

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة من طرف الطالبة

لبيض ليلي

لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية

تحت اشراف الاستاذة الدكتورة

لشهب حورية

لجنة المناقشة

الأعضاء	الرتبة	الصفة	الجامعة
أ.د/ عزري الزين	أستاذ	رئيسا	جامعة بسكرة
أ.د/ لشهب حورية	أستاذ محاضر أ	مشرفا ومقرا	جامعة بسكرة
أ.د/ مزياني فريدة	أستاذ	ممتحنا	جامعة باتنة
د/ رزيق عمار	أستاذ محاضر أ	ممتحنا	جامعة باتنة
د/ مفتاح عبد الجليل	أستاذ محاضر أ	ممتحنا	جامعة بسكرة
د/ حوحو رمزي	أستاذ محاضر أ	ممتحنا	جامعة بسكرة

2012/2011

الشـر

- إلى الاستاذة الدكتورة الفاضلة لشعبه حورية علي توجيهاً لها
ونصائحها القيّمة ومواقفها النبيلة.

وإلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د/ محزوي الزين

أ.د/ مزيان فريجة

د/ رزيق عمار

د/ مهتاج عبد الجليل

د/ حوحو رمزي

تقديراً وعمراً

الإهداء

- إلى أعز الناس وأغلاءهم.
 - إلى نبع العطف والحب والعنان.
 - إلى رمز التحدي والكفاح والنضال.
 - إلى روح والدي الطاهرة، المرحوم الدكتور المحامي الأستاذ محمد لبيب،
الذي اغتالته يد الغدر يوم: 2012/03/18 قبل أن يرى هذا العمل النور الذي
يعتبر خطوة من الخطوات التي رسمها لي لأحذو حذوه وأسلك دربه وأتم
مشواره الحافل في المجالين العلمي والعملية.
 - وإلى روح صديقتي الغالية الدكتورة المحامية الأستاذة إلهام بن ساعد التي
وافتها المنية يوم: 2012/06/03 .
- أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع.

رحمهما الله وأسكنهما فسيح جنانه

مقدمة

للملكية العقارية أهمية بالغة في حياة الشعوب باعتبارها مقياسا للثروة ومصدرها، لذلك لجأت المجتمعات منذ القدم إلى تنظيم الملكية العقارية على أسس ثابتة تقتضيها المصلحة العامة، وتبعث على الأمن والاستقرار والثقة في المعاملات العقارية، مما يسمح باستغلالها استغلالا مثمرا يعود بالنفع على الفرد والمجتمع.

لقد رأت تلك المجتمعات أن السبيل إلى ذلك هو شهر وإعلان مختلف التصرفات والحقوق العقارية إلى الكافة حتى يستطيع كل متعامل على العقار، معرفة ما له من حقوق وما عليه من التزامات فيضمن ذلك للملكية العقارية الأمن والاستقرار ويحد من الفوضى والمنازعات التي تترك الحياة الاقتصادية، باعتبار أن العقار هو البنية التحتية الداعمة للاقتصاد وأنه أفضل استثمار يقوم به الأشخاص.

لقد ظهر في نطاق هذه الملكية العقارية اتجاه يميل إلى الحرية وآخر يميل إلى العدالة، فالميل إلى الحرية يؤدي إلى الفردية التي قد تدفع الفرد إلى أن يخفي تصرفاته لسبب أو لآخر غير مكترث بحقوق الآخرين والميل إلى العدالة يؤدي إلى وضع حدود على حرية الفرد، ذلك أن تصرفات البعض تنعكس أثارها على المصالح المشروعة للآخرين، لذلك يكون من العدالة اعلامهم بهذه التصرفات. هذان الاتجاهان نشأ عنهما مع اختلاف الزمان والمكان نموذجان من الأنظمة العقارية، أحدهما لا يهتم بضمان شهر التصرفات العقارية أو لا يضمن لها إلا شهرا ضيقا في نطاقه وآثاره، والآخر يجعل التصرفات العقارية معلومة للكافة عن طريق شهر عام كامل يعطيه قوة ثبوت مطلقة.

إن الاتجاه الأول يعطي الأفضلية لمصلحة الملاك وأصحاب الحقوق العينية ومن ثم فهو لا يحمي الغير ضد دعاوى البطلان أو الفسخ أو الاستحقاق، أما الاتجاه الثاني فهو يضحى بمصلحة الملاك وأصحاب الحقوق العينية لصالح الغير استقرارا للمعاملات العقارية وتدعيما للثقتان العقاري.

انطلاقا من هذين الاتجاهين، فإن تشريعات الدول المختلفة قد أجمعت على أن السبيل إلى تحقيق الثقة والأمن والاستقرار في المعاملات العقارية يتمثل في وجوب شهر التصرفات العقارية، ومنه اتبعت في هذا الشأن الأخذ بنظامين أسفر عنهما التوفيق بين المصلحتين أو الاتجاهين سالفين الذكر هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني.

فنظام الشهر الشخصي هو نظام لا يقضي إلا بتسجيل العقود لذا سمي بنظام شهر العقود

Système de publicité personnelle

وسمي أيضا بنظام تسجيل العقود Système d'enregistrement des actes

ونظام الشهر العيني Système de la publicité réelle المعروف بنظام السجل العيني

Système des livres fonciers ويسمى أيضا بنظام تسجيل الحقوق Système d'enregistrement des

droits، يقضى نظام الشهر العيني بشهر جميع الحقوق العينية حتى ولو لم تستند إلى أي عقد

كالحقوق العينية التي تنتقل بالميراث .

من خصائص نظام الشهر الشخصي، أن الشهر طريق للعينية فقط لا يثبت لانتقال الملكية أو الحقوق العينية، فهو لا بد أن يستند إلى عقد صحيح لا تشوبه شائبة، أما إذا ورد على عقد باطل أو تقرر بطلانه، فإنه لا يكسب المتصرف إليه حقا لأن الشهر لا يطهر عيوب العقد.

وهو النظام الذي كان سائدا في الجزائر إلى غاية صدور الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والذي أخذ به المشرع الجزائري متخليا شيئا فشيئا عن نظام الشهر الشخصي، غير أن هذا الانتقال وتبني نظام الشهر العقاري أفرز الكثير من المنازعات التي أرهقت كاهل القضاء الجزائري والتي عجت بها أدرج المحاكم.

إن كثرة المنازعات المتعلقة بالشهر العقاري وتعددتها واقتحامها لمختلف الجهات القضائية بل وإلى مختلف الأقسام القضائية في الجهة الواحدة يثير التساؤل حول الأسباب التي أدت إلى كثرة هذه المنازعات وإلى أسباب نشوبها وتراكمها، الأمر الذي لا يخدم استقرار الملكية العقارية بل يؤثر سلبا على الملكية العقارية وهذا بالإحجام عن التعامل في العقار، ومنه في الاستثمار فيه بما يحقق الازدهار للاقتصاد الوطني.

إن المنازعة في الشهر العقاري تبدأ بالاعتراض على الوثائق المسحبة منذ تحريرها إلى غاية إيداعها وكذا في عمليات الترقيم المؤقت والترقيم النهائي على مستوى مصالح الحفظ العقاري، لتمتد إلى الطعن في الحقوق المشهورة ذاتها وهذا بالمطالبة بإبطالها، نقضها، فسخها أو تعديلها بموجب دعاوى قضائية تخضع دون سواها لعملية الشهر العقاري تحت طائلة عدم القبول، كما يتراوح الاختصاص القضائي فيها بين القضاء العقاري والقضاء الإداري، بعد استفاد طرق المصالحة فيها على مستوى لجنة المسح ومصالح الحفظ العقاري عن طريق الاعتراض على قرارات لجان المسح والمحافظ العقاري لاحقا، فإذا كان نظام الشهر العقاري يهدف إلى استقرار الملكية العقارية وزرع الثقة الكاملة في المتعاملين فيه فإن فتح باب المنازعة فيه من شأنه المساس بهذه الحماية التي لا تستقر ولا تستكمل فاعليتها وقوتها إلا باستقرار الملكية العقارية.

لقد نظم المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالمنازعات التي يثيرها الشهر العقاري بموجب أحكام القانون المدني وأحكام الأمر رقم: 74/75 ومراسيمه التنفيذية، واضعا أحكاما صارمة لكيفية التصدي لهذه المنازعات على مستوى الإدارات المعنية (إدارة مسح الأراضي والمحافظة العقارية) وحتى أمام الجهات القضائية المختصة، محددًا للمتضرر الأساليب والإجراءات التي يجب أن يتبعها لرفع الضرر عنه عبر مختلف المراحل التي تمر بها إجراءات الشهر العقاري، وضمن آجال محددة حاول المشرع من خلالها مراعاة مصلحة المتضرر والمصلحة العامة المتمثلة في إتمام إجراءات المسح العام وإعداد السجل العيني بما يخدم الملكية العقارية بوجه عام، ولكن رغم هذه الأحكام التشريعية الموجودة، لازالت المنازعة المتعلقة بالشهر العقاري في ازدياد مستمر وتعد أكثر مما أثر على إعداد السجل العقاري الذي بدأت إجراءاته منذ عدة سنوات خلت، الشيء الذي يدعو إلى التساؤل حول مدى كفاية أحكام التشريع الجزائري لحل منازعات الشهر العقاري ومدى مواكبتها للتحويلات الاقتصادية والسياسية وللتطور الذي عرفته الجزائر منذ صدور القانون المنظم للشهر العقاري أي الأمر رقم: 74/75 المذكور أعلاه، بمعنى آخر هل أحكام قواعد التشريع الجزائري هي كفيلا لحل منازعات الشهر العقاري؟ وهي الإشكالية التي أحاول الإجابة عنها بعرض مختلف المنازعات القضائية التي يثيرها الشهر العقاري في جميع مراحلها لما لهذه المنازعات من ذاتية وخصوصية يستوجب الوقوف عند كل منازعة منها بدءا من نشوبها إلى غاية الفصل فيها وفقا للآليات والقواعد التي حددها المشرع، وهي المنازعات التي يستعصى على الكثير الخوض فيها مما يؤدي إلى إهدار حقوقهم.

أهمية البحث:

إن الموضوع الذي عنيت بدراسته، يتناول بالأساس البحث عن الأسباب التي تقف وراء نشوب المنازعات المتعلقة بالشهر العقاري ومدى كفاية أحكام التشريع الجزائري لحلها. لست في حاجة إلى أن أشير إلى صعوبة مثل هذا البحث، صعوبة يبدو أمامها تواضع الجهد الذي بذلته في إعدادة تعود إلى محدودية النصوص القانونية التي تحكم مثل هذه المنازعات وعدم مواكبتها للتطور الاجتماعي والاقتصادي والتشريعي الذي يعرفه العالم. إن تخصيص البحث في منازعة الشهر العقاري دون سواها من المنازعات، مرده إلى أن هذه الأخيرة لم تحظى بالاهتمام الكافي من طرف الفقه والقضاء على حد سواء، نظرا لانتسابها بالغموض والتعقيد في ظل النظام القضائي المزدوج وبإسناد بعضها إلى القضاء العادي والبعض الآخر إلى القضاء الإداري دون مراعاة إسنادها إلى من هو أكثر تخصصا للفصل في مثل هذه المنازعات وإلى من له أكثر أدوات ووسائل قانونية تسمح له بالفصل فيها بما يضمن استقرار الملكية العقارية ودعم الائتمان العقاري.

هنا تكمن أهمية هذه الدراسة التي تهدف إلى محاولة حصر مختلف المنازعات التي يثيرها موضوع الشهر العقاري وكيفية معالجتها استنادا إلى النصوص القانونية ووفقا للاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ومجلس الدولة بشأنها، مع إبرازها في عمل موحد بهدف استكمال أوجه النقص في أحكام القانون وتقديم اقتراحات لوضع أسس علمية وعملية لتحقيق العدالة.

منهجية البحث:

لقد اعتمدت في دراستي لهذا الموضوع على بعض المقارنات البسيطة بين القانون الجزائري وبعض التشريعات الأخرى متى تطلب الأمر ذلك بغرض تحديد موقف المشرع الجزائري منها، ومنه الاستفادة من مختلف التجارب التي تعتمدها هذه الأنظمة على اعتبار أن نظام الشهر العقاري نظام أخذت به أغلب الأنظمة القانونية وعدلت فيه بما يتمشى مع النظام السائد فيها، علما بأن دراستي هذه ليست دراسة مقارنة لأن لهذه الأخيرة أصول معروفة بل هي دراسة تحليلية اعتمدت فيها تحليل مختلف المنازعات التي يثيرها الشهر العقاري محاولة الاهتمام بالجانب العملي، إذ لا فائدة من دراسة تظل أسيرة الأفكار النظرية بعيدة كل البعد عن الحياة العملية. وعلى هذا الأساس حاولت تطعيم هذا البحث باجتهادات وأحكام القضاء وربط المنازعات القضائية بالنصوص القانونية المتعلقة بها، مشيرة إلى هذه النصوص ومدى كفايتها لحل هذه المنازعات فضلا عن تقديم اقتراحات لتفعيل دور القضاء لحسم المنازعات المطروحة أمامه.

عنوان البحث:

اختيار عنوان البحث لم يكن هين ذلك أن عنوان البحث يجب أن يدل على مضمونه، ومن هنا كانت الصعوبة: التعبير بعبارة واحدة واضحة ودقيقة، عن موضوع بحث يتضمن العديد من الصفحات، وبعد تفكير، رأيت أن يكون عنوان بحثي "منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري" وفي اعتقادي أن هذا العنوان يحدد مضمون الرسالة ويمنع الخلط بينه وبين غيره من الموضوعات التي عنيت بالبحث والدراسة سابقا، فهو يوضح أن المقصود هو المنازعات القضائية المرتبطة بالشهر العقاري وبذلك تستبعد كل المنازعات المرتبطة بالعقار أو بالحقوق العينية العقارية الأخرى التي تطرح على القاضي العقاري أو على القاضي الإداري، كما أن هذا العنوان يفيد بأن دراسة موضوع منازعات الشهر العقاري تتعلق بالتشريع الجزائري ومدى كفاية أحكامه لحلها ولو أن موضوع المنازعات القضائية هو من صميم عمل القضاء فالمقصود إذن هو إبراز منازعات الشهر العقاري من زاوية التشريع الجزائري وهذا دون إغفال لدور القضاء في ذلك.

خطة البحث:

لقد سلكت في دراسة موضوع منازعة الشهر العقاري خطة تعتمد على باب تمهيدي، ثم أقسمه إلى قسمين وكل قسم يضم بابين على النحو الآتي:

مقدمة

الباب التمهيدي: الإطار المفاهيمي للمنازعة والشهر العقاري.

الفصل الأول: مفهوم المنازعة.

المبحث الأول: المنازعة بوجه عام.

المبحث الثاني: المنازعة الإدارية.

الفصل الثاني: مفهوم الشهر العقاري.

المبحث الأول: مفهوم الشهر العقاري وأهدافه.

المطلب الأول: مفهوم الشهر العقاري.

المطلب الثاني: أهداف أنظمة الشهر العقاري.

المبحث الثاني: أنواع أنظمة الشهر العقاري.

المطلب الأول: نظام الشهر الشخصي.

الفرع الأول: مزايا نظام الشهر الشخصي

الفرع الثاني: عيوب نظام الشهر الشخصي

المطلب الثاني: نظام الشهر العيني.

الفرع الأول: مزايا نظام الشهر العيني

الفرع الثاني: عيوب نظام الشهر العيني

المبحث الثالث: التطور التاريخي لأنظمة الشهر العقاري.

المطلب الأول: الشهر العقاري في العهد الروماني والعصور القديمة.

المطلب الثاني: الشهر العقاري في العصور الوسطى.

المطلب الثالث: الشهر العقاري في العصر الحديث.

الفرع الأول: نظام الشهر العقاري في القانون الفرنسي القديم.

الفرع الثاني: نظام الشهر العقاري في استراليا (نظام تورنس).

الفرع الثالث: نظام الشهر العقاري في الجزائر.

القسم الأول

دراسة نظرية لأهم منازعات الشهر العقاري

الباب الأول: منازعات المسح العام والتحقق العقاري

الفصل الأول: منازعات المسح العام.

المبحث الأول: إجراءات وقواعد المسح العام.

المطلب الأول: إجراءات المسح العام.

الفرع الأول: افتتاح عملية المسح.

الفرع الثاني: الأعمال التقنية لمسح الأراضي العام.

الفرع الثالث: الجهة المكلفة بأعمال المسح العام.

المطلب الثاني: القواعد الخاصة بعملية المسح العام.

الفرع الأول: العقارات محل المسح العام .

الفرع الثاني: المستندات المعتمد عليها في عملية المسح العام.

المبحث الثاني: المنازعات التي تثيرها أعمال المسح العام.

المطلب الأول: المنازعة الإدارية في وثائق المسح العام (المرحلة الإدارية).

الفرع الأول: تلقي الاعتراضات وأجلها.

الفرع الثاني: كيفية الفصل في الاعتراضات والشكاوى.

المطلب الثاني: المنازعة القضائية في وثائق المسح العام (المرحلة القضائية).

الفصل الثاني: منازعات التحقيق العقاري

المبحث الأول: دوافع اللجوء إلى إجراءات التحقيق العقاري.

المبحث الثاني: إجراءات تسليم سندات الملكية وفقا لقانون التحقيق العقاري.

المطلب الأول: التحقيق العقاري.

الفرع الأول: التحقيق العقاري الفردي.

الفرع الثاني: التحقيق العقاري الجماعي.

المطلب الثاني: معاينة حق الملكية.

المبحث الثالث: أنواع منازعات التحقيق العقاري.

المطلب الأول: الطعن في قرارات المحقق العقاري.

المطلب الثاني: الطعن في التقييم العقاري.

الفرع الأول: الطعن في مقرر رفض تسليم سند الملكية.

الفرع الثاني: الطعن في مقرر تسليم سند الملكية.

الباب الثاني: المنازعات المرتبطة بتأسيس السجل العقاري والحقوق المشهورة

الفصل الأول: منازعات إعداد السجل العيني

المبحث الأول: القواعد العامة لنظام الشهر العيني.

المطلب الأول: تنظيم الشهر العقاري.

الفرع الأول: التنظيم الإداري للشهر العقاري.

الفرع الثاني: التنظيم المادي للشهر العقاري.

المطلب الثاني: تنفيذ عملية الشهر العقاري.

الفرع الأول: الشروط الأساسية لتنفيذ الشهر العقاري.

الفرع الثاني: إتمام إجراءات الشهر العقاري.

المبحث الثاني: المنازعة في قرارات المحافظ العقاري الصادرة بمناسبة تأسيس السجل العقاري.

المطلب الأول: المنازعة في قرارات الترقيم (المؤقت والنهائي).

الفرع الأول: مفهوم الترقيم العقاري المؤقت والنهائي.

الفرع الثاني: منازعات الترقيم العقاري المؤقت والنهائي.

المطلب الثاني: المنازعة في قرارات رفض الإيداع والإجراء و الشهر.

الفرع الأول: المقصود بقرارات رفض الإيداع والإجراء والشهر.

الفرع الثاني: الطعن في قرارات المحافظ العقاري.

الفصل الثاني: المنازعات المتعلقة بالحقوق المشهورة.

المبحث الأول: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها.

المطلب الأول: الحقوق و المحرمات الواجب شهرها حسب قانون الشهر العقاري.

الفرع الأول: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب أحكام الأمر رقم: 74/75.

الفرع الثاني: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب أحكام المرسوم التنفيذي رقم: 63/76.

المطلب الثاني: الحقوق و المحرمات الواجب شهرها حسب القانون المدني وقانون

الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الخاصة.

الفرع الأول: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقانون المدني.

الفرع الثاني: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثالث: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقوانين الخاصة الأخرى.

المبحث الثاني: وسائل الشهر العقاري ومدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهورة .

المطلب الأول: وسائل الشهر العقاري.

المطلب الثاني: الطعن في الحقوق المشهورة .

القسم الثاني

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا و موضوعيا

(محاولة للبحث في الوسائل الإجرائية والموضوعية الكفيلة لحل منازعات الشهر العقاري)

الباب الأول: كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا .

الفصل الأول: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي

(المنازعة العادية).

المبحث الأول: ماهية دعوى منازعة الشهر العقاري وشروط قبولها .

المطلب الأول: ماهية الدعوى.

الفرع الأول: تعريف الدعوى.

الفرع الثاني: تمييز الدعوى عن المصطلحات التي تلتبس بها.

الفرع الثالث: خصائص الدعوى القضائية.

المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى.

المبحث الثاني: الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعة الشهر العقاري (الاختصاص القضائي)

المطلب الأول: الاختصاص النوعي للقضاء العادي (القضاء العقاري)

المطلب الثاني: الاختصاص الإقليمي للقضاء العادي (القضاء العقاري)

المبحث الثالث: الأحكام القضائية الفاصلة في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيها.

المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي وخطوات إصداره.

الفرع الأول: ماهية الحكم القضائي.

الفرع الثاني: خطوات إصدار الحكم القضائي.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية و طرق الطعن فيها.

الفرع الأول: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية.

الفرع الثاني: طرق الطعن في الأحكام القضائية.

الفصل الثاني: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري

(المنازعة الإدارية).

المبحث الأول: ماهية دعوى الإلغاء وشروط قبولها.

المطلب الأول: ماهية دعوى الإلغاء.

الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء .

الفرع الثاني: خصائص دعوى الإلغاء.

المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بقبول الدعوى.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى.

المبحث الثاني: الجهات القضائية المختصة بالفصل في دعوى الإلغاء.

المطلب الأول : اختصاص المحكمة الإدارية.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي .

المطلب الثاني: اختصاص مجلس الدولة.

المطلب الثالث: اختصاص محكمة التنازع.

المبحث الثالث: الحكم الإداري الفاصل في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيه.

المطلب الأول: مميزات الحكم الإداري.

المطلب الثاني: طرق الطعن في الحكم الإداري.

الفرع الأول: طرق الطعن العادية.

الفرع الثاني: طرق الطعن في العادية.

الباب الثاني

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري موضوعيا (الوسائل الموضوعية)
الفصل الأول: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي
(المنازعة العادية)

المبحث الأول: كيفية الفصل في المنازعات المطروحة بين المتعاقدين.
المطلب الأول: إعمال الأثر المنشئ للقيد لحل منازعات الشهر العقاري.
المطلب الثاني: إعمال الأثر الناقل للقيد لحل منازعات الشهر العقاري.
المطلب الثالث: تطبيقات عملية حول إعمال كل من الأثر المنشئ والناقل للقيد في منازعات الشهر العقاري.

المبحث الثاني: كيفية الفصل في المنازعات التي يثيرها الغير.
المطلب الأول: مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري.
المطلب الثاني: إعمال قواعد الشهر العقاري في الفصل في منازعات الشهر العقاري.
الفرع الأول: مبدأ الأسبقية في القيد.
الفرع الثاني: مبدأ الحجية المطلقة للقيد.

المبحث الثالث: المنازعات المثارة بين المستفيد من التسجيل وصاحب الحق.
المبحث الرابع: منازعات المالك الظاهر.

المطلب الأول: علاقة صاحب الظاهر بصاحب المركز القانوني.
المطلب الثاني: عن علاقة المالك الظاهر بالغير.

الفصل الثاني: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري
(المنازعة الإدارية).

المبحث الأول: حدود سلطة القاضي الإداري في منازعة الشهر العقاري.
المطلب الأول: حدود سلطة القاضي في التقرير.
المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي في الحلول محل الإدارة.
المبحث الثاني: المنهجية التي يتبناها القاضي الإداري لحل منازعة الشهر العقاري.
المطلب الأول: الأسس والوسائل التي يعتمد عليها القاضي الإداري للبحث عن حل لمنازعة الشهر العقاري
المطلب الثاني: وسائل تأسيس الحكم القضائي.

الخاتمة

الباب التمهيدي

الاطار المفاهيمي للمنازعة والشهر العقاري

أعرض في هذا الباب التمهيدي إلى مدلولات كل من المنازعة والشهر العقاري وإلى أهداف وأنواع الشهر العقاري وتطوره التاريخي تمهيدا للموضوع محل الدراسة، إذ لا يمكن الشروع في منازعات الشهر العقاري دون معرفة ماهية المنازعة وماهية الشهر العقاري لما لهذا التمهيدي من أهمية. وبناء على هذا يقسم الباب إلى:

الفصل الأول: مفهوم المنازعة.

الفصل الثاني: مفهوم الشهر العقاري.

الفصل الأول

مفهوم المنازعة

لا يمكن مباشرة البحث موضوع الدراسة، دون التعرف على ماهية هذه المنازعة من خلال التعرف على المنازعة بوجه عام وعلى المنازعة الإدارية بوجه خاص، وهي المنازعات التي يثيرها الشهر العقاري موضوع الدراسة في ظل النظام القضائي الجزائري المزدوج الذي يفرق بين منازعة الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي وتلك الخاضعة للقضاء الإداري، هذه الازدواجية تتطلب وجود هيئة قضائية مختصة دون سواها في النزاعات الإدارية منفصلة عن القضاء العادي، تتميز بقانون خاص هو القانون الإداري وبإجراءات خاصة هي المنازعات الإدارية.

بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: المنازعة بوجه عام.

المبحث الثاني: المنازعة الإدارية.

المبحث الأول المنازعة بوجه عام

المقصود بالمنازعة (Contestation) وجمعها منازعات أو أنزعة، كل نزاع أو تنازع (Litige) بين المصالح يقع بين الأفراد فيما بينهم، أو بينهم وبين إحدى السلطات العامة في الدولة، يتم عرضه على القضاء إذا باشر صاحب الشأن حقه في التقاضي من خلال رفع الدعوى إليه ليتحول النزاع من فكرة مادية تتصل بالوقائع إلى منازعة كفكرة قانونية تفصل فيها المحكمة المختصة بما يحقق القانون والعدل⁽¹⁾.

فالنزاع هو هدف العمل القضائي وأساسه وهو سبب هذا العمل أيضا إذ لا مبرر لتدخل القضاء حيث لا يوجد نزاع، وإذا تدخل القضاء رغم غيبة النزاع، فإن القرار الذي يصدره يكون مجردا من حجية الشيء المقضي به، ومن ثم لا يعد عنوانا للحقيقة .

إن الفكرة التي مفادها أن عمل القاضي الأساسي هو فض المنازعات أو فصل الخصومات ليست مستحدثة بل هي فكرة تقليدية ومألوفة في الفقه الإجرائي وهي صحيحة من الناحية التاريخية ومن الناحية المنطقية أيضا، فمن الناحية التاريخية لم يوجد القاضي كموظف عام إلا للمحافظة على السلام الاجتماعي في المجتمعات عن طريق فض المنازعات وحسم الخصومات بقول حاسم ملزم، ولا يزال هذا العمل مسندا للقضاء خصوصا مع قاعدة عدم جواز الاقتضاء الذاتي التي تسود المجتمعات المتمدينة الآن والتي لا تسمح للفرد أن يقضي بنفسه ولنفسه *Nul ne peut se faire justice à soi-même*.

وكذلك من الناحية المنطقية ليس من المعقول أن يطلب من القاضي أن يفصل في مسألة ليست محل نزاع، فهو لا يتدخل إلا لحسم نزاع معين وهذه الفكرة ليست فقط تقليدية ومألوفة وتتفق مع التاريخ ومع المنطق، بل فقد بلغت من الرسوخ أن أحدثت تأثيرا على المصطلحات القانونية الإجرائية إذ يطلق في فرنسا على العمل القضائي بالمعنى الدقيق لاصطلاح قضاء المنازعات⁽²⁾ " Juridiction contentieuse "

(1) د. سامي جمال الدين، إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف، 2005، ص 13 - 14.
(2) د. أحمد محمد ملبجي موسى، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1979، ص 14.

وعلى هذا الأساس فقد تباينت آراء الفقهاء في تحديد مفهوم المنازعة، ففي فرنسا يرى الفقيه هيبرو HEBRAUD أن المنازعة تتعلق بطبيعة العمل القضائي لأنها هي المركز الذي يعالجه هذا العمل، كما أنها ترتبط بشكل هذا العمل إذا أنها تظهر وتتنظم في صورة إجراءات مواجهة *procédures contradictoires* وأنها مسألة عرضية في تنظيم الحياة القانونية تحل بمعرفة القضاة، إذ أن الأصل أن القاعدة القانونية تحل عادة التنازع بين الأفراد دون تدخل القضاء، ولكن التطبيق العملي للقاعدة القانونية قد يثير المنازعة حول تطابق المراكز الواقعية مع هذه القاعدة ومن ثم يحدث تعكير للسلام الاجتماعي، ولذلك يتدخل القضاء لحسم هذه المنازعة محافظة منه على السلام الاجتماعي⁽¹⁾.

يرى هيبرو HEBRAUD أن تطبيق القانون من قبل الهيئات القضائية ليس غاية في ذاته، بل هو مجرد وسيلة ضمن مجموعة أخرى من الوسائل للحفاظ على النظام في المجتمع، ولما كان دور القاضي ينحصر في إزالة الأسباب المؤدية إلى تعكير السلام الاجتماعي، أي المنازعات التي تقوم بين الأفراد فكان من واجبه أن يجد حلاً عادلاً لفض المنازعة بين الأفراد حتى وإن لم تسعفه نصوص التشريع في ذلك، فهو ملزم بإيجاد حل وإلا كان منكراً للعدالة⁽²⁾.

أما هوريو HAURIUO فيرى أن المنازعة هي مناط القضاء وأنه حين لا توجد منازعة فلا حاجة إلى القضاء فالمنازعة في تصوره هي التعارض بين ادعاءات خصمين، وهذه المنازعة هي مادة الخصومة التي هي بمثابة منازعة ممتدة *Une longue Contestation* بل أن وجود التعارض في الادعاءات أي المنازعة هو الذي يفسر قيام إجراءات الخصومة على أساس المجابهة أو المواجهة بين الخصمين⁽³⁾. خلاصة آراء هوريو في هذا الخصوص، أن المنازعة ما هي إلا تعبير عن التعارض بين إدعاءات خصمين وأنها تؤثر في شكل الإجراءات، والخصومة عنده ما هي إلا منازعة ممتدة، كما يرى أن الإدارة والنيابة العامة ينطبق عليهما وصف الخصم لكي تتعد المنازعة القضائية بهما في طعون الإلغاء وفي الإجراءات الجنائية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ HEBRAUD Pierre, Chronique de Procédure Civile, Revue trimestrielle de Droit Civil , 1960, P 706.

⁽²⁾ د. بدرخان عبد الحكيم ابراهيم، معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 120.

⁽³⁾ HAURIUO Maurice, Précis de Droit administratif et de Droit Public, 10^e éd , 1921 P 867 et suiv.

⁽⁴⁾ د. بدرخان عبد الحكيم ابراهيم، المرجع السابق ، ص 119.

كما قيل أيضا بأنه يكفي أن نكون بصدد منازعة أن يحدث ضرر بمصالح الشخص بسبب موقف ايجابي أو سلبي لشخص آخر، بحيث يكون هذا الموقف بمثابة معارضة للحق⁽¹⁾.

ويرى البعض الآخر أنه يكفي لكي نكون بصدد نزاع أن يحدث ادعاء من جانب واحد Une prétention unilatérale، وأنه لا يشترط تقابل أو تعارض في المصالح والادعاءات Oppositions des intérêts et des prétentions وأن هذا الادعاء الذي هو من جانب واحد يكفي كمبرر لتدخل القضاء⁽²⁾ وأساس هذا التصور هو قصور فكرة المنازعة بمعنى تعارض المصالح والادعاءات عن تبرير كافة أعمال القضاء ومن ثم يكون من الخطورة بمكان تصور العمل القضائي على أنه العمل الذي يهدف فقط إلى وضع نهاية للمنازعة بالمعنى السابق، أما فكرة النزاع بمعنى الإدعاء من جانب واحد فهي أكثر وضوحا وهي الكفيلة لتبرير كافة أعمال القضاء⁽³⁾.

كما قيل أنه لا يشترط أن يكون النزاع معارضة فعلية وشكلية أمام القضاء في صورة تمسك كل خصم بإدعاءاته بل أنه يكفي أن تحدث معارضة لصاحب الحق بصورة إيجابية أو سلبية، ولا يشترط أن تصل هذه المعارضة إلى حد المنازعة الفعلية⁽⁴⁾.

وسلك الفقيه شومان CHAUMONT مسلكا متطرفا في تحديد ماهية المنازعة، إذ أنه توسع في معناها لدرجة أنه يرى مجرد الشك في القاعدة القانونية أو في مركز معين يؤدي إلى وجود شبه المنازعة ومن ثم يكون عمل القاضي هو إزالة هذا الشك، وذلك بإعادة رابطة الالتزام بين صاحب الشأن والقاعدة القانونية أو المركز محل الشك⁽⁵⁾.

يعطي البعض في مصر تصورا للمنازعة يجمع بين الشك والحقيقة ومعنى ذلك أنه لا يكفي لقيام المنازعة أن تكون هناك إجراءات تقوم على أساس المواجهة بين الخصوم، بل ينبغي أيضا أن يكون هناك نزاعا حقيقيا بين الخصوم⁽⁶⁾.

(1) SOLUS henry & PERROT Roger, Droit judiciaire privé, Paris Sirey, 1961, T 1, P 439.

(2) VINCENT jean & GUINCHARD serge, Procédure civile, 27^e éd, précis DALLOZ, 2003, P 87.

(3) د. أحمد محمد مليجي موسى، المرجع السابق، ص 17.

(4) CORNU Gérard & FOYER jean, Procédure Civile, presse universitaire de France, 1958, P 33.

(5) CHAUMONT charles, Esquisse d' une notion de l'acte juridictionnel, Revue du Droit public et sciences politiques, 1942, P 93 à 124.

(6) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات (التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية)، دار الفكر العربي 1968 ص 645.

الخلاصة أن المنازعة هي المسألة التي تثير نزاعاً بين الأفراد أو بينهم وبين إحدى السلطات العامة في الدولة، واستناداً إلى حق التقاضي يتم حملها إلى القضاء من خلال مباشرة الحق في الدعوى، وهو الحلقة الأولى من حلقات حق التقاضي، يتم نظرها من خلال إجراءات الخصومة القضائية، وهي الحلقة الثانية من حلقات حق التقاضي، إلى أن تصل إلى خاتمة المطاف بصدور الحكم النهائي البات فيها والذي يمثل التسوية أو الترضية القضائية باعتبارها الحلقة الثالثة - والأخيرة -⁽¹⁾ وبذلك فإن كل ما يثار من مسائل تثير نزاعاً حول إجراءات الشهر العقاري ونتائجه بين الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين إحدى السلطات العامة وسواء عرض هذا النزاع على الجهات الإدارية المختصة (لجنة مسح الأراضي أو المحافظة العقارية) وسواء عرض على الجهات القضائية من خلال رفع دعوى قضائية كل ذلك يدخل ضمن مفهوم المنازعة المتعلقة بالشهر العقاري موضوع بحثي هذا.

(1) د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 16.

المبحث الثاني

مفهوم المنازعة الإدارية

يشار اللبس في تحديد مفهوم المنازعة الإدارية بينها وبين الدعوى الإدارية والخصومة الإدارية⁽¹⁾ وهذا يعود إلى خلو القوانين الوضعية من تعريف المنازعة الإدارية، وترك المشرع هذه المهمة للفقهاء والقضاء فثار الخلاف⁽²⁾ حول تحديد مفهوم المنازعة الإدارية وعلاقتها بالحق الذي تحميه، وهل هي حق مستقل؟ أم هي ذات الحق المراد حمايته في حالة حركة؟ أم أنها وسيلة لحماية الحق الأصلي المراد حمايته؟

وبالرجوع إلى الفقه فإن المنازعة الإدارية هي مجموعة القواعد القانونية التي تطبق لحل قضائي لمنازعات مطروحة متعلقة بالنشاط الإداري عندما تطرح على القاضي الإداري للفصل فيها⁽³⁾. وهي سبب ظهور القضاء الإداري الذي يتطلب وجود قاضي إداري لا يكفي أن يكون متخصصا في القضاء الإداري وإنما يتعين عليه أن يكون قاضيا إداريا بمعنى أنه يتمتع بفكر إداري، معرفة خاصة تكفي لحل كل ما يطرح من منازعات تتعلق بالنشاط الإداري⁽⁴⁾.

ويذهب البعض إلى عدم إمكانية تصور منازعة ضد الدولة لأن الإدعاء الصادر من طرف أشخاص القانون الخاص لا يمكن أن يتعارض مع إدعاء من السلطة العامة، التي تصدر قرارات سيادية لا يتأتى للخواص إلا الاستجابة والخضوع لها⁽⁵⁾.

والمنازعة الإدارية حسب الدكتور خلوفي رشيد، هي مجموعة النزاعات الإدارية التي ينظر فيها القاضي الإداري حسب قواعد قانون المنازعات الإدارية وهي عبارة عن نزاع إداري يحتوي على كلمة " نزاع " وكلمة " إداري " ويقصد بكلمة نزاع الخلاف القائم بين طرفين أو أكثر ويقصد بكلمة إداري صفة النزاع وهكذا فإن عبارة النزاع الإداري يعني بصفة عامة: الخلاف القائم بين طرفين أو أكثر يكون أحد طرفيه شخص عام، وبالتالي فإن عبارة النزاع الإداري تشكل عنصرا من عناصر عبارة المنازعات الإدارية⁽⁶⁾.

ويرى الفقيه أحمد محيو بأن المنازعات الإدارية تتألف من مجموعة الدعاوى الناجمة عن نشاط الإدارة وأعوانها أثناء قيامهم بوظائفهم⁽⁷⁾.

(1) د. حسن السيد بسيوني، دور القضاء الإداري الجزائري في المنازعة الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1982، ص 113.

(2) د. طعيمة الجرف، شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى، 1956، ص 17.

(3) DEBBASCH Charles & RICCI Claude, le contentieux administratif, 7^e éd, DALLOZ, 1999, P 1.

(4) CHAPUS René, Droit administratif général, T1, 4^e éd, Montchrestien, 1990, P 491.

(5) WIGHY Pierre, Droit administratif, Principes Généraux 4 éd, Emile Bruyant, 1962, P 370.

(6) د. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2005، ص 07 - 08.

(7) د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق ويبيوض خالد، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 05.

ترتكز استقلالية المنازعات الإدارية في الجزائر، حسب الفقيه احمد محيو على توافر قواعد إجرائية خاصة لهذه المنازعات من جهة، ونزاعات إدارية من جهة أخرى، يتطلب فيها مبدئياً تطبيق قواعد القانون العام. وينجم عن ذلك أن المتنازعي يعلق أهمية كبرى على معرفة ما إذا كان نزاع ما هو نزاع إداري، أي قابل لكي تطبق عليه قواعد خاصة من حيث الإجراءات ومن حيث الأساس وذلك لكي يتمكن من تقديم دعواه بصورة صحيحة، أمام الهيئة القضائية المختصة⁽¹⁾.

فالمنازعة الإدارية هي مختلف الإجراءات التي يتطلبها القانون للجوء إلى القضاء الإداري من أجل الفصل في نزاع مطروح ضد الإدارة العامة أو ضد هيئات أخرى تضطلع بمهام تسيير مرفق عام⁽²⁾. وعليه، فإن المنازعة الإدارية مثلها مثل باقي المنازعات الأخرى ماهي إلا وسيلة قانونية لحماية الحقوق أمام القضاء، ولكنها تتمتع بمجموعة من السمات التي تميزها عن غيرها من المنازعات والتي تتمثل في:

- من حيث أطراف المنازعة:

يلاحظ دائماً أن يكون أن أحد طرفي المنازعة الإدارية شخصاً معنوياً عاماً، ويمثل فيها بصفته هذه التي تسمح له استخدام مظاهر السلطة العامة، سواء تمثلت في قدرته على إلزام الغير بإرادته المنفردة عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية والتي يمكن أن ينفذها مباشرة دون حاجة إلى استصدار أحكام قضائية بذلك، أو ما يتمتع به أيضاً من سلطة الاستيلاء ونزع الملكية للمنفعة العامة أو تضمين ما يبرمه من عقود إدارية شروطاً استثنائية غير مألوفة في أحكام القانون الخاص⁽³⁾.

- موضوع المنازعة الإدارية:

يدور موضوع المنازعة الإدارية حول حق من الحقوق الإدارية، يفرض حماية هذا الحق ضد ما قامت به الإدارة من أعمال تمسه أو تعتدي عليه، وقد يكون منشأ هذا الحق القانون أو أعمال الإدارة القانونية كالقرارات الإدارية أو العقود الإدارية أو أعمالها المادية⁽⁴⁾.

(1) د. احمد محيو، المرجع السابق، ص 91 .

(2) المستشار نوبري عبد العزيز، المنازعة الإدارية في الجزائر: تطورها وخصائصها (دراسة تطبيقية)، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد الثامن، ص 09 وما بعدها.

(3) د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، الكتاب الثالث، دار الفكر العربي، 1973 ص 77.

(4) د. حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 117.

- لمن تؤول مهمة الفصل فيها:

يعهد بمهمة الفصل في المنازعة الإدارية عادة إلى قاض متخصص، فلا يكفي توافر الثقافة القانونية وحدها لدى القاضي، وإنما ينبغي أن يكون ملما بطبيعة عمل الإدارة عالما بمقتضياته لذلك فإن بعض الأنظمة التي تعترف بالمنازعة الإدارية تفرد لها قضاء مستقلا بها كالنظام الفرنسي المصري والجزائري.

- المنازعات الإدارية أكثر تحديدا من غيرها من المنازعات:

يعرف القضاء الإداري كل من منازعات الإلغاء، منازعات التعويض، منازعات التأديب، ومنازعات التفسير وفحص الشرعية وجميعها منازعات مسماة ومحددة على سبيل الحصر.

- الظهور بمظهر السلطة العامة:

ارتبطت معايير تحديد المنازعة الإدارية ارتباطا وثيقا بالأساس الذي بني عليه وجود كل من القضاء الإداري والقانون الإداري في الوقت ذاته، فالمعايير التي تحدد طبيعة المنازعة الإدارية ومن ثم تحديد اختصاص القضاء الإداري هي ذات المعايير التي قيل بها لتبرير وجود جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي، وهي القضاء الإداري، الذي يقوم فيه القاضي بتطبيق قواعد وأحكام القانون الإداري على المنازعة⁽¹⁾.

إن المنازعة الإدارية نظرا لكون أحد أطرافها شخصا عاما، يمثل فيها مظهرا من مظاهر السلطة العامة والتي قد تهدر مبدأ المساواة بين المتقاضين لذلك كان خضوعها لمجموعة من الإجراءات القضائية الخاصة التي تكفل التوازن بين أطراف المنازعة من ناحية، وتوفر السرعة اللازمة التي تقتضيها الحقوق الإدارية من ناحية أخرى⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق يمكن تعريف المنازعة الإدارية بأنها الوسيلة القانونية التي كفلها المشرع للأشخاص (سواء كانت طبيعية أو معنوية) لحماية حقوقهم في مواجهة الإدارة عن طريق القضاء ويلاحظ أن دور الإدارة فيها يكون غالبا دور المدعى عليه نظرا لما تتمتع به من مظاهر السلطة العامة التي تجعلها في غير حاجة إلى الرجوع للقضاء لتنفيذ أعمالها القانونية أو المادية في مواجهة الغير لما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر.

(1) د. داود الباز، المنازعة الإدارية كمناط لإختصاص القضاء الإداري، مقال منشور بمجلة روح القوانين (مجلة علمية تصدر عن أعضاء هيئة التدريس كلية الحقوق جامعة طنطا) العدد 22، الجزء الثاني، يناير 2001، ص 633.

(2) د. حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 118.

الفصل الثاني

مفهوم الشهر العقاري

أتعرض في هذا الفصل إلى تحديد مفهوم الشهر العقاري وإلى أهم أهدافه ومبادئه ثم إلى التعريف بأهم أنواعه وأخيرا إلى تطوره التاريخي عبر المراحل التي مر بها منذ نشأته إلى غاية ظهور الأنظمة الحديثة التي أخذت بها أغلب التشريعات بما يتلاءم مع سياستها العقارية. بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: مفهوم الشهر العقاري وأهدافه.

المبحث الثاني: أنواع أنظمة الشهر العقاري.

المبحث الثالث: التطور التاريخي لأنظمة الشهر العقاري.

المبحث الأول

مفهوم الشهر العقاري وأهدافه

إن البحث في موضوع منازعة الشهر العقاري ينبغي معه التعريف بالمقصود بالشهر العقاري والأهداف التي وجد من أجل تحقيقها، لأنه لا يمكن الخوض في مختلف المنازعات التي يثيرها الشهر العقاري دون الوقوف عند معرفة هذا النظام وتحديد مفهومه تحديدا دقيقا نظرا للالتباس الموجود بينه وبين مفاهيم أخرى تستعمل لذات المعنى والغرض. من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: المقصود بالشهر العقاري.

المطلب الثاني: أهداف أنظمة الشهر العقاري.

المطلب الأول

مفهوم الشهر العقاري

تلتبس عبارة الشهر بمفاهيم أخرى وهي التسجيل والقيود في معظم التشريعات المقارنة وحتى في التشريع والفقهاء الجزائريين، وعلى هذا الأساس رأيت ضرورة تحديد مفهوم كل من هذه العبارات من الناحية اللغوية والاصطلاحية وإلى الدوافع التي دعتني إلى تفضيل أحد هذه المصطلحات واعتماده عنوانا لبحثي هذا.

المعنى اللغوي للشهر والتسجيل والقيّد:

الشهر لغة قيل أنه معرب وقيل أنه عربي وهو مأخوذ من الشهرة وهي الانتشار، وقيل الشهر الهلال وسمي به لشهرته ووضوحه، والشهر ظهور الشيء وانتشاره أو إعلانه أو إذاعته ومصلحة الشهر هي إدارة حكومية قائمة على توثيق العقود ونحوها وإعلانها⁽¹⁾.

التسجيل لغة هو التقييد للأوراق في المحاكم والإدارات المختصة وهو مصدر للفعل سجل، ويعني قيّد أو كتب⁽²⁾ وهو من سجل أي كتب السجل أي قيده في سجل خاص حفظا له من الضياع أو أثبت الحكم القضائي، أو العقد في السجل المخصص لذلك، حفظا له من الضياع، واسم المفعول من "سجل" "مسجل". يقال عقد مسجل، أي اكتسب صفة الرسمية بإثباته في دفتر خاص⁽³⁾.
القيّد لغة هو جمعه (قيود) و(أقياد)، ومنه تقييد الألفاظ بما يمنع الاختلاط ويزيل الالتباس⁽⁴⁾.
وقيد الشيء في دفتر أو ورقة يعني سجله⁽⁵⁾.

- المعنى الاصطلاحي:

الشهر العقاري اصطلاحا هو مجموعة القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية لشخص معين أو أشخاص معينين تجاه الغير ومن شأن هذه القواعد تنظيم قيد هذه الأخيرة مع حق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى الواردة عليها في سجلات معدة لإطلاع الكافة فيكتسب الحق المسجل على هذا الوجه قوة ثبوتية مطلقة، ويستطيع الغير أن يتعامل بشأن أي من العقارات المسجلة مع صاحب الحق فيه بكل ثقة وطمأنينة راکنا إلى وجود هذا الحق وصحته فلا يتردد عندئذ في اكتسابه عن طريق الشراء أو أي طريق آخر بمقابل أو بدون مقابل، كما يقبل بإنشاء حقوق عينية تبعية لمصلحة عليه، كحق التأمين أو الرهن مثلا⁽⁶⁾.

(1) المعجم الوسيط، إبراهيم أنس وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مجمع اللغة العربية ص 498.

(2) محيط المحيط، بطرس البستاني، الجزء الأول، ص 926.

(3) المعجم الوسيط، المعجم السابق، ص 417.

(4) العلامة احمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، المكتبة العصرية، 2004، ص 296.

(5) المعجم الوسيط، المعجم السابق، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ص 498.

(6) د. ادوار عيد، الأنظمة العقارية (التحديد والتحرير - السجل العقاري)، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 1996، ص 05.

والتسجيل اصطلاحا هو صورة من صور الشهر العقاري، يكون بنقل صورة العقد من دفاتر مخصصة معدة لذلك، وهذه هي الطريقة المعتادة في التسجيل وتسمى التسجيل الحرفي أو الكلي⁽¹⁾ Transcription وتخضع له التصرفات المنشئة والتصرفات المقررة أو الكاشفة لحقوق عينية أصلية على عقار والأحكام المتعلقة بها، يدون في دفتر رقم الشهر وتاريخه وساعة إجرائه واسم الصادر لصالحه المحرر واسم الصادر ضده وبيان العقار ونوع التعامل⁽²⁾ ويحفظ أصل المحرر إن كان من المحررات العرفية أو الصورة الأولى المحررة إن كان من المحررات الموثقة وذلك في أماكن خاصة معدة لهذا الغرض⁽³⁾.

والتسجيل بهذا المعنى يختلف عن التسجيل المقصود به تلك العملية أو الإجراء الإداري الذي يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ أو لا يحفظ أثر العملية القانونية التي تقوم بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف، هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل (Enregistrement)⁽⁴⁾.

القيود (Inscription) اصطلاحا هو أيضا صورة من صور الشهر العقاري يتعلق بشهر الحقوق العينية التبعية وجميع التصرفات المنشئة والكاشفة أو المقررة لحقوق عينية عقارية تبعية، وإذا كان التسجيل يتم بحفظ أصل المحرر وإعطاء صاحب الشأن صورة شمسية منه، بمعنى أن الذي يشهر هو أصل المحرر فإنه في حالة القيد، فإن المحرر لا يشهر وإنما يعد مستندا من مستندات الشهر، وعند طلب القيد يكفي الملخص المحرر واصطلاح على تسميته بالقائمة⁽⁵⁾ وبذلك فالقيد يتم بذكر بعض البيانات معينة أوردها القانون ويسمى هذا النوع القيد.

لم يفرق المشرع الجزائري بين هذه المصطلحات، إذ استعمل عبارة الشهر في المواد: 15 - 16 - 17 من الأمر رقم: 74/75 وكذا في المواد: 85 - 86 - 87 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76، واستعمل عبارة (التسجيل) للتعبير عن شهر الحقوق العينية التبعية بموجب المواد: 93 - 94 - 95 - 96 - 97 - 98 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76، كما استعمل مصطلح القيد ضمن أحكام القانون المدني في المواد: 904 - 905 - 906...، للتعبير عن الإجراء الذي يتم بموجبه شهر الحقوق العينية التبعية.

(1) د. محمد كامل مرسي، شهر التصرفات العقارية، التسجيل والقيود، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، 1939، ص 30 وكذا الطبعة المنقحة من طرف المستشار محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي، منشأة المعارف، 2005، ص 20 - 21 .

(2) د. علي حسين نجيدة، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق، دار الثقافة العربية، دون سنة نشر، ص 37.

(3) د. عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الشهر العقاري، دار الكتب والوثائق المصرية، الطبعة الثانية، دون سنة نشر، ص 32.

(4) أ. دوة آسيا- د. رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، 2009، ص

19.

(5) د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 38 وأيضاً د. عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 32.

لقد رتبت أغلب التشريعات المقارنة القائلة بالتفرقة بين القيد والتسجيل واعتبارهما طريقين من طرق الشهر للحقوق العينية العقارية بجانب الإيداع والتأشير الهامشي بعض النتائج، تمثلت في أن التسجيل هو الطريقة الرئيسية لشهر الحقوق العينية الأصلية، أما القيد فهو الطريقة الرئيسية لشهر الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي، حقوق الامتياز أو الاختصاص. لذلك فإن التسجيل يرتب آثاره من غير تحديد مدة، أما القيد فلا تحفظ آثاره إلا لمدة عشرة سنوات ويجب تجديده قبل انتهائها.

اعتمدت في بحثي هذا، على مصطلح الشهر العقاري للدلالة على تلك القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية لشخص معين أو أشخاص معينين تجاه الغير وإعلامه بنشوء أو نقل الحقوق العينية أو انقضائها، وبالتأمينات العينية العقارية المقررة لدائنين معينين بمقتضى القانون أو اتفاق الأطراف على عقار ما، وهذا تفاديا للخلاف المطروح حول تسمية الشهر الذي يختلط مفهومه بالتسجيل وبالقيد المعتمد في التشريعات المقارنة وحتى لدى بعض الكتاب الجزائريين الذين يعرفون الشهر العقاري **بالقيد** ويعتبرونه عبارة عن مجموع إجراءات وقواعد قانونية وتقنية تشمل كل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة - منشئة - ناقلة - معدلة أو منهية لحق عيني عقاري أصلي أو تباعي بغض النظر عن نوع التصرف عقدا كان أو حكما أو قرارا أداريا وسواء كان مصدر الحق تصرف قانوني أو واقعة مادية⁽¹⁾.

إن اعتمادي على مصطلح الشهر دون القيد أو التسجيل يعود إلى سببين أساسيين هما: **أولا:** مواكبة ومسايرة ما انتهى إليه معهد البحوث والدراسات العربية بالاتفاق مع المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم التابعة لجامعة الدول العربية في الحلقة العلمية المنظمة لدراسة هذا الموضوع على المستوى العربي بهدف التنسيق بين نظم الشهر العقاري في البلاد العربية، ومن النتائج التي توصلت إليها اللجنة المكلفة أن تعبير التسجيل العقاري المستخدم في أغلب الدول العربية لا ينطوي على الدقة العلمية ولا يشمل المعنى المقصود إلا في بعض جزئياته، فالتسجيل يعتبر صورة من صور الشهر يوجد إلى جانبها طريق القيد ولهذا توصلت اللجنة المذكورة إلى اقتراح مصطلح موحد يكون أدق وأعم وفضلت مصطلح الشهر العقاري لشموله ودلالته⁽²⁾.

(1) الأستاذة ليلي زروقي والأستاذ عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الطبعة الثانية، 2006، ص 63.

(2) توحيد مصطلحات الشهر العقاري في البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1977 ص 70 وما بعدها.

ثانيا: اعتمدت مصطلح الشهر تيسيرا لفهم القارئ للبحث وعدم زجه في خلافاً فقهية حول مدلول بعض المفاهيم والتي تكون لها دلالتها الخاصة في التشريعات المختلفة التي تناولتها في بحثي من خلال الدراسة المقارنة التي اعتمدها في بعض الأحيان، وكدليل على هذا الاختلاف في التعابير أشير إلى المصطلحات المستعملة في بعض الدول العربية:

- المملكة المغربية - التحفيظ العقاري.

- الجمهورية التونسية - التسجيل العقاري.

- جمهورية مصر العربية - الشهر العقاري.

- الكويت - التسجيل العقاري.

- سوريا - التسجيل العقاري.

- لبنان - التسجيل العقاري.

يقصد بهذه التعابير جعل العقار خاضعا لنظام الشهر العقاري، سواء كان طريق هذا الشهر يعتمد على الشهر العيني أم على الشهر الشخصي، وهو نفس المصطلح الذي استعمله المشرع الفرنسي أي الشهر العقاري (Publicité) بموجب المرسوم رقم: 89 لسنة 1959 الصادر بتاريخ: 1959/01/07 المعدل للمرسوم رقم: 55/22 الصادر بتاريخ: 1955/01/04، بعد أن كان يستعمل مصطلح التسجيل (Transcription) بموجب القوانين السابقة منها القانون المؤرخ في: 1855/03/23 والمرسوم المؤرخ في: 1935/10/30 والمرسوم المؤرخ في: 1938/06/17 وهذا رغم النقد الفقهي الموجه له، والذي اعتبر أن مصطلح الشهر معيب من حيث أنه يفرض التمييز بين الامتيازات والرهن وبين مختلف الحقوق الأخرى الواجبة الشهر⁽¹⁾.

ويرى الفقيه PAGE بأن المصطلح القديم أي التسجيل (Transcription) كان أكثر دقة ووضوحا في أذهان الجميع، منتقدا مصطلح الشهر (Publicité)⁽²⁾.

⁽¹⁾ MAZEAUD (Henri Léon et Jean), leçons de Droit Civil, T3, Monchrestien, 1977, P 606 et MARTY Gabriel & RAYNAUD Pierre par JESTAZ Philippe, les suretés la publicité foncière 2^e éd, SIREY, 1987, P 480.

⁽²⁾ PAGE Léon, Reforme de la publicité foncière, librairie du journal des notaires et des avocats Paris 6^e, P 21 et suiv.

المطب الثاني

أهداف الشهر العقاري

ليس من العسير التعرف على البواعث المختلفة التي حثت المشرعين في مختلف العصور على شهر التصرفات العقارية، فقد كانت هذه البواعث على مر العصور هي:

- حفظ العقارات في حوزة العائلة أو في نطاق إقطاعات أمراء الإقطاع:

يهدف الشهر العقاري إلى حفظ العقارات وإبقائها في حوزة العائلة الواحدة أو في إطار الإقطاعات إلا أن هذه الفكرة لم تعد هي الباعث على الشهر العقاري في عصرنا الحاضر، إذ أن النظريات الاجتماعية الحديثة تتعارض مع ما يراها البعض من وجوب احتفاظ العائلة بحد أدنى من العقارات والقانون هو الذي يتولى هذه المهمة كلما وجد ذلك مناسباً.

- إعادة إنشاء أصل الملكية:

ظهرت هذه الفكرة في العصر الحديث، وهي تجعل للشهر العقاري أثراً إنشائياً بقصد إحاطة المكتسبين من المتصرف إليه والمتصرف إليهم المحتملين في الحقوق التي على العقارات وإحاطتهم بصفة الشخص الذي يظهر لهم بمظهر المالك .

- تحقيق الثقة العامة:

طبقاً لهذه الفكرة يجب أن يعمل الشهر العقاري على تأمين كل مالك ضد أية مضايقة وهو يستعمل حقه وتثبيت حق الملكية باعتباره شرطاً أساسياً لكل استغلال مثمر للعقار الذي ينصب عليه، كما أنه من أجل تأمين الاستقرار القانوني والثقة في المعاملات، فإن تنظيم الشهر العقاري يجب أن يأخذ في الاعتبار الأوضاع الظاهرة ويسمح بالاعتداد بها فيما يتعلق بالغير⁽¹⁾.

- تسهيل تداول العقارات:

قد تبارت النظم التي تأخذ بفكرة الثقة العامة في اتخاذ الوسائل المختلفة لتحقيق هذا الغرض في نفس الوقت، ذلك أن تطور الآراء أدى إلى اعتبار الشهر نظام تقضي به المصلحة العامة ويتمشى مع المطالب الجديدة للمدينة، حيث يتطلب المجتمع تنظيمًا عقارياً يؤدي إلى أن تصل الملكية العقارية بأسرع ما يمكن إلى يد من يمكنهم الحصول منها على أقصى فائدة ممكنة⁽²⁾.

(1) د. منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1961، ص 03 وما بعدها

(2) د. حسن عبد الباسط جميعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، جامعة القاهرة، 2005/2004، ص 19.

من أجل تحقيق هذه الأهداف عنيت أكثر الدول الحديثة بوضع نظم تكفل ثبوت الملكية العقارية وما يرد عليها من قيود وما يترتب عليها من حقوق لصالح الغير ثبوتاً أكيدا يبعث الثقة في نفس المالك ذاته ويوفر الطمأنينة لمن يتعاملون معه وسلكت في ذلك وجوب شهر التصرفات التي تترتب عليها، بحيث يتاح لكل ذي مصلحة في عقار معين أن يحيط علماً بكافة التصرفات التي تناولت هذا العقار والحقوق التي رتبت عليه، فيستطيع أن يرتب تعامله مع صاحبه وهو على بينة تامة بحقيقة مركزه المالي فيما يتعلق بهذا العقار⁽¹⁾.

غني عن البيان أنه كلما زاد إحكام نظام الشهر العقاري زاد ما يوفره من ثقة وطمأنينة في حقيقة مراكز أصحاب الملكيات العقارية، وأدى ذلك بالتالي إلى تشجيع التعامل في العقارات وكثرة تداولها وإلى تقوية ائتمان أصحابها، بما يعود على الاقتصاد الوطني بالخير⁽²⁾.

وعليه، فإن هدف الشهر العقاري هو إحاطة الكافة، وعلى الأخص من له مصلحة، علماً بالوضع القانوني للعقار والحقوق التي ترد عليه إذ يتمكن من الوقوف على مالك العقار ومساحته وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه وأصحاب هذه الحقوق وتواريخ نشوئها، حتى ما أقدم شخص على التعامل في هذا العقار بشرائه أو بقبول أو اكتساب أي من الحقوق العينية الأخرى عليه، كان على بينة من أمره وعلى يقين من تحقيق الغاية المقصودة من تصرفه، فالشهر العقاري يهدف إلى تنظيم هوية لكل عقار تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص⁽³⁾.

هذا الاشهار وتلك العلانية كانت الشغل الشاغل لكل مشرع يجري وراء حماية المعاملات العقارية وحماية الغيرية حتى تستقر الثقة العقارية استقرارها السليم الذي يتعاصر مع الطمأنينة وتتعاصر معه وحتى يطمأن المشتري (أو الذي يتعامل تعاملًا عينيًا عقارياً مع المالك بوجه عام) إلى ملكية يرضاه سليمة لا تشوبها شائبة ما⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance (Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux) Paris LGDJ, 1960, P 137.

⁽²⁾ د. سليمان مرقس، مقال من مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في الدول العربية لسنة 1972، قسم البحوث والدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الجبلاوي.

⁽³⁾ المحامي عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، دون سنة نشر، ص 09.

⁽⁴⁾ د. عبد السلام ذهني، في الغش التواطؤ التدليسي والتسجيل في نقد النقض، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، 1944 ص 20 .

المبحث الثاني أنواع أنظمة الشهر العقاري

في نطاق الملكية العقارية يوجد نظامان وهما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، لكل منهما مزايا وعيوب، أتطرق في المبحثين التاليين إلى كل نظام بمزاياه وعيوبه.
من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: نظام الشهر الشخصي.

المطلب الثاني: نظام الشهر العيني.

المطلب الأول نظام الشهر الشخصي

تقوم فكرة هذا النظام على وجود سجل عام أو سجلات في البلد الواحد يرصد بها التصرفات التي ترد على العقارات⁽¹⁾ فيتم التسجيل على أساس أسماء الأشخاص من مالكي وأصحاب حقوق عينية بمعنى أن العقارات لا تعرف بهويتها ومواقعها، وإنما تعرف بأسماء مالكيها، فمن أراد الكشف عن عقار معين، وجب عليه إجراء بحث عن اسم مالكة.

من هذه الطريقة ينشأ في البلد الواحد سجل عام أو سجلات في مراكز الأقاليم يرصد بها كل تصرف منشئ حقا عينيا عقاريا ويتم رصده باسم المتصرف، بحيث إذا أراد صاحب الشأن معرفة ما إذا كان مالك معين قد تصرف في عقار، استطاع أن يطلب شهادة من الجهة الواقع في دائرتها المذكور عن التصرفات التي تكون قد صدرت من ذلك المالك خلال فترة معينة، فيتم البحث عن اسم ذلك المالك في فهارس السجلات، فإذا لم يجد فيها اسم المتصرف كان ذلك دليلا على صدور التصرف من المالك المذكور في العقارات الواقعة من الجهة المطلوب الكشف عنها وتعين عليه إعطاء الطالب شهادة بيان هذه التصرفات⁽²⁾.

إذا وجد اسم ذلك المالك في هذه السجلات مرة أو أكثر كان ذلك دليلا على انه أورد تصرفا على عقاراته الموجودة في الدائرة التي يبحث في سجلاتها ويكون له أن يطلع في نفس السجل على طبيعة هذه التصرفات⁽³⁾.

(1) د. محمد سعد خليفة، السجل العيني، دراسة في القانون المصري والليبي، دار النهضة العربية، 97/96، ص 16.

(2) د. عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء، دار المطبوعات الجامعية، 1986، ص 03.

(3) د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 03.

ومن خصائص هذا النظام أن الشهر طريق للعلنية فقط، فلا بد أن يستند إلى عقد صحيح لا تشوبه شائبة، أما إذا ورد على عقد باطل أو تقرر بطلانه، فإنه لا يكسب المتصرف إليه حقا، لأن الشهر لا يظهر عيوب العقد فيمكن استصدار حكم ببطلان العقد المشهر والتأشير في هامش تسجيل العقد فيزول كل أثر لهذا التسجيل⁽¹⁾.

لذلك فهو لا يقدم ضمانات كافية للغير، حيث لا يؤدي إلى ثبوت حق الملكية بصفة قاطعة، فقد يزول هذا الحق تحت يد الغير المتصرف إليه⁽²⁾ وبذلك فإن نظام الشهر الشخصي يتمتع بمزايا كما له عيوب ومآخذ، وهذا ما سأطرق إليه فيما هو آت. ومن ثم يقسم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: مزايا نظام الشهر الشخصي.

الفرع الثاني: عيوب نظام الشهر الشخصي.

الفرع الأول

مزايا نظام الشهر الشخصي

يتميز نظام الشهر الشخصي بخاصيتين أساسيتين:

الخاصية الأولى: اتخاذ اسم المتصرف أساسا لشهر الحق:

يقوم هذا النظام على خاصية اتخاذ اسم المالك أو صاحب الحق العيني العقاري أساسا لشهر الحق حيث تخصص صحيفة لكل صاحب حق عيني عقاري ترصد باسمه بمناسبة اكتسابه الحق أيا كان سبب اكتسابه. يقتضي هذا النظام إنشاء سجلات في جميع الوحدات الإدارية مرتبة ترتيبا هجائيا بأسماء المتصرفين، وإذا أراد صاحب المصلحة معرفة ما إذا كان المالك تصرف في العقار المملوك له أو قرر عليه حق عيني، كان باستطاعته أن يتقدم إلى أمين السجل في الجهة التي يقع بدائرتها العقار بطلب شهادة مبينا بها كافة التصرفات التي تكون قد صدرت من المالك خلال فترة زمنية معينة⁽³⁾.

(1) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 04.

(2) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 16 .

(3) د. إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، مطابع جريدة السفير، 1978، ص 27 وأيضا د. مصطفى عبد السيد الجارحي

أحكام الظاهر في السجل العيني (دراسة مقارنة في القانون المصري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1988، ص 16.

الخاصية الثانية: الشهر الشخصي مجرد وسيلة للعلانية:

نظام الشهر الشخصي مجرد وسيلة لعلانية التصرفات الواردة على العقار، فليست له أية قوة ثبوتية ولا يكون له اثر على التصرف المشهر، ولا يحول بين الطعن بالفسخ أو البطلان في الحق المنتقل من السلف إلى الخلف. فهو مجرد إعلام للغير بوجود الحقوق الواردة على العقار دون أن يكون له تأثير عليها، كما انه لا يظهر العقار من التكاليف المتقل بها استنادا إلى أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقوقا أكثر مما كان له⁽¹⁾.

الفرع الثاني

عيوب نظام الشهر الشخصي

نظام الشهر الشخصي معيب من حيث الترتيب ومن حيث الحجية⁽²⁾ ذلك أن نظام الشهر، حتى يكون نظاما سديدا، يجب أن يكون محكما في ترتيبه وفي حجيته. أما في ترتيبه، فينبغي أن يكون من شأن الترتيب الذي يضعه لتسجيل التصرفات وقيدتها أن يبسر لذوي الشأن معرفة ما تهتمهم معرفته من هذه التصرفات. وأما في حجيته فينبغي أن يكون لشهر التصرفات حجية قاطعة بحيث لا يشهر تصرف إلا بعد التحري من صحته فإذا ما شهر كانت صحته مقطوعا بها، فيكون للشهر هذه الحجية المطلقة⁽³⁾.

بذلك يعاب على هذا النظام ما يلي:

- أنه لا يعطي المتصرف إليه ضمانات بثبوت الحق المتصرف فيه له بصفة نهائية، بل يعرضه للمنازعة في أي وقت وللحكم بزوال هذا الحق⁽⁴⁾ لأن الشهر في هذا النظام ليس من شأنه أن يظهر عيوب العقد فالعقد المشهر يظل عرضة للطعن وطلب الإبطال لأي سبب من أسباب البطلان⁽⁵⁾. الشهر لا يظهر عيوب التصرف، فالتصرفات تشهر بحالتها دون التحري عن صحتها، فإذا كانت صحيحة بقيت صحيحة وإذا كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت معيبة أو مزورة فالشهر لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصح عقدا باطلا⁽⁶⁾.

(1) د. إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 29 وأيضاً د. محمد لبيب شنب، دراسات في قانون السجل العيني المصري، معهد البحوث والدراسات العربية مصر، 1974، ص 6 وأيضاً د. عبد الله محمد إسماعيل علام، الحيازة في العقار، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2001 ص 230.

(2) المستشار معوض عبد التواب، السجل العيني علما وعملا، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989، ص 15.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، 1958، ص 435.

(4) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 04 .

(5) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 25.

(6) د. محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 1978، ص 52.

- إن الاستكشاف في السجلات عن حالة عقار معين يقضي أن يكون المستكشف متحققاً من شخص المالك الحقيقي لهذا العقار وعارفاً اسمه واسم أبيه وجده بالكامل وأسماء المالكين السابقين الحقيقيين الذين تداولوا هذا العقار خلال المدة المطلوب الكشف عنها، أي أنه يلزم أن يكون الطالب قد اطلع على مستندات ملكية من يريد التعامل معه وفحصها وتحقق من سلامتها وكفايتها بالنسبة إلى مستندات ملكية من تلقى ذلك الشخص الملكية عنهم خلال مدة لا تقل عن خمسة عشرة سنة وهي مهمة شاقة وطويلة⁽¹⁾.

- يعاب على نظام الشهر الشخصي كونه لا يسهل معه عمل حصر شامل للملكية العقارية، مما يفوت على الدولة مبالغ كبيرة ناتجة عن فرض الضرائب على الملكية العقارية⁽²⁾.

لذلك يرى بعض الفقه، أن عدم وجود نظام للشهر كنية أفضل من الشهر الشخصي، لأن عدم وجوده يدعو الناس دائماً للحذر، بينما يخل بقاؤه بالثقة في التعامل⁽³⁾.

ويرى الدكتور علي نجيدة في هذا الصدد بأنه سوف يتضح فيما بعد أن كثير من عيوب الشهر الشخصي ليست قاصرة عليه، بل يشاركه فيها نظام الشهر العيني الإداري خاصة ما يتعلق منها عدم تطهير الشهر لسند التصرف وإمكانية إبطال هذا السند وما يترتب عليه من شهر. يرجع إصاق الفقه هذا العيب بنظام الشهر الشخصي إلى عدم الدقة في التفرقة بين السجل العيني الإداري الذي يشرف عليه موظف إداري والسجل العيني القضائي الذي يشرف عليه قاض خاص وهذا بأن التسجيل في سجل العقاري يمكن الحكم بزوال أثره بزوال السند الذي ارتكن إليه فهو لا يصح العقد الباطل ولا يجعل غير المالك مالكا ويستوي هذا القول في نطاق الشهر الشخصي أو الشهر العيني⁽⁴⁾.

رغم ما أخذ على نظام الشهر الشخصي من عيوب فقد أخذت به فرنسا، إيطاليا، بلجيكا هولندا الكويت، الجزائر التي لا يزال العمل به فيها جارياً حتى الآن رغم صدور الأمر رقم: 74/75 المتعلق بالمسح العام وتأسيس السجل العقاري، لارتباط هذا الأخير بأعمال المسح العام التي لازالت جارية.

(1) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 04 - 05.

(2) د. سليمان مرقس، عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، 1980، ص 277 وأيضاً د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 45.

(3) د. منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 317 وما بعدها وأيضاً د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 17.

(4) د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 06.

المطلب الثاني نظام الشهر العيني

نظام الشهر العيني هو المعروف باسم نظام السجل العيني أو العقاري، فلا يكون الشهر فيه على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات، بل على أساس العقارات ذاتها، بمعنى أن السجل الذي يتم فيه الشهر لا يمسك بحسب أسماء الأشخاص بل بحسب أرقام العقارات، فتخصص فيه صفحة لكل عقار يثبت في أولها اسم مالكة وقت إنشاء السجل أو اسم أول متصرف إليه بعد إنشاء السجل ثم يثبت منها بعد ذلك أولاً بأول كل ما يرد على هذا العقار من تصرفات واجبة الشهر⁽¹⁾ بحيث يكفي لمن يريد التعامل في عقار أن يطلع على صحيفته العينية لكي يعرف بكل دقة كل ما يود معرفته عن هذا العقار، كإسم مالك العقار والتصرفات التي وقعت منه على عقاره وما يتقل هذا العقار من الحقوق والأعباء ليقدم على التعامل وهو مطمئن، ولا يتم التسجيل في الصحيفة العينية إلا بعد التحري عن طبيعة التصرفات المراد تسجيلها، والتثبت من خلوها من كل ما يمنع تسجيلها. فيتم التأكد من موقع العقار ورقمه ونوعه الشرعي وماهيته ومساحته، ومن هوية المتصرف وأهليته، ثم من ملكيته للعقار المتصرف به، فإذا وجد أن التصرف صحيحاً جرى تسجيله وإذا وجد معيباً، امتنع عن التسجيل⁽²⁾ ويتم التسجيل، ينتقل الحق العيني من المتصرف إلى المتصرف له، فالتسجيل وليس العقد أو التصرف هو الذي ينقل الحق العيني .

وينتقل الحق العيني بالتسجيل حتى ولو كان التصرف معيباً، لأن التسجيل يطهر عيوب التصرف⁽³⁾ وهذا أمر طبيعي طالما أن التصرفات التي تشهر في ظل هذا النظام لا يتم شهرها إلا بعد التحري عن صحتها تحرياً بالغاً فتشهر إن كان التصرف صحيحاً ويمتنع عن شهرها إن كان معيباً.

يتطلب الأخذ بهذا النظام أولاً وقبل كل شيء مسح عقارات البلد وتحديد موقع كل منها ومساحته وأطواله وبيان حدوده وتعيين مالكة تمهيداً لإعطاء كل منا رقماً خاصاً وتخصيص إحدى صفحات السجل له، وهذا العمل يقتضي وقتاً طويلاً ونفقات باهظة⁽⁴⁾.

ولذلك فإن الفقه ينفق هموماً على أن نظام الشهر العيني يتلافى ما في النظام الشخصي من عيوب فهو يجعل من أشهر الحق على اسمه في مأمن من أية منازعة ويغدو صاحباً للحق الذي تم إظهاره بصفة نهائية⁽⁵⁾.

(1) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 05.

(2) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 26.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 435 .

(4) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 05 - 06 .

(5) د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 07.

يتمتع نظام الشهر العيني بمزايا عديدة وله عيوب ومآخذ يتم عرضهما فيما يلي:
ومن ثم يقسم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: مزايا نظام الشهر العيني.

الفرع الثاني: عيوب نظام الشهر العيني.

الفرع الأول

مزايا نظام الشهر العيني

تتمثل مزايا هذا النظام في:

- توفيره الطمأنينة لكل من تعامل على العقار وفقا للقيود والبيانات المدونة في السجل العقاري، لما يضيفه على هذه القيود والبيانات من حجية كاملة⁽¹⁾ كما أن القيد يطهر العقد من العيوب التي كانت تشوبه، فلا يجوز الطعن فيه بالبطلان أو لأي سبب آخر حتى ولو كان التصرف الذي تم قيده في السجل العقاري صادرا من غير مالك العقار، فإن من شأن القيد نقل الملكية نظرا للقوة المطلقة العائدة له⁽²⁾.

- تجنبه العيوب والأخطار التي قد تتجم عن تشابه الأسماء، باعتماده العقار أساسا للتسجيل في السجل العقاري، وليس اسم المالك أو صاحب الحق العيني⁽³⁾ كما يؤدي هذا النظام إلى تبسيط الإجراءات وسرعتها والتناسق بينها والى وضوح تام في قيود السجلات⁽⁴⁾.

- صونه - مبدئيا- الحقوق العينية العقارية من خطر اكتسابها بمرور الزمن (التقادم) لأن مرور الزمن لا يسري على الحقوق المسجلة في السجل العقاري⁽⁵⁾ ولأن السجل العيني لا يأخذ بالتقادم كوسيلة لكسب الملكية والحقوق العينية وفي ذلك حماية للملكية العقارية ووقاية لها ضد المغتصبين والمعتدين عليها⁽⁶⁾ غير أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قضت بعدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العيني، من حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل تأسيسا على إخلال هذا النص بالحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية⁽⁷⁾.

(1) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 27.

(2) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 13.

(3) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 27.

(4) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 13.

(5) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 27 وأيضا أمين بركات سعود، شرح التشريعات العقارية السورية، دراسة مقارنة

دون دار نشر، 1994، ص 154.

(6) مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 12.

(7) د. عصام أنور سليم، التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني، منشأة المعارف، 2002، ص 9.

- من شأن هذا النظام ضبط مساحة العقار، فيضمن عدم إمكان التعدي والاستيلاء على أي جزء منه نظراً لتحديده ومسحه ورسم خريطة له يتم التسجيل على أساسها، يكون من شأنه بالتالي الحد من المنازعات التي تثور بين الجيران بصدد الحدود⁽¹⁾.

- هذا النظام يؤدي إلى استقرار الملكية العقارية وتوفير الثقة بها، مما يشجع على التعامل في العقارات ويعزز الائتمان العقاري. ولا يخفى ما لذلك من أثر في إنماء وازدهار الثروة العقارية وتنشيط الحركة الاقتصادية⁽²⁾ ويسهل بذلك على المالك الحصول على الائتمان المطلوب، فينال القروض التي يحتاج إليها في مقابل رهن العقار أو إنشاء تأمين عليه.

- إن سند الملكية في نظام السجل العيني هو شهادة أو صورة من الصحيفة العقارية أي أن لسند الملكية مصدراً واحداً تستخرج منه وهو الصحيفة العينية الخاصة بالعقار وبالتالي فإن الشهادات أو الصور التي تأخذ من هذه الصحيفة العقارية لا بد من أن تكون مطابقة⁽³⁾.

يظهر من خلال هذه المزايا التي يتمتع بها نظام الشهر العيني يفوق نظام السجل الشخصي في تحقيقه للهدف المقصود من الشهر بصفة عامة وهو توفير الثقة بالملكية العقارية، وما يترتب على هذه الثقة من تسهيل تداول العقارات، وتشجيع الائتمان العقاري ولذلك نجد الدول التي تتجه إلى الأخذ بهذا النظام، وإن كان بعضها لا يزال يطبق نظام الشهر الشخصي، فليس لاقتناعها بأفضلية هذا النظام بل لأن الأخذ بنظام الشهر العيني مرتبط بعملية المصلحة العامة الذي يحتاج إلى الكثير من الإمكانيات المالية والعينية والإدارية والتي لا تتوفر لدى الكثير من الدول وخاصة النامية منها.

(1) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 14.

(2) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 27.

(3) مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 12.

الفرع الثاني عيوب نظام الشهر العيني

يعاب على هذا النظام ما يلي:

- ان الإجراءات الأولية الواجب اتخاذها من أجل إشهار الحقوق العينية العقارية، تستدعي الكثير من الوقت وتتطلب تكاليف مالية باهظة لأن الأخذ به يقتضي عمل مسح شامل لجميع الأراضي وإجراء تحقيق لإثبات صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل عقار تمهيدا لإثباتها في السجل العقاري⁽¹⁾.
- يتطلب هذا النظام إنشاء بطاقة عقارية لكل عقار على حده ، سواء كان هذا العقار ريفيا أو حضريا ومجموع هذه البطاقات تشكل ما يعرف بالسجل العقاري، غير أن إنشاء هذه البطاقات وعملية تنظيمها وجمعها، يتطلب ميزانية ضخمة من خزينة الدولة وهذا ما زاد في تأخر تفعيل هذا النظام⁽²⁾.
- يؤخذ على هذا النظام أنه يضحى بمصلحة المالك الحقيقي لصالح مكتسب العقار وبذلك يتعارض مبدأ القوة الثبوتية المطلقة مع مبادئ العدالة⁽³⁾.

(1) د. ابراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1977، ص 54 وما بعدها وأيضا د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 21 وأيضا مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003، ص 20.

(2) د. خالد رمول، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، 2001، ص، 25.

(3) د.علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 07 وأيضا د. محمد سعد خليفة، ص 21.

المبحث الثالث

التطور التاريخي لنظام الشهر العقاري

لقد تطور الشهر العقاري على مر العصور حتى أصبح الآن وسيلة لتحقيق الثقة العامة وتسهيل تداول العقارات، وهاتان الغايتان لا يقوى على تحقيقهما إلا نظام الشهر العيني والذي لا مناص لفهم أحكامه إلا بتقصي مصادره والبحث عن جذوره الضاربة في أطناب التاريخ.

أعتقد انه لا يمكن فهم أي نظام عقاري ما لم تتبلور في الذهن صورة واضحة عن المراحل التي مرت بها الأنظمة العقارية المختلفة والأوضاع التي كانت تسود كل مجتمع إذ لم يأخذ أي نظام عقاري شكله الكامل دفعة واحدة، بل نشأ وتطور بالتدرج وفقا للمراحل المذكورة أدناه. من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: الشهر العقاري في العهد الروماني والعصور القديمة.

المطلب الثاني: الشهر العقاري في العصور الوسطى.

المطلب الثالث: الشهر العقاري في العصر الحديث.

المطلب الأول

الشهر العقاري في العهد الروماني والعصور القديمة

عرف الإنسان فكرة الشهر العقاري، منذ أقدم العصور، ففي كل عصر من عصور التاريخ، كان التصرف بالأرض يخضع لإجراءات شهر معينة ترمي إلى تثبيت الملكية لأصحابها، وحماية التعامل بها من الغش والخداع⁽¹⁾.

في العصر القديم كان الإنسان جزءا مندمجا في الجماعة (عائلية على الأقل) وكانت الملكية هي ملكية الجماعة التي كانت تعنى بعدم انتقالها إلى يد أجنبية عن هذه الجماعة⁽²⁾، ففي العصور القديمة يوم كانت الأرض موزعة بين الأسر لم تكن الأرض قابلة للانتقال إلا بموافقة جميع أفراد الأسرة، وكان لكل واحد من هؤلاء حق الاعتراض (الفيتو) على عملية الانتقال. وكان الانتقال يتم بعد الموافقة عليه بصورة علنية على مرأى ومسمع جميع أهل القبيلة أو العائلة⁽³⁾.

(1) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 29 .

(2) د. منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 23.

(3) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 15.

في عهد الرومان كان انتقال الملكية لا يتم إلا بطرق ثلاث وهي: الإشهاد Mancipatio، الدعوى الصورية Injure cessio، تسليم Traditio (4).

لقد توصل الرومان منذ زمن بعيد إلى الملكية الفردية على العقارات، وكلما أريد التصرف في شيء من الأموال النفيسة Res menciipi كان يلزم إتباع طريق الإشهاد (2).

لقد ورد النص على الإشهاد في الألواح الاثني عشر، وهو إجراء يتم بالسبيكة والميزان (3) وهو عملية رسمية لنقل الملكية يتمثل في احتفال يحضره المتصرف والمتصرف إليه وحامل الميزان وخمسة شهود من المواطنين الرومان البالغين وتبدأ إجراءات الإشهاد بأن يقوم المتصرف إليه بإمسك ما يرمز إلى العقار موضوع التصرف بين يديه، ثم يصوب الميزان بالبرونز ويسلمها إلى المتصرف باعتبارها ثمنا للمبيع.

أما المتصرف نفسه فكان يقف موقفا سلبيًا (4) بمعنى أن إتمام هذه الشكلية الجوهرية هو الذي كان ينقل الملكية وبدونه كان يظل عقد البيع دون أي اثر (5).

لكن لهذه الطريقة عيوبها فالإجراءات العلنية غير كافية، وفي الوقت نفسه تستلزم انتقال البائع والمشتري بنفسهما إلى مكان العقار، فإذا لم يكن ميسورا لأحدهما الانتقال لمانع عارض أو لبعد موقع العقار فلا يجوز لأحدهما أن ينيب عنه وكيلًا في الحضور وبالتالي فلا يقع البيع (6).

أما الدعوى الصورية "In jure cessio" فهي طريقة أخرى لنقل الملكية الرومانية وبمقتضاتها يتفق البائع والمشتري على أن يقيم المشتري ضد البائع دعوى صورية يدعي فيها بملكية العقار المبيع فيوافقه البائع على ذلك، ويصدر حكم القاضي بإثبات الملكية للمدعي، وبذلك تنتقل الملكية إلى هذا الأخير.

لقد كثر استعمال هذه الطريقة لكونها الطريقة الوحيدة لجرد الحقوق العقارية كحق الارتفاق، إلا أن هذه الطريقة لها نفس عيوب الطريقة الأولى فلا يجوز فيها الإنابة وكان يجب انتقال القاضي إلى مكان العقار (7).

(1) PIEDELIEVRE Stéphane, la publicité foncière, L.G.D.J, 2000, P 08.

(2) د. منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 24.

(3) د. عبد المنعم البدرابي، أصول القانون المدني المقارن، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1970، ص 140.

(4) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 30.

(5) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 15.

(6) د. محمد عبد اللطيف، الشهر العقاري (دراسة قانونية في التشريع المصري والمقارن)، مطبعة صلاح الدين الإسكندرية، الطبعة الأولى 1947 ص 02.

(7) د. محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 02 - 03.

أما انتقال الملكية بالتسليم Traditio فلم تكن تتم بإجراءات شكلية رسمية كما هو الشأن في الإشهاد والدعوى الصورية، بل كان يتم بمجرد تسليم العقار إلى المشتري، وكان التسليم في البداية يقتضي أن يصطحب الناقل من يريد اكتساب الملكية ويمر به في جميع أجزاء العقار وبذلك كان يتحقق التسليم الفعلي⁽¹⁾.

ولأجل نقل الملكية لا بد من القيام بعمليتين الأولى هي إبرام العقد بين الطرفين (المالك القديم والمالك الجديد) ثم إجراء عملية التسليم (Traditio) لأجل نقل الملكية بصفة فعلية، هذه الشكلية هي بسيطة ولكن تبدو مزعجة عندما يتطلب الأمر نقل الملكية حالا دون التمكن من إجراءات عملية التسليم في ذات الوقت لكون المبيع بيد الغير، ولهذا السبب ظهرت ضرورة ملحة لتبسيط إجراءات التسليم بعدم اشتراط تسليم المبيع ذاته وإنما يكفي تسليم شيء رمزي للدلالة على ذلك، مثال ذلك تسليم المفاتيح لدلالة على تسليم العقار المبيع Traditio longa manu أو اليد الطويلة la tradition de longue main، كما انه في حالة عدم تمكن البائع من تسليم العين المباعة إلى المشتري لكونها في حيازته أصلا لا كمالك وإنما بصفته منتفعا بالشيء أو بصفته مستأجرا له، ففي هذه الحالة يتم الإشهار عن طريق Traditio brevis manu أو La tradition de brève main، دون حاجة إلى نقل الملكية وإنما يتم تأكيد ذلك عن طريق العقد أو عن طريق تغيير الصفة⁽²⁾.

بذلك يظهر بأنه لم يكن انتقال الملكية في القانون الروماني يتم بموجب الاتفاق الذي لا يرتب أي أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير، إلا من خلال إجراءات التسليم تنفيذا للاتفاق المبرم بين طرفي الالتزام وفي انتظار إتمام إجراءات التسليم، فإنه لا يترتب في ذمة المتصرف بموجب عقد بيع أو عقد يليه، إلا التزامات شخصية فلا يتمتع المشتري أو الموهوب له إلا بدعوى شخصية ضد البائع أو الواهب الذي يستمر ويبقى حائزا للمبيع ويترتب على ذلك أنه قبل إجراء عملية التسليم أن لدائني المتصرف والمتصرف إليه ممارسة حق التتبع ضد الشيء المباع، وفي حالة توالي البيوع، فإن الأفضلية تكون لمن قام بإجراءات التسليم حتى ولو كان سنده لاحقا في التاريخ بالنسبة للتصرفات السابقة⁽³⁾.

يلاحظ مما سبق، أن جميع هذه الطرق لنقل الملكية وبخاصة الإشهار والدعوى الصورية كانت تتم بإجراءات شكلية فيها من العلنية ما يكفل استقرار الملكية، ومنع الغش والتحايل في التعامل في العقار.

⁽¹⁾ القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص30.

⁽²⁾ LARROUMET Christian , Droit civil , les biens (droits réels principaux), 3^e éd, T2 , DELTA, 1998, P 208 – 209.

⁽³⁾ AUBRY-RAU par BARTIN, cours de droit civil français, 6^e éd , T2, librairie marchal, 1935,P 388-389 .

وبذلك فقد انفرد القانون الروماني عن غيره من القوانين القديمة بالطرق المذكورة أعلاه والتي تطورت تطورا هاما عبر عدة قرون، وكان القانون الروماني قد حقق انتشارا واسعا في كثير من البلدان المختلفة في الماضي ومازال يحتل مكانة تاريخية هامة لكثير من القوانين الحديثة المعاصرة. وعن الحكمة التي دفعت بالرومانيين إلى ضرورة اشتراط هذا الطريق الرسمي لنقل الملكية، فقد قيل بأن الحكمة في ذلك ترجع إلى الرغبة في حماية المتعاقدين من جهة، وذلك بتبنيهم إلى خطورة العمل الذي يقومون به وإلى الرغبة في حماية الغير، إذ أن في هذه الإجراءات إعلانا للغير بالتصرف ولا شك في صحة هذا القول وفي أن إجراءات نقل الملكية يحقق علانية التصرف. ولكن يبدو حسب الدكتور محمد خيربي أن السبب في اشتراط هذه الإجراءات المعقدة كان يرجع إلى تعذر تصور الأفراد انتقال العقار من شخص إلى آخر بمجرد الاتفاق⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الشهر العقاري في العصور الوسطى

لم يتغير الوضع كثيرا عما كان عليه من قبل، فبعد أن كانت الأرض موزعة بين الأسر والعشائر أصبحت موزعة بين الأسياد والإقطاعيين. وبعد أن كانت مجرد مصدر للرزق في الأسرة أصبحت مظهرا من مظاهر السلطة والجبروت في النظام الإقطاعي⁽²⁾.

لقد كان الأسياد *Les seigneurs* يسيطون سلطاتهم على الأراضي ويتشددون في المحافظة عليها ولم يكن جائزا انتقال الأرض من شخص لآخر إلا بعد الحصول على موافقتهم وكان البيع يخضع لمراسيم صعبة من شأنها الحؤول دون تسرب الأراضي إلى الغرباء. وقد ساعدت هذه المراسيم فيما بعد على شهر الانتقال وعلى منع الغش والاحتيال في التعامل بشأن الأرض، فلا يستطيع المالك مثلا الإقدام على بيعها مرتين⁽³⁾.

(1) د. محمد خيربي، الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة الأولى، 1986، ص 19.

(2) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 32.

(3) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 16 وأيضا أمين بركات سعود، المرجع السابق، ص 155.

المطلب الثالث

الشهر العقاري في العصر الحديث

بعد أن زالت سلطة الأسياد والإقطاعيين واستمرت الملكية العقارية بين أيدي الأفراد يتصرفون بها كيف يشاؤون⁽¹⁾ وخضعت تبعا لذلك لقانون العرض والطلب وتحرر انتقال الملكية من القيود والإجراءات الشكلية السابقة، وأصبحت الملكية تنتقل بمجرد الاتفاق والتراضي إلا أن هذا الوضع خلق حالة جديدة من عدم الاستقرار، وأصبحت الملكية العقارية عرضة للمنازعات المختلفة. فقد يقدم المالك على بيع أرضه أكثر من مرة دون أن يتمكن المشتري من العلم بالبيع السابقة على عقده، وقد يكون البائع مجرد مالك ظاهري يتصرف بالأرض بصفته مزارعا أو مستأجرا أو شريكا يعمل لحسابه أو حساب شركائه، ولا يكون لدى المشتري وسيلة يقف بواسطتها على حقيقة يده على الأرض.

لذلك كان المشتري مضطرا لأن يجري تحقيقا دقيقا قبل إقدامه على شراء الأرض. وغالبا ما كان يضطر لأن يستند إلى ظاهر الحال، ولكنه كثيرا ما كان يحجم عن إدخال أي تحسين على الأرض خوفا من أن يتفاجأ بظهور المالك الحقيقي للأرض، فتنزع يده، وتضيع جهوده، ويخسر ما يكون قد أنفقه على التحسين⁽²⁾.

وفي سبيل القضاء على حالة عدم الاستقرار هذه، تبنت غالبية الدول نظام الشهر العقاري بهدف القضاء على أعمال الغش وتعزيز الثقة في التصرفات المشهورة، وأهمها ما جاء به القانون الفرنسي القديم ونظام تورنس في استراليا وأخيرا ما توصل إليه النظام الجزائري بتبنيه لنظام السجل العيني بعد تخليه تدريجيا عن نظام الشهر الشخصي المستمد من النظام الفرنسي. ومن ثم يقسم المطلب إلى :

الفرع الأول: نظام الشهر العقاري في القانون الفرنسي القديم.

الفرع الثاني: نظام الشهر العقاري في استراليا (نظام تورنس).

الفرع الثالث: نظام الشهر العقاري في الجزائر.

(1) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 17.

(2) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 34 - 35.

الفرع الأول

نظام الشهر العقاري في القانون الفرنسي القديم

لقد انتقلت أحكام القانون الروماني فيما يتعلق بانتقال الملكية إلى القانون الفرنسي القديم، فكان البيع وحده لا ينقل الملكية ولا يرتب التزاما بنقلها، بل لا بد أن يصحبه القبض والاشهاد والتنازل القضائي. إن تطور القانون الفرنسي القديم أدى إلى أن يكون البيع سبيلا غير مباشر لنقل الملكية، لا لأنه كان يرتب التزاما بنقل الملكية، بل لأن التعامل قد جرى على أن تنتقل الملكية للمشتري بالقبض، ثم ألف الناس أن يجعلوا هذا القبض أمرا صوريا، فكانوا يكتبون في بيوعاتهم أن القبض قد تم، فكان من وراء هذا القبض الصوري أن تنتقل الملكية إلى المشتري والمفروض أنها انتقلت بالقبض والواقع أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد لا غير، على أن حصول القبض ما لبث أن أصبح هو أيضا شرطا مألوفا في عقد البيع⁽¹⁾.

ظلت التصرفات العقارية في القانون الفرنسي القديم مستثناة من أي تسجيل أو شهر حيث كان يكفي بالشرط المدرج في عقد البيع بنقل الملكية بين المتعاقدين.

يلاحظ أن هذا التسلسل التاريخي لنظام الشهر العقاري في فرنسا وغيرها من البلدان لم يكن في بدايته ولا حتى خلال مراحل المتعاقبة يميز بين الشهر العيني والشهر الشخصي، بل لم تظهر معالم كل منهما إلا في أواخر القرن الثامن عشر حيث ظهرت معالم الشهر الشخصي في فرنسا وهذا بصدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804 والذي استبعد التصرفات الناقلة للملكية من أحكام الشهر العقاري والذي اختصرت أحكامه على الهبات والاستبدالات الوصائية والرهن⁽²⁾.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 408.

(2) MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), op.cit, P 601.

استمر الحال على هذا النحو إلى أن صدر قانون الشهر العقاري الفرنسي الصادر بتاريخ: 1855/03/23 والذي اخضع جميع التصرفات الناقلة للملكية العقارية للشهر سواء أكانت تتعلق بحقوق قابلة للرهن العقاري كحق الملكية أم كانت غير قابلة للرهن العقاري كحق الارتفاق والاستعمال والسكنى وسواء أكانت هذه التصرفات تتم بعوض كالبيع العقارية أم بدون عوض كالهبات العقارية⁽¹⁾، وأخيراً صدر المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 الذي انتقى غالبية أحكامه من قانون الشهر العقاري الصادر سنة 1855، حيث أدخل المرسوم الأخير تعديلات جوهرية على نظام الشهر الشخصي بفرنسا محاولة منه التوفيق بين النظام الاسترالي الذي يأخذ بالتسجيل العيني وبين النظام الذي يأخذ بالشهر الشخصي.

الفرع الثاني

نظام الشهر العقاري في استراليا (نظام تورنس)

لقد لاحظ روبرت ريشار تورنس الذي كان أميناً عاماً للعقود في جنوب استراليا، أن الأراضي كانت تصل إلى أصحابها بطريقتين: إما بمنحة من الحكومة وإما بطريقة عادية أي بالبيع والهبة أو الوصية وما نحو ذلك. وبالنسبة للطريقة الأولى، كانت الحكومة تقيد في دفاتها أسماء من تمنحهم الأراضي، وفي حال الخلاف حول ملكية إحدى الأراضي كان يسهل عليها بالتالي تحديد المالك بمراجعة قيود دفاتها. أما بالنسبة للطريقة الثانية، فكان يتعذر في حال الخلاف على ملكية الأرض تعيين المالك الحقيقي لها. فسعى تورنس عندئذ إلى جعل جميع الأراضي المملوكة للأفراد في وضع مماثل للأراضي الممنوحة من الحكومة حيث يسهل التعرف على مالكيها. وكان تورنس مطلعاً على نظام ملكية السفن البحرية بحكم وظيفته السابقة كمراقب في إدارة الجمارك، وما يفرضه هذا النظام من قيد أسماء مالكي السفينة في سجل خاص في ميناء التسجيل كي تقرر الملكية لهم. وقد سعى تورنس إلى إصدار قرار مماثل بالنسبة إلى الأراضي⁽²⁾.

وتتميز طريقة تورنس بأنها سهلت إجراءات نقل الملكية وسائر الحقوق العينية العقارية، فإذا أراد المالك أن يتفرغ عن الملكية لشخص آخر مثلاً وجب عليه وعلى المتفرغ له أن يملأ نموذجاً مطبوعاً وأن يوقعه هذا النموذج بحضور أمين السجل العقاري الذي يقوم بعد التثبت من صحة الإمضاء وأهلية الفريقين بتسجيل الملكية على اسم المتفرغ له في الصحيفة العلنية للعقار وفقاً لمضمون العقد ثم ينقله على سند الملكية بعد أن يلغي القيود السابقة المعارضة للقيد الجديد.

⁽¹⁾ WEILL Alex, Droit civil, les suretés la publicité foncière, DALLOZ, 1979, P 550.

⁽²⁾ د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 19 وأيضاً د. محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 10 وأيضاً د. محمد خيرى، المرجع السابق ص 39 وأيضاً أمين بركات سعود، المرجع السابق، ص 156.

تتمتع قيود الصحيفة العينية بقوة ثبوتية تامة. فباستثناء دعوى إبطال التسجيل الحاصل بنية الخداع وباستثناء دعوى الاسترداد التي يقيمها من يحمل سنداً سبق تسجيله، يصبح صاحب الحق بمأمن عن كل دعوى أو منازعة⁽¹⁾.

ومع ذلك يرى البعض أن نظام السجل العيني لتورنس فقد عرف في فرنسا قبل الثورة الفرنسية⁽²⁾ ويرى البعض الآخر أن العرب قد عرفوه في وقت معاصر لظهور نظام تورنس⁽³⁾.

هذا النظام أخذت به ألمانيا وسويسرا وأخذت الدولة العثمانية أيضاً بهذا النظام، وعرف باسم "الطابو" وبقي النظام في البلاد العربية التي كانت جزءاً من الدولة العثمانية، فلا يزال نظام الطابو قائماً في العراق وفي سورية وفي لبنان وقد عدلته تشريعات كثيرة بعد أن استقلت هذه البلاد⁽⁴⁾.

يعتمد نظام تورنس على مبادئ أساسية تعطيه خصوصية، وترتكز كل البلدان التي تأخذ به على هذه المبادئ على الرغم من الاختلافات البسيطة التي أدخلتها بعض هذه البلدان على قوانينها العقارية تبعاً لأوضاعها العقارية⁽⁵⁾.

ومن المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني أذكر ما يلي:

أولاً: مبدأ التنظيم العيني:

يقوم نظام الشهر العيني على أساس التنظيم العيني للعقارات بحيث ينظم لكل عقار رسم خاص به يتضمن رقمه الخاص واسماً يتميز به، وخريطة تبين حدوده ومساحته ومعالمه بكل تدقيق. يعتبر هذا الرسم بمثابة الحالة المدنية للعقار⁽⁶⁾ وبهذا فهو نظام عيني يتسم بالتنظيم الدقيق للعقار ذاته (خلافًا لنظام التسجيل الشخصي الذي يعتمد على أسماء الأشخاص).

يُمكن نظام الشهر العيني من تجنب العيوب والأخطار التي تتجم عن تشابه الأسماء كما أنه لا يفرق بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق التبعية من حيث طريق الشهر⁽⁷⁾.

(1) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 39 وأيضاً د. محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 11.

(2) د. منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 37.

(3) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 19.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 438.

(5) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 41.

(6) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 41 وأيضاً د. علي بن عزان بن علي الهشامي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري (دراسة مقارنة بين

القانونين المصري والعماني)، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2009، ص 44.

(7) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 28.

ثانياً: مبدأ مشروعية التسجيل:

إن هذا المبدأ يهدف إلى التحري والتدقيق قبل إجراء أي تسجيل حتى لا يقيد في السجل العقاري إلا الحقوق المشروعة والتي تستند إلى سبب صحيح⁽¹⁾.

تقرير مبدأ المشروعية ناتج من أن إجراءات القيد في السجل لا تكون إلا بعد المراجعة والفحص الدقيق لكافة المستندات التي يجرى على أساسها القيد، بحيث لا تقيد إلا الحقوق المشروعة، ووفقاً لهذا المبدأ لا تقيد الحقوق في السجل العيني إلا إذا نشأت أو تقرر بسبب من أسباب كسب الحقوق العينية وإن كان السبب تصرفاً ووجب أن يكون قد سبق شهره، ولا يجوز تغيير أو تبديل في بيانات السجل الخاصة بوحدة عقارية معينة إلا بمقتضى محررات موثقة صادرة ممن يملك التصرف في الحق المقيد بالسجل⁽²⁾.

وحتى يعتبر القيد ممثلاً للمشروعية، توجد إجراءات تهدف إلى شرعية الحق المراد قيده، والتأكد من أحقية صاحب الحق واسمه وأهليته، وما إذا كان التصرف صحيحاً يمكن قيده أو معيماً يتعين رفضه ويقع على عاتق الموثق التأكد من مدى شرعية تلك المحررات ومن ثمة القيد لا يقبل في إثبات الملكية والحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية، فهي الدليل على مشروعية الحق المقيد في السجل⁽³⁾.

إن الغاية من تقرير هذا المبدأ هو إعطاء التصرفات التي تقع بشأن العقارات نوعاً من الاستقرار والثبات⁽⁴⁾ وتكون له حجية مطلقة تصد الباب في وجه كل منازعة أو مطالبة لاحقة⁽⁵⁾.

ثالثاً: مبدأ القوة المطلقة:

يكتسي هذا المبدأ أهمية قصوى في نظام السجل العيني ويعتبر مكملاً لمبدأ مشروعية التسجيل فالتصرف الذي يتم تسجيله بعد التحري عن صحته تكون له حجية كاملة⁽⁶⁾ إذ تنتقل الملكية والحقوق العينية بمجرد القيد ولو علقت بها شائبة، فمن قيد بصفته مالكا أو صاحب حق على الوحدة العقارية كان له ذلك، ولو استند إلى تصرف باطل أو معيب⁽⁷⁾.

(1) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 42.

(2) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 9.

(3) د. إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 44 - 46 و أيضاً د. عبد الله محمد إسماعيل علام، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 234.

(4) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 43.

(5) د. علي بن عزان بن علي الهشامي، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 45.

(6) د. إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 42 وأيضاً د. أحمد خيرى، المرجع السابق، ص 43.

(7) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 33.

إن تقرير القوة المطلقة للقيد توفر الثقة في بيانات السجل العيني وهو من السمات المميزة لهذا النظام وحجر الزاوية فيه، وأي استثناء يرد على ذلك يضعف الثقة الواجب توافرها في السجل العيني⁽¹⁾ وتدفع هذه الميزة بالناس إلى أن يحرصوا على تسجيل عقودهم⁽²⁾.

رابعاً: مبدأ عدم سريان التقادم على الحقوق المسجلة:

يعتبر التقادم (مضي الزمن) من وسائل كسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأصلية الأخرى في معظم الدول التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي. ويتم كسب الملكية بمجرد توافر الشروط التي يتطلبها القانون لتحقيق التقادم وبصفة خاصة توافر الحيابة القانونية واستكمالها المدة التي يحددها القانون وسواء كان التقادم طويلاً أو قصيراً، فإنه يكسب الحائز الملكية والحقوق العينية الأخرى التي يمكن حيازتها بمجرد توافر أركانها دون حاجة إلى شهر ويعلل ذلك بأن قوام التقادم واقعة مادية هي الحيابة الممتدة زمناً معيناً، وهذه الحيابة لا تعتبر تصرفاً قانونياً ولا يثبت بمحررن ونظام الشهر يتطلب بحسب الأصل وجود تصرف قانوني مفرغ في محرر⁽³⁾. يرتبط مبدأ القوة المطلقة للقيد بمبدأ آخر وهو أن القيد يمنع سريان التقادم ضد الحقوق المقيدة في السجل العيني، حيث لا يعتبر التقادم وسيلة من وسائل كسب الحق العيني العقاري، بحيث يصبح من قيد الحق باسمه في مأمّن تام من ادعاءات الغير باكتساب الملكية والحق بوضع اليد، فإذا تم القيد لا يجوز الاستناد إلى التقادم لكسب الحقوق العينية العقارية المقيدة في السجل، فإن القول بتقرير التقادم ضد الحقوق المقيدة أمر يتنافى مع تقرير القوة المطلقة في السجل العيني⁽⁴⁾. فالتقادم المكسب يقترن دائماً بالحيابة، فيجعل الحائز لبعض الحقوق العينية مالكا بعد مرور مدة معينة من الزمن بالتقادم المسقط. ويجعل بعض الحقوق العينية تنقضي إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة كحق الانتفاع مثلاً⁽⁵⁾.

(1) د. إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 43 وأيضاً د. عبد الله محمد إسماعيل علام، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 235.

(2) د. علي بن عزان بن علي الهشامي، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 44.

(3) د. محمد لبيب شنب، دراسات في قانون السجل العيني المصري، معهد البحوث والدراسات العربية، 1974، ص 44.

(4) د. إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 48 وأيضاً د. عبد الله محمد إسماعيل علام، المرجع السابق، ص 235.

(5) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 44.

غير أن القوة المطلقة للقيد في السجل العيني تتطلب قيد جميع الحقوق العينية الواردة على العقار بحيث يترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول. فأي تصرف يقصد به نقل الحق أو تغييره لا يؤدي إلى ذلك إلا إذا قيد وما دام لم يقيد فإن البيانات الواردة في السجل بشأن طبيعة الحقوق الواردة على العقار تكون هي البيانات المطابقة للحقيقة. وإذا كان ليس من طبيعة نظام السجل العيني بصفة خاصة ليس بطبيعة القوة المطلقة ما يتعارض مع الاعتراف بالتقادم سببا لكسب الملكية العقارية، فإن إباحة التملك بالتقادم أو حظره يكون أمرا متروكا للمشرع فإذا قرر المشرع الإبقاء على هذا السبب وإعتراف به ونظمه، وإن رأى أن من المصلحة عدم إجازة التملك بالتقادم حضره واستبعده من وسائل اكتساب الملكية والحقوق العينية الأخرى⁽¹⁾ لذلك قرر المشرع المصري حظر التملك بالتقادم للحقوق العينية المشهورة وهذا بموجب المادة 37 من قانون السجل العيني رقم 146 لسنة 1964 والذي قضي بعدم دستوريته مع أن بعض القوانين التي أخذت بنظام السجل العيني قد اقبلت على التقادم في حدود معينة ومن ذلك القانون الألماني والسويسري فطبقا لنص المادة 927 مدني ألماني يسري التقادم على المالك المقيد إذا توفي أو غاب، بشرط أن يستمر وضع اليد ثلاثين سنة مع إستصدار أمر من القضاء⁽²⁾.

كل هذه الأحكام لم ترد في قوانين الشهر العقاري في الجزائر بمعنى أنه لم يرد أي نص يمنع اكتساب الحقوق المشهورة عن طريق الحيازة والتقادم المكسب، بل أن القضاء أقر اكتساب الحقوق المشهورة بالحيازة إذا استمرت مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع وهذا وفقا لعدة قرارات منها القرار رقم: 423832 المؤرخ في: 16/07/2008⁽³⁾ والذي جاء فيه: "المبدأ: من الثابت قانونا أن كل من حاز عقارا أو منقولا أو حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع. لا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم"

خامسا: مبدأ التخصيص:

يعني هذا المبدأ أن يخصص لكل وحدة عقارية صفحة في السجل العام، تحوي الوصف المادي للعقار وتبين ماله وما عليه من حقوق، ذلك أن أساس القيد في السجل العيني ومحور ارتكازه هو العقار أو الوحدة العقارية إذ يخصص لكل وحدة عقارية صحيفة عينية يقيد فيها جميع التصرفات الواردة على العقار⁽⁴⁾.

(1) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 49.

(2) د. محمد سعد خليفة، الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني رقم: 146 لسنة 1964، دار النهضة العربية 2004، ص 76.

(3) أنظر مجلة المحكمة العليا عدد خاص، الاجتهاد القضائي للفرقة العقارية، الجزء الثالث، 2010، 274.

(4) د. عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 19.

الفرع الثالث

نظام الشهر العقاري في الجزائر

نظرا لحالة الغموض التي عرفتها الملكية العقارية في الجزائر إبان الاستعمار الفرنسي، والتي أثارها مازالت موجودة⁽¹⁾، انتهج المشرع الجزائري نظام الشهر الشخصي المعمول به في فرنسا آنذاك إلى غاية صدور الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الذي تبنى بموجبه نظام الشهر العيني.

لقد شرع المشرع الفرنسي خلال الفترة الاستعمارية في إصدار قوانين وتنظيمات تحكم عملية الشهر العقاري في الجزائر منها القانون المؤرخ في: 29/03/1893 المتعلق بنظام السجلات العينية والذي تضمن تبنى نظام السجلات العينية بدلا عن إجراءات التطهير الجزئية المعمول بها وهو النظام الذي يشبه كثيرا نظام Grundbuch الألماني وإلى نظام تورنس الأسترالي إلا أنه يتضمن بعض الأحكام الخاصة به.

ونتيجة تبنى هذا النظام تمنح القوة الثبوتية للسجلات العقارية، ويكون العقد نافذا بين المتعاقدين بمجرد تبادل الرضا دون حاجة إلى قيده، فلم يوجد القيد إلا للاحتجاج به على الغير سواء تعلق الأمر بنقل الملكية أو تأسيس رهن أو شرط مانع من التصرف ناتج عن عقد ناقل للملكية⁽²⁾.

لقد عملت الدولة الفرنسية على إدخال نظام الشهر العقاري في الجزائر بشكل تدريجي في البداية إذ كانت عملية التحول من النظام الإسلامي إلى نظام الشهر العقاري تتم بشكل اختياري رغم تعلق أحكامه بالنظام العام⁽³⁾، لأن المشكل الذي واجه الإدارة الاستعمارية آنذاك هو نظام الملكية في الجزائر المستلمة من أحكام الدين الإسلامي في تنظيم الملكية بشكل عام لاسيما نظام الخراج، الحبوس والمواريث التي لها تأثير ملم على الملكية العقارية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ د. محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 22.

⁽²⁾ POUYANNE Maurice, propriété foncière en Algérie, Adolphe-Jourdan , ALGER 1900, P 848.

⁽³⁾ POUYANNE Maurice, op.cit, P 855.

⁽⁴⁾ POUYANNE Maurice, op. cit, P xx (introduction) :

“ Personne ne l’ ignore, en effet, dans la colonie : l’ obstacle infranchissable qui empêchera toujours l’ indigène de se rapprocher sérieusement de nous est la religion Islamique : elle n’ a pu être entamée, depuis 70 ans d’ occupation, ni par le contact journalier des Français, ni par le spectacle de leur indifférence religieuse. Cette religion inspire tous les actes de la vie des arabes, et les lois civils ne sont pour eux qui des conséquences des prescription du Coran.

Nous la verrons inspirer les principales institutions de la législation immobilière, la théorie du kharadj, celle du habous, et la loi successorale, dans l’ influence sur le régime de la propriété est immense” .

وأهم المراسيم الصادرة آنذاك، المرسوم رقم: 1190/59 المؤرخ في: 21/10/1959 المتضمن التغيير الجذري لنظام الشهر العقاري في الجزائر والذي حددت مهلة تطبيقه ابتداء من: 01/03/1961 وهذا بموجب المرسوم رقم: 53/61 المؤرخ في: 18/01/1961، علما بأن المرسوم رقم: 1190/59 جاء مطابقا للإجراءات والقواعد التي نظمها المرسوم رقم: 22/55 المؤرخ في: 04/01/1955 المتضمن نظام الشهر العقاري في فرنسا. واستمر الأخذ بنظام الشهر الشخصي بعد الاستقلال عملا بالأمر رقم: 157/62 المؤرخ في 31/12/1962 استنادا إلى استمرار العمل بالتشريعات الفرنسية ما عدا تلك التي تمس بالسيادة الوطنية في الجزائر إلى غاية الاستقلال، لذلك عمدت السلطات الجزائرية إلى إيجاد نظم ووسائل تعمل بواسطةها على حماية الملكية العقارية والحفاظ عليها وهو ما توصل إليه المجلس الوطني للثورة الجزائرية من خلال اجتماعه المنعقد بطرابلس في جوان 1962 حيث أكد على جملة من المبادئ أهمها، الحصر الفوري لكل الصفقات العقارية، ونزع ملكية الأراضي التي تتجاوز مساحتها الحد الأقصى المسموح به ونفس المبادئ تم التأكيد عليها في ميثاق الجزائر لسنة 1962 وما صدر بعده من أوامر ومراسيم تهدف إلى تسيير الأملاك الشاغرة التي تركها المستعمر الفرنسي⁽¹⁾.

لقد تقرر هذه الحماية بصور الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، والذي اشترط ضرورة مراعاة قواعد الشهر بموجب المادة 793 من القانون المدني جاء فيها: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"، واستمر العمل بنظام الشهر الشخصي الذي خلفه المستعمر إلى غاية صدور الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ومراسيمه التنفيذية، والذي أقر باستمرار الأخذ بنظام الشهر الشخصي إلى غاية إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية وهذا ما أكدته المادة 113 من المرسوم رقم: 63/76 التي جاء فيها: "خلافا لأحكام المادتين 19 و 26 من هذا المرسوم وإلى 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. تتضمن مجموعة البطاقات العقارية بطاقات فردية للمالكين، طبقا لنموذج محدد بقرار من وزير المالية."

من خلال ذلك يظهر بأن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني بشكل تدريجي لارتباطه بأعمال المسح العام، متمسكا في ذات الوقت بنظام الشهر الشخصي وهذا بإقراره بمسك بطاقات عقارية شخصية باسم الملاك.

(1) د. خالد رمول، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

القسم الأول

دراسة نظرية لأهم منازعات الشهر العقاري

انتاول في هذا القسم اهم المنازعات التي تثار بمناسبة اعداد السجل العيني وكذا تلك المتعلقة بالحقوق المشهورة، وهي مجرد محاولة لجمع هذه المنازعات وحصرها تمهيدا للقسم الثاني الذي سأتناول فيه الوسائل الاجرائية والموضوعية المتاحة بموجب التشريع الجزائري للفصل في هذه المنازعات. وبذلك سأعرض في الباب الاول من هذا القسم المنازعات المتعلقة بالمسح العام والتحقيق العقاري نظرا للارتباط الموجود بينهما على اعتبار أن التحقيق العقاري هو مسح اختياري بينما المسح العام هو مسح اجباري.

أما في الباب الثاني سأعرض للمنازعات المرتبطة بتأسيس السجل العقاري وكذا تلك المتعلقة بالحقوق المشهورة التي تثار بعد الانتهاء من إجراءات السجل العيني. وعليه سأتناول هذه المنازعات بالدراسة من الجانب النظري ولو انه يصعب الفصل بين الجانب النظري والجانب العملي في هذا النوع من المنازعات نظرا للطبيعة الفنية التي تنتم بها اعمال واجراءات المسح العام وتأسيس السجل العيني في الجزائر. وبناء على ما تقدم يقسم هذا القسم الى :

الباب الأول: منازعات المسح العام والتحقيق العقاري

الباب الثاني: المنازعات المرتبطة بتأسيس السجل العقاري والحقوق المشهورة

الباب الأول

منازعات المسح العام والتحقق العقاري

أحاول في هذا الباب البحث في المنازعات التي تثار أثناء عمليات المسح العام وكذا في تلك التي يثيرها التحقيق العقاري للارتباط الموجود بينهما، وهذا لأن المسح العام يشبه التحقيق العقاري من حيث الهدف ولا يختلفان إلا من حيث أن الأول يتم بصفة إلزامية أما الثاني فيتم بصفة اختيارية سواء كان تحقيقاً فردياً أم تحقيقاً جماعياً.

بناء على ما تقدم يقسم الباب إلى:

الفصل الأول: منازعات المسح العام.

الفصل الثاني: منازعات التحقيق العقاري.

الفصل الأول

منازعات المسح العام

رغبة من الدولة في تطهير المشاكل العقارية الموروثة عن الحقبة الاستعمارية وتمشياً مع النهج الاشتراكي الرامي إلى دعم دور الدولة في تحكّمها في الملكية العقارية تم إصدار الأمر رقم: 74/75 بتاريخ: 1975/11/12 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والذي تم تحديد إجراءاته بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 المعدل والمتمم، غير أنه بالرغم من أن مباشرة أعمال المسح قد بدأت منذ زمن بعيد، إلا أنها لم تنته بعد، بسبب بطء الإجراءات والتكاليف الباهظة التي تتطلبها عملية المسح، الشيء الذي أفرز عدة منازعات بمناسبة إعداد المخططات والوثائق المسحية التي أنيط مهمة الفصل فيها إلى لجنة المسح كمرحلة أولى وهي المرحلة الإدارية ثم إلى الجهات القضائية كمرحلة ثانية قبل إيداعها لدى المحافظة العقارية من أجل إعداد السجل العقاري.

بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى :

المبحث الأول: إجراءات وقواعد المسح العام.

المبحث الثاني: المنازعات التي تثيرها أعمال المسح العام.

المبحث الأول

إجراءات وقواعد المسح العام

تمر عملية المسح بإجراءات معقدة، تبدأ من الإعلان عن أعمال المسح إلى غاية إيداع الوثائق المسحية لدى المحافظة العقارية وتقوم على قواعد وأسس هامة يستوجب معرفتها قبل الخوض في المنازعات التي تثار بمناسبة أعمال المسح العام لما لهذه الدراسة من أهمية .
من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: إجراءات المسح العام.

المطلب الثاني: قواعد المسح العام.

المطلب الأول

إجراءات المسح العام

المسح عملية فنية تتولاها السلطات الإدارية المختصة بغرض التأكد من الوضعية القانونية للعقارات على اختلاف أنواعها وما يترتب عليها من حقوق⁽¹⁾، فهو مرتبط ارتباطا وثيقا بالنشأة الاقتصادية للمجتمعات منذ القدم، لكنه لم يتخذ الصورة أو الأسلوب ذاته في كل المراحل التاريخية إلى أن وصل إلى مفهومه الحالي.

تتطلب عملية مسح الأراضي العام وجوب مسح تراب كل بلدية من بلديات الوطن الواحدة تلو الأخرى وتعيين وتسجيل معطيات في سجلات خاصة تتضمن التكوين الفيزيائي والمادي للأماكن وطبيعة الأرض، هوية المالكين وأصحاب الحقوق العينية على العقارات.

إن الهدف من المسح العام هو إعداد وثائق المسح لكل أراضي البلدية بكل صفاتها وأنواعها وملاكها كما تبين في نفس الوقت تمثيلها البياني والفيزيائي ليشكل كل هذا الجرد العقاري على مستوى إقليم كل البلدية بكل تفاصيل في مكونات قطاع الأراضي.

(1) د. عمار بوضياف، المسح العقاري وإشكالاته القانونية في الجزائر، مقال منشور بمجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، مجلة سداسية متخصصة ومحكمة تصدر عن المركز الجامعي الشيخ العربي تبسي، تبسة، العدد التجريبي، أفريل 2006، ص 30.

ومن خلال هذا الهدف عرف المشرع الجزائري المسح العام بموجب نص المادة 02 من الأمر رقم: 74/75 على النحو التالي: " إن مسح الأراضي العام يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساسا ماديا للسجل العقاري."

وبذلك لا يمكن وضع نظام السجل العيني، الذي شرع فيه بموجب الأمر رقم: 74/75 وما صاحبه من مراسيم تنفيذية ما لم يتم المسح العام للأراضي كخطوة أولى لإنشاء السجل العقاري باعتبار المسح أداة لحصر جميع الملكيات العقارية.

تتمثل إجراءات المسح في تعيين حدود البلديات والملكيات داخل كل بلدية وإجراء تحقيق في الميدان لإبراز أصحاب الحقوق والملاك وإعداد وثائق المسح من مخططات وسجلات تبين العقارات الممسوحة وترقيمها ورسم حدودها، وعند إتمام هذه الإجراءات تبدأ عملية تأسيس السجل العقاري. تعتبر البلدية الوحدة الأساسية لعملية المسح ميدانيا وتكون عمليات مسح الأراضي لأية بلدية موضوع قرار يصدره الوالي وفقا لنص المادة 02 من المرسوم رقم: 62/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، وبما أن عملية المسح تستهدف كل بلدية على حده، فإنه لا بد من تحديد إقليم البلدية ومعرفة الحدود الإقليمية للبلدية على أساس الوثائق الرسمية ووصفها في وثيقة تسمى محضر تعيين حدود البلدية يلحق بها مخطط بياني للحدود.

تقوم الدولة، الولايات، البلديات والهيئات والمؤسسات العمومية بتقديم جميع التوصيات اللازمة فيما يخص حدود ملكياتها، أما العقارات الأخرى فيتم وضع حدودها بمساعدة المالكين لما لهؤلاء من دور في مساعدة وتبوير المحققين بالوضعية القانونية لأملاكهم ولأمالك الجيران. وتعتمد عملية المسح على وثائق مساحية تعد على اثر عمليات التحقيق وكذا تثبيت الحدود وهي كالاتي:

- مخطط المسح " Plan cadastral " وهو يوضح موقع العقار، حدوده، مساحته وكذا جميع المعلومات المتعلقة بالعقار.

- جداول الأقسام " Etats de section " وهي عبارة عن قائمة ترتب مجموعات ملكيات في التسلسل الطبوغرافي أي تبعا لتسلسل أرقام مجموعات الملكية، أين تعين كل مجموعة ملكية رقم الحساب لكل مالك.

- مصفوفة المسح " Matrice cadastrale " وهي عبارة عن جدول مساحي يحتوي كل على المعلومات لكل مالك بما فيها جميع ممتلكاته التي يملكها على مستوى البلدية.

بمجرد الانتهاء من عملية إعداد هذه الوثائق والتي تعكس الوضعية الحالية للممتلكات، يتم المصادقة عليها من قبل اللجنة البلدية بمتابعة عملية مسح الأراضي، وهذا ما أكدته المادة 02 من الأمر رقم: 74/75 التي جاء فيها: "إن مسح الأراضي العام يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساساً مادياً للسجل العقاري". وكذا المادة 12 من ذات الأمر التي جاء فيها: "أن السجل العقاري المحدد بموجب المادة 3 أعلاه، يمسك في كل بلدية على شكل بطاقات عقارية . ويتم إعداده أولاً بأول بإقليم مسح الأراضي على بلدية ما."

إن عملية المسح العام هي عملية هندسية مساحية من اختصاص المديرية الولائية لمسح الأراضي تحت إشراف الوكالة الوطنية لمسح الأراضي والتي أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 89/234 المؤرخ في: 1989/10/29 حسب المادة الأولى منه والتي جاء فيها: "تتأسس مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المدنية وبالاستقلال المالي تسمى الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، وهذه الوكالة هي تابعة إلى وزارة المالية.

وتقدم هذه الوكالة الدعم المادي والمعنوي وتشرف على مراقبة مدى تقدم الأعمال ومطابقتها للنصوص القانونية السارية المفعول في هذا المجال."

نظراً لعدم توافر الفرق الفنية الكافية لمباشرة أعمال المسح في كل مناطق الوطن مرة واحدة ونظراً لما تتطلبه عملية المسح من أموال طائلة، فإنه ارتئي تطبيق هذا النظام بشكل تدريجي يتوافق مع الإمكانيات الفنية والمالية للدولة.

يتم البدء بعملية المسح بموجب قرار من السلطة الإدارية المختصة وينشر بالطرق القانونية لإعلام الجمهور بذلك، لإتمام عمليات المسح العام بطرق فنية وقانونية محددة تكفل سلامة العمليات ونزاهة نتائجها بتمكين المعنيين من الإطلاع على المخططات والوثائق المسحية وكذا الاعتراض عليها بالطرق القانونية لتتمكن لجان المسح من البت فيها في آجال محددة بعد فحصها، كما يمكنها أن تجري توافق بين الأطراف في حالة النزاع وهي الإجراءات التي سيتم تفصيلها فيما يلي.
من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: افتتاح عملية المسح.

الفرع الثاني: الأعمال التقنية لمسح الأراضي العام.

الفرع الثالث: الجهة المكلفة بأعمال المسح العام.

الفرع الأول

افتتاح عملية المسح العام

يعلن عن افتتاح أعمال المسح في كل بلدية بموجب قرار يصدره الوالي المختص، باقتراح تقدمه مديرية مسح الأراضي تبين فيه على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر القرار وفقا لنص المادة 02 من المرسوم رقم: 62/76 والتي جاء فيها: " إن عمليات مسح الأراضي في كل بلدية تكون قرار من الوالي يبين فيه على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر هذا القرار."

يعقب صدور قرار عملية افتتاح عمليات المسح، عمليات نشر واسعة تبدأ بنشره في الجريدة الرسمية وفي مجموع القرارات الإدارية للولاية المعنية وكذلك في الجرائد اليومية الوطنية وكذا إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني المادة 02 الفقرة 02 من المرسوم رقم: 62/76 التي جاء فيها: "... وينشر القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وفي مجموعة القرارات الإدارية للولاية المعنية وكذلك في الجرائد اليومية ويبلغ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني."

يتم إعلام الجمهور بعملية المسح فضلا عن عمليات النشر المذكورة أعلاه بواسطة لصق الإعلانات في مقر الدائرة والبلدية المعنية والبلديات المجاورة وذلك في أجل خمسة عشر يوما (15) قبل افتتاح هذه العمليات المادة 3 من المرسوم رقم: 62/76 التي جاء فيها: " يعلم الجمهور بهذه العملية عن طريق لصق الإعلانات في مقر الدائرة والبلدية المعنية والبلديات المجاورة وذلك في أجل خمسة عشر يوما قبل افتتاح هذه العمليات."

وتلي عملية الافتتاح عدة مراحل تتمثل في المرحلة التحضيرية والمرحلة الميدانية ثم مرحلة التحقيقات العقارية، وهي المراحل التي تدخل ضمن الأعمال التقنية لمسح الأراضي العام موضوع الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الأعمال التقنية لمسح الأراضي العام

تمر الأعمال التقنية لمسح الأراضي بثلاث مراحل، المرحلة الأولى هي المرحلة التحضيرية على مستوى المكتب والمرحلة الثانية هي المرحلة الميدانية، ثم مرحلة التحقيقات العقارية وهذا ما سوف أفصله فيما يلي:

أولاً : المرحلة التحضيرية:

يباشر رئيس مكتب المسح البحث في أول الأمر، في كل الوثائق والمخططات المتوفرة سواء كانت طوبوغرافية أو عقارية أو المتعلقة بالبلدية محل المسح ضمن قائمة تحتوي على مختلف أنواع المخططات التي ترقم وتنسخ على سلم ملائم كما تستخرج صور عنها بحيث يمكن تزويد فرق الميدان بالنسخ الضرورية، كما يجب استكمال هذه القائمة بالمعلومات التي بحوزة المحافظ العقاري والمسجلة في السجل العقاري⁽¹⁾ ومن هنا يمكن تقسيم الأعمال التحضيرية على مستوى المكتب إلي المراحل التالية:

1) جمع الوثائق:

يتعلق الأمر بالوثائق القديمة الموجودة، المتعلقة بالبلدية وهي:

- خريطة على السلم 1/25.000 أو 1/50.000 ؛
- المخططات المشيخية؛
- المخططات النموذجية، قانون 1873 على السلم 1/4000؛
- مخططات الإقليم؛
- مخططات التحقيقات الجزئية أو الكلية مصادق عليها أم لا ؛
- المخططات الخاصة؛
- مخططات الغابات؛
- مخططات وضع الحدود للأراضي في إطار الثورة الزراعية والتي استرجعت فيما بعد؛
- مخططات المستشرات القديمة المسيرة ذاتياً؛
- مخططات المستشرات الفلاحية الناتجة عن إعادة تنظيم المستثمرات الفلاحية؛
- الصور الجوية ب.1/20.000 ؛

(1) أنظر مطبوعة: نظام الشهر العيني، معدة في إطار الملتقى الجهوي حول موضوع العقار الفلاحي بين الحياة والملكية بمجلس قضاء الجلفة بتاريخ: 2010/05/06.

- الصور الجوية المكبرة على السلم 5000/1 والمستعملة أثناء الأشغال المتعلقة بالثورة الزراعية؛
- الوثائق المتعلقة بمجمل عمليات نزع الملكية التي أجريت على مستوى إقليم البلدية؛
- أعمال البحث التي نجم عنها إعداد قائمة لمخططات قديمة بمراجع، عوضا من حفظها، وذلك لغرض استرجاعها عند الحاجة؛
- الوثائق التي تعتبر مفيدة لسير العمليات التي يحتمل إعادتها أو أن نسخا منها تنجز على السلم الملائم، لتزويد الفرقة المكلفة بالعمليات⁽¹⁾.

الوثائق الخاصة بتعيين حدود إقليم البلدية:

يتعلق الأمر بالوثائق المعدة تطبيقا للقانون رقم: 09/84 المؤرخ في: 1984/02/04، المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد، وكذا مخططات الوحدات الإدارية القديمة. تعتبر هاتان الوثيقتان ضروريتان لمعرفة محيط الإقليم البلدي.

الوثائق الأخرى:

هناك وثائق أخرى تعد ضرورية لعمليات مسح الأراضي العام، المتعلقة بالأموال التابعة للدولة والبلديات كما وجدت قبل صدور الأمر المتضمن الثورة الزراعية والأموال التي كانت موضوع نزع ملكية على مستوى البلدية وكذا المخططات الخاصة المتعلقة، بالتنازل، التخصيص والتحويل. توجد هذه الوثائق على مستوى مصالح أملاك الدولة والوكالات الجهوية لمسح الأراضي؛ من جهة أخرى، يجب أن تطلب من مصالح المحافظة العقارية قائمة للملاك الذين لهم حقوقا مشهورة وكذا السجل الجبائي المتواجد على مستوى المصالح الجبائية. هذه الوثائق من شأنها أن تسهل:

- تحديد الملاك ومن ثم استدعائهم؛
- التمييز بين الأملاك المعروف أصحابها، لوجودها في القوائم، غير أنهم لم يحضروا يوم التحقيق وبين تلك التي لم يتمكن من تحديد أصحابها؛
- تقريب المعلومات الناتجة عن التحقيق مع تلك التي أخذت من أرشيف المحافظة العقارية.

(2) إعداد المخطط البياني للحدود:

يتحصل على هذا المخطط بعد إعداد على ورق هيليو غرافي للتصاوير الجوية والاسترجاعات الفوتوغرامميترية.

⁽¹⁾ انظر التعلية رقم: 16 المؤرخة في: 1998/05/24 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري.

إن تركيب كل قسمة مسح الأراضي ينتج من تقطيع ولصق المسحب الهيليوجرافي. بهذه الطريقة تشكل أقسام مسح الأراضي للبلدية، معدة في نسختين تستعمل الواحدة للأشغال الميدانية والأخرى للتحقيق والتحسين.

تؤشر، بعد ذلك، على هذا المخطط الحدود الموجودة في الوثائق القديمة بعد فحصها ومقارنتها بالتساوير الجوية. يتعلق الأمر أساساً:

- الحدود الموضوعية في إطار التحديد الكارتوجرافي للبلدية؛
- أسماء البلديات المجاورة وعند الاقتضاء الولايات والدوائر؛
- حدود القطع الأرضية التابعة سابقة لأحكام الدولة، والبلدية، المحددة طبقاً لقانون مجلس المشيخي؛
- حدود الأراضي المعنية أثناء عمليات تسوية النزاعات الناتجة عن الثورة الزراعية؛
- الحدود المعروفة للغابات وكذا ملحقات الأملاك العمومية؛
- حدود الأراضي التي كانت موضوع تحقيقات طبقاً للقوانين العقارية السابقة؛
- حدود المجموعات ذات طبيعة عرش؛
- حدود المناطق غير القابلة للمسح.
- إعادة التنظيم الفلاحي للقطاع العام.

3) تجزئة البلدية إلى أقسام:

في الوسط الريفي يعتبر جزء من الإقليم البلدي، القسم المسحي، المجزئ في حد ذاته، إلى أماكن مسماة، مبين بطريقة تمكن من نقله حسب سلمه على ورقة مخطط مسح الأراضي ذات شكل (76 سم × 51 سم)

يعتبر المكان المسمى عدد من مجموع ملكية التي تداول السكان تقليدياً على إعطائها تسمية معينة.

تقسيم إقليم البلديات إلى أقسام:

يتم هذا التقسيم باحترام المبادئ التالية:

- يتشكل محيط القسم، من حدود ثابتة كالطرق، والمعابر، أو مجاري المياه الراكدة وكذلك القنوات والجدران... إلخ
- يوصي بعدم تقسيم الأماكن المسماة أو جزء من إقليم يشكل مجموع متجانس (مطار، مصنع أو مجموعة بنايات حضرية)
- يكون اتجاه الشمال موازي لأقل من 10 درجات بالجانب الصغير للورقة.

ترقيم الأقسام:

ترقم الأقسام، بالنسبة لكل بلدية، انطلاقاً من وحدة تصاعديّة بصفة مستمرة. ويعطي رقم (01) للقسم الواقع في شمال غرب البلدية على أن يستمر الترقيم أفقياً في اتجاه الشرق وإلى غاية حدود البلدية، ثم نحو الغرب في شكل تعرجي. يجب إعطاء رقمين متسلسلين لقسمين مجاورين.

نقل حدود الأقسام على المخطط البياني الميداني:

تنقل حدود الأقسام المبرمجة على نسختي المخطط البياني للحدود. تمثل بواسطة خط أحمر زنجفر 10/2 مم مضاعف بشريط أصفر 3 مم بقلم ألوان فاتح حتى يظهر تعامليل التصاویر الجوية أو الاسترجاع الفوتوغرامميتري.

4) تعيين المناطق التي من شأنها أن تكون صعوبات لتقدم الأشغال:

تقوم المصالح المحلية لمسح الأراضي بدراسة تظهر من خلالها، فوق مخطط منظم، المناطق التي يمكن أن تشكل صعوبات من شأنها أن تعرقل تقدم أشغال المسح العام. تبعد، مؤقتاً، هذه المناطق المسماة " غير قابلة للمسح " بموافقة المصلحة الجهوية لمسح الأراضي، من عمليات المسح، لتعالج في أوانها بطريقة مناسبة.

5) ترتيب الأقسام على حسب درجة الصعوبات الممكن مواجهتها:

يتم ترتيب الأقسام المراد معالجتها بالنظر إلى درجة الصعوبات التي تفرضها طبيعة الملكيات خلال الأشغال الميدانية (الملكيات الصغيرة، كثافة الغطاء النباتي، حدود غير ظاهرة، صعوبة المسلك ووعورة الأرضية، التغيب) ومن ثم تبدأ الأشغال في الأقسام السهلة، لتمتد بعد ذلك للأقسام حسب تصاعد درجة الصعوبات.

وبعد الانتهاء من هذه المراحل يتم الاستعداد للقيام بالأعمال الميدانية.

ثانياً: الأعمال الميدانية:

يباشر الأعمال الميدانية رئيس مكتب المسح لكل فريق من فرق المسح منطقة نشاطها.

1) خلال عمليات تحديد العقارات:

إن تحديد العقارات تتم بحضور الملاك المجاورين أو ممثليهم الموكلين وهذا مبدأ يجب العمل به مهما كانت الصفة القانونية للمالك.

في هذا الصدد، من خلال تعيينه كمحقق، فإن عون مصلحة أملاك الدولة موكل أيضا لتمثيل الدولة في تعيين حدود العقارات التي هي ملك للدولة.

ولهذا يجب أن يعمل، مستعينا عند الضرورة بالوثائق المجمعة، على أن لا تمتد إدعاءات الملاك المجاورين إلى ملحقات العقارات التابعة للدولة. كما يجب عليه أن يقوم بالدفاع عن مصالح الدولة أمام لجنة مسح الأراضي، في حالة احتجاجات من طرف الغير⁽¹⁾.

(2) وضع حدود الإقليم البلدي:

المقصود هنا هو معرفة الحدود الإقليمية للبلدية على أساس الوثائق الرسمية ووصفها في وثيقة تسمى محضر تعيين الحدود يلحق به مخطط بياني للحدود.

يحرر المحضر من طرف التقني المكلف بعمليات المسح بالتنسيق مع رئيس المجلس الشعبي البلدي وكذا رؤساء البلديات المجاورة.

عند الاقتضاء، يذكر في المحضر كل الاحتجاجات أو الاقتراحات الرامية إلى تغيير طفيف في الحدود حتى يتماشى مع الحدود الثابتة.

تقدم هذه الوثيقة، بعد إمضاءها من طرف كل الأشخاص المؤهلين لذلك والحاضرين لعمليات وضع الحدود، إلى السيد الوالي قصد الموافقة.

وتقدم إلى السيد وزير الداخلية، قصد الموافقة، في حالة ما إذا كانت هذه الحدود مجاورة لحدود ولاية أخرى أو حدود دولة أخرى.

في هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى انه تطبيقا لأحكام المادة 05 من المرسوم رقم: 62/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بإعداد المسح العام، فإن الصعوبات الخاصة بوضع الحدود تدرس ويبث فيها نهائيا من طرف السيد وزير الداخلية.

تتم عملية وضع الحدود الإقليمية للبلدية أساسا في ثلاثة مراحل:

أ- أشغال الاستطلاع، ب- إعداد المخططات البيانية، ج- تحرير المحضر .

(1) انظر المذكرة المؤرخة في : 1999/07/17 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية والعقارية الموجهة إلى مدراء أملاك الدولة لكل الولايات، والمتعلقة بدور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المندرجة في إطار إعداد مسح الأراضي العام.

أ - أشغال الاستطلاع:

في إطار عمليات تحديد إقليم البلدية، يستعمل رئيس الفرقة الوثائق الرسمية التي بحوزته (جرائد رسمية مخططات المصلحة، محاضر وكذا مخططات التحديد المبينة للقوام المادي للبلديات...) وذلك لإنجاز مخطط بياني للتحديد مؤشر عليه.

بمناسبة متابعة حدود البلدية تدون تصريحات رؤساء المجالس الشعبية البلدية وتقارن بالمخطط البياني للحدود المؤشر عليه.

يأخذ ويقيّد جميع المعلومات التي يمكن ردها في محاضر الاستطلاع والرسومات البيانية.

يوضح على الخصوص عندما يكون بصدد حدود طبيعية، وضعية الخط الفاصل (محور طريق أو قناة أو مجرى وادي أو نهر)، في حالة ما إذا تتوافق حدود ما بين البلديات مع حدود مجموعة ملكية يتم تعيين الملاك المجاورين لهذه الملكية.

تكتفي عملية البحث على مجموعات الملكية المؤدية إلى نقاطها الرئيسية وأطراف الحدود الموجودة في شكل خط رئيسي، كما يبين جميع النصب ومعالم الحدود وكذا أماكن الأوتاد التي يجب أن يضعها مؤقتاً في حالة غياب المعالم الطبيعية.

يياشر استبدالها بنصب أخرى، في أقرب الآجال، حيث يقتصر التأشير في حينه، في المحضر والمخطط البياني على النصب لا على المعالم غير المجسدة بأرضية من طرف السلطات المحلية.

ب - إعداد المخططات المرئية:

ينجز رئيس الفرقة بعد الانتهاء من الأشغال الميدانية وفق السلم المستندات المستعملة والمذكورة أدناه:

- مخطط عام لإقليم البلدية مع تعيين البلديات المجاورة وأرقام الوحدات.
- مخطط الوحدة المناسب للحد المميز مع البلدية المجاورة.

يضع رئيس الفرقة على المخطط البياني سلسلة غير منقطعة من الأرقام لكل النقاط الهامة المعينة للحدود.

تحاط هذه النقاط بدائرة صغيرة حمراء أو الأرقام المتعلقة بها تدون بالحبر الأحمر.

تسهل هذه الأرقام التي تنتقل فيما بعد على المحضر معرفة الحدود.

يجب أن تنتقل، بغض النظر عن المعالم التي تنتمي إلى الحدود الإقليمية، القمم، الصخور الكبيرة النصب ودلائل أخرى موجودة على هاته الحدود أو على مقربة منها، في المخططات البيانية.

ج - تحرير المحضر:

يحرر محضر تثبيت الحدود، ما بين البلديات، على مطبوع نموذج T12 بواسطة مخططات مرئية وعند الحاجة، بمخططات استطلاعية مؤشر عليها قانونا.

يحتوي هذا المحضر على وصف مفصل لكل النقاط الهامة للحدود ما بين البلديات المعينة بأرقامها والتعريف بحدودها.

يقسم إلى مواد بقدر وجود المخططات البيانية ويحرر بعبارات واضحة ودقيقة. ويتعين بالخصوص عدم استعمال عبارات " الحافة اليمنى " " الحافة اليسرى" للطريق، ولكن بتحديد اتجاه الحدود لهذه الطبيعة.

تجمع باقي الوثائق الأخرى المرفقة، عند الاقتضاء، بنفس الشروط، في النسخة الأصلية للمحضر. وتقدم جميع هذه الوثائق فيما بعد إلى رؤساء المجالس الشعبية البلدية ومصادقا عليها من طرف الوالي ووزير الداخلية.

إذا رفض أحد المعنيين الإمضاء، فإن هذا الرفض وكذا الأسباب المثارة تقيد عند نهاية هذه النزاعات كما أن التأشير المناسبة تكون بشهادة الأطراف الأخرى، وإذا تعلق الأمر بأعمال المسح بين البلديات فللوالي أن يصلح بين الأطراف أو الفصل في النزاع.

إن تعلق الأمر ببلديات تقع ما بين ولايتين مجاورتين، فعلى الوزير الفصل في النزاع باقتراح من طرف الولاية المعنية (أنظر قانون رقم: 09/84 المؤرخ في: 04 فيفري 1984).

يعد المحضر في عدة نسخ بحيث يمكن الاحتفاظ بنسختين (02) بالمصلحة وتسليم نسخة لكل مصلحة معنية (الولاية، البلدية الممسوحة، البلديات المجاورة).

ثالثا: مرحلة التحقيقات العقارية:

1) التحقيق العقاري:

يهدف التحقيق العقاري إلى التقاط :

- كل العناصر الضرورية لمعاينة حق الملكية والحقوق العينية الأخرى أو أعباء تنقل العقار.
 - المعلومات المتعلقة بتعريف هوية ذوي الحقوق.
 - تطبيق المعلومات المتعلقة بتعريف هوية ذوي الحقوق.
 - تطبيق المعلومات ذات الطابع القانوني المرتبطة بمجموعات الملكية.
- تطبيق، دون تمييز، على جميع العقارات المحددة بعنوان مسح الأراضي وهذا مهما كانت الطبيعة القانونية والقانون الخاص بملاكها⁽¹⁾.

(1) انظر التعلية رقم: 16 المذكورة سابقا.

وهي آخر مرحلة من مراحل الأعمال التقنية لمسح الأراضي، إذ بعد إتمام كل الخطوات السابقة يقوم كل من الموظفين عن الجهات التالية: المحافظة العقارية، مصلحة المسح، البلدية وأملاك الدولة بالتحقيق بقيادة رئيس الفرقة ويجب أن يؤديوا مهمتهم في هذا المجال بكل صرامة، إذ يكمن دورهم في فحص سندات الملكية والوثائق الأخرى المؤيدة لها وجمع التصريحات، الأقوال، الإيداعات وإثارة كل الآراء والملاحظات واثبات الحقوق يتم بواسطة سند مسلم وفقا للتشريع المعمول به وعند غياب السندات يتم إثبات الحقوق بواسطة التحقيقات والتحريات وهو ينطوي على تعيين أصحاب الحقوق (ملاك وحائزين على حقوق عينية)⁽¹⁾.

كما يجب أن تمتد التحقيقات إلى تحديد حقوق الملكية سواء كانت على الشيوخ أم غير ذلك وكذا التحقيق في وقائع الحيازة وكل الحقوق والأعباء الأخرى، علما بأن دور التحقيقات العقارية حاسم بالنظر إلى اعتماد نتائج التحقيقات في القيد العقاري وفي إعداد الوثائق المسحية وفي الاعتراف بالحقوق العقارية، نتيجة لذلك يعنى المحافظ العقاري من دراسة السندات والعقود عند الإجراء الأول بالسجل العقاري إذ يقوم بترقيم العقارات على أساس البيانات الموجودة بوثائق مسح الأراضي.

(2) الإجراء:

يتم سير التحقيق بالموازاة مع عمليات تثبيت الحدود. تتم بواسطة عونين محققين واحد من المحافظة العقارية والآخر من إدارة أملاك الدولة إضافة إلى حضور عون من البلدية عند عمليات التحقيق بصفته ممثلا لهذه الجماعة فيما يخص الأملاك العقارية البلدية⁽²⁾.

من خلال ما سبق تفصيله، يظهر دور عملية مسح الأراضي من خلال المعلومات المجددة بصفة دورية ومستمرة لوثائق المسح وكذا عملية تبادل المعلومات بين إدارتين الوكالة الوطنية لمسح الأراضي وكذا المحافظات العقارية بخصوص كل التغييرات الواردة يكون مسح الأراضي دعامة أكيدة في رسم وإنجاح أي سياسة عقارية⁽³⁾.

(1) أنظر نظام الشهر العيني، مطبوعة معدة في إطار الملتقى الجهوي حول موضوع العقار الفلاحي بين الحيازة والملكية بمجلس قضاء الجلفة بتاريخ: 06/05/2010 ص 12.

(2) انظر التعليم رقم: 16 المذكورة سابقا.

(3) أ. سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، 2002، ص 116.

الفرع الثالث

الجهة المكلفة بأعمال المسح العام

بمجرد افتتاح أعمال المسح العام تشكل لجنة بلدية لمسح الأراضي وهي اللجنة التي أشارت إليها المادة 9 من الأمر رقم: 74/75 والتي جاء فيها " تنفذ عمليات التحديد بحضور جميع المعنيين (الإدارة والمالكون والجيران) ولهذا الغرض تؤسس لجنة بلدية لمسح الأراضي، ويحدد تشكيل هذه اللجنة واختصاصاتها وسيرها بموجب النصوص التطبيقية لهذا الأمر " والتي حدد أعضاؤها بموجب المادة 7 من المرسوم رقم: 62/76 المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 134/92 المؤرخ في: 1992/04/07 وتنشأ لجنة لمسح الأراضي من أجل وضع الحدود في كل بلدية بمجرد افتتاح العمليات المسحية.

وتتكون هذه اللجنة من الأعضاء الآتي بيانهم (أعضاء دائمون):

- قاضي من المحكمة التي توجد البلدية ضمن دائرة اختصاصها رئيسا، ويعين هذا القاضي رئيس المجلس القضائي الذي يختاره من بين قضاة المحكمة التي توجد البلدية المعنية بالمسح ضمن دائرة اختصاصها.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، نائبا للرئيس ووجوده ضمن تشكيلة اللجنة ضروريا باعتباره مسيرا للأماكن التابعة للبلدية .
- ممثل للمصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة يتولى تعيينه مدير الضرائب بالولاية لإعطاء معلومات حول الوثائق المسجلة لدى مصالحه و التي لم يتم إشهارها.
- ممثل للمصالح المحلية للأماكن الوطنية يعينه مدير أملاك الدولة من بين الموظفين المؤهلين التابعين لإدارة أملاك الدولة وهذا قصد تمثيل مصالحها في اللجنة و هذا لوجود أملاك عامة وخاصة تابعة للدولة ضمن البلدية موضوع المسح.
- ممثل لوزارة الدفاع الوطني، يقصد به رئيس القطاع العسكري على مستوى الولاية أو من يمثله، حتى يساهم في تعيين العقارات التابعة لقطاعه.
- ممثل لمصلحة التعمير في الولاية وهذا للاستفادة من رأيه في تحديد المناطق العمرانية.
- موثق يعينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية أي الغرفة الجهوية للموثقين لإبداء رأيه في المنازعات التي تثور أثناء عمليات المسح العام.

- مهندس خبير عقاري، تعيينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية، يتم اختياره من قبل رئيس اللجنة لأن عملية المسح هي ذات طابع فني وتقني تستدعي الاستعانة بأهل الخبرة.

- المحافظ العقاري المختص إقليمياً، أو ممثله، ليدلي برأيه في كل المنازعات المطروحة أثناء سير عملية المسح، لأنه هو المسؤول عن التقييمات العقارية والتي سوف تؤول إلى مصالحه لاحقاً.

تستكمل هذه اللجنة، حسب الحالة، بالأعضاء (غير الدائمين) الآتي بيانهم:

أ- بالنسبة للعمليات التي تنجز في مناطق تشمل مساحات ومواقع محمية:

- ممثل عن مديرية الثقافة في الولاية ليقدم كل التوضيحات بشأن المناطق المحمية على مستوى البلدية كالمناطق السياحية والآثار والمتاحف....، وهذا من حيث المساحة والحدود، كما يتدخل كلما كان هناك ادعاء بحيازتها أو ادعاء أي حق عيني بشأنها أثناء أعمال المسح⁽¹⁾.

ب - بالنسبة للعمليات التي تنجز خارج المناطق الحضرية:

- ممثل عن المصالح المحلية للفلاحة وممثل عن المصالح المحلية للري لأن هناك بعض المزارع والمستثمرات التابعة للدولة يستلزم حمايتها والحفاظ عليها لضمان استمرارية النشاط الذي خصصت لأجله⁽²⁾.

كما يتولى العضو الممثل للوكالة الوطنية لمسح الأراضي مهام كاتب اللجنة.

تجدر الإشارة إلى أن تعيين قاض على رأس اللجنة أساسه ومردّه إلى دور هذا الأخير في إبداء موقفه القانوني في المنازعات التي يمكن أن تثار أثناء أعمال المسح، هذا فيما يخص إجراءات المسح في القانون الجزائري أما في القانون المقارن فإنه يمكن التطرق لبعض الأنظمة التي تأخذ بهذا الإجراء منها: القانون اللبناني والقانون المصري وكذا القانون التونسي والتي أتعرض لها فيما يلي:

إجراءات المسح في القانون اللبناني:

إن مهمة أعمال التحديد والتحرير في القانون اللبناني تسند للقضاة العقاريين المنفردين وللذين يتم تعيينهم بمرسوم من رئيس الدولة، ويعتبرون من القضاة العدليين، لهم ما لهؤلاء القضاة من حقوق، وعليهم ما على هؤلاء من واجبات.

(1) نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، 2009، ص 59.

(2) د.عمار بوضياف، المقال السابق، ص 48.

يخضع القضاة العقاريون في ممارسة وظائفهم القضائية إلى مراقبة وزارة العدل. أما فيما يختص بتنسيق الأعمال الفنية والإدارية والقضائية العائدة إلى التحرير والتحديد، فيخضعون لمراقبة السلطة الإدارية التي تنتسب إليها الدائرة العقارية، أي وزارة المالية وفقا لنص المادة 03 من القرار رقم: 186 المؤرخ في: 15 آذار 1926⁽¹⁾.

يمارس القاضي العقاري في النظام اللبناني أثناء مباشرته لأعمال التحديد والتحرير نوعين من الصلاحيات صلاحيات إدارية وأخرى قضائية. يدخل في صلاحياته الإدارية ما يلي:

- يحدد تاريخ البدء بأعمال التحديد والتحرير في كل منطقة بقرار ينشر ويبلغ إلى المحاكم والسلطات الإدارية المختصة ويفتح مبدئيا أعمال التحديد والتحرير كل سنة ابتداء من أول آذار ويمكن الشروع فيها كذلك في اي وقت كان⁽²⁾.

ويكون من شأن هذا القرار أن ينزع من محاكم الدرجة الأولى حق النظر في القضايا العقارية المقامة لديها لإحالتها إلى القاضي العقاري الذي يصبح مختصا بها وحده.

- تأمين حسن سير أعمال التحديد والتحرير وله بهذه الصفة سلطة الرقابة على فرق المسح المكلفة بتنفيذ هذه الأعمال والتنثب من قانونية أعمال التحديد، ووضع التخوم المؤقتة التي يقوم بها المساحون. ويرجع إليه في كل خلاف بين فرق التحديد والملاكين.

- إعلان اختتام أعمال التحديد والتحرير المؤقتة والنهائية بموجب قرار يتم إبلاغه إلى المحاكم والأهالي والجهات الإدارية المختصة.

- تثبيت محاضر التحديد التي لم يقع عليها أي اعتراض وإرسالها إلى أمانة السجل العقاري، لقيدها في السجل العقاري.

- القيام بوظيفة أمين السجل العقاري في سماع واستلام العقود والاتفاقات المتعلقة بالحقوق العينية على العقارات التي جرى تحديدها مؤقتا⁽³⁾.

(1) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 67.

(2) زهدي يكن، السجل العقاري في لبنان والعالم - التحديد والتحرير - الجزء الأول، دار الثقافة بيروت، دون سنة نشر، ص 25.

(3) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 68 - 69.

ويدخل في صلاحياته القضائية مايلي:

- البت في الخلافات التي تقع أثناء التحديد والتحرير بين فرق التحديد والملاكين بشأن أعمال التحديد، وإذا استلزم حل الخلاف تحقيقا تمهيديا فللقاضي أن ينتقل بنفسه إلى موقع النزاع ويقوم بالتحقيق، ويتخذ ما يراه مناسبا من التدابير المؤقتة، ويبلغ قراره إلى فرق التحديد بواسطة رئيس مصلحة المساحة، ويجب على هذه الفرق التقيد بهذا القرار عند تنظيم المحاضر.

- الفصل في الخلافات التي تقع بين الأشخاص بشأن حق الملكية والحقوق العينية الأخرى.

- إصدار الأحكام في الخلافات بمواجهة الطرفين بعد إجراء المحاكمة في جلسات علنية يدعيان إليها لبيان أقوالهما، كما يساعد القاضي العقاري في أعماله هذه المساحون يعينهم مدير الشؤون العقارية ويخضعهم تحت تصرف القاضي العقاري. وتكون للمساح وظيفة الكاتب لدى القاضي العقاري طوال مدة الأعمال⁽¹⁾.

إجراءات المسح في القانون المصري:

لقد نظم قانون السجل العيني رقم: 142 لسنة 1964 ولائحته التنفيذية الإجراءات المطلوبة للقيد في السجل، فهناك إجراءات معينة ينبغي إتباعها لإجراء القيد، فقد ينصب القيد على العقارات المادية ذاتها وهو ما يسمى بالقيد الأول L'immatriculation وقد ينصب على الحقوق ويسمى القيد . Inscription

ولأن قيد الحقوق يفترض أولاً قيد العقارات التي ترد عليها هذه الحقوق، فالقيد يكون لاحقاً على القيد الأول.

مفهوم القيد الأول L'immatriculation

يقصد به القيد الذي تجريه مصلحة الشهر العقاري لأول مرة في صحيفة السجل العيني ومن تلقاء نفسها تنفيذاً للقانون، حيث يستلزم تطبيق السجل العيني اتخاذ إجراءات مساحية بقصد تحديد العقارات والتثبت من صحة وسلامة سندات الملكية، وقيد العقارات يعني إدراجها بالحالة التي عليها في السجل العيني لأول مرة وتخصيص صحيفة لكل منها في السجل الرئيسي⁽²⁾.

(1) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 51.

(2) د. ابراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 237.

نظرا لأن هذا العمل يسهل في الأقسام المساحية الواسعة، ويصعب تنفيذه في الأقسام المساحية المفتتة الصغيرة، تم تطبيق قانون السجل العيني على سبيل التدرج وفي الأقسام المساحية التي يصدر بشأنها قرار من وزير العدل، بعد أخذ رأي كل من الهيئة العامة للمساحة و مصلحة الشهر العقاري مع مراعاة الاقتراحات التي يقدمها صندوق السجل العيني، ويجب إعلام ذوي الشأن في هذه الحالة بميعاد سريان قانون السجل العيني⁽¹⁾.

بصدور قرار وزير العدل تفتح الإجراءات التحضيرية اللازمة لإجراء القيد الأول لذلك سمي بقرار الافتتاح، ولا يكون نافذا إلا بعد مضي ستة أشهر (06) على الأقل، وتطبيقا لهذه القرارات يتم تقسيم القرى إلى أقسام مساحية يضم كل قسم مساحي وحدة عقارية أو وحدات عقارية.

إذا صدر قرار وزير العدل بتعيين القسم المساحي وانتهت المدة المحددة، قامت مصلحة الشهر العقاري ومأمورياتها ومكاتبها بمهمة إعداد السجل العيني، فتفرد في السجل صحيفة خاصة لكل وحدة عقارية ترقم وفقا للقواعد الخاصة بكيفية إمساك السجل.

المقصود بالوحدة العقارية وفقا لأحكام القانون المصري:

- كل قطعة ارض تقع في قسم مساحي واحد وتكون مملوكة لشخص واحد أو أشخاص على الشيوع ودون أن يفصل جزء منها عن سائر الأجزاء فاصل من ملك عام أو خاص ودون أن يكون لجزء منها أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها.

- المناجم والمحاجر .

- المنافع العامة⁽²⁾.

يقصد بالوحدة هنا الوحدة المادية والوحدة القانونية، فعن الوحدة المادية، يجب ألا تكون أجزاء الوحدة منفصلة بفاصل من الملك (عام أو خاص)، وأن تقع الوحدة في قسم مساحي واحد.

أما عن الوحدة القانونية، فإنه يجب أن تكون الوحدة مملوكة لمالك واحد أو لعدة شركاء على الشيوع وألا يكون لجزء منها أو عليها ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها⁽³⁾ ومع ذلك يرى بعض الفقه، أن تلك الوحدة المادية أو القانونية أمر صعب، وخاصة إذا حدثت قسمة للعقار المملوك على الشيوع أو تم التصرف في جزء منه، لأنه ينتج عن ذلك وجود أكثر من وحدة عقارية، فيلزم لذلك وجود صحائف عقارية جديدة لهذه الوحدات⁽⁴⁾.

(1) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 38.

(2) أنظر المادة 08 من قانون السجل العيني رقم: 142 لسنة 1964.

(3) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 40 وأيضاً د. محمود منصور وجيه، المرجع السابق، ص 339.

(4) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 22.

أما القسم المساحي فهو المنطقة العقارية التي يصدر بتعيينها قرار من وزير العدل. وتكون الأحواض أقسامها هي أصغر الوحدات المالية الثابتة التي يبنى عليها نظام السجلات العينية في الأراضي الزراعية ويقابله الكتل أو أقسامها في المدن وسكن القرى⁽¹⁾.
تطبيقاً لذلك، فإنه قبل البدء في الأعمال المسحية بمدة لا تقل عن شهر وحتى انتهاء هذه الأعمال في كل قسم مساحي ينشر إعلان يتضمن:

- الأقسام المساحية التي حددت المناطق التي يسري عليها قانون السجل العيني.
- تنبيه أصحاب الشأن من ملاك وأصحاب حقوق عينية إلى ميعاد سريان القانون في الأقسام المساحية.
- وضع ترتيب زمني للعمل في المناطق التي تشملها هذه الأقسام المساحية وتحديد الوقت الذي تبدأ فيه أعمال المسح وفحص المستندات في كل منطقة.
- دعوة أصحاب الشأن إلى الحضور في المواعيد الرسمية والأماكن المحددة للإرشاد عن أملاكهم والحقوق الأخرى وتقديم ما لديهم من مستندات تؤيد حقوقهم، وتنبيههم إلى حقهم في الاعتراض على نتيجة التسوية التي ستنتم لمعرفة الجهة المختصة عن طريق شكوى تقدم إلى لجنة فحص الاعتراضات على تسوية دفاتر مساحة الملكية .

يتم نشر البيانات الخاصة بالوحدات العقارية الكائنة بالقسم المساحي لإطلاع أصحاب الشأن عليها وبعد لهذا الغرض خرائط تفصيلية عن المساحة ورسوماتها وموقعها وأرقامها كما تعد كشوف من صحائف السجل توضح بها البيانات المتعلقة بملكية الوحدات العقارية.
توزع صور الخرائط والكشوف في مكاتب ومأموريات السجل العيني الواقع في دائرتها القسم المساحي ويرفق بها بيان يتضمن:

- تاريخ سريان القانون على الأقسام المساحية.
- دعوة أصحاب الشأن إلى الإطلاع على البيانات المتعلقة بالوحدات العقارية في الأماكن الموجودة بها.
- تنبيه أصحاب الشأن إلى حقهم في الطعن في الإجراءات والقرارات التي اتخذت وذلك أمام اللجنة القضائية المختصة دون غيرها بالنظر في جميع الدعاوى والطلبات خلال السنة الأولى بعد العمل في القسم المساحي لإجراء تغيير في بيانات السجل العيني، وإلى أن جدول الدعاوى والطلبات سيقفل بعد انتهاء السنة، وأنه يجوز لوزير العدل مد المدة لسنة أخرى⁽²⁾.

(1) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 41 و أيضا د. ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها. وأيضا المحامي وجدي شفيق فرج، الوسيط في شرح قانون السجل العيني، الطبعة الأولى، حيدر جروب للإصدارات القانونية، 2009، ص 09 - 10.

(2) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 41 - 42 - 43 وأيضا المحامي وجدي شفيق فرج، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

من خلال ما سبق يظهر بأن المشرع المصري جعل القيد في السجل العيني من اختصاص مأموريات الشهر العقاري وهي سلطة إدارية، إلا أنه جعلها تخضع لإشراف قضائي وهذا ما أكدته المادة 21 من قانون السجل العيني، إذ تشكل في كل قسم مساحي لجنة قضائية برئاسة رئيس محكمة ابتدائية وعضوية اثنين من موظفي المصلحة أحدهما قانوني والثاني هندسي .

تختص هذه اللجنة دون غيرها بالنظر في جميع الدعاوى والطلبات التي ترفع إليها، ولقد حدد المشرع المصري ممارسة حق الاعتراض عن القيد الأول لمدة سنة يبدأ سريانها من تاريخ تطبيق قانون السجل العيني في القسم المساحي وفقا لقرار وزير العدل، تتعقد جلسات اللجنة بمقر مكتب السجل العيني ويحدد رئيسها أيام انعقادها.

يجوز لأطراف الدعوى الحضور أمام اللجنة بأنفسهم أو بوكلاء عنهم، ويمكن أن تسمع أطراف الدعوى وتطلب إيضاحات من أمين مكتب السجل العيني وأن تستدعي أمامها من ترى سماع أقواله ولها ما تراه من تحقيقات أو معاينات أن تتدب أحد أعضائها لذلك أو تستعين بالخبراء.

تفصل اللجنة في الدعوى على وجه السرعة ولو في غياب أطرافها بعد التحقق من تمام الإخطار ويصدر الحكم بأغلبية الآراء ويجب أن يكون مسببا وموقعا عليه من رئيس اللجنة وأمين السر.

إن الحكم الصادر عن اللجنة يمكن استئنافه أمام محكمة الاستئناف الواقع في دائرتها القسم المساحي ويكون حكم اللجنة نهائيا في الحالات التالية:

- إذا كان التغيير لا يمس بحق شخص من الأشخاص الواردة أسماؤهم في صحائف الوحدات المطلوب إجراء التغيير فيها.
- إذا كان التغيير المطلوب إجراؤه متفق عليه بين جميع ذوي الشأن.
- إذا كان الحق المتنازع فيه لا يتجاوز أصلا النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية⁽⁴⁾.

إجراءات المسح في القانون التونسي:

أما عن نظام المسح في تونس التي تعتبر من الدول التي بادرت إلى الأخذ بنظام التسجيل العيني حيث أدخل هذا النظام بالقانون الصادر في: 1885/07/05 والذي عدل في مناسبات عديدة تبعا للتطور الذي حصل في الميدان العقاري.

ومن قوانين الشهر العقاري التي طبقت في تونس:

- المرسوم عدد 3 الصادر في : 1964/02/20 المتعلق بالتسجيل العقاري الإلزامي.
- قانون عدد 5 الصادر في: 1965/02/12 والمتعلق بالحقوق العينية.

(4) انظر المواد: 05 ، 07 ، 08 ، 11 ، 12 ، 23 ، 24 من قانون السجل العيني رقم: 142 لسنة 1964.

فأعمال المسح في تونس إلزامية بمقتضى المادة الأولى من المرسوم عدد 3 لسنة 1964 المؤرخ في 1964/02/20 المتعلق بالسجل العقاري الإجباري والذي جاء فيها: "يجرى التسجيل الإجباري لجميع العقارات بصفة تدريجية وفقا لأحكام القانون العقاري وحسب الطرق الخاصة المنصوص عليها في هذا المرسوم".

تفتح إجراءات المسح بقرار من وزير العدل يقال له كاتب الدولة للعدل، ينشر في جريدة رسمية يقال لها الرائد الرسمي والصحف والإذاعة وذلك قبل افتتاح الإجراءات بشهر على الأقل وهذا وفقا لنص المادة 3 من ذات المرسوم المذكور أعلاه. ويكلف بالمسح لجنة خاصة يتزأسها أحد أعضاء المحكمة العقارية يعينه رئيس المحكمة وهذا عملا بنص المادة الرابعة من المرسوم المذكور أعلاه.

لقد أجاز القانون التونسي لكل من يهيمه الأمر الاعتراض على نتيجة عملية المسح أمام محكمة الناحية في خلال شهرين من نشر القائمة التي يحررها الحاكم المكلف في الجريدة الرسمية. إذا حصل اعتراض على عملية المسح والتحديد، أو لم يتوصل الحاكم المكلف إلى تعيين العقار، فإنه يحيل الملف إلى المحكمة العقارية المؤلفة من ثلاثة أعضاء للنظر في القضية وتعيين المالك الحقيقي. يجوز للحاكم المكلف الذي أحال القضية إلى المحكمة ليكون عضوا فيها وفقا لنص المادة 7 من نفس المرسوم المذكور.

عندما يتم النظر في جميع الاعتراضات يصدر رئيس المحكمة العقارية قرارا بختم أعمال المسح ويعلم به العموم عن طريق النشر بالجريدة الرسمية.

لم ينص القانون التونسي، لا في المرسوم عدد 3 ولا في مجلة الحقوق العينية على الطعن في الحكم الصادر عن المحكمة العقارية.

وبالرجوع إلى نص المادة الثامنة من المرسوم، فإنه جاء فيها: "وإبتداء من هذا الإشهار، فإن الرسوم التقليدية السندات القديمة المتعلقة بالعقارات الفلاحية الكائنة بالمشيخة المعنية بالأمر يقع إبطالها". وعليه، فإن الحكم الصادر عن المحكمة العقارية في القانون التونسي لا يكون قابلا لأي طعن⁽¹⁾.

(1) د. عبد المجيد الحكيم، قانون التسجيل العقاري العراقي، معهد البحوث والدراسات العربية، دون سنة نشر، ص 60.

المطلب الثاني

القواعد الخاصة بعملية المسح العام

تهدف أعمال المسح العام إلى تحديد وتعريف النطاق الطبيعي للعقارات حسب المادة 2 من الأمر رقم: 74/75 ومنه إحصاء جميع العقارات الواقعة في المنطقة العقارية الجارية فيها الأعمال وبيان موقع كل عقار وقوامه ونوعه الشرعي وحدوده فضلا عن تحديد هوية مالكة أو مالكيه. لذلك تظهر أهمية التطرق إلى قواعد المسح العام ومنه التعرف على العقارات موضوع المسح وكذا المستندات المعتمد عليها في عملية المسح لإثبات ملكية العقارات المذكورة. من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: العقارات محل المسح العام .

الفرع الثاني: المستندات المعتمد عليها في عملية المسح العام.

الفرع الأول

العقارات محل المسح العام

تشتمل عمليات المسح العام لجميع العقارات وفقا لنص المادة 4 من المرسوم رقم: 62/76 المعدلة بموجب المرسوم رقم: 400/84 المؤرخ في: 1984/12/24 التي جاء فيها: "تشتمل عمليات إعداد المسح العام لجميع العقارات على تحديد ما يأتي:

- القوام المادي وطبيعة الأراضي إن اقتضى الأمر أنماط المزروعات الفلاحية التي تتجز فيما يخص العقارات الريفية.
- القوام المادي وطبيعة شغل أو تخصيصها، ونمط استعمال البنايات المقامة عليها أو استغلالها ووصفها حسب كل طابق، فيما يخص العقارات الحضرية.
- الملاك الظاهرون وأصحاب الحقوق العينية الظاهرون وكذلك كيفية الاستغلال ويجب أن تكون هذه العمليات مصحوبة بتحديد الملكيات العمومية والخاصة.

ويجب أن تكون الحدود على اختلاف أنواعها وحسب الحاجة مجسمة بكيفية دائمة، إما بواسطة معالم من حجر وإما بواسطة علامات أخرى، وذلك طبقا بتعليمات المصلحة المكلفة بمسح الأراضي".

وعليه، فإن العقارات تعني قطعا معينة من سطح الأرض ذات نوع شرعي واحد سواء كانت ملكية خاصة أم ملكية الدولة وسواء كانت تابعة لملكية الدولة العامة أم الخاصة.

تشمل أعمال المسح العام العقارات المملوكة للدولة التي تقدم كل التوضيحات اللازمة لفرق المسح فيما يخص حدود ملكيتها شأنها شأن الولاية والبلديات والمؤسسات والهيئات العمومية وفقا لنص المادة 6 من المرسوم رقم: 62/76.

الفرع الثاني

المستندات المعتمد عليها في عمليات المسح العام

بعد معرفة الإجراءات التي تتم بمقتضاها عملية المسح، يتعين معرفة ماهية السندات التي تستخدم كأساس للحقوق المراد تسجيلها، فيقصد بالسندات التي تعتمد كأساس لعملية المسح العام، الوثائق العقارية ولاسيما السندات وشهادات الملكية المسلمة على إثر عمليات المعاينة لحق الملكية المتممة في نطاق الثورة الزراعية وفقا لنص المادة 9 من المرسوم رقم: 62/76، عند انتفاء وجود هذه الوثائق يتم التثبت من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم وهي من مهام لجنة المسح المنصوص عليها بموجب المادة 7 من المرسوم رقم: 62/76 المعدلة بالمرسوم التنفيذي رقم: 134/92.

تقوم اللجنة بجمع كل الوثائق والبيانات من أجل تسهيل إعداد الوثائق المساحية والتثبت عند الاقتضاء من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم، وفي حالة عدم وجود اتفاق يقوم بمهمة التوفيق فيما بينهم إذا أمكن ذلك.

يقصد بالسندات التي تعتمد كأساس لعملية المسح، الوثائق المثبتة لحق الملكية العقارية، ويقصد بها حيازة العقار أو وضع اليد عليه بمرور الزمن، وهذا ما أكدته المادة 10 من المرسوم رقم: 62/76 التي فرضت على المالكين والحائزين للحقوق العينية الحضور في عين المكان ليدلوا بملاحظاتهم عند الاقتضاء، وتجدر في هذه الحالة معرفة ما إذا كان لواقع اليد الحق في اكتساب الملكية ومطالبته بتسجيلها باسمه وما هي الشروط التي حددها القانون لاكتساب هذا الحق؟

إن الإجابة على هذا التساؤل هي مرتبطة بالبحث في نوعية المستندات المثبتة للملكية وفي مدى تأثير وضع اليد على اكتساب الملكية العقارية، وهذا ما سيتم تفصيله في ما يلي:

أولا: المستندات المثبتة للملكية:

لم تنص المادة 9 من المرسوم رقم: 62/76 على نوع السندات التي يجب اعتمادها في أعمال المسح واكتفت بالإشارة إلى الوثائق العقارية مضيئة " ...لاسيما السندات وشهادات الملكية المسلمة على إثر عمليات المعاينة لحق الملكية المتممة في نطاق الثورة الزراعية."

فالوثائق الخطية التي يعتمد عليها كأساس لأعمال المسح هي وثائق بسيطة تتمثل في أي سند أو شهادة ملكية مسلمة في إطار معاينات الثروة الزراعية، تعتمد عليها لجنة المسح في إعداد المسح العام من أجل تسهيل إعداد الوثائق المساحية وكذا في الفصل في المنازعات القائمة بين الأفراد إذا لم يتمكن من تسويتها بالتراضي، كما جاء في نص المادة 10 من المرسوم رقم: 62/76 غير أن أغلب العقارات قبل الشروع في أعمال المسح لا يكون لأصحابها أية سندات تثبت أحقيتهم عليها، فهم مجرد واضعي يد عليها الشيء الذي يجعل من مهمة لجنة المسح البحث في مدى تحقق وتوافر شروط الحيازة، حتى يتمكنوا من إثبات مدى أحقية هؤلاء في الحيازة، ومنه تسجيل العقارات في وثائق المسح بأسمائهم.

تتمثل السندات المثبتة للملكية في:

سندات الملكية:

بالنظر إلى التشريع المنظم لإثبات حق الملكية العقارية يوجد صنفين للسندات:

- 1- العقود الرسمية، المنشئة، الناقلة، المصرحة أو المعدلة للملكية.
- 2- بعض الوثائق غير الرسمية، التي يعترف لها التنظيم بصفة القوة المطلقة.

السندات الرسمية:

من بين هذه السندات، يمكن ذكر:

- سندات الملكية المعدة من طرف إدارة أملاك الدولة في عهد التشريع العقاري القديم، هذه السندات تعطي توضيحات كافية حول هوية الملاك، حصص الملاك المشتركين في الشروع، والأعباء المثقلة للعقارات.

- العقود الإدارية المنشئة، الناقلة، المصرحة، المثبتة أو المعدلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية المعدة من طرف عامل عمالة أو رؤساء البلديات في السابق.

- العقود المنشئة، الناقلة، المصرحة، المثبتة أو المعدلة للملكية أو لحقوق عينية عقارية معدة من طرف الموثقين السابقين، كاتب ضبط الموثق، والخاضعة لإجراء الإشهار العقاري، هذه العقود المعدة قبل صدور الأمر رقم: 91/70 المؤرخ في: 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق تحتوي على معلومات دقيقة تخص هوية الأطراف وتعريف كافي للعقارات باستثناء عندما يتعلق الأمر بالتنازلات عن حقوق في الشياخ.

- العقود المنشئة، الناقل، المصرحة، المثبتة أو المعدلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية المعدة من طرف القضاة الموثقين السابقين وهي العقود التي تتعلق بعقارات تقع داخل المناطق الريفية أين لازالت الملكية تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، رغم رسميتها، إلا أنها كانت لا تخضع لإجراء الإشهار العقاري إلا إذا طلب الأطراف ذلك، كما أن عدم إشهار هذه العقود لا ينقص من قوتها المطلقة لأنها مقررة بنصوص سابقة، هذه الوثائق لها كل مميزات عقد رسمي ولها حجية ما تحمله إلا عند إثبات الخطأ.

- القرارات القضائية المنشئة، الناقل، المصرحة، المثبتة أو المعدلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية الصادرة عن قضاة الهيئة القضائية والحائزة لقوة الشيء المقضي فيه.

السندات غير الرسمية:

يتعلق الأمر بكل العقود العرفية التي لها تاريخ ثابت قبل 1 جانفي 1971، وأنه طبقا لأحكام المادة 328 من القانون المدني يكتسب العقد تاريخا ثابتا ابتداء من:

- من يوم تسجيله،

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

الإثبات في غياب الرسمية:

في غياب السند، فإن التحقيق يتم عن طريق إجراءات التحري التي ترمي إلى جمع كل العناصر الضرورية لتقدير وقائع الحياة المثارة، ويتطلب الأمر التأكد في ما إذا كان الشخص المعني بالتحقيق يمارس الحياة طبقا لمقتضيات القانون المدني بمعنى حياة مستمرة غير منقطعة هادئة وعلنية.

لهذا الغرض، فإن على مطالب حق الملكية أن يقدم وثائق الإثبات لحالته المدنية وكل الوثائق الأخرى التي من شأنها تنوير التحقيق، منها:

- الشهادات المكتوبة.

- الشهادات الجبائية .

- كل الوثائق الأخرى التي يمكن أن يحوزها المعني.

إن الطلبات المقدمة تقارن بشهادات الملاك المجاورين أو لكل شخص بإمكانه تقديم معلومات قصد تعريف مالك العقار موضوع التحقيق.

يمكن كذلك إجراء بحوث على مستوى أرشيف المحافظة العقارية للتأكد فيما إذا كان هناك إشهار للحق المعني لفائدة شخص آخر والذي من شأنه أن يعارض وقائع الحيازة المثارة⁽¹⁾.

ثانيا: وضع اليد أو الحيازة بمرور الزمن:

تعتمد المحافظة العقارية في عملية الترقيم المؤقت للعقارات على ما توصلت إليه لجان المسح في وثائقها حول مدى حيازة الأفراد للعقارات موضوع الترقيم، فيكون مؤقتا لمدة 4 أشهر تسري ابتداء من يوم الترقيم بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكيها الظاهرين سندات ملكية قانونية والذين يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق المسح، حيازة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا للأحكام القانونية المعمول بها في هذا المجال، وهذا ما جاءت به المادة 13 من المرسوم رقم: 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

فبديهي إذن، لكسب ملكية عقار أو حق عيني عقاري أن تحصل هذه الحيازة بتوافر الشروط المعروفة في القانون المدني وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 وهي الهدوء العلنية، الاستمرار والوضوح.

كما يجب أن تكون الحيازة خالية من الالتباس أي مقترنة بنية التملك وهذا الشرط لم ينص عليه القانون صراحة، لكنه شرط بديهي بالنسبة للحيازة الآيلة إلى التملك بمرور الزمن، لأنه بانتفاء نية التملك لدى الحائز أو بوجود الالتباس حولها، لا تبقى الحيازة صالحة كأساس للتملك بمرور الزمن⁽²⁾. لهذا الغرض فإن على مطالب حق الملكية أن يقدم وثائق الإثبات لحالته المدنية وكل الوثائق الأخرى التي من شأنها تنوير التحقيق، منها:

- الشهادات المكتوبة.

- الشهادات الجبائية.

- كل الوثائق الأخرى التي يمكن أن يحوزها المعني.

إن الطلبات المقدمة تقارن بشهادات الملاك المجاورين أو لكل شخص بإمكانه تقديم معلومات قصد تعريف مالك العقار موضوع التحقيق، يمكن كذلك إجراء بحوث على مستوى أرشيف المحافظة العقارية للتأكد فيما إذا كان هناك إشهار للحق المعني لفائدة شخص آخر والذي من شأنه أن يعارض وقائع الحيازة المثارة.

(1) انظر المواد من 808 إلى 834 من القانون المدني الجزائري والمادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 107 .

المبحث الثاني المنازعة في أعمال المسح العام

تترتب على عملية المسح وإعداد المخططات المسحية، تصفية الحقوق السابقة على العقار تمهيدا لقيده في السجل العقاري باسم مالكة ومنه الحقوق العينية المترتبة عليه باسم أصحابها، فتستقر بذلك الأوضاع القانونية لتلك العقارات.

إن المشرع الجزائري وحرصا منه على تحقيق العدالة، فتح المجال للطعن في هذه الوثائق والاعتراض عليها أمام لجنة المسح أولا، ثم أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا ثانيا، وهذا بموجب إجراءات وسبل حددتها المواد من: 11 إلى 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 لتصبح في الأخير نهائية وتكتسي بذلك القوة الثبوتية ولا يجوز الرجوع عنها إلا في حالة الغلط المادي المعترف به وفي حالة ظهور المالك الحقيقي.

من ثم يقسم المبحث إلى :

المطلب الأول: المنازعة الإدارية في وثائق المسح العام (المرحلة الإدارية).

المطلب الثاني: المنازعة القضائية في وثائق المسح العام (المرحلة القضائية).

المطلب الأول

المنازعة الإدارية في وثائق المسح العام (المرحلة الإدارية)

عندما تنتهي أعمال المسح العام في كل منطقة عقارية، يودع مخطط مسح الأراضي والوثائق الملحقة به طيلة شهر على الأقل بمقر البلدية حتى يسمح للمعنيين بالإطلاع عليها، وبذلك تنتهي أعمال المسح لتبدأ مرحلة تلقي الاعتراضات والشكاوى التي يفصل فيها إداريا من طرف لجنة المسح وهذا عن طريق محاولة الصلح بين الأطراف المتنازعة بشأنها قبل عرضها على الجهات القضائية المختصة. ومن ثم يقسم المطلب إلى :

الفرع الأول: تلقي الاعتراضات وأجلها.

الفرع الثاني: كيفية الفصل في الاعتراضات والشكاوى.

الفرع الأول تلقي الاعتراضات وأجلها

لقد أوجبت المادة 10 من المرسوم رقم: 62/76 على المالكين والحائزين للحقوق العينية أن يحضروا في عين المكان أثناء القيام بأعمال المسح ومكنتهم من الإدلاء بملاحظاتهم عند الاقتضاء، غير أنه قد لا يتمكن أصحاب هذه الحقوق من حضور أعمال المسح ومن ثمة حرمانهم من الإدلاء بملاحظاتهم في وقتها أو تمكنوا من إبداء ملاحظاتهم ولم يتم الاعتداد بها من طرف فرق المسح، لذلك رأى المشرع ضرورة تمكينهم من تقديم اعتراضاتهم لاحقا وحتى بعد إيداع الوثائق المسحية .

فبعد إيداع مخططات المسح والوثائق الملحقة له بمقر البلدية المعنية يمكن للمعنيين بأعمال المسح الإطلاع عليها طيلة مدة شهر من تاريخ إيداعها وفقا لنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 134/92، ويمكنهم تقديم الشكاوي في الأجل المذكور، إما كتابة إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص وإما شفويا إلى ممثل الإدارة الذي يكون موجودا بمقر المجلس الشعبي البلدي في الأيام والساعات المعلن عنها إلى الجمهور وفقا لنص المادة 11 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 134/92.

يكون موضوع الشكاوي إما المطالبة بحق فات صاحبه المطالبة به أثناء عمليات المسح أو ينصب على حق الملكية أو على مدى هذا الحق، أو على الحدود بينه وبين جيرانه...

لقد حدد المشرع مدة الاعتراض على المخططات المسحية والوثائق الملحقة بها، مدة شهر من تاريخ إيداعها تحت طائلة عدم قبولها ومنه ثبوت صحة البيانات الواردة في هذه الوثائق وعدم إمكانية مراجعتها باستثناء الإجراء المنازع فيه.

لم يحدد المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 لمن يؤول الحق في تقديم الشكاوي، هل يقتصر الأمر على مدعي الحق نفسه أم يمتد إلى وكيله، وإذا تعلق الأمر بقصر أو غائبون أو مفقودون، فهل يجوز للغير تقديم الشكاوي بدلا عنهم، وهل يمكن لأقارب أو أصدقاء هؤلاء تقديم الاعتراضات بدلا عنهم طالما أن هذا الإجراء هو مقرر لحفظ حقوق هؤلاء خلال المدة المذكورة.

الفرع الثاني

كيفية الفصل في الاعتراضات والشكاوى

إن من مهام لجنة المسح التي يترأسها قاضيا، البت في جميع المنازعات التي لم يتم تسويتها بالتراضي وفقا لنص المادة 9 من المرسوم رقم: 62/76 وهذا قبل إيداع المخططات والوثائق المسحية، أي أثناء أعمال المسح وهي نفس الجهة التي يعود إليها الاختصاص لفحص الشكاوى المقدمة ضمن الأجل القانوني المحدد بشهر من تاريخ إيداع الوثائق المسحية.

تقدم الشكاوى إلى لجنة مسح الأراضي من أجل فحصها وإعطاء رأيها فيها، كما تحاول التوفيق بين المتنازعين وفقا لنص المادة 12 من المرسوم رقم: 62/76. وفي حالة عدم التوصل إلى التوفيق بينهم تحدد الحدود المؤقتة للعقارات كما يجب أن تكون عليه في المخطط وتعتبر الوثائق المسحية مطابقة للوضع الحالية للملكيات باستثناء الأجزاء المتنازع عليها وفقا لنص المادتين: 2/12 و 13 من نفس المرسوم⁽¹⁾.

فقد يتفق الطرفان إذا كان النزاع يتعلق بالحدود على إبرام اتفاق ودي بينهما دون اللجوء إلى القضاء فيتم الاتفاق على ملكية كل طرف لأرضه ولكنهما غير مستوثقين من الحدود الفاصلة بين أرضيهما فيتفقان على خبير عند الاقتضاء أو تعيين مهندس يقوم بتعيين هذه الحدود بناء على مستندات كل طرف ويحرر بذلك محضرا يكون ملزما لهما⁽²⁾.

(1) يلاحظ من نص المادة 12 من المرسوم رقم: 62/76 بأن النزاع الذي تحاول لجنة مسح الأراضي الفصل فيه وإجراء الصلح بشأنه يتعلق بالمنازعة في الحدود التي تطرأ بين الملاك المجاورين ويبدو أنه النزاع الوحيد الذي وضعه المشرع بين يدي اللجنة لمحاولة إجراء الصلح بشأنه لأن طبيعة هذا النزاع تسمح بذلك ويمكن تسوية هذا المشكل دون اللجوء إلى القضاء.

(2) الملاحظ أن هذا الاتفاق لا يتصف بأية صبغة رسمية على الرغم من أنه تم تحت إشراف لجنة المسح، ومع ذلك فهذه الاتفاقات تلزم الطرفين وتكون بمثابة القانون لهما تطبيقا للمبدأ المعروف العقد شريعة المتعاقدين.

- تظهر أهمية مبادرة الصلح التي تقوم بها لجنة المسح في:
- الاتفاق بين الأطراف المتنازعة أسهل من عرض الدعوى على المحكمة لتسوية الخلاف القائم بينهما فالحكم مهما كان صحيحا، فإنه لا يرضي دائما أحد الطرفين ولو كان مخطئا، في حين أن التوفيق يصلح بين الطرفين ويضع حدا للنزاع القائم بينهم.
 - اللجوء إلى الصلح يوفر أتعاب المحامين ومصاريف التقاضي.
 - اللجوء إلى الصلح أسهل استعمالا للحصول على الدفتر العقاري وأوفر وقتا.
 - إمكانية إقامة الصلح بين الأطراف تبقى ممكنة حتى خلال المرحلة القضائية ، حيث يمكن للقاضي أن يسعى إلى إجراء تصالح بين الأطراف عملا بنص المادة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: " يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت." إذا فشلت المصالحة، تمنح مدة ثلاثة (03) أشهر للأطراف المتنازعة من أجل الاتفاق على حدودهم أو من أجل رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا، وعند انقضاء هذا الأجل فالحدود المؤقتة تصبح نهائية ما عدا الغلط المادي أو ظهور المالك الحقيقي وفقا لنص المادة 14 من المرسوم رقم: 62/76 وهي المرحلة التي يتم التعرف عليها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

المنازعة القضائية في وثائق المسح العام (المرحلة القضائية)

بعد الفصل في الشكاوى المعروضة عليها، تقوم لجنة مسح الأراضي بوضع الحدود المؤقتة للعقارات كما كان يجب أن تكون عليه في المخطط مع الأخذ بعين الاعتبار لواقعة الحياة، تعتبر وثائق المسح مطابقة للوضعية الحالية للملكيات باستثناء الأجزاء المتنازع عليها.

لقد نصت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 بأنه يعطى أجل قدره ثلاثة أشهر فيما يخص الأجزاء المتنازع فيها إلى المالكين من أجل الاتفاق على الحدود أو من أجل رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا، غير أن اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة للفصل في منازعات الشهر العقاري تخضع لعدة قواعد تعتبر أساسية وهامة للبت في هذه المنازعات والتي تتمثل في:

- القاعدة الأولى: مجال اختصاص الجهة القضائية.
- القاعدة الثانية: محكمة موقع العقار هي المختصة.
- القاعدة الثالثة: القوة الثبوتية لمحاضر المسح.

القاعدة الأولى: مجال اختصاص الجهة القضائية:

إن مجال اختصاص القضاء الفاصل في الدعوى يظهر من نص المادة 14 المذكورة أعلاه بأن الجهة القضائية تختص بالفصل في النزاع الذي لم تتمكن لجنة المسح من حله والذي رأينا بأنه يتعلق بالحدود بين الجيران ليس إلا، ولا يمتد هذا النزاع إلى غير ذلك من المنازعات ولا حتى إلى النزاع الذي قد يثور بين مطالبين لنفس الحق على العقار بسندات مختلفة القيمة القانونية ولا بين المالك الحقيقي ومن سجل العقار باسمه بناء على إجراءات المسح العام وهذا حسب مفهوم المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 62/76.

وعليه، فإن النزاع المطروح على القضاء يتطلب أن يكون محصورا في نطاق أحكام المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 فقط ولا يكون القضاء مختصا في غير ذلك من المنازعات لاسيما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يحدد اختصاصا نوعيا للقضاء العقاري للفصل في منازعات المسح العام ضمن أحكام المواد من: 511 إلى 517 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية . ويجب توجيه الدعوى المرفوعة من أحد الجيران ضد الجار الذي ينازعه في حدوده، وبذلك فإنه ترفع من طرف أحدهما ضد الآخر دون أن تكون اللجنة طرفا في هذا النزاع، ويجب أن ترفع هذه الدعوى خلال مدة ثلاثة أشهر وفقا لنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 62/76⁽¹⁾.

القاعدة الثانية: محكمة موقع العقار هي المختصة:

أشارت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 إلى وجوب رفع الدعوى أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا، علما بأن النص باللغة الفرنسية لا يحدد طبيعة هذا الاختصاص (إقليمي أو نوعي) وإنما اكتفت بالنص على أن ترفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة⁽²⁾.

⁽¹⁾ يلاحظ أن المرسوم لم يحدد الكيفية التي يتم بموجبها إشعار المالكين المجاورين بالاتفاق على حدودهم ولا طريقة ذلك، وهل يتم ذلك بواسطة اللجنة مباشرة أم عن طريق البريد أم بواسطة محضر قضائي؟ وكيف يتم إثبات هذا التبليغ؟ علما أنه بمرور مدة ثلاثة أشهر تصبح الحدود المؤقتة نهائية وفقا لنص المادة 14 المذكورة أعلاه، وعلما بأن المدة الممنوحة (ثلاثة أشهر) هي مدة جد قصيرة يترتب على فواتها آثار خطيرة تتمثل في سقوط حق المعنيين من ممارسة حق التقاضي و تحول الحدود من مؤقتة إلى نهائية ويثور التساؤل حول مدى احترام هذه المدة من الناحية العملية وهل يلتزم القاضي بمراقبة مدى احترام هذا الأجل لقبول الدعوى المرفوعة أمامه؟

Art : 14- En ce qui concerne les parties en litige, un délai de 3 mois est donné aux propriétaires pour s'accorder sur leurs limites ou pour introduire **une action devant la juridiction compétente**”⁽²⁾

يلاحظ بأن نص المادة 14 المذكورة أعلاه باللغة الفرنسية هو الأصح، وأقترح إعادة صياغة المادة بالنص على وجوب رفع الدعوى أمام الجهات القضائية المختصة دون إضافة عبارة " إقليميا "، لعدم ورودها في النص باللغة الفرنسية وهو الأصل، ولأن ذكر الجهة القضائية المختصة يكفي للإشارة إلى أن الأمر يتعلق باختصاص الجهة القضائية إقليميا ونوعيا.

الجهة القضائية المختصة نوعيا هي بغير شك القسم العقاري إذا كان أطراف المنازعة أشخاص تابعين إلى القانون الخاص، أما إذا كان أحد الطرفين شخصا من أشخاص القانون العام، فإن الاختصاص القضائي لا يعقل أن يسند إلى القضاء العادي وإنما يؤول إلى القضاء الإداري استنادا للقواعد العامة في الاختصاص القضائي .

والمحكمة المختصة إقليميا هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار عملا بنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذه القاعدة سوف يتم التعرض لها بالتفصيل عند مناقشة كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا ضمن الباب الأول من القسم الموالي.

القاعدة الثالثة: القوة الثبوتية لمحاضر المسح:

أشارت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 إلى أنه بعد انتهاء أجل ثلاثة أشهر تصبح الحدود المؤقتة نهائية، بمعنى أنه لا يجوز الرجوع عنها أو إعادة النظر فيها إلا في حالتين هما:

- الغلط المادي.

- ظهور المالك الحقيقي.

وعليه، يلاحظ أنه لمجرد فوات الآجل القصير (ثلاثة أشهر) تصبح النتائج التي توصلت إليها لجنة المسح نهائية ومنه تكتسي قوة ثبوتية لا يجوز التراجع عنها⁽¹⁾.

لقد استثنى المنظم بموجب المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 حالتين يعاد بموجبهما

النظر في محاضر المسح وهما الغلط المادي - ظهور المالك الحقيقي فما المقصود بذلك؟

المقصود بالغلط المادي:

إن إجراءات المسح العام إجراءات دقيقة ومعقدة تهدف إلى إعداد السجل العيني مكن من خلالها المشرع والمنظم كل من له مصلحة من الاعتراض على نتائج لجان المسح بعد إتمامها في مواعيد محددة، وهذا بقصد التحقق من أن ما يقيد في السجل يمثل الحقيقة، ويكون لكل من له مصلحة التعامل على العقار بناء على سند ملكية، وهذا من أجل استقرار المعاملات العقارية، غير أن إعداد السجل العيني رغم دقة إجراءاته، فإنه لا يخلو من الأخطاء، الأمر الذي تنبه له المرسوم بجواز إعادة النظر في محاضر المسح بناء على وجود غلط مادي فيها.

(1) هذه النتيجة تدعو للتساؤل عن سبب إعطاء المنظم هذه القيمة لمحاضر المسح وتقييد الاعتراض عليها قضاء بمدة زمنية قصيرة وبشروط ضيقة، على الرغم من أن الأمر يتعلق بمرحلة أولية من مراحل إعداد السجل العيني، علما بأن المشرع لم يقيد الطعن القضائي في الترقيم النهائي بأية شروط ولا بمدة زمنية معينة وكان عليه من باب أولى أن يكون أكثر صرامة مع الترقيم النهائي وأكثر حرصا بتقييد حق المنازعة في الترقيم النهائي لما له من أهمية في استقرار الملكية العقارية.

لم يرد بشأن الغلط المادي أي تعريف ضمن أحكام الأمر رقم: 74/75 ولا مراسيمه التنفيذية ولم يرد أيضا بشأنه كيفية تصحيح هذه الأخطاء المادية بمعنى هل يقوم بها المحافظ العقاري من تلقاء نفسه؟ أم بناء على طلب الأطراف؟ وهل يتم تصحيح هذه الأخطاء مباشرة في بيانات السجل؟ أم يجب اللجوء إلى القضاء من أجل تصحيحها؟

للإجابة على هذه التساؤلات، وأمام قصور النصوص الواردة في قانون الشهر العقاري الجزائري في هذا الشأن، فإنه يتعين الرجوع والبحث في القانون المقارن.

بالرجوع إلى القانون اللبناني، فإنه يقصد بالخطأ المادي حسب المادة 15 المعدلة من القرار رقم: 188 الأغلط الكتابية الحاصلة في قيود السجل العقاري، كما اعتبرت محكمة التمييز اللبنانية من قبيل الأغلط الكتابية القيود المخالفة للأصول أو الساقطة سهواً والقيود المغلوطة نتيجة التباين الحاصل في الوثائق والخرائط المستند إليها لتنظيم الصحائف أو لتدوين سائر القيود اللاحقة، كما اعتبرت أيضا من قبيل الأغلط الكتابية عدم المطابقة بين قيود الصحيفة ومضمون السندات والوثائق المبرزة تأييدا للتسجيل.

لقد اعتبرت الفقرة الرابعة من المادة 15 من القرار رقم: 188 من قبيل الخطأ المادي الغلط الحاصل في خريطة المساحة نتيجة السهو أو التناقض بين مدلولات الخريطة ووثائق السجل العقاري، وأجازت المادة 15 المذكورة أعلاه لأمين السجل العقاري أن يتولى تصحيح هذه الأخطاء ما لم يعترض على هذا التصحيح ذوو العلاقة.

ففي حال حصول مثل هذا الاعتراض يتوجب على أمين السجل العقاري أن يطلب التصحيح من القاضي العقاري الإضافي باعتباره المرجع الصالح لتصحيح الأخطاء المادية⁽¹⁾.

(1) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 194 - 195.

أما في القانون المصري، فقد أجاز المشرع المصري تصحيح الأخطاء المادية البحتة في السجل وسواء طلب ذلك صاحب الشأن أو يقوم به مكتب التسجيل من تلقاء نفسه بعد إخطار ذوي الشأن⁽¹⁾ وهذا حسب أحكام المادة 39 من قانون السجل العيني التي جاء فيها: " لا يجوز إجراء تغيير في البيانات الواردة في السجل العيني إلا بمقتضى محررات موثقة صادرة ممن يملك التصرف في الحقوق الثابتة في السجل أو بمقتضى حكم أو قرار صادر من المحكمة التي يقع القسم المساحي في دائرتها أو من اللجنة القضائية المشار إليها في المادة 21.

وللأمين أن يصحح الأخطاء المادية البحتة في السجل العيني من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أصحاب الشأن طالما لم يتم القيد.

وفي حالة إتمام القيد وجب عليه عدم إجراء التصحيح إلا بعد إخطار ذوي الشأن بكتاب موصى عليه بعلم الوصول.

ويحرر الأمين محضرا يوضح فيه أسباب الخطأ و كيفية كشفه.

يتمتع القيد الأول في القانون المصري بقوة ثبوت مطلقة لحماية الغير حسن النية بالنسبة لما تم قيده من حقوق عينية عقارية، فإن ذلك يقوم على أساس صحة القيد. ويعني ذلك أن القيد - سواء في ذلك قيد أول أو القيود التالية - لا يمكن أن يكون له حجية مطلقة فيما يتعلق بعيوب القيد ذاته، وعلى ذلك فإن لمكتب الشهر العقاري أن يتدخل لتصحيح الأخطاء المادية في القيد من تلقاء نفسه.

يعد القيد معيبا في ذاته حينما يكون قد تم بغير وجه حق وغير مستند إلى أي سند قانوني مثال ذلك أن يقوم أمين السجل - في صدد قيد نقل الحق المستند إلى عقد بيع على سبيل المثال - بقيد الحق عن طريق الخطأ باسم شخص آخر غير المشتري وذلك بسبب وقوعه في خطأ مادي ناجم عن تشابه الأسماء أو النقل الخاطئ لحروف الاسم من عقد البيع .

كما يقع خطأ في قيد البيانات المتعلقة بوصف العقار أو في قيد الحقوق الواردة عليه في السجل، فإن هناك حالات تتغير فيها بيانات العقار أو الحقوق الواردة عليه بسبب وقائع مادية. فعلى سبيل المثال قد يتغير الوصف المادي للعقار بسبب انهيار أحد أجزائه أو تآكل الأرض الزراعية بسبب نحر المياه لها وفي كل هذه الحالات يتم تعديل بيانات السجل إما بالتدخل المنفرد لإدارة السجل أثناء المراجعة الفنية لمطابقة الخرائط المساحية أو بناء على طلب صاحب المصلحة في جميع الأحوال⁽²⁾.

(1) د. حسن عبد الباسط جمبجي، المرجع السابق، ص 139 وما بعدها.

(2) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 126.

ظهور المالك الحقيقي:

يقوم السجل العيني على مبدأ قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه، وأنه لا يقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني، سوى ما ورد في صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني، إلا أن هناك حالات يجوز فيها إجراء تعديل في بيانات السجل العيني منها الغلط المادي ومنها ظهور المالك الحقيقي أو صاحب المركز القانوني. وصاحب المركز القانوني أجاز له المنظم بموجب المادة 14 المذكورة أعلاه، الطعن في صحة البيانات الواردة في السجل العيني.

إن صاحب المركز القانوني الذي يترك الظاهر قائماً في السجل العيني - حسب الدكتور مصطفى عبد السيد الجارحي- هو مقصر في حق نفسه ولقد مهد له القانون وسائل سريعة للحفاظ على حقوقه كالتأشير بالدعوى، كما يرى بأنه لا يمكن قبول أن يثبت صاحب المركز القانوني السبب الأجنبي لأن ذلك يضعف من حجية السجل العيني ويظل الغير الذي اكتسب حقوقاً في ضوء بيانات السجل العيني قلقاً ومضطرباً ولا يعرف استقراراً⁽¹⁾.

ويرى الدكتور عبد السلام ذهني في هذا الصدد، أن على صاحب المركز القانوني أن يتحمل تبعات ظروفه، فالتبعة عليه أخذاً بمبدأ المخاطر. لأنه من المتعين على كل إنسان في الحياة أن يتحمل وحده مخاطر عمله ومخاطر ظروفه وما يحفه من ملايسات مختلفة. وإذا أخذ بذلك المبدأ، وأساسه العدالة، فلا يجوز لأحد أن يشكو ما أصابه مادام أن كل فرد آخر قد أصابته أيضاً مخاطر ظروفه⁽²⁾.

أما في القانون اللبناني، فإن الشخص الذي سجل العقار باسمه يصبح مالكا له من تاريخ هذا التسجيل حتى ولو كان السند الذي جرى المسح على أساسه باطلاً، أو حتى ولو كان الحق الذي جرى قيده على اسمه قد ألغاه القانون، أو كان العقار الذي جرى قيده على اسمه من الأملاك العامة، ولكن يبقى للمالك الحقيقي الذي فاتته أن يعترض أو أن يدعي بحقه أمام القاضي العقاري، أو اعترض ورفض اعتراضه أو رد في الشكل، أن يلجأ إلى المحاكم العادية خلال سنتين ابتداء من تاريخ نفاذ قرار القاضي العقاري المنفرد، أو قرار محكمة الاستئناف في حال استئناف القرار المذكور، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة 31 من القرار رقم: 176 إذا انقضت مهلة السنتين دون تقديم أية دعوى، تكتسب قيود السجل العقاري قوة ثبوتية مطلقة وتصبح في مأمن من أي طعن أو منازعة⁽³⁾.

(1) د. مصطفى السيد الجارحي، ص 60-61.

(2) د. عبد السلام ذهني، المرجع السابق، 38.

(3) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 179.

الفصل الثاني

منازعات التحقيق العقاري

من أجل تسليم سندات ملكية لكل مالك عقار أو حق عيني عقاري، لجأ المشرع إلى إجراءات التحقيق العقاري بناء على طلب من يعنيه الأمر أي أنه يتم بصفة اختيارية، غير أن اللجوء إلى إجراءات تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري لا تخلو من إثارة منازعات بشأن تطبيق أحكام القانون الذي ينظمها وهو القانون رقم: 02/07 المؤرخ في: 2007/02/27 .

وقبل التعرض للمنازعات التي يثيرها تطبيق أحكام هذا القانون، رأيت ضرورة التطرق للدوافع التي أدت بالمشرع إلى تبني مثل هذا النظام وإلى إجراءات تسليم الملكية.
بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: دوافع اللجوء إلى إجراءات التحقيق العقاري.

المبحث الثاني: إجراءات تسليم سندات الملكية وفقا لقانون التحقيق العقاري.

المبحث الثالث: أنواع منازعات التحقيق العقاري.

المبحث الأول

دوافع اللجوء إلى إجراءات التحقيق العقاري

في إطار تنظيم الملكية العقارية واستقرارها وتطورها وفق ما تقتضيه التنظيمات العقارية الحديثة أصدر المشرع القانون رقم: 02/07 المؤرخ في: 2007/02/27 المتعلق بتأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية. وسبب اللجوء إلى هذا الإجراء الجديد يكمن في العيوب التي نتجت عن عقد الشهرة الذي كان يتم إعداده على أساس التقادم المكسب بموجب المرسوم رقم: 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21⁽¹⁾.

لقد كانت إجراءات تسليم عقد الشهرة بسيطة وسريعة إذ يكفي أن يتقدم طالب العقد أمام الموثق مرفوقاً بشاهدين يؤكدان تصريحاته ليحصل على عقد الشهرة بعد مرور أربعة (04) أشهر من عملية نشر في الجريدة دون تسجيل أي اعتراض من الغير.

وعقد الشهرة هو محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقاً للأشكال القانونية في حدود سلطته واختصاصه يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد⁽²⁾.

لقد أثار تطبيق أحكام المرسوم المذكور أعلاه عدة منازعات أثبتت عدم نجاعته وقصوره، مما أدى إلى إلغاء عقود الشهرة في الكثير من هذه المنازعات، ومن القرارات التي صدرت عن المحكمة العليا في هذا الصدد أذكر ما يلي:

- القرار رقم: 258062 المؤرخ في: 2003/12/17 والذي أكد على أن مدة أربعة أشهر المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم: 352/83 تتعلق بالفترة التي يقوم الموثق، بعد انقضائها بإعداد عقد الشهرة. ولا يترتب عن فواتها سقوط الحق في رفع دعوى بطلان عقد الشهرة أمام القضاء المختص. وكذا القرار رقم: 251665 المؤرخ في: 2003/09/24 والذي أكد بدوره بأن عقد الشهرة حتى وإن كان عقداً رسمياً فهو عقد تصريحي يحزر اعتماداً على تصريحات المستفيد منه لا غير.

(1) أنظر الجريدة الرسمية لسنة 1983 رقم: 21 ص 1473.

(2) حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة (عقد الشهرة، شهادة الحيازة)، دار هومة، 2004، ص 13.

يمكن دحض ما ورد في بالدليل العكسي، يتعين على القضاة، في هذه الحالة التحقق من الحيابة الأحق بالتفضيل، والقرار رقم: 565212 المؤرخ في: 2009/12/10 الذي أكد أيضا بأنه يعد قضاء مخالفًا للقانون، القضاء ببطلان عقد شهرة لاحق، لوجود عقد شهرة سابق، منصبين على نفس العقار مادام إعداد عقد الشهرة متوقف على مدى توفر شروط الملكية عن طريق التقادم المكسب⁽¹⁾.

هذه المنازعات وغيرها فرضت ضرورة توقيف العمل بأحكام المرسوم التنفيذي رقم: 352/83 واستبداله بإجراءات التحقيق العقاري والذي يصدره توقف العمل بأحكام المرسوم التنفيذي رقم: 352/83 باستثناء الملفات المودعة لدى الموثقين قبل نشر القانون رقم: 02/07 في الجريدة الرسمية وفقا لنص المادة 19 منه وبصدور المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008 المؤرخ في: 2008/05/19 ألغى المرسوم رقم 352/83 بموجب المادة 24 منه وهذا دون الإخلال بأحكام المادة 19 من القانون رقم: 02/07. يهدف القانون رقم: 02/07 إلى تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري وفقا لنص المادة الأولى منه.

لقد جاء في مشروع القانون رقم: 02/07 المؤرخ في: 2007/02/17 أن ضرورة اللجوء إلى إجراء خاص لإعداد سندات الملكية والمخططات أصبحت حتمية أمام الحاجة المتزايدة في الحصول على هذه السندات، وهذا بهدف:

- معالجة السلبات الجوهرية التي خلفها العمل بعقد الشهرة، إذ أن المنازعات العقارية المتعلقة بإعداد وتسليم عقد الشهرة أمام الجهات القضائية المختصة أكدت استعمال هذه الآلية.
- الاستجابة لتمويل المشاريع الاستثمارية باللجوء إلى عمليات القرض العقاري والرهن، لقد خلف تخلي الدولة عن الادعاءات التقليدية الموكلة لها في المجال الاقتصادي إلى ضرورة البحث عن أطر تشريعية جديدة لإنجاح سياسة الاستثمار المعتمدة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية وأدت إلى اعتماد نفس المبدأ في السياسة العقارية الجديدة المتمثلة في الاستثمار والقروض الرهنية الموجه للسكن وكل القروض المتعلقة بالفلاحة ومختلف النشاطات المهنية والحرفية الأخرى⁽²⁾.
- تحديد الوضعية العقارية الحالية لحاملي سندات الملكية المحررة قبل: 1961/03/01 ويبدو هنا أن المشرع يحاول معالجة نظام الشهر الاختياري المطبق في الفترة الاستعمارية السابقة لصدور المرسوم المؤرخ في: 1959/10/21 رغم محاولة إصلاح نظام الشهر العقاري ابتداء من: 1961/03/01.

(1) مجلة المحكمة العليا، عدد خاص - الاجتهاد القاضي للرفة العقارية - الجزء الثالث - قسم الوثائق، 2010، ص 286 إلى 296.

(2) د. محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات البغدادي، 2009، ص 298

- تفعيل عملية المسح العام الذي لم يؤدي إلى نتائج معتبرة رغم الجهود والوسائل المبذولة، الأمر الذي أدى إلى التفكير في إجراءات التحقيق العقاري بغرض إعطاء دفع قوي لعملية المسح وتقليص مدتها بشكل معتبر⁽¹⁾.

تطبق أحكام القانون رقم: 02/07 على كل عقار لم يخضع لعمليات المسح العام مهما كانت طبيعة هذا العقار ويشمل أيضا العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية حسب المادة 02 منه. ويرى القاضي بيوت نذير رئيس الغرفة العقارية بالمحكمة العليا أن هذا النص يستدعي ملاحظتين⁽²⁾:

الملاحظة الأولى:

يلاحظ أن كل العقارات في الجزائر، تخضع من الناحية القانونية لعملية المسح، طبقا للأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12 إلا أنه نظرا لعدم انتهاء عمليات المسح، فإن بعض العقارات لم يتم مسحها بعد، ومن المؤكد أن هذه العقارات هي المعنية بالقانون الحالي.

الملاحظة الثانية:

يلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة الثانية " يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية" فهو يرى بأن هذه الفقرة غامضة، لأنه مما لا شك فيه أن العقارات التي ليست لها سندات ملكية هي وحدها المعنية بهذا الإجراء، مادام القانون الوضعي الجزائري لا يعرف هذه الفئة من المالكين بدون سند ملكية.

إن إدراج المشرع العقارات التي حررت سندات قبل تاريخ: 1961/03/01 في نطاق تطبيق هذا الإجراء لأن قبل هذا التاريخ (يعتبر هذا التاريخ بداية سريان أحكام نظام الشهر العقاري في الجزائر والذي تم تطبيقه في فرنسا بموجب المرسوم رقم: 22/55 المؤرخ في: 1955/01/04) لم تكن هذه العقود قد أخضعت لإجراءات الشهر، ومن ثمة لم تكن لها حجية على الغير.

لا تدخل الأملاك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة أراض عرش والأملاك الوقفية ضمن العقارات التي يمكن أن تسلم فيها سندات ملكية بموجب إجراءات التحقيق العقاري وفقا لنص المادة 3 من القانون رقم: 02/07.

(1) انظر التعلية رقم: 03 المؤرخة في: 2008/09/27.

(2) القاضي بيوت نذير، معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا عدد خاص الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، قسم الوثائق، 2010 ص 19.

المبحث الثاني

إجراءات تسليم سندات الملكية وفقا لقانون التحقيق العقاري

يتم تسليم سندات الملكية وفقا لأحكام القانون رقم: 02/07 بإتباع الإجراءات التالية سواء كان التحقيق فرديا أم جماعيا، تتمثل هذه الإجراءات في التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية.
من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: التحقيق العقاري.

المطلب الثاني: معاينة حق الملكية.

المطلب الأول

التحقيق العقاري

تتوقف عملية تسليم سندات الملكية وفق أحكام هذا القانون على إجراءات التحقيق العقاري بطلب من أي شخص طبيعي أو معنوي، يمارس حيازة على عقار سواء بنفسه أو بواسطة شخص آخر، أو يحوز سند ملكية يعود تاريخه إلى ما قبل أول مارس 1961 حسب المادة 4 من القانون رقم: 02/07، كما يمكن للدولة عن طريق هيئاتها أن تبادر بالتحقيق الجماعي في إطار إنجاز برنامج بناء أو تهيئة عقارية، ريفية أو حضرية، من أجل تسليم سندات الملكية لشاغلي المناطق المعنية بهذا البرنامج.
من ثم يقسم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: التحقيق العقاري الفردي.

الفرع الثاني: التحقيق العقاري الجماعي.

الفرع الأول

التحقيق العقاري الفردي

يتم التحقيق العقاري بناء على طلب أي شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة على عقار بنفسه مباشرة أو بواسطة الغير أو يحوز سند ملكية صادر قبل تاريخ: 1961/03/01، أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعاينة حق ملكية وتسليمه سند ملكية.

توجه طلبات فتح التحقيق العقاري إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي المختص وفقا للمادة 4 الفقرة 3 من القانون رقم: 02/07، ويبين فيها بيانات حددتها المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008 المؤرخ في: 2008/05/19 ويجب أن ترفق بمخطط طبوغرافي للعقار، ويلحق به بطاقة وصفية يعددهما مهندس خبير عقاري على نفقة صاحب الطلب .

يخضع التحقيق العقاري لإشهار واسع وفقا لنص المادة 08 من القانون رقم: 02/07، إذ يرسل مقرر فتح التحقيق العقاري إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني قصد إصاقه بمقر بلديته، لمدة خمسة عشر (15) يوما، قبل تاريخ تنقل المحقق العقاري إلى عين المكان وفقا لأحكام المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008 .

تتم إجراءات التحقيق العقاري تحت سلطة ومراقبة مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي، وببإشره محقق عقاري يعينه مسؤول الحفظ العقاري الولائي من ضمن أعوان سلك مفتشي أملاك الدولة. عند الاقتضاء يجوز للوزير المعني أن يكلف أي عون من الأعوان التابعين للأسلاك المعادلة وفقا لأحكام المادة 9 من القانون رقم: 02/07. يتمثل التحقيق العقاري في البحث عن كل عناصر المعلومات أو التصريحات أو الوثائق الضرورية لتحديد حق الملكية العقارية وجمعها ودراستها في عين المكان، على مستوى مصالح الحفظ العقاري ومسح الأراضي وأملاك الدولة والضرائب، وعند الحاجة لدى أي مصالح أخرى وفقا لأحكام المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008.

يقوم المحقق العقاري في التاريخ المحدد، بالتنقل إلى عين المكان ويشرع في معاينة العقار بحضور صاحب الطلب أو المعني عملا بأحكام المادة 11 الفقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008. يقوم بتسجيل وقائع الحيازة التي يصرح بها صاحب الطلب وبيحث لدى المالكين أو الحائزين للعقارات المجاورة أو لدى أي أشخاص آخرين لديهم معلومات مفيدة بشأن الوضعية القانونية والمحتوى المادي للعقاري موضوع التحقيق، كما يدون التصريحات التي يتلقاها ويقوم بالتحقيق منها عملا بأحكام المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008.

الفرع الثاني

التحقيق العقاري الجماعي

يتم فتح تحقيق عقاري جماعي من طرف الدولة عن طريق هيئاتها (الولاية، البلدية) فينخذ الوالي قرارا بمبادرة منه أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص، يتضمن فتح تحقيق عقاري جماعي، بعد أخذ رأي كل من مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي، وحسب الحالة، مسؤول البناء أو المصالح الفلاحية وفقا لأحكام المادة 7 من القانون رقم: 02/07.

تهدف هذه الإجراءات إلى تفادي عرقلة إنجاز هذه البرامج وتسوية وضعية العقارات بالمناطق المعنية من أجل تحديد مالكي هذه العقارات، وعند الاقتضاء تطبيق قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة⁽¹⁾.

المطلب الثاني معاينة حق الملكية

يقوم المحقق العقاري بفحص الوثائق والأقوال والشهادات المقدمة له مستعينا بالتحريات التي قام بها فإذا تبين له أن صاحب الطلب يمارس حيازة من شأنها أن تسمح له بالحصول على حق الملكية، عن طريق التقدم المكسب، طبقاً لأحكام القانون المدني وفقاً لأحكام المادة 827 وما يليها، فإنه يعترف له بأحقية على العقار محل التحقيق العقاري وفقاً للمادة 14 من القانون رقم: 02/07.

إذا ثبت من خلال التحقيق العقاري لصالح مقدم الطلب، يصدر مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي، على أساس المحضر النهائي المنصوص عليه في المادة 13 من القانون رقم: 02/07 مقررًا يتعلق بالترقيم العقاري باسم المالك المعني للعقار محل التحقيق العقاري وفقاً لأحكام المادة 15 من القانون رقم: 02/07.

يرسل مقرر الترقيم العقاري للمحافظ العقاري المختص إقليمياً قصد التنفيذ ويقوم المحافظ العقاري بالترقيم العقاري، وذلك بشهر الحقوق المعاينة أثناء التحقيق العقاري في السجل العقاري، يعد على إثره سند الملكية الذي يرسله إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي، لغرض تسليمه للمعني وفقاً للمادة 16 من القانون رقم: 02/07.

(1) القاضي بيوت نذير، المقال السابق، ص 25.

المبحث الثالث

أنواع منازعات التحقيق العقاري

لقد سمح المشرع للمتضرر من قرارات المحافظ العقاري الاعتراض عليها إدارياً وكذا أمام الجهات القضائية المختصة بعد فشل محاولة الصلح التي يجربها المحقق العقاري المختص، كما فتح باب المنازعة في التقييم المؤقت الناتج عن إجراءات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية من طرف مقدم الطلب وكذا من طرف مسؤول مصالح الحفظ العقاري إذا تبين له أنه قام بتسليم سند ملكية خطأ أو بناء على تصريحات كاذبة من مقدم الطلب.

بناء على ما تقدم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: الطعن في قرارات المحقق العقاري.

المطلب الثاني: الطعن في التقييم العقاري.

المطلب الأول

الطعن في قرارات المحقق العقاري

لقد سبق الإشارة إلى أن المحقق العقاري أثناء قيامه بأعمال التحقيق العقاري، يتلقى في الميدان تصريحات المعني التي بموجبها يعرض الوقائع والظروف التي سمحت له بممارسة الحيافة على العقار الذي يطالب بأحقية ملكيته وفقاً لأحكام المادة 10 من القانون رقم: 02/07، كما يقوم بكل التحريات والتحقيقات لإثبات حق الملكية المطالب بها وحماية حقوق الغير.

يحرر عقب ذلك محضراً مؤقتاً، مسبباً قانوناً، يتضمن نتائج التحقيق ويضعه في متناول الجمهور للإطلاع عليه وفقاً لأحكام المادة 10 فقرة 02 من القانون رقم: 02/07 والمادتين 12 و13 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008.

تقيد الاحتجاجات أو الاعتراضات المثارة أثناء التحقيق العقاري في سجل خاص مفتوح لهذا الغرض لدى مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي عملاً بحكام المادة 11 من القانون رقم: 02/07، كما يمكن للمحقق العقاري أن ينتقل من جديد إلى الميدان، قصد دراسة الاحتجاجات أو الاعتراضات المثارة من طرف الملاك أو الحائزين المجاورين أو كل مدع آخر لأي حق عيني على العقار المعني وفقاً لنص المادة 11 الفقرة 02 من القانون رقم: 02/07.

يقوم المحقق العقاري وفقا لنص المادة 12 نفس القانون بمحاولة صلح بين الأطراف المتنازعة خلال جلسة الصلح، فإذا توصل إلى اتفاق يحرر محضرا بذلك ثمانية أيام (08) على الأكثر من تاريخ تقديم الاحتجاجات وفقا لنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008.

إذا باءت محاولة الصلح بالفشل، يحرر محضرا بعدم الصلح ويجوز للمعترض اللجوء إلى رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة خلال مدة شهرين (02) من تاريخ تسلمه محضر عدم الصلح وفقا لنص المادة 12 فقرة 03 من القانون رقم: 02/07 والمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008 ويزترب على رفع الدعوى القضائية، توقيف إجراءات التحقيق العقاري إلى غاية صدور حكم في الدعوى.

لقد أوجبت المادة 12 فقرة 05 من نفس القانون⁽¹⁾، شهر عريضة رفع الدعوى وأضافت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008 بأنه يتم إشهار العريضة الافتتاحية في حال ما إذا رفعت الدعوى القضائية خلال ثمانية أيام (08) على الأكثر التي تلي نهاية المدة القانونية المذكورة في المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008 أي مدة شهرين.

ينفذ المحافظ العقاري في الحال إجراء الشهر العقاري المطلوب ويتم التأشير على مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة عملا بنص المادة 113 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 ويتم فتح بطاقة شخصية باسم صاحب الطلب أو المعني، مع ذكر الإطار القانوني الذي رفعت فيه الدعوى، زيادة على تعيين العقار حسب أحكام المادة 17 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008.

يزترب على إشهار عريضة رفع الدعوى خلال المدة المحددة بموجب المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008 إيقاف إجراءات التحقيق العقاري إلى غاية صدور حكم قضائي وهذا بعد إعلام صاحب الطلب من طرف مدير الحفظ العقاري كما يتم إعلام الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي إذا كان التحقيق قد تم في إطار عملية جماعية للتحقيق العقاري وفقا لنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/2008. إذا لم يبادر المدعي بشهر عريضة رفع دعواه في الأجل المذكور في المادة 17 من نفس المرسوم التنفيذي، يبلغه مدير الحفظ العقاري للقيام بذلك عملا بأحكام المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 147/2008، إذا لم يقم المدعي بشهر عريضة رفع دعواه رغم تبليغه بذلك يستمر التحقيق العقاري دون أخذ الاحتجاجات أو الاعتراضات بعين الاعتبار.

⁽¹⁾ يلاحظ أن ما جاءت به المادة 12 من القانون رقم: 02/07 والمرسوم التنفيذي رقم: 147/2008 من وجوب شهر عريضة دعوى وما رتب عليه من آثار تختلف عن أحكام المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 وكذا أحكام المادة 17 ق.1.م.1، والتي لم توجب شهر الدعاوى القضائية إلا تلك الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها، إذ أن مبرر الشهر هنا هو المنازعة في حقوق مشهورة، الشيء الذي لا وجود له في المنازعة في اعتراضات التحقيق العقاري، لأن الحق ليس ثابتا بعد وسندات الملكية لم تحرر ولم تنشر بعد.

المطلب الثاني الطعن في الترتيم العقاري

رأينا أنه في حالة ثبوت حق الملكية لفائدة مقدم الطلب نتيجة التحقيق العقاري، يصدر مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي على أساس المحضر النهائي مقررًا يتعلق بالترتيم العقاري، باسم المالك المعني للعقار محل التحقيق العقاري، يرسل هذا المقرر (مقرر الترتيم العقاري) للمحافظ العقاري المختص إقليمياً قصد تنفيذه عملاً بأحكام المادة 15 من القانون رقم: 02/07.

يقوم المحافظ العقاري بالترتيم العقاري، وهذا عن طريق شهر الحقوق المعاينة أثناء التحقيق العقاري في السجل العقاري ويعد سند الملكية ويرسله إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي، بغرض تسليمه إلى المعني عملاً بأحكام المادة 16 من القانون رقم: 02/07 .

إذا لم يفض التحقيق العقاري إلى نتيجة، أي إذا نتج عن تحليل التصريحات والأقوال والشهادات والوثائق المقدمة والتحريات التي قام بها المحقق العقاري، أن صاحب الطلب لا يمارس حيازة من شأنها أن تسمح له بالحصول على حق الملكية عن طريق التقادم المكسب وفقاً لأحكام القانون المدني فإنه لا يعترف له بأحقية على العقار محل التحقيق، نتيجة لذلك يعد مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي مقررًا مسبباً يتضمن رفض الترتيم النهائي.

وعليه، فإن التحقيق العقاري إما أن ينتج عنه تسليم سندات الملكية وإما قراراً يرفض تسليمها وهي القرارات التي يمكن الطعن فيها أمام القضاء .
من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الطعن في مقرر رفض تسليم سند الملكية.

الفرع الثاني: الطعن في مقرر تسليم سند الملكية.

الفرع الأول

الطعن في مقرر رفض تسليم سند الملكية

أجاز المشرع بموجب أحكام القانون رقم: 02/07 للطرف الذي رفض طلبه المتعلق بالحصول على سند ملكية، الطعن في مقرر رفض التسليم أمام الجهات القضائية المختصة وهذا من خلال الآجال المحددة قانونا ويؤول الاختصاص رغم عدم النص عليه صراحة ضمن أحكام المادة 17 من نفس القانون للقضاء الإداري أي المحكمة الإدارية بعد تنصيبها والغرفة الإدارية بالمجلس حاليا المختصة إقليميا على اعتبار أن مقرر رفض تسليم سند الملكية يصدر من مصلحة إدارية غير ممرضة للدولة وفقا لنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتعين أن يتم الطعن عن طريق رفع دعوى إدارية خلال أربعة (04) أشهر من تاريخ التبليغ الشخصي للمقرر محل الطعن .

يتم تبليغ قرار رفض تسليم سند الملكية إلى المعني إذا كان التحقيق العقاري فرديا وإلى الوالي إذا كان التحقيق العقاري جماعيا، في أجل أقصاه ستة أشهر (06) ابتداء من تاريخ إيداع الطلب عملا بأحكام المادة 17 فقرة 3 من القانون رقم: 02/07.

الفرع الثاني

الطعن في مقرر تسليم سند الملكية

في حالة اكتشاف ترقيم عقاري تم على أساس تصريحات غير صحيحة أو تقديم وثائق مزورة، يقوم مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي، برفع دعوى قضائية للمطالبة بإلغاء الترقيم العقاري ويقدم شكوى أمام وكيل الجمهورية لتحريك دعوى عمومية عملا بأحكام المادة 18 من القانون رقم: 02/07.

والملاحظ بخصوص هذا الطعن أن صاحب الصفة في رفع الدعوى الإدارية المتعلقة بإلغاء مقرر تسليم سند الملكية هو مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي المختص إقليميا كما له أن يقدم شكوى أمام النيابة ضد الشخص الذي قدم تصريحات كاذبة أو وثائق مزورة⁽¹⁾.

(1) الأستاذ عبد الغني حسونة والأستاذة لبنى دنش، إجراء التحقيق العقاري كطريق لاكتساب حق الملكية، مقال منشور بمجلة المنتدى القانوني جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السادس، أفريل 2009، ص 305.

خلاصة ونتائج الباب الأول:

لما كان الهدف من تناول الباب الأول من القسم الأول من هذا البحث، هو معرفة سبب نشوب منازعات الشهر العقاري المتعلقة بالمسح العام والتحقيق العقاري ومدى كفاية أحكام التشريع الجزائري لوضع حد لها ولحلها عند نشوبها، فقد خصصت الباب الأول لمنازعة الشهر العقاري المتعلقة بالمسح العام وتلك التي تنثر بمناسبة التحقيق العقاري للارتباط الموجود بين العمليتين على اعتبار أن الأولى هي مسح إلزامي أما الثانية فهي مسح بناء على الطلب أو مسح اختياري.

ونتيجة لهذا الارتباط تناولتهما في باب واحد وهو الباب الأول من القسم الأول المخصص للجانب النظري لمنازعة الشهر العقاري فتناولت في الفصل الأول منه منازعة الشهر العقاري المرتبطة بالمسح العام وهذا للإجابة عن الإشكالية المطروحة وهي البحث عن دور التشريع الجزائري وعلاقته بمنازعات المسح العام ومدى كفاية أحكامه للفصل فيها ولمعرفة ذلك تناولت في بداية الفصل الأول (المتعلق بمنازعات المسح العام) وقبل الخوض في تلك المنازعات - إلى ماهية الشيء الذي أتحدث عنه، لأن البحث في معرفة ذلك الشيء وهو المسح العام مرتبط ارتباطا وثيقا بالمنازعات التي تثار خلال مراحل المسح العام ونتائجه، كما أنها مرتبطة أيضا بالنظام الذي يحكم المسح العام في الجزائر والذي هو نظام إداري وليس نظاما قضائيا، الأمر الذي يجعل من منازعات المسح العام في الجزائر تتمتع بخصوصية ذاتية لا يوجد لها مثيل في التشريعات المقارنة.

ويثور التساؤل حول مدى كفاية هذه الأحكام لحل مثل هذه المنازعات ومدى نجاعة هذا النظام لوضع حد لمنازعات الشهر العقاري التي تثار بمناسبة أعمال المسح العام. للوصول إلى ذلك تناولت البحث في منازعة الشهر العقاري في الفصل الأول من هذا الباب، فقسمته إلى مبحثين خصصت المبحث الأول للقواعد التي يقوم عليها المسح العام في الجزائر وفي التشريعات المقارنة، لما لهذه المقارنة من أهمية في تحديد موقف المشرع الجزائري منها.

وخصصت المبحث الثاني لمنازعات الشهر العقاري المرتبطة بالمسح العام، وبما أن الفصل في هذه المنازعات يتم على مرحلتين (مرحلة إدارية ومرحلة قضائية) قسمت هذا المبحث إلى مطلبين تناولت فيهما المرحلتين استنادا إلى النصوص القانونية التي تنظم هذه المنازعة. وتوصلت إلى النتائج التالية:

- إن المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 المتعلق بالمسح العام والمرسوم التنفيذي رقم: 134/92 حددت أحكامهما كيفية الفصل في الاعتراضات والشكاوى بعد إيداع وثائق المسح خلال مدة شهر من تاريخ إيداعهما وفقا لنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم: 134/92.

وبعد فوات هذا الأجل دون تسجيل أي اعتراض تصبح البيانات الواردة في الوثائق المساحية نهائية باستثناء الإجراء محل المنازعة.

- لقد اسند المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 بموجب المادة 9 منه مهمة الفصل في منازعات المسح العام إلى لجنة مسح الأراضي لإجراء محاولة الصلح بين الأطراف المتنازعة. فإذا وفتت في ذلك يتم التأكيد على البيانات الواردة في وثائق المسح، وإذا خفتت في إجراء الصلح يمنح أجل ثلاثة أشهر للأطراف المتنازعة للجوء إلى القضاء لطرح النزاع عليه، بعد مرور هذه المدة تصبح الحدود المؤقتة نهائية.

يلاحظ أن من الأسباب التي تؤدي إلى نشوب منازعات في هذه المرحلة تعود إلى:

- مهمة المسح العام تسند إلى جهة إدارية وهي إدارة المسح العام، وإعداد السجل العيني تسند أيضا إلى جهة إدارية وهي المحافظة العقارية، في حين أن الفصل في المنازعات يسند إلى لجنة مكونة من عدة أطراف معنية بأعمال المسح العام يترأسها قاضيا لإجراء محاولات صلح وتوفيق بين الأطراف المتنازعة دون أن يكون لها مهمة الفصل في المنازعات المطروحة، وهذا من شأنه أن يعيق أعمال المسح بإحالة النزاع إلى القضاء للنظر في منازعات سبق للجنة المسح أن تتبعت مراحلها وأدركت مدى أحقية كل طرف لما لها من دور في تتبع أعمال المسح .

- إن الاتجاه الحديث في قوانين المرافعات يميل إلى البحث عن طرق بديلة لتخفيف العبء على المحاكم وتقليص عدد المنازعات المطروحة عليه، بتبني نظام الوساطة القضائية، الأمر الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أن الواقع العملي يؤكد بأن منازعات الشهر العقاري أصبحت عبء على القضاء وينبغي التفكير في اتخاذ نظام قضائي للشهر العقاري يتكفل بالفصل في هذه المنازعات بدل إحالتها على القضاء.

- إن النزاع الذي يثور أثناء أعمال المسح العام والذي حاولت لجنة المسح التوفيق بين أطرافه والذي يحال إلى القضاء لا يخدم أي طرف من هؤلاء، وإنما من شأنه تعطيل أعمال المسح بل عطلها بالفعل وبذلك فإن الأنظمة التي أخذت بالسجل العيني تبنت نظاما قضائيا للسجل العيني يختص بالفصل في المنازعات التي تثار بمناسبة إعداد السجل العيني يسند للقاضي العقاري المعين خصيصا لهذا الشأن تكون أحكامه قابلة للاستئناف أمام القضاء العادي حسب الأحوال كما سبق التعرض إليه.

- لقد تبنى المشرع الجزائري النظام الإداري متبعا في ذلك مسلك المشرع الفرنسي متجاهلا أن القانون الفرنسي يأخذ بنظام الشهر الشخصي وليس بنظام الشهر العيني، الأمر الذي يبرر تمسكه بنظام إداري وليس بنظام قضائي كما هو الشأن بالنسبة للأنظمة الآخذة بالسجل العيني.

وبذلك أرى أن أهم سبب لنشوب المنازعات في هذه المرحلة وتراكمها أمام القضاء هو هذا النظام الإداري الذي يأخذ به المشرع الجزائري، لاسيما وأن لجنة المسح ليس لرئيسها أي دور في الفصل في المنازعات وإنما دوره استشاري فقط ليبيدي من خلاله رأيه القانوني حول المنازعات المطروحة لمحاولة التوفيق بين الأطراف وليس من أجل الفصل فيها.

- إن معظم التشريعات التي أخذت بنظام السجل العيني أعطت لمحاضر المسح قوة ثبوتية مطلقة لمجرد انتهاء المدة المحددة - حسب كل نظام - ومنه لا يجوز الطعن في وثائق المسح بعد انتهاء هذه المدة وهذا على اعتبار أن ذلك يعتبر شهادة ميلاد لكل الحقوق موضوع السجل العيني.

غير أن المشرع الجزائري ولو أنه أعطى القوة الثبوتية لهذه المحاضر، إلا أنه أجاز للمالك الحقيقي صاحب الحق أو المركز القانوني المنازعة في بيانات السجل العيني بعد إيداع الوثائق المسحية، دون أن يحدد له زمنا معيناً كما أجاز إعادة النظر في تلك البيانات في حالة الغلط المادي.

يلاحظ أن المشرع والمنظم الجزائري لم يحدد مدة زمنية للمالك الحقيقي (كما فعلت التشريعات الأخرى بنظام السجل العيني) وبذلك يبقى المالك الظاهر مهدداً بظهور هذا الأخير حتى بعد استصداره للدفتر العقاري، الأمر الذي يجب حسمه بتحديد مدة زمنية للمالك الحقيقي، وبعد مرورها تصبح البيانات الواردة بناء على وثائق المسح صحيحة وغير قابلة لأية منازعة وبذلك تستقر الملكية العقارية وينتقل عدد المنازعات التي يثيرها ظهور المالك الحقيقي.

- كما أن عدم تحديد ماهية الغلط المادي الموجب لإعادة النظر في بيانات السجل العيني المعدة بناء على أعمال المسح العام، ولا إلى كيفية التصدي لهذا الغلط المادي، أي هل يقوم به المحافظ العقاري متى تبين له ذلك، أم يجب أن يكون بموجب حكم قضائي، الأمر الذي من شأنه أن يفتح الباب أمام إمكانية العبث بما ورد في بيانات السجل العيني بدعوى أن الأمر يتعلق بوجود غلط مادي، وهو الأمر الذي يجب حسمه بتحديد الغلط المادي المقصود وطرق تصحيحه مع عدم الإضرار بالحقوق المكتسبة لصالح المستفيد من أعمال المسح العام ولصالح الغير الذي تعامل معه.

هذا عن الفصل الأول، أما الفصل الثاني فقد تناولت فيه منازعات التحقيق العقاري باعتبارها منازعة من منازعات الشهر العقاري تتعلق بمسح اختياري يتقدم به المعني للحصول على سند ملكية وفقاً لأحكام القانون رقم: 02/07.

ولقد تناولت في المبحث الأول من هذا الفصل دوافع لجوء المشرع الجزائري إلى نظام التحقيق العقاري الذي يبدو للوهلة الأولى بأنه مسح اختياري وهذا للتشابه الموجود بينه وبين المسح العام من حيث الإجراءات وهذا من حيث افتتاح أعمال التحقيق العقاري وترقيم العقار، تدخل المحافظ العقاري... وبذلك فإنه يبدو أن الأمر يتعلق بأعمال المسح العام، غير أن التحقيق العقاري يتم بصفة اختيارية بينما يتم المسح العام بشكل إجباري متى تقرر إخضاع بلدية ما للمسح العام.

لقد تناولت الأحكام التي تنظم التحقيق العقاري بنوعيه (الفردي والجماعي) في المبحث الأول وخصصت المبحث الثاني لمنازعات التحقيق العقاري وفقا للإجراءات التي حددها القانون رقم: 02/07 إن المدة القصيرة التي أخذ فيها العمل بالقانون رقم: 02/07 ليست كافية لنشوب منازعات بشأنه ومنه طرحها على القضاء، غير أنه يلاحظ بشأنه ما يلي:

- عزوف المواطنين عن الأخذ به ومنه المطالبة بالتحقيق العقاري، وهذا يعود إما لغموض أحكامه أو لجهل الغالبية به لاسيما وأن الأمر لم يعد بين يدي الموثقين كما كان الأمر عليه بالنسبة لعقود الشهره أو لأن سند الملكية الذي يقدم في نهاية التحقيق العقاري يتسم بالغموض حول طبيعته القانونية، ذلك لأن أعمال المسح تنتهي بتسليم المعني دفتر عقاريا وهو أقوى السندات المثبتة للملكية، في حين أنه لا يسلم في نهاية التحقيق العقاري إلى طالب التحقيق إلاّ سندا لملكيته.

هذا السند يثور بشأنه عدة تساؤلات ويحوم حوله غموض كبير بالنسبة لطبيعته القانونية وبالنسبة لقيمته في الإثبات مقارنة مع الدفتر العقاري لاسيما وأن سند الملكية مرتبط بنظام الشهر الشخصي، إذ يعد المحافظ العقاري هذا السند وفق نظام الشهر الشخصي إلى غاية إتمام إجراءات المسح ويرقم العقار ترقيما نهائيا يسلم على إثره الدفتر العقاري.

ومن هنا تظهر عدة اشكالات تتمثل في أسباب عدم تسليم الدفاتر العقارية بعد نهاية التحقيق العقاري مباشرة وانتظار إتمام أعمال المسح العام لأجل ذلك؟ وهل تسلم الدفاتر العقارية بعد مرور فرق المسح العام أم تخضع مرة أخرى لأعمال مسح عام وترقيم عقاري؟ وعن مصير الدفتر العقاري بعد تسليم سندات الملكية على اثر التحقيق العقاري؟

كل هذه الإشكالات أثرت على تقدم العمل بإجراءات التحقيق العقاري ومنه على عرض المنازعات على القضاء.

الباب الثاني

منازعات إعداد السجل العيني والحقوق المشهورة

ارتأيت تخصيص الباب الثاني من القسم الأول للمنازعات التي تثار بمناسبة إعداد السجل العيني وكذا المنازعات التي تثار بمناسبة الطعن في الحقوق المشهورة للارتباط الموجود بين المنازعتين كون أن الحقوق المشهورة هي النهاية الطبيعية والنتيجة الحتمية لإجراءات الشهر العقاري.

فالمنازعة تطال القرارات التي تصدر بمناسبة إنشاء وإعداد السجل العيني خلال مراحل إعدادها كما لا تسلم منها هذه الحقوق بعد إتمام إجراءات الشهر، مما يثير الجدل حول مدى تمتعها بالقوة الثبوتية المطلقة ومدى استقرار الحقوق موضوع الشهر ومدى تحصنها من خطر المنازعة فيها. بناء على ما تقدم يقسم الباب إلى:

الفصل الأول: منازعات إعداد السجل العيني.

الفصل الثاني: منازعات الحقوق المشهورة.

الفصل الأول

منازعات إعداد السجل العيني

بعد الانتهاء من أعمال المسح العام للأراضي، تصبح الوثائق التي نتجت عن هذه العمليات مطابقة للوضع الحالية للملكية العقارية وتودع نسخة منها بالمحافظة العقارية لتأسيس السجل العقاري وهذا من أجل تحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى وشهرها في السجل العقاري وفقا لأحكام المادتين 08 و 09 من المرسوم رقم: 63/76 المعدلة بالمرسوم رقم: 123/93 المؤرخ في: 19/05/1993.

يشرع المحافظ العقاري بترقيم العقارات المسوَّحة في السجل العقاري بمجرد استلامه وثائق مسح الأراضي من أجل إعداد دفاتر عقارية تسلم في الأخير لكل مالك، غير أن عملية إعداد السجل العيني التي يسهر عليها المحافظ العقاري بداية من تسلمه وثائق المسح إلى غاية إعداد الدفتر العقاري تثير الكثير من المنازعات بشأن إعداد السجل العيني، إذ يحق للمتضررين من إجراءات إعداد السجل العقاري الاعتراض عليها وعلى ما يصدره المحافظ العقاري من قرارات بشأنها.

وعليه، فإنه لا يمكن الخوض في هذه المنازعات ولا في كيفية الفصل فيها دون معرفة القواعد التي يقوم عليها السجل العقاري ضمن النظام الذي ينتمي إليه وهو نظام الشهر العيني. بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: القواعد العامة لنظام الشهر العيني.

المبحث الثاني: منازعات إعداد السجل العقاري.

المبحث الأول

القواعد العامة لنظام الشهر العقاري

يقوم الشهر العقاري على قواعد عامة وهامة لضمان تحقيق غايته المتمثلة في تسهيل عملية التداول والتعامل في الأموال العقارية وبعث الثقة والائتمان فيها.

تتمثل هذه القواعد في تنظيم إداري محكم يتمثل في المحافظة العقارية على رأسها المحافظ العقاري وينتظم مادي هام يتمثل في الوسائل المادية المخصصة لعملية الشهر المتمثلة في السجل العقاري والبطاقات العقارية، هذا التنظيم يسهر على تنفيذ عملية الشهر وفقا للشروط التي حددها القانون. من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: تنظيم الشهر العقاري.

المطلب الثاني: تنفيذ عملية الشهر العقاري.

المطلب الأول

تنظيم الشهر العقاري

أنيطت مهمة الشهر العقاري في الجزائر لمصلحة إدارية عمومية هي المحافظة العقارية، كانت في بداية نشأتها عبارة عن مكتب تابع للمديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية تحت وصاية وزارة المالية وفقا لنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 التي جاء فيها: "تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية، محافظة عقارية، يسيروها محافظ عقاري" ثم أصبحت بعد ذلك مصلحة عمومية تابعة لمديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية تحت وصاية المديرية العامة للأموال الوطنية على مستوى وزارة المالية وفقا للمرسوم التنفيذي رقم: 65/91 المؤرخ في 1991/03/02 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ العقاري⁽¹⁾ بحيث حدد هذا المرسوم مهمة مديرية الحفظ العقاري في مراقبة أعمال المحافظات العقارية الواقعة في دائرة اختصاصها الإقليمي والسهر على حفظ العقود والتصاميم وجميع الوثائق المودعة على مستواها.

⁽¹⁾ الجريدة الرسمية، العدد 10 المؤرخة في: 1991/03/06.

لقد وضع المشرع وسائل مادية معتبرة تحت تصرف المحافظة العقارية لأجل تحقيق هدفها الرامي إلى حفظ وثائق الشهر العقاري وبعث الاستقرار في المعاملات العقارية.
من ثم يقسم المطلب إلى:

- الفرع الأول: التنظيم الإداري للشهر العقاري.
- الفرع الثاني: التنظيم المادي للشهر العقاري.

الفرع الأول

التنظيم الإداري للشهر العقاري

يتمثل التنظيم الإداري لإدارة الحفظ العقاري في المحافظة العقارية على رأسها محافظ عقاري والذي يعتبر محور أعمال الحفظ العقاري باعتباره المسؤول الأول في عملية الحفظ العقاري، وهو التنظيم الذي سيتم تفصيله في ما يلي:

أولاً: المحافظة العقارية:

لقد أنشئت المحافظة العقارية بصدور الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والذي جاء في نص المادة 20 منه "تحدث محافظات عقارية يسيروها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري و إتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري وذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر" وهو الأمر الذي أكدته المادة الأولى من المرسوم رقم: 63/76 بقولها: "تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية، محافظة عقارية، يسيروها محافظ عقاري."

تتمثل مهمة المحافظة العقارية حسب المواد من 10 إلى 13 من الأمر رقم: 74/75 وكذا في شهر التصرفات ومسك البطاقات العقارية المواد: 15، 16 و 17 من نفس الأمر، وهي المهمة التي سبق الإشارة إليها بموجب نص المادة 793 من القانون المدني التي جاء فيها: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدبر مصلحة شهر العقار."

غير أنه بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم: 65/91 المؤرخ في: 02/03/1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري، بأنه تم حصر مهام المحافظة العقارية ضمن أحكام المادة 16 منه فيما يلي:

- القيام بإجراء شهر مختلف العقود التي استوفت الشروط الشكلية و الموضوعية.
 - إعداد ومسك السجل العقاري.
 - التأشير على الدفاتر العقارية.
 - حفظ العقود والمخططات وجميع الوثائق المتعلقة بعمليات الشهر العقاري.
 - تبليغ المعلومات وإعلام الجمهور عن محفوظاتها.
 - تحصيل الحقوق والرسوم المتعلقة بالشهر العقاري".
- تعتبر المحافظة العقارية هيئة عمومية تتبع مديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية وأصبحت كذلك بموجب نص المادة 02 من المرسوم رقم: 65/91 التي جاء فيها: "تتبع المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري المديرية العامة للأملاك الوطنية وتتضمن:
- على مستوى الولاية:

- مديرية لأملاك الدولة في الولاية
 - مديرية الحفظ العقاري في الولاية
- وينسق أعمال هاتين المديريتين على مستوى الولاية، الناحية، مفتش جهوي لأملاك الدولة والحفظ العقاري.
- على مستوى البلدية:
 - مفتشية أملاك الدولة.
 - إدارة الحفظ العقاري. "

ثانيا: المحافظ العقاري:

يسير المحافظ العقاري، المحافظة العقارية وفقا لنص المادة 04 من المرسوم رقم: 63/76 والتي جاء فيها: "... ويسير مكتب المحافظة من قبل رئيس مكتب محافظة يخضع لنفس الواجبات والمسؤوليات التي يخضع لها المحافظون بموجب النصوص المشار إليها أعلاه."

المحافظ العقاري هو موظف عمومي تابع لوزارة المالية، وبذلك يشبه إلى حد بعيد تبعية محافظ الرهون في القانون الفرنسي الذي هو أيضا موظف عمومي تابع إلى وزارة المالية⁽¹⁾، ونظرا لطبيعة وظيفة المحافظ العقاري المتمثلة في مسك السجل العقاري وعلى أساسه تسليم العقود التي تكتسي طابعا رسميا لها حجية قاطعة ما لم يطعن فيها بالتزوير، تم إخضاع المحافظ العقاري لقواعد خاصة من خلال شروط تعيينه وكذا المسؤولية المترتبة على الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة مهامه.

1- شروط تعيين المحافظ العقاري:

قبل البدء في الأعمال، فإن المحافظين العقاريين ورؤساء مكاتب المحافظة العقارية يسجلون عملهم بقلم كتاب المجلس القضائي المختص إقليميا، ويؤدون اليمين أمام نفس المجلس القضائي من أجل القيام بالمهام التي أنيطت بهم بكل إخلاص ويقين، وهذا ما نصت عليه المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 وهي نفس الشروط التي أكدها المرسوم التنفيذي رقم: 116/92 المؤرخ في: 1992/03/14 المحدد لقائمة الشروط والقبول في تعيين المناصب العليا للمصالح الخارجية والحفظ العقاري وتتمثل هذه الشروط في ما يلي:

- أن يكون المترشح من رتبة مفتش رئيسي أو متصرف إداري مثبت بهذه الصفة، وحامل لأقدمية خمس سنوات على الأقل في مصالح الحفظ العقاري أو أملاك الدولة.
 - أو أن يكون المترشح من بين المفتشين المثبتين بهذه الصفة ولهم أقدمية خمس سنوات على الأقل في مصالح الحفظ العقاري أو أملاك الدولة.
- وهذا بالإضافة إلى شرطي الكفاءة المهنية، وروح المسؤولية الواجب توافرها لدى المترشح⁽²⁾.

2- مهام المحافظ العقاري:

- لقد حصرت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 مهام المحافظ العقاري في:
- إعداد ومسك مجموعة البطاقات العقارية كاملة.
 - إعطاء الإجراءات اللازمة لطلبات الإشهار للعقود المتضمنة الملكيات العقارية والحقوق العينية الأخرى.
 - فحص العقود.
 - كتابة البيانات على السجلات العقارية الخاصة بالحقوق العينية والتكاليف العقارية المؤسسة على العقارات الخاضعة للإشهار وجميع الشكليات اللاحقة لهذا الإشهار.

⁽¹⁾ PIEDELIEVRE Stéphane , op.cit,p 29 et AYNES Laurent & CROCQ Pierre, les sûretés la publicité Foncière, éditions Juridiques associées , PARIS.2006 P 268 et SiMLER Philippe op.cit. P 887.

⁽²⁾ د.خالد رمول، المرجع السابق، ص 90.

- المحافظة على العقود والمخططات وجميع الوثائق المتعلقة بالعقارات الخاضعة للإشهار.
- إعطاء المعلومات الموجودة في وثائقهم والمتعلقة بالعقارات المذكورة إلى الجمهور.
- تنسيق ومراقبة مكاتب المحافظة التابعة لاختصاصه.

هناك وظائف أخرى مهمة يتولاها المحافظ العقاري فضلا عن المهام المذكورة أعلاه وتتمثل في تقييم العقارات الممسوحة بناء على وثائق مسح الأراضي المعدة له، تأسيس السجل العقاري، تحصيل الرسوم والحقوق المتعلقة بالشهر العقاري، تسليم الدفتر العقاري، تحرير الشهادات العقارية⁽¹⁾.

ليس للمحافظ العقاري سلطة القاضي كما هو الشأن بالنسبة للقانون المصري والقانون اللبناني، وبما أن المحافظ العقاري هو موظف تابع لإدارة المالية، فإن من مهامه أيضا تحصيل مختلف الرسوم والحقوق الناتجة عن الشهر العقاري⁽²⁾.

3- مسؤولية المحافظ العقاري:

إن مهام المحافظ العقاري هي مهام واسعة تتمثل في مباشرة أعمال الشهر العقاري من تسجيل وقيد والمحافظة على مختلف السجلات العقارية وكذا البطاقات العينية فضلا عن مهمة إعلام الغير بوضعية العقارات بناء على طلبهم، هذه المهمة الثلاثية تجعل من سلطة المحافظ العقاري في مراقبة مختلف الوثائق محل الإشهار ومنه سلطته في رفض إيداع أو إجراء أية وثيقة لم تراخ فيها الشروط المحددة بموجب المواد: من 100 إلى 108 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76.

وحرصا من المشرع على حماية الأفراد من إمكانية تعسف المحافظ العقاري في استعمال السلطة المخولة له قانونا، سمح للمتضررين من أخطاء المحافظ العقاري المطالبة بحقهم في التعويض عن الضرر اللاحق بهم نتيجة خطأ هذا الأخير.

تكون الدولة مسؤولة تجاه الغير، بسبب الأخطاء التي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه وفقا لنص المادة 23 من الأمر رقم: 74/75 والتي جاء فيها: "تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه، ودعوى المسؤولية المحركة ضد الدولة يجب أن ترفع في أجل عام واحد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر وإلا سقطت الدعوى. وتتقدم الدعوى بمرور خمسة عشر عاما ابتداء من ارتكاب الخطأ. وللدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير."

(1) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 79.

(2) SIMLER Philippe, op.cit N °881.

وأیضا مجید خلفونی، المرجع السابق، ص 79 .

وبذلك لا يكون للدولة الحق في الرجوع على المحافظ العقاري، إلا في حالة ارتكابه خطأ جسيم وتستند دعوى الرجوع الموجهة ضد المحافظ العقاري على شرط أساسي وهو أن يكون الخطأ المرتكب خطأ جسيماً وهذا الشرط يعد قيدياً على الإدارة في رفع دعوى الرجوع، إذ في الحالة التي لا يتصف فيها خطأ المحافظ العقاري بالجسامة رغم تحملها عبء تعويض المتضرر لا يمكنها رفع دعوى الرجوع⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس لا يسأل المحافظ العقاري عن خطئه إلا إذا كان جسيماً وفقاً لنص المادة 23 من الأمر رقم: 74/75، والخطأ الجسيم سلوك يتضمن إخلالاً بالتزام قانوني يحدثه شخص قليل الذكاء والعناية، ولا يمكن تصور ارتكابه من شخص يتحلى بسلوك الموظف العقاري المعتدل.

ومثال الخطأ الجسيم، قيام المحافظ العقاري بإجراء الإشهار العقاري لمحضر عرفي صادر بعد الفاتح جانفي 1971 أو إجراء إشهار لسند عقاري لم يخضع لقاعدة الأثر النسبي في الشهر⁽²⁾.

خلافاً للقانون الجزائري، فإن مسؤولية محافظ الرهون في القانون الفرنسي هي ذات طبيعة مدنية وليست طبيعة إدارية حتى وإن تعلق الأمر بتسيير مرفق إداري⁽³⁾، وهي مسؤولية شخصية يؤول اختصاص الفصل في الدعاوى المرفوعة ضده إلى القضاء العادي وليس القضاء الإداري حتى ولو وصف الخطأ بالخطأ المرفقي.

المحكمة المختصة إقليمياً بالنظر في دعوى التعويض، هي المحكمة التي يقع في إدارة اختصاصها مكتب المحافظ العقاري التي ارتكبت الخطأ الموجب للتعويض⁽⁴⁾.

تقوم مسؤولية المحافظ العقاري عن الأضرار الناتجة عن خطئه وفقاً لأحكام المادة 2197 من القانون المدني الفرنسي وهذا في حالة

- إهمال الإشهار العقاري والأحكام القضائية.
- إغفال إعطاء المعلومات بالسجلات الواردة على الحقوق وعدم ذكرها في الشهادات العقارية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ نعيمة حاجي، المرجع السابق، ص 114.

⁽²⁾ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 140.

⁽³⁾ DAGOT Michel , la publicité foncière, puf.coll.Thémis, 1^{er} éd. 1981, N°796.

⁽⁴⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit. ,P 31 et SIMLER Philippe, op.cit, N °884.

⁽⁵⁾ ARTICLE 2197 : " ils sont responsables du préjudice résultant :

1- du défaut de publication des actes et décisions judiciaires déposés à leurs bureaux, et des – inscriptions requises, toutes les fois que ce défaut de publication ne résulte pas d'une décision de refus ou de rejet.
2- de l'omission, dans les certificats qu'ils délivrent, d'une ou de plusieurs des inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier cas, que l'erreur ne provient de désignations insuffisantes ou inexactes qui ne pourraient leur être imputées".

يلاحظ من خلال نص المادة 2197 من القانون المدني الفرنسي، بأنها تعطي أمثلة لبعض الحالات التي تقوم فيها مسؤولية المحافظ العقاري، هذه المسؤولية تقوم في الواقع على نفس مبادئ المسؤولية وفقا للقواعد العامة المنصوص عنها بموجب المادة 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي. ولذلك فالمحافظ العقاري وفقا للقانون المدني الفرنسي يكون مسؤولا مدنيا عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء تأدية مهامه ولا تحل الدولة محله في ذلك.

تطبيقا للقواعد العامة في المسؤولية، فإنه يجب إثبات قيام العلاقة السببية بين خطأ المحافظ العقاري والضرر الذي يتسبب فيه نتيجة خطئه أو إهماله، ويقع عبء إثبات ذلك على المدعي المتضرر⁽¹⁾. وينطبق الأمر على القانون البلجيكي، الذي يسأل فيه المحافظ العقاري مسؤولية شخصية عن أخطائه وفقا لنص المادة 130 من قانون الرهون البلجيكي⁽²⁾.

أما في القانون المصري، فمسؤولية أمين السجل العيني تظهر عند تطهير الحقوق التي يقتضي التحقق من شرعيتها قبل القيد فيستلزم حتما ضرورة تنقيتها من كل شائبة قبل القيد لتجنب قيد الحقوق التي لا تستند إلى أساس قانوني سليم، فيجب التحقق من شرعية وسلامة الحقوق قبل قيدها عن طريق الرقابة والمراجعة السابقة على هذا القيد لتلافي كل أسباب الطعن ولضمان حماية هذه الحقوق من الخطأ والغش والتدليس وغيرها.

ورغم الضمانات التي يوفرها مبدأ الشرعية والذي يكفل عدم قيد الحقوق التي لا تستند إلى سند مشروع فإنه قد يتم إجراء قيد يستند إلى تصرف مشوب بالغش أو التدليس أو تصرف صادر من غير مالك. يترتب على الإخلال بمبدأ الشرعية مسؤولية أمين السجل العيني، حيث يسأل عن أخطائه المهنية ويكون للمضرور رفع دعوى التعويض ضده، غير أن الدولة تحل محل الأمين في مسؤوليته في حالة الخطأ العمدي من جانب الأمين وتقوم بدفع ما يحكم به من تعويض من مال التأمين Fonds d'assurance الذي يجمع من فرض نسبة معينة من قيمة العقارات موضوع القيد تسدد من رسم القيد⁽³⁾.

⁽¹⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 32.

⁽²⁾ GREGOIRE Michèle, Publicité Foncière suretés réelles et privilèges, BRUYLANT BRUXELLES 2006, P 95.

⁽³⁾ د. ابراهيم أبو النجا، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 381 وما بعدها.

فالدولة مسؤولة عن الخطأ المرفقي والموظف مسؤول عن خطئه الشخصي وفقاً للقواعد العامة في مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها.

والجدير بالذكر أن التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي، إنما يقصد بها تحديد من يتحمل العبء النهائي للتعويض، أما المضرور فمن حقه الحصول على التعويض من الدولة التي يكون لها حق الرجوع بمقدار إسهام خطئه الشخصي في إحداث الضرر⁽¹⁾.
ويسأل أمين السجل العقاري ورئيس المكتب المعامل عن الأخطاء الواقعة في القيود في القانون اللبناني وفقاً لنص المادة 95 من القرار رقم: 188 التي تنص على ما يأتي: "إن أمين السجل مسؤول شخصياً عن الأضرار الناتجة عما يلي:

1- عن إهمال تدوين قيد أو قيد احتياطي أو ترقيم في السجل، إذا طلب من دوائره إجراؤه بصورة قانونية.

2- عن إهمال الإشارة إلى قيد أو جملة قيود أو قيود احتياطية أو ترقيينات مدونة بالسجل العقاري، في الشهادات أو الخلاصات المأخوذة عن السجل العقاري، والتي يعطيها موقعة بإمضائه.

3- عن عدم قانونية أو بطلان القيود، والقيود الاحتياطية أو الترقينات المدونة في السجل العقاري.
أما رئيس المكتب المعاون فإنه مسؤول شخصياً عن الأضرار الناتجة عما يلي:

1- عن كل خطأ أو إهمال في قيود السجل اليومي.

2- عن كل إهمال أو عدم قانونية في التصريحات والمحاضر التي يتلقاها وينظمها.

3- عن كل خطأ في تصفية الخرج والرسوم المتوجبة، وعائدات الأوقاف.

4- عن كل تأخير يسببه في إيداع المحاضر والوثائق المبرزة.

هذا مع الاحتفاظ بالأحكام المعينة في القوانين المرعية الإجراء بشأن مسؤولية الموظفين العموميين. وفي جميع الأحوال السابقة الذكر تكون الحكومة مسؤولة مدنياً عن عجز موظفيها عن الدفع."

يتبين من هذا النص أن المشرع اللبناني قد وضع على عاتق أمين السجل العقاري ورئيس المكتب المعاون مسؤولية شخصية عن الأخطاء التي يشير إليها. وترتب هذه المسؤولية على كل من موظفين المذكورين التعويض عن الضرر الذي يصيب الغير من جراء تلك الأخطاء. فيستطيع المتضرر إقامة دعوى المسؤولية مباشرة عن أي منهما الصادر عنه الخطأ واستصدار حكم بالتعويض ينفذه بحقه شخصياً.

(1) د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 158.

قد يكون هذا التشدد في المسؤولية اتجاه هذين الموظفين ناجما عن رغبة المشتري في حملهما على الكثير من اليقظة والروية في مباشرة وظائفهما التي تتميز بجانب هام من الخطورة لعلاقتها بالممتلكات العقارية ذات الأهمية البالغة بالنسبة للثروة الفردية والثروة الوطنية على السواء.

ولكن مثل هذا التشدد في المسؤولية حسب الدكتور ادوارد عيد قد يؤدي بنفس الوقت إلى نتيجة سلبية، إذ يحمل الموظف العقاري على كثير من الحذر وخشية المسؤولية فينباطاً في انجاز أعماله كما أن جسامه المسؤولية قد تؤدي إلى استنكاف أصحاب الكفاية عن قبول الوظائف العقارية، وقد تحمل المحاكم أيضا على النظر إلى الموظفين العقاريين بعين العطف فتسعى إلى تبرئتهم من المسؤولية باعتبار أن الحالة المشكو منها لا تدخل في الحالات المبينة في المادة 95 من القرار رقم: 188⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التنظيم المادي للشهر العقاري

من أجل تمكين المحافظ العقاري من القيام بمهامه المتمثلة في مسك السجل العقاري وإتمام إجراءات الشهر العقاري، وضع المشرع تحت تصرفه سجلا عقاريا ومجموعة البطاقات العقارية وهي الوسائل المادية التي سيتم تفصيلها في ما يلي:

أولا: السجل العقاري:

لم يعرف المشرع الجزائري السجل العقاري le Livre foncier واكتفى بالنص عليه بموجب المادة 12 من الأمر رقم: 74/75 والتي جاء فيها: " أن السجل العقاري المحدد بموجب المادة 3 أعلاه، يمسك في كل بلدية في شكل مجموعة البطاقات العقارية .

ويتم إعداده أولا بأول بتأسيس مسح الأراضي على إقليم بلدية ما "

كما وضحت المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 كيفية مسك السجل العقاري على شكل مجموعة البطاقات العقارية، تبين الوضعية القانونية للعقارات تتضمن من جهة، المخططات التي تظهر النطاق الطبيعي للعقارات ومن جهة أخرى بطاقات العقارات التي تبين الوضعية القانونية لهذه الأملاك.

(1) د. ادوارد عيد، المرجع السابق، ص 396 وما بعدها.

لقد عرف المشرع المصري السجل العيني بموجب المادة الأولى من قانون السجل العيني بما يلي: " السجل العيني هو مجموعة الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار وتبين حالته القانونية وتتص على الحقوق المترتبة له وعليه وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به."⁽¹⁾

وعرفه القانون اللبناني بأنه: " مجمل الوثائق التي تبين فيها أوصاف كل عقار، وتعين بها حالته الشرعية، وتذكر فيها حقوقه وأعبائه، وتورد فيها الانتقالات والتعديلات الطارئة عليه."⁽²⁾ من خلال هذه التعريفات يتبين أن للسجل العقاري مفهوم واحد، وهو عبارة عن مجموعة الصحائف العقارية التي تبين أوصاف كل عقار وتبين حالاته القانونية وما له من حقوق وما عليه من أعباء.

ثانياً: البطاقات العقارية:

البطاقات العقارية هي أداة تهدف إلى تنظيم عملية الحفظ العقاري لمعرفة الحالة القانونية والمادية للعقار بسهولة ولها عدة صور:

أ- البطاقات العقارية الأبجدية:

وهي التي نصت عليها المادة 27 من الأمر رقم: 74/75 التي جاء فيها: " إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوقاً عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقاً لكيفيات تحدد بموجب مرسوم."

وتشمل كل بطاقة على الخصوص أصحاب التصرف المذكورين ويجب أن تبين فيها حسب المادة 114 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 بالنسبة لكل عقار غير ممسوح، نوع العقار وموقعه ومحتوياته ويشكل مجموع هذه البطاقات العقارية فهرس أبجدي يعتمد على ترتيب البطاقات في شكل منظم، حيث يتم ترتيب البطاقات الخاصة للأشخاص الطبيعية ضمن مجموعة معينة وحسب الترتيب الأبجدي لألقاب أصحاب الحقوق وتواريخ الشهر، أما بالنسبة للبطاقات الخاصة للأشخاص العامة ترتب ضمن مجموعة أخرى متميزة.

(1) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 163.

(2) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 259.

ب- البطاقات العقارية العينية:

يمسك المحافظ العقاري في أراضي البلديات الممسوحة بطاقات عينية يدون فيها الحال القانونية للعقار التي تنشأ بعد إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية، فكل تصرف يرد على العقار يؤشر المحافظ العقاري به على البطاقات وعلى دفتر العقاري أيضا وفقا لنص المادة 20 من المرسوم رقم: 63/76 والتي جاء فيها: " إن بطاقات العقارات تتضمن بالنسبة لكل بلدية تابعة لاختصاص المحافظة العقارية:

- بطاقات قطاع الأراضي.

- بطاقات العقارات الحضارية."

المطلب الثاني

تنفيذ عملية الشهر العقاري

إن تنفيذ عملية الشهر العقاري تخضع لتنظيم محكم ودقيق، لأن الهدف هو تحقيق فكرة الائتمان العقاري والذي لا يتحقق إلا في إطار هذا التنظيم، إذ لا يسمح بشهر أي تصرف إلا إذا كان وفقا للشكل المحدد قانونا ومستوفيا للشروط المطلوبة قانونا، وهي الشروط والإجراءات التي يتم تفصيلها فيما يلي.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الشروط الأساسية لتنفيذ الشهر العقاري.

الفرع الثاني: إتمام إجراءات الشهر العقاري.

الفرع الأول

الشروط الأساسية لتنفيذ الشهر العقاري

لتنفيذ الشهر العقاري يشترط القانون ضرورة تقديم العقد موضوع الشهر في شكل رسمي كشرط أول وإلى وجوب احترام قاعدة الأثر النسبي للشهر كشرط ثان وهما الشرطان اللذان سوف أتعرض إليهما في ما يلي:

أولا: ضرورة العقد الرسمي:

كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي، هذا ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم رقم: 63/76 وبذلك فإن ضرورة العقد الرسمي فرضتها أحكام الشهر العقاري رغم أن القاعدة العامة في التعاقد هي رضائية العقود.

والعقد الرضائي هو الذي ينفذ لمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين دون حاجة إلى شكل معين فيكفي تطابق الإرادتين لإنشاء العقد وفقا لنص المادة 59 من القانون المدني .
لقد أقر المشرع الجزائري، استثناء من القاعدة العامة مبدأ شكلية العقود في بعض التصرفات مثل المعاملة الواردة في العقارات حيث تفرغ في شكل رسمي من طرف ضابط عمومي أو موظف مختص اثبت له القانون هذه الصفة.

يقصد بالشكلية توثيق العقد أي تقديم العقد أمام مكتب التوثيق لإفراغه في شكل رسمي، وهو ركن جوهري في التعاقد يترتب على تخلفه بطلان العقد، وعليه، يجب أن تفرغ هذه العقود في طابع رسمي من قبل موظف عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه وهذا تطبيقا لنص المادة 324 من القانون المدني .

وتبعاً لذلك تكون الأحكام والقرارات القضائية سندات رسمية، كذلك الحال بالنسبة للعقود التي يحررها مدراء أملاك الدولة⁽¹⁾ مثل العقود المتضمنة بيع الأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة وتأجيرها أو التنازل عنها وفقا للشروط والأشكال القانونية وفقا لنص المواد: 89 - 90 - 91 قانون رقم: 30/90 المؤرخ في: 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.

إن ضرورة إفراغ المحرر موضوع الإشهار في شكل رسمي له عدة مزايا، فالرسمية تقتضي تدخل موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، كل في حدود اختصاصه وهذا ما يزيد من قانونية المحرر وحجيته⁽²⁾ إذ أعطاه المشرع حجية كاملة على ما تضمنته إلى أن يتم الطعن فيها بالتزوير، هذا فضلا عن تمكين الدولة من بسط رقابتها على السوق العقاري قصد التقليل من المضاربة وتمكين الخزينة العمومية من تحصيل مداخيل مالية كبيرة⁽³⁾.
لقد اشترط المشرع الفرنسي قاعدة الرسمية لشهر العقود على الرغم من تبنيه لمبدأ الرضائية في العقود وهذا بموجب المرسوم الصادر بتاريخ: 1955/01/04 ضمن أحكام المادة 4 الفقرة الأولى والتي جاء فيها:

" Tout acte sujet à publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme " أي كل تصرف خاضع للشهر في مكتب الرهون العقارية يجب أن يتم في شكل رسمي .
يتبين من هذه المادة أنها أوجبت لشهر التصرفات الخاضعة للشهر في مكتب الرهون أن تحرر في الشكل الرسمي ويستوي أن تكون هذه التصرفات خاضعة للشهر الإلزامي كالببيع العقارية أو تكون خاضعة للشهر الاختيار كالوعود من جانب واحد للبيع .

(1) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 83.

(2) د. خالد رمول، المرجع السابق، ص 38.

(3) المستشار معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 125.

لم تكن الرسمية واجبة للشهر قبل صدور المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04، فكان شهر المحررات العرفية يتم في ظل قانون المؤرخ في: 1855/03/23 بذات الطريقة التي كان يتم بها شهر المحررات الموثقة مع ما يترتب على ذلك من عيوب، مرجعها سوء تحرير المحررات العرفية وصياغتها من قبل وكلاء الأعمال⁽¹⁾ أو من قبل المتعاقدين أنفسهم بما كان لا يكفي لإعلام الغير بالحقوق المتعلقة بال عقار المبيع، وإن أعلموا بذلك فكثيرا ما كان هذا الإعلام يأتي قاصرا أو ناقصا أو غامضا ولم يفرض المرسوم الصادر بتاريخ: 1935/10/30 الرسمية في الشهر واقتصر التعديل الذي جاء به على وجوب إخضاع جميع المحررات العرفية بإيداع نسخة منها تحفظ في سجلات خاصة لدى الموثقين قبل إجراء شهرها باعتبارهم أكثر قدرة من المتعاقدين على فهم أحكام الشهر العقاري وما قد تطرأ عليها من تعديلات متتالية⁽²⁾.

ومع صدور المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 المكمل بالمرسوم المؤرخ في: 1955/10/14 حاول المشرع الفرنسي تفادي الانتقاد الموجه للمرسوم المؤرخ في: 1935/10/30 بفرضه لقبول شهر عقد بيع عقار أن يتقدم المتعاقدان معا إلى الموثق لتحرير عقدهما في الشكل المتطلب قانونا لشهره بعد تحققه من صحة مستنداتها وهويتها بأن يقوم بملء نموذج معد خصيصا لمثل عقدهما اللذان يرغبان في تحريره ثم يتلو عليهما مضمونه ويتم توقيعهما عليه.

فالرسمية التي فرضها المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 وحسب الفقيه مازو " MAZEAUD " لم تكن إلا بغرض الإشهار وهو الهدف الذي قصده المرسوم بغرض تحقيق وضمان حسن سير عملية الشهر العقاري وانعدام الشكلية لا يؤثر في صحة العقد مؤكدا على القاعدة التي أوردها المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بانتقال الملكية بموجب قاعدة الرضائية⁽³⁾ وبذلك فإن اشتراط المشرع الفرنسي للرسمية في عقد بيع العقار ليس لانعقاده، وإنما لتتمام إجراءات شهره، إذ أن عدم مراعاة هذه القاعدة في العقد المراد شهره تجعله عرضة لرفض الإيداع من قبل أمين الرهون ليس إلا.

وتظهر أهمية الرسمية في حماية الغير وتعمل على حمايته بقاعدة عدم نفاذ العقود، فاحترام الشكلية في بعض هذه العقود من شأنه أن يمكن الغير من أخذ الحيطة من التصرفات الظاهرة، كما أنه يسهل تحصيل الرسوم والضرائب لصالح السلطة العامة من خلال تسجيل العقود الرسمية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ استبدل مصطلح وكلاء الأعمال بالمحامين بموجب المرسوم رقم: 71/1130 الصادر بتاريخ: 1971/12/31

⁽²⁾ MAZEAUD. op. cit . P 648 et SIMLER philippe & DELEBECQUE philippe, op.cit, P 648 – 649.

⁽³⁾ MAZEAUD, op.cit . P 650.

⁽⁴⁾ GHESTIN jacques, Traité de Droit civil – la formation du contrat 3^e éd, LGDJ ,1993, P 342- 343.

ومن خلال ما سبق، يتضح أن المشرع الجزائري أولى لقاعدة الرسمية أهمية بالغة في إطار تسيير الحفظ العقاري، لما يحقق استقرار وحماية المعاملات العقارية، غير أن قاعدة الرسمية وحدها لا تكفي لتسيير الحفظ العقاري، فهي في حاجة إلى قاعدة أخرى تكملها، تعرف بقاعدة الأثر النسبي أو الشهر المسبق وهي القاعدة التي سوف أتعرض لها فيما هو آت.

ثانيا: قاعدة الأثر النسبي (الشهر المسبق):

مقتضى الأثر النسبي للشهر هو عدم السماح لمن يرغب في شهر أي تصرف، أو حكم قضائي أو دعوى من التصرفات أو الأحكام الخاضعة للشهر أن يشهر أيا منها ما لم يكن المتصرف أو صاحب الحق الأخير قد أشهر حقه.

إن المقصود من هذه القاعدة هو تحقيق دقيق لتسلسل أصل الحقوق العينية تجنباً للثغرات التي قد تتخلل انتقال الحق، وتحول دورها دون علم الأطراف بالحقوق المتعلقة بالعقار موضوع التصرف، أو الحكم القضائي أو الدعوى القضائية، فهو من ناحية يعمل على تبيان أصل ملكية العقار ومن ناحية ثانية يجبر الأطراف المتعاقدة على شهر تصرفاتهم وبهذه الطريقة تضمن هذه القاعدة عدم انقطاع تسلسل انتقال الملكية في الحقوق موضوع الشهر، ويحق بذلك لكل من يهمله الأمر الإطلاع على سلسلة انتقال الحقوق ومدى أحقية المتعامل معه وملكيته للشيء المتصرف فيه من خلال معرفة أصل ملكيته⁽¹⁾.

لقد كانت تسمية الأثر النسبي للشهر محل نقد لما تثيره من لبس وخطب بينها وبين الأثر النسبي للعقود أو نسبية العقود، لذا فضل البعض استبدالها بمصطلح استمرارية الشهر Règle de la Continuité de la publicité Foncière على سهولة تتبع أصل الملكية العقارية وحركة تداولها⁽²⁾.

(1) PAGE Léon, op.cit P 33 – 34 et AYNES Laurent & CROCQ Pierre, op.cit P 270.

(2) MARTY Gabriel & RAYNAUD Pierre par JESTAZ Philippe, op.cit, P 479

وأيضاً د. سالم حماد شعبان الدحوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية 1997، ص 74.

لا يمكن للمحافظ العقاري إجراء شهر أي تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي على أساسه تم التصرف في العقار بأي شكل من أشكال التصرف وهذا ما أشارت إليه المادة 88 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 التي جاء فيها " 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 وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه.

والمتصرف أو صاحب الحق الأخير يعني الشخص الذي يكون حقه قد تم تحويله أو تعديله أو تثبيته أو ترتيب حقوق عليه أو انقضائه بموجب الإجراء الذي طلب الإشهار من أجله.

انه ابتداء من الإشهار المعطى للعقد أو للقرار القضائي أو للشهادة الموثقة المثبتة للحق 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 نقض حق عيني عقاري."

فالشهر المسبق للمحرر، يحقق الطمأنينة في المعاملات العقارية وبين صاحب الحق الأخير الوارد على العقار والذي يسهل التصرف عليه لمجرد الإطلاع على البطاقة العقارية الخاصة به، ومنه تظهر فكرة تسلسل الملكية العقارية، بحيث تنتقل الملكية من المتصرف إلى المتصرف إليه بطريقة يمكن من خلالها معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا على ملكية العقار.

للمحافظ العقاري الحق في رفض إيداع المحرر وكذا رفض إجراء الشهر إذا تبين له تخلف قاعدة الأثر النسبي للشهر، لما له من سلطة مراقبة الوثائق موضوع الإشهار، غير أن هذه الرقابة لا تمتد إلى البحث في مدى صحة التصرف من عدمه وإنما إلى مدى توافر الشكل المطلوب، علما بأن مبدأ الأثر النسبي لا يعطي الحماية الكافية لمتصرف إليه وهذا ما يظهر في الافتراض التالي:

إذا باع (أ) عقارا إلى (ب) و إلى (ج) وقاما بشهر حقهما (ب) قبل (ج) ثم قام (ج) بالتصرف في ذات العقار لصالح (د) ففي هذي الحالة لا يحق للمحافظ العقاري رفض شهر التصرف الأخير تطبيقا لقاعدة الأثر المسبق، لأن حق (ج) كان موضوع شهر مسبق أيضا على الرغم من أن حق (ج) لم يكن نافذا في حق (ب) الذي هو أسبق في التاريخ.

غير أن هذا لا يعني على الإطلاق عدم أهمية قاعدة الأثر المسبق بل بالعكس فإنها ذات أهمية قصوى في ظل نظام الشهر الشخصي الذي يفتقد إلى تنظيم مثل هذه المعلومات ضمن بطاقات خاصة بكل عقار⁽¹⁾.

⁽¹⁾ CAPITANT Henri - TERRE François - LEQUETTE Yves , les grands arrêts de jurisprudence civile, 9^e éd DALLOZ, 1991, P 812

ولحسن تطبيق هذه القاعدة، منح المشرع الجزائري للمحافظ العقاري سلطة كاملة لمراقبة كل وثيقة تكون محل إيداع على مستوى مصلحته قصد التأكد من احتوائها على مراجع الإجراء السابق⁽¹⁾ فله أن يرفض الإيداع وفقا لنص المادة 1/101 المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 التي جاء فيها: "عندما يقبل المحافظ الإيداع ويسجل الإجراء في سجل الإيداع، فإنه يوقف تنفيذ الإجراء ويباشر في عملية التسوية المنصوص عليها في المادة 107 ..."

كما له أن يرفض الإجراء لاحقا لنفس السبب، غير أنه لا يمكن الأخذ بقاعدة الأثر النسبي للشهر العقاري بشكل مطلق، بل ترد عليها استثناءات وهذا لسببين هما: أولاً، أنه لا يمكن فرض هذه القاعدة على وقائع صدرت قبل القانون المنظم للشهر العقاري أي الأمر رقم: 74/75 والسبب الثاني يعود إلى كون الحقوق تنتقل أحيانا للمستفيد بغير سند⁽²⁾ وهما الاستثناءان اللذان أوردهما المشرع بموجب المادة 88 من المرسوم التي أحالت إلى تطبيق المادة 89 منه والتي جاء فيها: "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 وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه..."

لقد حددت المادة 89 المعدلة بموجب المرسوم رقم: 123/93 المؤرخ في: 19/05/1993، الاستثناءات بنصها:

"تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه.

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم.
- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971.

وعليه، فإنه بالنسبة للإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العقارية وبالرجوع إلى المواد من 08 إلى 17 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76، فإنها تتعلق بإيداع وثائق المسح العام بعد الانتهاء من عملية المسح، والتي لا يتصور أن تكون موضوع شهر مسبق ما دامت ناتجة عن أعمال المسح العقاري العام بموجب الوثائق المسحية التي يستلمها المحافظ العقاري من أجل إخضاعها لعملية المسح.

(1) د. رمول خالد، المرجع السابق، ص 49 .

(2) PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 55.

أما بالنسبة للعقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01⁽¹⁾ فإن العقد العرفي الثابت التاريخ هو ذلك العقد الذي نصت عنه المادة 328 من القانون المدني والتي جاء فيها: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداءً:
- من يوم تسجيله،
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.
غير أنه للقاضي تبعاً للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة." إضافة إلى الاستثناءات الواردة في المادة 89 من المرسوم المذكور أعلاه، فإن مختلف التشريعات العقارية اللاحقة أوردت حالات استثنيت فيها قاعدة الشهر المسبق منها ما جاء في المادة 39 من القانون رقم: 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري، المتعلق بشهادة الحياة، وكذا ما جاء به المرسوم رقم: 352/83 المؤرخ في: 21 ماي 1983 المتعلق بإجراءات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم : 147/2008 المؤرخ في: 19/05/2008 والمتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، وكذا ما جاء في القانون رقم: 18/83 المؤرخ في: 18 أوت 1983 المتعلق باكتساب الملكية العقارية عن طريق الاستصلاح، إضافة إلى ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم: 483/97 المؤرخ في: 15 ديسمبر 1997، المتعلق بمنح حق امتياز قطع أرضية تابعة لأملاك الدولة.

الفرع الثاني

إتمام إجراءات الشهر العقاري

إن تنفيذ عملية الشهر العقاري تتطلب تدخل عدة جهات معينة على الرغم من أن المعنيين المباشرين بذلك هما: مودع الوثائق محل الشهر والمحافظ العقاري، غير أن تدخل جهة أخرى وهي مكتب التوثيق الذي حرر العقد موضوع الإشهار فرضه المشرع ورتب جزاء على الإخلال بذلك إذا لم يتم الإيداع لدى مصالح الحفظ العقاري في آجال محددة، وهي آجال متباينة ومختلفة تختلف بحسب نوع الوثائق المودعة حسب المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 والتي جاء فيها: " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة"، وهذا ما سيتم تفصيله فيما يلي:

(1) الفاتح جانفي 1971 هو تاريخ دخول القانون رقم: 91/70 المؤرخ في: 15/12/1970 المتعلق بالتوثيق حيز التنفيذ والتي أوجبت المادة 12 منه إخضاع كافة التصرفات الواقعة على العقار إلى إجراءات شكلية.

أولاً: آجال إيداع الوثائق بمصالح الحفظ العقاري:

تختلف آجال إيداع مختلف الوثائق لدى مصالح الحفظ العقاري، بحسب نوع هذه الوثائق وبالنظر إلى مدى إلزامية شهرها⁽¹⁾.

إن الشهر العقاري لا يكون ملزماً وإنما جوازياً وذلك في حالة قيد الحقوق العينية التبعية، والتي لا تكون مقيدة بأجل محدد لأن للمدين المرتهين الحق في قيد رهنهم في أي وقت طالما أن الدين لا زال قائماً وطالما أن العقار المرهون لا زال بيد المدين الراهن، غير أنه من الناحية العملية، فإن على الدائن المرتهن الإسراع في عملية قيد رهنه حتى يكون له حق الأفضلية بالنسبة لباقي الدائنين المرتهين المقيدة رهنهم وحتى بالنسبة للدائنين العاديين.

لقد حدد المشرع آجالاً خاصة بالوثائق واجبة الشهر بموجب المادة 99 من المرسوم التنفيذي والتي جاء فيها: "أن آجال إتمام الإجراء تحدد كما يلي:

1 - 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 مسؤولين مدنياً إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة

2 - بالنسبة لأوامر نزع الملكية، ثمانية أيام من تاريخها.

3 - بالنسبة للقرارات القضائية الأخرى، شهران من اليوم الذي صارت فيه نهائية.

4 - بالنسبة للعقود الأخرى من يوم تاريخها.

وفي حالة ما إذا كان يجب إجراء الإشهار في مكتبين أو أكثر فإن الأجل المنصوص عليه يمدد بخمسة عشر يوماً كاملاً بالنسبة لكل مكتب زيادة عن الأجل الأول..."

والجزء المترتب على الإخلال بالآجال المحددة بموجب المادة 99 المذكورة أعلاه يتمثل في الغرامة المالية المقدرة بـ 100 دج يتحملها الموثق⁽²⁾ وكتاب الضبط والسلطات الإدارية التي حررت العقد، هذا فضلاً عن المسؤولية المدنية الناتجة عن الضرر الذي تسبب للغير بسبب خطأ هؤلاء.

⁽¹⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 96.

⁽²⁾ تم رفع هذا المبلغ إلى 1000 دج بموجب المادة 31 قانون المالية لسنة 1999 وتحسب ابتداء من تاريخ التحرير إلى تاريخ الإيداع.

ثانيا: الوثائق محل الإيداع:

من أجل تنفيذ عملية الشهر يجب إيداع مجموعة من الوثائق بمصلحة الحفظ العقاري والإيداع ينصب على العقد أو الحكم القضائي فضلا عن وثائق أخرى ملحقه.

إن الهدف من عملية الشهر العقاري هو إعلان التصرفات الخاصة بالحقوق العقارية العينية الأصلية منها والتبعية حتى تكون لها الحجية المطلقة وتتمتع بحماية خاصة في حالة المنازعة في صحتها.

ولا يمكن أن تكون لهذه الوثائق هذه القيمة إلا إذا خضعت لشروط حددها المشرع بموجب الأمر رقم: 74/75 والمرسوم التنفيذي رقم: 63/76 من هذه الشروط ما يتعلق بتعيين الأطراف ومنها ما يتعلق بتعيين العقارات موضوع الإشهار لأن الشهر العقاري يفرض بأن تكون الأشخاص والقرارات المذكورة ضمن العقد موضوع الشهر معينة تعيينا دقيقا⁽⁴⁾.

أ- الشروط الخاصة بتعيين الأطراف:

إن قاعدة تعيين الأطراف الطبيعية (الأشخاص الطبيعية) أوردها المنظم ضمن أحكام المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 123/93 المؤرخ في: 19/05/1993، بينما أورد قاعدة تعيين الأطراف الاعتبارية (الأشخاص الاعتبارية) ضمن أحكام المادة 63 من نفس المرسوم، فجاء في نص المادة 62 من المرسوم ما يلي: " كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف.

ويجب أن يصادق على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية الأطراف، موثق أو كاتب الضبط أو سلطة إدارية، في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء.

وفيما يخص الشهادات بعد الوفاة، يجب الإشارة إلى الحالة المدنية والتصديق عليها بالنسبة للمتوفى وبالنسبة لكل واحد من الورثة أو الموصى لهم .

يتم إعداد الشهادة بتقديم مستخرج من شهادة الميلاد، قائمة الصلاحية، وكل وثيقة رسمية تثبت الجنسية."

وعليه، فإن التحقيق في هوية أطراف المحرر يتم من قبل محرريه وهذا بالتعيين الدقيق للأشخاص أصحاب الحقوق وهو ما يسمى بالشرط الشخصي.

(4) SIMLER philippe & DELEBECQUE philippe op.cit,P 742.

يقصد بالشرط الشخصي وفقا لنص المادة 65 من المرسوم رقم: 63/76، الأهلية المدنية للأطراف وتتم المصادقة على صحة البيانات المتعلقة بالشرط الشخصي في أسفل الصورة الأصلية والنسخ والجداول ضمن نفس الشروط بالنسبة لهوية الأطراف وهذا ما أكدته نص المادة 65 بنصها: " أن العقود والقرارات والجداول، فيما يخص الأشخاص الطبيعيين، يجب أن تتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للأطراف.

ويقصد بالشرط الشخصي حسب مفهوم هذا المرسوم بالأهلية المدنية للأطراف. ويصدق على صحة البيانات المتعلقة بالشرط الشخصي في أسفل الصورة الأصلية والنسخ والجداول ضمن نفس الشروط بالنسبة لهوية الأطراف .

أما تعيين الأطراف الاعتبارية (الأشخاص الاعتبارية)، فإن كل عقد أو قرار إداري موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يشتمل على هوية الشركات والجماعات والنقابات والأشخاص الاعتبارية الأخرى مع تسميتها، ويشار فضلا عن ذلك بالنسبة للشركات شكلها القانوني ومقرها، وبالنسبة للشركات التجارية رقم تسجيلها في السجل التجاري، وبالنسبة للجمعيات مقرها وتاريخ ومكان تصريحها وبالنسبة للنقابات مقرها وتاريخ ومكان إيداع قوانينها الأساسية.

إن هوية الشركات والجمعيات والنقابات والأشخاص الاعتبارية الأخرى، يتم التصديق عليها ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة. ويتم إعداد الشهادة:

- 1 - للأشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها في الجزائر، بمجرد تقديم أصل لصورة رسمية أو لنسخة مراجعة لكل عقد يثبت التسمية والشكل القانوني والمقر الحالي للشخص الاعتباري.
 - 2 - الأشخاص الاعتبارية التي يوجد مقرها خارج الجزائر، بمجرد تقديم نفس الوثائق المسلمة أو المصدق عليها من قبل السلطة الإدارية أو الموظف الدبلوماسي أو القنصلي الذي يمثل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في مكان المقر، ويجب أن يكون مرفوقا بترجمة باللغة العربية ومصدق عليها إذا كانت محررة بلغة أجنبية.
- في جميع الأحوال تذكر في الشهادة الوثائق التي بموجبها تم إعدادها، وهذا وفقا لنص المادة 63 من المرسوم رقم: 63/76.

كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة في المحافظة العقارية قصد تنفيذ الإجراء يجب أن تحمل تأشيرة موقعه من قبل محرر العقد أو من قبل سلطة إدارية للشهر، وعند عدم وجود هذه التأشيرة، يرفض الإيداع، ويمكن أن يرفض الإجراء بعد قبول الإيداع من طرف المحافظ العقاري إذا لاحظ أن المراجع والتأشيرة غير صحيحة أو غير تامة أو غامضة عملا بنص المادة 64 الفقرة 4 من نفس المرسوم والتي جاء فيها: "...وعندما لا تشمل التأشيرة عناصر الهوية الكاملة للأطراف، يجب أن تبين ما تحتوي عليه الوثيقة (صفحات، فقرات، سطور) التي تستند إليها بالنسبة للتعين الذي يحتفظ به المحافظ من أجل التأشير على البطاقة العقارية، غير أن هذا التوضيح يكون غير لازم عندما يكون التعيين الكامل للأطراف مكتوبا في أعلى الوثيقة التي يجب إشهارها..."

التصديق على هوية الأطراف لا يتم فقط بواسطة الموثقين أو الأشخاص أو كاتب الضبط أو السلطة الإدارية مثلما نصت عليه المادة 2/62 وإنما يختص به أيضا الوزراء، الولاة، رؤساء المجالس الشعبية البلدية وكذا قضاة النيابة العامة، مدير الوكالة القضائية للخزينة، موظفو مديريات الولايات للمصالح المالية الذين لهم درجة مفتش، رئيس ومحاسبو الخزينة وجميع المحاسبين العموميين عملا بنص المادة 64 الفقرة الأخيرة من المرسوم رقم: 63/76.

إن شرط تعيين الأطراف هو أيضا شرط وجوبي في كل العقود والأحكام القضائية التي تكون محل إشهار إلزامي أو اختياري في القانون الفرنسي بموجب المادة 38 من المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 بموجب هذه القاعدة يتمكن المحافظ ومن له سلطة التحقيق في هوية الأطراف وتحت مسؤوليته تقاضي المطالبة بتقديم شهادات الميلاد في كل مرة من المعنيين في أوقات متقاربة طالما أنه قد تمكن شخصيا وبما فيه الكفاية من التعرف على طالبي الشهر، غير أن هذه القاعدة تصطدم باحتمال تغير حالة هؤلاء الأشخاص خلال الفترة الممتدة من تقديم شهادة الميلاد إلى غاية إجراء التحقق من الهوية، الأمر الذي لا يعفي المحقق في هوية الأطراف من المسؤولية بدعوى جهله لهذا التغير في حالة الأشخاص⁽¹⁾.

ب- شرط تعيين العقارات:

يجب أن تشمل طلبات الشهر والمحركات واجبة الشهر عن البيانات اللازمة والمفيدة في تعيين العقار وعلى الأخص تبيان موقعه ومساحته وحدوده⁽²⁾.

(1) PAGE Léon, op.cit, P 21.

(2) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 15.

أهمية تعيين هذه البيانات تعتبر طبيعية في العقد، لأنها تعتبر من إحدى أركان العقد الأساسية والمتعلقة بوجوب تعيين محل العقد، ثم هي من جهة ثانية تمكن المحافظ العقاري من التعرف على العقار موضوع الإشهار، غير أن مشكلة العقود العرفية تظهر في شرط تعيين العقار خاصة تلك التي لا توضح فيها الحدود بدقة⁽¹⁾ بذلك يقع على عاتق المحافظ العقاري مراقبة مدى استيفاء التصرف الوارد على العقار للشروط القانونية معتمدا على عناصر لتعيين العقارات، تختلف باختلاف موقع العقار المعين من حيث نوعه وقوامه هذا وفقا للمواد: 21 - 27 - 66 إلى غاية 71 و 114 من ذات المرسوم.

- تعيين العقارات في المناطق الممسوحة:

فيما يتعلق بالعقارات الواقعة في المناطق الممسوحة، فلقد حددت المادة 66 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 كيفية تعيين العقار الممسوح بنصها " كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعنيه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين (القسم ورقم المخطط والمكان المذكور) وما يحتوي عليه من مسح أراضي. إن العقد أو القرار، عندما يحقق أو يعاين قسمة في ملكية أرض ينتج عنها تغيير الحدود، يجب أن يعين العقار كما كان موجودا قبل التقسيم وكل عقار جديد ناتج عن هذا التقسيم ما عدا في حالة التجزئة المنجزة طبقا لتنظيم التعمير وأن تأسس حق انتفاع أو حق ملكية للمباني والغراس على جزء من الوحدة العقارية يعتبر كتغيير لحدود الملكية. وعندما لا يتم تحقيق أو معاينة تقسيم لملكية الأرض التي ينتج عنها تغيير في الحدود ولا يعني الأجزاء أو عدة أجزاء من العقار المبني على سبيل الملكية المشتركة، فإن العقد أو القرار القضائي يجب أن يشتمل في آن واحد على تعيين الأجزاء المذكورة وأجزاء مجموع العقار. ان تعيين الجزء يتم طبقا لجدول وصفي للجزء أو عند الاقتضاء طبقا لجدول معدل معد ضمن الشروط المحددة إما بموجب المادة 67 وإما بموجب المادة 68 وتم إشهاره مسبقا، وهذا التعيين يجب أن يشير إلى رقم قطعة الأرض التي يوجد بها الجزء والحصة في ملكية الأرض الخاصة بهذه النقطة، وذلك مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في المادتين المذكورتين والمادة 70. لا تطبق أحكام هذه الفقرة عندما يكون العقد أو القرار القضائي يتعلق إما بارتفاق وإما بحق استعمال أو بسكن وإما بإيجار، ولا تطبق أيضا عندما ينتج عن العقد أو القرار إلغاء تقسيم العقار. ويجب أن تكتب نفس البيانات في كل جدول أو صورة أصلية أو نسخة مودعة قصد تنفيذ إجراء."

(1) د. محمد خلف، شرح قانون تنظيم الشهر العقاري من الناحيتين القانونية والعملية، الطبعة الأولى، مطبعة أمين عبد الرحمان، 1947، ص

- التعيين بالنسبة للعقار الريفي:

يتم تعيين العقار الريفي الواقع في مناطق تشملها عملية المسح بموجب قواعد حددتها المادة 114 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 التي جاء فيها: "خلافًا لأحكام المادة 66 من هذا المرسوم وعند عدم وجود مخطط لمسح 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:

- نوع العقار .

- موقعه .

- محتوياته .

وفضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي والمحافظة العقارية وفي حالة عدم وجود ذلك أسماء المالكين المجاورين ."

- التعيين بالنسبة للعقار الحضري:

تعتبر كعقارات حضرية وتكون موضوع إحداث بطاقات عقارية كما هو منصوص عليها في المادة 20 أعلاه، العقارات المبنية أو غير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة للبلديات التي يزيد سكانها عن 2000 نسمة، ويتم التعرف على هذه العقارات في الجداول أو المستخرجات أو النسخ أو الصور المودعة عن طريق الإشارة إلى الشارع والرقم. أما جميع العقارات الأخرى فتعتبر عقارات ريفية، وهذا وفقا لنص المادة 21 من المرسوم رقم: 63/76.

- بالنسبة للعقارات المتبقية الخاضعة لنظام الملكية المشتركة :

الملكية المشتركة عرفتها المادة 743 من القانون المدني بنصها: " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة". ويتم تقسيمها وفقا لنص المادة 67 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 .

أما في القانون الفرنسي، فإن شرط تعيين العقارات يتم بموجب شهادة تمنح من إدارة مسح الأراضي تسمى شهادة المسح *extrait cadastral* وهذا في المناطق التي تم تجديد المسح فيها، فإن تعيين العقارات يجب أن يكون متطابقا مع هذه الشهادة وهذا من أجل تأمين عملية التوافق بين السجل العقاري وإدارة مسح الأراضي⁽¹⁾.

⁽¹⁾ PAGE Léon, op.cit, P 22.

المبحث الثاني

المنازعة في قرارات المحافظ العقاري الصادرة بمناسبة تأسيس السجل العقاري

يصدر المحافظ العقاري عدة قرارات بمناسبة قيامه بمهامه الرامية إلى تنفيذ عملية شهر مختلف الوثائق والعقود والأحكام المودعة بالمحافظة العقارية، فيقرر رفض إيداع الوثائق موضوع طلب الإشهار، ويقوم برفض إجراء شهرها حتى بعد قبول إيداعها كما يحق له إصدار قرار برفض إجراء الشهر حتى بعد إتمام عملية الشهر إذا تبين له أنه تم إشهارها خطأ، وهي القرارات التي فتح المشرع للمتضرر باب المنازعة فيها أمام الجهات القضائية المختصة بموجب المادة 24 من الأمر رقم: 74/75، كما سمح للمتضرر المنازعة أيضا في قرارات الترقيم المؤقت الذي يصدره المحافظ العقاري وكذا في الترقيم النهائي الذي يتوج بصدور الدفتر العقاري والذي يعتبر أقوى السندات المثبتة للملكية العقارية، والذي رغم هذه الصفة التي أعطيت له، فإنه ليس بمنأى على المنازعة في صحته وفي صحة البيانات الواردة فيه وهي المنازعات التي تدخل كلها ضمن الطعن ضد قرارات المحافظ العقاري وهو الأمر الذي دفعني إلى جمعها في هذا المبحث.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: المنازعة في قرارات الترقيم (المؤقت والنهائي).

المطلب الثاني: المنازعة في قرارات رفض الإيداع والإجراء والشهر.

المطلب الأول

المنازعة في قرارات التقييم العقاري (المؤقت والنهائي)

لقد سبق الإشارة إلى أنه بعد اختتام عمليات المسح العام للأراضي في كل بلدية، يودع لدى المصلحة المكلفة بمسك السجل العقاري نسخة ثانية لجميع الوثائق الخاصة بمسح الأراضي وهذا تطبيقاً لنص المادة 10 من الأمر رقم: 74/75، يقوم الموظف المكلف بمسك السجل العقاري بتحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى، على أساس هذه الوثائق بقصد إظهارها وهذا وفقاً لأحكام نص المادة 11 من الأمر رقم 74/75 تطبيقاً لنص المادة 13 من نفس الأمر كما يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات المسوَّحة في السجل العقاري إما ترقيمياً نهائياً أو ترقيمياً مؤقتاً حسب الحالة، غير أن هذا بالتقييم قد يضار منه الغير أو حتى أصحاب الحقوق أنفسهم، الشيء الذي توقعه المشرع والذي فتح باب المنازعة في التقييم المؤقت وفي التقييم النهائي أمام جهات قضائية مختلفة رفعا لكل ضرر قد يصيب أحدهم جراء إصدار هذه القرارات، وهي القرارات التي يجدر معرفتها قبل الخوض في المنازعات التي تثار بشأنها.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: مفهوم التقييم العقاري المؤقت والنهائي.

الفرع الثاني: منازعات التقييم العقاري المؤقت والنهائي.

الفرع الأول

مفهوم التقييم العقاري المؤقت والتقييم النهائي

بعد إتمام عملية المسح العام على مستوى إقليم كل بلدية، تودع لجان مسح الأراضي ووثائق المسح لدى المحافظة العقارية لقاء محضر يحرره المحافظ العقاري، يتم هذا الإيداع عند الانتهاء من عمليات مسح الأراضي لكل قسم أو مجموعة أقسام البلدية المعنية وفقاً لنص المادة 8 من المرسوم رقم: 123/93 المؤرخ في: 19/05/1993.

يكون محضر التسليم محل إشهار واسع في أجل أقصاه ثمانية أيام (08) ابتداء من تاريخ إيداع ووثائق مسح الأراضي لمدة أربعة (04) أشهر، وهذا قصد تمكين المالكين وذوي الحقوق العينية العقارية الأخرى من تسلم كل وثيقة شهد لحقوقهم على العقارات المسوَّحة من المحافظ العقاري وفقاً لنص المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76. وينبغي على كل مالك أو حائز أن يودع لدى المحافظة العقارية جدولاً تسلمه الإدارة يحتوي على البيانات المذكورة في المادة 10 من المرسوم التنفيذي بغية استلام ووثائق تشهد بحقوقهم على العقارات المسوَّحة كما يرفق الجدول عند الاقتضاء

بالسندات والعقود والوثائق الأخرى التي تثبت أصل الملكية والمالك أو الحائز الحالي للعقار وفقا لنص المادة 10 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي ومنه يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات الممسوحة في السجل العقاري لمجرد استلامه ووثائق مسح الأراضي عملا بأحكام المادة 11 من المرسوم التنفيذي، ويتم التقييم العقاري لمجرد الإمضاء على محضر تسليم الوثائق المسحية المادة 11 الفقرة 2، ويتم تعيين الحقوق المتعلقة بالعقارات موضوع التقييم على أساس وثائق المسح حسب القواعد المنصوص عليها في التشريع المعمول به في مجال الملكية العقارية، إذ يتم تقييم هذه العقارات إما تقيما نهائيا أو تقيما مؤقتا وهذا ما سيتم شرحه فيما يلي:

أولا: التقييم المؤقت:

يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات تقيما مؤقتا لمدة أربعة (04) أشهر أو تقيما مؤقتا لمدة سنتين (02) حسب الأحوال.

1- التقييم المؤقت لمدة أربعة (04) أشهر:

يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات تقيما مؤقتا لمدة أربعة (04) أشهر تسري من تاريخ التقييم بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكها الظاهرين سندات ملكية قانونية، والذين يمارسون حسب وثائق مسح الأراضي حيازة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب حسب المادة 13 الفقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/67 ويصبح التقييم المؤقت نهائيا عند انقضاء المدة المحددة إذا لم يعلم المحافظ العقاري بأي اعتراض أو إذا تم سحب أو رفض الاعتراضات المرفوعة وفقا لنص المادة 13 الفقرة 02.

وسائل إثبات الحيازة في التقييم المؤقت:

يتم إثبات الحيازة في التقييم المؤقت وفقا للمادة 13 الفقرة 01 المذكورة أعلاه بالوسائل التالية:

أ- الحيازة الثابتة بسندات رسمية:

تتكون السندات الرسمية حسب المذكرة رقم: 4618⁽¹⁾، من مجموع العقود الموثقة والأحكام القضائية المعدة قبل صدور المرسوم رقم: 63/76 والتي لم تقدم للإشهار بسبب الطبيعة الاختيارية للإشهار العقاري آنذاك حيث أضافت المذكرة المذكورة أعلاه، بأن هذه الوثائق تشكل دليلا على وجود حق الملكية وأن أصحابها لو كانوا حاضرين في الميدان خلال عمليات المسح، لاستفادوا طبقا لأحكام المادة 12 من المرسوم رقم: 63/76 من التقييم النهائي بعد إيداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية .

⁽¹⁾ انظر المذكرة رقم: 4618 المؤرخة في: 2004/09/04 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية الموجهة إلى كل من المدير العام للوكالة الوطنية لمسح الأراضي ومدراء الحفظ العقاري ومدراء أملاك الدولة المتعلقة بالعقارات الواقعة في المناطق الممسوحة المسجلة في حساب " المجهول".

يمكن الاستناد لبعض السندات الرسمية حتى ولو لم يكن موضوعها يتعلق بحق الملكية العقارية، إذ أن الاعتماد على هذه السندات ليس من أجل إثبات حق الملكية وإنما لإثبات واقعة الحيازة، من بين هذه السندات أذكر ما يلي:

- شهادة الحيازة:

يمكن الاعتماد على شهادة الحيازة المنصوص عليها بموجب المادة 39 من قانون التوجيه العقاري رقم: 25/90 المؤرخ في: 1990/11/18 في عملية التقييم المؤقت باعتبارها سنداً رسمياً مشهراً يثبت واقعة الحيازة الشرعية لطالب التقييم العقاري ويمكن إدراجها ضمن حالات التقييم المؤقت لمدة أربعة أشهر استناداً إلى نص المادة 01/13 المذكورة أعلاه على أساس أنها حيازة تسمح للمالك الظاهر اكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب .

- العقود التوثيقية المشهورة:

وهي العقود التوثيقية المشهورة التي تتضمن معلومات غير كافية وغير دقيقة لتعيين العقار، أو أنها تتعلق بالتنازل عن حقوق ميراثية أو حقوق عقارية غير مقدرة وهي الحالات التي تعرضت لها المذكرة رقم: 3256⁽¹⁾ والتي اعتبرتها حالات غير دقيقة، حيث جاء في ذات المذكرة بأنه في حالة مواجهة المحافظ العقاري لمثل هذه الحالات، فيجب عليه أن يعمل على تحديد هذه الحقوق العقارية المشاعة بناء على تحقيق يقوم به والذي إذا لم يتأكد له بناء على العقود التوثيقية المشهورة المقدمة له بأن العقار موضوع التصرف هو نفسه العقار موضوع التقييم، فإنه يعتمد على التقييم المؤقت لمدة أربعة (04) أشهر ويعتبر هذه الوثائق قرينة على أن المالك الظاهر يحوز العقار لمدة تفوق خمسة عشر (15) سنة.

⁽¹⁾ انظر المذكرة رقم: 3256 المؤرخة في: 1976/05/18 الصادرة عن المديرية الفرعية لمسح الأراضي والحفظ العقاري المتعلقة بكيفية تطبيق المرسوم رقم: 63/76.

- الأحكام القضائية:

وهي الأحكام القضائية التي تفصل في منازعات عقارية دون أن تتطرق إلى حق الملكية، إذ أنه يظهر من خلال الحكم القضائي بأن العقار موضوع النزاع هو نفسه موضوع الترقيم، وأن تاريخ هذا الحكم سابق عن الترقيم بخمسة عشر سنة، الشيء الذي يدعو المحافظ العقاري إلى استخلاص بأن المالك الظاهر كان يحوز هذا العقار منذ تاريخ الحكم، وأن هذه المدة لا تقل عن مدة التقادم وهي مدة خمسة عشر سنة.

ب- إثبات الحيابة بسندات عرفية ثابتة التاريخ:

يمكن الاعتماد على العقود العرفية في الترقيم المؤقت لإثبات مدة الحيابة القانونية التي تؤدي لاكتساب العقار بالتقادم للمالك الظاهر للعقار بموجب سند عرفي ثابت التاريخ بعد 1970/12/31، وتعتبر عقودا عرفية ذات تاريخ ثابت طبقا لنص المادة 328 من القانون المدني في الحالات التالية:

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام .
- من يوم التأشير به على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إلغاء .
- من يوم تسجيله وفقا لنص المادة 89 من المرسوم رقم: 63/76.

2- الترقيم المؤقت لمدة سنتين (02) :

نظمت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 كيفية ترقيم العقارات ترقيميا مؤقتا لمدة سنتين والتي جاء فيها: "يعتبر الترقيم مؤقتا لمدة سنتين (02) يجري سريانها ابتداء من يوم إتمام هذا الترقيم، بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكها الظاهرين سندات إثبات كافية، وعندما لا يمكن للمحافظ العقاري أي بيدي رأيه في تحديد حقوق الملكية.

ويصبح هذا الترقيم المؤقت نهائيا عند انقضاء المدة المحددة في الفقرة السابقة إلا إذا سمحت وقائع قانونية للمحافظ العقاري بالتثبت بصفة مؤكدة من أن الحقوق العينية الواجب شهرها في السجل العقاري ويكون قد اطلع عليها في غضون ذلك، عن طريق أي شخص معني"

من خلال نص المادة 14 المذكورة أعلاه، فإنه يعتبر الترقيم مؤقتا لمدة سنتين للعقارات التي ليس لأصحابها الظاهرين سندات إثبات كافية، وعندما لا يتمكن المحافظ العقاري من تحديد حقوق الملكية يسري أجل سنتين من يوم الترقيم أي انه يتم ترقيم العقار باسم طالبه مؤقتا لمدة سنتين (2) إذا ثبت من إجراءات التحقيق أنه ليس للمالك الظاهر سند كاف لإثبات ملكيته للعقار أو أنه ليست له أية وثيقة تثبت ملكيته للعقار ولا يمكن للمحافظ العقاري أن يبدي رأيه في تحديد حقوق الملكية ويكون أمام حالتين هما:

أ- حيازة العقار بسند غير كاف للإثبات:

يمكن الاعتماد على سندات عقارية غير كافية لإجراء التقييم العقاري لمدة سنتين حسب المادة 14 المذكورة أعلاه وحسب المذكرة رقم: 4618 والتي اعتبرت التقييم في السجل العقاري ترقباً مؤسسا إذا تم بناء على العقود العرفية المتعلقة باقتناءات لحقوق عقارية، أو تبادل أو قسمة، يتضمن البعض منهم تاريخاً ثابتاً، إلا أنه كان بعد تاريخ: 1970/12/31، والبعض الآخر يمكن أن يكشف بعد فحص مدقق قرائناً قوية تدل على تاريخ إعدادها وهي السندات العقارية غير الكافية والتي يعتمد عليها المحافظ العقاري في التقييم المؤقت لمدة سنتين بعد التحقق من أن التاريخ هو تاريخ ثابت أو سابق فعلاً لتاريخ مرور فرقة المسح الذي هو التاريخ المذكور في بطاقة التحقيق المتعلقة بالوحدة العقارية غير الممسوحة.

ب- حيازة العقار بدون سند:

يمكن أيضاً ترقب العقارات ترقباً مؤقتاً استناداً إلى الحيازة فقط دون أن تكون مدعومة ومعززة بسندات تثبتها، أي يمكن الاعتماد على أحكام الحيازة المنصوص عليها بموجب المادة 808 من القانون المدني الجزائري وما بعدها.

على المحافظ العقاري أن يتأكد من أن صاحب الطلب يمارس حيازة حقيقية منذ على الأقل يوم شروع فرقة المسح في تحديد مجموعة الملكية المعنية و التي يمكن أن يطالب العارض، بحق ملكيتها في مجمل مساحتها أو تلك المتواجدة ضمن وحدة عقارية أكبر مساحة.

ويمكن أن يسمح التحقيق في الميدان من معاينة وقائع تدل على حيازة ظاهرة، كشغل حقيقي للسكن أرض فلاحية مزروعة، وجود سياج،... الخ.

في حالة ما إذا تبين من التحقيق الميداني أن الحيازة تعود إلى فترة ما قبل عمليات مسح الأراضي العام، يمكن منح التقييم العقاري المطالب به، شريطة أن تكون أقوال وتصريحات الطالب مدعومة بشهادة شخصين مصرح بها أمام موثق⁽¹⁾.

(1) أنظر المذكرة رقم: 4618 المذكورة سابقاً.

وفي الأخير، فإنه تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمالك الظاهر أن يتحصل على شهادة تثبت استفادته من الترقيم المؤقت بموجب شهادة الترقيم المؤقت التي تسلمها له المحافظة العقارية بناء على طلبه وهي بمثابة سند رسمي يثبت واقعة الحيازة، وهي بمثابة شهادة حيازة بصيغة إجرائية جديدة⁽¹⁾ وهذا ما نصت عليه المادة 47 من القانون رقم: 22/03 المتضمن قانون المالية لسنة 2004⁽²⁾ وهي ترتب نفس الآثار التي ترتبها شهادة الحيازة أي :

- يتم الاعتراف لصاحب شهادة الترقيم المؤقت بالحيازة وبالتالي يكون في مركز واضع اليد على العقار بسند.

- يمكن لصاحب شهادة الترقيم المؤقت أن يتصرف ماديا في العقار وبالتغيير من طبيعته وتشبيد بناءات بعد حصوله على رخصة البناء، كما يمكنه هدم البناء بموجب رخصة الهدم التي تسلم له بناء على شهادة الترقيم المؤقت، كما يمكنه أن يقوم بتجزئة العقار بموجب رخصة التجزئة وفقا لأحكام القانون رقم: 29/90 المؤرخ في: 1990/12/01 المعدل والمتمم المتعلق بالتهيئة والتعمير والمرسوم التنفيذي رقم: 176/91 المؤرخ في: 1991/05/28 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك الصادر بالجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 1991.

وعليه، فإنه يمكن لصاحب شهادة الترقيم المؤقت أن يستفيد من نفس الحقوق التي هي للمالك رغم ما في ذلك من مخالفة لأحكام المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم: 176/91 التي تشترط ملكية العقار المراد تشييد بناءات عليه، لأن تشييد البناء يكون دائما من صاحب الأرض أي مالكاها، كما أن هدم البناءات المشيدة أو تجزئتها لا يكون إلا من صاحب ملكية البناء.

- يمكن لصاحب شهادة الترقيم المؤقت أن يرهن العقار بناء على هذه الشهادة، ومنه الحصول على قروض من المؤسسات البنكية، رغم ما في ذلك من مخالفة لحكام المادة 884 فقرة 02 من القانون المدني التي تشترط أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه والتي جاء فيها: "...وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه."

(1) أ. عبد الرزاق موسوني، الترقيم العقاري وطرق إثبات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مداخلة أقيمت خلال الملتقى الوطني الرابع حول إشكالية الحفظ العقاري المتعلقة بلجنة المسح والتحقيق العقاري، جامعة المدية، أبريل 2011.

(2) أنظر المادة 47 من قانون رقم: 22/03 المؤرخ في: 2003/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 الصادر بالجريدة الرسمية رقم: 83 التي تتضمن تعديل المادة 353-2 الفقرة 7 من قانون التسجيل.

تعطي شهادة التقييم المؤقت لصاحبها صفة التقاضي وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات منها القرار رقم: 367715 الصادر بتاريخ: 2006/11/15⁽¹⁾ عن الغرفة العقارية والذي جاء فيه: " المبدأ: تعطي شهادة التقييم المؤقت لصاحبها صفة المالك الظاهر، وبالتالي صفة التقاضي وتؤدي إلى حصوله على دفتر العقاري للقوة الإثباتية، طالما لم يطعن فيه قضائياً .

- حيث أن شهادة التقييم المؤقت التي يحوزها الطاعن التي قدمها أثناء النزاع تعطي له صفة المالك الظاهر عملاً بنص المادتين 13 و 16 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 ولكونها تؤدي إلى الحصول على دفتر العقاري الذي هو على رأس المستندات الرسمية في إثبات الملكية العقارية إذا لم يقع الطعن فيه.

- حيث أن القضاة لم يرفعوا هذه النصوص المطبقة في قواعد الشهر وأغفلوا الإطلاع عليها مما يجعل القرار قد جاء فاقداً لأساس القانوني ومخالفاً لقانون.

وينظر القضاء المختص في الاعتراضات ضد التقييم المؤقت المرفوعة أمامه من خلال دراسة المستندات المقدمة له من قبل الأطراف من حيث قوتها الإثباتية استناداً إلى الترجيح أو المفاضلة بين هذه المستندات وهو المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا في عدة قرارات منها القرار رقم: 246259 المؤرخ في 2004/02/25⁽²⁾ عن الغرفة العقارية والذي جاء فيه: " المبدأ: الفصل في الاعتراض على التقييم المؤقت يكون على ضوء الترجيح أو المفاضلة بين السندات المقدمة من قبل الأطراف من حيث قوتها الإثباتية وعند الاقتضاء على أساس الحيادة الأحق بالترجيح عملاً بالمادتين 13 و 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76.

حيث أنه مادام أن الطاعن يعارض في التقييم المؤقت للقطعة المتنازع عليها والذي يصبح نهائياً عند انقضاء مدة سنتين حسب المادة 14 من المرسوم رقم: 123/93 المؤرخ في: 1993/05/19، كان على قضاة الموضوع دراسة ومناقشة العقد المقدم وأن يفصلوا في القوة الثبوتية لهذه السندات نظراً لمقتضيات المادة 14.

وعند الاقتضاء كان عليهم أن يبحثوا في الحيادة الأحق بالترجيح.

(1) أنظر المجلة القضائية العدد 2 لسنة 2006، ص 413.

(2) أنظر المجلة القضائية العدد 1 لسنة 2007، ص 383.

ثانياً: الترقيم النهائي:

نظمت المادة 12 كيفية إجراء الترقيم النهائي للعقارات والتي جاء فيها: "يعتبر الترقيم نهائياً بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها سندات أو عقود أو كل الوثائق الأخرى المقبولة طبقاً للتشريع المعمول به، لإثبات حق الملكية. وينقل المحافظ العقاري تلقائياً، عند الاقتضاء، قيود الامتيازات والرهون العقارية وحقوق التخصيص غير المشطب عليها والتي لم تنقضى مدة صلاحيتها". كما يمكن أن يتحول الترقيم المؤقت إلى ترقيم نهائي بعد مرور المدة المحددة حسب الحالة (أربعة أشهر أو سنتين) وهذا حسب نص المادتين: 13 و 14 السابق ذكرهما.

من خلال دراسة المواد: 12 و 13 و 14 من المرسوم رقم: 63/76، فإنه يتبين بأنه تم الاعتماد في تحديد حالات قبول طلبات الترقيم النهائي على عنصرين، العنصر الأول المذكور في نص المادة 12 ويتعلق بالسندات المقبولة لإثبات حق الملكية طبقاً للتشريع المعمول به والعنصر الثاني هو انقضاء مدة الترقيم المؤقت الذي ورد في المادتين 13 و 14 من المرسوم المذكور. ويتم الترقيم نهائياً بموجب السندات التالية:

- السندات الرسمية:

هي السندات الصادرة من جهات رسمية مخول لها تحرير العقود المتعلقة لحق الملكية العقارية، سواء كانت هذه السندات توثيقية، إدارية أو قضائية، وسواء كانت مشهرة أو غير ذلك.

أ- السندات الرسمية المشهرة:

هي السندات التي تتعلق بحق الملكية العقارية والتي استوفت الرسمية والإشهار، وتخرج من هذه الطائفة العقود الرسمية المشهرة التي لم توضح فيها بدقة الحقوق العقارية أو التعيين الدقيق للعقار والتي تدخل ضمن طائفة حالات الترقيم المؤقت التي سبق الإشارة إليها.

ب- السندات الرسمية غير المشهرة:

هي المحررات الرسمية التي لم يتم شهرها ومع ذلك يعتمد عليها في إثبات الحقوق، ومنه اعتبارها من المحررات الناقلة لحق الملكية وهي:

- العقود التوثيقية غير المشهرة:

من بين السندات التي يمكن إدراجها ضمن هذه الطائفة عقد القسمة الذي لم يكن قبل صدور الأمر رقم: 74/75 وجوبي الشهر وإنما كان شهره اختيارياً والذي يعتبر عقداً رسمياً ناقلاً للملكية العقارية وبالتالي فهو مقبول كأساس يعتمد عليه لترقيم العقار ترقيمياً نهائياً.

- الأحكام القضائية:

تعتبر الأحكام القضائية سندات رسمية يعتمد عليها في التقييم النهائي إذا كانت متعلقة بحق ملكية عقارات معينة بدقة لفائدة طالب التقييم ويشترط فيها بأن تكون نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه وأن تكون متعلقة بحق الملكية العقارية وأن تتضمن التعيين الدقيق للعقار موضوع التقييم النهائي وكل حكم لا يستوفي هذه الشروط لا يمكن الاعتماد عليه ضمن حالات التقييم النهائي وإنما يمكن إدراجه كأساس للتقييم المؤقت.

يتوج التقييم النهائي بتسليم صاحب الطلب دفترًا عقاريا الذي هو سند إداري يشكل دليلا قويا مثبتا للملكية العقارية طبقا للمادة 19 من المرسوم رقم: 63/76 يسلم إلى مالك العقار الممسوح⁽¹⁾ يكون مطابقا للنموذج المحدد بموجب قرار صادر من وزير المالية بتاريخ: 1976/05/27⁽²⁾ وهذا وفقا لنص المادة 45 من المرسوم رقم: 63/76.

يعتبر الدفتر العقاري الناطق الطبيعي للوضعية القانونية للعقارات، فلا يسلم إلى صاحبه إلا بعد إجراء تحقيقات وتحريات مكثفة حسب ما تتطلبه أعمال المسح.

لقد اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية للدفتر العقاري، فقد اتجه جانبنا منها إلى أن الدفتر العقاري هو قرار إداري، إذ تنطبق عليه عناصر القرار الإداري فهو:

- تصرف إداري يخضع في تحريره للشكل المحدد قانونا.

- صادر عن هيئة إدارية هي المحافظة العقارية

- صادر بالإرادة المنفردة لهذه الهيئة.

- يترتب عليه أثر قانوني يتعلق بحق الملكية⁽³⁾.

واتجه جانبنا آخر⁽⁴⁾ إلى أن الدفتر العقاري ليس بقرار إداري وإنما هو مجرد شهادة إدارية، إذ لا تنطبق

عليه عناصر القرار الإداري وهو لا يعد عملا انفراديا، كما لا يحدث أثرا قانونيا بل أن دوره هو دور

كاشف للمراكز القانونية فقط، وأن توقيع المحافظ العقاري في الدفتر العقاري يقتصر على الإشهاد

بمطابقة هذا الأخير للبطاقات العقارية وللنسخ العيني.

(1) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 115.

(2) النموذج منشور بالجريدة الرسمية عدد 20 لسنة 1977

(3) انظر د. جمال عبد الناصر مانع، الاختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة العلوم

الاجتماعية والإنسانية، مجلة علمية محكمة، المركز الجامعي الشيخ العربي تبسي، تبسة، العدد التجريبي أبريل 2006، ص 11.

(4) محمد كنانة، النظام القانوني للدفتر العقاري في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة المحاماة، مجلة تصدر عن الاتحاد الوطني منظمة

المحاميين ناحية باتنة، العدد الثالث، 2007، ص 56.

نستخلص مما سبق أنه رغم الحلول التي أوجدها المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المعدل والمتمم والمذكرات الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية من أجل تنظيم الملكية العقارية بهدف ضمان استقرارها وهذا بإيجاد آلية التقييم النهائي والترقيم المؤقت الذي يتحول بعد مرور الزمن إلى ترقيم نهائي، فإنه تم الاعتماد على آلية الحساب المجهول والذي تضم فيه الملكيات التي يثبت أثناء أعمال المسح أن مالكة غير معروف أي "مجهول" وذلك بعد استنفاد جميع طرق التحقيق على مستوى المحافظة العقارية أو على المستوى الميداني⁽¹⁾.

هذا الحساب المجهول أثار إشكالات كثيرة بسبب العدد الهائل للعقارات التي أدرجت ضمنه في المناطق الممسوحة الأمر الذي أدى إلى تدخل المديرية العامة للأموال الوطنية بموجب المذكرة رقم 4618 المؤرخة في: 2004/09/04 السابق ذكرها وهذا من أجل وضع حد لخطورة الوضعية المترتبة على اللجوء إلى الحساب المجهول، إذ يعتبر العقار الذي أدرج في حساب المجهول قرينة تدل على ملكيته للدولة لذا أوجبت المذكرة رقم 4618 مراسلة مصالح أملاك الدولة لكي يبدي مدير أملاك الدولة صراحة عن رأيه حول الوضعية القانونية لهذا العقار.

الفرع الثاني

المنازعة في التقييم العقاري (المؤقت والنهائي)

رغم صدور أعمال التقييم العقاري (المؤقت والنهائي) من جهة إدارية واحدة وهي المحافظة العقارية إلا أن الطعن فيهما يختلف ويتراوح بين جهتين قضائيتين مختلفتين هما جهة القضاء الإداري وجهة القضاء العادي.

وعلى هذا الأساس سوف أتناول بالدراسة كل منازعة منهما على حده وفقا لما هو آت:

أولاً: المنازعة في التقييم المؤقت:

بعد التقييم المؤقت للعقارات، يفتح سجل خلال الفترة المحددة في أحكام المادتين: 13 و 14 أي خلال مدة أربعة (04) أشهر ومدة (02) سنتين للتقييم المؤقت لتسجيل أي اعتراضات مخصص لهذا الغرض حتى يتمكن المعنيون من تسجيل اعتراضاتهم حول التقييم المؤقت عملا بنص المادة 14 من ذات المرسوم.

(1) نعيمة حاجي، المرجع السابق، ص 133.

تبلغ هذه الاحتجاجات إلى المحافظ العقاري وإلى الخصم وفقا لنص المادة 2/14 من المرسوم التنفيذي ثم يقوم المحافظ العقاري بإجراء مصالحة بين الأطراف وتحرير محضر المصالحة في حالة توصله التي التوفيق بينهم ويكون للاتفاقات المدرجة في المحضر الذي يعده المحافظ العقاري قوة إلزامية لهم وبذلك فلا يمكن التراجع على هذه الاتفاقات.

وفي حالة عدم توصل المحافظ العقاري إلى التوفيق بين الأطراف المتنازعة، يحرر محضرا بعدم المصالحة ويبلغه إلى الأطراف وفقا لنص المادة 3/15 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 ويمنح مدة ستة (06) أشهر من التبليغ للأطراف لرفع دعوى قضائية أمام الجهات القضائية المختصة وفقا لنص المادة 04/15 من نفس المرسوم.

لم يحدد المرسوم، الجهة القضائية المختصة هل هي القضاء العادي أم القضاء الإداري؟ الشيء الذي كان محل جدل إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إذ كان الاختصاص القضائي يسند إلى القضاء العادي وليس القضاء الإداري لأن أطراف الدعوى هم أشخاص القانون الخاص، وترفع الدعوى من المعارض على الترقيم ضد الشخص الذي رقم العقار ترقيما مؤقتا باسمه وليس بين المعارض والمحافظ العقاري .

المحكمة المختصة محليا هي المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها وهو الحكم الذي كرسته المادة:516 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها " ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري، القائمة بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص" وعليه فإذا تعلقت المنازعة في الترقيم المؤقت بين أشخاص القانون الخاص يكون الاختصاص للقضاء العادي وإذا تعلقت بأحد أشخاص القانون العام فيؤول الاختصاص للقضاء الإداري كما سوف يتم شرحه لاحقا.

ثانيا: المنازعة في الترقيم النهائي:

جاء في نص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 بأنه لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب المواد: 12 و 13 و 14 من المرسوم، إلا عن طريق القضاء، ويتعلق الأمر إذن بالترقيم النهائي الذي يقوم به المحافظ العقاري لعقارات يحوز أصحابها سندات ملكية أو وثائق مقبولة طبقا للتشريع المعمول به لإثبات حق الملكية، وكذا بالنسبة للعقارات المرقمة مؤقتا لمدة أربعة (04) أشهر ولمدة سنتين بعد فوات الآجل المذكور دون تسجيل أي اعتراض ضد الترقيم المؤقت والذي أصبح بذلك ترقيما نهائيا، وهو الترقيم الذي لا يجوز إعادة النظر فيه إلا عن طريق القضاء..

إن المادة 16 اكتفت بالذكر بأن إعادة النظر في الترتيم النهائي يكون عن طريق القضاء، دون تحديد الجهة القضائية المختصة هل هي القضاء العادي أم القضاء الإداري؟
إن غموض النص أدى إلى تدخل الاجتهاد القضائي لتحديد الجهة المختصة بالقول بأن يؤول الاختصاص للقضاء الإداري، لأن الترتيم النهائي هو قرار إداري يؤول الاختصاص للنظر فيه للقضاء الإداري وليس للقضاء العادي هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن الدعوى الرامية إلى إلغاء الترتيم النهائي ترفع ضد المحافظ العقاري لأن الترتيم النهائي يتوج بإصدار الدفتر العقاري، الذي هو سند إداري والذي لا يجوز الطعن في صحته إلا أمام القضاء الإداري، وما ترتب على الترتيم النهائي ليس جعل الحقوق المشهورة نافذة في حق الغير، وإنما يجعلها بذلك سند ملكية، والترتيم النهائي يضيف القوة الإثباتية للعقد الرسمي وفقا لنص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني ولا يمكن إعادة النظر فيه إلا عن طريق القضاء⁽¹⁾

إن الترتيم النهائي الصادر من المحافظ العقاري، ينتج عنه إعداد الدفتر العقاري الذي نصت عليه المادة 19 من الأمر رقم: 74/75 والتي جاء فيها: "تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري، والدفتر العقاري الذي يشكل سند الملكية."

يعد الدفتر العقاري شهادة ميلاد العقار ولقد كرست المحكمة العليا ذلك في عدة اجتهادات منها: القرار رقم: 197920 المؤرخ في: 2000/06/08⁽²⁾ والذي جاء فيه: "أن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية ومسح الأراضي المحدث، تشكل المنطلق الوحيد لإقامة البينة في نشأة الملكية العقارية. وفي قضية الحال لما اعتبر قضاة المجلس أن الدفتر العقاري المستظهر به لا يعتبر سندا لإثبات الملكية يكونون قد خالفوا القانون.

ومن الثابت أن الدفتر العقاري هو الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما توصلوا إلى التصريح بعدم وجود دليل على إثبات الملكية العقارية رغم الاستدلال بالدفتر العقاري يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون."

وكذا القرار رقم: 259635 المؤرخ في: 2004/04/21⁽³⁾ الذي جاء فيه: "يؤسس الدفتر العقاري على أساس سند الملكية طبقا للأمر رقم: 74/75 والمرسوم رقم: 62/76 بعد استكمالته للإجراءات والشكليات والآجال مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية، فالنعي باعتماد القضاة على التصريحات دون عقد الملكية يكون دون جدوى."

⁽¹⁾د. العنروس بشير، الشهر العقاري في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة الاجتهاد القضائي للفرقة العقارية، الجزء الأول، 2004 ص22.

⁽²⁾ أنظر المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 2001 ص 249.

⁽³⁾ أنظر المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 2003 ص 334.

والقرار رقم: 282811 المؤرخ في: 2005/02/23 والذي جاء فيه: " لا يجوز إعادة النظر والمنازعة في الحقوق الناتجة عن التزقيم النهائي للعقارات، المجدد في دفتر العقاري لإقضاء."

المطلب الثاني

المنازعة في قرارات رفض الإيداع والإجراء والشهر

أمام احتمالات تعسف المحافظ العقاري لدى أعماله لسلطاته الرقابية برفض الإيداع والإجراء والشهر فتح المشرع للمتضررين من ذلك باب المنازعة عن طريق الطعن في قرارات المحافظ العقاري للمطالبة بإلغائها، ولا يمكن التعرض مباشرة لهذه المنازعات دون معرفة المقصود بتلك القرارات ودواعي إصدارها من طرف المحافظ العقاري والمراحل التي تمر بها من أجل إعلانها للأطراف. من ثم يقسم المطلب إلى :

- الفرع الأول: المقصود بقرارات رفض الإيداع والإجراء والشهر.
- الفرع الثاني: الطعن في قرارات المحافظ العقاري.

الفرع الأول

المقصود بقرارات رفض الإيداع والإجراء والشهر

تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليمياً وفقاً لنص المادة 24 من الأمر رقم: 74/75.

من خلال أحكام الأمر رقم: 74/75 والمرسومين التنفيذييين رقم: 62/76 و 63/76 يمكن حصر قرارات المحافظ العقاري القابلة للطعن والتي يصدرها بمناسبة تأسيس السجل العقاري في ما يلي:

- قرار رفض الإيداع.
- قرار رفض الإجراء.
- قرار برفض الشهر لاكتشاف خطأ في وثيقة مشهورة، وهي القرارات التي ارتأيت تعريفها قبل الخوض في المنازعات التي تثار بشأنها وهذا فيما يلي:

أولاً: قرار رفض الإيداع:

يتم إيداع الوثائق لدى المحافظة العقارية بعد استيفاء الشروط الواجب توافرها فيها من حيث تعيين العقارات وتعيين الأشخاص وضرورة صدورها في شكل رسمي دون إغفال قاعدة القيد المسبق للعقد. والإيداع هو إجراء قانوني أولي لازم في كل عملية شهر، له محل وأجال قانونية يجب احترامها بما يضمن سلامة الإجراءات اللاحقة له⁽¹⁾.

ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم، وذلك ضمن الآجال المحددة قانوناً وبصفة مستقلة عن الأطراف وفقاً لنص المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 ولقد حددت المادة 99 آجال الإيداع التي تختلف حسب نوع الوثائق محل الإيداع والتي تم التعرض لها سابقاً ضمن آجال إيداع الوثائق بمصالح الحفظ العقاري.

يتم إيداع صورتين رسميتين في آن واحد، أو نسخ للعقد أو للقرار القضائي محل الإشهار، وترجع واحدة من هذه الصور أو النسخ إلى المودع بعدما يؤشر عليها المحافظ العقاري، والأخرى يجب أن تحمل تأشيرة التصديق على الشرط الشخصي للأطراف ويحتفظ بها في المحافظة العقارية وترتب ضمن الوثائق وفقاً لنص المادة 92 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76.

يتم قيد عملية إيداع الوثائق في سجل الإيداع يوماً بيوم حسب الترتيب العددي لتسليمات العقود والقرارات القضائية وكذا الجداول والوثائق المودعة مقابل سند استلام يشار في إلى مراجع الإيداع ومرتبته للتأكد من مدى أسبقية القيد إذا تعلق الأمر بتصرفات واردة على ذات العقار. كما يمكن للمحافظ العقاري لما له من سلطة مراقبة الوثائق محل الإيداع، أن يرفضه ضمن حالات حددتها المادة 100 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 بنصها "يرفض الإيداع في حالة عدم تقديم إلى المحافظ ما يلي:

- إما الدفتر العقاري.
- إما مستخرج مسح الأراضي و في حالة تغيير حدود الملكية و ثائق القياس.
- ويعتبر مماثلاً لحالة عدم تقديم مستخرج مسح الأراضي، السهو على هذا الأخير بذكر واحد من العقارات المذكورة في الوثيقة المودعة، أو تقديم مستخرج يرجع تاريخه إلى أكثر من ستة أشهر.
- كما يرفض الإيداع على الخصوص:
- عندما يكون التصديق على هوية الأطراف، وعند الاقتضاء، على الشرط الشخصي لم يتم ولم يثبت ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد من 62 إلى 65 والمادتين 102 و 103.

(1) د، خالد رمول، المرجع السابق، ص101 وأيضاً مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 120.

- وبصفة عامة عندما تكون أو وثيقة واجب تسليمها إلى المحافظ لم تقدم له أو لم تعط الإثبات المطلوب.

- عندما يكون تعيين العقارات لا يستجيب لأحكام المادة 66.

- عندما تكون الجداول التي نص على إيداعها بموجب المواد: 93 و 95 و 98 لا تحتوي على أي من البيانات المطلوبة بموجب المواد المذكورة أو عندما تكون هذه الجداول غير محررة على الاستمارات المقدمة من طرف الإدارة.

- عندما تظهر الصور الرسمية أو النسخ المودعة قصد الإجراء بأن العقد الذي قدم إلى الإشهار غير صحيح من حيث الشكل، أو عندما لا تتوفر في هذه الصور أو النسخ الشروط الشكلية المنصوص عليها في التنظيم الجاري به العمل.

- في حالة مخالفة أحكام المواد من 67 إلى 71.

إذا قرر المحافظ العقاري رفض الإيداع أو رفض الإجراء، فإن الرفض ينصب على كل الوثيقة حتى ولو كان سبب الرفض يتعلق ببعض البيانات أو بعض الأطراف أو بعض العقارات المذكورة في الوثيقة حسب نص المادة 106 من نفس المرسوم، غير أن هذه القاعدة ورد عنها استثناء بعض العقود، إذ لا يمتد أثر الرفض إلى كل العقود أو الوثائق محل الإشهار، وإنما ينحصر في البيان المشوب بالمخالفة أو عدم الصحة أو السهو وهذا في الحالات الآتية:

- في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بموجب عقد واحد.

- حالة البيع بالمزايدة والبيع المختلفة الواردة بموجب عقد واحد.

- حالة الامتيازات والرهن أو تنبيه نزع الملكية حسب المادة 02/106.

ففي حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فإن الوثيقة المودعة قد تتضمن عدة مالكيين أو مجموعات المالكيين على الشياخ، في هذه الحالة يمكن للمحافظ العقاري أن يرفض جزئياً الإيداع ويقبل الباقي، وفي حالة البيع بالمزايدة والبيع المختلفة الواردة بموجب عقد واحد، فإن الوثيقة المودعة تتحمل عدة إجراءات بحسب عدد القطع أو عدد البيوع، فإنه يمكن للمحافظ العقاري أن يرفض الإيداع جزئياً دون أن يؤثر ذلك على باقي الوثيقة محل الإيداع.

نفس الأمر ينطبق على الوثائق المودعة بقصد إشهار امتيازات أو رهن أو تنبيه بنزع الملكية وفقاً لنص المادة 4/106 من ذات المرسوم، وإذا تضمنت الوثائق محل الإيداع اختلافاً أو عدم تطابق في تعيين العقارات محل الرهن أو موضوع الحجز، في هذه الحالة يمكن للمحافظ العقاري أن يقبل إيداع الوثائق الصحيحة، ويرفض إيداع الباقي. وعملية إيداع الوثائق في القانون الجزائري لا تختلف عنها في القانون الفرنسي، إذ عند تقديم المحرر لأجل إيداعه يقوم أمين الرهن بتدقيق سريع للوثائق المرفقة به للتحقق من الاختصاص الإقليمي لمكتب الرهن ومن استيفاء الشكل الرسمي المنصوص

عليه في المادة 4 فقرة 1 من المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 ومن إرفاق المستندات اللازمة لقبول الإيداع⁽¹⁾ وهنا يكون أمين الرهون أمام الحالتين:

الحالة الأولى:

إذا تبين له من هذا الفحص السريع عدم انتظام الوثائق المقدمة للإيداع، يرفض إيداع العقد ويؤشر على إحدى النسختين للنموذج المقدم للإيداع وأسباب الرفض وتاريخه، يلزم الموثق طالب الإيداع بالتقدم من جديد بإيداع مستوفي لشروط قبوله، لكي يأخذ مرتبته في سجل الإيداعات من تاريخ قبوله⁽²⁾.

الحالة الثانية:

إذا تبين لأمين الرهون من خلال فحصه السريع للوثائق المرفقة بالمحرر المراد شهره انتظام هذه الوثائق يقبل الإيداع ويؤشر به في سجل الإيداعات بما يفيد تمام ذلك⁽³⁾.

ثانيا: قرار رفض الإجراء:

يصدر المحافظ العقار قرارا برفض إجراء الشهر للوثائق المودعة لدى مصالحه، حتى وإن سبق له قبول إيداعها وهذا إذا تبين له بعد فحصه الدقيق وجود ما يمنع عملية إجراء الشهر من مخالفات وعيوب يستحيل معها إجراء عملية الشهر.

لقد حددت المادة 101 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 أسباب رفض الإجراء بنصها: "عندما يقبل المحافظ الإيداع ويسجل الإجراء في سجل الإيداع، فإنه يوقف الإجراء ويباشر في عملية التسوية المنصوص عليها في المادة 107 عندما على الخصوص:

- تكون الوثائق المودعة والأوراق المرفقة بها غير متوافقة.
- يكون مرجع الإجراء السابق المطلوب بموجب المادة 95-1 غير صحيح.
- يكون تعيين الأطراف وتعيين العقارات أو الشرط الشخصي كما هو محدد في المادة 65 غير متوافق مع البيانات المذكورة في البطاقة العقارية.
- تكون صفة المتصرف أو الحائز الأخير للشخص المذكور كما هي موجودة في الوثائق المودعة متناقضة مع البيانات الموجودة في البطاقة العقارية.

(1) MAZEAUD, op.cit ,P 658 et SIMLER philippe & DELEBECQUE philippe, op.cit ,P 735-736 .

وأيضا د.سالم حماد شعبان الدحدوح، المرجع السابق، ص 80 .

(2) PIEDELIEVRE Stéphane ;op.cit, P 160 et JOBARD BACHELLIER Marie –Noëlle & BREMOND Vincent ,Droit Civil Suretés publicité foncière ,16^e éd ,DALLOZ ,2009 ,P 209.

(3) JOBARD- BACHELLIER Marie –Noëlle & BREMOND Vincent, op.cit, P 210.

- يكون التحقيق المنصوص عليه في المادة 104 يكشف بأن الحق غير قابل للتصرف.
- يكون العقد الذي قدم للإشهار مشوباً بأحد أسباب البطلان المشار إليها في المادة 105.
- يظهر وقت التأشير على الإجراء بأن الإيداع كان من الواجب رفضه.
- وعندما لا تكشف التحقيقات المتممة عن أي سبب للرفض فإن المحافظ ينهي تنفيذ الإجراء".
كما يقرر رفض إجراء الشهر إذا تبين له وجود ما يقيد حقوق المتصرف في الحق قبل صاحبه الأخير وفقاً لنص المادة 104 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76، ويقرر رفض إجراء الشهر أيضاً إذا تبين له أن محل أو سبب العقد غير مشروع أو مناف للأخلاق والآداب العامة وفقاً لنص المادة 105 من نفس المرسوم التنفيذي.

أما عن قرار رفض الإجراء في القانون الفرنسي، فإنه بعد قبول الإيداع يكون من المحتمل أثناء التدقيق الأكثر تعمقاً أن يتبين لأمين الرهون عدم انتظام الوثائق المودعة، أو نقص بعض البيانات فيها فيقوم برفض إجراء الشهر رفضاً أولياً ويقوم بإخطار المودع بوجوب التصحيح خلال شهر من تاريخ إعلامه بهذا الإخطار وهذا وفقاً لنص المادة 34 فقرة 3 والمادة 74 فقرة 2 من المرسوم المؤرخ في: 1955/10/14 ويقيد في البطاقة العقارية " إجراء قيد الانتظار " " Formalité en attente " لاستيفاء الوثائق والبيانات غير المستكملة⁽¹⁾ وإذا تم رفض الإجراء، فإنه يجب تبليغ قرار الرفض من طرف أمين الرهون إلى الموقع على المحرر من أجل ممارسة حق الطعن فيه أمام المحكمة المدنية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها والتي تنتظر فيه بوجه الاستعجال. وبمجرد أن يحوز الحكم لقوة الشيء المقضي فيه، فإن الإجراء محل المنازعة يصبح بموجب الحكم القضائي النهائي إما مرفوضاً بشكل نهائي أو واجب التنفيذ بأثر رجعي يعود إلى تاريخ إيداع المحرر⁽²⁾

كما أن إلغاء قرارات المحافظ العقاري من طرف القضاء لا تعفي من رفع دعوى ضد المحافظ العقاري بسبب خطئه وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي الفرنسي بموجب عدة قرارات منها القرار الصادر بتاريخ 1989/06/29⁽³⁾.

⁽¹⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit ,P 160 et JOBARD BACHELLIER Marie-Noëlle & BREMOND Vincent ,op.cit, P 209 et SIMLER philippe & DELEBECQUE philippe, op.cit ,P 736-737 et MAZEAUD, op.cit ,P 658- 659.

⁽²⁾ PAGE Léon, op.cit P 181.

⁽³⁾ Arrêt tribunal – Grande instance- CHAMBERY du 29/06/1989- GAZ- PAL 14/06/1990 : "L' existence d' un recours contre certaines décisions du conservateur permettant en cas de succès l' exécution de la formalité litigieuse dans les conditions ordinaires, ne crée pas une irrecevabilité à L' exercice d' une action en responsabilité contre la personne du conservateur des hypothèques en raison des fautes qu' il a pu commettre " ,ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE, DALLOZ ,Publication trimestrielle, 14/04/2000, cahiers de l'actualité

ثالثاً: التمييز بين قرار رفض الإيداع وقرار رفض الإجراء:

إن التمييز بين رفض الإيداع ورفض الإجراء يظهر من خلال تدخل المحافظ العقاري في مراقبة الوثائق المودعة لدى مصالحه من أجل إشهارها، فيكون التدخل الأول من خلال مراقبة سطحية وبسيطة لمختلف الوثائق المودعة، تظهر من خلالها مختلف المخالفات الواضحة كعدم التصديق على هوية الأطراف (الشرط الشخصي) أو عدم تقديم الوثائق المثبتة، أو عدم تعيين العقارات أو عدم صحة العقد المقدم للإشهار شكلاً وهي الحالات التي حددتها المادة 100 من ذات المرسوم التنفيذي.

إن مجرد الرقابة والفحص الأولي للوثائق يكشف هذه المخالفات والتي ينجر عنها إصدار قرار برفض إيداعها.

أما رفض الإجراء، فإنه يتطلب تدخل المحافظ العقاري بإجراءات رقابة دقيقة وتفحص عميق لمختلف الوثائق والتي يكون قبل إيداعها سابقاً والتي لا يمكن اكتشافها من خلال المراقبة الأولية التي تليها عملية قبول الإيداع⁽¹⁾.

وتتمثل هذه المخالفات في عدم تطابق الوثائق المودعة مع الوثائق المرفقة بها وعدم توافقها، عدم قابلية الحق للتصرف أو أنه كان من الواجب رفض الإيداع، أو أن المحرر المراد شهره قائم على سبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام حسب ما ورد في نص المادة 101 من ذات المرسوم، وهي حالات لا يمكن اكتشافها إلا بعملية رقابة عميقة لمختلف الوثائق المودعة قصد الإشهار.

⁽¹⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 72.

رابعاً: القرار برفض الشهر لاكتشاف خطأ في وثيقة مشهورة:

قد يكتشف المحافظ العقاري في وثيقة تم إشهارها وجود خطأ فيها منسوبا إلى الأطراف، فإنه يقوم بتبليغ الموقع على شهادة الهوية بهذا الخطأ، وإعلامه بأنه في حالة عدم تصحيح الخطأ، فإنه لا يقوم بتنفيذ أي إجراء فيما يخص الحق المشار إليه في الوثيقة الخاطئة وهذا وفقا لنص المادة 109 من المرسوم التنفيذي رقم:63/76.

ويتم تصحيح هذه الأخطاء عن طريق إيداع وثائق جديدة معدلة للوثيقة التي تم إشهارها، وجميع التأشيرات اللازمة تكتب على البطاقات العقارية والدفتر العقاري قصد الإشارة إلى هذه الأخطاء والتعديلات وفقا لنص المادة 02/109 من المرسوم التنفيذي رقم:63/76.

الفرع الثاني

الطعن في قرارات المحافظ العقاري

إذا كان من المسلم به جواز الطعن في قرارات المحافظ العقاري، فإن إجراءات الطعن في هذه القرارات تختلف من قرار إلى آخر لتباين مراحل صدور كل منهم.

إن تدخل المحافظ العقاري في عملية إصدار القرارات يكون في البداية مجرد عملية تفحص سريعة للوثائق المودعة، لتصبح بعد ذلك عملية معقدة تنصب على الفحص الدقيق لمختلف الوثائق محل الإيداع لتصل إلى حد رفض عملية الشهر بعد قبولها.

وينتهي هذا التدخل في كل مرحلة بإصدار قرار من المحافظ العقاري، وأوجب المشرع تبليغه للأطراف حتى يتمكن هؤلاء من الطعن فيه أمام القضاء المختص، وهذا ما سوف أتعرض إليه بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: مراحل صدور قرارات المحافظ العقاري:

يقوم المحافظ العقاري بعملية تفحص سريعة لمختلف الوثائق، إذا لاحظ عدم صحة أو خلافات أو عدم إشهار سند المتصرف أو شهادة نقل الملكية عن طريق الوفاة، فإنه لا يقوم بالتأشير على البطاقة العقارية و يبلغ المودع في أجل خمسة عشر يوماً (15) من تاريخ الإيداع بواسطة الشخص الذي وقع على شهادة الهوية أسفل الصور أو النسخ أو الجداول، ويؤشر في البطاقة العقارية بعبارة: " إجراء قيد الانتظار " " formalité en attente " وفقا لنص المادة 02/107 من المرسوم التنفيذي رقم:63/76.

لقد أوردت المادة 03/107 احتمال عدم ورود تبليغ قرار المحافظ العقاري للموقع على شهادة الهوية شخصيا أو حالة رفض هذا الأخير الاعتراف بالتبليغ، وأوجدت سبيلا لإعادة تبليغه بموجب رسالة موسى عليها مع الإشعار بالاستلام، ترسل إلى الموطن الذي أشار إليه الموقع المذكور في الوثيقة المودعة خلال أجل 15 يوم من تاريخ الإيداع.

يتم فتح أجل قدره 15 يوم يحسب من تاريخ التبليغ المباشر للمعني، أو من تاريخ الإشعار المسلم له بموجب البريد المضمون أو من تاريخ رفضه للإشعار حسب الحالة ، وهذا من أجل إتمام الوثيقة غير الصحيحة أو إيداع وثيقة تعديلية وفقا لنص المادة 4/107 من نفس المرسوم.

في جميع الحالات، فإن البطاقة التي يجب أن يؤشر عليها بالإجراء النهائي هي البطاقة التي تحمل عبارة " إجراء قيد الانتظار " والإجراء يأخذ رتبة ذات أثر رجعي بتاريخ الإيداع، ويتم تثبيت تاريخ تنفيذه الفعلي عن طريق التسجيل من أجل الترتيب في سجل الإيداع.

إذا لم يتم الموقع على شهادة الهوية خلال أجل خمسة عشر يوما (15) ابتداء من تاريخ التبليغ بإصلاح السهو أو إيداع الوثائق التعديلية، أو إذا كان قبل انقضاء هذا الأجل قد أخبر المحافظ العقاري عن رفضه أو عدم قدرته على القيام بذلك، فإن المحافظ العقاري يقوم برفض الإجراء مع التحفظات المنصوص عليها في نص المادة 106، وتكتب عبارة الرفض من قبل المحافظ تجاه تسجيل الإيداع في سجل الإيداع في العمود (للملاحظات) وعند الاقتضاء في البطاقة العقارية وفي الدفتر العقاري حسب نص المادة 06/107 من نفس المرسوم التنفيذي. وتكتب عبارة الرفض في سجل الإيداع في العمود المخصص للملاحظات وكذا في البطاقة العقارية المخصص للملاحظات وكذا في البطاقة العقارية، وكذا في الدفتر العقاري ويبلغ قرار الرفض خلال ثمانية أيام (08) من انقضاء الأجل المشار إليه في الفقرة السابقة وفقا لنص المادة 07/107 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76.

يجب على المحافظ العقاري في جميع الحالات التي يرفض فيها الإيداع أو يرفض الإجراء تبليغ قراره إلى الموقع على الهوية وفقا لنص المادة 108 من نفس المرسوم التنفيذي، كما يجب تسبب الرفض تسببا قانونيا وفقا لنص المادة 02/108 ثم تبليغه إما مباشرة وإما بواسطة رسالة موسى عليها مع الإشعار بالاستلام بوجه إلى الموطن المشار إليه في الوثيقة موضوع الرفض، ثم يتم إرجاع إحدى نسخ الوثيقة والأوراق المرفقة بها إلى الموقع لقاء مخالفة قانونية مع وضع تأشيرة المحافظ عليها مؤرخة وموقعة يوضح فيها: تاريخ قرار الرفض، النص الذي يبرر الرفض.

ثانيا: إجراءات الطعن في قرارات المحافظ العقاري:

إن كل القرارات التي يصدرها المحافظ العقاري قابلة للطعن فيها أمام الجهات القضائية سواء تعلق الأمر بقرار رفض الإيداع أو برفض الإجراء أو برفض إجراء الشهر بعد إكماله إذ وجد خطأ في الوثائق محل الإشهار، وهذا استنادا إلى نص المادة 24 من الأمر رقم: 74/75 التي جاء فيها " تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا."

ترفع الدعوى القضائية ضد قرارات المحافظ العقاري خلال أجل حدده المادة 3/110 بشهرين تحسب من تاريخ رفض الرسالة الموصى عليها أو تاريخ الاعتراف بالاستلام إذا سلم للمعني شخصا. ترفع دعاوى الإلغاء ضد قرارات المحافظ العقاري القاضية برفض الإيداع أو الإجراء وتوجه الدعوى ضد مدير الحفظ العقاري بصفته ممثلا لوزير المالية وفقا لإجراءات التمثيل القضائي المشار إليها سابقا.

أما في حالة إصدار قرار رفض الإجراء النهائي بعد اكتشاف أنه تم إشهار الوثيقة خطأ، فإن قرار الرفض النهائي الصادر عن المحافظ العقاري يبلغ إلى المدير الولائي وهذا الأخير هو الذي يباشر دعوى إلغاء القرار الإداري استنادا لأحكام المادة 10 من المرسوم رقم: 65/91 المؤرخ في: 1991/03/02 والمذكرة رقم: 4318 المؤرخة في: 1998/03/27 التي تلزم المحافظين العقاريين بالإلغاء في الحين وبدون أي شرط لكل العقود المشهورة خرقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وإبلاغ المدير الولائي بهذا الإلغاء، ففي هذه الحالة يكون للمدير الولائي صفة التمثيل كمدع أمام الجهة القضائية للطعن في إلغاء الحقوق المشهورة، كما يكون للمتضرر من قرار الإلغاء الحق في رفع دعوى قضائية ضد هذا الأخير⁽¹⁾.

تنتهي المنازعة القضائية المنصبة حول الطعن بإلغاء قرارات المحافظ العقاري بصور حكم نهائي يقضي إما بإلغاء قرار المحافظ العقار أي مؤيدا لطلبات المدعي والذي يجب عليه استمرار عمليات الشهر التي سبق له رفضها بموجب قراره الذي ألغى من طرف القضاء، وإما برفض دعوى المدعي ومنه الإبقاء على قرار المحافظ العقاري وبذلك يصبح رفضه نهائيا، وهذا ما عبرت عنه المادة 3/112 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 بنصها: " إن الإجراء الشكلي المتنازع فيه، حسب الحالة، إما يحتفظ به أو تشطب عليه، أو يرفض نهائيا وإما ينفذ ضمن الشروط العادية بمجرد ما يكون القرار القضائي الخاص به قد حاز قوة الشيء المقضي فيه."

(1) لم تحدد أحكام الأمر رقم: 74/75 ولا المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 الجهة القضائية المختصة نوعيا للنظر في الطعون المقدمة ضد قرارات المحافظ العقاري، وبما أن الأمر يتعلق بإلغاء قرار إداري، فإن الجهة القضائية المختصة نوعيا هي القضاء الإداري وليس القضاء العادي، كما سوف يتم توضيحه لاحقا.

وبذلك فإن القضاء الإداري قد يبقى على قرار المحافظ العقاري أو يقدم على إلغائه ويكون قراره قابلاً للاستئناف أمام مجلس الدولة ويتم تنفيذ القرار الإداري القاضي بإلغاء بعد حيازة الحكم القاضي بإلغاء لقوة الشيء المقضي فيه أي بعد استنفاد طرق الطعن فيه العادية، غير أن السؤال الذي يطرح هل يأخذ الإيداع أو الإجراء رتبته الأولى التي تم تقييده فيها أم رتبة جديدة؟ وما مصير الإيداعات التي قيدت خلال الفترة التي استغرقها الفصل في النزاع القضائي الطويل الذي انتهى لصالح المودع بعد قبول دعواه؟

لقد رأينا أنه إذا قبل المحافظ العقاري إيداع الوثائق موضوع الشهر، فإنه يتم التأشير بالإيداع على سجل الإيداع على الفور من دون ترك بياض وكتابة بين الأسطر وفقاً لنص المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 والغرض من قيد الإيداع هو تحديد الأسبقية الخاصة بالنزاعات التي يكون اللجوء إليها ضرورياً لحل مختلف المنازعات المثارة حول أسبقية القيد وأفضليته.

ورأينا أيضاً بأنه عندما يلاحظ المحافظ العقاري عدم الصحة أو خلافات أو عدم إشهار سند المتصرف أو شهادة نقل الملكية عن طريق الوفاة، فإنه لا يقوم بالتأشير على البطاقة العقارية، ويبلغ في أجل أقصاه خمسة عشر يوماً (15) من تاريخ الإيداع الشخصي الذي وقع شهادة الهوية ويؤشر على البطاقة العقارية بعبارة " إجراء قيد الانتظار " وفقاً لنص المادة 2/107 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76.

في جميع الحالات، فإن البطاقة التي يجب أن يؤشر عليها بالإجراء النهائي هي البطاقة التي تحمل عبارة " إجراء قيد الانتظار " والإجراء يأخذ رتبة ذات أثر رجعي من تاريخ الإيداع وهذا ما أكدته المادة 05/107 من نفس المرسوم التنفيذي، وعليه، فإنه إذا قضت الجهة القضائية بإلغاء قرار الرفض، فإن استمرار عملية الشهر تستمر ويأخذ القيد رتبة من تاريخ الإيداع وبأثر رجعي .

إن القاعدة من الأثر الرجعي للقيد التي تسمح بأخذ مرتبة من تاريخ قيد بسجل الإيداع يصلح تطبيقها في حالة إلغاء قرار رفض الإجراء، أما إذا كان القرار الملغى يتعلق برفض الإيداع، فكيف يتم تطبيق قاعدة الأثر الرجعي ما دام أن الإيداع قد رفض أصلاً وهو بذلك غير مقيد بسجل الإيداع؟

هذه الحالة لم ترد ضمن أحكام الأمر رقم: 74/75 ولا المرسوم التنفيذي رقم: 63/76، وهنا ليس للمودع الذي صدر ضده قرارا برفض الإيداع أي حق في الاستفادة من أحكام الأثر الرجعي للقيد بعد قبول دعواه والقضاء بإلغاء قرار المحافظ العقاري القاضي برفض الإيداع، ولا يبقى أمامه سوى القيام بإيداع جديد يأخذ مرتبته من تاريخ قيده في سجل الإيداع بعد قبوله من طرف المحافظ العقاري.

وإذا حصل وأن قيّد الغير حقوقه على ذات العقار أثناء فترة النزاع القضائي الذي انتهى لصالح المودع فليس لهذا الأخير الحق في منازعة الغير الذي أشهرت حقوقه، ولا مزاحمته ولا التمسك بأسبقية قيده طالما أن قيده لم يكن محل تأشير بالبطاقة العقارية بعبارة " قيد الانتظار".

ففي هذه الحالة لا يبقى أمام المودع إلا رفع دعوى التعويض ضد الدولة عن الخطأ الذي ارتكبه المحافظ العقاري بعد إثبات الضرر الذي أصابه والعلاقة السببية بينهما وهذا عملاً بأحكام المادة 23 من الأمر رقم: 74/75.

أما عن حقوق الغير الذي اكتسب حقوقاً على ذات العقار خلال فترة المنازعة القضائية، فإن حقوقهم تكون تالية في المرتبة التي أصبح فيها المودع بعد إلغاء قرار الرفض والتي تعود إلى تاريخ إيداع وثائقه لدى المحافظة العقارية إعمالاً بقاعدة الأثر الرجعي للقيد الذي كان " قيد الانتظار"

وأما بالنسبة للقانون الفرنسي، فلقد سبق وأن رأينا أن إجراءات إصدار قرارات المحافظ العقاري الجزائري تشبه إلى حد كبير تلك التي يقوم بها أمين الرهون الفرنسي لاسيما ما تعلق منها بإصدار قرار رفض الإيداع ورفض الإجراء، إلا أنه فيما يتعلق بالطعن في هذه القرارات، فإن الأمر كان مختلفاً فيما سبق إذ أنه كان القانون الفرنسي بموجب المادة 26 من المرسوم المؤرخ في: 04/01/1955 المعدلة بموجب المرسوم رقم: 89 الصادر بتاريخ: 08/01/1959 لا يجيز الطعن إلا في قرار رفض الإجراء دون رفض الإيداع، والتي لم تلق قبولا لدى الفقهاء الفرنسيين استناداً إلى أمرين:

01- أن السماح لطالب الإيداع بالطعن في قرارات أمين الرهون المتعلقة برفض الإجراء دون رفض الإيداع، يفتح المجال أمام احتمالات تعسف أمناء الرهون لدى أعمالهم لسلطاتهم الرقابية برفض الإيداع وما قد يترتب عن ذلك من أضرار، إذ لا يكون أمام هؤلاء المتضررين سوى الرجوع بالتعويض عما لحقهم من أضرار بسبب رفض إيداع عقدهم على كل من أمين الرهون العقارية والمستفيدين من رفض الإيداع وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية أو على أساس الإثراء بلا سبب.

02- اختلاف الآثار المترتبة على التمييز بين حالة رفض الإيداع وحالة رد الإجراء، ففي الحالة الأولى إذا ما استوفى الإيداع إجراءات قبوله بعد ذلك، وتم إجراء الشهر، فإن هذا الإجراء لا يترتب أثره إلا من تاريخ قبول الإيداع الصحيح وليس من تاريخ رفض الإيداع، والعلة في ذلك أن أمين الرهون لا يؤشر في سجل الإيداعات إلا بقبول الإيداع وليس برفضه.

أما في حالة رفض الإجراء فإنه في حالة التصحيح، فإن إجراء الشهر يرتب أثره من تاريخ قبول الإيداع -الذي هو تاريخ تقديمه مستوفيا لكافة شروط تمامه - نظرا لاحتفاظ الإجراء تحت التصحيح بمرتبته من تاريخ قبول الإيداع، والتأشير به في سجل الإيداعات بما يفيد تمام الإيداع⁽¹⁾

وهذا الأمر الذي أدى إلى تعديل المادة 26 من المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 بموجب القانون رقم: 98-261 الصادر بتاريخ: 1998/04/06 هذا القانون الذي يوضح نظام الطعن الموجه ضد قرار رفض الإيداع ويعدل المادة 26 من المرسوم الصادر في: 1955/01/04 ففي حالة رفض الإيداع كما هو الشأن بالنسبة لرفض الإجراء يتم الطعن من طرف المعني في أجل ثمانية أيام من تاريخ التبليغ في المكان الذي تقع فيه العقارات ويتم الفصل فيه وفقا لقواعد القضاء المستعجل ومنه إجازة الطعن في قرار رفض الإيداع وحذف التمييز بين قرار رفض الإيداع ورفض الإجراء فيما يتعلق بجواز الطعن فيهما⁽²⁾.

⁽¹⁾ SIMLER philippe & DELEBECQUE philippe, op.cit, P 737 et PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 74 – 75 .

وأيضا د.سالم حماد شعبان الدحدوح، المرجع السابق، ص 88 – 89.

⁽²⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 75 et JOBARD- BACHELLIER Marie –Noëlle & BREMOND Vincent ,op.cit, P 210.

الفصل الثاني

المنازعات المتعلقة بالحقوق والمحرمات المشهورة

قبل التطرق لأنواع المنازعات التي تثار ضد الحقوق والمحرمات المشهورة، يجب التعرف أولاً على ماهية الحقوق والمحرمات التي يجب شهرها والتي وردت في قانون الشهر العقاري ومراسيمه التنفيذية وفي القانون المدني وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي عدة قوانين خاصة أخرى، كما يجب التعرف على الوسائل المعتمدة لشهر هذه الحقوق والمحرمات ومدى جواز الطعن فيها والمنازعة فيما تحتويه من حقوق.

بناء ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول : الحقوق والمحرمات الواجب شهرها.

المبحث الثاني: وسائل الشهر العقاري ومدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهورة .

المبحث الأول

الحقوق والمحرمات الواجب شهرها

إن الحقوق والمحرمات الخاضعة للشهر العقاري كثيرة ومتعددة، فمنها ما ورد ذكره في قانون الشهر العقاري، أي الأمر رقم: 74/75 ومراسيمه التنفيذية ومنها ما هو مذكور في القانون المدني الجزائري وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي عدة قوانين خاصة أخرى.

محاولة مني لحصر مختلف الحقوق والمحرمات الواجب شهرها، اعتمدت على أساس المصادر التي وردت بها هذه الحقوق أي على القوانين المختلفة التي تضمنت وجوب شهر هذه الحقوق وهذه التصرفات والمحرمات، وهذا بغرض الإلمام بها كلها وعرضها بشكل بسيط ودقيق في آن واحد. من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب قانون الشهر العقاري.

المطلب الثاني: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب القانون المدني وقانون الإجراءات

المدنية والإدارية والقوانين الخاصة.

المطلب الأول

الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب قانون الشهر العقاري

لقد ورد في قانون الشهر العقاري ومراسيمه التنفيذية أن التصرفات والعقود سواء كانت صادرة من جانب واحد كالوقف والوصية أو العقود المرتبة للالتزامات من جانبين كحق البيع في الملكية أو أحد العقود المتعلقة بالحقوق العينية المتفرعة عنه كحق الانتفاع والاستعمال وملكية الرقبة وكذا العقود المغيرة لحق عيني عقاري كتمديد مدة الاستفادة من حق الانتفاع أو العقود المنهية لهذه الحقوق وكذا العقود الكاشفة للحقوق العينية هي كلها عقود وتصرفات يجب شهرها وفقا لهذا القانون.

غير أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحقوق والتصرفات دفعة واحدة في قانون واحد، وإنما أورد جزء منها ضمن قانون الشهر العقاري رقم: 74/75 وجزء آخر في المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المعدل.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب أحكام الأمر رقم: 74/75.

الفرع الثاني: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب أحكام المرسوم التنفيذي رقم: 63/76.

الفرع الأول

الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب أحكام الأمر رقم: 74/75

حدد المشرع المحرمات الواجب شهرها ضمن أحكام المواد: 14 - 15 - 16 - 17 من الأمر رقم: 74/75 والتي جاء في كل منها :

المادة 14: " تلزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية غلى ما يلي:

1- جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية.

2- جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية، والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذلك تسجيلات الرهون أو الامتيازات.

3- المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية.

4- وبصفة عامة، كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومسجل في مجموعة البطاقات العقارية.

وسيحدد مرسوم كفيات تطبيق المادتين 13 و14 أعلاه.

المادة 15: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."

المادة 16: " أن العقود الإدارية والاتفاقات 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."

المادة 17: " أن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها وذلك مع مراعاة أحكام المادة 165 من الأمر رقم: 71-73 المؤرخ في 20 رمضان عام 1391 الموافق 8 نوفمبر سنة 1971 المتضمن الثورة الزراعية."

وعلى هذا الأساس يتم تناول هذه المحررات حسب الترتيب المستمد من أحكام المادة 14 من الأمر رقم: 74/75 والتي توجب شهر عدة محررات لا تخرج في وصفها من أن تكون متعلقة بحقوق عينية أصلية أو تبعية أو بحقوق شخصية أو بأحكام قضائية، وهذا ما سيتم تفصيله فيما يلي:

أولاً: الحقوق العينية الأصلية:

أوجب المشرع شهر جميع المحررات والعقود التي يتضمن موضوعها حقاً عينياً عقارياً أصلياً، والحق العيني الأصلي هو سلطة مباشرة للإنسان على شيء ينشأ هذا الحق بصفة أصلية مستقلة غير مستندة إلى حق آخر، تشتمل الحقوق العينية الأصلية على حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، كحق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحق الارتفاق⁽¹⁾.

يتم شهر هذه المحررات عن طريق التسجيل، وهي تنقسم حسب نص المادة 1/14 المذكورة أعلاه إلى خمسة أقسام: عقود رسمية منشئة، ناقلة، مصرحة، أو معدلة متعلقة بالملكية العقارية أو منهية لها وهي العقود التي سيتم تفصيلها فيما يلي:

1- العقود الرسمية المنشئة للحقوق العينية الأصلية:

لقد جاء في نص المادة 14 من الأمر رقم: 74/75 وجوب "شهر العقود الرسمية" وهي ترجمة للنص باللغة الفرنسية التي جاء فيها acte والتي تعني التصرف وتعني العقد أيضاً⁽²⁾، وبالرجوع إلى القانون المصري أي قانون الشهر العقاري رقم: 1946/114 وقانون السجل العيني رقم: 1964/142 فإنهما استعملا مصطلح "تصرفات" بدلا من العقود التي كانت واردة في قانون التسجيل القديم رقم: 199/18 الصادر سنة 1923 بدعوى أن المصطلح الأول أكثر دلالة، وتندرج تحته إلى جانب العقود، الاتفاقات والأعمال القانونية التي تصدر من جانب واحد كالوقف والوصية والتصرفات الإدارية التي تتناول حقوقاً عينية عقارية مثل الحجز الإداري ومراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة⁽³⁾.

(1) د. منصور قاسم حسين، منير محمد أحمد الصلوي، الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية في ذاته)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2008 ص 28.

(2) أرى أن كلمة العقد التي اختيرت للتعبير عن كلمة Acte أكثر وضوحاً ودقة وأدل على المعنى الذي قصد المشرع لاقتنائها مع عبارة "الرسمية" وبذلك فالمقصود هي العقود الرسمية وليس التصرفات الرسمية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن كلمة العقد تتصرف إلى تطابق الإرادتين وإلى التصرف الصادر عن جانب واحد، كما أن كلمة عقد هي الأكثر شيوعاً واستعمالاً في الحياة العملية من عبارة التصرف.

(3) د. محمد المنجي، قانون الشهر العقاري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص 110 .
وأيضاً د. عمر أبو شادي، شهر الحقوق العقارية، الطبعة الأولى، سنة 1947، دون دار النشر، ص 13 وأيضاً د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 99.

على عكس هذا الرأي يرى الدكتور سعد خليفة، تقييماً لمسلك المشرع المصري، بأن هذا الأخير استخدم عبارات لا تصلح لنظام السجل العيني، حيث جاءت نصوص قانون التسجيل لاسيما المادة 26 وما بعدها دالة على أن القيد في السجل العيني إنما يرد على التصرفات، مع أن القيد ينصب - في الحقيقة - على الحقوق وفقاً لنظام السجل العيني، واعتقد الدكتور سعد خليفة بأن المشرع المصري قد نقل هذه النصوص - نصوص الباب الثالث، الفصل الأول وعنوانه " التصرفات والحقوق الواجب قيدها في السجل - من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم: 114 لسنة 1946، المادة 09 وما بعدها، رغم اختلاف النظامين⁽¹⁾.

وبما أن ما يجب شهره هو العقود الرسمية فقط، فإنه يستبعد شهر الوقائع القانونية " الحيازة " وكذا العقود العرفية، ولقد سبق الإشارة إلى أن الرسمية شرط من شروط شهر مختلف العقود وفقاً لنص المادة 61 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76.

العقد المنشئ Contrat ou Acte créateur ou constitutif هو العقد المنشئ لحق عيني عقاري أصلي، وهو العقد الذي يترتب عليه إنشاء أو إيجاد حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، مثل حق الانتفاع (المادة 844 من القانون المدني الجزائري)، حق الاستعمال وحق السكنى (المادة 855 من القانون المدني الجزائري) وحق الارتفاق (المادة 867 من القانون المدني الجزائري).

ولا ترد العقود المنشئة على حق الملكية الذي هو قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف وهو اختصاص حاجز شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع، والمراد بكونه حاجزاً يعني استثنائياً مقصوراً على صاحبه، يحتجز غير المالك عن الانتفاع بالشيء أو التصرف به، دون إذن المالك. والمراد بالمانع ما يمنع المالك من التصرف من ذلك كنفص الأهلية وحق الغير⁽²⁾، لأن حق الملكية ذاته هو حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة حسب نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري، فلا ينشئه العقد، لأن الإنشاء معناه الإيجاد، ولأن الملكية لا توجد ابتداءً إلا بسبب الاستيلاء والاستيلاء ليس بتصرف قانوني وليس بعقد وإنما هو واقعة مختلطة اختلطت فيها الحيازة المادية وهي (عنصر مادي) بإرادة المستولي في أن يمتلك في الحال وهي (عنصر إرادي). لكن العنصر المادي هو المتغلب ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية⁽³⁾ وعلى ذلك لا يعد تصرفاً ولا عقداً، ولا يكون واجب التسجيل.

(1) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 59.

(2) د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، 1993، ص 23.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، 1992، ص 465. وأيضاً د. محمد المنجي، موسوعة الشهر العقاري التعليق على نصوص قانون الشهر العقاري، المجلد الرابع، منشأة المعارف، الطبعة الأولى 2007، ص 113.

خلافاً لهذا الرأي، يرى الدكتور أنور طلبية⁽¹⁾، بأن جميع التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء حق عيني سواء كان هذا الحق، حق ملكية أو أي حق آخر يجب تسجيلها لنشوء هذا الحق فيما بين المتعاقدين وأيضاً بالنسبة للغير، ويرى بأن من العقود المنشئة للحق العيني كل عقد يترتب عليه إيجاد حق لأول مرة⁽²⁾.

تنشأ الحقوق المتفرعة عن حق الملكية في الحياة العملية في عدة صور منها أن يتصرف المالك في حق الرقبة محتفظاً بنفسه ولغيره بحق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى مدى حياة المنتفع أو لمدة معينة لا تزيد بأي حال عن مدة حياة المنتفع، ومنها أن يتصرف المالك في حق الانتفاع أو الاستعمال مجرداً عن ملكية الرقبة التي يحتفظ بها لنفسه.

ومما لا شك فيه، أن جميع الحقوق السالفة الذكر وهي متفرعة عن حق الملكية، تعتبر من الحقوق العينية العقارية الأصلية، فهي لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير إلا بالتسجيل⁽³⁾.

2- العقود الرسمية الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية *Contrats ou Actes translatifs* :

العقد الرسمي الناقل لحق عيني عقاري أصلي، هو العقد الذي ينقل حق الملكية في العقار والعقد الناقل كما ينقل الحق العيني الأصلي لحق الملكية ويجب تسجيله، قد ينقل الحق العيني العقاري الأصلي المتفرع عن حق الملكية، ويجب تسجيله كذلك باستثناء ما لا يجوز نقله كحق الاستعمال وحق السكنى بينما يجوز نقل حق الانتفاع كأن ينقل المنتفع حق انتفاعه في العقار بالبيع (المادة 844 من القانون المدني) وكأن يبيع مالك العقار حق ارتفاق مقرر لمصلحة عقاره تبعاً لبيع هذا العقار (المادة 868 من القانون المدني).

(1) المستشار أنور طلبية، الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات، دار نشر الثقافة، 1992، ص 163.

(2) أميل لترجيح الرأي الأول والقول بأن المقصود هو ضرورة شهر الحقوق المتفرعة عن حق الملكية في حالة ما إذا تصرف فيها المالك أما الملكية فلا تخضع لعملية الشهر والدليل على ذلك ما جاءت به أحكام المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 التي نصت على: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعات البطاقات العقارية" وهذا ما يؤكد أن حق الملكية هو حق موجود وقائم بالنسبة لصاحبه ولا يحتاج إلي عملية الشهر إلا من أجل الاحتجاج به على الغير.

(3) د. محب الدين محمد سعد، المرجع في أحكام الشهر العقاري والتوثيق والرسوم المتعلقة بها، مطبعة مخيمر، دون سنة نشر، ص 425 -

عقد البيع هو النموذج الذي يتخذه الفقه للعقود الناقلة للملكية وما يسرى على عقد البيع يسرى على سائر العقود الناقلة للملكية والحقوق العينية الأخرى، كعقد المقايضة في العقار، عقد هبة العقار، عقد الشركة⁽¹⁾.

إن عقد البيع هو عقد ناقل للملكية، غير أن هناك من يعتبره عقدا منشئا لا ناقلا⁽²⁾ ولما كان عقد البيع من أهم أهدافه، أن تنتقل ملكية العين المبيعة من البائع إلى المشتري، فإن ذلك يستلزم تسجيل هذا العقد إذا انصب على عقار ويقع عبء التسجيل وإجراءاته على عاتق المشتري صاحب المصلحة في انتقال الملكية إليه، خاصة إذا كان الأثر المترتب على عدم تسجيل عقده هو عدم انتقال الملكية إليه وتظل على ذمة البائع الذي يستطيع أن يتصرف فيها مرة أخرى لمشتري ثان يمكن أن يسارع إلى تسجيل عقده، فتنقل إليه الملكية دون المشتري الأول.

إذا كان على المشتري القيام بإجراءات التسجيل حتى تنتقل إليه ملكية العقار، فإن على البائع باعتباره طرفا في عقد البيع أن يعاونه على إتمام ذلك بتقديم كافة الأوراق والوثائق التي تثبت ملكيته للعين وإلا عد مخلا بالتزام جوهرى يلقيه على عاتقه عقد البيع⁽³⁾.

هذا الالتزام أكدته المادة 165 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "الالتزامات بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري". وكذا ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

(1) د. محمد المنجي، موسوعة الشهر العقاري، المجلد الرابع، المرجع السابق، ص، 114.

(2) مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 83 وأيضاً المحامي عباس عبد الحليم حجر، المرجع السابق، ص 17 وأيضاً المستشار أنور طلبية، المرجع السابق، ص 163.

(3) د. علي حسين نجيدة، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق، المرجع السابق، ص 49-50.

وباستقراء نص المادتين المذكورتين أعلاه، يتضح بأن انتقال الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى، كحق ارتفاق أو انتفاع لا يتم إلا بعد اتخاذ إجراءات التسجيل المنصوص عليها في القانون ويستوي في ذلك انتقال الملكية بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير وهذا خلافا لما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي الذي يجعل انتقال الملكية يتم سواء في المنقول أو في العقار بمجرد انعقاد العقد بين المتعاقدين، أما بالنسبة للغير فإنه يجب اتخاذ إجراءات التسجيل بالنسبة للعقارات والحقوق العينية الأخرى.

وبذلك، فإن البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي وفقا لنص المادة 351 من القانون المدني وهو واجب التسجيل سواء كان الأمر يتعلق ببيع تام أم معلق على شرط فاسخ أو واقف، فتنقل ملكية المبيع (العقار) بالتسجيل (المادة 793 من القانون المدني) وبغيره لا ينقل لا بالنسبة للغير ولا فيما بين الأطراف، ويترتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعين المبيعة مادام البيع لم يسجل ومن ثم لا يستطيع المشتري أن يرفع على البائع دعوى استحقاق المبيع، كما لا يجوز للدائني المشتري المطالبة بالتنفيذ على العقار قبل التسجيل، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري كما يمكن للبائع أن يتصرف في المبيع مرة أخرى إلى أي شخص آخر⁽¹⁾.

إن عقد البيع غير المسجل ينتج عدة التزامات جوهرية على عاتق البائع أهمها القيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية والالتزام بالتسليم، وفي حالة التسليم لا يستطيع استرداده بالرغم من اعتباره مالكا له لأنه ضامن لاستحقاقه ويلتزم أيضا بضمان عدم التعرض والعيوب الخفية⁽²⁾. هذا عن عقد البيع، أما عن الوعد بالبيع فيثور التساؤل حول مدى وجوب شهره أي هل يجب شهر الوعد بالبيع حتى تنتقل الملكية العقارية بين الطرفين وبالنسبة للغير أم هو غير واجب الشهر؟ إن الوعد بالتعاقد حسب نص المادة 71 من القانون المدني الجزائري هو: الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

(1) مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 84.

(2) المحامي عباس عبد الحليم حجر، المرجع السابق، ص 18.

وإذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد.

ومن خلال نص المادة 71 المذكورة أعلاه يظهر ما يلي:

يشترط لكي ينتج الوعد أثره أن تكون الشروط الجوهرية للعقد قد تم الاتفاق عليها ويقصد بها أركان البيع وشروطه الأساسية التي تم الاتفاق عليها والتي ما كان يتم البيع بدونها. وإذا لم يحصل التسجيل فلا توجد إلا التزامات شخصية بين الطرفين، وإذا امتنع البائع من أن يحرر العقد النهائي للبيع، كان للمشتري الحق في استصدار حكم يثبت التعاقد الحاصل بينهما، حتى إذا ما سجل هذا الحكم حل محل العقد.

لقد تراوحت اجتهادات المحكمة العليا بين رأي يوجب شهر الوعد بالتعاقد ورأي لا يرى ضرورة ذلك ومن هذه القرارات أذكر ما يلي:

- القرار رقم: 33528 المؤرخ في: 1985/04/03⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ومن ثم فإنه لا يجوز للقضاة أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة بما يتنافى معها.

ولما كان الثابت أن الوعد بالبيع تم بعقد عرفي مؤرخ في: 1974/01/03 بعد صدور قانون التوثيق معلقا على شرط حصول البائعة على رخصة من الجهات الإدارية للتجزئة، وقد رفضت السلطات المختصة منح هذه الرخصة برسالة من الوالي إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي فإن قضاة الموضوع بقضائهم بضم الدعاوى الثلاث والاشهاد بحيازة الشيء المبيع وأداء ثمنه والقول بأن بيع 1974/01/03 صحيح وأن الحكم يعتبر عقد رسمي، خالفوا القانون ولم يعطوا لقضائهم أساسا شرعيا." وكذا ما جاء في القرار رقم: 108763 المؤرخ في: 1994/04/06⁽²⁾: "وعد البيع - تسجيله بمكتب التوثيق - يبطله - خرق القانون.

المبدأ، من المقرر قانونا أنه يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال العقد المتضمن الوعد بالبيع وجميع الإجراءات التي تمت أمام الموثق بين الطاعن ومورث المطعون ضدهم، يعدون بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال."

(1) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 4 لسنة 1989، ص 48.

(2) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 1 لسنة 1998، ص 103.

وتبنى مجلس الدولة موقفا مخالفا إذ اعتبر أن الوعد بالبيع لا يمكن الاحتجاج به في مواجهه الغير إلا إذا اتبعت فيه إجراءات الشهر العقاري وهذا بموجب القرار رقم: 004983 المؤرخ في: 2002/07/15⁽¹⁾ إذ اعتبر أن الوعد بالبيع لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا إذا اتبعت فيه إجراءات الشهر العقاري.

لقد حسم قانون المالية لسنة 2004 الجدل القائم حول إمكانية إشهار الوعد بالبيع بنصه صراحة على شهر الوعد بالبيع وتحديد قيمة الرسم العقاري لهذا الشهر⁽²⁾.

ويثور التساؤل حول مدى وجوب شهر الوعد بالبيع، الذي هو اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين ويسمى الواعد إذا ما قرر مستقبلا إبرام عقد معين، أن يفضل الطرف الآخر⁽³⁾ لم يرد في القانون الجزائري ما يفيد وجوب شهر الوعد بالبيع إلا أنه بالرجوع إلى الفقه والقضاء في فرنسا فإن هذا الموضوع كان محل جدل واسع.

لقد اتجه جانب من الفقه في فرنسا⁽⁴⁾ إلى أن نص المادة 37 من المرسوم المؤرخ في: 1955/01/03 المعدل بموجب المرسوم المؤرخ في: 1959/01/07⁽⁵⁾ أشارت إلى جواز شهر وعود البيع والإيجار الذي تزيد مدته عن 12 سنة الصادرة بشكل إنفرادي دون أن تشير هذه المادة إلى الوعد بالبيع ومنه رفض هذا الاتجاه إلقاء الوعد بالبيع بالتصرفات الخاضعة للشهر بشكل جوازي أي تلك التي هي غير إلزامية الشهر.

وذهب القضاء في فرنسا في قراره الشهير المؤرخ في: 1971/03/04 إلى اعتبار الوعد بالبيع بمثابة التقييد لحق التصرف في الشيء المبيع ومنه فهو واجب الشهر وهو نافذ في مواجهة الغير وهذا استنادا إلى نص المادة 30-1 الفقرة الرابعة من المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04⁽⁶⁾.

(1) مجلة مجلس الدولة، العدد 03 لسنة 2003، ص 155.

(2) الأستاذة ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة، الطبعة الثانية 2006، ص 69.

(3) د. سعيد سليمان جبر، العقود المسماة (البيع والإيجار)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2007، ص 35 وأيضا

REVUE trimestrielle, de Droit civil, N°3 2009, P 434.

(4) DAGOT Michel, le pacte de préférence, Litec, 2000, P 48.

(5) **ART37-1** : peuvent être publiées au bureau des hypothèques de la situation des immeubles qu'elles concernent, pour l'information des usagers : 1° les promesses unilatérales de vente et les promesses unilatérales de bail de plus de douze ans ...

(6) a.- l'arrêt du 4 mars 1971 (76) civ 3^e, 4 mars 1971 : vu l'article 30-1, alinéa 3 du décret du 4 janvier 1955 ; attendu qu'il résulte de ce texte qu'une restriction au droit de disposer, dès lors qu'elle a fait l'objet d'une mesure de publicité, est opposable aux tiers ; que tel est le cas notamment d'un pacte de préférence portant sur un immeuble.

3- العقود الرسمية المصرحة (المقررة أو الكاشفة) :Contrats ou Actes déclaratifs

يجب تسجيل العقود الرسمية المصرحة وفقا لأحكام المادة 14 من الأمر رقم: 74/75. والعقود المصرحة هي العقود التي تقرر حق من الحقوق العينية الأصلية، كالقسمة والصلح والإقرار يجب تسجيلها باعتبارها كاشفة لهذا الحق بعد أن كان شائعا أو متنازعا فيه بين طرفي التصرف⁽¹⁾. ومن أمثلة العقود المصرحة (المقررة) القسمة، الصلح وهي كالاتي:

أ- عقود القسمة:

القسمة إجراء الغرض منه إخراج المالك من حالة الشيوخ إلى حالة الملك الخاص، حيث يستقل بنصيبه دون باقي الشركاء⁽²⁾ وهي تستوجب إبدال الحصة الشائعة في الملك المشترك بحصة مفرزة معينة يستقل بها كل مالك، والقضاء على الحق المشاع الذي كان لكل شريك في الأشياء المشتركة التي لا تقع في حصته ولها أثر رجعي يرجع إلى وقت بدء الشيوخ ويعتبر كل شريك أنه مالك للحصة التي خرجت له من ذلك الوقت وهي بهذه الحالة مصدرة للحق لا منشئة له. تعتبر القسمة منشئة للحق لا مصدرة له لأنها تعتبر بمنزلة بيع كل مالك ل حصته الشائعة لمن وقعت في نصيبه، وترفع دعوى القسمة من طرف أي شريك سواء كان وارثا أم شريكا في الملك وإذا كان قاصرا فإنه وليه أو وصيه هو الذي يرفع دعوى القسمة، ويجب أن تقام الدعاوى على كل الشركاء لأن دعوى القسمة غير قابلة للتجزئة⁽³⁾.

(1) المستشار أنور طلبه، المرجع السابق، ص 165.

(2) د. علي حسين نجيدة، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق، المرجع السابق، ص 64.

(3) د. زهدي يكن، شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة (مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بيروت، 1959، ص 329 وما بعدها.

لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشروع بمقتضى نص أو اتفاق، وهذا وفقا لنص المادة 01/722 من القانون المدني، وإذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشروع يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة وفقا لنص المادة 01/724 من القانون المدني الجزائري على انه.

بناء على ما سبق تكون القسمة بأثر رجعي، فهي مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت القسمة بالتراضي أم كانت قضائية وسواء كانت القسمة عينية أم كانت قسمة تصفية.

عقد القسمة هو عقد كاشف والعقد الكاشف هو الذي يكشف عن وضعية قانونية سابقة موجودة، فهو لا ينشئ أي حق من جديد⁽¹⁾ وبذلك فهو واجب الشهر.

ب- الصلح:

الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه⁽²⁾.

عقد الصلح في القانون المدني الجزائري عرفته المادة 459 بما يلي:

" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه. "

فعقد الصلح هو من العقود المسماة وأورده المشرع ضمن العقود التي تقع على الملكية في الفصل الخامس من الباب السابع تحت عنوان "العقود المتعلقة بالملكية" على الرغم من أنه غير ناقل للملكية فيعتبر عقد الصلح عقدا كاشفا إذا كانت الحقوق المتنازع عليها قبل الصلح في يد أصحابها وأبقيت كذلك بموجب عقد الصلح وبذلك يعتبر عقدا كاشفا. ويجب إعلام الغير بالوضعية الجديدة والتي كرست الوضع الظاهر⁽³⁾.

لقد أوجبت المادة 14 من الأمر رقم: 74/75 شهر العقود الرسمية المقررة أو المصرحة المتعلقة بالملكية و أضافت المادة 16 من ذات الأمر على أن لا يكون لها أي أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في البطاقات العقارية وهو الحكم الذي انفرد به المشرع الجزائري تمشيا مع ما انتهى إليه المشرع المصري بموجب قانون التسجيل المصري رقم 142 لسنة 1964، والذي لا يوجد ما يقابله في القانون الفرنسي.

(1) GREGOIRE Michèle, op.cit. , P 15.

(2) د. علي حسين نجيدة، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق، المرجع السابق، ص 67.

(3) PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 136 et GREGOIRE Michèle, op.cit, P 16.

بالنسبة للقانون الفرنسي، فإنه لم يترتب نفس الأثر أي أنه لم يجعل اثر شهر عقد الصلح عدم نفاذ التصرف وإنما أوجب شهره بغرض الإعلام فقط وهذا ما أكدته نص المادة 4° 28 من المرسوم الصادر في: 1955/01/4، الذي أورد عقد الصلح ضمن التصرفات الواجبة الشهر بغرض الإعلام وليس بغرض النفاذ.

أما القانون المصري فقد جاء في المادة 10 من قانون تنظيم الشهر العقاري قانون رقم: 1946/114 وهو نفس الحكم في المادة 2 من قانون التسجيل رقم: 18 لسنة 1923، جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير.

في هذه الحالة يكون لعقد الصلح كامل الحجية بين أطرافه إلا أنه إذا انصب على عقار أو حق عيني عقاري، فلا يكون له من أثر بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، ويرى الدكتور علي حسين نجيدة أن هذا الأثر الكاشف للصلح قاصر على الحقوق العينية العقارية التي يشملها النزاع، فإن اثر الصلح بالنسبة لها يعد منشأ لا كاشفا الأمر الذي يترتب عليه وجوب تسجيل الصلح ليس لكي يحتج به على الغير فقط، بل وأيضا لكي يسري في مواجهة المتعاقدين أيضا⁽¹⁾، أي أن التسجيل حسب هذه المادة مشترطا لحماية الغير فلا يجوز التمسك لعدم التسجيل ضد الغير⁽²⁾، مرد ذلك أن التصرف الإنشائي عمل يوجد به مدلوله ابتداء، أما التصرف الإقراري فليس إلا إخبارا بحق أوجده سبب سابق، فإن كان الإقرار الذي احتواه عقد القسمة إنما هو إخبار لملكية سابقة ليس هو سندها بل دليلها، فإنه يكون حجة على المقر فلا حاجة إلى تسجيله⁽³⁾.

وقام قانون الشهر العقاري المصري على التفرقة بين التصرفات الإنشائية وبين التصرفات الإقرارية فحتم تسجيل الأولى كشرط أساسي لنقل الملكية العقارية واشترط تسجيل الثانية لتكون لها حجيتها على الغير فقط⁽⁴⁾.

أما في قانون التسجيل المصري رقم: 142 لسنة 1964، فإنه أوجب قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية.

(1) د. علي حسين نجيدة، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق، المرجع السابق، ص 69.

(2) المحامي عباس عبد الحليم حجر، المرجع السابق، ص 36.

(3) المستشار أنور طلبه، المرجع السابق، ص 164.

(4) المحامي محمد عبد اللطيف، الشهر العقاري (دراسة قانونية في التشريع المصري والمقارن، الطبعة الأولى، مطبعة صلاح الدين الإسكندرية

1947، ص 98.

ورتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم وهذا وفقا لنص المادة 27 من ذات القانون التي جاء فيها: " يجب كذلك قيد جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية.

ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ويسري هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموال مورثة. وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري فلا يكون لهذه الحقوق أي أثر لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير إلا من تاريخ تسجيله وهذا وفقا لنص المادة 14 و 16 من الأمر رقم: 74/75.

4- العقود الرسمية المعدلة للحقوق العينية العقارية الأصلية **Contrats ou Actes modifiants** :

العقد المعدل أو المغير لحق عيني عقاري أصلي، هو العقد الذي يغير العقود التي ترد على حق الملكية ويحررها من تلك القيود ويجعلها قابلة للتصرف ومن أمثلة القيود التي ترد على حق الملكية شرط المنع من التصرف، تغيير مدة حق الانتفاع أو حق الارتفاق. فالعقد المغير لحق الملكية على عقار، يجعل هذه الملكية قابلة للتصرف فيها، بعد أن كانت مقترنة بالشرط المانع من التصرف، والعقد المغير لحق الانتفاع على عقار لمدة معينة، قد ينقص أو يطيل هذه المدة، والعقد المغير لحق الارتفاق على عقار لمدة معينة، قد ينتقص أو يزيد من هذا الحق⁽¹⁾. فهذه العقود جميعا عقود مغيرة لحق عيني عقاري أصلي ومن ثم تكون من العقود واجبة التسجيل⁽²⁾. ويكون حق الملكية مقيدا بأحد القيود الواردة على حق الملكية كأن تكون معلقة على شرط واقف أو فاسخ الشيء الذي يجب أن يعلم به الغير ولن يتأتى ذلك إلا بوجوب شهر هذه التصرفات وكذا الشروط المانعة لحق التصرف أو المقيدة له⁽³⁾ وهو الأمر الذي أوجبه المنظم بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 ضمن أحكام المادتين: 86 و 87 منه والذي سوف يتم التطرق له بالتفصيل التالي:

01 - شهر الحقوق المعلقة على شرط واقف أو فاسخ.

02 - شهر الشرط المانع من التصرف.

03 - شهر تقييدات حق التصرف.

(1) د. محمد المنجي، قانون الشهر العقاري، المرجع السابق، ص 115 .

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 466.

(3) SIMLER philippe & DELEBECQUE philippe, op.cit, P 689.

01 - شهر الحقوق المعلقة على شرط واقف أو فاسخ:

عقد البيع باعتباره عقدا ناقلًا للملكية يجب شهره، حتى وإن كان معلقًا على شرط واقف أو فاسخ. ويكون الالتزام معلقًا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبًا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع حسب نص المادة 203 من القانون المدني.

فالشرط وصف يرد على الالتزام، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام إذا كان الشرط واقفًا أو زواله إذا كان الشرط فاسخًا⁽¹⁾ فإذا تحقق الشرط تأكد حق المشتري في المبيع بعد أن كان غير مؤكد ويترتب على ذلك نفاذ الالتزام بعد أن كان موقوفًا ويكون العقد ساريًا بأثر رجعي وفقًا لنص المادة 208 من القانون المدني.

أما إذا تخلف الشرط، فإن الالتزام الذي كان غير مؤكد الوجود (معلقًا)، يزول ويصبح كأن لم يكن ولا يعتبر له وجود منذ البداية ومنه فإنه يجب تسجيل الشرط حتى يكون نافذًا في حق الغير.

02- شهر الشرط المانع من التصرف:

إن الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل استعمالًا تحرمه القوانين والأنظمة وهذا وفقًا لنص المادة 674 من القانون المدني الجزائري وهي حسب المادة 27 من قانون التوجيه العقاري الجزائري رقم: 25/90، حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها.

ومن خلال نص المادتين المذكورتين أعلاه يظهر بأن المشرع الجزائري قد قيّد فكرة الملكية المطلقة وأصبح ينظر إلى الملكية على اعتبار أنها وظيفة إجتماعية، فإذا خرج المالك عن حدود هذه الوظيفة تخلى القانون عن حمايته بل منح الغير الوسيلة لمنعه.

كما أنه حصر سلطات المالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف وأورد بعض القيود على استخدام هذه السلطات راع فيها المصلحة العامة مباشرة ومصالح خاصة جديرة بالرعاية ومنه يثور التساؤل حول مدى جواز حرمان المالك من سلطاته الثلاث حرمانًا تامًا ومؤبدًا وفيما إذا كان لذلك تأثير على جوهر الملكية في ذاته وهل يمكن منع المالك من التصرف في ملكه وما المقصود بالشرط المانع من التصرف؟

يقصد بالشرط المانع من التصرف، الشرط الذي يمنع المالك من التصرف في ملكه خلافًا للأصل وهو حق التصرف المطلق.

الشروط المانعة من التصرف هي نادرة في عقود المعاوضة كالبيع والمبادلة التي لا يمكن تصور اشتراط المتصرف فيها حرمان أو منع المتصرف إليه من التصرف في ملكية الشيء محل المعاملة⁽²⁾.

(1) المحامي عباس عبد الحليم حجر، المرجع السابق، ص 19.

(2) LARROUMET Christian, Droit civil, les biens droits réels principaux, T 2, 3^e éd, DELTA, 1998, P 195.

تعود فكرة الشرط المانع من التصرف إلى القوانين القديمة السابقة على الثورة الفرنسية، وكان الشرط المانع من التصرف موضع احترام وكان وروده في وصية أو هبة يؤدي إلى إصابة المال بعدم قابلية عينية للتصرف.

لقد ظهرت فكرة الشرط المانع من التصرف في روما، حيث كان يجوز لرب الأسرة أن يمنع ابنه من التصرف في الأموال التي يتلقاها، تبرعا، حفاظا عليها من التبديد. وقد استمر هذا الوضع على نحو واسع، وكان الهدف منه هو الحفاظ على المصالح العائلية.

وفي ظل القانون الفرنسي القديم، كان الهدف من فكرة المنع من التصرف، هو تكريس ثروات العائلات العريقة، والحيلولة دون بقائها خارج نطاق العائلة⁽¹⁾.

استمر هذا الوضع المستقر حتى قيام الثورة وما صاحبها من إلغاء النظم الإقطاعية وما يمكن أن يؤدي إليها من أشكال الملكية وضروب الاتفاقات، فصدر القانون المؤرخ في: 14 نوفمبر 1792 مانعا الاستبدالات، ثم صدر التقنين المدني سنة 1804 مطلقا حق الملكية وحق المالك في الانتفاع بأمواله والتصرف فيها ومؤكدا لحرية تداول الأموال والاتجار بها ومحددا لحالات يرى فيها المشرع وضع قيود على قابلية الأموال للتصرف، أو قدرة الأشخاص على التصرف معلنا في المادة 896 حضر الاستبدالات ليبدأ التساؤل حول ما إذا كان هذا الحضر يشمل أيضا الشروط المانعة من التصرف التي كانت تخنفي ضمن الاستبدالات، أم أن تلك الشروط يمكن أن تجد لها كيانا مستقلا وطبيعة خاصة يدور البحث بشأنها عن مدى مشروعيتها⁽²⁾، وحتى بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر بدا القضاء الفرنسي مترددا غير مستقر الرأي اتجاه مشروعية الشرط المانع من التصرف، ذلك لأن فكرة المنع من التصرف تصطدم مع مبدأ حرية تداول الأموال، ولعدم قيام هذا المنع على أساس من نصوص القانون، فقد أبدى القضاء الفرنسي إزاءها تحفظا شديدا، فذهب في بادئ الأمر إلى بطلان اشتراط المنع من التصرف سواء كان هذا المنع مؤبدا أو مؤقتا، وأي كان الباعث وراء الشرط⁽³⁾.

من أمثلة الأحكام الصادرة على نهج هذا الطابع الغالب ما أعلنته محكمة النقض الفرنسية في 1837/03/15 من أن كلا من الحق الطبيعي والقانون المدني يؤكد على حرية الأموال في حوزة مالكيها الشرعيين:

“ Selon le droit naturel et la loi civile, tous les biens sont libres dans les mains de ceux qui les possèdent légitimement..”.

(1) د. أشرف جابر سيد، مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف إليه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 ص 12.

(2) د. محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف في حق الملكية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1994، ص 54.

(3) د. أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص 13.

ثم اتجه فيما بعد - وتحت إلهام الضرورات العملية وتفاديا لحبس المال عن التداول - إلى تصحيح الشرط المانع من التصرف، وقد أكدت على هذا الاتجاه الأخير محكمة النقض بموجب الحكم الصادر بتاريخ: 20 أبريل 1858، حيث ذهبت إلى صحة هذا الشرط متى كان المنع مؤقتا Temporaire، وكان مستندا إلى مصلحة جدية ومشروعة Un intérêt sérieux et légitime، سواء كانت مصلحة مالية Patrimonial أو عائلية Familial⁽¹⁾.

أما في القانون الفرنسي الحالي، فلم يخرج المشرع الفرنسي على مبدأ حرية تداول الأموال، وحضر منع التصرف فيها، إلا في حالتين أجاز فيهما المنع من التصرف، تتعلق الحالة الأولى منهما بما يعرف بالنظام المهري Le régime dotal والذي كان منصوصا عليه في المادة 1554 من القانون المدني الفرنسي - ثم الغي بالقانون المؤرخ في: 13 يوليو 1965 - حيث كان يحضر على الزوج بمقتضى هذا النظام ومادامت الزوجية قائمة التصرف في أموال المهر، وكان الهدف منه تجنب إساءة الزوج التصرف في هذه الأموال.

أما الحالة الثانية، فهي ما يعرف بنظام الحلول الوصائي Substitution Fidéicommissaire هو الذي أقرت بصحته المادة 1048 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، حيث نصت على أنه يجوز للأب أو الأمهات التصرف في كل أو بعض الأموال، التي لهم حق التصرف فيها، إلى بعض أو كل أبنائهم، سواء بتصرف بين الأحياء أو على سبيل الوصية، مقترنا بشرط أن ترد هذه الأموال إلى من يكون قد ولد أو سيولد للمتبرع له من الدرجة الأولى فقط.

وفقا لهذا النظام يجوز للوالدين الذين يهبوا أو يوصوا لبعض أو كل أبنائهم أن يشترطوا أيلولة المال الموهوب أو المدعى به إلى أبناء هؤلاء الأخيرين، سواء الحاليين أو المستقبليين ممن يكون من الدرجة الأولى فقط.

(1) د. أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص 13.

Art. 1048 (L. no 2006-728 du 23 juin 2006) Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte.

الهدف من هذا النظام هو حصر المال المتبرع به، في نطاق العائلة وضمان انتقاله إلى الذرية التالية ولا سبيل إلى تحقيق مثل هذا الهدف إلا بمنع التصرف فيه، ولكن في غير هاتين الحالتين الواردين بالقانون هل يجوز لمالك العقار أو على الأخص الواهب أو الموصي أن يضع شرطا في وصية بهذا المعنى أي هل يكون ذلك جائزا؟

لقد أنكر ذلك البعض بالاستناد إلى وجهات عديدة منها أن حق الملكية مطلق والإطلاق من أخص خواصه الجوهرية، ومنها أن الأفراد لا يستطيعون بحسب مشيئتهم أن يحدثوا حقوقا عينية غير منصوص عليها في القانون.

لقد أضيف إلى هذه الأسباب أن شرط عدم التصرف لا يتلاءم مع سير التقدم الاقتصادي العام وأن حرية نقل الأموال من يد إلى أخرى هي شرط جوهري وأن الأضرار لا تحدث إلا في الأموال الموقوفة المشروطة عدم التصرف فيها⁽¹⁾.

واستمر هذا الوضع في فرنسا إلى غاية تدخل المشرع الفرنسي بالقانون رقم: 562/71 الصادر في: 1971/07/03، مضيفا إلى المادة 900 من القانون المدني مادة جديدة هي المادة 1/900، حيث اعترف بصحة شروط المنع من التصرف التي ترد في الهبة أو الوصية، مرددا ذات الشروط التي كان القضاء يستلزم توافرها - قبل صدور هذا القانون - بصحة هذه الشروط، الأمر الذي لا يصح معه القول بأن هذا النص قد وضع حكما جديدا أو استحدث مبدأ عاما، إذ لا يعدوا ما فعله - فيما يتعلق بهذه الجزئية - سوى أنه قنن ما كان عليه القضاء من قبل⁽²⁾.

وفي ذلك تنص المادة 1/900 على أن "شروط المنع من التصرف الواردة على المالك الموهوب أو الموصى به لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة أو مبررة بمصلحة جدية ومشروعة"⁽³⁾.

(1) د. زهدي يكن، المرجع السابق، ص 197 - 189.

(2) د. أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص 15.

(3) **Art. 900** Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.

Art. 900-1 (L. no 71-526 du 3 juill. 1971) Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

لقد ورد أيضا تنظيم أحكام الشروط المانعة من التصرف ضمن أحكام القانون المدني المصري بموجب أحكام المادتين 823 و 824، إذ بالرجوع إلى نص المادة 823 فقد جاء فيها ما يلي:

1- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبني على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة .

2- ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير .

3- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير ."

كما جاء في نص المادة 824 من القانون المدني المصري أنه: "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا." ولكي يكون الشرط المانع في العقار نافذا في حق الغير، أي في حق شخص تصرف له من تلقى العين مثقلة بهذا الشرط، يجب تسجيل الشرط المانع. ويقع عادة هذا التسجيل ضمن تسجيل التصرف الأصلي الذي نقل العين مثقلة بالشرط، فيذكر في تسجيل التصرف الأصلي ما ورد في التصرف من نصوص متعلقة بالشرط المانع ومن ثم يكون الشرط المانع حجة على الغير، أي يمكن الاحتجاج بالشرط المانع على الغير إذا وقع تصرف الغير مخالفا للشرط المانع كان التصرف باطلا وأمكن الاحتجاج على الغير بالبطلان⁽¹⁾.

ومن خلال ما سبق يتبين لنا بأن شروط المنع من التصرف في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري هي ذاتها وتتمثل في:

- أن يكون المنع لمدة مؤقتة أو معقولة.

- أن يكون الغرض من المنع من التصرف تحقيق مصلحة جدية ومشروعة.

إذا توافر الشرطان المتقدمان، فشرط المنع من التصرف صحيح غير أنه ينبغي التفرقة بين ما إذا كان الشيء الممنوع التصرف فيه عقارا أو منقولاً، فإذا كان الشيء عقارا، فالشرط لا ينتج آثاره سواء فيما بين ذوي الشأن أم بالنسبة إلى الغير، إلا بتسجيله لأنه يتضمن تعديلا أو تغييرا في مضمون حق الملكية.

أما إذا كان الشيء منقولاً، فلا يوجد طريق مفروض في شأنه لشهر الشرط المانع من التصرف فيه وهو ما يكفل حماية الغير حسن النية، نظرا لإعمال قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز⁽²⁾.

(1) د. نجيب محمد بكير، الشرط الإرادي المانع من التصرف، دون دار نشر، 1995 ص 105 - 106.

(2) د. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية) أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 1993، ص 135.

ولم يرد أي تعريف للشروط المانعة من التصرف في القانون الجزائري، وإنما أشير لها في عدة قوانين خاصة منها ما أورده المشرع من قيد قانوني على الملكية العقارية بموجب قانون المالية لسنة 2008 الصادر بموجب القانون رقم: 12/07 المؤرخ في: 2007/12/30⁽¹⁾، حيث سن قيد عدم التصرف القانوني للمالك المستفيد من إعانة الصندوق الوطني للسكن فلا يمكنه التنازل عنه بهبته أو بيعه أو أي تصرف قانوني آخر لمدة عشر سنوات كاملة من تاريخ الملكية، ولا ينتقل السكن للورثة إلا عن طريق الوفاة وهو القيد المانع من التصرف الذي يجب شهره وفقا للقانون.

03 - شهر تقييدات حق التصرف:

لقد أوجب المشرع شهر جميع التقييدات الواردة على حق التصرف بموجب المادة 87 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76، والتقييدات على حق التصرف تقسم حسب هدف الوظيفة في تحقيق المصلحة العامة أو الخاصة، وهي قيود مقررة للمصلحة الخاصة وأخرى مقررة للمصلحة العامة:

أ- القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة:

إن القيود المقررة للمصلحة الخاصة نظمها القانون المدني من المادة: 690 إلى غاية 712 وهي تتعلق بتنظيم الحقوق المتعارضة للملاك المتجاورين كعدم الأضرار بالمالك المجاور، وعدم التعسف في استعمال حق الملكية، وأغلب هذه القيود هي قيود سلبية تمنع المالك من القيام بعمل ما، أو أداء شيء ما مراعاة لحقوق الملاك المجاورين.

ب- القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة:

إن القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة تقيد حق الملكية العقارية للمنفعة العامة، وقد تكون سلبية تمنع المالك من القيام بعمل معين أو أداء عمل معين كذلك التي فرضتها قوانين العمران التي تمنع المالك من البناء بدون رخصة وهذا بموجب قانون العمران رقم: 29/90 المؤرخ في: 1990/12/01 المعدل والمتمم والمتعلق بالتهيئة والتعمير والمراسيم التنفيذية له، إذ لا يجوز للمالك أن يقوم بأي تصرف مادي على أرضه إلا بعد الحصول على رخص إدارية وشهادات عمرانية لتنفيذ الأعمال.

(1) أنظر الجريدة الرسمية، العدد 82 لسنة 2007.

وهذا فضلا على ما جاء به القانون رقم: 15/08 المؤرخ في: 20/07/2008 المحدد للقواعد المطابقة للبنائيات وإتمام إنجازها⁽¹⁾ الذي فرض على صاحب الأرض العمرانية جملة من القيود الإضافية على سلطات المالك للتصرف المادي في عقاره، منها وجوب إتمام إنجاز أية بناية مشيدة وتحقيق مطابقتها وفقا لنص المادة 7 من القانون المذكور، وكذا فرض على صاحب الأرض العمرانية المهياة للبناء إنجاز البنائيات المحددة في رخصة البناء تحت طائلة توقيع غرامات مالية وهذا وفقا لنص المادة 5 من القانون المذكور أعلاه.

أما القيود الإيجابية هي التي تلزم المالك بالقيام بعمل معين كالإلزام المالك بوجوب استغلال الأرض الفلاحية وهذا وفقا لنص المادة 48 من القانون رقم: 25/90 المؤرخ في: 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري والتي جاء فيها: "يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق، نظرا للأهمية الاقتصادية والوظيفة المنوطة لهذه الأراضي. وفي هذا الإطار، يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموما."

يلاحظ أن أغلب قيود المصلحة العامة تعتبر من النظام العام وهي صفة مستمدة أساسا من هدف تحقيق المنفعة العامة، أما قيود المصلحة الخاصة فقد فرضت لعلاج المشاكل التي يثيرها التلاصق وتنظيم حقوق المتجاورين المتنافرة، كقيد حق المرور في أرض الجار المحصورة أرضه عن الطريق العام وقيد وضع الحدود بين أرضين متلاصقين⁽²⁾، كما توجد تقييدات أخرى في حق التصرف ناتجة عن الاتفاق الحاصل بين المالك للعقار أو الحق العيني والغير ويتعلق الأمر بالارتفاقات الاتفاقية الواقعة على العقار والتي يجب شهرها بالمحافظة العقارية⁽³⁾.

(1) أنظر الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2008.

(2) الأستاذة خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مقال منشور بمجلة المفكر (مجلة علمية محكمة متخصصة في الحقوق والعلوم السياسية)، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أبريل 2009، ص 231.

(3) DRUFFIN- BRICCA Sophie et HENRY Laurence- Caroline, Droit des biens, 2^e éd, Mementos, Gualino éditeur 2008, P 57.

5- العقود الرسمية المنهية للحقوق العينية العقارية الأصلية:

يجب شهر العقود الرسمية المنهية للحقوق العينية الأصلية وفقا لنص المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 ومثال عن العقد المنهي لحق عيني عقاري أصلي عقد إنهاء حق الانتفاع في عقار قبل انقضاء مدته أو عقد ينهي حق الاستعمال في عقار أو حق السكن قبل انقضاء مدة الحق وكان كل من الحقين مبرما لمدة معينة، أو عقد ينهي حق ارتفاق ولم تكن له مدة محددة.

ثانيا: الحقوق العينية التبعية:

أمام عدم كفاية مبدأ الضمان العام لحماية حقوق الدائنين والذي مفاده أن كل أموال المدين ضامنة لديونه وأن جميع الدائنين متساوون أمام هذه الضمان العام، أوردت مختلف التشريعات المقارنة وسائل أخرى تكفل بها حماية هذا الضمان العام والمحافظة عليه وتعزيزه بتأمينات عينية بعد عجز التأمينات الشخصية عن تحقيق الحماية التامة للدائنين من مخاطر إعسار المدين أو الكفلاء له، وهذا لتخصيص مال أو أكثر لضمان دين الدائن، وذلك لتقرير حق عيني على هذا المال يكون له به حق الأفضلية عن الغير في استيفاء حقه فضلا عن حق تتبع المال في أي يد كان لممارسة حق التقدم على غيره من الدائنين⁽¹⁾.

الحقوق العينية التبعية هي التي تكفل التزاما أصليا وتتبعه وجودا وعدمًا⁽²⁾، ونظرا لورود التأمين العيني على مال معين فإنه يخول للدائن حقا عينيا تبعا يحتج به على الكافة وينتج من ذلك: أولا، ولأن التأمين العيني يحقق لدائن أفضلية على سائر دائني المدينين الآخرين فهو يتمتع في مواجهتهم بحق الأفضلية.

ثانيا، ولأن الدائن مزود بهذا التأمين يتمتع بحق عيني، فإن هذا الحق يخول له بيع هذا المال المخصص لوفاء حقه في أي يد يكون⁽³⁾ وهي واردة على سبيل الحصر في القانون المدني الجزائري وتتمثل في:- عقد الرهن الرسمي - حق الاختصاص- الرهن العقاري - حقوق الامتياز، وهي واجبة القيد وفقا لنص المادة 2/14 من الأمر رقم: 74/75 التي جاء فيها: "...جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية، والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذلك تسجيلات الرهون أو الامتيازات. "

(1) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 30.

(2) المحامي محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 109.

(3) د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 18.

وعليه، فإن جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير، والمقصود بالغير هنا هو كل من ترتبت له حقوق عينية أصلية أو تبعية على عقارات المدين، ويدخل في عداد الغير أيضا الدائنون العاديون، إذ يهتمهم معرفة اقتدار مدينهم أو إعساره عن طريق الوقوف على مركز عقارات هذا المدين من الناحية القانونية لما لهم من حق الضمان العام على هذه الأموال⁽¹⁾.

ويلاحظ بالنسبة للقانون المصري أنه يترتب آثارا مغايرة، إذ أن عدم قيد الحقوق العينية التبعية يترتب عليه عدم جواز الاحتجاج به لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير وهذا بموجب المادة 29 من قانون السجل العيني والتي جاء فيها: "يجب قيد جميع التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة أو التي من شأنها زوال أي حق من الحقوق العينية العقارية التبعية، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك والإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيدها.

ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم." بذلك فقد تراجع المشرع المصري عن الأثر الذي كان يترتب عن عدم قيد الحقوق العينية التبعية الوارد ضمن أحكام المادة 21 من قانون الشهر العقاري التي تنص على أنه: "جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق القيد، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير."

لقد بررت المذكرة الإيضاحية لقانون السجل العيني مسلك المشرع المصري في هذا الشأن بقولها: "وهي خطوة قانونية تقدمية قصد بها مسايرة الفقه بإزالة التفرقة بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية فكلاهما يمتاز بنفاذه في حق الكافة، وكلاهما ينبغي أن يكون وجوده فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير رهينا بالقيد."⁽²⁾

وبما أن الحقوق العينية التبعية محددة على سبيل الحصر في القانون المدني الجزائري، فإنني سوف أتناول كل حق منها بالتفصيل التالي:

(1) المحامي محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 112.

(2) المحامي وجدى شفيق فرج، الوسيط في شرح قانون السجل العيني، حيدر جروب، 2009، ص 52.

1- الرهن الرسمي:

الرهن الرسمي كما عرفته المادة 882 من القانون المدني بنصها: " عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان "

يستفاد من هذا التعريف أن المشرع قد أطلق مصطلح " الرهن الرسمي " على العقد الذي ينشئ الحق العيني التبعية لمصلحة الدائن، ومع ذلك، فإن الفقه يسلم بان اصطلاح الرهن الرسمي ممكن إذ يطلق على الحق العيني التبعية الناشئ عن هذا العقد⁽¹⁾.

ويقصد بالدائنين التاليين للدائن المرتهن في المرتبة، الدائنون الذين لهم حق عيني آخر على هذا العقار من دائنين مرتهنين وأصحاب حقوق اختصاص وأصحاب حقوق امتياز، إذا كان هؤلاء الدائنون متأخرين في المرتبة أي مقيدين بعد تاريخ قيد الدائن المرتهن⁽²⁾.

إن عقد الرهن الرسمي عقد شكلي فقد نصت المادة 883 من القانون المدني " لا يتقيد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون... " ومنه، فإن الشكلية هي شرط لانعقاد عقد الرهن، لا ينعقد الرهن بدونها ويترتب على تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

إن الحكمة من اشتراط الرسمية في عقد الرهن، رغم أن الأصل في القوانين الحديثة هو رضائية العقود، هو حماية الراهن من تسرعه وعدم تبصره ، لأن الرسمية لما تقتضيه من وقت وإجراءات تبصره بخطورة التصرف المقدم عليه، فإذا أقدم بالرغم من كل هذا فيكون قد عقد العزم واستدرك الأمر، وبذلك تكون الرسمية قد أدركت هدفها⁽³⁾ فهي إذن لا تستهدف حماية المدين له فقط بل تحقق مصلحة هامة للدائن.

إلى جانب الرسمية، يجب أن يتضمن العقار المرهون على بيانات معينة منها ما يتعلق بالعقار المرهون ومنها ما يتعلق بالدين المضمون وهذا ما يعبر عنه بتخصيص الرهن، فلا بد من تخصيص العقارات المرهونة على وجه الدقة في عقد الرهن إلى جانب تخصيص الدين لما يجعله يقتصر على رهن العقارات الكافية بضمان الدين دون إفراط⁽⁴⁾.

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، 1982، ص 33 .

(2) المحامي عباس عبد الحلیم حجر، المرجع السابق، ص 40.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 74.

(4) المحامي عباس عبد الحلیم حجر، المرجع السابق، ص 40.

والجزء على عدم تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون والدين المضمون هو بطلان العقد بطلانا مطلقا لتخلف شرط أساسي من شروط انعقاد الرهن.

يكون التخصيص في عقد الرهن نفسه، وإذا لم يرد في ذات العقد، فيجوز أن يرد في عقد رسمي لا حق، وهذا ما أكدته المادة 886 من القانون المدني التي جاء فيها: " لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وأن يكون معيننا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه، وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن بذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا كان الرهن باطلا.

كما يشترط أن تتوافر عدة شروط في المال المرهون وهي:

- أن يكون عقارا.
- أن يكون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني.
- أن يكون موجودا وقت الرهن.
- أن يكون مملوكا للراهن.

يتم شهر عقد الرهن الرسمي بطريق القيد InSCRIPTION وليس بطريق التسجيل، وهو يعتبر طريقا ثانيا من طرق الشهر العقاري يختص بشهر الحقوق العينية العقارية التبعية وهو يقابل التسجيل Transcription كطريق أول من طرق الشهر العقاري يختص بشهر الحقوق العينية العقارية الأصلية وعلى رأسها حق الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية⁽¹⁾.

ويترتب على ضرورة القيد في نفاذ الرهن على الغير لا في صحة الرهن، أنه إذا وقع القيد باطلا لم يؤثر ذلك في صحة الرهن. ويجوز إجراء قيد جديد بموجب الرهن ذاته الذي يظل صحيحا، ولكن لا يحتج بهذا القيد على الغير إلا من تاريخ إجراء القيد الجديد. ويترتب على عدم ضرورة القيد فيما بين الراهن والدائم المرتهن، أن الراهن لا يجوز له أن يتمسك ببطلان القيد، أو بسقوطه لعدم التجديد⁽²⁾ وذلك لأن القيد ليس شرطا في عقد الرهن نفسه بل هو إجراء لاحق لنشوء الرهن بإبرام عقده، يهدف إلى شهر هذا الحق ليفرض وجوده على الغير ولا يشترط تمام القيد في موعد محدد منذ إبرام الرهن فللدائن، وهو صاحب المصلحة في إتمامه، أن يطلبه في أي وقت، وكلما تأخر في ذلك تأخر نفاذ رهنه عن الغير وتعرضه لمخاطر سبق الغير إلى شهر حقوقه⁽³⁾.

(1) د. تيسير عبد الله المكيد العساف، السجل العقاري دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، 2009، ص 287.

(2) المستشار عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 99.

(3) د. جميل الشراوي، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، 1991، ص 214 - 215.

لقد حددت المادة 93 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 إجراءات هذا القيد بنصها على ما يلي: " يمكن أن يطلب بمجرد تقديم الأصل أو صورة رسمية لحكم أو لعقد ينشئ امتيازاً أو رهناً ما يلي:

- تسجيلات الرهون العقارية.

- تسجيلات الامتيازات أو الرهون العقارية.

ومن أجل الحصول على تسجيل هذه الامتيازات أو الرهون يودع الدائن، إما بنفسه أو بواسطة الغير جدولين موقعين ومصدقين ومصححين بكل دقة، ويكون أحد الجدولين محرراً لزوماً على استمارة تقدمها الإدارة.

ويحتوي كل من الجدولين على الخصوص:

1- تعيين الدائن والمدين طبقاً للمواد من 61 إلى 65 .

2- اختيار الموطن من قبل الدائن في أي مكان من نطاق اختصاص المجلس القضائي لموقع الأملاك.

3- ذكر التاريخ ونوع السند وسبب الدين المضمون بواسطة الامتياز أو الرهن.

4- ذكر رأسمال الدين ولواحقه والفترة العادية لوجوب أدائه، وفي جميع الفرضيات، فإنه يجب على الطالب أن يقدر الربوع والخدمات والحقوق غير المحددة أو المحتملة أو المشتربة.

5- تعيين كل من العقارات التي طلب التسجيل من أجلها وذلك طبقاً للمادة 66.

ويذكر في شهادة التصحيح لقب واسم ومهنة وموطن الموقع وتتضمن عدد الإحالات والكلمات المشطوبة والمصادقة عليها.

ويرجع أحد الجدولين إلى الموعد بعد أن يؤشر عليه المحافظ يثبت فيه تنفيذ الإجراء، والآخر الذي يجب أن يحمل تأشيرة التصديق على هوية الأطراف، وعند الاقتضاء على الشرط الشخصي، يحتفظ به في المحافظة العقارية ويرتب ضمن الوثائق.

ويظهر من خلال نص المادة المذكورة أعلاه البيانات التي تشملها قائمة القيد (جداول القيد).

يترتب على القيد نفاذ الرهن في حق الغير ضمن وقت إجراء القيد يستطيع الدائن المرتهن أن يحتج بحقه أولاً ضد الدائنين العاديين والدائنين اللاحقين له في المرتبة، وهذا هو حق الأفضلية أو التقدم، كما يستطيع الدائن المرتهن من ناحية أخرى أن يحتج بحقه ضد من يكتسب ملكية الشيء المرهون أو أي حق عيني آخر عليه من الحقوق القابلة للبيع بالمزاد العلني وهذا هو التتبع .

- تجديد القيد:

تحتفظ التسجيلات بالرهن طيلة عشر سنوات ابتداء من تاريخها، ويوقف أثرها إذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الأجل، غير أن المؤسسات والجماعات العمومية يمكنها الاستفادة من إعفاء قانوني للتجديد لمدة 10 سنوات وفقا لنص المادة 96 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76. يتم قيد الرهون القانونية من دون تقديم سند وفقا لأحكام المادة 94 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 فلا يقدم السند إذا كان الأمر يتعلق بتجديد الرهون والامتيازات وفقا لنص المادة 95، نفس الحكم أوردته المادة 2148 الفقرة 1 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب القانون رقم: 261/98 المؤرخ في: 06 أبريل 1998 والذي أعفت تقديم السند في حالة قيد الرهون القانونية⁽¹⁾. إن الحكمة من تجديد القيد في القانون الفرنسي (المادة 2154) تعود إلى أن هذا الأخير ينتهج نظام الشهر الشخصي الذي ترد فيه التسجيلات العقارية على أسماء الأشخاص من مالكي وذوي حقوق عينية فلا يمكن الوقوف على مركز العقار من الناحية القانونية، ومعرفة مدى الحقوق العينية التبعية المترتبة عليه لصالح الغير إلا إذا عرف اسم مالك العقار، فإذا ما تعاقبت الملكية من يد إلى يد وجب الإلمام بأسماء جميع الملاك مهما تعددوا، لهذا حتم المشرع وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات حتى لا يكلف الغير بالبحث على الأعباء والحقوق العينية التي ترتبت على العقار منذ زمن طويل، إذ لو كان القيد غير محدود الأجل وأريد الكشف عن الأعباء العينية التبعية المترتبة على العقار، فإن في هذا إرهاب لأمين السجلات قد يعرضه للخطأ، لأنه مكلف بالرجوع إلى أسماء جميع الملاك من واقع السجلات، كما أنه عبء شاق على الغير الذين لا يتيسر لهم معرفة أسماء هؤلاء الملاك المتعاقبين مع طول الزمن، وحتى إذا كان في الإمكان الاهتداء إلى أسمائهم فقد لا يخلو الأمر من تحريف يقع في اسم أحدهم، فيصبح أمين السجل عاجزا عن الإدلاء بالبيان الصحيح.

على الرغم من هذا، فإن نظام التجديد في القيد لازال منتقدا إذ لو أغفل الدائن العيني تجديد القيد سهوا منه سقطت مرتبته في الأولوية، كما أن جميع البلاد التي أخذت بنظام السجلات الشخصية وضعت أحكاما لتجديد القيد (المادة 58 من قانون التسجيل البلجيكي) و (المادة 2001 من قانون التسجيل الايطالي)⁽²⁾.

⁽¹⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 171-172.

⁽²⁾ يلاحظ أن المشرع الجزائري الذي أخذ بنظام الشهر العيني مازال متمسكا بوجوب تجديد القيد المرتبط بالشهر الشخصي، رغم تبنيه لنظام الشهر العيني.

أما البلاد التي اتبعت نظام السجلات العينية فلم تأخذ بنظام تجديد القيد، إذ يكفي مجرد الإطلاع على الصفحة المخصصة للعقار للوقوف على جميع الحقوق والأعباء العينية التي ترتبت عليه⁽¹⁾.

- محو القيد:

قد توجد حالة من الحالات تستدعي محو قيد الرهن، فقد يكون الدين المضمون بالرهن قد انقضى أو زال وينقضي الدين المضمون بالرهن بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام، كالوفاء بالدين أو الإبراء أو المقاصة أو التجديد أو التقادم ويزول الدين إذا كان مثلاً باطلا شكلاً، أو باطلا موضوعاً أو قابلاً للإبطال أو قضي بإبطاله. وفي جميع أحوال انقضاء الدين أو زواله يسقط الرهن المضمون به ويسقط تبعاً لذلك قيد هذا الرهن، فيجب عندئذ محو هذا القيد⁽²⁾.

- انقضاء الرهن:

ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته (المادة 933 من القانون المدني).

وهذا الانقضاء خاضع للشهر الذي يتم إما بصفة رضائية وذلك إذا قام المدين الراهن بسداد الدين فيجوز مشروع محرر بانقضاء الرهن ومحو قيده من سجلات مكاتب الشهر العقاري ويمر هذا المحرر بكافة إجراءات الشهر ويؤشر عليه بالقبول والصلاحيية ثم يوثق أي يتم في نفس الشكل الذي يتم فيه الرهن الرسمي نفسه⁽³⁾.

2- حق الاختصاص:

لم يأت المشرع الجزائري بتعريف لحق الاختصاص ولكن يمكن استنتاج تعريفه من خلال الأحكام الواردة في هذا الخصوص ضمن المواد من: 937 إلى 946 من القانون المدني، فحق الاختصاص هو حق عيني تباعي، يتقرر بأمر من رئيس المحكمة لصالح دائن محكوم له بدينه على عقار أو أكثر من عقارات مدينه يخوله مزيتي التقدم والتتبع فيما يتعلق بتلك العقارات . ولا يجوز الحصول على حق اختصاص تركة المدين بعد موته وذلك تطبيقاً للقاعدة الشرعية بالألا تركة إلا بعد سداد الديون حتى لا يكون نتيجة ذلك إيثار دائن عادي للتركة على آخر⁽⁴⁾.

(1) المحامي محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 119.

(2) المستشار عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 109.

(3) مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 139 - 140.

(4) د. محب الدين محمد سعد، المرجع السابق، ص 457.

كما لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعه في المزاد العلني، ومناطق صحة حق الاختصاص أن يكون العقار مملوك للمدين وقت صدوره فلا يجوز أن يكون محله ما قد يؤول للمدين مستقبلا، ولا يغير من هذا النظر أن تكون ملكية العقارات قد آلت إلى المدين وقت تجديد القيد⁽¹⁾.

وعليه، يجب أن تتوافر الشروط التالية لإنشاء حق الاختصاص:

- أن يكون الدائن قد تحصل على حكم قضائي واجب التنفيذ.
 - أن يكون هذا الحكم صادرا في موضوع الدعوى.
 - أن يلزم هذا الحكم المدين بشيء معين.
 - أن يكون الدائن حسن النية.
- وغني عن البيان أن الحكم المقصود هو حكم الإلزام وحده دون غيره من الأحكام القضائية هو الذي يتيح للدائن الحصول على ضمان لحقه، وذلك لتحويله مكنة الحصول على عقارات مدينه⁽²⁾.

إجراءات تقرير حق الاختصاص:

حق الاختصاص لا يتقرر بقوة القانون بل يلزم أن يستصدر له الدائن أمرا من رئيس المحكمة المختصة ويصدر القاضي هذا الأمر بناء على عريضة تقدم إليه من الدائن وبمقتضى ما له من سلطة ولائية (غير قضائية)، يتم تقديم عريضة إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرتها العقارات التي يريد التخصيص بها حسب المادة 941 من القانون المدني، يجب أن تكون مصحوبة بصورة رسمية من الحكم أو شهادة من قلم كتاب المحكمة مدون فيها منطوق الحكم، وأن يشمل البيانات الآتية:

- اسم الدائن ولقبه ومهنته وموطنه الأصلي والموطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة،

- اسم المدين ولقبه ومهنته وموطنه،
- تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته،
- مقدار الدين، فإن كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار، تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتا وعين المبلغ الذي يؤخذ به التخصيص،
- تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعها مع تقديم الأوراق الدالة على قيمتها.

(1) المستشار عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 117.

(2) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف 1974، ص 261.

يدون رئيس المحكمة في ذيل العريضة أمره بالتخصيص وفقا لنص المادة 1/942 من القانون المدني ويراعي في ذلك مقدار الدين وقيمة العقارات المبينة بالعريضة بوجه التقريب وعند الاقتضاء يجعل الاختصاص مقصورا على بعض هذه العقارات أو على واحد منها فقط أو على جزء من احدها إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والمصاريف المستحقة للدائنين وفقا نص المادة 2/942 من القانون المدني، يكون الأمر واجب التنفيذ بقطع النظر عن جميع طرق الطعن عملا بنص المادة 3/942 من القانون المدني .

يلزم شهر حق الاختصاص، بإتباع نفس القواعد السابق ذكرها بخصوص الرهن الرسمي وينقضي بنفس الأسباب التي ينقضي بها هذا الأخير سواء كان ذلك بطريقة أصلية أو بطريقة تبعية⁽¹⁾. يكون للدائن الذي حصل على حق التخصيص (الاختصاص) نفس الحقوق التي للدائن الذي حصل على رهن رسمي⁽²⁾، ويسري على التخصيص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وخاصة ما تعلق منها بالقيود وتجديده وشطبه وعدم تجزئة الحق وأثره وانقضائه وذلك كله مع عدم الإخلال بما ورد بشأنه من أحكام خاصة عملا بنص المادة 947 من القانون المدني الجزائري. وينقضي حق الاختصاص بصفة أصلية إذا هلك العقار أو إذا ألغي الأمر الصادر نتيجة التظلم منه إلى الأمر، كذلك ينقضي إذا زال أحد شروط الحكم الذي أخذ الاختصاص إستنادا إليه، كما لو ألغي الحكم نتيجة الطعن فيه⁽³⁾.

3- الرهن العقاري:

جاء في نص المادة 966 من القانون المدني: "يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير، إلى جانب تسليم الملك للدائن، أن يقيد عقد الرهن العقاري، وتسري على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي".

يتضح من هذا النص أن يجب تسليم العقار المرهون إلى الدائن المرتهن بخلاف الرهن الرسمي الذي يستمر المالك حائزا للعقار المرهون ولا تنتقل حيازته إلى الدائن المرتهن، إضافة إلى وجوب قيد هذا الرهن حتى يصبح نافذا في حق الغير. ويجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير، فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في العقد ذاته، وإذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد. ولا يكون هذا التأشير ضروريا إذا جدد الإيجار تجديدا ضمنيا وهذا عملا بأحكام المادة 967 من القانون المدني الجزائري.

(1) مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 145.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء العاشر، دار النهضة العربية، 1994، ص 830 وأيضا المستشار عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 117.

(3) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 312.

4- حقوق الامتياز:

الامتياز، أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني وهذا وفقا لنص المادة 982 من القانون المدني. يتميز حق الامتياز بأن مصدره القانون ويراعى فيه صفة الدين لا شخص الدائن فحق الامتياز ليس ممنوحا لشخص، بل هو مقرر لبعض الديون التي يقدر المشرع أنها جديرة بالرعاية⁽¹⁾. ومن ذلك يتضح بأن القانون المدني الجزائري لم يحصر كل حقوق الامتياز بل ترك للمشرع حرية تحديد الحقوق الممتازة بنصوص خاصة في تشريعات أخرى متفرقة، وهذا ما أكدته المادة 989 من القانون المدني بنصها: " تكون الحقوق المبينة في المواد التالية ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة". لقد عرض القانون المدني أنواع الحقوق الممتازة وهي حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار، تسري على حقوق الامتياز العقارية أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق (المادة 986 من القانون المدني) ويسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء أو تلفه (المادة 987 من القانون المدني) وحقوق الامتياز هي واجبة الشهر في القانون الجزائري إذ يجب قيد امتياز بائع العقار (المادة 999 من القانون المدني) ويجب قيد امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين (المادة 1000 من القانون المدني الجزائري) كما يجب قيد امتياز المتقاسم (المادة 1001 من القانون المدني الجزائري) كما يجب كذلك قيد حق الامتياز العقاري. أما في القانون المصري فإن حقوق الامتياز هي تأمينات عينية تنشأ بحكم القانون بسبب صفة في الحق المضمون بالامتياز تترتب على العقار أو المنقول المعين وقد ترد على المجموع من الأعيان ويسري اثرها قبل الكافة ولو وردت على عقار بغير حاجة إلى إجراء شهر في القانون المصري⁽²⁾ بذلك استثنى المشرع المصري قيد حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز العقارية الضامنة لسداد مستحقات الخزانة العامة من ضرائب ورسوم وغير ذلك، فلم يخضعها للقيد وأبقى على الاستثناء الوارد بشأنها بموجب المادة 1134 من القانون المدني المصري ويرى الدكتور حسن عبد الباسط جميعي في هذا الصدد بأن خروج هذه الحقوق العينية العقارية من نطاق القيد الشامل والمطلق على النحو الواجب يعد إخلالا لمبادئ الحاکمة لنظام السجل العيني، وبالنظر إلى ما يترتب على هذا الاستثناء من خلل ناجم عن عدم كفاية بيانات السجل العيني لإعلام الغير عن الحقوق العينية العقارية المتعلقة بالعقار وبالوضع القانوني الحقيقي للعقار محل التعامل، فإن هذا الاستثناء يعد ثغرة حقيقية - في نظره - في نظام السجل العيني⁽³⁾.

(1) المحامي عباس عبد الحليم حجر، المرجع السابق، ص 51 وأيضاً د. حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، دون دار النشر، 1998، ص 740.

(2) د. جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 399.

(3) د. حسن عبد الباسط جميعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، 1999، ص 92.

ثالثاً: الحقوق الشخصية:

بالرغم من أن الأصل في نظام الشهر هو عدم قيد الحقوق الشخصية إلا أن المشرع قد استثنى بعضاً من هذه الحقوق وأوجب قيدها بالنظر إلى أهميتها وتأثيرها على قيمة العقارات محل الشهر. تخضع بعض الحقوق الشخصية للشهر نظراً لما يترتب عليه من آثار تختلف باختلاف القوانين والأنظمة فألزمت أغلب الأنظمة شهر بعض الحقوق الشخصية التي ترد على العقارات ومن بين هذه الحقوق حقوق الإيجار والسندات التي ترد على منفعة عقار.

- **عقد الإيجار:** عقد الإيجار وفقاً لنص المادة 1/467 من القانون المدني هو عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. وعرفته المادتين: 362 و 445 من القانون المدني المصري بأنه عقد يلتزم به المؤجر انتفاع المستأجر بمنافع الشيء المؤجر ومرافقه مدة معينة بأجرة معينة وعرفته المادة 1709 من القانون المدني الفرنسي بأنه عقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين بتمكن الآخر بالانتفاع بالشيء خلال مدة معينة لقاء أجر معين والذي يلتزم الأخير بدفعه⁽¹⁾. لقد خلص الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى اتفاق القوانين ولتعريفات الفقهية على تحديد أركان عقد الإيجار بـ:

- رضاء المتعاقدين.
 - الشيء المؤجر، ينتفع به المستأجر أو يستغله.
 - الأجرة وقد تكون مبلغاً من النقود أو نوعاً آخر من الأموال كجزء من محصولات العين المؤجرة.
 - مدة الإيجار، فهو عقد مؤقت ينتهي بانتهاء مدته.
- كما أن عقد الإيجار ينشئ التزامات شخصية بين المؤجر والمستأجر وليس بشأنه أن ينقل حقوقاً عينية على العين المؤجرة⁽²⁾.

(1) Art. 1709 Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، عقد الإيجار، شرح القانون المدني في العقود، دار إحياء التراث العربي الإسلامي، دون سنة نشر، ص 14.

يجب تسجيل عقد الإيجار إذا كان لمدة 12 سنة والذي لا يكون له أي أثر لا بين الأطراف ولا بالنسبة للغير، وعقد الإيجار تتولد عنه حقوق والتزامات شخصية ولو كان محله عقارا وتظل الدعاوى المترتبة عليه من الدعاوى الشخصية، ومع ذلك أوجب المشرع شهر عقد الإيجار إذا ورد على إيجار زادت مدته على 12 سنة، وبذلك يكون هذا العقد من المحررات واجبة الشهر، وهذا وفقا لنص المادة 17 من الأمر رقم: 74/75 والتي جاء فيها: "إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها وذلك مع مراعاة أحكام المادة 165 من الأمر رقم: 73/71 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1391 الموافق 8 نوفمبر سنة 1971 المتضمن الثورة الزراعية."⁽¹⁾ والعبرة في تحديد مدة الإيجار بالمدة الاتفاقية أي التي تم الاتفاق عليها بالعقد، وليس بالمدة التي يمتد إليها العقد⁽²⁾.

إن وجوب شهر عقد الإيجار، وإن كان يرتب حقوقا والتزامات شخصية وليست عينية مرده حسب الدكتور أنور طلبه إلى اقتراب هذا الإيجار من أعمال التصرف ولذلك وجب شهره حتى يعلم به الغير والذي يؤول إليه ملكية العين المؤجرة⁽³⁾.

المقصود بالغير هنا هو الشخص الذي كسب حقا على العقار المؤجر وقام بشهره وفقا للقانون قبل تسجيل عقد الإيجار، ويجوز أن يكون الحق الذي كسبه الغير في العقار المؤجر حقا عينيا أصليا كما يجوز أن يكون حقا عينيا تبعا أو شخصيا⁽⁴⁾ ومنه يجوز أن يكون الحق الذي كسبه الغير في العقار المؤجر حقا عينيا أصليا، مثل المشتري والموهوب له والموصى له، ويعتبر هؤلاء جميعا من الغير وقت تسجيل البيع أو الهبة أو الوصية.

كما يجوز أن يكون الحق الذي كسبه الغير في العقار المؤجر حقا عينيا تبعا مثل الدائن المرتهن رهنا رسميا أو صاحب اختصاص أو حق امتياز، ويجوز أن يكون الحق الذي كسبه الغير في العقار المؤجر حقا شخصيا واجب الشهر، مثل الدائن العادي الذي يعتبر من الغير من وقت تسجيل تنبيهه نزع الملكية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ يلاحظ من نص المادة 17 المذكور أعلاه والذي يستند إلى أحكام المادة 165 من الأمر رقم: 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية، الأمر الملغى بموجب المادة 75 من الأمر رقم: 26/95 المؤرخ في: 25/6/1995 المعدل والمتمم للقانون المتضمن قانون التوجيه العقاري رقم: 25/90 المؤرخ في: 18/11/1990 ومع ذلك لم يتم التصدي لهذه المادة بما يتناسب والتعديل الأخير.

⁽²⁾ د. محمد المنجي، قانون الشهر العقاري، المرجع السابق، ص 225.

⁽³⁾ المستشار أنور طلبه، المرجع السابق، ص 167.

⁽⁴⁾ مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 154.

⁽⁵⁾ د. محمد المنجي، قانون الشهر العقاري، المرجع السابق، ص 227.

لقد فرض المرسوم الفرنسي المؤرخ في: 1955/01/04 وجوب شهر عقد الإيجار بموجب المادة b 1° 28 إذا زادت مدته على اثني عشر سنة والحوالات والمخالصات التي تزيد مدتها عن ثلاث (03) سنوات وهو نفس الحكم أيضا الذي أورده المشرع المصري بموجب المادة 11 من قانون الشهر العقاري والتي جاء فيها: " يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة عقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من ثلاث سنوات وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك " وهو نفس الحكم الذي أورده المشرع المصري بموجب المادة 28 من قانون السجل العيني . ويتضح مما سبق أن المشرع المصري حدد المدة بأكثر من تسع (09) سنوات وأضاف وجوب شهر المخالصات والحوالات بأكثر من اجر ثلاث (03) سنوات مقدما.

فعقد الإيجار إذا كان واقعا على عقار وكانت مدته تزيد على تسع سنوات، لا يكفي لنفاذه في حق الغير أن يكون ثابت التاريخ قبل تلقي الغير لحقه، بل يجب أيضا أن يكون مسجلا، أما إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد على مدة تسع سنوات فيكفي أن تكون ثابتة التاريخ⁽¹⁾.

كما يجوز للمستأجر إذا شاء أن يقوم بشهر عقد الإيجار حتى إذا كانت مدته تقل على تسع (09) سنوات ولا يترتب على عدم تسجيل هذا العقد أي أثر فيما يختص بالغير، إلا أن التسجيل يتضمن في نفس الوقت إثبات تاريخ عقد الإيجار، على أن تسجيل عقد الإيجار لمدة نقل عن تسع (09) سنوات يفيد في حالة المفاضلة بين عدة مستأجرين لعقار واحد⁽²⁾.

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن وجوب شهر حق الإيجار لا يغير من طبيعته (كحق شخصي) ولا يمكن اعتباره - لمجرد وجوب شهره - حقا عينيا على الرأي الراجح⁽³⁾.

غير أن هناك من يرى بأن عقد الإيجار طويل المدة يتحول من حق شخصي إلى حق عيني، ذلك أن طول مدته يمس بجوهر الشيء، ويقلل من قيمته⁽⁴⁾.

(1) المستشار عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 88.

(2) د. عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 86.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، دار النهضة العربية، 1994، ص 260.

(4) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 46.

- أميل إلى ترجيح الرأي الأول، لأن وجوب الشهر لا يغير من طبيعة الحق، والذي يبقى شخصيا حتى وإن وجب شهره، لأن الشهر هنا وجب لنفاذ التصرف بين الأطراف وفي حق الغير لخطورة التصرف وأثره على إنقاص منفعة العقار المنتقل بإيجار طويل المدى.

رابعاً: الأحكام القضائية:

يجب شهر الأحكام القضائية عملاً بنص المادة 14 من الأمر رقم: 74/75 والتي جاء فيها: "...جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذلك تسجيلات الرهون أو الامتيازات."

يقصد بالأحكام القضائية، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية وهذا وفقاً لأحكام المادة 08 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "...تصدر الأحكام القضائية باللغة العربية تحت طائلة البطلان المثار تلقائياً من القاضي."

يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية. " فالحكم القضائي إذن هو ما يصدر عن الجهة القضائية للفصل في خصومة ما، وفقاً للقواعد المقررة قانوناً، سواء صدر في موضوع الدعوى أو في مسألة إجرائية ويأخذ شكله ومضمونه ووصفه على حسب نوع الجهة التي صدر عنها، والمسألة القانونية التي صدر بناء عليها أو على حسب الصيغة التي حرر بها.

الحكم خلافاً للعقد، له حجيته فيما بين أطراف الخصومة التي انتهت بصدوره ولكن لا تنتقل الملكية لا فيما بين الأطراف ولا في مواجهة الغير، إلا بعد إشهاره في المحافظة العقارية وهو الأمر الذي أكدته المادة 1/353 من قانون التسجيل المعدلة بالقانون رقم: 22/03 المؤرخ في: 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004⁽¹⁾ والتي أوجبت إشهار الأحكام القضائية المتعلقة بحقوق عينية عقارية.

1- الشروط الواجب توافرها في الأحكام الخاضعة للشهر:

يجب أن يتوافر في الحكم القضائي الواجب الشهر الشروط الآتية:

- أن يكون موضوع الحكم تصرفاً واجب الشهر في تطبيق أحكام قانون الشهر العقاري أو أي قانون آخر، فإذا كان التصرف موضوع الحكم غير واجب الشهر فلا يجوز شهر هذا الحكم بمعنى أنه إذا قضى بثبوت تصرف يتعلق بمنقول أو بحق شخصي على عقار لم ينص القانون على ترتيب آثار معينة على شهره، فيجب الامتناع عن شهر مثل هذه الأحكام.
- أن يكون الحكم نهائياً⁽²⁾.

(1) أنظر الجريدة الرسمية العدد 83 لسنة 2003.

(2) د. محب الدين محمد سعد، المرجع السابق، ص 491.

2- أنواع الأحكام القضائية الخاضعة للشهر:

الأحكام الخاضعة للشهر هي الأحكام التقريرية، أحكام الإلزام والأحكام المنشئة وهي مفصلة فيما يلي:

أ- الحكم التقريري:

الحكم التقريري هو الحكم الذي يقضي بوجود أو عدم وجود المركز القانوني المدعى به دون إلزام المدعى عليه بأداء معين أو إحداث أي تغيير في هذا المركز⁽¹⁾. ومن أمثلة الحكم التقريري، الحكم ببراءة الذمة أو بالمديونية، الحكم بإنكار أو إقرار حق عيني ويستهدف هذا الحكم تجهيل المركز القانوني المدعى، وهو ما يرتبه من حجية الأمر المقضي يقيد الخصوم بما يقضي به ويحقق بهذا المركز يقينا قانونيا فضلا عما قد يؤدي إليه هذا اليقين من تحقيق المركز تحقيقا اختياريا، فإنه يعد قيمة قائمة بذاتها⁽²⁾.

ب- حكم الإلزام:

يقصد بحكم الإلزام، الحكم الذي يقضي بإلزام المحكوم عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري كالحكم الصادر بإلزام المحكوم عليه في دعوى أصلية أو فرعية بتسليم مال معين أو بدفع مبلغ من النقود. يعطي الفقه أهمية كبرى لهذا الحكم إذ يعده النموذج العام أو الصورة الطبيعية للأحكام القضائية ولا جدال أن حكم الإلزام يرتب حجية الأمر المقضي، شأن كافة الأحكام القضائية الأخرى، فهو يقيد الخصوم برأي القاضي عن مركز المدعي وبالأداء اللازم لتحقيقه⁽³⁾ وهو الأكثر شيوعا في العالم ولا شك أنه يعتبر صورة من صور القضاء الموضوعي، إذ أنه يحقق التعيين القانوني للحق أو المركز القانوني محل الإدعاء⁽⁴⁾.

(1) د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الأول، النظام القضائي، دار الفكر العربي، دون سنة نشر، ص 107.

(2) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 250 - 251.

(3) د. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 258.

(4) د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 110.

ج- الحكم المنشئ:

يطلق هذا الاصطلاح على الحكم الذي يقرر إنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني موضوعي، ومثاله الحكم بإشهار إفلاس تاجر أو حكم الشفعة الذي ينقل ملكية العقار للشفيع وأحكام الطلاق.

إذا كان الأثر المميز للحكم المنشئ - وفقا لتعريفه - إحداث أثر موضوعي جديد، فإنه تبدو أهمية تمييز هذا الحكم عن الأحكام الكاشفة، سواء كانت حكما تقريريا أو حكم إلزام في تحديد المدى الزمني والشخصي لهذا الأثر الموضوعي، فالحكم المنشئ كقاعدة عامة ذو أثر موضوعي فوري ومطلق⁽¹⁾.

إن الأحكام المنشئة هي نادرة في الواقع العملي فهي تنشئ وقائع قانونية جديدة ولا تكفي بالاعتراف بوقائع سابقة، تنتج أثارها ليس من تاريخ المطالبة القضائية وإنما من تاريخ النطق بالحكم⁽²⁾.

ويتفق الحكم المنشئ والحكم التقريري في أن كليهما يقوم بهمة تقريرية لحق أو مركز قانوني سابق ولكن يتميز الحكم المنشئ بأنه يحدث تغييرا في المركز السابق ومن ثم ينتج أثارا قانونية جديدة، ومن هنا يتضح بأن الحكم المنشئ إنما يقوم هو الآخر بدور ما في تحقيق اليقين القانوني بتأكيده للحق أو المركز القانوني بعد إزالة الشكوك التي ثارت حولهما⁽³⁾.

ولا يرى البعض ضرورة تقسيم الأحكام الواجبة الشهر إلى أحكام إلزام، إنشاء أو تقرير بدعوى أن الأحكام كلها هي مقررة للحقوق إلا ما كان بطبيعته منشئا حالة قانونية كالحكم بإيقاع البيع وبأن الأحكام الواجبة الشهر هي أحكام مرسى المزاد، أحكام الشفعة والأحكام المثبتة لوجود تصرف وقع مشافهة أو بكتابة غير مسجلة متضمنا إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تغييره أو زواله⁽⁴⁾.

(1) د. وجدي راغب فهمي، المرجع السابق، ص 272 وما بعدها.

(2) CUCHE Paul , Précis de Procédure civile et Commerciale 10^e éd DALLOZ , 1951, P 68.

(3) د. محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 114.

(4) د. محمد كامل مرسى بك، اشهار التصرفات العقارية، مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، يناير 1933، ص 589.

الفرع الثاني

الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المعدل والمتمم

أضاف المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 123/93 المؤرخ في: 19/01/1993، محرمات أخرى وأوجب شهرها غير تلك التي أوردتها الأمر رقم: 74/75 وتتمثل هذه المحرمات في الدعاوى القضائية وفي الشهادة التوثيقية بموجب المادتين 62 و85 من ذات المرسوم وهي المحرمات التي أتعرض لها بالتفصيل التالي:

أولاً: الدعاوى القضائية:

القصد من شهر الدعاوى القضائية هو إعلام الغير بالأخطار التي يتعرضون لها عند التعاقد بشأن العقار موضوع الدعوى ولتمكين المدعي من التمسك بالحكم الذي يصدر فيما بعد بناء على طلبه ضد كل من آل إليه الحق من المدعي عليه⁽¹⁾.
لقد ذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى عدم جواز شهر مثل هذه الدعاوى، وبنى أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم على أساس عدم قابلية الحقوق المقيدة للطعن استناداً إلى الأثر المطهر للقيد، لهذا رفض هذا الرأي شهر دعاوى الطعن في الحقوق المشهورة سواء كانت هذه الدعاوى تهدف إلى إنكار وجود التصرف كدعاوى الطعن بطلان المطلق لانعدام الأهلية أو عدم مشروعية المحل أو السبب وكدعاوى الطعن بصورية التصرف أو كانت هذه الدعاوى تهدف إلى فسخ التصرف أو إلغائه، كدعاوى فسخ العقود الملزمة للجانبين ودعاوى الرجوع في الهبة، كذلك رفض هذا الفقه شهر الدعاوى التي تكون من شأنها الطعن في صحة التصرف كدعاوى إبطال التصرف لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضا ودعاوى نقض القسمة الرضائية بسبب الغبن أو دعاوى الطعن في نفاذ التصرف، كالدعاوى البولصية ودعوى عدم نفاذ الوصية في حق الورثة فيما يزيد على ثلث التركة⁽³⁾ لقد أخذ على هذا الرأي أنه تصور خطأ أن المشرع المصري في قانون السجل العيني قد تبني الأثر المطهر للقيد، وبنى على هذا التصور عدم إمكان الطعن في الحقوق المقيدة، ذلك لأن المشرع إن كان قد تبني الأثر المطهر للقيد الأول في السجل تحت ضمانات مشددة، فإن القيود التالية للقيد الأول لا تتمتع بهذا الأثر المطهر وإنما تتمتع بحجية نسبية ما لم يكن المستفيد من بيانات القيد من الغير حسن النية فإن هذه الحجية تصبح حجية مطلقة⁽⁴⁾.

(1) د. عمر أبو شادي، شهر الحقوق العقارية، الطبعة الأولى، 1947، ص 251.

(2) د. إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 411 وأيضاً د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، دار النهضة العربية، 1986، ص 84.

(3) د. عمر أبو شادي، شهر الحقوق العقارية، الطبعة الأولى، 1947، ص 251.

(4) د. حسن عبد الباسط جميعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 228.

يبرر أصحاب هذا الرأي موقفهم مستدلين بموقف المشرع الألماني نفسه وهو الذي أخذ بمبدأ الأثر المطهر للقيّد، لم يكفل مبدأ قوة الثبوت المطلقة للقيّد في السجل العيني، إلا في الحدود الضرورية لضمان حقوق الغير حسن النية وفقا لنص المادتين 9 و10 من قانون رقم: 1872.

لقد أخذ المنظم الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 بهذا الموقف حين فتح باب الطعن في الحقوق المشهورة وهذا ما يستخلص من نص المادة 85 من المرسوم أوجبت شهر الدعاوى الرامية إلى نطق لفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق مشهورة والتي جاء فيها: " 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 رقم: 74/75 المؤرخ في: 8 ذي القعدة عام 1935 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار."

ويتضح من خلال نص المادة 85 المذكورة أعلاه بأن الطعن يصح في جميع الحقوق المشهورة سواء تعلق الأمر بطعن في حقوق عينية أصلية أم حقوق تبعية أم حقوق شخصية، ومنه عدم أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الأثر المطهر للقيّد.

لم يستقر اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة على رأي واحد حول وجوب شهر هذه الدعاوى إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09 المؤرخ في: 25 فبراير سنة 2008 الذي أوجب عملية شهر الدعاوى بموجب المواد: 17 و519 منه إذ أصدر مجلس الدولة عدة قرارات حول ذلك منها:

- القرار رقم: 184931 الصادر بتاريخ: 27/03/2000⁽¹⁾، الغرفة الرابعة، " غير منشور" الذي جاء فيه: " 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 وبما أن القضية تتعلق بإبطال حقوق عينية عقارية ثابتة، بعقود مشهورة وعليه يتعين عدم قبول دعوى المستأنف شكلا."

كما اعتبر مجلس الدولة أن هذا الإجراء ليس من النظام العام عندما أثاره أحد الخصوم لأول مرة أمامه. وذلك في قرار أصدره بتاريخ: 16/09/2003 والذي جاء فيه: " حيث يزعم بأن هناك خرقا للمادة 85 من المرسوم 76-63 المؤرخ في: 25/03/1976.

حيث ينبغي استبعاد هذا الوجه لأنه يثار لأول مرة مباشرة أمام جهة الاستئناف. فهو غير مقبول طبقا لنص المادة 107 من قانون الإجراءات المدنية."

(1) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، 2002، ص152.

وهو نفس الموقف الذي أكده مجلس الدولة بموجب القرار رقم: 203024 المؤرخ في: 2000/06/12 عن الغرفة الأولى " غير منشور" ⁽¹⁾ والذي جاء فيه: " في دعاوى العقارية والإدارية المتعلقة بعقار والرامية إلى إبطال العقود المشهورة بالمحافظة العقارية تشترط المادة 85 من المرسوم رقم: 76-63 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل بالمرسوم رقم 123/93 المؤرخ في: 1993/05/19، لقبول الدعوى شهر العريضة الافتتاحية مسبقا لدى المحافظة العقارية المشهورة لديها العقد وهو شرط لقبول الدعوى".

بينما اتخذت المحكمة العليا موقفا مغايرا مفاده عدم وجوب شهر هذه الدعاوى وهذا بموجب عدة قرارات منها:

- القرار الصادر في: 2002/10/09 ⁽²⁾ الذي جاء فيه: " حيث أن إجراء شهر العريضة الافتتاحية للدعوى قد استحدثه المرسوم رقم: 76-63 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ولم ينص عليه كل من قانون الإجراءات المدنية، وبذلك يكون المرسوم المنوه إليه قد استحدث شرطا جديدا لصحة العريضة الافتتاحية لم يرد لا في قانون الإجراءات المدنية ولا في القانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، ومن ثمة يوجد التعارض بين القانون والمرسوم المشار إليه وحيث أنه تطبيقا لمبدأ تدرج القوانين الذي يقضي بأنه في حالة ما إذا وقع التعارض بين التشريع والتشريع الفرعي: فإنه يطبق التشريع الأعلى ويطرح التشريع الأدنى، وحيث أن قضاة الموضوع عندما طبقوا التشريع الفرعي وطرحوا التشريع الأعلى يكونون قد طبقوا ذلك المبدأ بالمفهوم العكسي".

- وكذا القرار رقم: 196021 الصادر بتاريخ: 2000/09/27 ⁽³⁾ الذي جاء فيه: " حيث ولما كانت هذه المادة (85 من المرسوم رقم: 63/76) التي تنص على شهر عريضة رفع الدعوى في حالات محددة منها دعوى بطلان العقود المشهورة وردت لحماية مصالح خاصة، وبالتالي فإن إثارها تلقائيا من طرف قضاة المجلس يعد تجاوزا للسلطة، ويعرض القرار المطعون فيه للنقض".

وأیضا ما ورد في القرار رقم: 168606 المؤرخ في: 2000/03/24 ⁽⁴⁾ الذي جاء فيه: " المبدأ - تمسك الطاعن بعدم شهر الدعوى من طرف المدعين الأصليين وعدم مراعاة قضاة الموضوع أحكام المادة 85 من المرسوم رقم: 63/76 يعرض القرار للنقض".

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 152.

(2) المجلة القضائية، العدد 02 لسنة 2002، ص 232.

(3) مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، الجزء الأول، لسنة 2004، ص 160.

(4) مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، الجزء الأول، لسنة 2004، ص 166.

1- أنواع الدعاوى الواجب شهرها:

لقد خصت المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 دعاوى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق مشهورة وهي نفس الدعاوى التي أوجب المشرع شهرها بموجب نص المادتين: 17 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي الدعاوى الآتية:

أ- الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ حقوق مشهورة *Action en resolution* :

الفسخ هو جزاء عن تخلف أحد المتعاقدين بالوفاء بالتزاماته والذي تضمنته المادة 119 من القانون المدني والتي جاء فيها: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز القاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

والفسخ قد يكون اتفاقيا وقد يكون قضائيا وقد يكون بحكم القانون .

- الفسخ القضائي:

المقصود من فسخ العقد عن طريق القضاء، أن حل الرابطة التعاقدية لا يقع من تلقاء نفسه، كقاعدة عامة، نظرا لما هذا الإجراء من خطورة بالغة على العقد⁽¹⁾، وهو الفسخ الذي يطالب به الدائن أمام القضاء دون أن يكون منصوصا عليه في العقد، وتتمثل شروطه في ما يلي:

- أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين لأن الغاية من إباحة فسخ العقد، هي إعطاء المتعاقد وسيلة للتخلص من الالتزامات التي تقع على عاتقه، حين لا ينفذ المتعاقد الآخر التزامه المقابل⁽²⁾.

- أن يتمتع أحد المتعاقدين على الوفاء بالتزامه دون سبب مشروع منع إمكانه الوفاء.

- أن يكون المتعاقد قادرا على أن يعيد الحالة إلى ما كانت عليه أولا، فإذا كان رد الحالة إلى أصلها كما كانت قبل التعاقد غير ممكن لم يكن للدائن أن يطلب الفسخ، فإذا اشترى شخص شيئا ما ثم تصرف فيه لا يستطيع طلب الفسخ لأنه لا يستطيع أن يرد الحال إلى ما كانت عليه⁽³⁾.

- يجب أن يكون هناك اعدار من طالب الفسخ إلى المتعاقد الآخر ما لم يتفق على غير ذلك أو نص القانون على غيره.

- ألا يكون الطالب قد تنازل صراحة أو ضمنا عن حقه في طلب الفسخ.

(1) بلعبيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 163.

(2) د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، دون دار نشر، 1954، ص 343

وأیضا بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 167.

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1994، ص 962 وأیضا د. احمد

حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 342.

بذلك فتتجلى أحكام الفسخ القضائي فيما يلي:

- الفسخ حق اختياري للمتعاقد فله أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه وليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

- الفسخ أمر تقديري للقاضي وله أن يمنح لأحد المتعاقدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك.

- إذا فسخ العقد تعاد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإذا كان هنالك بيع رد الثمن إلى المشتري والشيء المبيع إلى البائع، فإذا استحال رد الحالة إلى ما كنت عليه قبل الحكم بالفسخ بأن تعمد المدين مثلا ألا يرد ما استلم من الدائن جاز الحكم بالتعويض⁽¹⁾.

- الفسخ بحكم القانون:

جاء في نص المادة 121 من القانون المدني: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بحكم القانون.

يتضح من نص المادة المذكورة بأنه يفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين كأن يكون ملزما بتسليم شيء ثم هلك، وبناء على ذلك تنقضي التزامات الطرف الآخر دون حاجة إلى اعدار أو حكم قضائي، ولكن ليس معنى ذلك أن القضاء يكون بمنأى عن العقد، بل قد يترافع الطرفان أمام القاضي لإثبات استحالة التنفيذ⁽²⁾.

- الفسخ الاتفاقي:

يقصد بالفسخ الاتفاقي في مجال العقود الملزمة للجانبين، أن للطرفين المتعاقدين الحق في الاتفاق عند إبرام العقد على أنه يجوز لأحدهما فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة من هذا العقد دون اللجوء إلى القاضي⁽³⁾.

لم تحدد التشريعات التي نظمت الفسخ الاتفاقي ولا الفقه شكلا معيناً للاتفاق الذي يمكن فسخ العقد بناء عليه وإبرادة الدائن المنفردة، فليست هناك عبارات خاصة يتعين اتخاذها لإجرائه بل يجوز أن يكون الاتفاق على الفسخ بأية عبارة تفيد ذلك وكذلك لم تشترط التشريعات أن يكون الاتفاق مثبتاً في محررات رسمية أو عرفية مادام العقد الذي يراد فسخه مستقبلاً لا يستلزم شكلية معينة⁽⁴⁾.

(1) د.محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العملية للشهر العقاري في ضوء الفقه والقضاء، طبعة 2007 - 2008 ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ص 114 - 115.

(2) د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 116.

(3) د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 344.

(4) بلعبور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 213.

تتمثل شروط الفسخ الاتفاقي في:

- يجب أن يكون هناك اتفاق على الفسخ.
 - يجب أن يكون المقصود من الاتفاق استبعاد الفسخ القضائي.
 - يجب أن يكون سبب الاتفاق على إمكان فسخ العقد هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته.
- تتفق جميع التشريعات التي أخذت بالنظرية العامة للفسخ، على أن الإعذار مسألة ضرورية يجب أن يقوم به الدائن نحو مدينه سواء كنا بصدد الفسخ القضائي أو الفسخ الاتفاقي وهو ما يتجه إليه الفقه بالإجماع ويجري به العمل في القضاء⁽¹⁾.
- وهو الحكم الذي أكده المشرع الجزائري بموجب نص المادة 120 من القانون المدني التي جاء فيها " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المنفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".
- فإذا اتفق على أن الفسخ يكون بعد الاعذار لم يجب الحكم به إلا بعد هذا الاعذار وقد لا يحتاج أحد المتعاقدين إلى رفع دعوى الفسخ وذلك في حالة النص صراحة في العقد على أن يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد التأخر في الوفاء بالتزام معين دون حاجة إلى اعذار أو حكم قضائي. وحتى تنفذ آثار الدعاوى الرامية إلى فسخ عقد ناتج أو متعلق بحقوق مشهورة بالنسبة للغير، يجب شهر هذه الدعاوى.

ب- دعاوى بطلان الحقوق المشهورة:

- لكي يكون العقد صحيحا لا بد أن تكون أركانه جميعا قد توافرت وسلمت من الخلل الذي يصيبها كعدم مراعاة بعض القواعد القانونية التي يوجبها المشرع عند تكوين العقد.
- قد نظم المشرع الجزائري القواعد والشروط لاعتبار العقد صحيحا ضمن نصوص القانون المدني بموجب المواد من 59 إلى 98 وعقب على ذلك مباشرة بتنظيم الجزاء المترتب على عدم احترامها بموجب المواد من 99 إلى 105.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 717 وأيضاً د. أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 344.

وبذلك فقد رتب البطلان على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، والبطلان هو عبارة عن جزاء صارم وضعه المشرع بالنسبة لجميع العقود، وبصرف النظر عن كونها ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد، غير أن الجزاء يختلف من حيث القوة والصرامة باختلاف نوع القاعدة التي أوجبه المشرع، ولم تراخ عند تكوين العقد، بحيث إذا تخلف ركن من أركان العقد كان الجزاء هو البطلان المطلق.

وأما إذا توافرت أركانه جميعا، ولكن أحد المتعاقدين كان ناقص الأهلية أو أصاب إرادته عيب من عيوب الإرادة كان الجزاء اقل صرامة، وهو قابلية العقد للإبطال⁽¹⁾.

بذلك فإن البطلان يعني انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبه المشرع في العقد، والبطلان لا يخرج عن كونه بطلانا مطلقا أو قابلية للإبطال وهو التقسيم الثنائي الذي يأخذ به الفقه الحديث ويترتب عليه عدة نتائج قانونية هي:

- إذا كان العقد الباطل بطلانا مطلقا، فإن حكمه من الناحية القانونية يعتبر غير موجود وبالتالي فلا يرتب أية آثار قانونية، بينما إذا كان العقد قابلا للإبطال فهو موجود ومنتج لآثاره إلى أن يتقرر إبطاله.

- إذا كان العقد الباطل بطلان مطلقا لا يمكن إزالة بطلانه بالإجازة أو بالتقادم ولا يجوز تصحيحه أما إذا كان قابلا للإبطال فالأمر على العكس.

- إن العقد الباطل بطلانا مطلقا يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه، في حين أن العقد القابل للإبطال لا يتمسك بطلب إبطاله إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته⁽²⁾.

وبذلك يكون بطلان العقد إذا انعدم ركن من أركان العقد أو كان السبب غير مشروع، فعدم المشروعية معناه عدم الوجود من الناحية القانونية أو أن القانون لا يعترف بمثل هذا الوجود وإن وجد من الناحية المادية⁽³⁾.

(1) بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 117 - 118.

(2) د بلعبيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 119.

(3) د. محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العملية للشهر العقاري في ضوء الفقه والقضاء، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، حمدي سلامة وشركاه 2008/2007، ص 107.

ودعوى الطعن ببطلان التصرف يكون الغرض منها الطعن في وجود التصرف ذاته ومنه اعتبار التصرف منعدا منذ إبرامه، وهذا الانعدام ينال من وجوده أصلا ويكون عن طريق دعوى البطلان المطلق أو دعوى البطلان النسبي وهي التي أشارت إليها المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 بوجوب شهر دعاوى القضاء الرامية إلى نطق بإبطال حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها⁽¹⁾.

ج- الدعاوى الرامية إلى إلغاء الحقوق المشهورة *Action en révocation* :

يجب شهر الدعاوى الرامية إلى إلغاء الحقوق المشهورة وهي الدعاوى التي ترمي إلى إلغاء عقد إداري ناقل للملكية العقارية باعتبار أن العقد الإداري يعتبر عقدا ناقلًا للملكية⁽²⁾.

د- الدعاوى الرامية إلى نقض الحقوق المشهورة *Action en rescision* :

هي الدعاوى التي ترفع للمطالبة بنقض القسمة الودية وفقا لنص المادة 732 القانون المدني التي جاء فيها: " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس سنوات على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته."

يتم شهر الدعاوى القضائية (العريضة الافتتاحية للدعوى) في البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية عن طريق التأشير الهامشي في سجل المحررات المتضمنة العقار موضوع المطالبة القضائية. ويتم اثبات هذا الشهر أمام القضاء إما بموجب شهادة تسلّم من قبل المحافظ العقاري المتواجد بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه أو بالتأشير في أسفل العريضة الافتتاحية⁽³⁾.

(1) جاء في نص المادة 85 وجوب شهر دعاوى إبطال حقوق مشهورة والذي يعني البطلان النسبي دون المطلق وبذلك أرى أن الأقرب إلى الصواب استعمال عبارة دعاوى البطلان بدلا من دعاوى الإبطال لأنها أشمل و أعم في المعنى وهي الترجمة الملائمة لعبارة *Annulation* الواردة في نفس النص باللغة الفرنسية وبذلك يلحق بهذه الدعاوى الرامية إلى إبطال حقوق مشهورة وهذا في حالة ما إذا إختل شرط من شروط الصحة كإنعدام الأهلية أو وجود عيب من عيوب الإرادة كالتدليس، الإكراه، الغلط، الاستغلال أو الغبن.

(2) لقد ورد في نص المادة 85 من المرسوم رقم: 63/76 وجوب شهر الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق...و كلمة إلغاء هي ترجمة لعبارة *révocation* والتي تعني التعديل وليس الإلغاء وهو الخطأ الذي تداركه المشرع بمناسبة صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا بموجب المادة 519 التي جاء فيها: " ترفع الدعوى أمام القسم العقاري وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها.

(3) أ. جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 112.

2- الآثار المترتبة على شهر الدعاوى القضائية:

يترتب على شهر الدعاوى القضائية المذكورة أعلاه جملة من الآثار يمكن تلخيصها في ما يلي:

- إن شهر الدعوى العقارية بالمحافظة العقارية لا يترتب عنه وقف الإشهار العقاري للسند، لأن مهام المحافظ العقاري مهام مستقلة عن إدارة أطراف الدعوى، وبذلك يستمر في إجراءات شهر الحق المتنازع فيه رغم قيام النزاع القضائي الذي أشعر بوجوده وهذا ما أكدته المذكرة رقم: 3875 المؤرخة في: 1993/03/22 التي لفتت انتباه مديري الحفظ العقاري إلى عدم الأخذ بالطلبات المختصة بإيقاف إجراء إشهار متضمن نقل حقوق عقارية، وأن الطلبات التي تؤخذ بعين الاعتبار هي الدعاوى القضائية والدعوى الإستعجالية، أضافت المذكرة بأن الدعاوى القضائية تشهر لغرض حفظ حق المدعي في حالة صدور الحكم لصالحه ولا توقف أي إشهار لاحق.

أما الدعوى الاستعجالية، فيجب إشهار الأوامر الإستعجالية القاضية بوقف إجراءات الشهر ويتم إيقاف الشهر لأجل محدد مع التأكيد على ضرورة تحديد مدة الإيقاف في نص الأمر ولو إلى غاية صدور حكم نهائي.

رأت الأستاذة ليلي زروقي في هذا الصدد، عدم صواب ما انتهت إليه المذكرة من جواز توقيف إجراءات الشهر العقاري بناء على أمر استعجالي، لأن التصرف في العقار هو حق دستوري، والحالة الوحيدة في القانون الجزائري التي توقف تنفيذ العقد الرسمي هي حالة الطعن فيه بالتزوير⁽¹⁾.

⁽¹⁾ الأستاذة ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 238.

لقد حصرت الأستاذة ليلي زروقي حق اللجوء إلى استصدار أمر استعجالي بوقف تنفيذ الطعن بالتزوير في العقد الرسمي، وهذا الرأي غير صائب في نظري، لأنه وإن كان اللجوء إلى التصرف في العقار هو حق دستوري، فإن اللجوء إلى القضاء هو أيضا حق دستوري ولا يوجد ما يقيد القضاء الاستعجالي للفصل في النزاع واتخاذ أي إجراء من الإجراءات التحفظية دون المساس بأصل الحق تطبيقا لصلاحيات واختصاصات القضاء المستعجل .

- إن الأستاذة ليلي زروقي حصرت وقف تنفيذ إجراءات الشهر بالعقد الرسمي الذي تحكمه المادة 6/324 من القانون المدني الجزائري لكن قد يكون موضوع الدعوى غير المنازعة في العقد الرسمي بل في قرار اداري أو في تنفيذ حكم قضائي، وبذلك فلا مانع من اللجوء إلى القضاء المستعجل لوقف إجراءات التنفيذ عملا بأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي سمح للقاضي العقاري أن يتخذ عن طريق الاستعجال التدابير التحفظية اللازمة في حالة منازعة جدية وفقا لنص المادة 521 ق.م.أ.

ويكون التوقيف محدد بمدة معينة، وبذلك تحفظ حقوق المدعي بهذا التدبير التحفظي المؤقت إلى غاية الفصل في الدعوى الموضوعية نهائيا.

- إن الهدف من شهر الدعوى العقارية هو إحاطة الغير علما بما يشوب التصرف الذي يقدم عليه فله أن يتراجع عن التصرف أو أن يقدم عليه مع علمه بأن الحق متنازع فيه، وبشهر الدعوى حفظ المدعي حقه احتفاظا معلقا على صدور الحكم فيها، فإن صدر الحكم برفض الدعوى وأصبح نهائيا زال أثر شهر الدعوى وأصبح كأن لم يكن. لقد اكتفت أحكام المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 بوجوب شهر عريضة رفع الدعوى دون أن تشير إلى أثر ذلك الشهر على الغير الذي اكتسب حقا بعد شهر الدعوى والغير الذي اكتسب حقا قبل شهر الدعوى، ولا إلى امتداد الشهر إلى الحكم الصادر في الدعوى وأثر ذلك على الحقوق المكتسبة من طرف الغير حسن النية ولا إلى مصير الشهر الوارد على العريضة ومنه على البطاقات العقارية أي إلى وجوب زوال (القيد) بعد صدور الحكم برفض الدعوى، الشيء الذي يتطلب البحث في ما وردت فيه من أحكام حول هذه الآثار في القانون المقارن فيما هو آت.

أ- آثار شهر عريضة رفع الدعوى في القانون المصري:

لما كانت الأحكام القضائية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية يجب قيدها، وكانت هذه الأحكام ترجع في أساسها إلى الدعاوى المرفوعة بشأن هذه الحقوق، فإنه يجب إعلام الغير بهذه الدعاوى حتى يكونوا على بينة من الأمر عندما يتعاملون بشأن العقارات المتعلقة بها هذه الدعاوى⁽¹⁾. وبذلك استهدف المشرع المصري من ذلك إعلام الغير بشأن النزاع المتعلق بالعقارات المرفوع بشأنها هذه الدعاوى حتى يتروى في قراره بالإقدام على التعامل مع ملاك هذه العقارات الذين قد تزول حقوقهم عليها إذا ما صدر حكم ضدهم⁽²⁾، وبذلك فقد كفل المشرع المصري للغير العلم بهذه الدعاوى منذ صدور قانون التسجيل لسنة 1923، إذ أوجب هذا القانون التأشير على هامش الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها.

وكذلك أوجب قانون الشهر العقاري تسجيل هذه الدعاوى بموجب أحكام المادة 15 منه والتي جاء فيها: " يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر فتسجل تلك الدعاوى. ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وتقييدها بجدول المحكمة. "

(1) المحامي وجدي شفيق فرج، المرجع السابق، ص 68.

(2) مندي حمزة محمد، السجل العيني ثورة في نظام الشهر، الأقصى للطباعة والتجارة والتوريدات، القاهرة، 2008، ص 318.

وأيضاً، فإن قانون السجل العيني المصري الصادر سنة 1964 قد أوجب شهر الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية في السجل العيني بموجب المادة: 32 والتي جاء فيها: "الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري أو بصحة أو نفاذ تصرف من التصرفات الواجب قيدها، يجب أن تتضمن الطلبات فيها إجراء التغيير في بيانات السجل العيني، ولا تقبل الدعوى إلا بعد تقديم شهادة دالة على حصول التأشير في السجل بمضمون هذه الطلبات."

من خلال استقراء هذه النصوص، يلاحظ أنه إذا تم التأشير بالدعاوى السابق ذكرها في السجل العيني ترتبت على ذلك أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤثر به طبقاً للقانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائياً، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبت لمصلحتهم بيانات في السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعاوى في السجل العيني، ومعنى ذلك أن حق المدعي يكون حجة لا من تاريخ الحكم النهائي ولكن من تاريخ التأشير بدعواه في السجل العيني إعمالاً للأثر الرجعي⁽¹⁾، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليه في الفقرة السابقة.

ومفاد ذلك أن الحكم الذي يصدر في هذه الدعاوى ويتم شهره يكون لهذا الشهر أثر رجعي ينصرف إلى تاريخ شهر الدعاوى المتعلقة به كما أنه لا يكون للأثر الرجعي للحكم أي حجية على من كسب حقاً بحسن نية قبل تسجيل العريضة أو التأشير بها. لا يتطلب القانون المصري أن يكون الغير الذي تلقى حقاً عينياً قبل شهر عريضة رفع الدعوى بالتسجيل أو التأشير متواطئاً مع المدعي إضراراً بالمدعى عليه، بل يكفي أن يكون عالماً بالسبب الذي تستند إليه الدعوى أي يجب أن يتوافر فيه شرطان هما:

- أن يكون قد تلقى حقاً عينياً عقارياً تم شهره طبقاً للقانون قبل تسجيل عريضة الدعوى أو التأشير بها.

- أن يكون جاهلاً للسبب الذي تستند إليه دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق⁽²⁾.

ولم يرد في القانون الجزائري ما يجب أن يتخذ ضد الدعوى الكيدية مثلما ورد في القانون المصري الذي اعتبر إذا كان الغرض من رفع الدعوى إلغاء العقود أو فسخها أو دعاوى الاستحقاق هو إيجاد عقبات بشأن الحقوق التي ليس فيها مجال للنزاع أصلاً حتى يضطر صاحب الحق أن يتفق مع المدعي على ما فيه منفعة لهذا الأخير، فإنه رأى أن ينظم طعناً خاصاً يلجأ إليه صاحب الشأن في هذه الحالة وذلك بأن يسمح له بالالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة لإلغاء تسجيل عريضة الدعوى أو التأشير بها طبقاً للفقرة الثانية من المادة 18 من قانون الشهر العقاري.

(1) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 63 وأيضاً المستشار عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 109.

(2) مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 163 - 164.

يجب أن يطعن المدعي عليه في تسجيل الدعوى فور قيدها و تسجيلها، فإذا مرت مدة طويلة زالت صفة الاستعجال وأصبح قاضي الأمور المستعجلة غير مختص بنظرها⁽¹⁾.

ب- آثار شهر عريضة رفع الدعوى في القانون الفرنسي:

لقد أوجب المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 بموجب المادة c 4° 28 شهر الطلبات القضائية الرامية إلى فسخ، إلغاء، إبطال، أو نقض أي اتفاق أو أي واقعة ناتجة عن الوفاة، وبمجرد شهر الطلب القضائي يحوم الشك حول مدى قيمة الحق المنصب على العقار أو على الحق العيني العقاري⁽²⁾ يعتبر الغير عالما بهشاشة الحق الذي هو معرض للزوال بأثر رجعي، غير أنه لم يسلم هذا النص من النقد الفقهي ذلك لأنه أوجب فقط شهر الطلب الافتتاحي للدعوى في حين أن المنازعات المتعلقة بصحة الحق قد تنشأ في غالب الأحيان بمناسبة إثارة الدفع والتي لم ينص المشرع الفرنسي على وجوب شهرها، هذا فضلا عن حصره للدعاوى الواجبة الشهر في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والنقض، في حين أنه استبعد دعوى استحقاق الملكية من وجوب شهر عريضة رفع دعاوها في حالة المنازعة فيها⁽³⁾ كما وضع الاجتهاد القضائي حدا لمجال تطبيق أحكام المادة c 4° 28 والتي طبقت بشكل ضيق⁽⁴⁾ الأمر الذي أدى إلى إثارة عدة منازعات حولها نتيجة قصور النص وعدم ملاءمته، بذلك فإن المطالبة القضائية التي يجب شهرها هي تلك التي يكون الهدف منها المنازعة ضد تصرف يكون هو بدوره تصرفا مشهرا وتهدف إلى إلغاء التصرف بأثر رجعي، ولم يعد الأمر مقتصرًا على عريضة رفع الدعوى بل إلى كل إجراء يهدف إلى المنازعة في حقوق مشهورة.

إن الجزاء المترتب على عدم شهر الدعوى هو عدم قبولها والذي لا يثيره القاضي من تلقاء نفسه وإنما هو مرتبط بطلب يقدمه أحد طرفي الدعوى، وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في عدة قرارات منها القرار المؤرخ في: 1990/06/27 الصادر تحت رقم: 208 IR 1990 القاضي بنقض وإبطال قرار محكمة الاستئناف الذي قضى بعدم قبول الدعوى لعدم شهرها دون إثارة هذا الدفع من الخصوم⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ مدحت محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 164-165 وأيضًا سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 101.

⁽²⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 141.

⁽³⁾ MAZEAUD (Henri Léon et Jean), op.cit, P 679.

⁽⁴⁾ DAGOT Michel, op.cit, p.179 et MARTY Gabriel – RAYNAUD Pierre par JESTAZ Philippe, op.cit, N° 797.

⁽⁵⁾ (civ 3° 27/06/1990 D 1990 IR 208) Irrecevabilité de la demande : viole l'art 30-5 du décret du 04/01/1955 relatif à la publicité foncière la cour d'appel qui peut déclarer irrecevable une demande tendant à la résolution d'un bail à construction retient qu'il n'est pas justifié que cette demande ait été publiée qui, s'agissant d'une finalité d'ordre public, son non accomplissement doit être relevé par le juge même si le moyen n'a pas été invoqué, alors que les parties ont seules qualité pour invoquer cette fin de non recevoir édictée en vue de la protection de leurs intérêts particuliers (GAZ-PAL 05/02/1991) – civ 3° 20/10/2010 n°09-16.640 : Il résulte des articles 28 4° c et 30 5 du décret n° 55 -22 du 4/01/1955 que la publication en cours d'instance, de conclusions récapitulatives contenant demande d'annulation eu résolution de la vente rend ces demandes recevables(Recueil DALLOZ 11 nov 2010 n° 39)

كما أكد على عدم اقتصار عملية الشهر العقاري على عريضة رفع الدعوى وإنما فرض امتدادها إلى الطلبات الإضافية والطلبات العارضة بشكل عام، وذهب الاجتهاد القضائي إلى أن هذه الطلبات عندما تتعلق بالطعن في الحقوق العينية العقارية وعندما تبدى أثناء سير الخصومة بموجب عرائض غير عريضة رفع الدعوى، فإنه هذه العرائض هي التي يجب أن تكون موضوع الشهر. إن الحل الذي توصل إليه الاجتهاد القضائي يتناسب مع نص المادة 28 4° c، لأن الغرض المبتغى هو إعلام الغير الذي يجب أن يكون على دراية تامة ليس فقط بوجود الدعوى وإنما يجب أن يعلم بمختلف الطلبات القضائية التي تتخلل الخصومة، لأنها ترمي إلى الطعن في الحق المشهر⁽¹⁾.

ثانيا: الشهادة التوثيقية Attestation notariée⁽²⁾:

إن من بين مصادر الحق، التصرف القانوني والواقعة القانونية ولقد سبق التطرق إلى التصرفات القانونية الواجبة الشهر بمختلف أنواعها، فتجدر الإشارة إلى أن الوقائع القانونية هي أيضا تكون محل شهر بالسجل العقاري، ويقصد بالواقعة القانونية كل فعل أو حدث يقع بفعل الطبيعة أو بفعل إنسان يترتب عليه أثر قانوني، كإكتساب حق معين لشخص لم يكن له من قبل، وانقضاء حق لشخص وانتقاله لآخر.

تنقسم الواقعة القانونية استنادا إلى مصدرها إلى وقائع طبيعية تقع بفعل الطبيعة، ووقائع اختيارية تقع بفعل إنسان. فالنوع الأول من الوقائع يقع دون أن يكون لإرادة الأفراد دور في وقوعها، كالوفاة التي تؤدي لاكتساب الورثة لحق الإرث والولادة والقرابة.

إذا كانت الوقائع الاختيارية تدخل في نطاق الالتزامات ولا علاقة لها بموضوع السجل العقاري، فإن الوقائع الطبيعية وتحديد واقعة الإرث هي التي تعني موضوع البحث، إذ بوفاة الشخص ينشأ للورثة الحق في تركة مورثهم وهو الميراث، والحقوق التي تنتقل إلى الورثة هي الحقوق المالية، فتنقل إليهم ملكية التركة وكذلك الحقوق العينية الأصلية إلا ما كان منها ينقضي بالوفاة (كحق الانتفاع) وكذا الحقوق العينية التبعية (كالرهن الرسمي، حق الاختصاص والامتياز...⁽³⁾).

لقد أوجب المشرع الجزائري شهر الشهادة التوثيقية بموجب المادة 15 من الأمر رقم: 74/75 والتي جاء فيها: " كل حق للملكية وكل 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."

⁽¹⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 144.

⁽²⁾ إن تسمية هذه الوثيقة "بالشهادة التوثيقية" وهي ترجمة لكلمة "Attestation notariée" المستمدة من المرسوم الفرنسي المؤرخ في: 1955/01/04، الذي وردت فيه هذه التسمية لأول مرة والتي هي منتقدة لأن الموثق يصدر عدة شهادات قد تلتبس بالشهادة الحالية لذا يفضل البعض عبارة شهادة الإرث بدلا من الشهادة التوثيقية "Attestation d'hérédité".

⁽³⁾ د.علي بن عزان بن علي الهشامي، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 88 وما بعدها.

يتضح من هذا النص أن المشرع اعتبر الوفاة واقعة مادية تنقل الملكية من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة صاحب الحق العيني، وكما جاء في نص المادة 91 من المرسوم رقم 63/76: " كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة...".

يتضح من هذا النص أن المرسوم التنفيذي أورد الشهادة التوثيقية ضمن أحكام المواد: 90 و 91 منه ضمن القسم الثاني تحت عنوان " الوثائق المودعة قصد إشهارها - أجل إتمام الإجراء ".

يقصد المنظم من نص المادة 91 أنه و إن كانت الملكية تنقل بفعل الوفاة إلى الورثة منذ تاريخ الوفاة غير أن انتقال أو إنشاء أو انقضاء لهذه الحقوق يجب أن يكون بموجب شهادة توثيقية والتي يحررها الموثقون إما بناء على طلب الأطراف أو من تلقاء أنفسهم بمناسبة إعداد عقود تتعلق أو تهم كل التركة أو جزء منها.

يستخلص من استقراء النصوص المذكورة ما يلي:

- 1- الحقوق العينية العقارية هي المعنية وليست الحقوق المنقولة.
- 2- يجوز أن تنصب الشهادة التوثيقية على جزء من التركة "وعند إعداد عقود لكل أو جزء منها " وإذا كانت أيلولة العقارات إلى الوارث بمقتضى حق الإرث، إنما تترتب على مجرد واقعة مادية هي موت المورث وقيام سبب الإرث بالوارث، لا على تصرف من التصرفات القانونية، فلم يكن هناك وجه لجعل انتقال الحق إلى الوارث متوقفا على شهره⁽¹⁾.

إن الهدف من استحداث هذه الشهادة لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية هو تطبيق مبدأ الأثر النسبي للشهر ووسيلة للحفاظ على سلسلة انتقال الملكية العقارية.

ويتم إعداد الشهادة التوثيقية وفقا لنص المادة 99 من المرسوم خلال أجل شهرين ابتداء من اليوم الذي قدم الالتماس إلى الموثق، ويرفع هذا الأجل إلى أربعة أشهر إذا كان أحد المعنيين يسكن بالخارج كما يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة (06) أشهر بعد الوفاة، علما بأنه تم تعديل مدة شهرين ورفعها إلى 03 أشهر بموجب قانون المالية لسنة 99 المادة 31 منه والتي جاء فيها : " بالنسبة للشهادات بعد الوفاة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ تحرير المحرر. يمدد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما بالخارج. يمكن أن تقوم المسؤولية المدنية للمالكين الجدد بالحقوق العينية إذا كان التسخير المحرر أكثر من ستة أشهر من الوفاة"⁽²⁾ .

(1) د. محمد المنجي، قانون الشهر العقاري، المرجع السابق، ص 306.

(2) الجريدة الرسمية العدد 98 لسنة 1998 .

لقد أثارت الشهادة التوثيقية جدلاً فقهيًا وقضائياً حول مدى وجوبها لإثبات الصفة في التقاضي انتهت بمواقف متضاربة، فبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي فقد تضارب موقف المحكمة العليا مع موقف مجلس الدولة حول ذلك.

فلقد صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات لا تشترط الشهادة التوثيقية لإثبات الصفة في التقاضي منها:

- القرار رقم: 391380 المؤرخ بتاريخ: 2007/01/17⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "وحيث من المقرر قانوناً أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري من وفاة أصحاب الحقوق العينية وهذا طبقاً للمادة 2/15 من الأمر رقم: 74/75 المتضمن إعداد السجل العقاري ومسح الأراضي، فضلاً عن كون المادة 127 من قانون الأسرة نصت على أنه يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو حكماً. حيث أن المادتين المذكورتين لا تشترطان الإعداد السابق للشهادة التوثيقية لممارسة دعوى قسمة التركة.

حيث أن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد خالفوا القانون، لاسيما المادة 2/15 المذكورة أعلاه، مما يجعل قرارهم مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون ويعرضه ذلك للنقض والإبطال."

- القرار رقم: 463305 المؤرخ بتاريخ: 2008/09/10⁽²⁾ والذي جاء فيه: "حيث ومادام أن الأمر يتعلق بعدم التعرض للحيازة بين مالكين على الشيوع على حد ما أفادته كتاباتهم، فإن الصفة والمصلحة متوفرتان عند كلا الطرفين بمفهوم المادة 459 قانون الإجراءات المدنية، لثبوت العلاقة المباشرة الواقعية بين الأرض موضوع النزاع وكل واحد من الطرفين. أما الشرعية والتأسيس القانوني للطلبات فذلك ما كان يجب مناقشته في الموضوع.

حيث إضافة إلى ذلك، وفي حالة ما إذا ثبت أن الطرفين حقيقة شريكين في الشيوع، فإن الشهادة التوثيقية لا تشترط بين الشركاء في الشيوع مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم، لأن إثبات نقل الملكية من الهالك إلى الوارث يطلب في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث فقط. حيث كان يتعين بالتالي على قضاة الموضوع التأكد من مدى ثبوت الحقوق التي ادعى بها الطرفين على الأرض موضوع النزاع، وإذا ثبتت حالة الشيوع بينهما، الفصل في الدعوى طبقاً للقواعد الخاصة بالملكية الشائعة.

حيث بامتناعهم عن ذلك وعدم قبولهم الدعوى شكلاً يكون قضاة الموضوع قد أخطؤوا في تطبيق القانون وعرضوا بالتالي قرارهم للنقض."

(1) أنظر مجلة المحكمة العليا عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث لسنة 2010، ص 191.

(2) أنظر مجلة المحكمة العليا عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث لسنة 2010، ص 195.

كما اعتبرت المحكمة العليا الشهادة التوثيقية عقدا رسميا ناقلا للملكية حتى وإن كان عقدا تصريحيا وهذا بموجب القرار رقم: 267615 المؤرخ في: 2004/09/22 والذي جاء فيه: " المبدأ: تعد الشهادة التوثيقية حتى وإن كانت عقدا تصريحيا، متى استوفت إجراءات الشهر عقدا رسميا ناقلا ملكية الأملاك العقارية إلى الورثة سواء في أشياء أو بالحصة المفترزة. "

بينما صدر عن مجلس الدولة القرارات التالية:

- قرار مجلس الدولة - الغرفة الأولى - رقم: 206652 المؤرخ في: 2000/07/10⁽¹⁾ " غير منشور " والذي جاء فيه: " لكن حيث أن المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما المتوفى إليهما كما تشترطه أحكام المادة 91 من المرسوم رقم: 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25.

وحيث أن هذا الشرط هو - إجراء إجباري مسبق - لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الورثين.

وحيث أن المستأنفين لم يقوموا بهذا الإجراء القانوني والإلزامي قبل رفع دعواهما المتعلقة بالاعتراف بالملكية على القطعة الأرضية المتنازع من أجاها في إطار تطبيق أحكام المرسوم رقم: 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21.

... تعتبر دعوى سابقة لأوانها ما دام أن المستأنفين لم يقوموا بالإجراءات القانونية الأولية لإثبات صفتها كوارثين شرعيين للمرحوم " ش. ع" و لإثبات نقل ملكية هذا الأخير بصفة رسمية إلى مورثيه كما يستلزمه القانون.

- القرار رقم: 146142 المؤرخ في: 1999/01/11⁽²⁾، مجلس الدولة الغرفة الثانية (غير منشور) والذي جاء فيه: " ... حيث أنه من الثابت أنه لا يمكن شراء أو نقل حق الملكية بمجرد تصريح حتى ولو كان ذلك أمام الموثق. انه يجب إثبات الملكية بموجب سند صحيح يكرس نقل ملكية العقار.

وأنه في - قضية الحال - لا يمكن أن يأخذ التصريح التوثيقي ولا المستخرج من المحافظة العقارية والذي ما هو إلا شهر شهادة الموثق لا غير مرتبة عقود الملكية.

وأنه بالنتيجة فإن القرار المستأنف أحق عندما رفض دعوى المستأنفين لعدم إثبات صفتهم كمالكين.

(1) حمدي بشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، 2002، ص 64.

(2) حمدي بشا عمر، المرجع السابق، ص 66.

- موقف الفقه من مدى وجوب الشهادة التوثيقية لإثبات صفة التقاضي:

أمام هذا الجدل القضائي يبقى السؤال الذي يطرح نفسه حول معرفة ما إذا كان من الممكن التمسك بصفة مالك لأموال الشركة وإثباتها بمجرد فريضة فقط، أم يجب إثبات ذلك بموجب الشهادة التوثيقية؟ إجابة على ذلك ترى الدكتور غنيمه لحو⁽¹⁾ بأنها تعتقد أن الفريضة لا تكفي لإثبات صفة المالك في مثل هذه الدعاوى وأن الشهادة التوثيقية هي التي تثبت انتقال ملكية الأموال إلى الورثة على أساس الفريضة المحررة قانونا.

لا يمكن من ثمة قبول دعوى القسمة أو دعوى الاستحقاق إلا إذا قدمت الشهادة التوثيقية أمام المحكمة كما لا يمكن أن تنصب القسمة بين الشركاء في الشيوخ إلا على أموال يمكنهم إثبات ملكيتها فعلا، ولا تعني الفقرة الثالثة من المادة 91 من المرسوم رقم: 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، إمكانية رفع دعوى القسمة في غياب الشهادة التوثيقية. فهذه الفقرة لا تتعلق بحالة رفع دعوى القسمة، بالعكس إنها تعني حالة تصفية الشركة بدون منازعة ضمن الأجل المقررة لشهر الشهادة التوثيقية.

كذلك الأمر بالنسبة لدعاوى الاستحقاق، على من يدعي حق ملكية على المال العقاري الذي كان مملوكا لمورثه، أن يثبت ذلك والوثيقة المقررة لذلك هي الشهادة التوثيقية⁽²⁾. وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للقانون والفقه والقضاء في الجزائر، فما موقف القانون المقارن من ذلك؟

(1) د. غنيمه لحو، إثبات صفة الوارث. دور الشهادة التوثيقية المحررة بعد الوفاة. تعليق على القرار رقم: 394379 مقال منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص، اجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، ص 204 وما بعدها.

(2) أرى أنه يجب حسم هذا الخلاف وهذا بالاحتكام إلى نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 (الذي وضعت نصوصه حدا لكثير من الإشكالات التي كانت مطروحة قبل صدوره مثل وجوب شهر عريضة رفع الدعوى...) والذي لم يرد فيه أي نص حول مدى وجوب تقديم الشهادة التوثيقية لإثبات صفة المدعي، لذلك فلا يمكن أن تقيد رفع الدعوى بتقديم هذه الشهادة التوثيقية طالما أن وجوبها مطلوب فقط لانتقال أو إنشاء الحقوق العينية العقارية أما المنازعة فيها عن طريق المطالبة بتقسيم الشركة فعقد الفريضة كاف لإثبات صفة المدعي وكذا المدعي عليه.

- شهر حق الإرث في القانون المصري:

يجب قيد حق الإرث في القانون المصري وفقا لنص المادة 30 من قانون السجل العيني التي جاء فيها: " يجب قيد حق الإرث إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية، بقيد السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة التي يجب أن تتضمن نصيب كل وارث، وإلى أن يتم هذا القيد لا يجوز للوارث أن يتصرف في حق من هذه الحقوق.

ويكون قيد حق الإرث في خلال خمس سنوات من تاريخ وفاة المورث بدون رسم، أما بعد ذلك فلا يقبل القيد إلا بعد أداء الرسم المفروض على نقل الملكية أو الحق العيني. وتبدأ مدة الخمس سنوات بالنسبة إلى حقوق الإرث القائمة من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار.

وهذه المادة تقابل المادة 13 من قانون الشهر العقاري التي تنص على أنه: " يجب شهر حق الإرث بتسجيل الشهادات الوراثية الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية، وذلك بدون رسم وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أي تصرف من الوارث في حق من هذه الحقوق.

ويجوز أن يقتصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحده يبنى على أساسها تصرفات الورثة.

الواضح مما سبق أن المشرع المصري، ولو انه أوجب شهر حق الإرث إلا انه لم يرتب على عدم إجرائه سوى أثرا واحدا وهو عدم تمكين الوارث من شهر أي تصرف يصدر منه في حق من الحقوق العينية العقارية التي آلت إليه ميراثا عن مورثه، بمعنى أن انتقال الحق إليه لا يتوقف على شهر حق الإرث، بل تؤول إليه جميع حقوقه في التركة بمجرد وفاة المورث، ويعتبر تصرف الوارث في هذه الحقوق تصرفا صحيحا صادرا من مالك ولكن لا يجوز شهره حتى يتم شهر حق الإرث الذي أباح القانون تجزئته فيجوز قصر الشهر على جزء من التركة على أن يعتبر هذا الجزء الذي تم شهره وحده قائما بذاته ولا يباح للوارث شهر تصرفه إلا إذا كان في حدود نصيبه في هذا الجزء⁽¹⁾. وبذلك يتضح بأن المشرع المصري أوجب شهر حق الإرث إذا تصرف في عقار تلقاه بالميراث واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير، وذلك ضبطا لأصل الملكية في التصرفات، وتيسيرا لوضع نظام السجلات العينية⁽²⁾.

(1) د. محب الدين محمد سعد، المرجع السابق، ص 477.

(2) د. وجدي شفيق فرج، المرجع السابق، ص 60.

يتضح مما سبق بأن الجزاء عن تخلف التسجيل هو عدم انتقال الملكية كما هو الحال في التصرفات القانونية ومرجع ذلك أن الملكية تخرج من ملك المتوفى لمجرد وفاته، فلو جعل التسجيل شرطاً لانتقالها إلى الوارث لبقيت عقارات التركة بلا مالك في الفترة ما بين الوفاة وإتمام التسجيل، لذلك فقد اكتفى المشرع بأن جعل جزاء عدم التسجيل هو عدم تسجيل أي تصرف يصدر من الوارث في أي عقار من عقارات التركة ما لم يكن حق الإرث قد تم تسجيله بالنسبة لهذا العقار. على هذا النحو يكون الهدف من شهر حق الإرث مجرد التوصل إلى تسلسل أصول الملكيات العقارية، ولذلك أوجب المشرع شهر حق الإرث باعتباره عملاً أولياً لازماً لشهر كل تصرف يجريه الوارث في العقارات الموروثة من تلك التصرفات واجبة الشهر، ومن ثمة فالوارث لا يكون مجبراً على التسجيل طالما لم يقدم على التصرف في عقارات التركة.

إن عدم شهر حق الإرث لا يترتب عليه بطلان تصرف الوارث في العقارات الموروثة وإنما مجرد عدم إمكان شهرها، ولذلك فإن تصرف الوارث في عقار من عقارات التركة يترتب على عاتق الوارث التزاماً بنقل الحق المتصرف فيه، ومن ثمة التزاماً بتسجيل حق الإرث باعتباره إجراءً لازماً لنقل الحق المذكور⁽¹⁾.

- شهر حق الإرث في القانون الفرنسي:

أما في القانون الفرنسي، فإن الشهادة التوثيقية في ظل المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 هي تلك الشهادة التي يحررها الموثق فقط ويتدخل من ذوي الحقوق أو بعضهم⁽²⁾ ويجب أن تتضمن عدة بيانات حددتها المادة 29 من ذات المرسوم والتي تتعلق بجميع المعلومات الخاصة بنقل أموال التركة، ويشهد الموثق بمقتضاها بأن الأموال والحقوق التابعة للتركة انتقلت للورثة والموصى لهم⁽³⁾. هذه الشهادة تعد من طرف الموثق وتحت مسؤوليته الشخصية والذي يقوم بشهرها بمحافضة الرهون بعد التأشير بقراءة محتواها على الأطراف والتي تكون مؤرخة وموقعة من طرفه⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، دار الكتاب الحديث، ص 358.

⁽²⁾ DAGOT Michel, la publicité foncière, puf.coll.Thémis, 1^{er} éd. 1981, P 172.

⁽³⁾ civ 3^e, 11/05/ 2011 n° 9-17.138 : selon les articles 29 et 28 du décret n° 55- 22 du 04/01/1955 portant réforme de la publicité foncière, dans les delias fixés à l' article 33 toute transmission ou constitution par décès de droits réels immobiliers doit – être constatée par un attestation notariée indiquant obligatoirement si les successibles ou légataire ont accepté et précisant éventuellement les modalités de l'acceptation. Recueil DALLOZ, 2011,P 1416

⁽⁴⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P131 – 132.

المطلب الثاني

الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الخاصة الأخرى

لقد وردت عدة محرمات ضمن أحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض القوانين الخاصة، أوجب المشرع شهرها بوسيلة من وسائل الشهر المحددة قانونا وبناء على هذه المصادر حاولت جمع مختلف المحرمات والحقوق الواجب شهرها. من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقانون المدني.

الفرع الثاني: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثالث: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقوانين الخاصة الأخرى.

الفرع الأول

الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقانون المدني

تتمثل الحقوق الواجبة الشهر الواردة في القانون المدني الجزائري في الشفعة والمخالصات والحوالات فضلا عن الحقوق الأخرى المتمثلة في الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي تناولها المشرع بموجب أحكام الأمر رقم: 74/75 ومراسيمه التنفيذية.

أولاً: حق الشفعة

بما أنه لم يسبق تناول حق الشفعة ضمن أحكام القانون الأخير، وانفرد بها القانوني المدني، فإنني رأيت ضرورة التعرض لها حسب المصدر الذي وردت به وهو القانون المدني.

لقد أوجب المشرع الجزائري شهر حق الشفعة وفقا لنص المواد: من 794 إلى 807، وهذا بوجود تسجيل الإعلان بالرغبة في الشفعة وكذا الحكم الصادر فيها.

لقد جاء في نص المادة 794 من القانون المدني: "الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية."

كما جاء في نص المادة 795 أنه: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

- لمالك 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."

الشفعة نظام مصدره الشريعة الإسلامية، وشرعت لدفع الضرر الذي ينشأ بسبب الشركة في الملك وهي تقيد في جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة. وهي تساعد على عدم تجزئة الملكية، إذ تؤدي إلى عدم بيع العقار لغير الشريك⁽¹⁾. والشفعة هي: " تملك العقار المبيع كله أو بعضه، ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن. "⁽²⁾

لقد اشترط القانون على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجه إلي البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويجب التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير، إلا إذا كان مسجلا وهذا وفقا لنص المادتين: 799 و 800 من القانون المدني.

وفضلا عن وجوب تسجيل التصريح بالرغبة في الشفعة ليكون نافذا في حق الغير، فإن المشرع أوجب أيضا إشهار الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة والذي يكون سندا لملكية الشفيع وهذا وفقا لنص المادة 803 من القانون المدني.

إن اشتراط تسجيل التصريح بالرغبة في الشفعة مرده إلى أنه قد تترتب عليه آثار بالنسبة للغير، فقد يتعامل المشتري مع الغير رغم إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فيحصل الغير بحسن نية على حقوق عينية، فإذا لم يسجل الإعلان فلا توجد وسيلة يعلم بها الغير بحق الشفعة الذي يهدده، وتبقى الحقوق التي حصل عليها صحيحة، ولكن بعد تسجيل إعلان الرغبة لا يحتج بحقوق الغير على الشفيع⁽³⁾. لقد أوجبت المادة 801 إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل سقط الحق في الشفعة.

ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان وهذا وفقا لنص المادة 802 من القانون المدني.

(1) د. محمد خيري، المرجع السابق، ص 535.

(2) د. محمد كامل مرسي، شهر التصرفات العقارية، الطبعة المنقحة، المرجع السابق، ص 351.

(3) د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 181.

يلاحظ أن القانون المدني لم تفرض أحكامه إشهار عريضة رفع دعوى الشفعة واكتفى بوجود تسجيل في الرغبة في الشفعة حماية للغير وكذا بوجود شهر الحكم القضائي النهائي الصادر بثبوت الشفعة كما أن المحكمة العليا أكدت على أن دعوى الشفعة لا تدخل ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 من المرسوم رقم: 63/76 ضمن القرار رقم: 194437 المؤرخ في: 2000/04/26 والذي جاء فيه: "المبدأ: لا تدخل دعوى الشفعة ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/67، ومادام القرار المطعون فيه صرح برفض دعوى الطاعنة شكلاً بسبب عدم شهر عريضة دعوى الشفعة فإنه أخطأ في تطبيق مقتضيات المادة المذكورة"⁽¹⁾ إن التسجيل والتصريح في الرغبة في الشفعة وشهر الحكم القضائي النهائي الصادر في الشفعة يترتب عليه أثر هام وهو انتقال ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى الشفيع نتيجة لحلول الشفيع محل المشتري⁽²⁾ وبذلك فإن الحكم الصادر نهائياً بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع ويجب تسجيل هذا الحكم.

عن علاقة عقد الشفعة بالشهر العقاري، يرى الدكتور إبراهيم أبو النجا بأن الشفعة في ظل قانون السجل العيني ليست سوى وسيلة تمكن الشفيع من قيد الحكم الذي يصدر لصالحه في دعوى الشفعة وأن قيد الحكم الصادر في الشفعة هو مصدر الحق العيني أي حق ملكية العقار الذي انتقل إلى الشفيع⁽³⁾ وخلافاً لهذا الرأي يرى الدكتور ياسين محمد يحيى بأن الشفعة لا تزال في ظل قانون السجل العيني مصدراً من مصادر الحق العيني الأصلي وأن الحكم الصادر في دعوى الشفعة إنما يقرر الحق بالشفعة إذا توافرت شروطهما⁽⁴⁾.

ثانياً: المخالصات والحوالات

لقد نص المشرع على المخالصات والحوالات في القانون المدني في المادة 897 حيث جاء فيها ما يلي: "لا تكون المخالصات بالأجرة مقدماً لمدة تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالات كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن، إلا إذا كان تاريخها ثابتاً وسابقاً لتسجيل تنبيه نزع الملكية، وإذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن. وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة المقتضي الوارد في الفقرة السابقة"

(1) الاجتهاد القضائي للفرقة العقارية، الجزء الأول، 2004، ص 176.

- بما أن دعوى الشفعة تعتبر من الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري وتنصب على تغيير حقوق مشهورة ونقلها من البائع إلى الشفيع، إنني أرى وجوب شهرها عملاً بنص المادتين: 17 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) المحامي وجدي شفيق فرج، المرجع السابق، ص 166.

(3) د. إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 494.

(4) د. ياسين محمد يحيى، المرجع السابق، ص 207.

يتضح من هذا النص أن المخالصة هي تلك المبالغ التي تدفع مقدما إلى مالك العقار كثمن إيجار العقار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أما الحوالة فيقصد بها حوالة المنتفع من الإيجار الذي دفع ثمنه مقدما إلى شخص آخر ليحل محله في العقار المؤجر. وسواء تعلق الأمر بمخالصة أو بحوالة فإن كلاهما يثقل العقار وينقص من قيمته ولذلك يجب أن يعلم به كل من الحائز والدائن المرتهن قبل بدء سريان عقد الإيجار.

الفرع الثاني

الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

لقد أوجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية شهر بعض المحرمات لأهميتها ولما يرتبه شهرها من آثار بالنسبة للغير وتتمثل في أمر الحجز العقار، إندار حائز العقار وورقة حكم الرسو والمزاد وهي المحرمات التي سوف يتم تفصيلها فيما يلي:

أولاً: قيد أمر الحجز العقاري:

جاء في المادة 725 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المدين، وإذا كان العقار و/أو الحق العيني العقاري مثقلا بتأمين عيني للغير، وجب القيام بالتبليغ الرسمي بأمر الحجز إلى هذا الأخير مع إخطار إدارة الضرائب بالحجز.

ينذر المدين بأنه إذا لم يدفع مبلغ الدين في أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي، يباع العقار و/أو الحق العيني العقاري جبرا عليه.

يودع أمر الحجز على الفور، أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار، لقيد أمر الحجز، ويعد العقار و/أو الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد".

يقصد بالفقرة الأخيرة من نص المادة المذكورة أعلاه أن المشرع حدد طريق القيد الذي يتم به شهر تنبيه نزع ملكية العقار والمقصود بالقيد هو شهر التصرف بقصد رعاية الغير ليعلم بما حل لمالك العقار فيمتنع عن التعامل معه.

ويترتب على القيد آثار خطيرة قدرها المشرع لمصلحة ومنفعة الحاجز لا المدين، وليس معنى هذا أن حق التمسك بالبطلان يكون للغير فقط، بل أن المدين يملك التمسك به كذلك على اعتبار أن المشرع قصد برسم الإجراءات التالية للتبليه، وتحديد مواعيد مناسبة لها التعجيل لبيع العقار وبانتهاء الحالة القانونية الناشئة عن الحجز، حتى لا يظل المدين مهددا فترة طويلة بسبب تعنت دائنه (4).

(4) د. محمد المنجي، موسوعة الشهر العقاري (أوراق متفرقة واجبة الشهر)، المجلد الخامس، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2007 ص 27.

بمعنى آخر فإن هذا الإجراء يضع حدا لما قد يحدث بسبب تعنت بعض الحاجزين، ولذلك فإما أن يسجل التنبيه حتى تسري أثاره ثم يتم بيع العقار جبرا في المواعيد وبالخطوات التي حددها القانون وإما أن يظل التنبيه كإجراء يبدأ به التنفيذ ويحرر العقار وتعود للمدين حرية التصرف فيه⁽¹⁾. وإذا كان الدائن الحاجز، دائنا ممتازا، له تأمين عيني على العقارات المراد حجزها، يقوم بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى حائز العقار المرهون، وإلى الكفيل العيني إن وجد، ويكون لحائز العقار المرهون أو الكفيل العيني، الخيار بين الوفاء بالدين أو التخلية أو قبول إجراءات الحجز والبيع وفقا لنص المادة 726 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يجب على المحافظ العقاري، قيد أمر الحجز من تاريخ الإيداع وتسليم شهادة عقارية إلى المحضر القضائي أو إلى الدائن الحاجز خلال أجل أقصاه ثمانية (08) أيام، وإلا تعرض للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، ويجب أن تتضمن هذه الشهادة جميع القيود والحقوق المثقلة للعقار أو الحق العيني العقاري وكذا أسماء الدائنين وموطن كل منهم وفقا لنص المادة 728 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

عند قيام المحافظ العقاري بقيد أمر الحجز، يجب ذكر تاريخ وساعة الإيداع، وبنوه بهامشه وبترتيب ورود كل أمر حجز سبق قيده، مع ذكر اسم ولقب وموطن كل الدائنين والجهة القضائية التي أصدرت أمر الحجز وفقا لنص المادة 729 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: قيد إنذار حائز العقار:

إذا كان العقار و/أو الحق العيني العقاري، مثقلا بتأمين عيني وانتقلت ملكيته بعقد رسمي مشهر إلى الغير قبل قيد أمر الحجز، وجب إنذار الغير الحائز وتكليفه بدفع مبلغ الدين أو تخليته العقار، وإلا بيع العقار جبرا عليه وفقا لنص المادة 734 قانون الإجراءات المدنية والإدارية. لا يجوز للمدين المحجوز عليه، ولا لحائز العقار، ولا للكفيل العيني، بعد قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية، أن ينقل ملكية العقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز، ولا أن يرتب تأمينات عينية عليه وإلا كان تصرفه قابلا للإبطال وهذا وفقا لنص المادة 735 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المقصود بحائز العقار، كل شخص آلت إليه ملكية العقار بعقد مسجل قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية وكانت ملكية هذا العقار محملة بحق عيني نافذا في حق الغير، ويكون من آلت إليه الملكية مسؤولا مسؤولية شخصية عن هذا الدين⁽²⁾ والحائز هو من انتقلت إليه حيازة العقار المثقل بالتأمين العيني⁽³⁾.

(1) د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة الثامنة، 1981، ص 638.

(2) د. محمد المنجي، أوراق متفرقة واجبة الشهر، المرجع السابق، ص 58.

(3) د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 125.

يشترط لاعتبار الشخص حائزا أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- أن يكون قد كسب ملكية العقار المرهون كله أو بعضه أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، أي حق يصح بيعه بالمزاد (كحق الانتفاع أو ملكية الرقبة).
- أن يكون قد كسب الحق بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، لأنه لو كسب حقا وقام بشهره قبل الرهن فإن الرهن لا ينفذ في حقه وبالتالي لا يكون للدائن المرتهن أن يتتبع العقار في يده.
- يجب ألا يكون من كسب الحق العيني على العقار مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن⁽¹⁾.

ثالثا: حكم رسو المزاد:

يمكن تعريف حكم رسو المزاد بأنه الحكم الذي يصدر في دعاوى البيوع العقارية، لاستيفاء الدين المستحق للدائن على المدين وذلك عن طريق بيع عقاره جبرا عنه، وتنتهي إجراءات نزع الملكية العقارية بإيقاع البيع على المشتري بالمزاد الأكبر عطاء⁽²⁾.

تنتقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، وكذلك كل الارتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية.

يجب على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهاره خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره وهذا وفقا لنص المادة 762 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثالث

الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقوانين الخاصة الأخرى

أقصد بالمحرمات الواجب شهرها وفقا للقوانين الخاصة، التصرفات الإدارية التي تصدر بإرادة الدولة المنفردة عند إدارتها للمرافق العامة وهي تصرفات يجب شهرها إذا تعلقت بإنشاء أو نقل أو تعديل الحقوق العينية العقارية، لأن الدولة غير معفاة من إجراءات الشهر العقاري.

لا يمكن حصر كل القرارات والعقود الإدارية الواجبة الشهر لتتنوع القوانين التي تحكم العقار في الجزائر، وكل قرار تصدره الإدارة وكل عقد تبرمه يتعلق بحقوق عينية عقارية يجب شهره إذا تعلق بإنشاء أو نقل أو تعديل أو تصريح أو انقضاء هذه الحقوق عملا بنص المواد 14 و16 من الأمر رقم: 74/75.

⁽¹⁾ د. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 110 - 111.

⁽²⁾ د. محمد المنجي، المرجع السابق، ص 78.

وعليه، فإنني أورد أمثلة عن بعض التصرفات الإدارية الواجبة الشهر الواردة في بعض القوانين الخاصة منها:

- القانون رقم: 30/90⁽¹⁾ ضمن المواد: 89 - 90 - 91 - 92 - 109 - 128، ومن استقراء نصوص هذه المواد يتبين لنا بأن المشرع الجزائري أوجب مراعاة الأحكام الواردة في أحكام الشهر العقاري في حالة التنازل أو التأجير للأموال العقارية التابعة للأموال الخاصة للدولة والجماعات الإقليمية، غير المخصصة والتي ألغى تخصيصها، إذا ورد احتمال عدم قابليتها لتأدية وظيفتها في عمل المصالح والمؤسسات العمومية، عن طريق المزاد العلني، وهذا فضلا عن عمليات شراء العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية وكذلك عمليات الاستئجار من قبل مصالح الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للدولة، إضافة إلى عمليات تبادل الأملاك العقارية التابعة للأموال الوطنية الخاصة التي تملكها الدولة أو الجماعات الإقليمية بين المصالح العمومية .

وأیضا ما ورد في المرسوم رقم: 454/91⁽²⁾ ضمن المواد: 34 - 35 والذي جاء فيهما وجوب تسجيل وشهر عقد التبادل في المحافظة العقارية الذي يكون في شكل عقد إداري أو في شكل عقد توثيقي والذي تنجر عنه الآثار القانونية المرتبطة به، ويمنح الملك الذي تحصل عليه الدولة عن طريق التبادل، صفة الأملاك الخاصة بالدولة، وكذا ما ورد في القانون رقم: 11/91⁽³⁾ والمرسوم التنفيذي رقم: 186/93⁽⁴⁾ ضمن أحكام المواد: 30 - 41 - 42 والتي يتبين من خلال استقراء هذه المواد بأنه يجب على الوالي أن يبلغ قرار نزع الملكية للشخص المنزوعة ملكيته للمستفيد من نزع الملكية وينشر خلال شهر من تبليغه في الحفظ العقاري الذي تخضع الممتلكات والحقوق المنزوعة ملكيتها له، كما ينشر في مجموع القرارات الإدارية التابعة للولاية ولا تتم الحيازة إلا بتوافر شرط الامتثال للتنظيم المعمول به في مجال الشهر العقاري.

(1) أنظر القانون رقم: 30/90 المؤرخ في: 01/12/1990 المتعلق بقانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون رقم: 14-2008 المؤرخ في: 20 يوليو 2008 .

(2) أنظر المرسوم رقم: 454/91 المؤرخ في: 23/11/1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة.

(3) أنظر القانون رقم: 11/91 المؤرخ في: 27/04/1991 الذي يحدد القوانين المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

(4) أنظر المرسوم التنفيذي رقم: 186/93 المؤرخ في: 27 يوليو 1993 المتعلق بتحديد كيفية تطبيق القانون رقم: 91-11 المؤرخ في: 27/04/1991.

(5) أنظر القانون رقم: 19/87 المؤرخ في: 08/12/1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

وكما ورد وجوب شهر بعض التصرفات الإدارية في القانون رقم: 19/87⁽¹⁾ ضمن المواد: 33 - 34 - 35 والتي تؤكد على وجوب نشر العقد الإداري المنشئ للمستثمرة الفلاحية الجماعية في سجل الحفظ العقاري كما أكدت على أن كل صفقة يترتب عليها تغيير التكوين الأولى لأعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية وهويتهم باطلة، وكل صفقة يترتب عليها تغيير مشتملات الحقوق العينية العقارية في المستثمرة الفلاحية الجماعية أو اتساعها، هي باطلة أيضا إذا لم يثبتها عقد رسمي يخضع لإجراءات التسجيل والإشهار.

لقد أخضع المشرع أيضا بموجب القانون رقم: 29/90 المؤرخ في: 1991/12/01 المتعلق بالتهيئة والتعمير والمرسوم التنفيذي له رقم: 176/91 المؤرخ في: 1991/05/28 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، بعض عقود التعمير والبناء لعملية الشهر، وتتمثل هذه العقود في رخصة التجزئة وشهادة التقسيم. وإذا كانت التصرفات المذكورة آنفا واجبة الشهر باعتبارها ناقلة أو منشئة أو كاشفة لحقوق عينية عقارية أصلية أو تبعية أو حقوق شخصية فهل ينطبق الأمر على الحيازة باعتبارها واقعة مادية قد تتحول إلى حق ملكية بمضي المدة عن طريق اكتسابها بالتقادم؟

فالحيازة هي سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء تظهره بمظهر صاحب الحق⁽²⁾ ويمكن وفقا لقانون الشهر العقاري الاعتماد عليها كأساس لكسب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب في حالات معينة.

فيمكن اعتمادها كأساس للإجراءات المتعلقة بالشكليات الأولية لإشهار حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى في السجل العقاري.

يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات الممسوحة في السجل العقاري بمجرد استلامه وثائق مسح الأرض ويعتبر التقييم نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز أصحابها سندات أو عقود أو أية وثيقة تثبت ملكيتهم لها.

⁽¹⁾ أنظر القانون رقم: 19/87 المؤرخ في: 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

⁽²⁾ COLIN & Capitant : Traité de Droit civil Français, T2, juliot la morandiere, 1959, P 372.

أما بالنسبة للأشخاص الذين ليست لديهم هذه الوثائق فيجوز لهم شهر حقهم إذا كانوا قد اكتسبوا الملكية عن طريق التقادم المكسب وفقا لنص المادة 1/13 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76. ومسايرة لنفس الاتجاه أدخل المشرع بمقتضى المادة 89 المعدلة بالمرسوم التنفيذي رقم: 93- 123 استثناء على المادة 1/88 من المرسوم رقم: 63/76 السابق ذكرها . يقضي بجواز شهر حق الحائز إذا كان ذلك يخص الإجراء الأولي بشهر الحقوق العقارية، فيجوز في هذه الحالة أن يكون التقادم المكسب أساسا لهذا الإجراء. وإذا كان نظام الشهر العيني يمنح لمن اكتسب حقا عينيا مشهرا حجية مطلقة في مواجهة الغير بحيث لا يمكن الاحتجاج عليه بالدعوى الرامية إلى فسخ أو إبطال أو نقض الحقوق التي تم إشهارها قبل شهر هذه الدعوى وفقا لنص المادتين 85 و 86 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 . فإذا رفعت دعوى إستحقاق العقار أو دعوى بطلان التصرف فيستطيع الخلف الخاص (المتصرف إليه) التمسك باكتسابه العين بالتقادم المكسب إذا كان قد حاز العقار المدة المطلوبة لذلك، ويمكنه ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته⁽¹⁾.

(1) د. محمد فريدة (زواوي)، الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 126.

المبحث الثاني

وسائل الشهر العقاري ومدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهورة

حدد المشرع الوسائل التي تتم بمقتضاها عملية الشهر العقاري وحصرها في التسجيل، القيد، التأشير الهامشي والإيداع وهي الوسائل التي يتم على إثرها تسليم السند المشهر والذي تثار بشأنه مشكلة مدى جواز الطعن فيه رغم صدوره نتيجة إجراءات دقيقة ومعقدة قامت بها جهات إدارية مختصة في مراحل متتالية بما لها من أدوات ووسائل وسلطات في تقرير ذلك.

من ثم يقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: وسائل الشهر العقاري.

المطلب الثاني: مدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهورة .

المطلب الأول

وسائل الشهر العقاري

تتمثل وسائل الشهر العقاري في: التسجيل، القيد، التأشير الهامشي والإيداع. تختلف كل وسيلة عن الأخرى من حيث البيانات المعتمدة، من حيث التصرفات والحقوق واجبة الشهر وهي الوسائل التي يتم تفصيلها فيما يلي:

01- التسجيل:

أول وسيلة من وسائل الشهر العقاري هي تسجيل التصرف، ويكون بنقل صورة كاملة من المحرر إن كان رسمياً وحفظ الأصل الموقع من الطرفين إن كان عرفياً .
تخضع له التصرفات المنشئة والتصرفات المقررة أو الكاشفة لحقوق عينية أصلية على عقار والأحكام المتعلقة بها⁽¹⁾.

(1) د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري والتوثيقي، المرجع السابق، ص 37.

يجب أن يسجل حرفياً جزء السند الخاص بنقل الملكية، أو الحق العيني، مع ترك باقي العقد، ويكون ذلك كافياً للاحتجاج بحق الملكية على الغير الذي يدعي حقا عينيا في العقار، ولا يقصد أن يجوز ذكر بعض البيانات فقط، لأنه لو كان الأمر كذلك لكان التسجيل حتى تحكم الكاتب أو مشيئة المتعاقدين، مما يؤدي إلى نقص التسجيل، مع أنه يهمل الغير أن يلم بكل الشروط الخاصة بالعقد⁽¹⁾. ويخضع للتسجيل أيضا الأحكام الصادرة في الدعاوى العقارية أي الدعاوى المتعلقة بالتصرفات المنشئة لحق عيني أصلي أو المقررة له، ويترتب على عدم تسجيل هذه الأحكام، أن العقد موضوعها لا يكون حجة على الغير⁽²⁾.

02- القيد:

هو نظام خاص بشهر الحقوق العينية التبعية مثل الرهن والاختصاص والامتياز، يتم القيد بعمل قائمة يحفظ أصلها ويسلم صاحب الشأن صورة منها، ويتعين أن يرفق بها صورة المحرر الذي أنشأ هذا الحق⁽³⁾

إذا كان التسجيل يتم بحفظ أصل المحرر وإعطاء صاحب الشأن صورة شمسية منه، بمعنى أن الذي يشهر هو أصل المحرر فإنه في حالة القيد، فالمحرر لا يشهر وإنما يعد فقط مستندا من مستندات الشهر، وعند طلب القيد يكفي بعمل ملخص المحرر اصطلح على تسميته (القائمة)⁽⁴⁾. وبذلك يمكن التمييز بين القيد والتسجيل كون القيد هو استخلاص بعض البيانات الواردة في العقد وإثباتها في سجل الشهر العقاري، بينما التسجيل فيتم بإثبات صورة كاملة من العقد في سجل الشهر العقاري ويبقى أثر التسجيل دائما خلافا للقيد فإنه يجب تجديده⁽⁵⁾.

03- التأشير الهامشي:

يقصد بالتأشير الهامشي أن يتم التأشير في هامش التسجيل السابق للتصرف العقاري أو القيد السابق بما يفيد اعتبار هذا التسجيل أو القيد كأن لم يكن⁽⁶⁾، ويتم ببيان يذكر على هامش المحرر المتعلقة به أو في ورقة يلحق بها هذا المحرر، فإذا صدر حكم ببطلان عقد سبق شهره، فإن شهر الحكم يكون بطريق التأشير الهامشي في مكتب الشهر الذي تم فيه شهر هذا المحرر المراد التأشير في هامشه⁽⁷⁾.

(1) د. محمد كامل مرسي، شهر التصرفات العقارية، الطبعة المنقحة، المرجع السابق، ص 33.

(2) د. محمد عبد الظاهر الحسين، المرجع السابق، ص 19.

(3) د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في أحكام قانون الشهر العقاري والسجل العيني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2008، ص 24.

(4) د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري والتوثيقي، المرجع السابق، ص 41.

(5) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (المدخل للعلوم القانونية)، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، 1987، ص 611.

(6) سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 25.

(7) د. عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 34.

ويفترض التأشير الهامشي تسجيلاً أو قيماً سابقاً يرد إجراء تعديل عليه أو تصحيح له أو تكملة لمحتواه وذلك بناء على تصرف جديد أو حكم. فشطب هذا القيد يكون عن طريق التأشير الهامشي في هامش قيدها وكذلك الأحكام التي تصدر في دعاوى سجلت صحيفتها، يتم شهرها بالتأشير بها في هامش ذلك التسجيل⁽¹⁾.

04- الإيداع:

يقصد به إيداع أصل المحرر المراد شهره بهذا الطريق لدى مكتب الشهر العقاري الذي يقع في دائرته العقار موضوع المحرر⁽²⁾، وهو طريق من طرق الشهر خاص بالمحركات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل 1971/01/01، والأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ، إذ أن هذه المحركات لا تخضع للشهر وإنما للقوانين التي كانت سارية عليها فيما يتعلق بالآثار التي تترتب عليها. عندما يتم شهر المحرر بطريق الإيداع فإن أثر هذا الشهر لا يكون من يوم تمامه، بل يرتد إلى يوم ثبوت تاريخ المحرر نفسه، واعتبر ناقلاً للملكية من هذا التاريخ⁽³⁾.

المطلب الثاني

مدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهورة

هل يجوز الطعن في التصرف المشهر بالبطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو النقص رغم قيد الحقوق العينية الناشئة عنه؟
لقد ثار خلاف فقهي حول ما إذا كان العقد هو الذي ينقل الملكية وحده أم التسجيل، أم العقد والتسجيل معا؟

إن السجل العيني في ظل أحكام الشهر العيني هو وسيلة إثبات الحقوق العينية، فلا تقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني. كما أن الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم، إلا بإتمام إجراءات الشهر وفقاً لنص المادة 793 من القانون المدني والمواد: 14 و 15 و 16 من الأمر رقم: 74/75.

(1) د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 41 وأيضاً د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 27.

(2) د. عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص 37.

(3) د. علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 46.

لذلك ذهب رأي⁽¹⁾ إلى أنه في ظل قانون السجل العيني، فإن العقد يعتبر مجرد وسيلة تعطي للمتصرف إليه الحق في إجراء القيد في السجل العيني، فالعقد أو التصرف بوجه عام لم يعد هو مصدر الحق العقاري .

يستند هذا الرأي إلى أن قانون السجل العيني يعطي للقيد قوة ثبوت مطلقة لا تتأثر بما قد يلحق بالتصرف من عيوب، فهناك فصل إذن بين الحق بعد قيده والتصرف الذي تناول هذا الحق. الأمر الذي ينفي عن التصرف خاصيته كسبب من أسباب كسب الملكية أو الحقوق العينية الأخرى فالقيد وحده هو سبب كسب الملكية أي مصدرها.

وذهب رأي آخر⁽²⁾، إلى أنه لم يرد نص في قانون السجل العيني يمكن الاستناد إليه في القول بأن القيد في السجل هو مصدر الحقوق العينية فالتصرف أصبح تصرفا شكليا يستمد قوته من الاتفاق المقترن بالقيد في السجل العيني.

ويلاحظ الدكتور ياسين محمد يحي في هذا الصدد، بأن اشتراط التسجيل ليس من شروط انعقاد العقد، فالعقد ينعقد صحيحا ويرتب آثاره القانونية فيما عدا نقل الملكية أو الحق العيني العقاري الذي يتراخى أثره إلى حين إتمام التسجيل. ويرى بأن قاعدة اشتراط المشرع للتسجيل لنقل الملكية والحقوق العينية العقارية كان الهدف منها التمهيد لإدخال نظام السجل العيني⁽³⁾.

ويذهب رأي ثالث⁽⁴⁾ إلى أن العقد أو التصرف القانوني بوجه عام لا يزال في ظل قانون السجل العيني هو مصدر من مصادر الحقوق العينية العقارية وهذا على أساس أن عقد بيع العقار ينتج كافة آثاره القانونية قبل قيده في السجل العيني ما عدا نقل الملكية من البائع إلى المشتري، وأن حجية القيد في السجل العيني وما يترتب عليها من الأثر المنشئ للقيد، لا تؤدي إلى عدم اعتبار التصرف أو العقد مصدرا للحق العيني العقاري الأصلي، لأنه يجب التفرقة بين مدلول كل من مصدر الحق، والأثر المنشئ للقيد.

(1) د. إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 492 وما بعدها وأيضا د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1986، ص 126.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص .

(3) د. ياسين محمد يحي، المرجع السابق، ص 32 - 33.

(4) د. محمد لبيب شنب، دراسات في قانون السجل العيني المصري، معهد البحوث والدراسات العربية، 1974، ص 14.

فمصدر الحق هو السبب القانوني الذي ينشأ به الحق. أما الأثر المنشئ للقيد في السجل العيني فينتج بعد وجود السبب القانوني الذي أنشأ الحق والذي هو مصدر الحق، وقيد هذا السبب في السجل العيني وفي الحقوق العينية العقارية، هناك ارتباط وثيق بين مصدر هذه الحقوق، وهو العقد أو التصرف القانوني وبين القيد.

فالتصرفات أو العقود التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، لا تحدث أثرها في إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال هذه الحقوق إلا بعد قيدها في السجل العيني فالقيد إذا إجراء لاحق لوجود هذه التصرفات أو العقود.

يرى الدكتور محمد سعد خليفة في تقييمه للرأي الأول، من أن التسجيل أو القيد ينفصل عن التصرف بأنه صحيح، لأن الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل إلا به، و لذلك لا يمكن الطعن في التصرف بعد ذلك، ليس لأن التصرف لم ينشئ حقا، ولكن واقعة التسجيل تطهره من عيوبه، وليس على المتضرر إلا المطالبة بالتعويض في هذه الحالة، أما القول بأن التصرف قد أصبح شكليا، فهو قول غير صحيح، فليس هناك من نص يجعل من التسجيل أو القيد شرطا أو ركنا في التصرف المنشئ للحق العيني .

ويضيف الدكتور محمد سعد خليفة بأنه يعتقد أن لواقعة التسجيل أهمية خاصة في ظل نظام السجل العيني وأن واقعة التسجيل تنفصل عن التصرف في ذاته، ويكون لها اثر فيما يتعلق بنفاذ الحقوق سواء في مواجهة أطراف التصرف أو في مواجهة أطراف الغير، كما أن لواقعة التسجيل أثرا تطهيريا يتعلق بالتصرف المنشئ للحقوق مما يتمتع معه القول، بالطعن فيه بسبب البطلان أو الصورية أو غيرها.

وإذا كان المشرع المصري قد عهد بعملية التسجيل لجهة إدارية إلا أنه أقر الرقابة القضائية عليها فضلا عن أن مبدأ المشروعية الذي هو من مبادئ السجل العيني يقتضي البحث والتحري الدقيق حتى لا يثبت في السجل العيني إلا ما كان مشروعا وصحيحا، فلا يعقل أن تهدر كل هذه الإجراءات المعقدة والدقيقة، ونسمح بالطعن في هذه التصرفات، لأن ذلك سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات العقارية ويزرع الثقة فيها⁽¹⁾.

(1) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 138 - 139 وما بعدها.

يرى الدكتور حسن عبد الباسط جميعي في هذا الصدد، بأن الاعتراف بالأثر المطهر للقيد يؤدي إلى إهدار القواعد التقليدية التي تنص على أنه لا يجوز لشخص أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك من حقوق Nemo plus juris وأنه لا بد لاكتساب الحق من سند قانوني صحيح ونافذ. وأن التشريعات التي تأخذ بالأثر المطهر للقيد تجعل من هذا القيد مصدرا للحق ينفصل عن التصرفات القانونية التي تتوجه فيها إرادة المتصرف إلى الالتزام بإنشاء أو تعديل أو نقل الحق إلى شخص آخر.

ويضرب الدكتور حسن عبد الباسط جميعي مثلا بالقانون الألماني الذي يتم القيد فيه بناء على تصرف رسمي مجرد تال للتصرف الأساسي (عقد البيع على سبيل المثال) يتم تحت إشراف القاضي المختص بحيث يتنازل فيه المتصرف عن الحق أولا ثم يقبل فيه المتصرف إليه اكتساب الحق ثانيا. كما أنه ما يتم الاتفاق عليه أمام القاضي - وليس العقد الأساسي - هو سند اكتساب الحق. لذلك فإن التصرفات التي تتم على هذا النحو تعد تعاقبات شكلية ومجردة يتم القيد بموجبها بغض النظر عما ورد في العقد الأساسي المنشئ للالتزامات الشخصية. وعلى هذا الأساس فإن انتقال الحق العيني العقاري في القانون الألماني، لا بد أن يعبر المتعاقدان صراحة عن إرادتهما في الشكل المطلوب والصيغة المقررة، مما يؤدي إلى انفصال العقد الأساسي عن التصرف المجرد الناقل - أو المنشئ أو المعدل أو المنهي - للحق العيني العقاري ويتمتع القيد بالأثر المطهر وفقا لنص المادة 892 من التقنين المدني الألماني، لذلك لا يترتب على بطلان العقد الأساسي أي أثر بالنسبة لما يترتب من الحقوق العينية بموجب قيد تلك التصرفات المجردة، فإذا لم يكن عقد البيع قد تم فيه تحديد الثمن فإن التصرف المجرد عن سببه والذي يعتبر سند انتقال الملكية يؤدي إلى اكتساب الحق، ولا يمكن إبطال القيد بناء على بطلان العقد الأساسي، ولا يكون للبائع في هذا المثال الأخير إلا المطالبة بإعادة الملكية إليه بناء على دعوى الإثراء بلا سبب، أو المطالبة بالتعويض.

ويستخلص الدكتور حسن عبد الباسط جميعي، بأنه في ظل القانون الألماني ولما كان التصرف المجرد هو الذي يتم القيد بموجبه، فإن أعمال الأثر المطهر للقيد يكون قائما على سند قانوني صحيح لإنشاء أو نقل أو تعديل أو زوال الحقوق العينية العقارية، وبغض النظر عن مصير العقد الأساسي الذي لن يكون انعدامه أو عدم صحته مؤثرا في القيد⁽¹⁾.

ويرى الدكتور حلمي بهجت بدوي في هذا الصدد بأن قانون التسجيل المؤرخ في: 26 يونيو 1923 قد فصل نق الملكية عن التزام البائع بهذا النقل وأخضع انتقال الملكية إلى وضع خاص، وهو التسجيل فرجع بذلك المشرع المصري، فيما يتعلق بالعقار، عن ذلك الخروج المنطقي الذي كان من آثاره أن الحقوق العينية، كحق الملكية، وهو بطبيعته حق مطلق يحتج به قبل الكافة، يكون ثمرة تصرف قاصر كالعقد، ومنطق الأشياء يقضي بأن لا تتعدى آثار هذا التصرف طرفيه.

(1) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 108 - 109.

ويرى بأنه على ذلك أصبح القانون الفرنسي والقانون المصري متعارضين. وليس معنى ذلك أن يصبح القانون المصري مطابقاً للقانون الروماني، فهناك وجه لمعارضة القانونين ذلك لأن الإلتزام بنقل الملكية كان خارجاً عن نطاق إلتزامات البائع في القانون الروماني بينما هو لا يزال من أهم إلتزاماته في القانون المصري، ويتطابق القانون المصري مع التشريع الألماني - حسبه - في هذا الشأن، فهو يخضع إنتقال الملكية والحقوق العينية إلى وضع التسجيل، ويرتب على البائع في الوقت نفسه الإلتزام بنقل الملكية أو الحق العيني⁽¹⁾.

وإذا كانت إجراءات الشهر العقاري تطهر العقار من كل شائبة فهل يجوز بعده الطعن في صحة التصرفات التي تمت على أساسه؟

يذهب البعض إلى أن مبدأ الشرعية الذي يفرض على الموظف المكلف بالشهر في السجل العيني التأكد والتحقق من كافة السندات التي يجري القيد في السجل بموجبها حتى لا تشهر إلا الحقوق المشروعة فعلاً وبذلك منح المشرع للمحافظ العقاري في القانون الجزائري حق مراجعة ومراقبة شكل وموضوع التصرف المودع قصد شهره وأوجب عليه في نفس الوقت أن يرفض إيداع السندات التي لا تتوفر على الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة قانوناً. وفي مقابل ذلك أجاز المشرع لكل من لحق ضرر من قرارات أو أخطاء المحافظ العقاري حق الطعن في قراراته أمام القضاء، كما رتب مسؤوليته عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة مهامه وهذا وفقاً لنص المادتين 23 و 24 من الأمر رقم: 74/75.

ويذهب هذا الرأي أن مبرر وجود نص المادة 23 من الأمر رقم: 74/75 يزول بمجرد التنكير أن هناك نص وارد في المرسوم رقم: 63/76، وهو نص المادة 85 الذي يجيز الطعن في التصرفات المشهورة.

ويرى بأن هناك تعارض بين نص المادتين 23 و 85 المذكورتين أعلاه، إذ تقضي الأولى بقيام مسؤولية الدولة بسبب الأخطاء المضرة التي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه، وتسمح الثانية بالطعن في السندات المشهورة وينتهي - هذا الرأي - إلى وجوب إلغاء نص المادة 85 والإبقاء على نص المادة 23 لأن نظام الشهر العيني يحظر الطعن في التصرفات المشهورة اعتماداً على مبدأ الشرعية وذلك لأن المحافظ العقاري يتحرى جيداً في التصرف قبل أن يقدم على شهره مما يجعل وقوعه في الأخطاء نادراً وإن أخطأ فإنه يمكن للمتضرر أن يطالب بالتعويض وتكون الدولة مسؤولة عن ذلك، وهي دائماً موسرة⁽²⁾.

(1) د. حلمي بهجت بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الرابع، 1931، ص 588.
(2) أ. جمال بوشناقفة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، طبعة 2006، دار الخلدونية، ص 54-55 وأيضاً لنفس المؤلف إختلاف أنظمة الشهر العقاري وموضع نظام الشهر العقاري الجزائري منها، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الأول، يناير 2007، ص 145.

وأرى بأن نظام الشهر العقاري الذي تبناه المشرع الجزائري له من السمات والخصائص مما تجعله يتمتع بذاتية تميزه عن غيره من الأنظمة حتى ذلك الذي أتى به النظام الألماني أو الأسترالي الأمر الذي لا ينبغي معه مقارنته بغيره من الأنظمة ذلك لأن فتح باب المنازعة في التصرفات المشهورة لا يمس على الإطلاق بمبدأ الشرعية ولا بمبدأ القيد المطلق للشهر العقاري لأن ورود الأخطاء في تأسيس السجل العقاري وفي أعمال المسح العام هو أمر وارد تؤكد المنازعات الكثيرة المطروحة على القضاء بسبب هذه الأخطاء.

والقول بأن الدولة مسؤولة عن أخطاء موظفيها لا يعني تصحيح هذه الأخطاء ومنه جواز الطعن في الحقوق المشهورة وإعادة تصحيح جميع البيانات الواردة في البطاقات العقارية والسجل العيني بما يتطابق مع الوضعية الحالية للعقارات والحقوق محل الشهر.

خلاصة ونتائج الباب الثاني من القسم الأول:

في إطار المحاولة في البحث عن مختلف المنازعات التي تثار بمناسبة إعداد السجل العيني والمنازعات التي تطال الحقوق المشهورة للإمام بالموضوع المتعلق بمنازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري خصصت الباب الثاني لهذه المنازعات وقسمته إلى فصلين، الفصل الأول خصصته لمنازعات إعداد السجل العيني والفصل الثاني لمنازعات الحقوق المشهورة.

تناولت في الفصل الأول منازعات الشهر العقاري المتعلقة بإعداد السجل العيني، هذه المنازعات التي لا يمكن فهمها إلا بالتعرض إلى القواعد العامة التي يقوم عليها نظام الشهر العيني في الجزائر وبذلك خصصت المبحث الأول من الفصل الأول لهذه القواعد العامة وتطرق في المبحث الثاني إلى المنازعة التي تثار أثناء إعداد السجل العيني والتي تتمثل في الترقيم المؤقت والنهائي والمنازعة في القرارات التي يصدرها المحافظ العقاري أثناء وبمناسبة إعداده للسجل العيني، وللإجابة على الإشكالية المطروحة والمتعلقة بمدى كفاية أحكام التشريع الجزائري لحل منازعات الشهر العقاري في هذه المرحلة بالذات توصلت إلى النتائج التالية:

- ان النصوص التي تحكم هذه المنازعات هي الأمر رقم: 74/75 والمرسوم التنفيذي رقم: 63/76.
- ان ما يثير الانتباه في منازعات الشهر العقاري المتعلقة بإعداد السجل العيني هو توزيع الاختصاص بشأنها بين القضاء الإداري والقضاء العادي وفقا للمعيار العضوي وبذلك فإن منازعات الترقيم المؤقت إذا تعلقت بأحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام يعود الاختصاص فيها للقضاء الإداري، أما إذا كان أطرافها خاضعين للقانون الخاص فيؤول الاختصاص فيها للقضاء العادي. وبذلك فلا أرى أي مبرر لتقسيم منازعات تتعلق بذات الموضوع وهو الطعن في الترقيم المؤقت والمنازعة في قرارات المحافظ العقاري وتوزيعها بين القضاء العادي والإداري دون مراعاة لأكثرها تخصصا ومدى كفاية أحكام القانون الإداري للفصل في منازعات الشهر العقاري التي تتسم بطابع خاص يخضع من المفروض للقانون الخاص ومنه للقضاء العادي وللقضاء العقاري على وجه التحديد.

وعليه، أقترح أن تسند منازعات الترقيم المؤقت للقضاء العادي وليس للقضاء الإداري وهذا استثناء عن الأصل العام الذي يأخذ بالمعيار العضوي والقول بأن تخضع منازعات الترقيم المؤقت للقضاء العقاري حتى ولو تعلق الأمر بشخص من أشخاص القانون العام أخذا بالمعيار المادي، وتضاف إلى الاستثناءات التي أوردها المشرع بموجب المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومنه إلغاء نص المادة 516 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تسند الاختصاص ضمنا للقضاء الإداري إذا تعلقت منازعة الترقيم المؤقت بشخص من أشخاص القانون العام.

أما بالنسبة للترقيم النهائي، فإن المنازعة فيه تثير إشكالات عديدة تتمثل في:

- دعاوى إلغاء الترقيم النهائي الذي تم بموجب تسليم الدفتر العقاري والتي نظمها أحكام المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 والتي جاء فيها بأنه لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب المواد: 12 - 13 - 14 من المرسوم إلا عن طريق القضاء.

ولأن الدفتر العقاري يشكل سنداً للملكية بل أقوى السندات المتعلقة بالملكية، ولأن الأصل أن الحقوق المقيدة في السجل العيني لها قوة إثبات مطلقة ولأن نظام السجل العيني يأخذ بالمبدأ التطهيري للقيّد، فإن فتح باب المنازعة في الترقيم النهائي ومنه في الدفتر العقاري أثار الكثير من الجدل لاسيما وأن الأمر يتعلق باستقرار المعاملات والثقة في البيانات الواردة في السجل العيني، مما يتطلب حماية الغير الذي اسند إلي هذه البيانات وتعامل على أساسها وحماية الظاهر الذي تعامل مع المالك الظاهر وفقاً للسجل العيني.

وهنا انقسمت مواقف المحكمة العليا حول مدى جواز الطعن في إلغاء الدفتر العقاري، فموقف رأى عدم جواز ذلك في العديد من القرارات التي سبق الإشارة إليها، ورغم ذلك الجدل القضائي، فإن نص المادة 16 لا يحتاج إلى أي تأويل، فلقد فتح المنظم باب المنازعة في الدفتر العقاري عن طريق إلغاء الترقيم النهائي وهذا عن طريق القضاء، غير أن الإشكال يثور حول المدة الزمنية التي يجوز للغير أن يطعن فيها في الترقيم النهائي.

فبالرجوع إلى نص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76، فإنه لم يتم تحديد أية مدة زمنية للاعتراض على الترقيم النهائي مثلما هو الحال بالنسبة للتشريعات المقارنة التي تعرضت لها في البحث وبذلك فإن من يكتسب حقاً بناء على إجراءات إعداد السجل العيني، وتحصل على الترقيم النهائي ومنه الدفتر العقاري، يبقى حقه مهدداً بالإلغاء في أي وقت، الأمر الذي يهدد استقرار المعاملات ويمس بالثقة في التعامل في العقار بشكل عام.

- إن عدم إعطاء المشرع للقوة المطلقة للقيّد له ما يبرره في رأبي وذلك لأن الخطأ انساني (La faute est humaine) وقد تسجل بعض البيانات خطأً إضراراً بأصحاب الحقوق الشرعيين بناء على مغالطة أو تواطؤ من قيد الحق على اسمه، ومنه فإن فتح باب المنازعة في الترقيم النهائي له ما يبرره، غير أن ما يؤخذ على المشرع والمنظم الجزائري هو عدم تقييد حق الاعتراض بمدة زمنية محددة تكون كافية ليصل إلى علم المتضرر ما ورد في السجل العيني من بيانات خاطئة أو مخالفة للحقيقة ومنه استعمال حقه في الاعتراض على هذه البيانات، وبذلك تتحقق العدالة بالنسبة للمستفيد من السجل العيني أي المالك الظاهر وبالنسبة للمتضرر.

- أما بالنسبة للطعن في قرارات المحافظ العقاري، فإن المشرع راعى إمكانية تعسف المحافظ العقاري في إصداره لقرارات رفض الإيداع والإجراء والشهر ومنه أصاب حين مكن المتضرر من الطعن فيها أمام الجهات القضائية المختصة " القضاء الإداري " الذي يمارس نوعا من الرقابة على قرارات المحافظ العقاري.

هذا ما ورد في الفصل الأول من الباب الثاني، أما الفصل الثاني من الباب الثاني فقد خصصته للمنازعة في الحقوق المشهورة وبذلك قسمت هذا الفصل إلى مبحثين خصصت المبحث الأول لماهية الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقانون، وإلى وسائل الشهر العقاري ومدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهورة في المبحث الثاني وهذا للإجابة عن الإشكالية المطروحة، فإن أهم ما يثار من منازعات حول الحقوق المشهورة، هو وجوب شهر الدعاوى الرامية إلى إبطالها، فسخها أو إلغائها أو تعديلها.

غير أن الملاحظ بشأن ذلك، أن المشرع الجزائري لم يوضح بشكل دقيق الآثار المترتبة على عدم شهر هذه الدعاوى، لقد اكتفت المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن يكون الجزاء عن عدم شهر الدعوى هو عدم قبولها، الذي يثيره القاضي من تلقاء نفسه وهو نفس الموقف الذي جاءت به نص المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 وبذلك يثور التساؤل حول السبب والدافع الذي توخاه المشرع والمنظم من فرضه شهر الدعاوى الرامية إلى نقض أو فسخ أو إبطال أو تعديل حقوق مشهورة، فالدافع بغير شك هو تطبيق قاعدة عدم نفاذ التصرف إذا قيّد بعد شهر تلك الدعوى في مواجهة المدعي.

ويلاحظ هنا أن هذا الهدف غير واضح كما هو الشأن في بعض التشريعات المقارنة منها قانون السجل العيني المصري 142 لسنة 1964 والذي حددت المادة 35 منه ما يترتب على التأشير بالدعاوى والتي جاء فيها: " يترتب على التأشير بالدعاوى في السجل العيني أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون خلال خمس سنوات من تاريخ صيرورته نهائيا يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأثبتت لمصلحتهم بيانات في السجل ابتداء من تاريخ التأشير بهذه الدعاوى في السجل - وتبدأ مدة خمس سنوات بالنسبة إلى الأحكام النهائية القائمة وقت العمل بهذا القانون من تاريخ نفاذ القرار المشار إليه في المادة الثانية من قانون الاصدار " .

وعليه، فإن فرض شهر الدعاوى القضائية الرامية إلى تعديل، نقض، إبطال أو فسخ حقوق مشهورة وكذا الأحكام المتعلقة بها دون تحديد مدة معينة لنفاذ هذه الأحكام ودون ترتيب أي جزاء عن الدعاوى الكيدية يعد قصورا في التشريع ينبغي معه إعادة النظر في هذه الأحكام .

القسم الثاني

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا وموضوعيا

بعد المحاولة السابقة لجمع مختلف منازعات الشهر العقاري ودراستها نظريا في القسم الاول، أحاول في هذا القسم التطرق لكيفية الفصل في هذه المنازعات من طرف الجهات القضائية المختصة بموجب الآليات والأدوات التشريعية المتاحة للقاضي ولا يتصل هذا الاخير بالمنازعة موضوع الدراسة إلا بموجب دعوى قضائية تتميز عن غيرها ببعض الصفات والخصائص سوف اتناولها بالدراسة في هذا القسم، ولا يفصل في موضوع هذه المنازعات إلا بعد التأكد من مدى استيفائها للشكل القانوني المطلوب ومدى احترامها للإجراءات المحددة قانونا.

وبناء على هذا قسمت هذا القسم إلى:

الباب الأول: كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا.

الباب الثاني: كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري موضوعيا.

الباب الأول

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا

أتناول في هذا الباب المراحل الإجرائية المختلفة التي تمر بها منازعة الشهر العقاري العادية منها والإدارية، بداية من نشوبها إلى غاية صدور الحكم فيها وصيرورته نهائيا. سوف أركز في هذا الباب على الدراسة التطبيقية والعملية، وذلك خلافا لما اتبعته في القسم الأول نظرا للطبيعة الإجرائية التي تتسم بها منازعة الشهر العقاري التي تختلف في كثير من الجوانب عن المنازعات القضائية الأخرى، فضلا عن كونها لا تشكل منازعة من نوع واحد وإنما تنقسم إلى نوعين مختلفين من المنازعات تتعلق إحدهما بالقضاء العادي والأخرى بالقضاء الإداري لما لها من خصائص ومميزات المنازعة الإدارية البحتة. بناء على ما تقدم يقسم الباب إلى:

الفصل الأول: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي (المنازعة العادية).

الفصل الثاني: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري (المنازعة الإداري).

الفصل الأول

كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي (المنازعة العادية)

تمر منازعة الشهر العقاري المطروحة على القضاء العادي، منذ تقديم عريضة رفع الدعوى إلى كتابة الضبط لدى المحكمة المختصة، وإلى غاية صدور حكم فيها، بمراحل إجرائية مختلفة سواء عند إعداد العريضة وتقديمها إلى الجهة المختصة، وما يجب أن تتضمن من بيانات، وقيد، وإعلانها للخصم الآخر، وما قد يطرأ عليها من طلبات عارضة وما تقتضيه من إجراءات تحقيق إلى غاية صدور الحكم فيها.

بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى :

المبحث الأول: ماهية دعوى منازعة الشهر العقاري وشروط قبولها .

المبحث الثاني: الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعة الشهر العقاري

(الاختصاص القضائي).

المبحث الثالث: الأحكام القضائية الفاصلة في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيها.

المبحث الأول

ماهية دعوى منازعة الشهر العقاري وشروط قبولها

قبل الخوض في إجراءات التقاضي المتعلقة بمنازعة الشهر العقاري، ينبغي التعرف على الوسيلة التي يستعملها المتقاضي للجوء إلى القضاء والمتمثلة في الدعوى القضائية من حيث تعريفها والخصائص التي تتميز بها إضافة إلى الشروط التي يجب توافرها في أطراف الدعوى لممارسة الحق في رفع هذه الدعوى، فضلا عن الشروط التي تخضع لها عريضة رفع الدعوى القضائية والقيود التي وضعها المشرع الجزائري لمباشرة هذه الدعوى أمام القضاء.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: ماهية الدعوى.

المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى.

المطلب الأول

ماهية الدعوى

يتعين على كل من له مصلحة في المنازعة في إجراءات الشهر العقاري من خلال أعمال المسح العام أو التحقيق العقاري أو ضد الترقيم المؤقت أو في المنازعة في الحقوق المشهورة، أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحقه أو المطالبة بحمايته دون أن ينصب من نفسه قاضيا فيما ينشب بينه وبين الغير من منازعات وإنما بالاعتماد على أهم وسائل حماية الحق أي الدعوى القضائية لما تتميز به من العمومية ومن عنصر الالتجاء إلى القضاء، فضلا عن أن المشرع قد أحاطها بكثير من الضمانات التي تجعلها أسلم سبل حماية الحق، ولمعرفة ماهية هذه الدعوى ينبغي تعريفها وتمييزها عن المفاهيم التي تلتبس بها وتحديد خصائصها.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: تعريف الدعوى.

الفرع الثاني: تمييز الدعوى عن المصطلحات التي تلتبس بها.

الفرع الثالث: خصائص الدعوى القضائية.

الفرع الأول تعريف الدعوى

عندما تثور المنازعة المتعلقة بالشهر العقاري يلجأ المتضرر إلى القضاء الذي هو سلطة منفصلة عن السلطات الأخرى والذي يعتبر مرفقا عاما إذ يعتبر كذلك نظرا لطبيعته العضوية والمادية وهذا عندما يسند الفصل في هذه المنازعات إلى جهة عمومية مستقلة تضمن استمرارية هذا المرفق لتحقيق المساواة بين المتقاضين⁽¹⁾ وبذلك يتم اللجوء إلى القضاء المختص بالفصل في المنازعة محل البحث بموجب دعوى قضائية، وهي الوسيلة التي يستعملها صاحب الحق أو المركز القانوني لرعاية وحماية حقه، وعليه فلا يمكن الخوض في إجراءات التقاضي للفصل في منازعة الشهر العقاري دون معرفة ماهية هذه الوسيلة، فلا يستكمل الحق مقومات وجوده إذا لم يكن في وسع صاحبه أن يراعه ويحميه وينتفع به، وذلك لأنه لا سبيل للتمكن من ذلك غير الدعوى، فهي من عناصر قيام الحق، وهي بهذا الاعتبار وثيقة الصلة بالقانون المدني. ثم هي بوصفها وسيلة التمتع لحماية السلطة القضائية تدخل في دراسة قانون المرافعات⁽²⁾.

فالدولة عند ما حرّمت على الفرد اقتضاء حقه بنفسه، وهيأت له هذه الحماية بواسطة القضاء، كان لا بد أن تخول للفرد صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، حق الحصول على هذه الحماية وهذا الحق يسمى بالدعوى القضائية أو اختصارا بالدعوى⁽³⁾.
فالدعوى كلمة قلقة غير معينة، أدى هذا القلق إلى أنها لم تستقر كفكرة قانونية في الفقه حتى الآن⁽⁴⁾. فقد شاع الاضطراب في استعمالها والتعبير عنها، ولم يعرفها المشرع لا في قانون الإجراءات المدنية ولا في القانون المدني، وقد ساعدت اللغة القانونية المستعملة على زيادة هذا الاضطراب. فلغة هي الادعاء، أما في الاصطلاح القانوني، فإنها تتردد بين معنيين المعنى السائد في الفقه أنها سلطة أو حق، وإن ثار الخلاف حول مضمونه وطبيعته. ومعنى آخر دارج في العمل وهو المطالبة القضائية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾CADIET Loïc, Droit judiciaire privé, litec,1992,P 65.

⁽²⁾ د. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، شرح قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، 1976/1975، ص 19.

⁽³⁾ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2008، ص 45.

⁽⁴⁾ د. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى، مكتبة عبد الله وهبة، 1947، ص 11 وأيضاً د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 451 وأيضاً د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، ص 435.

⁽⁵⁾ د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 437.

والدعوى كما يراها الفقه القديم هي سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته⁽¹⁾ وهي السلطة المخولة لكل شخص له حق يعترف القانون بوجوده في أن يطلب حماية القضاء لإقرار هذا الحق إذا جحد، أو رد الاعتداء عنه، أو استرداده إذا سلب⁽²⁾.

أحيانا تستعمل الدعوى بمعنى الحق في حكم بمضمون معين لصالح المدعي، وأخيرا تستعمل الدعوى لتعني مجموعة الإجراءات أمام القضاء، فيقال مصاريف الدعوى، أي المصاريف التي أنفقت بالنسبة لجميع إجراءات الخصومة، أو وقف الدعوى والمقصود به وقف إجراءات الخصومة⁽³⁾.

فهي وسيلة قانونية يتوجه بها الشخص إلى القضاء للحصول على تقرير حق له أو حمايته أو على العكس نفى هذا الحق، فالدعوى هي وسيلة تحريك القضاء لحماية الحق وليست في ذاتها حقا آخر إلى جوار الحق الذي تحميه يضاف إلى ذمة صاحب الحق، إذ هي أحد عناصره كما أنه قد يتصور وجود عدة دعاوى أي عدة وسائل لحماية حق واحد، وأخيرا ليست الدعوى هي الوسيلة القانونية الوحيدة لحماية الحقوق، بل أن للحقوق طرقا قانونية أخرى لحمايتها مثل طرق التنفيذ والدفاع الشرعي وحق الحبس كلها وسائل قانونية لحماية الحق، ولكن الدعوى تتميز عنهم جميعا بأنها ترفع إلى المحاكم أي أنها حماية عن طريق سلطة القضاء⁽⁴⁾.

وعرفت الدعوى حديثا بأنها حق صاحب الادعاء في أن تسمع دعواه بحيث يفصل القاضي بتأسيسها أو عدم تأسيسها. وهي بالنسبة للخصم، الحق في مناقشة مدى تأسيس إدعاءات المدعي، وهو المفهوم الذي أورده المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد التي جاء فيها:

“L’action est le droit, pour l’Auteur d’ une prétention, d’être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondé.

Pour l’ adversaire, l’action est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention”

(1) د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 114.

(2) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الأول، مكتبة الآداب القاهرة 1957 ص 554.

(3) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 45.

(4) د. عبد المنعم أحمد الشرفاوي، (شرح قانون المرافعات الجديد)، المرجع السابق، ص 20 وأيضاً د. علي أبو عطية هيك، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، سنة 2007، ص 161.

يستنتج من نص المادة المذكورة أعلاه بأن الدعوى ليست حكرا على المدعي في حقه للالتجاء إلى القضاء وفي عرض ادعاءاته، وإنما أصبحت أيضا حقا معترفا به لخصمه أي المدعي عليه في الرد على ادعاءاته ودفعتها⁽¹⁾ وهذا رغم النقد الموجه لنص المادة 30 المذكورة أعلاه على اعتبار أنها لا تفرق بين الدعوى والحق في الدفاع وبينها وبين مبدأ المواجهة وهو مبدأ مهم في الخصومة القضائية ولا علاقة له بنظرية الدعوى⁽²⁾.

الفرع الثاني

تمييز الدعوى عن غيرها من المفاهيم التي تلتبس بها

قد تلتبس الدعوى بالحق الذي تحميه وقد تلتبس بالخصومة القضائية وكذا قد تلتبس بحق الالتجاء إلى القضاء، مما يدعو إلى تمييزها عن مختلف هذه المفاهيم فيما يلي:

أولاً: الدعوى والحق الذي تحميه:

كثر النقاش حول التمييز بين الدعوى والحق الذي تحميه، فقبل وفقا للنظرية التقليدية، أن الدعوى هي الحق نفسه في إحدى حالاته، أو بعبارة أخرى هي ذات الحق متحركا إلى القضاء، فهو يبقى هادئا إذا لم ينازع فيه، وإنما ينشط إذا ما أنكر أو اعتدى عليه، فالحق يمثل حالة قانونية هادئة والدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت التحرك.

Le droit est l'état statique, l'action est l'état dynamique d'une même situation juridique⁽³⁾.

ويرى الفقيه CUCHE بأنه في حالة السكون يكون الحق في حالة راحة وهدوء لأنه لم يتم التعرض له أو المساس به، أما في الحالة الثانية، فإن الحق يكون في حالة حركة إذا ما تم التعرض له أو خرقه أو تجاهله⁽⁴⁾، وهي حسب الفقيه JEAN VINCENT الحق الذي تحول من قوة إلى تنفيذ⁽⁵⁾.

وهي حسب النظرية التقليدية في تعريف الدعوى (كوفينرا في القانون الايطالي) هي ذات الحق في أحد ظواهره، إذ يكون الحق في حالته العادية في سكون وركود، فإذا تحرك أطلقنا عليه اسم الدعوى فلا خلاف بين الحق والدعوى - حسب هذه النظرية - إلا بقدر ما بين حالة الحركة وحالة السكون من خلاف⁽⁶⁾.

(1) COUCHEZ Gerard, avec la collaboration de LAGLADE jean pierre et LEBEAU Daniel, Procédure civile, DALLOZ, 1998 ,P 87.

(2) JULIEN Pierre & FRICERO Natalie, Droit Judiciaire privé, 3^e éd, L.G.D.J, 2009, P19

(3) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 116.

(4) CUCHE Paul, Precis de Procédure civile et Commerciale, 7^e éd , DALLOZ.1937 , N° 127.

(5) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, Procédure civile ,27^e éd, op.cit, P 108

(6) د. عبد المنعم أحمد الشراوي، (نظرية المصلحة في الدعوى)، المرجع السابق، 24.

ثانياً: الدعوى والمطالبة القضائية والخصومة:

إن الدعوى هي سلطة مخولة لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء للحصول على احترام القانون وأن صاحب الحق له مطلق الحرية في استعمالها أو عدم استعمالها، فإن استعمال صاحب الحق هذه السلطة أو الرخصة نشأت المطالبة القضائية *La demande en justice* .
فالدعوى توجد سواء استعملها صاحبها أم لم يستعملها، أما المطالبة القضائية فلا توجد إلا إذا باشر صاحب الحق دعواه متبعا للإجراءات الشكلية التي نص عليها قانون المرافعات⁽¹⁾ فهي تنشأ بإيداع عريضة رفع الدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة باتخاذ إجراء من إجراءات الخصومة والتي هي أي الخصومة مجموعة الإجراءات التي تبدأ من إيداع عريضة رفع الدعوى إلى حين صدور حكم في موضوعها أو انقضائها بغير حكم في الموضوع⁽²⁾.
ويمكن تعريفها أيضا بأنها حالة قانونية ناشئة عن مباشرة الدعوى أو مجرد استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء ترتب علاقة قانونية بين الخصوم⁽³⁾.
ويعبر في كثير من الأحيان عن الخصومة بالدعوى، فليست كل خصومة مستندة إلى حق أو متوفرة فيها شروط الدعوى، أن القضاء مفتوح الأبواب لكل من يلتجأ إليه بصرف النظر عن كون مزاعمه على أساس، ولا يتحمل الخصم من وراء الالتجاء إليه عنتا أو مسؤولية غير التزامه بالمصاريف القضائية ما لم تكن خصومته كيدية، أو ما لم يكن متعسفا في استعمال حق الدعوى في هذه الحالة أو تلك يجوز الحكم عليه بالتعويض⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 118 و أيضا د. احمد هندي، المرجع السابق، ص 438.

(2) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, *Procédure civile*, 27^e éd, op.cit, P 114.

وأیضا د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 118 .

(3) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 118 .

(4) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 554.

ثالثاً: الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء:

تختلف الدعوى عن حق الالتجاء إلى القضاء، فحق الالتجاء إلى القضاء Droit d'agir en justice أو ما يسمى بحق التقاضي، هو حق من الحقوق العامة ومكفول للناس كافة بموجب الدستور ولا يسأل الشخص عما يترتب على استعمال هذا الحق من ضرر إلا إذا تعسف أو أساء استعمال حقه، وهذا الحق لا يجوز النزول عنه ولا ينقضي بالتقادم أو بأي سبب من أسباب الانقضاء. أما الحق في الدعوى فهو حق محدد مقرر لشخص معين هو من حدث اعتداء على حقه يبرر حصوله على الحماية القضائية وهو باعتباره حقا محددًا فإنه يمكن النزول عنه كما أنه ينقضي بالتقادم⁽¹⁾.

الفرع الثالث

خصائص الدعوى القضائية

الدعوى باعتبارها حقا من الحقوق لها الصفات التي يتميز بها الحق الشخصي، ولأنها وسيلة حماية حق أو مركز قانوني آخر، فإنها تتأثر بصفات هذا الحق الآخر الذي ترمي إلى حمايته وترتبط به⁽²⁾ فالدعوى حق وليست واجبا، وللشخص أن يتنازل عن هذا الحق ولكن لا يجوز حرمانه منه، وهي حق يمكن حوالته وانتقاله، كما أنها حق ينقضي بالتقادم، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: الدعوى حق وليست واجبا:

استعمال الدعوى أمر اختياري⁽³⁾، لا يجبر الشخص على مباشرتها، فالشخص مطلق الحرية في أن يلجأ إلى القضاء إذا ما اعتدى على حقه، وقد يفضل تجنب الالتجاء إلى القضاء بالتوصل إلى صلح مع المعتدي وقد يفضل الالتجاء إلى مُحكم لما يقدمه نظام التحكيم من سهولة ويسر في إجراءات التقاضي وتوفيرا للوقت والجهد والمصاريف⁽⁴⁾، لذلك فالدعوى حق خاص للشخص تستعمل باختياره للدفاع عن مصالحه وليس للدفاع عن المجتمع، فهو الذي يستطيع تقدير المصلحة الخاصة به.

⁽¹⁾ د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 439.

⁽²⁾ د. أحمد هندي، قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 441.

⁽³⁾ JULIEN Pierre & FRICERO Natalie, op cit, P 20.

⁽⁴⁾ د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف، 1974 ص 142 وأيضاً د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 441 وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 115.

وبما أن الدعوى هي حق خاص، فيمكن للشخص أن يتنازل عنه أو يحيله لآخر، كما ينقضي بالتقادم⁽¹⁾ فهي وسيلة اختيارية لصاحب الحق أن يستعملها أو لا يستعملها، فلا يجبر صاحب الدعوى على مباشرتها إذا ما اعتدى على حقه، فالدعوى ليست واجبا على من يتعدى على حقه نحو نفسه حتى يدفع العدوان عن حقه - ونحو المجتمع الذي يعيش فيه - حتى يسوده حكم القانون، لأن كل اعتداء على حق مخالفة للقانون كما ذهب إلى ذلك الفقيه IHRING في كتابه *La lutte pour le droit* على أن على المعتدى عليه واجب قانوني في رفع الدعوى وهذا الواجب يقع عليه دفاعا عن القانون وحماية للمجتمع فهذه فكرة مثالية لكنها غير واقعية لأن الفرد إنما يتحرك للدفاع عن مصلحته وليس دفاعا عن القانون ومن ناحية أخرى، فإن الدعوى تتطلب إجراءات طويلة وباهظة التكاليف قد يفضل الفرد تجنبها بالتوصل إلى صلح مع المعتدي⁽²⁾.

ثانيا: الدعوى حق يقبل التنازل عنه ولكن لا يجوز الحرمان منه:

بما أن الدعوى حق وليست واجبا، فهي تقبل التنازل عنها ولكن التنازل عن الدعوى لا يعني حتما التنازل عن الحق الموضوعي (فهي تستقل عنه) إلا إذا كان هناك تنازلا عن الحكم الصادر في موضوع الدعوى⁽³⁾.

إذا تنازل صاحب الحق الموضوعي عن حقه، ترتب على هذا إنزال حقه في الدعوى، سواء قصد المتنازل هذا الأثر أم لا، ذلك أنه يترتب على التنازل عن الحق الموضوعي زوال أهم شرط لازم لوجود الحق في الدعوى⁽⁴⁾.

إذا كان للشخص مكنة التنازل عن حقه في الدعوى، لكن لا يجوز الاتفاق على عدم مباشرته لها، لأن شأن هذا الاتفاق يعد إخلال بحق مقدس تقتضيه المصلحة العامة ويحميه القانون العام. لكن هذه الصفة لا تنفي جواز الاتفاق على تقييد الحق في الدعوى، كأن يتراضى الخصوم على الالتجاء في منازعتهم لفضها عن طريق التحكيم بدلا من الالتجاء إلى القضاء العادي، أو كأن يتضمن عقد تأسيس الشركة نصا يحرم الشركاء من الالتجاء للقضاء قبل عرض منازعتهم مع الشركة على جمعيتهم العمومية، أو كأن يتفق الخصوم على الاكتفاء بدرجة واحدة من درجات التقاضي⁽⁵⁾.

(1) د. سيد احمد محمود، أصول التقاضي، دار النهضة العربية، 2009، ص 176.

(2) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 54 .

(3) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 176.

(4) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 55 وأيضاً د. احمد هندي، المرجع السابق، ص 442.

(5) د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 165.

والدعوى باعتبارها وسيلة لحماية الحق أو كعنصر من عناصره لا يجوز النزول عنها مقدما. وإذا كان من الجائز النزول عن الحق برمته إلا أنه لا يجوز النزول عن الالتجاء إلى القضاء إذا نشأ خلاف بصدده ولا يعتد بهذا النزول، لأنه مخالف للنظام العام ولا يؤمن معه الاعتساف. وإن كان يجوز النزول عن الخصومة بعد أن تنشأ⁽¹⁾.

تنطبق القاعدة بالنسبة للطلبات والدفع على السواء، كما أن تنطبق على الدفع ولو كانت مقررة لمصلحة الأشخاص، غير أنه يشترط لعدم الاعتداد بالتنازل عن الدعوى أن يكون سابقا على إقامة الدعوى ومطلقا.

ففي هاتين الحالتين يتنازل الشخص أن الوسائل المقررة قانونا لحمايته قبل ثبوت الحق فيها وعن الحقوق كلية وهو ما لا يجوز⁽²⁾.

ثالثا: الدعوى حق يمكن حوالة وانتقاله:

نظرا لأن الدعوى حق خاص فهي تقبل الحوالة أثناء الحياة (للخلف الخاص كالمشتري مثلا) أو بعد الوفاة (للخلف العام كالورثة) وفي كلتا الحالتين تنتقل الدعوى بالحوالة طالما تم انتقال الحق الموضوعي الذي تحميه⁽³⁾ فينتقل حق الدعوى إلى الخلف العام وإلى الخلف الخاص. فللورثة أن يرفعوا الدعوى مطالبين بحق مورثهم لدى الغير، فطالما انتقلت إليهم حقوقا موضوعية معينة بالوفاة فإنه ينتقل إليهم الحق في رفع الدعوى للمطالبة بهذه الحقوق، كما أن للمشتري أن يستعمل الدعاوى التي كانت للبائع. فالحقوق الموضوعية انتقلت من البائع إلى المشتري ومعها الدعاوى المقررة لحمايتها. مع ملاحظة أن الدعوى قد تكون غير قابلة للانتقال إلا في أحوال معينة. فدعوى التعويض عن الضرر الأدبي لا تنتقل للورثة ما لم يكن المورث قد رفعها للقضاء قبل الوفاء⁽⁴⁾.

رابعا: الدعوى تقبل الانقضاء بالتقادم:

تخضع الدعوى لمدة محدودة يجب رفعها فيها، فإذا انقضت هذه المدة، تقادمت الدعوى ولم تعد لها وجود⁽⁵⁾ ولأن الدعوى حق فهي تنقضي بالتقادم أي بمرور مدة معينة لم ترفع خلالها الدعوى، حيث أن مدة التقادم لا تبدأ من وقت نشأة الحق الموضوعي بل من تاريخ الحق في الدعوى أي من تاريخ الاعتداء أو التهديد بالاعتداء على الحق.

(1) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 116.

(2) د. أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، 1979، ص 15 وما بعدها.

(3) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 176-177.

(4) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 444.

(5) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 55 وأيضا د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 445.

المطلب الثاني شروط قبول الدعوى

إن شروط افتتاح الدعوى القضائية ترتبط ارتباطا وثيقا بمدى قبول الطلب القضائي لأن هذا الأخير هو الذي يطبع الدعوى في شكلها الإجرائي بتضافر بعض الشروط المطلوبة لقبول الدعوى. وشروط قبول الدعوى بالنسبة للفقهاء هي أربعة، وتتمثل في الحق في الدعوى، الصفة، المصلحة، والأهلية. يتعلق الشرط الأول والثاني بوجود الدعوى والثالث والرابع بممارستها⁽¹⁾. هذا التقسيم الذي لم يسلم من انتقاد بعض الفقهاء الذين اعتبروا أن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لصحة الإجراءات، وهو النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري حين إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08. ويمكن تقسيم شروط قبول الدعوى إلى شروط متعلقة بأطراف الدعوى وشروط مرتبطة بعريضة رفعها أمام القضاء. من ثم يقسم المطلب إلى :

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى.

⁽¹⁾ VINCENT jean et GUINCHARD serge, Procédure civile ,27^e éd, op.cit, P 131.

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى

يقصد بالشروط الخاصة بأطراف الدعوى، الشروط التي يجب أن تتوافر في من يوجه الادعاء باسمهم بناء على ما لهم من صفة بالنسبة للحق أو المركز القانوني المدعى به، وهم أساسا المدعي، وهو رافع الدعوى أو البادئ في المطالبة القضائية، سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا، وسواء كان واحدا أم متعددا، والمدعى عليه وهو المشكو منه ابتداء أي المراد الحكم عليه، ولا يتغير وصفه في الدعوى الأصلية حتى ولو شكا بدوره من المدعي، فإن ما قد يطلب الحكم له به على المدعي يسمى دعوى المدعى عليه، وهو قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وقد يكون واحدا أو متعددا⁽¹⁾.

شروط قبول الدعوى وفقا لنص المادة 13 من القانون رقم: 09/08 تتمثل في الصفة والمصلحة القائمة أو المحتملة التي يقرها القانون والإذن إذا اشترطه القانون وبذلك وضع حدا للخلاف الفقهي حول ماهية هذه الشروط والتي يرى البعض من أن شروط الدعوى تكمن في شرط واحد وهو المصلحة (قانونية، قائمة وحالة - شخصية ومباشرة) لأن الدعوى لا توجد إلا بوجود مصلحة فيها . Pas d'intérêt Pas d'action

بينما يرى البعض الآخر بأن شروط الدعوى هي المصلحة والصفة، حيث أن المصلحة تمثل الجانب القانوني والواقعي للدعوى، أما الصفة فتتمثل الجانب الشخصي للدعوى.

ويرى الدكتور أحمد أبو الوفا في هذا الصدد بأن الشرط الثاني أي الصفة والذي يجمع الفقه والقضاء على استلزامه والذي لم ينص عليه القانون لبدايته، يتعلق بأشخاص الدعوى، المدعي والمدعى عليه ويسمى شرط الصفة في المدعي شرط المصلحة الشخصية كذلك⁽²⁾.

(1) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 446.

(2) د. أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 329 وما بعدها وأيضا د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، 1986 ص

كما يرى بعض الفقه، بأن شروط قبول الدعوى هي وجود حق - وجود مصلحة - وجود موضوع الدعوى - وجود صفة - وجود أهلية أو سلطة للتقاضي، والذي يضيف بأن هذه الشروط لا تخرج عن كونها وجهات مختلفة لشروط واحد لأن بعض هذه الشروط قد يلتبس ببعض الآخر وهي "المصلحة"⁽¹⁾.

ويرى البعض الآخر أن شروط قبول الدعوى هي المصلحة والصفة والأهلية، والأهلية حسب الدكتور عبد الباسط جميعي هي الشرط الثالث من شروط قبول الدعوى إذ لا يجوز أن تقبل دعوى يكون المدعي فيها غير متمتع بالأهلية القانونية اللازمة لممارسة حقوق، ويرى أن بعض الشراح يرون بأن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى بل هي شرط لانعقاد الخصومة، بمعنى أن الطلب - باعتباره تصرفا قانونيا صادرا من المدعي - لا يكون صحيحا في القانون إلا إذا كان من صدر منه الطلب كامل الأهلية.

ويضيف بأنه يعتقد أن هذا النظر غير سديد، لأنه إن صح الأمر يتعلق بصحة الخصومة أو بطلانها لكان معنى ذلك أن الدعوى المرفوعة من مجنون أو قاصر تكون مقبولة. ولكن الخصومة تكون باطلة إذا كان المدعي عديم الأهلية، وقابلة للبطلان إذا كان ناقص أهلية فحسب، ومن ثم لا يكون للمدعي عليه التمسك بالبطلان في حالة نقص أهلية المدعي، لأن البطلان عندئذ يكون بطلانا نسبيا فلا يتمسك به إلا من شرع لمصلحته أي القاصر وهذا - حسبه - ما لم يقل به أحد، لأن الخصومة ليست عقدا يتم بالرضا وإنما هي تتعقد جبرا على المدعي عليه، ومن ثم كان له أن يتمسك (المدعي أو نائبه) بعدم الاحتجاج عليه به إذا ما تبين أن هذا الحكم في غير صالحه. فمن المسلم به حسب رأي الدكتور عبد الباسط جميعي فإنه لا جدال أن المدعي عليه يجوز أن يتمسك بنقص أهلية المدعي أو انعدامها، ولا سبيل لذلك إلا بالدفع بعدم قبول الدعوى⁽²⁾.

أما في القانون الجزائري، فإنه بالرجوع إلى نص المادة 13 التي جاء فيها: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون."

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 562.

(2) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، 1973 - 1974، ص 241.

ودون الخوض أكثر في الجدل الفقهي، فإن شروط قبول الدعوى هي: الصفة والمصلحة والإذن وهي الشروط التي سوف أتعرض لها بالتفصيل فيما يلي:

- الشرط الأول:

- الصفة:

تعتبر الصفة شرطا لقبول الدعوى، فيجب لقبول الدعوى توافر الصفة - الصفة العادية - بأن ترفع الدعوى من ذي صفة ضد ذي صفة، وتنسب الدعوى إيجابا لصاحب الحق في الدعوى وسلبا لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته، بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته أو من ينوب عنه، وأن توجه الدعوى إلى من اعتدى على هذا الحق، أي أن يوجد تطابق بين المركز القانوني للشخص رافع الدعوى والمركز القانوني لصاحب الحق المدعى، كما يتطلب تطابقا بين المركز القانوني للمدعي عليه والمركز القانوني للمعتدى على هذا الحق بالدعوى بوصفها وسيلة لطلب الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني المدعى به ويعبر أحيانا عن هذا المقتضى أن تكون المصلحة شخصية والأدق في اعتقاد الدكتور وجدي راغب فهمي أن تكون الدعوى شخصية، فالصفة تقوم على وجود علاقة قانونية بين أطراف الدعوى وموضوعها⁽¹⁾.

ينبغي أن تستمر صفة المدعي طوال مراحل الدعوى، فإن زالت عدت الدعوى غير مقبولة وتقضي المحكمة بذلك تلقائيا، ذلك لأنه يترتب على انتقال الحق الموضوعي انتقال الصفة، فإذا كان الدائن قد نقل حقه إلى شخص آخر، فإن صفته ومصلحته تزولان وتظهر مصلحة صاحب الحق الجديد - الخلف - وهي التي تكون أساسا للدعوى القائمة⁽²⁾.

كذلك الحال بالنسبة للمدعي عليه، يجب أن تستمر صفته ومصلحته طوال مراحل الدعوى، فإذا حدث وزالت صفته في أي وقت، فإن الدعوى تعد غير مقبولة، فإذا حدث أن أصبح المدين شخصا آخر أثناء نظر الدعوى، فإنه يجب توجيه الإجراءات إلى صاحب الصفة الجديد.

إذا كانت هناك صفة الدعوى معترف بها للأفراد للدفاع عن مصالحهم الخاصة فهناك صفة في الدعوى معترف بها لمنظمات جماعية (كالنقابات أو المنظمات أو الجمعيات) أو هيئة (كالنيابة العامة) وذلك للدفاع عن مصلحة جماعية أو عامة⁽³⁾.

(1) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، المرجع السابق ص 495.

(2) د. نبيل عمر، الدفع بعدم قبول الدعوى ونظامه القانوني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، 1981 ص 92.

(3) VINCENT jean et GUINCHARD serge, Procedure civile, 27^e éd, op.cit, P 148

وأیضا د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 223 .

الشرط الثاني:

- المصلحة:

إن القضاء سلطة من سلطات الدولة لا يباشر وظيفته في الحماية القضائية إلا إذا كان هناك حاجة إلى هذه الحماية، فالقضاء ليس دارا للإفتاء ولا مجالاً للمجالات النظرية البحتة، فيجب أن تكون هناك فائدة عملية من وراء رفع الدعوى إلى القضاء، وإذا كان القضاء الموضوعي، أي الفصل في موضوع الدعوى يحقق هذه الحماية، فإن القانون يشترط لقبول الدعوى، وبالتالي للفصل في موضوعها أن تكون هناك حاجة إلى هذه الحماية.

فالقاعدة إذن أنه لا دعوى بلا مصلحة، وأن المصلحة هي مناط الدعوى، وهذا يؤدي إلى تصفية الدعاوى المرفوعة أمام القضاء، حتى لا تتشغل المحاكم بالفصل في دعاوى لا حاجة إلى الفصل فيها⁽¹⁾.

لقد وجد خلاف بين الفقهاء في شأن تعريف المصلحة على النحو التالي: يذهب الرأي الغالب في الفقه⁽²⁾ إلى أن المصلحة هي المنفعة أو الفائدة التي تعود للمدعي من الحكم له بطلباته القضائية، بينما ذهب البعض الآخر⁽³⁾ إلى أن للمصلحة معنيين الأول هو الباعث أي الحاجة إلى الحماية القضائية التي توجد في حالة الاعتداء أو التهديد بالاعتداء على الحق أو المركز والثاني هو الغاية أي المنفعة التي يحصل عليها لتحقيق حماية القانون لحقه الذي اعتدى عليه أو المههد بالاعتداء عليه.

في حين أن الرأي الثالث⁽⁴⁾ يرى أنه يصعب التمييز بين الباعث والغاية في المصلحة حتى أن أنصار هذا الرأي أقرروا صعوبة التمييز بينهما وعرفوا المصلحة بالمعنيين السابقين معاً، وبالتالي فالمصلحة وفقاً للرأي الثالث هي المنفعة أو الفائدة التي تعود للمدعي من رفع دعواه أمام القضاء. والعبرة في توافر المصلحة هي بوقت نظر الدعوى والفصل فيها دون الاعتداد بتاريخ إقامتها فالمصلحة إذا توافرت لدى المدعي وقت إقامة الدعوى ثم زالت عنه عند نظرها والفصل فيها فلا تكون الدعوى مقبولة.

(1) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء، المرجع السابق ص 108.

(2) د. أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 318 وأيضاً د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 205.

(3) د. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1944، ص 54.

(4) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 199.

فالمصلحة شرط مستمر يجب إن يظل قائما إلى وقت الفصل في الدعوى تمشيا مع وظيفة القضاء والهدف منه الذي هو منح الحماية القضائية لمن هو في حاجة إليها وقت صدور الحكم بها⁽¹⁾.

يذهب الفقيه CUCHE أبعد من ذلك حين يرى بأن مجرد استعمال الحق في الدعوى دون توافر مصلحة يعتبر تعسفا في استعمال الحق.

Il ya usage abusif du droit, lorsqu'on exerce ce droit en justice sans y avoir intérêt ⁽²⁾.

فالمصلحة في الدعوى تعني إذن الحاجة إلى الحماية القضائية أو هي الفائدة العملية أو الواقعية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلبه لتحقيق مركز مالي أو أدبي، فهي الحاجة إلى الحماية القضائية سواء كانت في صورتها الإيجابية كالدعوى أو في صورتها السلبية كالدفع وهي تعني الفائدة التي تعود على المدعي من الحكم بطلبه، إنما يترتب عما يحققه هذا الحكم من يقين قانوني، فهي إذن مصلحة المدعي في اليقين القانوني⁽³⁾ وهي المنفعة التي يجنيها المدعي من الالتجاء إلى القضاء، فالأصل أن الشخص إذا اعتدى على حقه تحققت له مصلحة في الالتجاء إلى القضاء، وهو أيضا يبتغي منفعة من هذا الالتجاء، فالمصلحة هي الباعث على رفع الدعوى، وهي من ناحية أخرى الغاية المقصودة منه⁽⁴⁾.

فالمصلحة ليست شرطا لقبول الدعوى فحسب، وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم.

أوصاف المصلحة:

لا يكفي لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة في رفعها، و إنما يجب طبقا لنص المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة، في حين أن المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم لم تكن تشترط أي وصف في المصلحة، بل يكفي أن تتوافر في المدعي مصلحة في رفع الدعوى، ولم يشترط المشرع بأن تكون المصلحة قانونية، كما هو الحال عليه في قانون المرافعات المصري (المادة 3 بعد التعديل بموجب القانون رقم: 81 لسنة 1996) الذي يعرفها كالتالي: " لا تقبل الدعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قانونية شخصية ومباشرة وقائمة. "

(1) د. احمد هندي، المرجع السابق، ص 293.

(2) CUCHE Paul , op.cit, N°130.

(3) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، المرجع السابق ص 492 - 493.

(4) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 121 وأيضا د. عبد المنعم أحمد الشراوي، (نظرية المصلحة في الدعوى)، المرجع السابق

ص55.

لا شك أن المصلحة المطلوبة في رفع الدعوى هي المصلحة القانونية أي المصلحة التي يقرها القانون ويتحقق ذلك إذا كانت الدعوى تستند إلى حق أو مركز قانوني فيكون الغرض من الدعوى المطالبة بحق أو مركز قانوني أو رد الاعتداء عليه أو المطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصاب الحق. فالمصلحة الجديرة بالحماية إذن هي المصلحة التي تستند إلى حق أو مركز يحميه القانون، فلا تقبل دعوى الخليفة على من تسبب في وفاة خليلها، لأن المعاشرة غير الشرعية لا تنتسئ للخليفة حقا يحميه القانون.

والمصلحة القانونية قد تكون مصلحة مادية أو أدبية، والمصلحة المادية Pécuniaire هي التي تحمي المنفعة المادية لرافع الدعوى كدعوى المطالبة بالدين أو الفوائد التأخيرية أما المصلحة الأدبية Intérêt moral فهي التي تحمي حقا أدبيا لرافع الدعوى⁽¹⁾. فالمصلحة سواء كانت مادية أو أدبية تكفي لقبول الدعوى طالما أنها تستند إلى حق أو مركز يحميه القانون.

لم يشترط المشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة⁽²⁾ Intérêt personnel et direct أي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته أو من ينوب عنه كالوصي بالنسبة للقاصر والوكيل بالنسبة للموكل كما اشترط أن تكون مصلحة قائمة، فما معنى أن تكون المصلحة قائمة. واشترط المشرع الجزائري في رافع الدعوى أن تكون له مصلحة قائمة أو محتملة، بمعنى أن يكون الاعتداء قد وقع بالفعل على الحق أو المركز القانوني المراد حمايته، أنه يشترط لقبول الدعوى أن تكون المصلحة قائمة، ويكون ذلك كقاعدة عامة عندما يكون الضرر قد وقع فعلا، ولكن قد يحتمل وقوع ضرر في المستقبل، فيجوز أن ترفع دعوى وقائية لتفادي وقوعه، لأن الضرر المحتمل يثير قلق المدعي وعدم طمأنينته واستقراره، توجد مصلحة قائمة وحالة في إزالة هذا الخوف وهو ما يعبر عنه بالمصلحة الحالة في الوقاية من ضرر محتمل⁽³⁾.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 210.

(2) لم يشترط المشرع الجزائري بأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة ومرد ذلك في رأبي إلى تداخل مفهوم المصلحة الشخصية والمباشرة مع مفهوم الصفة التي هي شرط لقبول الدعوى أيضا، ذلك أن المشرع أصاب حين لم يشترط بأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة لأن ذلك من شأنه أن يضيق معنى المصلحة ويضعها في أضيق نطاق ويحصرها في المدلول الذاتي لرافع الدعوى وهو مفهوم من شأنه أن يكرس معنى الذات وعدم المبالاة بقضايا المجتمع.

(3) د. بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى - نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 48.

فالمضابط لتحقيق المصلحة القائمة هو وقوع الضرر بالفعل على الحق أو المركز القانوني، كأن يغتصب شخص عينا في حيازة شخص آخر، أو يمتنع مدين عن سداد دين حل أجله. وعلة ذلك، أنه لا حاجة لصاحب الحق في أن يلجأ إلى القضاء إذا لم ينازع في حقه أو مركزه القانوني، فضلا عن أن مهمة القضاء الفصل في المنازعات، بحيث لا منازعة حول الحق أو المركز القانوني، فإنه لا يصح أن يشغل القضاء بمنازعات لم تحل بعد⁽¹⁾.
إذا كان الأصل في الدعوى أن لا تقبل إلا إذا كانت المصلحة فيها قائمة، فإن المشرع أضاف المصلحة المحتملة كشرط لقبول الدعوى وهذا تمشيا مع الفقه والقضاء، فما معنى أن تكون المصلحة محتملة؟

القاعدة أنه يلزم لقبول الدعوى أن تكون قائمة ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة، لذا خرج المشرع عن القاعدة وأجاز لقبول دعاوى يكفي فيها وجود مصلحة محتملة مسايرة للاتجاه الحديث في الفقه الذي يميل إلى قبول الدعاوى التي يتكون فيها المصلحة محتملة في حالات معينة، والمصلحة تكون محتملة إذا كان الخطر وشيكا والضرر محتمل الوقوع، وأقره القانون مثل الدعاوى الوقائية⁽²⁾.
وتشمل الدعاوى الوقائية الدعاوى التقريرية وهي التي يكون فيها الحق مهددا بخطر محقق أي وشيك الوقوع، وتعتبر الدعاوى المتعلقة بالأدلة من ضمن الدعاوى التي يكفي فيها وجود مصلحة محتملة وتكون في الحالات التي يراد فيها الاستيثاق كحق يخشى زوال دليله⁽³⁾.

فالقضاء في المجتمعات الحديثة ينبغي أن لا يقتصر على وظيفته الجزائية، أو العلاجية، بل ينبغي أن يؤدي دورا وقائيا، فالوقاية خير من العلاج، فتدخل القضاء لمنع الضرر أولى من تدخله لإصلاح هذا الضرر. بل أنه توجد في حالة الضرر المحتمل حاجة إلى الحماية القضائية من هذا الضرر، وهذه الحاجة تمثل مصلحة قائمة وحالة في الدعوى لأن الضرر المحتمل يثير خوف المدعي وعدم طمأنينته واستقراره، وهكذا توجد له مصلحة قائمة وحالة في إزالة هذا الخوف وهو ما يعبر عنه بالمصلحة في الاستقرار⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص 222.

(2) أ. زينب شويحة، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار أسامة للطباعة والتوزيع، 2009، ص 44.

(3) د. عبد المنعم الشرقاوي - د. عبد الباسط جميعي، شرح قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، 1975، ص 31.

(4) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 473 وما بعدها.

الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لصحة المطالبة القضائية:

لقد سبق الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على شرط الأهلية ضمن شروط قبول الدعوى بموجب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مثلما كان الحال عليه بالنسبة لنص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم وذلك ليس سهوا منه كما يرى البعض⁽¹⁾ ولكن تمشيا مع الفقه والقضاء والقانون المقارن، ذلك لأن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة المطالبة القضائية وبالتالي لصحة إجراءات الخصومة، ولذا فإن وسيلة التمسك بعدم توافر الأهلية هي الدفع ببطلان الإجراءات وليس الدفع بعدم قبول الدعوى، وآية ذلك أن دعوى عديم الأهلية أو ناقصها تكون مقبولة إذا تحققت مصلحته في رفعها وتولدت لديه الصفة.

ولا يترتب على تخلف الأهلية لديه إلا عجزه عن مباشرة الدعوى بنفسه مما يوجب أن يباشرها - نيابة عنه - وليه أو وصيه. فالأهلية شرط لمباشرة الدعوى لا لقبولها، أي أنها شرط لصحة المطالبة القضائية وإجراءات الخصومة⁽²⁾، الدليل على ذلك هو ما جاء في نص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

- 1- انعدام الأهلية للخصوم،
- 2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي."

(1) أ. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08-09، منشورات أمين، 2009، ص 41.

(2) د. عبد المنعم أحمد الشرفاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 26.

وبذلك فيترتب على عدم توافر الأهلية لدى رافعها بطلان إجراءات الدعوى، فقد يتوافر لدى الشخص الحق في رفع الدعوى دون أن يكون أهلا لمباشرتها، وفي هذه الحالة يجب أن يتخذ الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة بواسطة ممثل قانوني وإلا كانت الدعوى باطلة⁽¹⁾، فإذا دفع بعدم قبول الدعوى لانعدام أهلية أحد الخصوم، فإن التكييف القانوني الصحيح لهذا الدفع هو دفع ببطلان الإجراءات وليس دفعا بعدم قبول الدعوى.

كما لا يمكن إغفال شرط عدم مخالفة الدعوى للنظام العام والآداب العامة فيفصل القاضي بعدم قبول الدعوى الرامية إلى تنفيذ التزام فيه مساس بالنظام العام والآداب العامة استنادا إلى الحكمة التي مفادها *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁽²⁾.

إضافة إلى الشروط المتعلقة بضرورة رفع الدعوى خلال مواعيد معينة، لأن ممارسة الدعوى مرتبط بمواعيد مسقطة إذا لم يبادر المدعي برفع دعواه خلالها بشكل سريع تسقط، وتعتبر أغلبها مواعيد قصيرة يجب احترامها تحت طائلة عدم قبول الدعوى، هذا فضلا عن شرط عدم سبق الفصل في الدعوى فبمجرد عرض النزاع على عناية القاضي، وبمجرد الفصل فيه بموجب حكم، فإن سبق الإدعاء لا يصلح بأن يكون محلا لدعوى أخرى بسبب سبق الفصل فيها.

الشرط الثالث:

- الإذن:

هو ما اعتبره المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من شروط وجود الحق في التقاضي أو من شروط قبول الدعوى متى كان هذا الإذن لازما، وأجاز للقاضي إثارة عدم وجود الإذن من تلقاء نفسه لارتباطه بالنظام العام وفقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومتى أقر القانون وجوب توافر الإذن، فإن القاضي غير مجبر على الفصل في موضوع الدعوى إذا تخلف هذا الشرط ومثاله الإذن للمميز بالتصرف جزئيا أو كليا في أمواله⁽³⁾ وفقا لنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2004 ص 38.

(2) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, Procedure civile, 27^e éd op.cit, P 162.

(3) أ. زينب شويحة، المرجع السابق، ص 41.

(4) أنظر القانون رقم 11/84 المؤرخ في: 09/06/1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27/02/2005 المتضمن قانون الأسرة.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى

لا يمكن للقاضي أن يتدخل في المنازعة موضوع الدراسة من تلقاء نفسه، وإنما لا بد من تحريكها من أحد أطراف الخصومة - المدعي عادة - ليفصح عن إرادته في الالتجاء إلى القضاء، لحماية مركز قانوني له ضد اعتداء وقع عليه. ويكون هذا الإفصاح عن الإرادة في صورة "عريضة رفع دعوى" والتي يجب أن تشمل على عدة بيانات لازمة لصحتها كما يجب أن تقيد بكتابة ضبط المحكمة إضافة إلى وجوب شهرها بالمحافظة العقارية في بعض الحالات المحددة تحت طائلة عدم قبولها وهي الشروط التي سيتم التعرض لها بالتفصيل في ما يلي:

أولاً: تحرير عريضة الدعوى وبياناتها:

يجب أن تشمل عريضة رفع الدعوى على بيانات حددتها المادتين 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيهما:
نص المادة 14: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف."
نص المادة 15: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، البيانات الآتية:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى،
 - اسم ولقب المدعي وموطنه،
 - اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له،
 - الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،
 - عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى،
 - الإشارة، عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.
- من استقرأ نص المادتين المذكورتين أعلاه، فإنه تظهر أهمية ذكر هذه البيانات في عريضة رفع الدعوى في مايلي:
- تاريخ رفع الدعوى:

يجب وفقاً لنص المادة 14 أن تكون عريضة رفع الدعوى مؤرخة ولا تخفى أهمية هذا البيان، فمن هذا التاريخ تعتبر الدعوى مرفوعة وتنتج آثارها القانونية كما يمكن معرفة ما إذا كانت الدعوى رفعت في الميعاد أم بعد فواته.

- وجوب توقيع عريضة رفع الدعوى من قبل المدعي أو وكيله:

يجب أن تكون عريضة رفع الدعوى موقعة من المدعي أو وكيله أو محاميه، علما بأن توكيل المحامي أمام درجة الاستئناف أصبح وجوبيا بموجب نص المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا تحت طائلة عدم القبول.

- الجهة القضائية:

هي المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، والغرض من ذلك أن يلتقي الخصمان أمام محكمة واحدة، ولا يتحقق هذا الغرض إلا إذا حدد المدعي للمدعي عليه المحكمة المطلوب حضوره أمامها تحديدا دقيقا فلا يكفي أن يطلب منه الحضور أمام "المحكمة المختصة" فقد تختص بالدعوى أكثر من محكمة.

- أطراف الخصومة وموطنهم:

يجب أن تشمل عريضة رفع الدعوى على أسماء أطراف الخصومة وموطنهم والغرض من ذلك هو إعلان الأطراف في هذا الموطن بغرض إعلان المدعي بالأوراق المتعلقة بالدعوى في هذا الموطن.

- عرض وقائع الدعوى:

يجب أن تشمل عريضة رفع الدعوى على عرض موجز لأهم الوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، وذلك حتى يقف المدعي عليه على المطلوب منه، وأساس ذلك حتى ينتهيا للدفاع قبل حضوره أمام المحكمة، كما يسمح للعارض أن يكون فكره عن الدعوى المطلوب منه الفصل فيها وما إذا كان مختصا بها أم غير مختص، فضلا عما يحققه هذا البيان من جدية الدعوى⁽¹⁾.

- الإشارة إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى:

يجب الإشارة للمستندات والوثائق المؤيدة للدعوى أي الأوراق المتعلقة بها وتنقسم إلى قسمين مستندات لازمة لقبول الدعوى ومستندات مؤيدة للإدعاءات التي تتضمنها الدعوى⁽³⁾ والتي يجب أن تودع بأمانة ضبط الجهة القضائية، بأصولها أو نسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل، وتبلغ للخصم عملا بنص المادة 21 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإغفال ذكر أحد البيانات المذكورة بنص المادة 15 أعلاه يترتب عليه عدم قبول عريضة رفع الدعوى.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 615-616.

(2) د. بويشير محند امقران، المرجع السابق، ص 208.

ثانيا: قيد الدعوى ودفع الرسوم:

متى تم تحرير عريضة رفع الدعوى، وجب على المدعي أن يتقدم بها إلى كتابة ضبط المحكمة التي يريد رفع الدعوى أمامها، ولا تقيد العريضة الافتتاحية إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون بخلاف ذلك يفصل رئيس الجهة القضائية في كل نزاع يعرض عليه حول دفع الرسوم، بأمر غير قابل لأي طعن حسب المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد نصت المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة. يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أو جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم.

يجب احترام أجل عشرين (20) يوما على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج."

ثالثا: وجوب شهر عريضة رفع الدعوى:

يجب شهر عريضة رفع الدعوى بالمحافظة العقارية عملا بنص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا تعلق بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، ما لم يثبت إيداعها للإشهار، وهو نفس القيد الذي كرهه المشرع بموجب المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية محدد الدعاوى الواجبة الشهر بدعاوى الفسخ أو الإبطال أو تلك الرامية إلى تعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها وهذا تأكيدا على ما ورد في المرسوم رقم: 63/76 بموجب المادة 85 منه التي سبق الإشارة إليها.

رابعا: تبليغ عريضة رفع الدعوى:

التبليغ أو الإعلان القضائي هو وسيلة علم الشخص بما يتخذ ضده من إجراءات وأساسه فكرة المواجهة، إذ لا يجوز اتخاذ أي إجراء ضد شخص دون تمكينه من الدفاع عن نفسه والوسيلة إلى ذلك هي الإعلان بالإجراءات ولذلك يهتم المشرع بإعلان الدعوى إلى المدعى عليه لأن الخصومة لا تتعد إلا بالإعلان الصحيح⁽¹⁾.

(1) د. عبد الباسط جمبجي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، المرجع السابق، ص 291.

علم الخصم بالإجراءات عن طريق التبليغ ضروري لممارسة حق الدفاع الذي يعتبر من أهم سمات القانون الإجرائي. فالخصم لا يستطيع مباشرة حق الدفاع إلا إذا علم بطلبات خصمه ودفوعه وحججه الواقعية والقانونية. فكل خصم له الحق بمعرفة إجراءات الخصومة التي يكون طرفاً فيها لتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم. ويتمثل حق الدفاع في الحق في الاستعداد، الحق في الحضور، الحق في الدفاع الشخصي أو الاستعانة بمحام، والحق في العلم بالإجراءات الذي يعتبر أهم تلك الحقوق على الإطلاق⁽¹⁾.

والتبليغ (الإعلان) لا يكون إلا بواسطة المحضر القضائي بموجب محضر تكليف بالحضور حددت المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الشكل والبيانات التي يجب أن يتضمنها وكيفية تسليمه وحددت المادة 19 من نفس القانون إجراءات تسليمه وبذلك يتم التبليغ بموجب محضر تكليف بالحضور إضافة إلى محضر آخر يسمى محضر تسليم بالحضور.

(1) د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، الإعلان القضائي وضماناته في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق مصر، 2005، ص

المبحث الثاني

الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعة الشهر العقاري (الاختصاص القضائي)

تحديد اختصاص محكمة معينة يعني بيان ماهية القضايا التي لهذه المحكمة الحق في نظرها وفقاً لأحكام القانون، فإذا تمكنا من إجراء هذا التحديد كان ما عداه خارج نطاق الاختصاص. يجب التفرقة بين الاختصاص والولاية، فالولاية لجميع المحاكم، حيث لكل منها ولاية القضاء، لكن يختلف اختصاص كل منها. فهناك ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري، لكن لكل قضاء اختصاصه المحدد الذي يختلف عن الآخر⁽¹⁾.

إن الاختصاص لغة، معناه التفضيل والانفراد وفي اصطلاح النظام القضائي معناه السلطة التي خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما⁽²⁾.

إن الاختصاص هو صلاحية المحكمة للنظر في الدعوى، وهو أهليتها لأن يحكم فيها، فعندما يريد صاحب الحق أن يستعمل حقه في الدعوى لولوج باب القضاء، سوف يكتشف أن لهذا الأخير أبواب متعددة، فعلى أيها يطرق؟ هذا ما تجيب عليه قواعد الاختصاص⁽³⁾.

يقصد بالاختصاص إذن مقدار ما لجهة قضائية أو محكمة من سلطة أو صلاحية الفصل في المنازعات، فلكل جهة قضائية نطاق تملك أن تباشر ولايتها القضائية في حدوده ويعتبر في نفس الوقت حداً لولاية الجهات الأخرى.

الاختصاص عدة أنواع، فعندما يتعلق بتحديد القسط من ولاية القضاء الممنوح لجهة قضائية ما بحسب نوع الدعوى كنا أمام ما يسمى بالاختصاص النوعي وإذا تحدد القسط من الولاية بحسب قيمة الدعوى كنا أمام الاختصاص القيمي وإذا كنا داخل الصنف الواحد من المحاكم وأردنا توزيع سلطة الفصل في هذا النوع بحسب الدائرة الجغرافية التي تشغلها كنا أمام الاختصاص الإقليمي أو المجلس.

(1) د. عبد الحكيم فودة، ضوابط الاختصاص القضائي، منشأة المعارف، 1995، ص 11.

(2) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 125.

(3) د. نبيل اسماعيل عمر - د. أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص

يتراوح الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالشهر العقاري بين القضاء العادي والقضاء الإداري علما بأن ازدواجية النظام القضائي في الجزائر كرسها دستور 1996 بموجب المادة 152 منه وهذا باستثناء مجلس الدولة وتنصيبه المحاكم الإدارية⁽¹⁾.

لقد جسد هذا المبدأ (الازدواجية في النظام القضائي) في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 المؤرخ في: 25/02/2008 الملغي للأمر رقم: 154/66 المؤرخ في: 08 يونيو 1966 المتضمن الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، وبذلك فإن الاختصاص في الفصل في المنازعات محل الدراسة يتراوح بين القضاء الإداري والقضاء العادي وينشأ فيه في بعض الحالات مسائل جوهرية تتعلق بتوزيع الاختصاص بينهما حول الاختصاص النوعي والذي يؤول الاختصاص للفصل في هذا التنازع إلى محكمة التنازع المنشأة بموجب المادة 152 دستور 1996 وهذا لتحقيق حسن سير النظام القضائي المزدوج.

فتتعد ولاية القضاء الإداري لنظر المنازعة العقارية المتعلقة بالشهر العقاري التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها وفقا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ينظر القاضي الإداري في هذه المنازعات وهو مطالب بالتوفيق بين المصلحة الفردية ومفهوم الصالح العام⁽²⁾، الذي يحرك السلطة العامة في الدولة بموجبه. بذلك، فإن دور القاضي الإداري الناظر في هذه المنازعات هو أكثر تعقيدا من القاضي العادي (العقاري) الذي يحرص على التوفيق بين مصلحتين شخصيتين ليس إلا، وعليه فإنني أقتصر في هذا المبحث على قواعد الاختصاص الخاصة بالقضاء العادي وبالتحديد على القضاء العقاري المختص بالفصل في المنازعات محل الدراسة دون التطرق لاختصاص القضاء الإداري والذي سوف يتم تفصيله لاحقا.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: الاختصاص النوعي.

المطلب الثاني: الاختصاص الإقليمي.

⁽¹⁾ نظم المشرع اختصاصات مجلس الدولة والمحاكم الإدارية بموجب القانون العضوي رقم: 01/98 و 02/98 المؤرخين في: 30/05/1998.

⁽²⁾ ليلي زروقي، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للعرفة الإدارية للمحكمة العليا/ نشرة القضاء، الديوان الوطني

للأشغال التربوية، وزارة العدل، العدد 54 لسنة 1999 ص 177.

المطلب الأول

الاختصاص النوعي للقضاء العادي (القضاء العقاري)

يرمي هذا المعيار إلى تحديد اختصاص المحكمة بدعوى معينة بالنظر إلى طبيعة الرابطة القانونية محل الحماية بصرف النظر عن قيمتها⁽¹⁾.

ويقصد بالاختصاص النوعي توزيع العمل بين طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى، مدني، تجاري، شؤون أسرة، اجتماعي، استعجالي... يرى البعض أن الاختصاص النوعي للمحاكم لا بد أن يواكبه تخصص القضاة، وذلك لأن قوام المحكمة قاضيها، فإذا ألحق بمحكمة قاض لم يتخصص فيما يعرض عليها من قضايا، ضاعت الحكمة من تخصصه، وضاعت في ذات الوقت الحكمة من تخصص المحكمة ذاتها بالنظر في نوع معين من الدعاوى⁽²⁾ ولا يعرف النظام القضائي الجزائري هذا التخصص إلا في حدود ضيقة وهي الأقطاب القضائية المتخصصة المنشأة بموجب المادة 6/32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يقصد بالاختصاص النوعي للمحاكم، الاختصاص العام وفقا لنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمعنى أن تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا.

الاختصاص النوعي للقضاء العادي للفصل في منازعات الشهر العقاري يؤول إلى القسم العقاري والذي استحدثته وزارة العدل على مدى المحاكم بموجب القرار الوزاري المؤرخ في: 1994/04/01 المعدل والمتمم بموجب القرار الوزاري المؤرخ في: 1996/09/15 ولا تتمتع هذه الأقسام باختصاص نوعي وإنما إجراء تنظيمي لتسيير وتسهيل الفصل في المنازعات العقارية. ويختص القسم العقاري حسب نص المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية، كما يختص بالقضايا المنصوص عليها في المواد: 512 - 513 - 514 - 515 - 516 - 517 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

(1) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 223.

(2) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 392.

وما يهمننا هو ما جاءت به المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "ينظر القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها."

والمادة 516 التي جاء فيها: "ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري، القائمة بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص."

لقد حسمت المادة 515 الجدل الذي كان قائماً في الاختصاص القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري في منازعات العقود التوثيقية المشهورة وبذلك أولى الاختصاص فيه إلى القضاء العادي في قسمه العقاري، كما استقر عليه الاجتهاد القضائي على إسناد سلطة النظر وإبطال العقود المشهورة إلى القاضي العادي بصفته حامي الحقوق الفردية الناتجة عن تلك العقود، ولقد تخلى القضاء الإداري في العديد من الأحيان عن الفصل في مثل هذه المنازعات.

وهذا ما أكده مجلس الدولة في عدة قرارات منها القرار رقم: 294199 المؤرخ في: 2000/06/12 والذي جاء فيه: "إن العقد التوثيقي تخرج مسألة إلغاءه من نطاق صلاحيات القاضي الإداري، مما يتعين إخراج الوالي ومدير أملاك الدولة من الخصام والتصريح بعدم الاختصاص."

بذلك فإن المادة 515 أكدت ما استقر عليه الاجتهاد الأخير على اختصاص القضاء العادي (العقاري) على أساس أن العقود التوثيقية ليست بقرارات ولا عقود إدارية حتى يتم الطعن في صحتها أمام الجهات القضائية الإدارية.

يختص القضاء العادي (القسم العقاري) أيضاً بالفصل في المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري، القائمة بين أشخاص القانون الخاص حسب المادة 516 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد سبق الإشارة في القسم الأول إلى مفهوم الترتيم المؤقت والذي يمكن أن تتنازع في صحته أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام وبذلك ينقسم الاختصاص ويتحدد بالنظر إلى أطراف الدعوى ومنه يعود الاختصاص إلى القضاء الإداري للنظر في الترتيم المؤقت إذا كان أحد أطراف الدعوى شخص من أشخاص القانون العام⁽¹⁾

⁽¹⁾ إن إسناد منازعة الشهر العقاري المتعلقة بالترقيم المؤقت إلى القضاء الإداري يشكك في مدى قدرة القاضي الإداري بالفصل في هذه المنازعة، علماً بأن القضاء العقاري أولى بالنظر فيه لما لدور القاضي العقاري المتابع لعمليات المسح منذ انطلاقتها، مما يجعله أكثر قرباً من هذه المنازعات وبذلك فلا يوجد أي مبرر ينزع فيه الاختصاص من القاضي العقاري ويسند إلى القاضي الإداري لمجرد أن أحد أطراف الدعوى هو شخص من أشخاص القانون العام.

وعن طبيعة الاختصاص النوعي، فإنه من النظام العام ويقضي به القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وفقا لنص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا لما رآه المشرع من أن توزيع الاختصاص النوعي لا يتعلق بمصلحة الخصوم أنفسهم وإنما يتعلق بترتيب طبقات المحاكم و قدرة كل منها على الحكم فيما اختصت به، وبملاءمة المواعيد التي تراعى والإجراءات التي تتبع أمام كل منها لنوع القضايا التي يختص بها⁽¹⁾.
رغبة من المشرع في ضمان سرعة الفصل في الخصومات، وتفاديا للدفع المعطلة للدعوى وكثرة النفقات، أجاز للمحكمة بمقتضى نص المادة 32 الفقرة الخامسة أن تحيل القضية إلى القسم المختص حتى لا يتحمل رافعها عنت الاضطرار إلى تجديدها بدعوى أخرى وهذا ما يعرف بمسألة الإحالة.

المطلب الثاني

الاختصاص الإقليمي للقضاء العادي (القضاء العقاري)

يقصد بالاختصاص الإقليمي (المحلي) قدر ما لمحكمة معينة من محاكم الطبقة الواحدة من اختصاص بنظر المنازعات في دائرة إقليم معين أو حدود مكانية معينة⁽²⁾.
إذا كانت قواعد الاختصاص النوعي تهدف كما سبق الذكر لتحديد نصيب كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة بالدعوى التي يجوز لها النظر فيها، ولما كانت محاكم الطبقة الواحدة تنتشر في أرجاء الدولة بقصد تيسير التقاضي للمواطنين، فإنه يلزم تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع من هذه المحاكم لذلك عني المشرع بتقسيم أرض الدولة التي تنتشر عليها المحاكم إلى دوائر أو مساحات وجعل كل محكمة مختصة بما ينشأ داخل هذه الدائرة أو المساحة من منازعات ولكن متى تعتبر الدعوى داخلة في دائرة اختصاص محكمة معينة دون غيرها؟ فإذا أراد شخص مثلا أن يرفع دعوى على آخر وكان كلاهما يقيم في دائرة مختلفة، فما هي المحكمة المختصة؟ هل هي محكمة المدعي أم المدعي عليه، أم المحكمة التي يقع بدائرتها المال المتنازع عليه، أم محكمة أخرى؟

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 385.

(2) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 482 وأيضاً د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق ص

لقد وضع المشرع ضوابط تبين متى تكون محكمة ما مختصة محليا دون غيرها بنظر الدعوى⁽¹⁾ لأن القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي هي أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه Acter sequitur forum rei وهي قاعدة قديمة كانت موجودة في القانون الروماني وتم إدراجها في أغلب التشريعات الحالية⁽²⁾.

أساس هذه القاعدة براءة ذمة المدعى عليه - حتى يثبت عكس ذلك - وأنه تجب له الرعاية، فيكون على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمة موطنه، أي في أقرب محكمة إليه⁽³⁾.

وهي القاعدة التي أخذ بها المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

إذا تعدد المدعي عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم وفقا لنص المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولقد خرج المشرع على القاعدة فأورد عليها بعض الاستثناءات مراعاة لمصلحة العدالة حينما ومراعاة لمصلحة المدعي حينما آخر، وهذا بموجب المادتين: 39 و 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ جاء في هذه الأخيرة: "فضلا عما ورد في المواد: 37 - 38 - 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:

1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال..."

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 464.

(2) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, Procédure civile, 27^e éd, op.cit, P 352 :

" Cette règle est traditionnelle. Elle existait dans le droit romain dans le droit canonique, dans le droit coutumier, nous la voyons acceptée actuellement par toutes les législations étrangère. C' est une règle d' une universalité et d' une permanence incontestables".

(3) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 395.

لم يكتف المشرع بنصوص المواد: 37 - 38 - 39 - 40 لتحديد الاختصاص الإقليمي بموجب قواعد عامة، إذ أضاف في المادة 518 بل أعاد تكرار ذلك بموجب هذه المادة من نفس القانون مؤكداً على أن الاختصاص الإقليمي للقسم العقاري يؤول إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

نستخلص مما سبق أن الاختصاص يؤول كقاعدة عامة لمحكمة موطن المدعي عليه وهذا إذا تعلق الأمر بإبطال عقود مشهورة، أما إذا تعلق الأمر بالمنازعة في إجراءات المسح العام أو التحقيق العقاري أو الترقيم المؤقت، فإن الاختصاص الإقليمي يؤول إلى المحكمة التي يوجد بها العقار محل النزاع عملاً بأحكام المواد: 40 و518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الثالث

الأحكام القضائية الفاصلة في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيها

تنتهي المنازعة القضائية بصدور حكم قضائي يقرر الحق الموضوعي أو يرد الاعتداء الذي وقع فتتحقق بذلك الحماية القانونية التي سعى إليها صاحب المصلحة في الدعوى، والحكم هو نتاج الجهد الذي بذله القاضي في فهم حجج الخصوم في الدعوى وتحليل واقعها وتحري وجه الحقيقة من خلال فهمه لهذا الواقع⁽¹⁾، والحكم القضائي هو نهاية طبيعية لأية منازعة قضائية. وتقتضي الدراسة التعريف بالحكم القضائي من حيث تحديد مفهومه وعناصره والأجزاء التي يتكون منها هذا الحكم ثم معرفة خطوات إصداره وكذا إلى الطرق التي حددها المشرع للطعن فيه من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي وخطوات إصداره.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها.

المطلب الأول

ماهية الحكم القضائي وخطوات إصداره

الأحكام القضائية هي الخاتمة الطبيعية لإجراءات الخصومة. وصدور الحكم في موضوع الدعوى هو الغاية الأساسية التي يهدف إليها رافع الدعوى، غير أنه يلاحظ أن كثيرا ما يجد القاضي نفسه مضطرا قبل الفصل في الموضوع إلى إصدار أحكام تتعلق بإجراءات السير في الخصومة أو بإجراء من إجراءات الإثبات فيها وذلك حتى تصبح القضية صالحة للفصل في موضوعها، ويمر الحكم القضائي بعدة خطوات قبل إصداره تتمثل في المداولة، النطق بالحكم في جلسة علنية وأخيرا تحريره وفقا للشكل المطلوب قانونا.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: ماهية الحكم القضائي.

الفرع الثاني: خطوات إصدار الحكم القضائي.

(1) د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 2006، ص 05.

الفرع الأول

ماهية الحكم القضائي

جاء في نص المادة 08 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية." وبذلك فالمقصود بالحكم هو كل إعلان لما تمخض عنه فكر القاضي حين استعماله لسلطته القضائية أيا كان مضمون ما توصل إليه من قرار وأيا كانت المحكمة التي أصدرته⁽¹⁾. ولتحديد مفهوم الحكم ينبغي تحديد ماهيته وبيان أجزائه، وهذا ما سيتم تفصيله فيما يلي:

أولاً: تعريف الحكم القضائي:

يوجد في الفقه تعريفات متعددة للأحكام لعل الأقرب إلى الصواب هو تعريفها بأنها القرارات الصادرة من جهات قضائية للفصل في المنازعات وفقاً لإجراءات وضمانات معينة. هذا التعريف ينطوي على عنصرين:

- عنصر موضوعي، هو أن الحكم قرار صادر في منازعة بين خصمين أو أكثر.
 - عنصر شكلي، وهو أنه يجب مراعاة أوضاع وإجراءات معينة عند إصدار الأحكام⁽²⁾.
- والحكم بالمعنى الواسع هو القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام، سواء صدر في نهاية الخصومة أو أثناء سيرها، وسواء كان صادراً في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية.

الحكم بالمعنى الضيق هو ذلك القرار الصادر من المحكمة في القضية الموضوعية المطروحة عليها سواء ما تعلق في جانبها الإجرائي (في الخصومة) أو مدى صلاحيتها للنظر فيها (في الدعوى) أو في مدى صلاحيتها للفصل فيها (في الجانب الموضوعي للقضية أي الحق أو المركز المدعي به) وسواء في بدايتها، أو أثناء سيرها، أو في نهايتها وذلك للتأكيد على الحماية القضائية الموضوعية للحقوق أو المراكز المدعاة وذلك بتقرير تلك الحقوق والمراكز أو إنشائها أو الالتزام بها⁽³⁾.

(1) د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، المرجع السابق، ص 09.

(2) د. عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات، المرجع السابق، ص 388.

(3) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 715.

يجب أن يصدر هذا القرار من شخص تتوافر فيه الولاية والاختصاص والسلحية الخاصة والعامة لإصداره، وذلك لكي يكون القرار صحيحا من الناحية الإجرائية، وهذا القرار قد يكون فاصلا في موضوع النزاع سواء تعلق بأصل الحق المتنازع عليه أو بمسألة أخرى وقتية كانت أو إجرائية⁽¹⁾.

ثانيا : أجزاء الحكم القضائي:

يتكون الحكم القضائي من أجزاء هي:

- الديباجة أو (مقدمة الحكم):

يقصد بالديباجة، مقدمة الحكم التي تتناول صدوره باسم الشعب، أوجبت المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شمول الحكم بعبارة (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب) تحت طائلة بطلان الحكم، ويذكر فيها الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تناولوا الحكم في القضية، تاريخ النطق بالحكم، اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء، اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم، أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعة وتسمية ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

كما يجب أن يشمل على أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم وكذا الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية عملا بأحكام المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم ببطلانه، إذا ثبت من أوراق الملف القضية أو من سجل الجلسات أنه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية طبقا لأحكام المادة 283 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من خلال البيانات التي يجب ذكرها في ديباجة الحكم القضائي، يمكن مراقبة تشكيل المحكمة الفاصلة في الدعوى، ومدى احترامها للإجراءات المطلوبة⁽¹⁾.

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، أحكام القانون للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، عين شمس 2006 ص 04.

(2) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, Procédure civile ,27^e éd , op.cit, P 912.

- الوقائع:

الوقائع هي بمثابة سرد تاريخي للنزاع، وتتمشى مع أسباب الحكم ومنطوقه، وتعين على بيان ما إذا كان القاضي قد فصل بشكل صحيح في الادعاءات التي أباها طرفي الخصومة أم لا⁽¹⁾. ويحتوي هذا الجزء من الحكم على عرض موجز لوقائع الدعوى وخلاصة ما استند إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية، وذلك وفق ما جاء به الخصوم دون تعديل أو تحريف، هذا ما أكدته المادة 277 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: " ... يجب أيضا أن يستعرض بإيجاز، وقائع القضية وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم...".

- تسبيب الحكم (حيثياته) Les Motifs :

ظهر لفظ تسبيب Motiver لأول مرة في فرنسا كإصطلاح لغوي في القرن الثامن عشر. وكان يقصد به تضمين الحكم الأسباب Motifs الضرورية التي أدت إلى وجوده. وقد اكتسب هذا اللفظ منذ ميلاده مدلولاً قانونياً يقصد به إحتواء الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدوره⁽²⁾، أي إيراد الحجج الواقعية والقانونية المبني هو عليها والمنتجة هي له. وبعبارة أخرى، هي الأسانيد المنطقية للحكم القائمة على الحجج التي يضمنها القضاة حيثيات أحكامهم⁽³⁾ و"الأسباب هي روح الحكم" وذلك لأهميتها التي ترجع إلى كونها تحقق عدة ضمانات هي:

- التحقق من أن القاضي قد اطلع على كل وقائع القضية وجميع الأوراق والمستندات المقدمة واتصل علمه بجميع ما أباها الخصوم من طلبات ودفع.

- التحقق من أن القاضي قد استخلص الوقائع الصحيحة في الدعوى من واقع إثبات يجيزه المشرع من واقع الأوراق المقدمة فيها والأدلة بحسب قوتها التي يمنحها إياها القانون الموضوعي.

- التحقق من أن القاضي قد فهم ما أحاط بالدعوى من وسائل قانونية وأنه قد كيفها التكيف الصحيح بعد التحقق من توافر شروطه، وأنه قد أرسى عليها الآثار القانونية الصحيحة، ومن خلال التسبيب

يمكن الخصوم من معرفة مبررات الحكم مما يسهل عملية مناقشتها بمناسبة ممارسة حق الطعن فيها⁽⁴⁾. بذلك فإن حيثيات الحكم هي الأسباب التي استندت إليها المحكمة في قرارها سواء كانت أسانيد واقعية أو قانونية فيجب ذكرها في نسخة الحكم الأصلية⁽⁵⁾، فهي الأدلة التي بني عليها القاضي حكمه وتسبق الأسباب الحكم بعبارة: " بما أن، أو بناء على "attendu que"، أو بعبارة حيث " considérant que" وتسبق أسباب الحكم منطوقه وتتفصل عنه بعبارة لهذه الأسباب.

(1) د. عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1981، ص 168.

(2) أ. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2008، ص 14.

(3) د. عبد القادر سيد عثمان، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 179 .

(4) COUCHEZ Gerard, op.cit, P 444.

(5) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 719.

لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص القانونية المطبقة وفقا لأحكام المادة 277 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يهدف تسبب الحكم إلى بث الثقة في نفوس المتقاضين فيعرف كل متقاضي على أي أساس صدر الحكم، فإن كان له على الحكم مأخذ استخدم حقه في الطعن فيه⁽¹⁾. كما أن وجوب التسبب يحمل القاضي على العناية بحكمه وتقصي العدالة في قضائه على مقتضيات القانون، كما يحمل على اقتناع الخصوم بعدالة الحكم⁽²⁾. أسباب الحكم الواقعية هي الوقائع وأدلة الإثبات التي يستند إليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة محل النزاع، أو بيان الوقائع الرئيسية في الدعوى التي تحققت منها المحكمة وبننت حكمها عليها⁽³⁾. أما الأسباب القانونية للحكم فهي القاعدة القانونية أو المبدأ القانوني الذي يصدر الحكم تطبيقا له⁽⁴⁾.

- منطوق الحكم Le Dispositif :

منطوق الحكم هو قرار المحكمة الذي انتهت إليه في القضية والذي تُلي في الجلسة العلنية للنطق بالحكم وهو أهم جزء في الحكم، ويجب أن يكون كاملا واضحا ودقيقا لأنه يشكل الإجابة التي توصلت إليها المحكمة على إيداعات الخصوم من جهة، ويمثل من جهة أخرى الجزء الذي يتم تنفيذه من طرف أحد طرفي الخصومة ضد الآخر والذي يحوز حجية الشيء المقضي فيه بعد أن يصبح نهائيا. يجب أن يتضمن المنطوق الإجابة على كل الادعاءات الواردة في الدعوى سواء كانت طلبات أصلية إضافية، عارضة، تدخل في الخصومة، إدخال في الخصومة، دفع بعدم القبول... ويكفي في هذه الادعاءات أن تكون مقدمة وفقا للشكل المطلوب⁽⁵⁾، وهو ما أشارت إليه المادة 277 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "...يتضمن ما قضى به في شكل منطوق".

إن الوصول إلى منطوق الحكم يكون بعد قراءة عبارة " فل هذه الأسباب " في الحكم.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 712 وما بعدها.

(2) المستشار عبد الحميد المنشاوي، قانون المرافعات في المواد المدنية و التجارية و الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 284.

(3) د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي ، المرجع السابق، 69.

(4) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 720.

(5) LE BOULANGER Max, la pratique des jugements et arrêts, librairie technique, 1965 ,P 225-228.

- توقيع رئيس الجلسة وكاتبها:

إن التوقيع على النسخة الأصلية للحكم هو الذي يعطيها الصفة الرسمية⁽¹⁾ لذلك يجب أن تكون موقعة من كل من كاتب الجلسة ورئيسها وفقا لأحكام المادة 278 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإذا تعذر التوقيع على أصل الحكم من طرف القاضي الذي أصدره، أو أمين الضبط، يعين رئيس الجهة القضائية المعينة بموجب أمر، قاضيا آخر و/أو أمين ضبط آخر ليقوم بذلك بدله وفقا لأحكام المادة 279 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني

خطوات إصدار الحكم القضائي

يصدر الحكم القضائي بعد المداولة فيه من طرف القاضي الناظر في الدعوى ثم ينطق به في جلسة علنية، وفي الأخير يجب أن يحرر هذا الحكم القضائي وفقا للشكل القانوني وهي الخطوات التي سوف أتعرض لها فيما يلي:

أولاً: المداولة:

يقصد بالمداولة التفكير وتكوين الرأي أو تداوله بالمناقشة بين أعضاء المحكمة للوصول إلى الشكل والمضمون النهائي للحكم، إذا كانت المحكمة من درجة المحاكم التي تشكل من قاضي فرد، فالمداولة تعني في هذه الحالة رفع الجلسة أو التأجيل لجلسة لاحقة للتفكير وتكوين الرأي الذي سينتهي إليه القاضي في حكمه.

أما إذا كانت المحكمة مشكلة من عدد من القضاة، فيقصد بالمداولة هنا المناقشة والتشاور حول وجه الحكم الذي ستفصل فيه المحكمة في الدعوى المعروضة أمامها⁽²⁾.

⁽¹⁾ COUCHEZ Gerard, op.cit,P 442.

⁽²⁾ د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، المرجع السابق، ص 33 - 34.

لقد أوجب المشرع أن تكون المداولة سرية وفقا لنص المادة 269 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيه: "تتم المداولات في السرية، وتكون وجوبا بحضور كل قضاة التشكيلة، دون حضور ممثل النيابة العامة والخصوم ومحاميهم وأمين الضبط". وهذا حفظا لهيبة الأحكام في نفوس المتقاضين وضمانا لحرية القضاة في إبداء الرأي، كما أوجب المشرع أن تتم المداولة بين القضاة مجتمعين حتى تتحقق الحكمة من تعدد القضاة، فلا يجوز إجراء المداولة في غيبة احدهم⁽¹⁾.

ثانيا: النطق بالحكم:

هو قراءة الحكم بصوت عال في الجلسة ويقتصر النطق بالحكم على تلاوة منطوقة في الجلسة من طرف الرئيس وبحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية وفقا لنص المادة 273 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يجب أن يتم النطق بالحكم في الحال أو في تاريخ لاحق، ويبلغ الخصوم بهذا التاريخ خلال الجلسة وفي حالة التأجيل يجب أن يحدد تاريخ النطق بالحكم للجلسة الموالية. لا يجوز تمديد المداولة إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك، على أن لا تتجاوز جلسيتين متتاليتين وهذا وفقا لأحكام المادة 271 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يترتب على النطق بالحكم خروج النزاع من ولاية المحكمة و ينتهي دورها فيه إذ يعتبر الحكم كلمة القانون التي لا تقبل التبدل حتى من المحكمة التي أصدرته وهو أثر يتعلق بالنظام العام فيمتنع على القاضي إعادة النظر فيما قضى به ولو باتفاق الخصوم، كما يترتب على النطق بالحكم أنه إذا توفى القاضي قبل النطق به سقط ذلك الحكم بقوة القانون ووجب الرجوع للمرافعة من جديد، لأن الحكم لا يعتبر موجودا إلا بالنطق به⁽²⁾.

يفترض دائما أن يصدر الحكم بناء على إجراءات صحيحة، لذلك فإذا لم يذكر في الحكم أنه صدر في جلسة علنية، فإنه يفترض صدوره على هذا النحو، طالما لم ينص في الحكم صدوره في جلسة غير علنية وذكر في محضر الجلسة أنه صدر في جلسة علنية⁽³⁾.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 706.

(2) المستشار عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 280 - 281.

(3) د. عبد القادر سيد عثمان، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 383.

ثالثاً: تحرير الحكم:

يجب أن يكون الحكم مكتوباً باللغة العربية تحت طائلة البطلان وفقاً لنص المادة 08 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتعتبر الكتابة عنصراً شكلياً في الحكم، وبذلك فور انتهاء المداولة يقوم رئيس المحكمة أو من يعهد له ذلك من قضاة الهيئة التي اشتركت في المداولة بتحرير الحكم.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها

بصدور الحكم فإن المحكمة تستنفذ سلطتها إزاء المسألة التي فصلت فيها، فلا تملك الرجوع في الحكم أو تعديله، وهو ما يسمى باستنفاد الولاية، كما أنه بصدور الحكم يتم تقرير الحقوق وتدعيمها وهو ما يسمى بأثر تقرير الحقوق، كما لا يجوز عرض هذه المسألة على أية محكمة أخرى، وهو ما يسمى بحجية الأمر المقضي.

قد يخطئ القاضي بحكم كونه إنساناً فيما يصدره من أحكام، فمن الإنصاف إتاحة الفرصة أمام المحكوم عليه لإصلاح هذا الخطأ بموجب طرق طعن نظمها القانون. من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية.

الفرع الثاني: طرق الطعن في الأحكام القضائية.

الفرع الأول

الآثار المترتبة على الأحكام القضائية

لا يكفي أن يصدر الحكم لتترتب عليه كافة الآثار، لأن المشرع لم يكتف في كل حال بمجرد صدور الحكم ولو كان صدوره في مواجهة الخصوم، وإنما أوجب بالنسبة لبعض الأحكام أن يتم إعلان وتبليغ الحكم إلى الخصم ليتحقق بذلك علمه بمنطوقه وأسبابه علما يقينياً⁽¹⁾.

وإعلان الحكم للخصم هو ضروري لتحقيق الآثار التالية:

- تمكين المحكوم له من التنفيذ، لأنه لا يجوز وفقاً لنص المادة 609 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبارها سندات تنفيذية إلا بعد إعلانها لنفس الحكم المطلوب التنفيذ في مواجهته، وقد أراد المشرع بذلك إعطاء فرصة للمحكوم عليه للتنفيذ الاختياري بدلا من التنفيذ الجبري.

- بدأ سريان مواعيد الطعن في الأحكام القضائية⁽²⁾.

- منع الحكم الغيابي وأمر الأداء من السقوط.

ويتم التبليغ بواسطة المحضر القضائي بناء على طلب الخصم ويجب أن يشتمل على البيانات الخاصة بأوراق المحضرين وأن يحصل في المواعيد المحددة قانوناً، كما يجب أن يشتمل على بيانات معينة تحت طائلة القابلية للإبطال وفقاً لنص المادة 613 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. يترتب على صدور الحكم الآثار التالية:

01- استنفاد الولاية (خروج النزاع من ولاية المحكمة):

خروج النزاع من ولاية المحكمة واستنفاد سلطة القاضي *Dessaisissement du juge*، بمجرد صدور الحكم تستنفذ المحكمة سلطتها إزاء النقطة التي فصلت فيها، فلا تملك الرجوع في الحكم أو تعديله⁽³⁾. وهذه القاعدة لا تنطبق بالنسبة للأحكام التي تنتهي بها الخصومة أمام المحكمة فحسب، وإنما تنطبق أيضاً بالنسبة لسائر الأحكام القطعية التي تصدر أثناء نظر الدعوى، فإذا أصدرت المحكمة مثلاً حكماً باختصاصها بنظر الدعوى فلا يجوز لها أن تحكم بعد ذلك بعدم اختصاصها⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 720.

(2) VINCENT Jean, *Precis de procedure civile*, 14^e éd, DALLOZ, 1969, P 660.

(3) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 723.

(4) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 772.

فإذا نطق القاضي بالحكم أصبح ملكا للخصوم وانقضت كل سلطة للقاضي في تناوله لأي تعديل مهما كان خفيفاً⁽¹⁾، غير أنه ترد على هذه القاعدة الاستثناءات الآتية:

- يجوز للمحكمة أن تعيد النظر في حكمها إذا طعن فيه بالمعارضة أو بالتماس إعادة النظر لأن ذلك الطعن يطرح الخصومة من جديد أمام ذات المحكمة التي أصدرته.
- يجيز القانون للمحكمة أن تتولى تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء بحتة (كالخطأ في اسم احد الخصوم)⁽²⁾ .

- إذا تضمن الحكم لبسا أو غموضا يصعب معهما إمكان الوقوف على ما قصدته المحكمة منه، جاز للخصوم أن يرجعوا إلى المحكمة التي أصدرته وأن يطلبوا منها تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام⁽³⁾، لأن الحكم الصادر في التفسير يعتبر من كل الوجوه متما للحكم الذي يفسره، وهي الاستثناءات التي أوردها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 297 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم.

غير أنه يمكن للقاضي الرجوع عن حكمه في حالة الطعن بالمعارضة أو اعتراض الغير خارج الخصومة أو التماس إعادة النظر، ويجوز له أيضا تفسير حكمه أو تصحيحه طبقا للمادتين 285 و 286 من هذا القانون."

02- تقرير الحقوق وتقويتها:

الأصل أن الأحكام مقررّة للحقوق Déclaratifs وليست منشئة لها Constitutifs، لأن وظيفة المحكمة هي أن تبين حق كل خصم بالنسبة لموضوع النزاع، فهي لا تخلق للخصوم حقوقا جديدة. وبما أن الحكم - كقاعدة عامة - يقرر الحق، فهو يبقي له سببه ووصفه ويحفظ له كافة آثاره والتأمينات الملحقة به، والحكم يقوي الحق وينشئ لصاحبه بعض المزايا هي:

- يؤكد له حقه و يقطع النزاع بشأنه في وجه المحكوم عليه.
- ينشئ له سنداً رسمياً يحل محل السند الذي كان أساساً لما ادعاه، وتفترض صحة كل ما ورد به إلا إذا طعن بتزويره.
- ينشئ للمحكوم له سنداً قابلاً للتنفيذ الجبري على المحكوم عليه⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي ، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 725.

(2) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 773 وأيضاً د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، الجزء الثاني، المرجع السابق ص 725.

(3) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي ، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 728.

(4) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص775 وما بعدها.

03- حصول المدعي على سند رسمي:

يترتب على صدور الحكم حصول المدعي على سند رسمي، ويصبح هذا السند حجة بما تضمنه ما لم يطعن فيه بالتزوير⁽¹⁾.

وهذا الأثر أكدته المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: " يكون للحكم حجية العقد الرسمي مع مراعاة أحكام المادة 283 أعلاه."

وبحصول المدعي على سند رسمي (الحكم القضائي) يترتب عليه افتراض صحة كل ما ورد به وبذلك يقوى الحق وينشئ لصاحبه حق التمسك بحجية الشيء المحكوم فيه وهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، مؤداها أن الحكم صدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع فهو حجة على ما قضى به، وتقرر جميع التشريعات هذا المبدأ لأنه من اللازم وضع حد نهائي للنزاع حتى لا يتكرر⁽²⁾.

تعود فكرة حجية الشيء المقضي فيه، إلى القانون الروماني والتي كانت تسبقها فكرة استهلاك الدعوى (Consommation de l' action)، حينما كانت الأحكام تصدر ضمن احتفالات وطقوس خاصة يطالب فيها من الآلهة الحكم في المنازعات التي تصدر بين الأفراد، ومنه فإنه يستحيل مطالبتها مرة ثانية بأن تجيب على نفس الطلبات التي سبق لها وأن حققتها⁽³⁾. وحجية الشيء المحكوم فيه لا ترتب أثرها إلا بتوافر الشروط الآتية: - اتحاد الخصوم - اتحاد الموضوع - اتحاد السبب.

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 738.

(2) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 780.

(3) GRIOLET Gaston, de l'autorite de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle maresquaine libraire, éditeur, 1868, P17- 18 :

" ... les effets de l'actio elle-même avaient sans doute leur origines dans une procédure plus ancienne. L'actio n'aura été que le débris fort altéré d' une cérémonie religieuse par laquelle, dans des temps plus reculés, ont demandait aux dieux eux-mêmes la décision des procès(ACTIONES APUD PONTIFICUM COLLEGIUM ERANT)

A l'époque ou cette sorte d'oracle tenait lieu de jugement, elle avait du paraitre impossible de demander une seconde fois aux dieux la réponse qu'ils avaient déjà donnée ou qu'on n'avait pu obtenir faute d' avoir observer tous le rites"

لا يكفي توافر هذه الشروط لتحقيق حجية الشيء المقضي به، بل لا بد من توافر شروط أخرى في نفس الحكم وهي:

- أن يكون هناك حكم بالمعنى الحقيقي Véritable jugement.
 - أن يكون صادرا من جهة قضائية لها سلطة الفصل في المنازعات.
 - أن يكون صادرا في حدود الوظيفة القضائية للمحكمة و لذلك لا تكون للأوامر الولائية حجة الشيء المقضي به ويجوز تعديلها والعدول عنها حسب مقتضيات الأحوال⁽¹⁾.
- وتكون للحكم الحجية ولو كان قابلا للطعن فيه بإحدى طرق الطعن، بمعنى أن عدم صيرورة الحكم باتا لا يمنع من التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابق الحكم فيها، وإنما هذه الحجية تكون مؤقتة تزول إذا الغي الحكم وتثبت إذا أصبح باتا⁽²⁾.

إن الدفع بسبق الفصل في الدعوى هو من الدفع بعدم القبول، يبدى في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام جهات الاستئناف وهذا وفقا لنص المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانهام الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع."

وأیضا ما نصت عليه المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "يمكن للخصوم الدفع بعدم القبول في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفع في الموضوع." كما لا يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام وهذا ما أكدته المادة 69 من ذات القانون بنصها: "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام لاسيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن."

وأیضا ما جاء في نص المادة 338 من القانون المدني التي جاء فيها: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا."

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 747.

(2) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 781.

الفرع الثاني

طرق الطعن في الأحكام القضائية

يمكن أن تتعرض الأحكام القضائية للأخطاء أو إلى اللاعدالة⁽¹⁾، ذلك أنه لا يسلم القاضي من الخطأ شأنه شأن أي إنسان، ولا تسلم نفوس المتقاضين من الضغائن والأحقاد، فلا يتصور أن يصدر القضاء مطابقا لحقيقة الواقع، كما أن الشعور بعدم الثقة هو شعور طبيعي لدى المحكوم عليه، فكان من المتعين على المشرع أن يعمل على تأمين مصلحة الخصوم بإجازة الطعن في الأحكام⁽²⁾، لهذا السبب أوردت الشرائع منذ القدم طرقا مختلفة للطعن في الأحكام ليتمكن الخصوم من إصلاحها أو إلغائها⁽³⁾. لقد حاولت أغلب التشريعات التوفيق بين مصلحة الخصوم التي تقضي بوجوب إعادة النظر في الحكم لتدارك ما وقع فيه من خطأ أو ما أشتغل عليه من إجحاف أو نقص، وبين المصلحة العامة التي تحتم وجوب وضع حد للنزاع حتى تستقر الحقوق وتصبح الأحكام باتة ملزمة لمن كانوا أطرافا فيها ومعتبرة عنوانا للحقيقة، وقرينة لا يجوز دفعها بأي طريق من طرق الإثبات⁽⁴⁾.

لذلك فقد حصرت طرق الطعن في الأحكام في دائرة معينة وحددتها على سبيل الحصر ووضعت لها أجلا محددًا تنقضي بانقضائه، فهي تنقسم إلى ما هو عادي أي يصح الركون إليه عادة وفي كل الأحوال ما لم يمنعه نص خالص، وبينما هو غير عادي، أي لا يجوز الركون إليه إلا في بعض الحالات الاستثنائية وشرط توافر أحد الأوجه المحددة قانونا على سبيل الحصر⁽⁵⁾. وطرق الطعن هي الوسائل التي بمقتضاها يمكن التظلم من الأحكام، فلا يمكن رفع دعوى مبتدأه بطلب بطلانها استنادا لقاعدة: ⁽⁶⁾ Voies de nullité n' ont lieu contre les jugements

(1) VINCENT Jean, op.cit. 14^e éd, 1969, P 580.

(2) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 817.

(3) CUCHE Paul, op.cit. P 390.

(4) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 852.

(5) VINCENT Jean, op.cit. P 581.

وأیضا د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 853.

(6) VINCENT Jean, op.cit, P 580.

وأیضا د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 798.

والحكمة من ذلك أن استقرار الحقوق لدى أصحابها تقتضي احترام الأحكام فلا يطعن فيها إلا بطرق خاصة وإجراءات خاصة وفي مواعيد معينة بحيث إذا انقضت هذه المواعيد دون الطعن في الحكم أصبح غير قابل للطعن فيه، وعد في نظر المشرع عنوانا للحقيقة والصحة وأغلق كل سبيل لإعادة النظر فيه⁽¹⁾ وهي الطرق التي سوف أتناولها بالتفصيل في:

أولاً: طرق الطعن العادية:

إن طرق الطعن العادية في القانون الجزائري هي المعارضة والاستئناف التي سوف أتناولها في ما يلي:

01- المعارضة:

هي طريق من طرق الطعن العادية يركن إليها المحكوم عليه غيابيا للوصول إلى إلغاء أو تعديل الحكم الذي صدر في غيبته ويكون التجاؤه لنفس المحكمة التي أصدرته، طالبا منها سحبه أو إعادة نظر الدعوى من واقع دفاعه الذي لم يیده حال صدور الحكم الغيابي⁽²⁾، ويستند حق المعارضة إلى حقوق الدفاع المقدسة التي لا يجوز أن يقضى على شخص بغير أن يسمع دفاعه أو تتاح له الفرصة المناسبة للإدلاء به أمام القاضي الذي ينظر المنازعة، فإذا تخلف الخصم لسبب من الأسباب وجب أن يمهد له الطريق ليلجأ لذلك القاضي ويطلب منه مراجعة حكمه وإصلاحه أو تعديله أو نقضه على ضوء ذلك الدفاع ومحو ما تضمنه من عيب أو خطأ بسبب ارتكابه على أقوال وحجج خصم واحد⁽³⁾. ويفصل القاضي بناء على الطعن بالمعارضة في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولاً بالتنفيذ المعجل وهذا ما أكدته المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ترفع المعارضة في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي وترفع حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى. ويجب أن تكون مرفقة تحت طائلة عدم القبول شكلاً بنسخة من الحكم المطعون فيه وفقاً لنص المواد: 328، 329، 330 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 798.

(2) VINCENT Jean, op.cit. P 584.

وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 847 وأيضاً د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني ص 809 .

(3) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 809.

- آثار المعارضة في الحكم الغيابي:

- يترتب على المعارضة أثر رئيسي، هو إعادة طرح النزاع أمام المحكمة وتكون سلطة المحكمة إزاء قضية المعارضة هي نفس السلطة التي لها إزاء الموضوع الأصلي، وتملك القضاء بالنفاذ المعجل ولو كانت قد أغفلت ذكره⁽¹⁾.

ولما كانت المعارضة قد شرعت بقصد تمكين الخصم الغائب من إبداء أوجه دفاعه، فله أن يبدي ما شاء من الدفوع الشكلية أو الدفوع الموضوعية أو الدفوع بعدم القبول بشرط أن يبدي الدفوع الشكلية في الوقت الذي حدده القانون للإدلاء بها، وله أن يبدي ما شاء من أسباب المعارضة ولو لم ترد في صحتها، وله أنه يبدي ما شاء من الطلبات العارضة بشرط إلا يكون في إبداء هذه الطلبات أي أساس بحجية الحكم الغيابي فيما قضى به على المعارض ضده⁽²⁾.

- يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل المعارضة كما يوقف بسبب ممارسته عملاً بالأثر الموقوف للمعارضة فالتنفيذ الذي يتم أثناء الفصل في المعارضة في الحكم الغيابي هو تنفيذ باطل⁽³⁾، كما أن المعارضة توقف مفعول مبدأ حجية الشيء المقضي فيه بمجرد تسجيل المعارضة إلى غاية صدور حكم فاصل فيها وهو الأثر الذي أكدته المشرع الجزائري بموجب المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

02- الاستئناف:

الاستئناف هو طريق من طرق الطعن العادية يلجأ إليه المتضرر من الحكم للحصول على حكم آخر من محكمة عليا بإلغائه أو تعديله فهو يتضمن الشكوى من تصرفات قضاة محكمة أول درجة، ويستفاد منه ضمناً الطعن في كفاءتهم أو ذمتهم أو عنايتهم بتناول النزاع والفصل فيه أو تفهم الأسس التي بنى عليها الخصم دفاعه أو دعواه.

والاستئناف هو حق للمدعي والمدعى عليه على السواء فلا يجوز أن يتمتع به خصم دون الآخر ضماناً للعدالة والمساواة بين الخصمين وصيانة لحقوق الدفاع⁽⁴⁾ تنفيذاً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي هو من النظام العام وفقاً لنص المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 826.

(2) د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 854.

(3) VINCENT Jean, op.cit, P 592.

(4) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 840.

- آثار الاستئناف:

يترتب على الاستئناف الآثار التالية:

- الأثر الناقل للاستئناف :

يترتب على الاستئناف طرح النزاع على محكمة الدرجة الثانية effet dévolutif لتفصل فيه من جديد ولها كل ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطة في هذا الصدد⁽¹⁾.
والقاعدة أن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء الدرجة الأولى TONTUM DEVOLUTUM QUANTUM وعلى ذلك فلا يطرح على محكمة الدرجة الثانية طلبات موضوعية لم تبدى أمام محكمة الدرجة الأولى كما لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية من الطلبات التي عرضت على محكمة الدرجة الأولى إلا ما فصلت فيه هذه المحكمة ورفع عنه الاستئناف⁽²⁾.

لا تتعدى سلطة المحكمة ما تناولته عريضة الاستئناف أو صحيفة الدعوى من أوجه منازعة، لأن القاعدة أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع فيه الاستئناف⁽³⁾ وهو الأثر الذي أكدته المشرع الجزائري بموجب المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "ينقل الاستئناف إلى المجلس القضائي مقتضيات الحكم التي يشير إليها هذا الاستئناف صراحة أو ضمناً أو المقتضيات الأخرى المرتبطة بها.
يمكن أن يقتصر الاستئناف على بعض مقتضيات الحكم.
يتم نقل الخصومة برمتها عندما يهدف الاستئناف إلى إلغاء الحكم أو إذا كان موضوع الاستئناف غير قابل للتجزئة."

⁽¹⁾ VINCENT Jean, op.cit. P 573.

وأيضاً د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 890 وأيضاً د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني ص 888.

⁽²⁾ د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 894.

⁽³⁾ د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 889.

- الأثر الموقوف للاستئناف effect suspensif :

بما أن الطعن بالاستئناف هو طريق عادي للطعن في الأحكام القضائية، فإنه من البديهي إذن أن يوقف تنفيذ الأحكام بموجبه⁽¹⁾، هذا الأثر الموقوف أكدته نص المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته ... "

ثانياً: طرق الطعن غير العادية:

هي طرق غير عادية لأن الأصل فيها أنه لا يجوز سلوكها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون على سبيل الحصر ولأسباب محددة، وعليه، فإنه يجب على الطاعن أن يقيم الدليل على جواز حقه في الطعن لإصلاح عيب محدد في الحكم ويقتصر دور الجهة القضائية التي تنظر الطعن على النظر في العيب الذي بني عليه الطعن.

تتمثل طرق الطعن غير العادية في الطعن بالنقض، والطعن عن طريق الالتماس بإعادة النظر واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وهي الطرق التي أتت عليها بالتفصيل التالي:

01- الطعن بالنقض : Recours en cassation – Pourvoi en cassation :

هو طريق غير عادي يطعن به في الأحكام النهائية أمام المحكمة العليا وذلك بسبب مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون، والأصل أن الطعن بالنقض في الحكم لا يقصد به إعادة طرح النزاع أمام المحكمة العليا للفصل فيه من جديد كما هو الحال بالنسبة للاستئناف وإنما تقتصر سلطة هذه الأخيرة على مجرد تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع المعروض أمامها دون أن تطبقها عليه ودون أن تفصل في موضوعه وهي لذلك إما أن تحكم برفض الطعن أو تحكم بقبوله ونقض الحكم المطعون فيه⁽²⁾.

يعرفه الدكتور العشماوي بأنه طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة للقانون أو بطلان سواء في ذات الحكم المطعون فيه أو الإجراءات التي أسسها عليه، وهو بهذه الصفة ليس متاحاً بالنسبة لكل الأحكام ولا يؤذن به إلا لأسباب واردة على سبيل الحصر مستتدة إلى التطبيق القانوني الصحيح⁽³⁾.

⁽¹⁾ VINCENT Jean, op.cit, P 573.

⁽²⁾ د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 941.

⁽³⁾ د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 956.

إن الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالنقض حددتها نص المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية ."

وأضافت المادة 950 نوعا آخر من الأحكام يجوز الطعن فيها بالنقض بنصها: " تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة، والتي تنتهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكالية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ."

- آجال الطعن بالنقض:

يرفع الطعن بالنقض في أجل شهرين (02) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا ويمدد هذا الأجل إلى ثلاثة (03) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار وهذا عملا بنص المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لا يسري هذا الأجل على الأحكام و القرارات الغيابية إلا بعد انقضاء الأجل المقرر للمعارضة عملا بنص المادة 354 من نفس القانون، وهذا حرصا من المشرع على تحقيق العدالة عن طريق تمكين الغائب الذي لم يتقدم بدفاعه من ممارسة حقه في الطعن .

- إجراءات الطعن بالنقض:

يرفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المحكمة العليا ويجوز أيضا أن يرفع بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم موضوع الطعن وهذا وفقا لنص المادة 560 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتم التصريح بالطعن بالنقض من طرف الطاعن أو محاميه في محضر يعده أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي أو أمين الضبط الذي يفوضه لهذا الغرض عملا بنص المادة 562 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية آجال التبليغ الرسمي لعريضة الطعن بالنقض بموجب المادة 563 بشهر واحد (01) من تاريخ التصريح بالطعن بالنقض وتنبهه بأنه يجب عليه تأسيس محام إذا رغب في الدفاع عن نفسه، وللطاعن أجل شهرين اثنين (02) ابتداء من تاريخ توقيع الطعن بالنقض بإيداع العريضة بأمانة ضبط المحكمة العليا أو المجلس القضائي، يعرض فيها الأوجه القانونية لتأسيس طعنه وذلك تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض شكلا وفقا لنص المادة 564 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- أوجه الطعن بالنقض:

يجب أن تتضمن عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبولها شكلا المثار تلقائيا البيانات التي نصت عليها المواد: 565 و 566 و 567 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجب أن يبنى الطعن على وجه واحد أو أكثر من الأوجه المذكورة بموجب نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض وهذا عملا بنص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- آثار الطعن بالنقض:

يمكن تحديد آثار الطعن بالنقض في أمرين:

أ- نقل النزاع للمحكمة العليا:

يجب التفرقة بين الأثر المترتب على رفع الاستئناف والأثر المترتب على الطعن بالنقض، بالنسبة للاستئناف فرفعه ينقل النزاع في جميع المسائل الموضوعية والقانونية إلى جهة الاستئناف في حدود ما تناولته عريضته، أما بالنسبة للطعن بالنقض فإن الطعن به ينقل النزاع إلى المحكمة العليا في حدود المسائل القانونية التي تعلق بها الطعن وفي حدود تصديها لموضوع النزاع في الحالات التي يجيز القانون فيها التصدي⁽¹⁾.

إن الطعن بالنقض لا يطرح أمام محكمة النقض النزاع برمته وإنما سلطة محكمة النقض تقتصر على مجرد تقدير المبادئ القانونية في النزاع دون أن تطبقها عليه ودون أن تفصل في موضوعه، فهي لا تملك استخلاص الوقائع الصحيحة في القضية وهي لا تملك تقدير هذه الوقائع. وإنما هي تسلم بها كما أثبتتها الحكم المطعون فيه، وتتحقق فقط من صحة تطبيق القانون، وينبني على ذلك أنه لا يجوز التمسك أمام محكمة النقض بوسائل دفاع جديدة لم يبدها الخصوم أمام المحكمة المطعون في حكمها.

ب- عدم وقف التنفيذ:

لا يترتب على الطعن بالنقض إيقاف تنفيذ الحكم، فلا يترتب عليه منع تنفيذ الحكم إذا لم يكن قد شرع في تنفيذه ولا وقف تنفيذه إذا كان قد بدئ في تنفيذه⁽²⁾.

هذا الأثر أكدته المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير."

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 1009.

(2) د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 969 وما بعدها.

02- الطعن عن طريق التماس إعادة النظر:

الالتماس، طريق من طرق الطعن غير العادية يلجأ إليها الخصم في بعض الأحوال للحصول على الحكم بنقض حكم انتهائي من المحكمة التي أصدرته ليتمكن من السير في النزاع من جديد أمام نفس المحكمة.

يتميز الالتماس عن طرق الطعن العادية بأنه ليس مقصودا به إصلاح الحكم الذي يتظلم منه الخصم وإنما يرمي إلى محو الحكم ذاته ليعود مركز الملتمس في الخصومة إلى ما كان عليه قبل صدوره ويتمكن بذلك من مواجهة النزاع من جديد والحصول على حكم آخر بعد أن تخلص من قوة الشيء المقضي به (1).

- الأحكام القابلة للالتماس:

الأحكام القابلة للطعن فيها بالالتماس هي الأحكام الصادرة بصفة انتهائية، سواء كانت هذه أحكام صادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم الدرجة الأولى، سواء كانت قطعية موضوعية أم كانت صادرة قبل الفصل في الموضوع، ولقد حصرت المادة 390 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأحكام القابلة للطعن في الأوامر الاستعجالية والأحكام والقرارات الفاصلة في الموضوع والحائزة لقوة الشيء المقضي به.

لا يجوز الركون لهذا الطريق غير العادي إلا بعد استنفاد الطرق العادية، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الحكم قابلا للاستئناف وترك الخصم مواعيده تتقضي بغير أن يستأنف امتنع عليه بعد ذلك الركون إلى الالتماس ولو قام بسبب من أسبابه، لأنه كان في استطاعته الوصول لغرضه عن طريق الاستئناف وفي تفويت مواعيده بغير أن يركن إليه دليل على أنه قد رضي بالحكم رغم ما أشتمل عليه من عيوب (2).

- المحكمة التي يرفع أمامها الالتماس:

يرفع الالتماس بإعادة النظر إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه على اعتبار أن المقصود منه مجرد تنبيه المحكمة لتصحيح الحكم الذي أصدرته عن سهو غير متعمد منها وعلى ذلك يتعين رفع الالتماس إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم ولا يرفع إلى محكمة أعلى منها كما لا يرفع إلى محكمة أخرى من نفس درجتها (3).

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 918.

(2) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 919 - 920 وأيضاً د. علي أبو عطية هيكال، المرجع السابق، ص 582.

(3) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 928.

- أسباب الالتماس:

جاء في نص المادة 392 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه يمكن تقديم التماس إعادة النظر لأحد السببين الآتيين:

- إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة شهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائياً تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.
- إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمداً لدى أحد الخصوم.

- ميعاد الالتماس:

يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين (02)، يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة وهذا وفقاً لنص المادة 393 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- مراحل دعوى الالتماس:

- تجتاز دعوى الالتماس في سيرها مرحلتين:
- أولاً: النظر في جواز قبول الالتماس والفصل فيه.
- ثانياً: تناول الموضوع والفصل فيه.

الأصل أن تنتظر المحكمة أولاً في جواز التماس إعادة النظر فيجب على المحكمة أن تتحقق من توافر الأمور الآتية:

- كون الالتماس مقدماً في الميعاد.
 - كونه مبني على وجه من الأوجه التي ذكرها القانون على سبيل الحصر.
 - كون الحكم المطعون فيه لم يسبق الطعن فيه بالالتماس عملاً بأحكام المادة 396 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
 - كون طلبه صحيحاً طبقاً للإجراءات التي نص عليها القانون.
- فإذا تبين لها أن الالتماس مقدم بعد الميعاد أو غير مبني على وجه من أوجه الالتماس، حكمت برفض الالتماس أو بعدم قبوله بحسب الأحوال⁽¹⁾، وتقضي بالزام الملتزم بغرامة مدنية من 10.000 دج إلى 20.000 دج دون الإخلال بالتعويضات الأخرى عملاً بنص المادة 397 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) د. علي أبو عطية هيك، المرجع السابق، ص 592.

وإذا قضى بقبول الالتماس لوجود سبب من أسبابه ولرفعه صحيحاً في ميعاده مستوفياً لشروطه، فعند ذلك تقضي المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف، فيعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الفصل في النزاع الأصلي ما لم توجد مقتضيات مرتبطة به وفقاً لنص المادة 395 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما لا يجوز للمحكمة أن تتناول غير الطلبات التي تناولها الالتماس ولا تعود للنزاع إلا بالنسبة للشخص الذي قبل التماسه وتصدر المحكمة حكماً جديداً في الموضوع يحل محل الحكم الذي أبطل بسبب قبول الالتماس وتكون له آثار الأحكام على العموم⁽¹⁾.

ولما كان الهدف من الالتماس هو إلغاء الحكم المطعون فيه بحكم جديد يحل محله، لذلك فإن القضية في هذه المرحلة تكون بنفس النطاق الذي كانت عليه قبل إصدار الحكم المطعون فيه، لذا تبقى عناصر القضية كما هي (من أدلة إثبات والسقوط الذي تحقق والمراكز الإجرائية للخصوم)، لكن يكون للخصوم نفس السلطات التي كانت لهم قبل إصدار الحكم من حيث حظهم في التقدم بوقائع وأدلة جديدة أو التمسك بأوجه دفاع ودفع جديدة، وللمحكمة نفس السلطات التي لها عند بحث الموضوع وتكون لها أن تصدر تقديراً مختلفاً عن تقديرها السابق في الوقائع أو في القانون⁽²⁾.

- آثار الطعن بالالتماس:

يترتب على الطعن بالالتماس الآثار التالية:

- لا يوقف الالتماس تنفيذ الحكم المطعون فيه وفقاً لنص المادة 348 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لآجال ممارسته أثر موقوف، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

- لا يجوز الطعن بالالتماس ضد حكم أو قرار صادر في الالتماس بناء على قاعدة لا يرد التماس على التماس "Requête civile sur requête civile ne vaut" وهي القاعدة التي أكدتها المادة 396 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذه القاعدة مجمع عليها فقها وقضاء، إذ تعتبر مبدأً أساسياً تمليه طبيعة الأشياء من صورته وضع حد للنزاع، ومبناها أصل جوهري من قواعد المرافعات هدفه استقرار الأحكام وحسم الخصومات والأساس فيها أن استعمال طرق الطعن غير العادية كالالتماس ينبغي أن يكون بقدر حتى لا تساء مباشرته فيضّر ذلك باستقرار الأحكام .

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 951.

(2) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 826 .

03- الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، هو اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها، وهو حق منحه القانون لطائفة معينة من الأشخاص ممن قدر أن الحكم الذي صدر في الخصومة قد يضر بهم، ليتمكنوا عن طريقه من رفع هذا الضرر الذي قد يصيبهم فعلا من صدور حكم لا حجة له عليهم ولا يمتد أثره إليهم قانونا⁽¹⁾ وبهذه المثابة لا يعد اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طريقا من طرق الطعن في الأحكام، لأن اللجوء لهذه الطرق لا يكون إلا ممن كان خصما في الدعوى التي صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه⁽²⁾، لكن قد توجد حالات لا يكفي الغير فيها أن يتذرع بنسبية القضية المحكوم بها للتخلص من نتائج الحكم الذي يمس بحقوقه كما لو كان الغير ممثلا في الخصومة إلا أن ممثله قد تجاوز حدود صلاحيته أو كان الحكم مشوبا بغش أو احتيال موجه إليه. وهنا تظهر الفائدة التي يجنيها الغير المتضرر من الحكم عندما أعطاه المشرع سلطة الطعن بطريق مخصوص لا لمجرد منع امتداد أثر الحكم إليه وإنما بإلغاء الحكم أو تعديله لمصلحته⁽³⁾.

- الأحكام التي يجوز الحكم فيها بطريق الاعتراض:

القاعدة العامة أن جميع الأحكام قابلة للاعتراض وهذا ما أكدته المادة 380 التي جاء فيها: "يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع. يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون."

- ممن يرفع الاعتراض:

يرفع الاعتراض ممن له مصلحة ولم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه وهذا وفقا لنص المادة 381 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجوز لدائني احد الخصوم أو خلفهم حتى ولو كانوا ممثلين في الدعوى، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر، بشرط أن يكون الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه قد مس بحقوقهم بسبب الغش وهذا وفقا لنص المادة 383 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 1015.

(2) د. علي أبو عطية هيك، المرجع السابق، ص 627.

(3) د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، المرجع السابق، ص 639.

- ميعاد اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

يرفع الاعتراض خلال أجل حدده المادة 384 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخمسة عشرة سنة تسري من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين (02) عندما يتم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير، ويسري هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه إلى ذلك الأجل وإلى الحق في ممارسة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

- إجراءات رفع الاعتراض:

يرفع الاعتراض وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، و يقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، ويجب أن يكون مرفوقا بوصل يثبت إيداع مبلغ لدى أمانة الضبط يساوي الحد الأقصى من الغرامة المنصوص عليها في المادة 388 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أي عشرون ألف دينار (20.000) وهذا وفقا لنص المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما عن الحكم الصادر في الاعتراض، فإذا قبله القاضي اقتصر حكمه على إلغاء أو تعديل مقتضيات الحكم أو القرار أو الأمر، ويحتفظ بالحكم أو القرار أو الأمر المعارض فيه بآثاره إزاء الخصوم الأصليين، حتى فيما يتعلق بمقتضياته المبطله، ما عدا في حالة عدم قابلية الموضوع للتجزئة، وإذا قضى الحكم برفض الاعتراض جاز الحكم على المعارض بغرامة مدنية من عشرة آلاف إلى عشرين ألف دينار (10.000 إلى 20.000)، دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الخصوم كما يقضي بعدم استرداد مبلغ الكفالة المدفوعة وهذا وفقا لنص المادتين 386 و 387 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفصل الثاني

كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري (المنازعة الإدارية)

يقصد بإجراءات القضاء الإداري، الأحكام الإجرائية والشكلية المتعلقة برفع الدعوى الإدارية ونظرها إلى أن يصدر الحكم فيها وينفذ. وتتميز الإجراءات أمام القضاء الإداري بالأصالة والاستقلال نظرا لطبيعة الدعوى الإدارية وأطرافها والروابط القانونية التي تقوم عليها في ظل النظام القضائي الإداري. تتحكم هذه العوامل في صياغة الإجراءات الإدارية وتميزها من حيث استقلال إجراءات القضاء الإداري الذي يرجع إلى عدة عوامل تتصل بطبيعة قواعد القانون الإداري عموما وطبيعة المنازعة الإدارية ومراكز أطرافها، وهو السبب الذي دعاني إلى تخصيص هذا الفصل للوسائل الإجرائية التي يعتمد عليها القاضي الإداري في حكمه بمناسبة فصله في أية منازعة من المنازعات التي تدخل ضمن اختصاصه المحدد له بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا بموجب الأمر رقم: 74/75 المتعلق بالمسح العام وتأسيس السجل العقاري ومراسيمه التنفيذية.

إن اتصال القاضي الإداري بمثل هذه المنازعات يكون بموجب إحدى الدعاوى الإدارية وهي دعوى الإلغاء، وعلى هذا الأساس عنيتها بالدراسة دون غيرها من الدعاوى الإدارية (الدعاوى التفسيرية دعاوى فحص المشروعية، دعاوى القضاء الكامل).

ولا يمكن التطرق لإجراءات هذه الدعوى دون تحديد مفهومها وشروط رفعها وكذا الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها إقليميا ونوعيا وصولا إلى النتيجة الطبيعية التي تنتهي بها أية خصومة قضائية وهي الحكم القضائي.

بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: ماهية دعوى الإلغاء وشروط قبولها.

المبحث الثاني: الجهات القضائية المختصة بالفصل في دعوى الإلغاء.

المبحث الثالث: الحكم الإداري الفاصل في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيه.

المبحث الأول

ماهية دعوى الإلغاء وشروط قبولها

يتصل القاضي الإداري بمنازعات الشهر العقاري بموجب إحدى الدعاوى الإدارية وهي دعوى الإلغاء والتي ترمي إلى إلغاء أحد القرارات الصادرة بمناسبة إجراءات الشهر العقاري ولا يمكن معرفة كيفية الفصل في مثل هذه المنازعات دون التعرف على ماهية هذه الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء الإداري.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: ماهية دعوى الإلغاء.

المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء.

المطلب الأول

ماهية دعوى الإلغاء

لا يمكن الخوض في إجراءات التقاضي المتعلقة بالمنازعة موضوع البحث، دون معرفة الوسيلة التي بموجبها يتصل المتضرر بالجهات القضائية وهذه الوسيلة هي دعوى الإلغاء والتي سوف أتعرض إلى ماهيتها عن طريق تعريفها وإبراز أهم خصائصها.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء .

الفرع الثاني: خصائص دعوى الإلغاء.

الفرع الأول

تعريف دعوى الإلغاء

إن دعوى الإلغاء هي تلك الدعوى التي تهدف إلى إلغاء القرار الإداري الذي أصدرته الإدارة، وتتميز بأن سلطة القاضي الإداري فيها تقتصر على بحث مشروعية القرار ومدى اتفاه مع قواعد القانون وإلغاء ذلك القرار إذا كان مخالفاً للقانون، وهكذا لا تتعدى سلطة القاضي أكثر من إلغاء القرار غير المشروع فلا يستطيع القاضي أن يقوم بتحديد نطاق المركز القانوني للطاعن أو أن يقوم بسحب قرار الإدارة أو تعديله أو أن يصدر قراراً آخر محل القرار المعيب الذي أصدرته الإدارة⁽¹⁾ ولذا يقف القاضي عند حد الحكم بإلغاء القرار غير المشروع دون أن يذهب إلى أبعد من ذلك بتقرير حقوق للمدعي أو تحديد مداها⁽²⁾ كما يعرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها هي تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري يطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون⁽³⁾، وهذا بمراقبة مدى شرعية القرار الإداري ومنه النطق بإلغائه إذا كان كذلك، والطعن بالإلغاء والأكثر شيوعاً والأكثر أهمية في القانون الإداري⁽⁴⁾. وبذلك يظهر بأن دعوى الإلغاء هي دعوى إدارية التي لا تنشأ في تعريفها عن الدعوى المدنية التي سبق التعرض لها ضمن الباب الأول من هذا القسم، وإن تميزت عنها بعدة مميزات تميزها عن الدعاوى التي تخضع للقانون الخاص أمام القضاء العادي وهذه المميزات تتمثل في:

- أحد أطراف الدعوى الإدارية شخص من أشخاص القانون العام، أي الدولة كسلطة عامة أو أحد فروعها المركزية أو المحلية، أو هيئاتها أو مؤسساتها العامة.

هذا الطرف الأخير في الدعوى الإدارية يكون في الغالب هو المدعى عليه في الدعوى، لأن لهذا الشخص العام امتياز، يسمى امتياز المدعى عليه وهو نتيجة لامتياز آخر يسمى بامتياز المبادرة أو حق التنفيذ المباشر دون اللجوء للقضاء للحصول على حكم بحقوقها قبل الأفراد أو التابعين لها.

- كما تتميز الدعوى الإدارية، من ناحية الحق موضوع الدعوى، إذ يجب أن يكون حقا من الحقوق الإدارية، أي تلك التي تنشأ بسبب العلاقة بين الأشخاص العامة من ناحية، والأفراد من ناحية أخرى وسواء كانوا أفراد عاديين أو عاملين لديها، وسواء كانت هذه العلاقة تستند إلى الاتفاق أو كان مصدرها القانون ذاته.

- إن الدعوى الإدارية يختص بنظرها بجهة قضائية خاصة وهي القضاء الإداري⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء، قضاء التعويض وأصول الإجراءات) منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 11.

⁽²⁾ د. محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري (تنظيم رقابة القضاء الإداري - الدعاوى الإدارية)، دار الفكر العربي، 1990، ص 119.

⁽³⁾ د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 315.

⁽⁴⁾ PEISER Gostave, Contentieux administratif 12^e éd DALLOZ, 2001, P 189 .

⁽⁵⁾ المستشار معوض عبد التواب، الدعوى الإدارية و صيغها، دار الفكر العربي، 1991، ص 13.

الفرع الثاني

خصائص دعوى الإلغاء

يمكن إجمال خصائص دعوى الإلغاء في أنها:

- طعن قضائي:

لم تكن لدعوى الإلغاء في القانون الفرنسي الطابع القضائي منذ البداية، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي عند نشأته لم يكن محكمة قضائية بالمعنى الصحيح وإنما أنشئ كهيئة استشارية لجهة الإدارة العامة يصدر في المنازعة الإدارية رأيا أو مشروع قرار يخضع لتصديق رئيس الدولة الذي يصدر القرار النهائي ومن ثم كان الطعن بالإلغاء نوعا من التظلم الإداري الرئاسي. إلا أن مجلس الدولة قد تحول إلى محكمة قضائية حقيقية بموجب القانون الصادر بتاريخ: 1872/05/24 يصدر أحكاما نهائية لا معقب عليها وأصبح الطعن بالإلغاء طعنا قضائيا بالمعنى الصحيح⁽¹⁾ وسلطة القاضي الإداري فيها تقتصر على مجرد الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع وليس أكثر.

- طعن موضوعي:

الطعن بالإلغاء - كطعن موضوعي - يقوم أساسا على اختصام القرار الإداري وليس الإدارة. ففي دعاوى القضاء الشخصي ينعى المدعى عليه الاعتداء على حقه الشخصي، فهو نزاع بين أطراف يفصل القاضي في ادعاءاتهم المختلفة، ولذا فإنها تقتضي توجيهها من شخص إلى شخص آخر، إلا أن رقابة قاضي الإلغاء إنما تستهدف حماية المشروعية وتحكمها اعتبارات المصلحة العامة⁽²⁾.

- دعوى الحق العام:

دعوى الإلغاء هي دعوى القانون العام في فرنسا، بمعنى أنها يمكن أن توجه إلى أي قرار إداري دون حاجة إلى نص خاص. فهذه الدعوى أصبحت من المبادئ العامة للقانون بحيث لا يحتاج تقريرها إلى النص عليها، وإنما يلزم النص الصريح لاستبعادها في حالات معينة⁽³⁾.

- الحكم في دعوى الإلغاء:

إن الحكم الصادر في الدعوى بإلغاء القرار الإداري له حجية مطلقة في مواجهة كافة، ويتمسك بالإلغاء كل من له مصلحة في ذلك ولم يكن طرفا في الدعوى⁽⁴⁾.

(1) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 127.

(2) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 140 وأيضاً د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

(3) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 129.

(4) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

المطلب الثاني

شروط قبول دعوى الإلغاء

البحث في شروط قبول دعوى الإلغاء، يتطلب أن يكون القاضي الإداري مختصا أصلا بنظر الدعوى ومسألة قبول الدعوى أو عدم قبولها، مسألة ابتدائية يبحثها القاضي والخصوم قبل الدخول في الموضوع. تتعلق شروط قبول الدعوى بتلك الشروط التي تخص محل الدعوى وأيضا الشروط التي تتعلق بعريضة رفعها وكيفية اتصالها بالقضاء.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بقبول الدعوى.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى.

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بقبول الدعوى

يشترط لقبول دعوى الإلغاء عدة شروط منها ما يتعلق بالقرار المطعون فيه ومنها ما يتعلق بأطرافها ومنها ما يتعلق بميعاد رفعها وهي الشروط التي سأتناولها بالتفصيل التالي:

أولاً: شروط تتعلق بالقرار المطعون فيه:

ما هو القرار الإداري القابل للطعن فيه بدعوى الإلغاء؟

استقر قضاء مجلس الدولة المصري على تعريف القرار الإداري بأنه " إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"، فهو إذن عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة، ومن خلال هذا التعريف نستخلص العناصر التالية الأساسية:

- أنه عمل قانوني.

- أنه عمل صادر بالإرادة المنفردة.

- أنه عمل يصدر عن جهة إدارية⁽¹⁾.

يشترط في القرار الإداري أيضا أن يكون نهائيا ومؤثرا أي قابلا للتنفيذ دون حاجة إلى أي إجراء لاحق ومؤثرا ويحدث أثرا في المراكز القانونية للطاعن بأن يلحق به ضرر⁽²⁾.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها وأيضا د. محمد عبد الله الفلاح، شروط قبول دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، 2011، ص43.

(2) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010، ص 274.

وهي العناصر التي تنطبق على قرارات المحافظ العقاري (رفض الإيداع، رفض الإجراء ورفض الشهر) كونها تصدر بإرادة المحافظ العقاري المنفردة باعتباره جهة إدارية. كما تنطبق على قرار الترتيم النهائي الذي ينتج عنه الدفتر العقاري باعتباره عملاً قانونياً صادراً عن جهة إدارية (المحافظة العقارية) بإرادتها المنفردة، وكذا الأمر بالنسبة للترتيم المؤقت إذا كان أحد أطراف الدعوى شخص من أشخاص القانون العام وهي كلها قرارات لا مجال للطعن فيها إلا بموجب دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري الصادر بمناسبة إجراءات الشهر العقاري.

ثانياً: شرط المصلحة في دعوى الإلغاء:

يشترط في قانون المرافعات لقبول الدعوى أن تستند المصلحة إلى حق اعتدي عليه أو مهدد بالاعتداء عليه، أما بالنسبة لدعوى الإلغاء في القانون الإداري فيكفي أن يكون لرافع الدعوى مجرد مصلحة يمسها القرار المطعون فيه ولا يهم بعد ذلك أن تستند هذه المصلحة إلى حق شخصي اعتدي عليه⁽¹⁾. تتميز المصلحة في دعوى الإلغاء باتساع نطاقها وبتوسع القضاء الإداري في قبولها في تطبيقات عديدة ومتنوعة، وكان رأي القاضي الإداري دائماً التيسير على الطاعنين ما أمكنه ذلك حتى تتوفر في النهاية حماية قواعد المشروعية، فالشرط الوحيد لتحقيق المصلحة هو أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة لرافع دعوى الإلغاء⁽²⁾.

ثالثاً: شرط ميعاد رفع دعوى الإلغاء:

يشترط المشرع على أن يحدد ميعاداً قصيراً يجب أن ترفع خلاله دعوى الإلغاء لكي تكون مقبولة يسري من تاريخ نشر القرار أو إعلان صاحب الشأن به⁽³⁾، وميعاد رفع الدعوى هو ميعاد سقوط بمعنى أن الحق في الطعن في القرار الإداري لا ينشئ ولا يتم مباشرته إلا بإيداع الطعن كتابة ضبط المحكمة الإدارية خلال هذا الميعاد وليس بعد فواته، بحيث لا ينقطع ولا يقف ولا يمتد إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً.

إن تحديد ميعاد ثابت للدعوى يشكل بكل تأكيد قيوداً على حرية الأفراد في مقاضاة الإدارة حسب رأي الدكتور مسعود شيهوب والذي يرى مع ذلك، بأن هذا القيد تفرضه متطلبات المصلحة العامة التي هي موضوع القرارات الإدارية، لأن هذه الأخيرة يجب أن تتحصن بعد مدة، إذ لا يعقل أن تبقى حرجة وقلقة عرضة للإلغاء القضائي في أي وقت.

(1) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 186.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

(3) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 203.

ومهما طالّت المدة، وهذا ينعكس - حسب رأيه - على العمل الإداري سلّبا. لذلك كان من اللازم تحديد مدة للتقاضي إذا لم يتم خلالها الطعن في القرار تحصن ضد أي شكل من أشكال الإلغاء. وأصبح في حكم القرار المشروع لأن هذه القاعدة تفرضها دواعي استقرار الأوضاع في المجتمع بمرور وقت معين⁽¹⁾.

ميعاد الطعن في دعوى الإلغاء حددته المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأربعة أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي.

الأصل أن يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان القرار الإداري النهائي لصاحب الشأن أو كما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري من تاريخ العلم اليقيني بالقرار ومحتوياته، على أساس أنه بمجرد تحقق العلم يستطيع المدعي أن يحدد مركزه من القرار وطريق الطعن فيه⁽²⁾ وهذا على أساس العلم اليقيني والتي هي نظرية قضائية، مفادها انه عندما يثبت من ملف الدعوى أو أية أوراق أخرى أو من حضور الشخص ودفاعه أنه أخذ علما مؤكدا وكافيا بالقرار محل الطعن، فإن الميعاد يبدأ في السريان حتى في غياب النشر أو التبليغ. إن القضاء الفرنسي هو الذي سن هذه النظرية ولكنه اليوم يطبقها بشكل ضيق، وفي الجزائر فإن قضاء المحكمة العليا كرس تطبيقا واسعا لهذه النظرية في العديد من القرارات اعتبرت فيها أن الطاعن أخذ علما يقينيا بالقرار محل الطعن من خلال الدعوى الاستعجالية التي رفعها، أو من خلال المراسلة المتبادلة بين وكيل المدعيات والإدارة أو من خلال قيام المدعي بالتظلم وهذا من خلال عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا الغرفة الإدارية منها تحت رقم: 28562 بتاريخ: 1982/12/11 والقرار رقم: 29777 بتاريخ: 1983/03/05⁽³⁾.

إن الإدارة ليست ملزمة بإتباع وسيلة معينة للإعلان، وإذا تعلق الأمر بقرار إداري أو تنظيمي، فإن ميعاد الطاعن يبدأ سريانه من تاريخ نشر هذا القرار ويتم النشر طبقا للأوضاع التي يحددها القانون فإذا لم يتم نشر هذه القرارات، أو إذا تم نشرها بغير الطريق التي رسمها القانون، فإن ميعاد دعوى الإلغاء لا يسري بشأنها ويظل القرار قابلا للطعن فيه مهما طالّت مدته⁽⁴⁾.

(1) د. مسعود شيهوب (نظرية الاختصاص الجزء الثالث) المرجع السابق، ص 329.

(2) د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 38.

(3) د. مسعود شيهوب (نظرية الاختصاص الجزء الثالث) المرجع السابق، ص 333 - 334.

(4) د. محمد عبد الله الفلاح، المرجع السابق، ص 168 - 169.

- حالات وقف انقطاع هذا الميعاد:

الأصل أنه متى بدأ سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء، فإنه باعتباره ميعاد سقوط لا ينقطع ولا يقف ولا يمتد، ويبدأ حسابه من اليوم التالي لثبوت التبليغ الشخصي أو النشر وينتهي بانتهاء آخر يوم. وتنقطع هذه الآجال وفقا لنص المادة 832 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الحالات الآتية:

- 1- الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة،
- 2- طلب المساعدة القضائية،
- 3- وفاة المدعي أو تغيير أهليته،
- 4- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وهي الحالات التي يتم تفصيلها فيما يلي:

1 - الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة:

إن رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية غير المختصة، يعني أن يكون رافع الدعوى متمسكا بحقه بالمطالبة القضائية، ومن ثم وجب ترتيب أثر قطع ميعاد رفع دعوى إلغاء القرار الإداري ويبقى هذا الأثر قائما إلى غاية صدور حكم بعدم الاختصاص نهائيا بعد استنفاد طرق الطعن فيه⁽¹⁾.

2- طلب المساعدة القضائية:

إن تمثيل الأطراف أمام المحكمة الإدارية أصبح وجوبيا وفقا لنص المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد يرغب المتضرر من أحد قرارات المحافظ العقاري المتعلقة بالترقيم أو رفض الإيداع أو الإجراء...، في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلغاء هذه القرارات، ولكن يحول دون ذلك عجزه عن سداد أتعاب المحامي الذي يتولى مباشرة الدعوى نيابة عنه الأمر الذي يسمح له بالمطالبة بتوكيل محام في إطار المساعدة القضائية.

إن لجوء المعني للمطالبة بإفادته بإجراءات المساعدة القضائية من شأنه أن يقطع ميعاد الطعن بالإلغاء، وهذا إذا تم خلال ميعاد رفع الدعوى، أي خلال مدة أربعة أشهر وقبل انقضاء هذا الميعاد.

3- وفاة المدعي أو تغيير أهليته:

بوفاة المدعي أو بتغيير أهليته تنقطع الخصومة القضائية عملا بنص المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهما سببان لوقف ميعاد رفع دعوى الإلغاء لتعلقها بصفة المدعي، ويترتب على ذلك مباشرة الدعوى من طرف من تنتقل إليه إذا كانت قابلة للانتقال.

(1) د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 79.

4- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

وهو المبدأ الذي استقر عليه القضاء الإداري والذي أخذ به المشرع الجزائري تطبيقاً لنظرية القوة القاهرة التي تؤدي إلى وقف سريان ميعاد الطعن التي تجعل من المستحيل على الفرد اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقه، وبهذا فإذا استحال على ذي الشأن رفع دعوى الإلغاء في الميعاد القانوني، فليس من العدل استمرار سريان ميعاد الطعن بحجة استقرار الأوضاع الإدارية على أساس القرار الإداري محل المنازعة.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى

المنازعة الإدارية كغيرها من المنازعات الأخرى، لا يمكن للقاضي أن يتدخل فيها من تلقاء نفسه وإنما لابد من تحريكها من أحد أطراف الخصومة - المدعي - لحماية مركز قانوني له ضد اعتداء أو تعسف الإدارة في إصدارها للقرار موضوع المطالبة بالإلغاء، فتبدأ الخصومة بمجرد إيداع العريضة كتابة ضبط المحكمة الإدارية، ويجب أن تتضمن هذه العريضة البيانات السابق الإشارة إليها، إذ لا تختلف عن عريضة رفع الدعوى العادية وعلى هذا الأساس أركز فقط على ما يخص المنازعة الإدارية مع الإحالة إلى الأحكام العامة في هذا المجال والتي نصت عليها المادة 816 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من هذا القانون."

- وجوب توقيعها من طرف محام:

يجب أن تكون عريضة رفع الدعوى الإدارية الرامية إلى إلغاء أحد القرارات الصادرة بشأن إجراءات الشهر العقاري موضوع الدراسة موقعة من محام تحت طائلة عدم القبول وفقاً لنص المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع مراعاة أحكام المادة 827 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تعفي الدولة والأشخاص المعنوية (الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية) من التمثيل الوجوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل. واشتراط توقيع العريضة من طرف محام واعتباره من النظام العام الذي لا يجوز الإخلال به، يرجع إلى أن إجراءات التقاضي أمام المحكمة الإدارية تحتاج إلى خبرة وكفاية لا تتوفر إلا في المحامين، فضلاً عن أن التقاضي أمام مجلس الدولة يتطلب أن يكون المحامي معتمداً لديه أي أن يكون أكثر خبرة وأقدمية.

لقد انتقد جانب من الفقه هذا الشرط، لأنه ما دام المتقاضي كامل الأهلية ويعبر عن إرادته بتقديم عريضة مفصحة عن طلبه كافية في بيان مقصوده، فإنه من التعنت أن نضع في طريق حقه في رفع دعواه، لرفع ظلم حاق، مثل هذا الشرط الذي قد يعرقل هذا الحق الذي هو من حقوق الإنسان⁽¹⁾.

- جواز التظلم المسبق:

أجاز المشرع بموجب نص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في أجل أربعة أشهر من تاريخ تبليغه بالقرار أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي.

وهذا التظلم المسبق هو تظلم جوازي يمكن اللجوء إليه كما يمكن مباشرة الدعوى أمام القضاء دونه.

- وجوب إرفاق القرار الإداري مع عريضة رفع الدعوى:

يجب أن يرفق مع عريضة رفع الدعوى الرامية إلى إلغاء القرار الإداري، القرار الإداري المطعون فيه وهذا تحت طائلة عدم القبول، عملاً بنص المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما لم يوجد مانع مبرر، فإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه، أمره القاضي بتقديمه في أول جلسة، ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع.

يتم إيداع العريضة الافتتاحية مع نسخة منها بملف القضية، بأمانة ضبط المحكمة الإدارية مقابل دفع الرسم القضائي ثم تقييد بسجل خاص، ترقم حسب ترتيب ورودها، يقيد التاريخ ورقم التسجيل على العريضة وعلى المستندات المرفقة عملاً بنص المواد: 818- 821 - 823 - 824 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا قبل تبليغها عن طريق المحضر القضائي وفقاً لنص المادة 1/838 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما يتم تبليغ المذكرات ومذكرات الرد مع الوثائق المرفقة بها إلى الخصوم عن طريق أمانة الضبط تحت إشراف القاضي المقرر وفقاً لنص المادة 2/838.

بهذه الإجراءات يحاول المشرع تحقيق التوازن بين أطراف المنازعة، ويكون تبليغ المذكرات بمثابة أثر إجرائي يترتب على انعقاد الخصومة الإدارية بعد تبليغ عريضة رفع الدعوى من المدعي، وإن هذا التبليغ غير محصور في عريضة رفع الدعوى أو المذكرات الجوابية، وإنما يمتد أيضاً إلى كل الإجراءات المتخذة وتدابير التحقيق التي تبلغ للخصوم بموجب رسالة مضمّنة مع الإشعار بالاستلام أو عن طريق محضر قضائي.

(1) د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 109.

ويشار في تبليغ العرائض والمذكرات إلى أنه في حالة عدم مراعاة الأجل المحدد من طرف القاضي لتقديم مذكرات الرد، يمكن اختتام التحقيق دون إشعار مسبق وهذا وفقا لنص المادة 840 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما تبليغ نسخ الوثائق المرفقة بالعرائض والمذكرات إلى الخصوم بنفس الأشكال المقررة لتبليغ المذكرات.

عندما يحول عدد الوثائق أو حجمها أو خصائصها دون استخراج نسخ عنها يبلغ جرد مفصل عنها ويبلغ إلى الخصوم أو إلى ممثليهم للإطلاع عليها بأمانة الضبط و أخذ نسخ عنها على نفقتهم، كما يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أن يرخص في حالة الضرورة الملحة، بتسليم هذه الوثائق مؤقتا إلى الخصوم أو ممثليهم خلال أجل يحدده عملا بنص المادتين: 841 و 842 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الثاني

الجهات القضائية المختصة بالفصل في دعوى الإلغاء

يتكون التنظيم القضائي الإداري في الجزائر من محاكم إدارية كدرجة قضائية أولى ومن مجلس الدولة كدرجة قضائية عليا ويختلف هذا التنظيم عن تنظيم القضاء العادي من باب الدرجات القضائية بحيث لم يتشكل القضاء الإداري إلا من مستويين (المحاكم الإدارية ومجلس الدولة) بينما يتشكل القضاء العادي من ثلاث مستويات (المحاكم - المجالس القضائية - والمحكمة العليا)⁽¹⁾. فالمحاكم الإدارية، لم يتم النص عليها صراحة بموجب دستور 1996 كما هو الشأن بالنسبة للمحاكم العادية، بحيث اكتفى المؤسس الجزائري في نص المادة 152 من الدستور بالإشارة إلى الجهات القضائية عند تحديده لدور مجلس الدولة كمقوم لأعمال هذه الجهات.

يعتبر القانون رقم: 02/98 المؤرخ في: 30/05/1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية⁽²⁾ والذي نص في المادة الأولى منه بأنه تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية وأحال القانون رقم: 02/98 وضع قواعد خاصة بعدد المحاكم الإدارية، اختصاصها الإقليمي، تنظيمها القضائي والإداري إلى المرسوم رقم: 356/98 المؤرخ في: 14/11/1998، أما مجلس الدولة فقد خصص له دستور 1996 المواد: 78 - 119 - 121 - 123 - 152 - 153 .

(1) د. رشيد خلوفي، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 176.

(2) أنظر الجريدة الرسمية، العدد 37 لسنة 1998.

ينكون الإطار التشريعي لمجلس الدولة من القانون العضوي رقم: 02/98 المؤرخ في: 1998/05/30 والذي أشارت المادة الأولى منه إلى كيفية تنظيم وعمل مجلس الدولة لاسيما عدد الغرف والأقسام ومجالات عملها وكذلك صلاحيات كتابة الضبط والأقسام التقنية والمصالح الإدارية، وعلى هذا الأساس سوف أتناول الاختصاص القضائي لكلاهما وفقا للقواعد العامة لأحكام الاختصاص القضائي بشكل عام أي من حيث الاختصاص النوعي والإقليمي هذا فضلا عن اختصاص محكمة التنازع في حالة وجود تنازع في منازعات الشهر القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري. من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول : اختصاص المحكمة الإدارية.

المطلب الثاني: اختصاص مجلس الدولة.

المطلب الثالث: اختصاص محكمة التنازع.

المطلب الأول

اختصاص المحكمة الإدارية

تختص المحكمة الإدارية بالفصل في منازعات الشهر العقاري ضمن اختصاص نوعي وإقليمي وفقا لمعايير حددها المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتمثل في وجوب رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا لتفصل فيها وفقا للحدود التي وضعها لها المشرع بموجب المواد: 800- 801 - 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الاختصاص النوعي.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي .

الفرع الأول الاختصاص النوعي

إن معيار الاختصاص في الجزائر هو معيار تشريعي وليس قضائي، وهو يرتكز على أساس المعيار العضوي أي أن العبرة في تحديد اختصاص القضاء الإداري تكون على أساس وجود الإدارة (مدعية أو مدعى عليها) طرفا في منازعة ما، فكلما كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في النزاع كلما انعقد الاختصاص القضائي الإداري بغض النظر عن طبيعة النشاط وهو الأمر الذي أكدته المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، التي جاء فيها: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها. "

ويشترط إذن لانعقاد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية لنظر المنازعة الإدارية أن يكون النزاع إداريا، أي أحد طرفي المنازعة شخصا من أشخاص القانون العام. وأشخاص القانون العام وفقا لنص المادة 800 المذكورة أعلاه هم:

1- الدولة:

يقصد بها السلطات الإدارية المركزية، وفقا لنص المادة 09 من القانون العضوي رقم: 01/98 والمتمثلة في الوزارات، المصالح الخارجية للوزارات على مستوى الولايات أو ما يعرف بالمديريات الولائية والجهوية.

ترفع الدعوى ضد الوزارة التي تتبعها المديرية وليس المديرية، كون الوزارة تمثل الشخصية المعنوية للدولة⁽¹⁾.

يختص بالنظر في تلك الدعاوى مجلس الدولة وفقا لأحكام المادة 901 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية. كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة. "

(1) د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (نظرية الاختصاص)، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 356 وما بعدها.

2- الولاية:

يقصد بالولاية مختلف الهيئات والأجهزة القائمة بالتنظيم الولائي والمتمثلة في جهاز المداولة المجلس الشعبي الولائي وجهاز التنفيذ (الوالي) حسب المادة الأولى من القانون رقم: 09/90 المؤرخ في: 1990/04/07.

3- البلدية:

البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية في الإدارة المحلية، تشتمل على مختلف الهيئات والأجهزة القائمة بها سواء كانت أجهزة مداولة (المجلس الشعبي البلدي) أو جهاز التنفيذ (رئيس المجلس الشعبي البلدي).

4- المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية:

تعتبر المؤسسة العمومية أسلوب لتسيير المرفق العام في جانبه الإداري⁽¹⁾، تنقسم المؤسسات العمومية إلى مؤسسات عمومية وطنية ومحلية، فالأولى تنشأ بقرار من السلطة المركزية، أما الثانية بمداولة المجالس الشعبية الولائية والبلدية، ويتمتع كلا القسمين بالشخصية المعنوية والاستقلالية عن الدولة. تفصل المحاكم الإدارية في منازعات الشهر العقاري المطروحة عليها بناء على دعوى إلغاء التي تدخل ضمن أهم اختصاصاتها عملاً بنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

- 1- دعاوى إلغاء القرار الإداري والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:
 - الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية،
 - البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.
- 2- دعاوى القضاء الكامل،
- 3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة."

(1) د. مسعود شيهوب، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 362.

وفيما يتعلق باختصاص المحاكم الإدارية نوعيا للفصل في منازعات الشهر العقاري، فإن الفصل في الحقوق المشهورة إذا كان أحد أطراف المحرر شخصا من أشخاص القانون العام وبمفهوم المخالف لنص المادة 516 قانون الإجراءات المدنية التي تحصر اختصاص أشخاص القانون الخاص، وبذلك جعلت ذات المنازعات المتعلقة بأشخاص القانون العام تخرج عن اختصاصها، وتدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري هذا إضافة إلى اختصاص الفصل في منازعات الترقية النهائي التي لم ترد الإشارة لها ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية وبذلك يستخلص مما سبق أن المحاكم الإدارية تختص بالفصل في منازعات الشهر العقاري الآتية:

- 1- منازعات الترقية المؤقت الذي يكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام.
- 2- منازعات الترقية النهائي (الدفتر العقاري).
- 3- المنازعة في قرارات المحافظ العقاري (رفض الإيداع ورفض الإجراء ورفض الشهر) وهو الاختصاص القضائي الذي أكدته المحكمة العليا بموجب عدة قرارات منها القرار رقم: 392317 المؤرخ في: 2007/03/14 والذي جاء فيه: "أنه يعقد الإختصاص النوعي للقضاء الإداري متى كانت وكالة مسح الأراضي أو المحافظة العقارية طرفا في النزاع. حيث أن كل من وكالة مسح الأراضي والمحافظة العقارية هما مؤسستان عموميتان ذاتا طابع إداري كانتا طرفا في النزاع ومع هذا تمسك قضاة الموضوع باختصاصهم النوعي مع أن الاختصاص النوعي من النظام العام."

الفرع الثاني

الاختصاص الإقليمي

يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها بموجب المواد: 37 - 38 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو موطن المدعي عليه أساسا واستثناء في مواطن مختلفة حسب المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أنه يجب رفع بعض الدعاوى استثناء أمام بعض المحاكم الإدارية في بعض المواد المشار إليها بنص المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. تكون المحكمة الإدارية مختصة إقليميا بالنظر في الطلبات الأصلية، وفي الطلبات الإضافية أو العارضة أو المقابلة التي تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية وفقا لأحكام المادة 805 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما عن طبيعة الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية فهو من النظام العام، ويجوز إثارته من احد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي عملا بأحكام المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. تجدر الإشارة إلى أن المرسوم التنفيذي رقم: 356/98 نظم الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية أولى الاختصاص للغرفة الإدارية بالمجالس القضائية إلى غاية تنصيب المحاكم الإدارية والتي جاء في المادة 2 منه بأنه: " تنشأ عبر كامل التراب الوطني إحدى وثلاثون (31) محكمة إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية. "

المطلب الثاني

اختصاص مجلس الدولة

يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة، كما يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية وكذا بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة على الجهات القضائية الإدارية، فضلا عن الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة وهذا وفقا لنص المواد: 901 - 902 - 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثالث

اختصاص محكمة التنازع

يختص القضاء الإداري والقضاء العادي بالفصل في المنازعات المتعلقة بالشهر العقاري بموجب الاختصاص الذي خوله القانون لكليهما، غير أنه قد تطرح فكرة التنازع في الاختصاص بين كليهما. ومرد ذلك تعدد المنازعات القضائية بتعدد القوانين المنظمة لها وتشعبها، إذ يصعب على الجهات القضائية الإلمام بها في غياب نظام تخصص القضاة من جهة وتدخلات الإدارة بالتنظيم والضبط في المجال العقاري من جهة أخرى.

يحدث رغم توزيع الاختصاص بين جهات القضاء، أن تتنازع جهتان قضائيتان قضية واحدة، فتمسك كل جهة بنظرها، أو تتخلى كلتاهما عن نظرها، ومرجع ذلك دقة قواعد الاختصاص في بعض الأحيان ومحاولة كل جهة أن توسع من ولايتها⁽¹⁾.

وفقا للتقدير القانوني يوجد تنازع في الاختصاص، حيث تؤكد أو ترفض هيئتان أو عدة هيئات قضائية، اختصاصها للنظر في قضية رفعت أمامها⁽²⁾.

ويؤول الاختصاص في حالة التنازع إلى محكمة التنازع باعتبارها هيئة قضائية سامية، تضمن السير الحسن لنظام القضاء المزدوج الذي شكل قمة الهرم.

لتحقيق السير الحسن للهرمين القضائيين (الإداري والعادي) أشار دستور 1996 بموجب المادة 152 إلى تأسيس هيئة قضائية تفصل في التنازع بين الجهات القضائية الإدارية والعادية، وتم تأسيسها بواسطة القانون العضوي رقم: 03/98 المؤرخ في: 03/06/1998.

وإذا كانت محكمة التنازع تشبه أغلبية المؤسسات المماثلة في بعض الدول وخاصة في فرنسا، فإن لها بعض الخصائص تتميز بها عنها، فيرى الأستاذ خلوفي رشيد بأن النظام القانوني المنظم لاختصاص محكمة التنازع يتسم بالعمومية والإبهام في بعض المواضع الجوهرية مثل أنواع النزاعات التي يعود لها الفصل فيها والتي لم ينظمها القانون العضوي رقم: 03/98 إضافة إلى عمومية القواعد الإجرائية المطبقة على كل أنواع النزاعات دون تمييز رغم خصوصيتها. ومع ذلك - يرى الأستاذ خلوفي رشيد - بأن لمحكمة التنازع هدف واحد جوهرى حيوي لضمان سير ازدواجية الهياكل القضائية ألا وهو حل مشاكل تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 383.

(2) د أحمد محيو، المرجع السابق، ص 127.

- حالات تنازع الاختصاص:

يتحقق تنازع الاختصاص عند توافر العنصرين التاليين:

- يتمثل العنصر الأول في موقف متناقض بين القضاء الإداري والقضاء العادي (أو العكس) الأمر الذي يختلف عن التنازع بين القضاة Les règlements des juges الذي يحدث داخل جهة قضائية واحدة.
- ويتمثل العنصر الثاني في احتمال تقدير اختصاص كل من القضاء الإداري والقضاء العادي أو عدم اختصاصهما اتجاه نزاع وقضية واحدة⁽¹⁾.
- يقتضي تنازع الاختصاص أن يعرض على قاضي القسم العقاري أو القاضي الإداري نزاع يتعلق بمنازعة تتعلق بالشهر العقاري، فيقوم من تلقاء نفسه أو بطلب من الأطراف المتنازعة التصريح بعدم الاختصاص، أو بدفع أمامه بعدم الاختصاص ويستمر بالنظر فيه، فيقوم الطرف الثاني في النزاع برفع دعوى ضده أمام الجهة القضائية الثانية.
- تبرز حالات تنازع الاختصاص من خلال الأوجه التالية:

1- التنازع الايجابي:

- يوجد تنازع إيجابي حين تعلن محكمة عادية اختصاصها للحكم في موضوع ترى السلطات الإدارية أنه يعود إلى القاضي الإداري.
- والتنازع الايجابي وفقا لنص المادة 16 من القانون رقم: 03/98 المؤرخ في: 03/06/1998 المتضمن اختصاصات محكمة التنازع تنظيمها وعملها، أنه قضاء جهتان قضائيتان إحداها خاضعة للنظام القضائي العادي والأخرى للنظام القضائي الإداري باختصاصهما في النزاع.
- تتمثل شروط وجوب تنازع الاختصاص الايجابي في:
 - تصريح مزدوج بالاختصاص في نزاع واحد.
 - صدور قرارات قضائية نهائية من طرف جهات القضاء العادي و جهات القضاء الإداري.
 - أن يكون موضوع القرارين القضائيين يتعلق بنفس النزاع (وحدة الأطراف، السبب، الطلب)

⁽¹⁾ د. رشيد خلوفي، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 256 وما بعدها.

2- التنازع السلبي:

يوجد تنازع سلبي، حين تعلن كل من المحكمة العادية والمحكمة الإدارية، عدم اختصاصها بالنسبة لذات الدعوى التي رفعت إليها⁽¹⁾.

ويعرف التنازع السلبي، بأنه تنازع ناتج عن تصريح القضاء الإداري والقضاء العادي بعدم اختصاصهما للفصل في قضية واحدة.

لقد نصت المادة 16 من القانون رقم: 03/98 على: "أنه يكون تنازع في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيتان إحداهما خاضعة للنظام القضائي العادي والأخرى خاضعة للنظام القضائي الإداري لعدم اختصاصهما في نفس النزاع."

وتمثل صورة التنازع السلبي الصورة الأكثر حدوثاً في الواقع العملي، ويحق لكل طرف صدر في مواجهته حکمان من الجهتين (القضاء العادي والقضاء الإداري) بعدم الاختصاص، اللجوء إلى محكمة التنازع يطالب فيه القضاء بتعيين الجهة القضائية المختصة.

تتمثل شروط التنازع السلبي في:

- تصريح مزدوج لعدم الاختصاص.
- صدور أحكام قضائية نهائية من القضاء الإداري والقضاء العادي.
- يجب أن يكون موضوع القرارين يتعلق بنفس النزاع.
- تتشرط المادة 17 من القانون رقم: 03/98 ألا يتم رفع تنازع الاختصاص السلبي إلا بعد نفاذ كل الطعون (العادية وغير العادية)⁽²⁾.

(1) د. احمد محيو، المرجع السابق، ص 128 وما بعدها.

(2) د. رشيد خلوفي، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 286.

المبحث الثالث

الحكم الإداري الفاصل في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيه

بعد انتهاء القاضي الإداري من مرحلة فحص أسباب الطعن بالإلغاء وبعد التأكد من أوجه إلغاء القرار الإداري المطعون فيه، فإنه ينتقل إلى المرحلة الأخيرة في عمله وهي إصدار الحكم في موضوع الدعوى الذي يكون قابلاً للتنفيذ بعد استنفاد طرق الطعن فيه، وبما أن المشرع قد أحال إلى تطبيق مقتضيات المتعلقة بالأحكام الإدارية إلى الأحكام العامة في إصدار الأحكام المنصوص عليها في المواد: من 270 إلى 298 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي سبق الإشارة إليها بالتفصيل بمناسبة التعرض إلى الأحكام الصادرة في المنازعة العادية، وبذلك فلا داعي لتكرارها وسوف أكتفي بما يميز الحكم الإداري من مميزات .

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: مميزات الحكم الإداري.

المطلب الثاني: طرق الطعن في الحكم الإداري.

المطلب الأول

مميزات الحكم الإداري

إن ما يميز الحكم الإداري عن الحكم العادي هو وجوب الإشارة إلى الوثائق المقدمة والنصوص القانونية المطبقة وكذا الإشارة فيه إلى أنه تم الاستماع إلى القاضي المقرر وإلى محافظ الدولة، وعند الاقتضاء إلى الخصوم وممثليهم، وإلى كل شخص تم سماعه بأمر من الرئيس عملاً بنص المادة 889 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كما يجب أن يسبق منطوق الحكم الإداري بكلمة " يقرر " عملاً بنص المادة 890 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما عن تبليغ الحكم الإداري، فإنه يتم عن طريق محضر قضائي كقاعدة عامة ويجوز بصفة استثنائية لرئيس المحكمة الإدارية أن يأمر بتبليغ الحكم أو الأمر إلى الخصوم عن طريق أمانة الضبط عملاً بنص المادتين: 894 - 895 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وما يميز الحكم الإداري الفاصل في منازعات الشهر العقاري عن الأحكام الإدارية الأخرى هو وجوب شهره بالمحافظة العقارية بعد صيرورته نهائياً وهذا وفقاً لأحكام المادة: 14 من الأمر رقم: 74/75 والمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني

طرق الطعن في الحكم الإداري

تنقسم طرق الطعن في الحكم الإداري موضوع الدراسة إلى طرق طعن عادية وطرق طعن غير عادية. تتمثل طرق الطعن العادية في الاستئناف والمعارضة بينما يدخل الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة ودعوى تصحيح الأخطاء المادية ودعوى التفسير وكذا الطعن بطريق الالتماس بإعادة النظر، ضمن طرق الطعن غير العادية.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: طرق الطعن العادية.

الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية.

الفرع الأول

طرق الطعن العادية

تتمثل طرق الطعن العادية في الحكم الإداري في الطعن بالاستئناف والطعن بالمعارضة وهي الطرق التي سيتم تفصيلها فيما يلي:

أولاً: الاستئناف:

يجوز الطعن بطريق الاستئناف في الحكم الإداري الفاصل في منازعة من المنازعات موضوع الدراسة ولكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية، ولو لم يقدم أي دفاع، أن يرفع استئنافاً ضد الحكم الصادر من المحكمة الإدارية وهذا وفقاً لنص المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إن أجل الاستئناف محدد بشهرين (02) يسري من يوم التبليغ الرسمي للحكم إلى المعني، ويسري من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابياً.

تسري هذه الآجال في مواجهة طالب التبليغ وفقاً لنص المادة 950 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً: المعارضة:

ترفع المعارضة وفقاً لنص المادتين: 953 و954 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ضد الأحكام والقرارات الصادرة غيابياً عن المحاكم الإدارية ومجلس الدولة خلال أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي والتي يكون لها أثراً موقفاً للتنفيذ عملاً بنص المادة 955 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني طرق الطعن غير العادية

تتمثل طرق الطعن غير العادية في الحكم الإداري في الطعن بالنقض والطعن بطريق التماس إعادة النظر والطعن بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وكذا دعوى تصحيح الأخطاء المادية وهي الطرق التي سيتم تفصيلها كما يلي:

أولاً : الطعن بالنقض:

يمكن الطعن بطريق الطعن بالنقض ضد قرارات مجلس الدولة خلال أجل شهرين (2) يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن بالنقض عملاً بنص المادة 956 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويبنى الطعن بالنقض على أوجه النقض المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بأوجه الطعن بالنقض أمام القضاء العادي.

ثانياً: الطعن بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع.

يتم الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع القانونية عملاً بنص المادة 960 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أحالت المادة 961 إلى الأحكام العامة المتعلقة باعترض الغير الخارج عن الخصومة المنصوص عليها في المواد: من 381 إلى 389 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي الأحكام التي سبق الإشارة إليها في الفصل السابق من هذا الباب.

ثالثاً: دعوى تصحيح الأخطاء المادية:

لقد نظم المشرع الجزائري دعوى تصحيح الأخطاء المادية كطريق من طرق الطعن غير العادية حازياً في ذلك حدو القانون الفرنسي الذي نظمها بموجب القانون الصادر بتاريخ: 1970/12/18، فالطعن بتصحيح الأخطاء المادية، هو وسيلة طعن قضائية من خلق مجلس الدولة الفرنسي والذي أخذ بها دون الاستناد إلى نص تشريعي إلى غاية صدور القانون الصادر بتاريخ: 1970/12/18، إن ما دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى وضع هذا الطريق من طرق الطعن، ما شاهده من تضمن بعض الأحكام على أخطاء مادية، قد يكون مرجعها نقص في التحقيق، أو تضمن ملف الدعوى على معلومات خاطئة، أو بسبب إهمال من القاضي⁽¹⁾.

(1) د. حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص303.

وترفع دعوى تصحيح الأخطاء المادية بنفس الأشكال والإجراءات المقررة لعريضة رفع الدعوى خلال أجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار المشوب بالخطأ وهذا وفقا لنص المادة 964 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتطبق أحكام المادتين 286 و 287 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على دعوى تصحيح الأخطاء المادية وفقا لنص المادة 963 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

رابعاً: الطعن بطريق التماس إعادة النظر:

لم يجز قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطعن بالتماس إعادة النظر إلا في القرارات الصادرة عن مجلس الدولة وهذا ما جاءت به نص المادة 966 منه، ولقد حددت المادة 967 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حالتين يمكن قبول التماس إعادة النظر بناء على إحدهما وهما:

- إذا اكتشف أن القرار قد صدر بناء على وثائق مزورة قدمت لأول مرة أمام مجلس الدولة.
- إذا حكم على خصم بسبب عدم تقديم وثيقة قاطعة كانت محتجزة عند الخصم.

يرفع الطعن بالتماس إعادة النظر في أجل شهرين (2) يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار أو من تاريخ اكتشاف التزوير أو من تاريخ استرداد الوثيقة المحتجزة بغير حق من طرف الخصم وهذا وفقا لنص 968 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يمكن القول في الأخير بأن للحكم الصادر في دعوى الإلغاء - كسائر الأحكام القطعية - حجية الشيء المحكوم فيه، فالحكم عنوان للحقيقة بحيث لا يجوز عرض النزاع مرة أخرى أمام نفس المحكمة أو محكمة أخرى إلا بطرق الطعن المذكورة أعلاه، وذلك لأن الحجية تثبت للمنطوق والأسباب المرتبطة به ارتباطا وثيقا.

إن الأصل في الأحكام أن تكون حجيتها نسبية مقصورة على أطراف النزاع، إلا أن للأحكام الصادرة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة حجية مطلقة أي أنها حجة على الكافة ERGO OMNES وذلك لأن موضوع دعوى الإلغاء هو مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري، والمدعي فيها يخاصم القرار الإداري ذاته، لذا لا يتصور أن يكون القرار مشروعا بالنسبة لبعض الأفراد وغير مشروع بالنسبة للبعض الآخر.

إذا كان للحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري حجية مطلقة لأنه إعدام للقرار في مواجهة الكافة، فإن الحكم برفض الإلغاء لا يجوز إلا حجية نسبية ذلك لأنه لا يعني أن القرار يظل قائما ومنتجا لآثاره لذا يجوز لغير المدعي أن يطعن فيه بالإلغاء بل يجوز لنفس المدعي أن يعيد طلب إلغاءه مستندا إلى أسباب جديدة⁽¹⁾.

(1) د. محمد عاطف البنا، المرجع السابق، ص 287 - 288.

خلاصة ونتائج الباب الأول من القسم الثاني:

بعدما تعرضت في القسم الأول للجانب النظري لمنازعة الشهر العقاري ارتأيت تخصيص القسم الثاني للجانب العملي أي إلى كيفية ممارسة حق المتضرر في اللجوء إلى القضاء وإلى الوسائل والسبل التي يلجأ إليها القاضي الناظر في منازعة الشهر العقاري استنادا إلى قواعد ومبادئ الشهر العقاري فضلا عن القواعد العامة المعروفة التي يسلكها القاضي للوصول إلى حكم فاصل في النزاع المطروح أمامه وعلى هذا الأساس خصصت هذا الباب للجانب الإجرائي لمنازعات الشهر العقاري وقسمته إلى فصلين تعرضت في الفصل الأول منه لمنازعة الشهر العقاري التي يختص بها القضاء العادي، وخصصت الفصل الثاني لتلك التي ينظر فيها القضاء الإداري لتباين إجراءات كل منهما.

اعتمدت هذا التقسيم لأجيب على الإشكالية المطروحة والبحث في مدى كفاية التشريع الجزائري لحل منازعات الشهر العقاري من الناحية الإجرائية والقول مدى كفاية أحكام التشريع (قانون الإجراءات المدنية والإدارية) لحل منازعات الشهر العقاري موضوع الدراسة، فتعرضت للمنازعة العادية في الفصل الأول وللوسيلة التي يمارس بموجبها حق اللجوء إلى القضاء وهي الدعوى من حيث مفهومها وخصائصها ولشروط قبولها أمام القضاء في المبحث الأول، وإلى الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها إقليميا ونوعيا وهذا وفقا لقواعد الاختصاص التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 وهذا في المبحث الثاني، وتعرضت في المبحث الثالث إلى ماهية الحكم الفاصل في منازعات الشهر العقاري وإلى خطوات إصداره، وإلى الآثار التي يترتبها وكيفية الطعن فيه بموجب طرق الطعن العادية وغير العادية، وتعرضت في الفصل الثاني إلى منازعة الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري، وبما أن الدعوى التي يسلكها المتقاضي أمام هذه الجهة، هي دعوى إلغاء، حاولت التركيز عليها ومنه أفردت المبحث الأول من الفصل الثاني لماهية دعوى الإلغاء وشروط قبولها أمام القضاء وتعرضت في المبحث الثاني إلى الجهات القضائية المختصة بالفصل في المنازعة الإدارية والتي تتمثل في المحكمة الإدارية ومجلس الدولة ولم أغفل التعرض إلى محكمة التنازع وهذا في حالة تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري بمناسبة الفصل في منازعات الشهر العقاري كما تطرقت إلى اختصاص كل جهة قضائية إقليميا ونوعيا ضمن المبحث الثالث والي طرق الطعن في الحكم الإداري العادية منها وغير العادية.

ومن خلال هذا التقسيم يظهر جليا مدى عناء المتضرر في منازعات الشهر العقاري في البحث عن الجهة القضائية المختصة للفصل في منازعته، ومدى مشقة القضاة في فصلهم المستمر برفض الدعاوى لعدم الاختصاص النوعي لتعلق الأمر بمعيار عضوي يتحدد الاختصاص فيه بأطراف الدعوى لا بطبيعة المنازعة، وبذلك أستخلص إلى أن أهم عائق إجرائي يقف أمام منازعات الشهر العقاري هو تراوح الاختصاص فيه بين القضاء الإداري والقضاء العادي الأمر الذي يستدعي إعادة النظر فيه واعتبار منازعات الشهر العقاري استثناء من القاعدة العامة (المعيار العضوي) وإسناد الاختصاص فيها للقضاء العادي حتى ولو تعلق الأمر بشخص من أشخاص القانون العام.

الباب الثاني

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري موضوعيا (الوسائل الموضوعية)

بعد عرض المنازعة موضوع البحث على القضاء وبعد استيفائها الشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا وبعد قبولها من الناحية الشكلية من طرف القاضي المختص ينتقل إلى المرحلة الموالية وهي مرحلة إنزال حكم القاعدة القانونية على موضوع المنازعة لتأكيد الحق وحمايته، وهي الوظيفة الأساسية للقاضي في قيامه بمهمة الفصل في المنازعات المطروحة عليه.

إلا أنه قد يحدث من الناحية العملية أن لا يجد القاضي المساعدة القانونية الواجبة التطبيق، فلا يقف مكتوف اليدين إزاء ذلك، وإنما يجب عليه أن يبحث ويجتهد في الكشف عنها بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهذا وفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني.

إن دور القاضي ليس دورا تطبيقيا بحتا، وإنما يقضي بحسب وقائع وظروف كل منازعة، وعند هذا الحد يتشابه دور القاضي العادي بالقاضي الإداري، إلا أن دور الأخير يكون أبعد مدى لأنه يستهدف دائما الوصول إلى نقطة التوازن بين احتياجات مصالح الإدارة العامة وبين الأفراد، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية فإنه لا يقف دوره عند حد تطبيق القانون وإنما يتعداها إلى الكشف أن قواعد قانونية جديدة.

على أساس هذا الاختلاف يقسم الباب إلى:

الفصل الأول: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي (المنازعة العادية).

الفصل الثاني: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري (المنازعة الإدارية).

الفصل الأول

كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي (المنازعة العادية)

لقد سبق التطرق إلى المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني وهي المبادئ التي سوف أعتد عليها كأساس للفصل في منازعات الشهر العقاري وبذلك سوف أحاول إعمال هذه القواعد وتفعيل دورها لحل هذه المنازعات فضلا عن القواعد العامة التي يتخذها القاضي في سبيل الوصول إلى حكم فاصل في أية منازعة قد تنشأ بين المتعاقدين أو بين أحدهما والغير أو بين صاحب الحق ومن اكتسب حقا بموجب إجراءات الشهر العقاري أي المالك الظاهر، كل هذه المنازعات التي قد تنشأ بين هؤلاء حاولت الإلمام بها في هذا الفصل. بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: كيفية الفصل في المنازعات المطروحة بين المتعاقدين.

المبحث الثاني: كيفية الفصل في المنازعات التي يثيرها الغير.

المبحث الثالث: كيفية الفصل في المنازعات المثارة بين المستفيد من اشهر وصاحب الحق

أثناء أعمال المسح العام.

المبحث الرابع: كيفية الفصل في منازعات المالك الظاهر.

المبحث الأول

كيفية الفصل في المنازعات المطروحة بين المتعاقدين

يفصل القاضي في المنازعات المطروحة عليه إستنادا إلى القواعد القانونية التي يجب عليه تطبيقها الأمر الذي يتطلب منه البحث عن هذه القواعد حتى وإن لم يثرها الأطراف⁽¹⁾ علما بأنه لا يجوز للقاضي أن يغير موضوع النزاع بحيث أنه لا يمكنه أن يبيّن قناعته ويؤسس حكمه إلا على ما عرض عليه من وقائع وكانت موضوع مناقشة أمامه.

كما يمكن للقاضي أن يتعمق في البحث في الوقائع المطروحة عليه مطالباً الأطراف بتقديم توضيحات أو اللجوء إلى إجراءات التحقيق المخولة له قانوناً، علماً بأنه لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يقضي بعلمه الخاص في المنازعات المطروحة عليه⁽²⁾.

تعتبر المادة 793 من القانون المدني والتي جاء فيها: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

المحور الذي تدور حوله منازعة الشهر العقاري والأساس القانوني الذي يستند إليه لحل أية منازعة تنور بين الطرفين المتعاقدين، ذلك لأن التصرفات المذكورة بموجب نص المادة 793 لا تنشأ بين الأطراف المتعاقدة ولا تنتقل ولا تزول إلا بموجب إجراءات الشهر العقاري، وعليه فإن القاضي الذي ينظر في مثل هذه المنازعات سوف يعتمد على أهم مبدأ من مبادئ الشهر العيني لتأسيس حكمه وهو مبدأ الأثر الإنشائي للشهر، وعلى هذا الأساس فإن أية منازعة تنور بين المتعاقدين حول هذه التصرفات لا يمكن الخوض فيها دون التأكد من مدى احترام إجراءات الشهر العقاري لما له من اثر منشئ لأي تصرف بين المتعاقدين ومنه سوف أعرض لمفهوم هذا الأثر وإلى الإشكالات التي يطرحها وأهم التطبيقات العملية له في القضاء الجزائي والقضاء المقارن.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: إعمال الأثر المنشئ للقيد لحل منازعات الشهر العقاري.

المطلب الثاني: إعمال الأثر الناقل للقيد لحل منازعات الشهر العقاري.

المطلب الثالث: تطبيقات عملية حول إعمال كل من الأثر المنشئ والناقل للقيد في منازعات

الشهر العقاري.

⁽¹⁾ CROZE Hervé, le Procès civil- Connaissance du Droit, DALLOZ , 1997, P 37.

⁽²⁾ CROZE Hervé, op.cit, P 39 – 40.

المطلب الأول

إعمال الأثر المنشئ للقيد لحل منازعات الشهر العقاري

معنى هذا المبدأ أن الحقوق العينية والتكاليف والقيود لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول على الوحدة العقارية إلا بالقيد، وهذا يعد من المبادئ الهامة في نظم السجل العيني، حيث يراد للصحيفة العقارية أن تكون دليلاً للحالة القانونية فلا تنشأ الحقوق ولا تتغير إلا إذا تم قيد ذلك في الصحيفة⁽¹⁾. إن إجراءات اكتساب الحق العيني العقاري تنقسم إلى عمليتين من طبيعة قانونية مختلفة: فمن ناحية أولى يجب أن يتوافر سبب اكتساب الحق (عقد البيع على سبيل المثال) والذي لا ينتج إلا آثاراً شخصية - أي التزامات تعاقدية مثل الالتزام بتسليم الشيء والالتزام بنقل الملكية إلى المتصرف إليه بواسطة المتصرف، والالتزام بدفع الثمن بواسطة المتصرف عليه - ومن ناحية ثانية يجب إتمام الإجراء الشكلي اللازم لاكتساب الحق وهو القيد في السجل العيني الذي ينتج الأثر العيني المتمثل في نقل الحق مع ملاحظة أن إتمام هذا القيد يعد تنفيذاً للالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق البائع بموجب عقد البيع.

هكذا، فإن نقل وإنشاء وتعديل وانقضاء الحقوق العينية العقارية بموجب الاتفاقات ليس له أي أثر عيني إلا بعد إتمام الإجراء الشكلي. وهذا هو نطاق الأثر المنشئ للقيد والذي تقرر بشأن التصرفات الإرادية في الحقوق العينية العقارية⁽²⁾.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ بموجب نص المادة 793 من القانون المدني التي يتضح من خلالها بأن المشرع رسخ بهذا النص النظام المزدوج في اكتساب الحقوق، وهو نظام مأخوذ من النظام الروماني فالسند القانوني للحق ليس كافياً لاستكمال إنشاء أو نقل أو زوال الحقوق العينية، بل أن إجراءات الشهر تعد شرطاً أساسياً لترتيب الأثر القانوني.

إن التصرف الذي يتم شهره يصبح الحق بمقتضاه موجوداً وثابتاً، والتصرف الذي لم يقع شهره لا يتمتع صاحبه بأية مزية قانونية مهما كان السند الذي يعتمد عليه لإثبات حقه، وعليه يصبح الحق المترتب على التصرف الذي تم شهره حقاً موجوداً وثابتاً أما الحق المترتب على تصرف لم يتم تسجيله فيبقى مجرداً عن أية مزية قانونية مهما كانت المستندات التي يعتمد عليها صاحب الحق لإثباته⁽³⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 37.

(2) د. حسن عبد الباسط جميعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، 1999، ص 89.

(3) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 488 وما بعدها.

إن الهدف الرئيسي من إتباع نظام السجل العيني هو توفير الثقة الكافية بالبيانات التي يتم شهرها بشأن الحقوق العينية العقارية تحقيقا لاستقرار المعاملات على هذه الحقوق ولتمكين جهات القرض العقاري من أن تتعامل بهذه الثقة بصفة خاصة على العقارات بما يشجع الاستثمار وسرعة دورة رأس المال في المجتمع.

ولهذه الأسباب فإن أحد العناصر الجوهرية في نظام السجل العيني هو الربط بين أي اثر عيني مرتبط بالتصرفات القانونية على الحقوق العينية العقارية وبين هذه التصرفات والمعاملات التي تقع على هذه الحقوق في السجل العيني . لذلك فإن للقيّد في السجل العيني أثر منشئ للحقوق العينية العقارية سواء أكانت حقوقا عينة أصلية أم كانت حقوقا عينية تبعية .

وبذلك فإن القيد في السجل العيني يصبح هو مصدر الحقوق العينية العقارية التي تستمد وجودها من القيد في السجل العيني بغض النظر عن مصدر إنشائها أو نقلها أو تعديلها أو تقرير انقضائها أو زوالها⁽⁴⁾ ومنه يتم الفصل في تلك الدعاوى استنادا إلى هذا الأخير بالقول بعدم جواز الاحتجاج والتمسك بتلك الحقوق ما لم تكن مشهورة.

المطلب الثاني

إعمال الأثر الناقل للقيّد لحل منازعات الشهر العقاري

إذا كنا قد عرفنا أن القانون جعل للتسجيل أثرا خطيرا، بحيث لا ينقل البيع مثلا ملكية العقار المبيع إلا بإتمام إجراءات الشهر العقاري وهذا وفقا لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري، فإن عقد البيع المتعلق بالعقار يرتب آثاره منذ إبرام العقد ماعدا انتقال الملكية الذي يتم بعملية الشهر العقاري بمعنى أن العقد المبرم بين الطرفين الوارد في شكل رسمي تترتب عليه جميع آثاره القانونية ويتجلى من هذا أن عقد البيع بعد شهره تترتب عليه نفس الآثار التي كانت تترتب عليه قبل ذلك، مضافا إليها انتقال الملكية فعلا بقوة التسجيل.

فانتقال الملكية يعتبر إذن الأثر المهم والبارز الذي يترتب على البيع بعد تسجيله. ولا يعني هذا أن قيمة العقد تسقط بإجراء التسجيل وأن انتقال الملكية يتم بناء على مجرد التسجيل لأن التسجيل بمفرده لا ينقل الملكية بل لا بد أن يستند إلى عقد بيع صحيح نافذ. بل إن التسجيل بمفرده أمر مستحيل وغير ممكن إذ كيف يمكن للمحافظ أن يقوم بتسجيل حق من الحقوق دون أن يكون هناك سند قانوني يبرره فالمحافظ لا يبادر إلى إجراءات التسجيل إلا إذا تأكد من هوية الأطراف ومن صحة الوثائق المدلى بها تأييدا لطلب التسجيل شكلا وجوهرا.

(4) د . حسن عبد الباسط جميعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 103.

إن مسألة التأكد من صحة التصرف قبل الإقدام على تسجيله تعتبر من إحدى خصائص نظام الشهر العيني لأن التصرفات التي تسجل بالسجل العقاري تصبح لها حجية مطلقة بالنسبة للكافة، ولهذا لا يجوز تسجيل أي تصرف كيفما كان إلا إذا كان صحيحاً⁽¹⁾.

إن الأثر الناقل للملكية وإن كان يصلح تطبيقه في ظل نظام الشهر العيني إلا أن الأعمال به في ظل نظام الشهر الشخصي لم يكن موفقا إلى حد ما، لأن التسجيل في ظل نظام الشهر الشخصي لا يحمي المشتري ولا يحمي الغير لأنه يتم بحسب أسماء الأطراف وقد يتعدد بائعو العقار ويكون كل منهم مثبتا في دفاتر الشهر العقاري في صحيفة بعيدة عن الأخرى مما يتعذر معه تتبع جميع التصرفات الواردة على العقار المبيع بدقة، فضلا عن أنه ليس هناك ما يمنع من تسجيل عقد بيع باطل أو صوري، وليس هناك ما يضمن للمشتري أو للغير الاطمئنان إلى صحة التصرفات المسجلة.

يرى الدكتور عبد الناصر توفيق العطار في هذا الصدد بأنه كان على واضع القانون ألا يزيد الطين بلة بجعله بيع العقار غير ناقل لملكيته إلا بالتسجيل حتى بين المتعاقدين، لأن هذا الحكم يفتح بابا للبائع أو ورثته للتصرف في العقار المبيع الذي لم يسجل عقد بيعه باعتباره لازال مملوكا لهم وكان بإمكان واضع القانون أن يجعل بيع العقار بمجرد إبرامه ناقلا للملكية، فاصلا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ويجعل التسجيل وسيلة لإثبات هذه الملكية، حتى يحقق شيئا من العدالة ريثما يتم العمل بنظام السجل العيني⁽²⁾.

يترتب على القول بأن العقد غير المسجل لا ينقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير نتائج هامة من الناحية العملية:

- 1- إذا عاد البائع فباع العقار مرة أخرى إلى مشتري ثان، بادر إلى تسجيل عقده قبل المشتري الأول آلت الملكية إلى المشتري الثاني صاحب العقد المسجل ولو كان سيئ النية يعلم بحقيقة الأمر.
- 2- إذا مات البائع والمشتري لم يسجل عقده انتقلت الملكية إلى وارث البائع الذي يستطيع أن يبيع ذات العقار إلى مشتري آخر يبادر إلى تسجيل عقده أو قيد فتنقل إليه الملكية⁽³⁾.
- 3- أن عقد البيع قبل تسجيله يظل عقدا ناقلا للملكية في الأصل، وإن كان نقل الملكية فيه معلقا على شرط تسجيله ولا يتعين أن ينظر إلى عقد البيع قبل التسجيل على أنه وعد بالبيع، لأن مثل هذا النظر يتعارض مع قصد المتعاقدين.

(1) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 504.

(2) د. عبد الناصر توفيق العطار، البداية في شرح أحكام البيع، مطبعة عابدين، 1984، ص 133 - 134.

(3) د. محمد إبراهيم دسوقي، التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري وقانون السجل العيني، دون دار نشر، 2009،

4- يظل البائع ومن بعده ورثته ملاك للعقار المبيع طالما لم يتم تسجيله، غير أن ملكية البائع وورثته للعقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع مقيدا بالتزامهم بعدم التعرض للمشتري وبضمان التعرض المبني على سبب قانوني.

5- يجوز لدائني البائع التنفيذ على العقار المبيع بعقد لم يسجل لأن البائع لازال مالكا للعقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع، وعلى العكس لا يجوز لدائني المشتري التنفيذ على العقار المبيع بعقد غير مسجل لأنه لا زال غير مالك لهذا العقار، وتصرفه فيه هو تصرف من غير مالك .

6- لا يجوز لمشتري العقار بعقد غير مسجل أن يرفع دعوى استحقاق على البائع أو ورثته، لأن هذه الدعوى لا يرفعها إلا المالك، لكن للمشتري أن يطالب البائع أو ورثته بتنفيذ التزامه بالقيام بالأعمال التمهيديّة والضرورية لنقل الملكية وإلاّ طلب الحكم بصحته ونفاذ عقد البيع وتسجيل هذا الحكم بنقل الملكية إليه.

وكما يرتب البيع غير المسجل أثارا في ذمة البائع، فإنه يرتب أيضا أثارا في جانب المشتري. فيجب على المشتري الوفاء بالثمن إلا إذا إتفق المتعاقدان على إرجاء ذلك إلى وقت لاحق. وللمشتري أن يمتنع عن الوفاء بالثمن مستخدما في ذلك الدفع بعدم التنفيذ إذا كان إلتزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري حال ولم يتم بتنفيذه⁽¹⁾.

إن البيع غير المسجل للعقار، لا يزال يبيعا صحيحا منتجا لكافة آثاره عدا نقل الملكية بالفعل، ومن ثم يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري وبضمان التعرض والاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية، ولا يملك البائع طلب استرداد المبيع من المشتري إذا كان قد سلمه إياه لأنه ضامن للتعرض فلا يملك الاسترداد

ويلتزم المشتري بسداد الثمن ولو لم يتم التسجيل.

هذا وتقتصر آثار البيع غير المسجل على الإلتزامات الشخصية التي يفرضها العقد، وهي التزام البائع بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية والتسليم والإلتزام بنقل الملكية، وتقتصر التزامات المشتري على دفع الثمن واستلام المبيع.

أما المسائل التي تتطلب صفة المالك فلا يملك المشتري للعقار بعقد غير مسجل أن يقوم بها مثل النقاسم مع الشركاء على الشيوع إن كان قد اشترى نصيبا شائعا في العقار أو طلب قبض ثمن في المزايدة عند بيع العقار، أو قبض تعويض نزع الملكية، أو المطالبة في الشفعة⁽²⁾.

(1) د. محمد علي عمران، نظام التسجيل وفقا للقانون الليبي تطبيقه بصفة خاصة على عقدي: البيع والرهن، القاهرة، 1978، ص72.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 86.

- وقت انتقال الملكية إلى المشتري:

إذا كان كل من القانون المدني والأمر رقم: 74/75 المتعلق بالشهر العقاري قد جاء بنصوص قاطعة بأن ملكية العقار لا تنتقل إلا بإتمام إجراءات الشهر العقاري، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير، فهل المقصود هنا هو عدم انتقال الملكية أساساً إلى المشتري، أو أن عقد البيع ينقل الملكية إلى المشتري فور التعاقد ولكن لا يحتج بذلك على الغير إلا بالتسجيل؟
بمعنى آخر هل تنتقل الملكية في العقار بمجرد العقد ولو لم يسجل، ولكن فيما بين المتعاقدين يكون هذا الانتقال موقوفاً على التسجيل، فإن تم التسجيل زال هذا الشرط الواقف، وفيما يتعلق بالغير، فإنه لا يحتج عليه بانتقال الملكية إلا من وقت تسجيل العقد وليس من وقت إبرامه.

اختلف الفقه حول هذه المسألة فقد ذهب الرأي الغالب إلى أنه ليس للتسجيل أثر رجعي، فلا تنتقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا من وقت التسجيل⁽¹⁾.
ويستند هذا الرأي إلى الحجج التالية:

1- جاءت نصوص قانون الشهر العقاري صريحة وقاطعة في أن ملكية العقار لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل و ليس من سند قانوني للمقارنة بين المتعاقدين والغير بالنسبة إلى وقت انتقال الملكية، لو شاء المشرع أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً لنص على ذلك صراحة.

2- قصد المشرع بهذه القاعدة المستحدثة في قانون تنظيم الشهر العقاري، إلى توطيد دعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعة للشهر والعلانية، وهو ما يدفع المتعاقدين إلى المبادرة إلى تسجيل عقودهم.

3- إن الاعتماد في انتقال الحق على تاريخ التسجيل وحده دون غيره يهدف إلى عدم الأخذ بتاريخين مختلفين لانتقال الحقوق من وقت العقد فيما بين المتعاقدين، ومن وقت التسجيل بالنسبة للغير. الشيء الذي سيؤدي حتماً إلى كثييراً من التعقيد⁽²⁾ فليس من المستساغ القول بوجود تاريخين لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير⁽³⁾.

4- لقد وضع المتعاقدين والغير في مركز واحد. ولما كان الشك لا يتطرق في أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا من وقت التسجيل، ترتب على ذلك منطقياً أن لا يتطرق الشك أيضاً في أن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل واعتباراً من تاريخ التسجيل وحده⁽⁴⁾.

(1) د. عبد المنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، 1957، فقرة 209 ص 319 وأيضاً د. محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 73.

(2) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 507 .

(3) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 89.

(4) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 506 .

ومع ذلك ذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أن للتسجيل أثر رجعي ينسحب إلى وقت البيع فتنتقل الملكية من وقت البيع لا من وقت التسجيل بالنسبة للمتعاقدين أما بالنسبة للغير فهي لا تنتقل إلا من وقت التسجيل إذ لا يتمكن الغير من العلم بالحق العيني إلا من وقت شهره⁽¹⁾. ويستند هذا الرأي إلى الحجج التالية:

1- أن القانون جعل ثمار المبيع ونماؤه للمشتري من وقت البيع لا من وقت التسجيل وعلى المشتري تكاليف هذا المبيع من هذا الوقت أيضا.

2- إن الغرض من التسجيل والإعلان بوقوع التصرف، والمتعاقدان يعلمان به من وقت البيع، تنتقل الملكية بالنسبة إليهما من وقت البيع، وبالنسبة للغير من وقت التسجيل، وإلا كان في ذلك خلط بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني الذي يجعل القيد في السجل العيني هو بذاته الذي ينقل الملكية وليس العقد أو التصرف.

3- إن نصوص قانون الشهر العقاري نصت على أن الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، ولم تحدد وقت انتقال الملكية، فليس ما يمنع إذن أن يرتد ذلك إلى وقت إبرام العقد بالنسبة إلى المتعاقدين.

هل للتسجيل أو القيد قيمة قانونية مستقلة في ذاته؟

يثور التساؤل حول القيمة القانونية للتسجيل لأن القاعدة في قانون المدني وقانون الشهر العقاري، عدم انتقال الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فإن هذا لا يعني أن التسجيل أو القيد له قيمة قانونية في ذاته مستقلة عن التصرف أو الحكم الذي يتم بشهره وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية أن ملكية العقار لا تنتقل في ظل قانون التسجيل إلا باجتماع أمرين أحدهما أصلي وهو العقد الصحيح والآخر تباعي وهو التسجيل، فإن تخلف أحدهما لم تنتقل الملكية⁽²⁾.

فيجب أولا أن يكون هناك عقد صحيح ناقل للملكية بين الطرفين، فإن كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وأبطل أو زال بالفسخ أو زال أثره، لم تنتقل الملكية ولو تم تسجيل العقد وكذلك الشأن لو ثبت أن العقد كان صوريا وتمسك الغير بالوضع الحقيقي.

ويجب ثانيا أن يتم تسجيل هذا العقد الصحيح، حتى تنتقل الملكية إلى المشتري، فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده، رغم أنه كان قد اشترى من شخص لم يسجل عقده، فلا يكون شأن هذا التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذي لم تنتقل له الملكية بسبب عدم تسجيل سنده.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، فقرة 282 وما بعدها. والجزء التاسع في أسباب كسب الملكية الفقرة 135.

(2) نقض مدني 1995/02/14، مجموعة أحكام النقض عن د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 92.

رغم كل ذلك فليس المقصود أن القيد في السجل العيني هو وحده الناقل للملكية بصرف النظر عن فساد السند الذي تم القيد على أساسه. بل المقصود هو أن يصبح من يتعامل مع من قيد اسمه في السجل كمالك للعقار في حماية من أي دعوى غير ظاهرة في السجل، مما يقتضي أن يؤشر بالدعوى التي ترفع ضد البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه⁽¹⁾.

معنى ذلك أن القيد في السجل العيني إذا استند إلى سند ملكية باطل أو تم فسخه أو تم شهر دعوى البطلان أو الفسخ أو غيرها، فإن الحكم له بما يدعيه يؤدي إلى زوال الشهر، وذلك أن القيد في السجل العيني ليس ناقلاً للملكية بذاته بل بما يستند إليه من سند للملكية.

المطلب الثالث

تطبيقات عملية للأثر المنشئ والناقل للقيد في منازعات الشهر العقاري

يترتب على هذا المبدأ عدم انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية إلا بإتمام إجراءات بالشهر العقاري، فلا يثبت للمشتري - مبدئياً - مزايا صاحب حق الملكية، فليس له أن يتصرف في العقار بالبيع أو الهبة مثلاً لأن حقه لم ينشأ بعد.

سوف أتخذ مثلاً لشرح الأثر الإنشائي لشهر التصرفات عقد البيع العقاري نموذجاً للتعبير عن أهم العقود التي يجرى عليها الشهر، نظراً لشيوعه وانتشاره في المعاملات العقارية، وحتى تظهر من خلاله الآثار المنشئة للشهر بكيفية واضحة.

إن المنازعات التي تثار بين المتعاقدين في عقد البيع العقاري (البائع والمشتري) تكون قبل شهر عقد البيع ويتم الفصل فيها بموجب هذا المبدأ.

فيجب أن يكون عقد البيع المتعلق بعقار في شكل رسمي عملاً بنص المادة 324 مكرر من القانون المدني، ويجب تقديمه للمحافظة العقارية من أجل إتمام إجراءات شهره حتى يكون نافذاً في حق المتعاقدين.

إن التساؤل الذي يطرح عادة حول قيمة العقد قبل شهره وما هو موقف القضاء من امتناع البائع عن إتمام إجراءات الشهر العقاري؟

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 94.

إن عقد البيع العقاري، متى كان متوافرا على الشروط اللازمة لانعقاده و لصحته، فإنه ينشأ صحيحا و يترتب عليه التزامات و حقوق لكل من البائع و المشتري، أي أن هذا العقد (غير المشهر) ينتج جميع آثار البيع ما عدا انتقال الملكية العقارية التي تبقى معلقة على إجراء الشهر .

و يترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري و بتسليم المبيع و بضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية. و ينشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشتري، فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن و المصروفات و بأن يتسلم المبيع. و يترتب على ذلك أيضا أن البيع غير المسجل يبقى محتفظا بالوصف القانوني للبيع فيجوز الأخذ فيه بالشفعة⁽¹⁾.

يلتزم البائع بأهم التزام وهو نقل المبيع، ولا تظهر الالتزامات الأخرى (الالتزام بالضمان و الالتزام بتسليم المبيع) إلا إذا تم انتقال الملكية بواسطة إجراءات الشهر العقاري.

و نتيجة لذلك يكون على كل طرف تنفيذ التزاماته اتجاه الطرف الآخر، و يكون لكل منهما حق إجبار الآخر على تنفيذ التزاماته قضاء إذا لم يتمكن منه بصفة ودية و هذا وفقا للقواعد العامة في الالتزام. الأصل أن يقوم البائع بتنفيذ التزاماته بنقل الملكية العقارية طوعا و اختيارا، استنادا إلى أن الأصل هو حسن النية في التصرف، حيث يبادر إلى إبرام العقد باللجوء إلى مصالح الحفظ العقاري و تمكين المشتري من جميع الوثائق المثبتة لملكيته و كذا تقديم ما يثبت أصل ملكيته تنفيذا لقاعدة الأثر النسبي للشهر التي تعتبر شرطا لإتمام إجراءات الشهر العقاري كما يلتزم بتقديم جميع الوثائق التي تسهل على المشتري عملية نقل الملكية إليه، و منه يكون البائع قد نفذ جميع التزاماته.

غير أن الأمر لا يكون دائما بهذه السهولة و بهذا الشكل، أي عادة ما يرفض البائع القيام بإجراءات نقل الملكية المترتبة عليه كأن يتراجع و ينفي صدور البيع من جانبه و لا يبقى أمام المشتري إلا حق اللجوء للقضاء لإلزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع له. فما هو الطريق الذي يسلكه المشتري في سبيل ذلك و ما هو موقف القضاء منه؟

للإجابة عن هذا التساؤل، و قبل التعرف على موقف التشريع و القضاء الجزائريين، ارتأيت إلى البحث في موقف التشريع و القضاء المقارن من ذلك، لاسيما موقف كل من القانون المصري و الفرنسي و السوري و المغربي، لما لها من أهمية في تحديد الموقف الذي انتهجه القانون و القضاء الجزائريين في هذا الشأن.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، عقد البيع الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 486.

1- موقف المشرع الفرنسي:

القاعدة في القانون الفرنسي أنه في حالة اتفاق بين طرفين متعلق بنقل ملكية شيء معين من أحدهما إلى الآخر، فالقانون الفرنسي يفرض قاعدة الانتقال الفوري للمبيع، والالتزام بنقل المبيع يتم تنفيذه تلقائياً دون حاجة إلى شكل معين أو آجال محددة. فبمجرد تطابق الإرادتين ينتقل الشيء من مالك إلى آخر ولا يبقى أمام البائع إلا الالتزام بالتسليم والضمان⁽¹⁾.

ولم يشترط القانون الفرنسي الشهر لانقالت ملكية المبيع فيما بين المتعاقدين وإنما للاحتجاج به على الغير وهذا لما يتميز به القانون الفرنسي من صمود أحكامه نسبياً فيما يتعلق بقاعدة الانتقال الفوري لملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين بمجرد تراضيتهما على عقد البيع وتعلق الاحتجاج بانقالت العقار المبيع بالنسبة للغير على تمام إجراءات الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي⁽²⁾.

2 - موقف القانون المصري:

جاء في نص المادة 26 من قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 ما يلي: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها في السجل العيني، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية.

يترتب عن عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".
بذلك، فإن المشرع المصري قد وضح بموجب نص المادة المذكورة أعلاه بأن عقد البيع غير المسجل لا يترتب عنه سوى التزامات شخصية في ذمة البائع وفي ذمة المشتري.

لم يحدد القانون المصري مدى الالتزامات الشخصية، ولا الطرف المتعاقد الذي تقع عليه، وقالت محكمة الاستئناف الأهلية المصرية بدوائرها المجتمعة، في صدد قانون التسجيل: أنه هذا نقص وغموض في النص وباعتباره قانوناً استثنائياً جاء مقيداً للحرية المطلقة التي كانت للتعامل من قبل ويجب الرجوع إلى أحكام القانون العام وإلى المبادئ القانونية لأجل إكمال النقص أو فهم ما أبهم.

⁽¹⁾ SAVATIER René, la theorie des obligations , 2^e éd, DALLOZ, 1969, P 208.

⁽²⁾ د. سالم حماد شعبان الدحوح، المرجع السابق، ص 63 .

حيث أن التسجيل إنما شرع أصلاً لمصلحة المشتري، فله أن يعمل به وله أن لا يعمل به، فإذا تعمد عدم القيام به إضراراً بالغير لما جاز له طبقاً للقواعد القانونية العامة أن يتمسك بعمله هذا قبل الغير، لأن هذه القواعد لا تقر الأعمال المنطوية على سوء النية التي يقصد منها إضرار الغير.

فإذا جاء دائن وأراد نزع ملكية مدينه من عقار اشتراه ولم يسجل عقده، لما جاز قانوناً لهذا المدين - وقد وضع القانون جميع أملاكه ضماناً لأداء دينه - أن يدفع طلب الدائن بدعوى أنه لم يسجل العقد وأن الملكية لم تنتقل إليه. وكذلك الحال بالنسبة للبائع، فإن القواعد القانونية العامة تقضي بإلزامه باحترام عهده، وتجبره قهراً على تنفيذ ما التزم به، فإذا عارض المشتري في الصفقة بناء على عدم تسجيل العقد لما قبل منه ذلك قانوناً، لأن التسجيل إنما هو في مصلحة المشتري، فله غنمه وعليه غرمه، بحيث إذا هلكت العين قبل التسجيل لما جاز له الرجوع على البائع، لأن عدم التسجيل آت من عمله هو، والقاعدة ألا يأخذ إنسان بعمل غيره.

وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل المصري، فإنه جاء فيها - تفسيراً للمعنى المقصود بالتزامات الشخصية المترتبة على العقود غير المسجلة - أن العقد الذي يتعهد الشخص بموجبه بنقل الملكية لا ينشأ عنه طبعاً إلا حق شخصي أو دين لمصلحة من اكتسب هذا الحق، فبموجب هذا الحق يجوز لهذا الأخير أن يلزم من صدر منه التصرف بتنفيذ ما تعهد به، أي أن ينقل له الملكية فعلاً.

بذلك ليس للمشتري الحق في رفع الدعاوى العينية وإنما الحق في رفع الدعاوى الشخصية الناشئة عن العقد، والتي من شأنها إجبار البائع على تنفيذ جميع التزاماته ومن بينها التزامه بنقل الملكية، أي الالتزام بعمل كل ما هو ضروري لاستيفاء إجراءات التسجيل .

فيجوز للمشتري عند الاقتضاء أن يقاضي البائع لتقديم السند الذي يكون قد حجزه، فإذا رفض البائع أداء ذلك في الميعاد المعين يحل الحكم محل السند غير الموجود أو الناقص وتنتقل الملكية بتسجيل هذا السند⁽¹⁾.

إذا حال البائع دون تمكين المشتري من نقل الملكية بالتسجيل، وأبى المصادقة على الإمضاء، وفقاً لما يقضي به القانون، جاز للمشتري طلب الحكم بإثبات التعاقد أو بصحة التعاقد ويسجل هذا الحكم وهذا عن طريق التأشير بمنطوقه في هامش تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، لأن نقل الملكية لا يترتب إلا بتسجيل الحكم⁽²⁾.

(1) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، المرجع السابق، طبعة 2005، ص 200 وما بعدها.

(2) د. محمد المنجي، دعوى صحة التعاقد، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 1991 ص 286-287.

3- موقف القضاء السوري:

لقد أثير نقاش في القضاء السوري حول الطريق الذي سيسلكه المشتري للمطالبة بحقه، حيث وقفت محكمة النقض في سوريا إزاء حق المشتري في إقامة دعوى على البائع لأجل تسجيل البيع في السجل العقاري موقفين متعارضين، ذهبت في أولهما إلى حرمان المشتري من هذا الحق، ثم ما لبثت أن اعترفت به له .

- الموقف القديم من محكمة النقض السورية:

ذهبت محكمة النقض السورية في البداية إلى أن العقود العادية المتضمنة إنشاء أو نقل حق عيني يعد غير نافذة ولا مانحة حق التسجيل. وأن أثرها ينحصر في مطالبة البائع الناقل عن التسجيل بالتعويض فحسب، وقد جاء في القرار رقم 42 المؤرخ في: 1943/11/28 أن العقود المتعلقة بإحداث حقوق عينية لا تكون نافذة إلاّ اعتباراً من تسجيلها وإذا امتنع أحد الطرفين في عقد غير نافذ قانوناً، كان للطرف الآخر حق مداعاته مما يترتب عن عدم نفاذ العقد من الأضرار، ولكن لا يسوغ إلى أحد المتعاقدين حق المطالبة بتنفيذ العقد، لأن القانون حكم بعدم نفاذه.

ويرى الدكتور محمد خيرى تعليقا على القرار المذكور بأن الأسباب التي دعت محكمة النقض السورية نتجه هذا الاتجاه هو أنه لا يجوز للمشتري أن يرفع دعوى استحقاق في مواجهة البائع، لأن هذه الدعوى لا يرفعها إلا مالك، والمشتري لم يصبح مالكا بعد، مادام عقد شرائه لم يسجل بعد.

- الموقف الجديد من محكمة النقض السورية:

لم تلبث محكمة النقض السورية أن تخلت عن اجتهادها، حين أصدرت قرارها رقم: 657 بتاريخ: 1960/10/04 والذي جاء فيه: " عقد البيع العقاري المنظم خارج أمانة السجل العقاري إذا كان مستوفيا الأركان القانونية لانعقاده، فإنه يعد عقدا صحيحا يصلح أساسا لإقامة الدعوى والمطالبة بإنفاذ ما ورد فيه من التزام بالتسجيل بحكم قضائي."

نتيجة لهذا الموقف أصبح للمشتري الذي يستند إلى عقد صحيح مقاضاة البائع وإلزامه بإتمام الإجراءات الضرورية لتسجيل البيع، لأنه أصبح يتوفر على صفة المالك بمقتضى عقد البيع، وأن هذه الصفة تخول له المطالبة بإتمام إجراءات انتقال الملكية⁽¹⁾.

(1) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 494 وما بعدها .

4- موقف القضاء المغربي:

إن موقف القضاء المغربي منسجم مع الموقف الجديد لمحكمة النقض السورية في الحكم السابق الذكر. ومن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى المغربي حول هذا الموضوع، القرار الصادر في: 1968/06/12 الذي جاء فيه: " يلتزم البائع لكل حق عيني محفظ بنقل الحق المبيع للمشتري كما يلتزم بضمان هذا النقل ليتأتى للمشتري الحصول على النتائج القانونية المترتبة على البيع و ذلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لذلك، والأخص إشهار عقد البيع بتقييده في الرسم العقاري، إذ لا مفعول لهذا العقد ولو بين المتعاقدين حتى يقيد بالرسم العقاري."

يرى الدكتور محمد خيري في هذا الصدد، بأن حق المشتري في إلزام البائع ليس لأنه أصبح مالكاً بل هو حق ناشئ عن طبيعة التصرف المنشئ لهذا الالتزام المترتب على البائع، فالمشتري يبقى غير مالك إلى أن يتم تسجيل البيع⁽¹⁾.

5- موقف القانون والقضاء في الجزائر:

إن للملكية العقارية وظيفة اجتماعية لا يمكن أن تؤدي إلا إذا توافر لها الثبات والاستقرار، - بما يحقق لها من استقرار - الثقة العامة التي تجعل منها ضماناً لعمليات الاقتراض التي تساعد على الاستثمار. لا شك أن الأخذ بمفعول القيد الإنشائي، هو الذي يوفر للملكية ما تحتاج إليه من ثبات واستقرار لأداء وظيفتها الاجتماعية، لأنه لا يعترف بهذه الملكية إلا لصاحب القيد، ولا يعترف بالعقود غير المسجلة بأي أثر منشئ أو ناقل أو مغير أو مزيل⁽²⁾.

بذلك، فإن التصرف الذي يهدف إلى إنشاء أو نقل أو تعديل الحق العيني لن يصل إلى شيء من ذلك إلا بالقيد في السجل العقاري، فالتصرف عاجز عن تحقيق ما يصبو إليه والكفيل بذلك هو القيد⁽³⁾.

(1) د. محمد خيري، المرجع السابق، ص 496.

(2) القاضي حسن عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 376 - 377.

(3) د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، الطبعة الأولى، القاهرة، 1972، ص 126.

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الأثر المنشئ والناقل للشهر بما يضمن انطباق قيود السجل العقاري الوضعية القانونية الحقيقية للعقار، إذ لا يعتبر مالكا إلا من كان العقار مسجلا باسمه في السجل العقاري، ومن ثم فإن المفعول الإنشائي للقيود سيدفع المتعاقدين إلى الإسراع في تسجيل عقودهم لتثبيت ملكيتهم، الشيء الذي يؤمن شهر المعاملات العقارية وبتيح لكل ذي مصلحة الإطلاع عليها لمعرفة مدى حقوق من يتعاقد معه، ويضمن للخرينة الرسوم المترتبة على هذه المعاملات. استقرت اجتهادات المحكمة العليا على وجوب توافر العقد الرسمي لنقل الملكية وإلى وجوب إتمام إجراءات الشهر العقاري لإنشاء ونقل الملكية العقارية بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

إن عدم إفراغ العقد الناقل للملكية في شكل رسمي يعرضه للبطلان لتخالف ركن الشكلية فيه وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات منها:

- القرار رقم 840 113 المؤرخ في: 1994/02/07⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "حيث أن العقد المؤرخ في: 1985/10/13 ليس عقدا رسميا رغم تحريره بواسطة موثق لأنه اكتفى بقيد اتفاق الأطراف فقط ولم يتم تسجيله أو شهره وليس له رقما تسلسليا ولا يحمل رقم الفهرس. لهذا الأمر يتعلق بمجرد عقد لفيف يعتبر بمثابة عقد عرفي."

وكذا ما جاء في القرار رقم: 136 156 المؤرخ في: 1997/02/18⁽²⁾ الذي جاء فيه: "حيث أن الشكل الرسمي لعقد البيع يعد شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد."

كما أكدت المحكمة العليا أن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تنقل الملكية العقارية في عدة قرارات منها القرار رقم: 182 360 المؤرخ في: 1998/10/28⁽³⁾ والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا بالمادة 793 من القانون المدني أن الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل إلا بالشهر. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإخلاء القطعة المتنازعة لأجلها لمجرد استظهار المدعى عليهم في الطعن بمداولة محل عقد الملكية إلى حين تسوية الوضعية إداريا قد خالفوا القانون مادام أن مداولة المجلس الشعبي البلدي لم يتم تجسيدها بعقد بيع مشهر في مصلحة الشهر العقاري طبقا للمادة 793 من القانون المدني، وبالتالي لا تكفي وحدها للمطالبة بإخلاء القطعة الأرضية المتنازع من أجلها."

(1) أنظر المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 1994، ص 158.

(2) أنظر المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1999، ص 81.

(3) أنظر المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1990، ص 86.

خلافا لما سبق أصدرت المحكمة العليا قرارات مغايرة أعطت فيها للعقد العرفي قيمة في الإثبات وقضت بإحالة الأطراف أمام الموثق لإتمام البيع.

كما أكد مجلس الدولة على الأثر الناقل للشهر العقاري في عدة قرارات منها:

- القرار رقم: 186 443 المؤرخ في: 14/02/2000⁽¹⁾ (غير منشور) والذي جاء فيه: " حيث أن إجراءات الإشهار العقاري تعتبر إجراءات من النظام العام، وأن تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداء من يوم إشهارها في المحافظة العقاري."

والقرار رقم: 61 796 المؤرخ في: 19/11/1990⁽²⁾ (غير منشور) والذي جاء فيه: " حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و 361 من القانون المدني وليس المادة 12 من الأمر رقم: 91/70 المتضمن مهنة التوثيق الغير قابلة للتطبيق في القضية الحالية، وأن المشرع قد قصد فعلا تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية ويعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين."

وكذا ما جاء في القرار رقم: 101 180 المؤرخ في: 05/05/1995⁽³⁾ (غير منشور) : " وأنه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام البيع فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما . وأنه لا يمكن للمدعي الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر رقم: 91/70 التي جاء في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط."

تلاحظ القاضية بلعربية فاطمة الزهراء في هذا الصدد بأن قضاة المحكمة العليا ولاسيما قضاة الغرفة المدنية قد أجلوا طيلة سنوات طويلة تطبيق مقتضيات المادة 12 من الأمر رقم: 91/70 المؤرخ في: 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق ابتداء من: 01/01/1971، في حين أنهم ملزمون بتطبيق القانون وليس البحث عن تكييفه مع السياق الاجتماعي أو الاقتصادي أو غيرهم. إن هذه المادة التي جاء فيها: "تخضع للشكل الرسمي تحت طائلة البطلان كل العقود المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن حصص أو أسهم في الشركات أو الإيجارات الفلاحية أو التجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية."

(1) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، 2002، ص 314.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 315.

(3) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 315.

والتي تم إدراجها بكاملها في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بموجب القانون رقم: 14/88 المؤرخ في: 1988/05/03، لم تكن محل تطبيق من طرف عدد من القضاة، فقد كان قضاة المحكمة العليا - حسبها - يرتكزون في سبيل إثبات صحة العقود العرفية، على اتفاق الطرفين على المبيع والتمن المحددين في العقد العرفي الثابت التاريخ وعلى الحيازة الفعلية للأماكن من طرف المشتري لأنه كثيرا ما كان البائع يتراجع عن التصرف بعد إدخال المشتري تغييرات وتحسينات جوهرية وباهظة الثمن على محل البيع.

لقد كانت القرارات التي تأمر الأطراف بإتمام إجراءات البيع أمام الموثق أو الناطقة باعتبار الحكم قائما مقام العقد تصطدم بصعوبات في التنفيذ بسبب رفض البائع - حسب الحالة - الاقتراب من الموثق أو المحافظ العقاري، ومن ثمة استحالة توفر الموثق أو المحافظ العقاري على الوثائق والمعطيات الضرورية لتحديد الطرفين والمال... إلخ ويستحيل عليهما بالتالي تحرير العقد أو تسجيله. بصور القرار رقم: 136 165 المؤرخ في: 1997/02/27⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع، وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا. 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. من المقرر أيضا أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله."

بذلك فقد تم وضع حد نهائي لكل تردد ولكل مقاومة لدى عدد من القضاة، وهكذا ومنذ صدور هذا القرار لم يعد مسموحا للمحكمة العليا، المتمثل دورها في السهر على تطبيق القانون، إثبات صحة عقد عرفي منصب على مال عقاري⁽²⁾.

⁽¹⁾ المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1997، ص 10.

⁽²⁾ القاضية بلعربية فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية (تعليق على القرار رقم: 491615 والقرار رقم: 549408)، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص، الجزء الثالث، قسم الوثائق 2010، ص 247.

أستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري واستناد إلى نص المادة 793 من القانون المدني والمادة 16 من الأمر رقم: 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، أقر الأثر المنشئ والناقل للشهر العقاري وابتعد عن مبدأ الرضائية في العقود فلا تنتقل الملكية العقارية إلا بتحقق أمرين أولهما إفراغ الاتفاق في شكل رسمي - على اعتبار أن العقد العرفي لا يعتد به في انتقال الملكية العقارية - وتخلف الرسمية في عقد البيع العقاري يترتب عليها البطلان، ثانيهما وجوب احترام إجراءات الشهر العقاري لانتقال الملكية العقارية بين طرفي العقد وفي مواجهة الغير.

وعليه، فإنه يترتب على عقد البيع المنصب على عقار غير المفرغ في شكل رسمي البطلان وعلى عقد البيع المفرغ في شكل رسمي غير المشهر ما يلي:

1- النتائج بالنسبة للبائع:

يظل البائع مالكا للعقار في الفترة السابقة للتسجيل، فله أن يتمتع بكافة مزايا الملكية تصرفا واستغلالا واستعمالا.

- من حيث التصرف:

للبيع أن يحدث بناء في الأرض المبيعة مادام عقد البيع لم يسجل، وهو إن فعل يكون بانيا في أرض يملكها بمقتضى ما تتضمنه بيانات السجل العقاري، وإن كان البائع يعتبر في هذه الحالة مخلا في التزامه بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع.

- من حيث الاستغلال:

للبيع أن يؤجر العقار المبيع وإذا سجل المشتري العقار فيما بعد يسري الإيجار في حقه إذا كان خاضعا للشهر .

- من حيث الاستعمال:

يحق للعامل الاستمرار في استعمال العقار المبيع بحسب ما أعد له باعتباره مالكا له إلى أن يتم تسجيل عقد البيع.

2- النتائج بالنسبة للمشتري:

إن أهم نتيجة تترتب على عقد البيع غير المشهر، هو بقاء المشتري شخصا أجنبيا لا علاقة له بالعقار بالنسبة لمصالح المحافظة العقارية، وحيازته للعقار المبيع لا تفيده مهما مر عليها من الزمن ما لم يتم شهر عقد البيع .

المبحث الثاني

كيفية الفصل في المنازعات التي يثيرها الغير

لقد أخضع المشرع انتقال الحقوق العينية العقارية وبعض الحقوق الشخصية إلى إجراءات خاصة تستهدف حماية أصحاب العلاقة والغير في آن واحد لأن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري هي شهر المعاملات المتعلقة بكل عقار، وتمكين الغير من الإطلاع عليها، والإحاطة بحالة العقار الحقيقية إذا ما شاء إجراء أي اتفاق بشأنه، لذلك فرض القانون تسجيل كل ما للعقار من حقوق، وكل ما عليه من أعباء حتى يمكن الاحتجاج بهذه الحقوق وتلك الأعباء على الغير.

لقد سبق الإشارة إلى أن الملكية العقارية لا تنشأ ولا تزول بالنسبة للغير إلا بمراعاة إجراءات الشهر العقاري عملاً بنص المادة 793 من القانون المدني ورغم هذه القواعد يثير الغير عدة منازعات، ولا يمكن التعرض إلى هذه المنازعات المتعلقة بالغير دون معرفة مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري والذي له مفهوم خاص ينبغي معرفته قبل الخوض في المنازعات التي تثار بالنسبة له وفي كيفية الفصل فيها.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري.

المطلب الثاني: إعمال قواعد الشهر العقاري في الفصل في هذه المنازعات.

المطلب الأول

مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري

إن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري هي شهر المعاملات المتعلقة بكل عقار، لتمكين الغير من الإطلاع عليها، والإحاطة بحالة العقار الحقيقية إذا ما شاء إجراء أي اتفاق بشأنه ولذا فرض القانون قيد كل ما للعقار من حقوق، وكل ما عليه من أعباء حتى يتمكن من الاحتجاج بها على الغير.

ولكن من هو الغير المقصود في قانون الشهر العقاري؟

بالرجوع إلى مبادئ القانون العامة، فإنه يعتبر من الغير كل شخص لم يكن طرفاً في العقد⁽¹⁾، غير أن للغير مفهوم خاص في قانون الشهر العقاري، فلا يقصد به كل شخص لم يكن طرفاً في العقد ولا ممثلاً فيه، لأن مثل هذا الغير لا يتمتع بأية صفة للمطالبة بحق غير مسجل أو الاعتراض عليه، بل هو كل شخص من غير المتعاقدين وورثتهما يكون بينه وبين أحد المتعاقدين علاقة قانونية تجعل له مصلحة في التمسك بالعقد المسجل⁽²⁾.

فحجية التسجيل بالسجل العيني تعني بالمفهوم العام أو الواسع أن صاحب الحق المسجل في السجل العقاري يستطيع التمسك بهذا الحق إزاء الكافة ومنع أي كان من التعرض لحقه، وبشكل خاص له أن يطلب نزع يد حائز العقار المسجل على اسمه حتى ولو كان هذا الحائز يدعي لنفسه حقاً عينياً على هذا العقار مادام الحق الذي يدعيه غير مسجل بالسجل العيني⁽³⁾.

إن الغيرية في التسجيل هي أسلوب لحل التزاحم بين تصرفات عقارية وبين تصرف واجب التسجيل وهو أسلوب مقرر لحماية من يكتسب حقاً عينياً عقارياً أو ما في حكم هذا الحق ضد التصرف الواجب التسجيل بحيث لو قام الشخص الذي تلقى ذلك الحق العيني بشهر حقه بالطرق المقررة قانوناً، فإنه يملك بهذا الوصف أن يتمسك بغيرته بالنسبة للتصرف المزاحم الواجب التسجيل، فلا يسري في حقه هذا التصرف طالما أنه لم يكن قد سجل بعد في التاريخ الذي قام فيه هذا الغير بشهر حقه ولو سجل بعد ذلك⁽⁴⁾.

فالغير المقصود بالحماية في قانون الشهر العقاري، هو الشخص الذي شاء المشرع حمايته عن طريق إجراء التسجيل. أو هو - على وجه التحديد - كل شخص تلقى حقاً عينياً عقارياً على أساس الثقة التي وضعها في قيود الشهر، وما كان ليقدم على التصرف لو اتضح له من واقع الإطلاع على سجلات الشهر أن ثمة تسجيلاً سابقاً يزاحمه، و يستوي في هذا أن يكون هذا الغير صاحب حق عينياً أصلياً كمشتري أو موهوب له أو صاحب حق عيني تبعية كدائن مرتهن، فالغيرية هنا تحمي أي حق واجب الشهر سواء كان بواسطة التسجيل أو القيد.

(1) د. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 401.

(2) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 523.

(3) د. علي بن عزان بن علي الهاشمي، المرجع السابق، ص 182.

(4) د. عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1976، ص 504.

- الشروط التي يجب توافرها في الغير في قانون الشهر العقاري الفرنسي:

يظهر مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري الفرنسي من خلال نص المادة 1/30 من المرسوم الفرنسي المؤرخ في: 1955/01/04⁽¹⁾ أن الأحكام القضائية الخاضعة للشهر وفقا للفقرة الأولى من المادة 28، إذا لم يتم شهرها، فإنه لا يمكن الاحتجاج بها على الغير، الذي اكتسب على ذات العقار، ومن نفس المتصرف، حقوقا مزاحمة بمقتضى تصرفات أو أحكام خاضعة لذات الالتزام بالشهر، وقام بشهرها أو بقيد امتيازات أو رهون عقارية كذلك لا يمكن الاحتجاج بها، إذا تم شهرها عندما تكون التصرفات والأحكام القضائية والامتيازات أو الرهون التي يتمسك بها الغير أسبق في شهرها. مع ذلك لا يمكن التمسك بهذا الحكم من قبل الغير المكلف بشهر الحقوق المزاحمة ولا خلفه أيضا. من خلال نص المادة 1/ 30 المذكورة أعلاه استنبط الفقهاء الشروط التي يجب توافرها في الغير الذي يرغب في التمسك بقاعدة عدم النفاذ، وهذه الشروط هي:

- الشرط الأول أن يكتسب الغير حقا مزاحما على ذات العقار:

يجب أن يتلقى الغير حقا مزاحما يتعلق بذات العقار من نفس المتصرف إليه، بمعنى أن يكون الحق الذي تلقاه الغير حقا عينيا. وعلى هذا الأساس لا يعتبر الدائن العادي من الغير بالمعنى المقصود في قانون الشهر العقاري، فهو صاحب حق شخصي، ويعني ذلك أن يكون حقه مستغرقا لكافة عناصر الحق المزاحم على ذات العقار كأن يثور التزاحم أو النزاع بين مشتري ذات العقار على التوالي إذ أن محل عقد كل منهما يتعلق بملكية العقار محل النزاع، ومن ثمة فلا يمكن تصور تزاحم بين حق مشتري رقبة العقار وبين صاحب حق الانتفاع بذات العقار، لأن حق كل منهما يتعلق بأحد عناصر ملكية العقار دون العنصر الآخر.

⁽¹⁾ Art.30.1. "Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'ils n'ont par 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 tiers, ont été antérieurement publiés."

والواقع أن شرط اكتساب الغير لحق مزاحم على ذات العقار من نفس المتصرف هو الذي يبرز أهمية قاعدة عدم النفاذ، باعتبارها وسيلة وأداة لحل المنازعات التي تثور بين مكتسبين متتاليين من نفس المتصرف لحقوق متزامنة على ذات العقار، تكون خاضعة للشهر بحيث يكون من مصلحة الغير الدفع بعدم نفاذ تصرفات المزاحمة لحقه الشهر التي لم يتم شهرها⁽¹⁾.
يترتب على أعمال هذا الشرط استيفاء الدائنين العاديين الذين ليس لهم سوى حق ضمان عام على ذمة مدينهم المالية وليس حقا عينيا يتعلق بعقار ما لمدينهم، أو بجزء من العقار⁽²⁾.

- الشرط الثاني أن يكون الغير خلفا لنفس المتصرف:

إن أعمال قاعدة الأسبقية في الشهر، تفترض وجود تنازع بين شخصين أو أكثر تلقوا على التوالي حقوقا متزامنة على ذات العقار من نفس المتصرف، بحيث تكون الأفضلية لمن سبق إلى شهر حقه⁽³⁾ يترتب على ذلك، أنه إذا لم يتحقق هذا الشرط، فإن أسبقية تاريخ الشهر تفقد فاعليتها بالنسبة للغير ذلك لأن قواعد الشهر ليست إلا استثناء خاصا على الأصل العام المعروف في القانون الفرنسي ضمن المادتين 1138 و1583 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بالانتقال الفوري للملكية بمجرد التراضي.

يرى الفقيه مازو MAZEAUD أن مبدأ عدم النفاذ المنصوص عليه في قوانين الشهر هو لمصلحة الغير وقد ورد في نص خاص استثنائي يجب تطبيقه في أضيق الحدود وعدم التوسع فيه أو القياس عليه كما أن الشهر العقاري في القانون الفرنسي لا يظهر التصرفات من العيوب التي تشوب تكوينها ولا يصح ما قد يعتريها من العيوب قد تؤدي إلى بطلانها أو إبطالها⁽⁴⁾.

وهكذا فإن هذه القاعدة لا يمكن إعمالها لحل نزاع يثور بين مشتريين يتمسكان بعقدين من بائعين مختلفين. لأن أعمال قاعدة عدم النفاذ تصلح لحل النزاع القائم بين خلفين تلقيا حقا من نفس السلف على ذات العقار.

(1) PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 190 – 191.

(2) AUBRY-RAU par BARTIN, op.cit , P 442 – 443 et MAZEAUD (Henri, leon et jean),op.cit , P 697 – 698.

(3) د.سالم حماد شعبان الدحوح، المرجع السابق، ص 94.

(4) MAZEAUD (Henri, leon et jean),op.cit , P 680.

- الشرط الثالث يجب أن تكون حقوق الغير خاضعة للشهر تحت طائلة عدم النفاذ:

هذا الشرط يستفاد من نص المادة 1/30 من المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 التي جاء فيها: " ...Soumis à la même obligation de publicité ... أي لا يشترط فقط الالتزام بالشهر وإنما يجب أن يكون تحت ذات الجزاء. فمستأجر العقار لمدة لا تزيد عن اثني عشر عاما والذي لا يخضع للشهر وفقا للقانون الفرنسي، لا يمكن الاحتجاج بحقه على مشتري العقار محل الإيجار، الذي لم يشهر عقد شرائه للعقار المؤجر، إذا كانت إجارته التالية لبيع العقار المؤجر، لأن حق المستأجر في الإيجار في هذه الحالة لا يخضع للشهر⁽¹⁾.

- الشرط الرابع أن يكون الغير قد سبق إلى شهر حقه:

يعني ذلك، أن يكون قد سبق إلى شهر حقه قبل التصرف المراد استبعاده لعدم شهره أو للتأخر في ذلك.

الواقع أن هذا الشرط يؤدي إلى أعمال مبدأ الأفضلية التي تكون للأسبق في تاريخ الشهر Prior tempore Potiore jure، باعتباره الأساس التي تقوم عليه عملية الشهر العقاري، فتكون الأفضلية لمن شهر حقه أولا وليس لمن تعاقده مع البائع أولا، إذ أن تاريخ انعقاد العقد لا يهم لأن العبرة تكون بتاريخ الشهر للحقوق وفقا لنص المادة 1/30 والمادة 1/31 من المرسوم الفرنسي المؤرخ في: 1955/01/04.

لهذا فلكي يتسنى للغير التمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مزاحم لحق الشهر لعدم شهر ذلك التصرف، أو تأخر شهره، فلا بد أن يكون حقه محتجا به، بأن يكون قد سبق إلى شهره، ولكن إذا كان تاريخ إجراء الشهر في نفس اليوم فتكون الأفضلية لمن كان التصرف الصادر لمصلحته أسبق في تاريخ الانعقاد⁽²⁾.

- مفهوم الغير في قانون السجل العيني المصري:

يقصد بالغير في الفقه المصري بالمعنى الخاص أو الضيق، الغير المقصود عادة عند الحديث عن الغير في شأن حجية السجل العقاري، ويقصد به كل صاحب حق عيني مبني على سبب صحيح مسجل، أي هو من ترتب له حق عيني على العقار محل الدعوى وقام بتنفيذه وفقا للقانون ومثاله المشتري الثاني لعقار سبق أن بيع إذا كان قد سجل عقد بيعه⁽³⁾.

(1) MAZEAUD (Henri, leon et jean), op.cit, P 682- 683.

(2) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 523 وأيضا د. سالم حماد شعبان الدحود، المرجع السابق، ص 99.

(3) د. علي بن عزان بن علي الهاشمي، المرجع السابق، ص 204.

لم يعرف قانون السجل العيني المصري وفقا لنص المادة 17 من قانون الشهر العقاري رقم: 1946/114 ولا وفقا لنص المادة 35 من قانون السجل العيني رقم: 1964/142 معنى الغير، ولكن يمكن القول بوجه عام أن اعتبار الحماية التي تستوجب إقرار الغيرية في التسجيل تقتضي توافر الشروط التالية:

- الشرط الأول:

أن يتلقى الغير حقا عينيا، وعلى هذا الأساس لا يعتبر الدائن العادي من الغير للمعنى المقصود في الشهر، فالدائن العادي صاحب حق شخصي وما يضمن هذا الحق الشخصي هو أموال المدين كافة أو ما جرى الاصطلاح علي تسميته بالضمان العام، وللمدين مطلق الحرية في التصرف في أمواله هذه طالما أنما ما يطويه ضمانه العام كاف لتغطية التزاماته.

- الشرط الثاني:

أن يكون الحق الذي تلقاه الغير واجب مشهر سواء بطريق القيد أو التسجيل، وأن يقوم الغير بشهر هذا الحق فعلا⁽¹⁾.

- الشرط الثالث:

أن يقوم التزام بين حقوق واجبة الشهر تلقاها أصحابها من سلف واحد، وعلى هذا الأساس لا يعتبر غيرا في التسجيل من يتلقى الحق من غير مالك، وهو لا يعتبر غيرا، ليس فقط لأنه لن يستطيع شهر حقه طبقا لمبدأ تسلسل التسجيلات وهذا شرط لاعتباره من الغير، وإنما أيضا لأن مثل هذا الحق لم يصدر من المالك فلا يمكن أن يزاحم حقا صدر من هذا الأخير⁽²⁾.

- مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري الجزائري:

لقد جاء في نص المادة 86 من المرسوم رقم: 63/76⁽³⁾: " 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 إشهارة مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض، بحكم القانون، تطبيقا للقانون."

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 346 وأيضا د. عاطف محمد كامل فخري المرجع السابق، ص 506.

(2) د. عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 507.

(3) "Art 86 du décret 76/63 :- 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 antérieurement publiée ou si cette résolution, révocation, annulation ou rescision a lieu, de plein droit, en application de la loi."

باستقراء نص المادة 86 المذكورة أعلاه، فإنه يتضح بأن المشرع الجزائري فتح باب المنازعة في الحقوق المشهورة، إلا أنه أولى فئة الغير حماية خاصة بشروط محددة، الشيء الذي يثير عدة تساؤلات حول شروط هذه الحماية ومداهها، وتتمثل هذه التساؤلات في:

- 1- من هو الطرف المعني بالحماية؟
 - 2- هل يتم إلغاء أو نقض أو إبطال أو فسخ الحقوق المشهورة بأثر رجعي؟
 - 3- ما شروط إفادة الخلف الخاص بهذه الحماية؟
- سوف أحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال الخطوات التالية:

1- عن التساؤل الأول المتعلق بالطرف المعني بالحماية، فإنه بالرجوع إلى نص المادة 86 المذكورة أعلاه فإن الطرف المعني هو الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر *L'ayant cause à titre particulier* والخلف الخاص وردت للفقهاء بشأنه عدة تعريفات منها: الخلف الخاص هو من يحل محل سلفه في حق معين من حقوقه⁽¹⁾.

وهو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها، كالمشتري يخلف البائع في المبيع، والموصى له بعين في التركة يخلف بها الموصي، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع⁽²⁾.

فالخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء ويتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته عينيا - كما هو الغالب - وقد يكون حقا شخصيا، فالمشتري هو خلف خاص للبائع في الشيء المبيع وهذا استخلاف في ملكية عين معينة .

وصاحب حق الانتفاع خلف لمن تلقى منه هذا الحق، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة. والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال به، وهذا استخلاف شخصي. والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذي رهنه وهو استخلاف في حق عيني واقع على حق شخصي. الظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إرادي، فمن يكتسب عينا بالتقادم لا يكون خلفا خاصا للمالك الأصلي، فالأصل أن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه طالما لا يتعلق بالشيء الذي انتقل إليه، فلا ينصرف إليه إلا بشروط هي:

(1) د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، 1989، ص 341 وأيضاً د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1991، ص 73.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981، ص 760.

- الشرط الأول:

أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص، أما العقود التي يبرمها السلف في شأن الشيء المستخلف فيه بعد انتقاله إلى الخلف، فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة لها ولا يسري أثره عليه.

الشرط الثاني:

أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء انتقل إلى الخلف، وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة له.

- الشرط الثالث:

علم الخلف بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه، فلا تنتقل الالتزامات إلى الخلف الخاص إلا إذا كان عالما بها وقت انتقال الشيء إليه، ويشترط علمه اليقيني لا مجرد استطاعة العلم. ويغني عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن⁽¹⁾.

بذلك، فإن الطرف المعني بالحماية بموجب المادة 86 من المرسوم رقم: 63/76 هو من تلقى من سلفه (صاحب الحق المهدر أي الذي تم إبطال أو فسخ أو نقض أو إلغاء سنده) ملكية شيء معين أو حق عيني على هذا الشيء أو حق شخصي واجب الشهر. وتم إلغاء أو إبطال سنده.

2- عن التساؤل الثاني حول مدى إلغاء أو نقض أو إبطال أو فسخ الحقوق المشهورة بأثر رجعي، فإن القانون الوضعي جعل من زوال السند في معظم التقنيات يتم بحسب الأصل بأثر رجعي، سواء كان الزوال وارد على عقد له وجود قانوني كالإبطال، أو وارد على عقد ليس له وجود قانوني شأن العقد الباطل.

لإعمال قاعدة الأثر الرجعي يجب أن نكون بصدد عقد مرتب لآثاره ثم يزول أما أن يكون العقد غير موجود أصلا فلا مجال لتطبيق فكرة الأثر الرجعي، أو الحكم ببطلان عقد إنما هو كاشف عن حقيقته التي صاحبتة منذ البداية، وليس منشئا للبطلان⁽²⁾.

(1) د. فاطمة محمد أحمد الرزاز، نظرية الاستخلاف الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص 24.

(2) د. نبيل صابر فرج عيد، حماية الخلف الخاص في التصرفات العقارية من زوال سند السلف (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون

المدني) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001، ص 12

- بالرجوع إلى نص المادة 86 من المرسوم رقم: 63/76 فإنها حصرت حماية الخلف الخاص في وجوب شهر الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بمعنى أن الخلف الخاص لا يتأثر بإلغاء تصرف مشهر إلا إذا تعلق الأمر بالالتزام معلق على شرط (واقف أو فاسخ) وتم شهر هذا الشرط، أما إذا كان التصرف غير معلق على شرط فلم توضح المادة مدى تأثر الخلف بزوال سند سلفه. وهو قصور في المادة يجب إعادة النظر فيها بتعميم قاعدة عدم النفاذ على جميع التصرفات المشهورة من طرف الخلف قبل وقوع الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض.

إن زوال سند صاحب الحق المهدر يكون بأثر رجعي، وهذا ما أكدته المادة 86 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 وبذلك فإن فسخ سنده أو إبطاله أو إلغائه أو نقضه يمتد بأثر رجعي إلى تاريخ نشوء الحق، وبذلك فإن الخلف الخاص لا يكون مهددا بزوال سند سلفه إلا إذا كان قد بادر إلى إشهار الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض.

لا يجوز أيضا التمسك بعدم نفاذ زوال سند السلف إذا كان هذا الزوال قد تم ليس بإرادة الأطراف وإنما بحكم القانون، ففي هذه الحالة يزول السند بقوة القانون ولا يحق للغير (الخلف الخاص) التمسك بقاعدة عدم نفاذ هذا الزوال في حقه.

3- عن التساؤل الثالث المتعلق بشروط إستفادة الخلف الخاص بهذه الحماية، فإنه بالرجوع إلى نص المادة 86 من المرسوم رقم: 63/76 المذكورة أعلاه وأحكام الأمر رقم: 74/75 ومراسيمه التنفيذية، يلاحظ أن المشرع لم يشترط حسن النية في الخلف الخاص لإفادته بهذه الحماية وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع الفرنسي، خلافا للفقهاء والقضاء في فرنسا اللذان أعطيا تفسيرات متباينة لحسن النية في الغير من خلال مرحلتين هامتين في القضاء الفرنسي، إذ لم يكتف القضاء محكمة النقض الفرنسية بالشروط القانونية التي تطلبها قوانين الشهر المتعاقبة في الغير الذي يرغب في التمسك بقاعدة الأسبقية في الشهر، وبدعم الاحتجاج عليه بالتصرفات غير المشهورة أو التي تأخر شهرها، المزاحمة لحقه المشهر، فأضاف هذا القضاء لتلك الشروط شرطا إضافيا جديدا مقتضاه أن يكون هذا الغير حسن النية، أما إذا كان سيئ النية فإنه يحرم من التمسك بإعمال قواعد الشهر العقاري المذكورة أعلاه.

لقد مر قضاء محكمة النقض الفرنسية بخصوص تحديد معنى حسن النية وأثرها على حجية التصرفات المشهورة بمرحلتين.

ففي مرحلة أولى تبنت محكمة النقض الفرنسية نظرية الغش الموصوف بالتواطؤ التدليسي، أما في المرحلة الثانية فقد تبنت نظرية الغش البسيط أو الغش القائم على مجرد العلم بسبق التصرف في العقار المبيع وهي المراحل التي سوف أتعرض لها فيما يلي:

- المرحلة الأولى:

أخذت محكمة النقض الفرنسية مسaire للفقهاء آنذاك، في هذه المرحلة في العديد من أحكامها بنظرية الغش الموصوف بالتواطؤ التدليسي حيث كانت لا تقضي بوجود الغش المفسد لحجية البيوع التي تم شهرها إلا إذا اتسم هذا الغش بمناورات تدليسية، وطرق احتيالية من جانب البائع والمشتري الثاني الذي سارع بشهر عقد شرائه، ففي هذه الحالة يطرح التساؤل حول ما إذا كان للمشتري الثاني الحق في التمسك بأسبقيته في التسجيل لعدم شهر التصرف الأول.

لم يكن للمشتري الثاني في هذه المرحلة التمسك بقاعدة الأسبقية في التسجيل تطبيقاً لقاعدة الغش يفسد كل شيء Fraus Omnia Corrumpit، إذا ثبت مساهمته بمناورات تدليسية مع البائع، وبذلك يفضل المشتري الأول ويستبعد الثاني الذي يعتبر سيئ النية.

لقد كان الأخذ بقاعدة أن الغش يفسد كل شيء، أثراً سيئاً على حسن تطبيق قواعد قانون الشهر العقاري ومنه تقرير الضمانات التي يقدمها نظام الشهر العقاري بالنسبة للغير. لتحديد معنى الغش اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في هذه المرحلة وجوب توافر مناورة تدليسية وهذا بموجب القرار الصادر بتاريخ: 1925/12/07⁽¹⁾ الذي جاء فيه: "من يشتري عقاراً يعلم بسبق بيعه للغير، ويقوم بتسجيل سنده لا يعد مرتكباً أي غش بتمسكه بامتياز منحه القانون نفسه للمتصرف إليه الأكثر يقظة".

- المرحلة الثانية:

أخذت محكمة النقض الفرنسية بنظرية الغش البسيط أو العلم المجرد، لقد بدأت محكمة النقض تهجر نظرية الغش التدليسي، لتعتنق نظرية الغش البسيط، أو الغش المستفاد من العلم المجرد بسبق التصرف في العقار، بخصوص تحديدها لمفهوم الغش المفسد لحجية الحقوق التي تم شهرها⁽²⁾. فقد تأكد موقف محكمة النقض الفرنسية الأخير في عدة قرارات منها ما جاء في القرار الصادر عن الغرفة المدنية الثانية بتاريخ: 1974/01/30 والذي جاء فيه: "اكتساب العقار مع العلم بسبق التنازل عنه لصالح الغير يشكل خطأ لا يسمح للمشتري الثاني التمسك بقواعد الشهر العقاري"⁽³⁾. وكذا ما انتهت إليه في نقضها لقرار رأت فيه بأن قضاة الموضوع لم يعطوا أساساً قانونياً لقرارهم وخالفوا أحكام المادتين 1382 من القانون المدني والمادة 30 من المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 في إبطالهم لعقد بيع على أساس أن المشتريين لم يكونوا على علم بوجود اتفاق مسبق يربط البائعين بالغير، وإجراءات الشهر العقاري التي قام بها المشتريين ليست نافذة في حق الأوائل.

⁽¹⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit,P 259.

"Celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui a fait transcrire son titre le premier ne commet aucune fraude en profitant d'un avantage offert par la loi elle – même à l'acquéreur le plus diligent"

⁽²⁾ د.سالم حماد شعبان الدحود، المرجع السابق، ص 106.

⁽³⁾ Ventes successives – transcription de la seconde vente- faute. inopposabilité au premier acquéreur (civ 3^e 30/01/1974 D1975-427)

L'acquisition d'immeuble en connaissance de sa précédente cession à tiers est constitutive d'une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité Foncière.

انتهت محكمة النقض بأن البيع الأول كان معلوما من طرف المشتريين وبذلك تحققت سوء نيتهم ويتزنب على ذلك عدم نفاذ تصرفهم في مواجهة المتصرف إليهم الأوائل⁽¹⁾.

هذا التطور في موقف محكمة النقض الفرنسية كان موضوع انتقاد فقهي⁽²⁾ فقد أخذ عليها لجوءها إلى أحكام القواعد العامة في المسؤولية وإلى أحكام المادة 1382⁽³⁾ من القانون المدني الفرنسي التي لم تكن مجدية في القانون المدني ولا يعقل أن يسمح لها بالامتداد إلى قانون الشهر العقاري وتحطيم أحكامه، لأن أحكام الخطأ فيها غير دقيقة وغير واضحة إذ يسمح للمحاكم بسلطة تقديرية واسعة في تفسير هذا الخطأ الشيء الذي لا يخدم نظام الشهر العقاري ولا يحمي الغير في المعاملات محل موضوع الشهر العقاري.

- المرحلة الثالثة:

لقد أخذت محكمة النقض الفرنسية موقفا جديدا بموجب أحدث قراراتها في هذا المجال وهو القرار الصادر بتاريخ: 2011/01/12 والذي شكل تحولا جذريا في موقف محكمة النقض الفرنسية والذي لم يبحث في مدى توافر حسن النية من عدمه في القضية المطروحة عليه وإنما اعتمد على مدى وجوب شهر الحقوق محل النزاع ومنه قضت بأحقية الخصم الذي أشهر حقه قبل غيره دون مراعاة لمدى سوء نيته في إبرام التصرف ومدى علمه بوجود تصرف سابق لم يخضع لعملية الشهر⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Conflits entre acquéreurs successifs

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles 1382 du Code Civil et 30 du décret du 04/01/1955 la cour d'appel qui pour annuler un acte de vente, retiens que les seconds acheteurs n'ignorant pas lors de la passation de l'acte authentique, l'existence d'une convention précédente liant les vendeurs envers les tiers, la publicité foncière opérée par les seconds acquéreurs n'est pas opposable aux premiers, sans rechercher si l'acte sous seing privé de la seconde vente ne réalisait pas une vente parfaite entre les parties et n'a cette date, la première vente était connue des seconds acquéreurs et alors que, serait-elle établie, la mauvaise foi des seconds acquéreurs ne pourrait entraîner que l'inopposabilité de la seconde vente aux premiers acquéreurs (civ 3^e 22/05/1990 D 1991 -326).

⁽²⁾ DAGOT Michel, Publicité Foncière, op.cit., P152 ; MARTIY- Raynaud, op.cit, n° 767.

⁽³⁾ **Art. 1382** : Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

⁽⁴⁾ Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : un revirement de jurisprudence radical et salutaire par Laurent Aynès, Professeur à l'École de la Sorbonne (Université Paris), Recueil DALLOZ – 24mars 2011- n°12, P 851 .

المطلب الثاني

إعمال قواعد الشهر العقاري في الفصل في هذه المنازعات

يتم الفصل في منازعات الشهر العقاري التي تثار من طرف الغير بمقتضى مبدأ الأسبقية في التسجيل ومبدأ الحجية المطلقة للقيد وهي من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العقاري. من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: مبدأ الأسبقية في القيد.

الفرع الثاني: مبدأ الحجية المطلقة للقيد.

الفرع الأول

مبدأ الأسبقية في القيد

يتم الفصل في المنازعات التي تثار من طرف الغير بموجب قاعدة الأسبقية في التسجيل، إذ كثيرا ما يثور التنازع بين مشتريين على التوالي لذات العقار سارع ثانيهما إلى تسجيل عقد شرائه بسوء نية قبل الأول.

- مجال قاعدة الأسبقية في التسجيل:

إن مجال إعمال قاعدة الأسبقية في التسجيل هو الفرض الذي يثور فيه التنازع بين مشتريين لذات العقار المبيع، بموجب عقدي شراء صحيحين على التوالي، صادرين من ذات البائع مالك العقار حيث تكون الأفضلية لمن يسارع إلى تسجيل عقد شرائه بغض النظر عن أسبقية تاريخ الانعقاد. حين يثور التنازع بين مشتريين من بائعين مختلفين، فإن قاعدة الأسبقية في التسجيل تتعطل، ولا يمكن إعمالها لفض النزاع وإنما يصار لحل هذه المعضلة استنادا إلى من يثبت ملكية سلفه للعقار المتنازع به، بمعنى أنه يجب تفضيل المشتري من المالك الحقيقي للعقار على المشتري من غير المالك بغض النظر عن أسبقية التسجيل⁽¹⁾.

كما يثور التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث، وفي هذه الحالة يفترض أن يتصرف المورث ببيع العقار لمشتري لم يسارع في تسجيل عقد شرائه، ثم يقوم الوارث بعد ذلك ببيع ذات العقار لشخص آخر يسارع بتسجيل عقد شرائه. وكان محور هذا الخلاف هو، هل يعتبر شخص الوارث امتدادا لشخص المورث ومن ثم يصار إلى قاعدة الأسبقية في التسجيل لحل هذا النزاع باعتباره تصرفين صادرين من مالك واحد.

(1) د. أنور سلطان وجمال عدوي، عقد البيع، دار المعارف، 1966، ص 229.

وبذلك هل تكون الملكية لمن سارع في تسجيله ملكيته؟ أم أن الوارث لا يعد امتدادا لشخص المورث عملا بأحكام الشريعة الإسلامية؟، ومن ثم يكون التصرفان صادرين من متصرفين مختلفين، ومنه تثور المسألة، أي من المتصرفين المالك الحقيقي للعقار، بحيث يتم تفضيل المشتري منه على المشتري من البائع الآخر غير المالك للعقار المبيع؟

دون الخوض في الجدل الفقهي القائم حول ذلك، فإنه يمكن القول بأن القاعدة تقضي بأنه إذا تعارض عقدان يتعلقان بعين واحدة من مالك واحد لشخصين مختلفين، وجب تفضيل العقد المسجل على غير المسجل. أما إذا تلقى المشتريان المبيع عن بائعين مختلفين، فإنه يجب البحث على المالك الحقيقي منهما إذ الحكم بالمبيع لمن تلقاه من هذا المالك بصرف النظر عن التسجيل وبصرف النظر أيضا عن حسن النية⁽¹⁾. فهكذا مثلا إذا باع المورث عقارا من ملكه ولم يسجل للمشتري عقد بيعه وبعد وفاة البائع باع الوارث العقار ذاته إلى مشتري آخر وسجل عقده، فإنه لا يصح الاحتجاج على المشتري الأول بعدم تسجيل عقده قبل تسجيل المشتري الثاني لأنه قد اشترى ممن لا يملك المبيع، والأسبقية في التسجيل قد فرضت على من يتلقى الملك من مالك واحد، والقاعدة تقضي بأن الوارث يعتبر استمرارا لشخصية المورث إلى أن تصفى تركته.

فقد يقال بأن التصرف من المورث ومن الوارث على نفس العقار يعتبران وكأنهما صادرين من شخص واحد. ويتحتم تفضيل الأسبق في التسجيل حيث يفضل المشتري من الوارث على المشتري من المورث إذا سبقه في التسجيل.

يرى الدكتور محمد خيرى في هذا الصدد بأن هذا القول غير صحيح، لأن الوارث ليس من طبقة الغير بالنسبة لتصرفات مورثه، إذ لا يتلقى الحق من مورثه إلا بعد الوفاة، فإن كان المورث قد تصرف في عقار لشخص ما أثناء حياته فيجب على الورثة احترام ذلك العقد، ما دام أنه صادر في الشكل المقرر وفي إطار القانون. فإذا تصرف فيه الوارث بالمبيع بعد تصرف مورثه كان تصرفه غير صحيح، لانعدام ملكية ذلك الشيء بالنسبة إليه لعدم وراثته له⁽²⁾.

(1) د. محمد كامل مرسي، شهر التصرفات العقارية، طبعة منقحة، 2005، المرجع السابق، ص 297.

(2) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 726.

الفرع الثاني إعمال مبدأ الحجية المطلقة للقيود

إن من اكتسب حقا استنادا إلى قيود السجل العقاري، يقرر له هذا الحق أي يكتسب الحجية المطلقة استنادا إلى مبدأ الحجية المطلقة للحقوق المسجلة ويكتسب حماية قانونية تجعله بمأمن من أية مطالبة أو اعتراض ممن يدعي حقوقا على العقار.

قد ينظر إلى هذا المبدأ (الحجية المطلقة) للحقوق المقيدة على أنها حماية لمصالح مجموعة من الأشخاص على حساب آخرين، أو إلى أن الأثر الايجابي للقيود في السجل العيني والذي يهدف لحماية مكتسبي الحقوق المقيدة، يبدو وكأنه يهدر مصالح أصحاب الحقوق الأصليين بغير حق أو إهمال ثابت في حقهم، إلا أن الحقيقة هي أن النظرة السابقة تنسم بالمغالاة في تقدير أثر مبدأ الحجية المطلقة للقيود وما يترتب عليه من نتائج.

بناء على مبدأ القوة المطلقة للقيود، تكون قيود السجل العقاري متمتعة إزاء الغير بقوة ثبوتية مطلقة يستطيع على أساسها إجراء التعاقد أو اكتساب الحقوق على العقار دون خوف أو قلق على مصيرها. على هذا الأساس، فحينما يقوم المحافظ العقاري بتسجيل حق من الحقوق لفائدة أحد الأشخاص، فإن تسجيله هذا يعتبر حجة رسمية على ثبوت الحق ودليلا قويا فيما بين الأطراف أنفسهم اتجاه الغير.

فمن أجل تمكين نظام السجل العيني من تحقيق حماية فعالة بالمعاملات العقارية، فإنه يجب أن يسمح للمكتسبين المحتملين للحقوق من الثقة في بيانات السجل، وهذا هو الأساس لمبدأ الثقة العامة في السجل العيني، فيعد تسجيل الحق العيني العقاري في السجل العيني أداة قوية من أدوات الائتمان العقاري تشدد حاجة التعامل إليه كلما اشتمت الحاجة إلى الاستقرار⁽¹⁾.

كما أن حماية مصلحة الغير في السجل العقاري مقترنة بمبدأ حماية الوضع الظاهر وما يقتضيه نظام السجل العيني من الاحترام الكامل لإعلام الغير بالوضع القانوني للحقوق العينية العقارية من خلال القوة الثبوتية.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة حول مدى أخذها بهذا المبدأ، فإن القانون الاسترالي هو على رأس هذه التشريعات، إذ يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للتسجيل أو القيد بشدة أكثر مما يطبقه أي بلد آخر إذ بمجرد ما يتم تسجيل التصرف و تنقضي الآجال المحددة للاعتراضات أو الطعون، تصبح الشهادة التي يسلمها مدير التسجيلات بمنأى عن أي طعن، ومبدأ القوة المطلقة للتسجيل الذي يأخذ به القانون الاسترالي تفرضه رقابة مسبقة على كل السندات والوثائق المقدمة حتى يتم فحصها قانونا، وهو ما يعبر عنه بالتطهير المسبق للتسجيل.

(1) د. حسن عبد الباسط جمعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 148 .

ينطبق الأمر على القانون الألماني الذي يعتبر من أوائل القوانين في أوروبا التي أخذت بنظام السجل العيني بعد أستراليا، وهو ما يمتاز عن غيره من أنظمة السجل العيني لكونه يفصل ما بين التصرف المنشئ للالتزامات وهو العقد وبين التسجيل. فالتسجيل وحده هو مصدر الحق في التصرفات العقارية، فهو مصدر مستقل ومجرد عن التصرف المنشئ للالتزامات.

ينبني على ذلك أهم نتيجة تتوخاها أنظمة السجل العيني وهي تطبيق مبدأ القوة المطلقة للتسجيل بحيث أنه إذا ما جرى إبطال عقد البيع، فإن المكتسب حسن النية يظل مكتسباً للعقار، ولا يبقى أمام الطرف المتضرر إلا إقامة دعوى الإثراء بلا سبب إذا ما توافرت شروطها. أما بالنسبة للقانون السويسري، الذي يعتبر من خير الأنظمة في هذا المجال على المستوى العالمي سواء من حيث التنظيم أو من حيث التطبيق⁽¹⁾ إذ يعتبر أن من يكتسب الملكية أو أي حق عيني مستندا على القيد في السجل العيني وكان حسن النية، يتحصن حقه ولا يمكن الطعن فيه أي أن ثقة الغير حسن النية تؤدي إلى تحصين حقه بشكل مطلق وتؤدي إلى معالجة آثار انعدام سلطة المالك الظاهر في التصرف وبالتالي إلى خلق استثناء على مبدأ المشروعية المادية⁽²⁾. أما بالنسبة للأنظمة العربية، فإن القانون اللبناني قد أخذ بمبدأ القوة والحجية المطلقة للتسجيل العقاري⁽³⁾، إذ جاء في القانون اللبناني بموجب نص المادة 17 من القرار رقم: 188 لسنة 1926 " لا يمكن وقوع خلاف في الحقوق العينية المقيدة في السجل العقاري وفقا لمنطوق محاضر التحديد والتحرير فإن القيود المتعلقة بهذه الحقوق، تعتبر وحدها مصدرا لهذه الحقوق، وتكتسب قوة ثبوتية مطلقة ولا يمكن أن تكون عرضة لأي دعوى كانت بعد انقضاء مدة سنتين، ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه قرار المصادقة على قرارات القاضي الفرد العقاري."

(1) د. علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 177 - 118.

(2) د. حسن عبد الباسط جميعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 148.

(3) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 273.

أما المشرع المغربي، فإنه يفرق بين آثار التسجيل وأثار التحفيظ، فالقيمة الإنشائية للحقوق المسجلة تعتبر مطلقة ونسبية في آن واحد، أما القيمة الإثباتية للحقوق المسجلة بمثابة التحفيظ، فإنها تكتسب حجية ومناعة مطلقة إزاء الكافة، ولا يجوز مطلقا تغيير الحقوق التي أسفرت عنها عمليات التحفيظ، فرسم الملكية الناتج عن إجراءات التحفيظ يعتبر قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس كما يتجلى ذلك من محتوى الفصل 62 من قانون التحفيظ العقاري المغربي، الذي أكد أن رسم الملكية له صفة نهائية ولا يقبل الطعن وهو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى القانون المصري، فإن أهم ما جاء به نظام السجل العيني أنه اعتبر التسجيل المنطلق الوحيد لحقوق الثابتة فيه، فبياناته تمثل الحقيقة و لها قوة مطلقة ومجرد قيد البيانات في السجل العقاري يعطيه حجية في ذاته بغض النظر عن أي عيب عالق بسند الملكية طالما أن مواعيد الطعن المنصوص عليها قد انتهت أو فصل نهائيا فيما أثير حولها من طعون⁽²⁾ وهذا وفقا لنص المادة 37 من القانون رقم 142 لسنة 1964 والتي يجاء فيها: " يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه.

ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل."

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فإنه جاء في المادة 16 من المرسوم رقم: 63/76 ما يلي: " لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 12 - 13 - 14 من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء .

وإذا كانت الدعوى القضائية ترمي إلى تغيير الحقوق الناتجة عن ترقيم لا يزال مؤقتا تطبيقا لأحكام المادتين: 13 و 14 أعلاه فإن هذا الترقيم يحافظ على طابعه المؤقت إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي."

من خلال نص المادة 16 المذكورة أعلاه يتبين لنا أن المشرع لم يجعل للشهر قوة ثبوتية مطلقة ما دام أنه سمح بمراجعتها قضاء، وبذلك فإن هذه الحجية هي حجية نسبية وليست مطلقة. انطلاقا من القوة النسبية للقيد التي اعتمدها المشرع الجزائري، فإنه يمكن أن يهدد الغير بالطعن في حقه المسجل بموجب دعوى إبطال سنده أو نقضه أو فسخ الحقوق المشهورة أو إلغائها .

(1) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 518.

(2) د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، المرجع السابق، ص 73.

المبحث الثالث

المنازعات التي تثار بين المستفيد من الشهر وصاحب الحق أثناء أعمال المسح العام. تثار منازعات شتى بين صاحب الحق ومن يسجل العقار باسمه نتيجة غياب الأول أو عدم اعتراضه على أعمال المسح.

فهل يحق للمالك الحقيقي أي صاحب الحق المطالبة بإلغاء البيانات الواردة في السجل العيني وإعادتها باسمه؟

إذا عرض مثل هذا النزاع على القضاء، فإن أعمال الأثر المطهر للقيد من شأنه أن يفيد في حل مثل هذه المنازعات.

- المقصود بالأثر المطهر للقيد:

إن أعمال مبدأ الأثر المطهر للقيد من شأنه تمكين نظام الشهر العيني من تحقيق حماية المعاملات العقارية والسماح للمتعاملين على هذه العقارات بالثقة المطلقة في البيانات الواردة في السجل العيني ويعد ذلك الهدف هو الأساس الذي تقوم عليه الثقة العامة في السجل العيني. بناء على القاعدة، فإن ثقة من يكتسب حقا عينيا على العقار استنادا إلى بيانات السجل العيني يجب أن يؤدي إلى تحصين حقه بشكل مطلق.

يقصد بالأثر المطهر للقيد، أن الشخص الذي تم قيد الحق باسمه في السجل العيني هو صاحب الحق من الناحية القانونية، حتى وإن خالف ذلك الواقع القانوني، ويترتب على ذلك أن الأثر المطهر للقيد يمنح للشخص الذي تم قيد الحق باسمه حقا محصنا من الطعن عليه، حتى وإن كان الطاعن هو صاحب الحق الأصلي، لذلك فإن الأثر المطهر للقيد يترتب عليه أنه لا يجوز المساس بالحق المقيد أو الطعن عليه حتى في حالة صدور أحكام قضائية تتناقض مع ما وردت به بيانات السجل في شأن صاحب الحق ومدى الحقوق التي يكتسبها على العقار. لذلك لا يعتد بالأحكام الصادرة بالفسخ أو بطلان التصرف القانوني الذي تم القيد بموجبه، ويبقى الحق مقيدا باسم من تم القيد لمصلحته بالرغم من صدور هذه الأحكام⁽¹⁾.

(1) د. حسن عبد الباسط جمبجي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 108 - 109.

يرى الدكتور الجارحي في هذا الصدد، بأن لهذا الأثر ما يبرره في القانون المصري وهي الإجراءات الطويلة لإتمام القيد الأول وما تتضمنه تلك الإجراءات من علانية وإتاحة فرص الطعن أمام اللجنة القضائية، فلا يتفق كل ذلك - حسب - بأن يظل باب الادعاء بحقوق مسكوت عنها ممكنة، لأن ذلك يمنع من تكوين السجل العيني، ذلك لأن إنشاء الصحيفة العقارية لأول مرة يعد شهادة ميلاد للوحدة العقارية، وينفصل حاضر الوحدة العقارية تماما عن ماضيها. فلا يعترف إلا بالحقوق التي قيدت على الوحدة العقارية بمقتضى ذلك القيد الأول والتي كانت موجودة من قبل.

ويذهب الدكتور الجارحي أبعد من ذلك، حين يرى بأن التطهير وانقضاء الحقوق السابقة التي حصل إغفالها يتم ولو كان صاحب القيد الأول سيئ النية أو ارتكب غشا، وحتى ولو ارتكبت إدارة السجل العيني خطأ⁽¹⁾.

لقد فرقت التشريعات الآخذة بنظام السجل العيني بين مفعول الأثر المطهر للقيد أثناء القيد الأول وأثناء القيد النهائي.

فالقيد الأول يتمتع بالصفة القطعية، بمعنى أن صاحب الحق المقيد هو صاحبه ولو لم يكن كذلك في الحقيقة وأن القيد الأول يمثل مركزا قانونيا ولا يجوز الطعن فيه نهائيا، ولما كان القيد الأول مرحلة تمهيدية للقيد النهائي ونظرا لما يتمتع به القيد في السجل العيني من حجية مطلقة، فقد أتاح المشرع المصري لكل ذي مصلحة الاعتراض على البيانات التي أدرجت في الصحيفة الخاصة بالوحدة العقارية، على أن يقدم اعتراضه إلى اللجنة القضائية المختصة، وتكون مهمتها في هذه الحالة الفصل في الاعتراض المقدم حول ما دون أو أغفل تدوينه في السجل⁽²⁾.

ولقد حدد المشرع المصري لممارسة هذا الحق مدة معينة هي سنة، فلكل صاحب مصلحة الحق في الاعتراض خلال هذه المدة بدعوى أمام اللجنة المختصة طالبا التغيير في بيانات السجل العيني⁽³⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 30 - 31.

(2) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 34.

(3) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 45.

وعند انتهاء مدة سنة يقلل جدول الدعاوى والطلبات وفقا لنص المادتين: 24 و 25 من قانون السجل العيني⁽¹⁾ ويصبح القيد الأول نهائيا، وبصيرورة القيد نهائيا، فإن الحقوق المقيدة تصبح محصنة من الطعن عليها بأي طريق من الطرق أو التعليق في السجل بأي من دعاوى الطعن، وبالتالي لا يجوز قيد أي حكم صادر في أي هذه الدعاوى في السجل العيني⁽²⁾.

أما في القانون اللبناني، فإن لقيود السجل العقاري المتعلقة بملكية العقارات والحقوق العينية الأخرى الحاصلة نتيجة عملية التحديد والتحرير، قوة ثبوتية مطلقة، بحث لا يبقى ثمة مجالاً للطعن فيها أو التعرض لها بأية دعوى بعد انقضاء مدة سنتين أي كان السند والسبب الذي استند إليه في قيد الملكية أو الحق العيني، وحتى ولو كان من تم القيد باسمه غير المالك الحقيقي بل كان مغتصبا للحق. سواء كان عالما بذلك عند إجراء القيد أم غير عالم به وهذا حسب المادة 17 من القرار اللبناني رقم: 188 التي جاء في فقرتها الأولى ما يلي: "إن الحقوق العينية المسجلة في السجل العقاري وفقا لمنطوق محاضر التحديد والتحرير لا يمكن الطعن بها البتة، فإن القيود المتعلقة بهذه الحقوق تعتبر دون سواها المصدر لهذه الحقوق، ولها القوة الثبوتية المطلقة ولا يمكن أن تكون عرضة لأي دعوى إذا كانت قد انقضت مدة سنتين ابتداء من التاريخ الذي أصبح فيه نافذا قرار التصديق... "

يترتب على عملية التحديد والتحرير وقيد الحقوق في السجل العقاري، تصفية جميع الحقوق السابقة التي لم يدلى بها أو يعترض بشأنها أثناء عملية التحديد وفي المهل المعينة لذلك أو التي لم يدع بها خلال مهلة السنتين الآنف ذكرها، ومن ثمة تثبيت الحقوق المقيدة لصاحبها بوجه نهائي، حتى ولو كان لا يملكها في الأصل وتم قيدها باسمه بطريقة صورية غير حقيقة فلا يبقى من حق المالك الحقيقي - حتى ولو كانت ملكيته ثابتة بحكم قضائي - أو من حق غيره أن يدعي بعين العقار أو بالحقوق العينية المكتسبة لصاحب القيد⁽³⁾.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فإنه يجب التفرة بين ظهور المالك الحقيقي في مرحلة إعداد الوثائق المسحية لدى المحافظة العقارية أي مرحلة القيد الأول، وبين المرحلة التالية للقيد الأول أي بعد إيداع الوثائق المسحية لدى المحافظة العقارية لتأسيس السجل العقاري أثناء مباشرة أعمال التقييم النهائي والمؤقت.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 34.

(2) د. حسن عبد الباسط جمعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 118.

(3) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 140.

- ففي المرحلة الأولى:

يحق للمالك الغائب أن يطعن في نتائج المسح بعد ظهوره وفقا لنص المادة 14 من المرسوم رقم: 62/76 والتي أكدت على إعطاء أجل قدره ثلاثة أشهر فيما يخص الأجزاء المتنازع فيها للمالكين من أجل الاتفاق على حدودهم أو من أجل رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة وأنه عند انقضاء هذا الأجل تصبح الحدود المؤقتة نهائية ما عدا الغلط المادي المعترف به وما عدا حقوق المالك الحقيقي الذي يأتي ويكشف عن نفسه والذي لا تكون لشكواه أي أثر إلاّ بينه وبين جيرانه المباشرين .

- أما المرحلة الثانية:

قد لا يظهر المالك الحقيقي أثناء أعمال المسح العام ولا يبدي أي اعتراض على النتائج التي توصلت إليها فرق المسح ويتم تسجيل عقاره باسم الغير، وقد يستمر غيابه حتى بعد إيداع الوثائق المسحية لدى المحافظة العقارية والتي قد ترقمه ترقيما نهائيا باسم الغير المستفيد من إجراءات الشهر العقاري. فإذا ظهر المالك الحقيقي أثناء أعمال الترقيم وخلال الفترة المحددة بنص المادة 13 و 14 من المرسوم رقم: 63/76 أي خلال مدة أربعة أشهر في الحالة الأولى أو سنتين في الحالة الثانية، فإنه يحق له أن يقدم احتجاجا على الترقيم المؤقت في السجل العقاري خلال المدة المحددة في المادتين 13 و 14، يبلغ هذا الاعتراض إلى المحافظ العقاري وإلى الخصم ويقيد في سجل يفتح لهذا الغرض لدى كل محافظة عقارية عملا بنص المادة 15 فقرة 1 من المرسوم رقم: 63/76. لقد حددت المادة 15 الفقرة 4 للطرف المدعي مهلة ستة أشهر تسري ابتداء من تاريخ تبليغه بمحضر عدم المصالحة الذي يتلقاه من المحافظ العقاري في حالة ما إذا كانت محاولات المصالحة عديمة الجدوى، وهذا ليقوم برفع دعوى خلال مدة ستة أشهر أمام الجهة القضائية المختصة .

المبحث الرابع منازعات المالك الظاهر

تقوم نظرية الوضع الظاهر على الاعتداد بالتصرفات الصادرة من صاحب الوضع الظاهر إلى الغير حسن النية فتجعلها تنتج ذات الآثار التي كانت تنتجها لو أنها صدرت من صاحب الحق متى كانت الشواهد المحيطة بهذا المركز من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة⁽¹⁾.

وتبدو أهمية الأوضاع الظاهرة في أنها تضحى بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات وتؤكد الثقة فيها وهي أنها تقوم بتصحيح التصرف الذي يصدر من شخص يظهر بمظهر صاحب الحق وتبرمه باسمه ولحسابه وكأنه صدر من صاحب المركز الحقيقي إلى الغير حسن النية متى كانت المظاهر العامة من شأنها أن تولد لدى الغير خطأ شائعاً بأن صاحب المركز الظاهر هو صاحب الحق فيما أجراه من تصرفات⁽²⁾.

وبذلك فالظاهر المقصود هو المحسوس المخالف للحقيقة والذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون⁽³⁾ وهو يتضمن دائماً مركزين "مركز قانوني هو صاحب الحق ومركز واقعي هو صاحب الظاهر"⁽⁴⁾.

وجدير بالذكر أن في نطاق الأوضاع الظاهرة نجد أنفسنا حيال صاحب المركز القانوني الحقيقي الذي كان من شأن أعمال القاعدة القانونية على وجهها الصحيح تمتعه بالحق محل التصرف، وصاحب المركز الظاهر الذي لا يخول له بإعمال القاعدة القانونية التمتع بمكنات ومميزات هذا الحق إلا أنه يظهر بمظهر صاحب الحق، فيحوز تلك المكنات والمميزات التي خولت لصاحب الحق ويكون له بالتالي مركز فعلي يواجه المركز القانوني لصاحب الحق حسبما يعرفه القانون فيضفي عليه حمايته. لقد اتجه الفقه والقضاء إلى صياغة نظرية الأوضاع الظاهرة لاستقرار المعاملات وتوكيد الثقة فيها وهو هدف يتصل بالصالح العام على نحو يبرر التضحية بجعله صاحب المركز القانوني الحقيقي⁽⁵⁾ وعن علاقة الظاهر بالسجل العيني، فلقد رأينا بأن الظاهر يتضمن دائماً مركزين مركز قانوني هو صاحب الحق ومركز واقعي هو صاحب الظاهر وعن علاقة هذا الظاهر بالسجل العيني يتحدد بتصور ذلك الظاهر في مركز واقعي مخالف لبيانات السجل العيني ويقع خارجه. كما يمكن أن يكون الظاهر هو المركز القائم في السجل العيني.

(1) د. نبيل صابر فرج عيد، المرجع السابق، ص 35.

(2) المستشار فتحة قره، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، دون سنة نشر، ص 14.

(3) د. نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، جامعة القاهرة، 1977، ص 4.

(4) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 44.

(5) المستشار فتحة قره، المرجع السابق، ص 14.

والظاهر في السجل العيني نوعان، ظاهر إيجابي وظاهر سلبي، أما الظاهر الايجابي، فهو يعني أن هناك حقوقاً أثبتتها السجل لغير أصحابها الحقيقيين، والظاهر السلبي يعني أن هناك حقوقاً أغفل السجل إثباتها لأصحابها الحقيقيين⁽¹⁾.

وتظهر علاقة الظاهر بالسجل العيني في العلاقة التي تربط صاحب الظاهر بصاحب المركز القانوني من جهة، وصاحب الظاهر بالغير من جهة أخرى وهي العلاقة التي سأطرق لها في المطلبين التاليين.
ومن ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: علاقة الظاهر بصاحب المركز القانوني.
المطلب الثاني: علاقة المالك الظاهر بالغير.

المطلب الأول

علاقة صاحب الظاهر بصاحب المركز القانوني

بالنسبة لصاحب المركز القانوني أي صاحب الحق، فهو يتحمل في ذمته النتيجة الأساسية للتصرف وهي اكتساب الغير للحق، والوجه المقابل لكسب الغير للحق هو فقدانه بالنسبة لصاحب الحق وصاحب الحق لا يفقد الحق كأثر مباشر للتصرف المبرم بين الغير وصاحب الظاهر فهو ليس طرفاً في التصرف ولا هو ممثل فيه، وبالتالي فالتصرف بالنسبة له ليس عملاً إرادياً، وإنما هو واقعة يتأثر بها ككل وبطريق مباشر فالتصرف الإرادي لا يمس غير أطرافه، وآثاره المباشرة لا تكون لغيرهم فالأثر المباشر للتصرف هو كسب الغير للحق. أما فقدان صاحب الحق لحقه فهو الأثر غير المباشر للتصرف لأنه ليس نتيجة التصرف وإنما نتيجة لكسب الغير له⁽²⁾.

وعن علاقة صاحب الحق بصاحب الظاهر فإن صاحب الحق يظل بمنأى عن الالتزامات التي يتعهد بها صاحب الظاهر شخصياً، والتي لا تكون ضرورية لوجود أو لبقاء الحق، ويكون لصاحب الحق أن يرجع على الظاهر للمطالبة لا بمقابل الحق الذي انتزع منه وإنما بالتعويض عنه.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 44.

(2) د. نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص 50 وأيضاً المستشارة فتيحة قره، المرجع السابق، ص 29.

وهذا استنادا إلى قواعد المسؤولية والإثراء بلا سبب وبالنسبة لصاحب الظاهر، فإن مركزه في مواجهة صاحب الحق يتعلق وفقا للقواعد العامة فيما يتعلق بثمار الشيء وما انفق عليه ورده هو أو قيمته، وهذه القواعد تفرق بين حسن النية وسوء النية.

وبصفة عامة يلزم صاحب الظاهر من خلال قواعد المسؤولية المدنية إن كان سيء النية، ومن قواعد الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية⁽¹⁾

وعن هذه العلاقة في السجل العيني، فإنه لا يمكن القول بأن لقيود السجل العيني قوة ثبوتية مطلقة فلا يكون لقيود السجل العيني حجة بينهما وإنما تجري عليهم أحكام علاقتهم الأصلية فلا يجوز لصاحب الظاهر أو خلفه العام التمسك بالسجل العيني في مواجهة صاحب المركز القانوني أو خلفه العام أو الخاص أو دائنيه، وليس للقيود قوة إنشائية بينهما إلا بسبب المصدر، فإذا أبطل العقد أو فسخ يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه ويجب شطب القيد، بل أن الخلف الخاص لصاحب المركز القانوني لا يستفيد أيضا من ذلك الظاهر، لأن نظرية الأوضاع الظاهرة لم توضع لحماية صاحب الظاهر وإنما وضعت لحماية الذي يتعامل مع صاحب الظاهر⁽²⁾ وهذا لأن صاحب المركز القانوني الذي يترك الظاهر قائما في السجل العيني لا شك هو مقصر في حق نفسه ولقد مهد له القانون وسائل سريعة للحفاظ على حقوقه⁽³⁾

وعليه، فإن المنازعة التي تنثار بين صاحب المركز القانوني وصاحب الظاهر في السجل العيني نظمتها أحكام المادة 14 من المرسوم رقم: 62/76 والتي أعطت قوة ثبوتية لمحاضر المسح بعد فوات أجل ثلاثة أشهر ولم تسمح في إعادة النظر فيها إلا لصاحب المركز القانوني وهو ما يسمى بظهور المالك الحقيقي، وبذلك فيجوز لصاحب المركز القانوني منازعة صاحب الظاهر في السجل العيني عملا بنص المادة 14 المذكورة أعلاه، ومنه عدم الاعتداد بما اكتسبه من حقوق بموجب بيانات السجل العيني⁽⁵⁾.

(1) د. نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص 51.

(2) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 48.

(3) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 60.

(4) لم تحدد المادة 14 من المرسوم رقم: 62/76 أجلا للمالك الحقيقي للمنازعة في وثائق المسح، وبذلك فإن مسألة ظهوره في أي وقت من شأنها أن تؤثر على البيانات المقيدة في السجل العيني ومنه على اطمئنان المالك الظاهر على حقوقه التي اكتسبها عن طريق إجراءات المسح العام وإعداد السجل العيني، وعليه أرى وجوب تحديد مدة للمالك الحقيقي للاعتراض على قرارات لجان المسح التي قد تكون تمت بصفة علنية وتحت اشهار واسع يسمح للمالك الحقيقي باستعمال حقه في الاعتراض وهو الموقف الذي يأخذ به القانون المصري والقانون اللبناني.

وكما أن منازعة المالك الحقيقي لصاحب الحق الظاهر تمتد حتى بعد القيد (القيد الأول) أي القيد الناتج عن أعمال المسح، لتطال منازعة المالك الظاهر حتى بعد صدور الدفتر العقاري أي بعد أن يصبح الترتيم نهائياً، وهذا دون تحديد أية مدة لهذا الاعتراض وهذا مساساً بمبدأ القوة المطلقة للقيد. لقد منعت التشريعات (منها المصري والمغربي) لصاحب الحق أو المركز القانوني منازعة صاحب الظاهر في القيد الأول وسمحت به في القيود التالية وهذا رغم تحفظ وأسف البعض⁽¹⁾ والذي كان يأمل بأن تصل قوة القيد إلى حد قطعي ومطلق على غرار بعض القوانين.

غير أن، غالبية الفقه في مصر ترى سلامة موقف المشرع المصري لأن السجل العيني ليس أداة لاغتصاب الحقوق، وأنه يجب أن يكون للقيد الأول حجة قاطعة بالنسبة للأطراف والغير، فلا محل لتلك القوة المطلقة في القيود التالية، لأن القصد من القيد الأول هو إعطاء شهادة ميلاد للعقار والميلاد يولد بحالة واحدة، أما حياة العقار فهي لا بد أن تخضع للأحكام العامة في القانون المدني إلا ما تطلبه بالضرورة نظام السجل العيني⁽²⁾ وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع المغربي فقيمة التسجيل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقيمة العمل أو التصرف الذي قام عليه التسجيل، وتتبعها في الوجود والانعدام وفي الصحة والبطلان فإذا كان مشوباً بعيب يبطله أو يبطله أضحى التسجيل نفسه عرضة للشطب⁽³⁾.

(1) د. ابراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 444 وما بعدها.

(2) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 44.

(3) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 44 عن مأمون كزيري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، ص 180.

المطلب الثاني عن علاقة المالك الظاهر بالغير

في هذه العلاقة أي علاقة المالك الظاهر بالغير تطبق قاعدة الظاهر الايجابي حجة للغير وحجة عليه.

- الظاهر الايجابي حجة للغير:

يعتبر الظاهر الإيجابي حجة للغير حين يتمسك به لصالحه وهو قاعدة أساسية في السجل العيني تعرف بمبدأ الثقة في بيانات السجل العيني أو مبدأ القوة الثبوتية التي تهدف إلى إعطاء أمان تام لكل من يتعامل على المال العقاري وحق البيانات الثابتة في السجل. ولكن متى تبدو حاجة الغير إلى التمسك بتلك الحجية؟ فهي لا تبدو إلا إذا زال حق صاحب الظاهر بأي طريق نتيجة تمسك صاحب المركز القانوني بحقه وأمام هذا الزوال تبدو الفائدة الكبرى لتلك الحجية أو ذلك المبدأ. وحتى يمكن الغير من التمسك بحجية البيانات الواردة في السجل العيني ومنه التمسك بالظاهر الايجابي فيجب:

- حق الغير في التمسك بالحجية مشروط ببقاء حقه، فإذا زال لأي سبب كان فلا يجوز له التمسك بالحجية، لأن الحجية مقصود منها حماية الغير من بطلان أو فسخ تصرف سلطة وليس منع الطعن في حق الغير.

- يتمسك الغير بالحجية لا يمنع صاحب المركز القانوني من الاستمرار في دعواه قبل صاحب الظاهر فلصاحب المركز القانوني أن يطلب إبطال العقد أو فسخه ضد صاحب الظاهر فإذا نجحت الدعوى، فإن أثر الحجية يكون هو أن التزام صاحب الظاهر بإعادة الحال إلى ما كان عليه يصبح مستحيلًا لسبب يرجع إليه (فقد تصرف للغير ولا يمكن أن يدعي أن الحجية هي السبب الأجنبي) ويلتزم بالتعويض.

- أن يكون الغير قد قيد حقه.

- إن الحجية مقدره لصالح الغير ويجوز له أن يتنازل عنها.

- إن الحجية تعمل لصالح الغير سواء كان تلقى المال بعوض أو بتبرع ولا يجوز لصاحب المركز القانوني أن يرفع عليه دعوى الإثراء بلا سبب لأن إثراءه تم بسبب قانوني هو التصرف الصادر إليه من صاحب الظاهر والذي يعتبر في نظر القانون كأنه صادر من صاحب المركز القانوني نفسه⁽¹⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 49 وما بعدها.

- الظاهر الايجابي حجة على الغير:

إن حجة الظاهر الايجابي لا تتجزأ، فإذا كان للغير أن يتمسك بتلك الحجة لصالحه فإن المنطق يؤدي حتما إلى القول بأنه يجوز لذي المصلحة أن يتمسك في مواجهته بنفس الحجة⁽¹⁾. وللظاهر السلبي حجة، فهي حجة له وحجة عليه أيضا، أي أنه يمكن أن يحتج على الغير بأمر ليس ظاهرا في السجل العيني وليس للغير أن يتمسك بأمر ليس غير ظاهر في السجل العيني، إلا أن هذه الحجة محدودة بنطاق الحقوق والمحرمات الواجب شهرها. أما إذا كان المحرر غير واجب الشهر، فإنه يسري في حدود القواعد العامة، وبذلك فإن حجة الظاهر السلبي في السجل العيني لا تتوقف على حسن النية أو سوء النية فلا يجوز للغير التمسك بحقوق لم تكن مقيدة في السجل ولو كان حسن النية⁽²⁾.

وعن المنازعة التي تثار بين الغير وصاحب الظاهر في القانون الجزائري، فإنها مرهونة بشهر الدعاوى الرامية لنقض أو إبطال أو فسخ الحقوق المشهورة والذي يستفيد الغير المتعامل مع المالك الظاهر من أحكام الظاهر في السجل العيني إذا كان قيد حقه قبل شهر الدعوى الرامية إلى إبطال أو نقض أو فسخ التصرف، غير أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين حسن نية الغير أو سوء نيته في تعامله مع المالك الظاهر وبين الغش والتواطؤ بين المالك الظاهر والغير على اعتبار أن قاعدة الظاهر اساسها حماية الغير الذي يتعامل مع المالك الظاهر أي إذا تواطأ المالك الظاهر مع الغير إضرارا بصاحب المركز القانوني فهل يقيد بقاعدة الظاهر وحجية بيانات السجل العيني بالنسبة له أم أن الغش والتواطؤ يفسد كل شيء وفقا لهذه القاعدة.

إن قاعدة الغش يفسد كل شيء ليست إلا قاعدة أخلاقية أو من قواعد القانون الطبيعي حسب الدكتور نعمان خليل جمعة⁽³⁾، بينما يرى الدكتور عبد السلام ذهني أن الغش والتواطؤ يعتد به ومما هو مقطوع به أن التواطؤ التدليسي لا يدخل في دائرة الجدل على اعتباره مبطلا للتسجيل أو عدم مبطل، بل الإجماع حسب الدكتور عبد السلام ذهني مقصود على أنه مبطل ولذا يجب استبعاده من مواطن الجدل.

ويرى بأن النية المبيتة في إلحاق الضرر بالغير، هي النية التي يطاردها كل شارع في العالم المتمدين من عهد الرومان. النية في إلحاق الضرر بالغير، هي التي لا يرضاها القانون ولا ترضاها البداة وتنفرد منها العدالة المجردة الصافية⁽⁴⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 94.

(2) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 81.

(3) د. نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص 103.

(4) د. عبد السلام ذهني، المرجع السابق، ص 65.

ويرى الدكتور مصطفى عبد السيد الجارحي بأن عدم الاعتداد بالغش والتواطؤ بين الغير وصاحب الظاهر بصفة عامة، لأن ذلك يضعف من حجية السجل العيني، كما أنها أفكار ليس من السهل التثبت منها⁽¹⁾.

وهو الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري والذي عمل على تقوية السجل العيني بصرف النظر عن حسن النية أو سوءها.

وفي إطار الترقيم النهائي قد يتأخر المالك الحقيقي ولا يظهر أثناء الترقيم المؤقت ليفاجأ بأن الترقيم المؤقت قد أصبح نهائياً دون أن يقدم اعتراضه ضمن الآجال المحددة، وقد يرقم العقار ترقيمياً نهائياً باسم المستفيد إذا قدم للمحافظ العقاري ما يثبت حقه بموجب سندات كافية لإثبات الملكية.

فهل يحق بعد ذلك للمالك الحقيقي الاعتراض على هذا الترقيم النهائي أم أن الأثر المطهر للقيد يمنعه من ذلك؟

يحق للمالك الحقيقي وفقاً لنص المادة 16 من المرسوم رقم: 63/76 المذكورة أعلاه، أن ينازع المستفيد من إجراءات الشهر العقاري ومن قيد الحق باسمه حتى بعد أن يصبح الترقيم نهائياً أي بعد أن يسلم له دفتر العقاري الذي يعتبر أقوى السندات المثبتة للملكية العقارية.

وبالرجوع إلى نص المادة 16 المذكورة أعلاه، فإنها أجازت إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد: 12 - 13 - 14 من المرسوم رقم: 63/76 عن طريق القضاء أي أنها أجازت إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بناء على حيازة أصحابه سندات أو عقود تثبت حق الملكية وفقاً لنص المادة 12 من ذات المرسوم، وكذا بالنسبة للترقيم المؤقت الذي أصبح نهائياً بمرور المدة المحددة قانوناً وفقاً لنص المادتين: 13 و 14 من المرسوم رقم: 63/76⁽²⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 60.

(2) يلاحظ مما سبق أن المنظم الجزائري قد حدد مدة ستة أشهر لسقوط الحق في رفع الدعوى القضائية المتعلقة بالمنازعة في الترقيم المؤقت بمعنى أنه بعد مرور مدة ستة أشهر من تبليغ محضر عدم المصالحة لا يجوز للمالك الحقيقي أن يباشر أية دعوى ضد النتائج المترتبة على الترقيم المؤقت والذي أصبح نهائياً.

في حين أن المادة 16 المذكورة أعلاه أجازت الطعن وإعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد: 12 و 13 و 14 من ذات المرسوم، دون تحديد أية مدة زمنية لسقوط الحق في رفع الدعوى القضائية .

ومن خلال استقراء نصوص هذه المواد، يلاحظ بأن هناك تناقض بين نص المادة 15 من المرسوم رقم: 63/76 والمادة 16 منه، إذ حدد المشرع مدة ستة أشهر في حالة الاعتراض على الترقيم المؤقت لسقوط الحق في رفع الدعوى في حين سمح بذلك أي (في الطعن في الترقيم المؤقت) بموجب المادة 16 من المرسوم دون تحديد أي أجل.

مما يؤكد هذا التناقض أن الفقرة الثانية من المادة 16 أكدت على أنه إذا كانت الدعوى القضائية ترمي إلى تغيير الحقوق الناتجة عن ترقيم لا يزال مؤقتا تطبيقا لأحكام المادتين 13 و 14، فإن هذا الترقيم يحافظ على طابعه المؤقت إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي.

وبذلك فإن حق من قيد العقار باسمه يبقى مهددا بظهور المالك الحقيقي أو صاحب الحق دون أن يحدد المرسوم مدة زمنية معينة لظهور المالك الحقيقي كما سارت عليه الأنظمة المشار إليها سابقا وبذلك يثور التساؤل حول مدى أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الأثر المطهر للقيد؟ لقد ذهب اتجاه إلى القول بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالأثر المطهر للقيد الأول مادام أنه لم يمنع المالك الغائب الذي يظهر بعد القيد الأول على إثر إتمام عمليات المسح من الطعن بالإلغاء أمام القضاء في أي وقت يظهر فيه ويعلم بالترقيم النهائي، وتسري آجال الطعن في حقه ابتداء من ثبوت علمه طبقا للأحكام العامة وأن هذا المالك الغائب الذي يظهر بعد مدة طويلة من صيرورة الترقيم نهائيا وحصول المستفيد على الدفتر العقاري وقبل انقضاء آجال التقادم المكسب الذي يحصن الحق المقيد من الطعن للمنازعة في القيد.

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن عدم أخذ المشرع بالأثر المطهر للقيد الأول معناه هدم للسجل العيني بعد تأسيسه أو عدم إتاحة الفرصة لعدم تأسيسه أصلا مادام أن عدم الأخذ بالأثر التطهيري يبقى باب الطعن في القيود التي تمت على العقارات قيودا أولا مفتوحا بلا تحديد أو نهاية، وينتهي هذا الرأي بالقول بأن عدم تقرير الأثر التطهيري للقيد يجعل من وظيفة السجل العيني مجرد وظيفة إعلامية لا فرق بينه وبين نظام الشهر الشخصي ومنه عدم توافر مميزات السجل العيني بخصوص هذه المسألة القانونية في القانون الجزائري⁽¹⁾.

(1) أ. جمال بوشنافة، الأثر المطهر للقيد الأول للعقارات في السجل العقاري (دراسة تحليلية على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري)، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الرابع حول الحفظ العقاري، المدينة، أفريل 2010.

ويذهب هذا الموقف أبعد من ذلك حين يرى بأن مبرر وجود نص المادة 23 من الأمر رقم: 74/75 التي جاء فيها بأن تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه، يزول بمجرد التنكير بأن هناك نص وارد في المرسوم التنفيذي رقم: 63/67 وهو نص المادة 85 الذي يجيز الطعن في التصرفات المشهورة، وما نص عليه المشرع في نص المادة 23 - حسب هذا الرأي - ما هو إلا تطبيق لمبدأ الأثر المطهر للشهر، وأن الشخص الذي تضرر من أخطاء المحافظ العقاري ليس له إلا أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض على أساس أن الشهر له أثر مطهر، ولا يمكن الطعن في التصرفات المشهورة، والمادة 23 شرعت لذلك.

وينتهي هذا الرأي إلى وجود تناقض وتعارض بين نص المادة 23 والمادة 85 المذكورتين ويقترح إما إلغاء المادة 85 والإبقاء على المادة 23 أو الإبقاء على المادة 85 وإلغاء المادة 23 مؤيدا الرأي الأول لأن ذلك يتمشى مع نظام الشهر العيني الذي يحظر الطعن في التصرفات المشهورة اعتمادا على مبدأ الشرعية الذي بموجبه يتحرى المحافظ العقاري جيدا في التصرف قبل أن يقدم على شهره مما يجعله وقوعه في الأخطاء نادرا، وحتى وإن أخطأ فإنه يمكن للمضرور أن يطالب بالتعويض وتكون الدولة مسؤولة عن ذلك، وهي دائما موسرة⁽¹⁾.

وخلافا لهذا الرأي ترى الدكتورة محمدي فريدة، بأن أجل سقوط رفع الدعوى المقرر في المادة 15 من المرسوم رقم: 63/76 مقرر تحقيقا لحماية صاحب الحق المشهر، فبمجرد الاعتراض يبقى الترقيم مؤقتا وهذا يؤثر على المعاملات العقارية لذا اشترط المشرع رفع دعوى خلال مدة ستة أشهر وهذا لتدعيم جدية الاعتراضات.

فإذا أمكن رفع دعوى دون تحديد الوقت في المادة 16 فذلك لأن الحق المشهر لا يتأثر إلا من تاريخ شهر عريضة الدعوى، أما تقديم أي اعتراض يحول دون إجراء الترقيم النهائي وهذا يلحق ضررا بصاحب الحق المشهر، إذ يهدر الائتمان العقاري من ذلك الوقت، لذا فلا بد من حماية صاحب الحق المشهر من تعسف المعارض بفرض جدية المعارضة في استعماله الاعتراض وهذا ما فعله المشرع في المادة 15 بتحديد الآجل المسقط.

(1) أ. جمال بوشنافة، إختلاف أنظمة الشهر العقاري وموضع نظام الشهر العقاري الجزائري منها، المقال السابق، ص 15.

كما ترى بأن استقرار المعاملات يفرض حماية الغير الذي اعتمد على الشهر وليس صاحب الحق المشهر، وعدم الأخذ بالأثر التطهيري لا يعني عدم أهمية السجل العيني ومسح الأراضي العام، لأنه وإن تمت فعلا عملية التحقيق والتحري في المستندات فستكون هناك حالات نادرة خاصة يمكن الطعن في صحتها بالنسبة للترقيم النهائي القائم على تقادم مكسب وهو السبب الذي على أساسه لم ينص المشرع على أجل مسقط لرفع دعوى الطعن.

إن شهر الحق حسب رأي الدكتور ليس سنداً قطعياً على الملكية بل يمكن إثبات عكس ذلك طالما لم تترتب حقوقاً للغير اعتماداً على ذلك، وذلك لا يعني إهدار للحق المشهر بل هو عدم إهدار حق معارض قائم على أساس قانوني صحيح، وما يبرر وجهة نظرها هذه في عدم الأخذ بالأثر التطهيري للشهر وهو أن قواعد العدالة تفرض من جهة تحقيق التوازن بين قواعد قانونية قائمة على أسس أخلاقية تتمثل في عدم إهدار الحقوق التي تتولد عنها الثقة في القانون، ومن جهة أخرى استقرار المعاملات العقارية الذي يفرضه السجل العيني، وهذا يتطلب حماية للغير الذي اعتمد على الشهر وهذه مسألة متعلقة بحجية الشهر في مواجهة الغير وهي أساسية ويمكن تحقيقها دون الأخذ بالأثر التطهيري للشهر⁽¹⁾

وأرى بأن أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني وتبنيه لأحكامه لم يكن وفقاً للأحكام والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني وإنما وظف ذلك بما يتلاءم والنظام العقاري المنتهج في الجزائر وبذلك فإنه لم يأخذ بمبدأ الأثر المطهر للقيود بشكل مطلق - وحسناً فعل - وهذا بفتح باب المنازعة في الحقوق المشهورة وتلك التي نتجت عن أعمال المسح العام وانتهت بالترقيم النهائي لتلك الحقوق.

لقد راعى المشرع الجزائري في فتحه لباب المنازعة في الحقوق المشهورة ومنه تخليه عن مبدأ الأثر المطهر للقيود ما قد تشوب عملية إعداد السجل العيني من أخطاء أو تجاوزات ناتجة عن سهو أو عن طريق الغش أو التحايل أو حتى التواطؤ لسلب حقوق الغير، ومنه سمح بالحق في مراجعتها وإعادة النظر فيها بإعادة الحقوق إلى أصحابها دون أن يقيد ذلك بمدة زمنية معينة، كما أنه لم يمنع المتضرر من حقه في الحصول على التعويض من الدولة في حالة ثبوت خطأ ارتكبه أحد أعوان الإدارة وفقاً للقواعد المعروفة في مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يرتكبها أحد موظفيها.

(1) د. محمدي فريدة، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للفرقة العقارية، الجزء الثاني، 2004، ص 120 وما بعدها.

وأرى أنه لا يوجد أي تناقض بين نص المادة 23 من الأمر رقم: 74/75 والمادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 إذ الثانية تجيز الطعن في الحقوق المشهورة مراعية إحتمال وقوع الأخطاء في إعداد السجل العيني ومنه في التقييم النهائي للحقوق والتصرفات المشهورة والأولى تمنح للمتضرر الذي ثبت تضرره من أخطاء وقرارات المحافظ العقاري الحصول على تعويض عادل ومنصف من الدولة نتيجة هذه الأخطاء.

ولا مانع في رأي من جمع المتضرر بين حقه في الطعن في الحقوق المشهورة وحقه في الحصول على تعويض نتيجة الضرر اللاحق به وبذلك فلا تناقض بين المادتين ولا مجال للقول بإلغاء إحداهما والابقاء على الأخرى لأن كلاهما مكمل للآخر.

غير أن، ما يمكن أن يأخذ على هذه الأحكام، أنها لم تحدد مدة زمنية للمتضرر للمطالبة بحقوقه المهذرة بل تركت الباب مفتوحا لهذا الأخير للطعن في الحقوق المشهورة دون تقييده بمدة زمنية معقولة لإكتشافه لهذه الأخطاء، وهذا مراعاة للغير الذي اكتسب حقوقا نتيجة تبني نظام الشهر العيني ومنه إعداد السجل العيني بموجب إجراءات دقيقة، معمقة ومكلفة، والذي من حقه الاستفادة من هذه الأحكام.

الفصل الثاني

كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري (المنازعة الإدارية)

يتشابه دور القاضي العادي مع دور القاضي الإداري في طريقة الفصل في الدعاوى ويختلف عنه نوعا ما في المنازعات موضوع الدراسة الحالية، فالقاضي العادي لا يعنيه إلا أن يقيم حكم القانون لأنه أمام مصالح متساوية أما دور القاضي الإداري فهو يصل إلى نقطة التعادل بين المحافظة بين حقوق الأفراد وحريةهم المشروعة، وبين ما تستلزمه حسن سير الإدارة وتمكين رجالها من الإشراف على سير المرافق العامة بانتظام واستمرار⁽¹⁾ فالقاضي الإداري يستهدف حماية النظام القانوني للدولة وعليه، فإنه يحل محل المشرع ويضع نفسه ذات موضعه مستلهما إرادته⁽²⁾، يرجع القاضي الإداري عندما يطرح عليه النزاع إلى الطرق القانونية والقضائية في البحث عن حل له باستخدام وسائل الاستدلال المختلفة في محاولة لفحص المنازعة تمهيدا لاتخاذ حل لها، وبذلك يتطلب تخصص القاضي الإداري واكتسابه معرفة كافية بالحياة الإدارية، هذه المعرفة وهذا التكوين الخاص بالقاضي الإداري يتحصل عليها بطرق مختلفة أهمها بغير شك احتكاكه بالإدارة وبمشاكلها وهو الأمر الذي يعد ضروريا لضمان حل المنازعات الناتجة عن مختلف الدعاوى الإدارية⁽³⁾.

وتختلف سلطة القاضي الإداري باختلاف طبيعة المنازعة، فيكاد دوره ينكمش في منازعات الإلغاء عن دوره في منازعات التعويض سواء من حيث نطاق الرقابة على المشروعية أو من حيث حريته في إصدار الحكم.

من ثم يقتصر دوره في إلغاء القرار المطعون فيه، أو رفض الدعوى دون أن يملك سلطة تعديل القرار الإداري موضوع الدعوى.

يتبع القاضي الإداري منهجية معينة للوصول إلى حكم فاصل في النزاع معتمدا على وسائل قانونية وأخرى منطقية.

بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: حدود سلطة القاضي الإداري في منازعات الشهر العقاري.

المبحث الثاني: المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري لحل منازعات الشهر العقاري.

(1) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، 1973، ص 07.

(2) د. حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 314.

(3) ROUSSET Michel & Olivier, Droit administratif, le contentieux administratif PUG 2004, P 20.

المبحث الأول

حدود سلطة القاضي الإداري في منازعة الشهر العقاري

ينقيد القاضي الإداري بمبدأ منع القاضي الإداري من سلطة التقرير والتي تعتبر بمثابة قاعدة قضائية خالصة⁽¹⁾ وهي القاعدة التي تقررت دون الاستناد إلى نص قانوني، وعمل مجلس الدولة الفرنسي على احترامها⁽²⁾ فلا يملك القاضي الإداري سلطة الحلول محل الإدارة، ولا يملك أن يقوم بعمل يدخل في اختصاصها أو أن يقوم بعمل قانوني امتنعت الإدارة عن اتخاذه. وهي الحدود التي يلتزم بها القاضي الإداري أثناء منازعة الشهر العقاري المطروحة أمامه. بناء على ما تقدم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: حدود سلطة القاضي في التقرير.

المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي في الحلول محل الإدارة.

المطلب الأول

حدود سلطة القاضي في التقرير

سلطة التقرير - في الأصل - لا تملكها إلا الإدارة، ومن الخصائص العامة للقرار الإداري أنه عمل قانوني تقوم به الإدارة بإرادتها المنفردة ويحدث أثرا قانونيا بأن يؤثر في بناء هيكل البناء القانوني للدولة على خلاف الحكم القضائي الذي هو إنزال حكم القانون على منازعة قائمة⁽³⁾ ويعد مبدأ منع القاضي من سلطة التقرير بمثابة قاعدة قضائية⁽⁴⁾ وقد تقررت دون الاستناد إلى نص وعمل مجلس الدولة الفرنسي على احترام هذه القاعدة، فألغى أحكام المحاكم الإدارية التي تناست اختصاصها وقدر أنه لا تملك حرية المبادرة التي تمتلكها الإدارة.

يقوم مبدأ منع القاضي من سلطة التقرير على أساسين أحدهما نظري منطقي والآخر عملي

قضائي.

⁽¹⁾ CHEVALIER jacques, l'interdiction pour le juge administratif de faire acte administrateur, AGDA, 1972, P 67.

⁽²⁾ د.حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 323.

⁽³⁾ د.حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 322.

⁽⁴⁾ CHEVALIER jacques, op.cit, P 67

- الأساس النظري المنطقي:

يتمثل في مبدأ استقلال الوظيفة الإدارية في مواجهة الوظيفة القضائية والذي نتج عن القانون الفرنسي الصادر بتاريخ: 16 و 24 أوت 1790 والذي حضر على المحاكم إصدار أحكام تتضمن قواعد عامة ملزمة، باعتبار أن ذلك يمثل اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية، فقد نصت المادة 11 من هذا القانون على أنه لا يجوز للمحاكم التدخل بأي قدر في ممارسة السلطة التشريعية، سواء كان ذلك بالطريق المباشر أم غير المباشر، وأنه لا يجوز لها إعاقة تنفيذ القواعد القانونية الصادرة عن الهيئة التشريعية أو وقف تنفيذها⁽¹⁾.

وبذلك يكون منطقياً أن يكون للإدارة دورها، وأن يكون للقاضي سلطة الرقابة على هذا الدور دون تدخل أو معارضة⁽²⁾.

- الأساس العملي القضائي:

كان مجلس الدولة الفرنسي يوجه أوامر إلى الإدارة في الفترة التي كان يعتبر فيها مجرد هيئة استشارية لها، وهي الفترة التي اصطلح تسميتها بفترة القضاء المحجوز أو المعلق على رئيس الدولة. كان المجلس يعتمد، في الأوامر التي كان يصدرها إلى الجهات الإدارية على تبعيته المباشرة لرئيس الدولة⁽³⁾.

أما بعد تطبيق نظام القضاء البات الذي أصبح للقضاء الإداري بمقتضاه سلطة الفصل في المنازعات الإدارية إلى أحكام نهائية غير معلقة على موافقة رئيس الدولة، فإن القضاء الإداري قد فرض بعض القيود الذاتية على سلطاته في الرقابة على أعمال الإدارة، ومن بين هذه القيود أن امتنع، بمحض اختياره عن توجيه أوامر إلى جهة الإدارة⁽⁴⁾.

أدرك مجلس الدولة الفرنسي عشية تحوله إلى جهة قضائية ذات اختصاص قضائي بات أن الإدارة لا ترغب بل تكره أن تتلقى أوامر منه أو أن يتدخل في سلطتها، وإن إجماع القاضيين الإداريين عن التقرير - صراحة - جعلته يكفل احترام الإدارة لما يصدره من أحكام وتنفيذ مقتضاها⁽⁵⁾.

(1) د. يسرى محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة و حظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 2011، ص 34.

(2) د.حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 328.

(3) CHEVALIER jacques, op.cit, P76.

(4) د. يسرى محمد العصار، المرجع السابق، ص 39.

(5) د.حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 329.

أستخلص بأن القاضي الإداري لا يملك أن يصدر في مواجهة الإدارة جميع أنواع الأحكام التي يملك إصدارها في مواجهة الإدارة ويصدق هذا بصفة خاصة في دعوى الإلغاء التي يعرض فيها على القاضي مدى شرعية القرار الإداري، بحيث لا يكون للقاضي إلا الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع أو رفض الدعوى، ولا يملك القاضي أن يصدر إلى الإدارة أمرا باتخاذ قرارات معينة لأن ذلك يدخل في وظيفة السلطة الإدارية.

إذا ما أتيح للقاضي إصدار أوامر للإدارة أو الحلول محلها فإنه يصبح بمثابة هيئة من هيئات الإدارة العاملة، وكان في ذلك اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁾.

إن حدود سلطة القاضي الإداري الناظر في منازعة الشهر العقاري موضوع الدراسة تتوقف عند حدود إلغاء القرار الإداري دون أن تكون له سلطة التقرير بإعادة النظر في قرارات المحافظ العقاري أو في الترقيم والزام الإدارة باتخاذ قرار معين.

المطلب الثاني

حدود سلطة القاضي في الحلول محل الإدارة

لا يملك القاضي الإداري أن يحل محل الإدارة ولا أن يوجه إليها أوامر استنادا إلى مبدأ حضر إصدار القاضي الإداري أوامر إلى الإدارة وحضر حلولها محلها، لأن هذا المبدأ ما هو إلا مظهرا من مبدأ أعم وأشمل هو مبدأ أن القاضي يقضي ولا يدير، بمعنى أن يتمتع عليه القيام بعمل إداري من الأعمال التي تدخل في اختصاص جهة الإدارة وهذا المبدأ بدوره مظهر من مظاهر استقلال القضاء عن الإدارة ونتيجة من النتائج التي يترتب عليه مبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾.

إن الحلول هو وسيلة رقابة إدارية تمارسها الإدارة سواء المركزية أو اللامركزية على مرؤوسها ويشترط لممارستها أن يكون العضو مندمجا في الإدارة وليس أجنبيا عنها. فلا يملك القاضي تطبيقا لهذا المبدأ أن يحل صراحة أو ضمنا محل الإدارة أو يقوم بعمل يدخل في اختصاصها ولا يملك أن يقوم فعلا بالعمل القانوني الذي امتنعت الإدارة عن اتخاذه.

(1) د. محمد عاطف البنا، المرجع السابق، ص 286.

(2) د. يسرى محمد العصار، المرجع السابق، ص 71.

ومن المستقر عليه أيضا في أحكام القضاء الإداري أنه ليس للقاضي الإداري أن يحل محل الإدارة في إصدار القرارات الإدارية أو يعدل فيها أو يغير من مضمونها، وتقتصر سلطته على إلغاء القرار أو رفض طلب الإلغاء، فإذا إنتهى القاضي إلى إلغاء القرار الإداري فليس له أن يرتب بنفسه الآثار الحتمية لهذا الحكم، بأن يقوم بإصدار القرار السليم محل القرار المعيب أو أن يعدل القرار المعيب ليزيل ما لحقه من عدم المشروعية أو أن يصدر القرارات الإدارية التي يتعين إتخاذها كأثر لإلغاء القرار المعيب⁽¹⁾.

وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء والآثار البالغة للأحكام الصادرة فيها على نشاط الإدارة وتصرفاتها مراعاة للمبادئ المذكورة أعلاه وما تقتضيه من ضرورة أن تقف سلطات القاضي عند حد معين، فإن منطوق الحكم في موضوع دعوى الإلغاء (دعوى إلغاء أحد القرارات موضوع الدراسة الحالية) يقتصر على ثلاث احتمالات:

- الحكم برفض الدعوى إذا تبين للقاضي أن القرار المطعون فيه صحيح من الناحية القانونية في كافة عناصره، وليس فيه عيب كما أثاره الطاعن، فيبقى القرار محتفظا بقوته الإلزامية، ويتأكد للإدارة والطاعن سلامة مشروعية هذا القرار.

- الحكم بإلغاء القرار كليا، أي إنهاء وجوده تماما منذ صدوره واعتباره كأن لم يكن، ولكن دون أن يحل القاضي محل الإدارة ويتخذ بنفسه القرار الصحيح.

- الحكم بإلغاء القرار جزئيا، وهو ما يحدث عندما يكون من الممكن فصل أجزاء القرار عن بعضها دون ضرر، وإلغاء البعض دون الآخر، إلا إذا كان من غير الممكن فصل الجزء المعيب من القرار عن بقية الأجزاء، فإن الإلغاء يكون كليا في هذه الحالة بالرغم من أن العيب يشوب القرار في أحد أجزائه فقط⁽²⁾.

يرى الدكتور سليمان الطماوي في هذا الصدد، أن دعوى الإلغاء كما وردت في القضاء الفرنسي - وكما فهمها المشرع الفرنسي - تستهدف إلغاء القرار الإداري المعيب. ومن ثم كان عمل قاضي الإلغاء ينحصر في إلغاء القرار الإداري المعيب إذا ما ثبت له عدم مشروعيته فحسب فليس له أن يعدل القرار المعيب، أو أن يستبدل به قرارا جديدا، أو أن يصدر أوامر للإدارة، لأن كل هذا يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات كما فسره الفقه والقضاء في فرنسا⁽³⁾.

(1) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، آثار حكم الإلغاء (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، دار الفكر العربي، 1971 ص 302.

(2) سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 181.

(3) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، 1976، ص 1010.

وبما أن منازعة الشهر العقاري المطروحة على القاضي الإداري تتعلق بإلغاء قرار من القرارات الإدارية الصادرة عن المحافظ العقاري أو عن المحافظة العقارية، فإن حدود سلطة القاضي فيها تتعلق بإلغاء هذه القرارات بناء على وجه من الأوجه المحددة له قانوناً أو يقضي بعدم قبول الدعوى شكلاً للأسباب المذكورة في الجانب الإجرائي ضمن الباب السابق، أو يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس وعليه فإن إلغاء القرار لا يتم إلا بناء على أحد أوجه الإلغاء التالية:

- **أوجه الإلغاء:**

الأصل هو مشروعية قرارات الإدارة، هناك قرينة قانونية عامة تفرض صحة ومشروعية القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة العامة، بمعنى أن يفترض أن كل قرار إداري يعتبر مشروعاً أو صادراً تطبيقاً لما تقضي به قواعد القانون، وأنه لمن يريد الطعن في قرارات الإدارة أن يقوم بإثبات ادعائه بعدم مشروعيتها ومخالفتها لقواعد القانون والمشروعية. أي أن قرارات الإدارة تتمتع بقرينة الصحة والمشروعية من حيث الأصل. ولكن هذه القرينة - مثل القاعدة العامة في القرائن - تقبل إثبات العكس من جانب الطاعن.

اتفق الفقه على أن أوجه الإلغاء تتمثل في خمسة أوجه تمثل العيوب القانونية المختلفة للقرار الإداري وهي:

01- عدم الاختصاص .

02- عيب الشكل.

03- عيب محل القرار .

04- عيب السبب.

05- عيب إساءة استعمال السلطة.

01 - عيب عدم الاختصاص (عدم الصلاحية):

عدم الاختصاص أو عدم الصلاحية بوجه عام هو عدم القدرة القانونية على القيام بتصرف معين، وفي نطاق القرارات الإدارية يمكن تعريف عيب عدم الاختصاص بأنه صدور القرار من موظف ليس له سلطة إصداره طبقاً للقوانين أو اللوائح السائدة.

عدم الاختصاص كأحد عيوب القرار الإداري، ينقسم إلى عدم الاختصاص الجسيم أو عدم الاختصاص العادي أو البسيط.

عدم الاختصاص الجسيم يؤدي إلى انعدام القرار الإداري واعتباره كأن لم يكن ويحرره من صفته كقرار إداري صوره: صدور القرار الإداري من فرد عادي ليس له أصلاً صفة الموظف العام التابع للإدارة.

عدم اختصاص بسيط، لا يؤدي إلى انعدام القرار الإداري، وإنما فقط إلى بطلانه أو إلغائه، والفارق هام لأنه في حالة عدم الاختصاص العادي يحتفظ القرار الإداري بصفته وتكون له حصانة القرارات الإدارية بحيث يسقط الحق في المطالبة بإلغائه لفوات ميعاد الطعن فيه على خلاف عدم الاختصاص الجسيم⁽¹⁾.

02- عيب الشكل أو (المعاملات الجوهرية):

المقصود بشكل القرار هو المعنى الواسع الذي يشمل المظهر أو الشكل الخارجي للقرار الإداري، ويشمل أيضا الإجراءات التي يجب أن يتبعها القرار قبل صدوره، وبناء على ذلك فإن عيب الشكل في القرار يعني صدوره دون مراعاة الإدارة للشكليات أو الإجراءات التي نص عليها القانون، سواء تجاهل هذه الإدارة هذه الشكليات أو الإجراءات أو أنها نفذتها بطريقة ناقصة وغير مكتملة⁽²⁾.

إن الهدف من قواعد الشكل والإجراءات هو كفالة حسن سير المرافق العامة إلى جانب حماية مصالح الأفراد. فهي من ناحية تستهدف المصلحة العامة بمنع التسرع والارتجال، وحمل الإدارة على التروي ودراسة وجهات النظر مما يؤدي إلى حسن إصدار القرارات، وبالتالي حسن سير المرافق العامة، كما أن هذه القواعد تستهدف مصلحة الأفراد بتوفير ضمانات لهم ضد تسرع الإدارة وتحكمها⁽³⁾.

03- عيب محل القرار:

يجب أن يكون لكل تصرف قانوني محل معين سواء كان هذا التصرف يدخل في نطاق القانون الخاص كالعقد المدني أو التجاري أو نطاق القانون العام كالقرار الإداري أو العقد الإداري. ومحل التصرف القانوني بشكل عام هو الأثر القانوني الذي يترتب أو يحدثه التصرف مباشرة ولا يتصور وجود تصرف قانوني أي ما كان بدون أثر قانوني يتمثل في الحقوق والالتزامات التي يترتبها وبدون ذلك يفتقد التصرف أو العمل صفته الجوهرية، كتصرف قانوني ولا يعد كذلك بحال⁽⁴⁾.

04- عيب السبب:

إن رقابة القضاء الإداري تمثل جانبا هاما من جوانب الرقابة القضائية على قرارات الإدارة العامة فبمقتضى رقابة أسباب القرار يتدخل القاضي الإداري في بحث الأسانيد والدوافع الموضوعية التي أدت بالإدارة لإصدار قرارها مما يجعل الإدارة تتردد أكثر من مرة قبل إصدار قراراتها بحيث أنها تعلم أن قاضي الإلغاء لن يتردد في إلغائها إن لم تستند إلى أسباب جدية. والسبب، يمكن تعريفه بأنه حالة واقعية (مادية) أو قانونية تسبق القرار وتدفع الإدارة للتدخل لإصدار قرارها.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 143 و أيضا د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، 234 وما بعدها.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 166 وبعدها.

(3) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 241.

(4) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 190.

ويشترط في السبب شرطان هما:

- يجب أن يكون سبب القرار قائما وموجودا من تاريخ إصدار القرار، فيجب أن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها قد وقعت فعلا، أي يجب أن يكون سبب القرار صحيحا من الناحية المادية أو الواقعية وإلا كان القرار معيبا في سببه، ومن ناحية أخرى يجب أن تكون تلك الوقائع المكونة لركن السبب قد استمرت حتى تاريخ إصدار القرار وذلك تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن تاريخ صدور القرار والوقت الذي يجب الرجوع إليه لتقرير مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري⁽¹⁾.

- أن يكون السبب مشروعاً أي صحيحاً طبقاً للقانون. وتظهر أهمية هذا الشرط واضحة في حالة ما إذا حدد القانون أسباباً محددة يجب أن تستند إليها الإدارة في أحد أو بعض قراراتها وتكون في هذه الحالة في نطاق سلطة الإدارة، وفي هذا الفرض إذا استندت الإدارة إلى سبب آخر غير السبب أو الأسباب المحددة يكون قرارها قابل للإلغاء لعدم مشروعية السبب.

05- عيب إساءة استعمال السلطة:

هو العيب الخامس والأخير الذي إذا لحق القرار الإداري لأصبح القرار مستحق الإلغاء، والمقصود به أن يكون القرار معيباً إذا استهدفت الإدارة من إصدار قرارها غاية بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة أو إذا استهدفت غاية عامة أخرى تختلف عن الغاية التي حددها القانون لقرارها⁽²⁾. فلا يكفي أن يصدر القرار الإداري من مختص، ووفقاً لقواعد الشكل والإجراءات وأن لا يخالف الأحكام الموضوعية في القانون، وإنما يجب أن يسعى مصدر القرار إلى تحقيق الغاية التي من أجلها منح سلطة إصداره. فإذا خرجت الإدارة عن هذه الغاية كان قرارها معيباً لعيب الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها⁽³⁾.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 199.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 221.

(3) د. محمد عاطف البنا، المرجع السابق، ص 269.

إن للإساءة في استعمال السلطة صورتان أساسيتان، الأولى هي استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة والثانية هي استهداف غاية مخالفة للغاية التي حددها القانون وهاتان الصورتان هما:

- استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة:

هناك قاعدة عامة مصدرها المبادئ العامة للقضاء الإداري، مؤداها أن كل القرارات الإدارية يجب أن تستهدف المصلحة العامة، ذلك أن القاعدة العامة بديهية ولا تحتاج إلى نص خاص يؤكد لها لأن الإدارات العامة والأشخاص العامة الإدارية يجب أن تعمل للخير العام وللمنفعة العامة للمجتمع.

- استهداف غاية مخالفة للغاية التي حددها القانون:

الأصل أن المشرع لا يقيد الإدارة في إصدارها للقرارات بغاية معينة وفي هذه الحالة يجب على الإدارة أن تستهدف المصلحة العامة في قراراتها أي ما كانت نوعية تلك المصلحة العامة ولكن أحيانا وفي بعض المجالات يحدد المشرع للإدارة غاية أو هدفا خاصا معيناً يجب عليها أن تستهدفه في قراراتها، وفي هذه الحالة إذا تجاوزت الإدارة في قرارها هذا الهدف الخاص، فإن قرارها يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة ومستحقاً للإلغاء⁽¹⁾.

مما سبق، أستخلص بأن سلطة القاضي الإداري في المنازعة موضوع الدراسة ليست سلطة مطلقة وإنما هي محددة بقواعد القانون الإداري التي يتمتع القاضي الإداري من التقرير ومن الحلول محل الإدارة ومن توجيه أوامر لها ومحدد أيضاً بحدود مستمدة من طبيعة المنازعة وأطراف الخصومة . إن تحديد سلطة القاضي الإداري بإلغاء القرار المعيب أثناء فصله في منازعة من منازعات الشهر العقاري المطروحة أمامه، دون تمكينه من إصدار أوامر للإدارة أو الفصل في موضوع المنازعة من شأنه أن يؤثر سلباً على السياسة العقارية لارتباط منازعات الشهر العقاري بها ومن شأنه أن يؤثر على استقرار المعاملات العقارية والاستثمار فيها.

إن في تقييد سلطة القاضي الإداري وحصرها في إطار دعوى الإلغاء في حدود الحكم بإلغاء القرار موضوع الدعوى، وترك الأمر للإدارة لكي تقوم هي باستخلاص النتائج التي تترتب على الحكم وتصدر القرارات اللازمة لتسوية المراكز القانونية التي منها القرار الملغى، فيه إخفاق لقيمة القضاء لأن هذا الموقف يترك للإدارة التي كشفت سلفاً عن خروجها عن القانون بإصدارها للقرار الملغى سلطة تحديد نتائج هذا الإلغاء وتحقيق مضمونه وتحليل المعتدى عليه إلى المعتدي أملاً في نوع من التسوية الإيجابية يكفي بإثارة نقطة البداية بشأنها.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 226.

ما من شك في أن هذا الموقف يدفع بالإدارة إلى الاستهانة برقابة الإلغاء طالما أن الأمر سيرجع إليها في النهاية لتحديد وتحقيق مضمون ذلك الإلغاء⁽¹⁾، كما يرى الدكتور عبد العظيم جيرة. إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للدعاوى الإدارية العادية، فإن الأمر يكون أكثر تعقيدا لمنازعة الشهر العقاري، فلا توجد أية ضمانات تفيد التزام الإدارة (المحافظة العقارية أو إدارة مسح الأراضي) بعد إلغاء أحد قراراتها بأن تصدر قرارا متطابقا مع النتائج التي انتهى إليها الحكم القضائي، الأمر الذي يؤكد - حسب رأيي - عدم جدوى اختصاص القضاء الإداري في الفصل في منازعات الشهر العقاري لتقييد سلطات القاضي الإداري من جهة، ولعدم إمام هذا الأخير بقواعد الشهر العقاري المعقدة لعدم مواكبته لإجراءات الشهر العقاري منذ بدايتها والتي كانت تحت إشراف ورقابة القاضي العقاري الذي هو أدري وأعلم بمجرباتها وأولى بمتابعتها إلى غاية الفصل في منازعاتها.

وبذلك لا يعقل أن تنزع منه بعض المنازعات لا لسبب إلا لكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام، لأن ذلك لا يخدم القضاء الإداري الذي أثبت عجزه في الفصل في هذه المنازعات لتراكمها وكثرتها وتنوعها ولا يخدم أيضا السياسة العقارية المنتهجة ودورها في بعث الثقة والائتمان في الملكية العقارية التي لا تخف أهميتها في الاستثمار والنمو الاقتصادي بشكل عام.

(1) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، آثار حكم الإلغاء (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970، ص339.

المبحث الثاني

المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري للفصل في منازعة الشهر العقاري

أتناول في هذا المبحث المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري في بحثه للوصول إلى حل للمنازعة وكيفية تأسيس حكمه الناتج عن هذا الحل.

فيلتزم القاضي من ناحية أولى باحترام القانون وتحقيق العدالة متقيدا بنطاق الخصومة، فلا يمكن أن يتجاوزها ويقضي بعلمه الشخصي أو بناء على وقائع أو أدلة لم تعرض عليه أثناء سير الخصومة ويفصل القاضي الإداري في المنازعة موضوع الدراسة بعد تكوين اقتناعه بالحل المفروض إتباعه، ثم يصيغ الأسباب القانونية لهذا الحل متبعا لمنهجية خاصة عند البحث عن حل للمنازعة وهذا باللجوء إلى وسائل منطقية للفهم والإدراك للمنازعة بمقتضى قواعد وأسس قانونية ومنطقية. يتوصل القاضي الإداري بفضل هذه المنهجية إلى حل للمنازعة، فإذا توصل إلى الحل الذي يراه متفقا مع القانون وامتشيا مع العدالة يبدأ في مهمة تأسيس حكمه وإخراجه وإلباسه ثوب العمل القضائي. بناء على ما تقدم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: الأسس والوسائل التي يعتمد عليها القاضي الإداري للبحث عن حل لمنازعة

الشهر العقاري.

المطلب الثاني: وسائل تأسيس الحكم القضائي.

المطلب الأول

الأسس والوسائل التي يعتمد عليها القاضي الإداري للبحث عن حل لمنازعة الشهر العقاري

يضطر القاضي للبحث عن حل لما يطرحه أمامه من منازعات للخروج من حالة الشك للوصول إلى اقتناع تام بالنتائج التي يتوصل إليها.

ففي المادة الجزائية تلعب قرينة الشك دورا لفائدة المتهم وتؤدي إلى إفادته بحكم البراءة أما في المادة المدنية فيكون الأمر أكثر تعقيدا وهذا بالبحث عن النصوص القانونية الواجبة التطبيق فضلا عن السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي المدني التي يراقب من خلالها مدى تطابق العقود والالتزامات مع النظام العام والآداب العامة، إذ لا يلتزم القاضي بهذه الحدود فحسب وإنما يلتزم بعدم البحث عن الحقيقة خارج عن إطار الخصومة وما قدمه له الأطراف دعما لإدعاءاتهم وما توصل إلى علمه من المرافعات التي تمت بصفة وجاهية بين أطراف الدعوى وفقا لإجراءات محددة قانونا⁽¹⁾. إن مهمة القاضي الإداري لا تختلف عن ما سبق ذكره بالنسبة للقاضي المدني من حيث الوسائل المعتمدة من طرفه لتأسيس حكمه القضائي، فهي أيضا تنحصر في حدود الطلبات والدفع التي يقدمها الأطراف والتي تكون الأساس في تحديد موضوع النزاع وللحل المتخذ من طرفه، وإلا كان متجاوزا حدود سلطته.

يلتزم القاضي من ناحية أولى باحترام القانون وتحقيق العدالة، كما انه يتقيد بنطاق الخصومة ولا يقضي بعلمه الشخصي ولا بناء على دليل أو وقائع خارج هذا النطاق. يعتقد القاضي الإداري تكييفا مبدئيا بالمنازعة عند عرضها، ويقدر نظاما معيننا لاستكمال ملف القضية فيكون يقضا من حدوث نتائج أو ظواهر لا تتفق وما سبق أن تصوره للقضية أو التي قد تفوق فيها مجال رؤيته وتخيله ولا يتدخل المشرع ويحدد للقاضي وسائل تصرفه وفهمه للقضايا، وإنما يستمد هذا الأخير تكوين إدراكه وتصوره للقضية من خلال الطريقة التي يلجأ إليها و التي تتسم بنوع من التجريد وتؤدي به إلى البحث عن المبادئ العامة، ثم يعمل على إنزالها على القضايا كنتيجة لعمليات من الاستقراء والاستنتاج الذي له أهمية كبرى⁽²⁾. ولا يتمسك القاضي بتكليفه المبدئي وإنما يسهر على تماسك النظام وكماله ومطابقته مع الحل الذي قدره، فالقاضي عند ممارسته لنشاطه يعمل على البحث عن الحقيقة⁽³⁾.

⁽¹⁾ ARMIJON pierre, la fonction judiciaire, extrait de la revue de Paris de 1^{er} juin 1920 , imprimerie Pochy 1920,P 6 .

⁽²⁾ د. حسن السيد بسيوني ، المرجع السابق، ص 362 وما يليها .

⁽³⁾ GAUDEMET Yves Les méthodes du Juge administratif , LGDG , 1972,P 26.

يلجأ القاضي إلى النظريات أو مجموعات منها أيضا للفصل في القرار الإداري إذ تساهم هذه الأخيرة بدور فعال في تكوين فهم وإدراك القاضي، ويلعب القضاء دورا كبيرا في استنتاج الكثير من النظريات في مجال القانون الإداري من المبادئ العامة ويزخر القانون الإداري بنظريات هامة مثل نظرية التعسف في استعمال الحق - نظرية المرافق العامة - نظرية أعمال السيادة - نظرية السلطة التقديرية - نظرية الضرورة.

ينظر القاضي إلى الواقعة التي تثيرها المنازعة محل الدراسة ويستلهم النظرية التي تتعلق بها في محاولة منه للبحث عن حل لها في ضوء حقيقتها الواقعية وظروفها الملائمة لها. يستند في ذلك إلى الوسائل الفنية القانونية ويساعد في هذا الاستخدام تكوينه القانوني، وممارسته للعمل القضائي فترة من الوقت ويساهم القاضي بحكم هذا التكوين وتلك الممارسة العملية في خلق هذه الوسائل منها الشروط الاستثنائية وغير المألوفة التي هي من خلق القضاء الإداري، كما يساهم القاضي في خلق القرائن القانونية والحيل القانونية بهدف الوصول إلى الحقيقة القانونية⁽¹⁾. تتمثل هذه الوسائل الفنية القانونية في وسائل متعددة منها الشكلية والحيل القانونية والقرائن القانونية والمعايير والضوابط التي تساعد القاضي الإداري في الوصول للحل المطلوب. يستعمل القاضي الإداري أيضا الوسائل المنطقية المتمثلة في الاستدلالات المركبة والاستدلالات بالتمثيل والاستدلال بالمخالفة والتحليل والبرهنة⁽²⁾، لأن القاضي الإداري هو الذي يخلق بنفسه القاعدة التي يطبقها حتى يصل إلى النتيجة التي تتمثل في حل القضية. ولا مرشد له إلى الوصول إلى ذلك سوى حدسه ورجوعه إلى وسائل من التصور والإدراك وذلك لاستخدامه أي من المبادئ العامة والنظريات والأفكار.

⁽¹⁾ GAUDEMET Yves, op. cit ,P 41.

⁽²⁾ د. حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 368 وما بعدها.

المطلب الثاني

وسائل تأسيس الحكم القضائي

تعتبر مرحلة بناء الحكم، المرحلة الأخيرة لعمل القاضي، ولا تبدأ هذه المرحلة إلا بعد تكوين اقتناعه الشخصي بمعطيات القضية من الواقع والقانون⁽¹⁾. بعد اقتناع القاضي بالرأي الذي توصل إليه، بأي من طرق الإدراك والتصور والطرق الفنية القانونية أو الوسائل الاستدلالية المختلفة، يبدأ في مرحلة بناء الحكم لغويا ومنطقيا.

إذا كان القاضي يبذل المزيد من الفكر في البحث عن حل للمنازعة، فإنه يكون مضطرا للبحث عن وسيلة للتعبير عنه، لاسيما وأن الفكر نفسه مستحيل بدون اللغة التي تقوم بالتعبير عن نتاج ذلك الفكر.

كما يلجأ القاضي في بناء حكمه إلى البناء المنطقي المتمثل في أحد أسلوبين، إما إلى أسلوب البناء القياسي للحكم، أو الأسلوب الروائي له. ويقصد بالبناء القياسي للحكم أن يفرغ القاضي اقتناعه عند تحرير حكمه في قالب قياسي في صورة مقدمات ونتائج، بأن تكون هناك مقدمة كبرى والتي تتمثل في القاعدة القانونية الواجبة التطبيق المستمدة من أي مصادر القانون المختلفة، وأخرى صغرى تستمد من معطيات وقائع النزاع ومحصلة أعمالهما تكون نتيجة القياس متمثلة في الرأي الذي اعتنقه لحل المنازعة وهي ما يطلق عليها المحصلة الاستدلالية ومحلها في القرار (منطوق الحكم). أما البناء الروائي فيقوم على سرد الوقائع في قول منطوق، متحد العناصر بعلاقة فاعلية، ويتبعها بالاستنتاجات المتعاقبة التي يستدل عليها من طلبات الخصوم ثم يذكر الحل المعتقد⁽²⁾.

⁽¹⁾ GAUDEMET op. cit, P 71.

⁽²⁾ د. حسن السيد بسيوني ، المرجع السابق، ص 386 وما بعدها.

خلاصة ونتائج الباب الثاني من القسم الثاني:

تعرضت في الباب الثاني لكيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري، فلا يكفي معرفة الوسائل الإجرائية التي يسلكها المتقاضي لممارسة حقه في التقاضي ومنه المطالبة بإنصافه في المنازعة التي يطرحها على القضاء، وإنما يجب معرفة الوسائل الموضوعية التي يمارسها القاضي للفصل في مثل هذه المنازعات.

ولقد تعمدت تقسيم الباب الثاني إلى فصلين، الأول خصصته للوسائل الموضوعية التي يعتمدها القاضي العادي، أما الفصل الثاني فخصصته للوسائل الموضوعية التي منحها المشرع للقاضي الإداري للفصل في هذه المنازعة (العقارية)، وهذا لأثير مدى الصعوبات التي يتلقاها القاضي الإداري بعد إعلان اختصاصه في الدعوى وبعد مراقبته لمدى استيفائها للشكل المطلوب من بيانات وشهر للدعوى، وحين يتصدى للموضوع يجد نفسه في دعوى الإلغاء مكبلا بقواعد القانون الإداري الرامية إلى حظر توجيه أوامر من القاضي إلى الإدارة وعدم حله محلها...، وهي القواعد بل العراقيل التي تقف في وجه منازعة الشهر العقاري المطروحة على القضاء الإداري والتي يكتفي فيها القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري (الترقيم النهائي أو الترقيم المؤقت إذا تعلق بأحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام، قرارات المحافظ العقاري بشكل عام...) دون إلزام الإدارة بأي إجراء معين، الأمر الذي أثار سلبا على منازعات الشهر العقاري المطروحة على القضاء الإداري وهذا أمام تعنت الإدارة ورفضها الامتثال إلى الحكم القضائي في أغلب الأحيان، وإن امتثلت، فإن الأمر لا يتعدى إلغاء القرار محل الطعن، أي تكتفي الإدارة بإلغاء القرار فقط ويبقى الإشكال مطروحا في حالة مطالبة المتضرر بإعادة الترقيم باسمه مثلا.

لقد لاحظت من خلال تقسيم الباب الثاني أن الاعتماد على مبادئ الشهر العقاري في الفصل في المنازعات من شأنه مساعدة القاضي العادي للوصول إلى الحل المناسب للمنازعة المطروحة عليه وهو أكثر دراية بها وأكثر تخصصا، بخلاف القاضي الإداري الذي لا يكون ملما بهذه القواعد والمبادئ وإن علم بها، فإن الوسائل الموضوعية التي يطرحها القانون بين يديه للفصل في هذه المنازعات غير كفيلة لحل هذه المنازعة بشكل نهائي بل من شأنها أن تعيد المتضرر إلى الإدارة التي سبق له التظلم من قراراتها وهو الأمر الذي يؤكد أن أحكام التشريع الجزائري غير الدقيقة هي سبب من أسباب نشوب هذه المنازعات وتراكمها وهي سبب من أسباب تعطل إتمام السجل العيني لحد الآن.

الخاتمة

لما كان الهدف من الدراسة هو مدى كفاية أحكام التشريع الجزائري لحل منازعات الشهر العقاري وأسباب نشوب هذه المنازعات وكيفية الفصل فيها بموجب الآليات القانونية الموجودة في التشريع الجزائري، فإنه بعد الانتهاء من موضوع البحث يجب توضيح النتائج التي استخلصت منه، وذلك باستعراض جزئياته عرضا سريعا موجزا، ثم الانتهاء بأهم المقترحات وذلك على النحو الآتي:

- إن منازعة الشهر العقاري، تعني ذلك الخلاف الناشئ بشأن أي إجراء من إجراءات الشهر العقاري سواء أثناء إعداد السجل العيني أو بعد إتمامه أو بأي إجراء من شأنه المساس ببيانات السجل العيني وكذلك أي خلاف ينشأ في حقوق مشهرة بموجب نظام الشهر الشخصي.

هذه المنازعة قد تنور بين طرفين أو أكثر، ويكفي أن ينازع أحدهم في إجراءات نظام الشهر لتقوم المنازعة، ولا يشترط في هذه المنازعة أن تعرض على القضاء للفصل فيها مباشرة، بل تمر بمراحل تتمثل في عرض النزاع على لجنة المسح في بداية الأمر، ثم على المحافظ العقاري بعد إيداع الوثائق المسحية لمحاولة التوفيق بين الأطراف المتنازعة في هذه المرحلة الإدارية ثم تأتي المرحلة القضائية للفصل في منازعات المسح العام وهنا الخلاف كله يدخل ضمن مفهوم المنازعة موضوع البحث وبذلك تناولت هذا المفهوم في الباب التمهيدي فضلا عن مفهوم الشهر العقاري موضوع الدراسة لأجل تحديد هذه المدلولات ودوافع اختيار أحد المصطلحات وهو الشهر العقاري بدلا من غيره من المصطلحات التي تطلق على هذا الإجراء، كما تعرضت في الباب التمهيدي لأهداف الشهر العقاري وأهم أنظمتها وإلى تطوره التاريخي عبر العصور، فوجدت أن مراحل هذا التطور تختلف باختلاف التقدم والانفتاح الاقتصادي والنضوج الفكري والاستقرار السياسي.

هذا الباب التمهيدي يسبق الموضوع المقسم إلى قسمين، القسم الأول وهو قسم نظري تعرضت فيه إلى أهم منازعات الشهر العقاري عرضتها بشكل منهجي وفقا لمراحل إعداد السجل العيني والتي تبدأ بمرحلة أساسية وهي مرحلة المسح العام للأراضي، ثم بمرحلة إيداع الوثائق المسحية لتصل إلى مرحلة تسليم الدفاتر العقارية وإلى مدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهورة والدفتر العقاري لاحقا.

ففي الباب الأول بحثت في نوعين من المنازعات وهما منازعات المسح العام ومنازعات التحقيق العقاري وهذا للتشابه بينهما في الإجراءات وفي الهدف إلى اعتبار أن التحقيق العقاري ما هو إلا مسح بناء على الطلب، وتوصلت إلى أن النظام الإداري الذي يأخذ به النظام الجزائري بدلا عن النظام القضائي الذي تأخذ به أغلب الأنظمة الآخذة بنظام الشهر العيني، أثر سلبا في إتمام إعداد السجل العيني لكثرة المنازعات التي تثار أثناء أعمال المسح العام وإسنادها إلى القضاء العادي (القسم العقاري للمحكمة التي يقع بها العقار) بعد فشل محاولة الصلح التي تقوم بها لجنة المسح العام التي تحاول التوفيق بين الأطراف المتنازعة وإحالة النزاع أمام القضاء في حالة فشلها.

- إن عدم تخصيص جهة قضائية معينة للفصل في منازعات المسح العام تنشأ خصيصاً بمناسبة فتح أعمال المسح وبالنظر في إشكالات وفي الاعتراضات المطروحة في هذه المرحلة كما هو الشأن بالنسبة للأنظمة الآخذة بنظام السجل العيني وإسنادها إلى القضاء العادي هو أهم سبب لتراكم هذه المنازعات وعدم الفصل فيها بشكل يرضي الأطراف لعدم متابعة القضاء للمراحل والظروف والملابسات التي اعترضت فرق المسح أثناء قيامهم بأعمال المسح العام، الأمر الذي يترتب عليه إصدار أحكام ابتدائية قابلة للطعن فيها بالاستئناف الشيء الذي يأخذ وقتاً طويلاً لوضع حد لهذه المنازعات ومنه تعطيل إعداد السجل العيني لارتباطه بأعمال المسح العام لاسيما وأن المواد المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام خاصة تلك المتعلقة بأجل ثلاثة أشهر الذي رتبته المادة 14 من المرسوم على انقضائه بأن تصبح الحدود المؤقتة المتعلقة بالحقوق محل المنازعة نهائية ولا يعاد النظر فيها إلا في حالة الغلط المادي وظهور المالك الحقيقي. وهي مدة لا تحترم ولا تراعى من طرف لجان المسح في أغلب البلديات وبذلك يتعطل إعداد السجل العيني نتيجة هذه المنازعات.

أما الفصل الثاني من الباب الأول فخصصته لمنازعات التحقيق العقاري المنصوص عليه بموجب القانون رقم: 02/07 الذي يرمي إلى تسليم سندات ملكية بعد متابعة حق الملكية من طرف المحقق العقاري وهذا بناء على طلب يقدم بصفة فردية أو جماعية للمحافظ العقاري من أجل الاستفادة من أحكام هذا القانون وبالتالي يسلم سندا ليثبت ملكية الطالب.

لقد حدد القانون رقم: 02/07 إجراءات تسليم سند الملكية وتوقع المنازعات التي تثار بشأنه ومنه حدد إجراءات رفع الدعوى وأوجب شهرها والجزاء من عدم الشهر (مخالفة بذلك أحكام المواد: 17 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 85 من المرسوم رقم: 63/76) هي المواد التي أجمعت أن وجوب شهر الدعاوى التي تتعلق بالمنازعة في حقوق مشهورة لما يترتب على المنازعة فيها من ضرر بالنسبة للغير والذي يجب إعلامه بوجود هذه المنازعة.

لقد أوجب القانون رقم: 02/07 والمرسوم التنفيذي رقم: 63/76 شهر الدعاوى المتعلقة بالمنازعة في سند الملكية ورتب جزاء غريباً على عدم احترام هذا الإجراء وهو استمرار أعمال التحقيق العقاري دون أخذ الاحتجاجات والاعتراضات بعين الاعتبار وفقاً لنص المواد: 17 و 19 من المرسوم رقم: 147/08، علماً بأن شهر عريضة رفع الدعوى لا يترتب عليه توقيف إجراءات الشهر بشكل عام وإنما عدم نفاذ التصرف في مواجهة المدعي.

- الملاحظ بأن القانون رقم: 02/07 المتعلق بتسليم سندات الملكية بموجب التحقيق العقاري، ما هو إلا حل ترقيعي لتسليم سندات ملكية ريثما تتم أعمال المسح العام شأنه شأن المرسوم 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21 المتعلق بعقد الشهرة الذي تم إلغاؤه بعد ثبوت عدم نجاعته بل تسببه في كوارث في الملكية العقارية بسبب النهب لها بمقتضى عقود الشهرة التي تسلم بإجراءات بسيطة يقوم بها الموثق والذي أثار عدة منازعات تنتهي بإلغاء هذه العقود على اعتبار أنها عقود تصريحية فقط.

- كما أن غموض أحكامه أدى إلى العزوف عن اللجوء إلى إجراءاته خاصة وأن التحقيق العقاري ينتهي بتسليم سند للملكية يثور الكثير من اللبس حول طبيعته القانونية وقيمه بالنظر إلى دفتر العقاري، هذا فضلا عن الأعباء الكبرى الملقاة على المحافظ العقاري، والذي بإسناد مهمة تسليم سندات الملكية بموجب التحقيق العقاري له من شأنه أن يبعده عن مهامه الأصلية، الأمر الذي يؤثر سلبا على إعداد السجل العيني ومنه على استقرار الملكية العقارية.

- لم أسجل أية منازعة بشأن التحقيق العقاري من الناحية العملية نظرا لحدثة هذا القانون من جهة، ومن أخرى لقلّة العمل به.

أما في الباب الثاني بحثت فيه عن المنازعات المرتبطة بإعداد السجل العيني، فخصصت الفصل الأول لمنازعات إعداد السجل العيني وللقواعد العامة التي يقوم عليها نظام السجل العيني والتنظيم الذي يقوم به نظام الشهر العيني (المادي والإداري) طريقة تنفيذ عملية الشهر العقاري وهذا قبل التطرق إلى المنازعات التي تثار في هذه المرحلة والمرتبطة بالترقيم المؤقت الذي يقوم به المحافظ العقاري والقرارات التي يصدرها بمناسبة إعداد السجل العيني والتي تثير عدة منازعات تطرقت لها في المبحث الثاني من الفصل الأول .

وفي الفصل الثاني وفي إطار المحاولة لجمع كل المنازعات التي ترتبط بالشهر العقاري، فلقد تعرضت إلى المنازعات التي تطال الحقوق المشهورة أي إلى آخر مرحلة من مراحل الشهر العقاري (الشخصي والعيني) وهي الحصول على سندات مشهورة (عقود ملكية مشهورة أو دفاتر عقارية).

فقسمت الفصل الثاني إلى مبحثين، فتعرضت إلى ماهية الحقوق والمحرمات الواجب شهرها قبل التطرق إلى المنازعات التي تثار بشأنها، وخصصت المبحث الأول إلى مختلف المحرمات والحقوق الواجب شهرها استنادا إلى المصادر القانونية التي وردت فيها هذه الحقوق والمحرمات وخصصت المبحث الثاني إلى وسائل الشهر العقاري وطرق الطعن في الحقوق المشهورة مستعرضة أهم الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة للطعن في الحقوق المشهورة استنادا إلى القوة الثبوتية المطلقة التي يجب أن تتمتع بها هذه الحقوق، ثم إلى موقف المشرع الجزائري من مدى جواز الطعن في هذه الحقوق المشهورة، وهذا من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة وهي مدى كفاية أحكام التشريع الجزائري

لحل كل المنازعات المتعلقة بالشهر العقاري وعن مدى تأثير فتح باب المنازعة على أحكام ومبادئ نظام الشهر العيني بشكل خاص.

واستخلصت أن فتح باب المنازعة في الحقوق المشهورة مرده إلى احتمال ورود أخطاء في البطاقات العقارية المعدة في إطار إعداد السجل العيني، ولأن الخطأ إنساني، فإنه لا بد من فتح المجال لإعادة النظر في هذه الحقوق ومنه استبعاد الأخذ بمبدأ القوة الثبوتية المطلقة التي تأخذ بها الأنظمة الآخذة بنظام السجل العيني، الأمر الذي لا يتمشى مع النظام الجزائري والذي أخذ بنظام الشهر العيني ولكن بما يتناسب ويتوافق مع السياسة العقارية المنتهجة في الجزائر، هذا ما عرضته في القسم الأول المتعلق بمحاولة البحث في منازعات الشهر العقاري من الناحية النظرية، أما القسم الثاني ولأنه لا يمكن الاكتفاء بعرض منازعات الشهر العقاري دون إعطاء حلول لهذه المنازعات، فإنني خصصته للجانب العملي لمنازعة الشهر العقاري وإلى كيفية الفصل في هذه المنازعات من الناحية الإجرائية والموضوعية.

فخصت الباب الأول للجانب الإجرائي، وبما أن المنازعة موضوع البحث يتراوح الاختصاص فيها بين القضاء العادي والقضاء الإداري، فإنني خصصت فصلا مستقلا لكل منازعة.

فتعرضت لمنازعة الشهر العقاري (أي المنازعة العادية) في الفصل الأول هذا بداية من مفهوم الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء إلى غاية صدور حكم فاصل فيها، وتعرضت في المبحث الأول منه إلى مفهوم هذه الدعوى وشروط قبولها، وفي المبحث الثاني إلى الجهة القضائية المختصة فيها من حيث الاختصاص الإقليمي والنوعي وفي المبحث الثالث تعرضت إلى الحكم الصادر في هذه المنازعة وإلى طرق الطعن فيه.

أما في الفصل الثاني، فتعرضت للجانب الإجرائي لمنازعة الشهر العقاري التي تطرح أمام القضاء الإداري والتي اسميتها المنازعة الإدارية، وبما أن الدعوى الإدارية التي ينتهجها المتضرر من إجراءات الشهر العقاري للحصول على حقه أي دعوى الإلغاء، فإنني عنيتها بالبحث والتفصيل في المبحث الأول وهذا لمعرفة ماهيتها وشروط قبولها، وخصت المبحث الثاني للاختصاص القضائي للجهات التي تطرح أمامها دعوى الإلغاء المتعلقة بالمنازعة موضوع البحث نوعيا وإقليميا وفقا لقواعد الاختصاص في المادة الإدارية وتعرضت للحكم الإداري الصادر في المنازعة وإلى وجوب شهره وكيفية الطعن فيه أمام الجهات القضائية الإدارية في المبحث الثاني.

وبما أن الجانب الإجرائي ولو أنه يتمتع بأهمية بالغة في اختيار الجهة القضائية المختصة واستيفاء الدعوى لكافة الشروط الشكلية والبيانات الواجب توافرها فيها وفي صدور حكم مستوف للشكل القانوني المطلوب، فإن ذلك لا يهم المتضرر بقدر ما يهمه ما توصل إليه القضاء من حكم فاصل في

موضوع الدعوى أي إلى النتيجة التي يصبو إليها المتضرر من لجوئه إلى القضاء وهو الجانب الموضوعي من الحكم والذي خصصت له الباب الثاني من القسم الثاني.

وبما أن المنازعة موضوع البحث ليست منازعة من طبيعة واحدة، وإنما منها ما يخضع لأحكام القضاء العادي ومنها ما يخضع للقضاء الإداري، فإنني ارتأيت أيضا تقسيم هذا الباب إلى فصلين تعرضت لكيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي في الفصل الأول ولتلك المتعلقة بالقضاء الإداري في الفصل الثاني من هذا الباب.

وفي الفصل الأول ، تعرضت للوسائل التي يتخذها القاضي العقاري للفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري نظرا لتعدد المنازعات، فإنني ارتأيت تقسيم الفصل استنادا إلى أطراف المنازعة لا إلى موضوعها وهذا لتكون الفكرة أكثر وضوحا ودقة، وعلى هذا الأساس تعرضت إلى تقسيم المنازعات إلى التي تثار بين المتعاقدين ثم التي تثار من طرف الغير، ثم إلى المنازعات التي تثار بين المالك الحقيقي أثناء أعمال المسح العام وأخيرا إلى منازعات المالك الظاهر وصاحب الحق.

لقد اعتمدت على مبادئ الشهر العقاري وقواعده كأساس للفصل في منازعات الشهر العقاري، وكوسيلة قد يعتمدها القاضي للوصول إلى حكم بناء على هذه القواعد وهذا دون إغفال للقواعد العامة التي ينتهجها القاضي في حكمه.

لقد حاولت في كل مبحث وأثناء طرح كل منازعة الاستناد إلى هذه المبادئ لإبراز أهميتها في حل مختلف المنازعات ليظهر دورها الهام الذي يكمن في حل مختلف المنازعات التي تثار وبذلك تظهر العلاقة بين الشهر العقاري والمنازعة، في أن الشهر العقاري يثير المنازعات أثناء تطبيقه، ويعتمد على مبادئه وأحكامه لحل الكثير من المنازعات وهي العلاقة التي أردت إبرازها في الفصل الأول لتوضيح أهمية قواعد الشهر العقاري لحل منازعاته.

وفي الفصل الثاني انتقلت إلى القضاء الإداري وإلى كيفية فصل القاضي الإداري موضوعيا في منازعات الشهر العقاري (المنازعات العادية) المطروحة أمامه وهذا استنادا إلى قواعد ومبادئ وأحكام القانون الإداري، فتعرضت في المبحث الأول لحدود سلطة القاضي الإداري في منازعات الشهر العقاري وتعرضت في المبحث الثاني إلى المنهجية التي يتخذها للفصل في مثل هذه المنازعات، هذا للإجابة على الإشكالية المطروحة والقول هل أن هذه الأحكام كافية وكافية لحل المنازعة موضوع البحث؟

يبدو جليا من خلال حدود سلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء أنه يكفي بإلغاء القرار الإداري موضوع الدعوى ولا يتعدى إلى أكثر من ذلك بتوجيه أوامر للإدارة لأن قواعد القانون الإداري تمنعه من ذلك وهي الوسيلة التي تعيق المنازعة موضوع البحث والتي أسندت للقضاء الإداري لا لأنه أكثر تخصصا من غيره ولا خدمة لنظام الشهر العقاري، وإنما استنادا للمعيار العضوي وذلك لأن أحد أطراف هذه المنازعة هو شخص من أشخاص القانون العام من القانون العام.

لقد حاولت من خلال هذا التقسيم أن أبرز الهوية الموجودة بين القضاء العادي والقضاء الإداري حين يحاول الفصل في المنازعة موضوع البحث، فيكون للأول كل السلطات، بينما يقيد الثاني بدعوى الإلغاء الأمر الذي ينعكس سلبا المنازعة موضوع البحث ومنه على استقرار الملكية العقارية بشكل عام.

وبذلك يظهر قصور أحكام التشريع الجزائري وعدم كفايته لحل منازعات الشهر العقاري بل أنه زاده تعقيدا الأمر الذي يستوجب معه تقديم الاقتراحات التالية:

نظرا لما تبين من ظهور بعض أوجه القصور في أحكام التشريع الجزائري لحل منازعات الشهر العقاري ونظرا للصعوبات والإشكالات المطروحة في التطبيق من خلال الواقع العلمي، فإنني أقترح ما يلي:

1- توحيد مصطلح الإشهار العقاري واعتماد الشهر العقاري بدلا من التسجيل أو القيد لأنه أكثر شيوعا واستعمالا وأكثر دلالة على أن المقصود هو الإجراءات التي ترمي إلى إحاطة الكافة علما بالحق فهو يشمل القيد والتسجيل والتأشير الهامشي والإيداع وهذا حفاظا على وحدة الفهم والاستيعاب لكل مهتم بالقطاع العقاري.

2- الإسراع في إتمام أعمال المسح العام والانتهاء من إعداد السجل العيني والتبني بشكل نهائي ومطلق نظام الشهر العيني والتخلي كليا على نظام الشهر الشخصي لما له من عيوب ومآخذ

3- إلغاء القانون رقم: 02/07 وهو القانون الذي ولد ميتا لغموض أحكامه وعدم وضوح الطبيعة القانونية لسند الملكية الذي يسلم على أثره ولأنه مجرد حل مؤقت وترقيعي من شأنه أن يعرقل أعمال المسح العام وإعداد السجل العيني بإضافة أعباء على المحافظ العقاري هو في غنى عنها.

4- العمل على تحديث نظام السجل العيني بالاعتماد على سبل الإعلام الآلي في إعداد البطاقات العقارية الأمر المعمول به في الدول المتقدمة وفقا لتقنية معلوماتية متقدمة.

5- الأخذ بالنظام القضائي بدلا من النظام الإداري، ومنه إسناد المنازعات للقاضي العقاري المختص بالفصل في المنازعات التي تثار بمناسبة افتتاح أعمال المسح العام وهو النظام الذي أثبت نجاعته في الأنظمة التي تأخذ به.

- 6- إسناد حل منازعات الشهر العقاري إلى القضاء العادي بدلا من تراوح الاختصاص فيها بين القضاء الإداري والقضاء العادي، وهذا بإضافة فقرة ثالثة للمادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقول بإسناد منازعات الشهر العقاري للمحاكم العادية كما هو الشأن بالنسبة لمخالفات الطرق والمنازعات المتعلقة بالدعاوى الخاصة بالمسؤولية الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية وهذا وفقا للفقرة 1 و 2 من المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 7- إلغاء المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بشهر الدعاوى القضائية والاكتفاء بنص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتفادي التكرار ورفع اللبس وهذا لان نص المادة 17 المذكورة يشمل كل الدعاوى التي تستوجب الشهر سواء تعلق الامر بتلك التي تطرح على القسم العقاري او التجاري أو الاداري.
- 8- تعديل نص المادة 519 بإضافة وجوب شهر كل طلب قضائي يرمي إلى نقض أو فسخ أو إبطال أو تعديل حقوق مشهورة، سواء تعلق بأمر بطلب مقابل أو إضافي أو طلب عارض، لأن طلب نقض أو فسخ أو إبطال حقوق مشهورة، قد يرد في طلب مقابل أو في طلب إضافي أو في طلب عارض واقتصار وجوب شهر عريضة رفع الدعوى فقط من شأنه أن يؤدي إلى إفلات شهر هذه الطلبات من الشهر ومنه صدور حكم يقضي بذلك الأمر الذي يؤدي إلى قبول الدعوى رغم ذلك وإلى عدم إمكانية شهر الحكم الصادر فيها.
- 9- تحديد مدة زمنية للطعن في الترقيم النهائي ولتكن مدة معقولة تتراوح بين سنة وخمس سنوات للطعن في الترقيم النهائي والدفتر العقاري حفاظا على القوة الثبوتية للبيانات الواردة في السجل العقاري من جهة، وتمكين من له مصلحة في الطعن في ذلك من استعمال حقه وتقيده بمدة زمنية ليتمكن من خلالها من استعمال حقه في التقاضي ومنه حقه في الطعن في بيانات السجل العيني.
- 10- الأثر المترتب على الطعن في الترقيم النهائي يجب ألا يؤثر على البيانات الواردة في السجل العيني إذا تم التصرف لصالح الغير وهذا حماية للوضع الظاهر الذي تعامل مع الغير بحسن نية، ومنه اقتراح إنشاء صندوق خاص للتعويض عن الضرر المترتبة على عبء نظام الشهر العقاري وإعداد السجل العقاري، يتحمل هذا الصندوق الأضرار الناجمة عن الأخطاء المرتكبة أثناء إعداد السجل العيني وهذا لتفادي الاصطدام بحالة عسر هذا الأخير في حالة الرجوع عليه بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية.
- 11- سن نص تشريعي ضمن أحكام القانون المدني يقضي بحضر اكتساب الحقوق العينية المشهورة ضمن نظام الشهر العيني عن طريق الحيازة والتقدم المكسب وهذا تمشيا مع الأنظمة الآخذة بنظام الشهر العيني من جهة وحفاظا على الحقوق المكتسبة والمشهورة في ظل هذا النظام.

قائمة المراجع

أولاً- المصادر باللغة العربية:

▪ المعاجم:

- المعجم الوسيط، ابراهيم أنس وعبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مجمع اللغة العربية.
- محيط المحيط، بطرس البستاني، الجزء الأول.
- المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المكتبة العصرية، 2004.

▪ المؤلفات:

- د. إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، مطابع جريدة السفير، 1978.
- د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف، 1974.
- د. إدوار عيد، الأنظمة العقارية (التحديد والتحرير - السجل العقاري)، دون دار نشر، الطبعة الثانية 1996.
- د. أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة الثامنة 1981.
- د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، دون دار نشر الطبعة الثانية، 1954.
- د. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الخامسة، 2003.
- د. أحمد مسلم، أصول المرافعات (التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية) دار الفكر العربي، 1968.
- د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995.
- د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثاني دار النهضة العربية، 2006.
- د. أشرف جابر سيد، مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف إليه دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- د. أمين بركات سعود، شرح التشريعات العقارية السورية (دراسة مقارنة)، دون دار نشر، 1994.
- د. أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، 1979.
- د. أنور سلطان وجمال عدوي، عقد البيع، دار المعارف، 1966.

- د.أنور طلبة، الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات، دار نشر الثقافة، 1992.
- د.بدرخان عبد الحكيم ابراهيم، معايير تعريف العمل القضائي من وجهة نظر القانون العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- بلعور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب 1986.
- د. بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى - نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية) ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2008.
- د. تيسير عبد الله المكيد العساف، السجل العقاري دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى 2009.
- أ.جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006.
- د.جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1991.
- د.حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، دون دار النشر، 1998.
- د.حسن عبد الباسط جميعي:
- تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة، 1999.
- الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، جامعة القاهرة، 2005/2004.
- د.حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية) أحكامها ومصادرها منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 1993.
- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
- أ.حمدي باشا عمر:
- القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة 2002.
- محررات شهر الحيازة (عقد الشهرة، شهادة الحيازة)، دار هومة، 2004.
- د.خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2005.
- د.خالد رمول، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، 2001.
- أدوة آسيا- د.خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، 2009.

- د. زهدي يكن:

- شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة (مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بيروت، 1959.

- السجل العقاري في لبنان والعالم، التحديد والتحرير، الجزء الأول، دار الثقافة، بيروت، دون سنة نشر.

- أ. زينب شويحة، الإجراءات المدنية في ظل القانون رقم: 08-09، الجزء الأول، دار أسامة للطباعة والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.

- د. سامي جمال الدين، إجراءات المنازعة الإدارية في دعوى إلغاء القرارات الإدارية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005.

- د. سليمان محمد الطماوي:

- مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة) أموال الإدارة العامة وامتيازاتها، دار الفكر العربي الكتاب الثالث، 1973.

- القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، الكتاب الأول، 1976.

- الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، 1973.

- د. سليمان مرقس:

- الوافي في شرح القانون المدني (المدخل للعلوم القانونية)، الجزء الأول، دار الكتاب الحديث، 1987.

- عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، 1980.

- أ. سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، 2002.

- د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في أحكام قانون الشهر العقاري والسجل العيني، دار النهضة العربية الطبعة الأولى، 2008.

- د. سيد احمد محمود، أصول التقاضي، دار النهضة العربية، 2009.

- د. طعيمة الجرف:

- شروط قبول الدعوى في منازعات القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، الطبعة الأولى 1956.

- قضاء الإلغاء، دار النهضة العربية، 1977.

- المحامي عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية.

- د. عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي

1974 / 1973.

- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي
1958.

- الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981.

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، 1992.

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1994.

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، دار النهضة العربية، 1994.

- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، دار النهضة العربية، 1994.

- عقد الإيجار، شرح القانون المدني في العقود، دار إحياء التراث العربي الإسلامي، دون سنة

نشر.

- د. عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء، دار المطبوعات

الجامعية، 1986.

- المستشار عبد الحميد المنشاوي:

- قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية والإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية

2004.

- إجراءات الشهر العقاري والمحركات الواجبة الشهر، ملتقى الفكر.

- د. عبد الحكيم فودة، ضوابط الاختصاص القضائي، منشأة المعارف، 1995.

- د. عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الشهر العقاري، دار الكتب والوثائق المصرية، الطبعة الثانية،

دون سنة نشر.

- د. عبد السلام ذهني، في الغش التواطؤ التديليسي والتسجيل في نقد النقض، مكتبة النهضة المصرية

الطبعة الثانية، 1944.

- د. عبد المجيد الحكيم، قانون التسجيل العقاري العراقي، معهد البحوث والدراسات العربية، دون سنة

نشر.

- د. عبد المنعم أحمد الشرقاوي:

- نظرية المصلحة في الدعوى، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الأولى، 1947.

- شرح قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، 1976/1975.

- د. عبد المنعم البدرأوي:
- عقد البيع في القانون المدني، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1957.
- أصول القانون المدني المقارن، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1970.
- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية 1989.
- د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، آثار حكم الإلغاء (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي) دار الفكر العربي، 1971.
- د. عبد الناصر توفيق العطار، البداية في شرح أحكام البيع، مطبعة عابدين، 1984.
- د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي:
- قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الأول، مكتبة الآداب القاهرة، 1957.
- قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الثاني، مكتبة الآداب القاهرة، 1957.
- د. عصام أنور سليم، التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني، منشأة المعارف، 2002.
- د. عمر أبو شادي، شهر الحقوق العقارية، الطبعة الأولى، 1947.
- د. علي حسين نجيدة:
- الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق، دار الثقافة العربية، دون سنة نشر.
- الشهر العقاري في مصر والمغرب، القاهرة، 1972.
- الشهر العقاري في مصر والمغرب، دار النهضة العربية، 1986.
- أ. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2008.
- د. علي أبو عطية هيكل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2007.
- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2008.
- المستشار فتحة قره، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، دون سنة نشر.
- أ. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08-09 منشورات أمين، 2009.
- أ. ليلى زروقي - أ. عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الطبعة الثانية، 2006.
- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.

- د. محب الدين محمد سعد، المرجع في أحكام الشهر العقاري والتوثيق والرسوم المتعلقة بها، مطبعة مخيمر دون سنة نشر.
- د. محمد إبراهيم دسوقي، التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري وقانون السجل العيني دون دار نشر، 2009.
- د. محمد المنجي:
- عقد البيع الابتدائي، الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل، منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 1978.
- دعوى صحة التعاقد، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 1991.
- قانون الشهر العقاري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.
- موسوعة الشهر العقاري التعليق على نصوص قانون الشهر العقاري، المجلد الرابع، منشأة المعارف الطبعة الأولى، 2007.
- موسوعة الشهر العقاري (أوراق متفرقة واجبة الشهر)، المجلد الخامس، منشأة المعارف الطبعة الأولى، 2007.
- د. محمد خلف، شرح قانون تنظيم الشهر العقاري من الناحيتين القانونية والعملية، مطبعة أمين عبد الرحمان الطبعة الأولى، 1947.
- د. محمد خيري، الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة الأولى، 1986.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء، قضاء التعويض وأصول الإجراءات) منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
- د. محمد سعد خليفة:
- السجل العيني، دراسة في القانون المصري والليبي، دار النهضة العربية، 97/96.
- الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني رقم: 146 لسنة 1964 دار النهضة العربية، 2004.
- د. محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري (تنظيم رقابة القضاء الإداري - دعاوى الإدارية) دار الفكر العربي، 1990.
- د. محمد عبد الله الفلاح، شروط قبول دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، 2011.
- د. محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العملية للشهر العقاري في ضوء الفقه والقضاء، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2008/2007.
- د. محمد عبد اللطيف، الشهر العقاري (دراسة قانونية في التشريع المصري والمقارن)، مطبعة صلاح الدين الإسكندرية، الطبعة الأولى 1947.

- د. محمد علي عمران، نظام التسجيل وفقا للقانون الليبي (تطبيقه بصفة خاصة على عقدي البيع والرهن) القاهرة 1978.
- د. محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
- د. محمد كامل مرسي:
- شهر التصرفات العقارية، التسجيل والقيود، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر 1939
- شهر التصرفات العقارية، التسجيل والقيود، الطبعة المنقحة من طرف المستشار محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي، منشأة المعارف، 2005.
- د. محمد لبيب شنب، دراسات في قانون السجل العيني المصري، معهد البحوث والدراسات العربية مصر 1974.
- د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع 1993.
- د. محمدي فريدة (زواوي)، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
- د. محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات البغدادي 2009.
- مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992.
- د. مسعود شيهوب:
- المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (نظرية الاختصاص)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (نظرية الاختصاص)، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- مندي حمزة محمد، السجل العيني ثورة في نظام الشهر، الأقصى للطباعة والتجارة والتوريدات، القاهرة 2008.
- د. منصور قاسم حسين، منير محمد أحمد الصلوي، الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية في ذاته) الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2008.
- المستشار معوض عبد التواب:
- السجل العيني علما وعملا، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989.
- الدعوى الإدارية وصيغها، دار الفكر العربي، 1991.

- د.مصطفى محمد الجمال:
- نظام الملكية، دار الكتاب الحديث للطباعة والنشر، 1967.
- نظام الملكية، منشأة المعارف، دون سنة نشر.
- د.مصطفى عبد السيد الجارحي، أحكام الظاهر في السجل العيني (دراسة مقارنة في القانون المصري)، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1988.
- د.نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، 1982.
- د.نبيل اسماعيل عمر - د.أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى، 2004.
- د.نبيل إسماعيل عمر، أحكام القانون للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، عين شمس، 2006.
- د.نبيل عمر، الدفع بعدم قبول الدعوى ونظامه القانوني، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 1981.
- د.نجيب محمد بكير، الشرط الإرادي المانع من التصرف، دون دار نشر، 1995.
- د.نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، جامعة القاهرة، 1977.
- نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، 2009.
- المحامي وجدي شفيق فرج، الوسيط في شرح قانون السجل العيني، حيدر جروب للإصدارات القانونية الطبعة الأولى، 2009.
- د.وجدي راغب فهمي:
- النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، 1974.
- مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، 1986.
- د.ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية 1982.
- د.يسرى محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة وحظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 2011.

■ الرسائل الجامعية :

- د. إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1977.
- د. أحمد محمد مليجي موسى، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1979.
- د. حسن السيد بسيوني، دور القضاء الإداري الجزائري في المنازعة الإدارية (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1982.
- د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، الإعلان القضائي وضمائنه في القانون المقارن، رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق مصر، 2005.
- د. سالم حماد شعبان الدحوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1997.
- د. عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية 1976.
- د. عبد الله محمد إسماعيل علام، الحياة في العقار، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2001.
- د. عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1981.
- د. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1944.
- د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، آثار حكم الإلغاء (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي) رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1970.
- د. علي بن عزان بن علي الهشامي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعماني)، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2009.
- د. فاطمة محمد أحمد الرزاز، نظرية الاستخلاف الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1998.
- د. محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف في حق الملكية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 1994.
- د. منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه جامعة القاهرة، 1961.
- د. نبيل صابر فرج عيد، حماية الخلف الخاص في التصرفات العقارية من زوال سند السلف (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001.

■ المقالات:

- العتروس بشير، الشهر العقاري في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004.
- القاضية بلعربية فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية (تعليق على القرارين رقم: 491615 والقرار رقم: 549408) مقال منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص، الجزء الثالث، قسم الوثائق 2010.
- القاضي بيوت نذير، معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، مقال منشور في مجلة المحكمة العليا عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، قسم الوثائق 2010.
- أ.جمال بوشنافة:
- إختلاف أنظمة الشهر العقاري وموضع نظام الشهر العقاري الجزائري منها، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الأول، يناير 2007.
- الأثر المطهر للقيود الأول للعقارات في السجل العقاري (دراسة تحليلية على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري)، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الرابع حول الحفظ العقاري المدنية، افريل 2010.
- د.جمال عبد الناصر مانع، الاختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية في التشريع الجزائري مقال منشور بمجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، مجلة علمية محكمة، المركز الجامعي الشيخ العربي تبسي، تبسة العدد التجريبي أفريل 2006.
- د.حلمي بهجت بدوي، بطلان بيع ملك الغير، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى العدد الرابع، 1931.
- أ.خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مقال منشور بمجلة المفكر (مجلة علمية محكمة متخصصة في الحقوق والعلوم السياسية)، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر بسكرة، أفريل 2009.
- د.داود الباز، المنازعة الإدارية كمناط لاختصاص القضاء الإداري، مقال منشور بمجلة روح القوانين (مجلة علمية تصدر عن أعضاء هيئة التدريس كلية الحقوق جامعة طنطا) العدد الثاني والعشرون الجزء الثاني، يناير 2001.
- د.عمار بوضياف، المسح العقاري وأشكالته القانونية في الجزائر، مقال منشور بمجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، مجلة سداسية متخصصة ومحكمة تصدر عن المركز الجامعي الشيخ العربي تبسي، تبسة، العدد التجريبي أفريل 2006.

- أ. عبد الرزاق موسوني، التزقيم العقاري وطرق إثبات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مداخلة أقيمت خلال الملتقى الوطني الرابع حول إشكالية الحفظ العقاري المتعلقة بلجنة المسح والتحقيق العقاري جامعة المدية، أبريل 2011.

- أ. عبد الغني حسونة - أ. لبنى دنش، إجراء التحقيق العقاري كطريق لاكتساب حق الملكية، مقال منشور بمجلة المنتدى القانوني جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السادس، افريل 2009.

- د. غنيمية لعلو، إثبات صفة الوارث، دور الشهادة التوثيقية المحررة بعد الوفاة، تعليق على القرار رقم: 394379 مقال منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص، اجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث.

- د. فريدة محمدي، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القاضي للغرفة العقارية الجزء الثاني، 2004.

- أ. ليلى زروقي، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للغرفة الإدارية للمحكمة العليا نشرة القضاة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، العدد 54 لسنة 1999.

- محمد كنانة، النظام القانوني للدفتن العقاري في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة المحاماة، مجلة تصدر عن الاتحاد الوطني منظمة المحامين.

- د. محمد كامل مرسي بك، اشهار التصرفات العقارية، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة العدد الأول، يناير 1933.

- المستشار نويري عبد العزيز، المنازعة الإدارية في الجزائر: تطورها وخصائصها (دراسة تطبيقية) مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد الثامن.

- توحيد مصطلحات الشهر العقاري في البلاد العربية (مجموعة من المقالات) الصادرة عن معهد البحوث والدراسات العربية، 1977.

■ الملتقيات:

- الملتقى الوطني الرابع حول الحفظ العقاري، جامعة المدية، أبريل 2010.

- الملتقى الجهوي حول موضوع العقار الفلاحي بين الحيابة والملكية بمجلس قضاء الجلفة

بتاريخ: 2010/05/06

■ الجرائد الرسمية:

- الجريدة الرسمية، العدد 12 لسنة 1983.
- الجريدة الرسمية، العدد 10 المؤرخة في: 1991/03/06.
- الجريدة الرسمية، العدد 37 لسنة 1998.
- الجريدة الرسمية، العدد 98 لسنة 1998 .
- الجريدة الرسمية، العدد 83 لسنة 2003.
- الجريدة الرسمية، العدد 82 لسنة 2007.
- الجريدة الرسمية، عدد 44 لسنة 2008.

■ المجالات القضائية:

- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 4 لسنة 1989.
- المجلة القضائية لسنة 1990.
- المجلة القضائية لسنة 1994.
- المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1997.
- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 1 لسنة 1998.
- المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1999.
- المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 2001.
- المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 2002 .
- المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 2003.
- مجلة مجلس الدولة، العدد 3 لسنة 2003.
- مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، الجزء الأول، لسنة 2004.
- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004.
- المجلة القضائية العدد 2، لسنة 2006.
- المجلة القضائية العدد 1، لسنة 2007.
- مجلة المحكمة العليا عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث لسنة 2010.

▪ ثانياً - قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

▪ **LES OUVRAGES :**

- AUBRY-RAU par BARTIN, cours de droit civil français, 6^e éd , t2, librairie Marchal, 1935.
- AYNES Laurent & Crocq pierre, les sûretés la publicité foncière, éditions juridiques associées , paris.2006.
- CADIET Loïc, Droit judiciaire privé, litec,1992.
- CAPITANT Henri – Terre François- LEQUETTE Yves , les grands arrêts de jurisprudence civile ,9^e éd Dalloz,1991.
- CHAPUS René, Droit administratif général, T 1, 4^e éd , Montchrestien,1990.
- CHEVALIER jacques, l'interdiction pour le juge administratif de faire acte administrateur, AGDA, 1972.
- COLIN & Capitant : Traité de Droit civil Français, T2, JULIOT LA MORANDIERE, 1959.
- CORNU Gérard- FOYER jean , procédure civile , presse universitaire de France, 1958.
- COUCHEZ Gérard, avec la collaboration de LAGLADE jean pierre et LEBEAU Daniel procédure civile, DALLOZ, 1998.
- CROZE Hervé, le Procès civil- Connaissance du Droit, DALLOZ, 1997.
- CUCHE Paul :
 - Précis de Procédure civile et commerciale 10^e éd DALLOZ ,1951.
 - précis de procédure civile et commerciale, 7^e éd, DALLOZ.1937.
- DAGOT Michel :
 - la publicité foncière, puf.coll.Thémis, 1^{er} éd. 1981.
 - le pacte de préférence, litec,2000.
- DEBBASCH Charles & RICCI Claude, le contentieux administratif 7^e éd, Dalloz, 1999.
- DRUFFIN-BRICCA Sophie et HENRY Laurence- caroline, droit des biens, 2^e éd, mémentos GUALINO, éditeur, 2008.
- GAUDEMET Yves, Les méthodes du Juge administratif, L.G.D.J, 1972.
- GHESTIN jacques, traité de droit civil – la formation du contrat 3^e éd, L.G.D.J ,1993.
- GREGOIRE Michèle, publicité foncière sûretés réelles et privilèges, Bruylant Bruxelles 2006.
- GRIOLET Gaston, de l'autorité de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle MARESQUAINE libraire éditeur, 1868.

- GINOSSAR. S**, Droit réel, propriété et créance (élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux),PARIS. L.G.D.J, 1960.
- HAURIOU Maurice**, PRECIS DE Droit Administratif et de Droit Public,10^e éd, 1921.
- **JOBARD BACHELLIER Marie –Noëlle & BREMOND Vincent**, Droit civil- suretés - publicité foncière ,16^e éd ,DALLOZ ,2009.
- JULIEN Pierre & FRICERO Natalie**, Droit Judiciaire privé, 3^e éd, L.G.D.J, 2009.
- **LARROUMET Christian** ,Droit civil , les biens (droits réels principaux),T2, 3^e éd, DELTA,1998.
- **LE BOULANGER Max**, la pratique des jugements et arrêts, librairie technique, 1965 .
- **MAZEAUD (Henri Léon et jean)**, leçons de droit civil, T3, MONTCHRESTIEN,1977.
- MARTY Gabriel – Raynaud Pierre par jestaz Philippe**, les suretés la publicité foncière 2^e éd, Sirey,1987.
- **PEISER Gustave**, Contentieux administratif 12^e éd mémentos- DALLOZ ,2001.
- **PAGE Léon**, Reforme de la publicité foncière, librairie du journal des notaires et des avocats Paris 6^e.
- POUYANNE Maurice**, propriété foncière en Algérie, Adolphe-Jourdan, Alger 1900.
- **PIEDELIEVRE Stéphane**, la publicité foncière, L.G.D.J ,2000.
- **ROUSSET Michel & Olivier**, Droit administratif le contentieux administratif PUG 2004.
- SAVATIER René**, la théorie des obligations, 2^e éd, DALLOZ, 1969.
- **SOLUS henry & PERROT Roger**, droit judiciaire privé, T1, PARIS SIREY, 1961.
- VINCENT Jean**, précis de procédure civile, 14^e éd , librairie DALLOZ,1969.
- **VINCENT jean & GUINCHARD serge**, procédure civile ,27^e éd , précis , DALLOZ , 2003.
- **WEILL Alex**, Droit civil les suretés la publicité foncière, DALLOZ, 1979.
- **WIGHY Pierre**, Droit administratif, Principes Généraux 4 éd, 1962, Emile Bruyant.

▪ **LES REVUES :**

- La Revue de paris du 1^{er} juin 1920 , imprimerie pochy 1920(la fonction judiciaire par **ARMIJON pierre**).
- Revue du Droit public et sciences politique, 1942 (Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel par **CHAUMANT Charles**).
- Revue trimestrielle de droit civil, 1960(Chronique de procédure civile par **HEBRAUD Pierre**).

- Recueil Dalloz- n°17 du 29 avr2010.
- Recueil Dalloz- n°39 du 11 nov 2010.
- Recueil Dalloz- n°12 du 24mars 2011.
- Encyclopédie juridique, Dalloz, publication trimestrielles, 14/04/2000, cahiers de l'actualité.

■ ثالثا- قائمة النصوص القانونية:

الأوامر والقوانين

- الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في: 1975/09/30 المعدل والمتمم.
- الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية، العدد 92 المؤرخة في: 1975/04/18.
- الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في: 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل الجريدة الرسمية العدد 81 المؤرخة في: 1976/12/18 المعدل والمتمم.
- القانون رقم: 18/83 المؤرخ في: 1983/08/18 المتضمن حيازة الملكية العقارية الفلاحية الجريدة الرسمية العدد 34 المؤرخة في: 1983/08/16.
- القانون رقم: 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 المؤرخة في: 1984/06/12 المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27 الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في: 2005/02/27.
- القانون رقم: 19/87 المؤرخ في: 1987/12/08 المتضمن ضبط كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، الجريدة الرسمية العدد 50 المؤرخة في: 1987/12/09.
- القانون رقم: 27/88 المؤرخ في: 1988/07/12 المتضمن قانون التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 28 المؤرخة في: 1988/07/13 الملغى بموجب القانون رقم: 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الجريدة الرسمية العدد 14 الصادر بتاريخ: 2006/03/08.
- القانون رقم: 25/90 المؤرخ في: 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49 المؤرخة في: 1990/11/18.
- القانون رقم: 30/90 المؤرخ في: 1990/12/01 المتعلق بقانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون رقم: 14/08 المؤرخ في: 20 يوليو 2008 .

- القانون رقم: 11/91 المؤرخ في: 1991/04/27 الذي يحدد القوانين المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في: 1991/05/08.
- القانون رقم: 22/03 المؤرخ في: 2003/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 83 التي تتضمن تعديل المادة 353-2 الفقرة 7 من قانون التسجيل.
- القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام.
- المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- المرسوم رقم: 454/91 المؤرخ في: 1991/11/23 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة.
- المرسوم التنفيذي رقم: 186/93 المؤرخ في: 27 يوليو 1993 المتعلق بتحديد كفاءات تطبيق القانون رقم: 91-11 المؤرخ في: 1991/04/27.

■ رابعا- المذكرات والتعليمات:

- المذكرة رقم: 3256 المؤرخة في: 1976/05/18 الصادرة عن المديرية الفرعية لمسح الأراضي والحفظ العقاري المتعلقة بكيفية تطبيق المرسوم رقم: 63/76.
- المذكرة المؤرخة في: 1999/07/17 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية والعقارية الموجهة إلى مدراء أملاك الدولة لكل الولايات، والمتعلقة بدور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المندرجة في إطار إعداد مسح الأراضي العام.
- المذكرة رقم: 4618 المؤرخة في: 2004/09/04 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية الموجهة إلى كل من المدير العام للوكالة الوطنية لمسح الأراضي و مدراء الحفظ العقاري ومدراء أملاك الدولة المتعلقة بالعقارات الواقعة في المناطق المسوحة المسجلة في حساب " المجهول".
- التعليمات رقم: 16 المؤرخة في: 1998/05/24 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري.
- التعليمات رقم: 003 المؤرخة في: 2008/09/27.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة:.....	01.....
خطة البحث:.....	05

الباب التمهيدي

الاطار المفاهيمي للمنازعة والشهر العقاري

الفصل الأول: مفهوم المنازعة:.....	11
المبحث الأول: المنازعة بوجه عام:.....	12
المبحث الثاني: المنازعة الإدارية:.....	16
الفصل الثاني: مفهوم الشهر العقاري:	19
المبحث الأول: مفهوم الشهر العقاري وأهدافه:.....	19
المطلب الأول: مفهوم الشهر العقاري:.....	19
المطلب الثاني: أهداف أنظمة الشهر العقاري:.....	24
المبحث الثاني: أنواع أنظمة الشهر العقاري:.....	26
المطلب الأول: نظام الشهر الشخصي:.....	26
الفرع الأول: مزايا نظام الشهر الشخصي:.....	27.....
الفرع الثاني:عيوب نظام الشهر الشخصي:.....	28.....
المطلب الثاني: نظام الشهر العيني:.....	30.....
الفرع الأول : مزايا نظام الشهر العيني:.....	31
الفرع الثاني: عيوب نظام الشهر العيني:.....	33
المبحث الثالث: التطور التاريخي لأنظمة الشهر العقاري:.....	34
المطلب الأول: الشهر العقاري في العهد الروماني والعصور القديمة:.....	34
المطلب الثاني: الشهر العقاري في العصور الوسطى:.....	37
المطلب الثالث: الشهر العقاري في العصر الحديث:.....	38
الفرع الأول: نظام الشهر العقاري في القانون الفرنسي القديم:.....	39
الفرع الثاني: نظام الشهر العقاري في استراليا (نظام تورنس) :.....	40
الفرع الثالث: نظام الشهر العقاري في الجزائر:.....	45

القسم الأول: منازعات الشهر العقاري
دراسة نظرية لأهم المنازعات العقارية

الباب الأول

منازعات المسح العام والتحقيق العقاري

48	الفصل الأول: منازعات المسح العام:.....
49	المبحث الأول: إجراءات وقواعد المسح العام:.....
49	المطلب الأول: إجراءات المسح العام. :.....
52	الفرع الأول: افتتاح عملية المسح:.....
53	الفرع الثاني: الأعمال التقنية لمسح الأراضي العام:.....
61	الفرع الثالث: الجهة المكلفة بأعمال المسح العام:.....
69	المطلب الثاني: القواعد الخاصة بعملية المسح العام:.....
69	الفرع الأول: العقارات محل المسح العام :.....
70	الفرع الثاني: المستندات المعتمد عليها في عملية المسح العام:.....
74	المبحث الثاني: المنازعات التي تثيرها أعمال المسح العام. :.....
74	المطلب الأول: المنازعة الإدارية في وثائق المسح العام (المرحلة الإدارية) :.....
75	الفرع الأول: تلقي الاعتراضات وأجلها:.....
76	الفرع الثاني: كيفية الفصل في الاعتراضات والشكاوى:.....
77	المطلب الثاني: المنازعة القضائية في وثائق المسح العام (المرحلة القضائية) :.....
83	الفصل الثاني: منازعات التحقيق العقاري:.....
84	المبحث الأول: دوافع اللجوء إلى إجراءات التحقيق العقاري:.....
87	المبحث الثاني: إجراءات تسليم سندات الملكية وفقا لقانون التحقيق العقاري:.....
87	المطلب الأول: التحقيق العقاري:.....
87	الفرع الأول: التحقيق العقاري الفردي:.....
88	الفرع الثاني: التحقيق العقاري الجماعي:.....
89	المطلب الثاني: معاينة حق الملكية:.....
90	المبحث الثالث: أنواع منازعات التحقيق العقاري:.....
90	المطلب الأول: الطعن في قرارات المحقق العقاري:.....
92	المطلب الثاني: الطعن في التقييم العقاري:.....
93	الفرع الأول: الطعن في مقرر رفض تسليم سند الملكية:.....
93	الفرع الثاني: الطعن في مقرر تسليم سند الملكية:.....
94	خلاصة ونتائج الباب الأول:

الباب الثاني

المنازعات المرتبطة بتأسيس السجل العقاري والحقوق المشهورة

- 98 الفصل الأول: منازعات إعداد السجل العيني:
- 99..... المبحث الأول: القواعد العامة لنظام الشهر العيني:
- 99..... المطلب الأول: تنظيم الشهر العقاري:
- 100..... الفرع الأول: التنظيم الإداري للشهر العقاري:
- 107..... الفرع الثاني: التنظيم المادي للشهر العقاري:
- 109..... المطلب الثاني: تنفيذ عملية الشهر العقاري:
- 109..... الفرع الأول: الشروط الأساسية لتنفيذ الشهر العقاري:
- 115..... الفرع الثاني: إتمام إجراءات الشهر العقاري:
- 122..... المبحث الثاني: المنازعة في قرارات المحافظ العقاري الصادرة بمناسبة تأسيس السجل العقاري:
- 123 المطلب الأول: المنازعة في قرارات التقييم (المؤقت والنهائي) :
- 123..... الفرع الأول: مفهوم التقييم العقاري المؤقت والنهائي. :
- 132..... الفرع الثاني: المنازعة في التقييم العقاري (المؤقت والنهائي):
- 135 المطلب الثاني: المنازعة في قرارات رفض الإيداع والإجراء و الشهر:
- 135 الفرع الأول: المقصود بقرارات رفض الإيداع و الإجراء والشهر:
- 141 الفرع الثاني: الطعن في قرارات المحافظ العقاري:
- 147..... الفصل الثاني: المنازعات المتعلقة بالحقوق المشهورة:
- 147..... المبحث الأول : الحقوق والمحرمات الواجب شهرها:
- 148 المطلب الأول: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب قانون الشهر العقاري:
- 149..... الفرع الأول: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب أحكام الأمر رقم: 74/75:
- الفرع الثاني: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب أحكام المرسوم التنفيذي رقم:63/76:
- 184..... المطلب الثاني: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها حسب القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الخاصة الأخرى:
- 203 الفرع الأول: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقانون المدني:
- 206..... الفرع الثاني: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية:
- 208 الفرع الثالث: الحقوق والمحرمات الواجب شهرها وفقا للقوانين الخاصة الأخرى:
- 212 المبحث الثاني: وسائل الشهر العقاري ومدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهورة . :
- 212 المطلب الأول: وسائل الشهر العقاري:
- 214 المطلب الثاني: مدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهورة :
- 220 خلاصة ونتائج الباب الثاني من القسم الأول:

القسم الثاني: كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا وموضوعيا

الباب الأول

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا

الفصل الأول: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء

- العادي (المنازعة العادية): 225
- المبحث الأول: ماهية دعوى منازعة الشهر العقاري وشروط قبولها: 226
- المطلب الأول: ماهية الدعوى.: 226
- الفرع الأول: تعريف الدعوى.....: 227
- الفرع الثاني: تمييز الدعوى عن المصطلحات التي تلتبس بها:.....: 229
- الفرع الثالث: خصائص الدعوى القضائية:.....: 231
- المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى:.....: 234
- الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى:.....: 234
- الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى:.....: 244
- المبحث الثاني: الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعة الشهر العقاري (الاختصاص القضائي): 248
- المطلب الأول: الاختصاص النوعي للقضاء العادي (القضاء العقاري): 250
- المطلب الثاني: الاختصاص الإقليمي للقضاء العادي (القضاء العقاري): 252
- المبحث الثالث: الأحكام القضائية الفاصلة في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيها:.....: 255
- المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي وخطوات إصداره:.....: 255
- الفرع الأول: ماهية الحكم القضائي:.....: 256
- الفرع الثاني: خطوات إصدار الحكم القضائي:.....: 260
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها:.....: 262
- الفرع الأول: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية:.....: 263
- الفرع الثاني: طرق الطعن في الأحكام القضائية.: 267
- الفصل الثاني: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي (المنازعة العادية): 279
- المبحث الأول: ماهية دعوى الإلغاء وشروط قبولها:.....: 280
- المطلب الأول: ماهية دعوى الإلغاء:.....: 280
- الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء: 281
- الفرع الثاني: خصائص دعوى الإلغاء:.....: 282
- المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء:.....: 283
- الفرع الأول: الشروط المتعلقة بقبول الدعوى:.....: 283
- الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى:.....: 287

289.....	المبحث الثاني: الجهات القضائية المختصة بالفصل في دعوى الإلغاء:
290.....	المطلب الأول : اختصاص المحكمة الإدارية:
291	الفرع الأول: الاختصاص النوعي:
293	الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي:
294	المطلب الثاني: اختصاص مجلس الدولة:
294.....	المطلب الثالث: اختصاص محكمة التنازع:
298.....	المبحث الثالث: الحكم الإداري الفاصل في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيه:
298.....	المطلب الأول: مميزات الحكم الإداري:
299	المطلب الثاني: طرق الطعن في الحكم الإداري:
299.....	الفرع الأول: طرق الطعن العادية:
300.....	الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية:
302	خلاصة ونتائج الباب الأول من القسم الثاني:

الباب الثاني

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري موضوعيا (الوسائل الموضوعية)

	الفصل الأول: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي
305.....	(المنازعة العادية) :
306	المبحث الأول: كيفية الفصل في المنازعات المطروحة بين المتعاقدين. :
307	المطلب الأول: إعمال الأثر المنشئ للقيد لحل منازعات الشهر العقاري:
308	المطلب الثاني: إعمال الأثر الناقل للقيد لحل منازعات الشهر العقاري:
	المطلب الثالث: تطبيقات عملية حول إعمال كل من الأثر المنشئ والناقل للقيد في منازعات الشهر العقاري:
313	المبحث الثاني: كيفية الفصل في المنازعات التي يثيرها الغير:
323.....	المطلب الأول: مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري:
334.....	المطلب الثاني: إعمال قواعد الشهر العقاري في الفصل في منازعات الشهر العقاري:
334.....	الفرع الأول: مبدأ الأسبقية في القيد:
336	الفرع الثاني: إعمال مبدأ الحجية المطلقة للقيد:
339	المبحث الثالث: المنازعات المثارة بين المستفيد من التسجيل وصاحب الحق أثناء أعمال المسح العام:
343.....	المبحث الرابع: منازعات المالك الظاهر:
344	المطلب الأول: علاقة صاحب الظاهر بصاحب المركز القانوني:
347.....	المطلب الثاني: عن علاقة المالك الظاهر بالغير:

الفصل الثاني: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري

354.....	(المنازعة الإدارية) :.....
355	المبحث الأول: حدود سلطة القاضي الإداري في منازعة الشهر العقاري:.....
355	المطلب الأول: حدود سلطة القاضي في التقرير:.....
357	المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي في الحل محل الإدارة:.....
364.....	المبحث الثاني: المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري لحل منازعة الشهر العقاري:.....
	المطلب الأول: الأسس والوسائل التي يعتمد عليها القاضي الإداري للبحث عن حل لمنازعة الشهر
365	العقاري:.....
367.....	المطلب الثاني: وسائل تأسيس الحكم القضائي:.....
368.....	خلاصة ونتائج الباب الثاني من القسم الثاني:.....
369	الخاتمة :.....
376	قائمة المراجع:.....
392	الفهرس:.....