

نظام الشهر العقاري ودوره في حماية الحقوق العينية العقارية

- دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري -

The system of the real estate and its role in the protection of real estate rights

د. سليمان بن الشريف، جامعة عنابة، الجزائر

Slimen.b01@gmail.com

د. إبراهيم يامة*، جامعة أدرار، الجزائر.

brahimyama@yahoo.fr

تاريخ التسليم: (2019/03/02)، تاريخ المراجعة: (2019/04/07)، تاريخ القبول: (2019/05/13)

Abstract :

ملخص :

The objective of the Algerian branch of the system behind the real estate regulation of real property and the provision of a guarantee of protection sufficient to prevent transmitted to him the ownership of the right kind of real estate or arrangement not really the eye of my real estate and the way to disputes acres of real rights implications of the real estate registration restricted to the Register of the real estate administration system, real estate on solid foundations and to provide greater reassurance to customers in the field of real estate the thing that helps in the development of mortgage credit, prosperity and stability of transactions

Key words: real estate advertising, property, real estate, mortgage registration.

يهدف المشرع الجزائري من وراء سن نظام الشهر العقاري تنظيم الملكية العقارية، وتوفير ضمانات وحماية كافية لمن تنتقل إليه ملكية الحق العيني العقاري، أو ترتب له حق عيني عقاري، وقطع السبيل على المنازعات المحتملة بخصوص الحقوق العينية المترتبة على العقارات المشهورة والمقيدة بالسجل العقاري، وإقامة نظام عقاري على أسس متينة، وتوفير أكبر قدر من الطمأنينة للمتعاملين بالعقار، الشيء الذي يساهم في تطوير الائتمان العقاري وازدهاره واستقرار المعاملات.

الكلمات المفتاحية: الشهر، الملكية، عقاري،

رهن، قيد

* المؤلف المراسل: د. إبراهيم يامة ، الإيميل: brahimyama@yahoo.fr

مقدمة:

لقد توخى المشرع الجزائري من وراء سن نظام الشهر العقاري التخفيف من حدة المنازعات العقارية وتوفير ضمانات وحماية كافية لمن تنتقل إليه ملكية الحق العيني العقاري، أو ترتب له حق عيني عقاري، وقطع السبيل على المنازعات المحتملة بخصوص الحقوق العينية المترتبة على العقارات المشهورة والمقيدة بالسجل العقاري، وإقامة نظام عقاري على أسس متينة، وتوفير أكبر قدر من الطمأنينة للمتعاملين بالعقار، الشيء الذي يساهم في تطوير الائتمان العقاري وازدهاره واستقرار المعاملات، لأن العقار يشكل عاملا من عوامل التنمية ووسيلة من وسائل الإنتاج.

لذا فإن إيجاد العقار المنتج يتطلب أن يخضع العقار المشهر والعقار غير المشهر للتنمية متساوية، الشيء الذي يساعد على الحصول على السيولة النقدية وخلق مجال للاستخدام وتفعيل الاقتصاد الوطني. لأجل ذلك يصبح الشهر العقاري من بين الضمانات الأساسية لحماية وتثبيت حقوق الملكية العقارية من اعتداءات الغير، وأكثر من ذلك مواجهة مشكلة الائتمان والتمويل في العلاقات الاقتصادية. ذلك أن كل نشاط اقتصادي في العصر الحديث يكاد بدون استثناء يعتمد في تمويله على الاقتراض من الغير، وبصفة خاصة من البنوك والمؤسسات التمويلية التي تتنوع في أشكالها حسب الأنواع المختلفة للنشاط الاقتصادي.

وقد ظهرت مشكلة التمويل في الاقتصاديات المعاصرة لما غدا العقار عنصراً من عناصر الإنتاج، وأصبحت الحقوق العينية التبعية وسيلة معتمدة في النهوض بالتنمية، وأصبحت تحتل مركزا بالغ الأهمية، لأنها تقدم الوقود الذي يفسح المجال أمام أصحاب العلاقة القانونية لاستثمار أموالهم بحرية وبلا خوف، وغدا العقار والحقوق العينية الأصلية والتبعية تشغل مركزا بالغ الأهمية تحت تأثير التطور الاقتصادي الذي يصيب المجتمعات، وما يؤدي إليه من تغيرات عميقة في الأنظمة العقارية.

وفي خضم هذه التحولات أصبح العقار أساس الدراسات التعميرية، وحوله تتمركز الوحدات الصناعية والسياحية والفلاحية والسكنى. واستجابة لذلك أصبحت الملكية العقارية تتطلب وضع نظام عقاري متكامل لكي يشكل العقار عاملا من عوامل التنمية، وليتمكن الملاك والراغبون في تملك العقار من التصرف واستغلال عقاراتهم بشكل يخدم التنمية الاقتصادية. وهو الأمر الذي دفعنا ل طرح الإشكال التالي:

ما مدى نجاعة نظام الشهر العقاري في تحقيق الحماية للملاك وتأمين استقرار المعاملات العقارية؟ في ظل اختلاف وتعدد التصرفات القانونية التي ترد عليه، والغايات الموجه لها من وراء ذلك.

للإجابة على الإشكال أعلاه، اعتمدنا في دراسة الموضوع على المنهج التحليلي، مدعمين ذلك بأهم ما توصل له الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا الشأن، كل ذلك من خلال اعتماد التقسيم التالي:

المبحث الأول: ماهية الشهر العقاري وقواعد تنظيمه

المبحث الثاني: آثار الشهر العقاري على الحقوق العينية العقارية

المبحث الأول: ماهية الشهر العقاري وقواعد تنظيمه

في هذا المبحث سنحاول التطرق إلى مفهوم الشهر العقاري كنظام، ثم التطرق إلى أهم الأعمال والتصرفات التي يقتضي فيها المشرع الجزائري إخضاعها لإجراء الشهر.

المطلب الأول: مفهوم الشهر العقاري

تخضع العقارات بحكم طبيعتها لنظام قانوني خاص، يقضي بإخضاع التصرفات القانونية، التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو زوالها لإجراءات معينة، ومن مجمل هذه الإجراءات يتكون ما يسمى بنظام الشهر العقاري.

الفرع الأول: تعريف الشهر العقاري

إن الشهر العقاري اصطلاحاً، يتمثل في مجموعة القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية عقارية أو حقوق عينية عقارية لشخص أو أشخاص معينين تجاه الغير، يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقار بإدارة الشهر العقاري، والمتمثلة في المحافظة العقارية، لإعلام الكافة بها، وذلك من أجل تنظيم الملكية العقارية وتأمين استقرار المعاملات العقارية بين الأشخاص (خلفوني، 2003، ص 13).

يتمثل جوهر نظام الشهر العقاري في تثبيت وحفظ حق الملكية وغيره من الحقوق العينية، بحيث تشهر مختلف التصرفات الواردة على العقار في سجل معد لاطلاع الكافة، بما يحقق استقرار المعاملات ويقلل من المنازعات، وفي ذلك تنشيط لعجلة الاقتصاد، ذلك أن ثبوت ملكية عقار لشخص معين على نحو جازم يجعله مطمئناً إلى أن حقه خالص له، فيستغله أحسن استغلال، كما يقبل الغير غير مترددين على التعامل في ذلك العقار (حمدان، د ط، ص 12)، وتنتجع البنوك والمؤسسات المالية على منح قروض رهنية لمالكة من أجل استثماره أو إدخال تحسينات عليه.

وإذا كانت معظم الدول قد أخذت بنظام الشهر العقاري، كوسيلة ناجعة لتحقيق الثقة اللازمة في التعاملات العقارية بما يضمن استقرارها واستمراريتها، فإنها لم تسلك في تحقيق ذلك نفس السبيل، مما أدى إلى قيام نظامين للشهر العقاري، نظام يعتمد أسماء أصحاب الحقوق أساساً للشهر، ويعرف بنظام الشهر الشخصي، ونظام يعتمد على العقار ذاته موضوع التصرف كأساس للشهر، ويعرف بنظام الشهر العيني:

أولاً: نظام الشهر الشخصي: والذي يعتد بشخص المالك محل التعامل، إذ تسجل أسماء الأشخاص المتعاملة في سجلات منظمة بأسماء المتصرفين (بوحلاسة، 2001 ص 33) وأيضاً: (شدرابي، 2010 ص 16)، إذ يخصص لكل حرف من الحروف الأبجدية صفحة أو عدة صفحات من السجل العقاري حسب أهمية ذلك الاسم من حيث الشهرة أو الندرة، وسجل آخر يمكّن حسب الترتيب الزمني لتقديم التصرفات للشهر. فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذي تصرف في العقار أي المتصرف.

ثانياً: نظام الشهر العيني: يمكن تعريف نظام الشهر العيني بالاعتماد على كلمة- عيني - المعاكسة لكلمة- شخصي - ومفادها أن هذا النظام يركز في شهر التصرفات العقارية على العين ذاتها، أي العقار موضوع التصرف، ويكون ذلك في سجل يعرف بالسجل العيني أو السجل العقاري، إذ يخصص لكل عقار صفحة في السجل تعرف بالصفحة العقارية أو صحيفة السجل العيني، تقيد فيه كافة الحقوق التي ترد على العقار، وأصحاب هذه الحقوق والقيود والتغيرات التي تطرأ عليها (مراد، د، ط، ص 10)، مع تحديد موقع العقار، مساحته، رقمه، وحدوده، ويسمى العقار المعني بالوحدة العقارية. فتعتبر البطاقة المخصصة له بمثابة بطاقة تعريفه، ومن ثم يكون لصاحب المصلحة إذا أراد تقريراً على حالة العقار، فليس أمامه إلا الرجوع إلى مصلحة الشهر، إذ من خلال هذه المصلحة يستطيع المتصرف إليه أن يتعرف على صاحب العقار وجميع الحقوق التي له والتي عليه دون حدوث أي خطأ.

الفرع الثاني: أهداف الشهر العقاري

يهدف نظام الشهر العقاري عموماً إلى تنظيم هوية لكل عقار تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص، ويمكن حصر أهم هذه الأهداف في:

- الحفاظ على أثر الحقوق المترتبة على العقارات .
- إعطاء المعلومات لكل شخص يريد معرفة هذه الحقوق، سواء معرفة الوضعية القانونية للعقارات المشهورة، أو الوضعية لشخص فيما يخص ثروته، وهذا لمعرفة ما إذا كان المالك صاحب حق الملكية أو أن العقار مثقل بتأمين ومدى قيمته، في مقابل دفع مبلغ معين. وهو ما نظمه المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المؤرخ في: 1976/03/05 المتضمن تأسيس السجل العقاري، (الجريدة الرسمية العدد: 30 المؤرخة في: 13 ابريل 1976)، في المواد: من 55 إلى 60، حيث يسلم المحافظ العقاري هذه المعلومات وفق نماذج معينة (عرفة، د ط، ص 98).
- يعد الوسيلة الناجعة لتنظيم المعلومة العامة الموثقة عن النظام القانوني لكل عقارات التراب الوطني.
- يعتبر وسيلة لمحاربة التبادلات الخفية، وتحويلات الملكية والقروض العقارية (علوي، 2004، ص151).

ولذلك كان نظام الشهر العقاري ذا فائدة قصوى، إذ صمم خصيصاً لإنشاء حالة مدنية حقيقية للممتلكات العقارية. ومن أجل تحقيق هذه الغاية، ينبغي تسجيل وقيد كافة التصرفات العقارية بإدارة الشهر العقاري، وهو الهدف المنشود الذي يرمي إليه قانون الشهر العقاري الجزائري (خلفوني، المرجع السابق، 30).

الفرع الثالث: الفرق بين الشهر العقاري والتسجيل

اقتضى المشرع الجزائري ضرورة تسجيل العقود الرسمية التي يبرمها الموثق لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليمياً، وهذا ما نصت عليه المادة: 75 من قانون التسجيل، وأكثر من ذلك فإن إثبات وانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية كأثر من آثار العقد، لا يتم إلا بعد القيام بتسجيل العقد وشهره بالمحافظة العقارية. وإن الشخص المكلف بعملية التسجيل هو مفتش التسجيل، أما المكلف بعملية الإشهار العقاري فهو المحافظ العقاري (سكيكر. كامل مرسي، 2005، ص 20) والتسجيل لا يعطي الصفة الرسمية للعقود العرفية، بل دوره يقتصر فقط بإعطاء تاريخ ثابت للتصرف، كما أنه لا يعتبر إشهاراً للحق الذي يحمله السند بالمحافظة العقارية، وعملية التسجيل نظمها قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في: 1976/12/09، (الجريدة الرسمية العدد: 81 المؤرخة في: 1977/12/18)، أما عملية الشهر العقاري نظمها الأمر: 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. (الجريدة الرسمية العدد: 92 المؤرخة في: 1975/09/18).

مما سبق يصبح القيد، هو إجراء قانوني تابع لعملية الشهر العقاري، بحيث يتم قيد التصرفات القانونية لدى إدارة الشهر العقاري، أي المحافظة العقارية، ويكون بالنسبة للحقوق العينية التبعية (نجيدة، د ط، ص 32).

إن نظام الشهر العقاري الجزائري، يقوم على أساس إداري، ذلك أن عملية تأسيس السجل العقاري ومسكه خوله قانون الشهر العقاري إلى موظف عمومي يسمى المحافظ العقاري، كما تدل عليه المواد التالية: 10-11-20 من الأمر رقم: 74/75 (الجريدة الرسمية العدد: 92 المؤرخة في: 1975/09/18) والمرسوم التطبيقي رقم: 63/76 المعدل والمتمم المؤرخ في: 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري. (الجريدة الرسمية العدد: 30 المؤرخة في: 13 أبريل 1976)

الفرع الرابع: مجال الشهر العقاري

إذا كان القيد في السجل العقاري يمكن أن يعرف على أنه: مجموع الإجراءات والقواعد القانونية والتقنية التي تهدف إلى إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات، سواء كانت

أصلية أو تبعية منشئة كاشفة ناقلة أو مزيلة، فإن هذه القواعد لا يمكن تنفيذها إلا بعد المسح الذي يتكفل بتحديد معالم الأرض و تقسيمها إلى وحدات ملكية وإعطائها أرقام خاصة ورسم مخططاتها. غير أن المسح ورغم البدء فيه منذ سنة 1971 عند تطبيق الثورة الزراعية، إلا أنه لم يتقدم كثيرا ومازالت مساحات شاسعة من الأراضي لم تحرر عقودها، رغم تشجيع السلطات الحائزين للأراضي التي لم يمسه المسح للحصول على سندات ملكية، عن طريق إعداد عقد الشهرة، طبقا لأحكام المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 يسن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، (الجريدة الرسمية العدد: 21 المؤرخة في: 24 مايو 1983) . ومنح شهادات الحيازة من طرف رؤساء البلديات في المناطق التي لم تمسح طبقا لأحكام المادة 39 من قانون التوجيه العقاري رقم: 25/90 المؤرخ في: 1990/11/18، (الجريدة الرسمية العدد: 49 المؤرخة في: 1990/11/18) المعدل والمتمم بالأمر رقم: 26/95 مؤرخ في: 1995/09/27، (الجريدة الرسمية العدد: 55 المؤرخة في: 1990/12/19)، في انتظار تكريسهم كمالك بعد المسح .

هذا فضلا على أن القانون المدني مازال يكرس اكتساب الملكية بالتقادم في المواد: 827 و828 منه، ونص على اكتساب كل الحقوق العينية العقارية بالتقادم، دون أن يفرق بين الأراضي الممسوحة وغير الممسوحة. وفي هذا السياق أيضا أصدرت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا عدة قرارات في هذا الشأن أقرت بموجبها - مبدأ التقادم المكسب - دون تمييز بين العقار الواقعة في المناطق الممسوحة وغير الممسوحة. (قرار المحكمة العليا رقم: 23782 المؤرخ في: 1982/04/14، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1990، ص 12)، وأيضا (القرار رقم: 104967 المؤرخ في: 1993/11/10، المجلة القضائية العدد 01، سنة 1994، ص 43)، وأيضا (القرار رقم: 423832 المؤرخ في: 2008/07/16، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزء 03، سنة 2010، ص 278)

لكن وبالرغم من أن التقادم يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية في العقارات والحقوق العينية العقارية الأخرى وانتقالها، إلا أن التقادم في ظل نظام الشهر العيني لا يمكن أن يكون سببا من أسباب كسب الملكية، لأنه يتعارض صراحة مع مبدأ القوة الثبوتية لإجراء الشهر في السجل العيني. أضف إلى ذلك فإن كل من ثبت اسمه بالسجل العقاري كمالك للعقار يكون آمنا من أي اعتداء أو زعم لتملك العقار بوضع اليد، الأمر الذي تقتضيه طبيعة القوة المطلقة للقيود في السجل (معوض، 1989، ص 85) كذلك ورغم أن المشرع اعتبر أن القيد في السجل العقاري هو الذي ينشئ الحقوق إلا أنه أجاز الطعن في قرارات المحافظ العقاري أمام القضاء دون أن يحدد مدة لذلك، مما يجعل القوة الثبوتية للقيد غير مطلقة (المادة: 24 من الأمر 74/75).

ويلعب المحافظ العقاري دوراً أساسياً في نظام الشهر العيني، سواء عند تأسيس السجل العقاري أو بعد تأسيسه من خلال الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها، والرقابة التي يفرضها على كل تصرف أو إجراء يقدم للشهر (خلفوني، المرجع السابق، ص103).

إن مجال الشهر العقاري في التشريع الجزائري، حددته المادة: 14 من الأمر 75-74، حيث يشمل كافة حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتعلقة بالعقارات، وكذا العقود التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني عقاري، وهو ما ذهب إليه أيضاً المحكمة العليا في عدة قراراتها منها (القرار رقم: 182360 المؤرخ في: 28/10/1998، المجلة القضائية العدد 01، سنة 1990، ص86)، وهي: (بوشنافة، 2006، ص 67 و 71)

- العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية.
- العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية والخاضعة للشهر العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل، وكذلك تسجيلات الرهون والامتيازات.

- المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية، وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومسجل في مجموعة البطاقات العقارية.

زيادة عن هذا جاء تحديد الحقوق التي تكون محل شهر في المحافظة العقارية في المادة: 24 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 123/93 مؤرخ في: 19 مايو 1993، (الجريدة الرسمية العدد: 34 المؤرخة في: 23 مايو 1993). حيث أشارت إلى :

- حقوق الملكية.
- الحقوق المشتركة.
- الارتفاقات الإيجابية والسلبية.
- الحقوق العينية الأخرى والأعباء العقارية والإيجارات، الامتيازات والرهون وكذلك التعديلات والتشطيبات المتعلقة بهذه الحقوق نفسها.
- الوعد بالبيع أو بالشراء .

وفي هذا الشأن اعتبر مجلس الدولة أن الوعد بالبيع لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا إذا اتبعت فيه إجراءات الشهر العقاري، وهذا بموجب (القرار رقم: 004983 المؤرخ في: 15/07/2002، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، سنة 2003، ص 155)

الفرع الخامس: طرق القيد في السجل العقاري

عند اللجوء للقيد في السجل العقاري، فإن هناك طرق مختلفة يمكن إتباعها، أهمها:

أولاً: طريقة التسجيل: التي تقضي بتدوين النص الكامل للعقد أو الوثيقة التي يراد شهرها، وهذه الطريقة متبعة في فرنسا ومصر بالنسبة للتصرفات والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية العقارية الأصلية. **ثانياً: طريقة القيد:** والتي تقتصر على تدوين أهم البيانات اللازمة لتعيين الحق الوارد في العقد أو الوثيقة وهذه الطريقة متبعة في مصر بالنسبة للحقوق العينية التبعية، كالرهن والتأمين. وهذه الطريقة هي الأفضل، لأنها تجمع بين السرعة في تدوين القيود وتحقيق علنية البيانات التي تهم الغير للاطلاع عليها وتحفظ لهذا الغير في الوقت نفسه الحق بالاطلاع على النص الكامل للعقد أو الوثيقة إذ شاء، لأن القانون يقضي بحفظ المستندات والوثائق التي تبني عليها القيود في الملف الخاص بالعقار.

ويهدف القيد في السجل العقاري إلى تحقيق أمور هي كالاتي:

- إثبات منشأ وتعديل وإلغاء الحقوق والوقائع الواجب قيدها.
- إثبات فعالية الصكوك التي استند إليها القيد.
- شهر القيود وجعلها نافذة بحق الغير.

بالرجوع إلى التشريعات التي تبنت نظام السجل العيني، نجد أن بعضها قد نص صراحة على اعتبار الشهر مصدراً مباشراً للحقوق العينية العقارية، بينما لم يرد في البعض الآخر أي نص يفيد ذلك صراحة، ويقود هذا الاختلاف إلى التساؤل عن مدى إمكان اعتبار الشهر في السجل العيني في مثل هذه التشريعات الأخيرة - والتي من بينها القانون الجزائري - مصدراً مباشراً ومستقلاً لإنشاء الحقوق العينية العقارية.

تقتضي الإجابة عن هذه التساؤلات الرجوع إلى نصوص قانون الشهر العقاري الجزائري، والتي تلمس فيها أن النصوص المتعلقة بأثر الشهر من هذه الزاوية تتركز بصفة خاصة في نص المادتين: 15 و16 من الأمر: 74/75، والذي يفهم من خلالهما أن المشرع الذي أخذ بنظام الشهر العيني لم ينص صراحة على اعتبار الشهر في السجل العيني مصدراً مباشراً للحقوق العينية، رغم أنه لم يعترف بغير الشهر للدعاء بالملكية في الحقوق العينية، فإذا تم شهر هذه الحقوق بمصلحة الشهر العقاري، فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ الشهر، (قرار المحكمة العليا رقم: 343402 بتاريخ: 2003/03/19، المجلة القضائية العدد 03، سنة 2003، ص248)، ما عدا الحقوق الميراثية التي تنقل الملكية فيها بالوفاة و ليس بالشهر، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة إيضاح أثر هذا الشهر على التصرفات والوقائع القانونية التي تسمح بشهر هذه الحقوق في السجل العيني.

ونشير إلى أن هناك علاقة وطيدة بين فكرة الأثر الرجعي أو الفوري للشهر، وفكرة مصدر الحق العيني العقاري، هل هو العقد أو الشهر، لأن القول بأن العقد محل الشهر هو مصدر الحق العيني، معناه أن للشهر أثراً رجعياً يرتد إلى تاريخ إبرام العقد وليس تاريخ الشهر، وإلا لما كان هناك فائدة أو معنى للقول بأن الملكية تنتقل بالعقد محل الشهر، أما القول بأن الشهر هو مصدر الحق العيني، معناه أن الشهر ليس له أثراً رجعياً بل أثراً فورياً، يبدأ من تاريخ الشهر وليس من تاريخ إبرام العقد، هذا إلا إذا نصت تشريعات السجل العيني صراحة على أن للشهر أثر فوري، فحينذاك لا يجوز القول بالأثر الرجعي للشهر نظراً لارتباط فكرة الرجعية والفورية بمدى اعتبار العقد مصدر الحق العيني بين المتعاقدين.

إضافة إلى ذلك أوجب المشرع شهر نوع من العقود المتعلقة بالحقوق الشخصية، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة: 17 من لأمر: 74/75 بقولها: "إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف و لا تجاه الغير في حالة عدم شهرها".

وفيما يتعلق بأجال الشهر ألزمت المادة: 90 من المرسوم 63/76، (الجريدة الرسمية العدد: 30 المؤرخة في: 13 ابريل 1976)، الموثق إيداع العقود لدى المحافظة العقارية في الأجل التي حددتها المادة: 99 من نفس المرسوم وهذه المدة هي شهران يبدأ سريانها من تاريخ إبرام العقد.

الفرع السادس: تدابير احترام المبادئ الأساسية للشهر العقاري

لقد وضع المشرع الجزائري بعض التدابير، الهدف منها هو السهر على مدى احترام المبادئ الأساسية للإشهار العقاري، حيث تؤهل هذه التدابير إلى قبول الإيداع أو رفضه حسب خصوصيات كل حالة .

أولاً: الإيداع:

إن عملية إيداع الوثائق للشهر قد تكون قانونية، أي يتم الالتزام في إعدادها بجميع الشروط الموضوعية والشكلية المطلوبة فيها، وبالتالي يترتب على ذلك قيام المحافظ العقاري بقبول الإيداع والذي تترتب عليه عملية تنفيذ إجراء الشهر، وقد يحدث أن يكتشف المحافظ العقاري أثناء فحصه للعقود والوثائق المودعة قصد الشهر أنها ناقصة أو تحتوي على أخطاء، فيرفض الإيداع (بوشنافة، المرجع السابق، ص 179).

ثانياً: رفض الإيداع:

يستلم المحافظ العقاري وثائق قصد إشهارها، وعند القيام بعملية الفحص العادي يقوم باكتشاف أخطاء أو سهو أو نقص أو عدم تطابق في تلك الوثائق المودعة للإشهار، مما يترتب عن ذلك اتخاذ إجراء قانوني يتمثل في رفض الإيداع، وذلك عملاً بأحكام المادة: 100 من المرسوم: 63/76 .

- وتتمثل حالات رفض الإيداع فيما يلي:
- عدم وجود ما يثبت هوية الأطراف، أو إذا وجدت ولكنها تحمل خطأ نقض أو سهو من شأنه تغيير هوية الشخص.
 - عدم وجود التصديق على الهوية والأهلية.
 - عدم إحضار الدفتر العقاري إذا كان ذلك لازماً .
 - تعيين غير مطابق أو عدم التصريح بالثمن أو عدم إتمام إجراء التسجيل .
 - عدم وجود الرصيد المالي المستحق لإتمام إجراء الإشهار .
 - عدم تقديم أي وثيقة مهمة من الواجب تسليمها إلى المحافظ العقاري .
- وفي حالة رفض الإيداع، فإن المحافظ العقاري لا يباشر أي إجراء من إجراءات الشهر العقاري، وينتج في هذه الحالة عدم ترتيب العقد موضوع الرفض في صف العقود الموجودة بالمحافظة العقارية .
- وإذا تحققت هذه الحالة يقوم المحافظ العقاري بتسليم العقود الموضوعية على مستواه إلى محرر العقد مع بيان أسباب الرفض وموطن الخطأ أو السهو أو النقص، ومطالبته بتصحيح ذلك حتى يمكن تنفيذ الإجراء. حيث أنه من الملاحظ أن قرارات المحافظ العقاري الفاضية برفض الإيداع قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة وفقاً للإجراءات المعمول بها في هذا المجال .

المطلب الثاني: قواعد وإجراءات تنظيم الشهر العقاري

لقد وجد المشرع الجزائري قاعدتين أساسيتين لتنظيم الشهر العقاري وأوجبهما في جميع المحررات والوثائق التي تخضع للشهر، لكي يضمن المراقبة الشكلية والموضوعية لها، وتتمثل هاتين القاعدتين في قاعدة الرسمية وقاعدة الأثر النسبي أو الشهر المسبق.

الفرع الأول: قاعدة الرسمية في تنظيم الشهر العقاري

بالرجوع للقواعد العامة في تنظيم العقود، نجد أن المادة: 59 من القانون المدني تنص على: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون إخلال بالنصوص القانونية". (الجريدة الرسمية العدد: 78 المؤرخة في: 1975/09/30).

وخروجاً على هذه القاعدة، فقد اشترطت المادة: 324 مكرر 1 من القانون المدني تحرير العقود التي تتضمن ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان". فالرسمية بالنسبة لهذه العقود هي ركن للانعقاد، مما يوفر حماية خاصة للتصرفات الواردة على العقارات. ولقد استقرت اجتهادات المحكمة العليا على وجوب توافر العقد الرسمي لنقل الملكية والى وجوب إتمام إجراءات الشهر العقاري لإنشاء ونقل الملكية العقارية بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، وان عدم إفراغ العقد الناقل للملكية في شكل رسمي يعرضه للبطلان لتخلف ركن الشكلية فيه. (قرار المحكمة العليا رقم: 840113 المؤرخ

في: 1994/02/07، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1994، ص 158)، وكذا ما جاء في: القرار رقم: 136156 المؤرخ في: 1997/02/18، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1999، ص 81).
تنص المادة: 61 من المرسوم: 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".
يلاحظ من خلال النص أن المشرع اشترط صفة الرسمية في جميع العقود والوثائق الخاضعة للشهر، ولم ينص على أي استثناء لهذا المبدأ، فكل عقد لا يستوفي صفة الرسمية يكون محل رفض الإيداع من قبل المحافظ العقاري، لأن هذا المبدأ لا يعتبر مجرد إجراء شكلي، بل هو في نفس درجة الشهر (بوشنافة، المرجع السابق، ص 140).

الفرع الثاني: قاعدة الأثر النسبي في تنظيم الشهر العقاري

تتجسد قاعدة الشهر المسبق عمليا في تحقيق المحافظ العقاري من تضمن أي محرر يودع لدى مصالحه لمراجع الإجراء السابق، والتزامه برفض الإيداع في حالة تخلف هذه البيانات، إلا أن القيام بهذا الإجراء لا يتم بصفة مطلقة بسبب وجود استثناءات ترد على هذه القاعدة، منها ما هو منصوص عليه بموجب المرسوم رقم: 63/76 في المادة: 89 منه، ومنها ما جاءت به نصوص لاحقة.

ولضمان استمرارية نقل الحقوق العقارية، ومنع وجود سلسلة موازية لها مخالفة لقواعد الإشهار السابق، (رامول، 2005 ص 48). قيد المشرع الجزائري عملية الشهر العقاري بقاعدة ثانية لا نقل أهمية عن الأولى، تعرف بقاعدة الأثر النسبي، كتقنية لدعم فكرة الائتمان العقاري والمحافظة على حقوق المالك الجديد، إذ نصت المادة: 88 من المرسوم: 63/76 على: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية 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...".

يتضح من هذه المادة أنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار محرر يتضمن تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه. مما يمكن من معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا على ملكية هذا العقار، ويمكن التصدي لظاهرة التصرفات المزدوجة التي كثيرا ما تحدث في الحياة العملية (الشواربي، 1999 ص 53).

المبحث الثاني: آثار الشهر العقاري

بعد قبول إتمام عملية الشهر من طرف المحافظ العقاري بعد استيفاء جميع الشروط القانونية، فإن المشرع الجزائري قد حدد آثار الشهر في نقطتين، تتمثل في أنه جعل من جهة، هذا الشهر منشئا للحق العيني والمصدر الوحيد له، واعتبر من جهة ثانية، أن الحقوق العينية لا يحتج بها على الغير إلا من تاريخ شهرها في السجل العقاري.

المطلب الأول: الأثر المنشئ للشهر العقاري

إن مبدأ الأثر المنشئ للشهر قد تطور من حيث أطرافه مع تطور نظم الشهر العقاري في مختلف التشريعات المقارنة، فقد تطور هذا الأثر وانتقل من القاعدة المزدوجة في نقل الملكية العقارية - والتي مؤداها أن الملكية العقارية كانت تنتقل بين المتعاقدين فور العقد، ولكن لا يجوز للمشتري أن يحتج بها على الغير إلا إذا شهر عقده، أي أن الأثر المنشئ لا يكون إلا في مواجهة الغير فقط - إلى توسيع وتوحيد القاعدة بالنسبة للغير والمتعاقدين كذلك، حيث أصبحت الحقوق العينية الأصلية، وعلى رأسها حق الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير إلا بإتمام إجراءات الشهر في السجل العقاري، وقد ثار التساؤل في هذا الشأن عن تحديد وقت انتقال الملكية، فهل تنتقل من وقت الشهر أم من وقت انعقاد عقد البيع، فيكون للشهر أثر رجعي يرد إلى وقت البيع؟

من خلال فحص المادتين: 15 و16 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه، نستشف بأنه قد أخذ بالرأي القائل بالأثر الفوري للشهر في السجل العيني، حيث جاء في المادة: 15 بأن " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية "، كما نصت المادة: 16 من نفس الأمر المذكور أعلاه " 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 ".

والشاهد في هاتين المادتين، هي عبارة " إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية " وعبارة " إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " واللذان تدلان على أن المشرع اعتبر أن الأثر المنشئ للشهر يتحقق من تاريخ إجراء الشهر، وبالتالي فإنه ينتج أثره بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير من تاريخه، أي أن الملكية و الحقوق العينية الأخرى تنتقل بين الطرفين وبالنسبة للغير ابتداء من تاريخ الشهر، وبذلك فإن للشهر أثرا فوريا وليس رجعيا، وهذا ما يتفق صراحة مع نصوص القانون، ذلك أن الشهر شرط قانوني و ليس إرادي يخضع لإرادة الأطراف، وعلى هذا النحو لا يمكن أن يكون من قبيل الشرط الواقف بالمعنى المعروف في أوصاف الالتزام، ولا يمكن بالتالي أن يكون لتحققه أثر رجعي (الجمال، 1985، ص 395)

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بالبت نهائيا في هذا الموضوع باستبعاد أي أثر رجعي للشهر وتقديره أن إنشاء أو انتقال أو تغيير أو زوال الحقوق العينية العقارية لا يتم إلا من تاريخ شهر المحرر المتضمن لأي حق من هذه الحقوق دون أن يكون للشهر أثر ينسحب إلى تاريخ سابق، إلا في الحالة

التي حددها القانون في آخر نص المادة: 15 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه، والتي تتعلق بنقل الملكية بفعل الوفاة التي يسري مفعولها من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.

يلاحظ من خلال ما سبق، أن هذا المبدأ يحقق استقرار التعامل و يطمئن المتعاقدين و الغير، وما على الطرف الذي يريد أن يحمي نفسه إلا أن يبادر بالشهر، وإن التزم مواصلة إجراءات البيع لأجل نقل ملكية العين المبيعة في المادة العقارية في التشريع الجزائري يقع على عاتق محرر العقد، سواء أكان التصرف محرراً بيد الضابط العمومي في مكتب التوثيق أو بيد الموظف العمومي مديرية أملاك الدولة وهذا دون إرادة الأطراف أو تدخل منهم، مع الإشارة إلى أن طبيعة التزام الموثق المتمثلة في نقل الملكية العقارية بإخضاع التصرف العقاري إلى الإشهار العقاري بالمحافظة العقارية، هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، ويكمن هذا الالتزام في تمكين الأطراف المتعاقدة بالحصول على مبتغاهم، وذلك بإشهار التصرف حتى يولد أثره القانوني، وذلك بنشأة الحق العيني العقاري، لأن الإشهار العقاري هو الذي ينشئ الحق.

وباعتبار أن التزام الموثق هو التزام بتحقيق نتيجة بنقل ملكية العين المبيعة لفائدة المشتري، فإن تماطل الموثق عن أداء هذا الالتزام يكيف على أساس خطأ مهني جسيم يترتب عليه جزاء تأديبي من الغرفة الوطنية للموثقين وجزاء مدني يتجسد في مطالبته بالتعويض قضاء و جبرا عما لحق المتعاقد معه من أضرار، ونظرا لأهمية هذا الإجراء الذي يركز عليه إنشاء أو انقضاء أو تعديل الحق العيني العقاري، فإنه تقع على الأشخاص المحددين بمقتضى المادة: 90 المشار إليها أعلاه، مسؤولية مدنية فيما لحق أصحاب الحقوق من أضرار بسبب التماطل في نقل ملكية العقار أو الحق العيني العقاري بالإشهار، لأن البائع مالك العقار قد يتصرف في المبيع مرة أخرى لفائدة الغير بسبب تهاون الموظف العمومي أو الضابط العمومي في إيداع العقود المحررة بواسطتهم بالمحافظة العقارية من أجل إنشاء أو إزالة أو تعديل الحق العيني العقاري، وتكون للتصرفات العقارية الأسبقية والأولية لمن سارع إلى الحصول على تأشيرة المحافظ العقاري حتى يتسنى له الادعاء بوجود الحق العيني العقاري.

يترتب على شهر عقد بيع العقار في السجل العيني انتقال حق الملكية من البائع إلى المشتري، وفي هذا نجد أن هناك علاقة وطيدة بين فكرة اعتبار العقد أو الشهر في السجل العيني مصدرا للحق العيني وفكرة الأثر المطهر للشهر أو ما يسمى بقوة الثبوت المطلقة للشهر في السجل العيني، حيث أن اعتبار العقد مصدرا للحق العيني معناه أن التشريعات التي تتبنى هذا التوجه لا تعطي للشهر التالي أثرا مطهرا وبالتالي فإن العقد المشهر يمكن الطعن فيه بدعاوى الإلغاء أو الإبطال أو الفسخ، (قرار مجلس الدولة رقم: 6426 بتاريخ: 2002/04/08، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، سنة 2002، ص 202)، أما

التشريعات التي تجعل من الشهر مصدرا للحق العيني، معناه أنها تعطي للشهر أثرا مطهرا، وبالتالي فإنه لا يمكن الطعن في العقد المشهر بأي دعوى مهما كانت وما على المتضرر سوى المطالبة بالتعويض.

قبل التعرف على موقف المشرع، يجدر بنا الإشارة إلى النصوص التي تعرضت للعقد ودوره في نقل الملكية العقارية، حيث عرف العقد بأنه اتفاق بين إرادتين أو أكثر بالإيجاب والقبول من أجل إحداث أثر قانوني معين، يتمثل هذا الأثر القانوني في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء.

إن العقد بهذا المعنى يرتب التزاما محله، إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، هذا الشيء (المال) قد يكون منقولاً أو عقاراً، وإذا كان المنقول المعين بالذات، طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني ينتقل بمجرد تكوين العقد، إلا أن الأمر يختلف إذا كان المحل عقاراً أو أي حق عيني آخر، حيث يتطلب القانون إجراءات شكلية أخرى بالإضافة إلى تكوين العقد، حيث تنص المادة: 792 من القانون المدني في هذا الشأن على ما يلي " تنقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة: 164 و ذلك مع مراعاة النصوص التالية " وبالرجوع إلى نص المادة: 165 وليس 164 كما أحوالت إليه المادة 792 نجد أنها تنص على ما يلي: " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

ونصت المادة: 793 من نفس القانون كذلك " 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 " .

من خلال هذه النصوص القانونية نستنتج أن عقد بيع عقار لا يمكن أن ينقل الملكية، إلا إذا روعيت الإجراءات المتعلقة بالشهر، كما يفهم كذلك من هذه النصوص، أن العقد إذا لم يتم إجراء شهره، فإنه يبقى صحيحاً، ولكنه لا ينقل ملكية العقار إلى المتعاقد الآخر، (قرار المحكمة العليا رقم: 182360 بتاريخ: 1998/10/28 ، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1999 ، ص 81)، وأنظر أيضاً (قرار مجلس الدولة رقم: 2307 بتاريخ: 2003/07/01 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، سنة 2003 ص 119).

وبذلك فإن الشهر ليس شرطاً لقيام العقد صحيحاً، وإنما هو شرط لنقل الملكية فقط، فالشهر ليس بركن من أركان التصرف القانوني . كما هو الحال في القانون العراقي (بركات، 1984، ص 134) الذي يتطلب أن يتم الاتفاق على التصرف في دائرة التسجيل العقاري نفسها وبحضور الموظف المختص، حتى يتم تسجيل الاتفاق وتوقيع الطرفين ومصادقة الموظف المختص على ذلك كله، بل هو شرط لترتيب الأثر العيني، وهو نقل الملكية في العقار، والدليل على ذلك هو نص المادة: 61 من المرسوم: 63/76

المذكور أعلاه والتي تنص على ما يلي " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي ". وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عدة قراراتها منها: (القرار رقم: 197347 بتاريخ: 2000/06/28، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزء 02 سنة 2004، ص258).

يفهم من هذا النص أن العقد يقوم صحيحا قبل تقديمه إلى المحافظة العقارية متى توافر فيه شرط الرسمية، وعليه فإن العقد بهذا المعنى ينتج كل آثاره قبل شهره ما عدا ما تعلق بترتيب الأثر العيني وهو نقل الملكية، فعقد البيع المتعلق ببيع عقار وإن توافر على ركن الرسمية لا يمكنه أن ينقل الملكية العقارية إلا إذا تم شهره، لكن مع بقائه صحيحا منتجا لآثاره الأخرى، ذلك أن أحكام عقد البيع العقاري ترتب بمجرد توفر ركن الرسمية ماعدا الأثر العيني أي أن عقد البيع الرسمي وقبل شهره بالمحافظة العقارية، فإنه وإن كان لا ينقل الملكية إلى المشتري، لكنه ينشئ التزامات في مواجهة كل من البائع والمشتري فيلزم بموجبه البائع أن ينقل الملكية إلى المشتري. وإن كان قانونيا وواقعيا يقع على عاتق محرر العقد.

نستنتج من كل ما سبق أن العقد المتضمن بيع عقار المستوفي لشرط الرسمية لا ينقل الملكية للمشتري إلا إذا تم شهره بالمحافظة العقارية، أما قبل ذلك فإنه لا يرتب إلا التزامات شخصية بين الطرفين، ويبقى العقار مملوكا للبائع يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد ولا ينتقل إلى المشتري، إذ لا يمكن لهذا الأخير أن يطالب بتسليمه كما لا يستطيع أن يتصرف فيه.

وبالرجوع إلى قانون الشهر العقاري الأمر: 74/75 والمرسومان التنفيذيان له: المرسوم: 62/76 المؤرخ في: 1973/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي المعدل والمتمم، (الجريدة الرسمية العدد: 30 المؤرخة في: 13 ابريل 1976)، والمرسوم: 63/76 وتفحص المادة: 16 من الأمر رقم: 74/75 والمادة: 85 من المرسوم: 63/76 نستنتج بأن المشرع قد أخذ بالرأي القائل بأن الشهر في السجل العيني لا يعتبر مصدرا للحق العيني، وإنما هو الشرط المادي اللازم لتنفيذ الالتزام بنقل أو إنشاء أو إنهاء الحق العيني الذي يتضمنه التصرف محل الشهر، إذ نصت المادة: 16 من الأمر أعلاه أن العقود الإرادية 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. (قرار المحكمة العليا رقم: 108200 بتاريخ: 1994/03/16، المجلة القضائية، العدد 02 سنة 1995، ص80) وكذلك (قرار المحكمة العليا رقم: 186606 بتاريخ: 2000/03/24، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2004، ص166)

حيث يتضح من هذا النص في عبارة إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني أن التصرف هو سبب ومصدر وجود الحق العيني وأن هذا

التصرف ينتج جميع آثاره ماعدا الأثر العيني الذي لا يتحقق إلا بالشهر في السجل العيني، أي في مجموعة البطاقات العقارية، بحيث يولد أثارا قانونية سواء فيما بين الأطراف المتعاقدين أو في مواجهة الغير، فالمشرع ربط بين إنتاج التصرف أثره سواء فيما بين المتعاقدين ذوي الشأن أو الأطراف أو بالنسبة للغير وبين شهره، أي ما كان هذا الأثر يمكن للتصرف أن يؤدي إليه لولا عملية الشهر في السجل العيني. وذلك للارتباط الوثيق بين التصرف والحق بعد شهره، فالحق العيني قد نشأ عن هذا التصرف بعد شهره فبدون هذا التصرف لا يمكن أن يكون للحق وجود، أي أن الشهر في ذاته مجردا عن التصرف لا ينشأ عنه الحق.

ويؤكد ذلك أكثر ما تنص عليه المادة: 85 من المرسوم: 63/76 أعلاه من ضرورة شهر الدعاوى القضائية التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرف الذي تضمنه المحرر المشهر بالمحافظة العقارية، إذ تنص: " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة: 14/ف04 من الأمر رقم: 74/75، وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار، فهذا النص عندما نقرأه مع نص المادة: 16 أعلاه، يمكن أن نصل إلى أن الشهر وحده لا يكفي لنقل الملكية، وبالتالي ترتيب الأثر العيني، ولكن لابد وأن يستند إلى عقد صحيح، فإذا شهر العقد الباطل أو الصوري، فإن الشهر لا يطهره من العيوب، ولكن يجوز الطعن فيه بالبطلان، فإذا ما قضي به فلا يكون للشهر أي أثر، فالشهر الذي يتم استناد إلى العقد الصحيح إذاً هو مصدر للحقوق العينية.

والحقيقة أن هذه النتيجة التي تترتب على قانون السجل العقاري الجزائري الذي بالرغم من أنه أخذ بنظام السجل العيني مردها، إلى أنه لم يتبنى مبدأ تطهير القيود التالية على القيد الأول للتصرفات المنشئة للحقوق من العيوب التي قد تكون شابتها، وإنما قد تبنى في شأن تحديد حجية الشهر مبدأ الحجية النسبية، فالحق لا ينشأ ولا ينقضي ولا يزول لا فيما بين ذوي الشأن ولا في مواجهة الغير إلا بعد إتمام الإجراء الشكلي بالشهر في السجل العيني، أما حجية ذلك الشهر فيما بين ذوي الشأن فليست مطلقة، وإنما هي حجية نسبية تقيم قرينة بسيطة يمكن لصاحب المصلحة أن يقيم الدليل على عكسها، وهو ما يتعارض صراحة مع مبدأ الأثر المطهر للشهر الذي يستند عليه الرأي الأول، للقول بأن الشهر وحده هو مصدر الحق، ومن ثم يمكن وفقا لهذا التوجه الطعن في التصرفات التي أجريت القيود بناء عليها ومتى أبطل التصرف، تعين إجراء تعديل في بيانات الصحيفة العقارية بمحو البيانات التي تمت بناء على ذلك التصرف، فمصير الشهر مرتبط بمصير التصرف القانوني .

وبالنظر إلى أن أثر شكلية الشهر في قانون السجل العيني يمتد إلى مدى أبعد من أثر شكلية التسجيل في تشريعات الشهر الشخصي، حيث أن الشهر في السجل العيني يعد أكثر من مجرد إجراء

ينحى لمن اكتسب الحق أصلاً أن يحتج به في مواجهة الغير، لذلك فإن شكلية الشهر في القانون الجزائري تصبح شرطاً لازماً لترتب الأثر العيني للتصرف القانوني، على أنه وإن كانت عملية الشهر تعد شرطاً ضرورياً لتمام عملية إنشاء أو نقل الحق، فإنها ليست هي مصدر ذلك الحق، وإنما يستند نشوء الحق إلى الشهر على وجود تصرف قانوني أو واقعة قانونية صحيحة يعترف بها القانون كمصدر للحق العيني.

المطلب الثاني: جواز الاحتجاج على الغير بالحقوق المشهورة في السجل العقاري

إن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري، هو شهر الحالة القانونية وحتى المادية للعقار لتمكين الغير الذي يريد التعاقد بصدد القيام بأي إجراء خوله من الوقوف على حقيقة وضعه، وماهية ومدى الحقوق العائدة له والأعباء المترتبة عليه، ولأجل تحقيق هذه الغاية، ينبغي شهر جميع الحقوق المكتسبة للعقار أو ما عليه من أعباء، بحيث أن الحق العيني المتعلق به وغير المشهر في البطاقة العقارية لا يمكن الاحتجاج به على الغير والعكس صحيح، وقد أكد المشرع على هذا المبدأ في 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 إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية".

علما أن المشرع لم يحدد ما يقصد بالغير، مما يوجب الرجوع بشأنه إلى المبادئ العامة للقانون التي تعتبر من الغير جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً في العقد، أو التصرف غير المشهر في السجل العيني، وقد تحققت لهم مصلحة في استبعاده بالاستناد إلى حق عيني مترتب لهم على العقار أو إلى أي سبب آخر مشروع.

فيعد بالتالي من الغير الذين لا تسري عليهم الحقوق غير المشهورة في السجل العيني الخلف الخاص الذين اكتسبوا حقوقاً على العقار، وكذلك الدائنون العاديين، وأيضاً جماعة الدائنين في حالة إفلاس صاحب الحق في العقار، ذلك أن الدائن العادي يستطيع التمسك بعدم نفاذ التصرف الجاري على عقار المدين وغير المشهر في السجل العقاري (ادوارد، 1996، ص 360).

وبهذا فإن نظام الشهر العيني يجعل أصحاب الحقوق المشهورة، وكل من يتعامل معهم على أساس الشهر، في مأمن من أي تصرف يتم شهره، ويغير في الحقوق أو سلطة أصحابها عليها. وبالرجوع لنصوص المواد: 801 و 897 و 904 قانون مدني، فإنه لإمكانية الاحتجاج على الغير بالعقود والوثائق الرسمية المتعلقة بالمعاملات الواقعة على الحقوق العينية العقارية، فإنه يجب شهرها بالمحافظة العقارية المختصة، وأنه بدون هذا الشهر لا يمكنها أن تنتج أي اثر في مواجهتهم.

إذ نصت المادة: 801 على أن: التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً أي " مشهراً " وهذا لإعلام الغير بأن العقار مشفوع فيه، ويمكن إبطال كل بيع يتم لغير

الشفيع متى ثبت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. (قرار المحكمة العليا رقم: 194391 بتاريخ: 2000/05/31 ، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزء 01 سنة 2004 ،ص 233)، أما ما تضمنته المادة: 897 أعلاه، فإنه يقصد بالمخالصات، تلك المبالغ التي تدفع مقدما إلى مالك العقار كمقابل 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 الانتفاع بالعقار المؤجر، سواء تعلق الأمر بالمخالصة أو الحوالة، فإن كلاهما يثقل العقار وينقص من قيمته، لذلك رأى المشرع أن الاحتجاج بالمخالصة أو بالحوالة لمدة تزيد عن ثلاث سنوات في مواجهة الغير سواء كان هذا الغير دائن مرتين أو مشتري لا يكون إلا إذا تم شهرها قبل قيد الرهن أو قبل تسجيل عقد البيع. أما إذا لم تشهر، فإنه لا يمكن الاحتجاج بها، بل تخفض مدتها إلى ثلاث سنوات حتى تكون لها الحجية إذا كانت ذات تاريخ ثابت، وهذا هو المقصود من عبارة: "مع مراعاة مقتضى الوارد في الفقرة السابقة" الواردة في آخر المادة.

خاتمة:

يقصد بالشهر العقاري مجموعة القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية لشخص معين أو أشخاص معينين اتجاه الغير، ومن شأن هذه القواعد والإجراءات تنظيم شهر حق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى الواردة عليها في سجلات معدة لاطلاع الكافة، فيكسب الحق المشهر على هذا الوجه قوة ثبوت مطلقة، وبالاستناد إلى هذه السجلات والقيود الواردة فيها يستطيع الغير أن يتعامل بشأن أي من العقارات المشهورة مع صاحب الحق فيه بكل ثقة وطمأنينة راكنا إلى وجود هذا الحق وصحته، فلا يتردد عندئذ من اكتسابه عن طريق الشراء أو أي طريق آخر بمقابل أو بدون مقابل، كما يقبل بإنشاء حقوق عينية تبعية لمصلحته عليه، كالتأمينات المقررة قانون أو اتفاقا. فيكون من شأن تطبيق نظام الشهر العقاري القضاء على العيوب التي كانت تلازم الوضع القانوني السابق، حيث كانت الحقوق العينية العقارية تنتقل بين الأفراد بمفعول العقود التي تجرى بينهم، وكانت الملكية العقارية من ثم عرضة للمنازعات وعدم الاستقرار، فكان يلزم المشتري قبل إقدامه على شراء العقار أو أي حق عيني عليه، أن يجري تحقيقا دقيقا للتأكد من ملكية البائع لهذا العقار أو الحق العيني، وغالبا ما كان يضطر إلى الاستناد إلى ظاهر الحال، أي إلى وضع اليد وقد يكون واضع اليد غاصبا أو حائزا بصورة عرضية أي بصفة مستأجر أو مزارع أو شريك يعمل لحساب جميع الشركاء، فكان المشتري بالتالي في وضع قلق، غير مستقر، يدفع إلى التردد وحتى الإحجام على إدخال تحسينات على العقار الذي اشتراه خشية أن يفاجأ بظهور المالك الحقيقي فينزع منه العقار ويخسر ما بذله من نفقات وأتعاب في سبيل تحسينه.

كما أن المؤسسات المالية كانت تمتنع لنفس العطل على إقراضه المبالغ اللازمة لإجراء التحسينات في العقار أو لاستغلال الأراضي التي اشتراها فيضطر عندئذ إلى اقتراض تلك المبالغ من المرابين بفوائد مرتفعة تقضي على ثمار أتعابه وجهوده.

فوضع نظام الشهر العقاري حدا لهذه العيوب بجعله حق الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى ثابتة على وجه مطلق لمن قيدت على اسمه، الأمر الذي حمل الغير على الاطمئنان لهذه الحقوق فيقبل بانئقالها إليه بدون تردد بطريق الشراء أو أي حق آخر، كما يمنح الائتمان لصاحبها مفرزا لديه القدرة على الاستثمار وعلى إجراء التحسينات الملائمة فيها.

قائمة المصادر والمراجع:

- الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد: 78 المؤرخة في: 1975/09/30 .
- الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92 المؤرخة في: 1975/09/18 .
- الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في: 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد: 81 المؤرخة في: 1977/12/18 .
- القانون رقم: 25/90 المؤرخ في: 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد: 49 المؤرخة في: 1990/11/18 المعدل والمتمم بالأمر رقم: 26/95 مؤرخ في: 1995/09/27 ، الجريدة الرسمية العدد: 55 المؤرخة في: 1990/12/19 .
- المرسوم رقم: 63/76 المؤرخ في: 1976/03/05 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد: 30 المؤرخة في: 13 ابريل 1976.
- المرسوم رقم: 210/80 مؤرخ في: 1980/09/13 يعدل وينتم المواد: 15 و 18 و 89 من المرسوم رقم: 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد: 38 المؤرخة في: 1980/09/16
- المرسوم رقم: 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21 يسن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الجريدة الرسمية العدد: 21 المؤرخة في: 24 مايو 1983 .
- المرسوم التنفيذي رقم: 123/93 مؤرخ في: 1993 مايو 19 المعدل والمتمم للمرسوم رقم: 63/76 مؤرخ في: 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد: 34 المؤرخة في: 23 مايو 1993 .
- المرسوم رقم: 62/76 المؤرخ في: 1976/03/25 متعلق بإعداد مسح الأراضي المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد: 30 المؤرخة في: 13 ابريل 1976 .

- المجلة القضائية: العدد 01 لسنة 1990
- المجلة القضائية: العدد 01 و 02 لسنة 1994
- المجلة القضائية: عدد خاص، الجزء 03 لسنة 2010
- المجلة القضائية: العدد 03 لسنة 2003
- المجلة القضائية: العدد 01 لسنة 1999
- المجلة القضائية: عدد خاص، الجزء 01 و 02 لسنة 2004
- المجلة القضائية: العدد 02 لسنة 1995
- المجلة القضائية: عدد خاص، الجزء 01 لسنة 2004
- مجلة مجلس الدولة: العدد 02 لسنة 2002
- مجلة مجلس الدولة: العدد 03 و 04 لسنة 2003
- ادوارد عيد.(1996). الأنظمة العقارية (الطبعة الثانية). لبنان : مطبعة المتن.
- الشواربي عبد الحميد.(1999). إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقہ (د ط).الإسكندرية: منشأة المعارف.
- الجمال مصطفى محمد.(1985). نظام الملكية (د ط). مصر: شركة سعيد رأفت للطباعة.
- بركات سعود أمين.(1984). شرح التشريعات العقارية السورية، التشريعات العربية، دراسة مقارنة(د ط) (د ن) دمشق سوريا.
- بوشنافة جمال.(2006). شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري (د ط). الجزائر: دار الخلدونية.
- حسين عبد اللطيف حمدان.(د س). أحكام الشهر العقاري (د ط). لبنان:الدار الجامعية.
- خلفوني مجيد.(2003). نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري (الطبعة الأولى). الجزائر: الديوان الوطني للأشغال التربوية.
- نجيدة علي حسين.(د س). الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق (د ط). (د ن): دار الثقافة العربية.
- معوض عبد التواب.(1989). السجل العيني علما وعملا (د ط). القاهرة: دار الفكر العربي.
- عبد الفتاح مراد. (د س). شرح تشريعات الشهر العقاري (د ط). (د ن): الإسكندرية.
- عرفة عبد الوهاب.(د س). المرجع الوسيط في الشهر العقاري (د ط). مصر: دار الكتاب الحديث.
- عمار علوي.(2004). الملكية والنظام العقاري في الجزائر (د ط). الجزائر: دار هومه.
- سكيكر محمد علي - وكامل مرسي، معتز.(2005). شهر التصرفات العقارية (طبعة منقحة). الإسكندرية مصر: منشأة المعارف.

-
- شداوي جورج ن. (2010). الوجيز في التحديد والتحرير والسجل العقاري (ط 03). لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب.
- بوحلاسة عمر. (2001) تقنيات مراقبة العقود الخاضعة للإشهار. مجلة الموثق (العدد 03). مجلة قانونية دورية، تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين. الجزائر.
- رامول خالد. (2005). سلطات المحافظ العقاري في ظل التشريع الجزائري. ماجستير، جامعة البليدة. الجزائر.