

الدعاوى العقارية والصعوبات التطبيقية التي يثيرها شهرها

Real-Estate Lawsuits and The Difficulties of Application Raised by their Publication

زهودور إنجي هند نجوى ريم سندس

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 (الجزائر) ihzahdour@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2020/06/01

تاريخ القبول: 2020/05/10

تاريخ الاستلام: 2020/03/06

الملخص:

الشهر العقاري نظام تقني يهدف إلى تثبيت الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، الأمر الذي يمنح للغير قدرا من الائتمان والطمأنينة في التعامل بشأن العقار محل الشهر. لم تقتصر إجراءات الشهر العقاري على شهر الحقوق والوثائق المثبتة للحقوق العقارية بل تعدتها لتشمل أيضا الدعاوى العقارية من خلال التأشير الهامشي على عرائض افتتاحها إذا تضمن موضوع الدعوى مسألة ترمي إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض أو تعديل حق عقاري وقوفا على ما قضت به المادة 85 من المرسوم رقم 63/76، وإذا أكد المشرع الجزائري على ضرورة هذا الإجراء فإنما قصد من ورائه حماية المدعي بالحق العيني العقاري.

أمام ما خلقتة المادة 85 من جدل وأمام تعارض آراء واجتهادات القضاء بين رأي مؤيد وآخر معارض لإجراء شهر الدعوى، تدخل المشرع الجزائري ووضع حدًا لذلك الجدل بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة 17 و 519 من القانون رقم 09/08، وزاد الأمر تأكيداً في المادة 16 مكرر التي أدرجها في الأمر 74/75 بموجب المادة 35 من القانون 18/18 المتضمن قانون المالية لسنة 2019. لكن رغم الجهود المبذولة من قبل المشرع، إلا أن الصعوبات الإجرائية لا تزال تثير إشكالات يخشى أصحابها ضياع حقوقهم بسببها.

الكلمات المفتاحية: الشهر، التأشير الهامشي، الدعوى، الفسخ، الإلغاء، المحافظ العقاري

Abstract

Land registry is a technical system that aims at stabilizing land ownership and real property rights, giving people a certain degree of trust and confidence in dealing with the property subject to publication. The procedures of land registry include not only the publication of the rights and the documents that prove land ownership but also real-estate lawsuits through marginal mark-up mentioned on its opening petitions if the subject matter of the lawsuit is a case that intends to a dissolution, or an invalidation, or an annulment, or a revocation, or a modification of a property right in accordance with Article 85 of Decree N° 76/63. Since the Algerian lawmaker has stressed the necessity of this procedure, this reflects his desire to let the plaintiff having his real property rights protected. Due to the controversies surrounding Article 85 and the conflicting judicial opinions that arouse between supporters and opponents over the publication of lawsuits procedures, the Algerian legislator intervened to put an end to that row with the amendments made to the Code of Civil and Administrative Procedures under Article 17 and 519 of Act N° 08/09. The lawmaker has further confirmed this ruling in Article 16 bis that he incorporated in Order 75/74 under Article 35 of Act 18/18 containing the Finance Law for 2019. Yet, despite the efforts made by the legislator, procedural difficulties still raise issues that may lead to the loss of people's rights.

Keywords: Land registry, marginal mark-up, lawsuit, dissolution, annulment, real-estate conservator.

مقدمة:

يعتبر الشهر عملية تقنية تظهر أهميتها في تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية قيما على المبادئ التي تقوم عليها من تخصيص ومشروعية وقوة ثبوتية . واعتبر الشهر السبيل الأمثل للتحكم في تنظيم الملكية العقارية وضمان الحماية والائتمان العقاري من خلاله.

لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد تبني أنظمة مختلفة في الشهر العقاري بقديهما وحديثها ولم يتهاون في وضع أحكام قانونية تعمل على إرساء قواعد الملكية العقارية، أهمها الأم رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، وقد شهد تعديلا أخيرا بموجب القانون رقم 18/18 المؤرخ في 2018/12/27 المتضمن

قانون المالية لسنة 2019 في المادة 35 منه، ووافقت هذا الأمر مجموعة من القوانين والمراسيم الأخرى التي كانت تصب في نفس الشأن والهدف رغم ما سجلته من مآخذ ومحاسن.

ورغم تعدد الحقوق والمحرمات الواجبة الشهر، إلا أن موضوع الدراسة سيهتم بالنظر إلى شهر عريضة افتتاح الدعاوى العقارية والتي أكدت عليها المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1975/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، والتي قصد من خلالها المشرع إعلام المتعامل في العقار بالخطر المحتمل الذي قد يتعرض له عند إبرام تصرفات قانونية بشأن العقار موضوع الدعوى، وللمحافظة على حق المدعي في حالة صدور الحكم لصالحه.

لذلك ألزم المشرع شهر الدعاوى العقارية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض أو تعديل حقوق ناتجة عن وثائق تمّ إشهارها مسبقا.

ورغم وضوح مضمون هذه المادة ومواد أخرى في هذا الإطار، إلا أن الرأي القضائي يشهد جدلا كبيرا حول الطبيعة القانونية لهذا الإجراء وحول وجوب أو جواز شهر عرائض افتتاح الدعاوى العقارية. إلا أنه استقر أخيرا بعد صدور القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المواد 17 و 519 منه، إضافة إلى نص المادة 16 مكرر من القانون رقم 18/18 المتضمن قانون المالية لسنة 2019.

رغم إلمام المشرع الجزائري بكم لا يستهان به من الأحكام القانونية العقارية التي - في اعتقاده - تكفي للتصدي للمنازعات العملية القائمة أمام المحاكم، إلا أن الإشكال المثار، إلى أي مدى نجح المشرع في حماية أصحاب العقارات والحقوق العينية العقارية وهل يمكن الجزم أن النصوص القانونية الحالية كفيلة وكافية لحل الإشكالات التي تثيرها أطراف وإجراءات عملية شهر الدعاوى العقارية؟

محاولة مني لتوضيح حلول هذه الإشكالية تبينّت التطرق إلى النقاط التالية :

أ- الدعاوى الخاضعة للشهر وإشكالية تحديد طبيعته

- أنواع الدعاوى القضائية التي تستلزم إجراء الشهر
- إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لشهر الدعاوى بين التشريع والقضاء
- ب- الآثار القانونية المترتبة على شهر الدعاوى وإشكاليات تطبيق هذا الإجراء
- شهر الدعاوى العقارية وأثره المقيد
- الصعوبات الإجرائية لشهر الدعاوى العقارية

1. الدعاوى الخاضعة للشهر وإشكالية تحديد طبيعته

تنص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي: "إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 4/14 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 و المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري، وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار".

واضح من هذه المادة - رغم قدمها قدم المرسوم- أن كل الدعاوى الرامية إلى فسخ أو إبطال أو نقض حقوق ناتجة عن حقوق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم شهرها مسبقا لدى المحافظة العقارية المختصة، ونتيجة لذلك فإن عملية الشهر العقاري لا تقتصر على التصرفات القانونية المنصبة على عقار بل تشمل الدعاوى القضائية إذا تعلق موضوعها بفسخ أو إبطال أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق أشهرت بالمحافظة العقارية حسب ما أقرته المواد من 515 إلى 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد عمل المشرع الفرنسي أيضا بهذا المبدأ بموجب المادة 30 من المرسوم المؤرخ في 1955/01/04، إذ قرر بأن الدعوى غير المشهورة بمحافظة الرهون، تقع تحت طائلة عدم القبول من الجهة القضائية المرفوع أمامها النزاع.¹

ويتم شهر هذه الدعاوى عن طريق التأشير الهامشي إذا كانت ترمي إلى الطعن في صحة التصرف الذي تضمنه المحرر المشهر بالمحافظة العقارية، ومادام الأمر كذلك، فإنه يتعين على الجهات القضائية الفاصلة في النزاع أن تراعي الإجراءات والشروط الخاصة بالدعاوى العقارية من حيث الشكل ومن حيث الموضوع والتقييد بالمادتين 17 و519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فمن حيث الشكل يجب إشهار الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقل حقوق عينية عقارية، وفي حالة عدم إتمام هذا الإجراء من المدعى أو المدعين و عدم تقديم ما يثبت القيام به لدى المحافظة العقارية، تعين وجوبا عدم قبول الدعوى شكلا تطبيقا لنص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 والمادة 14 من الأمر رقم 74/75.

ومن حيث الموضوع، يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى العقارية جميع البيانات المتعلقة بالعقار محل الدعوى وإسم العقار ومكانه ومساحته وحدوده ورقمه وغيرها من البيانات الضرورية لحسم النزاع مع إرفاق سند ومخطط العقار في آن واحد.

وانقسم رأي القضاء فيما يخص شهر الدعاوى القضائية إلى رأي يقر بضرورة الشهر ليتم قبولها أمام القضاء، ورأي ثان يرى أن عملية شهر الدعاوى ما هي إلا حماية لرافع الدعوى وأنها إجراء إختياري.

1.2. أنواع الدعاوى القضائية التي تستلزم إجراء الشهر

¹ . Philippe Simler et Philippe Delebecque , Droit civil.les suretés, la publicité foncière, 2^e édition, Dalloz, 1995, p 622.

خص المشرع الجزائري بعض أنواع الدعاوى العقارية و أوجب شهر عريضتها الافتتاحية على مستوى المحافظات العقارية، ويتم إثبات الشهر أمام القضاء بوسيلتين: إما بموجب شهادة تسلّم من قبل المحافظ العقاري المتواجد بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه أو بالتأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الشهر.¹

ومن بين الدعاوى التي تستوجب الشهر:

دعوى الفسخ: هي الدعوى التي تهدف إلى فسخ التصرف كدعوى الفسخ في العقود الملزمة للجانبين،² وترفع هذه الدعاوى في حالة إخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه، كأن يمتنع المشتري عن تسديد ثمن العين المباعة المتبقي في ذمته إذا كانت عملية البيع قد تمت بالتقسيط، إن دعوى البائع ضد المشتري بفسخ عقد البيع تركز على حق شخصي، وهو حق البائع في طلب الفسخ لعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع كامل الثمن، وعلى حق عيني وهو حق البائع في أن يسترد العقار الذي يعود إلى ملكيته نتيجة الفسخ، وبالتالي يجوز رفعها أمام محكمة موطن المدعى عليه طبقاً للمادة 37 و 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبارها دعوى شخصية أو أمام محكمة موقع العقار باعتبارها دعوى عقارية، ويكون للمدعي الخيار في رفعها أمام أي من هاتين المحكمتين اللتين تشتركان في الاختصاص مادامت الدعوى جامعة للصفتين (الشخصية والعقارية) وهذا ما نصت عليه المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن الدعاوى المختلطة.

وعليه فإنه طبقاً للمادة 119 من القانون المدني يجب أن تتحقق شروط لإمكانية المطالبة بالفسخ، فلا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين، ولا يكون الفسخ إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ

¹ . جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 112.

² . رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1985، ص 219.

التزامه ولا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعدا للقيام بالتزامه وقادرا على إعادة الحالة إلى أصلها، طبقا للمادة 122 من القانون المدني.

ففي العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه.

أما العقود الملزمة لجانب واحد، كالوديعة والكفالة بغير أجر والهبة بدون عوض، فإنه لا يمكن تصور الفسخ فيها، لأن طرفا واحدا هو الملتمزم، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أي مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أي التزام، بل مصلحة هي أن يطلب تنفيذ العقد.¹

دعوى الإبطال: ترفع هذه الدعوى إذا ما اختل شرط من شروط صحة التصرف، كانهدام الأهلية أو وجود عيب من عيوب الإرادة كالتدليس أو الإكراه أو الغلط أو الاستغلال أو الغبن.

والبطلان نوعان: بطلان نسبي وهو ما يعرف بالإبطال والدعوى المرفوعة بشأنه تدعى دعوى الإبطال، وبطلان مطلق والدعوى التي ترفع به تدعى دعوى البطلان.

ففي العقد الباطل يجوز أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة في ذلك، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقا للمادة 102 من القانون المدني.

وفي العقد القابل للإبطال، فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذي تقرر البطلان لصالحه دون المتعاقد الآخر، طبقا للمدة 99 من القانون المدني.

حيث خول المشرع الجزائري طبقا للمادة 722 من القانون المدني للملاك على الشيوع حق لكل شريك المطالبة بالخروج من المال الشائع، ما لم يكن مقيد على البقاء فيه، كما ألزم المشرع شهر القسمة لدى مصالح الحفظ العقاري.

¹ عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيق وفقا للفقهاء وما هو ثابت في التشريع الجزائري ومستقر عليه في قضاء المحكمة العليا مدعما بالاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 396.

غير أننا نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى للمتضررين من العقود القائمة على حقوق عينية عقارية حق اللجوء إلى القضاء رغم أن ذلك الحق قد تم شطبه، وذلك للمطالبة بإبطال العقد أو نقض القسمة الرضائية الحاصلة بين الشركاء في المال الشائع، حيث أننا نجد أن هذه الحقوق التي تم شطبها قد يتضرر منها ذوي الحقوق كون أن الشهر العقاري ليس دوره القيام بتصحيح هذه التصرفات، الأمر الذي سمح به القانون الجزائري للمتضررين طلب طعنه أمام القضاء.

دعوى الإلغاء: ترفع هذه الدعوى في حالة المطالبة بإلغاء عقد إداري أو قرار إداري ناقل للملكية العقارية باعتبار أن العقد الإداري يشكل في التشريع الجزائري وسيلة من وسائل نقل الملكية العقارية،¹ ومن بين تلك الدعاوى، الدعاوى المتعلقة بالتنازل عن الأملاك العقارية طبقاً للمادة 02 من القانون 81-01 المؤرخ في 1981/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني والمهني والتجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري و المؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية.²

ولا يمكن ذكر دعوى الإلغاء دون التطرق إلى موضوع التحقيق العقاري الصادر بموجب القانون رقم 07-02 المؤرخ في 2007/02/27 الذي يتضمن تأسيس إجراءات معاينة حق الملكية العقارية وتسليم السندات، حيث أعطى المشرع الجزائري للمتضررين من عمليات التحقيق العقاري وكذا من تسليم شهادة الحياة حق الطعن أمام القضاء عن طريق طلب إلغائها، وقد ألزمت خضوع العريضة الافتتاحية لطلب الإلغاء لعملية الشهر حسب ما يفهم من مضمون المادة 85 من المرسوم رقم 76-63.

¹. ليلي زروقي وحدي باشا عمر، المنازعات العقارية دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 232.

². عبد الوهاب بوضرسة، المرجع السابق، ص 398.

دعوى النقص: إذا أثبت أحد المتقاسمين في القسمة الرضائية أنه قد لحقه غبن يزيد على الخمس كان له الحق في الطعن بنقض القسمة التي تمت،¹ ويجب أن ترفع هذه الدعوى خلال السنة التالية للقسمة طبقاً للمادة 732 من القانون المدني.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا من خلال القرار رقم 43462 المؤرخ في 87/12/16 المنشور في المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 03، ص 14:

" من المقرر قانوناً، أنه لا يجوز في قسمة التراضي إلا إذا أثبت أن أحد المتقاسمين قد لحقه غبن يزيد على الخمس. ومن ثم فإن النص على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس و يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القسمة الواقعة بين الأطراف في سنة 63 تأكدت خلال سنة 78 لحصولها على رخص البناء، فإن قضاة الموضوع بالقضاء بإبقاء الأطراف على ما هم عليه حالياً من حقوق مكتسبة طبقوا صحيح القانون. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

2.2 إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لشهر الدعاوى بين التشريع والقضاء

إن موقف المشرع الجزائري واضح وصريح فيما يتعلق بتحديد الطبيعة الإجبارية لضرورة شهر عريضة افتتاح الدعوى أمام مكاتب المحافظة العقارية إذا تعلق الموضوع بعقار أو حق عيني عقاري مشهر، وتأکید ذلك مؤسس على نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن تقدم العريضة المشهورة في أول جلسة ينادى فيها على القضية تحت طائلة عدم قبولها شكلاً.

وعليه، فإن الجدل الذي كان قائماً بخصوص إجبارية أو جوازية تطبيق أحكام المادة 85 من المرسوم 63/76 قد أنهاه المشرع الجزائري.

¹ . المادة 732 من القانون المدني.

وقد نرى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 في المادة 17 أنه يجزنا إلى ما سبقت الإشارة إليه في المرسوم الفرنسي المؤرخ في 04 جانفي 1955، الذي دعا إلى ضرورة ووجوب إخضاع جميع الدعوى العقارية للشهر طالما أن العقار هو محل الدعوى وكان مشهرا. وهو ما سار عليه المشرع الجزائري من خلال النظر إلى وضوح وصراحة الصياغة القانونية لنص المادة 17 مع ضرورة التقيد نص المادتين 85 من المرسوم 63/76 والمادة 515 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويبقى المبرر الأول والأخير من وجوب شهر هذا الصنف من الدعاوى هو إعلام الغير المقبل على التعامل في العقار والحقوق العينية العقارية أن العقارات أو تلك الحقوق التي هم مقبلون على التصرف فيها إنما هي عقارات أو حقوق مهددة بالزوال بأثر رجعي كليا أو جزئيا أو أن مساحتها أو مشتملاتها أو حدودها مهددة بالتغيير نتيجة للنزاع المطروح حتى يحترسوا عند التعامل فيها.¹ وبالتالي فإن شهر الدعوى العقارية يعتبر قيذا على رفع الدعوى.

بينما القضاء الجزائري فقد انقسم إلى اتجاهين فيما يخص وجوب شهر الدعاوى القضائية من عدمه، إذ يرى الرأي الأول أن شهر الدعاوى القضائية العقارية ما هو إلا حماية لرافعها وحقوقه حتى يكون الغير على علم أن العقار المراد التعامل بشأنه هو محل نزاع أمام القضاء، وبالتالي فإن شهر العريضة الافتتاحية للدعوى العقارية ليس من شأنه أن يكون قيذا على رفع الدعوى حسب ما قضت به المادة 85 المذكورة أعلاه. وعليه فإن هذا الإتجاه لا يرى ضرورة لشهر الدعوى لدى المحافظة العقارية من أجل المطالبة فيها بإبطال أو فسخ عقد منصب على عقار والمقابل لا يجوز للمدعى عليه أو المحكمة الدفع بعدم شهر الدعوى.²

¹ . ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 623.

² . حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص 153 والقرار رقم 108200 المؤرخ في 16/03/1994، المجلة القضائية لسنة 95،

بينما أنصار الإتجاه الثاني الموجب لشهر الدعوى العقارية فإنهم يرون أن الشهر يعتبر قيذا على رفعها مطبقين بذلك أحكام المادة 85 من المرسوم رقم 63/76¹. وقد تدخلت المحكمة العليا في هذا الشأن وأكدت إجبارية شهر الدعوى العقارية، وهذا ما يستشف من القرار رقم 196021 الصادر بتاريخ 2000/09/27² والقرار رقم 186606 الصادر بتاريخ 2000/03/24³. وبناء على أحكام المادة 4/14 من الأمر رقم 74/75، صدر المرسوم رقم 63/76 الذي نص في المادة 85 منه على عدم قبول الدعوى إذا لم يتم إشهارها لدى المحافظة العقارية، إذ أن اشتراط إشهار العريضة قبل تسجيلها لدى كتابة ضبط المحكمة يعد قيذا على رفع الدعوى حسب ما استحدثته هذا المرسوم.

لكن المشرع عندما نص على إجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء في قانون الإجراءات المدنية قبل تعديله لم ينص على هذا القيد بالنسبة للدعوى العينية العقارية. ومن ثم كان هناك تعارض بين أحكام قانون الإجراءات المدنية وأحكام المرسوم رقم 63/76، وتبعاً لذلك، فإنه إذا وقع التعارض بين التشريع العادي والتشريع الفرعي، يطرح الفرعي و يطبق العادي.

إن قبول قضاة الموضوع للدعوى من دون أن يسبق شهر عريضتها في المحافظة العقارية لا يعد خرقاً لأحكام القانون، هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة في القرار رقم 130145 المؤرخ في 1995/07/12، غير منشور⁴، كما ذهب مجلس الدولة في نفس الإتجاه وتمسك بحرفية نص المادة 85 في القرار رقم

1 . جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 115.

2 . الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، ص 160.

3 . الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، ص 166.

4 . حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري في أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 153.

203024 المؤرخ في 2000/06/12: " وفي الدعاوى العقارية و الإدارية المتعلقة بعقار والرامية إلى إبطال العقود المشهورة بالمحافظة العقارية تشترط المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 لقبول الدعوى شهر العريضة الافتتاحية مسبقا لدى المحافظة العقارية المشهر لديها العقد وهو شرط لقبول الدعوى".

وإذا كانت الحماية القضائية تشمل الدعاوى العقارية فهي تشمل أيضا الأحكام و القرارات النهائية الناقلة للملكية والحقوق العينية والتي حازت قوة الشيء المقضي فيه، إذ أن المشرع أوجب شهرها باعتبارها سندات رسمية للملكية بحكم القانون.

و تتمثل الأحكام الناقلة للملكية و الحقوق العينية في حكم رسو المزاد في بيع العقار طبقا لنص المادة 394 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والحكم الصادر بتثبيت حق الشفعة بمقتضى المادة 803 من القانون المدني.

أما الأحكام المصرحة، فتتمثل في الأحكام الصادرة بشأن القسمة والصلح و تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب، علما أن وجوب شهر هذه الأحكام لم يرد في نص المادة 16 من الأمر رقم 74/75، ولكن نصت عليه المادة 14 من نفس الأمر وكذا أحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أن الحكم النهائي الحائز قوة الشيء المقضي فيه لا يكون ناقلا للملكية لا فيما بين الأطراف و لا في مواجهة الغير إلا بعد إشهارة لدى المحافظة العقارية.

يستنتج من كل هذه القرارات أن موقف القضاء الجزائري بصدور المادة 85 من المرسوم 76-63 لم يثبت على رأي واحد، حيث تعارضت أحكام المحاكم حول تطبيق محتوى هذه المادة، فبأخذ رأي بالزاميتها، ويقضي رأي آخر بعدم وجوبيتها ولا يعتبرها من النظام العام، وآراء أخرى تقرها نسبيتها، الأمر المستخلص أن القضاء لم يعرف الوقوف على رأي واحد إلا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 الذي أكد على وجوب شهر الدعاوى العقارية بناء على

المادة 17 منه وأن مبادئ الشهر العقاري تقتضي شهر الدعاوى العقارية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو تعديل أو إلغاء الحق العيني حتى تجعل المتعامل في العقار عالما بحالته القانونية.¹ ولإنهاء هذا الجدل القائم بخصوص شهر عريضة افتتاح الدعاوى العقارية، فإن المشرع الجزائري عمل على إدراج المادة 16 مكرر بموجب المادة 35 من القانون رقم 18/18 المؤرخ في 2018/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2019،² أدرجت هذه المادة في القسم الأول من الباب الثاني من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 75/11/12 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، مضمون هذه المادة أن تشهر بالسجل العقاري الممسوك بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر سنده، بعد تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة.

3. الآثار القانونية المترتبة على شهر الدعاوى وإشكالية تطبيق هذا الإجراء

سبقت الإشارة في المحور الأول من هذه الورقة البحثية أنه ثبت وجود تعارض بين أحكام قانون الإجراءات المدنية (قبل تعديله) وأحكام المرسوم رقم 63/76 في نص المادة 85، الأمر الذي طرح تعارضا بينا بين أحكام التشريع الفرعي وأحكام التشريع العادي مما انعكس طبعاً على آراء القضاء واتجاهاته وتعارضها، فمنهم من أيد شهر عريضة افتتاح الدعوى أمام المحافظة العقارية حتى تقبل دعوى المدعي شكلاً، ومنهم من عارض ضرورة الشهر ولم يعتبره قيدياً على رفع الدعوى أو قبولها وأنها لا تعدّ خرقاً للقانون.

لكن بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تمت إزالة اختلاف اتجاهات القضاة بهذا الشأن وتمّ توحيد الآراء واستقرارها على اعتبار شهر عريضة افتتاح الدعوى العقارية يعدّ شرطاً وقيدياً على

¹ . مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة 4، 2014، ص 41.

² . القانون رقم 18/18 المؤرخ في 2018/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2019، الجريدة الرسمية عدد 79.

قبول دعوى المدعي وأن تخلف هذا الإجراء يعدّ خرقاً شكلياً يتوجب عليه رفض الدعوى وعدم قبولها شكلاً ومرجع ذلك ما أكدته المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وإذا فرض المشرع هذا الإجراء واعتبره قيدياً على رفع الدعوى فإنه كان يقصد حتماً ترتيب آثار قانونية معينة سواء بالنسبة لأطراف الدعوى أو بالنسبة للغير. ورغم ذلك فإن هذا الإجراء ورغم وجوبه فإنه لا يزال يطرح بعض الصعوبات التطبيقية سواء أمام مكاتب المحافظة العقارية أو أمام المحاكم.

1.3 شهر الدعاوى العقارية وأثره المقيّد

إن الهدف الأساسي الذي يصبو إليه المشرع الجزائري من خلال فرضه إجراء شهر الدعاوى العقارية من خلال المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 والمادة 17 و519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 16 مكرر من القانون 18/18، هو تأمين المعاملات العقارية واستقرارها من جهة والمحافظة على حق ثبت بالشهر حتى يجعل المتعاملين في العقار أو الحقوق العينية العقارية في مأمن من عدم استقرار هذه الأخيرة.

فيظهر هنا الأثر الإعلامي للشهر، حيث يتم إعلام الغير بالوضعية القانونية الحالية للعقار الذي هو مقبل على التعامل فيه، إذ قد يقدم المتعامل في العقار على شرائه وقد يكون هذا الحق متنازعا عليه أمام القضاء (المادة 400 من القانون المدني) وقد يرد احتمال انتزاع العقار أو الحق العيني منه بعد صدور الحكم القضائي بشأنه ويعاد إلى من صدر الحكم لفائدته.

كما يهدف شهر الدعاوى العقارية من جانب آخر إلى حفظ حق المدعي في حال صدور حكم الدعوى لصالحه حتى لا تضيق حقوقه في حالة تعامل صاحب الشهر (التأشير الهامشي) في العقار محل النزاع إلى الغير حيث تحمي الغير القرينة القانونية القاطعة باعتبار أن ما هو مدوّن في السجل

العقاري يعتبر عنوان الحقيقة. وإذا قيّد المدعي دعواه فإنه يكون قد حصّن نفسه من تلك القرينة القاطعة.¹

وتنص المادة 86 من المرسوم رقم 63/76 على أن "فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغاؤها 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 النقص بحكم القانون، تطبيقا للقانون".

معنى ذلك أن المدعي عند شهر دعواه بالمحافظة العقارية يكون قد حفظ حقوقه إذا صدر الحكم لصالحه، لأن شهر الدعوى يمكنه من الاحتجاج بالحكم الصادر لفائدته ضد الغير الذي كان قد كسب حقا عينيا على العقار موضوع النزاع ويكون ذلك بأثر رجعي يمكنه من استرجاع الحقوق المحكوم بها قضائيا من الخلف الذي ثبتت سوء نيته والتي ظهرت في قبول اكتساب حقوق متنازع عليها.

وتضيف المادة 87 من نفس المرسوم أنه ليس للخلف الخاص لصاحب الحق المهدر الاعتراض على شهر الحكم لصاحب الدعوى المشهورة الذي يثبت أحقيته في الملك، ولا يبقى سوى الرجوع على صاحب الحق المهدر بدعوى التعويض.²

لا يمكن الوقوف أمام هذين الأثرين اللذين يحققهما إجراء شهر العريضة الافتتاحية للدعوى العقارية، بل لابد من التنبيه إلى أن شهر الدعوى بالمحافظة العقارية لا يترتب على حصوله منع المدعي عليه من التصرف في العقار بالبيع أو الهبة أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية،³ وهذا ما أكدته الفقرة

¹ . حسين طوابية، نظام الشهر العقاري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2002، ص 103.

² . حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية (شهر الدعاوى العقارية)، دار هومة، 2016، ص 262.

³ . زروقي ليلي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، 2004، ص 237.

الثانية من المادة 16 مكرر من القانون رقم 18/18 حيث أكدت على أنه لا يترتب على إشهار عريضة رفع الدعوى تجميد أو تعليق أو منع التصرف في العقار أو الحق العيني العقاري. تنص الفقرة الأولى من المادة 400 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا تنازل شخص عن حق متنازع فيه فللمتنازل ضده أن يتخلص من هذا الشخص برد الثمن الحقيقي له والمصاريف الواجبة".

مفاد هذه المادة أن التصرف في الأموال أو الحقوق المتنازع عليها تصرف مشروع أي أن هذه المادة عالجت مصير التصرفات الواقعة على حق متنازع فيه إذا ترتبت عنها آثار في حالة نزع الحق بموجب حكم قضائي، وأساس صحة هذا التصرف أن الحق المتنازع فيه هو حق محتمل الوجود مما يصح التعامل فيه.¹

قياسا على هذه المادة وبناء على المادة 85 من المرسوم رقم 63/76، فإن شهر الدعوى لا يترتب عليه امتناع المحافظ العقاري عن مواصلة الشهر على اعتبار أن مهام المحافظ العقاري مستقلة عن إرادة أطراف الدعوى الذين يحق لهم مواصلة الإجراءات أو الاتفاق فيما بينهما على حلّ آخر لفض النزاع القائم بينهما.

ومن المتداول عليه عمليا أن القضايا المرفوعة أمام المحاكم ليس لها أثر موقوف للتصرف تماما كما هو عليه الأمر بالنسبة لعرائض الدعاوى المشهورة إلا إذا تم استصدار أمر قضائي بوقف التصرف إلى حين الفصل في القضية. وعليه فإن إيقاف التصرف يكون أمرا قضائيا وليس الشهر في حدّ ذاته.²

¹ . حمزة قتال، شهر عريضة الدعوى العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص 89.

² . كريم شريف بوغريس، "دراسة تحليلية للعرائض المشهورة بالمحافظة العقارية لتيزي وزو"، مجلة الحمامة الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تيزي وزو، العدد 4، جوان 2006.

ونتيجة ذلك أن سواء التسجيل أو الشهر أو اعتراض المدعى عليه أو الغير كل ذلك ليس مبررا لامتناع المحافظ عن شهر العرائض الافتتاحية للدعاوى العقارية و أن ذلك لا يمنع المدعى عليه في التصرف في حقوقه لانعدام السند القانوني الذي يؤيد ذلك المنع.

3.2. الصعوبات الإجرائية لشهر الدعاوى العقارية

إذا تمت قراءة نص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 فإنها تنص على أن " دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها ، لا يمكن قبولها إلا إذا تمّ إشهارها مسبقا طبقا للمادة (4/14) من الأمر 74/75، إذا تمّ إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشيرة الإشهار".

من خلال هذا النص، نجد أن المشرع يصرح بضرورة وجود شهر مسبق لكن التساؤل المطروح: فيما تتجسد هذه الأسبقية والأسبقية بالنسبة لأي إجراء؟ ومتى يجب أن تشهر هذه العريضة، هل تشهر بعد قيدها بكتابة ضبط المحكمة؟ أم يجوز شهرها خلال سير الخصومة في حالة إغفال هذا الإجراء؟

إذا كانت المادة 85 يشوبها نوع من الغموض والإبهام وعدم الوضوح، فإن المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بينت أنه يجب القيام بشهر عريضة افتتاح الدعوى العقارية قبل أول جلسة ينادى فيها على القضية، المعنى الإجرائي لذلك أن على المدعي أن يشهر عريضة الدعوى بعد تسجيلها وقيدها بكتابة ضبط المحكمة للجهة القضائية المختصة، الأمر الذي أكدته أيضا الفقرة الأولى من المادة 16 مكرر من القانون رقم 18/18 على أن تشهر عريضة رفع الدعوى بحد تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة، كما أضافت هذه المادة في فقرتها الأخيرة أن المحافظ العقاري ملزم بشهر الحكم القضائي النهائي الصادر في الدعوى محل العريضة المشهورة.

والإشكال الذي يمكن أن ينسدل عن ذلك الإجراء، أنه فعلا قد يتمّ شهر العريضة بعد تسجيل الدعوى، لكن من المحتمل ألا تتضمن هذه العريضة أي طلب من الطلبات المنصوص عليها في المادة 85، لكن قد يتقدم المدعي وأثناء سير الدعوى بطلب مقابل يقصد من خلاله فسخ أو إبطال أو تعديل أو نقض أو إلغاء حق عيني.

الأصل في الشهر، أنه يعلم المتعامل في العقار أنه محل نزاع قضائي، وتجنباً للوقوع في متاهات عدم القبول، فمن الأجدر شهر العريضة بعد قيد الدعوى وقبل سير أي إجراء فيها ولا يجوز للمحكمة إثارة عدم الإشهار من تلقاء نفسها، وعليه، فإن صاحب المصلحة هو الذي له حق إثارة هذا الدفع والتمسك به،¹ وإذا كان الأمر كذلك فإن المحكمة ليس لها إرجاء الدعوى وتأجيلها أو حتى أمر المدعي بشهر دعواه.

وإذا كانت المحكمة قد حظرت عليها إثارة هذا الإجراء من تلقاء نفسها، فإن ذلك يستوقفنا أمام طرح آخر يتلخص في مدى تعلق إجراء شهر العريضة بالنظام العام، فإذا كانت المادة 85 في مفهومها أهما من النظام العام، فإن القضاء نجده من ناحية أخرى يقضي بغير ذلك حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 184451 المؤرخ في 1998/11/25 أنه "وعلى إثر الاستئناف فإن مجلس الشلف وبموجب قراره المؤرخ في 1996/11/27 ألقى الحكم المستأنف وفضلا من جديد صرح بعدم قبول الدعوى طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76، حيث أن قضاة الاستئناف قد أثاروا تلقائيا هذا الدفع وصرحوا بعدم قبول الدعوى، ولكن حيث للأطراف وحدهم الصفة لإثارة عدم القبول الناجم عن عدم الشهر المسبق المنصوص عليه بهدف حماية مصالح الخواص".²

1 . عبد الوهاب بوضرة، المرجع السابق، ص 416.

2 . قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 184451 المؤرخ في 1998/11/25 ، زروقي ليلي وحمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 236.

الإشكال الثالث الذي قد تثيره مسألة شهر العريضة (التأشير عليها)، هو أن المدعي قد يلجأ إلى مكتب المحافظ العقاري بالمحافظة العقارية من أجل شهر العريضة، لكن المحافظ قد يرفض إجراء الشهر إذا دقق في مراقبة البيانات ومحص فيها وكان قراره رفض الشهر لإغفال بيان من البيانات. فهل هذا الرفض سيكون هو أيضا قيد على سير إجراءات الدعوى و وقف النظر فيها؟¹

خاتمة:

لم يكتف المشرع الجزائري بإلزام شهر الحقوق العينية العقارية، بل جعل من شهر عريضة افتتاح الدعوى العقارية أو الدعوى المتضمنة حقوقا عينية عقارية، قيدا على رفع الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا. وإذا فرض المشرع هذا الإجراء فلأنه يكون قد راعى حماية حقوق المدعي الذي قد يصدر الحكم لصالحه بعد انقضاء النزاع القائم حول العقار، ومن جانب آخر حمى الغير الذي قد يقبل على التعامل في العقار ليجعله في مأمن واستقرار في معاملاته العقارية.

ورغم تضارب آراء القضاء بين مؤيد معارض حول وجوب وجواز شهر العريضة الافتتاحية، سواء تعلق الأمر برأي المحكمة العليا أو برأي مجلس الدولة، إلا أن المشرع تدخل لفض هذا الإبهام والتعارض بعد أن أصدر القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نصوص المواد 17 و 519، حيث ألزم شهر عريضة رفع الدعوى كلما تعلق الموضوع بفسخ أو إبطال أو نقض أو تعديل أو انقضاء حق عيني عقاري وأصبح هذا الإجراء مقيدا لرافع الدعوى. وأجاز للقاضي إثارته تلقائيا حتى لو لم يثره أطراف الدعوى واعتبره من النظام العام.

¹ . Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, « les suretés », la publicité foncière, 2^{ème} édition, Sirey, Paris, 1987, p 559.

وتنعكس آثار هذا الإجراء في عدم نفاذ الحكم الصادر لصالح المدعي إلا بعد القيام بشهر الحكم، الأمر الذي أكدته الفقرة الثالثة من المادة 16 مكرر من القانون 18/18 (مادة متممة في الأمر (74/75).

ومن بين الاقتراحات التي يمكن تقديمها بتحفظ في هذا المقام حتى تكون الإجراءات العملية أكثر سهولة ووضوحاً:

- وضع نص صريح بجميع أنواع الدعاوى العقارية التي تستلزم الشهر وإدراجها تحت عنوان نص واحد بدل أن تبقى دعاوى منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ودعاوى أخرى منصوص عليها في نصوص تنظيمية سواء تعلق الأمر بفسخ أو إبطال أو نقض أو إلغاء أو تعديل حقوق عينية عقارية.

- إعادة النظر في صلاحيات المحافظين العقاريين وتحديد صراحة بشأن النظر في شروط إراء شهر الدعاوى العقارية ووع حدود للتفسيرات المصلحية لرفع الصعوبات العملية والغموض الذي يكتنف هذا النوع من الشهر.

● قائمة المراجع:

أولاً: النصوص التشريعية والتنظيمية

- 1- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 2- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 78.
- 3- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21.
- 4- القانون رقم 18/18 المؤرخ في 27/12/2018 المتضمن قانون المالية لسنة 2019، الجريدة الرسمية عدد 79.

5-المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل والمتمم المتضمن تأسيس السجل العقاري.

ثانيا: الكتب

- 1- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- 2- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005.
- 3- حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية (شهر الدعاوى العقارية)، دار هومة، 2016.
- 4- رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1985.
- 5- زروقي ليلي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، 2004.
- 6- عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول الدعوى بين النظري والتطبيق وفقا للفقهاء وما هو ثابت في التشريع الجزائري ومستقر عليه في قضاء المحكمة العليا مدعما بالاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 7- ليلي زروقي وحمدي باشا عمر، المنازعات العقارية دون طبعة، دار هومة، الجزائر.
- 8- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة 4، 2014
- 9- ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

Ouvrages en français :

- 1- Philippe Simler et Philippe Delebecque , Droit civil.les suretés, la publicité foncière, 2^e édition, Dalloz, 1995.
- 2- Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, « les suretés », la publicité foncière, 2^{ème} édition, Sirey, Paris, 1987.

ثالثا: المجلات القضائية

- 1- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول.

2- المجلة القضائية لسنة 95، عدد 02.

رابعاً: المذكرات والأطروحات

1- حسين طوايبيّة، نظام الشهر العقاري في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2002.

2- حمزة قتال، شهر عريضة الدعوى العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2006.

خامساً: المقالات

1- كريم شريف بوغريس، "دراسة تحليلية للعرائض المشهورة بالمحافظة العقارية لتيزي وزو"، مجلة المحاماة الصادرة عن منظمة المحامين لناحية تيزي وزو، العدد 4، جوان 2006.