331 هجرية المتعلق بالتحفيظ العقاري¹. إذ جاء صراحة في المواد 64 و 79 و 81 منه ما يفيد بأنه لا يجوز الطعن في الحقوق المشهورة مطلقا حيث تنص المادة 64 على أنه "لا يمكن إقامة دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء تحفيظ، و يمكن لمن يهمهم الأمر و في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء التعويضات، وفي حالة إعسار المدلس تؤدي التعويضات من صندوق التأمينات المحدث بهذا الظهير مع الاحتفاظ للصندوق بحق الرجوع على المعسر"².

و على هذا فإنه يظهر من خلال النصوص المتقدمة أنه لا حديث في القانون المغربي في حالة التضرر من الشهر إلا عن المطالبة بالتعويضات التي قد تتحملها الدولة أو مأمور السجل أو الشخص المتسبب في الضرر مباشرة حسب الأحوال ، أما الطعن في التصرفات المشهورة و الحقوق المقيدة ، فإنه موضوع غير وارد مطلقا في

¹ أي الشهر العقاري

² أنظر علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 88 و ما بعدها

النصوص المتقدمة بما يفيد أن المشرع المغربي يأخذ بالأثر المطهر للشهر بشكل مطلق.

و خلافا لكل التشريعات السابقة فإن المشرع الفرنسي لا يأخذ بفكرة الأثر المطهر للشهر و لا يعترف بها في نظامه القانوني ، فالشهر العقاري في فرنسا المأخوذة أحكامه من نظام الشهر الشخصي لا يعطي للتصرف المشهر أو الحق المقيد قوة ثبوت مطلقة في مواجهة الكافة ، فالشهر في ظل هذا القانون مجرد وسيلة إعلام للغير في غالب الأحيان و في بعض الحالات يؤدي دورا في إعطاء التصرف حجية نسبية فقط¹ ، إذ أن مجرد التصرف أو قيد الحق لا يدل بشكل قاطع على أن صاحب الحق محل التصرف هو فعلا مالكة الحقيقي و لا يدل أيضا على أن مكتسب الحق الجديد سيكون في مأمّن تام من تجريده من هذا الحق ، ذلك أن الشهر هنا لا يحول حقا أو تصرفا قابلا للفسخ أو البطلان أو مثقلا بتكاليف عينية إلى حق جديد أكثر قوة من حق السلف . و بذلك فإن الشهر في فرنسا يقتصر على تنبيه و إعلام الغير بوجود الحقوق كما هي و لا يمنع هذا الغير من الطعن فيها بكافة أشكال الطعن².

و من أجل تجنب موجة النقد التي تعرض لها المشرع الفرنسي نتيجة الخطر الذي يسببه موقفه هذا على الحقوق المشهورة ، فإنه عمد إلى توسيع صلاحيات محافظ الرهون من أجل فرض رقابة دقيقة على صحة التصرفات قبل شهرها ، كما فرض إلزامية إخضاع التصرفات إلى الشكل الرسمي قبل شهرها و ذلك لعرضها على رقابة الموثقين الذين غالبا ما يكتشفون عيوب التصرف قبل إشهارها ، إضافة إلى قاعدة الأثر النسبي للشهر التي تبناها المشرع الفرنسي بمرسوم 04 جانفي 1955 و التي تقتضي التحقق من أن صاحب الحق الذي ينوي التصرف في حقه قد سبق له هو أيضا أن أشهر اكتساب لحقه هذا . و بسبب تطبيق هذه الإجراءات و التشدد في هذه الشروط فإن المشرع الفرنسي تمكن من الحد من خطورة موقفه و ليس أدل على ذلك أنه نادرا

¹ راجع ما سيأتي تفصيله عند الحديث عن حجية الشهر ص 358 و ما بعدها
² د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص37.

ما تعرض على القضاء الفرنسي دعاوى ترمي إلى إبطال حقوق مشهرة بسبب عيب سابق على شهر التصرف.

ثانيا : عدم أخذ المشرع الجزائري بالأثر المطهر للشهر

إن مبدأ الأثر المطهر للشهر من بين أكثر المبادئ إثارة للجدل بين الفقهاء و المدارس الفقهية المختلفة و ذلك بسبب خطورة القول بأن التصرف يصبح صحيحا بمجرد شهره ، و لذلك فإن الأنظمة و التشريعات اتخذت بشأن هذا المبدأ مواقف خاصة غير مستوحاة بالضرورة من النظام الذي تطبقه في كل الحالات ، أي أن حتى بعضا من تلك الدول التي تأخذ بنظام الشهر العيني تحفظت بخصوص هذا المبدأ ، إذ بالرغم من أن نظامها يفرض من الناحية النظرية عدم جواز الطعن في التصرف المشهر ، غير أنها نصت في قوانينها على جواز ذلك مطلقا بدون قيد أو جزئيا و بشروط و قيود . فقد رأينا كيف أن القانون الألماني يجيز الطعن في التصرف المشهر إذا تم بسوء نية ، و أن المشرع السوري أجاز ذلك أيضا¹ .

و في الجزائر فإن إمكانية الطعن في الحقوق التي سبق شهرها قائمة بناء على ما يفهم من نص المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد² ، و لا يشترط في هذه الدعاوى سوى إخضاع عريضة افتتاح الدعوى للشهر . و لا يتعارض هذا النص مع نص المادة 23 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري التي تنص على تحمل الدولة تعويض المتضررين من الخطأ في الشهر كما يعتقد البعض³ .

إن المشرع الجزائري صرح بوضوح عدم أخذه بمبدأ الأثر المطهر للشهر من خلال نص المادة 85 من الأمر 63/76 التي تنص على أن دعاوى القضاء الرامية إلى

¹ راجع ما سبق ص 345

² أنظر ما سيأتي بيانه ص 469 و ما بعدها

³ راجع جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 55 و ص 254

النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 4/14 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري أو إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار". و قد أكدت المادة 86 من نفس المرسوم هذا الموقف الذي اتخذته المشرع الجزائري بشأن الأثر المطهر للشهر إذ تنص على " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغاءها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقا للقانون".

و على هذا فإنه يظهر جليا بأن الطعن في التصرفات و الحقوق المشهورة جائز في القانون الجزائري بدون أي قيد موضوعي و دون تحديد أو حصر طرق الطعن، فكل دعاوى الطعن جائزة سواء أكانت ترمي لنفي وجود التصرف كدعوى البطلان أو ترمي إلى إلغاء أو نقض الحقوق المشهورة لأي سبب كان ، كما أن النص المتقدم و لا غيره من النصوص لم يشترط أن يكون التصرف المطعون فيه قد تم بسوء نية أو بالغش أو التدليس ، إنما يجوز الطعن حتى ضد الغير حسن النية.

و قد تأكد ذلك أيضا من خلال المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية التابعة لوزارة المالية بتاريخ 1998/10/27 التي تحمل الرقم 4318 و التي تلزم المحافظين العقاريين بالإلغاء الفوري لإجراء الإشهار لكل محرر اكتشف أنه كان من المفروض رفض إشهاره مع ضرورة إبلاغ المدير الولائي للحفظ العقاري بهذا الإلغاء ليقوم هذا الأخير بمراسلة الإدارة المركزية و يتسنى له أيضا رفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة يطلب فيها إبطال إشهار المحرر لمخالفته للقوانين و التنظيمات المعمول بها مع ضرورة إشهار عريضة الدعوى التي يرفعها بالمحافظة العقارية المختصة طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76 . و يمارس مدير الحفظ

العقاري هذه الدعوى ضمن الصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة 10 من المرسوم رقم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02¹.

وخلال ما يعتقد البعض²، فإن نص المادة 23 من الأمر 74/75 المتقدم ذكره³ لا يتناقض ولا يتعارض مع نص المادة 85 من المرسوم 63/76 التي تجيز الطعن في التصرفات المشهورة ، ذلك أن هؤلاء الذين قالوا بوجود هذا التناقض إنما استمدوا رأيهم ذلك من خلال المقارنة غير الدقيقة ببعض التشريعات ، حيث أنه و حسب فهمهم فإن مثل نص المادة 23 لا يوجد إلا في التشريعات التي تتبع نظام الشهر العيني المطلق و التي تمنع الطعن في الحقوق المشهورة ، إذ تجعل من دعوى التعويض تلك بديلا عن دعوى إلغاء أو إبطال التصرفات المشهورة غير الجائزة إعمالا للأثر المطهر للشهر. و لكن في الحقيقة لا يمكن من الناحية القانونية أن نلزم المتضرر من أخطاء المحافظ العقاري أن يسلك أحد الطريقين فقط ، فإما أن يطالب بالتعويض و ذلك في الأنظمة التي تمنع الطعن في الحقوق المشهورة ، و إما أن يطعن في الحق المشهورة دون إمكانية المطالبة بالتعويض ، إذ لا بأس أن نفتح الطريقين معا و لا يكون عندئذ أي تناقض في الأمر فمن يتضرر من أخطاء المحافظ يمكنه أن يسعى إلى محو آثار هذا الخطأ عبر الطعن في قرار المحافظ العقاري أو الطعن في التصرف المشهورة ، كما يمكنه أن يطالب الدولة بتعويضه عن الضرر الذي لحقه و الذي قد لا يكفي مجرد إبطال التصرف لجبره.

هذا من جهة ، و من جهة أخرى فإن أخطاء المحافظ العقاري التي قد تسبب ضررا للغير لا تأخذ في كل الأحوال إحدى صور الخطأ الذي يمكن محو آثاره عبر

¹ رمول خالد (المرجع السابق) ص 137.

² أنظر في تفصيل هذا الموقف جمال بوشناقفة (المرجع السابق) ص 215.

³ تنص المادة 23 من الأمر 74/75 على أنه " تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير و التي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه ، و دعوى بالمسؤولية المحركة ضد الدولة يجب ان ترفع في اجل عام يحدد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر و إلا سقطت الدعوى . و تتقادم الدعوى بمرور خمسة عشر عاما من ارتكاب الخطأ ، و للدولة حق رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير ."

الطعن في التصرفات المشهورة ، إنما قد يأخذ الخطأ صورة أخرى لا يكون معها أي فائدة للطعن في التصرفات المشهورة طبقاً للمادة 85 من المرسوم 63/76 ، كأن يكون خطأ المحافظ العقاري واقعا في كتابة إسم أحد الأطراف بحيث يؤدي هذا الخطأ إلى ضرر معين، أو كأن يهمل المحافظ العقاري شطب رهن عقاري لم يتم تجديده أو تم الوفاء بالدين الذي يضمنه مما يؤدي إلى الإضرار بالمدين الراهن ، أو كأن يسلم المحافظ العقاري الدفتر العقاري سهوا إلى من لاحق له ، بما يؤدي أيضا إلى الإضرار بصاحب الحق الحقيقي، أو كأن يعطي المحافظ العقاري للغير معلومات مضللة عن عقار معين أو عن شخص معين و التي بناء عليها يتصرف هذا الغير تصرفا اكتشف بعدها أنه مضر به بسبب تضليل المحافظ العقاري له أو تواطؤه ، إلى غير ذلك من صور الخطأ.

و من جهة ثالثة فإن تشريعات أخرى سلكت نفس المسلك إذ تركت الباب مفتوحا للطعن في التصرفات المشهورة من أجل إبطالها أو نقضها أو فسخها دون حرمان المتضررين من أخطاء المحافظ العقاري و تقصيره من المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن ذلك مثلما فعل المشرع الفرنسي¹، بل أن حتى إتباع نظام الشهر الشخصي المطلق الذي يجيز الطعن في التصرفات المشهورة يجب ألا يؤدي إلى حرمان المتضررين من أخطاء المحافظ العقاري و أعوانه من المطالبة بالتعويض.

أما فيما يتعلق بإجراءات الدعوى الرامية إلى الطعن في التصرفات و الحقوق المشهورة، فإنه يشترط لقبول الدعوى إشهار عريضة افتتاحها بالمحافظة العقارية المختصة و هي المحافظة التي يقع في نطاق اختصاصها الجغرافي العقار محل المعاملة . و ترفع الدعوى أمام القسم العقاري للمحكمة الواقع بدائرة اختصاصها العقار، أي أن الدعوى تكون من اختصاص القضاء العادي و ليست من اختصاص القضاء الإداري و هذا ما أكدته المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

¹ أنظر في هذا الشأن:

S. piedelievre op-cit p 141 et p 276

Gabriel Marty op-cit n° 698

Alain Fournier op-cit p 11 et p 27

الجديد¹ لأن النزاع في هذه الحالة لا يكون مطروحا بين الشخص المضرور والمحافظ العقاري كما يعتقد به ، و إنما النزاع قائم بين المتضرر من الشهر و المستفيد منه ، إلا إذا كان أحد هذين الخصمين جهة إدارية ، فعندئذ يكون النزاع يشكل منازعة إدارية لكون أحد أطرافها شخصا عاما ذا صبغة إدارية².

و على هذا يتضح من خلال ما تقدم بأن المشرع الجزائري لا يأخذ بالأثر المطهر للشهر و يجيز الطعن في التصرفات و الحقوق المشهورة كما يجيز المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي يسببها المحافظ العقاري بأخطائه الأخرى . و موقف المشرع هذا يخدم بقدر كبير مصلحة أصحاب الحقوق الحقيقيين المتضررين من التصرف المشهر و بذلك تجنب العيوب التي نعت بها النظام الذي يمنع الطعن في التصرفات المشهورة و يضحى بحقوق الملاك الحقيقيين الذي لا يستطيعون الطعن في تصرف طال حقوقهم صادر من غير مالك أو من شخص انتحل صفة المالك أو من شخص محترف الغش و التدليس . و بذلك فإن المشرع الجزائري لم يكتف بمجرد منح المحافظ العقاري سلطات واسعة لمراقبة المحررات و التصرفات المقدمة للشهر، إذ أنه قدر بأنه مهما كانت هذه السلطات واسعة ، فإن احتمال الخطأ و التقصير و الإهمال يبقى واردا خاصة في ظل الصبغة الإدارية التي يتميز بها عمل المحافظ العقاري الذي يفتقد للكفاءة القانونية التي تمكنه من كشف العيوب الموضوعية و الشكالية للتصرفات المشهورة.

و فضلا عن ذلك فإن موقف المشرع الجزائري يجد مبرره في كون بعض العيوب التي يمكن أن يستند عليها المتضرر الذي يطعن في التصرف المشهر بالبطلان أو الفسخ قد لا تكون موجودة يوم تقديم العقد أو المحرر للشهر و إنما تكون طارئة بعد ذلك بحيث لا يمكن للمحافظ العقاري مراقبتها مثل العيوب التي تؤدي إلى طلب الفسخ

¹ تنص المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد على أنه " ينظر القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها " .

² لقد أكد البعض هذا الموقف إذ اعتبر إدخال المحافظ العقاري في دعاوى الطعن في الحقوق المشهورة إجراء غير سليم و أن الأسلم هو شهر عريضة الدعوى، إنما على المحافظ العقاري تنفيذ الحكم الصادر في النزاع طبقا لما تقضي به أحكام المرسوم

كتقاعس أحد الطرفين في تنفيذ التزاماته أو ظهور عيوب خفية في العقار أو نقص في مساحته بعد البيع خاصة إذا كان غير ممسوح أو مزاحمة مالك آخر أو شريك.

و إذا كانت إمكانية الطعن في التصرفات و الحقوق المشهورة خاصة صنفها الكثير من الفقهاء في عيوب الشهر الشخصي، فإني أعتقد بأن هذه الخاصية لا تخلو من الفائدة في حماية الأشخاص الذين يتضررون من تصرف ما يكون محل شهر، فمثلا إنه من غير المنطقي و غير المنصف حرمان المتعاقد من حقه في فسخ العقد المشهر إذا أخل المتعاقد الثاني بالتزاماته الناشئة عن العقد بحجة أن التصرف المشهر لا يمكن فسخه ، و هذه حاله لا يمكن للموثق الذي تلقى العقد و لا لمأمور الشهر أن يفحصها أثناء القيام بمهمته لأنها حالة طارئة بعد إبرام العقد و البدء في تنفيذ الالتزامات التي يرتبها ولا يمكن التنبؤ بها قبل ذلك .

و ما عدا مثل هذه الحالة التي يطرأ فيها سبب طلب البطلان أو الفسخ بعد شهر العقد فإنه في الحالات الأخرى التي يكون فيها طلب البطلان أو الفسخ راجعا لسبب أو عيب يشوب الحق أو التصرف قبل شهره ، فإن الحماية التي توفرها التشريعات عن طريق الرقابة على التصرفات قبل شهرها من حيث صحتها و مدى أهلية القائمين بها و مدى احترامها للقواعد الإجرائية و هي الرقابة التي يمارسها مأمور الشهر أو المحافظ العقاري عندنا في الجزائر و التي تمكنه من رفض الإيداع أو رفض الإجراء و قبل ذلك الرقابة التي يمارسها الموثقون و محررو العقود الآخرون باعتبار أن كل العقود التي تكون محل شهر يجب أن تفرغ في القالب الرسمي إضافة إلى شرط الشهر المسبق أو الأثر النسبي للشهر ، كل ذلك يجعل من تلك الانتقادات الموجهة لأنظمة البلاد التي تجيز الطعن في التصرفات المشهورة مبالغا فيها و غير موضوعية .

و لهذا فإنه يكون مغاليا من يقول إن السجلات المعمول بها في فرنسا أو الدول التي حذت حذوها أو في الجزائر بالنسبة للمناطق التي لم يشملها المسح لا تدل على الملكية و الحقوق العينية و لا تعتبر عنوانا للحقيقة بالنسبة للكافة بسبب إمكانية الطعن

فيها ، و أنه من يتعامل مع شخص ما على أنه مالك استنادا لبيانات هذه السجلات عليه أن يتحرى بنفسه عن مدى صحة و سلامة التصرف الذي انتقلت بموجبه الملكية لهذا المالك.¹

الفصل الثاني

حجية الشهر و جزاء تخلفه

إضافة إلى الآثار المترتبة عن الشهر و التي سبق التطرق إليها في الفصل الأول من هذا الباب و المتمثلة على الخصوص في الأثر المنشئ و الأثر المطهر للشهر و التي اختلفت بشأنها التشريعات ، فإن هنالك أثرا آخر للشهر يكتسي أهمية بالغة بالنظر إلى أنه يشكل الهدف المشترك للشهر في جميع الأنظمة ، سواء أكانت تتبع نظام الشهر الشخصي أم نظام الشهر العيني أو تجمع بينهما . و يتمثل هذا الأثر فيما يرتبه الشهر من حجية للتصرفات و الحقوق المشهورة .

و المقصود بحجية الشهر العقاري هو قيمة الشهر كوسيلة لإثبات و ضمان الحقوق المسجلة أو المشهورة سواء فيما بين أطراف المحرر المشهر أم في مواجهة الغير . فبسبب هذه الحجية تثار التساؤل في كل القوانين حول مدى حجية الشهر في إثبات وجود الحق و ضمان عدم المنازعة فيه سواء بين أطراف العلاقة أو من طرف الغير . فهل يمكن أن يكون التصرف المشهر محل طعن من أحد أطرافه أو من طرف الغير؟ . و هل يمكن للغير أن ينازع صاحب الحق المشهر في حقه خاصة ، إذا ما اكتسب هذا الغير أيضا حقا منافسا تلقاه من نفس المتصرف بحيث لا يمكن أن يثبت الحق لكليهما ، أو لا يمكن لأحدهما أن ينتفع بحقه على أكمل وجه في وجود حق المتلقي الثاني؟.

¹ مثل هذا الغلو في نقد نظام الشهر الشخصي المطبق في فرنسا الآن و في بعض الدول موجود في مؤلفات كثيرة . راجع مثلا د/ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 30 و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 48 و ما يليها و رسالة الاستاذ جمال بوشنافة المشار إليها ص 16 و ما يليها.

إن موضوع حجية الشهر شكل في الواقع أهم فروع موضوع الشهر و أدقها في كل الدراسات والأبحاث التي تناولت الموضوع إلى درجة أن كثيرا من الباحثين و الكتاب الذين كتبوا في موضوع الشهر قد تجنبوا الدخول في موضوع حجية الشهر نظرا لاستعصائه و دقته و صعوبة حصر و تحديد معالمه ، خاصة في ظل اختلاف و تباين التشريعات و القوانين في مواقفها من حجية الشهر .

و إذا كانت الحجية هي ما يترتب على إخضاع التصرفات للشهر، و قيام أصحابها بتسجيلها في المصلحة المختصة بذلك ، فإن تخلف أطراف التصرفات المختلفة عن إشهار حقوقهم و محرراتهم يؤدي إلى نتائج معاكسة تماما للحجية التي يرتبها الشهر و ذلك بفقدان تلك التصرفات و المحررات كل حجية ، سواء بصفة مطلقة بين أطرافها و في مواجهة الغير كما هو الحال في التشريعات التي تأخذ بنظام الشهر العيني ، أو بفقدان الحجية في مواجهة الغير فقط مع بقاء التصرف نافذا بين أطرافه كما هو الحال في التشريعات التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي . هذا إضافة إلى آثار أخرى تقع بين المسؤولية المدنية و تغريم المتسبب في عدم الإشهار و بين حرمان صاحب الحق غير المشهر من التصرف في حقه أو بحرمانه من إشهار تصرفه عملا بمبدأ الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر المسبق¹ .

و لتفصيل موضوع حجية الشهر و جزاء تخلفه فإني قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، أتناول في المبحث الأول حجية الشهر فيما بين الأطراف و قيمة التصرفات غير المشهورة ، في حين أخصص المبحث الثاني لمبحث تلك الحجية في مواجهة الغير ، أما المبحث الثالث فسأتناول فيه جزاء تخلف الشهر.

¹ تناول المشرع الجزائري موضوع حجية الشهر و جزاء تخلفه في مجموعة من النصوص ، منها ما هو موجود في القوانين الخاصة المتعلقة بالشهر العقاري لاسيما الأمر 74/75 و المرسوم 63/76 ، و منها ما هو موجود في القواعد العامة لاسيما القانون المدني و القانون التجاري . أما النصوص الخاصة فيمكن حصرها في المواد 3 و 15 و 16 و 17 من الأمر 74/75 سالف الذكر و المواد 16 و 72 و 85 و 86 و 87 و 88 و 89 و 99 من المرسوم 63/76 و التي سنأتي على تفصيل محتواها لاحقا.

المبحث الأول

حجية الشهر بين الأطراف و قيمة التصرفات غير المشهرة

المطلب الأول : حجية الشهر بين الأطراف

إن الشهر العقاري كما رأينا¹ ، قد يقع على مجموعة من التصرفات و الوقائع و الأحكام المتعلقة بإنشاء أو نقل أو تعديل أو تقرير الحقوق العينية العقارية ، كما قد يقع على بعض العقود المنشئة بحقوق شخصية كالإيجارات التي تزيد عن 12 سنة و الحوالات بالدين أو المخالصات لمدة 3 سنوات على الأقل . و لذلك فإنه في الفرض الذي يقع الشهر على عقد إرادي أو تصرف قانوني بإرادة منفردة أو على حكم قضائي في خصومة بين طرفين يكون للشهر مفعول مزدوج من حيث نطاقه الشخصي ، إذ تترتب عنه حجية بين الأطراف المتعاقدة أو أطراف العلاقة المفرغة في المحرر المشهر بوجه عام ، كما يؤدي نفس الشهر إلى إنشاء حجية ثانية للمحرر المشهر تسري في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفا في العلاقة².

الفرع الأول : المقصود بحجية الشهر بين الأطراف

يقصد بحجية الشهر بين الأطراف مدى ما يتولد عن هذا الشهر من ثبوت للحق لفائدة المتلقي ، و هل هذا الثبوت يكون ثبوتا مطلقا و دائما بحيث لا يجوز للمتصرف بعد ذلك إنكار حق المتلقي أو منازعته فيه أو الطعن فيه لاحقا بهدف إلغاء حقه واسترداده إليه أو إعادة التصرف فيه مرة ثانية لمتلق آخر، أم مجرد ثبوت نسبي و مؤقت بحيث يمكن للمتصرف أن ينكر وجود الحق ويتمسك بملكيته له بالرغم من الشهر أو أن يطعن في التصرف المشهر بالبطلان أو الإبطال أو الفسخ ، مستندا إلى

¹ راجع ما سبق ص 217 و ما بعدها

² أنظر كل من:

د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 188

القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 272

د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 266

أي سبب يبرر ذلك ، سواء أكان سببا قانونيا أم اتفاقيا و ذلك من أجل استرداد حقه أو أن يعيد التصرف فيه مجددا لمتلق آخر بأي صورة من صور التصرف أو ترتيب حق عيني على العقار محل التصرف ؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة يتوقف على نوع النظام السائد من أنظمة الشهر العقاري ، ذلك أن هنالك من أنظمة الشهر ما لا يرتب على عملية الشهر أي أثر بين المتعاقدين كما هو الحال في فرنسا ، حيث أن الشهر العقاري يؤدي مهمته في مواجهة الغير فقط ، أما فيما بين المتعاقدين فإن مجرد العقد أو التصرف إذا ما انعقد صحيحا كفيل بنقل الحق العيني العقاري و إنشائه و من ثم فإنه لا فائدة من الحديث عن دور الشهر و حجيته بين الأطراف في القانون الفرنسي الذي يعتمد على مبدأ الرضائية (le consensualisme)¹.

و خلافا لمذهب المشرع الفرنسي الذي استمد أساسه من مبادئ نظام الشهر الشخصي، فإن تشريعات البلدان التي تأخذ بنظام الشهر العيني لا تعترف بوجود الحق العيني العقاري إلا بالشهر، غير أن نظرتها لحجية الشهر تختلف بالرغم من ذلك بحسب ما إذا كانت تأخذ بالأثر المنشئ و الأثر المطهر للشهر أم لا ، ذلك أن الأخذ بالأثرين السابقين يترتب عليه الحجية المطلقة فيما بين المتعاقدين على الأقل ، أما عدم الأخذ بهما و بوجه خاص بالأثر المطهر فإنه يؤدي إلى الحد من تلك الحجية و تحويلها من حجية مطلقة إلى مجرد حجية نسبية .

أما موقف المشرع الجزائري من المسألة ، فقد جاءت به المادة 16 من الأمر 74/75 التي تنص على أن "العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" ، و تلتها بعد ذلك المادة 17 من نفس

¹ راجع Stephane Piedelievre op-cit p 241
Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 529

الأمر بقولها "إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف و لا يحتج بها على الغير في حالة عدم إشهارها....".

و على هذا فإن المشرع الجزائري يجعل من الحق و التصرف المشهر حجة على طرفي التصرف أو طرفي العلاقة ، بحيث أنه لا وجود لهذا الحق و لا أثر للتصرف في إنشاء الحق العيني العقاري بين أطرافه إلا من تاريخ شهر التصرف مصدر الحق ، و أنه ابتداء من لحظة شهره فإن الحق يعتبر موجودا و يحوز التصرف حجية بين أطرافه ، و هذا ما تسلم به أغلب التشريعات التي تأخذ بنظام الشهر العيني¹ . و لهذا فإن نص المادة 16 من المرسوم 63/76 سالف الذكر جاءت في صياغتها مشابهة إلى حد بعيد لنص المادة 11 من القرار رقم 188 الصادر بتاريخ 15 آذار 1926 الذي ينظم الشهر العقاري في كل من سوريا و لبنان و التي تنص على "إن الصكوك الرضائية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة حتى بين المتعاقدين إلا اعتبارا من تاريخ قيدها" . كما يشبه النص المذكور النصوص المقابلة له في التشريع المصري والمغربي² .

و قد جاء نص المادة 16 تطبيقا للفكرة العامة التي جاءت في نص المادة 793 من القانون المدني لما جعلت انتقال الملكية و الحقوق العينية العقارية الأخرى مرهونا بإجراء الشهر و التي جاءت هي الأخرى مشابهة في صياغتها للنصوص المقابلة لها في تشريعات الدول العربية التي تأخذ بنفس المبدأ لاسيما المادة 393 من قانون الموجبات و العقود اللبناني الذي أصبح نافذا ابتداء من سنة 1934 و التي تنص على

¹ مثل المشرع المصري و المشرع اللبناني و المشرع السوري و خلافا للمشرع التونسي الذي بالرغم من أنه يأخذ بنظام الشهر العيني إلا أنه يعتبر أن الحقوق العينية العقارية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد توقيع العقد و بدون حاجة إلى قيدها في السجل العقاري غير أنه لا يحق لأصحاب هذه الحقوق أن يحتجوا بها على الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري.

² راجع كل من:

د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 440 و ما بعدها

د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 192 و ما بعدها

د/ عبد المنعم فرج الصدة (أحكام الشهر العقاري) دار الفكر و التوزيع ص 39 و 61 و 280 و 374 .

أن "بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على عقار لا يكون له مفعول حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري"¹.

و قبل استقراء موقف المشرع الجزائري من حجية الشهر بين الأطراف من خلال المادة 16 و 17 من المرسوم 63/76 و المادة 793 من القانون المدني، فإنه تجدر الإشارة إلى أن المادة 16 جاءت منقوصة من لفظ هام جدا يكون قد سهى المشرع عن إضافته لما نقل نص المادة من القوانين التي سبقتنا إلى هذا الشأن ، حيث ورد في المادة أن "القيود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني...." و كان من المفروض أن يضيف المشرع إلى عبارة "حق عيني" الأخيرة لفظ "عقاري" لتصبح "حق عيني عقاري"²، و ذلك بغير شك لأن الحق العيني في المنقول غير معنى و غير مقصود بنص المادة 16 سالف الذكر و هو حق ينتقل بطرق أخرى في المنقول بحسب ما إذا كان المنقول معينا بالذات أم معينا بالنوع³.

و من خلال نص المادة 16 سالفة الذكر، يمكن القول أن الشهر العقاري في القانون الجزائري ينشئ الحق العيني العقاري و ينقله إلى المتصرف إليه فور تنفيذ إجراء الشهر بحيث يصبح هو صاحب الحق الجديد ، في حين يلتزم الطرف الثاني باحترام الوضع الجديد ، إذ تغل يده عن التصرف فيه من جديد لأنه إن فعل يكون قد تصرف فيما لا يملك ، كما يمتنع عليه إمكانية منازعة المتصرف إليه في الحق الذي تصرف فيه.

فالحجية التي يعطيها الشهر للتصرف المشهر فيما بين الأطراف تحول بين المتصرف و المنازعة في كونه ما يزال هو صاحب الحق المتصرف فيه طالما أن

¹ حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 273.

² يمكن توجيه نفس الملاحظة للمشرع اللبناني و السوري إذ سقطت نفس العبارة أو اللفظ من المادة 11 من القرار رقم 188 سالف الذكر و التي لولا موقعها ضمن مجموعة نصوص تتعلق بالحقوق العقارية لأدت إلى لبس و غموض و دعت إلى ضرورة شرحها حسب المفهوم الذي يتضمنه نصها في عباراته و ليس فحواه.

³ راجع في طرق نقل الملكية في المنقول نص المادتين 165 و 166 من القانون المدني الجزائري .

التصرف تم شهره و صار الحق مسجلا باسم المتلقي الجديد ، كما تحول هذه الحجية بين المتصرف الأصلي و بين أن يعيد التصرف في الحق من جديد لأنه بالشهر الذي خضع له المحرر المتضمن المعاملة يجرى المتصرف من هذه الإمكانية ، بل ويقع عليه عبئ الضمان و يمتنع عليه التعرض .

الفرع الثاني : مدى حجية الشهر بين الأطراف

مع التسليم بأن شهر التصرفات و غيرها من الوقائع و الأحكام القضائية يكسب التصرف حجية تسري فيما بين المتعاقدين تمنع الادعاء بخلاف ما هو ثابت في المحرر المشهر ، إلا أنه يحق لنا التساؤل حول نطاق و مدى هذه الحجية فيما إذا كانت حجية دائمة و مطلقة أم أنها مجرد حجية مؤقتة و نسبية وقابلة للإلغاء و معرضة للزوال.

إن تقدير مدى هذه الحجية يتوقف ببساطة على معرفة ما إذا كان الشهر هنا يؤدي إلى تطهير التصرف المشهر من العيوب بحيث يمتنع الطعن فيه من أحد أطرافه أم أن الشهر لا يحول دون ذلك الطعن . ففي البلاد التي تأخذ بالأثر المطهر للشهر أو تلك التي تقوم تشريعاتها على الفكرة التي تقول بالفصل بين التصرف كمصدر للحق و بين الشهر كمنشأ للحق¹، لا يمكن بعد شهر التصرف الطعن فيه بأي صورة من صوره الطعن ، سواء أكان الطعن مؤسسا على عيب شاب التصرف أثناء إبرامه أم كان راجعا إلى خلل عارض بعد إبرام التصرف و شهره كإخلال أحد الأطراف بالتزاماته ، و من ثم فإنه في هذه التشريعات يكون للتصرف المشهر حجية مطلقة و قاطعة فيما بين المتعاقدين² .

و خلافا لهذا المذهب فإن التشريعات التي لا تأخذ بالأثر المطهر للشهر لا تعطي للحقوق المشهورة من الحجية إلا بقدر ما يتوفر للتصرف المشهر من صحة

¹ راجع مدلول هذه الفكرة فيما سبق ص 336

² راجع د/ على حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 88 و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 96

ووجود ، إذ لا انفصال بين الحق المشهر و بين التصرف أو الواقعة أو الحكم مصدر ذلك الحق . و بذلك ففيما بين المتعاقدين لا يكون للشهر قيمة إلا بقدر قيمة العمل الذي تولد عنه الحق أي أن حجية التسجيل أو الشهر لا تكون قاطعة¹.

و باعتبار المشرع الجزائري من بين التشريعات التي لا تأخذ بالأثر المطهر للشهر بالرغم من رغبته في اتباع هذا النظام من خلال الأمر 74/75 و المرسومين 62/76 و 63/76 ، فإنه يمكن بسهولة القول أن الشهر العقاري في القانون الجزائري لا يعطي للتصرف المشهر سوى حجية نسبية فيما بين المتعاقدين ، بحيث تبقى تلك الحجية قائمة و منتجة لآثارها المانعة ضد المنازعة و الإنكار و تكرار التصرف من جديد طالما بقي التصرف موجودا و صحيحا و تزول تلك الحجية بزوال ذلك التصرف. فقد سبق أن رأينا بأن المادة 85 من المرسوم 63/76 تجيز الطعن في التصرفات المشهورة بكافة صور الدعاوى² دون أن تقصر هذا الحق على أحد ، بمعنى أنه حق لطرفي التصرف ، كما هو جائز للغير ممن له مصلحة .

و على هذا فإنه إذا أفلح المتعاقد المتصرف في إلغاء أو إبطال أو فسخ التصرف بالدعوى التي يرفعها و بعد أن يصير حكمه هذا نهائيا فإن كل آثار التصرف تزول و حتى الحجية التي أكسبها إياه الشهر فيما بين الأطراف تزول أيضا و يعود الحق المشهر إلى صاحبه الأول و يقوم المحافظ العقاري بمحو آثار الشهر الأولي بالتبعية لإيداع الحكم الفاصل في الدعوى . و لا يجوز للمحافظ العقاري الامتناع عن مراجعة بيانات السجل العقاري عندئذ لأن المادة 106 من المرسوم 63/76 تلزمه بتنفيذ الأحكام القضائية المودعة قصد الشهر. و عليه أكثر من ذلك أن يطالب المتصرف إليه الذي أبطل سنده أو فسخ برد الدفتر العقاري الذي استلمه من أجل إتلافه و إعداد دفتر جديد يتضمن الوضعية الجديدة الناتجة عن الحكم القضائي يسلمه لصاحب الحق الأصلي ضمن الإجراءات المنصوص عنها في المادة 50 من المرسوم 63/76³.

¹ راجع د/علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 189.

² راجع ماسبق تفصيله في موقف المشرع الجزائري من الأثر المطهر للشهر.

³ راجع ما سبق ص 200 و ما بعدها

و قد اتخذ المشرع الجزائري هذا الموقف أسوة بتشريعات عربية أخرى مثل المشرع المغربي و المشرع المصري و السوري و اللبناني، إلا انه ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن هو الموقف المميز للمشرع المغربي الذي جعل البعض ينعت به بسبب هذا الموقف بأنه "يشكل مجموعة متناسقة من التشريعات يقوم عليها نظام عقاري حديث يحق للمغرب أن يفخر و يعتز به لأنه من أحسن و أدق ما يكشف عنه التشريع المقارن في حقل الأنظمة العقارية"¹.

و يتمثل موقف المشرع المغربي في أنه فرق بين آثار التحفيظ و هو الإشهار الذي يترتب على الإجراء الأول الذي يلي عملية المسح العام و تأسيس السجل العيني و بين آثار الإشهار أو الشهر الذي ينصب على التصرفات المتتالية فيما بعد تحفيظ العقار . و وجه الفرق بينهما هو أن التحفيظ له أثر مطهر بحيث لا يجوز الطعن في نتائجه و ليس لمن يتضرر منه إلا المطالبة بالتعويض إما من المتسبب المباشر في ضياع حقه و إما من مأمور السجل أو المحافظ و إما من الدولة بحسب حالات محددة في القانون ، في حين لا تتمتع بالآثار المطهر عمليات الشهر المنصبة على التصرفات و الوقائع و الأحكام القضائية التي يكون العقار المحفظ محلا لها فيما بعد ، بحيث يجوز الطعن في الحقوق المشهورة بكل الدعاوى².

و بذلك فإنه يجوز للمتصرف إليه أن ينازع في وجود أو صحة الحق العيني العقاري على الرغم من شهره ، فيزيل بذلك حجية الشهر بإثبات عيوب التصرف أو العمل الذي استند إليه الشهر كعيوب الرضا أو عدم مشروعية المحل أو السبب أو صورية التصرف ، حتى إذا ما أبطل التصرف أو حكم بصوريته أو فسخ ، فإن أثر الشهر و حجيته تزول بزوال التصرف ، و من ثم يمكن القول أن الحجية و الضمان الذي يحققه الشهر في القانون الجزائري فيما بين المتعاقدين هي في الحقيقة حجية بسيطة و ليست قاطعة و أن الضمان الذي يوفره الشهر هو - كما في القانون المصري

¹ د/ مأمون الكزبري (التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية) الرباط سنة 1978 ص 12.
² أنظر في شأن هذا الموقف كل من د/مأمون الكزبري (المرجع السابق) ص 12 و ما يليها و د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 215

و المغربي- ضمان هش¹ ، ذلك لأن شهر التصرف يتم كما هو أي بما ينطوي عليه من عيوب ، فإذا كان التصرف باطلا أو قابلا للإبطال أو مشوبا بعيب قبل الشهر، ظل كذلك بعده . فالشهر لا يصح عقدا باطلا و لا يبطل عقدا صحيحا².

المطلب الثاني : القيمة القانونية للتصرفات غير المشهرة

إن بحث القيمة القانونية للتصرفات غير المشهرة يثور من زاويتين اثنتين، الأولى تتعلق بأثر هذه التصرفات فيما بين المتعاقدين و الثانية تتعلق بأثرها في مواجهة الغير . فلا شك أن تلك التصرفات الغير مشهرة لا تنتج أي أثر في مواجهة الغير كقاعدة عامة و أنه يحق للغير أن يتمسك بعدم إشهارها ليتجاهل وجودها إلا في الحالات التي تشكل فعلا استثناءا و خروجا عن القاعدة العامة و التي سنأتي على دراستها لاحقا عند التطرق لحجية الشهر في مواجهة الغير³.

و لكن السؤال الذي يثور بإلحاح في هذا الموضوع من البحث هو، إذا كان المشرع يقر بأن التصرفات و الاتفاقات الإرادية لا تنتج أي أثر فيما بين المتعاقدين ما لم تشهر و إلا ابتداء من شهرها ، فما هي القيمة القانونية لتلك التصرفات التي أغفل أصحابها شهرها أو تأخروا في ذلك أو التي لم يسع الموثق أو الشخص المكلف بإشهارها إلى ذلك كما يحدث في حالات كثيرة ؟ ، و هل غياب الشهر يفقد تلك التصرفات و العقود كل قيمة قانونية بين الأطراف و يهدم بذلك بناءها الذي يكون قد قام سليما بقيام جميع أركانها ، أم أنها تظل صحيحة و منتجة لباقي الآثار التي لا يعلق المشرع نشأتها على الشهر؟ و هل يجوز قانونا لمن تضرر من إغفال الشهر أن يطالب خصمه أو الموظف المكلف أو الموثق بالسعي إلى إتمام إجراءات الشهر؟

¹ د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 216.

² تدعيما لهذا المفهوم في مصر قضت محكمة النقض المصرية في حكم صادر سنة 1970 أنه: ".....و ليست له (أي التسجيل) حجية كاملة في ذاته، فهو لا يصح العقود الباطلة أو يكمل العقود الناقصة" علاوة على مجموعة أخرى من الأحكام التي تصب في نفس الاتجاه التي أصدرتها محكمة النقض المصرية أشار إليها الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ج4 ص 467 هامش 1.

³ طالع ما سيأتي لاحقا ص 314 و ما بعدها

في صدد الإجابة عن هذه الأسئلة ، اختلفت آراء الكتاب و الفقهاء و تباينت حججهم في الدفاع عن آراءهم ، ذلك أن القليل من التشريعات من نصت على تحديد القيمة القانونية للعقود و الوقائع القانونية غير المشهورة ، فقد اكتفت جل هذه التشريعات بترك الأمر للفقهاء و القضاء لاستنتاج حكم هذه العقود و التصرفات و الوقائع بمفهوم المخالفة للنصوص التي تبين آثار الشهر . بمعنى أنه إذا كان النص يقر بأن العقود تنتج آثارها من يوم إشهارها فإنه بمفهوم المخالفة لا أثر للعقود غير المشهورة ، غير أنه ثبت من خلال تلك النصوص أن هذا الاستنتاج ليس في كل الأحوال صادق و معبر عن حقيقة الوضع.

و يرجع هذا إلى أن بعض العقود التي يتطلب القانون شهرها ، إنما يتطلب ذلك فقط من أجل ترتيب الأثر العيني لها أي الأثر الذي يمس الحق العيني محل التعامل إما بنقله أو إنشائه أو تعديله أو إزالته ، بينما تبقى الآثار الأخرى لاسيما ما تنتجه تلك العقود من التزامات شخصية متبادلة محل تنفيذ ، و لا يجوز التحجج بعدم شهرها للتملص من كل إلزام ترتبه . و علاوة على هذا فإن من العقود ما يقتصر أثر شهرها على إعطائها حجية فيما زاد عن مدة معينة ، كما هو الحال في عقود الإيجار التي تزيد مدتها عن اثني عشر سنة ، بمعنى أن إغفال إشهارها يجعلها نافذة لمدة لا تزيد عن اثني عشر سنة و غير نافذة فيما زاد عن ذلك .

و مع وجود حالات خاصة في تشريعات عربية مختلفة يكون فيها للشهر أثر خطير و مبالغ فيه ، إذ يشكل ركنا في العقد أو التصرف كما هو الحال في القانون العراقي و في عقد الهبة في القانون اللبناني¹ ، فخلاصة القول أن تخلف الشهر لا ينتج دائما نفس الآثار في علاقة الأطراف ببعض ، إذ يختلف ذلك الأثر من تصرف إلى آخر و من سند إلى آخر ، الأمر الذي يتطلب منا التطرق في هذا الحقل إلى المبدأ العام ثم إلى الحالات الخاصة .

¹ لأن قانون السجل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971 ينص في الفقرة الثانية من مادته الثالثة على أنه " لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل " ، أما في لبنان فإن عقد الهبة لا ينعقد إلا بالتسجيل أي الشهر عملا بالمادة 510 من قانون الموجبات اللبناني .

الفرع الأول : المبدأ العام

إذا كان العقد أو التصرف لا يكفي بذاته لنقل الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية الأخرى ، فما هي قيمته القانونية و هل يخول أحد طرفيه أن يطالب من القضاء الحكم بشهره في المحافظة العقارية؟ فمثلا لو باع شخص عقارا لشخص آخر بعقد رسمي عادي و لم يتم شهر هذا العقد إما بسبب رفض إشهاره من المحافظ العقاري و إما لتخلف الموثق عن تقديم العقد للشهر، فهل يستطيع المشتري بالاستناد إلى هذا العقد أن يستحضر البائع أمام القضاء ليحكم بإلزامه ببيع في السجل العقاري حتى إذا ما حكم له بذلك تمكن من إجراء الشهر استنادا إلى هذا الحكم¹؟

في الواقع إن هذا الفرض نادر الحدوث في الجزائر و غير مطروح بحدّة خلافا لما هو عليه في القانون المصري أو اللبناني مثلا ، و مرد ذلك هو أن المشرع الجزائري يشترط في التصرفات العقارية أن تفرغ في الشكل الرسمي حتى تتعدّد صحيحة ، و بذلك فإنه لا ينعقد التصرف العقاري ما لم يحرره أو يثبتّه أحد الأشخاص الثلاثة المذكورين في المادة 324 من القانون المدني² و الذي هو في الغالب الموثق ذلك أن هذا الأخير يتلقّى الاتفاقيات الإرادية من أصحابها كالببوع و الإيجارات و الرهون و الوصايا و الهبات ، كما تودع لديه نسخ الأحكام النهائية و بعض العقود الإدارية من أجل السعي إلى شهرها . و على هذا فإن احتمال عدم شهر عقد و ارد على عقار أو حق عيني عقاري احتمال ضعيف جدا إذا ما قورن بالوضع السائد في قوانين بلاد أخرى حيث ينعقد البيع أو التصرف العقاري بمجرد تبادل الإيجاب و القبول دون حاجة إلى إخضاعه إلى الشكل الرسمي أو تلك البلدان التي على الرغم من أنها تشترط الرسمية إلا أن واجب الشهر و السعي فيه متروك للأطراف .

¹ راجع في طرح هذا الأشكال في قوانين أخرى
د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 271.
د/ محمد خلف (شرح قانون تنظيم الشهر العقاري) مطبوعة أمين عبد الرحمان- القاهرة- الطبعة الأولى 1947 ص 46.
د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 199 و ما يليها
سيد حسن البغال (المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى و الأوراق القضائية – المجلد الخامس في البيع) عالم الكتب – القاهرة 1996 ص 411 و ما يليها .
القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 274 و غيرهم.
² المادة 324 من القانون المدني هي التي تعرف العقد الرسمي .

و لكن مع ذلك فإنه و مواجهة للحالات القليلة التي يمكن أن تقع في الجزائر بأن يمتنع الموثق أو يهمل تقديم العقد للشهر أو الحالات التي يتم فيها رفض الشهر أو رفض الإيداع في انتظار تقديم وثيقة من أحد الأطراف لا بأس من تناول الموضوع و تحديد القيمة القانونية للتصرف غير المشهر بهذا الشكل.

في الواقع إن المادة 16 من الأمر 74/75 في صياغتها الحالية تثير مشكلا حقيقيا وتوحي بعكس ما هو مفهوم من حرفيتها تماما، إضافة إلى اللبس الذي أثارته من خلال سقوط لفظ "عقاري" في التعريف بالحق العيني و التي سبق الإشارة إليه¹ يثور لبس آخر يستدعي التدخل التشريعي لرفعه ، وهو أن المادة جردت العقود من كل أثر ما لم تشهر . و الواقع أن المشرع لا يقصد ذلك ، إنما ما قصده المشرع هو تجريدها من الأثر العيني فقط أي أثرها في إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء الحق العيني العقاري ، أما بقية الآثار لاسيما الالتزامات الشخصية المتبادلة فلا تتأثر بإغفال الشهر².

و معنى هذا أن العقد غير المشهر في السجل العقاري و إن كان لا يكفي بذاته لنقل الملكية أو غيرها من الحقوق العينية العقارية ، إلا أنه ليس مجردا من كل قيمة قانونية ، فقد أتفقت أغلب الآراء على أنه يظل عقدا منتجا لبقية آثاره لاسيما الالتزامات الشخصية . فالعقد غير المشهر حسب عدد كثير من الفقهاء³ ينشئ التزاما بإنشاء أو نقل الحق العيني العقاري ، و على هذا فإن البيع العقاري غير المشهر و إن كان لا يجعل المشتري مالكا للعقار المبيع ، فإنه يعطيه حق مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل

¹ أنظر ما تقدم ملاحظتنا حول المادة 16 من الأمر 74/75
² لو طبقنا حرفية النص على عقد بيع مثلا دون الانتباه إلى التوضيح السابق، فإن ذلك يؤدي إلى القول بأن إغفال إشهار هذا العقد في المحافظة العقارية يمنع العقد المذكور من ترتيب كل آثاره ، فلا يكون البائع ملزما بالتسليم و لا بنقل الملكية و لا بالضمان و في المقابل لا يكون المشتري ملزما بالتسليم و لا بدفع الثمن و لا غيره من الالتزامات ، و هذا بالطبع لا يستقيم مع روح النص و قصد المشرع من وضعه و من اشتراط الشهر عموما ، و لذلك فإنه لا بد أن يعاد النظر في صياغة النص لتصبح كما يلي : " إن العقود الإرادية.... أو انقضاء حق عيني عقاري لا يكون له أثر في إنشاء أو نقله أو التصريح به أو تعديله أو انقضاءه إلا من".

³ من هؤلاء د/ إبراهيم أبو النجا و د/ منصور محمود وجيه و القاضي حسين عبد اللطيف حمدان و د/ علي حسين نجيدة و الأستاذ عبد الرزاق السنهوري و محمود شوقي و محمد خلف و معوض عبد التواب و غيرهم كثير.

الملكية و ذلك بالسعي في شهره كيما يصبح مالكا¹ ، و إذا امتنع البائع عن ذلك كان للمشتري أن يراجع القضاء و يحصل على حكم بذلك .

و إذا كان المشرع الجزائري لم يعبر عن هذا الموقف بصراحة في النصوص القانونية ، فإن المشرع اللبناني و السوري² على خلاف ذلك ، أضاف للمادة 11 من القرار رقم 188 السابق ذكرها فقرة ثانية ، إذ بعد أن نصت الفقرة الأولى على أن "الصكوك الرضائية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيدها" أضافت الفقرة الثانية أنه "و ذلك لا يمنع المتعاقدين من ممارسة حقوقهم و دعاوهم المتبادلة عن عدم تنفيذ اتفاقاتهم"³.

و في نص مشابه جاءت المادة 26 من قانون السجل العيني في مصر و أكدت نفس الرأي ، إذ لم ترتب على عدم القيد بطلان التصرفات القانونية و أن كل ما رتبته عن ذلك أن الحقوق العينية موضوع هذه التصرفات لا تنشأ و لا تنتقل و لا تتغير و لا تزول لا فيما بين المتعاقدين و لا بالنسبة للغير مع بقاء هذه التصرفات صحيحة ترتب بين طرفيها كافة آثارها القانونية فيما عدا اكتساب الملكية أو الحق العيني . و من ثم يمكن قيد الحقوق العينية الناشئة عن هذه التصرفات في أي وقت ، إما اختيارا و إما بالمطالبة أمام القضاء⁴ .

¹ القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 275.

² يشترك المشرع السوري و اللبناني في القرار 188 الصادر بتاريخ 15 آذار (فيفري) 1926 في لبنان و بتاريخ 26 آذار (فيفري) 1926 في سوريا و يعد تشريعا موحدًا سائدا في الدولتين حاليا بالرغم من صدور تشريعات فرعية له في البلدين .

³ القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 275.

⁴ راجع د/إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 492 مع الملاحظة أن موقف المشرع المصري لم يتغير من هذه المسألة رغم تغير النظام ، ذلك أن نص المادة 26 من قانون السجل العيني الذي وضع لتطبيق نظام الشهر العيني هي ذاتها المادة 9 من قانون الشهر العقاري رقم 114 سنة 1946 الذي كان يطبق نظام الشهر الشخصي و التي تنص على أن "...ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".

و توضيحا لهذا المبدأ جاء في الأسباب الموجبة¹ للقرار رقم 188 الذي يمثل قانون الشهر العقاري في لبنان و سوريا "إن العاقدين يكتسبون بمجرد توقيع الصكوك و المقاولات الحق في التسجيل بمعنى أنه يمكنهم طلب تسجيل الحق والواقعة الوارد ذكرها في الصكوك²، إذ تمنع الفريق الناكل عن الفراغ ، و يتم ذلك عن طريق القضاء" . و معنى هذا أن مجرد انعقاد العقد أو التصرف بين طرفيه فإن من بين الحقوق التي تترتب عنه الحق في التسجيل، و الذي بموجبه يجوز لصاحب ذلك الحق أن يطالب في أي وقت، و إذا امتنع الملتزم بذلك جاء مطالبته بتنفيذه عن طريق القضاء.

و قد أكدت هذا المعنى محكمة التمييز اللبنانية التي عدلت عن رأيها الأول الذي لا يمنح حق المطالبة بالقيود و أصبحت تؤكد على ذلك باستمرار في كل مناسبة و أيدت الكثير من الأحكام التي صدرت من محاكم الموضوع معبرة على الرأي الجديد مثل الحكم الذي أصدرته محكمة البقاع الإبتدائية في 28 شباط (فيفري) 1944 و الذي قضت فيه بأن "الملكية و إن تكن لا تنتقل إلا بالتسجيل في السجل العقاري إلا أنه يحق للمشتري صاحب السند العادي أن يطالب بآئعه بالقيام بتعهده بتسجيل العقار في السجل العقاري رضاء و إلا قضاء" ، و حكم محكمة استئناف بيروت الصادر بتاريخ 17 شباط (فيفري) 1947 و الذي قضت فيه "إن عقد البيع العادي و إن كان لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا أنه يخلق بين المتعاقدين مفاعيل قانونية يتمكن معها المشتري من طلب التسجيل بواسطة القضاء"³.

و نفس الاتجاه ذهبت إليه محكمة النقض المصرية لأن البيع العقاري في مصر بيع رضائي ينعقد بدون حاجة لإفراغه في الشكل الرسمي و من ثم فإن إشهارة يبقى التزاما على عاتق الأطراف ، و لذا فإنه إذا ما امتنع أحد المتعاقدين عن تسجيل العقد

¹ عبارة الأسباب الموجبة هي التي تقابل عبارة المذكرة الشارحة أو المذكرة الإيضاحية في مصر و تقابل عبارة عرض الأسباب في القانون الجزائري و المقصود بها المذكرة التي ترافق مشروع القانون قبل المصادقة عليه و التي تظل مرجعا بعد المصادقة لتفسير النصوص و التعرف على مقصد المشرع منها.

² يقصد بالصكوك في نص المادة و في المذكرة الشارحة لها المحررات و السندات و ليس المقصود بذلك طبعا الشيكات.

³ راجع القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 277

جاز للطرف الثاني مطالبتة بذلك لأنه يدخل في صميم التزاماته ، و كذلك فعلت المحاكم في سوريا التي خالفت في كثير من أحكامها قضاء محكمة التمييز أي المحكمة العليا¹. و أكثر من هذا فإن محكمة التمييز اللبنانية قررت أن حق المطالبة بالتسجيل ينتقل من الدائن بهذا الحق إلى ورثته من بعده و أن الالتزام المقابل له ينتقل أيضا من المدين به إلى ورثته من بعده².

و في غياب نص في القانون الجزائري مثل الفقرة الثانية من المادة 11 من القرار 188 اللبناني التي تؤكد حق المتعاقد في مطالبة الطرف الثاني بالشهر، و نظرا لتدخل الموثق غالبا في إبرام العقود و سعيه إلى شهرها في القانون الجزائري فإنني سأعرض لموقف المشرع الجزائري من المسألة من خلال الرجوع إلى القواعد العامة. و لكن قبل ذلك لنضرب المثال التالي : باع شخص لشخص ثان عقارا و تم توثيقه و انعقد صحيحا ، و بعد أن أودعه الموثق لدى المحافظة العقارية قرر المحافظ العقاري إخطار الموثق بوجود خلل يمنع الشهر كنقص في الوثائق أو أن شهادة الهوية الخاصة بالبائع غير ملائمة و أوقف إجراء الشهر إلى حين استكمال تلك الوثائق و تدارك النقص؟ أو أنه قرر مباشرة رفض الإيداع بعد أن انقضت المدة الممنوحة للأطراف لاستدراك النقص أو أنه قرر رفض الإجراء بعد قبوله الإيداع و ذلك دائما لأسباب تعود لوثائق تتعلق بالبائع . فهل يمكن في هذه الحالات للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزامه بالشهر؟ و هل يجوز له الاستناد إلى العقد القائم بينهما لمطالبته بهذا الإلتزام . ؟

مما لا شك فيه أن القواعد العامة في التعاقد تقتضي وجوب التزام كل طرف من أطراف العقد أن يسعى إلى تنفيذ التزاماته كاملة ، ولا تبرأ ذمته إلا بتمام ذلك التنفيذ و هذا ما تقتضي به المادة 107 من القانون المدني بقولها " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية . و لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه

¹ راجع د/منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 274 و ما يليها و القاضي حسين عبد اللطيف (المرجع السابق) ص 278 و ما يليها.

² القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (نفس المرجع) ص 277

فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الإلتزام . ثم جاءت المادة 119 من نفس القانون و أكدت على أنه في حالة إخلال أحد الأطراف المتعاقدة في العقود الملزمة للجانبين فإنه يجوز للطرف الآخر أن يطالبه بالتنفيذ العيني أو بالفسخ مع الحق في التعويض عن الضرر في الحالتين .

و التنفيذ العيني في معناه البسيط هو الوفاء بالإلتزام ذاته الذي تم التعاقد من أجله ، فإن كان بيعا فإن التنفيذ العيني له يكون بنقل الملكية و كذلك الحال لو كان العقد هبة ، و إن كان إيجارا فإن التنفيذ العيني يقتضي تمكين المستأجر من الانتفاع من العين المؤجرة ، و إن كان رهنا فإن التنفيذ العيني يقتضي تخصيص العقار المرهون فورا للدائن المرتهن و حمايته من مزاحمة الدائنين العاديين أو غيره من الدائنين المرتهنين التالين في المرتبة .

إنه و في جميع الفروض السابقة ما عدا الفرض المتعلق بالإيجار فإن التنفيذ العيني للإلتزام الرئيسي في العقود الثلاثة البيع و الهبة و الرهن إذا كان محلها عقارا لا يمكن الوفاء به من طرف المتصرف إلا بتمكين المستفيد أو المتلقي من شهر الحق الثابت له بموجب تلك العقود . و من ثم فإن عدم إشهار عقد ما وارد على عقار أو حق عيني عقاري لا يبرئ ذمة المتصرف من التزامه المتمثل في نقل الحق العقاري ، و عليه بموجب هذا الإلتزام أن يسعى بكل الطرق إلى شهر التصرف أو تمكين المتصرف إليه من شهره و ذلك بتقديم كل وثيقة مفيدة في عملية الشهر و باستدراك كل نقص في الوثائق متى طلب منه ذلك ، بل و عليه أكثر من ذلك أن يمتنع عن كل ما من شأنه عرقلة تنفيذ هذا الإلتزام . فإذا كان الإلتزام بالتسليم ينفذ بالمناولة أو تمكين المستفيد من الحيازة ، فإن الإلتزام بنقل أو إنشاء الحق العيني ينفذ بالشهر ، و طالما أن عملية الشهر لا يقوم بها المتصرف مباشرة في القانون الجزائي فإنه عليه أن يساعد الجهة المكلفة بذلك كالموثق على القيام بها ، و كل امتناع منه أو عرقلة إنما يعد إخلالا بالتزامه العقدي مما يثير و يقيم مسؤوليته.

و قد عبّرت عن هذا بوضوح المادة 361 من القانون المدني الجزائري بخصوص التزام البائع بنقل الملكية في عقد البيع إذ نصت على أنه " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري... ". و عليه فإن كان المبيع منقولاً معينا بنوعه فعلى البائع إفرازه حتى تنتقل ملكيته ، و إذا كان عقارا فعلى البائع تسهيل شهره ، إذ لا يوجد أي مبرر للتفرقة بين التزام البائع في الحالتين ، فإذا كان المشتري بإمكانه إلزام البائع بفرز المبيع و ذلك حتى تنتقل إليه الملكية ، فإنه بإمكانه أيضا مطالبة البائع بالإسهام في شهر التصرف بكل طريقة مناسبة ، و ليس للبائع عندئذ التحجج بكون العقد غير مشهر للتملص من باقي التزاماته و من بينها التزامه بنقل الملكية.

و تختلف هذه الحالة عن تلك الحالة التي قررت فيها المحكمة العليا باجتهادها الشائع المكرس بقرار الغرف مجتمعة الصادر بتاريخ 1997/02/18 و الذي قضت فيه بأن العقد الباطل لا ينتج آثارا حتى بين أطرافه¹ و قياسا على قرارها هذا دأبت المحاكم و المجالس على رفض دعوى المشتري في بيع العقار عرفيا الرامية إلى مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع . ذلك أن هذه الحالة و بحق يكون فيها العقد باطلا و لكن ليس لتخلف الشهر و إنما لتخلف الرسمية التي تعتبر ركنا مكونا للتصرفات العقارية طبقا للمادة 324 من القانون المدني ، و غني عن البيان أن العقد الباطل هو و العدم سواء . و من ثم فلا يجوز الاستناد إلى العدم في المطالبة بتنفيذ التزام لم يتولد أصلا ، و شتان بين هذه الحالة و حالة تخلف الشهر مع التسليم بانعقاد العقد صحيحا.

و خلاصة القول أن العقود الواردة على العقار أو على حق عيني عقاري إذا لم تشهر لأي سبب كان ، فإنها تبقى صحيحة و منتجة لكافة آثارها و مولدة للالتزامات الشخصية المتبادلة بما فيها التزام المتصرف بالسعي إلى شهر التصرف أو تقديم المساعدة في سبيل ذلك لأنه يدخل في صميم التزاماته التي لا يكفي مجرد البدء في

¹ أنظر ما سبق ص 254

تنفيذها للقول ببراءة ذمة الملتزم ، و إنما يبقى ملتزماً بذلك إلى غاية التنفيذ الكامل و النهائي و غير المنقوص لالتزامه بنقل الحق العيني العقاري ، و إذا امتنع عن ذلك جاز مطالبته به قضاءً ، و هذا في اعتقادنا هو الرأي الصواب الذي ينسجم مع النصوص القانونية فضلاً عن انسجامه مع المبادئ العامة في تنفيذ الالتزامات بوجه عام.

الفرع الثاني : حالات خاصة

إذا كان المبدأ العام المستفاد من النصوص الصريحة في قوانين بعض البلاد العربية و من القواعد العامة في القانون الجزائري يقضي بأن التصرف الرامي إلى إنشاء أو نقل أو تقرير أو تعديل حق عيني عقاري إذا لم يكن مشهراً ، فإنه يظل تصرفاً صريحاً و منتجاً لكافة آثاره الأخرى ما عدا الأثر العيني ، و أنه بفضل ما يتولد عنه من التزامات متبادلة تنشئ للمستفيد الحق في مطالبة المتصرف بتنفيذ التزامه المنصب على الحق العيني و ذلك بالسعي في شهر التصرف أو بالمساهمة في عملية الشهر، فإن هنالك حالات خاصة لا يكون فيها ذلك متاحاً للمستفيد.

و معنى ذلك أنه في هذه الحالات لا يستطيع المستفيد l'acquéreur أو المتلقي مطالبة المتصرف بتنفيذ التزامه بشهر التصرف ، إذ لا يبقى له عندئذ إلا الحق في المطالبة بالتعويض أو السعي إلى محو آثار الحق المنافس لحقه و الذي يكون قد نشأ لفائدة متلق آخر¹ ، و ليس ذلك راجعاً لعدم ثبوت حق المتلقي الأول في المطالبة بتنفيذ الالتزام بالشهر، و إنما لأن ذلك التنفيذ الذي يروم المتلقي الحصول عليه يصير مستحيلاً من الناحية القانونية أو المادية².

و يمكن على العموم تصور أربع حالات لا يكون فيها مجدياً مطالبة المتصرف بالسعي إلى شهر تصرفه ، و تتمثل هذه الحالات على الخصوص في الفرض الذي

¹ راجع القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 280

² راجع في تفصيل التفرقة بين الاستحالة القانونية و الاستحالة المادية، الدكتور عبد الوهاب علي بن سعد الرومي (الاستحالة و أثرها على الالتزام العقدي - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني) رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة - كلية الحقوق سنة 1994 من صفحة 119 إلى 125.

يقوم فيه المتصرف بإعادة التصرف مرة ثانية لمتلق آخر بتصرف منصب على نفس العقار محل التصرف الأول و يتم شهر التصرف الثاني مع بقاء التصرف الأول غير مشهر . و الحالة الثانية عندما يخرج العقار المتصرف فيه من ملكية المتصرف قبل شهر التصرف ، و ذلك إما بفعل الإدارة العامة كما في نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة أو بفعل الغير الذي لا يتدخل فيه المتصرف كحجز العقار و بيعه بالمزاد العلني أو كإبطال سنده لسبب كان المتلقي المستفيد عالما به أو من المفترض أن يكون عالما به .

أما الحالة الثالثة فتتمثل في الفرض الذي يكون الشهر فيه ركنا أساسيا في التصرف الذي لم يتم شهره بحيث يؤدي تخلفه إلى بطلان التصرف و من ثم لا يمكن معه للمتلقي أن يطالب المتصرف بتنفيذ التزامه لاستحالة ذلك من الناحية القانونية . أما الحالة الرابعة فهي حالة هلاك العقار محل المعاملة .

و قبل شرح الحالات الأربع المتقدمة تنبغي الإشارة إلى أن الحالة الثالثة لا مكان لها في القانون الجزائري ، إذ أن هذا القانون لا يعرف أي حالة يكون فيها الشهر ركنا في التصرف ، و تبقى بذلك الحالة المذكورة قاصرة على المشرع العراقي والمشرع الأردني و المشرع اللبناني في عقد الهبة و الوعد بالهبة¹، في حين يمكن تفصي موقف المشرع الجزائري من باقي الحالات .

أولا : حالة التصرف الثاني

تتمثل هذه الحالة في الفرض الذي يقوم فيه مالك عقار بالتصرف فيه لشخص أول بعقد لم يتم شهره لسبب معين ، و قبل أن يتم هذا الشهر قام بإعادة التصرف فيه من جديد لشخص ثان و تم شهر هذا التصرف الأخير . ففي هذه الحالة يستحيل على المتلقي الأول أن يطالب البائع بالسعي إلى شهر تصرفه معه لأن العقار يكون قد خرج من ملكيته من جهة ، و من جهة ثانية فإنه من غير الممكن تنفيذ هذا الالتزام في

¹ راجع موقف المشرع العراقي و الأردني و اللبناني بخصوص اشتراط التسجيل كركن في التصرف العقاري بوجه عام في العراق و الأردن و اشتراطه في عقد الهبة و الوعد بالهبة في القانون اللبناني ما سيأتي تفصيله لاحقا ص 380

مصلحة الشهر العقاري و ذلك لسبق شهر التصرف باسم المتلقي الثاني¹. و لكن يحق لنا أن نتساءل هنا عما إذا كان باستطاعة المتلقي الأول باعتباره دائناً للبائع أن يطعن في الشهر الحاصل لفائدة المتلقي الثاني ، و ذلك بالطعن في التصرف الثاني من أجل إزالة العقبة التي تمنعه من مطالبة المتصرف بشهر التصرف الأول ؟.

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي الدخول في موضوع المفاضلة بين التصرفات المتتالية و حجية الشهر في مواجهة الغير الذي يتلقى نفس الحق من نفس المتصرف ، و هذا بالطبع يخرج عن إطار البحث في المبحث الحالي المتعلق بمبحث حجية الشهر فيما بين الأطراف ، و لذا نرجئ الإجابة عنه إلى المبحث التالي حين التطرق لحجية الشهر في مواجهة الغير².

ثانيا : حالة خروج ملكية العقار من يد المتصرف بسبب لا يد له فيه

و المقصود في هذا المقام هو أن تنزع ملكية العقار من المتصرف الذي لم يشهر تصرفه بسبب لا دخل لإرادته فيه ، حتى إذا ما أراد المتلقي مطالبة المتصرف بتنفيذ التزامه بإنشاء أو نقل الحق العيني العقاري وجده قد خرج من ملك مدينه . و لو كان المتصرف قد أجرى التصرف الثاني الذي جرده من ملكيته بإرادته الحرة لكان الأمر سهلا بالنسبة للمتلقي الأول إذا ما أثبت حسن نيته و سوء نية المتلقي الثاني أو تواطؤه مع المتصرف إضرارا به.

غير أنه في هذا الفرض يكون فقد الملكية راجعا لعمل قانوني يقع ضد إرادة المالك و يتحقق ذلك في فرضين . الأول يتمثل في عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة التي تمارسها الإدارة على الأملاك العقارية الخاصة ، و الثاني يتمثل في الحجز على عقار البائع و بيعه بالمزاد في إطار التنفيذ الجبري لالتزام لم تجد محاولة تنفيذه اختيارا نفعا.

¹ راجع القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 280

² أنظر ما سيأتي تفصيله ص 1381

ففي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة الذي تمارسه الإدارة طبقا للقانون 30/90 المتعلق بالأموال الوطنية¹ و القانون 11/91 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية² و النصوص المعدلة و المتممة لهما ، فإنه يعتد في إصدار قرار النزع بالمالك الذي يكون العقار مشهرا باسمه ، و من ثم فلا اعتبار للمتلقي الذي لم يتم شهر تصرفه . و يصدر قرار نزع الملكية في مواجهة المالك الأصلي أي المتصرف البائع ، و بذلك يتمتع على المشتري أو المستفيد الذي لم يشهر عقده أن يطالب البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية عن طريق السعي في عملية الشهر ، ذلك أنه سيضطدم عندئذ بالوضع الجديد الناشئ عن قرار نزع الملكية الذي يؤدي إلى انتقال ملكية العقار للهيئة المستفيدة من قرار النزع و التي لا يمكن منازعتها من طرف المشتري أو المتلقي و لا يكون له عندئذ سوى دعوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر من البائع الذي يكون قد تسبب في تعطيل الشهر إلى أن تم نزع الملكية .

أما في الفرض الثاني فإن التنفيذ على عقار يتم في مواجهة مالكة الذي هو مسجل باسمه و من ثم فإنه إذا ما بادر دائن البائع المتصرف إلى الحجز على عقاره و بيعه بالمزاد العلني تنفيذا لسند تنفيذي بيده في مواجهة المالك الأصلي ، فإن ذلك يؤدي إلى خروج ملكية العقار المبيع من يد البائع و انتقالها إلى يد الراسي عليه المزداد و بذلك لا يمكن للمتلقي أو المشتري الذي لم يشهر عقده ، أن يطالب المتصرف بالسعي إلى الشهر و ذلك لاستحالة تنفيذ الالتزام المطلوب .

ثالثا : حالة هلاك المبيع

يمكن تصور هذه الحالة في الفرض الذي يكون فيه الحق المتصرف فيه الذي لم يشهر واردا على سكن أو أي مبنى آخر، بحيث أنه لا يمكن تصوره في العقارات الفضاء من أراض زراعية و غيرها لأن هذه الأخيرة يصعب تصور هلاكها. وعليه

¹ القانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 52 بتاريخ 1990/12/02 المتمم بالقانون 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 44 بتاريخ 2008/08/03 .

² القانون 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 21 بتاريخ 1991/05/08 .

فإذا ما باع شخص سكنا لآخر و لم يتم شهر التصرف أو تأخر الشهر حتى سقط السكن أو هدم لسبب من الأسباب ، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية لا اختيارا ولا قضاءا و ذلك ببساطة لزوال محل الالتزام ، وعلى هذا فلا يكون مجديا للمشتري أو المتلقي أن يطالب البائع أو المتصرف بتنفيذ التزامه بنقل الملكية¹.

رابعا : حالة اشتراط الشهر كركن في التصرف

إن هذه الحالة تضاف إلى الحالات الثلاث السابقة التي لا يمكن فيها للمتعاقد أن يطالب المتصرف بأن ينفذ التزامه بنقل أو إنشاء الحق العيني العقاري . و تتمثل في الفرض الذي يكون فيه الشهر ركنا في العقد لا ينعقد إلا به . و هذا يجد له مثيلا في القانون العراقي الذي يعتبر الشهر و التسجيل ركنا في التصرفات العقارية ، بحيث أنه إذا ما تخلف الأطراف في تسجيل تصرفهم فإن القانون العراقي لا يعترف لهذا التصرف بوجود ، و من ثم فإنه يعد تصرفا باطلا و غير منتج لأي أثر حتى بين أطرافه² . و شبيه بهذه الحالة ما يشترطه المشرع اللبناني لانعقاد عقد الهبة و الوعد بالهبة ، إذ يعتبر القيد ركنا مكونا فيهما ، فإذا تخلف هذا الركن اعتبر عقد الهبة غير موجود ، و بالتالي يكون موجب أو التزام القيد غير موجود أيضا ، لأن هذا الموجب ينشأ من العقد و العقد لم يتم ، و لذلك قضت محكمة استئناف بيروت في 12 شباط 1947 بأن " هبة العقار بسند عادي أو رسمي لا تخول الموهوب له حق طلب قيدها في السجل العقاري لأن هبة العقار عمل خطير للغاية ، و لذلك جعل القانون من قيدها في السجل العقاري عنصرا أساسيا من عناصر تكوينها لا تتم بدونه"³.

و مسايرة لنفس الموقف الذي اتخذه المشرع العراقي، فإن المشرع الأردني اشترط التسجيل أيضا كركن في عقود بيع العقار و مبادلته و إفرازه و قسمته ، حيث تنص المادة 16 فقرة 3 من قانون تسوية الأراضي و المياه رقم 40 الصادر بتاريخ

¹ راجع في أثر هلاك المحل على الالتزام رسالة الدكتور عبد الوهاب علي بن سعد الرومي المشار إليها سابقا ص 577 و ما يليها.

² راجع في القانون العراقي كيف يعتبر التسجيل ركنا في العقد الرامي إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو تقرير حق عيني عقاري كل من د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 261 و ما يليها و د/ عبد المجيد الحكيم (شهر التصرفات العقارية في القانون العراقي) مقال - مجلة المحاماة ع 5 ص 52 ص 153 .

³ القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 283

1952 على أنه " في الأماكن التي تمت التسوية فيها¹ لا يعتبر البيع و المبادلة والإفراز و المقاسمة في الأرض أو الماء صحيحا إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل" . و شرحا لهذا النص ذهب الفقه الأردني و العربي و وافقته محكمة التمييز الأردنية إلى أن البيع العقاري و غيره من التصرفات المذكورة في المادة 16 فقرة 3 من قانون تسوية الأراضي و المياه هو عقد شكلي لا ينعقد إلا بالتسجيل و يكون باطلا بطلانا مطلقا و غير مرتب لأي أثر ما لم يسجل في دائرة التسجيل المختصة و أن بعض آثاره العرضية ، إنما تترتب عنه باعتباره واقعة قانونية و ليس باعتباره بيعا ، بل و أنه أكثر من ذلك فإن كل معاملة جرت خلافا لهذا النص تكلف أطرافها غرامة مالية لا تتجاوز خمسة دنانير أردنية عملا بنفس المادة².

المبحث الثاني

حجية الشهر في مواجهة الغير

إن موضوع حجية الشهر بالنسبة للغير يكتسي أهمية بالغة في تحديد نطاق هذه الحجية بالنسبة للأشخاص الذين يحتج ضدهم و الذين لا يمكن الاحتجاج ضدهم وكذلك في تحديد مدى هذه الحجية من حيث الموضوع و ذلك بتحديد العقود و التصرفات التي تحوز الحجية و تلك التي تفتقر لتلك الحجية . و لقد اختلفت تشريعات الدول في تحديد نطاق و مدى حجية الشهر في مواجهة الغير³ ، و مرد ذلك راجع إلى طبيعة نظام الشهر المعتمد في كل دولة .

ففي الدول التي تتبع نظام الشهر الشخصي و خير مثال على ذلك فرنسا ، ليس للشهر أثر بين الأطراف ، فهو لا ينشئ الحق⁴ و إنما كل ما يؤديه الشهر من دور هو إعلام الغير و ترتيب الحجية في مواجهته ، و لذلك يعد موضوع حجية الشهر في

¹ يقصد بالتسوية في النص، أنها لم تعد محلا لأي نزاع حول ملكيتها أو الانتفاع بها.

² د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 308 و ما بعدها.

³ Stéphane Piedelievre. Op- cit p 241

⁴ Marie- Noelle Jobard- Bachelier p 138

مواجهة الغير في القانون الفرنسي العمود الفقري لبحث الشهر ككل¹ و يشكل النطاق الأوسع للبحث و التشريع و القضاء على حد سواء . و لذلك فإن بحث أثر الشهر على الغير في القانون الفرنسي يتسم بالتفريع و التشعب و العمق و يطرح مسائل قانونية غاية في الدقة و الصعوبة و ذلك لكون الشهر العقاري في فرنسا و ضع أكثر لمصلحة الغير منه لمصلحة الأطراف²، و رعاية لتلك المصلحة راح المشرع الفرنسي يضع النصوص في هذا الاتجاه إلى أن صار موضوع حجية الشهر في مواجهة الغير بهذا الحجم المطروح هناك.

أما في الدول التي تتبع نظام الشهر العيني ، فإن الموضوع ليس مطروحا بنفس العمق ذلك أن حجية الشهر في مواجهة الغير لا تشكل إلا فرعا من موضوع الحجية ككل الذي يشمل إلى جانب ذلك حجية الشهر بين الأطراف و في مواجهة الغير بالمعنى العام لهذه الكلمة و ليس بالمعنى الخاص فقط المطروح في القانون الفرنسي³ . و علاوة على ذلك فإن مبادئ نظام الشهر العيني كمبدأ الأثر المنشئ و الأثر المطهر و عدم جواز الكسب بالتقادم تغني عن البحث فيما ثار من مشكلات عملية في حقل حجية الشهر في مواجهة الغير في فرنسا لأن مبدأ الرضائية السائد في فرنسا و انعدام الأثر المنشئ للشهر بحيث ينتقل الحق بمجرد التعاقد أدى إلى بروز مشكلة تزامم الحقوق المتنقلة من نفس المتصرف بتصرفات متتالية في فتح الباب على مصراعيه في التشريع و الفقه و القضاء في فرنسا لتناول موضوع المفاضلة بين الحقوق و ابتكار معايير تلك المفاضلة بدءا بمعيار العلم ثم الغش ثم التواطؤ كمعايير لتحديد حسن أو سوء نية الغير⁴ .

¹ حيث وصف الفقه الفرنسي الحديث حجية الشهر في مواجهة الغير باعتبارها قلب الشهر العقاري le cœur de la publicité . راجع في بيان ذلك : Philippe Malaurie et Laurent Aynes (les biens- la publicité foncière) 4^{ème} ed 1998 Ed cujas Paris P 376.

² Stéphane Piedelievre Op-cit p 19 - Gabriel Marty et Pierre Raynaud Op-cit p 465-466
³ إن الغير الذي يقصده القانون الفرنسي في موضوع حجية الشهر له معنى خاص و ضيق ينحصر في الخلف الخاص للمتصرف الذي اشهر و يشترط لاعتباره خلفا خاصا بالنسبة ليصبح غيرا في مفهوم النص ثلاثة تتحمل في أن يكون خلفا خاص لنقد المتصرف و أن يتلقى من حق خاضعا للشهر و أن يقوم فعلا بالشهر لحقه و هو بخلاف المعنى العام للغير الذي يعني كل من لم يكن طرفا في العلاقة أو الكافة و سنأتي على تفصيل ذلك لاحقا - راجع ما سيأتي ص ؟
⁴ Marc Levis (l'opposabilité du droit réel) ed Economica Paris p 18- Alain Fournier op- cit p 35.

كما أن ازدواجية نظام الشهر في فرنسا و تقسيمه إلى شهر من أجل الحجية *publicité à fin d'opposabilité* و شهر من أجل الإعلام *publicité à fin d'information*¹ عمق من دقة الموضوع و أدى إلى التمييز بين حجية الشهر في نطاق النوع الأول و التصرفات التي يشملها و بين حجيته في نطاق التصرفات التي يشملها النوع الثاني من الشهر² . و إذا أضفنا إلى ذلك كله توزيع قواعد الشهر في فرنسا بين القانون المدني الذي يطبق القواعد العامة في الحجية القائمة على نبد الغش و بين القوانين الخاصة بالشهر المتسمة بالتقنية و النظرة النفعية³ ، فإن الصورة ستتضح و تنبئ إلى أي حد يختلف موضوع حجية الشهر في مواجهة الغير في القانون الفرنسي عنه في القوانين التي تطبق نظام الشهر العيني .

أما القانون الجزائري باعتباره حديث النشأة و ينهل مبادئه من النظامين الشخصي و العيني و يزاوج بينهما بشكل متعارض أحيانا ، فإنه لم يول موضوع حجية الشهر في مواجهة الغير العناية و الاهتمام اللازم ، إذ لم يتناوله إلا في بضع مواد يصعب تحديد المذهب الذي أدى به إلى صياغتها بالشكل الذي هي عليه ، كما أن قلة هذه النصوص و غموض صياغتها يترك المجال واسعا لمخالفة إرادة المشرع و التحجج بالفهم الفردي للنص و تفسيره وفق المصلحة الخاصة . و هذا ما يدعو إلى تناول موضوع حجية الشهر في مواجهة الغير في نظام الشهر الشخصي وفق المنظور الفرنسي الذي أخذ عنه المشرع الجزائري بعض الأحكام في هذا النطاق⁴ ، ثم تناوله

¹ أنظر في هذا الشأن:

Marie - Noele Jobart Bachelier op- cit p 137

Philippe Malaurie & Laurent Aynés op- cit p 376

Stéphane Piedelievre op- cit p 243²

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op- cit p 542³

⁴ مثل المادة 86 من المرسوم 63/76 التي تتشابه إلى حد بعيد مع نص المادة 30 / 1/ فقرة 4 من مرسوم 4 جانفي 1955 المتعلق بالشهر العقاري في فرنسا حيث تنص المادة 86 من المرسوم 63/76 على " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر ، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إظهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون ، تطبيقا للقانون . " و في صياغتها باللغة الفرنسية تنص المادة 86 على أن :

La résolution ou la révocation ; l'annulation ou la rescision de droits réels immobiliers ; lorsqu'elle produit un effet rétroactif ; il n' est opposable aux ayants cause du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si cette résolution ; révocation ; annulation ou rescision a lieu de plein droit ; en application de la loi ."

و تنص المادة 1/30 فقرة 4 من مرسوم 4 جانفي 1955 الفرنسي على أن:

في نظام الشهر العيني الذي يأخذ منه المشرع الجزائري عددا غير قليل من مبادئ أيضا ، لنتهي في آخر المطاف التي تقصي موقف المشرع الجزائري بهذا الخصوص و ذلك في المطالب الثلاثة الموالية .

المطلب الأول : حجية الشهر في مواجهة الغير في نظام الشهر الشخصي

كما سبقت الإشارة إليه¹ فإن نظام الشهر الشخصي لا يعترف بالأثر المنشئ للشهر و لا بالقوة الثبوتية المطلقة له، إذ ينشأ الحق العيني العقاري بمجرد انعقاد التصرف صحيحا² ، و بذلك تصبح له حجية بين أطرافه لا تحتاج إلى الشهر. غير أنه حتى يكون للحق المكتسب حجية في مواجهة الغير فإنه لا بد من شهره ، وفي غياب هذا الشهر فإن الغير يستطيع أن يتجاهل وجود الحق و يعترض عليه ولا يكون حجة عليه.

و لكن يجب ألا يفهم بمصطلح الغير أنه يقصد به الكافة الذين لم يكونوا طرفا في التصرف المشهر، فهؤلاء الغير بالمعنى العام لا شأن لهم بالشهر، ولا يؤثر في مواجهتهم أن يكون الحق مشهرا أم لا ، إذ أن من يكتسب حقا بتصرف غير مشهر لا يجد أي مشكل تجاه الكافة في إثبات حقه بمجرد إظهار السند المتضمن التصرف حتى و لو لم يكن مشهرا ، إنما يكون هذا المتلقي في حرج من أمره أمام الغير الذي يكون قد كسب هو الآخر حقا منافسا على نفس العقار . فهدف الشهر العقاري في فرنسا هو حل النزاع في حالة تنازع أصحاب الحق الواحد الذين يتلقون حقهم من نفس المتصرف أو من يقوم مقامه و هذه القاعدة لا ترد عليها إلا استثناءات قليلة جدا يكون فيها الغير مقصودا منه الكافة ، و هي استثناءات تدخل ضمن النظام الخاص للحجية الذي يقوم إلى جانب النظام العام الذي يشكل القاعدة³.

"la résolution ou la révocation ; l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1° de l'article 28 ; lorsqu'elle produit un effet rétroactif ; n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si la clause réside dans la loi . "

¹ أنظر كل من : Marie Noelle Jobert Bachelier op-cit p 138

Stéphane Piedelievre op-cit p 241

و كلاهما يستشهد بالمادتين 1138 و 1583 من القانون المدني الفرنسي التي تقر بانتقال الحق العيني العقاري بمجرد تبادل الرضا عملا بمبدأ الرضائية

² Philippe Malaurie et Laurent Aynes op-cit p 380

³ Stéphane Piedelievre op-cit p 246

الفرع الأول : النظام العام للحجية le régime général de l'opposabilité

يتمثل النظام العام للحجية هنا فيما ينتجه الشهر من حجية في مواجهة الغير بالمعنى الخاص ، و هو الذي يتلقى حقا منافسا و مزاحما لحق آخر تلقاه شخص آخر من نفس المتصرف ، و هنا يلعب الشهر دور التفضيل حيث تكون الأفضلية لمن أشهر حقه أولا ، و لا عبرة بتاريخ العقد إلا إذا تم الشهر في نفس اليوم . و لكن ليس كل الغير يستفيد من قاعدة عدم الحجية الناتجة عن عدم الشهر أو عن الشهر اللاحق ، فمفهوم الغير يثير نقاشا دقيقا يستدعي التوضيح ، كما أن نطاق الحجية أو عدم الحجية ليس دائما مطلقا ، فأحيانا لا تكون الحجية إلا نسبية ، و لهذا نتناول أولا المقصود بالغير ثم مدى هذه الحجية .

أولا : المقصود بالغير

إن الشهر العقاري في فرنسا موضوع للفصل في تنازع الحقوق بين المتصرف إليه و بين من يتلقى الحق من نفس المتصرف و المفاضلة بينهما ، و من ثم فإن المتصرف إليه إذا نازعه الغير في حقه الذي تلقاه من نفس المتصرف ، فإن المتصرف إليه يمكنه أن يحتج ضد هذا الغير بكونه أشهر حقه في حين لم يشهر الغير حقه أو تأخر في إشهاره إلى ما بعد إشهاره هو لحقه . و على هذا فإن الغير الذي لا يمكن للمتصرف إليه أن يحتج عليه بالشهر و بالتالي ينازع المتصرف إليه في حقه و لا يكون الشهر حجة عليه هو الغير الذي يكون قد تلقى حقه من نفس المتصرف أو من يقوم مقامه كورثته أو ممثله القانوني أو وكيله والذي يبادر إلى شهر حقه قبل المتصرف له و ذلك وفق التفصيل التالي .

1- الغير الذي لا يحتج ضده بالحق

تنص المادة 30 فقرة 1 من مرسوم 4 جانفي 1955 الساري في فرنسا على أن "العقود و القرارات القضائية الخاضعة للشهر تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 28 من

هذا المرسوم لا تكون لها حجية في مواجهة الغير الذي اكتسب على نفس العقار و من نفس المتصرف حقوقا منافسة بناء على عقود أو قرارات خاضعة لالزامية الشهر و التي تم شهرها فعلا أو الذي قيد امتيازاً أو رهناً . كما لا تكون لتلك العقود الحجية إذا تم شهرها بعد شهر الحقوق التي يحتج بها الغير . و مع ذلك لا يمكن التمسك بالأحكام السابقة من قبل الغير المكلف بشهر الحقوق المنافسة و لا خلفهم العام¹.

و عليه فإن المشرع الفرنسي حصر مهمة الشهر المقرر للحجية à publicité fin d'opposabilité في حل النزاع بين أصحاب الحقوق الذين يكونوا قد تلقوا هذه الحقوق من المالك و بين الغير الذي تلقى هو الآخر حقا منافسا أو مزاحما من نفس المالك ، و حدد بالنص المتقدم لمن تكون الأفضلية . أما الغير الذي يخرج عن نطاق التعريف السابق فلا إشكال في أنه ليس من حقه أن يتمسك بعدم إشهار حق المتصرف إليه أو تأخر إشهاره .

و أما الغير الذي يمكنه أن يتمسك بعدم شهر حق المتصرف له أو تأخر شهره فقد اجتهد الفقه الفرنسي في تعداد الشروط التي لا بد أن تتوفر فيه و ذلك من خلال نص المادة 30 سالفه الذكر . و من خلال نفس النص و أحكام محكمة النقض استثنى هذا الفقه طائفتين من الغير لا يجوز لهم رغم استيفائهم الشروط أن يدفعوا بعدم الشهر أو تأخره . و تتمثل الشروط المطلوبة في الغير الذي يستطيع أن ينازع صاحب الحق الغير المشهر أو الذي تأخر شهره فيما يلي :

الشرط الأول : أن يكون الغير خلفا خاصا لنفس المتصرف

Art 30/1° du décret du 04 janvier 1955

"Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont ; s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui sur le même immeuble ont acquis du même auteur des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques invoqués par les tiers ont été antérieurement publiés. Ne peuvent toutefois se prévaloir de cette disposition les tiers qui étaient eux même chargés de faire publier les droits concurrents, ou leurs ayant cause à titre universel" .

و يكون كذلك إذا اكتسب حقا مزاحما من نفس السلف ، و لذلك لا يمكن تصور إثارة الدفع بعدم الشهر من أحد طرفي التصرف لعدم توفر صفة الخلف الخاص لديه¹، كما لا تتوفر هذه الصفة لدى ممثلي الطرفين أو وكلاءهم و لا خلفهم العام أو ورتتهم فلا يجوز لورثة المتصرف أن يدفعوا بعدم شهر حق المتصرف إليه ، ذلك أنهم يمثلون استمرارا لشخصية مورثهم و عليهم يقع عبء تحمل التزامات مورثهم . و لا يكفي أن يكون الغير خلفا خاصا و حسب ، بل يشترط أن يكون خلفا خاصا لنفس المتصرف أي قد تلقى حقه من نفس المتصرف الذي تلقى منه المنافس له حقه الذي لم يشهره أو تأخر في شهره ، أما إذا كان النزاع قائما حول نفس الحق ولكن بين شخصين تلقى كل منهما حقه من متصرف مختلف عن الآخر، فإن الشهر العقاري و قواعده لاسيما أسبقية الشهر ليست كفيلا بحل النزاع ، إنما حله يقتضي البحث في من كان المالك الحقيقي للحق محل النزاع و من لم يكن كذلك ، فيثبت الحق لمن تلقاه من المالك و يزول حق من تلقاه من غير المالك².

و قد ثارت هنا صعوبة عملية تخرج عن نطاق السير المألوف لدور الشهر و ذلك في الفرض الذي يتنازع الحق شخصان ، أحدهما تلقى حقه و أشهره نتيجة تصرف إرادي من المالك و الثاني تلقى نفس الحق و لكن عن طريق الحيازة و التقادم المكسب و لم يشهر حقه ، فبالرغم من أن هذا الأخير لم يشهر حقه إلا أنه يفضل على الأول تطبيقا لقواعد القانون المدني الفرنسي . و قد حاول البعض تبرير هذا التفضيل الخارج عن القاعدة في كون الحائز المكتسب تلقى حقه من القانون و أن القانون لا يلزمه بشهر التقادم ، و لذلك يفضل على من تلقى حقه من المالك رغم أنه أشهر حقه³.

الشرط الثاني : أن يتلقى حقا مزاحما على نفس العقار

¹ Stéphane piedelievre op-cit p 248

² رفضت محكمة النقض الفرنسية إعطاء صفة الخلف الخاص لنفس المتصرف لمن تلقى حقه من أحد الشركاء على الشيوع الذي تصرف في جزء أكبر من نصيبه و ذلك في قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى في 29 ديسمبر 1954 (أنظر Jcp ed G 1986 II 20529 مع تعليق الأستاذ Dagôt).

و خلاف هذا الحكم اعتبرت نفس المحكمة أن التصرف صادر من نفس السلف في فرض تلقى فيه شخص حقه العقاري من المورث قبل وفاته في حين تلقى الغير المنافس له نفس الحق من الوارث بعد وفاة المورث و ذلك في قرار لها صادر عن الغرفة المدنية الأولى في 14 جوان 1961 أنظر Gazette du palais و Jcp ed G 1962 II N° 12472 note Bulté

1961 N° 266

³ Stéphane Piedelievre op-cit p 250

يعدّ هذا الشرط مناط النزاع إلا أن المادة 30 فقرة 1 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 لم تفصح عن المقصود بعبارة الحقوق المزاحمة أو المنافسة *droits concurrents* ، فتركت بذلك للقضاء باب الاجتهاد مفتوحا في تحديد المقصود من العبارة ، فتعامل القضاء الفرنسي مع كل حالة تعرض عليه على حدى حتى تكون لديه المفهوم المستقر للعبارة ، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية إعطاء صفة الحق المزاحم في حالة صدر فيها قرار بنزع ملكية مس كل الحقوق المثقلة لعقار و ذلك بقرار أصدرته الغرفة المدنية في 01 أوت 1939¹ .

أما الفقه فقد اشترط في الحق ليكون فعلا حقا مزاحما أن يكون مما يتعارض مع حق المتصرف إليه الذي لم يشهر حقه أو تأخر في شهره ، أو على الأقل مما يزعج و يربك انتفاع المتصرف إليه بحقه و عبر عن ذلك بعبارة " *droit incompatible*"² ، كأن يكون النزاع بين حقي ملكية أو بين حق ملكية و حق ارتفاق . ففي المثال الأول يتعارض الحقان بحيث لا يمكن ثبوتهما معا ، و في الفرض الثاني فإن ثبوت الارتفاق و إن كان لا يتعارض مع ثبوت الملكية للغير إلا أنه من شأنه أن يزعج (*nuire*) المالك الجديد و يربك انتفاعه ، و لهذا فإن المالك الجديد يمكنه إذا أشهر عقده أن يحتج بعدم شهر حق الارتفاق و يتجاهل وجوده³ .

هذا و أعطت المادة 30 فقرة 1 سائلة الذكر صفة صاحب الحق المزاحم بقوة القانون إلى الغير الذي قيد امتياز عقاريا أو رهنا رسميا على نفس العقار محل التصرف . و هو أمر طبيعي و تحصيل حاصل كما وصفه بعض الكتاب ، ذلك أن حالة المزاحمة واضحة و جلية بين المشتري لعقار الذي لم يشهر بيعه و بين المرتهن أو صاحب حق الامتياز الذي بادر إلى قيد حقه⁴ .

¹ Stéphane piedelievre op-cit p 250

² Gabriel Marty et Pierre Raynaud op cit p 53

Philippe Malaurie et Laurent Aynes op-cit p 381

³ د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص92.

⁴ Stéphane Piedelievre op-cit p 251

و استتنت المادة 30 في فقرتها الرابعة من المرسوم الصادر في 4 جانفي 1955 الموصى له بشيء معين من أموال الموصي le légataire à titre particulier ، حيث أنه لا يمكنه أن يعترض على حق شخص آخر تلقى الحق العيني العقاري المزاحم من الموصي قبل وفاته حتى و إن لم يتم هذا الأخير بإشهار حقه ، فهنا لا يجوز للموصى له باعتباره غيرا و خلفا خاصا للمتصرف في نفس الحق و يحوز حقا مزاحما أن يدفع بعدم إشهار حق المتصرف إليه و هذا خلافا للقواعد العامة¹.

و تبريرا لهذا الوضع يعتمد الفقه الفرنسي على الأحكام الخاصة بالرجوع عن الوصية و إلغائها ، إذ يعتبر التصرف اللاحق للموصي في المال الموصى به بمثابة رجوع عن الوصية و إلغاء لها ، بحيث لا يمكن للشهر أن يعيد إحياء هذا الحق الملغى ضد رغبة من ألغاه ، و انطلاقا من هذا فإن الموصى له لا يبقى لديه حق مزاحم ينازع به المالك الجديد . و علاوة على ذلك وجد بعض الفقه تبريرا آخر للوضع وهو أن الأمر يتعلق بتنازع بين شخصين أحدهما مهدد بتفويت فرصة الكسب فقط وهو الموصى له الذي أشهر حقه و ثانيهما مهدد بخطر ضياع حقه و هو المتصرف إليه بالتصرف غير المشهر أو المتأخر في شهره ، و تطبيقا لقواعد الإنصاف و العدل فإنه يرجح حق المتصرف إليه على حق الموصى له بصرف النظر عن أحكام الشهر العقاري².

و على هذا فإن الدائنين العاديين للمتصرف لا يملكون إمكانية الاعتراض على حق المتصرف إليه الذي تلقى حقه العيني العقاري أو اشترى عقارا يملكه المدين و لم يتم بشهره ، ذلك أن هؤلاء الدائنين ليس لديهم حق عيني مزاحم بالمفهوم المتقدم . و علاوة على ذلك فإن حقوقهم في الضمان العام ليست واقعة على نفس العقار فقط و إنما على كل أموال المدين ، و فضلا عن ذلك فإن حقوقهم ليست من الحقوق

¹ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 532

² Stéphane Piedelievre op-cit p 251

الخاضعة للشهر و هو ما تشترطه المادة 30 فقرة 1 صراحة العبارة " soumis à la " même obligation de publicité"¹ .

و لهذا فإنه إذا ما أراد هؤلاء الدائنون أن يعيدوا العقار المبيع إلى الضمان العام فما عليهم إلا أن يسلكوا طريقا آخر هو طريق الدعوى البولصية للحكم بعدم نفاذ التصرف بشرط أن يثبتوا الغش و التواطؤ و نية الإضرار، أو أن يسعوا للتحويل إلى خلف خاص بالمعني الذي تتطلبه أحكام الشهر العقاري و ذلك بالحصول على رهن اتفاقي قضائي² أو بالاستفادة من وفاة المدين لتسجيل امتياز يسمى في القانون الفرنسي امتياز فصل الذمم "le privilège de la séparation des patrimoines" و هو عبارة عن حق عيني خاضع للشهر، و من ثم فإنه و ابتداء من إشهار هذا الحق يمكنهم التحوّل إلى خلف خاص يملك حقا مزاحما من نفس المتصرف و على نفس العقار و عن طريق الإسراع بالحجز على العقار و إشهار سند الحجز لأن في هذه الحالة أيضا يستفيد الدائن الحاجز من عدم نفاذ تصرفات مدينه غير المشهرة عملا بالمادة 696 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم³.

الشرط الثالث : أن يكتسب الغير حقا خاضعا للشهر

إن الشهر العقاري في فرنسا يهدف كما سبقت الإشارة إليه إلى حل التنازع بين أصحاب الحقوق المتنازعة الذين يتلقون حقوقهم من نفس المتصرف و على نفس العقار بشرط أن يكون كلا الحقيين من الحقوق الخاضعة للشهر و ذلك حتى يمكن أعمال قاعدة أسبقية الشهر و تفضيل من بادر إلى شهر حقه قبل الآخر ليتمكنه أن يحتج في مواجهة الثاني بعدم شهر تصرفه أو تأخره في شهره . و مؤدى هذا الشرط أن أعمال قاعدة عدم الحجية l'inopposabilité تتطلب وحدة النظام الذي تخضع له الحقوق المتزاحمة ، إذ لا بد أن تكون خاضعة لنفس نوع الشهر بأن تكون كلها خاضعة للشهر

¹ Henri Léon Mazeaud et Jean Mazeaud par Michel de Juglart (leçons de droit civil-Tome troisieme "sùretés – publicité foncière") Edition Mont chrestien . Paris p 626.

² Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 533

³ Stéphane Piedelievre op- cit p 253-254

من أجل الحجية *soumis à la publicité à fin d'opposabilité*¹. و من ثم فإنه يمكن مثلا للمشتري للعقار أو الدائن المرتهن أو صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أن يستفيد من أحكام الشهر العقاري و يدفع بعدم شهر الحق المزاحم له أو تأخر شهره لأن هؤلاء كلهم يحوزون حقوقا خاضعة للشهر².

و خلافا لهؤلاء فإن أصحاب الحقوق الشخصية غير الخاضعة للشهر كالأيجار أقل من 12 سنة لا يمكنه أن يحتج و يعترض على حق المتلقي الغير المشهر ، و أكثر من ذلك فإنه حتى أولئك الذين يكسبون حقوقا خاضعة للشهر و لكن من نوع الشهر من أجل الإعلام فقط *publicité à fin d'information* و ليس الشهر من أجل الحجية *publicité à fin d'opposabilité* لا يمكنهم الاعتراض على حقوق المتصرف إليه الذي لم يشهر حقه ، و مثل هؤلاء الموصى له بالتركة *légataire universel* أو الموصى له بنصيب منها *légataire à titre universel* و الوارث و المتقاسم³. أما الموصى له بمال معين من التركة *légataire à titre particulier* فقد أجازت له المادة 30 فقرة 4 من مرسوم 4 جانفي 1955 التمسك بعدم شهر التصرفات الصادرة من الموصي أو تأخر شهرها بعد إشهاره هو لحقه ، و ذلك على سبيل الاستثناء من الشرط المتعلق بخضوع الحقوق المتنازعة لنفس نوع الشهر⁴.

الشرط الرابع : أن يكون الغير قد سبق إلى شهر حقه

إن مبدأ تفضيل التصرف المشهر على التصرف غير المشهر و تفضيل الشهر الأسبق على الشهر اللاحق في التاريخ يقتضي أن يكون الغير الذي يدفع بعدم حجية الحق المزاحم لحقه قد بادر إلى شهر حقه في مصلحة الشهر قبل أن يبادر صاحب الحق المزاحم إلى ذلك⁵ و إلا فإنه لا يمكن إعمال قاعدة الأسبق في الشهر أفضل "prior tempore potiore jure". و على هذا فإن الغير الذي يحوز حقا تلقاه من

¹ د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 92

² Stéphane Piedelievre op cit p 254

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 534

⁴ أنظر في هذا الشأن تعليق Philippe Simler et Philippe Delebecque على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 20 مارس 1991 منشور في مجلة "revue de droit immobilier" سنة 1992 السنة 14 العدد 1 (جانفي-مارس) ص 103.

⁵ للتفصيل أكثر في هذا الشرط راجع :

Alain Fournier op-cit p 36

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 534

المتصرف نفسه و الذي لا يتوفر لديه هذا الشرط ، أي أنه لم يشهر حقه فإنه لا يستطيع أن يعترض على الحقوق المزاحمة التي أشهرها صاحبها ، و بدلا من أن يستفيد هو من قاعدة عدم الحجية في مواجهة المزارحين ، فإن هؤلاء المزارحون هم من يستفيدون من القاعدة في مواجهته¹.

و من أجل المفاضلة فإن الأولوية تكون للذي أشهر حقه في مواجهة من لم يشهر حقه ، و في حالة إشهار كلا المتخاصمين لحقوقهما فإن الأفضلية لمن سبق في الشهر، و تاريخ الشهر الذي يعتد به في الترتيب هو تاريخ إيداع الوثائق اللازمة للشهر على أن يتم الشهر النهائي فعلا و في الآجال² . أما إذا تم إشهار الحقين في نفس اليوم فإن القانون الفرنسي حلّ المشكلة بتزجيج التصرف الأسبق في تاريخ انعقاده ، فإذا كان لهما نفس التاريخ فإن القانون يعطيها نفس الرتبة (le même rang) مع تفضيل قيد الرهون على العقود الناقلة ، فإذا كان الحقان المتنازعان ناشئان عن عقدي رهن فإن الأحكام الخاصة بترتيب الرهون هي الكفيلة بحل التزاحم³.

2- الغير المحروم من المزاحمة بحقه

خلافًا للقاعدة العامة حيث يستفيد الغير الذي تتوفر فيه الشروط الأربعة السالفة الذكر من إمكانية الدفع بعدم شهر الحق المزاحم أو تأخر شهره ، فإن هناك من الغير من تتوفر فيه كافة الشروط السابقة من كونه خلفا خاصا لنفس المتصرف في حق خاضع للشهر و ارد على نفس العقار و مشهر فعلا و مع ذلك يحرمه القانون من المزاحمة بحقه الذي تلقاه⁴ ، و قد استند القانون الفرنسي و القضاء المؤيد له في هذا

¹ Stéphane piedelievre op-cit p 254

² Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 534

³ من أجل الاطلاع على أكثر تفصيل في مسألة المفاضلة بين الحقوق راجع :

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 535 et suivantes

Alain fournier op-cit p 36 et 39 et 40

و راجع أيضا تعليق الأستاذ Henry bulté على حكم أصدرته محكمة باريس في 29 جوان 1964 و هو الحكم المنشور في مجلة "la semaine juridique" العام 1965 الحكم القضائي رقم 13977 و راجع أيضا تعليق الأستاذ Jean dennis Bredin على نفس الحكم المنشور في مجلة "revue trimestrielle de droit civil" لسنة 1965 ص 376.

⁴ راجع Alain fournier op-cit p 36 N° 481 ، و قد أبرز الفكرة في تعليقه على قرار أصدرته الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 أكتوبر 1973 منشور بمجلة Gazette du palais سنة 1974 عدد 1 ص 31 و الذي قضت فيه المحكمة المذكورة لفائدة دار للعجزة حيث قام رئيس اللجنة الإدارية التابع لها بشراء قطعة أرض سبق أن بيعت لدار العجزة (hospice) بموجب عقد رسمي غير مشهر و قد بررت المحكمة حكمها ذلك بأن مدير اللجنة الإدارية كان نفسه مكلف بشهر عقد البيع الذي اكتسبت بموجبه دار العجزة (l'hospice) القطعة المتنازع عنها.

الاستثناء إلى أسباب أخلاقية بحثة تتعلق بحسن النية و نبذ الغش في التصرفات¹. إذ تتمثل الفكرة الأساسية لهذه الحالة الخاصة في أن شخصا من الغير يمنعه القانون من التمسك بحقه المشهر في مواجهة من لم يشهر حقه أو تأخر في شهره عقابا له على مخالفة أو خطأ ارتكبه أثناء إشهاره لحقه².

و قد نصت المادة 30 فقرة 1 نبذة 2 على أحد هؤلاء الأشخاص المحرومين من الإحتجاج بحقوقهم المشهورة و يتعلق الأمر بالغير الذي كان مكلفا بإجراء الشهر لحساب صاحب الحق المزاحم ، كما أضاف القضاء الفرنسي إلى هذه الحالة حالة الغير الذي يتوصل إلى إشهار حقه بسوء نية³.

أ - الغير الذي كان مكلفا بإجراء عملية الشهر التي لم تتم أو تأخر تنفيذها

كانت هذه القاعدة التي تقضي بحرمان صاحب الحق المشهر من الإحتجاج بحقه في مواجهة من كلفه بإشهار حق منازع موجودة في المادة 941 من القانون المدني الفرنسي و كانت تتعلق بشهر الهبات (donations) و لكن المرسوم الصادر في 4 جانفي 1955 عممها على كل الحالات و ذلك بالفقرة الأولى نبذة ثانية من المادة 30 منه⁴ ، و هو ما اعتبره بعض الكتاب مظهرا من مظاهر تغليب القواعد الأخلاقية⁵. و يدخل ضمن هؤلاء ، الشخص الذي ينوب عن المشتري في شراء عقار و يهمل إشهار البيع أو يتعمد عدم الإشهار ثم يقوم بشراء نفس العقار من مالكة الأول لحسابه الخاص و يبادر فورا إلى إشهار عقده . كما ينصرف نفس الوصف على المكلف بإدارة الأموال و الوكيل و الولي و القيم و غيرهم ممن تتوفر لديه سلطة إدارة أموال الغير⁶. كما أضافت المادة سالفه الذكر إلى هؤلاء جميعا ورثتهم و ذلك حتى لا يستفيدون من إهمال أو خطأ أو غش سلفهم⁷.

¹ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 537

² Stéphane Piedelievre op-cit p 258

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 536

⁴ تنص الفقرة الأولى نبذة ثانية من المادة 30 من مرسوم 4 جانفي 1955 في صياغتها الأصلية على أن :

"ne peuvent toutefois se prévaloir de cette disposition les tiers qui étaient eux même chargés de faire publier les droits concurrents ou leur ayant cause à titre universel"

⁵ حيث عبر عن ذلك الأستاذ Stéphane Piedelievre بعبارة جاء فيها

"On se trouve en présence d'une règle à forte connotation morale"

⁶ Stéphane Piedelievre op-cit p 259

⁷ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 536

ب - الغير الذي أشهر حقه بسوء نية

لم يتضمن مرسوم 4 جانفي 1955 أي إشارة لهذه الحالة ، غير أن الفقه و القضاء الفرنسيين دأبا منذ سنوات على القول بحرمان الغير الذي يشهر حقه بسوء نية من الدفع بعدم شهر الحقوق المزاحمة أو تأخر شهرها¹ ، إذ لم يكتف قضاء محكمة النقض الفرنسية بالشروط المنصوص عنها في المادة 30 متقدمة الذكر ، فأضاف شرط حسن النية . و مفاده أنه حتى يستفيد الغير من عدم حجية الحقوق المزاحمة غير المشهورة في مواجهته لا بد أن يثبت أنه لما أشهر حقه كان حسن النية ، و بمفهوم المخالفة فإنه إذا ثبت أنه كان سيئ النية أثناء إشهاره لحقه فإنه لا يستفيد من قاعدة عدم الحجية و من ثم فإنه لا يجوز له أن يدفع بعدم إشهار الحقوق المزاحمة لحقه أو تأخر إشهارها².

و في تحديده لمفهوم حسن النية مر القضاء الفرنسي بمرحلتين ، إذ كان في مرحلة أولى يشترط لثبوت سوء نية الغير أن يمارس هذا الغير مناورات تدليسية و غشا مصاحبا لتواطؤ مع المتصرف الأصلي بهدف حرمان المتصرف إليه من انتقال الحق إليه³ ، و في مرحلة لاحقة تراجع القضاء الفرنسي و أصبح أكثر تشددا مع الغير و اكتفى بمجرد الغش البسيط المبني على مجرد علم الغير بتعلق حق شخص آخر بالعقار لم يتم شهره بعد⁴.

و راجع أيضا تعليق الأستاذ Claude Giverdon على قرار أصدرته محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الثالثة في 06 جويلية 1976 منشور في مجلة "revue trimestrielle de droit civil" لسنة 1977 ص 159.

¹ راجع Marie- Noëlle Jobart Bachelier op-cit p 139 و Stéphane Piedelievre op cit p 259 و Marc levis Op-cit p 181

² د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 103.

³ في هذا الاتجاه صدرت عدة أحكام لمحكمة النقض الفرنسية نذكر منها حكما صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 29 فيفري 1904 منشور في مصنف SIREY لسنة 1904 باب أحكام القضاء ص 216 و حكم صادر عن نفس المحكمة (غرفة العرائض) بتاريخ 7 ديسمبر 1925 منشور بنفس المصنف لسنة 1925 باب أحكام القضاء ص 340 و حكم آخر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض ذاتها في 11 ماي 1945 منشور في مجموعة Dalloz لسنة 1945 باب أحكام القضاء ص 462 و في نفس المعنى راجع تعليق الأستاذ Henry Solus على قرار مماثل منشور في مجلة (revue trimestrielle de droit civil) لسنة 1945 ص 201 و كذلك تعليق الأستاذ Henry Bulté على حكم أصدرته الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 أكتوبر 1961 منشور في مجلة La semaine juridique سنة 1962 في باب أحكام القضاء الحكم رقم (12757).

⁴ و في هذا الاتجاه أصدرت محكمة النقض الفرنسية أحكاما كثيرة منها حكم محكمة النقض الغرفة المدنية الثالثة مؤرخ في 30 جانفي 1973 منشور في دورية "مجموعة أحكام النقض" لسنة 1975 باب أحكام القضاء حكم رقم 18001 و انظر أيضا تعليقات الأستاذ André Blaqueel على حكم صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 جانفي 1974 منشور في مجلة Gazette du palais، السداسي الثاني عدد 4 ص 94.

و لقد أثار هذا التغيير في نظرة القضاء الفرنسي لمفهوم حسن النية الذي يتطلب توافره في الغير حفيظة الكثير من الفقهاء الذين انتقدوا موقف محكمة النقض الفرنسية و اعتبروه معطلا لأحكام الشهر العقاري و معيقا لها ، إذ يؤدي إلى تغليب قواعد مستمدة من القانون الطبيعي لاسيما قاعدة "الغش يفسد كل شيء" *fraus omnia corrumpit* " على قواعد قانونية تقنية مستمدة من النصوص الصريحة للقانون¹ . كما أن نفس الفقه وردا على موقف المحكمة النقض هذا قال إنه إذا كان هناك مجال لمساءلة المتلقي من الغير عن خطأ ارتكبه يتمثل في مجرد علمه بوجود حق ثابت للغير لم يشهر، فإنه من العدل أن يسأل صاحب الحق الأول عن خطئه أيضا لما أهمل إشهار حقه².

و بالرغم من هذه الانتقادات الشديدة التي تعرضت لها إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم تلق لها بالا و استمرت في إصدار الأحكام على أساس المفهوم الجديد لحسن النية و أصبح بذلك مجرد علم الغير بوجود حق ثابت لشخص آخر سبقه و غير مشهر يجعله سيئ النية و من ثم لا يستفيد من قاعدة عدم حجية التصرفات غير المشهورة أو التي تأخر شهرها . و كانت محكمة النقض في قضائها هذا تجد جانبا آخر من الفقه المعتدل يؤيدها فيما اتجهت إليه حتى أن بعضهم كتب يقول : "إن النقد الموجه لمحكمة النقض يحتوي على جانب كبير من الحقيقة و لكن يجب عدم الغلو في هذا النقد

و كذلك جاء في حكم لمحكمة النقض كثيرا ما يستشهد به الفقه الفرنسي الحديث صادر بتاريخ 3 أكتوبر 1973 أنه:
"Attendu que l'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers peut être constitutive d'une faute qui ne permettra pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière ;

Attendu que les juges du second degré pouvaient donc admettre que la connaissance de la première vente par le second acquéreur pouvait entraîner l'inopposabilité au premier acquéreur de la seconde vente" .

و الحكم منشور في مجلة "la semaine juridique" لسنة 1975 باب أحكام القضاء حكم رقم 18001 مع تعليق الأستاذ Michel Dagôt و ذكره أيضا Marc Levis في رسالته ص 183 بند 207 .

¹ راجع في هذا الشأن:

Stéphane Piedelievre op- cit p 260

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op- cit p 536

Alain Piedelievre op-cit p 196 et suivantes

Stéphane Piedelievre op- cit p 261 ²

، فألية قانون الشهر العقاري يجب ألا تؤدي إلى شيوع حلول تشجع الغش و سوء النية من جانب الغير¹.

لكن بعدما استقرت محكمة النقض على رأيها هذا ثار جدل حول وضعية الشخص الذي يتلقى الحق من الغير سيئ النية بالمفهوم الذي أعطته هذه المحكمة و يقوم بإشهار حقه دون أن يكون عالما بأن المتصرف له أو سلفه تحصل على حقه بسوء نية و أنه مهدد بإلغاء حقه ، و هو ما يتكرر في بحوث الفقه الفرنسي تحت عنوان² la situation du sous acquéreur

و تمثيلا لهذه الحالة مسوغ المثال التالي : باع شخص (أ) لشخص (ب) عقارا و لم يقم بشهره ، ثم باعه لشخص ثان (ج) الذي بالرغم من علمه بالتصرف السابق سارع إلى إشهار حقه بنية حرمان المشتري الأول (ب) من المسارعة إلى ذلك . ثم قام (ج) بإعادة بيع نفس العقار إلى شخص آخر (هـ) لم يكن يعلم بالخطأ الذي ارتكبه سلفه (ج) . فإزاء هذا الوضع كان القضاء الفرنسي يحرم المتلقي الأخير sous acquéreur من الدفع بعدم شهر حق الغير الذي يزاحمه على أساس أن سلفه الذي تلقى منه الحق و هو في المثال (ج) قد كان سيئ النية و بالتالي لم تنتقل إليه الملكية جزاء لسوء نيته³.

ولكن اتضح لمحكمة النقض أمام شدة النقد حيف هذا التوجه الذي يحمل المتلقي الأخير حسن النية تبعة سوء نية سلفه و هذا ما يتعارض مع مبادئ القانون و يهدد استقرار المعاملات و يربك كل المتعاملين ، بحيث لا يأمن أحد من أن سلفه كان قد ارتكب خطأ ما أثناء كسبه لحقه⁴ ، و بناء على ذلك عدلت محكمة النقض عن هذا

¹ و الكلام للأستاذ Duclos مأخوذ من مؤلفه المعنون (l'opposabilité - essai d'une théorie générale) نقله عنه الأستاذ Stéphane Piedelievre في مرجعه السابق ص 261 و إليك حرفية ما ذكره الأستاذ Duclos : les critiques comportent une grande part de vérité. Mous ellesne doivent cependant pas êtres exagerées . L'automatité du droit de la publicité foncière ne doit pas conduire à des solutions qui favorisent la déloyauté des tiers de mauvaise fois" .

و قد جاء كلام الأستاذ Duclos هذا ردا على ما جاء به الأستاذ Alain Piedelievre في مؤلفه المشار إليه سابقا ص 196 و 197 لما كتب قائلا: la règle de l'inopposabilité conduirait à introduire des notions purement morales dans une matière qui se caractérise par une carisme automatique".

² Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 357

³ Stéphane piedelievre op-cit p 262

⁴ Stéphane Piedelievre op-cit p 262

التوجه و أصدرت حكما في 11 جوان 1992 أكدت فيه أنه يجب البحث في نية المتلقي الأخير le sous acquéreur و مدى علمه بشكل مستقل عن نية سلفه¹.

ثانيا : مدى الحجية

إذا كان المبدأ العام يقضي بأنه في حال تخلف الشهر أو تأخره ، فإن التصرف لا تكون له حجية في مواجهة الغير الذي تتوفر فيه الشروط التي سبق بيانها و أن عدم الحجية تلك تكون مطلقة و كاملة ، أي أن هذا الغير يمكنه أن يتجاهل كليا التصرف غير المشهر و الحق المزاحم له و كأنه لم يكن ، غير أنه و استثناءا من هذا المبدأ فإن عدم الحجية قد تكون نسبية فقط بحيث لا تصيب التصرف بأكمله ، و إنما يؤدي تخلف الشهر إلى إنقاص تلك الحجية فقط و ليس إعدامها بأكملها، و يوجد في القانون الفرنسي حالتان اثنتان لا يؤدي فيهما عدم الشهر إلا إلى إنقاص الحجية و يتعلق الأمر بعقد الإيجار لمدة تزيد عن اثني عشر عاما و الحوالات و المخالصات بالأجرة لمدة تزيد عن ثلاث سنوات مقدما.

1- الإيجارات لمدة تزيد عن اثني عشر عاما

إن الإيجارات التي تزيد مدتها عن اثني عشر عاما إذا لم تشهر أو تأخر شهرها ، فإنها لا تفقد كل حجيتها تجاه الغير الذي تتوفر فيه الشروط سالفة الذكر المحددة بالمادة 30 فقرة 1 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 ، و إنما يؤدي عدم إشهارها إلى إنقاص مدى حجيتها و رده إلى المدة التي لا تزيد عن اثني عشر عاما . بمعنى أنها تكون نافذة في حق المتصرف إليه لمدة لا تزيد عن اثني عشر عاما إذا انعقد الإيجار قبل التصرف الناقل و هذا ما يتناسب مع منطق الأمور، ذلك أن الإيجار الذي تقل مدته عن اثني عشر عاما غير خاضع للشهر، و من ثم فإن إهمال أطراف

¹ إليك حرفية ما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية الغرفة الثالثة في 11 جوان 1992 المنشور في مجلة " revue de droit immobilier " سنة 1993 رقم 532 مع تعليق الأستاذ Philippe Simler "...ne donne pas la base légale à sa décision , l'arrêt décidant qu'une promesse synallagmatique de vente immobilière, bien que non publiée est opposable à l'acquéreur du même immeuble parce que connue de lui ainsi qu'aux sous acquéreurs qui n'ayant pas plus de droits que leur auteur ne peuvent se prévaloir du défaut de publication sans rechercher si les sous acquéreurs qui avaient fait publier leur titre avaient eu connaissance de la vente consentie antérieurement aux bénéficiaires de la promesse mais non publiée".

الإيجار الذي تزيد مدته عن اثني عشر عاما يجعلها غير نافذة إلا فيما هو دون تلك المدة.

و بالرغم من بساطة هذه القاعدة المنصوص عنها في الفقرة الثالثة من المادة 30 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955¹، إلا أنه ثارت صعوبات عملية أثناء تطبيق المادة تتعلق بكيفية حساب مدة الإيجار التي تكون لها الحجية في مواجهة الغير في حالة تخلف إشهارها بحيث كان من الضروري تحديد لحظة بدء سريان مدة الإثني عشر عاما التي بعد انقضائها تتوقف حجية الإيجار، فتردد الفقه بين اعتبارها لحظة بدء الانتفاع و لحظة إشهار الغير لحقه المزاحم . و تبعا لذلك تأرجح قضاء محكمة النقض بين الطرحين ، و لكن نظرا للنقد الموجه إليها نتيجة تطبيقها طريقة الحساب التي تبدأ من لحظة بدء انتفاع المستأجر عدلت عن رأيها هذا و أصبحت تأخذ بالرأي القائل بأن بدء الحساب يكون من يوم إشهار الغير لحقه المزاحم².

2- الحوالات و المخالصات المسبقة بأجرة تزيد عن ثلاث سنوات

إن الحوالات و المخالصات المسبقة بالأجرة لمدة تزيد عن ثلاث سنوات من شأنها أن تزج انتفاع المتصرف إليه المالك الجديد للعقار المؤجر ، و من أجل ذلك اشترط القانون في فرنسا - كما في الجزائر - إشهارها حتى يعلم بها الغير و تكون حجة عليه إذا انتقلت إليه ملكية العقار . و في هذه الحالة أيضا ، فإن عدم إشهار هذه الحوالات و المخالصات لا يؤدي إلى نقض حجيتها بصفة مطلقة في مواجهة المتلقي المشتري للعقار³ و إنما هذا الأخير إذا قام بإشهار حقه قبل إشهار الحوالة أو المخالصة فإن تلك الحوالة أو المخالصة لا تكون نافذة في حقه إلا خلال مدة لا تزيد عن ثلاث

¹ تنص الفقرة الثالثة من المادة 30 من مرسوم 4 جانفي 1955 على أن

"Les baux de plus de douze ans qui n'ont pas été publiés à temps ne peuvent être opposés aux tiers pour une durée supérieure à douze ans".

² راجع في تفصيل هذين الرأيين و النقد الموجه لمحكمة النقض الفرنسي Gabriel Marty et Pierre Raynaud par Jestaz op-cit p 538

³ راجع Philippe Malaurie et Laurent Aynes op-cit p 384

سنوات ، و يبدأ حساب مدة السنوات الثلاث ابتداءً من إشهار المالك الجديد لحقه لأنه قبل هذا الإشهار لا يوجد تنازع أو تزامم بين حقين¹.

الفرع الثاني : الحالات الخاصة للحجية

إلى جانب النظام العام للحجية الذي تضمنته المادة 30 فقرة 1 من مرسوم 4 جانفي 1955 و الذي يكون الغير فيه مقصوداً منه الخلف الخاص الذي تتوفر فيه الشروط السالفة الذكر و الذي يزاحم المتلقي في حقوقه ، فإن هنالك حالات أخرى تتميز بنوع من الخصوصية تكمن إما في كون عدم الحجية يمكن أن يتمسك بها أشخاص آخرون غير الخلف الخاص الذي سبق ذكر شروطه و إما في كون النزاع المطروح لا يتعلق بتزامم حقوق مشهورة.

الحالة الأولى : حجية الهبات الخاصة بالحقوق العينية العقارية

تتفرّد هبة الحقوق العينية العقارية في القانون الفرنسي بأحكام خاصة تحكم و تحل حالة التزامم بين المستفيد من هذه الهبة و بين الغير الذي يتلقى حقا على نفس العقار الموهوب ، حيث احتفظت المادة 30 فقرة 2 من مرسوم 4 جانفي 1955 بنفس الأحكام الخاصة بهذا النوع من التصرفات المنصوص عنها في المادة 941 من القانون المدني . و وجه الخصوصية في هذا الحقل أن عدم إشهار عقد الهبة يمكن أن يتمسك به كل ذي مصلحة و ليس الغير الذي تتوفر فيه الشروط السابق ذكرها فحسب و هو ما عبرت عن المادة 941 من القانون المدني الفرنسي² .

و يرجع الفقه هذا الحكم الاستثنائي إلى أسباب تاريخية تتمثل في رغبة المشرع الفرنسي القديم الذي فرض نظام إشهار الهبات *insinuation des donations* في

¹ Stéphane Piedelievre op-cit p 266

Gabriel Marty et Pierre Raynaud par Jestaz op-cit p 539

² تنص المادة 941 من القانون المدني الفرنسي على أن:

"le défaut de publication des donations pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire la publication ou leurs ayants cause et le donateur" .

حماية أسرة الواهب من تصرفاته المضرة بهم ، و لذلك فإنه يجوز لورثة الواهب أن يدفعوا بعدم حجية الهبة إذا لم تشهر بالرغم من أنهم ليسوا خلفا خاصا للمتصرف . و قد ثار خلاف كبير في أوساط الفقه و حتى بين غرف محكمة النقض الفرنسية في تفسير عبارة "كل ذي مصلحة" toutes personnes intéressés" الواردة في نص المادة 941 من القانون المدني¹.

الحالة الثانية : حالة عدم وجود تزامم حقوق

إذا كانت قواعد الشهر العقاري لاسيما قاعدة عدم الحجية بسبب عدم الشهر وضعت أساسا لحل التنازع القائم بين أصحاب الحقوق المتزاحمة المستمدة من نفس المتصرف و التي لا يمكن ثبوتها معا أو يعرقل أحدها الانتفاع بالآخر على أكمل وجه ، فهناك حالات أخرى يتم فيها إعمال قاعدة عدم الحجية l'inopposabilité لحل نزاعات أخرى تخرج عن إطار تزامم الحقوق ، و يتعلق الأمر بثلاث حالات ، تتعلق الأولى بحجية العقود المتضمنة شرطا مانعا من التصرف أو مقيدا لحق المالك و الثانية بحجية العقود التي تتضمن شروطا تؤدي إلى فسخ أو إلغاء العقد الخاضع للشهر ، أما الحالة الثالثة فتتعلق بحجية نظام الملكية المشتركة².

1- حجية العقود المتضمنة شرطا مانعا من التصرف أو مقيدا للمالك

إن مثل هذه العقود لا تكون لها حجية في مواجهة الخلف الخاص الذي يكتسب الحق المهدد بالشرط أو القيد الوارد فيها ما لم تكن مشهورة قبل شهر حق المكتسب الجديد. و على ذلك نصت النبذة الثالثة من الفقرة الأولى من المادة 30 من مرسوم 4 جانفي 1955 إذ جاء فيها "إن الخلف الخاص في حق من الحقوق المنصوص عنها في الفقرة الأولى من المادة 28 الذين اشهروا العقد أو الحكم المتضمن حقهم ، لا تكون حجة عليهم العقود بين الأحياء المتضمنة شروطا بعدم التصرف المؤقت أو أي قيد من

¹ من اجل تفصيل أكثر في شأن تفسير عبارة "toute personne intéressés" و اختلاف غرف محكمة النقض الفرنسية بشأنها راجع :

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 542

Stéphane Piedelievre op-cit p 264

Alain fournier op-cit p 41 N° 554

Stéphane piedelievre op cit p 268 ²

قيود الملكية و لا الأحكام القضائية المتضمنة مثل تلك الشروط إذا كان شهرها لاحقا لتاريخ شهر حق الخلف الخاص¹.

و يظهر من النص أنه يشترط أن يكون الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك بأي قيد مضمنا في عقد مستقل distinct و أن يتم إشهاره حتى يكون لهذا الشرط أو القيد حجية في مواجهة الخلف الخاص للمتصرف الذي يبرم التصرف خلافا للشرط أو القيد ، و لذلك فإن المشرع الفرنسي لم يشترط علم الخلف الخاص بوجود الشرط أو القيد و إنما اكتفى بضرورة شهر ذلك الشرط أو القيد ليبيّن منه قرينة قانونية على علم و سوء نية الخلف الخاص². و بمفهوم المخالفة فإنه إذا لم يتم إشهار العقد أو الحكم المتضمن الشرط المانع من التصرف أو القيد ، أو تأخر إشهاره إلى ما بعد إشهار الخلف للعقد أو الحكم الذي اكتسب بموجبه الحق المهدد بالشرط المانع أو بالقيد ، فإن المستفيد من الشرط أو القيد لا يمكنه الاحتجاج في مواجهة الخلف الخاص و يفقد الشرط أو القيد بذلك فعاليته و يبقى التصرف المبرم خلافا لذلك الشرط أو القيد صحيحا و منتجا لأثاره كاملة³.

2- حجية العقود المتضمنة شرطا فاسخا أو سببا مبطلا

إن الشروط التي من شأنها أن تؤدي إلى إلغاء حق مشهر بأثر رجعي ، إن لم تكن مضمنة في العقد أو الحكم المتضمن أو المنشئ للحق ، فإنه يشترط أن تشهر بشكل مستقل distinct من خلال محرر يتضمن تلك الشروط⁴. فإذا ما تم ذلك فإن كل تصرف يجريه المالك فيما بعد سيضل مهددا بتلك الشروط ، حتى إذا ما تم تفعيل الشرط و زال حق المالك المتصرف بأثر رجعي سرى ذلك في حق الغير الذي تلقى

¹ إليك حرفية نص المادة 30 فقرة 1 نبذة 3 في صيغتها الأصلية

"les ayants causes à titre particulier d'un droit visé au 1° de l'article 28, qui ont publié l'acte ou la décision judiciaire constatant leur propre droit, ne peuvent se voir apposer les actes entre les vifs dressés distinctement pour constater des clauses, lorsque les dits actes ou décisions ont été publiés postérieurement à la publicité donnée à leur propre droit".

هذا و يوجد في القانون الجزائري نص مماثل تماما لهذا النص سنأتي على شرحه لاحقا عند التطرق لموقف المشرع الجزائري من حجية الشهر و النص المقصود هو نص المادة 87 من المرسوم 63/76 المتعلق بالسجل العقاري.

² أنظر في تفصيل فكرة هذه القرينة رسالة الأستاذ Marc levis المشار إليها سابقا ص 189 نبذة 215.

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p540

⁴ Stéphane Piedelievre op-cit p 269

حقه من المالك و زال حقه هو الآخر بأثر رجعي . غير أنه إذا تخلف شهر المحرر المتضمن الشرط الفاسخ أو السبب المبطل أو تأخر شهره إلى ما بعد شهر حق الغير الذي آل إليه الحق ، فإن ذلك الشرط إذا ما تم تفعيله و قضي بفسخ العقد بأثر رجعي لتحقق الشرط أو قضي بالبطلان فإن ذلك لن يؤثر في حق الغير الذي أشهر حقه قبل شهر الشرط الفاسخ أو السبب المبطل ، و هذا تطبيقا لذات المبدأ المطبق في الحالة السابقة و الذي مفاده أن عدم شهر الشرط الفاسخ أو السبب المبطل قرينة على عدم علم الغير به و من ثم على حسن نيته لذلك و جب تجنيبه خطر زوال حقه الذي اكتسبه¹.

و جاء هذا الحكم في نص المادة 30 فقرة 1 نبذة 4 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 بقولها "إن فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حق من الحقوق المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 28 عندما ينتج أثرا رجعيا لا تكون حجة في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق الزائل إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه تم ذلك قد أشهر بشكل مسبق أو كان سبب ذلك موجودا في القانون"². فمن خلال النص المتقدم يمكن أن نخلص إلى أنه حتى يمكن الاحتجاج على الغير الذي يتلقى الحق من المالك باعتباره خلفا خاصا له بالفسخ بأثر رجعي الرجعي أو بالبطلان الذي يصيب العقد أو الحكم الذي اكتسب بموجب سلفه الحق الأيل إليه لا بد من توافر أحد الشرطين التاليين :

الشرط الأول : يكون العقد أو الحكم المتضمن الشرط الفاسخ أو سبب البطلان قم تم شهره قبل شهر حق الغير.

الشرط الثاني : أن يكون سبب الفسخ أو البطلان راجع للقانون و ليس الاتفاق ، و في هذه الحالة فإنه لا حاجة لشهر هذا السبب لأنه سبب موجود في القانون و من المفترض أن يعلم به الغير .

¹ راجع في هذا الشأن :

Alain Fournier op-cit p 41-42

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 540-541

² إليك نص النبذة 4 من الفقرة 1 من المادة 30 من مرسوم 4 جانفي 1955 بلغتها الأصلية

"la résolution, ou la révocation, l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1° de l'article 28 lorsqu'elle produit un effet retroactif, n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si la cause réside dans la loi" .

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه يوجد في القانون الجزائري نص مماثل لهذا النص جاء متطابقا معه إلى حد بعيد هو نص المادة 86 من المرسوم 63/76 المتعلق بالسجل العقاري و التي سنأتي على شرحها لاحقا.

3- حجية نظام الملكية المشتركة

تعتبر هذه الحالة حالة ثالثة من الحالات التي تخرج عن النظام العام لمفعول الشهر العقاري حيث لا نكون بصدد حقوق متنازعة ، فقد نصت المادة 13 من قانون 10 جويلية 1965 المتعلق بالملكية المشتركة (copropriété) على أن نظام الملكية المشتركة و التعديلات التي تطرأ عليه لا تكون لها حجية في مواجهة الخلف الخاص للملاك المشتركين إلا ابتداءً من تاريخ شهره في السجل العقاري¹.

يظهر هنا أن الشهر العقاري ليس وسيلة لحل نزاع بين حقوق متزاحمة ، و إنما هو وسيلة لترتيب حجية العقد المتضمن نظام الملكية المشتركة و التعديلات التي يدخلها عليه الملاك في مواجهة الخلف الخاص لهؤلاء الملاك المشتركين les ayants cause à titre particulier des copropriétaires ، و يدخل ضمن طائفة هؤلاء الخلف الخاص ، المشترين أو الموهوب لهم أو الموصى لهم بجزء معين من الملكية المشتركة².

المطلب الثاني : حجية الشهر في مواجهة الغير في نظام الشهر العيني

خلافاً لنظام الشهر الشخصي ومبادئه فإن نظام الشهر العيني يقوم على مبدأ الأثر المنشئ للشهر، إذ أن شهر الحقوق والتصرفات المختلفة يؤدي إلى نشأة الحق وانتقاله من المتصرف إلى المتصرف إليه ، أما قبل تنفيذ إجراء الشهر فإن الحق العيني يبقى لدى المتصرف وكل ما ينتجه التصرف في هذه الفترة هو مجرد التزامات شخصية من بينها الالتزام بنقل الحق .

وعلى هذا فإن دور الشهر في نظام السجل العيني يختلف عن دوره في نظام الشهر الشخصي ، ذلك أنه في هذا الأخير ليس للشهر من دور سوى إضفاء الحجية

¹ راجع في هذا الشأن حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 7 جوان 1983 منشور في مجلة "la semaine juridique" ed G 1983 IV 257 و حكم آخر لنفس الغرفة صادر بتاريخ 31 جانفي 1996 منشور في مجلة Bulletin civil العدد III رقم 29 و في مجلة "Revue de droit immobilier" لسنة 1996 رقم 275.

² أنظر Stéphane Piedelievre op-cit p 270

على الحق المشهر في مواجهة الغير الذي تتوفر فيه الشروط الأربعة السابق ذكرها وفي حالات قليلة في مواجهة الغير بصرف النظر عن تلك الشروط¹. بينما يؤدي الشهر في ظل نظام الشهر العيني دورين اثنين ، الأول هو إنشاء الحق بحيث لا وجود للحق العيني قبل الشهر والثاني هو ترتيب الحجية ، وفيما يتعلق بالحجية فإنها هي الأخرى تختلف عن الحجية التي يرتبها الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي من حيث نطاقها ، فهي إلى جانب الخلف الخاص للمتصرف تسري أيضاً على الغير بمعناه العام أي كل من لم يكن طرفاً في التصرف فضلاً عن سريانها على أطراف التصرف كما سبق أن بينا.

وبعيداً عن التفاصيل والتعقيدات التي تتسم بها أحكام حجية الشهر في مواجهة الغير في ظل القانون الفرنسي الذي يعد مثلاً عملياً لنظام الشهر الشخصي فإن أحكام حجية الشهر في مواجهة الغير في ظل نظام السجل العيني لا تتميز بتلك التفاصيل والتفريعات ، ذلك أن الكثير من تلك التفاصيل والأحكام الفرعية والقواعد العامة والاستثناءات الواردة عليها التي في هذا الحقل في نظام الشهر الشخصي وبوجه خاص في القانون الفرنسي ، ليست لها أهمية عملية في ظل نظام الشهر العيني وذلك بفضل مبدأ الأثر المنشئ و الأثر المطهر للشهر وقوة الثبوت المطلقة التي يقوم عليها هذا النظام .

وفضلاً عن ذلك فإن نظام الشهر العيني بفضل المبادئ التي يقوم عليها والشروط الدقيقة التي يتطلبها في المحررات المقدمة للشهر و بفضل الرقابة الواسعة التي يمنحها هذا النظام للمحافظ العقاري والذي عادة ما يكون قاضياً عقارياً مختصاً، يؤدي إلى الحد من احتمال تنالي التصرفات المنصبة على نفس العقار والواردة من نفس المتصرف مما يقلل من احتمال تزامم الحقوق العينية ويعفي القضاء بالتالي من المفاضلة بين أصحاب هذه الحقوق والبحث في معيار تلك المفاضلة .

¹ راجع ما سبق ص 385 و ما بعدها و 392

ولعل هذه الأسباب ذاتها هي التي دعت ببعض البلدان إلى تغيير قوانينها التي تنظم الشهر العقاري والعدول عن مبادئ وقواعد نظام الشهر الشخصي كما فعل المشرع المصري لما أحدث ذلك التغيير أول مرة بقانون التسجيل لسنة 1923 الذي ألغى الأحكام السابقة المستمدة من القانون المدني المصري القديم التي كانت تقوم على مبادئ الشهر الشخصي ، وهو ما جعل المشرع المصري يمضي قدما نحو تحقيق ذلك الهدف من خلال قانون الشهر العقاري لسنة 1946 ثم قانون السجل العيني لسنة 1964 واللوائح التنفيذية له.

ومن أهم بواعث العدول عن نظام الشهر الشخصي واستبداله بأحكام نظام الشهر العيني في كثير من التشريعات هو ذلك الموقف المزوج من انتقال الحق العيني العقاري الموجود في نظام الشهر الشخصي ، فقد رأينا فيما سبق أن التصرف العقاري في القانون الفرنسي يؤدي بمجرد انعقاده صحيحاً إلى انتقال الحق العيني العقاري لاسيما الملكية من المتصرف إلى المكتسب المستفيد بينما يتراخى هذا الانتقال في مواجهة الخلف الخاص للمتصرف إلى أن يتم شهر هذا التصرف و بذلك فإن الشخص في القانون الفرنسي يكون في نفس الوقت مالكاً وغير مالكاً ، إذ يعد مالكاً في نظر المتصرف و خلفه العام وغير مالكاً في مواجهة الخلف الخاص الذي يدعي حقا مزاحما تلقاه من نفس المتصرف، مما أدخل القانون الفرنسي في متاهة المفاضلة بين الحقوق المتزاحمة .

و بفضل النظرة الموحدة لحجية الشهر في ظل نظام الشهر العيني تنفادي الدخول في كل التعقيدات والمسائل المتفرعة عن القواعد العامة التي مازال القانون الفرنسي والقضاء هناك يتخبط فيها . فالحق العيني العقاري في ظل نظام الشهر العيني لا وجود له سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا من يوم تسجيله في السجل العقاري أو شهره وفق تعبير المشرع الجزائري¹ ، وهو ما يترتب عليه نتائج جد

¹ إن مصطلح التسجيل السائد في دول المشرق العربي والقانون المغربي يقابل في معناه ومدلوله مصطلح الشهر في القانون الجزائري إذ لا فرق بين المصطلحين بينما مصطلح التسجيل في التشريع الجزائري وفق قانون التسجيل لسنة 1976 فنقصد به تلك العملية ذات الطابع المالي التي تخضع لها بعض التصرفات بهدف تحصيل الجباية لفائدة الخزينة ولا يترتب عنها أي أثر قانوني يذكر في مجال انتقال الحق أو حجيته غير أنه ومع ذلك يستعمل المشرع الجزائري لفظ التسجيل للتدليل على الشهر

هامة في حقل حجية الشهر بالنسبة للغير تظهر من خلال وحدة تلك الحجية وبساطة أحكامها سواء فيما بين الأطراف أو في مواجهة الغير¹.

الفرع الأول : النطاق الشخصي لحجية الشهر في مواجهة الغير

إن التطبيق النظري لمبادئ نظام الشهر العيني يقتضي القول بأن الشهر العقاري لعقد من العقود أو حكم من الأحكام أو أي محرر آخر سواء أكان يتضمن تصرفاً أو واقعة منشئة أو مقررة لحق من الحقوق العينية العقارية يؤدي إلى إكساب الحق المشهر حجية مطلقة في مواجهة الغير . و يقصد بالغير في ظل نظام الشهر العيني كل شخص لم يكن طرفاً في التصرف أو الحكم أو الواقعة محل الشهر² ، وبذلك فإن المقصود بالغير في ظل نظام الشهر العيني هو الكافة وليس مقصوراً على الخلف الخاص وحده مثلما هو الحال في القانون الفرنسي .

ولهذا فإن التشريعات التي تتبع أحكام نظام الشهر العيني لاسيما الأثر المنشئ والمطهر للشهر فإنها تذكر الغير باعتباره ملزماً بحجية الحق العيني المشهر دون أن تعطي تعريفاً له ودون أن تشترط فيه أية شروط مثلما هو الحال في القانون المصري³ والقانون اللبناني⁴ والقانون الجزائري⁵ ، وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي راح

خاصة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة وهذا راجع طبعاً لكون القانون الجزائري يأخذ بعض نصوصه من القانون المصري ولذلك فإنه على القارئ لتلك النصوص أن يتحرى المعنى الصحيح والمقصود و يمكن ذلك بالرجوع إلى الصياغة باللغة الفرنسية للنص ، فإذا كان المصطلح الفرنسي المقابل للفظ التسجيل هو inscription أو transcription فإنه يقصد منه عندئذ الشهر أما إذا كان اللفظ المقابل باللغة الفرنسية هو enregistrement فالمقصود هو التسجيل بالمفهوم الوارد في قانون التسجيل وليس الشهر.

¹ أنظر في شأن آثار هذا الحكم د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 139 وما يليها.

² القاضي حسين عبد اللطيف حماد (المرجع السابق) ص 296.

³ المادة الأولى من قانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 والتي نقلت فيما بعد إلى القانون الجديد وهو قانون السجل العيني لسنة 1964 ونصها كما يلي "جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية ... ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم ..."

⁴ تنص المادة 09 من القرار رقم 188 الصادر في 15 آذار 1926 المتعلق بتنظيم السجل العقاري اللبناني على "أن الحقوق العينية العقارية المرخص إحدائها بموجب القانون والقصورات العقارية والحجوز وكذلك الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار أو بمال غير منقول مسجل يجب حتماً أن تدون في الصحيفة المخصصة لكل عقار ... ولا تعتبر موجودة تجاه الغير إلا بقيدتها في السجل العقاري و ابتداء من تاريخ هذا القيد."

⁵ تنص المادة 15 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على أن "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

يسرد الشروط الواجب توافرها في الغير شرطا تلو الآخر حتى أضحى المقصود من الغير الخلف الخاص التي يتلقى من نفس المتصرف على نفس العقار دون غيره ممن يمكن أن تكون له مصلحة في الاعتراض على الحقوق غير المشهورة.

وفي هذا تختلف تشريعات الشهر العيني عن التشريع الفرنسي الذي يتبع نظام الشهر الشخصي حيث أنه في ظل القانون الفرنسي لا يجوز للغير أن يتجاهل حقاً عينياً عقارياً غير مشهر ، بمعنى أنه لو اكتسب شخص حقاً عينياً بناءً على تصرف عقاري ولم يقيم بشهره فإن ذلك لا يضره في شيء ، إذ يعتبر مالكا في مواجهة الكافة بالرغم من عدم شهره لحقه وأنه لا يستثنى من هؤلاء الكافة إلا الخلف الخاص للمتصرف إذا اكتسب هو الآخر حقاً عينياً عقارياً على نفس العقار وبإدراكه إلى شهره بشرط ألا يكون هو شخصياً كان مكلفاً بالشهر أو أنه كان سيئ النية لما أقدم على إشهار حقه¹.

أما في تشريعات الدول التي تأخذ بنظام الشهر العيني ، فإن شهر التصرف أو الواقعة أو الحكم مصدر الحق يجعل هذا الحق محتجا به في مواجهة الكافة وأنه انطلاقاً من هذه اللحظة على الكافة أن يحترموا وجود هذا الحق ويتعاملوا مع صاحبه الجديد على هذا الأساس². و بمفهوم المخالفة فإنه إذا لم يتم شهر التصرف أو الحكم أو الواقعة مصدر الحق فإن هذا الحق يعتبر غير موجود بالنسبة للكافة ولا يمكن بأي حال الادعاء بخلاف ذلك وهذا إعمالاً للأثر المنشئ للشهر الذي في أبسط معانيه يقصد منه أن الحق ينشأ بالشهر ويصير حجة على المتصرف وعلى الكافة وأنه بدون الشهر لا ينشأ الحق ولا يحتج به لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير³. ولهذا فإن التشريعات التي تتبع مبدأ الأثر المنشئ للشهر تستعمل عبارة "غير موجود" للتعبير عن الحق قبل إشهاره وهي عبارة أشمل وأعمق في آثارها من عبارة لا يحتج به (inopposable) التي يستعملها المشرع الفرنسي ، ذلك أن عدم وجود الحق يعني بالضرورة عدم الاحتجاج به بشكل مطلق وعام أي في مواجهة الكافة.

¹ راجع ما سبق بيانه عند الحديث عن المقصود بالغير في قانون الشهر العقاري في فرنسا ص 385

² د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 457

³ راجع د/ إبراهيم ابن النجا (المرجع السابق) ص 439

وقد أقرت هذا المفهوم محكمة النقض البلجيكية في حكم لها عرفت فيه "الغير" في حقل الشهر العقاري بأنه "كل شخص لم يكن طرفاً في العقد غير المسجل ولا فرق بين أن تكون المنفعة التي قد يتذرع بها قد نشأت عن حق عيني على العقار أو عن أي سبب آخر مشروع"¹. وعلى هذا فإنه يعتبر من الغير في مفهوم نظام الشهر العيني كل من لم يكن طرفاً في المحرر الذي يتضمن الحق المتعامل فيه.

وتطبيقاً لهذا المعنى يعتبر من الغير وبالتالي لا يحتج ضدهم بالحقوق غير المشهورة ولا بالتصرفات أو الأحكام أو الوقائع مصدر تلك الحقوق الخلف الخاص والدائنون العاديون للمتصرف² والدائنون المرتهنون وأصحاب حقوق الامتياز وغيرهم ممن لا تربطه أي علاقة سابقة أو لاحقة مؤكدة أو محتملة بالمتصرف ولا المتصرف إليه، إذ ببساطة يجوز لكل شخص أن يدفع بعدم وجود الحق³.

وقد جاء في حكم صادر عن محكمة استئناف الرباط بتاريخ 16 فيفري 1957 ما يؤيد هذا المبدأ إذ قضت بأن للتسجيل (أي الشهر) حجية في مواجهة الغير بالمعنى الواسع أي في مواجهة كافة، فمالك الحق العيني المسجل له أن يطلب طرد شاغل العقار الذي يدعي أنه صاحب الحق العيني عليه طالما أنه لا يتمسك بأي حق مسجل باسمه بل بمجرد بيع مزعوم غير مسجل⁴.

أما الورثة فإنهم وإن اعتبروا كالدائنين العاديين من خلفاء مورثهم العامين، إلا أن جل التشريعات التي تأخذ بنظام السجل العيني تعتبرهم استمراراً لشخصية مورثهم

¹ أشار إلى هذا الحكم د/ زهدي يكن في كتابه (السجل العقاري في لبنان والعالم) في الجزء الثاني ص 322.

² أنظر القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 296

³ تمثيلاً لذلك فإنه إذا باع شخص (أ) عقاراً يملكه لـ (ب) ولم يتم شهر هذا البيع وجاء شخص ثالث (ج) واحتل العقار وشرع في استغلاله ونتيجة لذلك رفع ضده (ب) دعوى لاسترداد العقار المتنازع عليه، فإنه يجوز لـ (ج) أن يدفع بانتفاء صفة (ب) في الدعوى كمالك على أساس أنه لا يوجد في بيانات السجل العقاري ما يفيد أن ملكية العقار انتقلت إلى (ب) ويكون محقاً في دفعه هذا، إذ يظل العقار المتنازع عليه في نظر القانون وفي نظر كافة وحتى بين أطراف التصرف ملكاً للمتصرف (أ).

⁴ أورد هذا الحكم واستشهد به د/ علي حسين نجيدة في مؤلفه سابق الذكر ص 191 وأضاف في الهامش رقم 2 من نفس الصفحة أن الحكم المذكور أيده المجلس الأعلى (محكمة النقض المغربية) بالحكم المدني عدد 159 بتاريخ 10 جانفي 1969.

في العقود التي أجراها هذا الأخير ، ومن ثم فإنها تلزمهم بتنفيذ جميع التعهدات والالتزامات الصادرة عنه بما لا يتجاوز قيمة الحصة العائدة لهم من تركته ، ويدخل ضمن هذه التعهدات التزام مورثهم بنقل الحق العيني إلى خلفه الذي تلقي منه الحق ولم يتم شهره . وعلى هذا فالورثة لا يمكنهم التمسك بقاعدة عدم حجية الحقوق المشهورة طالما أنهم هم ملزمون بتنفيذ التزام مورثهم¹ . غير أن هذا لا يصدق في رأينا إلا في الفرض الذي يكون عدم الشهر راجعاً لتقصير مورثهم ، أما إذا كان ذلك راجعاً لإهمال المشتري أو من تلقي الحق فعليه تقع تبعة هذا الإهمال ولا يلزم الورثة بالاعتراف بحقه غير المشهر نتيجة ذلك .

من هنا يتضح أن شهر الحق في ظل نظام الشهر العيني يعد نقطة بداية هذا الحق لصاحبه الجديد ، ونقطة بداية حجية هذا الحق في مواجهة الغير بمعنى الكافة دون استثناء أحد عملاً بمبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر² التي تميز الشهر العيني عن نظام الشهر الشخصي . وعلى النقيض من ذلك تماماً فإن عدم شهر الحق العيني العقاري أو عدم شهر المتصرف دليل قاطع على عدم ثبوت الحق العيني أو عدم انتقاله للمتصرف إليه وهذا بدوره يعني عدم جواز احتجاج المتصرف إليه بهذا الحق وذلك في مواجهة الغير بالمعنى الواسع أي الكافة بل حتى في مواجهة المتصرف وورثته ، إذ لا يعتبر الحق موجوداً وثابتاً للمتصرف إليه بالنسبة لهم جميعاً، غاية ما في ذلك الأمر أنه يجوز للمتصرف إليه مطالبة المتصرف أو ورثته من بعده بالسعي إلى نقل الحق إليه تنفيذاً للالتزام الشخصي الذي يولده التصرف في ذمة المتصرف وورثته من بعده .

¹ راجع في تحليل هذه المسألة كل من :

- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 297 و ذلك في القانون اللبناني.

- د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 274 و ما يليها وذلك في القانون المصري

- د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 191 و ما يليها وذلك في القانون المغربي.

- د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 160 و ما يليها.

² سبق لنا شرح مبدأ قوة الثبوت المطلقة لبيانات السجل العيني في ظل نظام الشهر العيني وذلك عند تناولنا المبادئ التي يقوم

عليها هذا النظام . أنظر ما سبق ص 119

وخلافا لنظام الشهر الشخصي فإنه لا أثر لسوء النية أو حسن النية في الاحتجاج على الغير بالحقوق المشهورة وعدم جواز الاحتجاج في مواجهتهم بالحقوق غير المشهورة في نظام الشهر العيني . فصاحب الحق الذي أشهر حقه أو شهر التصرف أو الواقعة أو الحكم مصدر الحق يعتبر في نظر القانون - وفقاً للمبادئ النظرية لنظام الشهر العيني - صاحب هذا الحق فعلياً ورسماً ، وعلى الغير أن يتعامل معه بهذه الصفة سواء أكان قد اكتسب حقه بحسن نية أم بسوء نية ، و سواء أكان التصرف الذي اكتسب بموجبه الحق بعد شهره صحيحاً أم باطلاً أم مشوباً بعيب من العيوب . ومن الزاوية المقابلة فإنه إذا لم يقم بشهر تصرفه فلا يعتبر في نظر القانون صاحب حق ويجوز للكافة أن يتجاهلوا حقه الذي يدعيه ولا يجوز له هو أن يحتج بالحق في مواجهة الغير أي الكافة . و إذا ما حدث أن آل الحق إلى أحد هؤلاء الأغيار وشهر حقه فلا يجوز للمتصرف إليه الأول أن ينازع فيه سواء أكان المكتسب الأخير حسن النية أم سيئها ، عالماً بالتصرف السابق أم جاهلاً به¹.

وفي الأخير تبقى هذه المبادئ والأحكام التي تسري في حقل حجية الشهر في مواجهة الغير في ظل نظام الشهر العيني مجرد مبادئ نظرية يقوم عليها هذا النظام، غير أن التشريعات التي تبنت نظام الشهر العيني لم تتعامل كلها بقبول هذه المبادئ على إطلاقها ، وإنما منها من ترك مبدأ الأثر المنشئ للشهر وقوته المطلقة في الإثبات وما يترتب عليهما من آثار و منها من خفف من حدة تلك المبادئ واستبدل القوة المطلقة للإثبات بمجرد القوة النسبية وتكرر للأثر المطهر للشهر وفتح باب الطعن في التصرفات المشهورة . بل أكثر من ذلك فإن من التشريعات رغم تبنيها نظام الشهر

¹ إن هذا المبدأ من المبادئ النظرية لنظام تورنس الذي يعد أصل نظام الشهر العيني إذ أنه كان أي تورنس من أشد المتحمسين لاعطاء بيانات السجل العيني حجية وقوة ثبوت مطلقة وأصر في دفاعه عن فكرته على عدم إيراد أي استثناء يمس بتلك الحجية وتلك القوة الثبوتية فلم يعترف بحق الغير حسن النية الذي يتضرر من الشهر في الاحتجاج بحقه أو حتى المطالبة بإلغاء حق منافسه عن طريق القضاء . وقد كانت فكرة تورنس هذه السبب فيما وجه لنظامه من نقد لما وصفه البعض بأنه نظام مناف للأخلاق ويضحي بحقوق الملاك الحقيقيين والفعليين ويشجع على الغش وانتهاز الفرص . ولكن تورنس ومن سار على خطاه لم يابه لتلك الانتقادات ورد عليها بوضع أسس وآليات لمراقبة التصرفات المشهورة وعزز سلطة مأمور السجل في ذلك، كل ذلك وهو ستأنس برأي جانب كبير من الفقهاء الذين أيدوا نظامه ونادوا باتباعه حتى أن بعضهم قال "إن وضع نظام جيد للشهر العقاري يتناقى مع الرغبة الشديدة في مراعاة القواعد الأخلاقية" والكلام هذا للفييه العلامة Ripert نقله عنه د/ علي حسين نجيدة في مؤلفه السالف الذكر ص 199.

العيني إلا أنها جعلت لحسن النية أثرا على حجية الشهر مثل التشريع المصري واللبناني والجزائري والمغربي¹.

الفرع الثاني : النطاق الموضوعي لحجية الشهر في مواجهة الغير

يقصد بالنطاق الموضوعي لحجية الشهر مدى شمول تلك الحجية للحقوق الواجب الشهر والتصرفات و الأحكام والوقائع المشهورة ، بمعنى هل كل الحقوق المشهورة وكل التصرفات والأحكام والوقائع المسجلة في السجل العيني تكسب تلك الحجية في مواجهة الغير أم أن هذه الحجية تقتصر على حقوق معينة دون الأخرى أو على وقائع أو تصرفات وأحكام معينة دون الأخرى ؟ . فقد رأينا أنه في ظل نظام الشهر الشخصي المطبق في فرنسا تختلف قوة الحجية في مواجهة الغير باختلاف التصرف المشهر أو الحق المقيد ، إذ تقوى الحجية لما تتعلق بالتصرفات والمحركات الخاضعة للشهر من نوع شهر الاحتجاج (publicité à fin d'opposabilité) ، في حين تضعف تلك الحجية لما تتعلق بالتصرفات والمحركات الخاضعة للشهر من نوع شهر الاعلام (publicité à fin d'information) كما أن وصف الشهر بكونه إجباري (obligatoire) أم اختياري (facultative) له تأثير أيضا على مدى تلك الحجية وقوتها².

ومن هنا حق لنا أن نتساءل في باب المقارنة ، هل تتغير حجية الشهر في مواجهة الغير في ظل نظام الشهر العيني من تصرف إلى آخر ومن حق إلى آخر؟ وإذا كان الأمر كذلك فما هو معيار ذلك التغير وما هي آثاره ؟ أم أن الحجية تبقى ذاتها في قوتها وإطلاقها ومداهما في كل ما يلحق العقار من تصرفات وأحكام ووقائع قانونية وتغيير مادي ؟.

¹ سنأتي على تفصيل هذه المسألة في حينها لما نتناول موقف المشرع الجزائري من مسألة حجية الشهر في مواجهة الغير مقارنة بمواقف بعض التشريعات العربية مع الإشارة إلى أن مثل هذا الموقف المزدوج الذي اتخذه المشرع الجزائري إزاء مبادئ ومسلمات نظام الشهر العيني لا يقتصر على حجية الشهر في مواجهة الغير وإنما التشريع الجزائري المتعلق بالمسح والشهر شأنه شأن تشريعات أخرى كثيرة لا يخلو من مثيل تلك المواقف التي تنبئ عن رغبة معلنه في الأخذ بنظام الشهر العيني ممزوجة بالاحتراس من تبعه الغلو في التسليم بمبادئه على عواهنها.

² راجع ما سبق في ص 381 و ما بعدها

قبل الخوض في الإجابة عن التساؤل السابق يجدر أولاً وقبل الحديث عن نطاق الحجية التذكير بنطاق الشهر العقاري في ظل نظام الشهر العيني بوجه عام . و في هذا الصدد فإن النطاق الموضوعي للشهر العقاري في هذا النظام واسع جداً وهو أوسع بلا شك من نطاق الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي¹، ذلك أن نظام الشهر العيني كما سبقت الإشارة إليه يقوم على أساس مبدأ التخصيص² و مفاده تخصيص بطاقة خاصة بكل عقار تدون عليها القيود والحقوق الثابتة للعقار أو عليه مهما كان منشأها أو مصدرها ، سواء أكانت ناتجة عن تصرف إرادي أم عن واقعة قانونية أم عن حكم قضائي أو عن عمل إداري ، بل وأبعد من ذلك فإن الحرص على إعلام الغير بالوضعية الحقيقية للعقار المسجل تقتضي شهر كل تغيير مادي يصيب العقار سواء أتم ذلك بفعل الإنسان كالقسمة والبناء في الأرض أو هدم البناء القائم أم تم بفعل الإدارة كالتجزئة والتقسيم أم بفعل الطبيعة كالاتصاق ونحوه³.

وقد رأينا كيف ترجم المشرع الجزائري هذه الفكرة من خلال العبارة الواردة في نص المادة 14 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي جاءت لتعداد ما يجب شهره من محررات بقولها في الأخير "وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومسجل في مجموعة البطاقات العقارية toute modification de la situation juridique de l'immeuble⁴.

¹ يستفاد ذلك من خلال الغاية من الشهر في النظامين وطريقة الشهر ، فغاية الشهر العقاري في ظل نظام السجل العيني تتمثل في إرساء الثقة والائتمان العقاري عن طريق بيانات السجل العقاري التي تقتضي ألا تغفل منها شاردة ولا واردة تتعلق بعقار ما إلا ويتم قيدها في البطاقة أو الصحيفة العينية الخاصة بالعقار كما أن تنفيذ إجراء الشهر على أساس العقار في نظام الشهر العيني يؤدي بالضرورة إلى إخضاع كل ما هو وارد على العقار من تصرفات ووقائع وأحكام لوجوب الشهر حتى يتحقق التطابق بين الوضعية الحقيقية للعقار في الواقع وبين بيانات الصحيفة العينية المخصصة لذات العقار. أما في ظل نظام الشهر الشخصي فإن الهدف من الشهر هو مجرد إعلام الغير ويتم ذلك على أساس أسماء الأشخاص وليس على أساس العقارات بما يؤدي بالنتيجة إلى أن الشهر لا يتدخل إلا لما يتعلق الأمر بتصرف يتدخل فيه الإنسان بل وحتى تلك التصرفات ليست كلها خاضعة للشهر الإلزامي ، و إذا كان القانون الفرنسي يخضع بعض الوقائع المادية للشهر فليس ذلك من صميم مبادئ نظام الشهر الشخصي و إنما هو تقليد لبعض مبادئ نظام الشهر العيني .

² سبق لنا التطرق لمبدأ التخصيص باعتباره من أهم مبادئ نظام الشهر العيني فلمزيد من التفصيل يكفي الرجوع إلى ما سبق ص 118

³ لذلك فإن التشريعات التي تتبع نظام الشهر العيني وتطبق مبدأ الأثر المنشئ للشهر تخضع للشهر الاجباري مثل تلك الوقائع التي تمس بالمركز المادي للعقار فقد رأينا فيما سبق مدى سريان الأثر المنشئ على تلك الوقائع كما يسري تماماً على التصرفات القانونية. راجع ما سبق ص 319 و ما بعدها

⁴ راجع ما سبق ص 217

وفضلا عن ذلك فإن المادة 7 من نفس الأمر تلمح إلى ضرورة شهر كل ما يلحق بوضعية العقار المادية من تغيير بنصها على أن "كل تغيير لحدود الملكية ولاسيما على إثر تجميعها أو تقسيمها أو تجزئتها أو اقتسامها يجب أن يثبت بمحضر تحديد و يرفق به مخطط منظم"¹. وفي نفس المعنى جاءت المادة 25 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بنصها "كل تغيير لحدود وحدة عقارية يكون موضوع إعداد بطاقات مطابقة وذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة ويؤشر على البطاقات الأصلية والجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينهما" والمادة 31 من نفس الأمر بنصها "كل تعديل بما تحتوي عليه قطعة يكون موضوع إعداد بطاقات خاصة مطابقة، وذلك بعد ترقيم القطع الجديدة..."

وعلى هذا فإنه تخضع للشهر في ظل نظام الشهر العيني كل التصرفات والوقائع القانونية والمادية والأحكام القضائية التي تمس بالوضعية القانونية أو المادية للعقار المسجل ، و لا تقلت من إلزامية الشهر أي واقعة أو تصرف أو حكم طالما كانت تمس بتلك الوضعية وذلك من أجل ضمان تطابق بين بيانات السجل العيني والوضعية الحقيقية للعقار حتى يشكل السجل المذكور الثقة العامة للشهر التي كان يتحدث عنها منظرو نظام الشهر العيني² (la foi publique du registre foncier).

و لا تكتفي التشريعات التي تتبع نظام الشهر العيني و بعض التشريعات التي تتبع نظام الشهر الشخصي بمجرد إخضاع التصرفات و الوقائع و الأحكام التي تتضمن تعديلا أو تغييرا للوضعية القانونية أو المادية لعقار ما ، و إنما تذهب أبعد من ذلك عندما تخضع بعض المحررات للشهر لمجرد احتمال مساسها بوضعية العقار المادية أو القانونية.³

¹ هذا المحضر الذي يثبت فيه التغيير المادي للعقار يرفق فيما بعد بوثائق المسح التي تخضع للشهر طبقاً للمادة 10 والمادة 11 من الأمر 74/75.

² راجع د/ محمد عبد الجواد (المرجع السابق) ص 277

³ مثل شهر عرائض الدعاوى الرامية إلى فسخ أو إبطال أو نقض أو تعديل حقوق سبق شهرها و ذلك في الدول التي لا تأخذ بالأثر المطهر للشهر و كذا شهر العقود و الإتفاقات التي تتضمن شرطا فاسخا أو مبطلا للعقود و التصرفات العقارية و الشرط

ورجوعا إلى موضوع بحثنا في هذا الفرع و بالتحديد إلى نطاق و مدى حجبية الشهر في مواجهة الغير في ظل نظام الشهر العيني ، فإن المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني و الغاية التي يرمي إلى تحقيقها و المتمثلة في توفير الثقة و الإئتمان و الإستقرار العقاري عبر صدقية البيانات التي يتضمنها السجل العقاري بخصوص الوضعية القانونية و المادية الحقيقية لكل عقار بل و حتى تاريخ ذلك العقار و تسلسل انتقاله بين الأيدي و تعاقب الحقوق و القيود الواردة له أو عليه و تنالي التغييرات و التعديلات التي لحقت تكوينه المادي تقتضي أن تتمتع تلك البيانات بنفس قوة الحجبية في مواجهة الغير .

و على هذا فإن حجبية التصرفات الواردة على العقار و المشهورة في السجل العيني هي نفسها في كل التصرفات سواء أكانت ملزمة للجانبين كالعقود الناقلة للملكية و الرهون أم بإرادة منفردة كالهبات و سواء أكانت تصرفات منشئة أو مقررة أو معدلة أو منهيبة لحقوق عينية عقارية و نفس قوة و مدى الحجبية تكتسبها الوقائع القانونية و المادية و الأحكام القضائية و غيرها من المحررات الخاضعة للشهر ، إذ أنه لا يوجد أي مبرر يدعو للتمييز بين قوة الحجبية في مواجهة الغير التي تنتج عن شهر التصرفات و بين قوتها في شهر الوقائع و الأحكام .

و إذا كان هنالك من التشريعات التي تتبع نظام الشهر العيني من ميزت بين مختلف التصرفات أو الوقائع أو الأحكام أو المحررات الأخرى من حيث قوة حجبتها في مواجهة الغير فذلك ليس راجعا لتطبيق نظام الشهر العيني وإنما ذلك راجع بلا شك لإرادة كل مشروع و المعطيات الواقعية و القانونية التي دفعته إلى موقفه ذلك الذي يعد خروجاً عن المبادئ النظرية لنظام الشهر العيني¹ .

المانع من التصرف و القيود الواردة على حق المالك و كذا شهر إعلان الرغبة في الشفعة و كل ذلك لأن هاته المحررات تنطوي على احتمال المساس لاحقا بالوضعية القانونية للعقار المسجل .

¹ إذ أن بعض تلك التشريعات تورد استثناءات على مبدأ الحجبية المطلقة كما فعل المشرع المصري و المغربي لما أنقص من حجبية التصرفات الواردة على العقار في مواجهة الغير حسن النية تأسياً ببعض أحكام القانون الفرنسي كما سنأتي على الإشارة إليه لاحقاً عند مقارنة موقف المشرع الجزائري ببعض التشريعات.

المطلب الثالث : حجية الشهر في مواجهة الغير في التشريع الجزائري

إن التشريعات تباينت مواقفها بشأن حجية الشهر في مواجهة الغير بالرغم من أن هذا الموضوع يشكل عصب موضوع الشهر العقاري ككل¹ وهو مسألة من أعقد المسائل² ، ومرد هذا التباين هو اختلاف نظام الشهر المتبع ، فمن التشريعات من يأخذ بنظام الشهر الشخصي ومنها من يأخذ بنظام الشهر العيني ومنها من يجمع من مبادئ النظامين ويكون نظاماً خليطاً مزدوجاً.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لا يشذ على هذا ، أن نظام الشهر الذي أخذ به كان له أثر على مسألة حجية الشهر بالنسبة للغير . فالظاهر أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني لكنه لم يسلم بكل مبادئه وأسسها على إطلاقها ، إذ أخذ بالأثر المنشئ للشهر لكنه لم يأخذ بالأثر المطهر له رغم أن كلا المبدأين من المبادئ النظرية المتلازمة لنظام الشهر العيني . فضلاً عن ذلك فإن عدم اكتمال عملية المسح في جميع البلديات وعدم إرساء قاعدة بيانات نهائية ودقيقة ومرقمة في كل المحافظات العقارية ، جعلت نظام الشهر الشخصي يبقى سائداً في بعض المناطق بل وحتى في المناطق الممسوحة لازالت بعض المحافظات لم تتخلص من تقاليد العمل بالنظام القديم.

وعلى هذا فإن حجية المحررات والحقوق المشهورة تتحدد طبيعتها وقوتها من خلال معالم ذلك النظام الذي كونه القانون الجزائري من خلال المزج بين بعض قواعد النظامين ، ذلك أن قوة تلك الحجية وطبيعتها تتأثر بلا شك بمبدأ الأثر المنشئ للشهر الذي اعتمده المشرع كما أن ترك هذا المشرع لمبدأ الأثر المطهر للشهر وعدم أخذه به له تأثير أيضاً على طبيعة ومدى تلك الحجية.

¹ حسب تعبير الأستاذ Stephane Piedelievre إذ وصف مسألة الحجية بعبارة le pivot de la publicité في مؤلفه السالف الذكر.

² حسب تعبير د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 230

فمن خلال تلك المعالم التي تميز نظام الشهر في الجزائر يمكن القول بأن هنالك قاعدة عامة تحكم تلك المسألة تتلخص في أن الشهر يكسب الحق والتصرف حجبية مطلقة وقاطعة في مواجهة الغير سواء أكان هذا الغير من الناس كافة أم كان من خلف المتصرف صاحب الحق الأصلي ، وسواء أكان هذا الخلف خلفاً عاماً أم خلفاً خاصاً. غير أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات وذلك من ناحيتين ، الأولى أنه توجد بعض الحقوق تحوز حجبية في مواجهة الغير دون أن تكون مشهورة ومن ناحية ثانية هناك حالتان لا يجدي فيهما شهر صاحب الحق لحقه نفعا في حالة زوال حق سلفه بأثر رجعي وذلك على التفصيل الآتي .

الفرع الأول : القاعدة العامة

تستفاد هذه القاعدة العامة من خلال مجموع النصوص التي تتعلق بأثر الشهر العقاري عموماً وأثره في مواجهة الغير بوجه خاص ، لاسيما المادة 793 من القانون المدني¹ التي تقرر الأثر المنشئ للشهر الذي تؤكد فيما بعد وبشكل يتعلق بالغير المادة 15 من الأمر 74/75 سالف الذكر² ، كما جردت المادة 16³ من نفس الأمر العقود والاتفاقيات الإرادية من كل أثر عيني حتى بين الأطراف ما لم يتم شهرها ، ثم خصصت هذا الحكم الأخير المادة 17 من نفس الأمر⁴ لما تتعرض لأثر عقود الايجار التي تزيد مدتها عن 12 سنة إذا لم يتم إشهارها.

فمن خلال هذه النصوص يمكن التسليم بأنه في القانون الجزائري إذا ما تم شهر حق ما أو تصرف أو حكم أو واقعة معينة فإن ذلك يعطي للمحرر الشهر حجبية مطلقة

¹ تنص المادة 793 من القانون المدني على أنه " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري . "

² تنص المادة 15 من الأمر 74/75 على أنه " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية . "

³ تنص المادة 16 من الأمر 74/75 على أنه " إن العقود الإرادية و الإتفاقيات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية . "

⁴ تنص المادة 17 من الأمر 74/75 على أنه " إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 165 من الأمر 73/71 المؤرخ في 8 نوفمبر سنة 1971 المتضمن الثورة الزراعية " .

وذات طبيعة واحدة سواء فيما بين المتعاقدين أم في مواجهة الغير، إذ أن اعتماد المشرع الجزائري لمبدأ الأثر المنشئ للشهر يغنيه عن تلك التفرقة التفصيلية بين نطاقي الحجية التي أدخلت المشرع الفرنسي في متاهة حقيقية .

ولكن فيما يتعلق باحتجاج صاحب الحق بحقه في مواجهة الغير فإنه و إن كانت القواعد النظرية في ظل نظام الشهر العيني النظري لا تهتم بالتفرقة بين الغير بالمعنى العام والغير بالمعنى الخاص ، إلا أن ازدواجية بعض أحكام الشهر في بعض التشريعات ومن بينها المشرع المصري واللبناني والمغربي و بدرجة أقل المشرع الجزائري تقتضي التعرض لكل نوع من الغير على حدة.

أولاً : الغير بالمعنى العام

إن أبسط تعريف للغير هو الشخص الأجنبي عن العلاقة الخارج عنها والذي لم يكن طرفاً فيها ، سواء أكانت تلك العلاقة عقداً أم تصرفاً منفرداً أم واقعة قانونية أم دعوى قضائية أم حكم قضائياً . غير أنه في نطاق العقود منظوراً إليها في موضوع الشهر العقاري فإن الغير يقصد به كل طرف أجنبي عن العقد سواء أكان من كافة الناس أم من خلف أحد المتعاقدين الخاص أم العام . والغير بمعناه العام في هذا المقام يشمل كل الأصناف السابقة ما عدا الخلف الخاص لأحد المتعاقدين وهو الذي يعبر عنه بالغير بالمعنى الخاص في مصطلحات قوانين الشهر العقاري¹.

و بالرجوع إلى النصوص المتقدم ذكرها يكون للشهر في القانون الجزائري حجية مطلقة – بحسب القاعدة العامة – في مواجهة الغير بالمعنى العام أي الناس كافة بما فيهم الخلف العام للمتصرف إذا كان العقد ناشئاً عن عقد أو تصرف بإرادة منفردة. وانطلاقاً من هذا فإن اكتساب الشخص للحق بالشهر يكسب حقه هذا حجية مطلقة في مواجهة كافة وفي مواجهة الخلف العام للمتصرف حيث يلتزمون جميعاً بالإمتناع عن المساس به ، و لصاحب هذا الحق أن يطلب حمايته ضد كل من يتعرض له².

¹ أنظر في تفصيل ذلك د/ سالم حماد شعبان الدحوح (المرجع السابق) ص 91 و ما يليها
² في هذا الشأن فإن المشرع الجزائري يكون قد ساير كل التشريعات التي تأخذ بنظام الشهر العيني لاسيما المشرع المصري واللبناني والمغربي، وبذلك يكون قد رتب للحق العيني العقاري بالشهر ما يكسبه الحق العيني في المنقول من حجية عامة ذلك

وعلى هذا فإنه على كافة الناس بمن فيهم ورثة المتصرف أن يحترموا ويعترفوا بحق الشخص منذ قيده لحق أو إشهاره للتصرف أو للواقعة أو للحكم مصدر الحق ولا يجوز لهم بأي حال إنكار هذا الحق أو التشكيك فيه. و ينطبق هذا أيضا على دائني المتصرف العاديين والموصى له بجزء غير محدد من التركة ، فهؤلاء جميعا من الخلف العام . ولا يجوز لهؤلاء جميعا التذرع بأي حجة لإنكار حق الشخص الذي أشهر باسمه حتى ولو تمسكوا بكونه أشهر حقه بسوء نية وباستعمال الغش أو حتى أنه كان متواطئا مع المتصرف أو مع المحافظ العقاري وأنه كان بغشه يريد حرمان غيره من كسب الحق . إذ لا يوجد في القانون الجزائري ما يفيد بأن الغش أو التدليس أو التواطؤ أو سوء النية يفسد الشهر أو يبطل التصرف المشهر.

و هذا الموقف ليس مستمد من مبدأ الأثر المطهر للشهر كما قد يبدو للبعض فالمشرع الجزائري كما سبقت الإشارة إليه لا يأخذ بهذا المبدأ¹. إنما هذا مستمد من خلو التشريع الجزائري من أي نص يفيد بجواز ذلك ، وهذا لا يتعارض مع موقف المشرع من مبدأ الأثر المطهر ، ذلك أنه يبقى باب الطعن في الحقوق المشهورة والتصرفات المشهورة مفتوحا لكل من له مصلحة وحتى للغير الأجنبي كما في حالة طلب البطلان². لكن لا يجوز الاستناد في هذا الطعن على مجرد سوء النية أو الغش أو التواطؤ، فكل هذه الأسباب لا تصلح لطلب إلغاء الحق المشهر من طرف الغير بمعناه العام .

وهنا تجدر الإشارة إلى أن الغير الذي يحتج ضده بالحق المشهر لا يجوز له بمجرد سماعه أو علمه باستعمال الغش أو التدليس أو التواطؤ أن ينكر الحق، وحتى إذا ما أراد إبطال التصرف لهدم تلك الحجية مادامت المادة 85 من المرسوم 63/76 تجيز الطعن في الحقوق المشهورة فعليه أن يؤسس طعنه على سبب آخر غير الغش أو

أن الحق العيني يظهر اختلافه عن الحق الشخصي في كونه رابطة بين الشخص والشيء محل الحق و التي بموجبها يلتزم الكافة باحترام هذا الوضع .

¹ أنظر ما سبق ص 352

² ذلك لأن البطلان يتعلق بالنظام العام ويجوز طلبه من أي شخص ويمكن للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها راجع في هذا د/ عبد الحكم فودة (البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة) الطبعة الثانية 1999 دار الفكر و القانون – المنصورة مصر ص 360 و ما بعدها .

التواطؤ أو التدليس ، كأن يطالب ببطلان التصرف لعدم مشروعية المحل أو لعدم رضا المتصرف أو لكون المبيع ملكا له هو أو غير ذلك من مبررات البطلان والإبطال¹.

و في هذا الموقف يكون المشرع الجزائري قد ساير القانون المصري المتعلق بالسجل العيني لسنة 1964 الذي قطع كل صلة سابقة بموضوع اشتراط حسن النية للإحتجاج بالشهر² و ذلك بعدما كان القانون المدني المصري القديم يشترط حسن النية للتمسك بحجية الشهر، وذلك استناداً إلى نص المادتين 270 و 431³، بحيث أنه لم يكن في وسع أي شخص أشهر حقه أن يتمسك بحجية الشهر إلا إذا لم يكن عالماً بسبق تصرف البائع في العقار المبيع لشخص آخر⁴.

و قد استمر التشريع المصري في موقفه هذا حتى بعد صدور أول قانون للتسجيل سنة 1923 والذي على الرغم من أنه استبعد شرط حسن النية بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية والحقوق العينية الأخرى ، إلا أنه أبقى عليه كشرط للتمسك بالشهر في التصرفات الكاشفة حيث نصت المادة الثانية منه على أنه "إذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات (ويقصد الأحكام والسندات الكاشفة) فلا تكون حجة على الغير كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها تدليس"⁵.

¹ في هذا المعنى قضت الغرفة العقارية بمجلس قضاء تيارت بتاريخ 2006/12/23 بتأييد حكم محكمة السوقر الابتدائية المؤرخ في 2005/12/27 و القاضي ببطلان عقد بيع مشهر أبرمه شخص لفائدة شخص آخر منصب على سكن مملوك لأخ المتصرف إذ استعمل في عقد البيع وكالة قد تلقاها من أخيه المالك ولكن المحكمة أبطلت هذا البيع بطلب من ورثة المالك الحقيقي للسكن لكون البيع تم باستعمال تلك الوكالة بعد وفاة الموكل وبررت حكمها بنص المادة 586 من القانون المدني التي تقضي بأن الوكالة تنتهي بوفاة الموكل وبالمادة 85 من المرسوم 63/76 التي تجيز الطعن بالبطلان في التصرفات المشهورة .
² راجع في هذا المعنى د/ سالم حماد شعبان الدحدوح (المرجع السابق) ص 139 و د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 514 و ما يليها و القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 295 و ما يليها و د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 239 .

³ المادة 270 من القانون المدني المصري الأصلي القديم و هي ذاتها المادة 431 من التقنين المدني الختلط و التي كانت تنص على أنه " لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوي الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا و كانوا لا يعلمون ما يضر بهما " و قد عبر النص المذكور في صياغته باللغة الفرنسية عن الجملة الأخيرة بتعبير أدق إذ جاء فيه " A l'égard des tiers qui de bonne foi...."

⁴ يقترب هذا الرأي من ما تقضي به المحاكم المغربية التي لا زالت تأخذ بفكرة حسن النية كشرط للتمسك بحجية التسجيل دون حجية التحفيظ ، وذلك أن التحفيظ في المغرب و هو ما يسمى بالاجراء الأول في القانون الجزائري له قوة تطهيرية ولا يجوز الطعن فيه بينما يمكن الطعن في بيانات السجل العقاري الناتجة عن التسجيل التالي و يمكن تأسيس الطعن على مجرد سوء نية المكتسب الجديد. لأكثر تفصيل راجع د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 157 و ما يليها و ص 226 .

⁵ راجع في تفصيل هذا الموقف في التشريع المصري و ما ترتب عنه من انقسام في أوساط الفقهاء في تفسير إرادة المشرع من خلال قصر شرط حسن النية على التصرفات الكاشفة د/ ابراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 515 و د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 226

ونتيجة الانقسام الكبير الذي ساد في أوساط الفقه المصري بخصوص تفسير نص المادة الثانية والثالثة منه جاء قانون الشهر العقاري سنة 1946 لوضع حد لهذا الانقسام ، غير أنه لم يوفق في ذلك وما زاد الانقسام إلا تجذراً وتعميقاً لما ألغى التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة و قد فسر ذلك الفقهاء بأنه إحالة صريحة إلى القواعد العامة التي تقضي بأن التدليس يفسد التصرفات¹.

و تطبيقاً لذلك الفهم عاد الفقه من جديد للحديث عن اشتراط حسن النية للتمسك بحجية التسجيل وقال بذلك عدد كبير من الفقهاء² و دافع الاستاذ السنهوري عن موقفه الذي كان ينادي فيه بضرورة الاعتداد بنظرية الغش والتواطؤ باعتبارهما سببان يفسدان التصرفات المشهورة ، و قال مدافعاً عن رأيه " ... إننا مازلنا في ظل نظام الشهر الشخصي وبعيدين عن الضمانات التي يضيفها نظام السجل العيني للتحقق من صحة التصرفات وسلامتها وخلوها من كل غش وتواطؤ ، و من ثم يجب ألا يؤخذ بجانب فقط من جوانب هذا النظام المتكامل دون الجانب الآخر ... فالحجية الكاملة المترتبة على الشهر في ذاته لا تكون إلا بإدخال نظام السجل العقاري ..."³.

وقد شايح الاستاذ السنهوري في رأيه هذا الدكتور محمود شوقي و قد كان هذا الأخير شخصياً أميناً عاماً لمصلحة الشهر العقاري إذ قال "و نرى أنه يجب الأخذ بالمبادئ العامة في شأن كافة المحررات على اعتبار أن التدليس يفسد المحررات المسجلة كما يفسد أي محرر آخر تطبيقاً للمبدأ القائل بأن التدليس يفسد أي محرر وأنه لا عبرة للقول بأن قانون تنظيم الشهر العقاري قد أخذ بجميع إجراءات السجل العيني وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل حجية مطلقة قبل الكافة ، إذ أن القانون رقم 114 لسنة 1946 ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت في سبيل الإصلاح النهائي المرتقب

¹ ما دعى اتجاه الفقه نحو هذا الفهم هو أن المذكرة الإيضاحية لقانون الشهر العقاري لسنة 1946 صرحت بذلك إذ جاء فيها (... وفي صدد التدليس لم ير محلاً للنص عليه لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للحقوق ولا بالنسبة للتصرفات المنشئة اكتفاءً بتطبيق القواعد العامة في هذا الشأن ...)

² من بينهم الاستاذ عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ج 4 الفقرة 290 ص 550 و الاستاذ شمس الدين الوكيل في بحث له بعنوان "أثر الغش على الأسبقية في التسجيل" منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية السنة الثانية 1958 ص 63 وما بعدها ود/ محمود شوقي (المرجع السابق) ص 313

³ أنظر في تفصيل ما قاله الأستاذ السنهوري الوسيط ج 2 ص 1030 الفقرة 588

والذي يجب أن يتسم به السجل العيني . أما وهذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد فلا موجب لأن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل الشخصي عموماً وعلى الأخص في مصر حيث الملكية العقارية مازالت في حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتضبط على أساس سليم"¹.

وبالرغم من قوة الحجج التي كان جانباً من الفقه المصري يصوغها للدفاع عن فكرة اشتراط حسن النية أو على الأقل عدم التواطؤ والغش للتمسك بحجية الشهر إلا أن محكمة النقض المصرية لم تتخل أبداً عن موقفها الراض لفكرة اشتراط حسن النية وهو الموقف الذي اتخذته حتى في ظل القوانين السابقة التي كانت تنص على شرط حسن النية² ، حيث أصدرت عدداً كبيراً من الأحكام التي أظهرت فيها بوضوح موقفها الراض لتلك الفكرة وبررت كل الأحكام بمبررات عملية بحتة تقوم على رغبة مصر في وضع قواعد نظام الشهر العيني عبر استقرار الملكية العقارية وغلق الباب أمام الدعاوى الرامية إلى تقويض القوة المطلقة للشهر³.

وقد وجدت محكمة النقض المصرية أخيراً ما يدعم قضاءها ويؤسس أحكامها بصدور قانون التسجيل لسنة 1964 الذي لم يعترف مطلقاً بشرط حسن النية بل حتى أنه لم يجعل من التواطؤ والغش وحده سبباً أو مبرراً لحرمان صاحب الحق المشهر من الاحتجاج بحقه . ولم يتأت لهذا القانون تبني هذه الفكرة إلا بعد أنه تضمن كل المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني ونص على الإجراءات التمهيديّة له المتمثلة

¹ د/ محمود شوقي (المرجع السابق) ص 313

² أنظر محمد كامل مرسي (التسجيل و سوء النية) مقال منشور في مجلة القانون و الإقتصاد - السنة الأولى

³ من أمثلة هذه الأحكام حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 13 ماي 1953 إذ جاء فيه " ... أما من اشترى من مالك حقيقي لا يشوب سند ملكيته عيب أو يوجد ما يهدده بالزوال فإنه لا يكون سييء النية و لو كان يعلم أن البائع له قد باع نفس العقار من قبل بعقد غير مسجل " . و جاء في حكم آخر لنفس المحكمة بتاريخ 1 ديسمبر 1955 أنه " جرى قضاء محكمة النقض على أنه وفقاً لقانون التسجيل رقم 18 لسنة 1923 إذا لم يتم تسجيل العقود التي من شأنها إنشاء حق الملكية أو حق عيني آخر فإن الملكية تظل على ذمة المتصرف فإذا هو تصرف فيها لشخص آخر بادر إلى تسجيل عقده خلصت له الملكية بمجرد هذا التسجيل و لا محل للتحجج بسبق علم المتصرف إليه الأخير بحصول تصرف البائع لشخص آخر على ذات العقار أو سوء نيته أو توطؤه مع البائع على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة ما دام المناط في نقل الملكية هو التسجيل بمفرده " من الإطلاع على أحكام أخرى تصب كلها في نفس الفكرة أنظر د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 224 و ما بعدها .

في المساحة العامة وخول لمأمور السجل سلطة مراقبة التصرفات قبل شهرها ووسع من نطاق الشهر بأن أخضع لإلزامية الشهر جل التصرفات والوقائع والأحكام التي تتعلق بالحقوق العقارية وبعدها نص على طرق بديلة للتعويض عن الضرر الناجم عن الشهر .

و بذلك فقدت نظرية الغش والتواطؤ وسوء النية كل ركائزها ولم يعد لها أي سند قانوني تستند عليه¹، خاصة و أن المشرع المصري لما أراد أن يعتد بحسن النية للتمسك بحجية الشهر قد نص على ذلك صراحة في قانون إيجار الأماكن وقانون الإسكان².

و خلاصة القول أن المشرع الجزائري لا يعترف بحسن النية كشرط لتمسك صاحب الحق المشهر بحجية حقه في مواجهة الغير بمعناه العام و أنه لا يجوز للغير أن يستند على غش أو تواطؤ أو تدليس صادر من صاحب الحق أو ممن تعامل معه أو من المحافظ العقاري لطلب إبطال الشهر ، بل على الغير إن أراد ذلك أن يسلك طريقاً آخر لطلب البطلان و أن يؤسس دعواه بعد أن يشهر عريضة إفتتاحها على سبب آخر للبطلان أو الإبطال من الأسباب المعروفة في القواعد العامة ، فإن أفلح في ذلك عليه أن يبادر إلى إشهار حكم البطلان حتى يمحو كل أثر لشهر الحق الملغى ، أما إن لم يفلح في ذلك بأن تعذر عليه العثور على أي سبب أو مبرر قانوني لطلب البطلان فله الحق في سلك طريق دعوى التعويض عن الضرر يرفعها ضد من تسبب فيه.

¹ د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 240
² استثناء من عدم الاعتداد بشرط حسن النية لجواز التمسك بحجية الشهر فقد اشترط المشرع المصري حسن النية لذلك في حالة تزامم المشتريين من بائع واحد للسكن ذاته و حالة تأجيره مرتين ، بل وقد اعتبرت المادة 33 من قانون المساكن رقم 136 لسنة 1981 البيع مرتين والتأجير مرتين جريمة يعاقب عليها بالحبس والغرامة وفضلاً عن ذلك يتبعها بطلان التصرف الثاني حتى ولو كان مشهراً و ضل التصرف الأول غير شهر حيث تنص المادة 33 من قانون المساكن على أنه "يعاقب بعقوبة جريمة النصب المالك الذي يؤجرها (أي الوحدة السكنية) لأكثر من مستأجر أو يبيعه لغير من تعاقد معه على شراءها ويبطل كل تصرف بالبيع لا حق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً" ونصت المادة 65 من قانون التسجيل لسنة 1964 قبل ذلك أنه "كل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه مع علمه بذلك يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضي بها أي قانون آخر ويعاقب على الشروع في هذه الجريمة بنصف العقوبة".

ثانياً : الغير بالمعنى الخاص¹

يقصد بالغير بمعناه الخاص الخلف الخاص للمتصرف صاحب الحق الأصلي المتصرف فيه ويدخل تحت هذا الوصف بشكل خاص من يتلقى نفس الحق من نفس المتصرف والوارد على نفس العقار أو من يتلقى حقاً عينياً آخر من شأنه أن يجعل انتفاع المتصرف إليه الآخر غير مناسب أو غير مكتمل كصاحب حق الانتفاع والمرتهن وصاحب حق الامتياز والتخصيص وغيرهم . وخلافاً للوضع في حالة الغير بالمعنى العام نكون هنا في وضعية تزام بين الحقوق الأمر الذي يستدعي وضع قواعد قانونية عملية من أجل المفاضلة بين هذه الحقوق .

وبحسب نفس القاعدة العامة المأخوذة من النصوص سالفه الذكر²، فإن الخلف الخاص للمتصرف يكون حجة عليهم حق المتصرف إليه إذا سبقهم إلى إشهار حقه في المحافظة العقارية، ولا يجوز لهم إنكار حقه أو الاعتراض عليه بحجة أن لهم حقوقاً متعلقة بالعقار المتصرف فيه ولا بحجة أن المتصرف إليه كان يعلم بوجود تلك الحقوق لما أشهر حقه طالما أن هذه الحقوق غير مشهورة قبله . و لذلك فإنه إذا باع شخص عقاراً لشخص آخر ولم يتم شهر البيع بسبب راجع للبائع الذي تأخر مثلاً في تصحيح وثيقة معينة أو تسليم وثيقة هوية للتصديق للموثق أو تأخر في تلبية طلب المحافظ العقاري إكمال الملف المطلوب لتنفيذ الشهر، ثم قام هذا البائع بإعادة بيع نفس العقار إلى مشتر ثان وبادر إلى الشهر، فإن المشتري الأول لا يجوز له الاعتراض على حق المشتري الثاني لمجرد علم هذا الأخير بوجود التصرف الأول وكذلك الحال لا يجوز للموصى له بنفس العقار أو بجزء محدد منه أن يعترض ما لم يسبق هو إلى شهر

¹ راجع في تعريف الغير بالمعنى الخاص أو الخلف الخاص للمتصرف كل من :

د/ على حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 224 و د/ سالم حماد شعبان الدحوح (المرجع السابق) ص 91 و ما يليها و في الفقه الفرنسي راجع كل من :

Stephane Piedlievre op-cit p246 et s

Marty et Raynaud op-cit p 510 et s

Alain Fournier op-cit N° 464 – 482

² المقصود هو نص المادة 15 والمادة 16 و 17 من الأمر 74/75 والمادة 793 من القانون المدني .

الوصية عن طريق الشهادة التوثيقية و ذلك في الفرض الذي يتصرف فيه الورثة في هذا العقار .

ففي هذه الفروض وغيرها من الحالات المماثلة لا يجوز للخلف الخاص للمتصرف أن ينكر حق من آل إليه نفس الحق أو حقا آخر منافس أو مزعج nuisant تلقاه من نفس المتصرف و وارد على نفس العقار لمجرد على هذا المتلقي بوجود التصرف السابق ، إذ أن القانون الجزائري يخلو من أي نص يفيد بأن سوء النية المأخوذة من العلم بالحق السابق يبطل الشهر أو يبطل التصرف المشهر . و في هذا فإن المشرع الجزائري في هذه القاعدة العامة يجاري ما يأخذ به المشرع المصري بعد صدور قانون التسجيل لسنة 1964 و يجاري أيضاً قضاء محكمة النقض المصرية الذي دأبت منذ سنوات على عدم الأخذ بحسن النية كشرط لجواز التمسك بحجية الشهر.

لكن القضاء والفقهاء المغربي يخالف هذا المبدأ إذ يشترط حسن النية للاحتجاج بالشهر ، و موقفه هذا مستند إلى نص المادة 66 من ظهير 9 رمضان 1331 هجرية في فقرتها الثانية إذ تنص "لا يمكن بأي حال التمسك بإبطال التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة" وعلى نص المادة الثانية من ظهير 19 رجب 1333 التي تنص على "إن ما يقع من إبطال أو تغيير لاحق على تسجيل حق الغير لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المسجل عن حسن نية ، كما لا يمكن أن يلحق به ضرراً"¹.

¹ في هذا الاتجاه صدرت أحكام القضاء المغربي ومن بينها حكم محكمة استئناف الرباط المؤرخ في 17 فيفري 1951 والمنشور بنشرة المحاكم بالمغرب سنة 1951 ص 113 والذي جاء فيه (فقط الحقوق العينية المسجلة في السجل العقاري هي التي يمكن أن يحتج بوجودها على الغير و أي حق لم يسبق تسجيله لا يحتج به على المشتري حسن النية) .
وحكم آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 20 جانفي 1951 منشور في ص 105 لنفس النشرة المشار إليها سابقاً يتعلق بقضية تتلخص وقائعها في أن شخصا وعد آخر كتابة ببيعه نصيبه من ناتج قسمة عقار معروضا أمرها على القضاء ، على أن يتم البيع نهائياً بعد تمام القسمة وتسجيلها في السجل العقاري إلا أن الواعد نكث بوعده إذ قام في نفس اليوم الذي سجل فيه القسمة القضائية ببيع ما آل إليه في العقار من جراء القسمة إلى شخص آخر كان على علم بالوعد بالبيع ، إذا كان يعمل كاتباً لمحامى الواعد وقام هذا المتلقي الجديد بتسجيل البيع وبناء على ما لاحظته المحكمة من توافق بين المشتري والواعد أبطلت البيع و شطبت التسجيل و ألزمت الواعد بإبرام البيع مع الموعد له و ألزمت المتواطئين بتعويض الموعد له.

ونفس الموقف الذي عبرت عنه المحاكم في المغرب إزاء اشتراط حسن النية عبرت عنه أيضاً محكمة النقض السورية في حكم لها بتاريخ 15 أوت 1954 جاء فيه بأن "الأفضلية بين شاربين متواليين لعقار واحد تعود لمن سجل عقد شرائه ما لم يثبت أن شراءه كان نتيجة التواطؤ لإقصاء المشتري الأول و الإضرار به أو ما لم يثبت أن هذا الشراء كان صورياً"¹. وهو قضاء مستند أيضاً إلى نص صريح في القانون السوري تضمنته المادة 14 من القرار رقم 188 المتعلق بالشهر العقاري في سوريا بنصها "يعتبر التسجيل مغايراً للأصول إذا جرى بدون حق وكل من يتضرر من معاملة التسجيل يمكنه الادعاء مباشرة بعدم قانونية ذلك التسجيل على الشخص الثالث حسن النية"².

ورجوعاً إلى القانون الجزائري فإنه في غياب أي نص يربط حجية الشهر بوجود إظهار حسن النية ، فإنه تبقى للشهر حجية في مواجهة الغير بمعناه الخاص بصرف النظر عن نية المستفيد من الشهر سواء أكانت حسنة أم سيئة . بل وأكثر من ذلك فحتى لو كان متواطئاً مع المتصرف لحرمان الخلف الخاص من حقه فذلك لن يفسد الشهر ولن يزيل عن الحق المشهر حجيته . وعليه فإنه إذا أراد الغير بمعنى الخلف الخاص أن يتجنب ضياع حقه بهذا الشكل فعليه أن يكون حريصاً على شهر حقه قبل أن يشهر متلق آخر حقه ، إذ أن ذلك سيمنع من إعادة التصرف من جديد من طرف المالك لأن القانون الجزائري يشترط عند الشهر تقديم المالك للعقد الأصلي الذي يثبت ملكيته أو الدفتر العقاري في المناطق الممسوحة و إخضاعه لرقابة المحافظ العقاري وتسليمه للمالك الجديد بعد تحيين بياناته بالتصرف الجديد . و لذلك فإنه لا يتصور في الجزائر حدوث تزاخم بين مشتريين لعقار واحد ، إذ أنه لا يمكن أن تكون الملكية انتقلت لكليهما .

¹ مجلة القانون لسنة 1954 ص 733

² راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 508 وما يليها.

أما إذا كان الأمر يتعلق برهن أو ارتفاق أو أي قيد آخر وارد على العقار فإن هذه القيود إذا أشهرت قبل التصرف فإنها تصبح حجة على المشتري أو المتلقي لأن العقار ينتقل إليه مثقلاً بها تطبيقاً للقواعد المتعلقة بكل من الرهن و الارتفاق وباقي القيود ، أما إذا لم يتم إشهارها أو تم ذلك بعد البيع وهذه حالة مستبعدة جداً¹، فإنه لا يجوز له أن يحتج ضد المتلقى الجديد لمجرد علمه بأن المتصرف سبق له أن رهن العقار أو رتب عليه قيوداً آخر لم يشهر . و لذلك نصت المادة 15 من الأمر 74/75 على أنه "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما ...".

ولكن إذا أراد الخلف الخاص الذي لم يشهر حقه أنه يزيل العقبة التي تمنعه من إلزام المتصرف بنقل الحق إليه فعليه أن يطعن في التصرف المشهر الذي تم بين سلفه وبين المستفيد الجديد طالما أن القانون يسمح بالطعن في العقود المشهورة حسب مفهوم المادة 85 من المرسوم 63/76 ، و لكن ليس له أن يؤسس طعنه هذا على أساس الغش أو التواطؤ أو سوء نية المتصرف فقط ، لأنه كما سبق فإن سوء النية ليس عيباً يمكن بسببه إلغاء الحقوق المشهورة أو إبطال التصرفات المشهورة ، وإنما عليه أن يبحث عن عيب آخر معتد به قانوناً لطلب البطلان كعدم شرعية المحل أو عدم رضا المتصرف أو صورية التصرف أو أن التصرف كان من غير مالك كأن يثبت تزوير المتصرف للدفتر العقاري أو لسند الملكية و غير ذلك من أسباب البطلان المعتد بها قانوناً .

فإذا ما أفلح في ذلك فعليه أن يسارع إلى شهر حكم البطلان بعد أن يصير نهائياً حتى يمحو آثار الشهر ويعود الحق إلى المتصرف ، و من ثم يمكنه مطالبة هذا الأخير بتنفيذ إلزامه نحوه بنقل الحق عن طريق تسهيل إجراءات الشهر . أما إذا لم يفلح في

¹ الأمر المستبعد هو أن يتم رهن عقاري بعد بيع مشهر لأن المالك الراهن يكون قد فقد صفته كمالك وجرّد من سند ملكيته الأصلي ومن الدفتر العقاري ومن ثم فإنه لا يمكنه من الناحية العملية أن يتصرف بالرهن أو غيره دون إظهار الدفتر العقاري طبقاً للمادة 50 من الأمر 63/76 . أما في حالة إبرام عدة رهون على نفس العقار من طرف نفس المالك فإن المفاضلة تتم وفق القواعد المنصوص عليها في ترتيب رهون المشهورة ، حيث تترتب بتاريخ شهرها ولا يدخل في الترتيب الرهون الغير المشهورة ولا ينظر إلى صاحبها حتى لو تدرع بسوء نية المدين الراهن.

دعواه أو لم يجد أي سبب أو مبرر قانوني للبطلان ما عدا سوء نية سلفه أو تواطؤ هذا الأخير مع المكتسب الجديد فإنه يمكنه الرجوع عليهما أو على المحافظ العقاري أو الدولة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه ، و ذلك حسب الأحوال أي بحسب المتسبب في عدم الشهر .

وهنا نرى أن المشرع الجزائري فاته أن يستفيد من التشريع الفرنسي الذي يقضى بحرمان المكتسب الأخير من التمسك بحجية الشهر إذا كان هو أصلاً مكلفاً بإشهار حق الغير الذي ينازعه ، ذلك أنه ليس من المنطق ومما ينافي قواعد الإنصاف أن يقوم المحافظ العقاري مثلاً بتعطيل الشهر للحق الأول عبر مطالبته بوثائق تعجيزية ثم يقوم هو في غفلة من طالب الشهر بشراء العقار محل التصرف لنفسه أو لزوجته أو لابنه إما بنفسه أو بوكيل عنه ويباشر شهر التصرف الثاني ، ففي هذا الفرض يظهر الغش في أوضح صورته ، و لأنه لا يمكن الاعتداد بمجرد الغش كمسألة نفسية وأخلاقية فإنه من الأجدر تقنينه بنص يواجه هذه الحالة فيمنع بموجبه المكلف بالشهر نيابة عن الغير أو القائم بالشهر بموجب وظيفته من الاحتجاج بحقه المشهر تجاه من انتمنه وكلفه شخصياً بذلك ، و هذا سوف لن يشكل أي خروج عن قواعد القانون بل سيضفي على قواعد الشهر لمسة أخلاقية يجب ألا نجرده منها كلياً بحجة الرغبة في إقامة قاعدة بيانات صادقة في السجل العقاري .

وبهذا يمكن تلخيصاً لما سبق القول أن المشرع الجزائري قد أغلق الباب أمام طلبات إلغاء الحقوق المشهورة أو تفضيل الحقوق المنازعة لها و الغير مشهورة أو المتأخرة الشهر لمجرد ثبوت سوء نية المستفيد من الشهر أو تواطؤه مع المتصرف ولكن تبقى هذه القاعدة العامة سارية ما لم يتعلق الأمر بإحدى الحالات الخاصة التي نأتي على بيانها تباعاً في الفرع الموالي .

الفرع الثاني : الحالات الخاصة

نصّ المشرع الجزائري على حالة تطبيقية خاصة مأخوذة من القانون الفرنسي وهي الحالة المنصوص عنها في المادة 87 من المرسوم 63/76 والمطابقة تماما لنص المادة 30 الفقرة 1 نبذة 3 من مرسوم 4 جانفي 1955 الفرنسي و تتعلق بحجية العقود التي تتضمن شرطاً مانعاً من التصرف أو قيوداً من قيود الملكية في مواجهة من يتلقى حقه من المالك المخالف لهذه القيود . كما نص على حالة تطبيقية ثانية هي الحالة المنصوص عنها في المادة 86 من نفس المرسوم و المطابقة تماما لنص المادة 30 فقرة 1 نبذة 4 من المرسوم 4 جانفي 1955 والتي تتعلق بحجية إلغاء أو فسخ أو نقض أو إبطال الحقوق التي سبق شهرها .

وقبل تفصيل كل حالة على حدة يجدر التساؤل عن سبب إيراد هاتين الحالتين بنصين خاصين مأخوذين من التشريع الفرنسي حرفياً مع أننا لسنا في حاجة إلى النص على الحالة الأولى المشار إليها في المادة 87 خلافاً للوضع في فرنسا الذي يدعو فعلاً للنص عنها لأنها تخرج عن القاعدة العامة في الشهر، أما الحالة الثانية فهي حالة تطبيقية مهمة على الرغم من أن مبرر النص عنها في فرنسا غير مبرر النص عنها في الجزائر .

الحالة الأولى : حالة إلغاء أو نقض حق سبق شهره

نصت على هذه الحالة التطبيقية المادة 86 من مرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي جاء فيها "إن فسخ الحقوق العينية أو إبطالها أو إلغاؤها أو نقضها عندما ينتج أثراً رجعياً لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهاره مسبقاً أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقاً للقانون"¹.

¹ جاءت صياغة المادة 86 باللغة الفرنسية كالتالي:

"La résolution ou la révocation, l'annulation ou la rescision de droits réels immobiliers lorsqu'elle produit un effet rétroactif il n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été

إن هذا النص يتناول حالة من الحالات التي اعتبرها المشرع الفرنسي لما وضع نص المادة 30 الفقرة 1 نبذة 4 خروجاً عن القاعدة العامة التي وضع الشهر العقاري لمعالجتها في فرنسا ، ذلك أنه كما سبقت الإشارة إليه فإن الشهر العقاري في فرنسا موضوع لحل النزاع بين أصحاب الحقوق المتزاحمة الذين يتلقون حقوقهم من نفس المالك بحيث يتم التفضيل بواسطة قواعد الشهر¹، إذ يفضل المتلقي الذي أشهر حقه على من لم يشهر حقه ، و في حالة شهرهما يفضل الأسبق تاريخاً إلى الشهر ما لم يكن بسوء نية أو كان مكلفاً بشهر حقوق منافسة ولم يتم بذلك.

فهذه القاعدة العامة خرج عنها المشرع الفرنسي بنص المادة 30 فقرة 1 نبذة 4 إذ أن هذا النص لا يتعلق بالضرورة بحالة تزام حقوق بين مستفيدين متنازعين و لكن الأمر يتعلق بدور آخر تؤديه قواعد الشهر غير الدور الكلاسيكي في المفاضلة وهو دورها في الاحتجاج بإلغاء الحق المشهر على الخلف الخاص لصاحب الحق الملغى بحيث أنه لا يحتج عليه بهذا الإلغاء إلا إذا كان الشرط الإتفاقي الذي تم بموجبه هذا الإلغاء سواء عن طريق البطلان أو الفسخ أو النقض قد تم شهره قبل أن يشهر الخلف الخاص حقه الذي تلقاه².

ولتقريب الفهم نصوغ المثال التالي : باع شخص (أ) إلى شخص (ب) عقاراً وانتقلت الملكية إلى المشتري ثم أعاد (ب) بيع العقار أو جزء منه إلى (ج) بعقد بيع

antérieurement publiée ou si cette résolution ; révocation ; annulation ou rescision a lieu de plein droit en application de la loi "

و قد جاء هذا النص مطابقاً تماماً لنص المادة 30 فقرة 1 نبذة 4 من مرسوم 4 جانفي 1955 الفرنسي ما عدا في العبارة ; الأخيرة دون أن يختلف المعنى و هذا هو نصها :

"La résolution ou la révocation, l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1° de l'article 28 lorsqu'elle produit un effet rétroactif n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si la clause réside dans la loi ."

¹ Stéphane Piedelievre op-cit p 269

² Gabriel Marty et Pierre Raynaud op- cit p 540-541

صحيح وانتقلت الملكية إلى (ج) بإتمام إجراءات هذا الانتقال . بعد ذلك قام شخص (د) برفع دعوى قضائية يطالب فيها بإبطال التصرف الأول المبرم بين (أ) و(ب) أو رفع (أ) دعوى ضد (ب) من أجل فسخ التصرف الذي تم بينهما و تصديا بالدعوى تم الحكم بالبطلان أو بالفسخ المطلوب على أن يحدث هذا البطلان أو الفسخ أثره من يوم إبرام التصرف أي بأثر رجعي . فإزاء مثل هذا المثال تساءل الفقه والقضاء في فرنسا عن أثر هذا البطلان أو الفسخ على حقوق المشتري الثاني الذي مثلنا له في المثال السابق بالشخص (أ) ، هل يتضرر هو من إلغاء حق سلفه (ب) وبالتالي يفقد حقه أم أنه لا يتضرر من ذلك ؟.

ولقد لاحظ الفقه الفرنسي أن تطبيق الأحكام العامة للشهر العقاري وفق النظام الفرنسي يؤدي إلى القول بتعدي أثر الإلغاء إلى حقوق المشتري الأخير لأنه بإلغاء حق سلفه لا يمكنه التمسك بحقه لأن الشخص لا يمكنه أن يكسب ما لم يكسبه سلفه أو أكثر مما كسبه سلفه¹ ، و على هذا الأساس كان يحكم القضاء في فرنسا² ، لكن تحت وطأة الانتقاد حول جور هذا التطبيق وعدم عدالته كونه يحمل الخلف أخطاء سلفه و يفترض تواطؤه معه في الغش وسوء النية والإخلال بالتزام لمجرد تلقيه الحق منه حتى ولو كان بحسن نية³، جاء نص المادة 30 الفقرة 1 نبذة 4 برغبة من المشرع في حل الإشكال فجعل حجية الإلغاء في مواجهة المشتري الثاني أو متلقي الحق العيني الثاني عموما مرهونة بعلم هذا الأخير المسبق بسبب الإلغاء بحيث إذا كان عالما به قبل أن يشهر حقه فإنه يمكن الاحتجاج ضده بالإلغاء ويجرد من حقه ، أما إذا لم يكن عالما بذلك فلا يحتج ضده بذلك الإلغاء⁴.

¹ Stéphane Piedelièvre op- cit p 262

² راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية بتاريخ 10 ماي 1949 وحكم محكمة سان(Seine) في نفس القضية بتاريخ 16 جويليا 1943 منشوران في مجلة (Jurisclasseur periodique; ed -G) لسنة 1943 الحكم رقم 2743 مع تعليق الأستاذ Becqué وكذلك حكم محكمة باريس في 11 ماي 1945 المنشور في مجلة (Dalloz) لسنة 1947 رقم 62 مع تعليق الأستاذ Hamel وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 17 أكتوبر 1961 منشور في مجلة (Jurisclasseur periodique ; ed G) لسنة 1962 II رقم 12758 مع تعليق الأستاذ Bulté .

³ من بين الكتاب الذين انتقدوا هذا الموقف

Gabriel Marty & Pierre Raynaud op-cit p 523

. Alain Fournier op-cit p 44

Stéphane Piedelièvre op- cit P 262 ⁴

ومن أجل البحث في مدى توفير العلم لدى الملتقى الثاني le sous-acquéreur لم يدخل المشرع في المسائل النفسية القائمة على أساس الظن إنما اكتفى بوضع افتراض أو قرينة قانونية بحيث اعتبر المتلقي الثاني عالماً بسبب الإلغاء مسبقاً إذا كان هذا الشرط الذي تم بمقتضاه البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو النقص قد سبق شهره، لأنه بشهر هذا الشرط أصبح المتلقي الثاني بإمكانه الاطلاع عليه قبل الشراء . ونفس العلم يكون متوفراً بالافتراض إذا كان البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو النقص راجعاً إلى سبب منصوص عنه في القانون حتى ولو لم يتم شهر السبب لأن القانون لا يعذر أحد بجهله¹.

هذا عن خلفيات وضع النص في التشريع الفرنسي ، أما في الجزائر فإن النص وإن كان شبه متطابق مع النص الفرنسي في عباراته وألفاظه ومطابقاً له تماماً في معناه و فحواه فإنه لا يعد خروجاً عن القواعد العامة ولا استثناءاً من أصل ، إنما هو مجرد تطبيق عملي للقواعد ، ذلك أن الشهر العقاري في الجزائر لا يقتصر دوره على المفاضلة بين الحقوق المتزاحمة بل يؤدي دوراً أوسع من ذلك ، يتمثل في إنشاء الحق وإكسابه الحجية فضلاً عن المفاضلة في حالة تزامن الحقوق . و لهذا فإنه عند تناول هذا النص يتعين لزوم الحذر في الرجوع إلى المصادر التاريخية له و أقصد بذلك القانون الفرنسي ممثلاً في مرسوم 4 جانفي 1955 .

أما عن مفهوم النص في التشريع الجزائري فإنه لا يختلف عن المفهوم الذي أعطاه الفقه الفرنسي عند شرحه للمادة 30 الفقرة 1 نبذة 4 ، إذ أنه إذا تم إلغاء أو نقض أو إبطال أو فسخ حق عقاري مشهر وأنتج هذا الإلغاء أو النقص أو الإبطال أو الفسخ أثره بأثر رجعي فإن ذلك لا يكون حجة على من تلقى الحق من صاحب الحق المهدر أو الملغى إلا إذا كان عالماً بسبب هذا الإلغاء . أما إن لم يكن عالماً بذلك فإنه يعتبر أنه قد تلقى الحق بحسن نية ولذلك لا يحتج ضده بهذا الإلغاء ويبقى الحق لديه على الحالة التي تلقاه بها .

¹ Stéphane Piedelièvre op-cit P 269

وتمثيلاً للوضع نصوغ مثالين إثنين الأول يكون فيه المتلقي الثاني مشترياً أي متلقياً لحق الملكية و في المثال الثاني يكون مرتهاً و ذلك لعقد المقارنة بين المثالين و تقريب المعنى بشكل أفضل .

المثال الأول : باع شخص (أ) عقاراً إلى شخص (ب) وتم شهر البيع في المحافظة العقارية المختصة وبعد مدة أعاد (ب) بيع العقار المذكور إلى شخص (ج) ثم أشهر البيع في المحافظة العقارية نفسها التي يوجد في نطاق اختصاصها العقار المبيع لكن بعد مدة من ذلك رفع (أ) دعوى ضد (ب) يطالب فيها بفسخ البيع المبرم بينهما لأن

(ب) لم يدفع الثمن المتفق عليه وظل متمطلاً في ذلك ، و تصدياً للنزاع أصدرت المحكمة المختصة حكماً بالفسخ الذي يسري طبعاً بأثر رجعي و صار حكماً نهائياً.

المثال الثاني : باع شخص (أ) إلى شخص (ب) عقاراً و تم شهر العقد ثم قام (ب) برهن العقار لفائدة شخص (ج) و ثم شهر الرهن و بعد ذلك رفع شخص ذي مصلحة دعوى من أجل إبطال عقد البيع الذي تم بين (أ) و (ب) وتم الإبطال بحكم صار فيما بعد نهائياً.

بعد صياغة هذين المثالين يحق لنا التساؤل عن مصير حق المتلقي الثاني le sous-acquéreur وهو الشخص (ج) في المثالين ، هل يتأثر بإلغاء حق سلفه (ب) بالفسخ في المثال الأول وبالبطالان في المثال الثاني وبالتالي يفقد حقه بالتبعية أم لا يتأثر بذلك ؟ و رداً على هذا التساؤل جاء نص المادة 86 من المرسوم 63/76 بحيث إذا كان (ج) في المثالين عالماً بسبب الفسخ أو البطلان لما قام بشهر حقه فإنه يزول حق سلفه نتيجة الفسخ أو البطلان يزول حقه هو كذلك ، أما إذا لم يكن عالماً بذلك لما قام بشهر حقه فإنه يعد مكتسباً حسن النية وبالتالي لا يتأثر بما يحدث بحق سلفه (ب) نتيجة البطلان أو الفسخ حتى ولو صار عالماً بذلك السبب بعد إشهاره لحقه.

وتأسياً بالمشرع الفرنسي لم يذكر المشرع الجزائري حسن النية أو سوء النية لكون مفهومهما مطاط ولا يمكن تعريفهما بدقة ، فضلا عن صعوبة إثباتهما¹ و اكتفى بوضع قرينة على ذلك وهي قرينة العلم ، بحيث إذا كان المتلقي عالما بسبب البطلان أو الفسخ أو النقص أو الإلغاء فإنه يتحمل ذلك ، و حتى العلم لم يترك كمسألة نفسية باطنية للتخمين ، إنما استدل عليه المشرع بالشهر إذا كان البطلان أو الإلغاء أو الفسخ أو النقص تم بموجب شرط سابق بين طرفي التصرف السابق ، فاعتبر المكتسب الثاني وهو في المثالين (ج) عالما بسبب إلغاء حق سلفه إذا كان الشرط (La clause) الذي تم بموجبه ذلك الإهدار لحق سلفه قد سبق شهره قبل أن يشهر هو حقه ، أما إذا لم يكن ذلك الشرط مشهرا يوم قام المكتسب الثاني (ج) بإشهار حقه فإنه يعد حسن النية وبالتالي لا يتأثر بزوال حق سلفه.

هذا في حالة ما إذا زال حق السلف نتيجة دعوى يستند فيها المدعى على شرط مسبق بين طرفي التصرف المطلوب إبطاله أو فسخه ، أما إذا تم البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو النقص نتيجة سبب موجود في القانون كأن يستند حكم البطلان على عدم مشروعية المحل كأن يكون العقار ملكاً للدولة أو على انعدام أهلية البائع فإن هذا البطلان يؤدي إلى زوال حق السلف والخلف معا وهذا لأنه إذا كان المشرع اشترط الشهر لاستدلاله على علم المتلقي الثاني بالشرط المؤدي إلى زوال حق سلفه فإنه ليس بحاجة إلى ذلك إذا كان زوال الحق راجعاً لسبب قانوني لأنه لا يعذر أحد بجهل القانون².

¹ راجع في هذا المعنى كل من :

Marie-Noelle Jobard-bachelier op-cit p 139

Marc Levis op-cit p 169

Gabriel Marty & Pierre Raynaud op-cit p 536 – 537

² ورد النص على القاعدة القانونية "لا يعذر أحد بجهل القانون" في المادة 60 من دستور 1996 في دلالة على أنه من أسس ومبادئ القانون في الجزائر كما هو الشأن في سائر الدول ، إذ أن القاعدة تحدد النطاق الشخصي لتطبيق القانون وتوسعه ليشمل كل المخاطبين بالقاعدة القانونية إلا من استثناء الفقهاء في حالة القوة القاهرة التي تمنع وصول الجريدة الرسمية .

وعلى هذا فإنه إذا اعتبر المتلقي الثاني عالماً بسبب زوال حق سلفه إما بسبب شهر الشرط الذي تم بموجبه الزوال وإما لاستناده على القانون فإنه يفقد حقه بفقدان سلفه لحقه ولذلك يجرّد الشخص (ج) من ملكية العقار الذي اشتراه في المثال الأول ويتحول رهنه إلى رهن ملك الغير¹ في المثال الثاني وليس له في هاتين الحالتين سوى الرجوع على سلفه بالتعويض . أما إذا دلت المعطيات على عدم علمه بسبب عدم إشهار الشرط الذي أدى إلى زوال حق سلفه ، فإنه يبقى مالكا للعقار في المثال الأول ولا يكون لرافع للدعوى سوى حق الرجوع على (ب) بالتعويض² ، أما في المثال الثاني فإن العقار يبقى مرهوناً لفائدة (ج) حتى ولو استرده (أ) إذ يسترده مثقلاً بالرهن³ .

ويلاحظ أنه لا يوجد في التشريع المصري وغيره من التشريعات التي تأخذ بنظام الشهر العيني نص مماثل و ذلك لعدم حاجة هذه التشريعات له اكتفاء بالقواعد العامة في حجية التصرفات المشهورة إذ أن الشرط غير المشهر ليست له حجية في مواجهة الغير و تكون له تلك الحجية إذا تم شهره قبل شهر حق الغير، و لهذا فإنه يمكن للمشرع الجزائري الاستغناء عن النص تماماً اكتفاء بالقواعد العامة نفسها ، و فضلاً عن ذلك فإن النص لا يتضمن أي خصوصية كما أن تطبيقاته العملية لا توفر حماية خاصة للخلف الخاص الذي آل إليه الحق المهدر لأن أغلب حالات الفسخ والبطلان والإلغاء والنقض تتم بموجب القانون وليس الاتفاق ولذلك فإن الشهر لا دور له على الإطلاق .

وعلى هذا فإنه وتطبيقاً لنص المادة 86 سالفه الذكر وغيرها من النصوص التي تتضمن الأحكام العامة في حجية الشهر فإنه لا يجوز لأحد أن يطعن في حجية العقود المشهورة مستنداً على الغش والتواطؤ فحسب ، وإنما عليه إن أراد ذلك أن يؤسس دعواه إما على شرط أو سبب مشهر مسبقاً أو على سبب في القانون و ذلك حتى يسري

¹ - أنظر في شأن أحكام رهن ملك الغير حسين عبد اللطيف حمدان (التأمينات العينية) الطبعة الثانية 1985 - الدار الجامعية ص 162

² أساس التعويض هنا هو عدم تنفيذ الإلتزام بنقل الملكية

³ ذلك لأن الرهن لا يتعارض مع استرداد حق الملكية و يمكن قيام الحقيين معا بخلاف الوضع الأول أين يكون التزام بين شخصين يتمسك كل منهما بالملكية لنفسه .

البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو النقص المحكوم به على المتلقي الجديد أو الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر كما عبرت عنه المادة .

و لذلك فإنه لو باع شخص لشخص عقارا أو وعده بالبيع و قبل أن ينفذ التزامه بنقل الملكية أعاد بيعه لشخص ثان وأتم إجراءات الشهر للثاني فإن المشتري الأول أو الموعود له لا يستطيع الحصول على ملكية العقار المبيع إلا إذا طعن في التصرف الثاني واستند في طعنه على سبب موجود في القانون أو على شرط أو سبب اتفاقي مشهر مسبقاً ، إذ بهذه الطريقة يستجاب لطلبه و يقضى بالبطلان أو الفسخ الذي يسري ضد البائع والمشتري الثاني كما يسري حتى على الخلف الخاص للمشتري الثاني إذا أعاد التصرف فيه مرة ثانية.

ولهذا فإن الاستناد على مجرد الغش والتواطؤ لا يكفي لإبطال تصرف مشهر أضر بمصلحة المتصرف إليه الأول ، و ذلك ما يستفاد من عدم وجود نص يفيد بأن الغش والتواطؤ يفسد التصرفات المشهورة . كما يستفاد من نص المادة 86 التي لا تعطي لإلغاء ونقض وفسخ تصرفات مشهورة أي حجية في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان سبب البطلان إما شرطا مشهرا مسبقاً و إما سببا موجودا في القانون ، و غني عن البيان أن الغش و التواطؤ لا يدخل ضمن الأسباب الموجودة في القانون لأن قاعدة "الغش يفسد التصرفات" هي قاعدة من القانون الطبيعي¹ و ليست قاعدة موجودة في القانون بمعناه الخاص ، ذلك أن المادة 86 لما ذكرت السبب القانوني فإن لفظ القانون المذكور يقصد به القانون بمعناه الخاص أي التشريع و ليس القانون بمعناه العام الذي يضم التشريع و مصادر القانون الأخرى بما فيها القانون الطبيعي ، بدليل أن لفظ القانون الوارد في الصياغة العربية للنص يقابله لفظ (la loi) في الصياغة باللغة الفرنسية ، و لا شك أن لفظ (la loi) يعني القانون المكتوب و الصادر بموجب تشريع .

¹ أنظر د/ سليمان مرقس (موجز البيع و الإيجار) طبعة سنة 1953 ص 278

وعلى ذلك فإن ما تقوم به الوكالات العقارية و ما يقوم به المرقون العقاريون عندنا من ممارسات مشبوهة و ضارة ، إذ تباع الأراضي و السكنات لمشتري أول ثم لثان و ربما لثالث دون أن تفي هذه الوكالات و أولئك المرقون بالتزاماتهم تجاه المشتري السابق قد يفلت من كل جزاء و يؤدي إلى ضياع حق المتصرف إليه الأول الذي لم يشهر عقده سواء أكان عقد البيع عقدا ابتدائيا¹ أو نهائيا أم مجرد عقد حفظ² أو وعد بالبيع لأن هذا المتصرف إليه لا يستطيع الطعن في التصرف المشهر المضرب به إلا إذا استند على سبب في القانون أو على شرط أو سبب مشهر مسبقا ، أما مجرد الغش و التدليس فلا يكفي في الحصول على مراده .

و لهذا فإنه بات من الضروري أن يتدخل المشرع بنص تشريعي صريح يقرر فيه بطلان أو على الأقل قابلية بطلان التصرفات التي يبرمها المرقى العقاري خلافاً لتصرف سابق حتى ولو لم يكن مشهراً ، و بذلك فإن المشتري الأول أو الموعد له أو المستفيد من عقد الحفظ أو عقد البيع الإبتدائي سيبقى محمياً من أي تصرف لاحق مضرب به حتى و لو لم يشهر عقده ، بل سيكون محمياً مهما تتالت التصرفات المتعاقبة على العقار ذاته لأنه في استناده على النص القانوني المقترح سيتوصل إلى إبطال التصرف المشهر اللاحق لتصرفه غير المشهر و سيحتج بهذا الإبطال ضد من آل إليه العقار بعد ذلك لأنه سيكون قد استند على نص في القانون طبقاً للمادة 86 من المرسوم 63/76 .

و لقد سبقنا إلى ذلك المشرع المصري إذ قرر بطلان التصرف الثاني في السكنات و معاقبة المتصرف بعقوبة جريمة النصب و ذلك حماية للمستفيد من السكن من المضاربة ، و كان موقفه هذا كرد فعل للضغوط التي فرضتها أزمة السكن في مصر و انتشار السمسرة و أعمال النصب و الإحتيال ، فكان أن أهدر المشرع

¹ عقد البيع الابتدائي هو وعد بالبيع و الشراء ملزم للجانبين يتفق فيه الطرفان على المسائل الجوهرية لعقد البيع تمهياً للبيع النهائي غير أنه يبقى أن كافة الحقوق و الإلتزامات التي يولدها مجرد حقوق و التزامات شخصية و تنتهي بآثاره بإبرام البيع النهائي . لأكثر تفصيل راجع : ويس فتحي (المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز) رسالة ماجستير في القانون العقاري - جامعة البلدة 1999 ص 54 .

² عقد الحفظ هو عقد من العقود الشائعة في مجال الترقية العقارية بوجه خاص يلتزم فيه أحد الأطراف و هو المرقى العقاري

المصري أثر السبق في التسجيل إذا اقترن بسوء نية و افترض توفر هذه النية السيئة من مجرد القيام ببيع العقار لمشتر ثان أو تأجيره لمستأجر ثان و جعل من هذا العمل جريمة جنائية¹.

وقد تجسّد هذا الموقف في مادتين اثنتين هما المادة 82 من قانون إيجار الأماكن رقم 49 لسنة 1977 و الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون المساكن رقم 136 لسنة 1981، حيث جاء في المادة 82 من قانون إيجار الأماكن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة (06) أشهر و بغرامة لا تقل عن خمس مائة (500) جنيه و لا تجاوز ألفي (2000) جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أجر مكاناً أو جزءاً منه أو باعه ولو بعقد غير مشهر ... و كان ذلك التأجير أو البيع على خلاف مقتضى عقد سابق ولو كان غير مشهر صادر منه أو من أحد شركائه أو نائبيهم . و يفترض علم هؤلاء بالعقد الصادر من أيهم"².

أما المادة 33 فقرة 1 من قانون المساكن لسنة 1981 فقد نصت على أنه "يعاقب بعقوبة النصب المالك الذي ... يؤجرها (أي الوحدة السكنية) لأكثر من مستأجر أو يبيعه لغير من تعاقد معه على شرائها و يبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلاً"³ و الملاحظ على هذا النص أنه جاء ملغياً لنص المادة 82 من قانون إيجار الأماكن و أعاد العلاقة إلى طبيعتها المدنية لما قرر بطلان التصرف اللاحق . هذا و يبقى نطاق تطبيق هذه الأحكام في القانون المصري مقتصرأ على السكنات دون الأراضي بالنظر إلى موقع النص في قانون المساكن و بالنظر إلى صراحة ألفاظه⁴.

¹ د/علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 241

² جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون إيجار الأماكن أن " جرم المشرع واقعة تأجير المكان الواحد و بيعه على خلاف مقتضى عقد سابق سواء أكان المتعاقد هو المالك أو غيره، و سواء أكان العقد مشهراً أو غير مشهر وذلك سداً لكل أبواب التحايل مع افتراض العلم بالعقد السابق في حالات معينة" (النشرة التشريعية – العدد الثامن أغسطس 1977 ص 4059).

³ جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المساكن لسنة 1981 أنه " رد المشرع العلاقة إلى طبيعتها المدنية في الوقت الذي حرص فيه على احترام القانون في مجال هذه العلاقة وذلك بالنص على بطلان كل شرط أو تعاقد مخالف مع الحكم بالغرامات المقررة و حفظ حقوق أطراف هذه العلاقة و استرداد كافة ما يدفع دون وجه حق و إثبات ذلك بكافة الطرق" (مجلة المحاماة العدد 61 ملحق أغسطس سنة 1981 ص 100) .

⁴ راجع د/ علي حسين نجيدة (المرجع السابق) ص 242

هذا وكان المشرع المصري من قبل قد قررَ معاقبة كل شخص يتوصل إلى سلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه عن طريق إجراءات الإشهار و ذلك لما نص في المادة 65 من قانون السجل العيني لسنة 1964 على أن " كل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه مع علمه بذلك يعاقب بالحبس و بغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد يقضي بها أي قانون آخر و يعاقب على الشروع في هذه الجريمة بنفس العقوبة"¹ .

كما يمكن أن يدخل ضمن هذه الحالة حالة إلغاء حق عيني عقاري مشهر عن طريق حكم قضائي ، فمن أجل أن يتمكن صاحب المصلحة من الاحتجاج بهذا الحكم بعد أن يصير نهائياً في مواجهة الغير لا سيما الخلف الخاص لصاحب الحق الملغى يشترط المشرع الجزائي - أسوة بتشريعات أخرى - شهر عريضة الدعوى طبقاً للمادة 85 من المرسوم 63/73 المتقدم ذكره² و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، غير أن ما يثير الجدل و يستدعي الاهتمام هو الفرض الذي تفشل فيه دعوى نقض أو إلغاء الحق العيني المشهر فيرفع صاحب المصلحة التماسا بإعادة النظر أو طعنا بالنقض و يؤدي طعنه ذلك إلى نقض الحق أو إلغائه . و كذلك الفرض الذي يتم فيه تثبيت أو إقرار حق عيني عقاري بموجب حكم قضائي نهائي و بعد شهره يتم إلغائه بعد الطعن فيه بالتماس إعادة النظر أو بطريق النقض فيلغى الحق العيني الذي سبق إقراره .

ففي الفرضين تكون الوضعية النهائية للحق العيني غير مطابقة للوضعية المدونة على بيانات السجل العقاري و على الدفتر العقاري بسبب أن الحكم بمجرد أن يصير نهائياً يمكن إشهاره ، أما الطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر فلا يوقفان

¹ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 522

² راجع ما سيأتي تفصيله بشأن الهدف من شهر عريضة الدعوى و اختلاف الآراء بهذا الخصوص و ذلك في آخر فرع من هذه الرسالة .

التنفيذ ، و من ثم فإن من يتعامل في العقار في الفترة ما بين إشهار الحكم النهائي و صدور القرار الجديد بعد التماس إعادة النظر أو الطعن بالنقض يكون قد تعامل مع صاحب حق مهدد بالزوال دون أن يدري لأن القانون لا يشترط إشهار عريضة التماس إعادة النظر أو عريضة الطعن بالنقض .

و على هذا و من أجل التصدي لهذه الوضعية التي تفقد السجل العقاري مصداقيته و تجعل بعض بياناته مجرد بيانات مضللة تعرض من يستند إليها في معاملته إلى خطر فقدان حقه فإنه من الأجدر أن يتدخل المشرع بموجب نصين تشريعيين متناسقين و منسجمين ، أحدهما في قانون الإجراءات المدنية الإدارية و الثاني في تعديل المرسوم 63/76 المتعلق بإنشاء السجل العقاري يقرر فيهما المشرع إما وجوب شهر عريضة التماس إعادة النظر و عريضة الطعن بالنقض في القرارات النهائية الصادرة في نزاع حول حق عيني عقاري مشهر و إما بأن يقرر فيهما إعطاء التماس إعادة النظر أو الطعن بالنقض أثراً موقفاً في هذه الحالة .

الحالة الثانية : حجية الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك في التصرف

نصت على هذه الحالة المادة 87 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹ التي تتطابق تماماً مع نص البند الثالث من الفقرة الأولى من المادة 30 من مرسوم 04 جانفي 1955 الساري في فرنسا² ، إذ جاء في المادة 87 "إن الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه

¹ جاءت الصياغة باللغة الفرنسية لنص المادة 87 من المرسوم 63/76 كالتالي :

"Les ayants cause à titre particulier du titulaire d'un droit immobilier qui ont publié l'acte ou la decision judiciaire constatant leur propre droit ne peuvent se voir opposer les actes entre vifs dréssés distinctement pour constater des clauses d'inaléanabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer ou les décisions judiciaires constatant de telles clauses lorsque lesdits actes ou les les demandes en justice tendant à obtenir lesdites décisions ont été publiées posterieurement à la publicité donnée à leur propre droit

² ينص البند الثالث من الفقرة 1 من المادة 30 من مرسوم 4 جانفي 1955 على ما يلي:

Les ayants cause à titre particulier du titulaire d'un droit vise au 1° de l'article 28 qui ont publié l'acte ou la decision judiciaire constatant leur propre droit ne peuvent se voir opposer les actes entre vifs dréssés distinctement pour constater des clauses d'inaléanabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer ou les décisions judiciaires constatant de telles clauses lorsque lesdits actes ou les les demandes en justice tendant à obtenir lesdites décisions ont été publiées posterieurement à la publicité donnée à leur propre droit

حقه الخاص لا يمكنه الاعتراض على العقود بين الأحياء و التي تم إعدادها بصفة مميزة من أجل إثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت و جميع التقييدات الأخرى لحق التصرف، أو على القرارات القضائية المثبتة أو المطالبات القضائية التي ترمي إلى الحصول على القرارات المذكورة، قد تم إشهارها مسبقاً إن الإشهار المعطى لحقه الخاص." .

و أول ما يلاحظ على هذا النص أنه مأخوذ عن القانون الفرنسي ومنقول حرفياً من نص المادة 30 فقرة أولى بند 03 مع فرق طفيف يتعلق باعداد المشرع الجزائي بتاريخ شهر عريضة الدعوى الرامية للمطالبة بإثبات الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك ، في حين أن المشرع الفرنسي يعتد بتاريخ شهر الحكم و ليس تاريخ شهر عريضة الدعوى . كما أنه يمكن الملاحظة من جانب آخر أن الصياغة العربية لنص المادة 87 جاءت في شكل ترجمة لمعنى الصيغة الفرنسية و ليست ترجمة للألفاظ و العبارات ، ذلك أن النص باللغة الفرنسية يقرر عدم حجية الشرط المانع من التصرف و المقيد لسلطة المالك في التصرف و الأحكام المثبتة لذلك أو الدعوى الرامية إلى ذلك في مواجهة الخلف الخاص إذا كان تاريخ إشهار الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك في التصرف أو الحكم أو الدعوى الرامية إلى ذلك لاحقاً لإشهار الخلف الخاص لحقه ، إذ يستعمل النص لفظ (Postérieurement) التي تعني "لاحقاً" في حين أن الصياغة باللغة العربية تقر عدم جواز اعتراض الخلف الخاص على الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك أو الحكم المثبت لذلك أو عريضة الدعوى الرامية إلى ذلك إذا كان هذا الشرط أو الحكم أو عريضة الدعوى قد أشهرت بتاريخ سابق لتاريخ شهر حق الخلف الخاص و لا شك أن لفظ "مسبقاً" الوارد في الصياغة العربية يعني عكس لفظ (Postérieurement) الوارد في الصياغة الفرنسية.

أما عن مدلول النص و ظروف صدوره في فرنسا، فإن ذلك كان بمثابة خروج عن الهدف و الغاية الأساسية للشهر العقاري في فرنسا المتمثلة في حل المنازعات

الناجمة عن تزامم و تنازع أصحاب الحقوق العينية العقارية الذين يتلقون حقوقهم من نفس المتصرف ، إذ تتم المفاضلة عن طريق الشهر العقاري ، بحيث أن من يشهر حقه أولى بالتفضيل ممن لا يشهره و الأسبق إشهاراً أولى بالتفضيل ممن يلحقه¹ . غير أن هذه الحالة المنصوص عنها في البند 03 من الفقرة الأولى من المادة 30 يكون فيها للشهر العقاري دور آخر بعيد عن كل نزاع بين أصحاب الحقوق المتزاحمة ، إذ يؤدي الشهر هنا دوراً مختلفاً يتمثل في إعطاء الحجية للشرط المانع من التصرف و المقيد لسلطة المالك . و معنى ذلك أنه إذا تم تضمين عقد شرطاً مانعاً من التصرف مؤقتاً أو مقيداً لسلطة المالك في التصرف ثم قام هذا المالك بالتصرف خلافاً للشرط أو القيد فإن تصرفه صحيح و منتج لآثاره و مكتسباً لحجتيه ما لم يكن العقد المتضمن الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك أو الحكم المثبت لذلك الشرط قد تم شهره قبل أن يشهر التصرف الذي أجراه المالك خلافاً للشرط² .

أما في الجزائر فإن النص لا يعد خروجاً عن أصل ولا إستثناءً من قاعدة، فمهمة الشهر العقاري في القانون الجزائري تتمثل في كل الحالات في إنشاء الحق والاحتجاج به في مواجهة الغير و إعلامه بوضعية العقارات . و لذلك فإن وجود النص في القانون الجزائري ليس له نفس مبرر وجوده في القانون الفرنسي ، فالأحكام العامة للشهر العقاري و آثاره تغني المشرع الجزائري عن نص المادة 87 سالف الذكر .

فالحكم الذي تضمنه النص يمكن استنتاجه من الأحكام العامة الواردة في المادة 15 و 16 من الأمر 74/75 سالف الذكر، إذ بتطبيق هذين النصين يمكن القول أن الشرط المانع من التصرف في عقار أو المقيد لسلطة المالك في التصرف في عقار إذا ما تم بعقد لا تكون له أي حجية في مواجهة المشتري أو المتصرف إليه ، أو بمعنى أعم الخلف الخاص الذي يتلقى حقه العيني العقاري من المالك المقيد أو الممنوع من التصرف ، ذلك أن المادة 16 من الأمر 74/75 تنص على " إن العقود الإرادية

¹ راجع Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 540

² راجع Stéphane Piedelievre op-cit p 268

و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."

فالشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك يعتبر بمثابة تعديل لحق الملكية و إنقاص منه ، و على ذلك فإنه يدخل ضمن المادة 16 و تسري عليه أحكامها، و من ثم يمكن القول بأن نص المادة 87 من المرسوم 63/76 ما هو إلا حالة تطبيقية لنص المادة 16 من الأمر 74/75 و لكنه لا يخلو من فائدة ، إذ و بالرغم من وجود المادة 16 من الأمر 74/75 الذي يعد النص المرجعي الأول الصادر في مادة المسح و الشهر العقاري بموجب أمر له قوة القانون فإنه لا بأس من إيراد حالة تطبيقية له كحالة المادة 87 في مرسوم 63/76 الذي صدر تطبيقاً للأمر 74/75.

و على هذا فإنه لا يمكن الاحتجاج ضد الخلف الخاص للمالك الذي تلقى العقار أو الحق العيني العقاري من هذا المالك و هو لا يعلم بأن سلفه ممنوع من التصرف مؤقتاً في العقار أو أن سلطته في التصرف مقيدة بشكل يتعارض مع التصرف الذي أجراه . و هنا لم ينص المشرع على العلم صراحة و إنما وضع قرينة للاستدلال عليه تتمثل في الشهر المسبق ، أي أنه إذا كان العقد المتضمن الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك في التصرف أو الحكم المثبت لذلك الشرط أو القيد أو عريضة الدعوى الرامية إلى ذلك قد تم إشهارهم قبل أن يشهر الخلف الخاص حقه الذي تلقاه خلافاً للشرط فإنه يعد عالمياً بوجود الشرط أو باحتمال وجوده في حالة الدعوى و من ثم فإن حقه لا تكون له حجية في مواجهة المستفيد من الشرط أو القيد . أما إذا قام الخلف الخاص بإشهار حقه قبل أن يشهر العقد أو الحكم المتضمن الشرط المانع أو المقيد أو شهر عريضة الدعوى الرامية إلى ذلك فإنه يعتبر غير عالم بوجود الشرط، و من ثم فإن حقه لا يتأثر فيما بعد بتفعيل الشرط أو القيد بعد إشهاره.

المبحث الثالث

جزاء تخلف الشهر

بعد الحديث عن آثار الشهر في القانون الجزائري و حجيته مقارنة بقوانين بلدان أخرى، فإنه من الضروري في نهاية هذا البحث الوصول إلى تحديد ما يرتبه القانون الجزائري مقارنة بالقوانين الأخرى من جزاء في حالة تخلف الشهر، وفي هذا الحقل تجدر الإشارة إلى أن أهم جزائين في القانون الجزائري هما عدم إنشاء الحق العيني وعدم حجية هذا الحق . و هذا الجزاءان هما النتيجة الحتمية لأخذ المشرع الجزائري بالأثر المنشئ للشهر و بالقوة المطلقة له .

فقد رأينا فيما سبق كيف أن المشرع الجزائري اعتبر الشهر في المحافظة العقارية هو وحده منشأ و مصدر الحق و أنه قبل إشهار التصرف أو الحكم أو الواقعة مصدر الحق فإنه لا وجود للحق ، و هذا بخلاف المشرع الفرنسي و بعض التشريعات التي اتبعت مبادئه إذ أنه ليس للشهر أثر منشئ بحيث ينشأ الحق في هذه التشريعات بمجرد انعقاد التصرف صحيحا بصرف النظر عن الشهر الذي لا يؤدي دوره إلا في حالة تنازع أكثر من شخص على نفس الحق . و انطلاقا من هذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري ، فإنه يمكن أن نستخلص بسهولة أول جزاء يترتب على تخلف الشهر و هو عدم وجود الحق أو عدم نشأته.

كما رأينا فيما سبق أيضا أن المشرع الجزائري أعطى للشهر حجية في مواجهة الغير بمعناه العام أي الكافة بما فيهم الأجنبي تماما عن العلاقة و عن أطرافها و بما فيهم الخلف العام و الخلف الخاص للأطراف ، و هذا أيضا بخلاف القانون الفرنسي الذي يشترط في الغير الذي يمكن أن يتمسك بعدم حجية التصرفات غير المشهرة أن يكون خلفا خاصا لنفس المتصرف . فالشهر في التشريع الجزائري يكسب الحق المشهر حجية في مواجهة الكافة ، إذ عليهم انطلاقا من لحظة إشهار الحق أن يتعاملوا مع صاحب الحق المشهر على هذا الأساس و أن يحترموا حقه و أن يمتنعوا عن أي تصرف يضر بصاحب الحق و ذلك نتيجة للحماية القانونية التي يكتسبها الحق المشهر بدءا من لحظة إشهاره ، و من ثم فإن ثاني جزاء يترتب على عدم الشهر هو ما يستنتج

بمفهوم المخالفة لحجية الشهر أي هو ببساطة عدم حجية الحق أو عدم حجية التصرف أو الشرط أو القيد الذي أهمل صاحبه إشهاره .

و على هذا فإن التصرفات الواجبة الشهر و كذا الأحكام القضائية و الوقائع القانونية و المادية و كل تغيير في وضعية العقار و كل شرط مانع من التصرف أو مقيد لسلطة المالك و كل شرط فاسخ أو سبب مؤدي إلى بطلان التصرفات – ما لم يكن موجودا في القانون – لا يحتج به في مواجهة الغير في حالة عدم إشهاره ، و هذا بالضبط ما سبق تفصيله عند الحديث عن حجية الشهر.

و من هذا المنطلق فإنه يكفي الرجوع إلى ما سبق بيانه عند الحديث عن آثار الشهر و حجيته في المبحثين السابقين للتعرف عن مدلول هذين الجزأين اللذين يرتبهما المشرع الجزائي عن عدم شهر التصرفات و الأحكام و الوقائع و غيرها من المحررات و السندات الواجبة الشهر، على أن يقتصر البحث في هذا المبحث عن بقية الجزاءات الأخر التي يعتبرها المشرع الفرنسي جزاءات إضافية sanctions supplémentaires و يمكن اعتبارها كذلك في القانون الجزائي لأنها تقف إلى جانب الجزاءين الرئيسيين في القانون الجزائي و هما عدم وجود الحق و عدم حجيته.

و تتمثل هذه الجزاءات الإضافية عموما في الغرامة التي ورد النص عنها في مواضع مختلفة من النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الشهر و المسؤولية المدنية التي تترتب في حق الطرف المتسبب بخطئه أو إهمال أو غشه في عدم شهر تصرف أو حكم أو واقعة ما و ثالث جزاء هو عدم قبول إشهار الحقوق التي لم يسبق شهر التصرف المنشئ لها تطبيقا لمبدأ الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر المسبق المنصوص عنها في المادة 88 من المرسوم 7663 و أخيرا عدم قبول الدعاوى التي أوجب المشرع إخضاع عريضة افتتاحها لإلزامية الشهر عملا بنص المادة 85 من المرسوم 63/76 و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد.

و قبل التفصيل في هذه الجزاءات الإضافية فإنه من الضروري و المفيد استكمال البحث في الجزاءين الرئيسيين أولاً و هما عدم نشأة الحق و عدم حجبية التصرف غير المشهر و ذلك من زاوية عملية عبر البحث في القيمة القانونية لبعض التصرفات و العقود و المحررات غير المشهرة . و على هذا فإن الحديث في هذا المبحث سيكون مقسماً إلى مطلبين اثنين على نحو أتناول فيه القيمة القانونية للمحررات غير المشهرة في مطلب أول و الجزاءات الإضافية لتخلف الشهر في مطلب ثان.

المطلب الأول : القيمة القانونية للمحررات غير المشهرة

قد تبدو الإجابة عن إشكالية القيمة القانونية للمحررات غير المشهرة بسيطة إذا ما تعلق الأمر بالمحررات التي تتضمن تصرفات أو وقائع أو أحكام منشئة لحق عيني عقاري ، و لكن يدق الأمر و يصعب لما يتعلق بتلك المحررات التي تتضمن تصرفات أو أحكاما كاشفة أو مقررة لحقوق موجودة أصلاً ، فهل بتخلف إشهار هذه المحررات يجوز لنا إنكار وجود الحق و تفقد بالتالي الطبيعة الكاشفة لهذه المحررات مدلولها ؟

كما تثير الوقائع المادية و تلك التي تتعلق بالتغيير المادي للعقار صعوبة في تحديد القيمة القانونية للمحررات التي تتضمنها ، إذ أنها مجرد محررات تثبت التغيير الحاصل في التكوين المادي للعقار أو الوحدة العقارية الذي يبقى مشهوداً و ثابتاً بمجرد إلقاء نظرة عليه ، و مع ذلك يلزم القانون إشهاره مما يثير بالفعل مشكلة في تحديد القيمة القانونية لهذا التغيير المادي الملموس و المشهود إذا لم يشهر.

الفرع الأول : القيمة القانونية للتصرفات المنشئة غير المشهرة

سبق التعرض لموقف المشرع الجزائري إذ أخذ بالأثر المنشئ للشهر¹ و قد صرح بذلك في مواضع عديدة من القانون المدني و القوانين المتعلقة بالشهر¹ حيث

¹ راجع ما تقدم ص 305

ثبت من خلال هذه النصوص التي تقدمت الإشارة إليها أن تخلف الشهر يعطل إنشاء الحق و انتقاله و زواله ، إذ أن أيا من ذلك مرهون بإجراء الشهر. و لكن يجب أن لا نتوسع في تحديد الجزاء المترتب عن إغفال الشهر، فمن الخطأ الاعتقاد بأن مجرد عدم شهر التصرف المنشئ يؤدي إلى تجريد هذا التصرف من كل قيمة قانونية.

في الواقع إن الأثر الوحيد لتخلف الشهر في هذه الحالة هو عدم إنشاء الحق أو عدم انتقاله و لكن التصرف غير المشهر يبقى محتفظا بقيمته القانونية كتصرف صحيح ومنتج لسائر آثاره المتمثلة في الالتزامات الشخصية الملقاة على عاتق أطرافه². فعقد البيع العقاري مثلا و إن كان لا ينقل ملكية العقار المبيع للمشتري في حال تخلف الشهر، فإنه يصح كعقد بيع عقاري و يلتزم بموجبه كلا الطرفين بتنفيذ التزاماتهم المتبادلة، فيكون المشتري ملزما بدفع الثمن كاملا غير منقوص و في الوقت و المكان المحددين لذلك اتفاقا أو قانونا، كما يكون البائع ملزما بتسليم المبيع³ و ضمان عدم التعرض و ضمان الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية.

أما بخصوص الالتزام ينقل الملكية من البائع إلى المشتري فإنه مثله مثل باقي الالتزامات يبقى عالقا في ذمة البائع إلى أن يفي به و ينفذه، إذ لا يجوز للبائع التحجج بعدم شهر التصرف للتخلص من التزامه بنقل الملكية خاصة إذا كان تخلف الشهر راجعا لتقصيره أو إهماله أو غشه حيث لا يجوز عندئذ أن يستفيد هو من خطأه⁴. و هنا لابد من تجنب الخلط بين عدم الشهر و تخلف الرسمية، فتخلف الرسمية يجعل التصرف العقاري باطلا في القانون الجزائري و من ثم فقد تقرر أنه لا يجوز إلزام

¹ يتعلق الأمر بنص المادة 793 من القانون المدني التي تنص على أنه "لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري" و المادة 16 من الأمر 74/75 التي تنص على "إن العقود الإرادية أو الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

² أنظر د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 490 و ما يليها و د/ منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 270 و القاضي حسين عبد اللطيف حمدان (المرجع السابق) ص 274 و د/ سالم حماد شعبان الدحوح في رسالته التي ناقش فيها أثر تخلف الشهر في البيع العقاري إذ تناول هذا الأثر في القانون المصري في الصفحة 200 من رسالته و في القانون العراقي في الصفحة 276 و في القانون الأردني في الصفحة 316 و في القانون الفلسطيني في الصفحة 365.

³ راجع محمد خلف (المرجع السابق) ص 47 و راجع أيضا د/ سعيد سعد عبد السلام "الوجيز في أحكام الشهر العقاري و السجل العيني" دار النهضة العربية - القاهرة الطبعة الأولى سنة 2008 ص 77.

⁴ يعد المبدأ القائل "لا يستفيد أحد من خطأه" الذي يردده كثيرا الفقه الفرنسي nul ne peut se prévaloir de son erreur من مبادئ القانون الطبيعي المسلم بها في جل النظريات القانونية دون أن يرد النص عليه تشريعا.

البائع بقل ملكية العقار المبيع للمشتري ولا إلزامه بإتمام إجراءات البيع¹ ، و ذلك لكون العقد غير الرسمي باطل إذا ما تعلق بعقار، و غني عن البيان أن التصرف الباطل هو و العدم سواء ، و من ثم فإنه لا يرتب أي التزامات و بالنتيجة لا يجوز إلزام أطرافه بتنفيذه . و لكن خلافا لذلك فإن تخلف الشهر لا يؤثر في صحة العقد و انعقاده و من ثم فإن أطرافه يبقون ملزمين بتنفيذ ما يرتبه في ذمهم من التزامات شخصية متبادلة.

و قد أفاض الفقهاء في هذه المسألة و اتفقت آراءهم على أن البائع بعقد غير مشهر يبقى ملزما بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري و عليه أن يسعى إلى ذلك بكل عمل مناسب و أن يمتنع عن كل ما من شأنه عرقلة هذا الانتقال و يكون للمشتري أن يلزمه بذلك عن طريق القضاء ، بل و أكثر من ذلك فقد يستغني المشتري عن تدخل البائع الممتنع إذا ما صدر له حكم قضائي يقوم مقام عقد البيع في الحالات التي يمكن فيها ذلك².

و غير بعيد عن هذا المفهوم ما تقضي به المادة 361 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا" ، إذ ورد هذا النص من حيث ترتيبه في أول مادة تتناول التزامات البائع و من ثم فإنه بتطبيق هذا النص على البيع العقاري، فإن البائع يضل ملزما بالسعي إلى شهر البيع و المساهمة في ذلك بكل وسيلة مفيدة كتقديم سند الملكية الأصلي أو الدفتر العقاري في المناطق المسوحة إلى الموثق القائم على تحرير العقد.

و على هذا فإنه لا أثر لتخلف الشهر على صحة العقد المنشئ لحقوق عينية عقارية لاسيما عقد البيع العقاري في القانون الجزائري . وهو نفس الحكم الذي يقره

¹ و هذا ما يفهم من نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري و التي تواتر اجتهاد المحكمة العليا في شرحها و شرح المبدأ الذي تضمنته مقرا بطلان التصرف العقاري غير الرسمي و عدم جواز إلزام طرفيه بتنفيذه.

² راجع في هذا الشأن ما قال به الأستاذ الدكتور السنهوري في الوسيط - الجزء الرابع ص 610 و د/ عبد المنعم البدر اوي (شرح القانون المدني - العقود المسماة "البيع") الطبعة الأولى 1956 ص 44 و د/ محمود شوقي (المرجع السابق) ص 10 و ما يليها Mokhtar Arafa (La transcription de la vente dans le droit Egyptien) Thèse ; Paris 1938 p 62-72

القانون المصري أيضا ، إذ أنه يلزم لتكوين و صحة بيع العقار في مصر نفس الأركان والشروط المطلوبة في العقود الأخرى و هي الرضا و أهلية البيع و الشراء و محل و سبب مشروعين ، لكنه خلافا للقانون الجزائري يعد من العقود الرضائية¹ و ذلك فيما عدا الحالات الاستثنائية المنصوص عنها صراحة في القانون أو التي يتفق عليها ذوي الشأن². فمنذ اللحظة التي تجتمع فيها أركان البيع العقاري و شروطه يكون هناك عقد بيع صحيح ، و هذا العقد ينشئ التزامات متبادلة منها التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري و لا أثر للشهر العقاري في تكوين العقد.

و في مصر فإنه حتى الالتزام بنقل الملكية كان قبل قانون 1923 يعتبر منفذا من لحظة تكوين العقد أي حتى بدون حاجة لإجراء الشهر إلا أنه منذ صدور قانون 1923 أصبح هذا الالتزام لا ينفذ إلا بإجراء التسجيل، و لكنه لا يكون إلا أثرا من آثار العقد و ليس شرطا من شروط وجوده³، و خير دليل على أن نقل الملكية ليس عنصرا أساسيا في البيع، و إنما هو مجرد أثر من آثاره ينفذ بالشهر في البيع العقاري هو ما يقره القانون من بيوع لا تنقل الملكية بمجرد انعقادها و مع ذلك تبقى صحيحة، و هذا على الخصوص في بيع الأشياء المعينة بنوعها و التي لا تنتقل ملكيتها إلا بإفرازها و حالة بيع الأشياء المستقبلية ما دام الشيء المبيع غير موجود و حالة البيع الذي يتفق أطرافه على تأخير نقل الملكية حتى الوفاء الكامل بالثمن أو تسليم المبيع و هذه كلها بيوع صحيحة.

و من هنا يجب التسليم بأن عقد البيع العقاري و كل التصرفات المنشئة لحقوق عينية عقارية كالقسمة و الوصية و الهبة و غيرها تبقى صحيحة رغم عدم شهرها أو عدم تسجيلها كما يقول القانون المصري ، و هذا هو الرأي الذي يتفق مع مدلول النصوص المتعلقة بتنظيم أحكام هذه التصرفات من جهة و تلك المتعلقة بتنظيم الشهر

¹ تعتبر الشكلية الرسمية من الفروق الجوهرية بين القانون الجزائري و القانون المصري في مجال البيع العقاري حيث لا يزال هذا العقد مجرد عقد رضائي في القانون المصري إلا في حالات استثنائية نص عليها القانون أو إذا اتفق الأطراف صراحة على إخضاعه للشكلية الرسمية.

² د/عبد المنعم البدر اوي (المرجع السابق) ص 44

³ د/منصور محمود وجيه (المرجع السابق) ص 273

العقاري من جهة ثانية ، و هو أيضا الرأي الذي يأخذ به أغلب الشراح¹ و الذي يأخذ به أيضا القضاء في مجموع أحكامه.

و لا يكفي القول بأن العقد غير المشهر يضل صحيحا، إذ يجب تحديد نتائج و درجة هذه الصحة و مدلولها ، إذ أن صحة التصرف المنشئ الذي لم يشهر لا تنصرف إلا إلى العلاقات التعاقدية بين طرفيه ، فإذا قلنا مثلا أن البيع العقاري غير المشهر بيع صحيح فإن أثر صحته لا ينصرف إلا للالتزامات الشخصية التي ينشئها فيكون بمقتضى هذا البيع أن يلتزم المشتري بدفع الثمن بالرغم من عدم إتمام الشهر و مع ذلك فإن لم يسع البائع لإتمام الشهر أو عرقل إتمامه، فإنه يمكن للمشتري أن يدفع بعدم تنفيذ العقد إذا ما رفع البائع ضده دعوى المطالبة بالثمن . و من آثار هذا البيع غير المشهر أيضا أن يلتزم البائع من جانبه بتسليم المبيع للمشتري و بضمان العيوب الخفية و ضمان الاستحقاق². و هذه الالتزامات كلها تبقى عالقة في ذمة أطراف العقد و تنتقل إلى الورثة بعد وفاة أطراف العقد لكن العقار المبيع يظل في مجموعة أملاك البائع و يدخل ضمن الضمان العام المقرر لدائنيه حتى يتم الشهر، و لكن يبقى البائع وورثته من بعده ملزمين دائما بالسعي إلى نقل الملكية عن طريق تسهيل إجراء الشهر بتقديم ما يطلبه الموثق القائم على تحرير العقد أو المحافظ العقاري المشرف على عملية الشهر من وثائق و مخططات و سندات بغرض إتمام إجراء الشهر.

و يعتبر الالتزام بنقل الملكية أو الحق العيني العقاري من الالتزامات الأساسية في التصرفات الناقلة أو المنشئة للحق العيني، فالمشتري مثلا لا يقبل الشراء إلا بدافع التملك . و ينحصر الالتزام بنقل الحق العيني العقاري في التشريع الجزائري في مجرد تقديم المساعدة و الامتناع عن العرقلة ، لأن عملية الشهر في القانون الجزائري غالبا ما يقوم بها الموثق في العقود و الاتفاقات الإرادية و ليس المتعاقدين كما هو الحال في

¹ د/ عبد المنعم البدرابي (المرجع السابق) ص 225 و ص 349 و د/ مختار عرفة (المرجع السابق) ص 62 إلى 72

و 10 p ;Thèse Dijon 1929 (Latranscription immobilière en Egypt) Mahmoud Chawki

و كذلك د/ عبد السلام ذهني و د/ عبد الرزاق السنهوري و غيرهم كثير.

² هذا ما أكدته أحكام القضاء المصري . أنظر حكم محكمة النقض المصرية في 27/12/1951 (مجموعة محكمة النقض) السنة الثانية رقم 53 ص 301 و حكم نفس المحكمة في 13 فيفري سنة 1936 (مجموعة محمود عمر) ج 1 رقم 326 ص 1049 و حكم نفس المحكمة أيضا في 17 نوفمبر 1933 (مجموعة محكمة النقض) سنة 1939 ج 1 رقم 73 ص 143 و حكم آخر لنفس المحكمة في 5 جانفي 1933 (مجموعة محكمة النقض) سنة 1933 ج 1 رقم 91 ص 163 .

القانون المصري ، و لذلك فإن تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية العقارية يتم بمجرد تسليم البائع للموثق سند الملكية الأصلي و مخططات العقار المبيع و وثائق الهوية الخاصة به أو الشهادة التوثيقية إذا تم البيع من الورثة أو الإذن القضائي إذا تم البيع على أموال قاصر مثلا ، و في الجملة فإنه يجب على البائع أن يعمل كل ما يمكنه و ما يطلب منه ليسمح بشهر التصرف و عليه أن يبقى تحت طلب و إمرة الموثق و المحافظ العقاري في كل ما يطلبانه منه لتسهيل إتمام عملية الشهر.

و أخيرا فإنه إذا امتنع البائع عن المساهمة في نقل الملكية إلى المشتري بأن تقاعس عن تسليم الوثائق أو سعى إلى عرقلة الشهر فإنه يجوز للمشتري مطالبة بتنفيذ التزامه جبرا عن طريق القضاء الذي يمكنه أن يصدر حكمه بإلزام البائع بالقيام بما هو مطلوب القيام به لتنفيذ التزامه و يمكن إجباره على تنفيذ الحكم بكل الطرق و منها الغرامة التهديدية إذا ما توفرت شروط الحكم بها ، و هذا ما تقضي به القواعد العامة في تنفيذ الالتزامات الشخصية بحسن نية ، و مع ذلك فإنه تجدر الإشارة إلى صعوبة إلزام البائع أحيانا بالقيام بعمل ضروري لإتمام إجراءات الشهر، كما هو الحال في الفرض الذي يكون فيه البائع نفسه لم يتحصل على عقد ملكية نهائي كما يجري في الأحوال التي يتصرف فيها البائع في عقار تحصل عليه بقرار إداري لم يفرغ بعد في شكل العقد النهائي لأسباب لا يد للبائع فيها.

الفرع الثاني : القيمة القانونية للتصرفات الكاشفة غير المشهورة

إن أفضل مثال للتصرفات الكاشفة أو المقررة للحقوق عقد القسمة و عقد الصلح و أفضل مثال للأحكام القضائية المقررة أو الكاشفة الحكم بتثبيت القسمة أو تثبيت الصلح و الحكم برسو المزداد على أحد الشركاء . و لقد رأينا فيما سبق كيف أن المشرع الجزائري أخضع القسمة و الصلح للشهر إذا ما تعلقا بعقار أو حق عيني عقاري و سواء أتمت هذه القسمة أو هذا الصلح بموجب عقد أو بموجب حكم قضائي¹ . فالقسمة

¹ أنظر ما سبق ص 230 و ما بعدها

تقرر للمتقاسم حقه العقاري الذي كان موجودا سلفا و الذي كان المتقاسم يملكه شائعا غير مفرز.

و الأصل في القسمة أن تتم وديا بالاتفاق و هي في هذه الحالة تسمى قسمة ودية اتفاقية و تعتبر تصرفا ، أما إذا تعذرت القسمة الاتفاقية فإنها تتم قضائيا وتسمى قسمة قضائية و هنا يكون الحكم القضائي هو الحكم المقرر للحق . و لأن القسمة سواء أتمت بالاتفاق أو بالقضاء تؤدي إلى تغيير الوضعية القانونية والمادية للعقار محل القسمة فإنها تخضع لإلزامية الشهر في القانون الجزائري و في أغلب التشريعات ، و انطلاقا من هذا فإنه من المهم أن نتساءل عن القيمة القانونية للقسمة غير المشهرة .

ففي القانون الفرنسي لم تكن القسمة واجبة الشهر قبل صدور المرسوم المؤرخ في 30 أكتوبر 1935 لأن سند حق المالك موجود في محرر أو تصرف آخر سابق على القسمة و ليس حقه مستمد من القسمة في حد ذاتها، و هذا أيضا ينطبق على الصلح باعتباره تصرفا مقورا لم يكن من الضروري شهره قبل صدور النص المتقدم ذكره . و لكن رغبة في إعلام الغير بكل تغيير في الوضعية القانونية و المادية للعقارات أخضع المشرع الفرنسي القسمة و الصلح و كل التصرفات و الأحكام المقررة للشهر، و هي نفس الحجة التي جعلته يخضع انتقال الملكية بالوفاة لإلزامية الشهر¹.

إن شهر القسمة سواء أتمت بالاتفاق أو بالقضاء يؤدي إلى محو آثار الشيوخ بأثر رجعي من يوم نشأته فيجعل المتقاسم مالكا للجزء المفرز الذي آل إليه من يوم نشأة الشيوخ و ليس من يوم الشهر و تجعله كأنه لم يملك أي جزء آخر من يوم نشأة حالة الشيوخ أيضا ، و هذا ما تنص عليه المادة 730 من القانون المدني الجزائري التي تقابل المادة 883 من القانون المدني الفرنسي، و لكن بالرغم من ذلك فإن التصرفات

¹ أنظر Stephane Piedelievre op-cit p 134-135

التي يقوم بها الشريك قبل القسمة تظل صحيحة بالرغم من ذلك على النحو المفصل في المادة 714 و ما يليها من القانون المدني .

إن عدم شهر عقد القسمة أو الحكم المثبت للقسمة لا يؤدي إلى إنكار حقوق الأطراف المتقاسمة فينزع عنهم صفة المالك لما آل إليهم من الأنصبة المفترزة بعد القسمة، و إنما كل ما يترتب عن ذلك هو بقاء حالة الشيوخ قائمة و بقاء كل الأحكام القانونية التي تسري على الملكية الشائعة و إدارتها و التصرف فيها واجبة التطبيق أيضا، فإذا باع أحد الشركاء المتقاسمين نصيبا مفرزا آل إليه بالقسمة قبل إشهارها ، فإنه يعتبر و كأنه قد باع جزءا شائعا و ليس جزءا مفرزا¹ فضلا عن أنه لا يمكن من الناحية العملية أن يوثق أي عقد أو أي تصرف باعتباره تصرفا في جزء مفرز لأن قاعدة الشهر المسبق أو الأثر النسبي للشهر تقف عائقا فتمنع الموثق من تحرير أي عقد منصب على جزء مفرز ما لم يثبت المتصرف أن الجزء المتصرف فيه قد آل إليه فعلا، و ذلك لا يكون ممكنا إلا بتقديم ما يثبت القسمة المشهورة مسبقا سواء أتمت في شكل عقد قسمة مشهر أو حكم مشهر يتضمن القسمة .

و على هذا فإن عدم شهر القسمة يفقد القسمة كل قيمة قانونية عملية و يجعلها كأن لم تكن في مواجهة الغير و حتى بين الشركاء المتقاسمين أيضا، و لكن يجوز لأي شريك مقاسم أن يسعى إلى إشهارها بالشكل الذي تمت عليه سواء بسعيه إلى إشهار عقد القسمة الودية أو إلى إيداع الحكم المثبت للقسمة لدى أحد مكاتب التوثيق من أجل إشهاره . أما التصرفات التي يجريها الشركاء قبل شهر القسمة فإنها تعتبر بمثابة تصرفات في أجزاء شائعة و تسري عليها الأحكام التفصيلية المنصوص عنها في المادة 714 و ما يليها من القانون المدني² .

¹ د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري (الوسيط) ج9 ص 394
² تنص المادة 714 من القانون المدني الجزائري على أن "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما و له ان يتصرف فيها و أن يستولي على ثمارها و أن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء . و إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف عليه من وقت التصرف على الجزء الذي آل على المتصرف بطريق القسمة و للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ."

ورد تعريف الصلح في المادة 459 من القانون المدني الجزائري و هو ذلك الاتفاق الذي يتم بين شخصين أو أكثر بحيث يؤدي إلى إنهاء نزاع قائم بينهما حول حق معين إذ يتنازل كل واحد منهما على وجه التبادل عن حق أو جزء من حق¹ ، و قد صار الصلح من أهم الطرق البديلة لحل المنازعات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد إذ خصه المشرع بأحكام جديدة تظهر مدى اهتمام القانون الجديد بهذا الطريق لحل المنازعات².

و عموما فإن الصلح إذا انصب على نزاع حول حقوق عقارية مشهورة أو واجبة الشهر، فإنه يتعين شهره في المحافظة العقارية المختصة و ذلك إما بإيداع عقد الصلح الذي تم بالاتفاق خارج ساحة القضاء و إما بإيداع الحكم النهائي المثبت للصلح في الحالة التي يتم فيها الصلح بين طرفين متنازعين أثناء قيام خصومة قضائية . و الحكمة من شهر الصلح في هذه الحالة هي أن الصلح و إن كان مجرد تصرف كاشف أو مقرر فإنه يؤدي إلى تغيير في الوضعية القانونية للعقار أو الحق العيني العقاري المتنازع عليه ، إذ يؤدي الصلح غالبا إلى نشوء وضعية قانونية صحيحة وثابتة تختلف عن الوضعية القانونية السابقة التي قد تكون مجرد وضع ظاهر³ ، مما يستدعي ضرورة إعلام الغير به و ضرورة شهره لينتج أثره ، ذلك أن كل صلح منصب على عقار أو حق عيني عقاري لا يكون له أي أثر في مواجهة الغير ما لم يشهر . و إذا كان شهر الصلح في القانون الفرنسي هو مجرد وسيلة لإعلام الغير⁴، فإنه في القانون الجزائري وسيلة لنشأة الحق لكل واحد من أطراف الصلح عملا بمبدأ الأثر المنشئ للشهر الذي يأخذ به المشرع الجزائري.

أما الشهادة التوثيقية التي يشترط القانون الجزائري إعدادها و إشهارها لإثبات انتقال الحقوق العينية العقارية بالوفاة و التي يقابلها شهر حق الإرث في القوانين

¹ تنص المادة 459 من القانون المدني الجزائري على أن "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ."

² ورد النص على الصلح في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في عدة مواضع منها المواد من 990 إلى 993 .

³ راجع Stephane Piedelivre op-cit p 136

⁴ نفس المرجع ص 136.

العربية الأخرى كالقانون المصري و اللبناني و السوري، فإنه سبق الحديث عن أن الآراء قد تباينت بشأن أثر شهر حق الإرث في التشريع و الفقه العربيين و أن أغلب الآراء تتجه إلى القول بأن حق الإرث يمثل استثناء من مبدأ الأثر المنشئ للشهر على أساس أن الملكية و الحقوق العينية العقارية تنتقل بالوفاة و ليس بالشهر، و يبقى شهر حق الإرث مجرد إجراء لتمكين الوارث أو الموصى له من التصرف في منابه¹.

و لقد رأينا فيما سبق² أن القانون الجزائري يلزم الوارث و الموصى له بإشهار حقه في الميراث أو الوصية عن طريق إشهار شهادة انتقال الملكية التي يعدها الموثق إما بطلب من صاحب الشأن و إما تلقائياً عندما يطلب منه إعداد عقد يتعلق بكل أو جزء من التركة طبقاً للمادة 91 فقرة 2 من المرسوم 63/76 و أنه لا يستغني عن إعداد و إشهار الشهادة التوثيقية إلا في حالة ما إذا تمت بين الورثة قسمة و تم إشهار هذه القسمة ضمن الأجل المنصوص عنها قانوناً عملاً بنص المادة 91 في فقرتها الثالثة³.

أما عن أثر و جزاء إغفال شهر حق الإرث أو الشهادة التوثيقية ، فإنه خلافاً لما ينتج عن إغفال الشهر في غالب الأحيان لا يؤثر إغفال شهرها على انتقال التركة أو الحقوق الموصى بها إلى الورثة أو الموصى لهم، إذ أنه بمجرد وفاة المورث أو الموصى تصير التركة بما فيها من حقوق عقارية من حق الورثة أو الموصى لهم و لا يمكن بأي حال القول أن عدم شهر الشهادة التوثيقية يعيق انتقال الحقوق إلى الورثة لأن ذلك سيتنافى مع خصائص حق الملكية ذاته و مع قواعد الشريعة الإسلامية التي تحكم المواريث و الوصايا في القانون الجزائري⁴، كما أن وفاة المورث حقيقة لا يمكن مناقشتها لمجرد تخلف الورثة في شهر حقوقهم⁵.

¹ راجع د/ إبراهيم أبو النجا (المرجع السابق) ص 372

² راجع ما سبق تفصيله بشأن شهر الشهادة التوثيقية ص 238

³ تنص الفقرة الثالثة من المادة 91 من المرسوم 63/76 على أنه "لا يتم إعداد شهادة موثقة إذا كان عقد القسمة المتضمن لمجموع العقارات الموروثة قد تم تحريره و إشهاره ضمن الأجل المنصوص عليه"

⁴ راجع ما سبق بيانه ص 312 و ما يليها

⁵ Stephane Piedelievre op-cit p 271

غير أنه يمكن القول بأن عدم إشهار الشهادة التوثيقية مثل عدم إعدادها أصلا يرتب مجموعة من الآثار الهامة ، منها أنه لا يكون حق الوارث أو الموصى له ثابت في العقارات المكونة للتركة ما لم تشهر الشهادة التوثيقية ، كما أنه لا يمكن لأي وارث أو موصى له أن يتصرف فيما آل إليه من حقوق ما لم يتم شهر الشهادة التوثيقية عملا بالمادة 88 من المرسوم 63/76 التي تتعرض لما يعرف بمبدأ الأثر النسبي للشهر، و فضلا عن ذلك فإن عدم شهر انتقال الحقوق بالميراث أو الوصية يجعل المستفيد من هذه الحقوق مهددا بخطر إقدام وارث آخر أو حتى غير وارث على التصرف في كل التركة أو جزء منها مما يلحق الضرر بصاحب الحق الذي أغفل إشهار الشهادة التوثيقية ، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 88 من المرسوم 63/76 . كما أن عدم إشهار الشهادة التوثيقية يعرض الورثة للمسؤولية المدنية جراء الضرر الذي يصيب الغير نتيجة إجماعهم عن شهر حقوقهم ، و أكثر من ذلك فإن اكتساب الغير للعقارات غير المشهورة بالحيازة و التقادم المكسب هو أكبر خطر يهدد الورثة جراء عدم شهر الشهادة التوثيقية و ذلك في المناطق التي يجوز فيها تملك العقارات و الحقوق العينية العقارية بالحيازة و التقادم المكسب .

الفرع الثالث : القيمة القانونية للمحركات غير المشهورة التي تتضمن واقعة مادية أو أو تغييرا ماديا في العقار

تنص المادة 25 من المرسوم 63/76 المتقدم ذكره على أنه "كل تغيير لحدود وحدة عقارية يكون موضوع إعداد بطاقات مطابقة و ذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة ويؤشر على البطاقات الأصلية و الجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها" و يفهم من هذا النص أن المشرع لم يكتف بإشهار التصرفات و الأحكام و الوقائع القانونية التي تؤدي إلى تغيير الوضعية القانونية للعقارات ، و إنما أخضع لإلزامية الشهر أيضا كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تغيير في الوضعية المادية للعقار بزيادة مساحته أو تجزئتها أو قسمتها أو تغيير شكلها من أراض إلى مبان أو العكس و ذلك بصرف النظر عن

سبب أو مصدر هذا التغيير، سواء أكان ناتجا عن عمل مادي بحت كالبناء أو الهدم أم كان ناتجا عن واقعة قانونية كالالتصاق أو الاستيلاء أو التقادم المكسب أو غيره.

و الحكمة من إخضاع مثل هذه الأعمال و الوقائع للشهر هو تمكين الغير من الاطلاع على الوضعية المادية الحقيقية للعقارات و تمكين المحافظ العقاري قبل ذلك من متابعة كل ما يلحق العقار من تغيير بغرض تحيين السجل العقاري و إعطاء بياناته دقة و مصداقية من خلال مسايرته الآنية لكل تغيير و لو كان ماديا ، و هذا في الأخير ما يحقق الثقة و الائتمان المرجوان من تطبيق نظام الشهر العيني .

غير أن ما يثير التساؤل هو القيمة القانونية للمحركات أو الوقائع أو الأعمال المادية التي تؤدي إلى مثل هذا التغيير المادي إذا لم تشهر، فإذا كان من السهل القول بأن البيع الذي لم يشهر لا يترتب عنه نقل الملكية و الحقوق العينية العقارية تطبيقا لمبدأ الأثر المنشئ فإنه ليس من السهل مثلا اعتبار العقار غير مبني و هو قائم للعيان و ذلك لمجرد عدم إشهار الوضعية الجديدة بإشهار رخصة البناء و شهادة المطابقة¹ . كما أنه ليس من السهل إنكار هدم مسكن بعد أن تمت إزالته فعلا و تسويته بالأرض و ذلك لمجرد إغفال شهر رخصة الهدم و الوضعية الجديدة التي آل إليها العقار بعد هدمه.

فالواقع المادي الثابت بمجرد معاينة العقار قد لا يكون موثقا بأي محرر مشهر لدى المحافظة العقارية و من ثم فإن التساؤل بشأن القيمة القانونية لهذا الواقع المادي في غياب الشهر يكون أمرا مبررا. و بالرجوع إلى نص المادة 25 سالفه الذكر و بالرجوع أيضا لنص المادة 31 من نفس المرسوم² . و الحقيقة أن أثر عدم الشهر في مثل هذه الحالات لا يمكن أن يكون مثل الأثر المترتب عن عدم شهر التصرفات الناقلة

¹ ورد النص على رخصة البناء في المواد من 50 إلى 55 من القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل و المتمم و المنشور في الجريدة الرسمية العدد 22 بتاريخ 1990 . أما شهادة المطابقة فقد تناولها المشرع في المادة 56 من نفس القانون .

² تنص المادة 31 من المرسوم 63/76 على أن "كل تعديل في ما تحتوي عليه قطعة يكون موضوع إعداد بطاقات خاصة مطابقة وذلك بعد ترقيم القطع الجديدة ، و يؤشر على البطاقات الأصلية و الجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها" فإنه يمكن القول بأن المشرع أوجب شهر التغيير المادي الذي يلحق العقارات لكنه لم يبين ما يترتب على إغفال الشهر.

أو المنشئة للحقوق لأنه من الناحية العملية لا يمكن إنكار الواقع المادي الثابت في الوجود لمجرد إغفال إجراء شكلي يتم على الوثائق وداخل مصالح إدارية و لكن يمكن أن يؤدي إغفال الشهر إلى استحالة التصرف في العقار على الوضع المادي الجديد الغير مشهر لأنه كما سبق أن رأينا، فإن هنالك بعض الوثائق الإدارية الملحقة documents annexes التي يشترط القانون إرفاقها بالوثائق الأساسية في كل تصرف كالجداول الوصفية للتجزئة أو للتقسيم و غيرها، و هذه لا يمكن الحصول عليها أو على الأقل لا يمكن الحصول على نسخ حديثة عنها تستجيب لشروط الآجال المنصوص عنها قانونا ما لم يسبق شهر التغيير المادي للعقار محل التصرف.

و فضلا عن ذلك فإن إغفال شهر التغيير المادي للعقارات من شأنه أن يؤدي إلى عدم مطابقة بيانات السجل العقاري للواقع و هذا قد ينشئ مسؤولية مدنية على عاتق المتسبب في ذلك تجاه من تضرر من الوضعية الغير المطابقة من الغير الذي يقبل على التعامل في العقار على أساس تلك البيانات المدونة بالسجل العقاري.

المطلب الثاني : الجزاءات الإضافية

إضافة إلى جزاء عدم إنشاء و انتقال الحق العيني العقاري لما يكون التصرف أو القرار المفروض شهره منشئا أو ناقلا و عدم حجية التصرفات الغير مشهرة ، فإن أغلب القوانين تضع بجانب هذا الجزائين الأصليين و الرئيسيين جزاءات أخرى إضافية و ذلك حتى تضمن إخضاع كل التصرفات المفروض شهرها للشهر¹ . ففي القانون الفرنسي وضع المشرع الجزاءات الإضافية من أجل حث المتعاملين على شهر تصرفاتهم عندما لا تكون هذه التصرفات خاضعة لنظام الشهر الإجمالي أو عندما لا يرتب القانون على عدم شهرها جزاء عدم الحجية (inopposabilité) بالرغم من خضوعها للشهر الإجمالي كما هو الحال في الشهادات التوثيقية الناقلة للملكية بسبب الوفاة و حالة العقود و القرارات المقررة لحق عيني² .

¹ راجع Stéphanie Piedelievre op-cit p 271 و Philippe Simler et Philippe Delebeque op-cit p 716

² Laurent aynes & Pierre Crocq op- cit p 258

Henri et Léan Mazeaud & jean Mazeaud op-cit p 605 et s

و قد استمد المشرع الجزائري من القانون الفرنسي جل هذه الجزاءات و نص عليها في مواضع مختلفة من النصوص القانونية ، و تتمثل هذه الجزاءات الإضافية في عدم إمكان الشهر اللاحق تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للشهر و الغرامة المدنية و المسؤولية المدنية و أخيراً عدم قبول الدعاوى غير المشهورة . و يضاف إلى هذه الجزاءات ذات الطابع المدني القانوني جزاء آخر يتمثل في المسؤولية التأديبية التي تنشأ في حق الموثقين أو الموظفين المكلفين بتنفيذ إجراء الشهر إذا ما تقاعسوا عن ذلك¹.

الفرع الأول : عدم إمكان الشهر اللاحق

إن تطبيق مبدأ الأثر النسبي للشهر يبدو الجزاء الأكثر فعالية لتخلف الشهر في الأحوال التي لا يكون الهدف فيها من الشهر مجرد إعلام الغير في القانون الفرنسي لأن الجزاء المتمثل في عدم الحجية *Inopposabilité* لا يمكن إعماله في مثل هذه الحالات² . أما في التشريع الجزائري، فإنه و على الرغم من أن وظيفة الشهر تختلف عن وظيفته في فرنسا من حيث أن للشهر في القانون الجزائري أثر منشئ ، إلا أن مبدأ الأثر النسبي أو قاعدة الشهر المسبق قد ورد النص عليها باعتبارها شرطاً من شروط تنفيذ عملية الشهر، و لا مانع من اعتبار هذا المبدأ في ذات الوقت جزاءاً يترتب على عدم الشهر، فحرمان أصحاب الحقوق العقارية من شهر تصرفاتهم في حالة عدم إشهار السند السابق يمكن اعتباره جزاءاً غير مباشر لعدم شهر السند السابق³ . فمثلاً لو أن بيعاً عقارياً لم يتم إشهاره ، فإن المشتري لا يمكنه أن يتصرف في العقار الذي اشتراه لأن المشتري الثاني سوف لن يتمكن من إشهار عقده ما دام سند سلفه لم يتم شهره و هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 29 أفريل 1980⁴.

¹ Marie- Noelle Jobard-bachelier op-cit p 14

² Stéphane Piedelievre op-cit p 278

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 541

⁴ راجع تفصيل هذا القرار في مجلة "revue de droit immobilier" لعام 1980 رقم 454 مع تعليق الأستاذ Dagot

و بسبب اختلاف نظام الشهر العقاري في الجزائر عن النظام المطبق في فرنسا، فإن أهمية هذه القاعدة كجزء يترتب على تخلف الشهر تختلف بين النظامين، إذ أن أهميتها في القانون الفرنسي أكبر من أهميتها في القانون الجزائري لأن الشهر في التشريع الجزائري الذي يترتب عليه إنشاء الحق و الاحتجاج به في كل الأحوال لا يحتاج إلى تقرير هذا الجزء لحمل المتعاملين على إشهار سنداتهم و حقوقهم، إذ أن إقبالهم على الشهر مرده علمهم بأن تخلف الشهر يمنعهم من انتقال الحق إليهم أو نشأته، كما يجعل تلك التصرفات غير المشهورة غير قابلة للاحتجاج بها لا بين الأطراف و لا في مواجهة الغير .

و لهذا فإن نص المادة 88 من المرسوم 63/76¹ التي شرعت مبدأ الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر المسبق جاءت في صدد تعداد شروط تنفيذ عملية الشهر و ليس في صدد تعداد آثار الشهر أو جزاء تخلفه، فقد رأينا فيما سبق² أنه لا يمكن إجراء أي عملية شهر في المحافظات العقارية من أي شخص لأي سند ما لم يكن سند المتصرف أو المالك السابق قد سبق شهره أو على الأقل تم شهره بشكل متزامن مع السند المقدم للإشهار.

و لهذا فإن فائدة هذا المبدأ في القانون الجزائري تكمن في ضمان تسلسل انتقال الحقوق العقارية و منع التصرفات الموازية و المتكررة من نفس المتصرف على نفس العقار و حماية صاحب الحق الجديد³ و بسط رقابة المحافظ العقاري على كافة التصرفات . و علاوة على هذا فإن احترام قاعدة الشهر المسبق في القانون الجزائري كما في القانون الفرنسي يدعم و يقوي الطابع الإلزامي للشهر العقاري و يضمن إخضاع التصرفات التي تدخل في إطار نظام الشهر الاختياري في فرنسا إلى الشهر⁴.

¹ تنص المادة 88 من المرسوم 63/76 على أنه "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير، و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه...".

² راجع ما سبق ص 255

³ راجع الأستاذ جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 149.

⁴ Philippe Simler & Philippe Delebecque op-cit p 716

و تطبيقا لهذا المبدأ فإن المحافظ العقاري ملزم برفض إيداع العقود و المحررات المطلوب إشهارها كما يمكنه في حالة قبول الإيداع أن يرفض إجراء إشهارها إذا ثبت لديه أن سند المتصرف الذي تلقى بموجبه الحق الذي يقدم على التصرف فيه لم يسبق إشهاره ، بل و حتى في حالة الإشهار المسبق فإن المحافظ العقاري يمكنه أن يقرر رفض إجراء الشهر إذا ثبت لديه من خلال المراقبة الدقيقة التي يجريها عدم التطابق بين البيانات الخاصة بتعيين العقار أو التعريف بهوية الأشخاص المدونة في السند المشهر مسبقا وبين البيانات المدونة على السند الجديد المطلوب إشهاره¹.

الفرع الثاني : المسؤولية المدنية و الغرامة

إن عدم شهر بعض التصرفات و السندات التي تخضع للشهر قد يؤدي إلى الإضرار بالغير الذي قد يتعامل بناء على بيانات مخالفة للحقيقة نتيجة إغفال الشهر أو قد يفقد حقا كان يأمل في كسبه لنفس السبب ، و في مثل هذه الحالات تنشأ مسؤولية مدنية في جانب المتسبب في ذلك الضرر . كما أنه قد يكون المتسبب في إغفال الشهر الموثق الذي تلقى القيد أو حرره أو المحافظ العقاري أو أي مكلف آخر بالشهر بسبب وظيفته الأمر الذي يجعله مخطئا و مقصرا في أداء التزاماته المهنية مما يترتب عليه إلزامه بدفع غرامة مدنية.

أولا : المسؤولية المدنية

إن المسؤولية المدنية كجزاء إضافي في حالة الإخلال بالزامية الشهر أو عدم احترام آجال الشهر قد تعرض لها المشرع الفرنسي و خصها بمجموعة من النصوص التي اختلف الشراح في شرحها في ظل ندرة الأحكام و الاجتهادات القضائية بشأنها² إذ اختلف هؤلاء حول إمكانية إخضاع هذه المسؤولية للقواعد العامة بحيث يكون بذلك

¹ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 717

Marie-Noëlle Jobard Bachelier op-cit p 143

² راجع كل من Stephane Piedelievre op-cit p 276

Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 720

Henri et Léon Mazeaud et Jean Mazeaud op-cit p 607

Marie- Noëlle Jobard Bachelier op-cit p 141

لكل من أصابه ضرر بسبب تخلف الشهر أن يطالب بالتعويض ممن تسبب في عدم الشهر، أم التقيد بالنطاق الضيق لهذه المسؤولية حسبما حددته النصوص .

و الحقيقة أنه من خلال نص المادة 30 فقرة 4 البند الأول من مرسوم 04 جانفي 1955 الساري في فرنسا¹ يتضح بأن هذه المسؤولية تتسم بأحكام خاصة و أنها لا تشترك مع المسؤولية المدنية المعروفة في القواعد العامة إلا في بعض الأحكام ، إذ أنها تختلف عنها من حيث الأشخاص المستفيدين من أحكامها من جهة و من حيث النطاق الموضوعي لها من جهة ثانية .

فمن حيث المستفيدين من أحكامها فإن نص المادة 30 المتقدم الذكر لا يمنح حق المطالبة بالتعويض إلا للمتضرر الذي يثبت أنه هو أيضا قام بشهر حقه ، بحيث أنه وبالرغم من إشهار حقه إلا أنه يفقد هذا الحق فيما بعد بسبب عدم علمه بوجود حق مزاحم غير مشهر أو وجود إلغاء أو إبطال لحق سلفه غير مشهر من قبل . و من ثم فإنه لا يمكن لشخص آخر لم يسبق له أن أشهر حقا أن يطالب بالتعويض عن عدم الشهر أو تأخره .²

أما من حيث النطاق الموضوعي لهذه المسؤولية فإنه محدد حصرا بالعقود المذكورة في المادة 28 من فقرة 3 إلى فقرة 9 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955، وهي العقود و التصرفات التي لا يترتب على عدم شهرها عدم الحجية non sanctionné par l'inopposabilité . و من ثم فإنه لا يمكن الحديث عن المسؤولية المدنية في حالة تخلف شهر العقود التي يكون جزاء عدم شهرها هو عدم الحجية l'inopposabilité لأن عدم الحجية وحدها تعد جزاءا كافيا يمتنع معه الحديث عن وجود ضرر يستوجب التعويض ، فالمسؤولية المدنية هنا ليست جزاءا

¹ Article 30 / 4° alinéa 1 du code civil français "toute personne intéressée qui ayant publié son propre droit, prouve qu'elle a subi un préjudice a raison soit du défaut de publication avant l'expiration du délai légal, soit de la publicité incomplète ou irrégulière d'un des actes visés au 3^{ème} a 9^{ème} de l'article 28 peut demander des dommages-intérêts"

² راجع Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 720

إضافيا يضاف لعدم الحجية ، إنما هي جزاء بديل عن جزاء عدم الحجية¹. و لكن يمكن تصور حدوث الضرر في حالة القيام بالشهر بشكل متأخر، و في هذه الحالة حتى و لو كان الأمر يتعلق بالعقود التي يؤدي عدم شهرها إلى عدم الحجية فإنه لا مانع حسب رأي بعض الشراح من الحكم على المتسبب في الضرر الناتج عن التأخر في الشهر بالتعويض و قيام مسؤوليته².

أما عن النطاق الشخصي لهذه المسؤولية ، فإن المادة 32 من مرسوم 4 جانفي 1955 عدت الأشخاص الذين تقوم مسؤوليتهم عن تخلف الشهر أو تأخره و هم: الموثقون والمحامون و المحضرون القضائيون و كتاب الضبط و محافظو التنفيذ (commissaires à l'exécution) و السلطات الإدارية ، و أضافت المادة 33 الورثة و كل خلف يتلقى حقوقه بسبب الوفاة و لا يقوم بشهر الشهادة التوثيقية خلال أجل السنة أشهر المنصوص عنه قانونا³.

و أمام صمت المشرع فإنه من الصعب تحميل المسؤولية لأطراف التصرفات غير المشهورة نتيجة تخلف الشهر⁴ ، و لكن القضاء الفرنسي له رأي مخالف إذ يقبل بقيام مسؤولية الأطراف عن تخلف الشهر أو تأخره إذا ثبت تقصيرهم ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار في 9 ديسمبر 1975 بإلزام البائع و الموثق بالتضامن لما ثبت أن البائع تأخر في تسليم الموثق السندات الجبائية مما أدى إلى تأخر إشهار البيع إلى ما بعد قيد رهن على نفس العقار⁵.

و قيام هذه المسؤولية يتطلب ثبوت الضرر الناتج عن تخلف الشهر، إذ قال بعض الفقهاء في فرنسا أنه من الصعب تصور الضرر إلا في حالات نادرة لأن قواعد حل النزاع بين أصحاب الحقوق كفيلة بإصلاح الوضع بحيث لا يلحق الضرر أي طرف ، و مع ذلك فهناك حالات قبلت فيها المحاكم الفرنسية دعوى التعويض على هذا

¹ Stephane Piedelievre p 216

² Stéphane Piedelievre op-cit p 276

³ Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 557

⁴ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 720-721

⁵ Stéphane Piedelievre op-cit p 277

الأساس مثل حالة الشخص الذي يشتري عقارا و بعد أن يشهر عقده يتفاجأ بأن العقار المبيع لم يكن ملكا للبائع نتيجة وجود عقد أو قرار قضائي غير مشهر يلغي حقه . أما عن التعويض فإنه لا يمكن أن يكون تعويضا عينيا لاستحالة ذلك من الناحية القانونية ليبقى الطريق الوحيد للتعويض هو التعويض النقدي¹.

أما في الجزائر فإن المسؤولية المدنية الناتجة عن تخلف الشهر أو عن الخطأ عموما قد ورد النص عليها في موضعين اثنين ، الأول في الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري و بالضبط بالمادة 23 منه و الثاني في المرسوم 63/76 في المادة 99 ، حيث يظهر من خلال نص المادة 23 من الأمر 74/75² المتقدم أنه يتعلق بمسؤولية المحافظ العقاري فحسب دون مسؤولية أطراف التصرفات ، و لكن لا مانع من اعتبار هذه المسؤولية جزاءا إضافيا لتخلف الشهر و ذلك في الحالة التي يتمثل فيها خطأ المحافظ العقاري في عدم شهر السند المقدم لديه ليس بسبب خلل يستدعي رفض الشهر أو رفض الإيداع و إنما بسبب الإهمال أو التواطؤ بنية الإضرار، و لكن في هذا الفرض فإن المتضرر هو الأشخاص أطراف التصرف أو السند المقدم للشهر، بحيث يجوز لمن أصابه ضرر منهم أن يعود على الدولة ممثلة بوزير المالية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إغفال المحافظ العقاري إشهار سنده بشرط أن يؤدي هذا الإغفال أو التأخر إلى استحالة إشهار الحق فيما بعد ، كأن يسارع شخص آخر إلى إشهار سنده المتعلق بنفس الحق، أما إذا لم يحدث شيء من ذلك فإنه يجوز في كل الأحوال دعوة المحافظ العقاري إلى تنفيذ التزامه بالشهر أو مطالبته بتنفيذه عن طريق القضاء دون أن يكون هنالك مجال للحديث عن المسؤولية لعدم ثبوت أي ضرر في هذه الحالة³.

¹ راجع Stéphane Piedelievre op cit p 276

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 559

² تنص المادة 23 من الأمر 74/75 على أنه "تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير و التي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه ، و الدعوى بالمسؤولية المحركة ضد الدولة يجب أن ترفع في أجل عام يحدد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر و إلا سقطت الدعوى، و تتقدم الدعوى بمرور خمسة عشر عاما ابتداء من ارتكاب الخطأ ، و للدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير."

³ راجع ما سبق (مسؤولية المحافظ العقاري) ص 293

أما بما يخص المادة 99 من المرسوم 63/76¹ المتقدم ذكره و التي استمدها المشرع الجزائري من نص المادة 39 من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 الساري في فرنسا، و الذي يلزم هو الآخر الورثة بتقديم طلب تحرير شهادة انتقال الملكية و الحقوق العينية العقارية إلى الموثق خلال أجل أقصاه ستة أشهر من يوم وفاة مورثهم تحت طائلة المسؤولية ، فإنه يحق لنا أن نتساءل عن أساس هذه المسؤولية و تجاه من يكون الورثة مسئولين مدنيا بسبب تأخرهم في شهر الشهادة التوثيقية أكثر من ستة أشهر.؟

في الواقع إن ما يمكن أن يتعرض له الغير من جراء تأخر الورثة في شهر الشهادة التوثيقية هو مجرد عدم العلم بالوضعية القانونية للعقار المنتقل بالميراث، و لكن هذا لا يكفي للقول بوقوع ضرر أصاب الغير لأنه إذا أراد أي شخص من الغير أن يتعامل مع أحد الورثة في كل أو جزء من التركة ، فإن الموثق الذي يطلب منه تحرير هذه المعاملة سيقوم بإعداد الشهادة التوثيقية و لو لم يطلب منه و ذلك استنادا لنص المادة 91 في فقرتها الثانية².

و على هذا فإنه يصعب تصور وقوع ضرر للغير من جراء امتناع الورثة عن إعداد و إشهار الشهادة التوثيقية أو تأخرهم في ذلك لأكثر من ستة أشهر، و فضلا عن ذلك فإن تحميل الورثة جميعا مسؤولية هذا الامتناع أو التأخر يتنافى مع مبادئ العدل والإنصاف في الفرض الذي يكون التأخر أو عدم إعداد الشهادة التوثيقية راجعا لأحد

¹ كانت المادة 99 من المرسوم 63/76 تنص على "أن أجل إتمام الإجراء تحدد كما يلي :

- بالنسبة للشهادات الموثقة شهران ابتداء من اليوم الذي قدم الالتماس إلى الموثق ويرجع هذا الأجل إلى أربعة أشهر إذا كان أحد المعنيين يسكن بالخارج . يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسئولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة..." و تجدر الإشارة إلى أن هذه الاجال تم تعديلها و ذلك بموجب المادة 10 من القانون 22/03 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 التي عدلت المادة 353-4 من قانون التسجيل ، إذ أصبحت المدد كالاتي : ثلاثة اشهر بالنسبة لشهادات نقل الملكية بالوفاة تمدد إلى خمسة أشهر في حالة إقامة أحد المعنيين في الخارج مع قيام مسؤولية المالكين الجدد إذا تأخروا أكثر من ستة أشهر – ثلاثة أشهر بالنسبة للأحكام القضائية النهائية – ثلاثة أشهر بالنسبة لجميع العقود و الوثائق الأخرى . مع تمديد كل الأجال السابقة بخمسة عشر يوما إضافية في حالة وجوب الشهر في أكثر من محافظة عقارية .

² تنص الفقرة الثانية من المادة 91 من المرسوم 63/76 على أنه "ينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات، ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف و لكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقديهم كلا أو جزءا من تركة وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات و الإثباتات المفيدة"

الورثة أو بعضهم بسبب امتناعهم عن المساهمة في إعدادها أو عرقلتهم لإعدادها خاصة و انه لا يوجد في التشريع الجزائري أي نص يجيز لأحد الورثة إعداد شهادة توثيقية جزئية خاصة بمنابه هو فقط خلافا لما هو عليه الحال في التشريع المصري .

و فضلا عن ذلك فإن الجزاء الهام المعروف في القانون الجزائري المتمثل في عدم حجية الحقوق غير المشهرة يكفي لوحده كجزاء يترتب في جانب الورثة في حالة امتناعهم أو تأخرهم في إعداد و شهر الشهادة التوثيقية دون حاجة إلى تحميلهم مسؤولية مدنية ، ذلك أن الفرق الموجود بين التشريعين الفرنسي و الجزائري في شأن شهر الشهادة التوثيقية يمنع من اقتباس الحكم الموجود في القانون الفرنسي و تطبيقه في الجزائر، لأن شهر الشهادة التوثيقية في القانون الفرنسي إنما هو من طائفة الشهر من أجل الإعلام فقط *publicité a fin d'information* و ليس من طائفة الشهر من أجل الحجية *publicité a fin d'opposabilité* مما يجعل عدم شهر الشهادة التوثيقية لا يترتب عليه عدم حجية الحقوق المورثة في مواجهة الغير، و لذلك فإنه من أجل حمل الورثة على إعداد الشهادة التوثيقية كان لا بد من تحميلهم جزاءا فعلا يحل محل عدم الحجية و كان هذا الجزاء هو المسؤولية المدنية و ذلك لتعويض المتضرر من الغير¹ . أما في القانون الجزائري فإن الشهر العقاري في كل حالاته هو شهر من أجل الحجية عملا بمبادئ نظام الشهر العيني لاسيما مبدأ الأثر المنشئ و الحجية المطلقة للشهر ، و من ثم فلا مبرر لتحميل الورثة مسؤولية مدنية لا يمكن أن تقوم أبدا لعدم إمكان تصور الضرر الموجب لها.

إلى جانب هذه المسؤولية التي ندعو إلى مراجعة أحكامها فإنه يمكن تصور نوع آخر من المسؤولية و هي تلك التي تقع على عاتق الموثقين و الموظفين المكلفين بالشهر من غير المحافظ العقاري ، إذ أن الساحة لا تخلو من هذه الأمثلة من المسؤولية فكثيرا ما اشتكى المتعاملون من تأخر الموثق أو إهماله في شهر التصرفات التي حرر سنداتها أو تلقاها في مكتبه بما يؤدي إلى ضياع حقوق المتلقي لعدم شهر سنده.

¹ راجع Gabriel marty et Pierre Raynaud op-cit p 548-549-550-555
Stéphane Piedelievre op-cit p 276-277

و لعل هذا المثال هو أبرز مثال للحديث عن المسؤولية المدنية الناجمة إغفال الشهر حيث أن النصوص القانونية التي تنظم مهنة التوثيق كما النصوص المأخوذة من القواعد العامة تحمل الموثق مسؤولية إهماله و امتناعه عن شهر العقود و الأحكام القضائية و السندات الأخرى المودعة لديه من أجل الشهر، و تلك المسؤولية تجعله مطالباً تجاه أطراف المعاملة أو السند المتضررين بأن يقوم إما بالتنفيذ العيني لالتزامه إذا كان ذلك ما يزال ممكناً ، أو إذا تعذر ذلك فبالإلزامه بتعويض الطرف المتضرر¹.

ثانياً : الغرامة المدنية

كانت المادة 33 في فقرتها الرابعة من المرسوم الصادر في 4 جانفي 1955 الذي ينظم الشهر العقاري في فرنسا يفرض غرامة مدنية بمبلغ خمسين (50) فرنك فرنسي قديم على كل من الورثة الذي يمتنعون عن تحرير الشهادة التوثيقية التي تثبت انتقال التركة العقارية بالوفاة و على الموثقين و المحامين و المحضرين القضائيين الذين يتقاعسون عن إشهار الشهادات التوثيقية التي حرروها أو العقود و الأحكام القضائية التي يتلقونها ضمن الآجال المحددة قانوناً².

و قد كانت هذه الغرامة المدنية تثير صعوبات عملية من حيث طريقة فرضها والأشخاص الملزمين بها ، إذ أنها كانت مجرد غرامة مدنية بسيطة لا يمكن للمحافظ العقاري أن يفرضها على المخالفين و إنما بالرغم من بساطتها إلا أنها كانت تستدعي صدور قرار بفرضها من محكمة الاستئناف بناءً على طلب النيابة³ ، كما أنه كان من غير الممكن توسيع نطاق فرضها و إلزام أشخاص آخرين بها مثل المتعاقدين الذين يتسببون في عدم الشهر و ذلك لعدم وجود أي نص يجيز ذلك. و بدلاً من رفع قيمة

¹ راجع المواد من 53 إلى 62 من القانون 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق المنشور في الجريدة الرسمية عدد 14 بتاريخ 08 جوان 2006

² راجع كل من :

Henri & Léon Mazeaud et Jean Mazeaud op-cit p 606

Gabriel marty et Pierre Raynaud op-cit p541

Henri & Léon Mazeaud et Jean mazeaud op-cit p 607 ³

الغرامة و جعلها تتماشى مع الواقع و الظروف الاقتصادية المستجدة أو توسيع نطاق فرضها أو تبسيط طرق فرضها، فإن المشرع الفرنسي ألغها بكل بساطة في سنة 1998 و ذلك بالقانون الصادر في 06 أبريل 1998¹. و لم يعد لهذه الغرامة أي ذكر في القانون الفرنسي .

أما في التشريع الجزائري فلا زالت المادة 99 من المرسوم 63/76 تتضمن النص على هذه الغرامة ، إذ تنص في فقرتها الثانية على أنه "و من دون الإخلال بآثار الحقوق التي يمكن أن تنتج من عدم وجود الإشهار، فإن عدم مراعاة الآجال المنصوص عليها في هذه المادة يعاقب عليها بغرامة مدنية قدرها 100 دج تكون على عاتق محرري العقد المشار إليهم في المادة 90 أو على أصحاب الحق الجدد الذين بعدم لجوئهم إلى مكتب موثق قد امتنعوا أن يلتمسوا من أحد الموظفين العموميين إعداد شهادة بعد الوفاة " .

و بالرجوع إلى نص المادة 90 من المرسوم 63/76 التي تحيل إليها المادة 99 فإن الموثقين و كتاب الضبط و السلطات الإدارية المكلفة بتحرير العقود الذين يمتنعون عن تقديم العقود التي حرروها للشهر خلال الآجال المنصوص عنها في الفقرة الأولى من المادة 99 يكونون بسبب تأخرهم هذا ملزمين بدفع غرامة مدنية أصبحت قيمتها 1000 دينار بعد مراجعتها بقانون المالية لسنة 1999 في مادته الواحدة والثلاثين² . و يضاف إلى هؤلاء الورثة و الموصى لهم الذين لا يسعون خلال الآجال المحددة بستة أشهر إلى مكتب موثق من أجل إعداد الشهادة التوثيقية لإثبات الانتقال عن طريق الوفاة. و يبقى في الأخير التساؤل قائما حول كيفية فرض هذه الغرامة و من السلطة المخول لها فرضها وكيف يتم دفعها خاصة إذا صدرت في مواجهة الورثة و الضابط العمومي في نفس الوقت .

الفرع الثالث : عدم قبول بعض الدعاوى القضائية لعدم شهر عريضة افتتاحها

¹ Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 719

² راجع رمول خالد (المرجع الأسبق) ص 106

فضلا عن الجزاءات السابق الإشارة إليها، فإن هنالك جزاء آخر يتميز بنوع من الخصوصية يضاف إلى مجموعة الجزاءات الإضافية التي تترتب عن تخلف الشهر، و يتمثل هذا الجزاء الخاص في عدم قبول الدعاوى التي يتطلب القانون شهر عرائض افتتاحها و ذلك في حالة إغفال المدعي القيام بهذا الإجراء القانوني .

أولا : الدعاوى القضائية الخاضعة للشهر

تخضع بعض الدعاوى العقارية إلى إلزامية إشهار عرائض افتتاحها و ذلك بهدف إعلام الغير بوجود نزاع حول عقار أو حق عيني عقاري، و قد اشترطت التشريعات شهر تلك الدعاوى انطلاقا من فكرة أساسية مفادها وجوب إعلام الجمهور بكل نزاع من شأنه أن يؤدي إلى تغيير المركز القانوني لعقار أو حق عيني عقاري مشهر¹ . و قد رأينا فيما سبق أن القضاء الفرنسي أثناء تطبيقه لنص المادة 28 فقرة 4 من المرسوم المؤرخ في 04 جانفي 1955 ظل يتشدد في تضيق نطاق الدعاوى واجبة الشهر حتى انتهى إلى حصر إلزامية الشهر في الدعاوى التي ترمي إلى إنهاء الحقوق المشهورة بأثر رجعي و جعلها كأن لم تكن² .

و قد بررَ القضاء الفرنسي ذلك بأن الحكمة من شهر الدعاوى لا تكون متوفرة إلا في هذه الحالة فقط التي يكون فيها الخطر قائما تجاه الغير الذي قد يقبل على التعامل في هذه الحقوق ، أما فيما سواها من الدعاوى العقارية التي حتى و لو كانت تتعلق بعقار مشهر، فإنها لا تؤثر في الحقوق المشهورة و لا تؤدي إلى أي تغيير فيها لا من الناحية القانونية و لا من الناحية المادية، و من ثم فإنه لا يوجد أي مبرر أو داع لإعلام الغير بها عن طريق شهر الدعوى . و قد كان رائد القضاء الفرنسي في موقفه هذا هو رغبته في وضع حد لتعطيل تداول العقارات و قطع الشك الذي يسر به إشهار مثل هذه الدعاوى في نفوس المتعاملين و الذي ينتهي بهم إلى الإحجام عن التعامل لمجرد وجود دعوى لا تؤثر على المركز القانوني للحق المشهر³ .

¹ راجع Stephane Piedelievre op-cit p 272

Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 719

² أنظر ما سبق بيانه ص 242 و ما بعدها

³ Stephane Piedelievre op-cit p 144

و قد جاء هذا الموقف في خضم التفسير القضائي لنص المادة 28 فقرة 4 من مرسوم 4 جانفي 1955 التي مازالت سارية و التي تنص على وجوب شهر الدعاوى الرامية إلى فسخ أو إلغاء أو إبطال أو نقض كل اتفاق أو انتقال بسبب الوفاة إذا كان من شأنه المساس بحقوق عقارية مشهورة . و هذه هي المادة التي يبدو أن المشرع الجزائري استوحى منها نص المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹.

أما في الجزائر فقد كانت المادة 85 من المرسوم 63/76 تشكل النص الوحيد المتعلق بهذه المسألة ، غير أنه بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد أصبح هنالك نص آخر يتعلق بشهر الدعاوى العقارية هو نص المادة 17 منه ، الأمر الذي يستدعي التطرق للنصين من أجل تحديد تلك الدعاوى المقصودة بوجوب الشهر.

1- الدعاوى الخاضعة للشهر حسب المادة 85 من المرسوم 63/76

تنص المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على "إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ (résolution) أو إبطال (révocation) أو إلغاء (annulation) أو نقض (réscision) حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 04/14 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل 12 نوفمبر سنة 1975 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، و إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار".

و الذي يفهم من النص المتقدم هو أن المشرع أراد أن يحصر الدعاوى الخاضعة للشهر، و ذلك بنصه على أربع دعاوى فقط هي دعوى الفسخ و دعوى الإبطال و دعوى الإلغاء و الدعوى الرامية إلى نقض الحقوق العقارية المشهورة . و في

ظل هذا التعداد المقصود لا يمكن قبول أي توسع في نطاق الدعاوى و إخضاع دعوى أخرى من غير الدعاوى المذكورة لإلزامية الشهر . و يبدو أن المشرع في هذا النص قد استلهم أحكام المادة 28 في فقرتها الرابعة من المرسوم المؤرخ في 4 جانفي 1955 المنظم لأحكام الشهر في فرنسا و مستعمراتها السابقة بما فيها الجزائر، و لكن آخذا في الاعتبار النقد الموجه للنص المذكور من طرف الفقه الفرنسي و تفسير القضاء له¹.

و في هذا الاتجاه جاء قرار المحكمة العليا في غرفتها العقارية لما قررت "حيث فعلا أن قضاة المجلس أسسوا قضاءهم برفض دعوى الطاعنة شكلا كون أن هذه الأخيرة لم تقم بإشهار عريضتها طبقا للمادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 إلا أنه بالرجوع إلى أحكام هذه المادة يتضح أنها تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها. و الحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بدعوى الأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها و بين أختها (ه.ل.ق) و الذي باعته هذه الأخيرة للمطعون ضدهما، و هي الدعوى التي خصها المشرع بأحكام خاصة و حدد شروط ممارستها، ولا تدخل بالتالي ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 المذكورة أعلاه . و حيث فضلا عن ذلك فإن المشرع و في مجال المحافظة العقارية و السجل العقاري إنما اختار النظام العيني لا الشخصي، و من هنا فإن حلول الشفيع محل المشتري في حق تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعته التأثير على فحوى العقد المشهر ذاته من حيث البيانات الخاصة بالعقار أو الحقوق العينية المترتبة عنه كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى التي خصتها بالذكر المادة 85 المشار إليها أعلاه"².

2- الدعاوى الخاضعة للشهر حسب المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

¹ راجع ما سبق ص 242 و ما بعدها
² قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 194.437 المؤرخ في 2000/04/26، المجلة القضائية سنة 2000 العدد 01 ص 159.

تنص المادة 17 في فقرتها الثالثة على أنه "يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقاً للقانون و تقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية تحت طائلة عدم قبولها شكلاً ما لم يثبت إيداعها للإشهار"¹. و يبدو من خلال حرفيه نص المادة أن المشرع ذهب في اتجاه التوسع في نطاق الدعاوى الخاضعة للشهر منهيًا بذلك الجدل و الشك الذي كان يثور حول نص المادة 85 من المرسوم 63/76، إذ تساءل البعض حول نية المشرع لما عدد الدعاوى الخاضعة للشهر في المادة 85 و ما إذا كان هذا التعداد على سبيل الحصر أم هو مجرد تمثيل يمكن القياس عليه و التوسع فيه. فقد رأينا فيما سبق أن هنالك من يرى بأن المشرع لما ذكر الدعاوى الأربع في المادة 85 من المرسوم 63/76 لم يقصد الحصر².

و في رأينا فإن المادة 85 و إن كانت تحمل في حرفيتها نية حصر نطاق إلزامية الشهر في تلك الدعاوى الأربعة، فإنه كان من الصعب تقبل فكرة الحصر المطلق لأن هنالك دعاوى أخرى يمكن أن تكون خاضعة للشهر و ذلك لكونها تتوفر على نفس العلة التي دعت إلى إخضاع الدعاوى الأربعة للشهر³ كونها تتضمن تهديدا للحق المشهر أو للوضعية المادية المشهورة و التي يمكن أن يستند عليها الغير في تعاملاتهم، مما يستوجب إعلامهم باحتمال تغييرها حتى لا يركنوا إلى ما استقر في أذهانهم بشأنها لينتهي بهم الأمر فيما بعد إلى وضعية غير مريحة بسبب اعتمادهم في تعاملاتهم على بيانات السجل العقاري. و لكن من جهة أخرى فإنه كان أيضا من الصعب فتح الباب للقول بأن نص المادة 85 سألفة الذكر ما كان إلا على سبيل المثال و أنه يمكن – تطبيقاً لهذا النص – إخضاع كل الدعاوى العقارية للشهر إذا ما تعلقت بعقار مشهر لأن الحكمة من الشهر ليست متوفرة في كل الدعاوى.

¹ أضافت لجنة الشؤون القانونية و الإدارية و الحريات للنص المقترح من طرف الحكومة عبارة " ما لم يثبت إيداعها للإشهار" حتى لا يتحمل المدعي تبعات تقصير المحافظ العقاري و معاوينيه في شهر العريضة في حينها. لأكثر تفصيل راجع د/ عبد الرحمن بربارة (شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية) منشورات بغدادية 2009 ص 55.

² راجع جمال بوشناقفة (المرجع السابق) ص 113

³ مثل دعوى الرجوع في الهبة و دعاوى رسم الحدود المنصوص عنها في المادة 703 من القانون المدني و الدعاوى الرامية إلى النطق بوجوب هدم بناء أو إزالة منشآت أخرى لكون كل هذه الدعاوى من شأنها أن تؤدي إلى تغيير الوضعية القانونية أو المادية للعقارات المشهورة إذا ما قبلت.

أما اليوم و بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن المادة 17 في فقرتها الثالثة تعيد إلى الأذهان ما ساد في أوساط الفقه الفرنسي عقب صدور المرسوم المؤرخ في 04 جانفي 1955 لاسيما المادة 28 في فقرتها الرابعة، إذ دعى بعض الفقهاء إلى وجوب إخضاع جميع الدعاوى العقارية للشهر كلما كان العقار محل الدعوى مشهرا، غير أن هذا الرأي لم يصمد أمام كثرة منتقديه لينهار في الأخير أمام اجتهاد القضاء في تفسيره لنص المادة 28 و اقتصره على الدعاوى المذكورة فيها حصرا.

و لكن أمام وضوح عبارات و ألفاظ المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن المشرع يكون قد أخضع كل الدعاوى المتعلقة بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر لإلزامية الشهر . فعمومية النص تدفع للقول بوجوب إشهار كل الدعاوى إذا كان النزاع دائرا حول الملكية العقارية أو أي حق عيني عقاري آخر إذا كان مشهرا. و لكن حتى يكون للنص تلك الوظيفة الحقيقية التي وضع الشهر لتحقيقها فإنه لا بد أن يفهم في إطار ضيق فقط ، و أقصد بذلك وجوب أن يكون النزاع قائما بصفة جوهرية حول ملكية العقار المشهر أو حول حق عيني آخر وارد على العقار، و لذلك فإن الدعاوى التي لا يكون النزاع فيها دائرا حول إحدى أو كلتا هاتين المسألتين لا تكون واجبة الشهر حتى و لو كان العقار مشهرا . فمثلا لو أن شخصا يملك سكنا بعقد مشهر و أعاره على شخص آخر رفض فيما بعد إعادته إلى مالكة المعير، فإن دعوى إنهاء العارية و إخلاء السكن المعار التي يرفعها المالك لا تكون واجبة الشهر لأن ملكية العقار هنا ليست محل نزاع ، و كذلك الشأن لو تعلق الأمر بإنهاء عقد إيجار تقل مدته عن اثنتي عشر سنة . كما تخرج عن نطاق إلزامية الشهر دعاوى الحيازة و إن كانت منصبة على عقار مشهر لأن النزاع لا يهدد بتغيير المركز القانوني للعقار أو الحق العيني العقاري المشهر طالما أن القاضي في دعاوى الحيازة لا يجوز له الفصل في الملكية طبقا للمادة 527 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و على هذا فإن الدعاوى الخاضعة للشهر طبقا للمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هي كل الدعاوى بدون تحديد التي يكون موضوع النزاع فيها ملكية العقار أو أي حق عيني آخر وارد على العقار في حالة سبق إشهار هذه الملكية أو هذا الحق العيني . أما الدعاوى الواردة على العقار المشهر إذا لم تكن فيها منازعة بين الخصوم حول الملكية أو أي حق عيني آخر فلا مبرر لشهرها ، إذ ليس مجرد كون العقار مشهرا هو مناط القول بإلزامية شهر الدعوى و إنما مناط ذلك هو كون النزاع منصبا بشكل جوهري حول الحق العقاري المشهر .

و لذلك فإن دعوى الإستحقاق التي يرفعها مدعي الملكية لينازع بها المالك الظاهر حول ملكية العقار المشهر تكون واجبة الشهر و كذلك الحال في دعوى إبطال عقد الملكية المشهر و نقض الدفتر العقاري و إلغائه و بطلان عقد البيع المشهر و عقد الهبة المشهر و دعوى فسخ البيع المشهر و دعاوى الطعن في سند صاحب حق الإنتفاع المشهر كدعاوى المطالبة ببطلان عقود الإستفادة من حق الإنتفاع المشهر الممنوح في إطار القانون 19/87 المتعلق بكيفية استغلال الأراضي التابعة للأموال الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم¹ و كذا دعاوى إلغاء الإستفادة التي ترفعها الدولة ، و دعاوى قسمة العقارات المشهرة و دعاوى بطلان الشهادات التوثيقية المشهرة و غيرها من الدعاوى التي تشكل تهديدا بتغيير وضعية العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهرة ، سواء أكان هذا التغيير ماسا بالجوانب القانونية كتغيير المالك أو المنتفع أو الطبيعة القانونية للعقار أم كان ماسا بالتكوين المادي للعقار كتغيير مشتملاته أو مساحته أو حدوده أو بفتح ممر فيه .

و خلافا لذلك فإن دعاوى الحيازة الثلاث و دعاوى إخلاء العقارات من مستأجريها أو شاغليها بدون سند و دعاوى مراجعة بدل الإيجار و الدعاوى الناشئة عن تنفيذ التزامات أطراف عقد الإيجار كترميم العين المؤجرة و ضمان العيوب الخفية في عقد الإيجار و دعاوى الطرد من السكنات و الأراضي المعتدي عليها و التعويض

¹ صدر القانون رقم 19/87 المتعلق بضبط كيفية استغلال الأراضي التابعة للأموال الوطنية و المحدد لحقوق المنتجين و واجباتهم بتاريخ 1987/12/08 و هو منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 50 المؤرخة في 1987/12/09 .

عن الاستغلال غير المشروع عندما لا يكون النزاع منصبا على ملكية العقار أو حق عيني عليه هي كلها دعاوى لا تستوجب الشهر حتى و لو كانت العقارات المتعلقة بها مشهورة مسبقا.

فالحكمة من شهر الدعاوى هي السر في هذا التصنيف ، ذلك أن التشريعات لما ابتكرت هذه الآلية المتمثلة في شهر عريضة افتتاح الدعاوى كان مبررها في ذلك هو إعلام الغير المقبلين على التعامل في العقارات و الحقوق العينية العقارية بأن العقارات أو تلك الحقوق العينية العقارية التي هم مقبلين على شراءها أو استئجارها أو قبول الرهن عليها إنما هي عقارات أو حقوق مهددة بالزوال بأثر رجعي كليا أو جزئيا أو أن مساحتها أو مشتملاتها أو حدودها مهددة بالتغيير نتيجة النزاع المطروح حتى يحترسوا عند تعاملهم فيها ، و لذلك فإن القول بإلزام المدعى الذي يرفع دعوى إخلاء العين المعارة من المستعير بوجوب شهر العريضة لكون السكن محل العارية مشهرا قول غير سديد ولا يتماشى مع أهداف الشهر، لأن نزاع كهذا مهما كانت نتائجه فإنه لا يهدد بأي تغيير قانوني أو مادي للعقار محل الدعوى، و من ثم فإن إعلام الغير ليس له من مبرر . و قد يؤدي الإفراط في توسيع دائرة و نطاق الدعاوى المشهورة إلى هذا النوع من الدعاوى إلى تسريب الشك في نفوس المتعاملين في العقارات بسبب هو في الحقيقة لا يشكل أي خطر، الأمر الذي ينتهي إلى إرباك التجارة العقارية فضلا عن إثقال كاهل المتقاضين و المحافظين العقاريين و القضاء بالتزامات إضافية لا مبرر لها.

ثانيا : آثار شهر الدعاوى و جزاء تخلفه

ثار التساؤل بحددة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حول الآثار القانونية المترتبة عن شهر الدعاوى العقارية المنصوص عنها في المادة 85 من المرسوم 63/76 ، كما تساءل البعض حول ما إذا كان شرط الشهر قيذا على رفع تلك الدعاوى¹ ، حيث انقسم القضاء الجزائري بشأن ذلك إلى اتجاهين اثنين.

¹ أنظر حمدي باشا عمر و ليلي زروقي (المرجع السابق) ص 229 و د/ عبد الرحمان بربارة (المرجع السابق) ص 56 و راجع أيضا جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 114.

الاتجاه الأول

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى اعتبار الشهر قيذا شكليا على رفع الدعوى¹ التي تدخل ضمن الدعوى المنصوص عنها في المادة 85 من المرسوم 63/76 مستندا في ذلك إلى عبارة "لا يمكن قبولها" الواردة في نص المادة 85 . و يمثل هذا الاتجاه قضاء مجلس الدولة و إن لم يتكرر بشكل يمكن معه اعتباره اتجاها قضائيا مستقرا ، إذ جاء في قرار صادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة أنه " .ففي الدعوى العقارية و الإدارية المتعلقة بعقار و الرامية إلى إبطال العقود المشهورة بالمحافظة العقارية تشترط المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 لقبول الدعوى شهر العريضة الافتتاحية مسبقا لدى المحافظة العقارية المشهورة لديها العقد و هو شرط لقبول الدعوى"².

و قد ذهبت قرارات أخرى لمجلس الدولة نفس المذهب إذ جاء في قرار آخر له أنه "حيث أنه بالرجوع إلى العريضة الافتتاحية أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء تلمسان يتضح أنه لم يتم إشهارها طبقا للمادة 85 من المرسوم رقم 63/76 و بما أن القضية تتعلق بإبطال حقوق عينية ثابتة بعقود مشهورة و عليه يتعين عدم قبول دعوى المستأنف شكلا"³. و جاء في قرار آخر لمجلس الدولة أنه "حيث يستخلص من المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 بأن دعوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال، حيث يستخلص من العريضة الافتتاحية التي أدت إلى صدور القرار المستأنف أنها لم تشهر عملا بالمادة المذكورة أعلاه و بالتالي فهي غير مقبولة شكلا"⁴.

¹ موسى بوصوف محاضرة حول المنازعات العقارية - مجلة مجلس الدولة عدد2 لسنة 2002 ص 21 و ما بعدها .
² قرار مجلس الدولة - الغرفة الأولى - رقم 203024 المؤرخ في 2000/06/12 و الذي جاء فيه " ... ففي الدعوى العقارية و الإدارية المتعلقة بعقار و الرامية إلى إبطال العقود المشهورة بالمحافظة العقارية تشترط المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المعدل بالمرسوم 123/93 لقبول الدعوى شهر العريضة الافتتاحية مسبقا لدى المحافظة العقارية المشهورة لديها العقد و هو شرط لقبول الدعوى ."

³ قرار الغرفة الرابعة لمجلس الدولة رقم 184931 بتاريخ 2000/03/27 و قد أشار إليه الأستاذ حمدي باشا عمر في مؤلفته المشترك مع الأستاذة ليلى زروقي "المنازعات العقارية" ص 234.

⁴ قرار مجلس الدولة - الغرفة الأولى - مؤرخ في 2002/02/18 أشار إليه الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا في مؤلفه "المنققي في قضاء مجلس الدولة " الجزء الثالث دار هومة سنة 2007 ص 221.

و قد سايرت المحكمة العليا مجلس الدولة فيما ذهب إليه من اعتبار شهر عريضة الدعوى قيد إجرائي على رفعها بحيث يعرض المدعي دعواه لعدم القبول إذا أغفل شهر عريضة افتتاحها و ذلك في عدد من قراراتها لاسيما قرارها المؤرخ في 26/04/2000 المشار إليه سابقا لما مهدت لقرارها حول عدم جدوى إشهار عريضة دعوى الشفعة بقولها "من الثابت قانونا أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا..." و إن كان هذا القرار قد أصدرته المحكمة العليا بمناسبة دعوى الشفعة و قررت فيه عدم الحاجة لإشهارها، فإنها صرحت من خلاله بعدم قبول الدعوى المذكورة حصرا في المادة 85 من المرسوم 63/76 ما لم يتم شهرها بما يعني اتجاه المحكمة العليا أيضا من خلال هذا القرار إلى اعتبار شهر الدعوى قيدا على رفعها و هو ما فتئت المحكمة العليا تكرره في العديد من قراراتها و سايرتها في ذلك المحاكم و المجالس¹.

الاتجاه الثاني

لا يعتبر أنصار هذا الاتجاه شهر الدعوى المنصوص عنها في المادة 85 من المرسوم 63/76 قيدا شكليا على رفع الدعوى لأن الشروط الشكلية و قيود رفع الدعوى كلها قد نص عنها قانون الإجراءات المدنية و لا يوجد من بينها شرط شهر الدعوى، فضلا عن أن شهر الدعوى – حسب أنصار هذا الرأي – إنما شرع لحماية رافعها . فهي حسبهم دائما مقررة لصالحه و صونا لحقوقه كي يعلم الغير أن العقار محل نزاع أمام القضاء و لكنها ليست مفروضة عليه ، و بالتالي فعدم حصوله أي عدم شهر العريضة الافتتاحية لا يصح أن يعود بضرر عليه و لا بنفع على المدعى عليه².

و على هذا فإنه يجوز – حسب هذا الاتجاه – للمدعي أن يرفع دعوى يطالب فيها بإبطال أو إلغاء أو فسخ عقد منصب على عقار أو حقوق عينية عقارية دون حاجة

¹ أنظر أيضا قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16/03/1994 إذ جاء فيه "من المقرر قانونا أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها" قرار منشور في المجلة القضائية سنة 1995 عدد (2) ص 80.

² جمال بوشنافة (المرجع السابق) ص 114 و في نفس السياق د/ عبد الرحمان بربارة (المرجع السابق) ص 75

إلى أن يقوم بشهر دعواه في المحافظة العقارية ، و لا يجوز للمدعي عليه أن يدفع بعدم شهر الدعوى أو إثارة المحكمة لهذه المسألة من تلقاء ذاتها¹. و في هذا الاتجاه جاء قرار للغرفة المدنية للمحكمة العليا قررت فيه أنه "كما أن عدم شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يترتب عليه أي بطلان، إذ أن تطبيق المادتين 13 و 14 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 فقد أحال المشرع تطبيق هاتين المادتين على مرسوم ، و بناء على أحكام المادة 04/14 من الأمر المشار إليه أعلاه فقد صدر المرسوم المؤرخ في 1976/03/25 رقم 63/76 الذي نص في المادة 85 منه على عدم قبول الدعوى إذا لم يتم إشهارها في المحافظة العقارية، إذ أن اشتراط إشهار العريضة قبل تسجيلها لدى كتابة ضبط المحكمة يعد قيودا قد استحدثه هذا المرسوم. لكن المشرع قد نص على إجراءات رفع الدعوى و شروط قبولها أمام القضاء في قانون الإجراءات المدنية، و لم ينص على هذا القيد بالنسبة للدعاوى العينية العقارية ، و من ثمة يوجد تعارض بين أحكام قانون الإجراءات المدنية و أحكام هذا المرسوم، و تبعا لذلك فإنه إذا وقع التعارض بين التشريع العادي و التشريع الفرعي فيطرح التشريع الفرعي و يطبق التشريع العادي، و من ثم فإن قبول قضاة الموضوع للدعوى من دون أن يسبق شهر عريضتها الافتتاحية في المحافظة العقارية لا يعد خرقا لأحكام القانون"².

¹ راجع حمدي باشا عمر و ليلي زروقي (المرجع السابق) ص 235
² قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا رقم 130145 بتاريخ 1995/05/12 و قد أشار إليه الأستاذ حمدي باشا عمر في مؤلفه المشترك مع الأستاذة ليلي زروقي المشار إليه سابقا ص 235-236 . و كذا د/ عبد الرحمان بربارة (نفس المرجع) ص 57 و الملاحظ على هذا الرأي أنه مجرد رأي معزول لم تكررر المحكمة العليا و لا مجلس الدولة ، فضلا عن أنه جاء مبنيا على تبرير غير سليم ، ذلك أن المحكمة العليا لما قررت في قرارها هذا عدم إلزامية الشهر، إنما بنته من منطلق اعتقادها بوجود تعارض بين نصين قانونيين هما قانون الإجراءات المدنية الذي له مرتبة القانون كونه صادر بأمر و المرسوم 63/76 و الذي ما هو إلا مجرد مرسوم تنفيذي صدر تنفيذا للأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري و أنه في معرض ترجيحها بين النصين قررت المحكمة العليا تغليب كفة قانون الإجراءات المدنية لقوته و رفعة مرتبته مقارنة بالمرسوم 63/76 الذي تضمن المادة 85 التي نصت على وجوب الشهر . و فضلا عن ذلك فإن عدم رجاحة هذا الرأي بادية بغير شك ، ذلك أنه لا يوجد أي تعارض بين النصين و إنما هنالك تكامل بينهما، إذ أنه لا يمكن القول بوجود تعارض طالما أن قانون الإجراءات المدنية لم ينص صراحة على أن الشروط الشكلية الخاصة برفع الدعوى هي فقط الشروط المنصوص عنها فيه حصرا دون غيره من النصوص . و علاوة على ذلك فلو سابرنا المحكمة العليا في رأيها هذا سننتهي بحذف الكثير من الشروط الشكلية و القيود الإجرائية المنصوص عنها في كثير من النصوص الخاصة بدعوى التعارض مع قانون الإجراءات المدنية كما هو الحال بالنسبة لقيود عرض النزاع على المصالحة في منازعات العمل و توجيه التنبية بالإخلاء في دعاوى

أما الآن و قد صدر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و الذي أشار في مادته السابعة عشر بشكل صريح إلى عدم قبول الدعاوى العقارية المنصبة على عقار و/أو حق عيني عقاري مشهر ما لم يتم شهر عريضة افتتاح الدعوى فلا بد أن يزول كل خلاف و تتوحد الآراء و يستقر القضاء على اعتبار إشهار العريضة في الحالات المقررة لذلك شرطاً لقبول الدعوى و بتخلفه يعرض المدعي دعواه لعدم القبول . و لكن بالرغم من وضوح نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فإنه ما يزال التساؤل يثور حول مدى تعلق هذا الشرط بالنظام العام و مدى جواز تمسك الأطراف به و إثارة المحكمة له و ما هي الآثار المترتبة على شهر العريضة.

ثالثاً : مدى تعلق شرط إشهار الدعوى بالنظام العام

إن نص المادة 85 من المرسوم 63/76 لم يتضمن أي إشارة تدل على طبيعة شرط الشهر فيما إذا كان يتعلق بالنظام العام أم لا، و لذلك كان التساؤل مطروحاً في أوساط القضاة خاصة و أنهم هم المخاطبون و المعنيون مباشرة بنص المادة 85 كون تقرير عدم القبول المنصوص عنه لا يملكه إلا القاضي الذي ستعرض عليه الدعوى. فتقرير أن نص المادة 85 يتعلق بالنظام العام يترتب عليه نتيجة هامة جداً، و هي إمكان إثارة المحكمة لمسألة تخلف الشهر من تلقاء نفسها و بالتالي الحكم بعدم قبول الدعاوى غير المشهورة حتى و لو لم يدفع الخصم بها.

و قد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه " و على إثر استئناف فإن مجلس الشلف وبموجب قراره المؤرخ في 1996/11/27 ألغى الحكم المستأنف و فصلاً من جديد صرح بعدم قبول الدعوى طبقاً للمادة 85 من المرسوم رقم 63/76. حيث أن قضاة الاستئناف قد أثاروا تلقائياً هذا الدفع و صرحوا بعدم قبول الدعوى ، و لكن حيث أن للأطراف و حدهم الصفة لإثارة عدم القبول الناجم عن عدم الشهر المسبق المنصوص

إخلاء المؤجر سواء أكان عينا سكنية أم تجارية و غيرها من القيود الشكلية التي لم يرد النص عليها إلا في نصوص خاصة دون قانون الإجراءات المدنية.

عليه بهدف حماية مصالح الخواص"¹. و يبدو من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا قررت عدم تعلق شرط شهر العريضة بالنظام العام و بأنه ما وضع إلا لمصلحة المدعى عليه و أن له وحده حق إثارة الدفع بعدم شهر العريضة و أنه لا يجوز للقاضي أن يثير المسألة من تلقاء نفسه.

و بهذا تكون المحكمة العليا قد سارت على خطى القضاء الفرنسي بخصوص نفس المسألة ، إذ خلافا لجانب من الفقه الفرنسي إذ قرر بأن في شهر الدعاوى العقارية تحقيق لمصلحة عامة ، فإن محكمة النقض الفرنسية قررت أنه لا يجوز لغير المدعى عليه إثارة الدفع بعدم شهر العريضة في إشارة ضمنية لعدم تعلق هذا الشرط بالنظام العام ، و ما فتئت هذه المحكمة تكرر قضاءها هذا في عدة مناسبات حتى استقر الوضع على اعتبار شهر العريضة شرطا لمصلحة المدعى عليه و أنه لا يتعلق بالنظام العام².

رابعا : الصعوبات العملية التي يثيرها شرط شهر العريضة

إضافة إلى صعوبة تحديد طبيعة هذا الشرط ، و هل يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه خاصة في غياب الاجتهاد القضائي المتكرر المستقر لاسيما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد و ما تضمنته المادة 17 من إشارة سطحية توحى بتعلقه بالنظام العام من خلال لفظ "يجب" الذي بدأ به المشرع نص المادة المذكورة ، فإن هنالك صعوبات عملية قد تثور أثناء تطبيق المادة 85 من المرسوم 63/76 و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و أول هذه الصعوبات تتعلق بتحديد اللحظة التي يجب فيها الشهر، فقد كانت المادة 85 من المرسوم 63/76 خالية من كل إشارة لذلك ، و لكن المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أشارت إلى أنه يجب القيام بالشهر و إثبات وقوعه في

¹ قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 184451 المؤرخ في 1998/11/25 و قد أشار إليه الأستاذ حمدي باشا عمر في المرجع السابق ص 236 و الدكتور عبد الرحمان بربارة (المرجع السابق) على هامش الصفحة 57 .

² أنظر قرار الغرفة العقارية لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 07 ديسمبر 1965 و قرارها الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 3 نوفمبر 1981 و قرارها الصادر عن الغرفة المدنية أيضا في 07 نوفمبر 2001 و المشار إليهم معا مع تعليقات كبار الفقهاء الفرنسيين في مؤلف الأستاذين Philippe Simler و Philippe Delebecque المشار إليه سابقا ص 719 و هي القرارات التي وحدت الاجتهاد القضائي الفرنسي بعدما كانت جهات قضاء الموضوع في هذا البلد منقسمة بين مؤيد و معارض لفكرة تعلق شرط الشهر بالنظام العام .

أول جلسة ينادى فيها على القضية ، بمعنى أنه على المدعي أن يسعى إلى شهر عريضة الدعوى مباشرة بعد تسجيلها في الجهة القضائية المختصة . و يتم الشهر طبعاً بإيداع نسخة من العريضة بعد تسجيلها و التي تكون قد كتبت حتماً على النموذج المخصص من طرف إدارة الحفظ العقاري إذ لا يقبل المحافظ العقاري شهر العريضة المكتوبة على ورقة عادية.

إن اشتراط تقديم العريضة المشهورة أو إشهاد إداري من المحافظ العقاري يثبت الشهر في أول جلسة ينادى فيها على القضية يثير إشكالا عملياً فيما لو كانت الدعوى المسجلة بموجب العريضة الافتتاحية لا تتضمن أي طلب من الطلبات التي يجب شهرها و لكن أثناء سير الخصومة يتقدم المدعى بطلب عارض يرمي من خلاله إلى فسخ أو نقض أو إبطال أو بشكل عام المنازعة في حق مشهر . و من أجل تجنب مثل هذا الأشكال كان القضاء الفرنسي قد قرر أنه يجوز إيداع العرائض للشهر ابتداء من لحظة قيد الدعوى إلى غاية قفل باب المرافعة و قبل أن يصدر القاضي حكمه¹، ولكن حتى هذا الحل الذي اقترحه القضاء الفرنسي لم يسلم من النقد ، ذلك أنه يجعل من الدفع الذي يثيره المدعى عليه بعدم شهر العريضة بغير فائدة طالما أن المدعى يمكنه بناء على هذا الدفع أن يسعى إلى شهر العريضة بعد تقديم الدفع و قبل أن يصدر القاضي حكمه في الموضوع .

و تجنباً لهذا الخلل اقترح الفقه الفرنسي الإبقاء على إمكانية الشهر إلى حين قفل باب المرافعات مع تقرير سقوط حق المدعى في القيام بالشهر بمجرد تقديم المدعى عليه للدفع بعدم شهر العريضة . و لكن هذا الاقتراح لم يعتمد القضاء الفرنسي كونه رأي لا يستند على أي قاعدة قانونية صلبة، فضلاً عن أنه يبتعد بالشهر العقاري المقرر لعرائض الدعاوى العقارية عن هدفه المتمثل في إعلام الغير بوجود نزاع يهدد الحق المشهر مما يجعلهم لا يعلمون بوجود النزاع إلا لما يكون هذا النزاع في آخر

¹ أنظر في هذا الشأن

Stéphane Piedelievre op-cit p 273

Philippe Simler et Philippe Delebecque op-cit p 719

Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 559

مراحله ، الأمر الذي يهددهم بفقدان حقوقهم التي يكونوا قد اكتسبوها بين يوم تسجيل الدعوى و يوم إيداع العريضة للشهر.¹

كما يثير شرط شهر العريضة صعوبة عملية أخرى ، و هي الحالة التي بعد أن يقوم فيها المدعى بتسجيل دعواه ثم يودع العريضة للشهر يقابل بقرار من المحافظ العقاري برفض إجراء الشهر خاصة إذا كان هذا الرفض راجعا لشروط شكلية خاصة مع تشدد المحافظ العقاري في مراقبة أدق البيانات إلى حد الغلو في تلك الرقابة.²

و آخر ما ثار من الصعوبات أثناء تطبيق المادة 85 هو ما تردد بشأن ما يترتب عن شهر عريضة افتتاح الدعوى فيما إذا كان من شأنه أن يمنع من التصرف في الحق المتنازع فيه أو على الأقل يمنع المحافظ العقاري من إشهار التصرفات الواردة على هذا الحق . حيث أنه شاع بين عدد من المحافظين العقاريين تردهم في إشهار العقود والتصرفات التي يجريها صاحب الحق المشهر المتنازع فيه أثناء سير الخصومة ولكن المديرية العامة لأملاك الدولة تدخلت من خلال مذكرة في سنة 1993 موجهة إلى مدراء الحفظ العقاري بالولايات و إلى المحافظين العقاريين تدعوهم فيها إلى ضرورة شهر التصرفات المبرمة أثناء سير الخصومة و الكف عن التردد في إشهارها ما لم يصدر أمر استعجالي مشهر يلزم المحافظ العقاري بعدم شهر تلك التصرفات.³

و بذلك لم يعد مجرد تسجيل و شهر الدعوى أو اعتراض المدعى عليه أو الغير مبررا لامتناع المحافظ عن شهر مثل تلك التصرفات و بالطبع فإن شهر العريضة لا يمكن بأي حال أن يغل يد المدعى عليه في التصرف في حقوقه لأنه لا يوجد أي سند قانوني لهذا المنع ، فضلا عن تعارضه مع القواعد القانونية المنظمة للشرط المانع من

¹ Stéphane Piedelievre op-cit p 272 et s

² Gabriel Marty et Pierre Raynaud op-cit p 559 et s

³ أنظر مذكرة المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 01-385 المؤرخة في 22 مارس 1993 التي تأمر المحافظين بإشهار التصرفات أثناء سير النزاع و عدم الإلتفات إلى طلبات وقف تنفيذ الإجراء ما لم تكن أمرا قضائيا استعجاليا يحدد مؤقتا مدة الوقف .

التصرف¹. و من جهة أخرى فإن المدعي غالبا ما يكون في غنى عن مثل هذه الاعتراضات و الدعاوى الاستعجالية الرامية إلى وقف عمليات الشهر لأن حقه في استرداد الحقوق المتصرف فيها أثناء سير الخصومة مكفول بنص المادة 86 من المرسوم 63/76 ، ذلك أن صدور حكم لفائدته بإلغاء أو نقض أو فسخ أو إبطال العقود السابقة يجعل كل تصرف يجريه المدعى عليه في مرحلة التقاضي فاقدًا لكل حجية في مواجهة المدعى خاصة إذا نتج عن الحكم إلغاء أو فسخ أو نقض أو إبطال حقوق المتصرف بأثر رجعي أو على الأقل إذا أنتج هذا الحكم آثاره من يوم رفع الدعوى.

و أخيرا فإن إقرار وجوب منع المدعى عليه من التصرف في الحقوق بمجرد شهر عريضة الدعوى أو منع المحافظ العقاري من شهر التصرفات التي يقوم بها المدعى عليه أثناء سير الخصومة سيؤدي إلى تحكم المدعي بحرية المدعى عليه في التعاقد، كما قد يفتح الباب واسعا للدعاوى الكيدية التي لا يرفعها أصحابها إلا لحرمان المدعى عليهم من التصرف في حقوقهم و الكيد لهم و تضييع فرص الكسب عنهم و تحميلهم خسائر بدون أي مبرر جدي.

إقتراح التعديل

إن الصعوبات العملية و التساؤلات التي ما فتئت تثور بشأن مسألة شهر الدعاوى العقارية و الغموض الواضح الذي يكتنف الطبيعة القانونية لشرط شهر الدعوى فيما إذا كان يتعلق بالنظام العام أم لا و كذا اللبس الذي ثار بشأن تحديد لحظة الشهر و آثاره و الهدف الحقيقي من شهر عريضة افتتاح الدعوى تدعو بإلحاح إلى ضرورة إيجاد حل مستقر، إما برفع كل لبس و غموض يكتنف المسألة عن طريق النصوص القانونية الصريحة و إما بالبحث في وسيلة أخرى تماما نستعاض بها عن شرط شهر الدعوى ونضع حدا بذلك لكل تفسير مصلحي أو تعارض في الأحكام أو في قرارات المحافظين العقاريين . و في هذا الصدد يمكن الاستفادة من تجارب تشريعات

¹ وعلى ذلك فإن ما شاع بين الناس من توجيه اعتراضات مكتوبة للموثقين أو نشرها في الجرائد من أجل دعوتهم إلى الامتناع عن تحرير العقود المنصبة على الحقوق المتنازع فيها هو سلوك غير سليم و يجب أن يصرف الموثقون نظرهم عنه و أن يمضوا في عملهم دون إغارة أي اهتمام لمثل هذه الاعتراضات الاستباقية.

الدول الأخرى خاصة و أن الفقه الفرنسي ذاته يميل هو الآخر إلى العدول عن فكرة شهر الدعاوى العقارية و استبدالها بطريقة التأشير أو التعليق بعريضة الدعوى ¹ prénotation .

و التعليق بعريضة الدعوى يختلف عن شهر عريضة الدعوى في كونه مجرد إجراء شكلي يتم بالتأشير بوجود الدعوى ضمن إطار خاص في البطاقة العقارية للعقار محل الدعوى ، إذ يصلح أن يتم ذلك في جدول القيود و الأعباء تماما مثل التعليق أو التأشير بوجود ارتفاع أو شرط مانع من التصرف ، كما يمكن استحداث إطار أو جدول خاص ضمن البطاقة العقارية يخصص لمثل هذا التعليق ، إذ أنه لا يعتبر شهرا مستقلا لعريضة افتتاح الدعوى . و يكفي الرجوع إلى بطاقة العقار للتعرف على ما إذا كان هنالك أي نزاع بشأنه و ذلك بمجرد الاطلاع على الخانة أو الإطار المخصص لتعليق الدعاوى و الأعباء .

و توفر هذه الطريقة ضمانا لمن قام بها في كونها تجعل الحكم الصادر في الدعوى يسري بأثر رجعي من يوم التعليق بصحيفة الدعوى ، فلا يحتج ضد المدعي بكل التصرفات و القيود التي حدثت أثناء سير الدعوى على أن يتم شهر الحكم الصادر و التأشير به على هامش نفس البطاقة لإثبات انتهاء النزاع ، و بذلك يحقق الشهر وظيفته في إعلام الغير و حماية حقوق المدعي دون أن نكون بحاجة إلى ربط قبول الدعوى بشرط دخيل و غير مرغوب فيه هو شرط شهر العريضة الافتتاحية للدعوى و نتجنب بذلك كل الصعوبات العملية التي ثارت و تثور بشأن شهر الدعاوى العقارية².

¹ راجع Stéphane Piedelievre op-cit p 275

² الجدير بالذكر أن المشرع المصري قد أخذ بهذا النظام و لكنه استعمله بدل عبارة التعليق prénotation عبارة التأشير بعريضة الدعوى و التي كانت محل نقد و ذلك بموجب المادة 32 من قانون السجل العيني و لكنه لم يستفد من مزايا هذا العمل إذ رتب على عدم القيام به عدم قبول الدعوى كذلك.

في ختام هذا البحث الذي اتبعت فيه منهجا تحليليا مقارنة فقد أثرت أن أجعل المطلع على هذا البحث يستنتج بنفسه دون أن أفرض عليه رأيا مدى حاجة المجتمعات المعاصرة لتأمين التعامل في العقارات عبر نظام شهر فعال و سهل التطبيق يحقق المصلحة العامة و لا يضحى بالمصلحة الخاصة ، و أن يقارن بنفسه أيضا بين مختلف أنظمة الشهر بدون أن أتحيز من خلال الدراسة لأي نظام تحيزا ذاتيا و شخصيا، اللهم إلا بإبراز ما رأيته فعلا من المحاسن في كل نظام ، و دون أن أسلك أسلوب التهكم و التقليل من شأن نظام معين انتصارا لرأي أو فكرة ذاتية قد لا تصلح لتحقيق أهداف البحث .

و كان أسلوبني في ذلك هو التجرد من كل تأثير قد يكون راجعا لعوامل غير موضوعية فكنت بهذه الطريقة أصبو إلى تعريف المهتمين بالموضوع بمدى ما ينطوي عليه من صعوبة في تحديد النظام الأصلح لأن ذلك أبعد من أن يكون مجرد الاختيار بين النظامين الشخصي أو العيني . فقد ظهر من خلال هذا البحث أنه لا نظام الشهر الشخصي المطلق و لا التسليم بقواعد نظام الشهر العيني كلها و على عواهنها بما فيها من مخاطر هو أصلح لنا .

و للتدليل على ذلك فقد تناولت بالدراسة المفصلة كلا النظامين و ذلك من خلال عرض مبادئهما و أسسهما و آثارهما النظرية ، و لربط الجانب النظري بالواقع العملي تناولت بالدراسة كلا النظامين من خلال نماذج معاصرة لقوانين و تشريعات البلدان التي أخذت بهذا النظام أو ذاك ، فبحثت في النظام الفرنسي و ما نهج نهجه من التشريعات التي اتبعت نظام الشهر الشخصي و تعرضت للنظام الألماني و السويسري و الأسترالي و ما حدا حذوهم من البلدان التي اختارت نظام الشهر العيني ، و قبل ذلك فقد مهدت للموضوع بنظرة تاريخية تطرقت فيها لتاريخ الشهر العقاري في مختلف حقب تطوره بدءا بالعصور القديمة و رائدها القانون الروماني صاحب الأسس

و الأفكار الأولى لنظام الشهر وصولاً إلى نظرة الشريعة و الفقه الإسلامي للموضوع في المراحل الأولى لتطبيق الشريعة وقبل الخلافة العثمانية و أثناءها مبرزاً دور النظام العثماني في إرساء بعض الأنظمة العقارية في البلاد العربية دون أن يفوتني البحث في نموذج إسلامي معاصر اخترت أن يكون النموذج السعودي ، مروراً بما عرفه الشهر العقاري من أحكام في العصور الوسطى لاسيما أثناء النظام الإقطاعي في كل من فرنسا و ألمانيا ، كل ذلك حتى أربط الماضي بالحاضر و أبرز الامتداد التاريخي لبعض قواعد الشهر الحديثة و أرجعها إلى أصولها الأولى .

بعد ذلك أفردت فصلاً كاملاً من البحث لدراسة نظام الشهر العقاري في الجزائر متتبعا في ذلك بالترتيب (الكرونولوجي) مراحل نشأة هذا النظام ممهداً له بالتطور التاريخي لتنظيم الملكية العقارية في الجزائر عبر مختلف العصور و الحقب الزمنية حتى يمكن فهم نماذج الملكية العقارية السائدة اليوم ، فتبين من خلال البحث التاريخي مدى اختلاف الأنظمة التي تعاقبت على الجزائر و دور كل منها في صنع الواقع العقاري المعاصر بدءاً بالموروث العرفي و مجموع التقاليد ، مروراً بالنظام العثماني و الإسلامي وصولاً إلى أثر السياسات الإستعمارية المختلفة و النماذج المتباينة التي حاولت فرنسا من خلالها تنظيم الملكية العقارية في ما نحن اليوم عليه من وضع متميز بالتعقيد و التعدد و التعارض أحياناً .

و دون أن أغوص بعيداً في أغوار النظم التاريخية و حتى لا أخرج عن موضوع البحث عدت إلى دراسة نظام الشهر العقاري السائد اليوم في الجزائر فأبرزت مظاهر هذا النظام و تكوينه المادي و البشري عبر الحديث أولاً عن المسح العام للأراضي باعتباره مرحلة ممهدة لتطبيق نظام شهر فعّال ، و في هذا الصدد تطرقت للعملية من حيث طريقة بدءها و الإعداد لها ، إذ يختص الوالي بإعلان افتتاح عملية المسح تطبيقاً لأحكام الأمر 74/75 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري و ذلك بخلاف المشرع المصري الذي يجعل ذلك من صلاحيات وزير العدل ، فتطرقت في هذا الجزء من البحث بالتفصيل لسير عملية

المسح و الجهات الإدارية و التقنية المتدخلة فيها و ما يترتب عليها من آثار بعد انتهاء أعمال المسح ، كما أبرزت دور لجنة البلدية التي يرأسها قاض في حل منازعات المسح . و هنا أشير إلى ضرورة تدخل المشرع لتحديد دورها بدقة و إعادة تشكيلها بحيث يعطى في التشكيلة المقترحة للمحافظ العقاري و المدير الولائي للحفظ الدور الأبرز ، كما أبرزت أيضا مختلف الصعوبات العملية التي ترافق عملية المسح لاسيما التعارض الموجود بين مختلف طرق الإعتراض على الترقيم المؤقت أمام البلدية و أمام المحافظ العقاري و أخيرا أمام القضاء ، و في هذا المقام أدعو إلى ضرورة توحيد جهات الطعن أو خلق الإنسجام بين أحكام الإعتراضات مع ضرورة تصحيح مصطلح الشكاوى الوارد في هذا المقام و استبداله بمصطلح الاعتراض و قد وضحت خلال البحث مبرر ذلك .

و هنا تجدر الإشارة أيضا إلى ما يمكن أن يثيره تطبيق المادة الأولى من المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 المتضمن إجراءات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعراف بالملكية من صعوبات عملية ، بحيث أنها تمنع اللجوء إلى هذه الطريقة في المناطق التي خضعت لإجراءات المسح ، لكن المشرع لم يبين بوضوح ما إذا كان منع هذا الإجراء يبدأ بمجرد بدء أعمال المسح في بلدية ما أم أن المنع لا يسري إلا بعد انتهاء عملية المسح ، علما أن مسح بلدية ما قد يستغرق وقتا طويلا يفوق أحيانا السنة ، الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع بنص صريح يبين فيه موقفه بدقة فيرفع عن المحافظين العقاريين الحرج .

و لا يفوتني هنا أن أشيد بدور المديرية العامة للأملاك الوطنية التي تنتبع مختلف الصعوبات و الانشغالات المرفوعة إليها و تواجهها بالتعليمات و المذكرات الموجهة للمحافظين العقاريين و مدراء الحفظ و مدراء أملاك الدولة ، لكن وبالرغم من ذلك فإنني أدعو هنا إلى ضرورة التدخل التشريعي بنصوص قانونية ملزمة تخاطب الجميع و تلزمهم لأن التعليمات و المذكرات لا تلزم سوى الموجهة إليهم من المحافظين العقاريين و مدراء الحفظ و مدراء أملاك الدولة المحليين الأمر الذي يمكن

أن يؤدي إلى إعراض جهات أخرى كالقضاء مثلا عن تنفيذها أو الاعتداد بها أثناء الفصل في المنازعات .

كما أبرزت من خلال هذا البحث أهمية ما يترتب على اختتام أعمال المسح و دعوت إلى ضرورة الإسراع فيها و لو بالتعاون الأجنبي عبر إيفاد مبعوثين للخارج أو طلب الخبرة الأجنبية لمرافقة المصالح التقنية الوطنية في أعمال المسح حتى لا تبقى دائما نعيش المرحلة الانتقالية مثل بعض الدول كمصر التي فشلت فيها محاولات الانتقال إلى نظام الشهر العيني بالرغم من ضخامة الميزانية ، و لكن مع الإشارة إلى أنه لا بد من المرحلة الانتقالية من أجل الانتقال السلس و غير المفاجئ و تسهيلا للتكيف مع أحكام النظام الجديد .

و في معرض الدفاع عن نظام الشهر العيني بينت أن المسح ضروري في النظامين و أنه أقل كلفة في نظام الشهر العيني لأنه يتم بشكل عام مرة واحدة و ليس بمناسبة كل عملية شهر ، فقد أشارت دراسة في مصر قام بها السيد محمد عامر محجوب و هو وكيل وزارة العدل السابق لشؤون الشهر العقاري حول تفاصيل ميزانية تطبيق نظام الشهر العيني قَدَمَه في بحث لحلقة الدراسات الخاصة بأنظمة الشهر في البلدان العربية المشار إليها سابقا أن عملية المسح ستدرّ على البلاد دخلا قدره 310.829 جنيها سنويا من كل محافظة متوسطة الحجم . و قد أشرت في هذا الشأن أيضا إلى أن عملية المسح تحتاج إلى تجديد و تحيين من حين لآخر و أن مشكل إتمام المسح العام ليس مقتصرًا على بلادنا بل إن الدول كلها تتخبط في صعوبة البدء في تطبيق الشهر العيني على غرار فرنسا و مصر أين استلزم الأمر مدة عشر سنوات لكي يبدأ تطبيقه تجريبيا في قرية "المنوات" بمحافظة الجيزة و لم تنجح التجربة تلك رغم صغر مساحتها و ضخامة الميزانية المخصصة لذلك . كما تطرقت للنموذج المغربي حيث يعطي القانون هناك لعملية المسح وحده أو ما يسمى هناك التحفيظ قوة تطهيرية لكنه لا يعطي نفس القوة للشهر.

و هنا أدعو المشرع الجزائري إلى إعطاء تلك القوة التطهيرية للترقيم النهائي دون الترقيم المؤقت و دون عمليات الشهر التالية و ذلك مع إزالة الغموض الذي يثور حول مدى إمكانية الطعن في البيانات الناتجة عن الترقيم النهائي ، إذ تشير المادة 16 من الأمر 74/75 المشار إليه سابقا إلى إمكانية ذلك عن طريق القضاء لكنها لا تضع مدة لسقوط دعوى الطعن خلافا للطعن في الترقيم المؤقت ، في حين تشير المادة 516 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى اختصاص القضاء العقاري بدعوى الطعن في الترقيم المؤقت لكن لا يوجد أي نص يحدّد الجهة المختصة بالطعن في الترقيم النهائي مما يوحي بعدم جواز الطعن فيه مطلقا .

و بعد التفصيل في أحكام المسح تعرضت لإنشاء مجموعة البطاقات العقارية بمختلف أنواعها العينية و الأبجدية مع الدعوة إلى الإبقاء على هذه الأخيرة بالرغم من أنها من مخلفات نظام الشهر الشخصي و ذلك لتسهيل الاستعلام الشخصي و العيني معا و أبرزت هنا أهمية و مبرر ذلك بعد التعريف بمختلف أنواع البطاقات العقارية و بياناتها .

تعرّضت بعد ذلك لتنفيذ عملية الشهر فبيّنت من خلال البحث التنظيم المادي و البشري للعملية ، إذ تطرقت لمختلف مصالح الشهر و الإدارات ذات العلاقة بالشهر و صلاحياتها ثم للتنظيم الداخلي للمحافظة العقارية و مكاتب المحافظات و مختلف الوسائل المستعملة في الشهر من سجلات و دفاتر، حيث أدعو بهذا الخصوص إلى ضرورة الإسراع في تحديث وسائل العمل و إدخال الإعلام الآلي على الأقل بمناسبة كل عملية شهر جديدة و الاستفادة من التجربة الفرنسية في هذا الشأن . و أشير هنا إلى العقبة التي تثار بمناسبة تطبيق أحكام تسليم الدفتر العقاري و التي تتمثل في حالة ما إذا أراد أحد أصحاب الحقوق المدونة على الدفتر العقاري التصرف في حقه و هو لا يحوز الدفتر بحكم أنه يسلم لأحد الشركاء فقط ، كيف يتصرف إذا مانع الطرف الحائز للدفتر في تسليمه ، و إذا أجزنا تسليمه لكل من له حق مذكور في الدفتر فكيف

يتم ضبط الدفاتر الأخرى الموجودة عن كل ذي مصلحة ، و لهذا أدعو المشرع للتدخل من أجل وضع حل لهذا الإشكال .

أما في الجانب البشري فإن البحث تناول مهام المحافظ العقاري و دوره و سلطاته و مسؤوليته و هنا يبرز اختلاف النظام الجزائري عن أنظمة الشهر العيني حيث يتمتع المحافظ العقاري بصفة القاضي و تتميز أعماله بطبيعة العمل القضائي شأنها شأن أحكام القضاء و باقي الأعمال الولائية للقضاء في حين يظهر في الجزائر الطابع الإداري و المالي لعمله الشبيه بعمل محافظ الرهون في فرنسا و المتميز عنه بسعة سلطاته في الرقابة الموضوعية للتصرفات المطلوب شهرها مما يجعله شبيهاً بمحافظ الرهون الفرنسي في شكله و شبيهاً بالقاضي العقاري الألماني في سلطاته . و هنا أدعو إلى ضرورة الارتقاء بالمحافظ العقاري إلى مصف المناصب السامية في الدولة و تكوينه التكويني القانوني اللائق بالمهمة المنوطة به أو استبداله بالقاضي المكلف بالشهر على غرار ما هو عليه الأمر في ألمانيا بشرط إعادة هيكلة مصالح الشهر كلية و جعلها تابعة لإشراف وزارة العدل بدل وزارة المالية بعدما كانت من قبل تابعة لوزارة الاقتصاد قبل إنشاء منصب وزير المالية في الجزائر .

وقد أثرت في هذا الجزء من البحث مسألة الطعن في قرارات المحافظ العقاري و مشكل التفارقة بين رفض الإيداع و رد الإجراء و مشكلة الأثر الرجعي لقرار القضاء بإلغاء قرارات المحافظ العقاري بعدما تكون قد خلقت مراكز قانونية مسجلة على السجل العقاري الذي يفتح و يقفل يوماً بيوم ، و هنا اقترحت النص على الأثر الموقوف للطعن بالإستئناف أمام مجلس الدولة في قضايا الشهر أو استبدال ذلك بالإيداع المؤقت القابل للإلغاء بأثر رجعي ، كما أثرت أيضاً مشكل الإختصاص و الخلط القائم بين منازعات الطعن في الحقوق و التصرفات المشهورة و منازعات الطعن في قرارات المحافظ العقاري قبل و بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد .

و في شأن مسؤولية المحافظ العقاري و دقة مهمته و تشددّ المشرع بشأنها أَدعو إلى توضيح موقف المشرع الجزائري من تلك المسؤولية التي تبدو مسؤولية إدارية مرفقية في كل الأحوال خلافا لفرنسا حيث المسؤولية شخصية و مدنية ، و قد أبرزت هنا عدم التعارض بين المادة 23 من الأمر 74/75 و المادة 85 من المرسوم 63/76 لأن مسؤولية الدولة المنصوص عنها في المادة 23 لا تعني عدم جواز الطعن في التصرفات المشهورة مثلما يعتقد البعض ، و بمناسبة الحديث عن المادة 85 من المرسوم 63/76 أَدعو إلى ضرورة تكييفها مع مضمون المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حتى يزول الاختلاف الموجود بينهما و تزول بذلك الخلافات التي ميّزت أحكام قمتي النظام القضائي الجزائري و أعني بها المحكمة العليا و مجلس الدولة بشأن جزاء تخلف شهر الدعاوى واجبة الشهر .

و قد تطرقت في هذا الجزء من البحث أيضا إلى مشكل الاعتراض على التصرف أثناء النزاع و ما شاع لدى العامة من أن تسجيل الدعوى و شهرها يلزم الأطراف بعدم التصرف في الحقوق المتنازع فيها و أشرت إلى مذكرة المديرية العامة للأموال الوطنية التي تدعو المحافظين العقاريين إلى صرف النظر عن تلك الاعتراضات و السعي إلى شهر التصرفات أثناء النزاع ما لم يوجد أمر استعجالي بتوقيف الإجراء مؤقتا .

و بعد الحديث عن التنظيم الإداري و البشري للشهر انتقلت لتفصيل أحكام تنفيذ عملية الشهر ببيان نطاقه و التصرفات و الأحكام و المحررات الخاضعة للشهر و شروط تنفيذ الشهر و الآثار المترتبة على تخلف شرط من تلك الشروط ، لأتطرق في الأخير إلى سلطات المحافظ العقاري في رفض الإيداع و رد الإجراء ، و قد أبرزت من خلال البحث في هذا الجزء من الرسالة مختلف التصرفات و الأحكام و المحررات الخاضعة للشهر و حاولت في آخر المطاف وضع قاعدة عامة يمكن على ضوءها تحديد ما يجب شهره و هي أن كل ما من شأنه تغيير المركز القانوني للعقار أو ما يؤدي إلى المساس بتكوينه المادي من تصرفات و أحكام و شهادات إدارية ووقائع

مادية يخضع كله للشهر و أن تخلف إشهار هذه التصرفات و الأحكام و الوقائع من شأنه أن ينزع عنها الحجية كما قد يؤدي إلى تجريدها من آثارها العينية أحيانا .

و البارز في هذا المقام الصعوبات العملية و الغموض الذي يميز أحكام شهر بعض تلك المحررات مثل شهر الحيازة و التقادم المكسب و شهر شهادة الحيازة و حق الإرث و الحوالات و المخالصات بأجرة تزيد عن ثلاث سنوات ، كما أبرزت ضرورة مراجعة أحكام شهر الإيجارات التي تزيد مدتها عن اثني عشر سنة خاصة فيما يتعلق بتخفيف الجزاء المترتب عن إغفال شهرها و جعله مجرد إنقاص الحجية بدل تجريدها من الحجية مطلقا أسوة بموقف المشرع المصري و الفرنسي . كما أبرزت هنا أيضا خصوصية شهر الحقوق العينية التبعية من رهون و امتيازات و حاولت تفصي موقف المشرع الجديد من فرض شهر الوعد ببيع العقار المستحدث بالمادة العاشرة من القانون 22/03 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 و دعوت إلى تدخل تشريعي لرفع الغموض من جهة و لتوسيع نطاق هذا الحكم الجديد للوعود بباقي التصرفات العقارية كالوعد بالهبة و الوعد بالإيجار لأكثر من اثني عشر سنة مثلما هو الحال في القانون الفرنسي مبررا ذلك بوحدة العلة و الهدف من جهة أخرى .

أما فيما يتعلق بالشروط المطلوبة للشهر فإن البحث يتضمن بالتفصيل و بأسلوب المقارنة مدلول كل من شرط الرسمية و شرط الشهر المسبق أو ما يسمى مبدأ الأثر النسبي للشهر، حيث حاولت أن أصحح بعض المفاهيم الخاطئة لاسيما تلك المتعلقة بشهر العقود العرفية التي يعتبرها البعض استثناء من شرط الرسمية ، و هنا أبرزت مشكل شهر الأحكام القضائية بعد إعادة إيداعها لدى الموثق كأنها وثيقة عرفية منتقدا ذلك . و فيما يخص شرط الشهر المسبق فقد حاولت إعطاء المفهوم الصحيح لهذا الشرط مستعينا في ذلك بموقف مختلف التشريعات المقارنة و آراء كبار الفقهاء و أحكام و اجتهادات القضاء في مختلف البلدان فأعطيت لمفهوم الإجراء الأول المعبر بمثابة استثناء من شرط الشهر المسبق مدلولاً واسعاً يختلف عن المدلول الضيق الذي هو معروف به في الساحة العملية .

كما دعوت من خلال البحث إلى ضبط مدد و آجال الشهر و تبسيط إجراءاته و إعفاء طالبي الشهر من تقديم بعض الوثائق الملحقة بالمحرر المطلوب شهره لما فيها من تعجيز لطالب الشهر، كما لا يخلو هذا الجزء من البحث من الملاحظات التي تتكرر دائما صوب التشريع الوطني الذي لا زال لم يتخلص من كثير من العيوب الشكلية كتناقض النصوص و غموض بعضها و تعارض صياغتها العربية بصياغتها باللغة الفرنسية و غير ذلك من العيوب .

و في الباب الثاني من الرسالة تطرقت بالتفصيل لآثار الشهر في كل من النظامين الشخصي و العيني فتعرضت للأثر المنشئ و أهميته و أبرزت اختلافنا عن فرنسا من حيث دور الشهر، فهو دور منشئ و ناقل في القانون الجزائري بينما وضع الشهر في القانون الفرنسي للحجية و الإعلام ، و هنا أدعو إلى ضرورة النص الصريح على أثر الوصية فيما إذا كانت تنقل الحق بذاتها أم أن الشهر هو من ينقله لأن المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 تتحدثان عن الإتفاقات الإرادية في حين أن الوصية ليست اتفاقا و إنما هي تصرف بإرادة منفردة . و في هذا السياق أيضا تعرضت بالنقد للرأي القائل بأن الميراث و الوصية يشكلان استثناءا من الأثر المنشئ للشهر موضحا بأن انتقال التركة يتم بالشهر بأثر رجعي من يوم الوفاة و ليس بالوفاة ، و في هذا السياق أقترح إمكانية الشهر الجزئي لحق الإرث تفاديا لمنازعات الورثة بشأن تقديم وثائق الهوية من أجل إعداد الشهادة التوثيقية .

و في موضوع شهر الحيازة و التقادم المكسب أدعو إلى ضرورة مراجعة المادة الأولى من مرسوم 352/83 و بيان موقف المشرع بوضوح ، حيث رجحت أنه قصد عدم جواز التملك بالتقادم خلافا للسند المشهر لكنني أنادي هنا بجواز التملك بالتقادم كونه لا يتعارض مع مبادئ الشهر العيني و يحقق مصلحة اقتصادية تتمثل في التشجيع على استغلال الأراضي و استثمارها .

كما تعرضت في هذا الجزء من البحث إلى الأثر المطهر للشهر فبينت معناه و مدى ارتباطه بقوة الثبوت المطلقة و عدم أخذ المشرع الجزائري به إذ أستحسن هذا الموقف و أدعو المشرع إلى الإبقاء على إمكانية الطعن في التصرفات المشهورة لأن في الأخذ بالأثر المطهر للشهر تشجيع على الغش و الابتزاز و حتى التقاعس عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية العقارية تحت أمان عدم إمكان فسخ التصرف المشهر ، و لكن مع منح تلك القوة التطهيرية للترقيم النهائي المتوج لعملية المسح .

أما الفصل الأخير من الرسالة ففيه تفصيل بنفس الأسلوب المقارن لأحكام حجية الشهر و جزاء تخلفه إذ يتضمن بيان أثر مهم للشهر و هو الحجية أو قيمة الشهر في إنشاء الحق و إثباته و حل حالات التنازع ، حيث تختلف تلك الحجية بين الأطراف عنها في مواجهة الغير في كل من نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني ، فقد ظهر من خلال البحث أنه في فرنسا لا أثر للشهر بين الأطراف ، إذ الشهر موضوع للحجية في مواجهة الغير بخلاف أثره في القانون الجزائري إذ أنه من خلال م/16 و م/17 من الأمر 74/75 لا أثر للحق بين الأطراف و في مواجهة الغير إلا من يوم الشهر . و لا يفوتني هنا أن ألفت النظر إلى عيوب المادة 16 المتمثلة أولاً في سقوط لفظ "عقاري" منها بالرغم من أهمية هذا اللفظ و ثانياً صياغتها التي جردت العقود غير المشهورة من كل أثر و الأصح أن تخلف الشهر يجردها من الأثر العيني فقط ، أما الالتزامات الشخصية التي تنتجها فتبقى قائمة و هنا أقترح تعديلها بجعلها تدل على بقاء الالتزامات الشخصية واجبة التنفيذ .

و قد بينت في هذا السياق أن مدى تلك الحجية مرتبط بمدى القوة التطهيرية للشهر ، إذ تبقى حجية مؤقتة إلى حين الطعن في التصرف في الأنظمة التي تجيز الطعن في التصرفات المشهورة بينما تكون حجية مطلقة حيث يتمتع الطعن . و أبرزت بعد ذلك القيمة القانونية للتصرفات غير المشهورة في التشريع و الفقه و القضاء الذي اختلف بشأنها ، حيث أن العقود الناقلة غير المشهورة لا ترتب الأثر العيني لكن تبقى

الالتزامات الشخصية واجبة التنفيذ في جل القوانين ماعدا التشريعات التي تعتبر الشهر ركنا في العقد كالتشريع العراقي و الأردني و اللبناني فيما يتعلق بالوعد بالهبة .

و فيما يتعلق بحجية الشهر في مواجهة الغير فذلك موضوع رئيسي و عميق في فرنسا لكنه غير مطروح عندنا بنفس الحدة لاختلاف دور الشهر و مبادئه في القانونين الجزائري و الفرنسي لأن أخذ المشرع الجزائري بالأثر المنشئ و الناقل للشهر يغنيه عن مناقشات التزاحم و المفاضلة بين التصرفات ، و في هذا المقام أشير إلى عيب وقع فيه المشرع الجزائري إذ نقل بعض الأحكام من النظامين العيني و الشخصي بشكل متعارض ، كما أنه لم يتناول حجية الشهر في مواجهة الغير إلا في بضع مواد غامضة ، مما يفتح الباب على التفسير المصلي للنصوص .

و في هذا الشأن وضع المشرع الجزائري قاعدة عامة تتمثل في أن الشهر يكسب الحق و التصرف حجية مطلقة و قاطعة في مواجهة الغير بمعناه العام و الخاص و ترد على القاعدة استثناءات من ناحيتين . الأولى تتمثل في أنه توجد حقوق تحوز الحجية دون شهرها و تتمثل الثانية في أنه لا يجدي الشهر نفعا في حالة زوال حق السلف بأثر رجعي و يكون ذلك في حالتين ، الأولى هي حالة المادة 86 من المرسوم 63/76 المتعلقة بفسخ الحقوق أو إبطالها أو إلغائها بأثر رجعي و أثر ذلك على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر و التي لسنا بحاجة إليها في قانوننا لاختلاف دور الشهر في الجزائر عنه في فرنسا و كفاية مبادئ الشهر العيني ، إذ تخلو قوانين بلاد الشهر العيني مثل مصر من نص مماثل . أما الحالة الثانية فهي حالة المادة 87 من المرسوم 63/76 المأخوذة من المادة 30 فقرة 1 من مرسوم 4 جانفي 1955 المنظم للشهر في فرنسا و المتعلقة بحجية الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك في التصرف و قد أشرت هنا إلى سوء نقل المادة من فرنسا و سوء صياغتها باللغة العربية و اختلافها عن الصياغة باللغة الفرنسية مما يدعو إلى تعديلها مع الإشارة إلى أن مبرر وجود النص في الجزائر غير مبرر وجوده في فرنسا و أن أحكام النص المذكور يمكن

استنتاجها من القواعد العامة للشهر لأنها مجرد حالة تطبيقية لنص المادة 16 من الأمر 74/75 لكنها لا تخلو من فائدة .

و في آخر البحث تعرّضت لجزء تخلف الشهر فأبرزت بطريقة مقارنة بين الأنظمة و بين مختلف أنواع و حالات الشهر القيمة القانونية للمحركات غير المشهورة بمختلف أنواعها لاسيما العقد و القسمة و الصلح و الشهادة التوثيقية مع إبراز إشكالية الوقائع المادية المغيرة لوضعية العقار المادية إذا لم تشهر حيث يتعارض الوضع الظاهر عندئذ مع الوضع الثابت في بيانات السجل العيني و أبرزت في الأخير الجزاءات الإضافية المتمثلة في عدم إمكان الشهر اللاحق تطبيقا للأثر النسبي للشهر المنصوص عنه في المادة 88 من المرسوم 63/76 مع ضرورة تعديل تسمية المبدأ فقها ثم المسؤولية المدنية و الغرامة و إشكالية تحديد الملزم بدفعها و المستفيد منها و من يتحمل التعويض و صاحب الحق فيه و مدى مسؤولية الدولة عن أخطاء المحافظ و مسؤولية الموثق عن التقصير في الشهر و أخيرا جزاء عدم قبول الدعاوى غير المشهورة خرقا للمادة 85 من المرسوم 63/76 و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مع إبراز الخلاف الذي كان قائما بشأن هذا الجزاء في القضاء الجزائي و دعوته إلى توحيد الرأي بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. و هنا أشرت إلى الصعوبات العملية التي يثيرها شرط شهر الدعاوى و كيفية مواجهتها من خلال ما اقترحته من تعديل باستبدال الشرط المذكور بإجراء التعليق بعريضة الدعوى .

و في الختام فقد تبين أن المشرع الجزائري أخذ بجل مبادئ الشهر العيني مثل الأثر المنشئ للشهر و قوة الثبوت و سلطة المحافظ العقاري و السجلات و البطاقات العينية و مزج ذلك كله ببعض مبادئ و أحكام نظام الشهر الشخصي الموروثة عن فرنسا كالتنظيم الإداري للمحافظات العقارية و طبيعة عمل المحافظ العقاري و إشراف وزارة المالية على مصالح و دوائر الشهر و البطاقات الشخصية و الإيجدية و إمكانية الطعن في التصرفات المشهورة و عدم الأخذ بالأثر المطهر للشهر . و يبدو من خلال

ذلك أن المشرع يريد تطبيق نظام شهر فعال و متلائم مع الوضع الخاص بنا فيوفق بين مختلف المصالح التي تبدو متعارضة .

لكن و مع ذلك فإنه لم يوفق في كثير من المواضع إذ تبقى النصوص مشوبة بكثير من العيوب الشكلية و الموضوعية و خالية من بعض المسائل الجوهرية في الشهر فضلا عن تأخر صدور النصوص التنظيمية و غموض بعض المواد و سوء صياغتها و اختلافها عن النص باللغة الفرنسية و ذلك راجع بلا شك لحدثة عهد التشريع الجزائري بموضوع الشهر و اعتبار النصوص الحالية نقطة الانطلاق التي تثبت قلة الخبرة و التجربة ، فضلا عن عدم اهتمام رجال القانون بوجه عام بالموضوع و قلة الدراسات فيه حتى أن القضاء نادرا ما يؤسس أحكامه على نصوص قوانين الشهر العقاري رغم تعلق النزاع بها ، و هنا أدعو المديرية العامة للأموال الوطنية إلى تكثيف الدراسات و الندوات بإشراك المحافظين العقاريين و تقنيي المسح و الموثقين و القضاة و مخابر البحث الجامعية من أجل التعريف بأهمية الموضوع و الإعداد لتعديل النصوص القديمة .

وقد خلصت أيضا في نهاية هذا البحث إلى أن القانون الجزائري لا يصح تصرفا باطلا و أن تخلفه لا يبطل تصرفا صحيحا و ذلك بخلاف القوانين التي تأخذ بالأثر المطهر للشهر و تلك التي تعتبر الشهر ركنا في التصرفات العقارية ، غير أنه لا حجية للحقوق و التصرفات غير المشهورة في التشريع الجزائري سواء فيما بين الأطراف أو في مواجهة الغير و ذلك كما هو عليه الحال في جل قوانين البلدان التي تأخذ بنظام الشهر العيني و بخلاف القانون الفرنسي و ما حدا حذوه من البلدان التي تتبع نظام الشهر الشخصي إذ لا أثر للشهر في إنشاء الحق و حيث يبقى للشهر دور واحد و هو المفاضلة بين الحقوق المتزاحمة .

كما اتضح من خلال البحث أننا في الجزائر بحاجة إلى الأخذ بنظام الشهر العيني مختلطا ببعض مبادئ الشهر الشخصي بما يحقق المصلحة العامة و لا يضحى

بالمصلحة الخاصة و جعل القوانين المتعلقة بالشهر القانون الخاص فيما يتعلق بانتقال الملكية و الحقوق العينية العقارية الأخرى و حجية التصرفات الواردة على العقار مع بقاء القانون المدني الشريعة العامة ، مما يستدعي إزالة التعارض بينهما خاصة و أن القانون المدني صدر قبل قوانين الشهر متأثرا بالقانون الفرنسي الذي يأخذ بالشهر الشخصي .

و الله وليّ التوفيق

مراجع البحث

- :
- () -
-
- 1978 () -
- () -
- 2 () -
- 1996 2 () -
- () -
- () -
- 1994 - -
- 2003 - () -
- () -
- 1994 () -
- 1990 () -
- () -
- () 1996 -
- 2001 -
- () -
- () -
- 1982
- 2007 () -
- 1986 - () -
- 2000 () -

		2000	()	-
	1973	()	-	
1987		(-)	-
-		()	-	
					2001
		2	()	-
		()	-	
					1974
		1953	()	-
		1	()	-
2006		()	-	
)	-	
		1995	()	-
-)	-	
		1996	-	(
	()		-	
					2008
		1954	()	-
	2	()	-	
		()	-	
					1989
	-	()	-	
					2004
	(4)	-	
					1968
	(8)	-	
					1967
	(9)	-	
					1968

2009	()	-	
	()	-	
		1999		
	1985	()	-
1952	(-)	-
1996	()	-	
	1967	()	-
	()	-	
	()	-	
	()	-	
		1999		
()		-	
1970	()	-	
	()	-	
	()	-	
	()	-	
		2002		
	()	-	
		2000		
	()	-	
		1986		
()		-	
		. 1992		
	()	-	
	2004	()	-
1978	()	-	

() -
() -
1947
() -
1991
() -
1947
) -
1949 () -
1954 () -
1972 () -
1974 () -
1939 () -
() -
1949
() -
1951
() -
1949
() -
1951
() -
1950
() -
1977
() -
() -
2009

1973	()	-	
		1951	()	-
	()	-	
				1985	
		()	-	
		()	-	
1986	()	-	
	2007	()	-	
	()	-	
				1961	
		()	-	
	1994	()	-	
()	-	
				1982	
				:	
	()	-	
		2006		2001	
	()	-	
				2002	
)	-	
	1997			(
	()	-	
				1982	
)	-	
1994	()	-	

() -

1974

1976 () -

1988

() -

1971

() -

1999

:

() -

1980

() -

8 7

48

2006

8 () -

(1959/1958)

(1928-1927) () -

5 () -

1998

6 1993/11/10 -

(1999)

5 () -

1998

1998 5 () -

() -

(1972) 52 6 5 () -

		()	-
				2002
			1972	-
	()	-
		()	-
	()	-
	()	-
()	-
	()	-
)	-
			(-
	()	-
		1994	1	-
		1995	2	-
		1997	1	-
		1998	2	-
		53		-
		2000	1	-
		2001	1	-
		2002	2	-
	2004			-
		1998	5	-
		(1999) 6	-

.	(-	-)	-
				1998	
				1954	-
	1977			()	-
				1	-
		1	.1933		-
				1939	-

(1) Ouvrages & Thèses

- Alain Pielievre "droit des biens- les biens – la publicité foncière et les sûretés réelles" Masson paris 1977
- Amar Aloui "propriété et Régime foncier en Algérie" Ed Houma Alger 3^{ème} ed 2006.
- Chabane Benakezouh " Le droit des réserves foncières" OPU Alger 1990
- Elhadi Chalabi " Les nationalisations des terres dans la révolution agraire" . OPU Alger 1984
- Gabriel Marty et Pierre Raynaud " Les sûretés .La publicité foncière" 2^{ème} ed. Sirey - Paris 1987
- Jean Pierre chenu "de la transcription à la publicité foncière" thèse Bordeaux 1960
- Jean-louis Bergel "les ventes d'immeubles existants" LITEC paris 1983
- Laurent aynés et Pierre crocq "les sûretés – la publicité foncière" defrénois 2004
- Marie-Noëlle jobard Bachelier "droit civil les sûretés –la publicité foncière" 10^{ème} ed 1992.
- Michel Dagot "la publicité foncière" PUF. Coll - themis 1^{ère} ed 1981
- Mahand Tahar Alloum "le Régime foncier en Algérie" impression moderne Alger 2005
- Marc Levis "l'opposabilité du droit réel" ed economica Paris.
- Mokhtar Arapha "la transcription de la vente dans le droit égyptien" thèse paris 1938
- Mahmoud Chawki "la transcription en droit égyptien" thèse Dijon 1929
- Mazeaud (Henri , Léon et Jean) "leçons de droit civil tome 3 vol 1 sûretés et publicité foncière" 5^{ème} ed 1977
- Marc Donnier "Publicité foncière" Encyclopédie Dalloz T6 1979
- Patrice Jourdain " Les biens" Dalloz delta . Paris 1995
- Philippe Simler et Philippe Delebecque "les sûretés la publicité foncière" 4^o ed Dalloz 2004
- Philippe Malaurie & Laurent aynés "les biens-la publicité foncière" 4^{ème} ed Cujas paris 1998

- Paul Huvelin "cours élémentaires de droit Romain" T.1 1927
- Stéphane Piedelievre "la publicité foncière" ed librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J) 2000.

(2) Articles &Chroniques

- Alain Fournier "la publicité foncière" Encyclopédie Dalloz – civ VII .1988
- Dagôt et Frémont. Jurisclasseur civil "la publicité foncière" fasc 35 N°43.

(3) Notes de jurisprudence

- André Blanqueel. note cass. civ. 30 janvier 1974 "gazette du palais" revue semestre N°4.
- Becqué (Emile) . note cass. civ. 10 Mai 1949 "jurisclasseur periodique " ed. 1943 N° 2743.
- Bulté (Henry) . note cass. civ.14 juin 1961 "gazette du palais" j.c.p 1962 II n 12472.
- Bulté (Henry) . note cass. civ. I 17 Novembre 1961 "juriclasseur périodique" ed.G 1962 II N° 1258.
- Bulté (Henry) . note cass. civ I 17 Octobre 1961 "la semaine juridique" 1962 N° 12757
- Bulté (Henry) .note tribunal paris 29 juin 1964 "revue trimestrielle de droit civil" 1965
- Bulté (Henry) note cass civ III 14 mars 1968 "la semaine juridique" 1968 jurisprudence n° 15536.
- Claude Giverdon . note cass. Civ. III 6 juillet 1976 "revue trimestrielle de droit civil" 1977
- Havel . note . paris 11 Mai 1945 "Dalloz" 1947 N° 62.
- Henry Solus . note cass. civ. 11 mai 1945 "revue trimestrielle de droit civil" 1945
- Jean Mazeaud . note cas civ. III 14 mars 1968 Dalloz-sirey 1968 p 425
- Jean Mazeaud . note cass. civ. I Novembre 1967 Dalloz 1968 P77
- Jean Mazeaud . note cass. civ. I 20 juillet 1965 "gazette du palais" 1966 N° 4101
- Michel Dagôt . note cass. Civ I 14 Novembre 1967 "la semaine juridique" 1968 jurisprudence 15624.
- Michel Dagot . note cass. civ. III 29 avril 1980 "revue de droit immobilier" 1980 N° 454.
- Michel Dagôt . note cass. civ. 30 Octobre 1973 "la semaine juridique" 1975 N° 18001.
- Michel Dagôt Note cass. civ. I 29 décembre 1954 j.c.p 1986 N° 20529.
- Philippe Simler . note cass. civ. III 11 juin 1992 "revue de droit immobilière" 1993 N° 532.
- Philippe Simler & Philippe Delebecque . note cass. civ. III 20 mars 1991 "revue de droit immobilier " 1992 An 14 N° 1 (janv-mars)

أهم النصوص القانونية المعتمدة في البحث

أولا : الأوامر و القوانين

- الأمر رقم 74- 26 المؤرخ في 1974.02.20 المتضمن الاحتياطات العقارية البلدية ج.ر العدد 19 المؤرخة في 1974.03.05
- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 1975.09.26 المتضمن القانون المدني الجزائري ج.ر العدد 78 المؤرخة في 1975.09.30 (المعدل و المتمم)
- الأمر رقم 75- 74 المؤرخ في 1975.11.12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ج.ر العدد 92 المؤرخة في 1975.11.18
- الأمر رقم 76- 92 المؤرخ في 1976.10.23 المتضمن إنشاء التعاونيات العقارية ج.ر المؤرخة في 1977.02.09
- الأمر رقم 76- 105 المؤرخ في 1976.12.09 المتضمن قانون التسجيل ج.ر العدد 81 المؤرخة في 1976
- القانون رقم 83- 18 المؤرخ في 1983.08.13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية ج.ر العدد 34 المؤرخة في 1983.08.16
- القانون رقم 84- 09 المؤرخ في 1984.02.04 المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد ج.ر العدد 06 المؤرخة في 1984.02.07
- القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 1984 المتضمن قانون الأسرة ج.ر العدد 31 المؤرخة في 1984.07.31 (المعدل و المتمم)
- القانون رقم 87- 19 المؤرخ في 1987.12.08 المتضمن كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ج.ر العدد 50 المؤرخة في 1987.12.09
- القانون رقم 88- 27 المؤرخ في 1988.07.12 المتضمن قانون التوثيق ج.ر العدد 28 المؤرخة في 1988.07.13 (الملغى بموجب القانون
- القانون رقم 90- 08 المؤرخ في 1990.04.07 المتضمن قانون البلدية ج.ر العدد 15 المؤرخة في 1990.04.11
- القانون رقم 90- 25 المؤرخ في 1990.11.08 المتضمن قانون التوجيه العقاري ج.ر العدد 49 المؤرخة في 1990.11.18 (المعدل و المتمم)
- القانون رقم 90- 30 المؤرخ في 1990.12.01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ج.ر العدد 52 المؤرخة في 1990.12.02 .
- القانون رقم 91- 03 المؤرخ في 1991.01.08 المتضمن قانون التوجيه العقاري ج.ر العدد 21 المؤرخة في 1991.05.08 .
- القانون رقم 91- 11 المؤرخ في 1991.04.27 المتضمن قانون التوجيه العقاري ج.ر العدد 21 المؤرخة في 1991.05.08 .
- القانون المالية 1999 ج.ر العدد 98 المؤرخة في 1998.12.24

ثانيا : النصوص التنظيمية

- المرسوم رقم 76- 62 المؤرخ في 25.03.1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام ج.ر العدد 30 المؤرخة في 13.04.1976.
- المرسوم رقم 76- 63 المؤرخ في 25.03.1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، ج.ر العدد 30 المؤرخة في 13.04.1976.
- المرسوم رقم 76- 143 المؤرخ في 23.10.1976 المتضمن إعداد الجدول الوصفي للتقسيم ج.ر العدد 32 المؤرخة في 26.11.1976 .
- المرسوم رقم 77-047 المؤرخ في 19.02.1977 المتضمن تجديد الرهون و الإمتيازات لبعض المؤسسات و الهيئات العمومية و الجماعات المحلية ج.ر العدد 16 المؤرخة في 23.02.1997.
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 07.03.1977 المتضمن تحديد شروط إعداد نسخ ثانية لسجلات الإيداع ج.ر العدد 38 المؤرخة في 04.05.1997.
- المرسوم رقم 80- 210 المؤرخ في 13.09.1980 المعدل و المتمم للمواد 15،18،89 من المرسوم رقم 76- 63 ج.ر العدد رقم 38 المؤرخة في 15.05.1980 .
- المرسوم رقم 83- 352 المؤرخ في 21.05.1983 المتضمن إجراءات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ج.ر عدد 21 المؤرخة في 04.05.1983.
- المرسوم رقم 85- 59 المؤرخة في 29.09.1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي للعمال الإدارات و المؤسسات العمومية ج.ر العدد 13 المؤرخة 24.03.1985.
- المرسوم رقم 87- 212 المؤرخ في 29.09.1987 يحدد كفاءات تنشيط عمل الهياكل التابعة لوزارة المالية و تنسيقها و كفاءات تجميعها على مستوى الولاية ج.ر العدد 40 المؤرخة في 30.09.1987.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-065 المؤرخ في 91- 65 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأموال الدولة و الحفظ العقاري ج.ر العدد 10 المؤرخة في 02.03.1991.
- القرار المؤرخ في 04.06.1991 المتضمن تنظيم الداخلي للمستشفيات أملاك الدولة و المحفظات العقارية ج.ر العدد 38 المؤرخة في 14.08.1991.
- المرسوم التنفيذي رقم 91- 454 المؤرخ في 23.11.1991 يحدد شروط إدارة أملاك الدولة العامة و الخاصة و تسيورها و كفاءات تنلك ج.ر العدد 60 المؤرخ في 24.11.1991.
- المرسوم التنفيذي رقم 92- 116 المؤرخ في 14.03.1992 الذي يحدد قائمة وشروط القبول و التعيين في المناصب العليا في المصالح الخارجية لأملاك الدولة و الحفظ العقاري ج.ر العدد 26 المؤرخة في 21.12.1992.
- المرسوم التنفيذي رقم 92- 123 المؤرخ في 07.04.1992 المعدل و المتمم للمرسوم رقم 76- 62 ج.ر العدد 26 المؤرخة في 23.05.1992.
- المرسوم التنفيذي رقم 93- 123 المؤرخ في 19.05.1993 المعدل و المتمم للمرسوم رقم 76- 63 ج.ر العدد 34 المؤرخة في 23.05.1993.

- المرسوم التنفيذي رقم 95- 55 المؤرخ في 15.02.1995 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية بوزارة المالية ج.ر العدد 15 المؤرخة في 19.03.1995.
- القرار المؤرخ في 20.02.1999 يؤهل أعوان إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية أمام العدالة ج.ر العدد 20 المؤرخة في 26.03.1999 .

ثالثا : قائمة النصوص القانونية

1- الأوامر والقوانين

- الأمر رقم 66- 154 المؤرخ في 08.06.1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية العدد 47 المؤرخة في 09.06.1966 .
- الأمر رقم 71 – 73 المؤرخ في 08.11.1971 المتضمن قانون الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية العدد 97 المؤرخة في 08.11.1971
- القانون رقم 81 – 01 المؤرخ في 21.12.1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العامة ذات الاستعمال السكني العقاري أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية العقارية والتسيير العقاري، والمؤسسات الهيئات والأجهزة العمومية، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10.02.1981 .
- القانون رقم 90 – 29 المؤرخ في 01.12.1991 المعدل والمتمم بالقانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004 الجريدة الرسمية رقم 51 المؤرخة في 15.08.2004 .
- القانون رقم 91 -10 المؤرخ في 27.04.1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 08.05.1991 .
- الأمر رقم 96 – 09 المؤرخ في 10.01.1996 المتعلق بالاعتماد الايجاري الجريدة الرسمية العدد 03 المؤرخة في 11.01.1996 .
- القانون رقم 98 – 12 المؤرخ في 31.12.1998 المتضمن قانون المالية لسنة 1999، الجريدة الرسمية العدد 98، المؤرخة في 31/12/1998 .
- القانون 02 – 11 المؤرخ في 24.12.2002 والمتضمن قانون المالية لسنة 2003 الجريدة الرسمية العدد 30 الصادرة في 31.12.2002 .

2- المراسيم والقرارات الوزارية

- المرسوم التنفيذي رقم 89 - 44 المؤرخ في 08.08.1989 المتضمن شروط الالتحاق بهيئة الموثق وممارستها وكذا قواعد تنظيمها، وسير اجهزتها، الجريدة الرسمية العدد 33 المؤرخة في 09.08.1989 .
- المرسوم التنفيذي رقم 91- 65 المؤرخ في 02.03.1991 المضمن تنظيم المصالح الخارجية لاملاك الدولة، الجريدة الرسمية العدد 10 المؤرخة في 06.03.1991 .
- المرسوم التنفيذي رقم 91 – 176 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة العدل وتسليم ذلك المعدل والمتمم بالمرسوم 06- 03 المؤرخ في 07.01.2006 الجريدة الرسمية العدد 01 الصادرة بتاريخ 08.01.2006 المرسوم التنفيذي رقم 97 – 490 المؤرخ في 20.12.1997 المحددة لشروط تجزئة الاراضي الفلاحية، الجريدة الرسمية العدد 84 المؤرخة في 20.12.1997 .

- المرسوم التنفيذي رقم 06 - 91 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ليحدد كفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة الجريدة الرسمية عدد 10 الصادرة بتاريخ 26 فيفري 2006
- المرسوم التنفيذي رقم 06-132 في 03 أفريل 2006 المتعلق بالرهن القانوني المؤسس لفائدة البنوك والمؤسسات المالية ومؤسسات أخرى، الجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 05 أفريل 2006 .

المذكرات والتعليقات

- المذكرة رقم 00358 المؤرخة في 17.09.1990 مجمع المذكرات والتعليقات والمناشير الخاصة بأملك الدولة والحفظ العقاري لسنة 1990-1995 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة المالية .
- المذكرة رقم 1251 المؤرخة في 12.02.1995 مجمع المذكرات والتعليقات والمناشير الخاصة بأملك الدولة والحفظ العقاري لسنة 1990 - 1995 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة المالية
- المذكرة رقم 689 المؤرخة في 12.02.1995 مجمع المذكرات والتعليقات والمناشير الخاصة بأملك الدولة والحفظ العقاري لسنة 1990 - 1995 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة المالية .
- المذكرة رقم 06025 المؤرخة في 10.12.1995 مجمع النصوص لسنة 1995 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة المالية .
- المذكرة رقم 1373 المؤرخة في 05.04.1998 مجمع النصوص القانونية لسنة 1998 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة المالية .
- المذكرة رقم 1868 المؤرخة في 12.05.1998 مجمع النصوص لسنة 1998 .
- المذكرة رقم 4839 المؤرخة في 24.11.1998 مجمع النصوص لسنة 1998 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة المالية .
- التعليمة رقم 873 المؤرخة في 21.02.1999 مجمع النصوص القانونية لسنة 1999 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة المالية .
- المذكرة 1385 المؤرخة في 22.03.1993 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة المالية .
- المذكرة رقم 626 المؤرخة في 14.02.1994 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة الاقتصاد .
- المذكرة رقم 4123 المؤرخة في 14.10.1991 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية وزارة الاقتصاد

الفهرس

إهداء

شكر

مقدمة

3
9 الفصل التمهيدي : التطور التاريخي للشهر العقاري
11 المبحث الأول : الشهر العقاري في العصور القديمة
11 المطلب الأول : الشهر العقاري في القانون الروماني
15 المطلب الثاني : الشهر العقاري في الحضارة المصرية القديمة
20 المبحث الثاني : الشهر العقاري في العصور الوسطى
21 المطلب الأول : في ألمانيا
23 المطلب الثاني : في فرنسا
26 المبحث الثالث : الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي
28 المطلب الأول : الشهر العقاري في المراحل الأولى لتطبيق الشريعة الإسلامية
28 الفرع الأول : مرحلة ما قبل دولة الخلافة العثمانية
30 الفرع الثاني : مرحلة قيام دولة الخلافة العثمانية
31 المطلب الثاني : الشهر العقاري في المملكة العربية السعودية (نموذج إسلامي)
32 الفرع الأول : المحاكم الشرعية
33 الفرع الثاني : كتاب العدل
34 الفرع الثالث : تقييم نظام الشهر في المملكة العربية السعودية
37 الباب الأول : النظام القانوني للشهر العقاري
43 الفصل الأول : النظم الحديثة للشهر العقاري
45 المبحث الأول : نظام الشهر الشخصي
47 المطلب الأول : نشأة نظام الشهر الشخصي وتطوره التاريخي
48 الفرع الأول : الشهر العقاري خلال سريان قانون الثورة والقانون المدني
48 أولاً : قانون 9 مسيدور للسنة الثالثة
49 ثانياً : قانون 11 برومير للسنة السابعة
50 ثالثاً : الشهر العقاري في القانون المدني الفرنسي
52 الفرع الثاني : الشهر العقاري بعد القانون المدني 1804
52 أولاً : قانون 23 مارس 1855 المتعلق بتسجيل الرهون
55 ثانياً : التوجه نحو الإصلاح الشامل
56 - نظام الشهر العقاري في الألزاس واللورين
57 - نظام الشهر العقاري في المستعمرات والمحميات الفرنسية
58 - مراجعة عمليات المسح
59 ثالثاً : الشهر العقاري في ظل مرسوم 4 جانفي 1955
62 المطلب الثاني : تحليل نظام الشهر الشخصي
64 الفرع الأول : مبادئ نظام الشهر الشخصي
64 المبدأ الأول : أسماء الأشخاص أساس الشهر
65 المبدأ الثاني : ليس للشهر قوة ثبوت مطلقة

66	المبدأ الثالث : للشهر دور مدعم للحق وليس له دور مانح للحق
67	المبدأ الرابع : ليس للشهر أثر ناقل
68	المبدأ الخامس : جواز تملك الحق المشهر من طرف الغير بالتقادم
69	المبدأ السادس : الشهر قرينة بسيطة على صحة الحق
70	المبدأ السابع : تعدد وظائف الشهر
71	الفرع الثاني : تنظيم عملية الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي
72	أولا : التنظيم الإداري للشهر العقاري في فرنسا
72	- مكاتب محافظة الرهون
74	- دور محافظ الرهون ومسؤوليته
85	ثانيا : التنظيم المادي للشهر العقاري في النظام الفرنسي
87	- السجلات
89	- الملف العقاري
92	الفرع الثالث : شروط الشهر وآثاره في النظام الفرنسي
93	أولا : شروط الشهر
93	- الأشخاص الذين يتعاملون مع إدارة الشهر
95	- شرط الشهر المسبق (الأثر النسبي للشهر)
97	- شرط الرسمية
99	- شرط المدة والآجال
100	ثانيا : آثار الشهر
102	المبحث الثاني : نظام الشهر العيني
105	المطلب الأول : نشأة نظام الشهر العيني
105	الفرع الأول : النظام الألماني
105	أولا : نشأته
107	ثانيا : تطور النظام الألماني
108	ثالثا : تحليله وبيان خصائصه
109	رابعا : الآثار القانونية لنظام السجل العيني الألماني
111	الفرع الثاني : نظام تورنس
111	أولا : نشأته والفكرة التي يقوم عليها
113	ثانيا : تحليل نظام تورنس وتقديره
116	ثالثا : الآثار المترتبة على تطبيق نظام تورنس
116	- لا تكسب الملكية والحقوق المتفرعة عنها والحقوق العينية العقارية الا بالقيد
116	- للقيد في السجل العام قوة مطلقة
117	- لأمين السجل العيني دور إداري
117	رابعا : عيوب نظام تورنس
118	المطلب الثاني : أحكام نظام الشهر العيني
118	الفرع الأول : مبادئ نظام السجل العيني
118	أولا : مبدأ التخصيص
119	ثانيا : مبدأ قوة الثبوت المطلقة
122	ثالثا : مبدأ المشروعية

124	رابعاً : مبدأ القيد المطلق أو الشهر المطلق
125	خامساً : مبدأ عدم سريان التقادم ضد صاحب الحق المشهر
127	سادساً : للشهر أثر منشئ وناقل
128	الفرع الثاني : تقييم نظام الشهر العيني (المزايا والعيوب)
129	أولاً : مزايا نظام الشهر العيني
129	- توفير الحماية للمتعاملين في العقارات
131	- ضبط وتثبيت المركز القانوني الحقيقي للعقار
132	- منع التعارض في سندات الملكية وتجنب مخاطر تشابه الأسماء
133	- الحد من المنازعات العقارية
134	- تأمين الملاك وأصحاب الحقوق المشهورة من خطر التقادم المكسب
135	- تسهيل الجباية العقارية وتشجيع الاستثمار في المجال العقاري
136	ثانياً : عيوب نظام السجل العيني
136	- كثرة النفقات اللازمة لتطبيقه
137	- تعويض حقوق الملاك الحقيقيين للخطر
138	- تقنين الملكية العقارية
138	- صعوبة تطبيقه في الدول العريقة
142	الفصل الثاني : نظام الشهر العقاري في الجزائر
144	المبحث الأول : التطور التاريخي للنظام العقاري في الجزائر
144	المطلب الأول : النظام العقاري في الجزائر قبل الإستعمار الفرنسي
145	الفرع الأول : الأراضي الخاضعة للنظام الإسلامي و العادات و التقاليد القبلية
146	أولاً : تصنيف الأراضي في الجزائر وفق أحكام الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي
147	ثانياً : تصنيف الأراضي وفق الأعراف و التقاليد
147	الفرع الثاني : تصنيف الأراضي و العقارات أثناء الوجود العثماني
148	أولاً : أراضي البايلك
149	ثانياً : أراضي الملك
150	ثالثاً : أراضي الحبس أو الوقف
150	رابعاً : أراضي المخزن
151	خامساً : أراضي العرش
151	المطلب الثاني : تنظيم الملكية العقارية أثناء الاستعمار الفرنسي
153	الفرع الأول : الأوامر الصادرة في 1844 و 1846 و 1851
155	الفرع الثاني : قانون Sénatus consulte و قانون Warnier
158	الفرع الثالث : السياسة الفرنسية الجديدة في الجزائر
161	المبحث الثاني : تنظيم عملية الشهر في القانون الجزائري
162	المطلب الأول : التنظيم المادي و التقني لأعمال الشهر العقاري
163	الفرع الأول : المسح العام للأراضي
163	أولاً : لمحة تاريخية
165	ثانياً : تعريف المسح وبيان أهميته
169	ثالثاً : مباشرة إجراءات المسح العام للأراضي
170	- الإعلان عن افتتاح عملية المسح

171	- إنشاء لجنة البلدية لمسح الأراضي
176	- إيداع وثائق المسح
179	- ترقيم العقارات و تحديد الحقوق
184	الفرع الثاني : البطاقات العقارية
184	أولا : تعريف البطاقة العقارية
186	ثانيا : إعداد و مسك البطاقات العقارية
188	ثالثا : أنواع و شكل البطاقات العقارية
189	- في البلديات الممسوحة
195	- في البلديات غير الممسوحة
197	الفرع الثالث : السجلات و الدفتر العقاري
198	أولا : السجلات
200	ثانيا : الدفتر العقاري
203	المطلب الثاني : التنظيم الإداري و البشري لنظام الشهر في الجزائر
204	الفرع الأول : المحافظة العقارية
204	أولا : تعريف المحافظة العقارية و مراحل نشأتها
208	ثانيا : التنظيم الداخلي للمحافظة العقارية
209	- قسم الإيداعات و عمليات المحاسبة
210	- قسم السجل العقاري و تسليم المعلومات
210	- قسم ترقيم العقارات الممسوحة
211	الفرع الثاني : المحافظ العقاري
211	أولا : تعيين المحافظ العقاري
212	ثانيا : مهام المحافظ العقاري
214	ثالثا : دور المحافظ العقاري و طبيعة مسؤوليته
216	المبحث الثالث : تنفيذ إجراءات الشهر و سلطة المحافظ العقاري
217	المطلب الأول : نطاق الشهر العقاري
	الفرع الأول : التصرفات و القرارات القضائية التي تتضمن انشاء أو نقلا أو تصريحا أو تعديلا أو
220	إنهاء لحقوق عينية عقارية
	أولا : التصرفات و القرارات القضائية التي تتضمن إنشاء أو نقلا أو تعديلا أو تصريحا أو إنهاء
220	لحقوق عينية عقارية أصلية
	- التصرفات المتعلقة بإنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء أو التصريح بالحقوق العينية الأصلية و
221	الوعود بها
226	- القرارات القضائية الناقلة أو المصرحة بحقوق عينية عقارية أصلية
	ثانيا : التصرفات و الأحكام القضائية المنشئة و الناقلة و المنهية و المقررة و المعدلة للحقوق العينية
230	العقارية التبعية
233	الفرع الثاني : شهر بعض الحقوق الشخصية
235	أولا : الإيجارات التي تزيد مدتها عن اثني عشر سنة
237	ثانيا : المخالصات و الحوالات باجرة تساوي أو تزيد عن أجرة ثلاث سنوات
238	الفرع الثالث : شهر حق الإرث و الشهادة التوثيقية
242	الفرع الرابع : شهر الدعاوى العقارية

246	الفرع الخامس : شهر بعض الوقائع المادية و السندات الإدارية و العقود التمويلية
246	أولا : شهر بعض الوقائع المادية
247	ثانيا : شهر بعض الشهادات الإدارية
247	- شهادة الحيازة
248	- عقد الشهرة
249	ثالثا : شهر بعض العقود التمويلية
249	- عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة
250	- الرهن القانوني المؤسس لفائدة المؤسسات المالية و مؤسسات أخرى
251	المطلب الثاني : شروط الإشهار و بيانات المحررات الخاضعة للشهر
252	الفرع الأول : شروط تنفيذ عمليات الشهر
252	أولا : ضرورة تقديم المحرر المطلوب شهره على الشكل الرسمي (قاعدة الرسمية)
253	- مفهوم قاعدة الرسمية
255	- الاستثناء الوارد على القاعدة
255	ثانيا : قاعدة الأثر النسبي للشهر (قاعدة الشهر المسبق)
255	- التعريف بالقاعدة
257	- الاستثناءات الواردة على القاعدة
259	الفرع الثاني : البيانات الخاصة بالمحررات المقدمة للشهر
259	أولا : البيانات المتعلقة بهوية الأطراف
260	- البيانات الخاصة بالأشخاص الطبيعية
261	- البيانات الخاصة بالأشخاص الاعتباريين
263	ثانيا : البيانات المتعلقة بتعيين العقارات
264	- البيانات العامة و المشتركة
266	- البيانات الخاصة بتعيين بعض العقارات
268	المطلب الثالث : إيداع المحررات و دور المحافظ العقاري و سلطاته
270	الفرع الأول : إيداع المحررات الخاضعة للشهر و الوثائق الملحقة بها
270	أولا : مفهوم الإيداع و محله
272	ثانيا : أجال الإيداع
274	ثالثا : خصوصيات شهر الحقوق العينية التبعية
278	الفرع الثاني : دور المحافظ العقاري و سلطاته
278	أولا : دور المحافظ العقاري
281	ثانيا : سلطات المحافظ العقاري
282	- حالات رفض الإيداع
283	- حالات رفض الإجراء
289	- الطعن في قرارات المحافظ العقاري
293	- مسؤولية المحافظ العقاري
294	الباب الثاني : آثار الشهر العقاري و حجيته
296	الفصل الأول : آثار الشهر
297	المبحث الأول : الأثر المنشئ للشهر
297	المطلب الأول : المقصود بالأثر المنشئ للشهر

298	الفرع الأول : معنى الأثر المنشئ للشهر
300	الفرع الثاني : مزايا الأخذ المنشئ للشهر
300	أولا : مبررات المعارضين لمبدأ الأثر المنشئ للشهر
301	ثانيا : حجج المنادين بالأخذ بالأثر المنشئ
303	الفرع الثالث : موقف مختلف التشريعات من المبدأ واخذ المشرع الجزائري به
303	أولا : موقف مختلف التشريعات
305	ثانيا : موقف المشرع الجزائري من الأثر المنشئ للشهر
308	المطلب الثاني : نطاق الأثر المنشئ للشهر العقاري
309	الفرع الأول : الأثر المنشئ للشهر والتصرفات القانونية
310	أولا : الأثر المنشئ للشهر والعقد
312	ثانيا : الأثر المنشئ للشهر والوصية والميراث
315	ثالثا : الأثر المنشئ للشهر والشفعة
319	الفرع الثاني : الأثر المنشئ للشهر والوقائع المادية
320	أولا : الأثر المنشئ للشهر والاستيلاء
322	ثانيا : الأثر المنشئ للشهر والحيازة
327	ثالثا : الأثر المنشئ للشهر والالتصاق
329	المبحث الثاني : الأثر المطهر للشهر
330	المطلب الأول : مفهوم الأثر المطهر للشهر
330	الفرع الأول : معنى الأثر المطهر للشهر
334	الفرع الثاني : علاقة الأثر المطهر للشهر بقوة الثبوت المطلقة للشهر
336	الفرع الثالث : الأساس القانوني للأثر المطهر للشهر
337	المطلب الثاني : آثار الأخذ بالأثر المطهر للشهر وموقف التشريعات منه
337	الفرع الأول : آثار الأخذ بالأثر المطهر للشهر
338	أولا : كسب الحق بصفة نهائية
338	ثانيا : تطهير التصرف المشهر من عيوبه
338	ثالثا : عدم جواز الطعن في التصرف بعد إنشأه
339	رابعا : إخضاع التصرفات للفحص الدقيق قبل شهرها
340	خامسا : جواز تصحيح الأخطاء ومراجعة بيانات السجل العيني
342	سادسا : مسؤولية مأمور السجل عن أخطائه ومعاقبة سئ النية
344	سابعا : تعويض المالك الحقيقي
344	الفرع الثاني : موقف التشريعات من الأثر المطهر للشهر وعدم اخذ المشرع الجزائري به
345	أولا : موقف التشريعات من مبدأ الأثر المطهر للشهر
352	ثانيا : عدم أخذ المشرع الجزائري بالأثر المطهر للشهر
358	الفصل الثاني : حجية الشهر وجزء تخلفه
360	المبحث الأول : حجية الشهر بين الأطراف وقيمة التصرفات غير المشهرة
360	المطلب الأول : حجية الشهر بين الأطراف
360	الفرع الأول : المقصود بحجية الشهر بين الأطراف
364	الفرع الثاني : مدى حجية الشهر بين الأطراف
367	المطلب الثاني : القيمة القانونية للتصرفات غير المشهرة

369	الفرع الأول : المبدأ العام
376	الفرع الثاني : حالات خاصة
377	أولا : حالة التصرف الثاني
378	ثانيا : حالة خروج ملكية العقار من يد المتصرف بسبب لا يد له فيه
379	ثالثا : حالة هلاك المبيع
380	رابعا : حالة اشتراط الشهر كركن في التصرف
381	المبحث الثاني : حجبة الشهر في مواجهة الغير
384	المطلب الأول : حجبة الشهر في مواجهة الغير في نظام الشهر الشخصي
384	الفرع الأول : النظام العام للحجبة
385	أولا : المقصود بالغير
385	- الغير الذي لا يحتج ضده بالحق
392	- الغير المحروم من المزاومة بحقه
397	ثانيا : مدى الحجبة
397	- الإيجارات لمدة تزيد عن اثني عشر عاما
398	- الحوالات والمخالصات المسبقة باجرة تزيد عن ثلاث سنوات
398	الفرع الثاني : الحالات الخاصة بالحجبة
399	الحالة الأولى : حجبة الهبات الخاصة بالحقوق العينية العقارية
400	الحالة الثانية : حالة عدم وجود تزامم حقوق
400	- حجبة العقود المتضمنة شرطا مانعا من التصرف أو مقيدا للمالك
401	- حجبة العقود المتضمنة شرطا فاسخا أو سببا مبطلا
402	- حجبة نظام الملكية المشتركة
403	المطلب الثاني : حجبة الشهر في مواجهة الغير في نظام الشهر العيني
405	الفرع الأول : النطاق الشخصي لحجبة الشهر في مواجهة الغير
410	الفرع الثاني : النطاق الموضوعي لحجبة الشهر في مواجهة الغير
414	المطلب الثالث : حجبة الشهر في مواجهة الغير في التشريع الجزائري
416	الفرع الأول : القاعدة العامة
417	أولا : الغير بالمعنى العام
422	ثانيا : الغير بالمعنى الخاص
427	الفرع الثاني : الحالات الخاصة
428	الحالة الأولى : حالة إلغاء أو نقض حق سبق شهره
439	الحالة الثانية : حجبة الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك في التصرف
442	المبحث الثالث : جزاء تخلف الشهر
444	المطلب الأول : القيمة القانونية للتصرفات غير المشهورة
445	الفرع الأول : القيمة القانونية للتصرفات المنشئة غير المشهورة
450	الفرع الثاني : القيمة القانونية للتصرفات الكاشفة غير المشهورة
	الفرع الثالث : القيمة القانونية للمحررات غير المشهورة التي تتضمن واقعة مادية أو تغييرا ماديا في
455	العقار
457	المطلب الثاني : الجزاءات الإضافية
457	الفرع الأول : عدم إمكان الشهر اللاحق

459	الفرع الثاني: المسؤولية المدنية و الغرامة
460	أولا : المسؤولية المدنية
465	ثانيا :الغرامة المدنية
467	الفرع الثالث :عدم قبول الدعاوى القضائية لعدم شهر عريضة افتتاحها
467	أولا : الدعاوى الخاضعة للشهر
469	- الدعاوى الخاضعة للشهر حسب المادة 85 من المرسوم 63/76
470	- الدعاوى الخاضعة للشهر حسب المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
474	ثانيا : آثار شهر الدعاوى و جزاء تخلفه
474	الاتجاه الأول
476	الاتجاه الثاني
477	ثالثا : مدى تعلق شرط شهر الدعوى بالنظام العام
479	رابعا : الصعوبات العملية التي يثيرها شرط شهر العريضة
482	خامسا : اقتراح التعديل
484	خاتمة
498	مراجع البحث
511	الفهرس