

ضرورة تعميم شهر

جميع الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري

بقلم محمدي سليمان*

لقد قصر المشرع شهر الدعاوى العقارية على دعاوى محدودة في المادة 85 من المرسوم 63/76 وهي دعوى البطلان الفسخ والإلغاء والنقض. وجاء متأثرا في هذا التعداد بالقانون الفرنسي¹

والهدف من شهر هذه الدعاوى هو حماية الغير الذي اعتمد على الشهر من تطبيق الأثر الرجعي للبطلان إذ أجاز المشرع الطعن في التصرف المشهر.

وقواعد الشهر تحمي أساسا الغير لأنها تهدف إلى استقرار المعاملات وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بالأثر الرجعي لبطلان حق مشهر على الخلف الخاص إذا شهر حقه قبل التأشير بالدعوى.

فهل يجب قصر هذه الحماية على هذه الحالات المحدودة أم أن حماية صاحب الحق الأصل تقتضي أيضا شهر دعاوى أخرى إذا اتصلت بالعين؟ وهل يجب إذن شهر جميع الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري سواء تعلق بصحته أو نفاذه وذلك لأن من شأنها تعديل الحق العيني العقاري؟

لتبيان ذلك سأعرض إلى الأثر المترتب على عدم شهر الدعوى (أولا) ثم إلى أنواع الدعاوى المفروض شهرها مبرزا في كل دعوى أهمية التأشير بها (ثانيا) لأنتهى في الأخير إلى إبراز ما ينجر عن ذلك تحقيقا للتوازن بين استقرار المعاملات من جهة وضمان عدالة معينة لأصحاب الحقوق الأصلية، وهو الهدف الذي يسعى القانون إلى تحقيقه. (ثالثا)

* مكلف بالدروس. كلية الحقوق. جامعة الجزائر
1 (المادة 30 من مرسوم 04 / 01 / 1955 المتعلق بالشهر العقاري.

أولا : الأثر المترتب على عدم شهر الدعاوى المتعلقة بالعقار الذي انتقل إلى الخلف الخاص :

والمقصود بها الدعوى العقارية المرتبطة بالعقار الذي انتقل إلى الخلف الخاص سواء كان سند سلفه قابلا للإبطال أو النقص أو الإلغاء أو الفسخ وفقا لما تضمنته المادة 85 من المرسوم رقم 76 - 63 التي تنص على أن: ((إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ 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 75-74 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1395 الموافق 12 نوفمبر 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))

كما تنص المادة 86 من نفس المرسوم على أن: ((إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما تنتج 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 النقص قد تم إشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقص ، بحكم القانون ، تطبيقا للقانون)).

ويلاحظ في هذا الصدد أنه ليس للقضاء الجزائري موقفا ثابتا من شهر الدعوى فبعض القرارات تؤكد على ضرورة شهر الدعوى كشرط لقبولها¹ ، بينما تذهب قرارات أخرى إلى عكس ذلك².

وإذا كان سند الخلف الخاص باطلا أو قابلا للإبطال أو النقص أو الإلغاء فإنه يتحمل العيب الذي يشوب سنده . ولكن هل يجوز الاحتجاج عليه بالعيب الذي يشوب تصرف السلف؟

(1) لقد سبق أن ذكرت موقف القضاء من شهر الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو نقض أو إلغاء حقوق عقارية تم شهرها القرارات التي تشترط شهر الدعوى (المحكمة العليا القرار رقم 108200، ومجلس الدولة القرار رقم 004851 .)

(2) القرارات التي ترى أن شهر الدعوى غير ضروري القرار رقم 130145 ، القرار 184151 لأنه يتعلق بمصلحة خاصة للمتقاضين

فلاحتجاج عليه بذلك يجب شهر الدعوى أو الحكم الصادر في الدعوى قبل شهر الخلف الخاص لحقه أو شهر سبب الإبطال قبل انتقال الحق إلى الخلف الخاص وإذا كان لا يمكن تصور أن يكون نقص الأهلية مثلا هو سبب الإبطال في ظل السجل العيني لأن المحافظ العقاري يراقب ذلك (المادة 103 من المرسوم 63/76).

ولكن يمكن أن يكون سبب الإبطال عيب من عيوب الإدارة أو حالة من الحالات الخاصة التي نص فيها القانون على القابلية للإبطال.

فإذا تصرف السلف وكان سنده قابلا للإبطال وطُعن فيه وقضي بإبطاله فهل يحتج بذلك على الخلف الخاص؟ فإذا لم يشهر الطاعن الدعوى قبل انتقال الحق إلى الخلف الخاص، تلقى هذا الأخير الحق مطهرا ويشترط لذلك أن يكون سند الخلف الخاص صحيحا فإذا كان صوريا¹ أو باطلا فلا يحتج به وإن تم شهره قبل شهر الدعوى².

وفي هذه الحالة لا يكون للمدعي إلا الرجوع على المدعي عليه (السلف) وفقا للقواعد العامة لمطالبته بالتعويض لأنه لا يمكنه مطالبة الخلف الخاص.

كما قد يكون السند قابلا للفسخ لوجود شرط فاسخ أو لإخلال السلف بالتزاماته والذي يرجع أساسا إلى الالتزام بدفع الثمن ما دامت العين تم التصرف فيها إلى سلف فيكون في غالب الحالات مشتريا فإذا لم يشهر الدائن (البائع) دعوى الفسخ وكان الخلف الخاص قد شهر حقه قبل ذلك، فلا يعمل الأثر الرجعي للفسخ ويرتب التصرف المشهر كافة آثاره. ويترتب على هذا إمكانية مطالبة المدعي، السلف المتعاقد بالتعويض لا غير.

هذا إذا لم يكن قد نشأ أو ثبت للطاعن باعتباره دائنا حق نافذ في مواجهة الخلف الخاص كامتياز بائع العقار (المادة 999 مدني)، أما في غير هذه الحالة فتعتبر حماية الغير الذي اعتمد على الشهر، حماية منطقية لأن سبب الفسخ أو الإبطال لم يكن معلوما وقت التصرف وكان على المدعي حماية حقه مسبقا بالشهر.

(1) وهذا تطبيقا لقواعد الصورية

(2) تطبيقا للشطر الأخير من المادة 86 من المرسوم 63-76 والتي تبين أهمية السند إلى جانب التصرف

ثانيا : أنواع الدعاوى المفروض شهرها :

أعرض فقط لبعض الدعاوى التي أرى أن شهرها يحقق نوع من الفعالية لصاحب الحق الشخصي ومنها دعوى الرجوع عن الهبة (أ) ، دعوى الاستحقاق (ب) دعوى الشفعة (ج) دعوى الموعود له ببيع العقار (د) دعوى الصورية(هـ) الدعوى البولصية (و) .

أ : دعوى الرجوع عن الهبة :

المفروض أنه لا يجوز الرجوع في الهبة¹ إذا تصرف الموهوب له في العين محل الهبة بأي سبب سواء كان بيعا، هبة، أو وقفا، الهبة تلزم بالتبرع² لأن تبديل الملك كتبديل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها³ والرجوع عن الهبة قد يكون بالتقاضي إذا رفض الموهوب له بالتراضي فلحمايته من إمكانية تصرف الموهوب له في العين يصبح من الضروري إخضاع دعوى الرجوع عن الهبة إلى التأشير.

ويذهب أغلب الفقهاء إلى إمكانية رجوع الوالدين في هبتهم والقول أن التصرف في العين محل الهبة للغير يصبح مانعا للرجوع فيها مما يبرز أهمية شهر دعوى الرجوع لإمكانية الاحتجاج بها في مواجهة الغير، فيصبح المتصرف له (الموهوب له) عالما حكما باحتمال الحكم بالرجوع عن الهبة فيحتج عليه بذلك.

ب : ضرورة شهر المفقود بعد ظهوره لدعوى الاستحقاق :

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته فيأخذ ما بقي من نصيبه من بين أيدي الورثة وفقا لما نصت عليه المادة 115 أسرة.

إن تصرف الوارث الظاهر في العين يعتبر تصرفه صحيحا ولاعتبار الوارث وارثا ظاهر يشترط أن يتوفر فيه شرط حسن النية فما خرج من بين أيدي ورثة المفقود من

(1) المادة 211 أسرة

(2) مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي: أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية ، القاهرة الطبعة الأولى 2001/2000، ص179

(3) عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 5 دار النهضة العربية . القاهرة بدون تاريخ ص.212

حق عيني عقاري إثر البيع أو الهبة مثلا وتم شهره فلا يجوز للمفقود استرجاعه بعد ظهوره ويستند المشرع إلى المذهب الحنفي متأثرا بالقانون المصري الذي يذهب إلى أن المفقود إذا عاد يسترد فقط ما كان في ملك الورثة أما ما استهلكوه أو تصرفوا فيه فلا يرد.

ولكن يذهب المالكية والحنابلة إلى خلاف ذلك، فيذهب فقهاء المذهبين إلى القول باسترجاع المفقود بعد رجوعه أمواله سواء في يد الورثة أو المتصرف إليهم¹ والمفروض على الأقل التفرقة بين الحالة التي يكون فيها المتصرف عالما بحياة المفقود والحالة التي لا يكون كذلك .

وتقتضي حماية المفقود شهر دعاوى الاستحقاق، ويذهب الفقه المصري بالإجماع إلى أن سوء نية الغير (المتصرف إليه من الوارث) يفقده الحماية أي يجوز للمفقود استرجاع العين أو الحق العيني العقاري منه ويكون الغير سيئ النية إذا كان عالما بحياة المفقود رغم الحكم بموته².

ويقتضي المنطق والعدالة ذلك وخير حماية تقدم للمفقود في هذه الحالة هي إمكانية شهر دعاوى الاستحقاق بحيث يعتبر من هذا التاريخ الغير عالما حكما بحق المفقود.

ج : شهر دعوى الشفعة:

إن الشهر ليس مانعا من الأخذ بالشفعة ويجوز للشفيع طالما لم يعلن بالشفعة ممارسة حقه في خلال سنة من الشهر لكن تصرف المشتري في العقار أو الحق العيني العقاري محل الشفعة للغير وإن كان لا يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة ولكن لا يجوز له ممارستها إلا في مواجهة المشتري الثاني وبشروط البيع الثاني مما قد يلحق ضررا به ويأتي شهر دعوى الشفعة حماية للشفيع على أنه إذا تصرف المشتري في العقار للغير يكون حق الشفيع نافذا في مواجهته إذا تم شهر دعوى الشفعة فلا يلزم الشفيع إلا

(1) نبيل صابر عبيد: حماية الخلف الخاص في التصرفات العقارية من زوال سند السلف، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 ص 202

(2) فتيحة قرّة: أحكام الوضع الظاهر، منشأة المعارف، الإسكندرية ن بدون تاريخ، ص 86

بشروط البيع الأول الذي تم قبل شهر دعوى الشفعة ومن مصلحة الشفيع المبادرة باتخاذ إجراء شهر دعوى الشفعة ليتمكن من الاحتجاج بها في مواجهة الغير.

كما قد يتضرر الشفيع نظرا لعدم اشتراط شهر دعوى الشفعة وذهبت المحكمة العليا في قرار لها إلى أن شهر دعوى الشفعة غير ضروري وهو لا يندرج ضمن المادة 85 من الرسوم 63.76¹.

ولكن آثار دعوى الشفعة لا تختلف عن آثار الدعاوى العقارية المطلوب شهرها إذ يتمثل ذلك في أنه قد يتصرف المشتري في العقار المشفوع فيه للغير وإن كان يجوز الأخذ بالشفعة في مواجهته إلا أنه يتم ذلك بشروط العقد الثاني (المادة 797 مدني) وهذا قد يلحق ضررا بالشفيع ، كما قد يحرمه من الأخذ بالشفعة إذا كان التصرف هبة أو مقايضة أو لأشخاص لا يجوز الأخذ في مواجهتهم بالشفعة ، كما أنه قد يرتب على العقار المشفوع فيه حقوق عينية للغير سواء عينية جزئية أو تبعية فيتحملها الشفيع إذا لم يشهر دعوى الشفعة قبل اكتساب الغير هذه الحقوق .

ويأتي شهر دعوى الشفعة درءا لهذه المخاطر ، فكان يجب أن يكون النص خاص بجميع الدعاوى العقارية بما في ذلك دعوى الشفعة.

د : شهر دعوى الموعد له بالبيع العقاري :

إذا أعلن الموعد له بالبيع رغبتة في الشراء ونكل الواعد يستطيع الموعد له رفع دعوى ويقوم الحكم مقام العقد (المادة 72 مدني) ، ولا شك أن الحكم يجب شهره ولكن بمجرد رفع الدعوى لاستصدار الحكم تتحقق حماية الموعد له الذي أعلن عن رغبتة في الشراء في الوقت المحدد إذا تم شهرها وذلك درءا لخطر تصرف الواعد وهو

1) المحكمة العليا القرار رقم 194437 بتاريخ 2000/04/26 القضائية لسنة 2000 العدد 1 ص 156 : ((ولما تبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة بإثبات حقها في الشفعة شكلا لأنها لم تشهر دعوها طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76 ، فإن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون لأن أحكام هذه المادة تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها والحال ليس أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها وبين أختها وهي تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض....))

المالك في العين للغير وشهر هذا الأخير حقه فلا يمكن بعد ذلك للموعد له إلا المطالبة بالتعويض .

بينما الهدف من دعوى الموعد له هو التنفيذ العيني فيكون التأشير بالدعوى في انتظار الحكم القضائي النهائي حماية للموعد له من تصرف الواعد في العين . ويظل تصرف الواعد جائزا ولكن فقط لا يحتج به على الموعد له من تاريخ التأشير بالدعوى المتعلقة بالحق العيني المزاحم المشهر ويكون الحكم نافذا في مواجهة الغير الذي أشهر حقه بعد التأشير بالدعوى ، فيكون لنافذ الحق الشخصي هنا فعالية ونستطيع القول أننا فعلا أمام قواعد النفاذ، فالتعويض بمقابل أو تعويض عن الضرر ليس هو هدف الموعد له وإنما غرضه هو الحصول على التنفيذ العيني ،ويمكن تحقيق حماية له عن طريق التأشير بالدعوى ، وبالتالي حماية الحقوق الشخصية وضمان استقرار المعاملات إذ يفترض في الغير المتصرف إليه العلم من تاريخ التأشير بالدعوى.

هـ : شهر دعوى الصورية:

لا يجوز الاحتجاج في مواجهة المتعاقد الحقيقي بالعقد الصوري لأن الدعوى تتعلق بالطعن في وجود التصرف ، وللمتصرف إليه بالعقد الحقيقي رفع دعوى الصورية لأن الدعوى تتعلق بالطعن في وجود التصرف ، فيجوز شهرها وذلك لأن الغير الذي اعتمد على السجل العيني وتم التصرف له بمقتضى العقد الصوري يستطيع إذا كان حسن النية الاحتجاج بحقه مما يلحق ضررا بالتمسك بالعقد الحقيقي وخاصة الخلف الخاص¹.

ولا يمكن القول أن المتعاقد الذي اعتمد على الشهر يتمتع بالأفضلية إذ العدالة والقواعد العامة تشترط حسن النية وتماشيا مع هذا فشهر دعوى الصورية يحمي التمسك بالعقد الحقيقي من تصرف المالك الظاهر في العين ثانياً للغير الذي اعتمد على السجل العيني وبالتالي يصبح حقه نافذا في مواجهة التمسك بالعقد الحقيقي.

(1) لأن الدائن يمكنه الحصول على حقه إذا كان الضمان العام كاف لذلك أما الخلف الخاص فهدفه هو الحق العيني وبالتالي الضرر الذي يلحقه لا يمكن جبره بالتعويض التقدي.

فالشهر من المفروض أن يضمن حماية الغير واستقرار الملكية العقارية فإذا أصبح وسيلة لجعل العقد الصوري حقيقة وناظدا في مواجهة الغير، فيكون قد أخفق في تحقيق الهدف منه ،ويجب ألا ينقلب إلى وسيلة للإضرار بأصحاب الحقوق الأصلية¹.

و : شهر الدعوى البولصية:

إن رفع الدعوى البولصية تكون في مواجهة المتصرف إليه ولا يعني عدم شهرها أنه لا يمكن الاحتجاج بها على المتصرف إليه إذ تصبح هذه الدعوى بدون جدوى إذا اشترطنا ذلك ،ولكن قد ترفع أيضا مواجهة المتصرف إليه الثاني وإمكانية المتصرف للغير الاعتماد على الشهر ويحتج بحسن نيته لذلك فلضمان حق الدائن ولحمايته من هذا التصرف الثاني يستحسن إخضاع الدعوى البولصية للشهر.

وهدف الدعوى البولصية هو الطعن في التصرف وهو إذا كان عدم النفاذ يقترب من البطلان والفسخ إذ تعود العين إلى ذمة المدين وضمانه العام²، فإذا كان يمكن المتصرف إليه مطالبة المتصرف بدعوى ضمان الاستحقاق فهذا يعني مجرد تعويض بمقابل ولهذا فقد أخضع القانون الفرنسي الدعوى البولصية للشهر، وتكمن أهمية شهرها في إمكانية الاحتجاج بها في مواجهة المتصرف إليه الثاني إذ يفترض علمه الحكمي من تاريخ التأشير بالدعوى ولا يمكنه الاحتجاج بحسن نيته من ذلك الوقت³.

وألاحظ بأنه وإن كانت المادة 85 و86 مرسوم 63/76 جزائري مستقيمتان من المادة 1/30 مرسوم 1955/01/4 الفرنسي المتضمن قانون الشهر العقاري فإن أساس اقتصار المادة على الإلغاء، والبطلان والفسخ هو النظر إلى الأثر الرجعي للبطلان وحماية الغير الذي اعتمد على الشهر من هذا الأثر الرجعي⁴.

1) ARRIGHI (J.P) : APPARENCE ET REALITE EN DROIT PRIVE thèse dactylographiée . faculté de droit. NICE . 1974 . p.155

2) TERRE,SIMLER ,LEQUETTE :DROIT CIVIL les obligations.6é. éd. Dalloz.Paris.1998. p.855

3) PIEDELIEVRE :. TRAITÉ DE DROIT CIVIL ..la publicité foncière .L.g.d.j. Paris .2000 p143

4) MAGNIN : publicité foncière JCL civil Fasc10..sanctions de défaut de publicité autres que l'inopposabilité n20 aussi FOURNIER : publicité foncière ency. dalloz. civil. n116

الهدف هو حماية الغير من الأثر الرجعي للبطلان

ولكن سرعان ما تبين للفقهاء ضرورة تعميم شهر الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري لحل التزاحم بين حق مشهر وحق غير مشهر¹.

ولقد تردد القضاء الفرنسي حول جزاء عدم شهر الدعوى هل هو عدم قبولها أم لا.

فلقد ذهب بعض الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى جواز، إثارة القاضي تلقائياً، عدم قبول الدعوى إذا لم تشهر لأن قواعد الشهر العقاري من النظام العام، إلا أن غالبية القرارات القضائية الفرنسية تذهب إلى أن الهدف من شهر الدعوى هو حماية المصالح الخاصة ولا يجوز أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه²، لأن أن شهر الدعوى تقرر لحماية الغير من الأثر الرجعي للبطلان أو الفسخ أو الإلغاء والقول بعدم قبول الدعوى إلى أن تشهر قد تلحق ضرراً برافعها وإذا كان الأمر متعلق بالفسخ أو الإبطال للعين ومدة التقادم قصيرة فيؤدي هذا في بعض الحالات إلى تضييع حق المدعي³ لهذا لا تقرر غالبية الفقهاء والقضاء الفرنسي أن يكون جزاء عدم شهر الدعوى هو عدم قبولها⁴.

ولكن هذا لا يمنع أن يكون الجزاء هو عدم نفاذ الحق المزاحم في حالة شهر الدعوى بل هو الجزاء الوحيد.

وقد ذهب الفقهاء الفرنسيين إلى تعميم الشهر الدعاوى المتعلقة بالعقار وذلك سواء بالنسبة للهبة حيث يجوز في الأصل الرجوع فيها في القانون الفرنسي إذا أصبح للواهب فرعاً وارثاً، وفي حالة عدم امتنان الموهوب له فحماية الواهب تتطلب شهر دعوى الرجوع⁵ كما سبق القول أن القانون الفرنسي أصبح يجيز شهر الدعوى البولصية⁶.

وقد تعرضت للقانون الفرنسي في هذه المسألة لأنه المصدر المادي للنص الجزائري وبالتالي يبدو أن تطور الفقه نحو تعميم التأشير بالدعاوى العقارية أمر إيجابي وحتمي

1) ROCHE : La prénotation ou l'inscription provisoire . R.T.D.C.1965.P.49

2) MAGNIN :art.précit.fasc..10 n.20

3) MAGNIN :art.précit.fasc..10 n.20

4) MAGNIN : fasc. 10 n23 DAGOT : publicité foncière PUF Paris 1981 p189

5) DAGOT : publicité foncière .JCL civil FASC3 .n 82

6) PIEDELEIVRE : op.cit.p143

إذ تبين أن الدعاوى التي تأثر على الحق العيني العقاري المشهر ليست دعوى البطلان أو الفسخ والإلغاء فقط وبالتالي لا مبرر لاقتصار الشهر عليها فقط.

ثانيا : شهر الدعوى: آلية لتحقيق التوازن بين أصحاب الحقوق الأصلية والحقوق المشهرة:

هل التردد القضائي حول ضرورة شهر الدعاوى الشخصية المتعلقة بالعقار يعني عدم جدوى رفع هذه الدعاوى أم أن شهر هذه الدعاوى يحقق حتما فعالية نفاذ الحق الشخصي وهو الحق الأصل مما يقتضي الإبقاء على النص وتوسيعه بصدد الدعاوى الأخرى المقترح شهرها.

يجب التأشير بكافة الدعاوى التي تتعلق بحق عيني عقاري مشهر سواء تعلق الأمر بصحة أو فسخ أو نفاذ أو إلغاء التصرف ويترتب على شهر الدعوى أنه إذا تقرر حق المدعي بحكم نهائي وأشهر طبقا للقانون فيكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ شهر الدعوى وتكون حجة على المتصرف إليه الثاني في الدعوى الصورية والدعوى البولصية، والمتصرف إليه في العين الموعد بيعها في حالة إعلان الرغبة في الشراء في الوعد بالبيع، والمتصرف إليه من الموهوب له في حالة الرجوع عن الهبة وفي دعوى الشفعة.

وأرى في هذا تحقيقا لفعالية نفاذ الحق الأصل بحيث سيتمكن رافع الدعوى من استرجاع العين وعدم نفاذ الحق العيني المزاحم في مواجهته، ففعالية نفاذ الحق الشخصي مرتبطة بالاحتجاج به في مواجهة الغير، بينما عدم التأشير بالدعاوى السابقة الذكر سيؤدي إلى أن هذه الدعاوى ولو كان الهدف منها استرجاع العين سواء شخصيا-كما في حالة الرجوع عن الهبة، دعوى الاستحقاق الوارث الظاهر أو دعوى الموعد بالبيع أو دعوى الخلف الخاص في الصورية- أو دمجها في ذمة المدين- كما في حالة الدائن في الدعوى البولصية والدائن في الصورية- وهذا لا يمكن أن يتحقق إذا كان الغير حسن النية مما يعني إعاقة أعمال قواعد النفاذ، وعدم جبر الضرر الذي أصاب أصحاب الحقوق الأصلية لأن التعويض بمقابل لا يكون حتما هو الهدف المنشود من هؤلاء.

كما أن الرجوع على المتصرف أو المتعاقد المباشر بالتعويض قد لا يكون ممكنا أيضا إذا كان هذا الأخير معسرا فيؤدي ذلك إلى أن رفع الدعوى يكون بدون جدوى ، بينما كان يستطيع صاحبها تفادي ذلك بالتأشير و يعتبر من يوم التأشير بالدعوى في مآمن إذ يستطيع الاحتجاج بحقه على الغير.

إن حماية صاحب الحق الأصلي الذي يتأثر من كسب الغير حقا عينيا وشهره خاصة - إذا لم يكن هدفه هو الحصول على التعويض بل استرجاع العين- تتمثل في التأشير بالدعوى حتى تكون حجة على من اكتسب حقا عينيا بعد التأشير ولا يخص ذلك دعوى البطلان أو فسخ والإلغاء فقط بل جميع الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري مشهر لأن الضرر الذي يلحق الغير واحد في جميع هذه الحالات إذ تؤدي إلى زوال الملكية.

ويعد رفع الدعوى من الوسائل الاحتياطية لحماية حق المدعي ، فإذا قام الغير بشهر حقه بعد شهر الدعوى اعتبر سيئ النية حكما.

فمبرر الحماية موجود في جميع الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري مشهر وإذا كان القضاء الجزائري متردد اليوم حول إمكانية إثارة القاضي للمادة 85 من تلقاء نفسه أم أن النص غير متعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه إلا أن ذلك لا يؤثر في كون النص يحمي الحقوق الخاصة وبالتالي يعطي فعالية للحق الشخصي ، والقول بنفاذ الحق الشخصي يعني تدعيم تعميم التأشير بالدعاوى .

وهذا يحقق عدالة تعيق قواعد الشهر إعمالها بحجة استقرار المعاملات ، فيمكن تحقيق توازن بين هذه الحقوق الشخصية والحقوق العينية إذ أن حماية صاحب الحق الشخصي الثاني تتحقق بتعويضه عن الضرر فإنه في الحالة الأولى ولارتباط الحق بالعين لا يمكن أن تكون هناك فعالية لنفاذ الحق الشخصي إلا بالتعويض العيني ، و بشهر الدعوى يمكن تحقيق ذلك في حالات معينة ، ولهذا المفروض إجازة شهرها ، والأحظ أنه يجب أن تسعى قواعد القانون إلى تحقيق هذه العدالة.

جانفي 2004
محمد سليمان