

تمهيد:

بعد أن تطرقنا فيما سبق إلى دراسة نظاما الشهر العقاري وكذا التصرفات الخاضعة له و ما تطلبه من إجراءات للقيام بذلك، فإن الحتمية و الضرورة القانونية تستدعي الوقوف على النتائج التي يمكن أن تترتب على عملية الشهر و التي تمت بشكل قانوني وفقا لما جاء به قانون الشهر العقاري، حيث نجد أحكام هذا القانون من خلال نظام الشهر العيني الذي ينشئ الحقوق العينية، ويمثل المصدر الوحيد لها، حيث لا يجوز الاحتجاج بها على الغير إلا إذا تم شهرها بإيداع العقود والوثائق الرسمية للشهر على ضرورة إستفائها لكل الشروط القانونية كي يتم التصرف صحيحاً، غير أنه قد يحدث ألا يتم الإيداع أو أن لا تستفي تلك العقود والوثائق على الشروط القانونية كلها أو بعضها، فيتم رفض إيداعها وبالتالي شهرها أو تعذر تقديمها إلى المحافظة العقارية لإستفاد عملية الشهر.

كل هذه المسائل نتناولها بالتفصيل في الفصل من خلال مبحثين، نتناول في المبحث الأول صحة التصرفات المشهرة بين الأطراف، والثاني صحة التصرفات المشهرة في مواجهة الغير.

المبحث الأول

صحة التصرفات المشهورة بين الأطراف

يعد إنشاء الحقوق العينية العقارية وتعديلها ونقلها وتقريرها من أهم الآثار التي تترتب على عملية الشهر¹، فجميع هذه التصرفات لا تنتقل ولا تزول إلا بموجب إجراءات الشهر استنادا إلى مبدأ الأثر الإنشائي للشهر لأنه هو الذي ينشأ الحق العيني العقاري وينقله إلى المتصرف إليه فور تنفيذ إجراءات الشهر²، مما يترتب عليه ثبوت الحق له، ويثور التساؤل هنا حول إن كان ذلك الثبوت هو بالثبوت المطلق الذي لا يمكن للمتصرف إليه أن ينازع في وجود أو صحة الحق العيني العقاري على الرغم من شهره أم يمكنه المنازعة فيه حيث يمكنه إزالة ذلك الحق الثابت مما يفقده حجيته

المطلب الأول

سريان التصرفات المشهورة بين الأطراف

المقصود بحجية الشهر بين الأطراف هو مدى ما يتولد عن الشهر من ثبوت للحق لفائدة المتلقي، أي مدى قيمة الشهر كوسيلة لإثبات وضمأن الحقوق المسجلة أو المشهورة³، من هنا نساءل حول إذا كان ذلك الحق مطلقا لا يمكن الطعن فيه أم مجرد ثبوت نسبي يمكن للمتصرف الطعن فيه بالبطلان أو الإلغاء أو بالفسخ، لهذا ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول مظاهر حجية التصرفات المشهورة بين الأطراف والثاني نطاق حجية التصرفات المشهورة بين الأطراف.

الفرع الأول

¹ كريمة فردي، مرجع سابق، ص 134.

² ليلي لبيض، "منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، منشورة، كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2011-2012، ص 307.

³ فتحي ويس، مرجع سابق، ص 475.

مظاهر حجية التصرفات المشهورة بين الأطراف

جاء في نص المادة 16 من الأمر 74/75 على أنه " العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو التصريح أو التعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" وتلتها بعد ذلك المادة 17 من نفس الأمر التي نصت على " إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف ولا يحتج بها على الغير في حالة عدم إشهارها..."

من خلال استقراء هذه النصوص يتضح لنا أن الشهر العقاري هو الذي ينشئ الحق العيني العقاري بحيث يصبح المتصرف إليه صاحب الحق الجديد، بحيث إذا باع شخص ما عقاراً للمشتري¹ ولم يقم البائع بالسعي إلى إجراءات الشهر لذلك العقار، أي القيد في السجل العيني ويدخل هذا العمل من باب التنفيذ للالتزام رئيسي يقع على عاتق البائع بموجب عقد البيع²، لهذا فالفترة الممتدة من يوم إبرام العقد إلى الساعة السابقة عن الشهر من شأنها أن تبقى الحق العيني على الحالة التي كان عليها قبل إبرام عقد البيع، بحيث تبقى ملكية ذلك العقار موضوع التصرف للبائع وهو صاحب الحق، والذي يبقى متمتعاً بكافة مزايا ملكيته من حق التصرف، حق الاستعمال، حق الاستغلال، كما يتحمل الأعباء التي قد تطرأ على العقار، وفي هذه الحالة يمكن لدائني البائع الحجز على العقار، و ليس لدائني المتصرف إليه وهو المشتري حق الحجز عليه، لأن ملكية العقار محل البيع لم تنتقل إليه بعد لعدم استكمال عملية شهر التصرف حيث بتمامها ينتقل الحق العيني وهذا ما نقصد به بالأثر الإنشائي، إذ بمجرد القيام بالقيد في السجل العيني يصبح الحق موجود وثابت ومرتب أثره العيني، فتنقل ملكيته إلى المتصرف إليه، أما إذا لم يقيد فإنه لا ينشأ عن التصرف أي البيع سوى التزامات شخصية بين أطراف العقد هذا في حالة إذا ما استوفى العقد الشكلية المطلوبة لانعقاده³، وهو المؤكد بنص

¹ أنظر الملحق رقم 02.

² ليلي لبيض، مرجع سابق، ص 307.

³ عمر حمدي باشا ويلي زروقي، مرجع سابق ص 74.

المادة 793 من القانون المدني التي جعلت انتقال الملكية و الحقوق العينية العقارية الأخرى مرهونة بإجراء الشهر¹.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في أحد قراراتها على أنه " من المقرر قانوناً أنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أم في حق الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات القانونية ولا سيما تلك التي تدير الشهر العقاري²، وكذلك نصت في قرار مشابه على أن انتقال الملكية لا يتم إلا بموجب عقد رسمي مشهر³، فعملية الشهر هي التي تنقل الملكية العقارية طبقاً لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني⁴، والجزء المترتب على عدم القيام بإجراءات الشهر ليس بطلان التصرف وإنما عدم الاحتجاج بهذا التصرف في مواجهة البائع والمشتري.

وأيضاً وفقاً لما سبق ذكره نورد المثال التالي حول قيام بالتصرف القانوني في أرض يمتلكها أحمد بالبيع لشخص يدعى علي وأفرغ هذا العقد في الشكل الرسمي له، وقام الموثق بإشهار التصرف في الآجال التي حددها القانون، فأصبح علي مالكاً لتلك الأرض بصفة رسمية من تاريخ قيدها، وما يبقى على أحمد سوى تسليم العقار وضمان منع التعرض والعيوب الخفية، فالعقد المشهر يعطي للمشتري هو هنا السيد علي حجية في مواجهة البائع الممثل في شخص السيد أحمد، عند نشوب منازعة ما حول ذلك العقار محل التصرف بالبيع.

ولكن إذا تصرف السيد أحمد ببيع هذه الأرض للسيد علي أولاً، ثم تصرف بالبيع مرة أخرى لذات العقار إلى شخص آخر وهو السيد عمر، هذا الأخير سارع في شهر عقده، فهنا يصبح السيد عمر صاحب الصفة في كل ما يتعلق بالعقار، أما السيد علي وهو المشتري الأول الذي لم يشهر عقده، فليس له حق التصرف في تلك الأرض، وإن فعل ذلك يكون قد تصرف

¹ عادل عميرات، "شهر العقد الوارد على العقار"، رسالة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، الموسم الجامعي 2005/2006، ص 115.

²² المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 113840 الصادر بتاريخ 1994/02/7، غير منشور، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 02، الجزائر سنة 1994، ص 158.

³ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 1416 الصادر بتاريخ 1984/1/04، غير منشور، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 01، الجزائر سنة 1989، ص 48.

⁴ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 68476 الصادر بتاريخ 1990/10/21، غير منشور، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر سنة 1992 عدد 02، ص 86.

فيما لا يملك، ولا يمكنه أن ينازع صاحب الحق الجديد الذي شهر تصرفه وصار الحق مسجلاً باسمه مجرداً له وثابت¹، وليس له سوى مطالبة السيد أحمد بالتعويض.

فإذا كانت هذه هي الحجية التي يعطيها المشرع للتصرفات والوقائع والأحكام القضائية المشهورة والتي تسري فيما بين المتعاقدين والتي تمنع الإدعاء بخلاف ما هو ثابت في المحرر، ولكن يبقى التساؤل قائماً حول مدى هذه الحجية، هل هي حجية مطلقة لا يمكن المنازعة فيها أم أنها نسبية وقابلة للإلغاء والزوال وهذا ما سنحاول الكشف عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

نطاق حجية التصرفات المشهورة بين الأطراف

جاء في نص المادة 16 من المرسوم 63/76 ما يلي: "لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي* الذي يتم بموجب أحكام المواد 12-13-14 منه من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء، وإذا كانت الدعوى القضائية ترمي إلى تغيير الحقوق الناتجة عن الترقيم لا يزال مؤقتاً تطبيقاً لأحكام المادتين 13 و 14 أعلاه فإن هذا الترقيم يحافظ على طابعه المؤقت إلى غاية صدور حكم نهائي".

كما جاء في نص المادة 85 من المرسوم 63/76 على أنه "إن الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً..".

و نصت المادة 86 من نفس المرسوم على "إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثراً رجعياً لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقاً للقانون".

*الترقيم النهائي هو ترقيم يباشره المحافظ العقاري على أساس ثبوت السند ذو الحجية في إثبات الملكية العقارية أو على أساس معاينة بناية مشيدة على أصل تابع للأملك الخاصة للدولة منحتها السلطة المؤهلة للمستفيد طبقاً للتشريع المعمول به و الذي سدد ثمن حيازتها، و يترتب على الترقيم النهائي إعداد المحافظ العقاري للدفتري العقاري و تسليمه للملاك المعترف بهم.

¹ حسن عبد الباسط الجمعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام الشهر العيني، دون طبعة، دار النهضة، القاهرة، مصر، سنة 1999، ص 129.

من خلال استقراء المواد السابق ذكرها يتضح لنا أن شهر التصرفات في التشريع الجزائري لا يحصنها من مخاطر البطلان أو الفسخ¹، مما يعني أن المشرع الجزائري عاد للأصل أي أن العقود العقارية شأنها شأن باقي التصرفات المدنية التي تكون عرضة لإلغاء أو الفسخ أو النقص².

وما يمكن استخلاصه أن الشهر العقاري في القانون الجزائري لا يعطي للتصرف المشهر سوى حجية نسبية فيما بين المتعاقدين، والتصرفات قبل شهرها متى انعقدت صحيحة فإنها تنتج آثارها وتظل قائمة طالما بقي التصرف موجوداً وسليماً وتزول بزوال ذلك التصرف عن طريق دعوى من الدعاوى المقررة قانوناً، فالحجية والضمان الذي يحققه الشهر هي حجية بسيطة وليست قاطعة، لأنه من المفروض أن يرتب هذا النظام أثراً مطهراً للملكية لقيامه على مبدأ المشروعية التي يلزم المحافظ العقاري بالتأكد من صحة البيانات المودعة للشهر من حيث احتوائها على عيوب أو نقائص.

وبما أن الشهر إذاً ليس من شأنه أن يصح عقداً باطلاً ولا يبطل عقداً صحيحاً، فيجوز إذا الطعن في التصرف إذا ما شابه عيباً من عيوب الرضا أو عدم مشروعية سببه أو كان التصرف قد ورد على محل هو ملك للغير حتى لو كان التصرف محل الطعن مشهراً³، و يجدر التنويه إن أن نص المادة 85 من المرسوم 63/76 السابق الذكر، قد أوجب على المشرع شهر الدعاوى الرامية لنقض أو فسخ أو إلغاء أو نقض الحقوق الناتجة عن وثائق تم شهرها، لهذا يجدر بنا أن نثير هذه المسائل المتعلقة بإبطال العقود المشهورة وشهرها فيما يلي

أولاً: إبطال العقود المشهورة

قد يعتري التصرف المراد شهره عيب من العيوب فيؤدي إلى إبطاله إذا ما تمسك به صاحب المصلحة بالطعن أو الإبطال، كأن ينطوي التصرف المشهر على عيب من العيوب كالغش أو تدليس باعتبار أن الغش يفسد جميع التصرفات مما يؤدي إلى إبطالها⁴، وفقاً لما

¹ عادل عميرات، مرجع سابق، ص 118.

² مقني بن عمار، مرجع سابق، ص 208.

³ مقني بن عمار، مرجع سابق، ص 208.

⁴ نسيم موسى، "حجية العقود المشهورة"، رسالة مكملة لنيل شهادة الماجستير، غير منشورة، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي 1998/1999، ص 73.

جاء في نص المادة 86 السابق الذكر من المرسوم 63/76، و هو ما يمكن استنباطه من خلال القرار الصادر من المحكمة العليا من غرفتها العقارية بتاريخ 1994/02/07 و الذي جاء فيه: "من الثابت في قضية الحال أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تمثل جميع الورثة الشرعيين بتعمد من المدعين، وأن هذا يشكل عساً من شأنه أن يؤدي إلى إبطال البيع ومن ثم فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مسببين قرارهم سبباً مما يوجب مع الطعن¹.

يتضح لنا فمن خلال القرار السابق أنه في حالة إذا ما شاب تصرف ما غش أو تدليس فإن القاضي يبطل ذلك التصرف دون مراعاة إجراءات الشهر²، والغش والتدليس جاءوا على سبيل المثال فقط لأن هناك العديد من الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى إبطال التصرفات رغم استنفاذها للإجراءات الشهر كالتصرفات الصورية والتصرفات الواردة على ملك الغير، حيث يمكن لصاحب الحق المطالبة بفسخ أو إبطال تلك التصرفات و استرداد حقه العيني والمطالبة بالتعويض في حالة ثبوت الخطأ من طرف المحافظ العقاري، وهذا تطبيقاً للمادة 23 من الأمر 74/75 السابق الذكر التي جاء فيها تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير، والتي يرتكبها المحافظ العقاري، أثناء ممارسة الدولة" فمن المفترض أن يقوم المحافظ العقاري بمهامه على أكمل وجه، ورفض شهر التصرفات إذا ما تبين له عدم صحتها.

وبالرجوع إلى أحكام ومبادئ الشهر الواردة في المرسوم 63/76 نجد أن عملية الشهر لا تقتصر على التصرفات القانونية المنصبة على العقارات إنما تمتد لتشمل الدعاوى القضائية بهدف جعل المتعامل في العقار على علم بحالته القانونية، وشهر الدعاوى العقارية يقتصر على تلك الدعاوى التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرفات المشهورة³ وهذا ما سنتناوله فيما يلي

ثانياً: شهر الدعاوى الرامية إلى فسخ أو إبطال أو نقض الحقوق المشهورة

¹ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 113840، الصادر بتاريخ 1994/02/07، غير منشور، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 02، الجزائر سنة 1995 ص 94 .

² حياة حاجي، "العقد التوثيقي ومدى سلطة القاضي في إبطاله"، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، غير منشورة، المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، الدفعة الثانية عشر (12)، الجزائر، الفترة التكوينية 2001/2004، ص 25.

³ عمر حمدي باشا، شهر الدعاوى العقارية، مجلة الموثق، مجلة قانونية دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 09، المطبعة الحديثة للفنون المطبعية، الجزائر، جانفي 2000، ص 18.

وفقا لنص المادة 85 من المرسوم 63/76 التي أشارت وتحت طائلة عدم القبول الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا أشهرت العريضة الافتتاحية للدعوى، وهذا ما أكدته القرار الصادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة رقم 203024 بتاريخ 2000/06/12 الذي جاء فيه "إن الدعاوى العقارية والإدارية المتعلقة بعقار والرامية إلى إبطال العقود المشهورة بالمحافظة العقارية يشترط المادة 85 من المرسوم 63/76 المعدل بالمرسوم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 لقبول الدعوى شهر العريضة الافتتاحية مسبقا لدى المحافظة العقارية المشهر لديها العقد وهو شرط لقبول الدعوى¹.

وعليه فإنه وحفاظاً على الحقوق والمراكز القانونية واستقراراً للمعاملات العقارية جاء الالتزام بشهر الدعوى العقارية، إذ بمجرد شهر تلك الدعوى يصبح المتعامل في العقار على علم بحالته فلا يقدم على إيقاع تصرف على عقار متنازع فيه²، و بهذا الصدد وجب الإشارة إلى أن إجراءات شهر السندات التي يقوم بها المحافظ العقاري لا تتوقف بشهر الدعوى العقارية، وإنما بالنظر لمهمة المحافظ العقاري المستقلة عن إرادة أطراف الدعوى الذين يثبت لهم الحق في مواصلة إجراءات رفع الدعوى³.

المطلب الثاني

القيمة القانونية للمحركات الغير مشهورة بين الأطراف

إن التصرفات و الاتفاقات الإرادية لا تنتج أثرها فيما بين المتعاقدين ما لم تشهر، بحيث إذا كانت العقود لا تنتج آثارها إلا من يوم إشهارها. فإنه بمفهوم المخالفة لا أثر قانوني للعقود

¹ عمر حمدي باشا القضاء العقاري (في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا)، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2002، ص152.

² عمر حمدي باشا، شهر الدعوى العقارية، مرجع سابق ص 20.

³ مجيد خلفوني، المحافظة العقارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 74.

الغير المشهر، وهنا يثور التساؤل حول القيمة القانونية للتصرفات الغير مشهورة، فهل تفقد قيمتها بين الأطراف أم تظل صحيحة ومنتجة لآثارها؟.

فيما يخص تلك المسألة المشرع الجزائري لم يأتي بنصوص صريحة حول القيمة القانونية للتصرفات والوقائع الغير مشهورة، وبالرجوع للقواعد يمكن التعرف على قيمة تلك التصرفات وهو ما سنتناوله تباعاً.

الفرع الأول

عدم سرية التصرفات الغير مشهورة بين الأطراف

كما سبق الإشارة إلى أن القانون رتب أثر مهم للقيود يتمثل في "الأثر العيني"، بحيث لا تنتقل ملكية العقار المبيع إلا بإتمام إجراءات الشهر العقاري وفقاً لما جاء في نص المادة 793 من القانون المدني، فالعقد المبرم بين طرفين حول ملكية عقار ما والوارد في شكل رسمي تترتب عليه جميع آثاره القانونية لأن عقد البيع بعد شهره يترتب نفس الآثار التي كانت تترتب عليه قبل ذلك، مع ترتب أثر آخر وهو انتقال الملكية بقوة التسجيل¹، مما يعني أن العقد الغير مشهر في السجل العقاري وإن كان لا يكفي بذاته لنقل الملكية أو غيرها من الحقوق العينية العقارية، إلا أنه لا يجرّد من كل قيمته القانونية حيث يبقى منتجاً لآثاره وأهمها الالتزامات الشخصية²، فالبيع الغير مشهر وإن كان لا يجعل المشتري مالكاً للعقار إلا أنه يعطيه الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزامه المتمثل في نقل الملكية من خلال السعي إلى شهره³، كي يصبح مالكاً، إلى جانب حقه في المطالبة بضمان عدم تعرض البائع له شخصياً، وعدم ضمان استحقاق الغير للعقار، وكذا ضمان العيوب الخفية التي يمكن أن تطرأ بعد التعاقد والموجودة أصلاً قبل التعاقد، وكل ضمان شروط قانونية أوجب القانون قيامها وتحققها لتصح المطالبة به، وفي حالة امتناع البائع على تنفيذ التزاماته يحق للمشتري اللجوء إلى القضاء لاستفتاء حقه⁴.

¹ ليلي لبيض، مرجع سابق، ص 308.

² عادل عميرات، مرجع سابق، ص 108.

³ فتحي ويس، مرجع سابق، ص 488.

⁴ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1998 ص

غير أنه لا يوجد نص صريح كما أشرنا سابقاً في التشريع الجزائري يؤكد على حق المتعاقد في مطالبة الطرف الثاني بالشهر، ومرد ذلك تدخل الموثق في إبرامه العقود وهو الذي يسعى إلى إشهارها، وعليه أمكن أن نتساءل حول مدى إمكانية المشتري في مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته التعاقدية من خلال إجراء الشهر؟.

بالرجوع إلى القواعد العامة، نجد المادة 107 في فقرتها الأولى والثانية من القانون المدني الجزائري تقضي على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه بحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ووفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"

كما نصت المادة 119 من نفس القانون على أنه "في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر".

فالتنفيذ العيني بمعناه العام هو الوفاء بالالتزام ذاته الذي أبرم لأجله العقد فإذا كان التصرف القانوني بيعاً فإن التنفيذ العيني له يكون بنقل الملكية، وإذا كان التصرف إيجاراً فإن التنفيذ العيني يكون بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة¹، إذاً فالتنفيذ العيني إذا كان محله عقار لا يمكن الوفاء به إلا بتمكين صاحب الحق أو المستفيد أو الملتقي من شهر الحق الثابت له بموجب العقود، حيث يجب على المتصرف أن يسعى إلى شهر تصرفه أو يمكن المتصرف إليه من الوثائق والسندات الخاصة بالملكية بقصد إتمام إجراء شهر ذلك التصرف حتى يسري في ذمته.

ومما سبق يتضح لنا أن العقود الواردة على العقار أو الحقوق العينية العقارية الغير المشهورة تبقى صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية فترتب التزامات شخصية متبادلة من التزام البائع بضمان التعرض والعيوب الخفية، و التزام بنقل الملكية بينما تقتصر التزامات المشتري على دفع الثمن واستلام المبيع.

الفرع الثاني

¹ فتحي ويس، مرجع سابق، ص 492.

الاستثناءات من مبدأ عدم سرمان الحقوق العينية الغير مشهورة بين الأطراف

إذا كان المبدأ العام المستفاد من القواعد العامة يقضي بأن التصرفات الرامية إلى إنشاء أو نقل أو تقرير أو تعديل حق عيني عقاري إذا لم تكن مشهورة فإنها تظل تصرفات قانونية صحيحة ومنتجة لأثارها فيما عدا الأثر العيني الرامي إلى نقل الملكية.

حيث ينشأ للمستفيد الحق في مطالبة المتصرف بتنفيذ التزاماته المنصبة على ذلك العقار، فيسعى المتصرف إلى شهرها أو يساهم في ذلك، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات تحد من تطبيقها حيث يتعذر من المستفيد مطالبة المتصرف بتنفيذ التزاماته وتتمثل تلك الحالات في ما يلي:

أولاً: حالة هلاك المبيع

تتمثل هذه الحالة في الفرض الذي يكون فيه الحق الغير مشهر والذي تصرف فيه صاحبه وارد على سكن أو أي مبنى آخر، ويكون قد هلك لسبب من الأسباب قبل أن تستنفذ عملية الشهر، فهنا تبرأ ذمة البائع من الالتزام بنقل الملكية وذلك لاستحالة التنفيذ بسبب زوال محل الالتزام¹، وبالتالي لا يمكن للمستفيد أن يطالب المتصرف بتنفيذ التزاماته بنقل الملكية.

ثانياً: حالة خروج ملكية العقار من يد المتصرف بسبب لا يد له فيه

تتمثل هذه الحالة في خروج ملكية العقار من ملك مدينه بسبب نزع الملكية للمنفعة العامة² الذي تمارسه الإدارة طبقاً للقانون رقم 30/90 المتعلق بالأموال الوطنية، وكان ذلك العقار قد طرأ عليه قبل نزع الملكية تصرف نشأة بموجبه إلتزام بين البائع والمشتري حيث لم

¹ لطيفة أماروز، "إلتزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، منشورة، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، الموسم الجامعي 2011/2012، ص56.

² أنظر الملحق رقم 03.

ستكتمل البائع إجراءات الشهر، وبالتالي يتعذر على المشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته بنقل الملكية عن طريق السعي في عملية الشهر لأن ملكية ذلك العقار انتقلت إلى الهيئة المستفيدة من قرار نزع الملكية، وبالتالي لا يمكن منازعتها ولا يكون للمشتري سوى أن يطالب بالتعويض على ما أصابه من ضرر من البائع الذي يكون قد تسبب في تعطيل الشهر إلى أن تم نزع الملكية، كما قد تخرج ملكية العقار من يد المتصرف بسبب لا يد له فيه وذلك عن طريق الحجز على عقار المتصرف (البائع)، وبيعه بالمزاد العلني في إطار التنفيذ الجبري¹، حيث يرسو المزاد إلى شخص آخر أجنبي عن التصرف غير المتصرف وبالتالي تنتقل ملكية العقار من المتصرف إلى المتصرف إليه الراسي عليه المزاد فيتعذر هنا على المتلقي أن يطالب المتصرف بالسعي إلى الشهر لاستحالة تنفيذ الالتزام المطلوب².

ثالثاً: حالة التصرف الثاني

تتمثل هذه الحالة في الفرض الذي يقوم فيه مالك العقار بالتصرف فيه للشخصين، حيث نجد أن العقد الذي أبرمه مع الشخص الأول لم يستفد عملية الشهر، والعقد الثاني الذي أبرمه مع الشخص الثاني وعلى ذات العقار قد استنفذ عملية الشهر، ففي هذه الحالة يتعذر على المتلقي الأول مطالبة البائع بالسعي إلى شهر تصرفه معه لأن العقار خرج من ملكية المتصرف من جهة ومن جهة أخرى نجد استحالة استنفاد عملية الشهر في مصلحة الشهر العقاري لسبق شهر التصرف باسم المتلقي الثاني³، وتثور هنا عدة إشكالات بين البائع والمتلقي الثاني والمتلقي الأول وهي محل دراسة في المبحث الثاني من هذا الفصل المتعلق بصحة ونفاذ التصرفات المشهورة في مواجهة الغير الذي يتلقى نفس الحق من نفس المتصرف، وذلك عن طريق المفاضلة بين التصرفات المتتالية وحجية الشهر.

المبحث الثاني

صحة التصرفات المشهورة في مواجهة الغير

¹ فتحي ويس، مرجع سابق، ص 498.

² حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2013، ص 313.

³ حسن عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص 280-281.

يكتسي موضوع حجية الشهر في مواجهة الغير أهمية في تحديد نطاق هذه الحجية من حيث الأشخاص الذين يحتج ضدهم والعكس، وكذا تحديد مدى هذه الحجية من حيث الموضوع بتحديد العقود والتصرفات التي تحوز الحجية وتلك التي تفتقر إلى الحجية.

ولقد تباينت التشريعات بشأن حجية الشهر في مواجهة الغير بالنظر لاختلاف نظام الشهر المتبع، ففي التشريع الجزائري نجد أن المشرع زوج بين نظامين نظام الشهر الشخصي المطبق في المناطق الغير ممسوحة أو تلك المناطق التي لازالت بعض محافظاتها متمسكة بالعمل بهذا النظام التقليدي، ونظام الشهر العيني الذي تبناه في المناطق الممسوحة، لذلك اختلفت حجية التصرفات والحقوق المشهورة من نظام لآخر، والتي تأثرت بالمبادئ والأسس التي يرتكز عليها كل نظام على حدى وكذلك المزج بين النظامين.

غير أن هذا الاختلاف لم يمنع النظامين من الاتفاق على أن الشهر يكسب الحق والتصرف حجية قاطعة في مواجهة الغير من الناس كافة أو بين خلف المتصرف صاحب الحق الأصلي بغض النظر عن مكانة ذلك الخلف سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً، ولكن قاعدة حجية الشهر المطلقة في مواجهة الغير ترد عليها استثناءات التي فرضها القانون على بعض أصحاب الحقوق الذين يمكنهم التمسك بحقوقهم في مواجهة الغير ولو لم تكن مشهورة، وكذلك نجد بعض القيود التي فرضها القانون لصاحب الحق في شهره لحقه¹، وذلك في حالة زوال حق سلفه بأثر رجعي²، وللتفصيل أكثر في تلك الجوانب القانونية فضلنا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول عدم سرعان الحقوق الغير مشهورة في مواجهة الغير، والثاني ندرس فيه الاستثناءات التي ترد عن مبدأ عدم سرعان الحقوق العينية الغير مشهورة في مواجهة الغير.

المطلب الأول

عدم سرعان الحقوق الغير مشهورة في مواجهة الغير

لم تأتي قاعدة عدم سرعان الحقوق الغير مشهورة في مواجهة الغير من العدم، فباستقراءنا لمجموعة من النصوص القانونية كنص المادة 793 من القانون المدني والتي أشارت إلى الأثر

¹ أمين بركات سعود، مرجع سابق، ص 43.

² نسيم موسى، مرجع سابق، ص 85.

المنشئ للشهر والاحتجاج به على الغير، وكذا نص المادة 15 من الأمر 74/75 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والتي نصت على أنه "كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلاً من تاريخ يوم إظهارها في مجموعة البطاقات العقارية..."، بالإضافة إلى نص المواد 16 و 17 من نفس الأمر السابق والتي تفيد إلى أن التصرفات الغير مشهورة لا تنتج آثارها القانونية حيث يمكن أصحاب الحقوق من الاحتجاج بها في مواجهة الغير، لأنه بالشهر يصبح للمحرر حجية مطلقة سواء بين المتعاقدين أم في مواجهة الغير.

غير أن احتجاج صاحب الحق بحقه في مواجهة الغير يختلف فيما إذا ما كان هذا الغير كل شخص لم يكن طرف في التصرف المنشئ للحق، أم الخلف الخاص للمتصرف، ومرد ذلك ازدواجية بعض الأحكام الخاصة بالشهر التي تفرق بين المعنى العام للغير والمعنى الخاص له¹، لهذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول المقصود بالغير من خلال الوقوف عند معناه العام، بينما نبحت في الفرع الثاني المقصود بالغير وفقاً للمعنى الخاص.

الفرع الأول

المعنى العام للغير

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بالغير لذا وجب الرجوع إلى المبادئ العامة التي تعتبر الشخص من الغير هو كل شخص لم يكن طرفاً في العقد² أي طرفاً أجنبياً، ماعداً الخلف الخاص لأحد المتعاقدين، فإذا باع زيد عقاره إلى عمر و بسند لم يقيد في السجل العقاري، ثم باع نفس العقار إلى خالد وقيد بيعه في السجل العقاري، فإن خالد يعتبر غيراً بالنسبة إلى عمر الذي لا يمكنه أن يتذرع تجاه خالد بسنده رغم أنه أسبق تاريخاً من سند خالد وذلك لأنه لم يقيد في السجل العقاري³.

¹ سالم حماد شعبان الدحوح، "الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، منشورة، جامعة الإسكندرية، مصر، سنة 1997، ص 91.

² حسين عبد اللطيف الحمدان، مرجع سابق، ص 295.

³ حسين عبد اللطيف الحمدان، مرجع سابق، ص 296.

وفقاً لما سبق بيانه يتضح لما أن الغيرية في التسجيل¹ هي أسلوب لحل التزام بين التصرفات العقارية المشهورة التي تكون بين التصرفات الواجبة التسجيل، فهي أسلوب مقرر لحماية الحقوق المشهورة ضد الحقوق الواجبة التسجيل، وبالتالي تكون للشهر حجية مطلقة في مواجهة الغير بالمعنى العام، أي الناس كافة بمن فيهم الخلف العام للمتصرف إذا كان التصرف بإرادة منفردة، فإكساب الشخص حقه بالشهر يمنحه ذلك حجية مطلقة تسري في مواجهة الجميع ما عدّا الخلف الخاص للمتصرف، فلا يجوز لهؤلاء التذرع بأي حجية لإنكار حق ذلك الشخص الذي قام بشهر تصرفه حتى لو تمسكوا بكونه أشهر حقه بسوء نية².

أما فيما يتعلق بإبطال الحقوق المشهورة و الاحتجاج بها في مواجهة الغير، نجد موقف المشرع الجزائري من إبطال التصرفات المشهورة عن طريق الغش أو التدليس أو التواطؤ لا يؤخذ بها في طلب إلغاء الحق المشهر، فالغير الذي يحتج ضده بالحق المشهر لا يجوز له بمجرد علمه باستعمال الغش أو التدليس أو التواطؤ أن ينكر الحق، بل عليه أن يؤسس طعنه في التصرف خاصة إذا علمنا أن نص المادة 85 من المرسوم 63/76 تجيز الطعن في الحقوق المشهورة، لسبب آخر غير الغش والتدليس، كأن يؤسس طعنه لعدم مشروعية المحل أو الرضا. وبهذا الصدد نفرق بين الشخص الذي يكتسب الحق عن حسن نية والشخص الذي يكتسبه حقه عن سوء نية على النحو التالي:

أولاً: الشخص الذي يكتسب حقه المشهر عن حسن نية

تجدر الإشارة أولاً إلى أن مبدأ حسن النية هو اتجاه الإرادة إلى عدم الإضرار بالغير بصفة عامة والمتعاقد بصفة خاصة مع اتخاذ ما يلزم من الحيطة والحذر وعدم الإهمال في سبيل تحقيق ذلك³، فالشخص الحسن النية لا يستطيع التمسك بحجية الشهر في مواجهة الغير وفقاً للمعنى العام، ففرضاً أن شخصاً ما (أ) باع عقار إلى (ب) ثم عاد (أ) ورفع دعوى يطالب فيها بإبطال البيع لعيب من عيوب الرضا نتيجة الإكراه مثلاً، وقبل أن يقوم (أ) بشهر تلك الدعوى، أقدم (ب) على بيع العقار إلى (د) الحسن النية والذي لا يعرف بوجود العيب المدعى

¹ ليلي لبيض، مرجع سابق، ص 327.

² عبد التواب معوض، السجل العيني علماً وعملاً، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1989.

³ الموقع الإلكتروني www.alyaum.com/article/3124324، شوهد يوم 07/05/2016، على الساعة 10:00 صباحاً.

به، فهنا لا يستطيع (أ) المدعي إذا ما ربح دعواه أن ينزع العقار من (د) الحسن النية والذي اشترى العقار استناداً إلى قيود السجل العقاري التي لم تشر إلى أن التصرف محل نزاع بين (أ) و(ب)، ففي هذه الحالة لا يكون أمام (أ) سوى الرجوع على (ب) بدعوى التعويض.

ثانياً: الشخص الذي يكتسب حقه المشهر عن سوء نية

وهي الحالة التي تقوم بين الغير الذي يكتسب حقه عن سوء نية حيث يشتري فيها شخص عقار بسند عادي لا يقيد في السجل العقاري، ثم يعمد البائع إلى بيع العقار إلى شخص آخر بموجب عقد مشهر، في هذه الحالة نكون أمام تعارض عقدان يتعلقان بعين واحدة من مالك واحد المتصرف فيها لشخصين مختلفين، وفقاً لقاعدة الأسبقية يُفضّل العقد المشهر على العقد الغير مشهر حيث نجد أن المشرع لا يعترف بحسن النية أو سوء النية¹ كشرط لتمسك صاحب الحق المشهر بحجية حقه في مواجهة الغير بمعناه العام ولا يمكن للغير أن يتمسك في طلب إبطال الشهر بناءً على غش أو تواطؤ أو تدليس من صاحب الحق حيث تكون الأفضلية دوماً لمن يسارع في تسجيل عقد شرائه وبغض النظر عن كونه حسن النية أو سوء النية²، وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/10/21 تحت رقم 68.467، فمن خلال بعملية الشهر العقاري نستطيع الفصل عند تراحم مشتريين على ذات العقار حيث تنتقل الملكية إلى من كان الأسبق في القيام بإجراءات الإشهار قبل الآخر ولو بساعات محدودة³.

الفرع الثاني

المعنى الخاص للغير

¹ ليلي لبيض، مرجع سابق، ص 337.

² حمدي باشا عمر و زروقي ليلي، المنازعات العقارية، مرجع سابق ص 219.

³ عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 121.

هو الخلف الخاص للمتصرف صاحب الحق الأصلي المتصرف فيه، فهو كل شخص يتلقى نفس الحق من نفس المتصرف الوارد على ذات العقار*، مما نكون أمام تزامم بين الحقوق الأمر الذي يستدعي وضع قواعد قانونية عملية من أجل المفاضلة بين هذه الحقوق¹.

وعليه فإن أي حق أو حكم أو واقعة معينة إذا ما تم شهرها فإن هذا الإجراء القانوني يعطي للمحرر المشهر حجية للخلف الخاص في مواجهة الغير، وإذا كان هذا الغير من الخلف الخاص فإن هذه الحجية تكون عليهم وليست لهم، حيث لا يجوز لهم إنكار حق المتصرف أو الاعتراض عليه بحجة أن لهم حقوقاً على العقار محل التصرف طالما أن هذه الحقوق غير مشهورة قبله.

فإذا باع شخص عقار لشخص آخر ولم يتم شهر البيع لسبب ما، ثم قام هذا البائع بإعادة التصرف في نفس العقار بالبيع إلى مشتري آخر، هذا الأخير سارع إلى إشهار عقده، فإنه وفقاً لقاعدة الأسبقية في الشهر لا يمكن للمشتري الأول أن يعترض على حق المشتري الثاني لأنه كان الأسبق في شهر حقه، وكذلك حالة للموصى له بنفس العقار أو جزء منه ففي هذه الحالة لا يجوز للموصى له بنفس العقار أو جزء منه الاعتراض على تصرف الموصي ما لم يتم شهر حقه وهذا في الفرض الذي يقوم فيه الورثة بالتصرف في العقار.

فالخلف الخاص للمتصرف لا يمكنهم الاعتراض على حق ما آل إلى شخص آخر وورد على نفس العقار، لمجرد أن ذلك الشخص على علم بوجود تصرف سابق على تصرفه وفقاً لمبدأ الأسبقية في التسجيل وبصرف النظر عن نية المستفيد من الشهر سواء كان حسن النية أم سيئ النية، أو كان متواطئ مع المتصرف لحرمان الخلف الخاص من حقه، لهذا يجب على الخلف الخاص أن يحرص على شهر حقه قبل أن يقدم متلقي آخر على شهر حقه تجنباً لضياعه، لأن 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

* يدخل تحت هذا الوصف بشكل خاص من يتلقى نفس الحق من نفس المتصرف والوارد على نفس العقار أو من يتلقى حقاً عينياً آخر من شأنه أن يجعل إنتفاع المتصرف إليه الآخر غير مناسب أو غير مكتمل، كصاحب حق الإنتفاع والمرتهن وصاحب حق الإمتياز والتخصيص وغيرهم.

¹ علي فيلاي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية مجلة قانونية دورية، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، العدد 02، الجزائر، سنة 2000، ص 118.

العقارية¹، لأنه يشترط عند الشهر أن يقدم المالك العقد الأصلي الذي يثبت ملكيته أو يقدم الدفتر العقاري فيما يخص المناطق التي شملها المسح، فهذه المحررات تخضع لرقابة المحافظ العقاري، الذي يقوم بدوره بتسليمها للمالك الجديد مع تحين بيانات التصرف الجديد الذي طرأ على محل التصرف، من خلال تلك الرقابة يستبعد حدوث تراحم بين مشتريين لنفس العقار².

وهذا وقد جاء في نص المادة 15 من الأمر 74/75 على أن "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلاّ من تاريخ يوم إظهارها"، بما يفيد أن حتى الرهون والارتفاقات والقيود الأخرى التي ترد على عقار يجب أن تشهر³ لتكون حجة على المشتري أو المتلقي⁴، وكى لا تنتقل إليه ملكية العقار متقلاً بها، وإذا لم يتم الخلف بشهر حقه وأراد إلزام المتصرف إليه بنقل الحق إليه فما عليه سوى الطعن في التصرف الذي تم بين سلفه والمتلقي الجديد، وأن يؤسس طعنه على سبب يعتد به قانوناً لطلب البطلان، كعدم مشروعية المحل أو أن التصرف كان من غير المالك، مع ضرورة شهر الحكم بالبطلان بعد أن يصير نهائياً حتى يمحو آثار الشهر ويعود الحق للمتصرف، وتمكينه من المطالبة بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية إليه والسعي في شهر التصرف.

ومما سبق يتضح لنا أن المشرع أغلق الباب أمام طلبات إلغاء الحقوق المشهورة أو الغير مشهورة لمجرد ثبوت حسن النية في المستفيد من الشهر أو سوء النية، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات نوردتها تباعاً.

المطلب الثاني

الاستثناءات من مبدأ عدم سريان الحقوق العينية الغير مشهورة في مواجهة الغير

¹ ليلي لبيض، مرجع سابق، ص 339.

² عبد الغني عيان، "السندات الإدارية والقضائية المثبتة لحق الملكية العقارية"، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، غير منشورة، المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الدفعة الثامنة عشر (18)، الجزائر، الفترة التكوينية 2007-2010، ص 49.

³ عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 120.

⁴ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في التشريع، مرجع سابق، ص 28.

إن مبدأ عدم جواز الاحتجاج بالحقوق الغير مشهورة تجاه الغير يحتمل بعض الاستثناءات التي فرضها القانون لأصحاب الحقوق الذين يمكنهم التمسك بحقوقهم في مواجهة الغير حتى لو لم تكن مشهورة تبقى حجيتها سارية في مواجهة الغير¹، كما توجد حالات لا يجدي فيها شهر صاحب الحق لحقه في حالة زوال حق سلفه بأثر رجعي كحالة إلغاء أو نقض حق سبق شهره (الفرع الأول)، وكذلك توجد حقوق تحوز حجيتها في مواجهة الغير دون أن تكون مشهورة، كحجية الشرط المانع من التصرف المقيد لسلطة المالك في التصرف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حالة إلغاء أو نقض حق سبق شهره

جاء في نص المادة 86 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه "إن فسخ الحقوق العينية وإبطالها وإلغاؤها أو نقضها عندما ينتج أثراً رجعياً لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدي إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إظهاره مسبقاً أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقاً للقانون".

يتضح لنا من خلال هذه المادة أنه عدم إشهار الدعاوى الرامية إلى الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض يؤدي إلى عدم سريان الحكم في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهدي²، كما أكدت المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ على أنه "ترفع الدعاوى أمام القسم العقاري وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض الحقوق قائمة على عقود تم شهرها".

وفي هذا الصدد لوحظ امتناع بعض المحافظين العقاريين عن شهر أي تصرف وارد على العقار الذي أشهرت بشأنه الدعوى، الأمر الذي دفع إلى تدخل المديرية العامة للأماكن

¹ فتحي ويس، مرجع سابق، ص 580.

² عبد اللطيف عروج، مرجع سابق، ص 9.

³ القانون رقم 09/08، المؤرخ في 02/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، المؤرخة في 23/04/2008، ص 02.

الوطنية لرفع هذا اللبس بإصدارها لمذكرة وضحت فيها أن شهر الدعاوى إجراء قانوني شرع بغرض المحافظة على حق المدعي في حالة صدور الحكم لصالحه¹، لكنها لا توقف إجراء أي تصرف لاحق، كما أضافت المذكرة بأنه بالإمكان شهر الأوامر الاستعجالية الأمرة بوقف التصرف اللاحق على العقار محل النزاع، مؤكدة على أن الإيقاف يكون لأجل محدود، وبالتالي يتعين على القاضي الفاصل في المواد الاستعجالية تحديد المدة في منطوق الأمر الصادر ولو إلى غاية صدور الحكم النهائي².

وكذلك نجد المشرع قد فضل المتلقي الذي قام بشهر حقه على الطرف الذي لم يشهر حقه وفي حالة ما إذا قام المتصرفين بشهرها معاً يعمل المشرع مبدأ الأسبقية في القيد، بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري أشار إلى قاعدة أخرى من قواعد الشهر وهو دورها في الاحتجاج بإلغاء الحق المشهر على الخلف الخاص لصاحب الحق الملغى، حيث لا يمكن الاحتجاج على صاحب الحق الملغى سواء عن طريق البطلان أو الفسخ أو النقص، إلا إذا تم شهر ذلك الإلغاء قبل أن يشهر الخلف الخاص حقه الذي تلقاه، كما هو الحال عند القيام بالتصرف القانوني في عقار يملكه زيد بالبيع، وتم شهر التصرف في المحافظة العقارية، ثم باع زيد العقار إلى عمر وأشهر التصرف في المحافظة العقارية التي توجد في دائرة اختصاصها العقار، وبعد مدة رفع أحمد دعوى ضد زيد يطالب فيها بفسخ البيع المبرم بينهما لعدم دفع زيد ثمن العقار، فصدر الحكم بالفسخ والذي يسري بأثر رجعي أي إعادة طرفا التصرف إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام التصرف، و هنا يثور التساؤل حول مصير حق عمر هل يتأثر بإلغاء حق سلفه (زيد) بالفسخ فيفقد حقه أم لا، وبإسقاط نص المادة 86 من المرسوم 63/76 حيث نجد هنا أنه إذا كان عمر عالماً بالفسخ أو البطلان وقام بشهر حقه فإنه بزوال حق زيد يزول معه حقه، أما إذا كان حسن النية فلا يتأثر لأن المشرع اشترط شرط العلم، وكذلك أشار إلى الحالة التي يكون فيها بطلان أو الإلغاء أو الفسخ أو نقض تم بموجب شرط سابق مشهر، فهنا يفترض علم عمر بهذا فإذا قام بشهر حقه يعتبر سيء النية فيتأثر بزوال حق سلفه³.

ونميز هنا بين حالتين:

¹ المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 1993/03/22 تحت رقم 385.

² حياة حاجي، مرجع سابق، ص 61.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 44.

أولاً: الحالة التي يكون فيها البطلان بسبب شهر السند الذي تم بموجبه الزوال.

وهي الحالة الذي يقع فيها البطلان بسبب شرط موجود في العقد، فيقوم المدعي بالاستناد به لأنه قام بشهره، مما يؤدي إلى زوال حق سلفه، فيأتي البطلان كنتيجة لشهر الشرط الذي تم بموجبه زوال العقد.

ثانياً: الحالة التي يكون فيها البطلان بسبب موجود في القانون

أما إذا استند البطلان على عدم مشروعية المحل مثلاً كأن يكون ملكاً للدولة أو انعدام الأهلية فهذا البطلان يؤدي إلى زوال حق السلف والخلف لأن البطلان تقرر نتيجة سبب موجود في القانون

الفرع الثاني

حجية الشرط المانع من التصرف

جاء في نص المادة 87 من المرسوم 63/76 على أنه "إن الخلف الخاص لصاحب الحق العيني العقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه حقه الخاص لا يمكنه الاعتراض على العقود بين الأحياء، والتي تم إعدادها بصفة مميزة من أجل إثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت و جميع التقييدات الأخرى لحق التصرف، أو على القرارات القضائية المثبتة أو المطالبات القضائية التي ترمي إلى الحصول على القرارات المذكورة، قد تم إشهارها مسبقاً عن الإشهار المعطي لحقه الخاص".

من خلال النص السابق نستنتج أن المشرع أوجب شهر جميع التقييدات الواردة على حق المتصرف وتجدر الإشارة إلى أن التقييدات على حق المتصرف تقسم حسب هدف الوظيفة في تحقيق المصلحة العامة والخاصة¹.

أولاً: القيود القانونية المقررة للمصلحة الخاصة

تتعلق هذه القيود بتنظيم الحقوق المتعارضة للملاك المتجاورين، كعدم التعسف في استخدام حق الملكية، وأغلبها سلبية لأنها تمنع من حق المالك في التمتع بملكه مراعاة لحقوق

¹ ليلي لبيض، مرجع سابق، ص 166.

الملاك المجاورين وهذه القيود نظمها المشرع في المواد من المادة 690 إلى غاية المادة 712 من القانون المدني¹.

ثانياً: القيود القانونية المقررة للمصلحة العامة

تتعلق هذه القيود القانونية بتقييد حق الملكية العقارية للمنفعة العامة، حيث نفرق هنا بين القيود السلبية التي تحد من سلطة المالك في التصرف بملكه وهي قيود مقررا قانونا، فهناك ما هو مقررا في قوانين العمران التي تمنع المالك من البناء بدون رخصة²، حيث لا يجوز للمالك أن يقوم بأي تصرف مادي على أرضه إلا بعد حصوله على رخص إدارية وشهادات عمرانية لتنفيذ الأعمال، وبين القيود الإيجابية التي تلزم المالك بالقيام بعمل ما³، كالزام المالك بوجوب استغلال الأرض الفلاحية حيث نجد هذا القيد في نص المادة 48 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري التي نصت على " يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق، نظرا للأهمية الاقتصادية المنوطة لهذه الأراضي وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير مباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموماً.

نستخلص مما سبق ووفقا لنص المادة 87 من المرسوم 63/76 على أنه لا يمكن الاحتجاج ضد الخلف الخاص للمالك الذي تلقى العقار أو الحق العيني العقاري من مالك لا يعلم أن سلفه ممنوع من التصرف إما بصفة مؤقتة أو أن سلطته في التصرف مقيدة⁴، حيث يتوجب في مثل هذه الحالة أن يكون الخلف الخاص على دراية بوجود الشرط وفقا لقاعدة الشهر المسبق لأن يجب شهر الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك في التصرف أو الحكم المثبت لذلك الشرط أو القيد أو عريضة الدعوى، أو باحتمال وجوده في حالة الدعوى، ولذلك لا تكون للخلف الخاص حجية في مواجهة المستفيد من هذا الشرط أو القيد.

¹ ليلي لبيض، مرجع سابق، ص، 166.

² قانون رقم 29/90، المؤرخ في 21/12/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 52، المؤرخة في 02/12/1990، ص 1652، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04، المؤرخ في 14/08/2004، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 51، المؤرخة في 15/08/2004، ص 04.

³ ليلي لبيض مرجع سابق، ص 167.

⁴ نسيمة موسى، مرجع سابق، ص 73.

أما في حالة ما إذا قام الخلف الخاص بإشهار حقه قبل شهر العقد أو الحكم المتضمن الشرط المانع أو المقيد أو قبل شهر عريضة الدعوى الرامية إلى ذلك فهنا يتعذر على الخلف الخاص العلم بوجود الشرط وبذلك لا يمكن المساس بحقه ولا يتأثر ذلك الحق بتفعيل الشرط أو القيد بعد إشهاره¹.

خلاصة الفصل الثاني:

إجراء الشهر العقاري هو الذي ينشئ الحق ويكون مصدر له، حيث لا وجود لهذا الحق قبل شهر التصرف أو الحكم أو الواقعة مصدر الحق، سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، فلحق العيني الذي ينشأ بالقيد لا يتأثر بالعيوب التي طرأت على التصرف لأن القيد يطهر التصرف من كل العيوب التي تشوبه وهنا تبرز حجية الشهر لأنه يعتبر عنوناً للحقيقة لا يمكن إثبات عكسها.

فالآثار التي يربتها التصرف بين الأطراف أو في مواجهة الغير ليس لها أي أثر ما لم تستكمل إجراءات الشهر العقاري، لأن العبرة ليست في صحة التصرف في حد ذاته بل بتمام إجراءات الشهر، والهدف من ذلك هو تطهير الحقوق العقارية و المحافظة على إستقرار المعاملات، وإن كان في الأصل أن التصرفات تكون قابلة للإلغاء أو الإبطال أو الفسخ، ومع

¹ فتحي ويس، مرجع سابق، ص 582.

ذلك فإنه يمنع التذرع والاحتجاج بمثل هذه الدفوع في ظل نظام الشهر العيني محافظة على استقرار المعاملات، حيث لا يمكن للمتصرف في حق عيني تم إشهاره أن يطلب إبطال أو فسخ التصرف لاسترداد الحق العيني المشهر، ذلك أن التصرف هو الذي كان معيبا وليس القيد، كما أن القيد هو الذي نقل الحق العيني وليس التصرف الذي ما هو إلا وسيلة مؤدية إلى الشهر، وهذا ما لم يأخذ به المشرع الجزائري حيث أجاز الطعن في التصرفات المشهرة وأخذ بمبدأ القوة الثبوتية النسبية للشهر.