



جامعة زيان عاشور - بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم حقوق



أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون عقاري

بعنوان:

الغيرية في السجل العقاري في التشريع الجزائري

من إعداد:

جريدان فاطمة رجاء

مناقشة بتاريخ 2023/05/06 من طرف اللجنة المتكونة من:

د/ شنفوف العيود	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	رئيساً
د/ ماريمة عمراوي	أستاذ محاضر أ	جامعة الجلفة	مشرفاً و مقرراً
د/ بن مصطفى عيسى	أستاذ محاضر أ	جامعة الجلفة	ممتحناً
د/ حاج عيسى بن صالح	أستاذ محاضر أ	جامعة الأغواط	ممتحناً
د/ بن معمور رابح	أستاذ محاضر أ	المركز الجامعي تيبازة	ممتحناً
د/ بن سعدي حدة	أستاذ محاضر أ	جامعة الجلفة	ممتحناً

الموسم الجامعي 2023/2022

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ)

(نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مِّنْ نَّشَاءٍ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ)
(صدق الله العظيم)
(يوسف: الآية 76)

الإهداء

إلى روح جدي رحمه الله الدكتور لبيض محمد
الذي اختار لي درب الحقوق وأراد أن أكمل فيه
إلى سندي، قوتي ، قدوتي
إلى من دفعته إلى العلم وأعانني في مشواري
أمي لبيض ليلى
حفظها الله وأمد الله في عمرها.

كلمة شكر وتقدير

اللهم لك الحمد حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، ملء السموات وملء الأرض، أشكر ربّي على نعمك التي لا تعد ولا تحصى، أحمّد ربّي وأشكر على تيسير إنجاز هذا العمل المتواضع.

وبعد حمد الله وشكره على إنهاء هذه الأطروحة، أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذتي ومشرفتي الفاضلة الدكتورة مارية عمر اوي على ما بذلته من جهد ونصح وتوجيه، فلها مني الشكر كله والتقدير والعرفان وجعل ذلك في ميزان حسناتها. وشكري أيضا لأعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور شنوف العيد الذي شرفني برئاسة لجنة المناقشة، والدكتور بن مصطفى عيسى، الدكتور حاج عيسى بن صالح، الدكتور بن معمر رابح والدكتورة بن سعدة حدة على تفضلهم بمناقشة هذه الدراسة.

مقدمة

الغيرية هي فكرة مؤداها حماية الغير، والغير مصطلح من أكثر المفاهيم تداولاً وشيوعاً في الحقل القانوني بصفة عامة وفي ميدان العلاقات القانونية بصفة خاصة، ويراد باستخدام المفهوم بصورة مطلقة تجنيب الغير أثر تصرفات كان فيها وجرت خلافاً لما يقتضيه المنطق القانوني السليم أو القاعدة القانونية العامة.

يعتبر الرومان أول من استعمل اصطلاح "الغير"، في عبارتهم الشهيرة: "certissimum est ex alterius contractu neminem obligari" والتي تعني أنه من المؤكد أن العقد لا يلزم الغير. ومن هذا المبدأ استخلص القانون الروماني قاعدتين، الأولى "res inter alios acta" والتي تعني أن العقود وأحكام القضاء لا تتعدى الغير بنفع ولا ضرر. والثانية "nemo alteri stipulari potest" والتي تعني لا يجوز الاشتراط لمصلحة الغير.¹

ولقد عرف مصطلح alii في القانون الروماني للتعبير عن الشخص الذي يخرج عن العلاقة التعاقدية و هو الذي أصبح الشخص الثالث "tierce personne" عند DOMAT، الذي أكد هو أيضاً أن العقد لا يمكنه أن يصيب الغير بضرر.²

ثم بسط التعبير بعد ذلك عند POTHIER الذي استعمل بدلاً منه اصطلاح tiers أي الغير، إذ المبدأ بالنسبة له أن العقود لا يكون لها أثر إلا فيما بين الأطراف المتعاقدة، و التي لا

¹ GOUGEON Audrey, L'intervention du tiers à la formation du contrat, thèse doctorat, université de Lille 2, 2016, p 15.

² DOMAT Jean, loi civil, livre 3, tome 6, n° 15 . « Le contrat ne peut nuire aux tierces personnes »

ترتب أي حق لصالح الغير.³ وعنه أخذت المجموعة المدنية الفرنسية هذا الاصطلاح،⁴ و
تبعته مختلف التشريعات و منها المشرع الجزائري.⁵

و قد حاول اتجاه من الفقه تحديد الدلالة الفنية لمصطلح للغير، بينما عني البعض الآخر
بمعالجة الغيرية كفكرة عامة، و مع ذلك لازال الفقه يردد أن ثمة غموضا كبيرا قد أحاط
بهذا الإصطلاح رغم كل المحاولات.⁶

و في محاولة لتعريف الغير لم يخرج الفقه من مبدأ النسبية المتوارث إذ حاول إيجاد تعريف
للغير ضمن هذا المبدأ، إلا أن التعريفات التي جاء بها الفقه تحتاج إلى تعريفات، ذلك لعدم
تحديد المعيار المعتمد لتحديد من هو "طرف" ومن هو "غير"، وإنما إذا وجد أن شخصا ما
قد تأثر بإبرام عقد قام الفقه بعملية لوي المصطلح و قام بإدراج المصطلح تحت وصف
الطرف بالتوسع في معنى العاقد و ادخال الخلف العام والخلف الخاص في معنى الطرف،
أو أن الشخص قد تأثر تأثرا شديدا بالتصرف و دخل في حكم أو معنى الطرف كما هو
الحال في الدائن، ودخول الفرد في نطاق الطرف يخرج من نطاق الغير، ويصبح ما عداه
غير.⁷

ولقد حصر الفقه فكرة الغيرية ضمن مبدئين أساسيين هما، مبدأ نسبية العقود ومبدأ الأثر
الملزم أي السريان. وعن مبدأ نسبية العقود يمكن القول بأنه ذلك المبدأ الذي يعني أن الأصل
في التصرفات هو رضا الأطراف الذي لا يولد آثارا إلا في دائرة الأطراف ولا يسري

³POTHIER Robert-joseph, Traité des obligations, tome 1, debure, 1835, n° 54. « C'est un principe que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, et qu'elles ne peuvent par conséquent acquérir aucun droit à un tiers »

⁴ Article 1165 ancien code civil français : « les conventions n'ont d'effet contre les parties contractantes ; elles ne nuisent pas. Aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121

⁵ لقد ورد مصطلح الغير في القانون المدني الجزائري لأكثر من 80 مرة في مواضع مختلفة.

⁶عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1976، ص 1. AUSSEL
Jean-Marie, essai sur la notion de tiers en droit civil français, Montpellier, 1952, p 15 et suivant

⁷ فاطمة محمد أحمد الرزاز، نظرية الاستخلاف الخاص، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1998، ص 24.

على الغير الذي لم يرتض انصراف الأثر إليه. ومع ذلك، فإنه من غير المعقول أن يبقى هذا التصرف بمعزل عن المجتمع الذي نشأ فيه، فهو ككيان يحيا حياة اجتماعية يحتج به ضد الكافة، كما يحق للكافة أن تتمسك بوجوده وتحتج به في مواجهة أطرافه، وهذا ما يسمى بمبدأ الأثر الملزم، ومن هنا ظهرت فكرة السريان إلى جانب فكرة مبدأ النسبية للعقد وشكلتا فكرة الغيرية بوضوح والتي أصبحت ترمي بظلال الحماية على الغير فيهما.

ففي المجال الأول أي النسبية التي تقابلها الطرفية، يتمسك الغير بغيريته في مواجهة أي تصرف لم يكن طرفا فيه ويطالب عدم امتداد أثره له. أما في المجال الثاني أي السريان، فيتمسك الغير بعدم نفاذ التصرف في مواجهته.

أما عن المركز القانوني للغير ففي القانون المدني يتغير مركزه القانوني من تصرف قانوني إلى آخر ومن واقعة قانونية إلى أخرى. كما أن الغيرية ذاتها والتي هي حماية هذا الغير يتباين مفعولها في كل حالة، من مجرد عدم نفاذ التصرف ضد هذا الغير إلى إمكانية التمسك بهذا المركز القانوني والاحتجاج به كما هو الحال بالنسبة للتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير.

وعن علاقة الغيرية بالسجل العقاري، فإن الغير لم يكتف بالخوض في المجالات السابقة بل تعداها إلى مجال الشهر العقاري، ذلك لأن طبيعة العيش في مجتمع تتطلب دخول الأشخاص في معاملات ذات طبيعة أو غير مالية مع بعضهم البعض، ويهدف القانون إلى تنظيم هذه العلاقات بشكل يتحقق فيه التوازن بين المصالح إذا تعارضت وهذا بهدف تحقيق الاستقرار والصالح العام في المجتمع.

ومن بين هذه المعاملات التبایع بين الافراد والذي يعتبر من سمات المدنية يتطور بتطورها، وما يهم البائع هو الحصول على ثمن المبيع وما يهم المشتري هو أن يطمئن على صحة

المعاملة وعدم ادعاء الغير أي حق عليها، ولا يركن إلى السكنينة إلا إذا استقرت الملكية في يده استقرارا نهائيا يحول دون خطر ادعاء الغير أية حقوق عليها.

هذا عن التبابع بشكل عام، أما عن التبابع الخاص بالعقار، فإن نقل الملكية إذا انصبت على عقار، فلا يكفي أن تنتقل الملكية بمجرد التعاقد إنما تتطلب اجراءات تعمل عن طريق العلنية لإشهار ملكية البائع حتى يتسنى للمشتري التأكد من أن العقار باسم البائع فعلا وهل هو سليم ولم تشبه أية شائبة تضعف من شأن الملكية أو تنتقص من اطرافها.

هذه الاجراءات وهذه العلنية هي الشغل الشاغل لكل مشرع يجري وراء حماية المعاملات العقارية واستقرار الثقة فيها، وهذا بتبني نظام قانوني يعمل على شهر الحقوق والتصرفات بغرض إعلام الغير بها وهذا ما يعرف بنظام الشهر العقاري والذي ينصرف معناه إلى إجراءات تحقيق العلنية للتصرفات والحقوق المتعلقة بالعقارات، بقصد إعطائها حجية بالنسبة للغير.⁸

لقد ظهر نظام الشهر العقاري، كنظام من النظم الموضوعية لأغراض اجتماعية واقتصادية عامة مقورا لحقوق جدية وسليمة محصنة بحماية قانونية من أي اعتداء، ولذا عرفت التشريعات الحديثة نظامان للشهر العقاري.

نظام الشهر الشخصي والذي يعتبر من أقدم الأنظمة العقارية والذي يتخذ من أسماء المتصرفين محورا ترتكز عليه عمليات القيد في السجلات. ففي هذا النظام تشهر التصرفات العقارية طبقا لأسماء الاشخاص في سجلات شخصية، أي مرتبة طبقا لأسماء الأشخاص لا طبقا لمواقع العقار.⁹

⁸ مصطفى عبد السيد الجارحي، أحكام الظاهر في السجل العيني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص 88.

⁹ إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، مطابع جريدة السفير، 1978، ص 27.

ونظام الشهر العيني الذي يتطلب قيد الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بال عقار الواحد، وكذلك ما اتصل بهذا العقار من الحقوق العينية التبعية، فضلا عن التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق الأصلية، في صحيفة واحدة تجمعها، تتضمن وصفا للعقار من حيث أبعاده وحدوده وطبيعته، وما تعلق به من صور التعامل على اختلافها وما نشأ أو ارتبط من الحقوق العينية وأصحابها.¹⁰

وهو النظام الذي أخذ به المشرع الجزائري بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹¹، دون أن يتخلى بشكل مطلق عن النظام السابق أي نظام الشهر الشخصي لارتباط ذلك بأعمال المسح التي لم تستكمل في بعض المناطق.

وباعتماد المشرع الجزائري لنظام السجل العيني أصبح القيد فيه من النظام العام، ولما كان كذلك فإن كل ما هو مشهر في صحائفه يعتبر عنوانا للحقيقة وحجة على الغير وقد يكون هذا القيد حجة لصالح هذا الغير.

لقد ظهر مصطلح الغير في الشهر العقاري في القانون الفرنسي، وارتبط بقاعدة عدم نفاذ التصرفات كجزاء عن عدم شهر بعض التصرفات،¹² ويبدو أن فكرة الغيرية تجد أولى معالمها في هذا الجزاء وهو حماية الغير من الاحتجاج ضده بأي تصرف من التصرفات الخاضعة للشهر والتي لم يتم إشهارها، وإن كانت هذه التصرفات صحيحة ونافذة بين أطرافها. وبذلك فإن عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير هو أهم جزاء لتخلف عملية الشهر

¹⁰ محمد لبيب شنب، دراسات في قانون السجل العيني المصري، معهد البحوث و الدراسات العربية، مصر، 1974. ص4.

¹¹ الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92، المؤرخة في 18/04/1975.

¹² Loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. et le décret-loi du 30 octobre 1935, et le décret 04 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

في التصرفات السابقة هذا عن نظام الشهر الشخصي الذي يعتبر القانون الفرنسي نموذجاً له.

أما عن نظام الشهر العيني، فإن "الغير" اقتحم هذا النظام أيضاً، إذ يحتج عليه بكل التصرفات المقيدة في السجل العقاري باعتباره من الكافة، وحينما يتمسك بغيريته في مواجهة من يحاول المساس بحقوقه التي أنشأها له السجل العقاري بمقتضى البيانات التي تم مسكها في البطاقات العقارية، بناء على مجموعة من الإجراءات والأعمال الميدانية والتقنية والقانونية التي أثبتت له هذا الحق في مواجهة أصحاب المراكز القانونية أنفسهم، متمسكا بصحة الحقائق الواقعية على حساب الحقائق القانونية استناداً إلى المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني للسجل العيني لاسيما مبدأ القيد المطلق ومبدأ القوة الثبوتية للقيد وكذا الأثر المطهر للقيد في السجل العيني.

إن الغيرية المقصودة هي تلك الحماية المقررة للغير في السجل العيني - والذي يحمل مفهوماً خاصاً- في مواجهة صاحب الحق الذي أغفل قيد حقوقه في بيانات السجل العقاري وهو صاحب المركز القانوني الحقيقي، أو الذي تعامل مع صاحب المركز الواقعي الذي قيدت حقوقه في السجل العقاري رغم أنها معيبة ومهددة بالإهدار، غير أن المحافظة على استقرار المعاملات العقارية قد تقتضي التضحية بحقوق صاحب الحق بل ومعاقبته نتيجة تقاعسه في الإدلاء بحقوقه أثناء أعمال المسح وإعداد السجل العقاري.

وتظهر مسألة تزامم الحقوق ومحاولة حلها بواسطة قاعدة الأسبقية في التسجيل دون مراعاة مبدأ الأسبقية في إبرام التصرف كأحد أوجه الحماية التي يختص ويتميز بها الغير في ظل نظام السجل العقاري.

هذا الغير الذي نجده في نظام السجل العقاري الجزائري في عدة مواضع أهمها ما جاء في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في نص المادة 793 منه والتي جاء فيها: " لا تنتقل

الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقار".¹³

وما جاء في النصوص المنظمة للشهر العقاري بمقتضى الأمر 74/75 ومراسيمه التنفيذية التي أكدت على اعتبار الشهر مصدرا وحيدا في وجود ونقل حق الملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار فيما بين الأطراف وحتى بالنسبة للغير من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية بالنسبة للحقوق العينية الأصلية.

ويترتب على عدم قيد بعض الحقوق في السجل العقاري عدم الوجود بالنسبة للأطراف وعدم النفاذ في مواجهة الغير بالنسبة لبعض الحقوق الشخصية كحق الإيجار، كما يترتب عدم القيد أثر عدم النفاذ بالنسبة للحقوق العينية التبعية.

من خلال ما سبق يبدو جليا أن للغير وجود ومركز قانوني في نظام السجل العقاري الجزائري، ووجوده هذا يستوجب توفير حماية قانونية من خلال ما تحمله الغيرية من أحكام في مجال الشهر العقاري.

أمام غموض مصطلح الغير الذي لا يعود غموضه إلى غياب تعريف دقيق له وإنما لكون مدلوله متغير،¹⁴ وفي ظل نظام الشهر العقاري الجزائري الذي يتسم بخصوصية وذاتية تميزه عن باقي أنظمة الشهر المعروفة، فإن محاولة رفع الغموض عن مصطلح الغير للوصول به إلى درجة من الوضوح، وتحديد مركزه القانوني بدقة، والبحث في أبعاد الحماية التي يحظى بها، هي الهدف المنشود من هذه الدراسة.

¹³ الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

¹⁴ ROLLAND Louise, sur la notion juridique indéterminées. Les tiers en droit privé Québécois, ces étranges étrangers, revue générale de droit, 2005, p 533.

أهمية الموضوع:

عنوان الأطروحة هو "الغيرية في السجل العقاري في التشريع الجزائري"، وهي تتكون من مجرد فكرة جاء بها الفقه وتبنتها مختلف التشريعات المقارنة، تحاول هذه الدراسة إسقاطها وتطبيق أحكامها على نظام قانوني معقد يتمثل في نظام الشهر العقاري الذي يعتبر من الموضوعات غير المحبوبة لدى الفقه الفرنسي.¹⁵ في مجال القانون والتي لم تحظى بالبحث الكافي كمثيلاتها في مجال القانون العقاري.

ودراسة مجرد فكرة "الغيرية" داخل نظام قانوني معقد وهو "السجل العقاري" والذي زاده المشرع الجزائري تعقيدا بسبب تبنيه لازدواجية نظام الشهر العقاري من جهة، وبسبب سقطاته فيه حين استمد بعض أحكامه من القانون الفرنسي رغم تباين النظامين تباينا شاسعا، هذا فضلا عن عدم اهتمام المشرع بمراجعة أحكام القانون الذي ينظم الشهر العقاري منذ صدوره بما يتمشى مع التطور أو التحول الاجتماعي والاقتصادي والسياسي الذي عرفته الجزائر منذ صدوره. اللهم إلا بعض التعديلات المحتشمة بموجب قوانين المالية المحدودة.

إن الغيرية في السجل العقاري ما هي إلا حماية جاءت بها فكرة الغيرية لصالح الغير في هذا النظام على حساب حقوق أصحاب المراكز القانونية في نظام السجل العقاري على الرغم من مخالفة الحقيقة الواقعية للحقيقة القانونية، وبذلك قد يحرم صاحب المركز القانوني استنادا إلى نظام السجل العقاري الذي أصبحت تسجيل الحقوق أو قيدها فيه من النظام العام.

¹⁵ GOBERT Michelle, la publicité foncière française cette mal-aimée, Études offertes à FLOURE jacques, répertoire du notariat defrénois, 1979, p 207.

والنزاع الذي تثيره الغيرية في السجل العقاري على المستوى القضاء بنوعيه، حين يلجأ الغير إلى طلب الحماية القضائية كلما شعر بتهديد حقوقه المكتسبة في ظل نظام من المفروض أن يضمن له الحماية الكافية من أي خطر.

هذا النزاع يتطلب -بغير شك- اللجوء إلى تطبيق أحكام الغيرية للفصل فيه من طرف الجهات القضائية المختصة لما تحمله من حماية لصالح هذا الغير استنادا إلى قواعد يختص بها نظام السجل العقاري.

دوافع اختيار الموضوع:

لعل الجاذبية الذاتية التي يتميز بها موضوع الغيرية في السجل العقاري، هي الدافع الأولي الذي أثار لدي الفضول العلمي للخوض في بحثه، وبجانب هذا الدافع الأساسي، فإنه توجد أسباب أخرى لا تقل أهمية من الناحية الموضوعية دفعتني لاختيار هذا الموضوع تتمثل في:

1- الغيرية هي مجرد فكرة غامضة ومع ذلك اقتحمت اغلب مجالات القانون، ورغم محاولة الفقه حصرها في مجال الأثر الملزم ومجال النفاذ، إلا أن صعوبة الفصل بين المجالين في حد ذاتهما جعل من محاولة تحديد المركز القانوني للغير في السجل العقاري ونطاق الحماية التي يتمتع بها في ظل هذا النظام هو ما يثير همم أي باحث للخوض في أعماق هذه الدراسة.

2- إن غموض مصطلح الغير في مجال السجل العقاري وبشكل أوضح في مجال تراحم الحقوق المشهورة وزوالها وفي كيفية تمسك هذا الغير بغيريته في هذا الإطار بالوسائل القانونية المتاحة له، هو الذي دفعني أيضا لاختيار هذا الموضوع.

3- جدة الموضوع كانت وراء اختياره، رغم الصعوبات المتوقعة نتيجة لعدم سبق تناول هذا الموضوع بهذا الشكل لندرة المؤلفات المتخصصة التي تجمع بين فكرة

الغيرية ونظام السجل العقاري في ظل التشريع الجزائري، وأغلب المراجع المعتمدة تتضمن دراسة نظام الشهر العقاري من مختلف الجوانب دون الخوض في فكرة الغيرية ولا في المركز القانوني للغير إلا بالإشارة فقط، ولم أجد ضالتي إلا في بعض الأطروحات في القانون العقاري والمقالات المنشورة في هذا الصدد.

لذا فقد أثرت بذل قدر طاقتي لتقديم هذا العمل المتواضع، لعله يكون لبنة للبحث فيه من جديد وفكرة تستلهم الدارسين في مجال القانون العقاري الجزائري.

فبما أن فكرة الحماية هي التي تشكل الإطار العام الذي يحيط بالغيرية في كل من مجالها الرئيسي الأثر الملزم و السريان، فإنها ترمي بظلالها أيضا على نظام السجل العقاري و من هنا تنور الإشكالية التالية:

- ماهي مظاهر الغيرية في السجل العقاري في التشريع الجزائري؟

هذه الإشكالية التي سوف يتم الإجابة عنها بين طيات هذا العمل المتواضع وفق خطة ثنائية خصص الباب الأول منها لمضمون فكرة الغيرية في السجل العقاري بينما خصص الباب الثاني تطبيقات الغيرية في السجل العقاري في التشريع الجزائري وهذا وفقا لمنهج قانوني يخدم طبيعة هذا البحث كما سوف يتم شرحه لاحقا.

منهج الدراسة:

نظرا لقلة الأبحاث المتخصصة في معالجة فكرة الغيرية في السجل العقاري، فقد وجدت من المفيد دراسة الموضوع من خلال المنهج الوصفي، وهو المنهج الذي يتلاءم مع طبيعة هذا الموضوع، تم الانتقال فيه من الموضوعات الكلية إلى الموضوعات التفصيلية بشكل تدريجي، مع الاعتماد على المنهج التحليلي القائم على الموازنة بين النصوص القانونية وتحليلها، مدعما بالرؤى الفقهية في إطار من الدراسة المقارنة للوضع في النظام القانوني المقارن كل ما تطلب الأمر اللجوء إلى ذلك.

تناولت هذه الدراسة في جانب أول من خلال مضمون فكرة الغيرية والنظام القانوني للسجل العقاري من خلال الإطار النظري لهذه الدراسة، وفي جانب ثان إلى أحكام هذه الحماية التي انبثقت بفكرة الغيرية من خلال أهم تطبيقاتها في مجال نظام السجل العقاري. وقد تناولت هذه الدراسة في بابين رئيسيين، تسبقهما هذه المقدمة وتعقبهما خاتمة للبحث ونتائجه، وهذا وفقا للخطة التالية:

الباب الأول: مضمون فكرة الغيرية في السجل العقاري

الفصل الأول: النظام القانوني للسجل العقاري في التشريع الجزائري

الفصل الثاني: فكرة الغيرية في السجل العقاري

الباب الثاني: تطبيقات الغيرية في السجل العقاري الجزائري

الفصل الأول: تطبيقات الغيرية في مجال تراحم الحقوق المشهورة

الفصل الثاني: تطبيقات الغيرية في مجال زوال الحقوق.

الباب الأول:

مضمون فكرة الغيرية

في السجل العقاري

الباب الأول: مضمون فكرة الغيرية في السجل العقاري

الغيرية هي فكرة مضمونها حماية الغير، ويقصد بالحماية في القانون تأمين الحق من التعدي في جميع صورته.

ويعتبر مصطلح الغير من أكثر المفاهيم تداولاً وشيوعاً في الحقل القانوني بصفة عامة، وفي ميدان العلاقات القانونية بصفة خاصة، ويراد باستخدام هذا المفهوم بصورة مطلقة تجنيب هذه الطائفة عدم الإعراف بآثار تصرفات كانت فيها وجرت خلافاً لما يقتضيه المنطق القانوني السليم أو القاعدة القانونية العامة.

وقد أدى زيوع وشيوع هذا المفهوم، إلى الاعتقاد بسهولة و ليونته مما أدى إلى استخدامه على نحو يعوزه الانضباط والدقة في الكثير من الأحيان، فضلاً عما أداه من تعميم لهذا المصطلح.

ولم يخلو السجل العقاري من هذا المصطلح أي "الغير" الذي يتمسك بغيريته في مواجهة بعض التصرفات الواجبة الشهر في السجل العقاري من أجل التمسك بالحماية التي أنيطت بفكرة الغيرية في هذا المجال، و هذا ما دفعنا إلى تخصيص الباب الأول من هذه الدراسة إلى تناول فكرة الغيرية و نظام السجل العقاري من جانب نظري بحت و هذا تمهيداً للخوض في أحكام الغيرية و تطبيقاتها في نظام السجل العقاري على وجه التحديد.

و بما دراستنا تنصب على حماية الغير في السجل العقاري فإنه من البديهي أن نستهل هذا الباب للتعرض للنظام القانوني للسجل العقاري الجزائري قبل الخوض في تحديد مضمون فكرة الغيرية، هذا ما سنتطرق له في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: النظام القانوني للسجل العقاري في التشريع الجزائري.

الفصل الثاني: فكرة الغيرية في السجل العقاري .

الفصل الأول:

النظام القانوني للسجل العقاري في

التشريع الجزائري

الفصل الأول: النظام القانوني للسجل العقاري في التشريع الجزائري

نظام السجل العقاري أو نظام الشهر العقاري هو مجموعة من القواعد والإجراءات القانونية الرامية إلى تحديد هوية العقار وتثبيت ملكيته وشهر الحقوق والتصرفات القانونية الجارية عليه، بواسطة سجلات يمكن للكافة الاطلاع عليها.¹⁶

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

وقد عملت التشريعات الحديثة على الاعتماد على العمل على تأمين واستقرار المعاملات العقارية بعدة طرق منها اشتراط الشكلية على التصرفات العقارية وكذا الاعتماد على الأنظمة العقارية التي توفر العلانية والاستقرار للعقارات.

هذه العلانية التي تصبو الشرائع لإحاطة التصرفات العقارية بها هي ما يعرف اليوم بالشهر العقاري والتي اتجهت كل الشرائع إلى إقرار نظام الشهر في قوانينها ومنها المشرع الجزائري. وهذا ما سنتطرق إليه في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تطور نظام الشهر العقاري.

المبحث الثاني: تنظيم السجل العقاري.

¹⁶ حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 19.

المبحث الأول: تطور نظام الشهر العقاري

فكرة الشهر ليست فكرة حديثة، بل هي ممتدة عبر التاريخ وهذا لأهمية الأرض كمصدر لثروات الإنسان، ولهذا عملت التشريعات القديمة على حماية الملكية العقارية من خلال فرض إجراءات معينة ترمي إلى اثبات الملكية لأصحابها وحماية المتعامل من الغش والخداع.

وهو ما سعت لتحقيقه التشريعات الحديثة والتي عرفت نظامين رئيسيين للشهر العقاري استلهم منهما المشرع الجزائري نظاما قانونيا للشهر العقاري، والذي له خصوصية نتيجة للتطور التشريعي أثر على تكوينه. وهذا ما سنتطرق له في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التطور التاريخي والتشريعي لأنظمة الشهر العقاري.

المطلب الثاني: مكانة نظام السجل العقاري الجزائري بين أنظمة الشهر.

المطلب الأول: التطور التاريخي والتشريعي لأنظمة الشهر العقاري

فكرة الشهر العقاري تعود بجذورها إلى بداية الحضارات الإنسانية، وقد تطورت هذه الفكرة عبر العصور إلى أن عرف العالم نظامين للشهر أحدهما هو نظام الشهر الشخصي والثاني هو نظام الشهر العيني، وكانت في مجملها تهدف إلى حماية الملكية العقارية وضمان استقرار المعاملات وحماية المتعامل بها من الغش والخداع.

وهذا أيضا ما سعى إليه المشرع الجزائري والذي سن العديد من النصوص التي تنظم الملكية العقارية أو كان لها أثر على توفير الحماية والاستقرار للمعاملات العقارية. وهذا ما سنتعرض له من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التطور التاريخي لأنظمة الشهر العقاري.

الفرع الثاني: التطور التشريعي لنظام الشهر العقاري الجزائري.

الفرع الأول: التطور التاريخي لأنظمة الشهر العقاري

مرت أنظمة الشهر العقاري عبر عدة مراحل تاريخية قبل أن تصل إلى ما هي عليه الآن ويمكن تلخيصها في المراحل التالية:

أولاً: العصور القديمة

كانت الأرض موزعة بين الأسر لم تكن الأرض قابلة للانتقال إلا بموافقة جميع أفراد الأسرة وكان لكل واحد منهم حق الاعتراض (الفيثو) على عملية الانتقال.¹⁷ ومثال ذلك ما ورد في سفر التكوين، من أن إبراهيم عندما أراد دفن زوجته سارة التي توفيت في الغربية، في قرية حبرون التابعة للكنعانيين خاطب بني حث قائلاً: " أنا غريب ونزير عندكم، اعطوني ملك قبر عندكم فأدفن ميتي من أمامي. فأجاب بنو حث قائلين إنما أنت زعيم الله فيما بيننا في خيار قبورنا، ادفن ميتك فليس أحد ما يمنع منك قبره لتدفن ميتك. فقام إبراهيم وكلمهم قائلاً إن طابت نفوسكم أن أدفن ميتي من أمامي، فاسألوا لي عفرون بن صوحر أن يعطيني مغارة المكفيلة التي له في طرف حقله بثمن كامل... فأجاب عفرون الحثي على مسامح بني حث أمام جميع الداخلين باب مدينته قائلاً: لا يا سيدي، اسمعني، الحقل وهبتك إياه والمغارة التي فيه لدى عيون بني شعبي. فسجد إبراهيم أمام شعب الأرض وكلم عفرون على مسامعهم قائلاً: أسألك أن تسمع لي. أعطيتك ثمن الحقل فخذ مني وأدفن ميتي هناك. فأجاب عفرون إبراهيم وقال له: يا سيدي اسمع لي، أرض تساوي أربعمئة مثقال فضة، ما عسى تكون بيني وبينك، ادفن ميتك فيها. فلما سمع إبراهيم ذلك منه وزن له الفضة على مسامح بني حث.

¹⁷ حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 29.

فوجب حق عفرون... والمغارة التي فيه، وجميع ما فيه من شجر بجميع حدوده المحيطة به، ملكا لإبراهيم بمشهد بني حث وجميع من دخل باب مدينته.¹⁸

و في عهد الرومان: كان انتقال الملكية يتم بطرق ثلاث هي: الإشهاد manicipation، و الدعوى الصورية in jure cession والتسليم tradition . فالإشهاد هو عملية رسمية لنقل الملكية تتمثل في احتفال يحضره المتصرف و المتصرف إليه و حامل الميزان ، و خمسة شهود من المواطنين الرومان البالغين. وتبدأ إجراءات الإشهاد بأن يقوم المتصرف اليه بإمساك ما يرمز إلى العقار موضوع التصرف بين يديه، ثم يضرب الميزان بالبرونز، ويسلمها إلى المتصرف باعتبارها ثمنا للمبيع. أما المتصرف نفسه فقد كان يقف موقفا سلبيا. وبإتمام هذه الإجراءات، تنتقل الملكية إلى المتصرف إليه، حتى ولو كان التصرف الذي يستند اليه باطلا. أي أن هذه الإجراءات الشكلية هي التي كانت تنقل الملكية وليس التصرف.¹⁹

أما عن الدعوى الصورية فهي طريقة أخرى لنقل الملكية الرومانية، وبمقتضاها يتفق المشتري والبائع على أن يقيم دعوى صورية يدعي فيها بملكية العقار المبيع فيوافقه البائع على ذلك ويصدر الحكم القاضي بإثبات الملكية للمدعي، وبذلك تنتقل الملكية الى هذا الأخير.

وأما انتقال الملكية بالتسليم فلم يكن يتم بإجراءات شكلية رسمية كما هو الشأن في الإشهاد و الصورية بل كان يتم بمجرد تسليم العقار للمشتري وكان يرد على الاشياء غير النفيسة والملكية البريتورية قبل أن تزول، والملكية الأجنبية الخاصة بالأجانب غير الرومانيين

¹⁸ إدوار عيد، الأنظمة العقارية: التحديد والتحرير: السجل العقاري، الطبعة الثانية، بيروت، 1996، ص 13 و 15.

¹⁹ حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 30.

ولكسب ملكية الأراضي الاقليمية. ومع حلول عهد الامبراطور "جستيان" لم يبق من طرق نقل الملكية إلا التسليم كوسيلة وحيدة حتى في العقارات.²⁰

ويلاحظ أن جميع هذه الطرق لنقل الملكية وبخاصة الاشهاد والدعوى الصورية كانت تتم بإجراءات شكلية فيها من العلانية ما يكفل تثبيت الملكية، ومنع الغش والتحايل في التعامل.

ثانيا: العصور الوسطى

لم يتغير الوضع كثيرا عما كان عليه من قبل، فبعد أن كانت الأراضي موزعة بين الأسر والعشائر، أصبحت موزعة بين الأسياد والاقطاعيين، وبعد أن كانت الأرض مجرد مصدر رزق في الاسرة، أصبحت مظهرا من مظاهر السلطة والجبروت في النظام الاقطاعي، فكانت أراضي الزعيم أو السيد واسعة، وكلما زادت سطوته واتسع سلطانه، وكان انتقالها من شخص إلى آخر موقوفا على موافقتهم منعا لتسربها الى الغرباء وكانت الموافقة تتم في إجراءات صعبة، تحولت مع الزمن وسيلة لشهر الانتقال وإعلانه، وحماية المشتري من الغش والاحتيال.²¹

ولقد انتهت تلك التطورات بتخلي الأنظمة التشريعية عن ثنائية نقل وإنشاء الحقوق العينية العقارية والانتقال إلى ما يعرف بمبدأ " فردية إنشاء ونقل الحقوق العينية والذي أصبحت بمقتضاه إرادة المتعاقدين تكفي وحدها لإنشاء ونقل الحقوق العينية في العقارات والمنقولات على السواء وهو المبدأ الذي رسخه القانون المدني الفرنسي لاحقا. إضافة الى ذلك فلم تكن الرهون القانونية والرهن الاتفاقية خاضعة إلى الشهر والإعلان مما أدى بالضرورة إلى اضمحلال الائتمان العقاري في تلك الفترات. ومنه يمكن القول بصفة عامة أن اضمحلال

²⁰ سالم حماد شعبان الدحوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري - دراسة مقارنة-، رسالة

دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1997، ص 21.

²¹ حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 33.

الشكلية الدقيقة والمطلقة في مجال تصرفات إنشاء ونقل الحقوق العينية العقارية ومواكبة مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد قد قاد إلى إخفاء التصرفات العقارية وعدم إتاحة السبل لإعلام الغير بها.²²

ثالثاً: الشريعة الإسلامية

تحررت العقود من الشكليات و المراسم و برز دور الإرادة في نقل الملكية بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"²³، ولم يرد ما يوجب شهر العقود أو التصرفات القانونية على النحو الذي يتم في نظام الشهر الشخصي أو العيني و إنما جعلت الشريعة الإسلامية العقود تتم بمجرد التراضي و لم تشترط شكلاً معيناً لتمامها، و على هذا النحو كانت الملكية في العقار أو المنقول في الشرع الإسلامي تنتقل بمجرد وقوع البيع دون الحاجة إلى إجراء أية معاملة أخرى، و يمكن القول أن السبب في ذلك الوقت أن الأراضي كانت تقسم عن طريق وضع اليد و معرفة ذلك لدى سكان المناطق، أضف إلى ذلك الوازع الديني الذي كان يهيمن على الأفراد في حقوقهم و واجباتهم، و قوة الالتزام الذي يستند إليه المتعاقدان أثناء إجراء التصرفات العقارية. فعلى أساس الشعور الديني للأفراد جعل الفقه الإسلامي الملكية تنتقل بين الافراد بالعقد مباشرة، فيصبح المشتري للعقار مالكا للمبيع بمجرد العقد ودون الحاجة إلى إجراء آخر.²⁴

و إن لم تشترط الشريعة الإسلامية الشكلية إلا أنها حثت على توثيقها بالكتابة و الاشهاد أو الرهن عند التداين و هذا لقوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۗ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۗ فَلْيَكْتُبْ

²² حسن عبد الباسط جميعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، جامعة القاهرة، 2004/2005، ص 23.

²³ سورة المائدة، الآية 01.

²⁴ علي بن عزان بن علي الهشامي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعماني، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2009، ص 21.

وَلِيْمَلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا ۚ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ ۚ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۚ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ۚ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ۚ وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۚ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۚ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۚ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ وَلَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ وَيَعْلَمُكُمُ اللَّهُ ۚ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ" 25

ومنه فالله سبحانه وتعالى يأمرنا بتوثيق الدين بالكتابة على يد كاتب عادل. وعلى هذا النحو يمكن اعتبار حفظ المحررات وشهرها، نوعاً من التنظيم العملي لما ترمي إليه الآية الكريمة من حفظ أموال الناس وتنظيم العمل بينهم، بما يوفر الحماية للحقوق والاستقرار في التعامل. 26

وهذا ما قامت به الدولة العثمانية، حيث قامت الدولة العلية سنة 955 هـ بتشكيل لجنة من المختصين لتسجيل الأراضي والقرى بعد تقسيمها وتبويبها، والتي استغرقت خمسة وخمسين عاماً. حيث تم تقييد جميع أراضي الدولة فيها، ومن تعود إليهم من أفراد، ثم وضع ليها شعار الدولة وحفظت في خزائن لا تفتح إلا بأمر من السلطان وبمعرفة هيئة من كبار موظفي الدولة. وفي سنة 1273 هـ أسست الدولة دوائر خاصة لتسجيل التصرفات العقارية

25 سورة البقرة، الآية 282.

26 حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 33.

سميت " نظارة الدفتر خانة" أو " دائرة الطابو"، مهمتها تسجيل الأموال غير المنقولة بأسماء أصحابها والمعاملات المتعلقة بها.²⁷

رابعاً: العصور الحديثة

وبعد أن زالت سلطة الأسياد والاقطاعيين وأصبحت الأرض قابلة للتملك من الكافة، وخضعت تبعاً لذلك لقانون العرض والطلب، تحرر انتقال الملكية من القيود والإجراءات الشكلية السابقة، وأصبحت الملكية تنتقل بمجرد الاتفاق والتراضي. إلا أن هذا خلق حالة جديدة من للاستقرار، وصارت الملكية العقارية عرضة للمنازعات. فقد يقدم البائع على بيع أرضه أكثر من مرة دون أن يتمكن المشتري من العلم بالبيوع السابقة على عقده؛ وقد يكون البائع مجرد مالك ظاهر يتصرف بالأرض بصفته مزارعاً أو مستأجراً أو شريكاً يعمل لحسابه، ولا يكون للمشتري وسيلة يقف بواسطتها على حقيقة يده على الأرض.²⁸

ولحماية الملكية العقارية ولتحقيق الاستقرار وتعزيز الثقة والائتمان أصبح البحث عن نظام يحقق الاستقرار تم تبني نظام الشهر العقاري والذي تطور ليصبح بما عليه الآن.

وقد كانت بروسيا أول دولة تأخذ به سنة 1783، حيث تم انشاء سجلات عقارية تفيد بها جميع القيود والمعاملات القانونية التي ترد على العقارات بأمر من ملكها فريدريك الثاني والذي اكتست طابع اعلاني لا أكثر. إلا بعد صدور قانون 05 أيار 1872 الذي أعطى قيود السجل العقاري قوة ثبوتية تامة، بحيث لا تعد العقود والتصرفات الواردة على العقار صحيحة ونافاذة حتى فيما بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيدها في الصحيفة العينية، إضافة

²⁷ سالم حماد شعبان الدحروج، المرجع السابق، ص 38.

²⁸ حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 43.

إلى وجوب مثل المتعاقدين أمام القاضي العقاري للتصريح أمامه علنا وبصوت جهوري عن ارادتهما المتبادلة بالبيع والشراء، فيصدر القاضي قرارا بتدوين هذا التصريح.²⁹

وفي القانون الفرنسي مرّ انتقال ملكية العقار المبيع بتطور كبير ولعل أهمها كان بصدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804 الذي استبعد التصرفات الناقلة للملكية العقارية من أحكام التسجيل و اقتصر ذلك على الهبات، الإستبدالات الوصائية، الرهون و الامتيازات العقارية، واستمر الحال على هذا النحو إلى أن صدر قانون التسجيل العقاري الفرنسي سنة 1855 الذي أخضع جميع التصرفات الناقلة للملكية العقارية للشهر، سواء أكانت تتعلق بحقوق قابلة للرهن العقاري و حقوق الملكية، أم كانت غير قابلة للرهن العقاري كحق الارتفاق و الاستعمال و السكنى، و سواء كانت هذه التصرفات تتم بعوض كالبيع العقارية، أم بدون عوض كالهبات العقارية. إضافة إلى بعض الحقوق الشخصية كالإيجارات التي تزيد مدتها 12 سنة.³⁰

كذلك أخضع هذا القانون صحف دعاوى فسخ التصرفات العقارية (التي سبق شهرها)، أو الغائها، أو ابطالها، أو الرجوع عنها، والأحكام الصادرة في هذه الدعاوى للتسجيل، كي يمكن الاحتجاج بهذه الأحكام الصادرة فيها لمصلحة رافعيها على المدعى عليه وكل من اكتسب منه حقا خاضعا للشهر، تم شهره بعد تاريخ تسجيل صحائف تلك الدعاوى.³¹ وكان الهدف من هذا التسجيل من أجل الاحتجاج بها على الغير دون أن يعطيه قوة ثبوتية مما يجعله عرضة للإلغاء أو الابطال لأي سبب من الأسباب.

²⁹ إدوار عيد، المرجع السابق، ص 16-17.

³⁰ سالم حماد شعبان الدحروج، المرجع السابق، ص 46.

³¹ المرجع نفسه، ص 47.

وقد حاول المشرع الفرنسي تنظيم الملكية العقارية وتركيزها على أسس متينة، فشكل لهذا الغرض لجنة من خارج البرلمان، وذلك بموجب مرسوم بتاريخ 30 أيار 1891. وقد أوصت اللجنة بعد دراسة استمرت حتى سنة 1905 باعتماد نظام السجل العيني. غير أن الدولة لم تأخذ بهذه التوصية نظرا لما يتطلبه تطبيق هذا النظام من نفقات باهظة، وبسبب معارضة كتاب العدول الذين كانوا يهيمنون على الملكية العقارية، والذين من شأن هذا المشروع أن يحرمهم من امتيازات يتمتعون بها، ذلك أنهم بحكم اطلاعهم على أسرار الملكية العقارية ومصادرها، كانوا يفرضون وساطتهم على الأفراد، بحيث لم يكن باستطاعة أحد أن يجري أي معاملة عقارية بدون وساطتهم وذلك تحت طائلة فقدان حقه. وقد صدرت بعد ذلك تشريعات أخرى تعتمد على نظام الشهر الشخصي.³²

وفي استراليا، ظهرت معالم نظام الشهر العيني بموجب قانون تورنس سنة 1858 والذي سنتطرق إليه لاحقا.

وهكذا فإن نظم الشهر العقاري المعاصرة تستمد مصادرها من التعديلات العامة التي تمت في القرن الماضي بهدف تحقيق الاستقرار والثقة في المعاملات العقارية والذات استلزماتها السرعة المتطلبة في المعاملات التي تخدم التطور الاقتصادي المتنامي بشكل لم يسبق له مثيل في تاريخ البشرية.³³

ولعل حصر البواعث المختلفة التي حثت المشرعين في مختلف العصور على شهر التصرفات العقارية، أمر ليس بهين إلا أنها كانت في مجملها ترمي إلى:

- إعادة إنشاء أصل الملكية: هذه الفكرة تجعل للشهر العقاري أثرا انشائيا بقصد إحاطة المكتتبين بالحقوق التي على العقارات وإحاطتهم بصفة الشخص الذي يظهر لهم بمظهر المالك.

³² إدوار عيد، المرجع السابق، ص 18.

³³ حسن عبد الباسط الجميحي، المرجع السابق، ص 29.

- تحقيق الثقة العامة: طبقا لهذه الفكرة يجب أن يعمل الشهر العقاري على تأمين كل مالك ثبتت ملكيته ضد أية مضايقة وهو يستعمل حقه، كما أنه من أجل الاستقرار القانوني والثقة في المعاملات فإن تنظيم الشهر العقاري يجب أن يأخذ في الاعتبار الأوضاع الظاهرة ويسمح بالاعتداد بها فيما يتعلق بالغير.³⁴

- تسهيل تداول العقارات: ذلك أن المجتمع يتطلب تنظيمًا عقاريًا حتى يمكن الحصول على أقصى فائدة ممكنة من هذه الثروة العقارية التي تنعكس على الاقتصاد الوطني.

وعليه فإن هدف الشهر العقاري هو إحاطة الكافة، وعلى الأخص من له مصلحة، علما بالوضع القانوني للعقار والحقوق التي ترد عليه إذ يتمكن من الوقوف على مالك العقار ومساحته وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه وأصحاب هذه الحقوق وتواريخ نشوئها، حتى ما إذا أقدم شخص على التعامل في هذا العقار بشرائه أو باكتساب أي حق من الحقوق العينية الأخرى عليه كان على بينة من أمره وعلى يقين من تحقيق الغاية المقصودة من تصرفه. فالشهر العقاري يهدف إلى تنظيم هوية لكل عقار تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص.³⁵

هذا الإشهار وهذه العلانية كانت الشغل الشاغل لكل مشرع يجري وراء حماية المعاملات العقارية وحماية الغيرية حتى تستقر الثقة العقارية استقراراها السليم الذي يتعاصر مع الطمأنينة.³⁶

³⁴ منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1961، ص 03 وما يليها.

³⁵ عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، دون سنة نشر، ص 09.

³⁶ ليلي لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011/2012، ص 25.

الفرع الثاني: التطور التشريعي لنظام الشهر العقاري الجزائري

الجزائر إبان الفترة الاستعمارية وحتى لسنوات طويلة بعد الاستقلال تم تطبيق نظام الشهر القائم في فرنسا آنذاك وهو نظام الشهر الشخصي القائم على وضع بطاقات تخص الأشخاص المتصرفين في العقار.

غير أن الجزائر غيرت معتقدها واعتمدت نظام الشهر العيني القائم على وضع بطاقات عقارية.³⁷ إلا أن عدم استكمال إجراءات المسح استوجبت على المشرع إبقاء الأخذ بنظام الشهر الشخصي في المناطق التي لم تشملها عملية المسح بالموازاة مع نظام الشهر العيني وهذا ما يستشف من النصوص القانونية للأمر 74/75 والمرسومين التنفيذيان له 62 /76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام³⁸ و63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.³⁹

تبنى المشرع الجزائري لنظام الشهر الشخصي بصفة انتقالية في انتظار تعميم عملية المسح والتي تشكل الأساس المادي للسجل العقاري، في المناطق التي لم تشملها عملية المسح، هذا النظام الذي ورثه عن الاستعمار الفرنسي.

فقد عمد المشرع الفرنسي بمجرد احتلاله للجزائر إلى توسيع نطاق تطبيق القوانين الفرنسية لتشمل الجزائر وذلك تأكيدا للاحتلال. فقد قامت الإدارة الفرنسية بإدخال نظام الشهر العقاري إلى الجزائر بشكل تدريجي في البداية إذ أن الخضوع إلى القوانين الفرنسية كان اختياريا فيطبق على التصرفات والمعاملات العقارية التي تتم لفائدة المعمارين لاسيما نظام الشهر

³⁷ بوراس محمد، (نظام الشهر العقاري في الجزائر؛ تجربة جزائرية أم تيهان تشريعي)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الأول، 2020، ص 50.

³⁸ المرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدل والمتمم.

³⁹ المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

الشخصي، في حين أنه تم الإبقاء على نظام الملكية والمعاملات بين المسلمين والذي يستمد أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية ويستند على الكتابة العرفية.⁴⁰

إلا أن هذا سرعان ما تغير فقد لجأت الإدارة الفرنسية الى سن قوانين لبسط سيطرتها ومن أجل توفير أراضي للمعمرين. بذلك صدر في هذا الشأن قانون سنة 1834 الذي مفاده امتداد تطبيق القوانين الفرنسية إلى الجزائر ومن بين هذه القوانين القانون الصادر في 23 مارس 1855 المتعلق بالإشهار العقاري (تسجيلات الرهون)، والذي مفاده الزامية شهر جميع التصرفات والعقود الناقلة للملكية العقارية او المترتبة عليها ديونا أو أعباء.

وكذلك من أهم القوانين الذي كان له أثر كبير على الملكية العقارية والمتضمن تأسيس الملكية في الجزائر على الأقاليم التي يشغلها العرب قانون سيناتوس كونسولت المؤرخ في 1863/04/22 و الذي نص على تحويل أراضي العرش إلى حق ملكية تامة إذ تم بموجبه تجزئة أراضي العرش إلى وحدات عقارية فردية لكي تكون قابلة للتصرف فيها لفائدة المعمرين فتحوّلت من أراضي عرشية شاسعة إلى ممتلكات فردية خاصة، و كان لهذا القانون هدفين الأول هو تسهيل عملية انتقال الملكية من الجزائريين إلى المعمرين و الثاني هو القضاء على النسيج الاجتماعي و الترابط العائلي بين الجزائريين.⁴¹

وأصدرت كذلك الإدارة الفرنسية المرسوم 59-1190 المؤرخ في 1959/10/21 المتضمن التغيير الجذري لنظام الشهر العقاري ومن أهم ما جاء في هذا الأخير على المستوى التقني وضع العديد من الإجراءات والضوابط التي تضمن صحة تطابق المعلومات المقيدة ضمن الوثائق العقارية وهو ما يرتب وجود فهرس عقاري دقيق وشامل يعكس البيانات المتعلقة بالعقار وكذا اخضع بصفة الزامية بعض العقود لعملية الشهر من يسنها

⁴⁰ قدور المزوار، (التطور التاريخي لنظام الشهر العقاري في الجزائر وأثره على تطهير الملكية العقارية الخاصة)، مجلة افاق فكرية، المجلد الرابع، العدد 8، مارس 2018. ص 324.

⁴¹ عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومه، الطبعة الثانية، 2006، ص 190.

الإجراءات التي تفوق 12 سنة وباقي الشهادات التوثيقية المتضمنة نقل أو انشاء حقوق عقارية عن طريق الوفاء.⁴²

إضافة إلى ما سبق صدر المرسوم 61-159 المؤرخ في 22/02/1961 الذي حدد الطرق الكفيلة بإعداد دفتر العقاري وصلاحيات محافظ الرهون.⁴³

ويمكن القول أن الإدارة الفرنسية لم تتجح في وضع نظام عقاري ناجح، و في الغالب كانت النصوص القانونية متعارضة و غامضة انتهت في الأخير إلى ترك وضعية عقارية معقدة و مضطربة.⁴⁴

بعد الاستقلال للتكيف مع هذه الوضعية تم تمديد العمل بالقوانين الفرنسية التي كانت سارية المفعول باستثناء النصوص التي تمس بالسيادة الوطنية أو التي لها طابع استعماري عنصري أو التي تطال الحريات الديمقراطية.⁴⁵ ومن أهم التشريعات التي ساهمت في تأسيس نظام السجل العقاري الجزائري وتنظيم الملكية العقارية نذكر ما يلي:

1 - تنظيم الأملاك الشاغرة:

بعد الرحيل الجماعي للأوروبيين وتركهم لعدد كبير من المزارع الفارغة، قام المشرع الجزائري بعد الاستقلال بجرد الأملاك الشاغرة التي تركها الاستعمار بموجب الأمر رقم 62-20 المؤرخ في 24/08/1962 المتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة والمرسوم 62-03 المؤرخ في 23/10/1962 المتعلق بتنظيم الصلح البيع، الكراء والإيجار

⁴² رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلية، 2001، ص 24-25.

⁴³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 40.

⁴⁴ قدور المزوار، المرجع السابق، ص 326.

⁴⁵ وتم هذا بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31/12/1962 الذي يمدد العمل بالتشريع المعمول به والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 02 المؤرخة في 11/01/1963.

الزراعي، فمنع بموجبه المعاملات التعاقدية في الأملاك الشاغرة بعد الفاتح من جويلية 1962 واعتبرها باطلة حسب المادة 04 منه باستثناء تلك التي تتم لصالح المجموعات العمومية أو لجان التسيير.

إلا أن تضمن الأمر 62-20 للكثير من الثغرات والعيوب نتج عنه عجز السلطات الإدارية عن إدارة الأموال الشاغرة مما أدى بالمشروع الجزائري إلى اصدار المرسوم 63-24 الصادر في 18/02/1963 والذي حدد التعويض على شاغلي المباني السكنية والمهنية والرسوم 63-168 المؤرخ في 09/05/1964 المتعلق بوضع الأملاك العقارية والمنقولة تحت حماية الدولة. وفي الأخير أصدر المشروع الجزائري الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني وما ميزه أحكام المادتين 689 و773 الأولى التي منعت التصرف في أملاك الدولة أو تملكها بالتقادم والثانية اعتبرت الأملاك الشاغرة ملك من أملاك الدولة.⁴⁶

2 - قانون التوثيق:

يعتبر صدور قانون التوثيق 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 الانطلاقة الفعلية لتنظيم الملكية العقارية بعد الاستقلال والذي تم الغاؤه لاحقا بموجب القانون 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

3 - قانون الثورة الزراعية:

أحدث الأمر 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية،⁴⁷ تغييرا جذريا في تنظيم الملكية العقارية وحمل آليات قانونية تضمنت في مضمونها تأمين الأراضي الخواص الفلاحية ضمن الصندوق الوطني للثروة الزراعية، والحاقها بالنتيجة ضمن أملاك الدولة. حيث نص الأمر السابق إجراءات التأمين وطرق التعويض للملاك الخواص والذي

⁴⁶ محمد أمين مزيان، آمال حبار، (أحكام الأملاك الشاغرة في التشريع الجزائري)، مجلة الحضارة الإسلامية، مجلد 17، عدد 29، جوان 2016، ص 808.

⁴⁷ الأمر 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية

يكون بواسطة قرار إداري من الوالي يقضي بتحويل الأرض الفلاحية الخاصة إلى أملاك الدولة.⁴⁸

وكان التأميم نتيجة تأثر الجزائر بالمنهج الاشتراكي، وهذا كوسيلة مادية للقضاء على الاستغلال الطبقي والاجتماعي، وهذا من خلال توسيع التراث العقاري المملوك لها وإعادة توزيع هذه الأراضي.

ومبرر هذه الوسيلة اجتماعيا لا سيما بعدما أثبتت الاحصائيات أن 3/4 الفلاحين لا يتجاوز نصيبهم سقف 10% من إجمالي المساحة الصالحة للزراعة، وأن الباقية عنها تحت السيطرة البرجوازية الزراعية التي لا تشكل سوى 3% من مجموع المالكين في القطاع، وهذه الطبقة تكفي بجمع الإيجارات المتعلقة بأراضيها من غير بذل أي مجهود شخصي أو مباشر في خدمة الأرض والذي يتناقض مع مبدأ " الأرض لمن يخدمها".⁴⁹

أقر هذا الأمر في المواد 77 و 78 والمرسوم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة على أرض زراعية أو معدة للزراعة إمكانية إثبات الملكية الفلاحية الخاصة حتى عند انعدام السند أصلا وذلك بمباشرة إجراءات ميدانية من لجان مختصة تنتهي بتسليم شهادات ملكية للحائزين ومشفوعة بخريطة أو تصميم للقطعة الأرضية محل المعاينة.⁵⁰ وهذه العملية لم تستهدف في حقيقة الأمر عمليات المسح العام للأراضي، أو تسليم شهادات الملكية بقدر ما كانت ترمي أساسا إلى إصدار قرارات التأميم والدمج

⁴⁸ سفيان نصري، (التعدي على حق الملكية العقارية الخاصة في ظل قانون الثورة الزراعية وإشكالية إثبات ملكيتها)، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 07، العدد 02، جوان 2020، ص 76.

⁴⁹ سوسن بوصبيعات، النظام القانوني لاستغلال العقار الفلاحي في الجزائر- الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة-، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2017/2018، ص 59.

⁵⁰ معطي الله علي، التنظيمات المهنية الفلاحية في الجزائر، الطبعة الأولى، دار هوم، الجزائر، 2005، ص 77.

للأراضي الفلاحية غي المستغلة، أو تلك المساحات الزائدة قصد إدخالها ضمن الصندوق الوطني للثورة الزراعية.⁵¹

تنفيذ هذا الأمر سمح بمباشرة عملية مسح ريفي جزئي وتحقيق عقاري وتسليم شهادات ملكية، إلا أنه نتج عن هذه السياسة العقارية تعقيدا في الوضعية الفلاحية. وتم الغاء قانون الثورة الزراعية بموجب نص المادة 75 من الأمر 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري المعدل والمتمم.

4 - الأمر 74-75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري:

بصدور الأمر 74-75 والمراسيم التنفيذية له؛ المرسوم 62-76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام والمرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري توضحت رؤية المشرع وتبنى نهائيا نظام الشهر العيني بجانب نظام الشهر الشخصي إلى غاية الانتهاء من عملية المسح العام.

يعتمد هذا النظام على السجل العقاري كأساس قانوني للعقار والمسح كأساس مادي لهذا السجل وهذا عملا بنص المادة 02 من الأمر 74-75، فلا يمكن الحديث على نظام الشهر العيني دون القيام بأعمال المسح والتي تنقل وضعية العقارات وطبيعتها ومضمونها المادي سواء تعلق الأمر بالمساحة أو الحدود أو الإتفاقات أو غير ذلك⁵². وبناء على ذلك يمسك السجل العقاري على مستوى المحافظة العقارية وينتج عن ذلك تسليم كل مالك دفتر عقاري يشكل سند ملكيته عملا بنص المادة 19 من الأمر 74-75.

وبالرغم من مرور أكثر من 40 سنة منذ صدور الأمر 74-75 فعملية مسح الاراضي لم تنتهي بعد. وهذا راجع إلى الظروف الصعبة التي عاشتها البلاد، إضافة الى التكاليف

⁵¹ عجة الجيلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 46.

⁵² قدور المزوار، المرجع السابق، ص 328.

الباهظة التي تتطلبها عملية المسح.⁵³ بالرغم من استفادة الجزائر من قرض البنك العالمي للتنمية قدره 33 مليون دولار سنة 1992، وذلك من أجل القيام بمشروع ذا طابع عمومي سمي: " بالتوثيق العقاري العام" والذي يهدف إلى اعداد المسح العام للأراضي وإقامة السجل عقاري يغطي كافة الوطن في خلال 15 سنة . وهذا ما استدعى المشرع إلى سن نصوص أخرى بغرض الإسراع في تأسيس السجل العيني. وهذا بموجب:

أ- عقد الشهرة بموجب المرسوم 83-352 المتعلق بسن إجراءات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة:

هو محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطته واختصاصه، يتضمن اشهار الملكية على أساس التقادم المكسب وبناء على تصريح طالب العقد.⁵⁴ بالتالي إذا توافرت حيازة قانونية أي هادئة، علنية، ولا التباس فيها،⁵⁵ وقامت بركنيها المادي والمعنوي يمكن لحائز عقار يقع في بلدية لم تخضع لعملية المسح أن يحصل على عقد الشهرة.

حيث يقوم الموثق بالالتماس من رئيس المجلس الشعبي البلدي ونائب مدير الشؤون العقارية ومدير أملاك الدولة تحديد وضعية العقار،⁵⁶ ويعلن عن طلب إعداد عقد الشهرة عن طريق اللصق في مقر البلدية وينشر في الصحافة الوطنية والجهوية قصد اطلاق العامة لهذا الإجراء وإثارة الاعتراضات المحتملة عملا بنص المادة 04 من المرسوم 83-352.⁵⁷

⁵³ عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2000، ص 77.

⁵⁴ عمر حمدي باشا، محررات شهر الحيازة، (عقد الشهرة، شهادة الحيازة)، دار هومه، 2004، ص 13.

⁵⁵ ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، ص 216.

⁵⁶ عبد الحفيظ بن عبيدة، اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 102-106.

⁵⁷ المرسوم 83-352 المؤرخ في 1983/09/21 المتعلق بسن إجراءات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة.

وفي حال عدم تقديم أي اعتراض في الآجال المحددة قانوناً يحرم الموثق عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية بحضور الطالب وشاهدين. وهذا بمراعاة إجراءات التسجيل والاشهار بالكيفيات التي حددها المشرع.⁵⁸

إلا أن الإجراءات التي جاء بها المرسوم المذكور أعلاه سريعة وبسيطة ولا تستدعي تدخل أي ممثل عن السلطات العمومية، فهو يحرم استناداً إلى مجرد تصريحات طالبه وشاهدين من اختياره.⁵⁹ نتج عنه ظهور الكثير من المنازعات مما ترتب عليه إلغاء العديد من عقود الشهرة وهذا ما فرض ضرورة توقيف العمل بأحكامه⁶⁰ واستبداله بالتحقيق العقاري.

ب- شهادة الحيابة بموجب المادة 39 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه

العقاري والمرسوم التنفيذي 254/91 المتضمن كيفيات إعداد شهادة الحيابة.

الحيابة هي التمتع الفعلي والمستمر بالشيء، ومن أجل اثبات هذه الحيابة وحمايتها نص المشرع على شهادة الحيابة بموجب نص المادة 39 من قانون 25-90 المتضمن التوجيه العقاري⁶¹ والمرسوم التنفيذي 254-91.⁶²

شهادة الحيابة هي محرر رسمي يثبت للحائز حق الحيابة على العقار محل الشهادة. وإن كانت لا ترقى لأن تكون سنداً للملكية إلا أنها سند لاكتساب الملكية عن طريق التقادم

⁵⁸ عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 108.

⁵⁹ نذير بيوت، (معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي الغرفة العقارية، الجزء الثالث، ص 19.

⁶⁰ نصت المادة 24 من المرسوم 147/08 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية: "دون الاخلال بأحكام المادة 19 من القانون 02-07 يلغى المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 مايو 1983 الذي يبين اجراء لإثبات التقادم المكسب واعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية".

⁶¹ القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49 المؤرخة في 18/11/1990.

⁶² المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 27/07/1991 المتضمن كيفيات إعداد شهادة الحيابة وتسليمها المحدثة بموجب المادة 39 القانون رقم 90-25.

المكسب.⁶³ والأهم من ذلك هي سند صحيح يساعد لجنة المسح عندما تشرع في عمليات المسح على مستوى البلدية.

ج- التحقيق العقاري وفقا للقانون 07-02 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية

العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري:

جاء التحقيق العقاري بديلا عن عقد الشهرة الذي ألغي بسبب كثرة المنازعات التي حوله وهذا من أجل السير في عملية اعداد السجل العيني وتطهير الملكية العقارية. فيتم تسليم سندات ملكية وفقا للقانون 07-02 باتباع إجراءات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية.⁶⁴

ويكون التحقيق العقاري إما فرديا بطلب من أي شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة عقار سواء بنفسه أو بواسطة شخص آخر أو يحوز سند ملكية قبل مارس 1961، أو جماعيا من طرف هيئات الدولة في إطار انجاز برنامج بناء او تهيئة عقارية، ريفية أو حضارية.

وإذا نتج عن التحقيق العقاري أن صاحب الحق يمارس حيازة من شأنها أن تسمح له بالحصول على حق الملكية، يصدر مسؤول الحفظ العقاري الولائي على أساس المحضر النهائي⁶⁵ مقررا يتعلق بالترقيم العقاري باسم حائز العقار محل التحقيق العقاري ويرسل إلى المحافظ للشهر في السجل العقاري ويسلم للمعني بهذا الإجراء سند ملكية.

⁶³ عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 133.

⁶⁴ القانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 28/02/2007.

⁶⁵ المنصوص عليه في نص المادة 13 من القانون 02/07: " يحرر محضر نهائي تدرج فيه نتائج التحقيق العقاري..".

وعليه فإن المشرع الجزائري لجأ إلى هذه الحلول من أجل تسريع عملية انشاء السجل العيني، وهي آليات تخص العقارات التي لم تطأها عملية المسح. ومنه فإنه يمكن القول أن نظام الشهر المتبع في الجزائر هو نظام مزدوج نظام الشهر الشخصي في المناطق التي لم تطالها عملية المسح، و نظام الشهر العيني من الناحية التشريعية مع خضوع ثلث العقارات لهذا النظام و المنتظر تعميمه بإتمام عملية المسح العام من أجل توفير الاستقرار و الأمن العقاري من خلال المبادئ التي يقوم عليها، و منه ما مدى أخذ المشرع الجزائري بمبادئ نظام الشهر العيني في السجل العقاري الجزائري.

المطلب الثاني: مكانة نظام السجل العقاري الجزائري بين أنظمة الشهر العقاري

انبثق عن فكرة حماية الملكية العقارية وتطورها عبر العصور وفي مختلف التشريعات إيجاد نظامين رئيسيين للشهر العقاري، هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني.

أما نظام السجل العقاري الجزائري فهو تركيبة تشكلت تدريجيا من خلال عدة نصوص تشريعية وتنظيمية كان لها أثر عليه، فبعد التعرف على نظاما الشهر العقاري سنحاول تحديد مكانة نظام السجل العقاري الجزائري بينهما فيما يلي:

الفرع الأول: نظام الشهر الشخصي.

الفرع الثاني: نظام الشهر العيني.

الفرع الثالث: ازدواجية نظام السجل العقاري الجزائري.

الفرع الأول: نظام الشهر الشخصي

في النظم التشريعية التي تبنت المفهوم الفرنسي والذي يعد النموذج الأمثل لنظام الشهر الشخصي أو نظام الشهر الكاشف عن وجود الحقوق العينية العقارية، فإن التشريع يعتبر الرضا هو الشرط الجوهري لنقل الحق العيني، مما يجعل من غير المجدي اللجوء إلى أي إجراء شكلي.⁶⁶

يعتبر نظام الشهر الشخصي أقدم أنظمة الشهر العقاري، يتخذ من أسماء المتصرفين محورا تركز عليه عمليات القيد في السجلات.

فعملية الشهر وفقا لهذا النظام تتم على أساس أسماء طرفي التصرف الذي أنشاء الحق أو نقله، دون الحاجة للنظر للعقار محل التصرف لذلك فالبلدان التي تبنت هذا النظام رصدت سجلات في كل مراكز الأقاليم تقيد فيها كل التصرفات المنشئة الناقلة، المعدلة والمسقطه للحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية.⁶⁷

إذ تتم عملية الشهر في ظل هذا النظام بمسك سجل حسب الترتيب الابجدي لأسماء كل القائمين بالتصرف بحيث يخصص لكل حرف من الحروف صفحة أو عدة صفحات أو سجل، بالإضافة إلى سجل آخر حسب الترتيب الزمني لتقديم التصرفات للشهر.

فإذا أراد شخص يكشف على عقار لمعرفة ما ترتب عليه من حقوق عينية وما جرى عليه من تصرفات وجب عليه أن يعرف اسم مالكة واسم كل من له حق عيني عليه وأسماء مالكيه السابقين. وإذا تعدد هؤلاء وأولئك وجب عليه أن يبحث عن أسمائهم

⁶⁶ حسن عبد الباسط الجمعي، المرجع السابق، ص 30.

⁶⁷ خالد رمول، المرجع السابق، ص 16.

جميعاً، فإذا أغفل واحد منهم أو أخطأ في اسمه، كان معرضاً للحصول على بيانات غير دقيقة. وعليه فخصائص نظام الشهر الشخصي هي:

1- دعامته تتجلى في التركيز على أسماء الأشخاص المتصرفين، وليس العقار محل التصرف.

2- نظام الشهر الشخصي لا يتمتع بالقوة الثبوتية، وليس له الحجية المطلقة.

3- ليس للشهر في هذا النظام أي أثر مطهر.

4- الملكية وفقاً لهذا النظام لا تنتقل إلا من المالك.⁶⁸

5- وظيفة العلانية، فالملكية والحقوق العينية تنتقل بمجرد تراضي الطرفين.

فنظام الشهر الشخصي يتميز بسهولة إجراءاته وعدم تعقدها مما جعل أغلب الدول تنتهجه في تشريعاتها القديمة، غير أن هذا لا يمنع من وجود بعض المساوئ والتي في كثير من الأحيان طغت على محاسنه، بل جعلته في بعض الحالات لا يحقق الغرض الذي وضع من أجله.⁶⁹

أولاً - محاسنه:

لنظام الشهر الشخصي مزايا نذكر منها:

- مجرد شهر التصرفات يعد قرينة على ملكية العقار من طرف الشخص الذي سجل التصرف، حتى وإن كانت هذه القرينة بسيطة وقابلة لإثبات العكس، مما يعني أن هذا النظام يؤدي دوره في إعلام الجمهور بوقوع تصرفات عقارية معينة، كما أن الدفع

⁶⁸ صليحة عمارة، (نظام الشهر العقاري الجزائري)، مجلة القانون والعلوم السياسية المركز الجامعي صالح أحمد

بالنعامة، العدد الرابع، جوان 2016، ص 501.

⁶⁹ خالد رمول، المرجع السابق، ص 18.

بتعدد سندات الملكية فيه الكثير من المبالغة، فغالبا ما يكون المتصرف في العقار هو المالك الحقيقي له.

- إجازة الطعن في التصرفات المشهورة تعد حماية للمالك الحقيقي من تصرف الغير في ملكه.⁷⁰

- هذا النظام لا يتطلب عملية مسح الأراضي وبالتالي يمكن للعديد من الدول تحمل تكاليفها الباهظة.

ثانيا - عيوبه:

نتج عن تطبيق هذا النظام ظهور عيوب وصعوبات اعتبرت بمثابة نقص في هذا النظام، لا تتفق وروح العصر الحديث حيث السرعة وما تتطلبه من سهولة في التداول ويسر في الإجراءات، ويمكن القول أن عيوبه هي:

- من ناحية الترتيب: تظهر المشكلة عند تعدد ملاك العقار الواحد، أو أصحاب الحقوق نتيجة اتباع أسماء هؤلاء الأشخاص وصعوبة معرفتهم في حال تعددهم، هذا فضلا عما قد يسببه تشابه الأسماء من مشاكل أو أخطار، حيث يحصل الخلط بين شخص أو آخر يحملان نفس الاسم، فتضاف تصرفات هذا إلى ذاك، أو العكس ويكثر حصول ذلك في البلدان التي تتعد فيها الأسماء وتتشابه، كما في مصر وسلطنة عمان حيث يوجد العشرات أو المئات من الأشخاص يحملون نفس الاسم.⁷¹

- يعتبر القيد أو التسجيل في هذا النظام مجرد إجراء للإشهار والعلانية. وليس سببا لنشوء الحقوق العينية وانتقالها ولذلك فالتصرفات التي يتم شهرها لا تخضع للتدقيق والبحث عن صحتها بل تشهر كما هي، فإن كانت صحيحة بقيت كذلك، وإن كانت

⁷⁰ خالد عدلي أمير، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 340.

⁷¹ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 38.

باطلة أو قابلة للإبطال بقيت على حالها مما يجعلها عرضة للطعن وطلب ابطال العقد المشهر، ذلك أن الشهر في ظل هذا النظام ليس من شأنه أن يطهر عيوب العقد.⁷² و عليه فإن هذا النظام يتسم بسهولة اجراءاته وبقلّة تكاليفه فهو لا يحتاج إلى عملية مسح للأراضي مما جعل الكثير من الدول تختاره كنظام لها، غير أنه و من جهة أخرى فإن هذا النظام ليس من شأنه تحصين التصرفات هذا ناهيك عن امكانية اكتساب الملكية و الحقوق العقارية الأخرى بالتقادم.⁷³ و يعاب عليه كذلك كونه لا يسهل معه عمل حصر شامل للملكية العقارية مما يفوت على الدولة مبالغ كبيرة ناتجة عن فرض الضرائب على الملكية العقارية،⁷⁴ ذلك يرى بعض الفقه أن عدم وجود نظام الشهر كلية أفضل من الشهر الشخصي، لأن عدم وجوده يدعو الناس دائماً للحذر، بينما يخل بقاؤه بالثقة في التعامل.⁷⁵

ويتضح مما سبق نظام السجل العقاري الشخصي لا يتفق وروح العصر الحديث، كما أنه لا يحقق للملكية العقارية والحقوق العينية الحماية الكافية لها من حيث ثباتها واستقرارها، ويتجلى ذلك في عدم وجود التنظيم المتقن والمرتب بطريقة التسجيل، والأخطر من ذلك أن التسجيل في السجل العقاري الشخصي ليس له قوة وحجية مطلقة تجعل الملكية العقارية أو الحق العيني المتعلق بها في منأى من أي ادعاء أو نزاع قد يصدر من الغير.⁷⁶

⁷² حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 24.

⁷³ بوراس محمد، المرجع السابق، ص 53.

⁷⁴ سليمان مرقس، عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، 1980، ص 277.

⁷⁵ منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص 317.

⁷⁶ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 38.

ورغم ما أخذ على نظام الشهر الشخصي من عيوب فقد أخذت به فرنسا، إيطاليا، بلجيكا، بولندا، الكويت، الجزائر التي لا يزال العمل به جاريا حتى الآن بعد صدور الأمر رقم 74/75: المتضمن بالمسح العام السجل الشخصي وتأسيس السجل العقاري، لارتباط هذا الأخير بأعمال المسح العام التي لا زالت جاروية. وبسبب طغاء مساوى هذا النظام على محاسنه وجدت الدول التي اعتمده كمنظام للشهر العقاري أنها حادت عن الهدف الأسمى للشهر وهو تجسيد فكرة الائتمان العقاري. الأمر الذي استدعى البحث على نظام آخر ألا وهو نظام الشهر العيني.⁷⁷

⁷⁷ خالد رمول، المرجع السابق، ص 16.

الفرع الثاني: نظام الشهر العيني

تحت مسمى " نظام الشهر العيني " أو " نظام الشهر العقاري المنشئ" يضع الفقه كافة الأنظمة التي تضع تنظيماً رسمياً لإنشاء ونقل الحقوق العينية العقارية وتجعل من الشهر العقاري الوسيلة الطبيعية لاكتساب أو فقد الحقوق العينية العقارية.⁷⁸

ظهر هذا في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر، بعد جهود العديد من المنظرين من أبرزهم السيد روبير ريشار تورنس⁷⁹ الذي وضع مبادئ هذا النظام وهي:

- **مبدأ التخصيص:** يتم شهر التصرفات وفقاً للعقارات ومن هنا جاءت تسميته بنظام السجل العيني، حيث يخصص لكل عقار صفحة تشمل كل البيانات المتعلقة بالعقار من حيث وصفه، مساحته، وحدوده وموقعه واسم المالك وما يرد على العقار من تصرفات أو حقوق أو دعاوى أو قيود أو رهون. فإذا أراد الشخص أن يتعامل في هذا العقار ما عليه إلا أن يطلع على هذه الصفحة أو يحصل على صورة رسمية منها، ويرتب شؤونه تماماً على صحة هذه البيانات والتي لا تخالف الحقيقة.⁸⁰ وذلك عن طريق القيام أولاً بعملية مسح عقارات البلد وتحديد موقع كل منها ومساحته وأطواله

⁷⁸ حسن عبد الباسط الجميبي، المرجع السابق، ص 47.

⁷⁹ السيد روبير ريشار تورنس كان أميناً عاماً للعقود في جنوب استراليا لاحظ أن الأراضي كانت تصل إلى أصحابها بطريقتين: إما بمنحة من الحكومة وإما بطريقة عادية بالتصرف كالبيع أو الهبة، ما نحو ذلك. فبالنسبة للطريقة الأولى كانت الحكومة تقيد دفترًا للمستفيدين من منح الأراضي ففي حال الخلاف يسهل تحديد المالك بمراجعة دفاترها أما بالنسبة للطريقة الثانية فيتعذر ذلك، فسعى تورنس عندئذ إلى جعل جميع الأراضي المملوكة للأفراد في وضع مماثل وهذا ما أقره البرلمان الأسترالي سنة 1858، أنظر أدوار عيد، المرجع السابق، ص 19.

⁸⁰ محمد إبراهيم دسوقي، التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري وقانون السجل العيني، دون دار نشر، مصر، 2009، ص 77.

وبيان حدوده وتعيين مالكة تمهيدا لإعطاء كل منا رقما خاصا وتخصيص إحدى صفحات السجل له وهذا ما يقتضي وقتا طويلا ونفقات باهظة.⁸¹

- **مبدأ القوة الثبوتية المطلقة:** أراد منشئو هذا النظام أن يجعلوا من السجل العيني سجلا يغني بقدر الإمكان عن أية وسيلة أخرى لإثبات الملكية العقارية وهذا هو المقصود بهذا المبدأ. ويترتب على هذا ذلك أن تنشأ قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس على ملكية العقار أو الحق العيني المقيد.⁸² فإذا قيد الحق باسم شخص معين، تثبت ملكيته ثبوتا مؤكدا ولا يستطيع أن ينازعه أحد في هذه الحجية وإن كان مخالفا للحقيقة فالقيود تعتبر دليلا على مشروعية الحق وإن كان من غير المالك.⁸³

وبالتالي ما هو مقيد في السجل العقاري يمثل الحقيقة أو الحقيقة نفسها، سواء ذلك بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، ذلك أنه بمجرد اثبات التصرف وتسجيله، يصبح ذا حجية مطلقة بالنسبة للكافة، وبذلك من يتعامل مع مالك العقار يكون في مأمن من كل مفاجأة أو دعوى محتملة عينية.⁸⁴ الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق الثقة في الملكية العقارية، واستقرار المعاملات، وتدفع هذه الميزة إلى أن الحرص على تسجيل العقود.

- **مبدأ المشروعية:** لا يتم التسجيل في الصحيفة العقارية إلا بعد التحري عن طبيعة التصرفات المراد تسجيلها والتثبت من خلوها من كل ما يمنع تسجيلها. فيتم التأكد من

⁸¹ عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء، دار المطبوعات الجامعية، 1986، ص 05-06.

⁸² جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 30.

⁸³ عصام أنور سليم، التملك بالتقادم على خلاف الثابت في السجل العيني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 22.

⁸⁴ محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ في التشريع العقاري المغربي، مطبعة المعارف، الرباط، 1983، ص 44.

موقع العقار ورقمه ونوعه وماهيته ومساحته، ومن هوية المتصرف وأهليته ثم من ملكيته للعقار المتصرف به، فإذا وجد أن التصرف صحيحا جرى تسجيله وإذا وجد معيبا امتنع عن التسجيل.⁸⁵

والغاية من ذلك أن التصرف الذي يسجل في السجل العيني تكون له حجية مطلقة، تسد الباب في وجه كل منازعة أو مطالبة لاحقة. وتطبيق هذا المبدأ يؤدي إلى إعطاء الملكية العقارية وضعاً قانونياً ثابتاً، وإلى إعطاء المالك نوعاً من الاطمئنان على ملكيته.

وإن حدث وإن تم شهر تصرفات معيبة مما يؤدي إلى إهدار حقوق أصحابها، وإن كان هذا نادر الحدوث، فإن الدول التي أخذت بهذا النظام أنشأت صندوقاً للتأمين وضمان تعويض المتضررين من جراء ضياع حقوقهم، فالدولة تحل محل الموظف المكلف بالشهر في دفع مبلغ التعويض.⁸⁶ فللمتضرر الحق في التعويض العادل جراء الضرر الذي لحقه استقراراً للمعاملات، و في المقابل تنص التشريعات التي أخذت بهذا النظام على عقوبات جزرية تطبق على كل من قام بتزيف، أو تحريف، أو تزوير في المستندات أو الرسوم المقدمة للتسجيل.⁸⁷

- **مبدأ القيد المطلق:** جميع التصرفات والأحكام المنشئة، الناقلة، المغيرة والمسقطه لحق الملكية والحقوق العينية الأخرى أصلية وتبعية لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري.⁸⁸

⁸⁵ ليلي لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 30.

⁸⁶ جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 32.

⁸⁷ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 45.

⁸⁸ رمول خالد، المرجع السابق، ص 22.

- مبدأ عدم اكتساب الحقوق المشهورة بالتقادم: يعتبر التقادم سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، فعندما تتوفر الحيازة وشروطها فإنها تكسب الحائز الحق العيني العقاري.⁸⁹ فقد عرفها الدكتور رمضان أبو السعود على أنه: " وسيلة يتملك بمقتضاها الحائز، الذي استمرت حيازته لحق معين مدة معينة، أن يتمسك بكسب هذا الحق".⁹⁰ إلا أنه لا يمكن أن يكون كذلك في ظل نظام الشهر العيني. وبالتالي صاحب الحق المشهر يصبح في مأمّن تام من أي تعد صادر من الغير.⁹¹

هذه هي طريقة تورنس العملية التي نفذت منذ شهر تموز سنة 1858 والتي تهدف إلى تسهيل إجراءات نقل الملكية العقارية وتداولها وكذا تدعيم الثقة والائتمان بإمكانية تقديمها كضمانات في عمليات الاقتراض وفتح الاعتمادات. والتي تعتمد على العقار كأساس للتسجيل والشهر شرط جوهرى لإنشاء الحقوق العينية العقارية، فالحق العقاري لا ينشأ ولا يتغير ولا يزول لا فيما بين أطرافه ولا في مواجهة الغير إلا بإتمام إجراءات شهره.

ويعد هذا التشريع أكثر النظم السجل العيني تشددا وأعظما أثرا، إذ أن القيد في السجل العقاري يعد هو المصدر الوحيد للحق العيني العقاري، ذلك أن القيد يرتب أثرا مطهرا للعقار من جميع الحقوق غير المقيدة في السجل ومطهرا للحق من كافة العيوب التي تكون قد شابته أو شابته سند الحق في الفترة السابقة على القيد.⁹²

⁸⁹ عبد الله محمد إسماعيل علام، الحيازة في العقار، أطروحة دكتوراه، جامعة اسويط، 2001، ص 99.

⁹⁰ عائشة حجاب، (آليات تطهير الملكية العقارية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، 2018، ص 14.

⁹¹ رمول خالد، المرجع السابق، ص 22.

⁹² حسن عبد الباسط الجميبي، المرجع السابق، ص 49.

ومن خلال هذه المبادئ التي يقوم عليها هذا النظام التي كاد الفقه يجمع على أن هذا النظام يضمن استقرار الملكية العقارية ويعززها، فبالرغم من محاسنه إلا أن به مساوئ نذكرها على التوالي:

- توفير الطمأنينة للمتعاملين: لما يضيفه على هذه القيود والبيانات من حجية كاملة، ذلك لأن القيد يظهر العقود⁹³ من العيوب التي تشوبه فلا يمكن الطعن في بيانات السجل العقاري ولو كان التصرف باطلاً أو صادراً من غير مالك العقار. فإن من شأن القيد نقل الملكية نظراً للقوة المطلقة العائدة له.⁹⁴
- تجنبه للعيوب والأخطار الناجمة عن تشابه الأسماء: باعتماد العقار أساساً للتسجيل في السجل العقاري، وليس اسم المالك أو صاحب الحق العيني، مما يؤدي إلى وضوح تام في قيود السجلات.
- حماية الحقوق العينية العقارية من خطر اكتسابها بمرور الزمن: لأن الزمن لا يسري على الحقوق المسجلة في السجل العقاري، ولأن السجل العيني لا يأخذ بالتقادم كوسيلة لكسب الملكية والحقوق العينية وبالتالي حمايتها من الاعتداء عليها.⁹⁵
- الحد من النزاعات: خاصة التي تتعلق بالحدود فمن شأن هذا النظام ضبط مساحة العقار فيضمن عدم امکان التعدي عليها نظراً لتحديده ومسحه ورسم خريطة له يتم التسجيل على أساسها.⁹⁶

⁹³ حسين عبد اللطيف حمدان المرجع السابق، ص 27.

⁹⁴ ادوار عيد، المرجع السابق، ص 13.

⁹⁵ امين بركات سعود، شرح التشريعات العقارية السورية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1994، ص 154.

⁹⁶ ادوار عيد، المرجع السابق ص 14.

- استقرار الملكية العقارية وتوفير الثقة: مما يشجع على التعامل في العقارات ويعزز الائتمان العقاري، ولا يخفى ما لذلك في إنماء وازدهار الثروة العقارية وتنشيط الحركة الاقتصادية.⁹⁷ ويسهل على الملاك التحصل على قروض مقبل الرهن أو التأمين عليه.

- سند الملكية في نظام السجل العيني هو شهادة أو صورة من الصحيفة العقارية أي أن له مصدر واحد تستخرج منه وهو الصحيفة العينية الخاصة بالعقار وبالتالي فإن الشهادات أو الصور التي تؤخذ من هذه الصحيفة لا بد من أن تكون مطابقة لها.⁹⁸

المزايا التي يتمتع بها نظام السجل العيني تظهر أنه يحقق الهدف المقصود من الشهر وهذا ما أدى بالعديد من الدول إلى اعتماده، وإن كان البعض لازال يطبق نظام الشهر الشخصي؛ فليس لاقتناعه بأفضليته وإنما لأن الأخذ بنظام الشهر العيني يحتاج إلى الكثير من الإمكانيات المالية والإدارية والكثير من الوقت من أجل إجراء مسح شامل لجميع الأراضي وإجراء تحقيقات لإثبات صحة الحقوق العينية لكل عقار تمهيدا لإنشاء السجل العقاري. والتي لا تتوفر لدى الكثير من الدول خاصة النامية منها.⁹⁹ منهم المشرع الجزائري الذي أخذ بهذا النظام بموجب الأمر 75/74 وإلى يومنا هذا لم يتم انتهاء عملية المسح العام وإنشاء السجل العيني مما استوجب إعمال نظام الشهر الشخصي في المناطق غير الممسوحة.

إضافة إلى ذلك فإن إعمال الأثر المطهر للقيود أو حجية الثبوت المطلقة لبيانات السجل العيني قد يؤدي إلى إهدار مصلحة أصحاب الحقوق الاصلاء، مما يتعارض مع مبادئ العدالة، وإن كانت بعض الأنظمة التي اعتمدت السجل العيني قد وجدت حلا في إقامة

⁹⁷ حسين عبد اللطيف حمدان المرجع السابق، ص 27.

⁹⁸ مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 12.

⁹⁹ ليلي لبيض، منازل الشهر العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 32.

صندوق تأميني لتعويض المتضررين من تطبيق هذا النظام، إلا أن ذلك ليس مطبقا في جميع التشريعات منها المشرع المصري والجزائري.¹⁰⁰

ومهما كان هذا النظام مكلفا ومستنزفا لخزينة الدولة، فإنه سيعود بالخير على الدولة واقتصادها بما يحققه من فوائد وبالتالي يعوض النفقات والتكاليف التي صرفت عاجلا أم آجلا.¹⁰¹

¹⁰⁰ حسن عبد الباسط الجميحي، المرجع السابق، ص 60.

¹⁰¹ جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 36.

الفرع الثالث: ازدواجية نظام السجل العقاري الجزائري

بالرجوع إلى الأمر 74/75 لاسيما المادة 12 منه التي تنص: " إن السجل العقاري المحدد بموجب المادة 3 أعلاه، يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية.

ويتم اعداده أو لا بأول بتأسيس مسح الأراضي على إقليم بلدية ما." فإن المشرع الجزائري اعتمد نظام الشهر العيني، إلا أن المشرع إدراكا منه بمدى صعوبة تجسيد هذا النظام العقاري على الواقع نظرا لصعوبة إتمام عملية المسح، نص في المادة 27 من الأمر 74/75 على ما يلي: " إن العقود و القرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية و التي تخص عقارات او حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي... " و هذا ما يفيد بأن نظام الشهر العقاري الحالي يشمل في آن واحد نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني كأصل عام و كاستثناء أو كمرحلة انتقالية أخذ بنظام الشهر الشخصي فما مدى أخذ المشرع الجزائري بمبادئ بنظام السجل العيني .

وعن مدى أخذ المشرع بمبادئ نظام الشهر العيني فإنه يلاحظ بالنسبة لمبدأ التخصيص الذي يقضي بأنه لكل وحدة عقارية بطاقة عينية تشمل بياناته الخاصة والتصرفات الواردة عليه، ومجموع البطاقات تكون السجل العقاري.

فلكل عقار صفحة في السجل العقاري تسمى الصحيفة العينية للوحدة العقارية تقيد فيها جميع التصرفات التي تقع على تلك الوحدة العقارية وكذا كل الحقوق التي تنقلها كالرهون والارتفاقات، وهي تحمل كل البيانات المتعلقة بالعقار مثل رقمه وموقعه ومساحته واسم مالكة أو ملاكه إذا تعددوا وجميع الأعباء التي تنقله.

وعن مبدأ الشرعية والذي يقضي بوجود التحقق والمراقبة. والمراجعة الدقيقة السابقة لإجراء القيد في السجل العيني، حتى لا يقيد أي حق عيني إلا بعد تثقيته من كل شائبة،

ومعنى هذا أنه ما دامت قوانين الدول التي تطبق هذا النظام تكفل للحقوق المقيدة بعد الشهر مشروعية في مواجهة الغير حسن النية على الأقل بحيث لا تكون محلاً للاعتراض وتعتبر كما لو كانت مملوكة فعلاً لمن تقيده بأسمائهم.¹⁰²

فبالرجوع إلى نص المادة 22 من الأمر 74-75 نجدتها تنص: " يحقق المحافظ العقاري في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة قصد الأشهار".

وعن مدى أخذ المشرع بمبدأ حظر التقادم ومبدأ القيد المطلق في نظام السجل العقاري الجزائري نرى أنه من الأجدر إرجاء الإجابة عنها في الباب الثاني لارتباطها بتطبيقات حماية الغير بالسجل العقاري.

¹⁰² فتحي ويس، الشهر العقاري وآثاره في مجال التصرفات العقارية - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه،

2010/2011، ص 123.

المبحث الثاني: تنظيم السجل العقاري الجزائري

أولت الجزائر كغيرها من الدول اهتماما معتبرا لتنظيم الملكية العقارية، فقد كانت تعتمد على نظام الشهر الشخصي الموروث عن فرنسا إلى نظام الشهر العيني، وفي انتظار تعميم عملية مسح الأراضي والانتهاء من اعداد السجل العيني العقاري الجزائري يعتبر النظام العقاري الجزائري نظاما مزدوجا.

وبذلك يتطلب تكوينه وتأسيسه وفق ما تقتضيه خصوصية هذا النظام، إذ تفرض البطاقات الشخصية نفسها في تكوينه إلى جانب البطاقات العينية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني، كما أن تأسيسه يتم وفق الآليات التي يبنى عليها السجل العيني من خلال الاعمال المادية والميدانية والقانونية التي يتم بموجبها تأسيس السجل العقاري. وعليه سنتطرق للسجل العقاري الجزائري في المطالبين التاليين:

المطلب الأول: تكوين السجل العقاري الجزائري.

المطلب الثاني: إعداد السجل العقاري الجزائري.

المطلب الأول: تكوين السجل العقاري الجزائري

تعددت المصطلحات الدالة على تعريف السجل العقاري، إلا أنها في مجملها تلتقي في معنى واحد وهو أنه: " مجموعة من الوثائق التي تبين فيها أوصاف كل عقار وتعين بها حالته الشرعية وتتص على الحقوق المترتبة عليه وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به"¹⁰³ وبهذا المعنى عرفه قانون السجل العيني المصري: " السجل هو مجموعة من الصحائف التي تبين أوصاف كل عقار، وتبين حالته القانونية وتتص على الحقوق المترتبة له وعليه، وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به "¹⁰⁴.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد وصفته المادة 03 من الأمر 74/75 بنصها: " يعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات ويبين تداول الحقوق العينية"

وبما أن السجل العقاري الجزائري يجمع بين بنظام الشهر الشخصي والعيني أي ازدواجية نظام الشهر، الأمر الذي يستتبع معه وجود بطاقات عقارية عينية تخضع إلى نظام الشهر العيني في الأماكن التي طالتها عملية المسح، وبطاقات شخصية في المناطق التي لم تشملها عملية المسح. ولما لها من أهمية بالغة لتنظيم عملية الحفظ العقاري وكذا الوصول إلى معرفة الحالة القانونية والمادية للعقار بسهولة.

يمكن تعريف البطاقات العقارية بأنها بمثابة بطاقة هوية للعقار بحيث تتضمن وصفا دقيقا للعقار وبيانا بمساحته وموقعه والأعباء والتكاليف التي تنقله والحقوق الواردة له أو عليه وكذا اسم المالك أو الملاك أو أصحاب الحقوق على هذا العقار ويدون كل بيان في الخانة أو الجدول الخاص به حسب نموذج البطاقة المعتمد.

¹⁰³ وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من قانون السجل العقاري اللبناني.

¹⁰⁴ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 15.

وعرفت كذلك: " البطاقات العقارية والسجل العقاري ليس تعبيراً عن مفهوم واحد، وإنما البطاقة العقارية هي أداة مستحدثة تهدف إلى تنظيم عملية الحفظ العقاري للوصول إلى معرفة الحالة القانونية والمادية للعقار بسهولة، وتتضمن البطاقات العقارية بالنسبة لكل بلدية ممسوحة تابعة لاختصاص المحافظة العقارية بطاقات الأراضي وطاقات العقارات الحضرية، يقيد فيها بصورة واضحة بيانات العقار بكيفية نافية للجهالة في جداول البطاقة، يخصص في كل جدول من المعلومات سواء عن المالك أو العقار أو طبيعة الحق.

أما في العقارات الريفية غير ممسوحة، فالمادة 113 من المرسوم 63/76 تنص على مرحلة انتقالية إلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم في كل بلدي، بحيث يمسك المحافظ العقاري مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة شخصية حسب كل مالك، ويحل محل هذه البطاقات الشخصية السجل العقاري بمجرد إتمام عملية المسح العام".¹⁰⁵ وبناء على ما سبق هذا ما سنتطرق له في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: البطاقات العقارية الشخصية.

الفرع الثاني: البطاقات العقارية العينية.

¹⁰⁵ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري، الطبعة الخامسة، دار هومه، الجزائر، 2018،

الفرع الأول: البطاقات العقارية الشخصية

البطاقات العقارية الشخصية تقوم على أساس نظام الشهر الشخصي المتوارث من الاستعمار الفرنسي، أين يتخذ من أسماء المتصرفين محورا تتركز عليه عمليات القيد في السجلات. فعملية الشهر تتم على أساس أسماء طرفي التصرف الذي أنشاء الحق أو نقله، دون الحاجة إلى النظر للعقار محل التصرف لذلك فالبلدان التي تبنت هذا النظام رصدت سجلات في كل مراكز الأقاليم تقيد فيها كل التصرفات المنشئة الناقلة، المعدلة والمسقطة للحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية.¹⁰⁶

فالمحافظ العقاري يمسك هذه البطاقات بأسماء المالكين بصفة مؤقتة في غياب المسح العام للأراضي، وتبين نوع العقار وموقعه ومحتوياته، فضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية لدى مسح الأراضي والمحافظات العقارية، وفي حالة عدم وجود ذلك أسماء المالكين المجاورين.¹⁰⁷

لما يتميز به نظام الشهر الشخصي من سهولة في إجراءاته، جعل أغلب الدول تنتهجه في تشريعاتها، غير أن هذا لا يمنع من وجود بعض المساوئ والتي في كثير من الأحيان طغت على محاسنه، بل جعلته في بعض الحالات لا يحقق الغرض الذي وضع من أجله.¹⁰⁸

¹⁰⁶ خالد رمول، المرجع السابق، ص16.

¹⁰⁷ مسعود رويصات، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008/2009، ص 56.

¹⁰⁸ خالد رمول، المرجع السابق، ص 18.

الفرع الثاني: البطاقات العقارية العينية

تحت مسمى " نظام الشهر العيني " أو " نظام الشهر العقاري المنشئ " يضع الفقه كافة الأنظمة التي تضع تنظيمًا رسميًا لإنشاء ونقل الحقوق العينية العقارية وتجعل من الشهر العقاري الوسيلة الطبيعية لاكتساب أو فقد الحقوق العينية العقارية.¹⁰⁹

فموجب اعتماد نظام الشهر العيني يتم إنشاء بطاقات عقارية عينية وفق نموذج محدد بمقتضى قرار من وزير المالية، ولكل وحدة عقارية على مستوى كل بلدية تمت فيها عملية المسح تقيد فيها جميع التصرفات والمعاملات الواردة على عقار. ويؤشر على فيها على كل تصرف ذلك لضمان تطابقها مع البيانات المدونة في الدفتر العقاري.

وقد نصت المادة 20 من المرسوم 63/76 على نوعين من البطاقات العقارية؛ بطاقات قطع أراضي وبطاقات العقارات الحضرية، إضافة إلى بطاقات أبجدية عملا بنص المادة 44 من نفس المرسوم.

أولا- بطاقات قطع الأراضي:

يحدث هذا النوع من البطاقات في العقارات الريفية، وذلك بالنسبة لكل وحدة عقارية موجودة في مسح الأراضي العام التي يتم إعدادها عملا بنص المادة 23 من المرسوم المذكور أعلاه. وترقم هذه الوحدات العقارية وترتب بطاقات الملكية الخاصة بقطع الأراضي في مجموعة متميزة حسب كل بلدية حسب الترتيب الأبجدي للأقسام وحسب الترتيب التصاعدي لأرقام مخطط المسح، وتجدر الإشارة أن كل تغيير في حدود وحدة عقارية يكون موضوع إعداد بطاقات عقارية.

وتعرف الوحدة العقارية بأنها مجموع القطع المتجاورة التي تشكل ملكية واحدة أو ملكية على الشيوخ والتي تتحمل نفس الحقوق والأعباء. وجاء بيان شكل ومحتوى هذا النوع من

¹⁰⁹حسن عبد الباسط الجميبي، المرجع السابق، ص 47.

البطاقات في المادة 24 من المرسوم 63/76، وكذا القرار الوزاري المؤرخ في 1976/05/27.

حيث تحتوي هذه البطاقات على قسم علوي تذكر فيه البلدية التي فيها العقار، وبيان مسح الأراضي من قسم ورقم المخطط والمكان المذكور ومحتوى مسح الأراضي وتاريخ إنشاء البطاقة ورقمها الترتيبي وتاريخ إجراء الترقيم في مجموعة البطاقات العقارية، وقسم سفلي يتكون من خمس جداول.¹¹⁰

ثانياً: البطاقات العقارية الحضرية:

يقصد بالبطاقات الحضرية كل العقارات المبنية أو غير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة للبلدية التي يزيد سكانها على 2000 نسمة وتعتبر كل العقارات الأخرى عقارات ريفية، وتعد هذه البطاقات لكل عقار أو جزء منه حتى في حالة عدم وجود مسح الأراضي، والتي تعين البلدية، اسم الشارع والرقم، و قد تكون هذه البطاقات عامة أو خاصة.

1- البطاقات العامة للعقار نموذج PR 02:

ينشأ هذا النوع من البطاقات للعقار المبني سواء كان عقار ذو استعمال فردي أو جماعي على الشيوخ، وترتب في كل محافظة ضمن مجموعة متميزة في كل بلدية، وبالنسبة لكل بلدية ترتب حسب الشوارع، وعند الاقتضاء ترتب حسب الأقسام ومخطط المسح العام للأراضي.

2- البطاقات الخاصة بالملكية المشتركة PR03:

تنشأ هذه البطاقات عند التخصيص الأول الفعلي لكل قطعة ولكل جزء مقسم وفقاً لنظام الملكية المشتركة، والتي تقيد كل التأشيرات الخاصة بكل جزء من العقار، وتشمل هذه

¹¹⁰ مسعود رويصات، المرجع السابق، ص 56.

البطاقة قسمين، قسم علوي يذكر فيه البلدية مكان تواجد العقار، اسم الشارع والرقم، إضافة الى بيان مسح الأراضي لمجموع العقار وقسم سفلي به ستة جداول. وعند حدوث تعديل أو تغيير في محتوى القطعة يكون ذلك موضوع إعداد بطاقات خاصة وذلك بعد ترقيم القطع الجديدة، ويتم التأشير على البطاقات الأصلية والجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينهما، ويتم ترتيبها تبعا للبطاقات العامة المطابقة وحسب الترتيب العددي للقطع.¹¹¹

ثالثا- البطاقات الابجدية PR10:

يلتزم المحافظ العقاري بمسك هذه البطاقات، حسب الترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق المشهورة و تشمل كل بطاقة على تعيين أصحاب الحقوق المذكورين، و كذلك الشروط الشخصية للأشخاص الطبيعيين، بالإضافة إلى المراجع الخاصة ببطاقات العقارات، و يهدف هذا النوع من البطاقات إلى التمكين من الاطلاع بصفة سريعة على المالك و على طبيعة و محتوى كل من العقارات، و تحتوي كل بطاقة أبجدية على قسمين، قسم علوي تفيد فيه كل البيانات الخاصة بهوية صاحب الحق سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وقسم سفلي عبارة عن جدول يشار فيه الى العناصر المتعلقة بتعيين العقارات الموجودة على البطاقات، و يتم ترتيب هذه البطاقات العقارية للأشخاص الطبيعية حسب الترتيب الابجدي لألقاب أصحاب هذه الحقوق، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية ترتب هذه البطاقات ضمن مجموعة متميزة حسب الترتيب الأبجدي لهذه الأشخاص.¹¹²

¹¹¹ عملا بنص المادة 32 من المرسوم 63/76.

¹¹² مسعود رويصات، المرجع السابق، ص 56.

المطلب الثاني: إعداد السجل العقاري الجزائري

تنفيذ عملية الشهر تخضع لتنظيم محكم ودقيق تحقيقا للاتمان العقاري والذي لا يتحقق إلا في إطار هذا التنظيم. إذ لا يتم إتمام إجراء الشهر العقاري إلا بعد توفر قواعد وشروط وضعها المشرع من أجل ضمان حقوق الافراد من جهة وحق الدولة في تحصيل رسوم التسجيل والشهر العقاري من جهة أخرى وهذا بهدف إعداد السجل العقاري. وهذا ما سنتطرق له في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الشروط اللازمة لعملية الشهر على مستوى المحافظة العقارية.

الفرع الثاني: تأسيس السجل العقاري الجزائري.

الفرع الأول: الشروط اللازمة لعملية الشهر على مستوى المحافظة العقارية

يقع على عاتق المحافظ العقاري مسؤولية مراقبة مدى توافر مجموعة من القواعد والشروط في الوثائق المودعة قصد الشهر في المحافظة العقارية، وشروط أخرى تتعلق بالأطراف والعقارات محل التصرف.

أولاً: الشروط المتعلقة بالعقود

أوجد المشرع الجزائري قاعدتين أساسيتين لتنظيم الحفظ العقاري وأوجبهما في جميع المحررات والوثائق التي تكون خاضعة للشهر العقاري وذلك حتى يضمن المراقبة الشكلية والموضوعية لها،¹¹³ وهما قاعدة الرسمية وقاعدة الشهر المسبق (الأثر النسبي).

أ- قاعدة الرسمية:

لتنفيذ الشهر العقاري يشترط القانون ضرورة تقديم العقد موضوع الشهر في شكل رسمي كشرط أول، فيجب أن يقدم كل عقد موضوع إشهار في المحافظة العقارية في الشكل الرسمي هذا ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم 63-76. وهو كاستثناء عن قاعدة الرضائية في العقود.¹¹⁴

فقد نص المشرع الجزائري على مبدأ الشكلية في بعض التصرفات مثل المعاملات التي محلها عقار، حيث تفرغ في شكل رسمي من طرف ضابط عمومي أو موظف مختص أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه عملاً بنص المادة 324 من القانون المدني.

¹¹³ خالد رمول، المرجع السابق، ص 33.

¹¹⁴ تنص المادة 61 من المرسوم 63/76: " كل عقد يكون موضوع اشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

فصفة الموظف تثبت لكل مستخدم مثبت في منصب عمله بعد انتهاء الفترة التجريبية، كما تثبت كذلك لكتاب الضبط أما صفة الضابط العمومي فإنها تثبت لكل شخص حامل لأختام الدولة وله صلاحيات اعداد مختلف المحررات، حيث تكتسب بذلك صفة الرسمية مثالها المحاضر التي يعدها المحضرين والموثقين. أما المكلف بخدمة عامة فهو الذي يحرر أوراق يضي عليها صفة الرسمية مثل الخبير المعتمد قضائيا والمعين من طرف القاضي.¹¹⁵ وعليه يمكن تحديد السلطات والأشخاص المؤهلين لتحريير العقود وهم:

1-الموثق:

عرفته المادة 03 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق¹¹⁶: " هو ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها الصيغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة". من أهم واجبات الموثق إضفاء الرسمية للعقود، فهو الامتياز الوحيد الذي يغرس في نفوس الأطراف الطمأنينة والثقة على ما أقدموا عليه من تصرفات، إذن يشكل النتيجة المستلهمة والمستنبطة من تدخل الموثق بين الأطراف المتعاقدة ووسيلته في تحرير العقد وترسيمه.¹¹⁷ بحيث على الموثق تحرير العقود صحيحة ومنتجة لأثارها، وفقا لشكل خاص حدده القانون، وكذلك يسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل ونشر وشهر العقود في الأجال المحددة قانونا.

¹¹⁵ عبد الله باحماوي، (الشهر العقاري كآلية لحفظ وحماية الملكية العقارية)، مجلة الحقيقة، مجلد 14، العدد 32، ص 325

¹¹⁶ القانون 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

¹¹⁷ ملكة جامع، (النظام القانوني للموثق في التشريع الجزائري)، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع، ديسمبر 2018، ص 365.

2- السلطة القضائية:

تعتبر الأحكام القضائية النهائية الصادرة من مختلف الجهات القضائية وثائق رسمية، خاصة تلك الفاصلة في خصومات عقارية، لذا وجب شهرها حتى تكون سارية في مواجهة الغير.

3- السلطة الإدارية:

الأشخاص المعنوية العامة ملزمة بالتوجه إلى الموثق عند قيامها بتصرفات عقارية، أما إذا كانت الدولة طرفاً في عقد ما، فإن مدير أملاك الدولة يتدخل في تحرير هذه العقود.

إضافة إلى ذلك الوزراء والولاة عملاً بنص المادة 4/64 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في العقود الخاصة باكتساب الملكية العقارية أو المحلات التجارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة.

4- السلطة القنصلية:

تعتبر العقود المبرمة من طرف القنصليين الجزائريين بالخارج عقوداً رسمية، وتخضع للإشهار إذا تعلق باكتساب حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى وكذا عقود الإيجار المبرمة لصالح المصالح الجزائرية في الخارج لأداء مهامها، ويتم هذا الشهر بإرسال يسلم إلى المحافظ العقاري من طرف القنصل نفسه أو بواسطة إحدى مصالح وزارة الخارجية.

ويشترط أن يراعى في تحريرها الأوضاع القانونية والقواعد الخاصة بتحرير هذه العقود من حيث الشكل والمضمون تحت طائلة رفض التسجيل على مستوى مصلحة التسجيل والطابع وكذا الشهر لدى مصالح المحافظة العقارية.¹¹⁸

¹¹⁸ مسعود رويصات، المرجع السابق، ص 94.

الرسمية التي فرضها المشرع الجزائري من شأنها أن تضيي حجية على المحرر وتضيي صفة القطعية على ما جاء فيها إلى غاية اثبات عكسها. هذا فضلا عن تمكين الدولة من بسط رقابتها على السوق العقاري قصد التقليل من المضاربة وتمكين الخزينة العمومية من تحصيل مداخيل مالية كبيرة.¹¹⁹

ب- قاعدة الشهر المسبق (الأثر النسبي):

لضمان استمرارية نقل الحقوق العقارية ومنع وجود سلسلة موازية لها، دعما لفكرة الائتمان العقاري والمحافظة على حقوق المالك الجديد، قيد المشرع الجزائري عملية الشهر بقاعدة ثانية لا تقل أهمية عن الأولى، تعرف بقاعدة الأثر النسبي. تتجسد قاعدة الشهر المسبق عمليا في تحقق المحافظ العقاري من تضمن أي محرر يودع لدى مصالحه لمراجع الاجراء السابق، والتزامه برفض الإيداع في حالة تخلف هذه البيانات.

الهدف من هذه القاعدة هو تحقيق دقيق لتسلسل أصل الحقوق العينية تجنباً للثغرات التي قد تتخلل انتقال الحق، فهو من ناحية يعمل على تبيان أصل ملكية العقار ومن ناحية أخرى يجبر الأطراف المتعاقدة على شهر تصرفاتهم وبهذه الطريقة تضمن هذه القاعدة عدم انقطاع تسلسل انتقال الملكية في الحقوق موضوع الشهر ويحق بذلك لكل من يهمله الأمر الاطلاع على سلسلة انتقال الحقوق ومدى أحقية المتعامل معه وملكيته للشئ المتصرف فيه من خلال معرفة أصل ملكيته. إضافة إلى التصدي لظاهرة التصرفات المزدوجة التي كثيرا ما تحدث في الحياة العملية.¹²⁰

ولحسن تطبيق هذه القاعدة منح المشرع للمحافظ العقاري أن يرفض الإيداع وكذلك الشهر إذ تبين له تخلف قاعدة الأثر النسبي لكل وثيقة تكون محل إيداع على مستوى مصلحته

¹¹⁹ عبد التواب معوض، السجل العيني، علما وعملا، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص 125.

¹²⁰ ليلي لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 112.

قصد التأكد من احتوائها على مراجع الاجراء السابق عملا بنص المادة 1/101 من المرسوم 63/76 كما له أن يرفض الاجراء لاحقا لنفس السبب.

غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها بل ترد عليها استثناءات. وذلك باعتبارها أول إجراء أو أنها حالات تطلبتها عملية التحول من النظام الشخصي إلى النظام العيني ومن بين الاستثناءات ما نصت عليها المادة 89 من المرسوم 63/76، وأخرى وردت في نصوص مختلفة وهي:

- العقود العرفية المحررة قبل الفاتح جانفي 1971:

وضع هذا الاستثناء لكي يحدد الإطار القانوني ويعطي الحجية اللازمة للعقود والشهادات التوثيقية من قبل القضاة سابقا، والتي لم تكن خاضعة لعملية الشهر العقاري بشكل الزامي ويلحق بها العقود العرفية المسجلة بغية إعطائها تاريخ ثابت.¹²¹ وبذلك تم إعفاء مودعي العقود العرفية التي اكتسبت تاريخ ثابت قبل 1971/01/01 كون أن عملية الشهر كانت أمرا اختياريا.¹²²

وبالمقابل ألزمهم بالتعيين الدقيق للعقار وكل الأشخاص المذكورين بالعقد العرفي بدون استثناء - المتعاقدين والشهود - لتسهيل عملية ضبط البطاقة العقارية.

أما العقود العرفية التي ليس لها تاريخ ثابت، فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء، وهذا ما أكدته المذكرة رقم 1251 المؤرخة في 1994/03/29 الصادرة عن

¹²¹ خالد رمول، المرجع السابق، ص 50.

¹²² حسب نص المادة 328 من القانون المدني: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون العقد ثابتا ابتداء: من يوم تسجيله - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء... "

المديرية العامة للأملاك الوطنية، وكذا قرار المحكمة العليا تحت رقم 53931 المؤرخ في 1990/05/08.¹²³

- الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري:

وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 88 من المرسوم 63/76: "... عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري الذي يتم تطبيقاً للمواد 08 إلى 18 من هذا المرسوم..."، فبالرجوع إلى المواد من 08 إلى 18 من المرسوم المذكور أعلاه فإنها تتعلق بإيداع وثائق المسح العام بعد الانتهاء من عملية المسح، والتي لا يتصور أن تكون موضوع شهر مسبق ما دامت ناتجة عن أعمال المسح العقاري العام بموجب الوثائق المسحية التي يستلمها المحافظ العقاري من أجل إخضاعها لعملية المسح.

تطبيق هذا الاستثناء في بعض الحالات، قد يضر بأصحاب الحقوق الغائبين أو الذين منعوا من التصرف أثناء إجراء المسح، وبحقوق الدولة العائدة على قطع الأراضي الممسوحة هذا ما دفع بالمشروع الجزائري إلى وضع مدة قانونية مقدرة بسنتين، قيد من خلالها عملية الشهر وما يترتب عليها من آثار والتي تمت استناداً على وثائق مسح الأراضي، حيث يبدأ حسابها من تاريخ تسليم محاضر وثائق المسح لدى المحافظة العقارية.¹²⁴

إضافة إلى الاستثنائيين المذكورين أعلاه نجد استثناءات نص عليها المشروع الجزائري في تشريعات لاحقة وهي:

- عقد الشهرة:

الذي نص عليه المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 1983/05/21 المتضمن إجراءات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بحق الملكية.

¹²³ خالد رمول، المرجع السابق، ص 51. راجع قرار المحكمة العليا رقم 53931 المؤرخ في 1990/05/28،

المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص 99.

¹²⁴ خالد رمول، المرجع السابق، ص 52.

فتحريير عقد الشهرة يعد في حد ذاته أول إجراء بالنسبة للعقار وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري من استثناءه من قاعدة الشهر المسبق.

- إشهار عقود الملكية للأراضي المتنازل عنها في إطار عملية استصلاح الأراضي:

بالرجوع إلى القانون 83-18 المؤرخ في 18/08/1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، يمكن للأفراد الاستفاد من قطع أراضي قصد استصلاحها وتحويلها إلى أراض فلاحية وتمنح لهم عقود استفادة خاضعة للشهر العقاري. هذا الشهر يعتبر بمثابة إجراء أولي لا يتطلب توافر قاعدة الشهر المسبق.

- شهادة الحيازة:

نص عليها المشرع بموجب المادة 39 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري والتي يتحصل عليها كل شخص يمارس حيازة هادئة، مستمرة، علنية وغير منقطعة في المناطق التي لم تتم فيها بعد عملية المسح، تمكنه من اكتساب العقار بالتقادم تخضع هذه الشهادة إلى شكليات التسجيل والشهر العقاري، والشهر يعتبر الإجراء الأولي فيما يخص العقار.

- حق الامتياز:

أعفى المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 483/97 المؤرخ في 15 ديسمبر 1997، المتعلق بمنح حق امتياز قطع أرضية تابعة لأمالك الدولة من قاعدة الشهر المسبق.

- سندات الملكية بموجب القانون 02/07:

يعتبر سند الملكية نقطة الانطلاق الأولى لسلسلة انتقال حق الملكية الذي يسلم للحائز بعد انتهاء التحقيق العقاري استثناء من قاعدة الأثر المسبق.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالأطراف والعقار المتصرف فيه

إن المشرع الجزائري بغية منه في إرساء قواعد لتنظيم الشهر العقاري على أسس قوية من أجل الشروع في نظام الأشهار العقاري، خول للمحافظين صلاحيات واسعة في مراقبة مدى توافر الشروط القانونية للسندات العقارية المقدمة لإخضاعها للشهر العقاري.

01- الشروط القانونية المتعلقة بالأشخاص

نفرق في الشروط القانونية المتعلقة بالأشخاص بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية:

أ- بالنسبة للأشخاص الطبيعية:

إن كل العقود والمحركات التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية، يتعين أن يذكر فيها بيانات الهوية التالية: الاسم واللقب، تاريخ ومكان الميلاد، الجنسية، الموطن والمهنة ويجب أن تخضع للمصادقة من قبل الموثق أو أمين الضبط أو سلطة إدارية في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الاجراء.¹²⁵

ب- بالنسبة للأشخاص المعنوية:

فكل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار يجب أن يتضمن بيانات متعلقة بهوية الأشخاص الاعتبارية، من شكل قانوني، مقر اجتماعي ورقم تسجيل في السجل التجاري بالنسبة للشركات التجارية، مقر ومكان وتاريخ إيداع القوانين الأساسية بالنسبة للنقابات، تاريخ ومكان التصريح للجمعيات، أما إذا كان الشخص الاعتباري ممثل في الجماعات المحلية لا بد من ذكر اسم الولاية أو البلدية، أما بالنسبة لأملاك الدولة فإنها تثبت باسم الدولة.¹²⁶ وكل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة يجب أن تحمل تأشيرة موقعة من قبل محرر العقد أو من قبل سلطة إدارية تشهد بهوية الأطراف مطابقة للنموذج المحدد بموجب قرار من وزير المالية، وفي حال غيابها للمحافظ العقاري سلطة رفض الإيداع والامتناع عن إجراء الشهر العقاري.¹²⁷

02- الشروط القانونية المتعلقة بالعقارات

تهدف للحصر الدقيق للعقار من خلال بياناته الطبيعية، حيث يمكن المتعامل في العقار من معرفة حالته قبل أن يقدم على أي تصرف، إضافة إلى ضبط الملكية العقارية.

¹²⁵ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 96.

¹²⁶ صليحة عمارة، المرجع السابق، ص 505.

¹²⁷ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 97.

- بالنسبة للعقارات الممسوحة:

تتمثل عناصر التعيين بالنسبة للعقارات الممسوحة طبيعة العقار، البلدية، قسم مخطط المسح ورقمه، إلى جانب الوثائق المعتمد عليها في عملية المسح عملا بنص المادة 66 من المرسوم 63/76.

- العقار الريفي:

كل عقار ريفي يكون موضوع اشهار يجب أن يحدد فيه نوعه، موقعه، محتوياته، بالإضافة إلى أصول أو نسخ المخططات المحفوظ بها بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي والمحافطة العقارية التي تمت أثناء الوجود الفرنسي، وفي حالة عدم وجودها يذكر أسماء المالكين المجاورين. إلى حين إعداد المسح عملا بنص المادة 114 من الأمر 63/76.

- العقار الحضري:

يتم ذكر اسم الشارع ورقم العقار طبيعته ومساحته، إضافة إلى البلدية المتواجد بها.¹²⁸

- العقارات المبنية الخاضعة لنظام الملكية المشتركة:

الملكية المشتركة حالة قانونية، يكون فيها عدة أشخاص مالكين بالاشتراك لعين معينة كالعمارة، تحتوي على أجزاء خاصة وعامة، ويشترط فيها إضافة إلى البيانات العامة المتعلقة باسم البلدية، الشارع، الرقم والمساحة، المعلومات الخاصة الواردة في الجدول الوصفي للتقسيم، وهي رقم الحصة حسب الترتيب التصاعدي للأرقام، العمارة، الدرج، الطابق، نوع الحصة، والنسبة في الأجزاء المشتركة طبقا لنص المادة 67 من الأمر 63/76.

¹²⁸ صليحة عمارة، المرجع السابق، ص 506.

الفرع الثاني: تأسيس السجل العقاري الجزائري

تأسيس السجل العقاري يقوم على إجراءات متسلسلة ومتوالية تبدأ بعملية المسح العام للأراضي المتواجدة على التراب الوطني تليها عملية تأسيس السجل العقاري الذي يكون بتشكيل البطاقات العقارية والتي تنتهي بتسليم الدفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد المثبت للملكية العقارية.

ويتطلب ذلك وجوب مسح تراب كل بلدية من بلديات الوطن، وتحديد التكوين الفيزيائي والمادي للأماكن الوطنية وطبيعة الأرض، هوية المالكين وأصحاب الحقوق العينية على العقارات، من أجل تأسيس السجل العقاري. ومنه سنتطرق أولاً إلى الأعمال المادية والمتمثلة في عملية المسح العام للأراضي ومن ثم إلى الأعمال القانونية لتأسيس السجل العقاري.

أولاً: الأعمال المادية لتأسيس السجل العقاري

تعتبر عملية المسح العام للأراضي الأساس المادي لقيام السجل العقاري الجزائري، وهو الخطوة الأولى لإنشاء السجل العقاري باعتباره أداة لحصر جميع الملكيات العقارية. وهو عملية فنية تتولاها السلطات الإدارية المختصة بغرض التأكد من الوضعية القانونية للعقارات على اختلاف أنواعها وما يترتب عليها من حقوق.¹²⁹

عرفه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 02 من الأمر رقم 74/75 على النحو التالي: " إن مسح الأراضي العام يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساساً مادياً للسجل العقاري". ومنه:

¹²⁹ عمار بوضياف، (المسح العقاري وإشكالاته القانونية في الجزائر)، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، العدد التجريبي، أبريل 2006، ص 30.

- فالمسح العام للأراضي هو عملية فنية: باعتباره يقوم على أسس تقنية وفنية لا يمكن القيام بها إلا بناء على تدخل مختصين تقنيين.

- عملية إدارية: حيث تفتتح عملية المسح في كل بلدية بناء على قرار إداري صادر من الوالي المختص وتشرف عليها العديد من الهيئات الإدارية على رأسها الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.¹³⁰

- عملية قانونية: باعتبار أنه يستند في جميع مراحل وإجراءاته إلى أسس قانونية أقرها المشرع.

تتمثل إجراءات المسح العام في تعيين حدود البلديات والملكيات داخل كل بلدية وإجراء تحقيق في الميدان لإبراز أصحاب الحقوق والملاك وإعداد وثائق المسح من مخططات وسجلات تبين العقارات المسوحة وترقيمها ورسم حدودها، وعند إتمام هذه الإجراءات تبدأ عملية تأسيس السجل العقاري.

تعتبر البلدية الوحدة الأساسية لعملية المسح ميدانيا وتكون بموجب قرار يصدره الوالي المختص، وبذلك يتم تحديد إقليم البلدية بموجب محضر تعيين حدود البلدية يلحق بها مخطط بياني للحدود.

تقوم الدولة، الولاية، البلديات والهيئات والمؤسسات العمومية بتقديم جميع التوصيات اللازمة فيما يخص حدود ملكياتها، أما العقارات الأخرى فيتم وضع حدودها بمساعدة المالكين لما لهؤلاء من دور في مساعدة وتنوير المحققين بالوضعية القانونية لأملآكهم ولأملآك الجيران.

¹³⁰الوكالة الوطنية لمسح الأراضي أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 234/89 المؤرخ في 1989/10/29،

والذي تم إلغاؤه بموجب المرسوم التنفيذي 21-251 المؤرخ في 2021/07/06 المتضمن حل الوكالة الوطنية لمسح

الأراضي وتحويل أملآكها وحقوقها وواجباتها ومستخدميها إلى وزارة المالية.

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

وبمجرد الانتهاء من عملية إعداد هذه الوثائق والتي تعكس الوضعية الحالية للممتلكات، يتم المصادقة عليها من قبل اللجنة البلدية لمتابعة عملية مسح الأراضي. وهذا ما سيتم تفصيله كالآتي:

01- افتتاح عملية المسح

يعلن عن افتتاح أعمال المسح في كل بلدية بموجب قرار يصدره الوالي المختص، باقتراح تقدمه مديرية مسح الأراضي تبين فيه على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر القرار وفقا لنص المادة 02 من المرسوم 62/76.¹³¹ يتم بعد ذلك عمليات نشر واسعة تبدأ بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية ومجموع القرارات الإدارية للولاية المعنية، في الجرائد اليومية الوطنية، ويبلغ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي. وكذا يتم الإعلان عنه باللصق في أجل 15 يوما قبل افتتاح المسح.¹³²

بمجرد افتتاح عملية المسح تؤسس لجنة المسح،¹³³ تقوم هذه اللجنة بجمع الوثائق والبيانات من أجل إعداد الوثائق المساحية، التثبت عند الاقتضاء من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم وفي حالة عدم وجود اتفاق؛ التوفيق بينهم إن أمكن.

¹³¹تنص المادة 02 من المرسوم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام: " إن عمليات مسح الأراضي في كل بلدية تكون بقرار من الوالي يبين فيه على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر هذا القرار".

¹³² عملا بنص المادة 03 من المرسوم 62/76 التي جاء فيها: " يعلم الجمهور بهذه العملية عن طريق لصق الإعلانات في مقر الدائرة والبلدية المعنية والبلديات المجاورة وذلك في أجل خمسة عشر يوما قبل افتتاح هذه العمليات".

¹³³ انظر نص المادة 07 من المرسوم 62/76.

وفي حال وجود نزاعات لم يمكن تسويتها بالتراضي تقوم هذه اللجنة بالبت فيها استنادا إلى الوثائق العقارية لاسيما السندات وشهادات الملكية المسلمة إثر عمليات المعاينة لحق الملكية. وتلي عملية الافتتاح عدة مراحل تتمثل في المرحلة التحضيرية والمرحلة الميدانية ثم مرحلة التحقيقات العقارية وهي المراحل التي تدخل ضمن الأعمال التقنية لمسح الأراضي العام.

02- الأعمال التقنية لتأسيس السجل العقاري

تبدأ الأعمال التقنية لتأسيس السجل العقاري بالمرحلة التحضيرية على مستوى المكتب تليها المرحلة الميدانية، ثم مرحلة التحقيقات العقارية.

01- المرحلة التحضيرية:

تقوم اللجنة أولا بجمع الوثائق والبيانات من خرائط أو مخططات البلدية المعنية من أجل تسهيل إعداد الوثائق المساحية ويتعلق الأمر بجميع الوثائق القديمة الموجودة والمتعلقة بالبلدية، وكذا الوثائق الخاصة بتعيين حدود البلدية وهذا من أجل معرفة المحيط الإقليمي البلدي.¹³⁴

إضافة إلى ذلك تجمع كل الوثائق الضرورية لعمليات مسح الأراضي العام، المتعلقة بالأماكن التابعة للدولة والبلديات كما وجدت قبل صدور الأمر المتضمن الثورة الزراعية والأماكن التي كانت موضوع نزع ملكية على مستوى البلدية وكذا المخططات الخاصة المتعلقة بالتنازل، التخصيص والتحويل. هذا إضافة إلى بعض الوثائق الأخرى التي تعد ضرورية، فتطلب من مصالح الحفظ العقاري قائمة الملاك الذين لهم حقوق مشهورة وكذا السجل الجبائي المتواجد على مستوى المصالح الجبائية. وهذا من أجل:

- تحديد الملاك ومن ثم استدعائهم.

¹³⁴ يتعلق الأمر بالوثائق المعدة لقانون رقم 03/84 المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد، وكذا مخططات الوحدات الإدارية القديمة وهما ضروريان لتحديد الإقليم البلدي.

- التمييز بين الأملاك المعروفة أصحابها، لوجودها في القوائم، غير أنهم لم يحضروا يوم التحقيق وبين تلك التي لم يتمكن من تحديد أصحابها.
- تقريب المعلومات الناتجة عن التحقيق مع تلك التي أخذت من أرشيف المحافظة العقارية.¹³⁵

ومنه يتم إعداد مخطط بياني على ورق هيلوغرافي للتصاوير الجوية والاسترجاعات الفوتوغرامميتيرية. من أجل تقسيم الإقليم البلدي إلى أقسام مساحية؛ وهي رقعة جغرافية جزء من البلدية، حدودها عبارة عن فواصل ثابتة كالطرق والمعابر.

والأقسام المساحية تضم أماكن مسماة؛ وهذه الأخيرة هي مجموعة من أجزاء الملكيات في نفس القسم والذي اعتاد السكان على تسميتها.

والأماكن المسماة إلى أجزاء ملكية (وحدة عقارية) تتكون من مجموع الأملاك المتجاورة من قطع أراضي التي تعود لمالك واحد أو إلى الشيوع واحد عملا بنص المادة 15 من المرسوم 62/76.

وترقم هذه الأقسام بالنسبة إلى كل بلدية انطلاقا من وحدة تصاعدية بصفة مستمرة، ويعطى الرقم الأول للقسم الذي يقع في شمال غرب البلدية ويتجه الترقيم نحو الشرق وإلى غاية الحدود ثم نحو الغرب وبشكل تعرجي. ومن ثم تنقل على المخطط البياني للحدود. وبهذه الطريقة تشكل خريطة لأقسام البلدية معدة في نسختين تستعمل واحدة في الأشغال الميدانية وأخرى في التحقيق والتحسين.¹³⁶

يتم تحديد الأقسام التي من شأنها أن تشكل صعوبة وتعرقل أشغال المسح العام من أجل تقديم المناطق السهلة للبدء بها في عملية المسح وبعدها الأقسام التي تشكل صعوبة. ثم تأتي المرحلة الميدانية.

¹³⁵ ليلي لبيض، منازل الشهر العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 54.

¹³⁶ نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2003، ص 68.

02- المرحلة الميدانية:

التحقيق الميداني من أهم مراحل المسح العقاري ويقصد به خروج الفرق التقنية إلى أقسام البلدية لإجراء تحقيقات عقارية، يباشرها رئيس مكتب المسح. من أجل تحديد العقارات وهذا بحضور الملاك المجاورين أو ممثليهم الموكلين.

ويتم وضع الحدود الإقليمية للبلدية على أساس الوثائق الرسمية ووصفها في وثيقة تسمى محضر تعيين الحدود يلحق به مخطط بياني للحدود. يحرر من طرف التقني المكلف بعمليات المسح بالتنسيق مع رئيس المجلس الشعبي البلدي وكذا رؤساء البلديات المجاورة. تقدم هذه الوثيقة بعد امضائها من طرف كل الأشخاص المؤهلين لذلك والحاضرين لعمليات وضع الحدود، إلى السيد الوالي قصد الموافقة. أما إذا كانت البلدية محل المسح مجاورة لولاية أخرى أو دولة أخرى، فيجب الموافقة عليها من طرف وزير الداخلية.

03- مرحلة التحقيقات العقارية:

مرحلة التحقيقات العقارية هي آخر مرحلة من مراحل الاعمال التقنية لمسح الأراضي، يقوم الموظفون عن الجهات التالية: المحافظة العقارية، مصالح المسح، البلدية وأملاك الدولة بالتحقيق بقيادة رئيس الفرقة ويجب أن يؤديوا مهمتهم في هذا المجال بكل صرامة. ويلتزمون بـ:

- تنفيذ أعمال المسح المسندة لعناصرها بروح مهنية عالية.
- توفير الرعاية والدقة اللازمتين أثناء العملية.
- عدم إغفال الرقابة المستمرة والتطبيق الصارم للتعليمية 16.137.
- المسك النظامي للحقوق. 138.

¹³⁷ التعليمية 16 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية المؤرخة في 24 ماي 1998 المتعلقة سير عملية مسح الأراضي والترقيم العقاري.

¹³⁸ نعيمة حاجي، المرجع السابق، ص 72.

إذ يكمن دورهم في فحص سندات الملكية والوثائق الأخرى المؤيدة لها وفقا للتشريع المعمول به. وعند غيابها يتم جمع المعلومات المهمة لإثبات الحيابة بواسطة التحقيقات والتحريات¹³⁹، فالقانون يحميها كما يحمي الملكية ذلك أن القانون يفترض مبدئيا أن الحائز هو المالك أي أن الحيابة سند للملكية إلى غاية إثبات العكس.¹⁴⁰

ومنه تتطوي هذه المرحلة على تعيين أصحاب الحقوق وحقوقهم العينية وكذا تحديد الملكية إن كانت على الشيوع أو غير ذلك، وهذا إضافة إلى التحقيق في وقائع الحيابة، وعلى فرق المسح الالتزام بما سبق ذكره لأن نتائج المسح حاسمة ويعتمد عليها في الشهر.

عند الانتهاء من الأشغال التقنية يتم إرسال هذه الوثائق إلى مقر البلدية، من أجل فتح المجال للاطلاع عليها والطعن فيها، وتعمل اللجنة على إنهاء الخلافات المتعلقة بتعيين الحدود بين المعنيين وديا. وعند فشل التوفيق، يحرر محضر بذلك وتعلمهم اللجنة بأن لهم 03 أشهر من أجل الاتفاق على حدودهم وإبلاغ لجنة المسح بذلك في خلال هذه المهلة أو من أجل اللجوء إلى القضاء المختص. وإذا انتهت المدة ولم يتخذ الأطراف أيًا من الخيارين السابقين، تصبح الحدود نهائية.¹⁴¹

بعد هذه المرحلة يتم إيداع وثائق المسح في المحافظة العقارية من أجل شهر الحقوق العقارية. ومنه فالمحافظ العقاري يقوم بتقييم العقارات بناء على وثائق المسح وهذا دون دراسة أو تحقيق وهذا لما تتمتع به محاضر المسح من حجبية، فلا يجوز الرجوع عنها أو

¹³⁹ في غياب السندات فإن التحقيق يتم عن طريق إجراءات التحري التي ترمي إلى جمع كل العناصر الضرورية لتقرير الحيابة، وهذا يثبت المالك الظاهر بأي وثيقة، أو بشهادة المالك المجاورين أو أي شخص يمكنه الإفادة.

¹⁴⁰ نعيمة حاجي، المرجع السابق، ص 77.

¹⁴¹ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 110.

إعادة النظر فيها الا في حالتين استثنائيتين نص عليهما المشرع في نص المادة 2/14 من المرسوم 62/76 وهما:

- الغلط المادي: لم يفسر المشرع المقصود بالغلط المادي ولا عن كيفية تصحيحه. وبالرجوع إلى القانون المقارن فالمشرع اللبناني ينص على أنه من قبيل الخطأ المادي في المادة 15 المعدلة من القرار 188 الأغلط الكتابية الغلط في خريطة المساحة نتيجة سهو، وتصحيح هذه الأخطاء من اختصاص أمين السجل العقاري.¹⁴²
- ظهور المالك الحقيقي: وهو صاحب المركز القانوني، حيث يحق له الطعن في البيانات الواردة في السجل العيني الذي سجل العقار باسم الظاهر.

ثانياً: الأعمال القانونية لتأسيس السجل العقاري

من أجل تأسيس السجل العقاري لابد من تكريس نتائج عمليات المسح وترجمتها في مجموعة البطاقات العقارية، ويتطلب ذلك القيام بجملة من الأعمال القانونية بدءاً بالإجراءات الأولية المتمثلة في عمليتي إيداع وثائق المسح وترقيم العقارات الممسوحة، ثم إنشاء مجموعة البطاقات العقارية وإعداد الدفتر العقاري، والتي أولى المشرع هذه المهمة للمحافظة العقارية،¹⁴³ والتي على رأسها المحافظ العقاري¹⁴⁴ - والذي هو إداري يشبه محافظ الرهون الذي أخذ به المشرع الفرنسي -¹⁴⁵ وهذا ما سنتطرق إليه على التوالي:

¹⁴² حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 194-195.

¹⁴³ المحافظة العقارية هي مصلحة عمومية تابعة لمديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية، تحت وصاية المديرية العامة للأموال الوطنية، على مستوى وزارة المالية وفقاً للمرسوم 65/91 المؤرخ في 25/03/1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأموال الدولة والحفظ العقاري المعدل والمتمم.

¹⁴⁴ المحافظ العقاري حسب نص المادة 04 من المرسوم 63/76 يسير المحافظة العقارية وهو موظف عمومي تابع لوزارة المالية، يتولى أساساً تأسيس السجل العقاري ومسكه.

¹⁴⁵ JOBARD- BACHELIER Marie- Noël, BERMOND Vincent, **suretés, publicité foncière**, 16 eme Edition, Dalloz, 2009, p 202

01- الشهر بناء على وثائق المسح

بعد إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية بموجب محضر يحرره المحافظ العقاري، يصرح فيه بتاريخ الإيداع وكذا أقسام واسم البلدية والأماكن المذكورة التي تم مسحها. ويتم إعلان هذا المحضر في أجل ثمانية أيام من تاريخ إيداع الوثائق ولمدة أربعة أشهر بكل وسيلة أو دعامة مناسبة، وهذا بهدف إعلام المالكين الظاهرين وذوي الحقوق العينية العقارية الأخرى حول تأسيس السجل العيني، وتمكينهم من استلام وثيقة تشهد بحقوقهم على العقارات الممسوحة.¹⁴⁶

ويتم ترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري على أساس المعلومات المدرجة في البطاقة العقارية نموذج (T10) بأحد الحالات التالية:

- الترقيم النهائي:

ترقم العقارات التي يحوز مالكيها سندات أو وثائق تثبت الملكية طبقاً للتشريع المعمول به طبقاً لنص المادة 62/76، كما يقوم المحافظ العقاري تلقائياً بقيد الامتيازات والرهن أو أي حق عيني تبقي آخر غير مشطب عليها ولم تنقضي مدة صلاحيتها.¹⁴⁷ ولا يجوز الطعن فيها إلا أمام القضاء المختص.

- الترقيم المؤقت لمدة 4 أشهر:

يكون الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر في حالة وجود وثائق تثبت الحيابة كالعقود التوثيقية المشهورة والتي تتضمن معلومات غير كافية وغير دقيقة لتعيين العقار أو تتعلق بالتنازل عن حقوق ميراثية مقدرة وغير دقيقة، وكذا شهادة الحيابة والأحكام القضائية التي تخص العقار

¹⁴⁶ جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 134.

¹⁴⁷ محمد بن عمر، (أثر إيداع وثائق المسح على تأسيس السجل العقاري)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 2016، ص 116.

محل الترقيم وتثبت حيازته لمدة 15 سنة على الأقل، والعقود العرفية ثابتة التاريخ كإثبات للحيازة.

ومنه تسمح للمالكين الظاهريين التي ليس لهم سندات ملكية قانونية والذين يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق المسح، حيازة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب.

يبدأ سريان هذه المدة من يوم الترقيم، لفتح المجال لتقديم الاعتراضات. ويصبح الترقيم نهائياً بعد انتهاء هذه المدة دون تقديم اعتراضات أو إذا تم سحبها أو رفضها عملاً بنص المادة 13 من المرسوم 63/76.

- الترقيم المؤقت لمدة سنتين

ترقم العقارات ترقيماً مؤقتاً لمدة سنتين في حالة حيازة العقار بدون سند كاف كسند عرفي ثابت التاريخ بعد 1970 / 12 / 31، أو عند الحيازة العقارية بدون سند، وأثبت التحقيق الميداني أنه يحوز هذا العقار قبل عمليات المسح.

فترقم العقارات التي ليس لمالكها الظاهريين سندات كافية وعموماً لا يمكن للمحافظ العقاري أن يبدي رأيه في تحديد حقوق الملكية، ويصبح ترقيماً نهائياً عند انتهاء المدة أو إذا سمحت وقائع قانونية للمحافظ العقاري بالتثبت بصفة مؤكدة من أن الحقوق العينية واجب شهرها في السجل عملاً بنص المادة 14 من المرسوم 63/76.

ويكون الاعتراض في المدة المحددة لذلك، وللمحافظ العقاري سلطة المصالحة بين الأطراف وتحرير محضر بذلك يتمتع بالإلزامية، وإذا فشلت محاولة المحافظ يحرر محضر بعدم المصالحة ويبلغه للأطراف من أجل اللجوء إلى القضاء خلال 6 أشهر من تاريخ التبليغ. كما يطبق هذا الترقيم على العقارات المدرجة في حساب مجهول أو العقارات غير المطالب بها بحيث تسجل في حساب أملاك الدولة بانقضاء الأجل، ونظراً للعدد الهائل لهذه العقارات

أصدر المدير العام للأملاك الوطنية المذكرة رقم 2421¹⁴⁸ لمعالجة هذا الأمر والتي تخص العقارات المدرجة باسم مجهول والتي يملك أصحابها سندات ملكية مشهورة في نظام الشهر الشخصي، والمذكرة رقم 4618¹⁴⁹ المتعلقة بالعقارات التي لا يملك أصحابها سندات ملكية مشهورة. وكذا ما جاءت به المادة 23 مكرر من الأمر 74/75.

- الخروج من حالة المجهول في إطار المذكرة 2421:

على مالك العقار التقدم للمحافظة العقارية بطلب مرفق بسند الملكية المشهر المثبت لملكيته والذي يسجل في سجل خاص مع تسليم صاحب الطلب وصل استلام. وعلى المحافظ العقاري التأكد من السند المحتج به مشهر فعلا وأن العقار أدرج فعلا في حساب مجهول من خلال الرجوع إلى وثائق المسح المودعة في إطار المسح العام، وأن العقار لا تعود ملكيته للدولة.¹⁵⁰

- الخروج من حالة المجهول في إطار المذكرة 4618:

جاءت هذه المذكرة لتطهير حساب المجهول، غير أن أعمال هذه المذكرة على أرض الواقع يخضع لشروط وإجراءات تختلف عن المذكرة السابقة؛ يقوم المحافظ العقاري بفحص طلب المعني الذي قد يمتلك سند معترف به قانونا وغير مشهر، أو سند غير كاف كالعقود العرفية أو قد لا يملك أي سند.

¹⁴⁸ المذكرة رقم 2421 المؤرخة في 2003/05/03 الصادرة عن المديرية العامة لأملاك الدولة.

¹⁴⁹ المذكرة رقم 4618 المؤرخة في 2004/09/04 الصادرة عن المديرية العامة لأملاك الدولة.

¹⁵⁰ محمد بن عمر، المرجع السابق، ص 119.

- تسوية العقارات غير المطالب بها في إطار المادة 23 مكرر من الأمر 74/75:

جاء في نص المادة 23 مكرر من الأمر 74/75 المعدلة بموجب المادة 67 من القانون 10/14 المؤرخ في 2014/12/30 المتعلق بقانون المالية لسنة 2015 ما يلي: " يرقم كل عقار لم يطالب به من خلال عمليات مسح الأراضي ترقيما نهائيا باسم الدولة.

في حالة الاحتجاج مبرر بسند ملكية قانوني، فإن المحافظ العقاري يكون مؤهلا في غضون خمس عشرة (15) سنة ابتداء من تاريخ إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية للقيام في غياب أي نزاع وبعد تحقيق تقوم به مصالح أملاك الدولة والتدقيق المعتاد وبناء على رأي لجنة تتكون من ممثلين عن مصالح المديرية بالولاية للحفظ العقاري، والمحافظة العقارية، وأملاك الدولة ومسح الأراضي والفلاحة والشؤون الدينية والأوقاف والبلدية بترقيم الملك المطالب به باسم مالكه".

وعن كيفية تسوية منازعات الترقيم المؤقت للعقارات غير المطالب بها تم تعديل المادة 23 مكرر بموجب نص المادة 89 من القانون رقم 11/17 المؤرخ في 27 /12/ 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018 والتي جاء فيها: " تعدل أحكام المادة 23 مكرر من الأمر 74/75 وتحرر كما يأتي: يسجل كل عقار تابع لخواص لم يطالب به خلال عمليات مسح الأراضي ولم تتمكن مصالح المسح من تحديد مالكه أو حائزه في حساب يسمى حساب العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال مسح الأراضي. ويرقم ترقيما مؤقتا لمدة خمس عشرة سنة (15) من تاريخ إيداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية.¹⁵¹

¹⁵¹ تم إضافة هذه المادة بموجب المادة 67 من قانون 10/14 المؤرخ في 2014/12/30 المتعلق بقانون المالية، وتم تعديلها بموجب نص المادة 89 من القانون 11/17 المؤرخ في 2017/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2018. و هذا ما أكدته المديرية العامة للأملاك الوطنية بوجوب المذكرة رقم 4060 المؤرخة في 2018/04/05 المتعلقة بتسوية العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال المسح و التي جاءت لتفسير و شرح كيفية تطبيق هذه المادة.

و بتاريخ 05 أفريل 2018 أصدرت المديرية العامة للأملاك الوطنية المذكرة رقم 60/40 المتعلقة بتسوية العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال المسح، جاءت هذه المذكرة لتفسير و تشرح كيفية تطبيق نص المادة 89 من قانون المالية 11/17 المعدلة للمادة 23 مكرر من الأمر 74/75، أهم ما جاء فيها إنشاء حساب جديد يسمى "العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال المسح" عوض حساب المجهول المعمول به سابقا و تتعلق بالعقارات التابعة للخواص غير مطالب بها خلال عملية المسح و التي لم تتمكن مصالح المسح من تعيين مالکها أو حائزها أثناء التحقيقات المسحية و من جهة أخرى تسويتها من قبل مصالح الحفظ العقاري بالتنسيق مع مصالح أملاك الدولة و مصالح مسح الأراضي و هذا وفق إجراءات مسطرة في هذا الصدد.

02- مسك مجموعة البطاقات العقارية:

بعد عملية الفحص والتدقيق وبعد التأكد من عدم وجود أي مانع يحول دون إجراء القيد يؤشر على البطاقة العقارية محل السند المودع.

ويشمل التأشير¹⁵² في هذه البطاقات على كل البيانات المتمثلة في تاريخ العقود والقرارات القضائية والوثائق، الاتفاقات أو الشروط أو التسجيلات التي تم شهرها من طرف الموثق أو السلطة القضائية أو الإدارية المحررة للوثيقة المشهورة، الثمن الأساسي أو التقديري أو معدل مبلغ الدين ومجموع الملحقات المضمونة في الرهون العقارية، مع اظهار في كل تأشير تاريخ الاشهار ومراجعته.

وبعد إجراء المحافظ العقاري للشهر والتأشير على البطاقات العقارية، يؤشر على الدفتر العقاري.

¹⁵² يجب أن يكون التأشير بكيفية واضحة، مقروءة، مختصرة بالحبر الأسود الذي لا يمحي، أما تسجيل الرهون والامتيازات فيكون بالحبر الأسود بدون حشر ولا محي ولا كشط عملا بنص المواد 114 و 115 المرسوم 63/76.

03- إعداد الدفتر العقاري

تشكل البطاقات العقارية التي تنشأ بعد إيداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية دليلاً مادياً على حصول عملية الترقيم العقاري، ولكن أصحاب الحقوق لا يشعرون بذلك؛ كون أن هذا الإجراء لا يتعدى أسوار المحافظة العقارية، لذا يتم تسليمهم الدفتر العقاري كوثيقة تثبت حصول الترقيم لصالحهم. وقد خلت النصوص المنظمة للدفتر العقاري من تعريفه.

ومن تعريفات الفقه، هو بطاقة هوية للعقار حيث يحتوي على كل المعلومات المتعلقة به، وكل التصرفات العقارية المنصبة عليه، فهو مرآة تعكس حالة العقار الممسوح المادية والقانونية استناداً إلى أحكام الشهر العقاري.¹⁵³

وعرف كذلك بأنه سند ملكية إداري يعده المحافظ العقاري وفق النموذج الذي يحدده وزير المالية ويسلمه لمالك العقار سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً. يثبت الحقوق العينية الواردة على العقار بعد الانتهاء من عملية مسح الأراضي العام، وتنسخ فيه جميع البيانات الموجودة في البطاقة العقارية بمناسبة الإجراء الأول من جهة، وما يطرأ من إجراءات وتغييرات لاحقة على العقار من جهة ثانية.¹⁵⁴

ويتم إعداد الدفتر العقاري من خلال نقل البيانات المدونة على البطاقات العقارية الخاصة بالعقار، بكيفية لا تختلف عن قواعد إعداد البطاقات العقارية، والذي يتم التأشير فيه بالحبر الأسود الذي لا يمحو وبكيفية واضحة سهلة القراءة، ويشطب على البياض بشكل أفقي والجدول مرقمة وموقعة، وتكتب الأسماء العائلية بأحرف كبيرة والأسماء الشخصية بأحرف

¹⁵³ عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة - طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام،

الطبعة التاسعة، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 58.

¹⁵⁴ سعيد سعودي، (الدفتر العقاري كسند إثبات للملكية العقارية الممسوحة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10،

العدد 01، 2019، ص 359.

صغيرة، كذلك يمنع التحشير والكشط والأغلاط، وفي حالة الخطأ أو السهو تصحح عن طريق الاحالات. ويشهد المحافظ العقاري على كل إشارة أو تأشير عن طريق توقيعته ووضع ختم المحافظة.¹⁵⁵

وبعد إعداد الدفتر العقاري أو ضبطه عند انتقال الملكية يسلم إلى المالك الذي حقه قائم بمناسبة إنشاء البطاقة العقارية. والذي يعتبر السند الوحيد المثبت للملكية العقارية كما جاء في نص المادة 19 من الأمر 74/75.

فالهدف الأخير من كل هذه العمليات هو إعداد الدفتر العقاري وتسليمه للمالك، والذي بموجبه يثبت ملكيته على عقار معين وبالتالي يمكن اعتبار أن الدفتر العقاري يمثل التجسيد الفعلي والتأسيس القانوني للسجل العقاري، وأنه بمثابة جسم للملكية يستمد روحه من وثائق المسح.¹⁵⁶

¹⁵⁵ عملاً بنص المادة 45 من المرسوم 63/76.

¹⁵⁶ مسعود رويصات، المرجع السابق، ص 63.

الفصل الثاني:

فكرة الغيرية

في السجل العقاري

الفصل الثاني: فكرة الغيرية في السجل العقاري

اتفق الفقه على غموض فكرة الغيرية، رغم المحاولات العديدة التي جاء بها لتعريف الغيرية وتحديد الغير، فاعتبر أن هذه الفكرة مستعصية تماما عن أي تعريف جامع يمكن أن يحيط بها في كل جوانبها ذلك لكون الغير يختلف من مجال إلى آخر.

وللوصول بهذه الفكرة إلى أعلى درجة من النقاء ورفع الغموض، رأى الفقه أنه ليتم تحديد دقيق لمصطلح أو فكرة " الغيرية" ينبغي تتبعه في مجالين. فالعقد كواقعة قانونية، لا يتوقع بين أطرافه الذين شاركوا في قيامه وإنما يحيا حياته الاجتماعية داخل الإرادة التي أنشأته، وخارج نطاقها. فيستطيع أطراف العقد التمسك به في مواجهة الناس كافة، ويستطيع كافة أن تتمسك بوجود العقد في مواجهة أطرافه.

فنطاق أثر العقد يتحدد بمجالين، الأول داخل نطاق الإرادة التي أنشأته ويسمى الأثر الملزم للعقد - نسبية أثر العقد-. والمجال الثاني، خارج نطاق الإرادة الذي أنشأته ويسمى مجال سرعان العقد أو مجال الاحتجاج بالعقد والذي نجد للغير في الشهر مكانا له.

وبعد تحديد الغير في هذين المجالين سنحاول تحديده في مجال السجل العقاري موضوع دراستنا، ولهذا سننظر في المبحثين التاليين إلى:

المبحث الأول: مضمون فكرة الغيرية في مجال نسبية أثر العقد.

المبحث الثاني: مضمون فكرة الغيرية في السريان.

المبحث الأول: مضمون فكرة الغيرية في مجال نسبية أثر العقد

تحديد الغير عن العقد أمر صعب بسبب وجود طائفة قد تعتبر من الغير أحيانا وأحيانا أخرى تكون في مركز المتعاقد، فلم يخرج الفقه في تعريفه للغير من مبدأ النسبية المتوارث إذ حاول إيجاد تعريف للغير ضمن هذا المبدأ، فهو حسب التعريف التقليدي بصفة عامة كل شخص أجنبي عن علاقة قانونية، وبصفة خاصة يقصد به في العلاقات التعاقدية كل شخص ليس طرفا ولا ممثلا في العقد ولا تسري عليه آثاره ومع ذلك يكون نافذا في مواجهته.¹⁵⁷

إلا أن الفقه الحديث يرى أن العقد لا ينصرف إلى من أبرم العقد وحسب، وإنما ينصرف فضلا عن ذلك إلى بعض الأشخاص الذين يرتبطون بآثاره. وهذا ما سنتطرق له في المطالبين التاليين:

المطلب الأول: مبدأ نسبية أثر العقد.

المطلب الثاني: أغيار الأثر الملزم.

¹⁵⁷ CORNU Gérard, vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant PUF, 11 ed, paris, 2016, p1026 .
« Toute personne étrangère à une situation juridique »

المطلب الأول: مبدأ نسبية أثر العقد

مجال مبدأ نسبية العقد أو الأثر الملزم هو المضمون الداخلي للإرادة التي أنشأت التصرف، فمن لم ترتضي إرادته انصراف هذا الأثر إليه يظل بمنأى عن هذا الأثر و هو الذي يعنيه اصطلاح الغير في مجال الأثر الملزم.

فإذا انعقد العقد صحيحا أصبح ملزما لطرفيه في حدود ما اتفقا عليه، أي أن للعقد قوة ملزمة في ذاته، ويعد مبدأ القوة الملزمة للعقد من هم مبادئ أثار مبدأ سلطان الإرادة و تليه اعتبارات دينية وأخلاقية واقتصادية، فالاعتبار الديني والأخلاقي هو وجوب الوفاء بالعهد، والإعتبار الاقتصادي هو استقرار المعاملات.¹⁵⁸

وأثر التصرف القانوني هو نشئ الحقوق والالتزامات التي اتجهت إرادة العاقدين إلى إنشائها.¹⁵⁹ فالأثر الملزم ليس في الواقع سوى المضمون الداخلي للإرادة التي أنشئت التصرف فمن لم ترتضي إرادته انصراف هذا الأثر إليه يظل بمنأى عن هذا الأثر فلا يصبح بموجبه دائئا أو مدين¹⁶⁰ وهذا الشخص الذي لم ترتضي إرادته اثر التصرف هو الذي يعنيه اصطلاح الغير في مجال الأثر الملزم والذي يحكمه مبدأ النسبية.

هذه القاعدة كانت في القانون الروماني بالمعنى المطلق فيقتصر حكم العقد على العاقدين فقط، ومن لم يكن طرفا في العقد لا يضار به أي لا يلتزم بمقتضاه، ولا يفيد منه أي لا يكتسب حقا بموجبه.

¹⁵⁸ عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (مصادر الإلتزام)، ج1، دار النهضة العربية، 1989، ص 395.

¹⁵⁹ سليمان مرقس، شرح القانون المدني -نظرية العقد و الإرادة المنفردة- دار الكتاب الحديث، 1987، ص 564

¹⁶⁰ محمد عاطف فخري، المرجع السابق، ص 03.

وقد تمسك فقهاء الشريعة العامة القديمة بحرفية مبدأ نسبية أثر العقد فمن لم يكن طرفاً في العقد فإنه لا يستفيد - كقاعدة ولا يضر منه -، أي هو حظر امتداد الأثر الملزم للعقد للغير على نحو يمس ذمته المالية، ما لم يرتضي ذلك.¹⁶¹

ومنذ منتصف القرن التاسع عشر كرس قضاة الشريعة العامة مبدأ هاما يتعلق بتحديد الأشخاص الذين تتصرف إليهم آثار العقد وهو أن الشخص لا يجوز له أن يستفيد أو يلتزم بشروط عقد لم يكن طرفاً فيه، ومن هنا ثار التساؤل حول المقصود بمصطلح الطرف في العقد.¹⁶²

لقد ساد في نطاق القانون الروماني أن العقد لا ينتج أثره إلا في ذمة طرفيه فقط بل أن مفهوم الطرف كان يأخذ بعداً حرفياً أكثر منه بعداً اصطلاحياً، ذلك أن العقد الذي يبرمه الوكيل لم يكن يتعدى أثره إلى الأصيل بل كان يلزم الوكيل رغم أن نية الأخير لم تتجه لذلك.¹⁶³

والسبب في ذلك أن القانون الروماني كان لا يعترف بمبدأ النيابة في التعاقد نظراً للأخذ بمبدأ رسمية العقود وحاصله أن الإجراءات الرسمية التي تتم بها التصرفات القانونية تنتج آثارها في حق من باشرها لا في حق سواه، و ثمة سبب آخر مضمونه أن الالتزام بمثابة علاقة شخصية فلا يجوز أن يوجد إلا بين الأشخاص الذين عملوا على انجازه والسبب الثالث يكمن في الظروف الاجتماعية والاقتصادية فالتعاقد لا يعرف سوى من يتعاقد معه ويضع فيه ثقته فإذا ما كلف بالتحري عن يسار الأصيل فإن هذا الأمر من الأمور العسيرة

¹⁶¹ رهام أحمد ناصر، عماد الزيادات، (مبدأ حماية الغير في عقود المعاملات المالية - دراسة فقهية قانونية-)، المجلة الأردنية للدراسات الإسلامية، المجلد 17، العدد الثاني، 2021. ص 35.

¹⁶² محمد محي الدين ابراهيم سليم، نطاق مبدأ نسبية اثر العقد في القانونين الانجليزي و المصري (دراسة مقارنة)، مطبعة حمادة الحديثة، 2003، ص 21 .

¹⁶³ شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، 1963، ص 381 .

ومن ناحية أخرى فالمتعاقد لا يلزم بالتحري عنها إذا كان النائب يعمل في حدود وكالته أم لا.¹⁶⁴

ومنه استقر الفقه التقليدي لمدة طويلة على اعتبار القوة الملزمة للعقد لا تلزم إلا المتعاقدين أي الأطراف التي تبادلت الرضا والقبول مباشرة أو بواسطة شخص آخر يكون وكيلًا أو نائبًا عنه، فقد تمسك الفقهاء بحرفية مبدأ نسبية أثر العقد فمن لم يكن طرفًا في العقد فإنه لا يستفيد من العقد ولا يضار منه. وبذلك فكل غير ذلك يعد من الغير.

إلا أن هذا الاتجاه الذي يضع الإرادة كمعيار تعرض للعديد من الانتقادات التي وجهها الفقه لهذه النظرية من أبرزها أنه ليس صحيحًا أن يرتبط تعريف الأطراف بمرحلة تكوين العقد، حيث يجوز أن يعرف العقد على مستوى تنفيذ العقد كما أن الإرادة لا تكون دوماً هي الأساس في تعريف الطرف بل أن القاعدة القانونية يمكن أن تلحق بعض الأشخاص بدائرة الأطراف دون أن تكون لهم علاقة بالعقد¹⁶⁵

ولكن مع بداية الثورة الصناعية وما ترتب عليها من وجود عقود متعاقبة و مترابطة بقصد تحقيق هدف اقتصادي واحد بدأ الفقه والقضاء يفكر في مدى توائم الطرف بالمفهوم الموضوعي مع مبدأ نسبية أثر العقد¹⁶⁶ . فظهرت معايير حديثة من أجل تحديد الطرف والغير في العقد.

¹⁶⁴ محمد عبد المنعم بدر و عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون الروماني، 1954، ص 561 عن محمد محي الدين ابراهيم سليم ص 27.

¹⁶⁵ كهينة يوسف، سلايم عبد الله، (التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثر العقد)، مجلة معالم للدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 01، 2019، ص 64.

¹⁶⁶ محمد عبد الفتاح عبد العظيم، (نظرات حول مفهوم الطرف في العقد)، مجلة الشرق الأوسط، العدد 71، يناير 2022، ص 97.

فالعقد لا ينصرف إلى من أبرم العقد وحسب وإنما ينصرف فضلا عن ذلك إلى بعض الأشخاص الذين يرتبطون بآثاره الملزمة ولم يقوموا بإبرام العقد. وهذا ما سنفصل فيه لاحقا.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد أقر مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" بموجب نص المادة 106 ق م ج: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". نرى أن المشرع قد تبنى النظرية الشخصية للالتزام التي تقضي بأن الطرف هو من إرتضت إرادته التصرف القانوني و هي فقط التي تحدد حدوده و هو فقط ملزم بالعقد.

ولكن ليس معنى قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" أن ينفذ بحرفية، فقد يغالي أحد المتعاقدين في الإفادة من العقد على حسب الطرف الآخر ولهذا وضع المشرع الجزائري ضوابط لكيفية تنفيذ العقد فنص في المادة 107: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية" إذن فمبدأ حسن النية يهيمن على العقد عند إنشائه وعند تفسيره وعند تنفيذه أيضا والتزام المتعاقد بالتنفيذ وفقا لحسن النية هو التزام تعاقدي، ومن ثم يقع الإخلال به تحت طائلة المسؤولية العقدية¹⁶⁷.

ويترتب على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين فالعقد ثمرة اتفاق بين إرادتين فلا تستطيع إرادة واحد منها أن تنقضه أو أن تعدل فيه. ولا يجوز للقاضي أن ينقض العقد أو أن يعدل فيه بدعوى مقتضيات العدالة لأنه ليس من وظيفة القاضي إنشاء العقود فيتعين عليه أن يأخذ بما يمليه قانون العقد¹⁶⁸.

¹⁶⁷ عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 396.

¹⁶⁸ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، مصر، 1998،

ص 357.

نستخلص من المادة السابقة أن المشرع الجزائري أقر مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد وتحديد آثاره في بداية المادة، إلا أنه حاول في نفس الوقت ضبط ذلك بأنه لا يمكن لأحد المتعاقدين الانفراد بنقض العقد أو تعديله إلا إذا اتفقا أو نص القانون على ذلك حتى لا يتم تجاوز الحدود المرسومة قانوناً ومن بينها عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة وقد أحسن المشرع بموازنته تلك.¹⁶⁹

وباستقراء نصي المادتين 108 و109 فإن المشرع قد وسع في مفهوم المتعاقدين عندما نص أن العقد ينصرف إلى الخلف العام¹⁷⁰ والخلف الخاص¹⁷¹ بنص صريح، فهذا الأخير لم تكن له مشاركة إرادية في العقد، إلا أن آثار العقد تنصرف إليه وهذا بإرادة المشرع. وتمديد العقد للخلف الخاص لا يعد كذلك استثناء على مبدأ النسبية ويمكن القول إذن أن المشرع الجزائري قد توسع في نطاق مبدأ النسبية ليشمل كل من الخلف العام والخاص ويتبين بوضوح من هاذين النصين أن العقد ينصرف أولاً إلى المتعاقدين ثم إلى الخلف سواء كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً، كما ينصرف أثر العقد إلى الدائنين على نحو معين وقد ينصرف أثر العقد إلى الغير.

¹⁶⁹ مزوغ يقوته، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، 2015/2014، ص 37.

¹⁷⁰ تنص المادة 108: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

¹⁷¹ تنص المادة 109: " إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

المطلب الثاني: أغيار الأثر الملزم

من أجل تحديد أغيار الأثر الملزم تستخدم عادة طريقة يطلق عليها الإستبعاد، فعن طريق إستبعاد المتعاقدين عن فئة الأشخاص التي لا ينطبق عليها مبدأ نسبية أثر العقد نتوصل إلى أولئك الذين يطبق عليهم المبدأ أي لا ينصرف إليهم أثر العقد لكن تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد بين فئة الطرف وفئة الغير حاجزا قابلا للتجاوز، بل قد يخرج الشخص من فئة ليدخل إلى الفئة الأخرى، وعليه إذا تم التعرف على المعيار الذي يعتمد عليه في تحديد الطرف في العقد سوف نعرف متى يبقى الغير في فئته و متى يخرج منها،¹⁷² ولهذا وضع الفقه معايير من أجل تحديد من يعد طرفا ومن يعد غيرا من أهمها مبدأ سلطان الإرادة التي أخذ بها الفقه التقليدي، ومبدأ التأثير بالعقد فمتى انصرف أثر العقد إلى شخص ما عد طرفا فيه وهذا الاتجاه جاء نتيجة الانتقادات التي وجهت لأنصار الفقه التقليدي.

ولهذا سنحاول تحديد الغير بالنسبة للأطراف المتعاقدة والتي ترتضي إرادتها الالتزام، ومنه إلى الأطراف الغير متعاقدة والتي وصفت طرفا كونها تتأثر بالعقد وهذا حتى نستبعدا من فئة الغير، وهذا ما سنتعرض له:

الفرع الأول: الأطراف المتعاقدة.

الفرع الثاني: الغير والطرف غير المتعاقد.

¹⁷² صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة مقارنة في النظرية العامة للالتزام، ط1، دار الثقافة، عمان، 2001،

الفرع الأول: الأطراف المتعاقدة

سنحاول إستعراض مختلف التعريفات والمعايير التي إعتد بها الفقه من أجل تحديد من يعتبر غيرا ومن يعتبر طرفا في العقد أولاً، ومنه إلى التعهد عن الغير بوصفه نظام قانوني تتصرف آثاره إلى الغير والذي اختلف الفقه في وصفه طرفا في العقد أو أجنبي تماما عنه.

أولاً: الطرف في العقد والغير

إعتمد الفقه في تحديد دائرة المتعاقدين من أجل استبعاد الغير منها عدة معايير منها ما أخذ به الفقه التقليدي ومنها معايير حديثة جاءت نتيجة الانتقادات التي وجهت للفقه التقليدي.

1- الطرف و الغير حسب الفقه التقليدي:

تمسك أنصار الفقه التقليدي بحرفية مبدأ نسبية أثر العقد، ويستفيد أو يلتزم بشروط عقد لم يكن طرفا فيه¹⁷³.

اعتمد هذا الاتجاه "الإرادة" كمعيار لتحديد الطرف، فكل من ارتضت إرادته إبرام عقد يعد طرفا، وبذلك كل من لم يشترك في إبرامه هو غير. فالغير هو كل شخص ما عدا المتعاقدين¹⁷⁴.

عرفه " جوستان" بأنه الشخص الذي لا تربطه أية علاقة التزام بأحد أطراف العقد لا في الحاضر ولا المستقبل¹⁷⁵.

أما الأستاذان MARTY و RAYNAUD يرون أن الغير بالنسبة للعقد من لم يشارك في إبرامه ولم يلتزم لا بشخصه ولا بواسطة نائب والذي يعتبر العقد غير ملزم بالنسبة إليه.

¹⁷³ محمد محي الدين ابراهيم سليم ، المرجع السابق، ص 21 .

¹⁷⁴ توفيق أحمد فرج، النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد-، الناشر المصري الحديث، 1966، ص 271.

¹⁷⁵ ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 70.

فالغير هو الشخص الذي لم يشارك في إبرام العقد ولم يوافق عليه فهو لا يحمله التزاما ولا يكسبه حقا، وهذا ما يتفق مع مبدأ نسبية العقد الذي يرتبط بمبدأ سلطان الإرادة¹⁷⁶ ويراد بالغير وفق تعريف آخر بأنه وصف على الشخص للدلالة على أنه مستقل تماما بالنسبة إلى مركز قانوني معين، فلا يجوز أن يتأثر بهذا المركز ولا أن يؤثر فيه و من هنا كان الغير بالنسبة للعقد شخصا لا تمسه شريعة ولا ينصرف إليه أثرها إلا في نطاق محدود.¹⁷⁷

فعرف الأستاذ JOSSERAND الغير الأجنبي بأنه الشخص الذي لا تربطه أية علاقة التزام بأحد أطراف العقد لا في الحاضر ولا في المستقبل¹⁷⁸.

أما الأستاذ Weill يرى بأن مصطلح الغير المنصوص عليه في المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي لا يمكن أن يفسر بأن المشرع أراد أن يقول بأن العقد لا يضر ولا ينفع الأشخاص الذين هم أجانب عن أثر العقد، لأن هذه حلقة مفرغة لا فائدة منها¹⁷⁹. ويرى هذا الأخير أن الغير فئتين، الأولى فئة الغير الأجنبي أصلا عن العقد. أي من لم يكن خلفا عاما أو خاصا أو دائنا لأحد طرفي العقد بل هو أجنبي ابتداء. والثانية هي فئة من يكتسب وصف الأجنبي عن العقد، كأن يكون خلف ثم يكتسب بالنسبة للعقد وصف الغير الأجنبي.¹⁸⁰ غير أن هذا المعيار تم انتقاده فمساهمة الشخص لا تكفي بأن يوصف طرف. فالنائب قد يبرم تصرفات بإرادته ولكنه ليس طرفا، دوره يقتصر على إبرامه دون أن ينصرف إليه أثر العقد.

¹⁷⁶ زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، بن عكنون، الجزائر، 1992، ص 58.

¹⁷⁷ صبري محمد خاطر، المرجع السابق، ص 15.

¹⁷⁸ JOSSERAND louis, cours de droit positif français, tome2, 2 eme Edition, SIREY, Paris, 1933, numéro 259.

¹⁷⁹ WEILL Alex, **Le principe de la relativité des conventions en droit privé français**, thèse de doctorat, Strasbourg, France, 1938, p 91.

¹⁸⁰ صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 55.

فليس صحيحا أن يرتبط تعريف الأطراف بمرحلة تكوين العقد، حيث يجوز أن يعرف العقد على مستوى تنفيذ العقد كما أن الإرادة لا تكون دوما هي الأساس في تعريف الطرف بل إن القاعدة القانونية يمكن أن تلحق بعض الأشخاص بدائرة الأطراف دون أن تكون لهم علاقة بالعقد¹⁸¹.

وتطور نظرية العقد أدى بأشخاص يعتبرون من الغير - على أساس أنهم لم يساهموا بإرادتهم في تكوين العقد - إلى نحو قد ينصرف أثر العقد إليهم لمجرد المساهمة في تنفيذه. وبهذا تغلغل الطابع الموضوعي.

جاء معيار "المصلحة" نتيجة للانتقادات التي وجهت للمعيار السابق. والذي يحدد الطرف بأنه من تنتقل إليه آثار العقد سواء أبرم العقد بنفسه أو بواسطة الغير. ومنه يقصد الطرف أو المتعاقد الشخص الذي كان طرفا في العقد بأشخاصهم أو بمن يمثلونهم فالوكيل أو النائب الشرعي كالولي أو الوصي، إذا ما أبرم عقدا بالإضافة إلى الموكل أو القاصر أو ناقص الأهلية، إنما يمثل الموكل والقاصر وناقص الأهلية، بحيث هؤلاء هم الذين يعتبرون طرفا في العقد، وهم الذين ينتج آثار العقد إزاءهم¹⁸².

فيرى الفقيه مارتن أن الإرادة لا تكفي لاعتبار الشخص طرفا، واعتمد تغيير الشخص لمحل إقامته كمثال على ذلك بل يجب أن تهدف لإحداث آثار قانونية. وعرف CAPITANT العقد أنه إظهار الإرادة بهدف الحصول على حق أو نقله أو تعديله أو ابطاله¹⁸³.

¹⁸¹ كهينة يوسف، سليمان عبد الله، المرجع السابق، ص 64.

¹⁸² مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي - مصادر الالتزامات -، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 245.

¹⁸³ LAURENT Izac, *volonté individuelle et acte juridique : regard d'un privatiste sur le contrat*, presse de l'université de Toulouse 1 capitol, 2009, France, p193-203.

فالغير - حسبهم- هو كل شخص غير المتعاقدين وخلفائهما العام والخاص والدائنين.¹⁸⁴ ويلاحظ أن هذا التعريف جمع كل من المتعاقدين و خلفائهما و الدائنين و جعلهم في مرتبة العاقد و ما عداهم فهو من الغير .

وهذا ما ذهب إليه الأستاذ أيمن سعد الذي عرف الطرف في العقد أنه من يبرم العقد بقصد تحقيق مصلحة وسد حاجة أو ضرورة من ورائه.¹⁸⁵

بالرجوع إلى كتاب عبد الحكم فودة فيقول: بأن الغيرية يقصد بها من كان أجنبيا عن العقد ولا علاقة له بطرفيه، كما تنطبق على الخلف سواء كان عاما أو خاصا في بعض الحالات. فإذا كان الشخص من الغير فهو لا يستطيع أن يتمسك بالحقوق المخلفة عن العقد و لا أن يلتزم بالتزاماته ، إلا في حالة الاشتراط عن الغير أو التعهد عن الغير.¹⁸⁶

يقصد بالغير من كان أجنبيا عن العقد وكان المفروض طبقا لقاعدة نسبية أثر العقد أن يبقى بعيدا عن التأثير بالعقد فلا يتلقى منه حقا، ولا يتحمل بسببه التزام ومع ذلك يجوز له - طبقا للقانون - أن يتلقى حقوقا عن العقد كما يمكن له يرتب التزامات في ذمته.¹⁸⁷

وفي محاولة للأستاذ مأمون الكزبري: "نعني بالغير من لم يكن طرفا في العقد بشخصه أو بمن يمثله، والغير بهذا المعنى الواسع على أنواع : فهو يشمل الخلف العام والخلف الخاص والدائنين، والغير بالمعنى الصحيح الضيق من لا تربطه أي رابطة الزامية وهو كل من سوى الخلف العام والخاص والدائنين".¹⁸⁸

¹⁸⁴ محمد لبيب شنب، دراسات في قانون السجل العيني المصري، المرجع السابق، ص 262.

¹⁸⁵ أيمن سعد، مصادر الالتزام " دراسة موازنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 248.

¹⁸⁶ عبد الحكم فودة ، النسبية و الغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي ، 1996 ، ص2.

¹⁸⁷ سمير عبد السيد تتاغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 120.

¹⁸⁸ مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق، ص 252.

وفي هذا الصدد ميز الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في تحديد مدلول الغير في إطار آثار العقد بالنسبة للغير بين فئة الخلف والدائنون الذين قد يكونون من الغير في أحوال استثنائية وينصرف إليهم أثر العقد ففي هذه الأحوال يصبحون من الغير كالخلف العام الذين يعتبر غيرا عن عقد البيع أو الهبة إذا أبرمه السلف في مرض الموت. وفئة الغير الأجنبي أصلا عن العقد لا يكون طرفا في العقد ولا خلفا لأحد المتعاقدين، وبالتالي لا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيدا عن دائرة التعاقد.¹⁸⁹

ومنه فالطرف هو من يتعاقد بنفسه أصالة أو نيابة لأنه يريد ذلك، ويتلقى أثر العقد عكس الغير الذي لا ينتفع بهذا الأثر أو يضار به، الا على سبيل الاستثناء.

وانتقد هذا المعيار من حيث توسيعه من مفهوم الطرف ليشمل فئة من الأشخاص ممن لا يعبرون عن رغبتهم في إنشاء العقد، حيث يثبت وصف الطرف - بهذا المفهوم - للخلف العام؛ لأنهم يرثون مصلحة مورثهم، كما تثبت أيضا للخلف الخاص؛ لأن له مصلحة في العقد، باعتبار أن الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه، فالمصلحة ليست هي التي تحدد معيار العقد.¹⁹⁰

كان لتطور نظرية العقد أثر كبير في تطور مفهوم الغير في الفقه، فاتجه بعض من الفقه إلى الأخذ بالمجموعة العقدية كمعيار لتحديد مفهومه. بعد الإنتقادات العديدة التي وجهت للمعيارين السابقين.

وفقا للنظرية العقدية أو المجموعة العقدية¹⁹¹ و التي ترى أن العقد لا يكون مستقلا عن سواه من العقود إذ ترتبط العقود أحدها بالآخر لتشكيل مجموعة عقدية و التي فرضتها

¹⁸⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 614-615.

¹⁹⁰ كهينة يوسف، سلام عبد الله، المرجع السابق، ص 66.

¹⁹¹ جاء بهذه النظرية الأستاذ تيسي Tessyie.

الحقيقة الاجتماعية والاقتصادية. وبالتالي فإن الرابطة العقدية لا تقتصر على الأشخاص الذين يساهمون في إبرام التصرف القانوني، بل تشمل كل شخص يساهم في تنفيذ العلاقة حتى ولو لم يكن له دور في تكوين هذه العلاقة باعتباره مستفيدا من العقد.¹⁹²

فحسب الفقيه الفرنسي TEYSSIE العقد بصورته التقليدية لم يعد كافيا لإشباع الحاجات المتعددة و المتنوعة في الوقت الحاضر، لذلك أخذت العقود ترتبط ببعضها البعض لتشكل مجموعة عقدية يسعى أطرافها إلى تحقيق أهداف اقتصادية مشتركة، فإن هذه المجموعة العقدية أصبحت تمثل حقيقة قانونية يفرضها الواقع الاقتصادي والاجتماعي. وبالتالي فإن جميع أشخاص المجموعة العقدية أطراف وليسوا في فئة الغير بالمعنى التقليدي، باعتبار أن أثر العقد الأصلي تمتد لهم طالما أنه يناظر باقي عقود المجموعة من حيث المحل أو السبب.¹⁹³

هذا الاتجاه وسع مفهوم الغير، فمن يعتبر غيرا وفقا للنظرية التقليدية هو طرف وفقا للمجموعة العقدية، هذا من شأنه التأثير على نظرية العقد. ذلك أن العقد يستلزم لقيامه أركانا جوهرية من رضا، محل وسبب وكل شخص ساهم فيه يعتبر طرفا، والمجموعة العقدية لا يمكن تصورهما على أنها عقد وفقا للقواعد العامة ومن شأن هذا التوسع لا أن يغير من مفهوم الغير فقط بل سيزيد الأمر تعقيدا.

وفي هذا الصدد الأستاذ صبري محمد خاطر اتخذ موقفا وسطا، فاعتبر الذين لا يساهمون في تكوين العقد ولا تكوين المجموعة العقدية هم من فئة الغير الأجنبي. في حين أن الطرف في عقد يتألف مع عقد آخر أو أكثر لتكوين مجموعة التعاقدية هو ليس طرفا بل هو من فئة الغير ذي المصلحة العقدية "Les faux tiers" الذي لا يعتبر غيرا أجنبيا من جهة ولكن

¹⁹² صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 274.

¹⁹³ كهينة يوسف، سلايم عبد الله، المرجع السابق، ص 67-68.

ليس طرفاً من جهة أخرى.¹⁹⁴ والذي يمكن تحديده في تنفيذ العقد بعد أن جعل المشرع آثار العقد تمتد لكل من الخلف العام والخلف الخاص فيكونون بحكم الأطراف المتعاقدة.¹⁹⁵

2-الغير و الطرف حسب الفقه الحديث

تحديد مفهوم الغير في الفقه كان بسيطاً و ممكناً في العصر الذي وضع فيه في القانون المدني الفرنسي عندما كانت الحياة العملية بسيطة لا تشتمل على علاقات معقدة ومتداخلة بين الأشخاص، ومع تشابك هذه العلاقات وتداخلها وخضوعها لقانون التطور في زمن لاحق، جعل الفقه يراجع مفهوم الغير ليلاحظ بذلك أن وصف الغير لا يمكن أن يقف موقف اللامبالاة بالنسبة لما يحدث في المجتمع من وقائع قانونية، لذلك بدأت جهود الفقه المعاصر في المحاولة في تحديد مفهوم للغير يتماشى مع التطورات الجديدة.

لعل أهمها معيار الإرادة الموسع الذي جاء به غستان فحسبه العقد لا ينصرف إلى من أبرم العقد وحسب وإنما ينصرف فضلاً عن ذلك إلى كل أو بعض الأشخاص الذين لم يقوموا بإبرام العقد، إلا أنهم مرتبطون رغم ذلك بآثاره الملزمة.

فالطرف حسب غستان هو أي شخص توافر فيه شرطان، الأول: أن يتحمل أثراً من آثار العقد والثاني أن يكون قد عبر عن العقد من أجل إنشاء أثر قانوني¹⁹⁶. لذا يقسم العقد إلى صنفين: الأطراف المتعاقدة الأصلية وهم من ساهموا في تكوين العقد بالتعبير بأنفسهم عن إرادة الارتباط بالعقد ويتأثرون بأحكامه. والمتعاقدين التبعيين وهم الذين لم يشاركوا في

¹⁹⁴ للتفصيل أكثر أنظر، صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 284.

¹⁹⁵ زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بن بلقاييد، تلمسان، 2017/2016، ص 22.

¹⁹⁶ جليل حسن الساعدي، محمد عبد الوهاب، (المفهوم الحديث للطرف في العقد)، مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد، 2017، ص 10.

أبرام العقد وتكوينه، ولم يعبروا عن إرادتهم في تكوين العقد وإنما ينتقل إليهم بصفة طبيعية في حالات معين يجعلهم يشاركون في تنفيذ العقد كالأخفاء.¹⁹⁷

والغير عن العقد هو كل شخص لم يعبر عن إرادته مطلقاً، وهو أيضاً صنفان: الغير المرتبط بالعقد؛ وهو الملتزم بأثار العقد بموجب القانون مثل الأغير الذين لهم حق استعمال الدعوى المباشرة على مدين مدينهم. والغير المطلق وهو الذي لا يسري عليه آثار العقد وإنما هو فقط ملزم باحترامه باعتباره حجة عليه.¹⁹⁸

حتى هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد ذلك أن هذا المعيار لم يزل الغموض الذي اعترى الاتجاه التقليدي وهو يخلط ما بين فكرة القوة الملزمة للعقد وفكرة انتقال الالتزام بتصنيفه للطرف منهم الأستاذة GUELFUCCI- THIBIERGE والتي نادى بضرورة وضع مفهوم بديل للطرف.

عرفت الطرف هذه الأخيرة بأنه: " كل شخص يخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقد، سواء نتج ذلك عن إرادته أو عن القانون " فحسبها الطرف يتعلق بمدى خضوعه إلى القوة الملزمة للتصرف، ذلك أن الشخص قد لا يلتزم إلا بالإرادة، فقد يلتزم الشخص بالعقد بموجب التشريع.¹⁹⁹ فتصنيف معيار التشريع إلى الإرادة في منح صفة الطرف.

ثانياً: التعهد عن الغير

قد يدخل الغير في العلاقة التعاقدية، وذلك من خلال بعض الأنظمة القانونية، استثناء عن مبدأ نسبية أثر العقد، وهذا ما أقرته المادة 114 من القانون المدني الجزائري: "إذا تعهد شخص عن الغير، فلا يتقيد هذا الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد

¹⁹⁷ مزوغ يقوتة، المرجع السابق، ص 39.

¹⁹⁸ جليل حسن الساعدي، محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 11.

¹⁹⁹ كهينة يوسف، سلايم عبد الله، المرجع السابق، ص 73.

أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد".

التعهد عن الغير هو عقد ينعقد بين طرفين (المتعهد والمتعهد له) يتعهد أحدهما للآخر بأن يجعل شخصا أجنبيا (المتعهد عنه) عن هذا العقد يلتزم بالتزام معين. فإذا توافرت فيه أركان وشروط صحة العقد المطلوبة لسائر العقود، ينتج أثره بالنسبة المتعاقدين ثم إلى الغير.

1 - أثر التعهد عن الغير النسبة للعاقدين:

هذا التعهد لا يلزم إلا المتعهد، ومحل التزامه هو الحصول على قبول الغير للتعهد، فإن رفض هذا الغير التعهد يكون المتعهد قد أخل بالتزامه مما قد يرتب قيام مسؤوليته، وبذلك يلتزم المتعهد إما بتنفيذ الالتزام عينا أو بتعويض المتعهد له عن الضرر اللاحق له جراء الإخلال بالتزامه إلا إذا أثبت وجود سبب أجنبي ولا يعتبر عدم قبول الغير التعهد سببا أجنبيا يعفيه من المسؤولية.

وإن قبل الغير التعهد حقق المتعهد النتيجة فينقضي التزامه، ويدخل الغير الذي وافق على التعهد في علاقة مباشرة مع المتعهد له، منشؤها عقد جديد من تاريخ هذا القبول.

2 - أثر التعهد بالنسبة للغير

التعهد عن الغير لا يلزم هذا الغير فهو يلزم المتعهد ذاته، فالتعهد عقد يبرمه المتعهد بنفسه شخصيا وليس باسم الغير، وأثره ينصرف إليه، وفي ذلك يختلف

التعهد عن الغير عن التعاقد بالنيابة الذي يجريه النائب باسم ولحساب الأصيل.²⁰⁰

²⁰⁰العبد بورنان، ضامن عبد القادر، (التكييف القانوني للغير والتعهد عن الغير)، مجلة التراث، العدد 26، المجلد الثاني، ص 404.

للغير مطلق الحرية في القبول أو الرفض، ورفض الغير التعهد لا يترتب عليه قيام أية مسؤولية ولو على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق لأنه أجنبي تماما عن عقد التعهد.²⁰¹

وعن قبول الغير انقسم الفقه إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يرى أنه يوجد في عملية التعهد عقدين، العقد الأول بين المتعهد والمتعهد له محله حمل الغير على قبول الالتزام، وعقد ثان بين الغير والمتعهد له يختلف محله عن العقد الأول والذي قد يكون بمقتضى العقد الجديد إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وبالتالي فمركز الغير مستقل عن عقد التعهد ويعتبر غيرا أجنبيا، فهو لا يلزمه مطلقا وإنما يلتزم بإرادته في إنشاء عقد جديد.²⁰²

أما الاتجاه ثاني يرى أن عملية التعهد تعد عملية عقدية واحدة ولكن على أساس أن المتعهد قد قام بإبرام التصرف عن الغير، ويقتصر دور الغير فقط على إقرار التصرف الذي أبرمه عنه المتعهد.²⁰³

بغض النظر عن اعتبار أن هذه موافقة الغير يترتب عليها نشأة عقد جديد بينه وبين المتعهد له أو هي إقرار، فهي في النهاية تصرف قانوني والأثر المترتب على هذا التصرف تتصرف إليه، وبالتالي يتوافر في الغير عنصري الطرف حيث شارك بإرادته وانصرفت إليه المصلحة، وتتوافر هذين المعيارين يصبح الغير طرفا.

²⁰¹ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 217.

²⁰² صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 87،

²⁰³ محمود عبد الحي عبد الله ببيصار، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية أثر العقد، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2009، ص 357.

والرأي الراجح أن التكيف الصحيح للتعهد عن الغير بعد اكتماله هو علاقة عقدية ثلاثية الأطراف تقوم بين المتعهد والمتعهد له والمتعهد عنه - الغير-، تبدأ بإرادة الأولين وتنتهي بإرادة الثالث وتنتج آثاره من وقت بدء تكوينه، وهذا على حسب الفقه الحديث. فالعملية العقدية إذا كانت مشتملة على مجموعة تصرفات قانونية فإن لكل تصرف محل التزام إلى جانب المحل العام الذي يحتل محل العملية بأسرها بما تشتمل عليه من تصرفات قانونية هذا المحل يمثل أداة ربط بين جميع تلك التصرفات المشتركة فيه وبالتالي إذا كان محل العملية على سبيل المثال يتمثل في البيع لمال معين فإن تصرف المتعهد يهدف إلى حمل صاحب المال على بيعه، وصاحب المال يهدف إلى بيع هذا المال، وتصرف المتعهد له يهدف إلى شراء ذلك المال، وبالتالي يعد المال بمثابة رابطة بين تلك التصرفات. فالعبرة هنا بوحدة المحل أو الهدف مما ينتج عن ذلك أن المتعهد والمتعهد له والغير يعدون أطراف في عملية عقدية واحدة.²⁰⁴

ويستند تاريخ العقد الجديد من وقت صدور القبول من الغير صراحة أو ضمناً إلا إذا كان ينصب على عقد رسمي، ولا يكون بأثر رجعي إلا إذا قصد ذلك صراحة أو ضمناً.²⁰⁵ مما سبق يمكن أن نستخلص أن الطرف نوعان، أطراف متعاقدة وهي المتعاقدين الأصليين الذين ارتضت إرادتهم إبرام العقد وبذلك تتحمل آثاره وهما المتعاقدين الأصليين وأطراف التعهد عن الغير باعتباره نظام قانوني أقره المشرع الجزائري والذي يترتب عليه انصراف أثر العقد للغير. وأطراف غير متعاقدة ولكنها قد تتحمل أثراً من آثار العقد بالرغم أن إرادته لم تتدخل في إبرام هذا العقد وإنما تدخل المشرع لمنحها هذه الصفة بإرادته وطبقاً لشروطه. فمن هم الأطراف الغير متعاقدة والذين تكون لهم صفة الطرف وبالتالي يستبعدون من دائرة الغير.

²⁰⁴ محمود عبد الله عبد الحي بيبصار، المرجع السابق، ص 361-362.

²⁰⁵ أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 218.

الفرع الثاني: الغير والطرف غير المتعاقد

قد يلحق مجموعة من الأشخاص وصف الطرف بالرغم من أنهم إرادته لم ترتضي إبرام العقد، وإنما انصرف إليه أثر العقد، وبالتالي لا يقتصر وصف الطرف على من ارتضت إرادته انصراف أثر العقد إليه، بل يمتد ليشمل كافة الأشخاص الذين ظهوروا على مسرح الأحداث أثناء عملية التنفيذ. والتي أقر المشرع لها صفة الطرف وفق ضوابط معينة وهم الخلف والدائنين.

إضافة إلى ذلك فإن آثار العقد قد تنصرف إلى الغير بالرغم من أن القاعدة العامة أن أثر العقد لا ينصرف إلى غير العاقد أو يخلفه، أي لا ينصرف إلى الغير الأجنبي عن العقد، لا يحمله التزاما ولا يكسبه حقا. إلا أن ضرورات عملية قد تفرض انصراف بعض آثار العقد إلى الغير فقد يلزم الغير أو يكسبه حقا، وهذا من خلال بعض الأنظمة القانونية التي نستخرج منها حدود هذا الغير كالاشرط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة. وعليه سنحاول تحديد أغيار الأثر الملزم.

أولا: الأطراف غير المتعاقدة

اعتبر المشرع الجزائري الخلف والدائنين طرفا بما أنه قد تنتقل إليهم آثار العقد، وبهذا سنتناول أولا الخلف والدائنين، وإلى الاشرط لمصلحة الغير الذي تبنته معظم التشريعات المعاصرة والذي ينتقل إليه أثر الالتزام خروجاً عن مبدأ نسبية أثر العقد.

1-الخلفية:

لا ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين فحسب بل ينصرف كذلك إلى خلفائه، والخلف إما أن يكون خلفا عاما أو يكون خلفا خاصا.

أ- الخلف العام

بتطور نظرية العقد أصبح للغير مكان في الأثر الملزم دون أن يكون له إرادة في إبرام العقد، فآثار العقد لا تنصرف إلى المتعاقدين فحسب بل قد تمتد إلى الخلف العام، وهو ما أطلق عليه الفقه " الغير النسبي" فهو يأخذ حكم الطرف وتارة يصبح من الغير.

الخلف العام هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها، وهذا هو الوارث لكل التركة، أو في جزء منها باعتبارها مجموعة مالية وهذا هو الوارث لجزء منها أو الموصى له بحصة منها وهذا الصفة لا تلحق الشخص إلا عند وفاة السلف فقط.²⁰⁶

القاعدة العامة أنه تتصرف إلى الخلف العام كافة الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتركة على أساس أنه طرف بحكم القانون، لأنه يحل محل الموروث في كافة الحقوق والالتزامات إلا في ثلاث حالات وهي:

- **الحالة الأولى:** باتفاق الطرفين، إذا اتفق الطرفان أن أثر العقد لا ينتقل إلى الخلف العام كونها ليست من النظام العام كأن يمنح البائع المشتري أجلا لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق للخلف العام، فبمجرد الوفاة يحل أجل سداد الثمن.²⁰⁷
 - **الحالة الثانية:** إذا كانت طبيعة الالتزام الناشئ عن العقد لا يمكن أن تتصرف إلى الخلف العام لطبيعته كأن يكون لشخصية المتعاقد اعتبار في التعاقد.
 - **الحالة الثالثة:** إذا وجد نص في القانون يقضي بأن لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام كما هو الحال في وفاة الشريك في عقد الشركة عملا بنص المادة 1/439 من القانون المدني الجزائري.²⁰⁸
- فالخلف العام يعتبر طرفا انتقلت إليه آثار العقد بنص القانون كما لو كان متعاقدا كونه حل محل السلف، فيلزم الخلف بالعقد لأن السلف كان ملزما به وقد استخلفه في حقوقه

²⁰⁶أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 205.

²⁰⁷ محمد لبيب شنب، الموجز في مصادر الالتزام - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1970، ص 259.

²⁰⁸ تنص المادة 439 من القانون المدني: " تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء، أو الحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه..".

و واجباته، إذن هو يمارس ويتمسك حقوق و التزامات سلفه، وليس بحقوقه الشخصية، وهذا أساس انصراف آثار العقد للخلف العام.²⁰⁹

إلا أن التساؤل الذي يطرح هل يتحول الخلف العام غيرا عندما يحول الاتفاق أو طبيعة التعامل أو نص القانون دون تلقي هذا الأخير أثر العقد.

الرأي الفقهي الغالب يرى الخلف يبقى محتفظا بصفته بالرغم من عدم انصراف آثار العقد إليه في الحالات السابق ذكرها، كذلك هناك أحوال لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره غيرا، كما لو أوصى شخص بأكثر من ثلث التركة فعند وفاته يجوز للوارث أن يطعن في هذا التصرف كما هو مقرر في الشريعة الإسلامية ومثل الوصية تصرفات مريض الموت.²¹⁰ وفي اعتبار الخلف العام غيرا، حماية له بالنسبة لتصرفات المورث التي تمس حق الوارث في القدر الواجب أن يؤول إليه من التركة وهذا بموجب دعوى بطلان التصرفات الصادرة من مورثه الضارة به كما هو الحال مرض الموت،²¹¹ أو اذا كانت منصبة على ما يزيد عن ثلث التركة في الوصية.²¹²

²⁰⁹ علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد -، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 323.

²¹⁰ محمود عبد الحي عبد الله ببيصار، المرجع السابق، ص 82.

²¹¹ أقرت ذلك المادة 776 من القانون المدني الجزائري بنصها: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف. وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن عذا التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لك يكن هذا التاريخ ثابتا. إذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه". بالرغم من نص المشرع على مرض الموت إلا أنه لم يعرفه، وحاول الفقه حصر شروطه وهي: أن يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه، أن يغلب على المرض خوف الهلاك، انتهاء المرض بالموت دون أن تفصل بينهما فترة صحة، إضافة إلى ما سبق هناك من الفقه من يشترط الموت خلال سنة من المرض حتى يعتبر مرض موت.

²¹² هذا ما جاءت به المادة 185 من قانون الاسرة بنصها: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة".

ب- الخلف الخاص:

الأصل أن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه طالما لا تتعلق بالشيء الذي انتقل إليه، إلا بالشروط التي وضعها المشرع. وهذا ما نصت عليه المادة 109 من القانون المدني الجزائري: " إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"

ويعرف الخلف الخاص على أنه كل من تلقى حقا ماليا معيناً كان قائماً في ذمة سلفه و بنفس الخصائص والأوصاف التي كان عليها هذا الحق في ذمة السلف، وهذا التحديد هو جوهر الخلافة الخاصة كلها، والتي تقوم على فكرة انتقال الحقوق المالية " الأموال " من الذمة المالية لشخص إلى الذمة المالية لشخص آخر.²¹³

ولقدثار التساؤل في شأن الخلافة الخاصة، هل يعتبر خلفا خاصا كل من تلقى حقا -أي حق- من سلفه أم هناك طائفة من الحقوق يختص بها الاستخلاف الخاص؟

انقسم الفقه في ذلك إلى اتجاهين. الاتجاه الأول يرى أن الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه شيئا معيناً كان قائماً في ذمته أو عينا معينة بالذات كان السلف يملكها، وهذا ما يميز الخلف الخاص عن الخلف العام، فهذا الأخير يتلقى الذمة المالية كلها أو بعضها عكس الخلف الخاص الذي يتلقى من سلفه عينا معينة بالذات. إلا أن هذا الاتجاه تعرض للانتقاد كونه استبعد الحقوق الشخصية من مجال الخلافة الخاصة.²¹⁴

²¹³فاطمة محمد أحمد الرزاز، المرجع السابق، ص 69.

²¹⁴ المرجع نفسه، ص 70.

ونتيجة لذلك رأى اتجاه ثان أن الخلف الخاص هو كل من يتلقى عن سلفه حقا معيناً أياً كانت طبيعته، سواء كان عينياً أو شخصياً، بل أن هذا الاتجاه توسع في مجال الحقوق، فجعلها تشمل بعض حقوق الملكية الأدبية والذهنية وأخذ مثالا على ذلك أن الناشر يعتبر خلفا خاصا للمؤلف بالنسبة لحقوق النشر.²¹⁵

ومنه يمكن القول أن الخلف الخاص هو من ينتقل إليه حق خاص من حقوق (العينية منها الشخصية أو المعنوية) أو دين من ديون السلف الثابتة في ذمته المالية بإحدى الاتفاقيات الناقلة للحقوق أو بنص القانون.²¹⁶

والأصل أن الخلف الخاص لا يتأثر بتصرفات سلفه على عكس الخلف العام، فالتصرفات التي تكون بعيدة وليس لها صلة بالشيء الذي تم تلقاه عنه الخلف الخاص.²¹⁷ إلا إذا كانت التصرفات التي أبرمها السلف متعلقة بالشيء الذي تم الاستخلاف فيه و هذه التصرفات إما أن تكون قبل عملية الاستخلاف. فإن كانت بعد عملية الاستخلاف فلا ينصرف أثرها إلى الخلف الخاص لأنه بالنسبة لها يعد من الغير.

أما التصرفات التي أبرمها السلف و كانت متعلقة بالشيء الذي تم الاستخلاف فيه وكانت قبل الاستخلاف، هذه التصرفات ترتب حقوق والتزامات. هذه الحقوق والتزامات منها ما هو من مستلزمات الشيء وفقا للقانون، والعرف والعدالة. وهذا النوع من الحقوق والتزامات تنتقل مع الشيء المستخلف فيه إلى الخلف الخاص بناء على أحكام العقد.

²¹⁵ عبد المنعم بدرأوي، المرجع السابق، 240.

²¹⁶ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ج 1، 1994، ص 17.

²¹⁷ أنور سلطان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 208.

ومنها ما لا يعتبر من مستلزمات الحق وعناصره وينتقل إلى الخلف الخاص بحكم القانون كعقد الإيجار فلا يكون نافذا إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر إلا إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية.²¹⁸

فلانتقال آثار العقد للخلف الخاص حسب المادة المذكورة أعلاه يشترط:

- أن تكون الالتزامات و الحقوق الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف: ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كان مكملا له كعقود التأمين مثلا، أو كان يحدد من حرية الانتفاع به كما هو الشيء في قيود البناء الاتفاقية . وبالتالي يعتبر من مستلزمات الشيء إذا تحققت هذه الحقوق لمصلحة الشيء أو كان من شأنها حفظ الشيء أو تقويته بحيث تعتبر ضمنا أو تأمينا له، أو إذا كانت بقصد درء المخاطر الأضرار عن الشيء.²¹⁹

- أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف.

- أن يكون الخلف الخاص عالما بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه.

و انقسم الفقه بين من يرى إنتقال آثار العقد للخلف الخاص وبين من يراه من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه وتكون متعلقة بالشيء الذي انتقل إليه وبالتالي لا تنصرف إليه هذه الآثار وبين من يقول أن الخلف الخاص يتخذ موقفا مزدوجا بين الحقوق والالتزامات.

يرى الاتجاه الأول أن أثر نسبية العقد لا يحول دون انصراف آثار العقد للغير فعبارة "يشترط " في نص المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي القديم تفسر بـ " يتعاقد"،

²¹⁸ محمود عبد الحي عبد الله بيبصار، المرجع السابق، ص 83.

²¹⁹ فاطمة محمد أحمد الرزاز، المرجع السابق، ص 144-145.

وبذلك فالسلف يتعاقد للخلف الخاص. و هذا يشبه قابلية انتقال الحقوق و الالتزامات للخلف العام والتي تنشئ عن عقود يبرمها السلف عند وفاته.²²⁰

أما الاتجاه الثاني فيعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لما برمه السلف من عقود مع الغير، فلا ينصرف إليه أثر العقد إلا بإرادته أو بالقانون. فلا ينتقل الأثر تلقائيا ما لم يرتضيه الخلف الخاص صراحة أو ضمنا إلا إذا كان من ملحقات العقد.²²¹

في حين اتجهت طائفة من الفقه للقول بازدواجية الوصف للخلف الخاص الذي لا يعتبر غيرا بالنسبة للحق الناشئ عن العقد الذي يبرمه السلف ولكنه يعتبر غيرا بالنسبة للالتزام الناشئ عن هذا العقد وعلى رأسهم الفقيه LEPARGNEUR الذي بنى فكرته من خلال تفسير نص المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي القديم التي تفترض أن الشخص عند تعاقدته يشترط لنفسه ولورثته ولخلفه، فلا يعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة للحق الذي ينشأ عن عقد كان محله ذلك الشيء.

فالحق ينتقل إلى الخلف الخاص بموجب العقد الذي تصرف به السلف، كذلك ما يعد من مستلزمات وملحقات الشيء فإذا تعاقد السلف على حق ارتفاق لمصلحة العقار ثم باعه، فحق الارتفاق ينتقل إلى المشتري باعتباره خلفا خاصا، حتى وإن كان الحق شخصيا له علاقة بالشيء ومثال على ذلك يكون للمحال له أن يطالب الكفيل بضمان الدين على الرغم من أنه ليس طرفا في عقد الكفالة.²²²

²²⁰نادى بهذا الاتجاه الفقيه GAUDEMET و CAZIN، أنظر في هذا الصدد صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 121-122.

²²¹ من أهم فقهاء هذا الاتجاه MARTY ET RAYNAUD، عن حذيفة الشعرة، الغير عن العقد في التشريع المغربي - دراسة على ضوء قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري، بحث لنيل دبلوم الماستر، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، 2018/2019، ص 50.

²²² صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 114.

والخلف الخاص حسبهم يعتبر غيرا بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقد دون الحقوق، فلا ينتقل الالتزام للخلف الخاص إلا إذا تعلق الأمر بتكليف عيني كحق الارتفاق الذي ينتقل للخلف الخاص. ذلك أن الخلف الخاص عندما يتلقى الحق من السلف فهو يريد استخدام هذا الشيء دون قيد، فلا يفرض على الشخص أي التزام دون إرادته.²²³ ومنه فحسم مسألة اعتبار الخلف الخاص في حكم المتعاقد أو من الغير تقوم على مدى انصراف آثار العقد الذي يبرمه السلف، فإذا انتقلت هذه الآثار إلى الخلف الخاص عد من المتعاقدين وإذا لم تتصرف إليه عد من الغير.

2- الغير والدائن العادي

الدائن العادي هو ذلك الدائن الذي لا يتمتع بأي امتياز عيني يضمن له الأولوية في استحقاق الدين، والذي ينصب حقه على جميع أموال المدين هو ما يسمى بالضمان العام للدائنين. فالدائن يتأثر بما يبرمه المدين من عقود، حيث أن تلك العقود تؤثر في الضمان العام، فمتى زادت الحقوق المترتبة على العقد زاد الضمان المالي، ومتى زادت الالتزامات قل الضمان العام لأموال المدين.

وبالتالي فالدائن يتأثر بطريقة غير مباشرة بتصرفات المدين. ولكن هل هذا التأثير²²⁴ يعطينا الحق في أن نقول أن الدائن طرفا في الأثر الملزم للعقد أم لا ؟ تحديد المركز القانوني للدائن العادي، هي مسألة اختلف فيها الفقه، فهناك من يلحقه بالخلف، وهناك من يرى أنه من الغير وهذا ما سنتعرض إليه.

أ- الاتجاه القائل بأن الدائن خلف

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الدائن العادي خلف، بيد أنهم اختلفوا فيما إذا كان خلفا عاما أو خاصا، أو هو خلف من نوع ثالث.

²²³ صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 117.

²²⁴ محمود عبد الحي عبد الله ببيصار، المرجع السابق، ص 145.

يرى الاتجاه الأول أن الدائن العادي خلف عام لوجود شبه بينه وبين الوارث فالقابلية التي تكون للوارث حيال العقد الذي يبرمه مورثه ترجع إلى أنه يتلقى ذمة المورث المالية، وحق الدائن كذلك على ذمة مدينه المالية باعتبارها ضمانا عاما للوفاء بالدين، وليس على عنصر محدد فيها، وإذا كان الوارث لا يستطيع أن يقيد حرية مورثه في التصرف حال حياته فإن الدائن العادي لا يستطيع كذلك أن يقيد حرية مدينه في التصرف ابتداء من تاريخ نشوء الدين وحتى انقضائه، ويتحمل الدائن نتائج تصرف مدينه.²²⁵

ويرون أن الدائن هو خلف عام فهو لا يملك إلا الأموال التي كان سلفها يملكها وقت الوفاة، وهو لا ينفذ إلا على الأموال التي يملكها المدين وقت حلول أجل الدين. إلى جانب هذا فحق الضمان العام المقرر للدائنين لا يعطيهم حق الأولوية والتتبع، وهم متساوون في هذا الضمان وهذا يشبه مركز الوارث تماما.²²⁶

كما أن ممارسة الدائن العادي للدعوى غير المباشرة بموجب نص المادة 1166 من القانون المدني الفرنسي القديم والدعوى البولصية بموجب نص المادة 1167 من نفس القانون لا يتعارض مع وصفه خلفا عاما مثلهم مثل الورثة الذين يستطيعون رفع هذه الدعوى عند وفاة مورثهم والتي كان له الحق في رفعها.

إلا أن هذا القول غير منطقي لأن اعتبار أموال المدين ضامنة لديونه تجاه الدائن العادي لا يعني أن العقود التي يبرمها المدين تتصرف آثارها إلى الدائن العادي، فلا يكتسب منها حقا ولا يتحمل التزامات، كما أنه لا يصح أن نعتبر الدائن العادي خلفا عاما لمجرد أنه يحتج عليه بالعقد، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الخلط بين الأثر الملزم للعقد والاحتجاج بالعقد على الكافة.

²²⁵ حذيفة الشعرة، المرجع السابق، ص 55.

²²⁶ صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 136.

فالدائن يواجه العقد كواقعة مادية قانونية، يتأثر فقط بالعقد باعتباره واقعة تزيد أو تنقص من الضمان العام لأموال المدين فهو ليس طرفاً في العقد.²²⁷

ولهذه الانتقادات الموجهة لاعتبار الدائن العادي خلف عام، ظهر اتجاه يرى الدائن خلفاً خاصاً، فالدائن العادي حسبه ليس بخلف عام، إذ ليس له نصيب معين في ذمة المدين المالية بل له فقط حق في عنصر من أصول ذمة المدين المالية مساو لقيمة دينه.

فهو خلف خاص ما دام يتلقى حقا في شيء معين - هذا الشيء عبارة عن قيمة اقتصادية يتصرف فيها المدين فتخرج من ذمته لتدخل في ذمة الدائن - لا فرق في أن يكون القيمة عبارة عن عقار أو منقول معين بذاته أو دين بمبلغ من المال. ويضيف أن مركز الدائن العادي لا يختلف عن مركز الخلف الخاص إذ لا اعتبار بالقيمة الاسمية للدين، بل الاعتبار بما يحصل عليه الدائن وقت حلول دينه.

إضافة إلى ما سبق فإن حق التتبع المقرر للدائن العادي على أموال معينة بالذات يقربه من وصف الخلف الخاص، فعلى سبيل المثال لدائني التاجر حق تتبع يرد على قيمة المحل التجاري، وهذا الحق يترجم في حق الدائنين بالاعتراض على دفع ثمن المتجر خلال عشرة أيام من تاريخ البيع، فإذا تم تسديد الثمن يكون للدائنين الحق في ملاحقة المشتري وإلزامه من جديد بالثمن.²²⁸

إلا أن هذه الحجج التي تم تقديمها لم تكن في محلها، إذ أن الدائن العادي يختلف عن الخلف الخاص في أمور عديدة، منها أن الدائن العادي لا ينتقل إليه الحق أو الالتزام الذي يجريه مدينه، بل له فقط أن يستعمل هذه الحقوق باسم مدينه طالما أنها ثابتة في ذمته، استعمالها يكون بالدعوى غير المباشرة، كما أن الدائن لا يتأثر في بعض الأحوال بالعقود الصادرة من مدينه ويعتبر من الغير بالنسبة إليها ويتحقق ذلك في حالة ما إذا تصرف المدين في

²²⁷ محمود عبد الحي عبد الله بيبصار، المرجع السابق، ص 146.

²²⁸ كهينة بوسفي، (المركز القانوني للدائن العادي في مواجهة مبدأ نسبية أثر العقد)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية،

المجلد الثاني عشر، العدد الأول، ماي 2019، ص 130.

ماله بقصد الإضرار بدائنه، وما على هذا الأخير إلا أن يطعن بالدعوى البولصية ضد هذه التصرفات.²²⁹

نتيجة للانتقادات الموجهة للرأيين السابق ذكرهما، ذهب بعض الفقه في اعتبار الدائن العادي هو خلف دون وصفه على أنه خلف عام أو خاص، ومنهم الفقيه WEILL الذي اعتبر وأوضح أنه ليس خلفا عاما ولا خاصا وإنما يمثل فئة الثالثة للخلف مادام يجمع بين مواصفات تنسب للخلف العام وأخرى للخلف الخاص، ويترتب على هذا الوصف عدم تطبيق مبدأ نسبية أثر العقد عليه، فالدائن حسبه يتمتع بضمان عام تمثله ذمة المدين المالية، وهو بذلك يتأثر بالعقد الذي يبرمه المدين مادام أنه يحدث تغييرا في هذه الذمة، ويمارس الدائن العادي حقوق المدين بموجب الدعوى غير المباشرة و ذلك نتيجة طبيعية ومنطقية للضمان العام الذي يتمتع به الدائن.²³⁰

ب- الاتجاه القائل بأن الدائن العادي من الغير

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الدائن العادي هو من الغير على، رأسهم الأستاذة CALESTRANG التي اعتبرت أن الدائن العادي ليس خلفا، ذلك أن فكرة الاستخلاف تقتضي انتقال الحقوق من السلف إلى الخلف، وهذا غير متوفر بين الدائن والمدين، فالعلاقة التي بينهما هي التزام قائم على عنصر شخصي، والدائن ليس له حق مباشر يرد على شيء معين وإنما حق يتقل إرادة المدين، فوصف الدائن بأنه خلف فإن ذلك لا يعني شيئا ما دام هو ليس كذلك ولا يمكن أن يصبح دائنا أو مدينا وبالتالي فهو "غير" ولا ينصرف إليه أثر العقد.

ومطالبة الدائن العادي بالحقوق الناشئة عن عقد يبرمه المدين بموجب الدعوى غير المباشرة، يعتبر نائبا عن المدين، تتصرف آثار العقد إلى الأصيل لا للنائب، وبالتالي فمطالبة

²²⁹ حللمي ربيعة، المرجع السابق، 40.

²³⁰ كهينة يوسف، المرجع السابق، ص 131.

الدائن بحقوق المدين بموجب الدعوى غير المباشرة لا تتعارض مع وصفه من الغير بالنسبة
لأثر العقد.²³¹

فما أنه للدائنين حق ضمان عام على أموال مدينهم، وما دامت أموال المدين تعد ضمانا
عاما للدائنين، كان طبيعيا أن يتأثر الدائن بالعقود التي يبرمها مدينه وذلك بطريق غير
مباشر، فكل تصرف يبرمه المدين إذا زاد في مجموع أمواله، زاد به الضمان العام لدائنيه،
وإن نقص من مجموعها نقص بذلك الضمان العام، فالدائن إذن ليس خلفا عاما ولا خلفا
خاصا للمدين. والوسائل التي أقرها المشرع لحماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة
لا تكسبه حقوق ولا تحمله التزامات ولا تؤثر في الدائن إلا بالقدر الذي يؤثر فيه على
الضمان العام لديونه.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فالقاعدة العامة هي أن الدائنين يتأثرون بعقود المدين، إلا
أن هذه القاعدة غير مطلقة إذ يرد عليها استثناءان هامين:

الاستثناء الأول:

يستهدف حماية الدائنين من الغش الذي يلجأ إليه المدين إضراراً بهم، فيجوز للدائن بشروط
معينة اعتبار التصرف الذي يضره والذي قام على الغش غير نافذ في حقه ووسيلته إلى
ذلك الدعوى البولصية عملاً بنص المادة 189 من القانون المدني الجزائري. والغش هنا
لا يلزم هنا إلا بالنسبة إلى التصرفات بعوض أما التصرفات بغير عوض أي التبرعات
فالغش غير لازم بالنسبة لها.

الاستثناء الثاني:

يستهدف تأمين الدائنين من خطر المظهر الكاذب الذي يصوره المدين، أو يشترك في
تصويره ليخفي حقيقة قانونية معينة، ومؤدى ذلك أنه يسوغ للدائن. إذا كان ذلك في مصلحته
أن يتمسك بالتصرف الكاذب، إذا كان ذلك في مصلحته أن يتمسك بالتصرف الكاذب. إذا

²³¹صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 143.

كان يجهله أو يتمسك بالتصرف الحقيقي أيهما يراه له أوفق ووسيلته إلى ذلك دعوى الصورية التي نص عليها المشرع في نص المادة 198. فهذه الدعاوى من شأنها المحافظة على الضمان العام للدائن.

فمادام أن الدائن العادي يتأثر بالعقود التي يبرمها المدين فلا يصح أن ينصرف أثر العقد في مواجهة الغير وعليه يمكن وصف الدائن العادي بالغير المعني بالعقد طالما يعطيه القانون حق الاعتراض على عقود مدينه عندما تكون له مصلحة في ذلك. أما في الفترة السابقة عن توافر المصلحة الخاصة فلا يكون له حق الاعتراض لانعدام المصلحة فيكون من قبيل الغير الأجنبي عن العقد وتكون جميع تصرفات المدين نافذة في مواجهته.²³²

ثانيا: الاشتراط لمصلحة الغير

القانون يلائم بصفة مستمرة تطورات الأفراد، فإذا كان العقد في صورته البسيطة وأحكامه يلائم تعاملات الأفراد في فترة ما، فقد استجدت حاجات عملية تحتاج أشكالا أخرى من العقود لم تكن معهودة من قبل. وإذا كانت الشكلية الرومانية والنظرة الشخصية للالتزام لها أكبر الأثر على مفاهيم هذه المبادئ بصفة عامة، ومبدأ النسبية بصفة خاصة.²³³ وبذلك كان أول استثناء على قاعدة عدم جواز الاشتراط لمصلحة الغير التي أساسها الشكلية الرومانية في حال الهبة بعوض ومنها تطور هذا الحق للمستفيد،²³⁴ ومنه انتقلت هذه القاعدة واستثناءاتها إلى القانون المدني الفرنسي - قانون نابوليون 1804- إلى ما أصبحت عليه اليوم كنظام قانوني.

وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 116 من القانون المدني بقولها: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان في تنفيذ هذه الالتزامات

²³² كهينة يوسفي، المرجع السابق، ص 133-134.

²³³ محمود عبد الحي عبد الله بيبصار، المرجع السابق، ص 364.

²³⁴ عبد الحي حجازي، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، مطبعة نهضة مصر، 1954، ص 264.

مصلحة شخصية أو أدبية. ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

ومنه يمكن تعريفه بأنه عقد يشترط فيه أحد الطرفين ويسمى المشتري على الطرف الآخر ويسمى المتعهد التزاما لمصلحة شخص ثالث ليس طرفا في العقد يسمى المنتفع أو المستفيد بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمستفيد.²³⁵

فالاشتراط لمصلحة الغير يعد استثناء حقيقيا على قاعدة نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص، فلا يقتصر أثر العقد على طرفيه ومن يخلفهما في التعاقد، بل ينصرف أثره أيضا إلى شخص أجنبي، ويترتب حقا في ذمة شخص ثالث، ليس طرفا فيه ولا خلفا.²³⁶

أ- أحكام الاشتراط لمصلحة الغير:

الاشتراط تصرف القانوني يستلزم توافر الشروط والأركان التي يلزم توافرها في شتى التصرفات القانونية من رضا ومحل وسبب، إضافة إلى ذلك هناك شروط خاصة وهي:

- وجوب أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع:

وهذا ما يميز الاشتراط عن النيابة، إذ أن تعاقد النائب باسم الأصيل يجعل هذا الأخير هو الطرف في العقد وليس أجنبيا عنه، كما أنه إذا كان الفضولي نائب عن رب العمل، فإن المشتري لا يعتبر نائبا عن المنتفع الذي يظل دائما أجنبيا عن العقد.²³⁷

- أن تتصرف إرادة المشتري والمتعهد إلى إنشاء حق في الذمة المالية للمنتفع مباشرة: فإذا اشترط الحق لنفسه ثم حوله بعد ذلك إلى المنتفع فلا نكون إزاء الاشتراط لمصلحة

²³⁵إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، 1966، ص 366.

²³⁶بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط3، 2004، ص 221.

²³⁷المرجع نفسه، ص 224.

الغير، بل إزاء عقدين، فإذا أمن شخص على حياته بمبلغ لمصلحة نفسه ثم مات وورث أبناءه هذا التأمين فلا يكون هذا التأمين اشتراطاً لمصلحة الغير، ولا يتلقى الورثة حقهم بمقتضى العقد، بل بمقتضى حقهم في الميراث، ولا يكون لهم حق مطالبة شركة التأمين كمنتفعين بل كخلف عام للمورث.²³⁸

- أن يكون للمشتري من وراء ذلك مصلحة شخصية:

والتي اشترط الفقه بأن تكون هذه المصلحة سواء مادية أو أدبية مشروعة وغير مخالفة للنظام العام، وإلا عد العقد باطلا لعدم مشروعية السبب.²³⁹ فإذا توافرت الشروط السابقة يبرم العقد صحيحاً بين المشتري والمتعهد ومنتجاً لآثاره، فيترتب على هذا الاشتراط قيام ثلاث أنواع من العلاقات القانونية، وهي العلاقة بين المشتري والمتعهد، العلاقة بين المشتري والمنتفع، والعلاقة بين المتعهد والمنتفع.

- علاقة المشتري بالمتعهد

تحكم هذه العلاقة العقد الذي تم بينهما، ولما كان للمشتري مصلحة شخصية في قيام المتعهد بتنفيذ ما التزم به لمصلحة المنتفع فله أن يطالب بتنفيذ الالتزام وفقاً للقواعد العامة أو بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه لا عن الضرر الذي أصاب المستفيد، أو المطالبة بفسخ العقد لعدم قيام المتعهد بالتزامه.

- علاقة المشتري بالمنتفع

يذهب الفقه إلى أن حق المنتفع رغم أنه ينشأ من عقد الاشتراط مباشرة دون التوقف على قبوله، إلا أنه حق قابل للنقض من قبل المشتري فقط، وهذا قبل أن يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من هذا الاشتراط ويعتبر كأن لم ينشأ منذ البداية.

²³⁸ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2003، ص

91-92.

²³⁹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 227.

ولا تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري إلا إذا اتفقا صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك، ويمكن للمشتري إحلال منافع آخر محل المنتفع الأول أو يستأثر بالمشاركة لنفسه عملاً بنص المادة 117 من القانون المدني.

- علاقة المتعهد بالمنتفع

أهم ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير، هو اكتساب الغير حقاً شخصياً مباشراً بالرغم من أنه ليس طرفاً في العقد، ويستمد هذا الحق من العقد المبرم بين المشتري والمتعهد وهذا خروجاً على القاعدة العتيقة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير. وينشأ هذا الحق من وقت العقد الذي تم بين المشتري والمتعهد، وليس بموجب عقد جديد، ولا من إعلان المستفيد في رغبته في الاستفادة من الاشتراط، وليس لهذا الحق مصدراً غير هذا العقد.²⁴⁰

وعليه فإذا فقد المتعهد أهليته ما بين صدور العقد ورغبة المنتفع، فهذا لا يكون مانعاً من أن يعلن عن رغبته، ويترتب على رفض المنتفع للاشتراط الطعن برفضه من دائني المتعهد، باعتبار أن المنتفع أصبح دائماً للمتعهد من تاريخ الاشتراط وهذا بموجب الدعوى البولصية، ورفضه يعتبر تصرفاً مفقراً وانقاصاً من حقوق المتعهد.²⁴¹ وفي المقابل يستطيع أن يتمسك المتعهد بالدفع التي ترد على العقد كالبطلان أو الفسخ، وذلك ليتخلص من تنفيذ الاشتراط.²⁴² حسب نص المادة 2/116.

ب- نظام الاشتراط لمصلحة الغير

يعتبر الفقه التقليدي أن الاشتراط لمصلحة الغير هو استثناء على مبدأ النسبية التقليدي نظراً لأن المستفيد ينشأ له حق مباشر من عقد ليس طرفاً فيه، فقد دعا أنصار الفقه التقليدي إلى

²⁴⁰ عبد الزراق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 648.

²⁴¹ المرجع نفسه، ص 645.

²⁴² خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 135.

أن الاشتراط هو استثناء من مبدأ النسبية وهذا يرجع لعدة أمور منها ما هو راجع إلى المفهوم التقليدي للمبدأ والمتأثر بالشكلية والنظرة الشخصية للالتزام، ومنها ما هو راجع إلى التقاليد والطبائع الاجتماعية.

إلا أن النظرة الموضوعية للفقهاء الحديث التي تجعل من المحل معياراً أساسياً للربط بين التصرفات وما يترتب عليها من التزامات فإن تلك تصرفات الاشتراط تشترك في عملية عقدية محلها واحد وهو الأداء الذي اشترطه المشتري وتعهد به المتعهد وقبله المستفيد وبذلك فالاشتراط هي علاقة عقدية ثلاثية منشأ وآثاراً.²⁴³

والتطبيقات التي نشأ لأجلها الاشتراط لمصلحة الغير عديدة منها ما ورد في القانون المدني ومنها ما ورد في قوانين خاصة كعقد النقل، وعقد التأمين الذي يعتبر المجال الأكثر شيوعاً للاشتراط.

²⁴³ محمود عبد الحي عبد الله بيبصار، المرجع السابق، ص 389.

المبحث الثاني: مضمون فكرة الغيرية في السريان

طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد ومبدأ القوة الملزمة فإن الغير الذي ليس طرفاً في العقد لا يضر به ولا يفيد منه، إلا أن العقد ككيان يحيا حياته الاجتماعية يحتج به الكافة ويحتج به عليهم، فقد يستفيدون منه أو يضارون به.

فإذا انعقد العقد صحيحاً ومنتجاً لأثاره يعترف له بقوة سريانه أو نفاذه، وهكذا يعتبر التصرف منظوراً في عالمه الخارجي - واقعة اجتماعية أو قانونية اعتباراً بما ولده من تغيير في المراكز القانونية التي كانت قائمة قبل وجوده.

فكل تصرف توافرت فيه شروط الصحة يعتبر على حسب تعبير الأستاذ ديموج: "واقعة اجتماعية يحيط بها ويغمرها جمع من الحقوق والتصرفات تتفاعل معها وتنتج آثارها فيها إلى ما لا نهاية في موجات طويلة متتابعة..." من هنا برزت فكرة السريان إلى جانب الأثر الملزم.

فالسريان يبدأ من حيث ينتهي دور الإرادة و يظل الأثر الملزم الذي هو وليد الإرادة و قاصر على أطرافه وحدهم يؤثر في ذممهم المالية سلباً أو إيجاباً أو الأمرين معاً، أما الغير فهو محصن ضد هذا الأثر، لا ينصرف إليه بل يقف على أبواب ذمته إن صح التعبير، يفرض كيانه فقط، بما يستلزم هذا الفرض من احترام لواقعة اجتماعية قائمة.²⁴⁴ فالنفاذ يستوجب على الغير احترام العقد باعتباره واقعة اجتماعية على عكس الأثر الملزم للعقد الذي يقتصر على طرفيه و من يلحق بهم من الخلف العام والخاص والدائنين.²⁴⁵ وعليه فالأصل هو نفاذ العقد تجاه الكافة حتى الغير إلا استثناء.

²⁴⁴عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص4.

²⁴⁵جهد محمد الجراح، (مبدأ حجية العقد في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة-)، مجلة جامعة الحسين بن

طلال للبحوث، الملحق 5، المجلد7، 2021، ص 93.

والغيرية في السريان تختلف عن أغيار الأثر الملزم، حيث أن الغير في الأثر الملزم لا يشمل الخلف الخاص إلا استثناء. أي أن الغيرية تختلف باختلاف الوضع القانوني الذي تواجهه، لذا يتوجب تحديد الغير تبعا لاختلاف الوضع القانوني. إلا أن الفكرة المشتركة في كل هذه الأوضاع أن أثرا قانونيا قد يمتد لشخص تقتضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه، فيعتبر من الغير بالنسبة لهذا الأثر أجنبيا إلا استثناء أين يكون عدم النفاذ واجبا لحماية هذا الغير والذي نجده في مجال الشهر العقاري. وهذا ما سنفصله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الغيرية في نفاذ العقد.

المطلب الثاني: الغير في نظام السجل العقاري.

المطلب الأول: الغيرية في نفاذ العقد

برزت فكرة النفاذ كضرورة من ضرورات الحياة الاجتماعية للعقد إلى جانب فكرة الأثر الملزم، حيث يبدأ من حيث ينتهي دور الإرادة، ويكون الغير محصن من هذا الأثر إلا بما يفرض كيانه بما يستلزمه هذا الفرض من احترام لواقعة اجتماعية قائمة. ولهذا سنتطرق إلى مضمون مبدأ نفاذ العقد كفكرة أولاً حتى يتسنى لنا تحديد الغير في هذا المجال وهذا ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مضمون مبدأ نفاذ العقد.

الفرع الثاني: الغير ونفاذ العقد.

الفرع الأول: مضمون مبدأ نفاذ العقد

لمصطلح الغير في مجال النفاذ وجه آخر يختلف عما هو عليه بالنسبة للأثر الملزم للعقد، باعتبار أن العقد واقعة قد يرتب أثرا ماديا يضر به الغير أو ينتفع به، دون أن يكون لإرادة المتعاقدين أي دور بهذا الشأن.

الفقه التقليدي الذي اعتد بالمعنى الضيق للغير اعتبر أن هذا الأخير ما دام ليس طرفا في العقد عنه لا ينصرف إليه أثره فهو لا يحتج بالعقد عليه ولا يحتج به هو، إلا أنه نتيجة للضرورات العملية تم الاعتراف بمبدأ نفاذ العقد تجاه الغير. ومنه وجب التطرق أولا إلى مضمون مبدأ النفاذ - مبدأ حجية العقد - ومنه إلى تحديد الغير في مجال السريان.

يقصد بنفاذ العقد أو حجيته باعتباره واقعا قانونيا أنشأ مراكز قانونية واجبة الاحترام أن يكون نافذا في حق الجميع، وهو ما أدى بالفقه إلى التمييز بين مبدأ الأثر الملزم للعقد ومبدأ حجية العقد نتيجة الخلط الذي كان سائدا.

فالأول يمثل رابطة دائنية ومديونية بين المتعاقدين، وهي لا تنشئ في ذمة الغير التزاما ولا تكسبه حقا، وتقتصر هذه العلاقة على طرفيها اللذين تراضيا على إنشائها، دون أن يتعدى أثرها إلى غيرها، بينما الثاني يتعدى طرفيه وينصرف للكافة، دون أن يعنى هذا الانصراف تحميل الغير الاعتراف بهذا الأثر الذي ولده العقد بين طرفيه واحترام العقد ككائن قانوني والإقرار بوجوده. ولذا يمكن القول أنه للغير أن يحتج بالعقد ويحتج به عليه. فإذا أخل بهذا الغير باحترام هذه الحجية فإنه يكون مسؤولا عن هذا الإخلال²⁴⁶

فالفقيه ديموج يذهب إلى أن العقد يوجب على الغير الذي يعلم بوجود العقد احترامه، وإذا ساعد هذا الغير المدين على عدم تنفيذ التزاماته، فإن الغير يدخل ضمن دائرة العقد ويخضع جراء ذلك لأحكام المسؤولية العقدية.

²⁴⁶ جهاد محمد الجراح، المرجع السابق، ص 95.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بتعديله الجديد، فقد أقر عن مسؤولية الغير عن الإخلال بحجية العقد بموجب نص المادة 1200 من القانون المدني الفرنسي والتي نصت: " يجب على الغير احترام الحالة القانونية الناشئة عن العقد. يمكن للغير الاحتجاج بهذه الحالة وبصفة خاصة لإثبات واقعة ما".²⁴⁷

ومعنى ذلك فإن دائرة الاحتجاج بالعقد تتسع لتشمل الكافة في بعض الأحيان، صحيح لا يمكن للغير - كمبدأ عام - أن يكون طرفاً فيه، ولكنه في نفس الوقت فللعقد تأثير على الغير وهذا على النحو التالي:

- 1- يعد العقد واقعة قانونية وهو بهذه الصفة يلقي على الغير واجبا عاما مضمونه ضرورة احترام العقد وعدم إتيان التصرفات التي تعوق تنفيذ كل متعاقد لالتزامه.
- 2- إذا أنشأ العقد حقا عينيا فيكون العقد حجة على الكافة، إذ يجب عليهم احترامه.
- 3- يمكن للغير الاحتجاج بالعقد، فيمكن للمتضرر من الشيء أن يرجع بالتعويض على الشخص الذي انتقلت إليه حراسته محتجا بذلك بالعقد الذي أبرم بين مالك الشيء والحارس (كالمستأجر مثلا)، رغم أنه ليس طرفا فيه ولا يعد ذلك خرقا لمبدأ نسبية أثر العقد وإنما يتمسك الغير المضرور بالإخلال²⁴⁸ بالتنفيذ العقدي مما نتج عنه الإضرار به.

وبهذا يمكن القول أنه يؤسس لحجية العقد في اتجاهين: العقد حجة على الغير والثاني العقد حجة لصالح الغير.

²⁴⁷ Art 1200 du droit civil français « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait »

²⁴⁸ محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 24.

الفرع الثاني: الغير ونفاذ العقد

في مجال السريان قد يكون العقد حجة على الغير إذ لا يمكنه تجاهل التصرف الذي كان طرفا فيه وإلا اعتبر مشتركا في الإخلال بالالتزام التعاقدية، كما لا يمكن أن يكون العقد الذي أبرمه وسيلة لإثبات وضع قانوني في مواجهة الغير.

وقد يكون العقد حجة لصالح الغير وذلك لأن للعقد كينونة قانونية يجب المحافظة عليها من أي اعتداء ويجوز للغير أن يتمسك بالعقد الذي لم يكن طرفا فيه في مواجهة طرفيه.

أولا: العقد حجة على الغير

الغير لا يمكنه تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ولا يمكنه الاتفاق مع أحد طرفي العقد الذي كونه مدينا في إطار يمنعه أي المدين من تنفيذ التزامه أو يجعله يخل بهذا الالتزام، وإلا اعتبر مشاركا في الإخلال بهذا الالتزام، كما يمكن أن يكون العقد وسيلة لإثبات وضع قانوني في مواجهة الغير.²⁴⁹

1 - اشتراك الغير في الإخلال بالتزام تعاقدية:

يفرض العقد على احترامه، بحيث لا يجوز له التصرف بطريقة تبين له أنه متجاهل له. وإذا ما تصرف بعكس ذلك وجب عليه إصلاح الإضرار الناتجة عن سوء تصرفه الذي أضر بأحد طرفي العقد، وهذه المسؤولية ما هي إلا نتيجة لنفاذ العقد تجاه الغير. وفي هذا الصدد انقسم الفقه حول طبيعة المسؤولية التي تقوم عليها مسؤولية الغير هل هي عقدية أم تقصيرية؟

فرأى الفقيه ديموج أن أساسها تعاقدية، حيث يرى أن مسؤولية الغير الذي يشترك مع المتعاقد في الإخلال بالالتزام العقدي ليست سوى صورة من صور المسؤولية عن فعل

²⁴⁹ LARROUMET Christian, droit civil, tome3, les obligations, le contrat, 2 e partie, effet economica, paris, 2007, p 880.

الغير، وهي مسؤولية لا تختلف عن مسؤولية المتعاقد نفسه، لأنه كلما قام الغير - بعد علمه بالعقد - بمساعدة المتعاقد على الإخلال بالعقد فإن الغير يكون قد انضم إليه في مثل هذه الحالة، ويكون قد نشأ عن هذه الحالة تصرف لاحقاً من طرف الغير يلزمه ويقيم عليه على غرار المتعاقد، المسؤولية عقدية.²⁵⁰

وهذا كون أن العقد يلقي التزاماً على الغير بالأداء يعيق تنفيذ العقد بمجرد أن يعلم به، وهذا باعتباره أحد الالتزامات التي تتولد عن العقد والتي تلزم الكافة ويحملهم بالتزام الامتناع عن عمل، فإذا أخل هذا الغير بالتزامه كان مسؤولاً مسؤولية مصدرها العقد.

ويؤخذ على هذا الاتجاه بعده عن القواعد العامة بشكل يجعله غير قابل للتأييد، ذلك أنه يعد وجود عقد بين المسؤول والمضروب، لقيام المسؤولية العقدية، شرطاً له وضوح البديهي، فلا وجود لهذه المسؤولية بداهة، بغير قيام عقد بين المسؤول عن الضرر ومن كان ضحيته. في حين لا يوجد عقد بين الدائن المضروب والغير المسؤول الذي اشترك بالالتزام الناشئ من العقد.²⁵¹

ويرى اتجاه آخر أن مرد فكرة مشاركة الغير في إخلال المتعاقد بالتزامه هو التعسف في استعمال الحق، باعتبار أن الغير يتمتع بحرية التعاقد إلا أنه عندما يتعاقد مع أحد أطراف العقد مع علمه بأن ذلك يجعل المتعاقد مخلاً في تنفيذ التزامه يجعل الغير متعسفاً في استعمال حقه. إلا أن هذا الرأي أيضاً لم يسلم من الانتقاد ذلك أن نظرية التعسف في

²⁵⁰ طارق كاظم عجيل، (مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد)، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، المجلد 14،

العدد 8، العراق، 2014، ص 95.

²⁵¹ المرجع نفسه، ص 96.

استعمال الحق تستند على معايير²⁵² لا يوجد لها محل في هذه الفكرة.²⁵³

إلا إن هناك من يرى أن هذا النقد قد جانب الصواب باعتبار أن الغير الذي يخل بالتزام تعاقدي هو سيء النية وله نية الإضرار بالطرف المتعاقد الثاني.

إضافة إلى أن إبرام التصرفات القانونية يعد رخصة أو حرية عامة وليس حقا ليرد التعسف على استعماله. هذا إضافة إلى صعوبة تحديد معيار التعسف عمليا، عكس الخطأ التقصيري الذي تؤسس عليه مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد أكثر انضباطا. وهذا ما استقر عليه الفقه.²⁵⁴

بعد الخلاف الذي كان حول طبيعة مسؤولية الغير، اتفق الفقه بأنها مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، ذلك لأن العقد يسري تجاه الكافة بما فيهم الغير، وبالتالي فخطأ الغير في حالة الاشتراك في الإخلال بالتزام تعاقدي، هو خطأ تقصيري، وذلك لأن الحق الشخصي الذي يمكن تصوره في العلاقة القانونية بين الدائن والمدين يعتبر عنصرا في الذمة المالية ومن ثم يجب على الكافة احترامه، وعليه يعتبر الغير مرتكبا خطأ تقصيريا وهو تجاهل وجود العقد الواجب احترامه من قبل الكافة.

وبناء على ما سبق فيشترط لقيام مسؤولية الغير عن إخلال بالتزام تعاقدي، وجود عقد صحيح ومنتج لآثاره وعلم الغير به، وألا ينصرف أثر العقد إلى الغير بموجب نص خاص كخلف عام أو خاص.

²⁵² يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه متى كانت له نية الإضرار بالغير أو الإضرار بالدائن في الالتزام العقدي، أو أن يهدف إلى الحصول على مصلحة غير مشروعة، أو أن المصلحة المرجوة لا تتناسب مع الضرر الذي يلحق بالمتعاقد الآخر.

²⁵³ حليني ربيعة، المرجع السابق، ص 174.

²⁵⁴ طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 101.

وأن يكون إخلال الغير بالاشتراك مع المدين بالعقد الذي تم الإخلال بحجبيته، وينتج عن ذلك عدم استطاعة المدين عن تنفيذ التزامه بعد تعاقدته مع الغير مما يسبب ضرراً.²⁵⁵ والهدف من إثبات تحقق هذه المسؤولية هو جبر الضرر الذي لحق المتضرر وهذا أما بإصلاحه أي بالتعويض العيني أو تعويضه نقداً.²⁵⁶

2 - العقد وسيلة لإثبات وضع قانوني في مواجهة الغير:

تطبيقاً لمبدأ النفاذ يكون لأحد طرفي العقد أن يحتج بوجود العقد وبمضمونه في مواجهة الغير، باعتباره وسيلة إثبات لوضع قانوني في علاقته مع الغير، وهذا دون أن يكون القصد منه تحميل الغير التزاماً أو اكسابه حقاً، فيمكن أن يستند أحد أطراف الخصومة على عقد لم يكن طرفاً فيه، وذلك على أساس أن العقد هو واقعة للإثبات.

ومثال على ذلك عندما ترفع دعوى الإثراء بلا سبب على شخص فيمكن للمدعي أن يستند إلى عقد أبرمه مع الغير لدفع هذه الدعوى، إذ أن الإثراء يكون عند عدم وجود سبب قانوني، وبوجود سبب قانوني تزول دعوى الإثراء بلا سبب، باعتبار أن السبب القانوني هو العقد الذي أبرمه مع الغير. وكذلك إذا رجع من قام بأعمال الصيانة لحساب المنتفع على مالك الرقبة بقواعد الإثراء بلا سبب يستطيع هذا الأخير الاستناد إلى العقد المنشئ لحق الانتفاع لتبرير أن أعمال الصيانة تقع على عاتق المنتفع في فترة الانتفاع عملاً بنص المادة 848 من القانون المدني الجزائري. وأن إثراءه له مبرر قانوني، فالعقد هنا له دور فعال في إثبات سبب الإثراء، وهذا يتعلق بقواعد النفاذ التي لا يمكن تجاهلها.²⁵⁷

²⁵⁵ جهاد محمد الجراح، المرجع السابق، ص 104-107.

²⁵⁶ نبراس ظاهر جبر الزيايدي، (المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال الغير بالعقد - دراسة مقارنة-)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد 10، العدد 1، 2018، ص 418.

²⁵⁷ حلبي ربيعة، المرجع السابق، ص 178.

ثانياً: العقد حجة لصالح الغير

إذا سلمنا أن للعقد كينونة قانونية، فإنه يكون له حجية لحفظ هذه الكينونة من الاعتداء عليها، وإذا كانت هذه الحجية غالباً ما تكون تجاه الغير لردعه عن الاعتداء عليها، فإن هذه الحجية أيضاً قائمة ويستطيع الغير الاستناد لها والتذرع بالعقد الذي هو-الغير- ليس طرفاً فيه وصولاً إلى مسؤولية أحد المتعاقدين تجاهه، باعتبار أنه إذا كان للعقد حجية تجاه الغير، فإنه يكون للغير أن يحتج بالعقد في مواجهة طرفيه باعتباره حجة عليهما من باب أولى. وفي الحقيقة هذا يشبه نظرية " الاشتراط لمصلحة الغير " والتي حاول الفقه بيان أساسها القانوني السليم واعتبرت كاستثناء على مبدأ نسبية العقد. ولكن من زاوية احتجاج الغير بالعقد في مواجهة أطرافه، حيث أن لهذا الغير التذرع بالعقد بحثاً عن مصلحة له في وجود هذا العقد كما في حالتنا هذه، أي يمكن تأسيس هذه النظرية تأسيساً سليماً بالنظر إلى مبدأ حجية العقد ليتكامل مع مبدأ نسبية العقد بين أطرافه.²⁵⁸

فإذا تسبب شخص في ضرر لشخص ثاني، وكان هذا الأخير قد تلقى التعويض من طرف شخص ثالث في إطار عقد قد أبرمه معه، فالشخص الأول يمكن له الاحتجاج بالوضع القانوني الموجود بين الشخص الثاني والشخص الثالث والتهرب من التعويض. لأن الشخص لا يمكنه أن يستفيد من تعويضين عن ضرر واحد، كما هو الحال في التأمين على الأضرار.²⁵⁹

وبهذا يمكن القول أن العقد حجة على الغير كما يكون للغير أن يحتج بالعقد في مواجهة أحد أطراف العقد وهذه هي القاعدة العامة. وفي المقابل تظهر في مجال السريان قاعدة عدم نفاذ التصرفات في مواجهة الغير والتي ترسي بظلالها على في نطاق الشهر العقاري كوسيلة لحل الخلافات التي تثار في عملية الشهر العقاري كما سوف نرى.

²⁵⁸ جهاد محمد الجراح، المرجع السابق، ص 99.

²⁵⁹ حلومي ربيعة، المرجع السابق، ص 180.

المطلب الثاني: الغير في نظام السجل العقاري

بعد التطرق إلى مضمون الغيرية كفكرة تقوم على حماية الغير في مجالين أساسيين هما مجال نسبية أثر العقد ومجال السريان، فإن نطاق الغيرية في الشهر العقاري يتحدد في مجال السريان. ذلك أن عدم نفاذ التصرف في مجال السريان يعتبر قاعدة لحماية الغير في نظام السجل العقاري.

بما أن السجل العقاري الجزائري كنظام مزدوج يجمع بين نظامين؛ هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني.

وبما أن الهدف من هذه الدراسة هو البحث عن مضمون فكرة الغيرية في السجل العقاري فإنه يستوجب أولاً البحث عن الغير فيه من خلال نظاما الشهر، وهذا باتخاذ القانون الفرنسي كنموذج لنظام الشهر الشخصي والذي كان له دور في تحديد الغير المعني بالحماية في هذا النظام، ومنه إلى بعض التشريعات التي أخذت بنظام الشهر العيني، هذا من أجل تحديد للغير في نظام السجل العقاري حتى يتمكن من تحديده في السجل العقاري الجزائري وهذا فيما يلي:

الفرع الأول: الغير في نظام الشهر الشخصي.

الفرع الثاني: الغير في نظام الشهر العيني.

الفرع الأول: الغير في نظام الشهر الشخصي

يعتبر القانون الفرنسي النموذج الأمثل لنظام الشهر الشخصي، والذي ظهرت فيه أولى معالم مصطلح الغير في الشهر العقاري، والشهر العقاري في القانون الفرنسي هو مجموعة من القواعد لشهر الحقوق العينية الواقعة على العقارات.

وهو تعريف حسب PIEDELIEVRE يحتاج إلى التدقيق، ذلك وإن كان الشهر العقاري يخص الحقوق العينية العقارية فإنه يشمل أيضا وبصفة مدهشة -حسبه - الحقوق الشخصية ما دامت هذه الحقوق متعلقة بعقار أو بشكل أوسع متعلقة بحقوق عقارية.²⁶⁰

ولا يعتبر الشهر العقاري في فرنسا قائما بنفسه، ولا هو غاية بذاته، فهو مرتبط بعدة مواد بل هو موجود في ملتقى هذه المواد. فبالرجوع إلى القانون المدني فمجال الشهر العقاري يظهر في الحقوق العينية والالتزامات، كما ينحرف بل يخرق أحيانا بعض القواعد الكلاسيكية مثل ما هو الحال بالنسبة للبيوع المتتالية لنفس العقار، فالأولوية لا تكون للمتلقي الأول، وإنما تكون لذلك الذي سبق إلى شهر حق ملكيته.

والشهر العقاري بمفهومه الواسع هو شهر الحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية، وبمفهومه الضيق فهو يعني شهر الامتيازات والرهن، هذه الازدواجية في الشهر تعود إلى اعتبارات تاريخية جسدها المرسوم المؤرخ في 1955/01/04 المتضمن إصلاح الشهر العقاري.

ورغم هذه الازدواجية فإن الهدف من عملية الشهر في الحالتين هو إعلام الغير بوجود حقوق متعلقة بعقارات أو الاحتجاج بها في مواجهتهم، وبذلك تتم عملية شهر الحقوق في

²⁶⁰ PIEDELIEVRE Stéphane, op cit, p 01.

السجلات العقارية إما بهدف الاحتجاج بها على الغير أي النفاذ à fin d'opposabilité aux tiers أو بهدف الإعلام .à fin d'information .

ولقد حدد المشرع الفرنسي الحقوق الواجبة الشهر بموجب المادة 28 من المرسوم المؤرخ في 1955/01/04²⁶¹ ورتب جزاء عدم نفاذها في مواجهة الغير في حالة عدم شهرها publicité sous peine d'inopposabilité aux tiers. وحدد طائفة أخرى لا يكون فيها الجزاء هو عدم النفاذ publicité non sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers.

إن ما يميز النظام القانوني للشهر العقاري في القانون الفرنسي الذي رتبته المشرع على عدم الشهر هو عدم جواز الاحتجاج بتصرفات غير مشهورة على الغير.

ويبدو أن فكرة الغيرية تجد أولى معالمها في هذا الجزاء وهو حماية الغير من الاحتجاج ضده بأي تصرف من التصرفات الواجبة الشهر والتي لم يتم إشهارها، وإن كانت هذه التصرفات صحيحة ونافاذة بين أطرافها. وبذلك فإن عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير هو أهم جزاء لتخلف عملية الشهر في التصرفات السابقة.

²⁶¹ Article 28 : « Sont obligatoirement publiés au service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles :

1° Tous actes, même assortis d'une condition suspensive, et toutes décisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs : a) Mutation ou constitution de droits réels immobiliers, y compris les obligations réelles définies à l'article L. 132-3 du code de l'environnement, autres que les privilèges et hypothèques, qui sont conservés suivant les modalités prévues au code civil ; b) Bail pour une durée de plus de douze années, et, même pour un bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus ; c) Titre d'occupation du domaine public de l'Etat ou d'un de ses établissements publics constitutif d'un droit réel immobilier délivré en application des articles L. 34-1 à L. 34-9 du code du domaine de l'Etat et de l'article 3 de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 ainsi que cession, transmission ou retrait de ce titre.

2° Les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer, ainsi que des clauses susceptibles d'entraîner la résolution ou la révocation d'actes soumis à publicité en vertu du 1° ; de même, les décisions judiciaires constatant l'existence de telles clauses ; Les décisions judiciaires arrêtant ou modifiant le plan de redressement de l'entreprise rendu en application des chapitres II ou III de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises qui prononcent en application des articles 70 ou 89-1 de la loi précitée l'inaliénabilité temporaire d'un bien immobilier compris dans le plan.... ».

ولا يقصد بالغير في مجال الشهر الشخصي الكافة الذين لم يكونوا طرفا في التصرف المشهر فهؤلاء الغير بالمعنى العام لا شأن لهم بالشهر، ولا يؤثر في مواجهتهم أن يكون الحق مشهرا أم لا. بل هو الغير بالمعنى الخاص و هو الذي يتلقى حقا منافسا أو مزاحما لحق آخر تلقاه شخص آخر من نفس المتصرف و هذا ما جاءت به المادة 30 من المرسوم المؤرخ في 1955/01/04 التي تنص: " إن العقود و القرارات القضائية الخاضعة للشهر وفقا للفقرة الأولى من المادة 28، لا تكون نافذة في مواجهة الغير الذي اكتسب حقا على نفس العقار و من نفس المتصرف، حقوقا مزاحمة بناء على عقود أو قرارات خاضعة لإلزامية الشهر و التي شهروها، أو قاموا بقيد امتيازات أو رهون، كذلك لا يمكن الاحتجاج بها إذا تم شهروها، عندما تكون العقود أو القرارات أو الامتيازات أو الرهون التي يتمسك بها الأغيار أسبق في شهروها ... ".²⁶²

يظهر لنا مما سبق أن التشريع الفرنسي أقر حماية للغير الأولى تتجلى عند تزامم الحقوق بموجب قاعدة عدم النفاذ والثانية تقر بحالات خاصة لحماية الغير.

أولا: النظام العام لقاعدة عدم النفاذ le régime général de l'inopposabilité

من خلال المادة 30 من المرسوم السابق التي أقرت عدم نفاذ التصرفات الخاضعة للشهر في مواجهة الغير عند عدم شهروها. إلا أن هذه القاعدة ليست على مطلقها فقد يحرم الغير من مزايا التمسك بغيريته وهذا ما سنفصل فيه.

²⁶² Article 30 du décret du 04 janvier 1955 : « Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés.

Ne peuvent toutefois se prévaloir de cette disposition les tiers qui étaient eux-mêmes chargés de faire publier les droits concurrents, ou leurs ayants cause à titre universel ».

1 - الغير المعني بالحماية في تراحم الحقوق

إن قاعدة عدم النفاذ كحل لحالات التراحم بين الخلف الخاص لنفس المتصرف المبدأ فيها أن التصرف الواجب الشهر إذا لم يتم إخضاعه لعملية الشهر لا يكون نافذا في مواجهة الغير، والتساؤل المطروح من هو الغير الذي يتمتع بهذه الحماية أي بعدم نفاذ التصرف في مواجهته، وما هي الشروط التي يجب أن تتوفر فيه ليكون كذلك.

لقد حاول الفقه الفرنسي تحديد الغير المقصود من خلال استنباط الشروط الواجب توافرها في الغير الذي يرغب في التمسك بإعمال قاعدة عدم الاحتجاج عليه بالتصرفات غير المشهرة أو التي تأخر شهرها والمزاحمة لحقه المشهر. وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكتسب الغير حقا مزاحما على ذات العقار

فلا يمكن لشخص ما أن يتمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف ما، إلا إذا كان هذا الغير قد اكتسب حقا مزاحما يتعلق بذات العقار ومن نفس المتصرف - السلف-، بمعنى أن يكون حقه مستغرقا لكافة عناصر الحق المزاحم على ذات العقار، كأن يثور التراحم أو النزاع بين مشتريي ذات العقار على التالي؛ إذ أن محل عقد كل منهما يتعلق بملكية العقار محل النزاع، ومن ثم فلا يمكن تصور تراحم بين حق مشتري ملكية رقبة العقار وبين صاحب الانتفاع بذات العقار، ويمكن تصور هذا التراحم بين دائنين مرتين لذات العقار أو بين صاحبي حق امتياز على ذات العقار لتراحمهما على مرتبة استيفاء حقوقهما على العقار.

الشرط الثاني: أن يكون الغير خلفا خاصا لنفس المتصرف

يفترض لإعمال قاعدة الاسبقية في الشهر وجود تنازع بين شخصين أو أكثر تلقوا على التوالي حقوقا متزاحمة على ذات العقار من نفس المتصرف، بحيث تكون الأفضلية لمن سبق الى شهر حقه.²⁶³

ولا يكفي أن يكون الغير خلفا خاص و حسب بل يشترط أن يكون خلفا لنفس المتصرف الذي تلقى منه المنافس له حقه الذي لم يشهره أو تأخر فيه. أما إذا كان النزاع قائما حول نفس الحق ولكن بين شخصين تلقى كل منهما حقه من متصرف مختلف عن الآخر، فإن الشهر العقاري وقواعده لاسيما أسبقية الشهر ليست كفيلة بحل النزاع، إنما حله يقتضي البحث عن من كان المالك الحقيقي محل النزاع ومن لم يكن كذلك، فيثبت الحق لمن تلقاه من المالك ويزول حق من تلقاه من غير المالك. وبذلك تكون قاعدة عدم النفاذ هي الوسيلة المعتمدة في نظام الشهر العقاري لحل مختلف المنازعات.²⁶⁴

وإعمال جزاء عدم الحجية المنصوص عليه في قوانين الشهر يعد استثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بالانتقال الفوري للملكية بمجرد التراضي، وبالتالي وجب تطبيقه في أضيق الحدود وعدم التوسع فيه أو القياس عليه من هذه الناحية.²⁶⁵

الشرط الثالث: يجب أن تكون حقوق الغير خاضعة للشهر تحت جزاء عدم الحجية

وهذا الشرط يستفاد من نص المادة 30 من مرسوم 1955/01/04 بقولها: "... خاضعة لذات الالتزام بالشهر ...". وهذا لأن إعمال قاعدة عدم الحجية تتطلب وحدة النظام من حيث

²⁶³ MARTY Gabriel ; RAYNAUD Pierre ; JESTAZ Philippe, *les sûretés - la publicité foncière*, 2^e Edition, SIREY, 1987, P 531.

²⁶⁴ PIEDELIÉVRE Stéphane, *op cit*, p245.

²⁶⁵ JOBARD- BACHELLIER Marie- Noëlle ; BERMOND Vincent, *op cit*, p191.

لزوم الشهر كأن يكون كلا التصرفان المتزامين خاضعين للشهر الالزامي أو أن كلاهما يخضعان للشهر الاختياري.

فمثلا المستأجر لعقار لمدة لا تزيد عن 12 سنة والذي لا يخضع حقه للشهر لا يمكنه الاحتجاج بحقه على مشتري الأرض الزراعية محل الإيجار الذي لم يشهر عقد شرائه للأرض المؤجرة، لأن حق المستأجر في الإيجار في هذا الفرض لا يخضع للشهر ولهذا لا يعتبر غيرا بهذا المفهوم.²⁶⁶

في حين أن أصحاب حقوق الارتفاق والدائنين المرتهنين للعقار الذين سبقوا في قيد حقوقهم، يجوز لهم التمسك بعدم الاحتجاج بالتصرفات التي أجراها سلفهم على ذات العقار والتي لم تشهر ولو كانت سابقة على نشوء حقوقهم أي ولو كانت هي الأسبق في التاريخ من حيث النشأة والإبرام.²⁶⁷

الشرط الرابع: أن يكون الغير قد سبق إلى شهر حقه

فلا يمكن إعمال قاعدة الاسبقية في الشهر إذا لم يبادر الغير الذي يدفع بعدم نفاذ الحق المزاحم لحقه بشهر حقه قبل أن يشهر صاحب الحق المزاحم إلى ذلك. وعلى هذا فإن الغير الذي يحوز حقا تلقاه من المتصرف نفسه والذي لا يتوفر لديه هذا الشرط، أي أنه لم يشهر حقه فإنه لا يستطيع أن يعترض على الحقوق المزاحمة التي أشهرها صاحبها وبدلا من أن يستفيد من قاعدة عدم النفاذ في مواجهة المزاحمين هم من يستفيدون من القاعدة في مواجهته. ومن أجل المفاضلة فإن الأولوية تكون للذي أشهر حقه في مواجهة من لم يشهر حقه وفي حالة إشهار كلا المتخاصمين لحقوقهما فإن الأفضلية لمن سبق في الشهر، وتاريخ الشهر

²⁶⁶SIMLER Philippe, Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, 4^e édition, DALLOZ, p698.

²⁶⁷ MARTY Gabriel ; RAYNAUD Pierre ; JESTAZ Philippe, op cit, p 532.

الذي يعتد به في الترتيب هو تاريخ إيداع الوثائق اللازمة للشهر، على أن يتم الشهر النهائي فعلا وفي الآجال. ²⁶⁸

الشرط الخامس: حسن نية الغير

لم يكتف قضاء محكمة النقض الفرنسية بالشروط السابق ذكرها في الغير الذي يرغب في التمسك بقاعدة الاسبقية في الشهر، وبعدم الاحتجاج عليه بالتصرفات غير المشهورة المزاحمة لحقه المشهر فأضاف القضاء شرطا جديدا مقتضاه أن يكون هذا الغير حسن النية. وبمفهوم المخالفة فمن كان سيء النية فإنه لا يستفيد من هذه القاعدة.

ويرى الفقه أن الغير حسن النية المقصود هو الغير الذي يجعل العيوب والشوائب التي تعيب أو تشوب سند أو رسم من كان تلقى الحق منه يوم تلقى هذا الحق وتسجيله على اسمه في السجل العقاري. ²⁶⁹

ويعرف كذلك أنه الغير الذي لا يربطه أي اتفاق تدليسي أو تواطؤ مع المالك المقيد من أجل الإضرار بالشخص الذي يطالب بتقييد حقه ومتى ثبت هذا التواطؤ عن طريق تدخل إرادة الطرفين معا، فإن الغير المقيد يكون سيء النية ويواجه بآثار التشطيب على حقه من السجلات العقارية ولا مجال للحديث هنا عن استقرار المعاملات أو حجية التقييدات، لأن هذه الحجية تبقى نسبية في مواجهة الغير سيء النية. ²⁷⁰

أما قضاء محكمة النقض الفرنسية فقد مرت بمرحلتين بخصوص تحديدها لمعنى سوء النية أو حسنها و أثرها على حجية التصرفات المشهورة، ففي مرحلة أولى أخذت بنظرية الغش الموصوف بالتواطؤ التدليسي، فلا تقضي محكمة النقض بوجود الغش المفسد لحجية البيوع

²⁶⁸MARTY Gabriel ; RAYNAUD Pierre; JESTAZ Philippe, op cit, p 534. Philippe SIMLER, op cit, p 699.

²⁶⁹ مأمون الكزبري. نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق، ص 167.

²⁷⁰ عبد العالي دقوقي، الإلغاء والتشطيب في التشريع العقاري المغربي، رسالة دكتوراه، الرباط، 2002/2001،

ص271.

التي تم شهرها إلا إذا إتسم هذا الغش بمناورات تدليسية و طرق احتيالية من جانب البائع و المشتري الثاني، بهدف تجريد المشتري الأول من حقه، مثال على ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بأن إقدام المشتري الثاني على شراء عقار بثمن مضاعف مع علمه بعدم شهر البيع الأول يعتبر قرينة كافية لثبوت سوء النية من جانب البائع و المشتري الثاني مما يستتبع حرمان المشتري الثاني من أن يتمسك بالاحتجاج بحقه المشهر على المشتري الأول.²⁷¹

وفي مرحلة ثانية بدأت محكمة النقض تهجر نظرية الغش الموصوف بالتواطؤ التدليسي، واعتفت نظرية الغش البسيط أو الغش المستفاد من العلم المجرد بسبق التصرف في العقار المبيع، وبذلك اكتفت بمجرد علم الغير المقيد بالسند العقاري بوجود حق آخر قبله غير مقيد. فمجرد المعرفة تقوم كقرينة على سوء النية.²⁷²

2-الغير المحروم من الحماية

قد تتوافر الشروط السابقة في الغير، ومع ذلك يحرمه القانون من المزاومة بحقه الذي تلقاه، وهذا الاستثناء يعود إلى أسباب أخلاقية بحتة تتعلق بحسن النية ونبذ الغش في التصرفات وهو الغير الذي نصت عليه المادة 30 الفقرة 01 02°.²⁷³

أ- الغير الذي كان مكففا بإجراء عملية الشهر التي لم تتم أو تأخر تنفيذها

يدخل ضمن هؤلاء، الممثل القانوني للقاصر الذي يهمل شهر التصرف باسم هذا الأخير ثم يقوم بشراء العقار لنفسه ويبادر فورا إلى إشهار عقده،²⁷⁴ ويشمل أيضا المكلف بإدارة

²⁷¹ PIEDLIÉVRE Stéphane, op cit, p 259.

²⁷² MARTY Gabriel ; RAYNAUD Pierre ; JESTAZ Philippe, op cit, p 536. SIMLER Philippe, op cit, p 702.

²⁷³ فتحي ويس، المرجع السابق، ص 392.

²⁷⁴ JORBARD- BACHELLIER Marie- Noëlle ; Vincent BERMOND, op cit, p 197.

الأموال وغيرهم ممن تتوفر لديه سلطة إدارة أموال الغير. كما أضافت المادة سالفه الذكر إلى هؤلاء جمعياً ورتتهم.²⁷⁵

ب- الغير الذي أشهر حقه عن طريق الغش

في مجال الشهر العقاري مثله مثل باقي مجالات القانون، لا يمكن عدم المعاقبة على الغش انطلاقاً من قاعدة *fraus omnia corrumpit*، فالغير الذي أشهر حقه عن طريق الغش يحرم من الاستفادة من قاعدة عدم النفاذ.²⁷⁶

ثانياً: حالات خاصة تشملها حماية الغير *regimes spéciaux d'inopposabilité*

في مقابل النظام العام لقاعدة عدم النفاذ المشار إليها في نص المادة 30¹ من المرسوم المؤرخ في 1955/01/04، تظهر بعض الأنظمة الخاصة لحماية الغير في قانون الشهر العقاري تثار فيها قاعدة عدم النفاذ ليس من أجل حل المنازعات التي تثار بين من تلقى حقوقاً مزاحمة من نفس المتصرف، وإنما تشمل حالات أخرى أثارها المرسوم المذكور حماية للغير بعيداً عن هذه القاعدة المذكورة أعلاه. وهي الحالات التالية:

1 - حجية الهبات الخاصة بالحقوق العينية العقارية

للحبة في الحقوق العينية العقارية في القانون الفرنسي أحكام خاصة تحكم وتحل حالة التزاحم بين المستفيد من الهبة وبين الغير الذي يتلقى حقا على نفس العقار الموهوب، حيث احتفظت المادة 30 فقرة 2 من مرسوم 04 جانفي 1955 بنفس الأحكام الخاصة بهذا النوع من التصرفات المنصوص عليها في المادة 941 من القانون المدني الفرنسي.

²⁷⁵ PIEDELIÉVRE Stéphane, op cit, p 258. MARTY Gabriel ; RAYNAUD Pierre ; JESTAZ Philippe, op cit, p 735.

²⁷⁶SIMLER Philippe, op cit, p 701.

وتظهر الخصوصية هنا في أن عدم إشهار عقد الهبة يمكن أن يتمسك به كل ذي مصلحة وليس الغير الذي تتوفر فيه الشروط السابق ذكرها.

ويرجع الفقه هذا الحكم الاستثنائي إلى أسباب تاريخية تتمثل في رغبة المشرع الفرنسي القديم الذي نظام إشهار الهبات في حماية أسرة الواهب من تصرفاته المضرة بهم، ولذلك فإنه يجوز لورثة الواهب أن يدفعوا بعدم حجية الهبة إذا لم تشهر بالرغم من أنهم ليسوا خلفا خاصا للمتصرف وقد ثار خلاف كبير في أوساط الفقه وحاد بين غرف محكمة النقض الفرنسية في تفسير عبارة " كل ذي مصلحة" الواردة في نص المادة 941 من القانون المدني الفرنسي.²⁷⁷

2 - عدم النفاذ الضيق للإيجارات لمدة تزيد مدتها عن 12 سنة والمخالصات

والحوالات: l'inopposabilité restreinte

يعتبر عدم النفاذ في هذه الحالة ضيقا، لأن قاعدة عدم النفاذ تظهر فقط في الحالة التي يكون فيها الشهر يزيد عن المدة المحددة وتطبيقا لنص المادة 30 3° من المرسوم 1955/01/04 فالإيجارات التي تزيد مدتها عن 12 سنة والعقود التي تتضمن مخالصات تزيد مدتها عن 03 سنوات لا تكون نافذة في مواجهة الغير إلا في حدود المدة المحددة قانونا.

فإذا كان عقد الإيجار غير المشهر مدته ثمانية عشر (18) سنة، فلا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا في حدود مدة اثني عشر (12) سنة الأولى ولا يكون نافذا بالنسبة السنوات الستة اللاحقة.²⁷⁸

²⁷⁷PIEDELIEVRE Stéphane, op cit, p 264. Philippe SIMLER, op cit, p 706.

²⁷⁸GREGORIE Michèle, **Publicité foncière sûretés réelle et privilèges**, BRUYLANT BRUXELLES, 2006, p43. JOBARD- BACHELLIER Marie- Noëlle ; BERMOND Vincent, op cit, p .193

3 - قاعدة عدم النفاذ بعيدا عن أي تراحم بين الخلف الخاص l'inopposabilité en dehors de tout conflits entre ayant causes a titre particulier

تعتبر هذه الحالة أي تطبيق قاعدة عدم النفاذ دون وجود أي خلاف بين الخلف الخاص، والتي جاء بها المرسوم المؤرخ في 1955/01/04 خروجاً عن القاعدة العامة في عدم النفاذ في قانون الشهر العقاري التي جاءت من أجل حل التراحم في حالة التراحم بين الخلف الخاص لذات المتصرف. وتظهر في حالتين هما:

أ- الشرط المانع من التصرف وكل التقييدات الأخرى لحق التصرف:

فرضت في نص المادة 28 ° 2 من مرسوم 1955/01/04 شهر العقود بين الأحياء التي تبرم بصفة مستقلة والتي تشتمل على شروط تتعلق بالمانع من التصرف المؤقت وكل التقييدات على حق التصرف. كما رتب المادة 1/30 ° 3 من نفس المرسوم جزاء عن عدم شهر هذه الحقوق بنصها على أن الخلف الخاص لحق مشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 28 الذين أشهروا العقد أو القرار القضائي المتضمن حقهم لا يمكن الاحتجاج ضدهم بالعقود بين الأحياء المتضمنة المبرمة بعقود مختلفة تتضمن شروطاً تمنع حق التصرف مؤقتاً وكل قيد آخر لحق الملكية أو القرارات القضائية التي تتضمن مثل تلك الشروط، عندما تكون هذه العقود أو القرارات قد تم شهرها لاحقاً لتاريخ شهر حقوق الخلف الخاص. وتتضمن هذه الحالة افتراض وجود شرط يمنع التصرف مؤقتاً وكل التقييدات الأخرى لحق التصرف clause d'inaliénabilité ou toutes autres restrictions au droit de dispoer في عقد غير العقد المبرم بين طرفيه وأن هذا الأخير لم يتم شهره، وبذلك لا يكون نافذاً في مواجهة الغير. فإذا قام المالك بالتصرف في حق ملكية مقيد بمثل هذه الشروط فإنه يكون نافذاً.

إعمال قاعدة عدم النفاذ ليس من شأنها حل أي خلاف بين خلف خاص لذات المتصرف وإنما تتعلق بتراحم المستفيد من الشرط المتعلق بتقييد حق التصرف والخلف الخاص للمالك

للحق المقيد، في المقابل الخلف الخاص يعتبر سيء النية إذا كان الشرط المانع من التصرف أو المقيد لحق الملكية قد تم إشهاره سابقاً.²⁷⁹

و كمثل على ذلك العقد الذي يشترط فيه البائع حق استرجاع المبيع (pacte de réméré) بعد تسديد الثمن و المصاريف و الذي نصت المادة 1639 من القانون المدني الفرنسي، و فيما يخص التقييدات من حق التصرف ما جاء به القانون المؤرخ في 16 جويلية 1971 في المادة 48 فيما يتعلق بعقد الترقية العقارية، و ما جاء به القانون المؤرخ في 12 جويلية 1984 في المادة 4 منه فيما يتعلق في عقد البيع الإيجاري.²⁸⁰

ب- الشرط المتعلق بزوال الحقوق المشهورة:

الشروط التي من شأنها أن تؤدي إلى إلغاء حق مشهر بأثر رجعي، إن لم تكن مضمنة في العقد أو الحكم المتضمن أو المنشئ للحق، فإنه يشترط أن تشهر بشكل مستقل من خلال محرر يتضمن تلك الشروط. فإذا ما تم ذلك فإن كل تصرف يجريه المالك فيما بعد سيظل مهددا بتلك الشروط، حتى إذا ما تم تفعيل الشرط و زال حق المالك بأثر رجعي سرى ذلك في حق الغير الذي تلقى حقه من المالك و زال حقه هو الآخر بأثر رجعي.²⁸¹

غير أنه إذا تخلف شهر المحرر المتضمن الشرط الفاسخ أو السبب المبطل أو تأخر شهره إلى ما بعد شهر حق الغير الذي آل إليه الحق، فإن الشرط إذا ما تم تفعيله وقضى بالبطلان فإن ذلك لن يؤثر في حق الغير الذي أشهر حقه قبل شهر الشرط الفاسخ أو السبب المبطل. ذلك أن عدم الشهر قرينة على عدم علم الغير به ومن ثم على حسن نيته لذلك و جب تجنيبه خطر زوال حقه الذي اكتسبه عملاً بنص المادة 30 فقرة 1 4° من مرسوم المذكور أعلاه. التي تنص: " إن فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حق من الحقوق المشار إليها في الفقرة

²⁷⁹ PIEDELIÉVRE Stéphane, op cit, p 268-269.

²⁸⁰ JOBARD- BACHELLIER Marie- Noëlle ; BERMOND Vincent, op cit, p 192.

²⁸¹ PIEDELIÉVRE Stéphane, op cit, p 268-269. SIMLER Philippe, op cit, p 844. MARTY Gabriel ; RAYNAUD Pierre ; JESTAZ Philippe, op cit, p 773.

الأولى من المادة 28 عندما ينتج أثرا رجعيا لا يكون حجة في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق الزائل إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه تم ذلك قد أشهر بشكل مسبق أو كان سبب ذلك موجودا في القانون²⁸²

وبذلك فإنه لا مجال لتمسك الخلف الخاص لصاحب الحق الزائل بعدم نفاذ العقد أو الحكم المتضمن الشرط الفاسخ أو سبب البطلان في مواجهته إذا كان قد تم شهره قبل شهر حق الغير .

وإذا كان الشرط الذي يهدد بزوال الحقوق المشهورة هو شرط سببه القانون، فيكون نافذا في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر بعيدا عن أي قاعدة من قواعد الشهر العقاري وذلك لأنه يستحيل إشهار شرط يتضمن بطلان العقد لهذا السبب، إذا يفترض العلم بها استنادا لقاعدة لا يعذر أحد بجهل القانون.

وقد يكون زوال الحقوق نتيجة شرط يتضمن فسخ أو ابطال الحقوق المشهورة بناء على اتفاق الأطراف -أي فسخ اتفاقي- حتى وإن كانت هذه الفرضية نادرة.²⁸³

²⁸² Article 30/1^o4 : « La résolution ou la révocation, l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1^o de l'article 28, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si la cause réside dans la loi ».

²⁸³PIEDELÉVRE Stéphane, op cit, p 269.

الفرع الثاني: الغير في نظام الشهر العيني

بعد أن رأينا أن طبيعة التسجيل في نظام الشهر الشخصي تتمثل في مهمة شهر المحرر على عاتقه، فيمكن تصور بيع عقار من غير مالك لتشابه الأسماء، كما يمكن أن يكون هذا البيع باطلاً أو قابلاً للإبطال، كما يمكن أن يكون صورياً أو مزوراً لأن الشهر لا يظهر التصرف، والذي ينقل الملكية في هذا النظام هو العقد وليس التسجيل.

كما أن القول بأن العقد هو الذي ينقل الملكية، يثير الخلاف حول الوقت الذي تنتقل فيه الملكية هل من وقت التسجيل أو من تاريخ العقد، ذلك أن الاعتداد بتاريخ العقد لنقل الملكية يقصد به أن للشهر أثر رجعي يترد إلى تاريخ إبرام العقد وليس الشهر.²⁸⁴

وبما أنه في ظل نظام الشهر الشخصي تنتقل الحقوق بالعيوب التي تعترها، فإن نطاق حماية الغير يضيق، أي لا يحظى بحماية مطلقة ولا كافية فهو مهدد بإهدار الحقوق المشهورة. وهكذا تضعف الثقة في الحقوق المسجلة في السجل العقاري وتكثر المنازعات بشأن الملكية العقارية، وتفتقر الغاية التي من أجلها التي أنشئ السجل العقاري وهي تثبيت الملكية العقارية ووضع حد للمنازعات بشأنها.²⁸⁵

وتكون من مصلحة الغير التمسك ببيانات السجل العقاري بناء على الثقة التي وضعها فيها. ولا يتأتى ذلك إلا في ظل نظام يفترض أن يكفل له هذه الحماية وهو نظام الشهر العيني التشريعات التي تتخذ نظام الشهر العيني كأساس لإعداد السجل العقاري والذي يقوم على مبدأ الأثر المنشئ للشهر، لا وجود للحق العيني لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا من تاريخ اشهاره. وهذا الحق المشهر يعتبر حجة في مواجهة الكافة، مما يفرض عليهم احترام وجود هذا الحق. وبالتالي فإن الغير الذي سبق ذكره في نظام الشهر الشخصي لا يتصور وجوده في ظل هذا النظام.

²⁸⁴ جمال بوشنافة، (الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية - دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 03، العدد 03، 2010، ص 94.

²⁸⁵ حسن عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 377. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 153.

إلا أن التشريعات التي أخذت بها النظام والتي لم تأخذ بمبادئه على مطلقها، فهناك من ترك مبدأ الأثر المنشئ للشهر وقوته المطلقة في الإثبات وما يترتب عليهما من آثار، ومنها من خفف من حدة تلك المبادئ واستبدل القوة المطلقة للإثبات بمجرد القوة النسبية وتكرر للأثر المطهر للشهر، وفتح باب الطعن في التصرفات المشهورة، بل أكثر من ذلك فإن من التشريعات رغم تبنيها نظام الشهر العيني إلا أنها جعلت لحسن النية أثرا على حجية الشهر.²⁸⁶

وبذلك فإن وجود الغير في التشريعات ليس راجعا لتطبيق نظام الشهر العيني، وإنما ذلك يرجع بلا شك لإرادة كل مشرع بناء على أخذه بهذا النظام وتكييفه حسب التركيبة الاجتماعية والسياسية التي تميزه.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة التي تعتمد على نظام الشهر العيني فإنها لم تعط تعريفا لهؤلاء الأعيان.

أما عن الفقه، فإن الغير في حقل الشهر العقاري عرفه القاضي حسين عبد اللطيف حمدان في حقل الشهر العقاري بأنه: " كل شخص لم يكن فريقا في العقد غير المقيد في السجل العقاري، وله مصلحة في استبعاد تنفيذ هذا العقد " ²⁸⁷ أو هو "كل شخص من غير المتعاقدين وورثتهما، تكون بينه وبين أحد المتعاقدين علاقة قانونية تجعل له مصلحة في التمسك بالعقد المقيد".²⁸⁸

حجية التسجيل بالسجل العقاري تعني بالمفهوم العام أو الواسع أن صاحب الحق المسجل في السجل العقاري يستطيع التمسك بهذا الحق إزاء الكافة ومنع أيا كان من التعرض لحقه، وبشكل خاص له أن يطلب نزع يد الحائز للعقار المسجل على اسمه حتى لو كان هذا الحائز يدعي لنفسه حقا عينيا على هذا العقار ما دام الحق الذي يدعيه غير مسجل بالسجل العقاري.

²⁸⁶ فتحي ويس، المرجع السابق، ص 410.

²⁸⁷ حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 402.

²⁸⁸ محمد خيرى، المرجع السابق، ص 593.

والغير هنا هو الشخص الأجنبي عن العقد سواء أكان من كافة الناس أو خلفا لأحد المتعاقدين الخاص أو العام، والغير بمعناه العام في هذا المقام يشمل كل الأصناف السابقة ما عدا الخلف الخاص لأحد المتعاقدين وهو الذي يعبر عنه بالغير بالمعنى الخاص في مصطلحات قوانين الشهر العقاري.

بجانب المعنى الواسع أو العام للأغيار هناك معنى خاص أو ضيق هو المقصود عادة عن الحديث عن الغير في شأن حجية التسجيل العقاري، ويقصد به في هذا الخصوص كل صاحب حق عيني مبني على سبب صحيح محفوظ قانونا أي تم تسجيله ومثاله المشتري الثاني لعقار سبق بيعه، إذا كان قد سجل عقد البيع الخاص به. وكذا الدائن المرتهن الذي يثبت له حق على العقار المبيع ويكون قد قيد هذا الرهن. فالمشتري الثاني والدائن المرتهن يعتبران من الغير بالنسبة للمشتري الأول الذي لم يسجله عقده أو سجله بعد تسجيل حقهما.²⁸⁹

بذلك يعتبر من الغير الخلفاء الخصوصيون والدائنون العاديون الذين يحق لهم أن يتذرعوا بعدم قيد العقد الذي أجراه المديون. كما يعتبر من الغير جماعة الدائنين في حالة افلاس صاحب الحق في العقار. ذلك أن الدائن العادي يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف الجاري على عقار المدين وغير المقيد في السجل العقاري لأجل استبقائه في ذمة المدين والتنفيذ عليه لاستيفاء دينه.

أما الخلف العام فلا يعتبرون أغيارا وذلك كونهم يحلون. محل مورثهم في العقود التي أجراها هذا الأخير، ويلتزمون بجميع التعهدات الصادرة عنه بما لا يتجاوز قيمة الحصة التي أصابتهم من التركة. فإذا باع مورثهم عقارا ولم يقيد البيع في السجل العقاري، فإنهم يلتزمون بإجراء هذا القيد بعد أن حلوا محل مورثهم في ملكية العقار المبيع ولذلك لا يعتبر الورثة هنا غيرا. ولكن الأمر يختلف إذا كان المورث قد أبرم تصرفات أخرى إضرارا

²⁸⁹ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 204

بهم، كما لو تصرف بالتركة عن طريق الوصية أو الهبة بأكثر من النصاب الشرعي أو القانوني الذي يحق له التصرف به. ففي هذه الحالة لا تسري تصرفاته على الورثة الذين يعتبرون من الغير، فيما زاد عن النصاب المذكور.²⁹⁰

وقد ثار الخلاف في مدى تأثير هذا الغير حسب ما إذا كان حسن أو سيء النية، فالتشريع الخاص بالتسجيل العقاري في مصر كان يشترط حسن نية الغير حتى يتمسك بغيريته. فالغش والتواطؤ هما سببان يفسدان التصرفات المشهورة.

إلا أنه بعد أن صدر قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 وبدأ تطبيقه فعلا، والذي ارتكز على الأسس المعترف بها لنظام السجل العيني، أي على مبدأ الحجية المطلقة للبيانات وقيود السجل العيني واعتبار سند الملكية الذي يتولد عن عملية القيد المنطلق الوحيد للحقوق العينية العقارية، وبعد أن اتخذ من الإجراءات والأحكام ما يضمن سلامة وصحة التصرفات التي يستند عليها إليها قيد الحقوق.

وبعد أن أفصح المشرع عن هدفه في تحقيق الأمان التام لكل من يتعامل على العقار وفق بيانات السجل والعمل على تقوية نظام الشهر العقاري وتوفير أكبر قدر من الاستقرار للملكية العقارية يكون المشرع قد قضى نهائيا على ما أثير من خلاف حول تأثير سوء النية على حجية القيد في السجل العقاري، وإنما طبق نظام التسجيل المجرد.

وهذا ما أخذ به كذلك نظام السجل العثماني الذي لا يجعل من سوء نية الغير سببا أو تأثيرا في قوة وحجية التسجيل في السجل العقاري العيني، فالأسبق في تسجيل حقه له الأفضلية على غيره، وليس أمامه إلا اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويض وهذا بهدف ضبط حق الملكية وتحقيقا للحماية والاستقرار لها.²⁹¹

²⁹⁰ حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 403.

²⁹¹ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 205.

في حين أنه بالرجوع إلى الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري نجدهما يتحدثان عن الغير حسن النية،²⁹² فالغير حسن النية الذي لا ينبغي أن يواجه بآثار التشطيب هو الغير الذي لا يربطه أي اتفاق تدليسي أو تواطئ مع المالك المقيد من أجل إلحاق الضرر بالشخص الذي يطالب بتقييد حقه و متى ثبت هذا التواطؤ عن طريق تدخل إرادة الطرفين معا، فإن الغير المقيد يكون سيء النية و يواجه أثر التشطيب على حقه من السجلات العقارية و لا مجال للحدث هنا عن استقرار المعاملات أو حجية التقييدات، لأن هذه الحجية تبقى نسبية في مواجهة الغير سيء النية.²⁹³

وهذه الحجية التي أقرها التشريع العقاري المغربي هي نسبية فقد قيدها بأجل أربع سنوات من تاريخ القيد، بمرورها يكون المقيد حسن النية محميا من أي مطالبة قضائية قد تؤثر على مركزه القانوني وهذا للتوفيق بين مصلحة الغير حسن النية واستقرار المعاملات وهذا عملا بالفقرة الثانية من المادة الثانية من مدونة الحقوق العينية.²⁹⁴

وهذه الحجية النسبية أخذت به كذلك السجلات العقارية الأردنية كاستثناء والذي يكون بشطب التصرف المقيد من صحيفة العقار إذا طعن بالتزوير في التصرف أو إذا شابت إرادة المالك في أثناء إبرام العقد الخاضع للشهر، بالرغم من أنه القيد الناتج عن أعمال

²⁹² ينص الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري على: " كل حق عيني عقاري متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييد. وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة".

²⁹³ عبد العالي دقوقي، المرجع السابق، ص 271.

²⁹⁴ تنص المادة 2/2 من مدونة الحقوق العينية المغربية على: " إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية ولا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه".

التسوية في السجل يكتسي حجية مطلقة ولا يمكن الطعن بها وما على الغير إلا للمطالبة بالتعويض فقط لا إعادة الحال إلى ما كان عليه ولا حتى عن طريق الغش أو التزوير.²⁹⁵ أما عن الغير في التشريع الجزائري فلا يوجد له أي تعريف لا قانوني ولا فقهي، ومن خلال استقرار النصوص المتعلقة بالشهر العقاري. فإنه يمكن القول أن الغير نوعان، الأول وهو الغير بالمفهوم العام و الذي يقصد به الكافة و هو الذي لا يمكنه التمسك بوجود أي تصرف غير مشهر و لا بانتقال الحق، و هذا من خلال المواد 165، 792، 793 من القانون المدني و المواد 15، 16، 17 من الأمر 74/75.

ولا يتعلق الأمر بالغير بمفهوم خاص للغير والذي هو خلف خاص لأحد المتعاقدين من مصلحته الإبقاء على التصرف المشهر، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي الذي اشترط حسن النية في هذا الخلف.

ودليلنا في ذلك هو إطلاق المشرع لحق الطعن في التصرفات المشهورة دون تحديد لمن له مصلحة في ذلك، فقد يكون الخلف الخاص لأحد المتعاقدين، وقد لا يكون كذلك، وقد يكون صاحب المركز القانوني الذي أغفل السجل عن تسجيل حقه أثناء أعمال المسح. وهذا ما تؤكدته أغلب اجتهادات المحكمة العليا في هذا المجال والمتعلقة بإلغاء الدفتر العقاري التي لم تحصر حق الطعن في فئة معينة، كما سيتم شرحه لاحقاً.

أما النوع الثاني للغير أي الغير بالمفهوم الخاص أي الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر عند وجود شرط يتضمن بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق مشهورة وفقاً لنص المادة 86 من المرسوم 63/76، والخلف الخاص لصاحب عيني عقاري إذا تعلق الأمر بشرط عدم قابلية التصرف المؤقت وجميع التقييدات الأخرى لحق التصرف، وهذا ما جاءت به المادة 87 من المرسوم الأخير. وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل لاحقاً.

²⁹⁵ تيسير عبد الله المكيد العساف، المرجع السابق، ص 182-183.

الباب الثاني:
تطبيقات الغيرية في
السجل العقاري الجزائري

الباب الثاني: تطبيقات الغيرية في السجل العقاري الجزائري

الغيرية هي الحماية المقررة للغير، و يقصد بالحماية في القانون بأنها تأمين الحق من التعدي في جميع صورته. وتتجلى هذه الحماية في التوفيق بين المصالح المتعارضة بحيث لا يهدر حق الغير، و ذلك عندما يوجد حق آخر يوازيه أو أقوى منه بحيث يكون مركز الغير في مواجهة صاحب الحق.

ترتكز هذه الحماية على فكرة التنازع والذي تارة يكون بين صاحب الحق المستند إلى مركز قانوني وحق الغير المستند إلى مركز واقعي، وتارة أخرى تنازع بين صاحب الحق القانوني والغير القانوني أيضا.²⁹⁶

هذه المواجهة بين الغير وصاحب الحق تستوجب المفاضلة بين أحدهما، وهذا هو قوام فكرة الغيرية فلا تقوم الحماية إلا اذا وجد من ينازعه.²⁹⁷

بعد التعرض للغيرية كفكرة في مجال السجل العقاري وإلى الغير المعني بالحماية في مجال السجل العقاري لا تكتمل الدراسة دون البحث في أحكام الغيرية وأهم تطبيقاتها في هذا المجال.

ومادام أن الهدف من تطبيق فكرة الغيرية هو حماية الغير على حساب صاحب الحق، كون أن الحقوق الخاضعة للشهر ليس لها أثر بالنسبة للغير إلا بعد إتمام عملية الشهر، وكون أن زوال الحقوق المشهورة من شأنه أن يثير التساؤل حول مدى أخذ المشرع بمبدأ القيد المطلق.

²⁹⁶ حسان مجلي فارس المجالي، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2003، ص 01.

²⁹⁷ نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر في السجل العيني، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1977،

فمما لا شك فيه أن أحكام الغيرية وتطبيقاتها تتجلى بشكل ملفت في مجال وجود الحقوق وتزاحمها وعند زوالها، إلا أن هذه أحكام هذه الغيرية ليست على مطلقها، فقد تتعطل وتحرم الغير من مزايا غيريته. هذا ما سنتعرض له في الفصلين التاليين:

الفصل الأول: تطبيقات الغيرية في مجال تراحم الحقوق المشهورة.

الفصل الثاني: تطبيقات الغيرية في مجال زوال الحقوق المشهورة.

الفصل الأول

تطبيقات الغيرية في مجال تراحم

الحقوق المشهورة

الفصل الأول: تطبيقات الغيرية مجال تزامم الحقوق المشهرة

الغيرية هي أسلوب لحل التزامم بين التصرفات العقارية، مقرر لحماية كل من تلقى حقا عينيا واجب الشهر، والغير المقصود بالحماية هو كل شخص تلقى حقا عينيا عقاريا على أساس الثقة التي وضعها في قيود الشهر.

ويستوي في هذا أن يكون هذا الغير صاحب حق عيني أصلي كمشتر أو موهوب له أو صاحب حق عيني تبعي كدائن مرتهن مثلا، فالغيرية هنا تحمي أي حق عيني واجب الشهر سواء كان السبيل إلى الشهر هو التسجيل أو القيد.

فالحقوق والمحركات الخاضعة الشهر في السجل العقاري لا تخرج في وصفها من أن تكون متعلقة بحقوق عينية أصلية أو تبعية أو بحقوق شخصية أو بأحكام قضائية، و تتم هذه العملية بموجب إجراءات التسجيل إذا تعلق الأمر بالحقوق العينية الأصلية الواجبة الشهر، والقيد إذا تعلق الأمر بالحقوق العينية التبعية، وبالتأشير الهامشي إذا تعلق ببعض الحقوق الأخرى كالدعاوى القضائية، وإن كان المشرع الجزائري لا يفرق بين مصطلح الشهر والتسجيل، إلا أن أغلب التشريعات ذهبت إلى ذلك. و هذا ما سنتطرق إليه في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: حماية الغير في التسجيل.

المبحث الثاني: حماية الغير في القيد.

المبحث الأول: حماية الغير في التسجيل

يعتبر الشهر سببا لنشأة الحقوق العينية العقارية، كون أن إنشاء البطاقة العقارية أو الصحيفة العقارية لأول مرة هو شهادة ميلاد للوحدة العقارية ويفصل حاضر الوحدة العقارية تماما عن ماضيها، فلا يعترف إلا بالحقوق التي قيدت على الوحدة العقارية، وتتقضي كل الحقوق التي أغفل قيدها والتي كانت موجودة من قبل.²⁹⁸

والتسجيل هو وسيلة لشهر الحقوق العينية الأصلية في السجل العقاري، يترتب عليها وجود الحق وانتقاله فيما بين المتعاقدين وحتى بالنسبة للغير، هذا الغير الذي يتمتع بمركز قانوني في مجال تزامم الحقوق يحظى بحماية خاصة من خلال تطبيق قاعدة المفاضلة على أساس الأسبقية في القيد. وهذا ما سنتطرق فيما يلي:

المطلب الأول: التسجيل كوسيلة لشهر الحقوق العينية في السجل العقاري.

المطلب الثاني: الغيرية في التسجيل.

²⁹⁸ مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 30.

المطلب الأول: التسجيل كوسيلة لشهر الحقوق العينية في السجل العقاري

لا تنتقل الملكية والحقوق العينية العقارية سواء فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار هذا ما أكدت عليه المادة 793 من القانون المدني.

والإجراءات التي يجب مراعاتها في نقل الملكية والحقوق العينية العقارية هي بدون شك وجوب تسجيل العقار في مصلحة بالشهر وهي المحافظة العقارية، حتى ترتب أثرها في مواجهة طرفي العقد والغير. وهذا ما سنتطرق له فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف التسجيل.

الفرع الثاني: محل التسجيل.

الفرع الأول : تعريف التسجيل

التسجيل (transcription) هو صورة من صور الشهر العقاري، يكون بنقل صورة من العقد من دفاتر مخصصة معدة لذلك ، و هذه الطريقة المعتادة في التسجيل و تسمى بالتسجيل الحرفي أو الكلي.²⁹⁹

فوجوب التسجيل الحرفي للسند أو الحكم الخاص بنقل الملكية أو الحق العيني هو للاحتجاج به على الغير ذا الشأن كي يلم بكل الشروط الخاصة بالعقد.³⁰⁰

وتخضع للتسجيل التصرفات المنشئة والناقلة والمعدلة والمقررة أو الكاشفة والمنهية لحقوق عينية أصلية على عقار والأحكام المتعلقة بها، يدون في دفتر رقم الشهر وتاريخه وساعة إجرائه واسم الصادر لصالحه المحرر واسم الصادر ضده وبيان العقار ونوع التعامل.³⁰¹

ويحفظ أصل المحرر إن كان من المحررات العرفية أو الصورة الأولى إذا كان من المحررات الموثقة في أماكن معدة لهذا الغرض.³⁰²

²⁹⁹ محمد كامل مرسي، شهر التصرفات العقارية- التسجيل والقيود -، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر 1939، ص 30.

³⁰⁰ محمد كامل مرسي باشا، شهر التصرفات العقارية، - العقد كسبب من أسباب الملكية-، طبعة منقحة من طرف محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي، منشأة المعارف، 2005، ص 33.

³⁰¹ علي حسين نجيدة، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق، دار الثقافة العربية، دون سنة نشر، ص 37.

³⁰² عبد الفتاح مراد، شرح التشريعات والشهر العقاري، دار الكتب والوثائق المصرية، الطبعة الثانية، دون سنة نشر، ص 32.

والتسجيل بهذا المعنى يختلف عن العملية أو الاجراء الإداري الذي يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف والتي تسمى بحق التسجيل enregistrement.³⁰³

وبهذا يشكل التسجيل المنطلق الوحيد لتحديد هوية العقار المحفظ من الناحيتين المادية والقانونية، بحيث يكفي الرجوع إليه لكي توضح على وجه الدقة أوصافه ومشمولاته ومساحته وحدوده ويعرف على وجه اليقين مالكة وأصحاب الحقوق العينية المنشأة عليه.³⁰⁴ وهو كذلك بترتب عليه عدم انتقال الملكية إلا بالتقييد أي أنه لا تثبت للمشتري مثلا مزايا الملكية، فليس له أن يتصرف في العقار طالما أنه لم يسجل حقه فهو لم ينشأ بعد وهما من أهم آثار التقييد³⁰⁵

و لذلك أوجبت القوانين على أصحاب الحقوق العينية أن يعلنوا عن تصرفاتهم وحقوقهم بقيدها في السجل العقاري، لكي تثبت لهم، ولكي يمكنهم الاحتجاج بها غير الغير، وبغير هذا التسجيل فإن الحق العيني لا يعتبر موجودا لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير، فالتسجيل العقاري العيني هو الذي ينشئ الحق العيني وينقله أو يغيره أو يزيله وهو الذي يعطي صاحب الحق الاحتجاج في مواجهة الغير.

³⁰³ آسيا دوة، رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومه، الطبعة الثانية، 2009، ص 19.

³⁰⁴ مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، التحفيظ العقاري، الطبعة الثانية، شركة الهلال والعربية للطباعة والنشر، الرباط، 1987، ص 17.

³⁰⁵ محمد خيرى، المرجع السابق، ص 17.

الفرع الثاني: محل التسجيل

جعل المشرع الجزائري من الشهر العقاري مصدرا وحيدا للحقوق العينية العقارية، فأوجب شهر كل التصرفات والمحركات والوقائع والأحكام المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية الأصلية أو تغييرها أو زوالها، و كذا التصرفات والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية، وبعض الحقوق الشخصية والوقائع المادية وهذا ما سنتطرق إليه، أما الحقوق العينية التبعية فسنتطرق إليها من خلال المبحث الثاني.

أولا: التصرفات و الأحكام المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية الاصلية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها.

سنتطرق أولا إلى التصرفات القانونية الواجبة الشهر ومنه إلى الأحكام القضائية المنشئة القضائية المنشئة والكاشفة الواجبة الشهر

1. التصرفات القانونية الواجبة الشهر

استعمل المشرع الجزائري في نص المادة 14 من الأمر رقم: 74/75 عبارة "وجوب شهر العقود الرسمية" وهي ترجمة للنص باللغة الفرنسية التي جاء فيها acte والتي تعني التصرف وتعني العقد أيضا.

وبالرجوع إلى القانون السجل العيني المصري رقم: 1964/142 فإنهما استعملا مصطلح "تصرفات" بدلا من العقود بدعوى أن هذا المصطلح أكثر دلالة، وتندرج تحته إلى جانب العقود، الاتفاقات والأعمال القانونية التي تصدر من جانب واحد كالوصية والتصرفات الإدارية التي تتناول حقوقا عينية عقارية مثل الحجز الإداري ومراسيم نزع الملكية للمنفعة العامة.³⁰⁶ ومنه يمكن دراسة هذه التصرفات العقارية من خلال

³⁰⁶ محمد المنجي، قانون الشهر العقاري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، 2007، 110.

التصرفات القانونية المتعلقة بإنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها وكذا التصرفات الصادرة من جانب واحد الواجب شهرها بالسجل العقاري.

1- العقود المنشئة لحق عيني عقاري أصلي

مما لا شك فيه أن المصدر الوحيد للحق العيني العقاري هو الشهر، والعقد ما هو إلا وسيلة ممهدة لاكتساب الحق ونشأته لورود الإشهار عليه، إلا أن هذا لا يعني فقدان العقد قيمته كتصرف قانوني ينتج آثاره القانونية ما عدا إنشاء الحق العيني وكسبه أو انتقاله أو زواله ... فالعقد يظل صحيحا وموجودا حتى في غياب الشهر.³⁰⁷

ولا ترد العقود المنشئة على حق الملكية، فهو لا ينشأ بموجب العقد، لأن الإنشاء معناه الإيجاد، ولأن الملكية لا توجد ابتداء إلا بسبب الاستيلاء والاستيلاء ليس بتصرف قانوني وليس بعقد، وإنما هو واقعة مختلطة اختلطت فيها الحياة المادية وهي عنصر مادي بإرادة المستولي في أن يمتلك في الحال وهي عنصر إرادي. و لكن العنصر المادي هو المتغلب ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع المادية، و بالتالي فهو لا يعد تصرفا قانونيا، و لا يكون واجب التسجيل.³⁰⁸

خلافًا لهذا الرأي، يرى الدكتور أنور طلبية، بأن جميع التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء حق عيني سواء كان هذا الحق حق ملكية أو أي حق آخر يجب تسجيلها لنشوء هذا

³⁰⁷ فتحي ويس، المرجع السابق، ص 311.

³⁰⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، منشورات

الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 347.

الحق فيما بين المتعاقدين وأيضا بالنسبة للغير، ويرى بأن من العقود المنشئة للحق العيني كل عقد يترتب عليه إيجاد حق لأول مرة.³⁰⁹

العقد المنشئ هو العقد المنشئ لحق عيني عقاري أصلي، وهو العقد الذي يترتب عليه إنشاء أو إيجاد حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، مثل حق الانتفاع، حق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق.

ومنه فجميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب تسجيلها بالسجل العقاري، فهي لا تنشأ لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وهذا عملاً بنص المادة 15 و 16 من الأمر 74/75.

2-العقود الناقلة لحق عيني أصلي:

العقود أو التصرفات الناقلة هي العقود التي تنقل الحق من ملك أو ذمة شخص معين إلى ذمة شخص معين آخر، ويسري هذا الحكم على جميع العقود الناقلة للملكية وعقد البيع هو النموذج الذي يتخذه الفقه للعقود الناقلة للملكية وما يسرى على عقد البيع يسرى على سائر العقود الناقلة للملكية والحقوق العينية الأخرى، كعقد المقايضة في العقار، عقد هبة العقار، عقد الشركة، عقود بيع حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو هبتهما وعقد الشركة إذا قدم الشريك عقارا حصة له. فهذه الحقوق لا تنتقل لا فيما بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير إلا بتسجيلها بالسجل العقاري.³¹⁰

ولما كان عقد البيع من أهم أهدافه، أن تنتقل ملكية العين المبيعة من البائع إلى المشتري، فإن ذلك يستلزم تسجيل هذا العقد إذا انصب على عقار ويقع عبء التسجيل وإجراءاته على عاتق المشتري صاحب المصلحة في انتقال الملكية إليه، خاصة إذا كان الأثر المترتب على

³⁰⁹ أنور طلبة، الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات، دار نشر الثقافة، 1992، ص 163.

³¹⁰ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 55.

عدم تسجيل عقده هو عدم انتقال الملكية إليه وتظل على ذمة البائع الذي يستطيع أن يتصرف فيها مرة أخرى لمشتري ثان يمكن أن يسارع إلى تسجيل عقده، فتنقل إليه الملكية دون المشتري الأول.³¹¹

و هذا ما أكدته المادة 165 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "الالتزامات بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري."

وكذا ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

3- العقود المصرحة لحق عيني عقاري أصلي:

العقود أو التصرفات الكاشفة هي لحقوق موجودة وقائمة في الأصل ولكنها تستوضح أو تكشف عقداً آخر جديد، و هي تخضع للتسجيل عملاً بنص المادة 14 من الأمر 74/75 وهي تتمثل في عقد القسمة والصلح عندما يرد على أموال عقارية و هي:

أ- عقد القسمة:

يقصد بها القسمة الرضائية، إذا وقع العقد على عقار أي عقداً أطرافه هم شركاء في العقار، أثرها هو إفراز حصة كل شريك، فيصبح الشريك مالكا لجزء مفرز.³¹²

³¹¹ ليلي لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 153.

³¹² عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص 380.

وهو من العقود الكاشفة للحق واجبة الشهر والتي تكون بأثر رجعي فهو لا ينشأ حقا جديدا للمتقاسم، وإنما الحق الذي كان له في الشيوع هو الذي آل إليه بالقسمة، وكل ما أحدثته القسمة من أثر في حق المتقاسم إنما كان في تركيز هذا الحق في محله المادي بعدما كان الحق شائعا بحصة معنوية في كل المال الشائع.³¹³

ب- عقد الصلح:

الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه عملا بنص المادة 459 من القانون المدني. فعقد الصلح يعتبر عقدا كاشفا إذا كانت الحقوق المتنازع عليها قبل الصلح في يد أصحابها و أقيت كذلك بموجب عقد الصلح وبذلك يعتبر عقدا كاشفا ويجب إعلام الغير بالوضعية الجديدة³¹⁴

ولهذا أخضعه المشرع الجزائري للتسجيل، فلا يكون لهذه الحقوق أي أثر لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير إلا من تاريخ تسجيله وفقا لنص المادة 14 و 16 من الأمر 74/75.

4-العقود المعدلة لحق عيني عقاري أصلي:

هي العقود التي تعدل الحق العيني كأن يكون مقترنا بشرط أو أجل، فتلغي الشرط أو تطيل أو تقصر هذا الأجل، أو تزيد أو تنقص حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية وهذه العقود تكون واجبة التسجيل. كالعقد المغير لحق الإنتفاع على عقار لمدة معينة، والعقد المغير لحق الارتفاق على عقار لمدة معينة، وكذا التقييدات الواردة على حق الملكية. إضافة إلى ماسبق نجد في بعض التشريعات قيودا آخر لحق التصرف - الشرط المانع من التصرف- وهو أحد القيود الاتفاقية الواردة على حق الملكية والذي ينصب على أهم سلطة

³¹³ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 73.

³¹⁴ GREGORIE Michèle, op cit, p 16

من سلطات المالك على ملكه وهي سلطة التصرف، فتمنع المتصرف الذي آل إليه المال من التصرف فيه لمدة معينة.

نرى أن المشرع الجزائري أشار لهذا الشرط بموجب نص المادة 104 من المرسوم 63/76 بنصها: " يحقق المحافظ العقاري بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من صاحبه الأخير" و نص المادة 87 من ذات المرسوم التي جاء في حكمها عدم جواز احتجاج الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري على العقد أو القرار القضائي الذي يتضمن شرط عدم قابلية التصرف المؤقت إذا كان مشهرا، في حين أنه بالرجوع إلى نصوص القانون المدني لا نجد ما يفيد أخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط كقيد من قيود حق التصرف، على عكس بعض التشريعات التي نصت عليه صراحة كالمشرع الفرنسي و المصري.³¹⁵

وبذلك نرى أن السكوت التشريعي عن تنظيم شرط المنع من التصرف بنص صريح يفيد عدم الأخذ به، إلا ما نص عليه بموجب نصوص خاصة.³¹⁶

5- العقود المنهية لحق عيني عقاري أصلي:

أوجب المشرع تسجيل العقود المنهية أو المزيله لحقوق سابقة موجودة بالسجل العقاري، كالعقد المنهي لحق الانتفاع في عقار قبل إنقضاء مدته أو عقد ينهي حق الاستعمال في عقار أو حق السكن قبل انقضاء مدة الحق. فأبي من هذه التصرفات وجب قيدها في السجل العقاري، باعتبار أنها لا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير إلا بالشهر.

³¹⁵ وهذا بموجب المادة 823 من القانون المدني المصري والمادة 1/900 من القانون المدني الفرنسي.

³¹⁶ نص المشرع الجزائري على شرط منع التصرف المؤقت في نص المادة 6 من المرسوم 196/08 وهذا بوجوب إدراجه ضمن العقود التي تتضمن التنازل عن السكنات الاجتماعية التساهمية والسكنات ذات صيغة البيع بالإيجار، وكذا السكنات الاجتماعية العمومية وهذا تطبيقا لما جاء به قانون المالية لسنة 2008 في نص المادة 57 بمنعه للتنازل عن السكنات السابقة الذكر والذي تم تعديله بموجب قانون المالية لسنة 2019 بنص المادة 57 منه.

II. الأحكام المنشئة و الكاشفة لحقوق العينية

الأحكام القضائية هي ما يصدر عن الجهة القضائية للفصل في خصومة ما، وفقا للقواعد المقررة قانونا سواء صدر في موضوع الدعوى أو في مسألة إجرائية ويأخذ شكله ومضمونه ووصفه على حسب الجهة التي صدر عنها، والمسألة القانونية التي صدر بناء عليها أو على حسب الصيغة التي حرر بها.³¹⁷

وتخضع الأحكام القضائية لوجوبية الشهر عملا بنص المادة 14 من الأمر 74/75. ويشترط في الأحكام الخاضعة للشهر التي موضوعها تصرف واجب الشهر أن يكون نهائيا أي حائزا لقوة الشيء المقضي فيه. والذي قد يكون:

1- حكما منشئا :

وهو الحكم الذي يقرر إنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني موضوعي، وبذلك يحدث تغييرا في المراكز القانونية، فينتج آثارا قانونية جديدة ابتداء من تاريخ النطق بالحكم. ومن أهم هذه الأحكام وأكثرها شيوعا والتي ألزم المشرع شهرها:

أ- الحكم برسو المزداد:

هي الأحكام الصادرة بعد إنتهاء البيع الحاصل بالمزداد العلني والذي يترتب عليه نقل الملكية والحقوق العينية، والتي تعتبر أحكاما منشئة لحقوق عقارية عينية أصلية وتخضع للتسجيل.³¹⁸

ب- الحكم بثبوت الشفعة:

نص المشرع الجزائري في نص المادة 794: " الشفعة هي رخصة تجيز الطول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

³¹⁷ ليلي لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 181

³¹⁸ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 67.

الشفعة نظام مصدره الشريعة الإسلامية، قد شرعت لدفع الضرر الذي ينشأ بسبب الشركة في الملك وهي تفيد في جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الإنتفاع إلى الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة وهي تساعد على عدم تجزئة الملكية إذ تؤدي إلى عدم بيع العقار لغير الشريك.³¹⁹

واشترط القانون على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير، إلا إذا كان مسجلا وفقا لنص المادتين 799 و 800 من القانون المدني.

أوجب المشرع أيضا إشهار الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة الذي يكون سندا لملكية الشفيع وهذا وفقا لنص المادة 803 من القانون المدني. والذي يترتب عليه انتقال ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى الشفيع نتيجة لحلول الشفيع محل المشتري. أي أن قيد هذا الحكم هو مصدر الحق العيني أي حق ملكية العقار.³²⁰

ويلاحظ مما سبق أن المشرع لم يشترط إشهار عريضة رفع الدعوى واكتفى بوجوب تسجيل الرغبة في الشفعة حماية للغير وكذا بوجوب شهر الحكم القضائي النهائي الصادر بثبوت الشفعة.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا على أن دعوى الشفعة لا تدخل ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 من المرسوم 63/76 ضمن القرار 194437 المؤرخ في 2000/04/26 و الذي جاء فيه : " المبدأ : لا تدخل دعوى الشفعة ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 من المرسوم رقم 63/76، وما دام أن القرار المطعون فيه صرح برفض دعوى الطاعة شكلا بسبب عدم شهر عريضة دعوى الشفعة فإنه أخطأ في تطبيق مقتضيات المادة المذكورة.

³¹⁹ محمد خيرى، المرجع السابق، ص 608.

³²⁰ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 494.

و خلاصة القول أن الشفعة كسبب من أسباب الملكية ومصدر من مصادر الحق العيني ليس منشأ بذاته للحق، وإنما الذي ينشئ الحق هو شهر الحكم القضائي النهائي القاضي بتثبيت الشفعة.³²¹

2- حكما كاشفا أو مقررا:

يجب تسجيل الأحكام النهائية الكاشفة المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية كحال المنشئة، ومن بين هذه الأحكام التي تكشف عن حقوق عينية عقارية أصلية، الأحكام الصادرة في القسمة القضائية، والأحكام القاضية برسوا المزادات على الشركاء، وكذا أحكام رسو المزاد على حائز العقار المرهون، والأحكام المثبتة لوقوع عقد الصلح.³²²

ثانيا: الحقوق الشخصية

أضع المشرع الجزائري بعض الحقوق الشخصية التي ترد على عقارات للشهر ومن بين هذه الحقوق، حقوق الإيجار والسندات التي ترد على منفعة عقار.

1- حقوق الإيجار:

الأصل أن الشهر العقاري لا ينصب إلا على التصرفات والمعاملات الواردة على العقارات، إلا أن المشرع قد أوجب إخضاع عقود الإيجار مدتها اثني عشرة سنة إلى الإشهار العقاري كي يرتب أثرا بين الأطراف المتعاقدة ويحتج به تجاه الغير عملا بنص المادة 17 من الأمر 74/75.

ويرى الأستاذ مجيد خلفوني أن عقد الإيجار طويل المدة يتحول من حق شخصي إلى حق عيني، ذلك أن طول مدته يمس بجوهر الشيء ويقلل من قيمته، ويترتب على عدم إجراء

³²¹ فتحي ويس، المرجع السابق، ص 319.

³²² علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 86-87.

الشهر، أن عقد الإيجار لا يعتبر موجودا حتى فيما بين المتعاقدين ولا يكون له حجة على الغير.³²³

في حين أن الأستاذ أنور طلبه يرى أن وجوب شهر عقد الإيجار وإن كان يرتب التزامات شخصية يعود إلى اقترابه من أعمال التصرف، لذا وجب شهره حتى يعلم به الغير الذي تؤول له ملكية العين المؤجرة.³²⁴ إلا أن عقد الإيجار ينشئ فقط التزامات شخصية بين المؤجر والمستأجر وليس من شأنه نقل حقوق عينية على العين المؤجرة.³²⁵

وعن الأثر المترتب عن عدم شهر حق الإيجار الذي مدته 12 سنة فهو، عدم الوجود بين الأطراف أو كما نصت عليه المادة 17 من الأمر 74/75 لا يكون لها أي أثر بين الأطراف، أما بالنسبة للغير فلا يحتج به.

وبذلك يترتب على عدم شهر هذه الإيجارات، أثر عدم الوجود بين الأطراف وأثر عدم النفاذ بالنسبة للغير وهذا حكم غريب أتى به المشرع الجزائري، فبالنظر للمدة المحددة بـ 12 سنة توحى بأن المادة مستوحاة من المادة 3/30 من مرسوم 1955/01/04 التي حددت مدة الإيجارات طويلة المدى الخاضعة للشهر بـ 12 سنة والتي رتبت على عدم شهرها جزاء عدم نفاذها في مواجهة الغير فيما يزيد عن هذه المدة.

وحتى المشرع المصري رتب نفس الجزاء بموجب نص المادة 28 من قانون رقم 142 لسنة 1964 التي جاء فيها: " يجب قيد الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما

³²³ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 46.

³²⁴ أنور طلبه، المرجع السابق، ص 167.

³²⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني في العقود، عقد الإيجار، دار إحياء التراث العربي الإسلامي، دون سنة نشر، ص 14.

وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك. ويترتب على عدم قيدها ألا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات وفيما زاد عن أجره ثلاث سنوات بالنسبة للمخالصات والحوالات".

وهذا الحكم مستمد من القانون المدني المصري³²⁶ بموجب نص المادة 1045 في فقرتها الثانية: "... إذا كان الإيجار السابق على تسجيل التتبيه تزيد مدته على تسع سنوات. فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن".

هذا الحكم الأخير الذي أخذ به المشرع الجزائري بموجب نص المادة 896 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية والتي جاء فيها: " وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التتبيه تزيد مدته على تسع سنوات. فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن".

وبذلك جعل المشرع اشترط المشرع الجزائري مدة 9 سنوات لنفاذ عقد الإيجار في القانون المدني، بينما اشترط مدة 12 سنة في المادة 17 من الأمر 74/75 ورتب عليها أثر عدم الوجود فيما بين المتعاقدين وعدم النفاذ بالنسبة للغير، ولا يمكن القول أن الأمر يتعلق بنص خاص بقيد النص العام، وإنما بسقطة من المشرع حين استمد بعض أحكام قانون الشهر العقاري من القانون الفرنسي، ناسيا وجود نص مماثل في القانون المدني.

كان من الأجدر مراعاة ذلك تفاديا لهذا الانزلاق، لاسيما أن الأثر المنطقي لعدم شهر الإيجارات الطويلة عدم النفاذ بالنسبة للغير، ويثور التساؤل حول أثر عدم الوجود بالنسبة للطرفين يتعلق بحق شخصي وليس بحق عيني حتى وإن طالت مدته.

ويستبعد أن يكون المشرع قد تنبأ إلى ما وصل إليه الفقه الحديث من أفكار تعيد النظر في الطبيعة القانونية لحق الإيجار التي طرحت مسألة عينية حق المستأجر على بساط البحث،

³²⁶ القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

وبخاصة فيما يتعلق بمستأجر الأرض الزراعية، فليس هناك شك في أن نظام إيجار الأرض الزراعية بزيادته في مزايا حق المستأجر التي تميل به على أن يكون حقا عينيا لا مجرد حق شخصي.³²⁷

هذا فضلا على عدم تصور أن يكون الشهر مصدرا لحقوق الإيجار مثل ما هو الحال بالنسبة لحق الملكية والحقوق العينية المشار إليهم بموجب المواد 15 و16 من الأمر 74/75.

إضافة إلى ذلك فإن ما ورد في نص المادة 17 من وجوب مراعاة أحكام الثورة الزراعية الملغى بموجب المادة 75 الأمر 26/95 المؤرخ في 1995/09/25، وهذا وحده يبرر وجوب إعادة النظر في هذه المادة بتوحيد المدة، وترتيب أثر واحد وهو عدم النفاذ بالنسبة للغير

2- المخالصات و الحوالات:

المخالصة هي تلك المبالغ التي تدفع مقدما إلى مالك العقار كثمن إيجار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أما الحوالة فيقصد بها حوالة المنتفع من الإيجار الذي دفع ثمنه مقدما إلى شخص آخر ليحل محله في العقار المؤجر، ولقد أوجب المشرع كلاهما إلى التسجيل باعتبارهما حقوقا شخصية حتى يسري في مواجهة الغير عملا بنص المادة 897 من القانون المدني.

328

³²⁷ محمد إبراهيم علي شهبك، طبيعة حق المستأجر وأثره في النزول عن الإيجار والإيجار من الباطن، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2005، ص 40.

³²⁸ تنص المادة 897. من القانون المدني: " لا تكون المخالصات بالأجرة مقدما لمدة تزيد على ثلاث سنوات، ولا الحوالات كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن، إلا إذا كان تاريخها ثابتا وسابقا لتسجيل تنبيه نزع الملكية وإذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فأنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة مقتضى الوارد في الفقرة السابقة".

ثالثاً: الوقائع المادية

رأينا أن للحق مصادر، ومن بين هذه المصادر الواقعة القانونية، يقصد بالواقعة القانونية أنها كل فعل أو حدث يقع بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان يترتب عليه أثر قانوني كالكسب حق معين لشخص لم يكن له من قبل أو انتقال حق الشخص أو انتقاله لآخر.³²⁹ وتتمثل هذه الوقائع في الاستيلاء والحيازة والالتصاق والميراث وهذا ما سنتطرق إليه.

أ- الاستيلاء:

يعتبر الاستيلاء الوسيلة الوحيدة في كسب الملكية ابتداءً، فهو سبب منشئ لها يتم بوضع اليد على الشيء المباح بنية تملكه فعلاً لا قولاً أو عقداً. وهو كواقعة مادية يقع على الأشياء سواء كانت عقارات أو منقولات. بالرغم من أن فكرة الاستيلاء على العقار تبقى فكرة تاريخية لا مجال لتطبيقها حالياً مع تصنيف الأملاك وتحديدها ومسحها، وباعتبار العقارات غير المملوكة للأفراد، أو غير الخاضعة لنظام الوقف آتلة إلى ملكية لدولة ولا يرد عليها الاستيلاء.³³⁰

نص المشرع الجزائري على الاستيلاء بموجب نص وحيد وهو المادة 773 من القانون المدني بأنه: " تعتبر ملك من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم". وبذلك فإنه من حق الدولة الاستيلاء على الأملاك الشاغرة كتلك التي تركها المعمرين الفرنسيين أو اللذين توفوا دون ترك وارث أو الورثة الذين أهملوا أملاكهم العقارية التي تركها مورثهم.

³²⁹ علي بن عزان بن علي الهشامي، ص 88.

³³⁰ مفتاح دليوح، (الاستيلاء كسب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 02، 2022، ص 182.

وبالرغم من أن المشرع لم ينص على طريقة ووقت انتقال الملكية للدولة بطريق الاستيلاء، إلا أنه يخضع للتحقيق الأولي من أجل التحري والبحث عن الملاك المحتملين أو الورثة. ثم إلى رقابة القضاء كون أن الاستيلاء يكون بموجب دعوى للمطالبة به.

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في القرار رقم 38213 و القاضي بـ: " من المقرر أن نظرية الشغور مبنية على أسس محددة قانونا كالمعاينة و التصريح بالشغور، ومن ثم فإن القرار المتخذ من الإدارة بالاستيلاء على عقار دون استيفاء الإجراءات القانونية المثبتة لحالة الشغور يكون مشوبا بتجاوز السلطة، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن رئيس الدائرة قد قرر من جانب واحد الاستيلاء على المحل لصالح شخص طبيعي معتقدا أن مجرد الإشارة إلى التشريع الخاص بالأمالك الشاغرة دون الإتيان بدليل على توفر حالة الشغور هو وحده كاف لتأسيس قراره فإنه بتصرفه على النحو المذكور كان قراره مشوبا بتجاوز السلطة و متى كان الأمر كذلك استوجب إبطال أمر الاستيلاء على المحل المتنازع عليه".³³¹

ويترتب على الحكم بعد أن يصبح نهائيا تطبيق نظام الحراسة القضائية. وبعد انقضاء الآجال المقررة قانونا للقاضي أن يعلن الشغور و التصريح بتسليم أموال التركة.³³²

تخضع دعوى المطالبة بالاستيلاء وكذا الحكم القاضي به إلى الشهر في المحافظة العقارية المختصة عملا بنص المادة 85 من الأمر 63/76. إلا أن المشرع لم يبين تاريخ ولحظة انتقال الملكية للدولة، هل يكون من تاريخ حالة الشغور أو حالة انعدام المالك أو وفاة المالك الذي لا وارث له، أو من تاريخ صدور الحكم المثبت لحالة من تلك الحالات، أم يتراخي ويتأخر هذا الانتقال إلى حين صدور الحكم النهائي القاضي بتسليم الأملاك للدولة. ولا يمكن وضع أي افتراض حول ذلك كون أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية دقيقة تقتضي تدخل

³³¹ قرار منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، 1990، ص 200.

³³² وهذا ما نصت عليه المادة 51 من القانون 30/90 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك

الوطنية معدل ومتمم بالقانون 14-2008 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.

المشروع وتحديده بدقة لحظة انتقال الملكية للدولة حتى تتمكن من الحديث عن علاقة الاستيلاء بالأثر المنشئ للشهر.³³³

ب- حق الإرث:

الميراث سبب من أسباب كسب الملكية، وهو أيلولة الحق إثر وفاة صاحبه إلى الوارث بقوة القانون وبدون اعتداد بإرادة المورث.³³⁴ وهو يلحق بالوقائع المادية بإعتباره مصدرا من مصادر الحقوق العينية العقارية .

و بذلك نصت المادة 15 من الأمر 74/75 بقولها : " ... نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، و نصت المادة 39 من المرسوم 63/76 على أنه " عندما يتم اشهار شهادة الموثقة بعد الوفاة تثبت الانتقال المشاع للأملك باسم مختلف الورثة و الموصى لهم،... " ومنه فإن انتقال الملكية والحقوق العينية العقارية بمناسبة الوفاة سواء عن طريق الميراث لا يتم إلا بعد إتباع إجراءات الشهر العقاري المنصب على الشهادة التوثيقية.

وإن انتقال الحقوق العينية العقارية بالوفاة ليس استثناء على مبدأ الأثر المنشئ للشهر، وللشهر هنا أثر منشئ، فلا وجود للحق ما لم يتم اشهار شهادة انتقال الحقوق أو الشهادة التوثيقية وهذا ما تقضي به المادة 91 من المرسوم 63/76، غير أن كل ما في الأمر أن الشهر يسري بأثر رجعي من يوم الوفاة.

ج- الحيازة:

³³³ فتحي ويس، المرجع السابق، ص 321-322.

³³⁴ تيسير عبد الله المكيد العساف، المرجع السابق، ص 161.

تعتبر الحيازة أحد أسباب اكتساب الملكية التي تدرج في نطاق الوقائع المادية، والذي يكون بوضع اليد المقترن بمدة زمنية محددة، نص عليها المشرع الجزائري بموجب المواد 808 إلى 843 من القانون المدني الجزائري .

وبالرغم من أن اكتساب الملكية بالتقادم يتعارض مع مبادئ نظام الشهر العيني، الأمر الذي أدى بالتشريعات التي أخذت به إلى النص على مبدأ حظر اكتساب الملكية بالتقادم. إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا المبدأ و لم يرد أي نص يمنع اكتساب الحقوق المشهورة عن طريق الحيازة و التقادم المكسب.

و الحيازة المؤدية إلى كسب الملكية بالتقادم تخضع للشهر بموجب المرسوم 83-352 المتعلق بإجراء اثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الإقرار بالملكية قبل الغائه بموجب القانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراءات لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.

د-الالتصاق

الالتصاق طريقة لإكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري، وتكون بإتحاد شيء مملوك لشخص بشيء مملوك لشخص آخر بفعل الالتصاق الطبيعي للعقار أو بفعل الالتصاق الصناعي للعقار.³³⁵ والذي يترتب عليه إنشاء عقارية جديدة فور الالتصاق بالملكية الأصلية.

نظمها المشرع الجزائري بموجب المواد 778 إلى 791 من القانون المدني الجزائري بداية بالالتصاق الطبيعي ثم إلى الالتصاق الصناعي، ويتجلى الالتصاق الطبيعي بالعقار في صور عديدة منها بفعل مياه النهر ومنها ما يكون بفعل البحر والمياه الراكدة.

³³⁵ عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 37.

أما الالتصاق الصناعي يكون على ثلاث صور وهي المنشآت أو الغراس التي يقيمها صاحب الأرض بمواد مملوكة لغيره، والمنشآت التي يقيمها صاحب المواد في أرض غيره، والمنشآت أو الغراس التي يقيمها شخص على أرض غيره بمواد مملوكة للغير.

يرى الفقه أن للالتصاق أو اللاحق يعتبر استثناء من المفعول الإنشائي للقيد باعتبار أنه يتم مبدئياً بحكم القانون و دون القيام بإجراءات القيد في السجل العقاري، إلا إذا أوجب القانون على صاحب الشأن القيام بإجراءات معينة لاكتساب الملكية كأن يكون بالقيد أو باستصدار حكم من القضاء.³³⁶

وباعتبار الإلتصاق في صورتيه هو تغيير في التكوين المادي للوحدة العقارية، الأمر الذي يستدعي إعلام مصلحة الشهر العقار من أجل تحيين البطاقة العقارية الخاصة بالعقار الملصق به أو إحداث بطاقة عقارية جديدة إن اقتضى الأمر عملاً بنص المادة 25 و 31 من المرسوم 63/76³³⁷.

وتجدر الإشارة أن السجل العقاري يمسك على أساس ما سبق ذكره، إضافة إلى وثائق المسح التي لها تأثير قانوني ومباشر على تأسيس السجل العقاري لا سيما المتعلقة بالوحدة

³³⁶ إدوار عيد، المرجع السابق، ص 278.

³³⁷ تنص المادة 25 من المرسوم 63/76: " كل تغيير لحدود وحدة عقارية يكون موضوع اعداد بطاقات مطابقة وذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة ويؤشر على البطاقات الأصلية والجديدة بعبارة يكون كمرجع فيما بينهما". وتنص المادة 31 من نفس المرسوم: " كل تعديل فيما تحتوي عليه قطعة يكون موضوع اعداد بطاقات خاصة مطابقة وذلك بعد ترقيم القطع الجديدة.

ويؤشر على البطاقات الأصلية والجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينهما".

العقارية والتي يعتمد عليها المحافظ العقاري لإعداد السجل العقاري وتطهير الملكية
العقارية. 338

³³⁸ عبد القادر عيساوي، (طبيعة وثائق مسح الأراضي في القانون الجزائري)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،
المجلد 09، العدد 01، 2022، ص 826.

المطلب الثاني: الغيرية في التسجيل

يترتب على التسجيل أثرين مهمين أولهما الأثر المنشئ، والثاني الأثر الناقل الذي نص عليهما المشرع بموجب المادة 793 من القانون المدني، وبشكل أوضح وأكثر دلالة في نص المادة 15 من الأمر 74/75 التي أشارت إلى أنه لا وجود للحقوق العينية العقارية بالنسبة للغير إلا من تاريخ الشهر، في حين تكمل المادة 16 من نفس الأمر مدلول هذا الأثر لما تقرر أنه لا أثر للعقود من حيث إنشاء أو نقل أو تقرير أو تعديل أو انقضاء الحقوق العينية العقارية بين أطرافها إلا من تاريخ الشهر.

ولقد جاء النصان المتقدمان تطبيقاً لنص المادة 793 من القانون المدني بتأكيدهما على الأثر المنشئ للشهر والأثر الناقل، إضافة إليهما التغيير والانقضاء والتقريب، وبذلك فقد جعل المشرع الجزائري من التسجيل المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية. وتحديد المركز القانوني للغير يتم من خلال إستعراض آثار التسجيل ، وهذا ما سنتطرق له في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: آثار التسجيل.

الفرع الثاني: المركز القانوني للغير في التسجيل.

الفرع الأول: آثار التسجيل

يرتب الشهر العقاري عدة آثار، ولعل أهمها مبدأ الأثر المنشئ ومبدأ الأثر الناقل والذي مفادهما أن الشهر يعتبر مصدرا وحيدا لنشأة الحق العقاري وانتقاله، ولهذا سنتطرق إلى هذه الآثار قبل تحديد المركز القانوني للغير فيها.

أولا: الأثر المنشئ للشهر

يعتبر مبدأ الأثر المنشئ، مبدأ موروثا عن القانون الروماني الذي يستلزم في الإجراء الشكلي من أجل ترتيب الأثر القانوني. ذلك أنه في ظل نظام الشهر الشخصي ينشأ الحق بين أطرافه بمجرد التعاقد، بينما أنه في ظل نظام الشهر العيني فإن الحق العيني لا يكون له وجود ولا يعتد به لا بين أطرافه ولا بالنسبة للغير إلا بعد تمام القيد، فهو يعتبر الوسيلة المباشرة لإكتساب هذه الحقوق.

مفاد هذا المبدأ أن الحقوق العينية والتكاليف والقيود لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول على الوحدة العقارية إلا بالشهر، وهذا يعد من المبادئ الهامة في نظام السجل العيني، حيث يراد للصحيفة العقارية أن تكون دليلا للحالة القانونية فلا تنشأ الحقوق ولا تتغير إلا إذا تم قيد ذلك في الصحيفة. ويستوي في ذلك أن تكون هذه الحقوق حقوقا أصلية أم تبعية، سواء أكانت تلك الحقوق محلا لتصرفات منشئة أو ناقلة أو مزيلة أو كاشفة أو مقررة لتلك الحقوق.³³⁹

ويجب ألا يفهم هنا بأن الأثر المنشئ هو الأثر الذي يؤدي إلى إيجاد الحق وإنشائه فقط، بمعنى تكوينه بعد أن كان غير موجود، إنما المقصود هو إنشاء الحالة الجديدة للحق التي تستمد من نوع التصرف أو الحكم القضائي محل الشهر، ففي التصرفات المنشئة للحق

³³⁹ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 98.

يؤدي الشهر إلى إنشاء الحق وإيجاده أما التصرفات الناقلة فشهرا يؤدي إلى نقل الحق والتصرفات المزيلة للحق شهرا يؤدي إلى إزالة الحق وهكذا بالنسبة للتصرفات المغيرة والتصرفات الكاشفة للحق، وبسبب هذا اللبس الذي مرده تسمية الأثر المنشئ، فإن البعض يعبر عن هذا الأثر بمبدأ الأثر المنشئ والمقرر للقيد.

فالقوة المنشئة للشهر لا تغني عن مصدر الحق وليس هو المصدر وعلى ذلك فلا يكون للقيد القوة المنشئة إلا إذا كان مستندا إلى تصرف هو منشئ، أما إذا كان باطلا أو صادرا من غير مالك أو سوريا فلا يكون القيد قادرا عن نقل الحق .³⁴⁰

الأخذ بهذا المبدأ كفيل بإجبار الأشخاص على شهر حقوقهم ومن ثم تأسيس سجل عيني دقيق وذي مصداقية ينشر الثقة و الائتمان، ويراد به حماية الغير وحماية صاحب الحق أيضا والحق الذي لم يتم قيده لا يعتبر موجودا بالنسبة للغير وحماية لصاحب الحق، فالحق الذي يتم قيده يعتبر موجودا بالنسبة للغير.³⁴¹

وبذلك فإن تسجيل التصرفات في السجل العقاري له أثر منشئ للحق العيني، ويقصد بالأثر المنشئ للتسجيل أن الحق العيني لا يمكن أن ينشأ سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل في السجل العقاري ومن تاريخ التسجيل، فانتقال الملكية العقارية لا يتم بقوة القانون كأثر لعقد البيع بل نتيجة تسجيل العقد في السجل العقاري.

فعقد البيع مثلا الواقع على عقار، أو العقد الذي أنشئ بموجبه حق انتفاع على العقار ليس من شأنه أن ينقل ملكية العقار البيع إلى المشتري أو ينشئ الانتفاع لمصلحة من تقرر له هذا الحق، بل لا بد من تسجيل عقد البيع أو العقد المنشئ للحق العيني العقاري في السجل

³⁴⁰ مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 42.

³⁴¹ المرجع نفسه، ص 37.

حتى يعتبر المشتري مالكا للعقار المبيع، وحتى يعتبر من أنشئ له الحق العيني صاحب هذا الحق وقادرا على التمتع به.³⁴²

هذا بخلاف نظام الشهر الشخصي والذي رأينا أن الشهر في هذا النظام لا ينشئ الحق أو التصرف وإنما الهدف منه إعلان التصرف، ولا شك أن مبدأ الأثر المنشئ للقيد من شأنه ضمان انطباق قيود السجل العقاري على الوضعية القانونية الحقيقية للعقار إذ لا يعتبر مالكا إلا من كان العقار مسجلا على اسمه في السجل العقاري.

كما أن المفعول الإنشائي للقيد أو التسجيل سيدفع المتعاقدين إلى الإسراع في تسجيل عقودهم في السجل العقاري لتثبيت ملكيتهم، مما تؤمن شهر المعاملات ويتيح لكل ذي مصلحة الإطلاع عليها لمعرفة مدى حقوق من يتعاقد معه، ويضمن للخزينة تحصيل الرسوم المترتبة على هذه المعاملات.

وكذلك فإن للملكية العقارية وظيفة اجتماعية لا تستطيع أداءها إلا إذا توافر لها الثبات والاستقرار، إذ أنها بفضل ما يتوفر لها من الثبات والاستقرار، يمكن أن تحظى بالثقة العامة التي تجعل منها ضمانا مهما لعمليات الاقتراض التي تساعد على استثمار الثروة وزيادة الدخل الفردي وبالتالي الدخل الوطني.³⁴³

والأخذ بالأثر المنشئ للملكية هو ما تحتاج إليه من ثبات واستقرار لأداء وظيفتها الاجتماعية، لأنه لا يعترف بهذه الملكية إلا لصاحب القيد، ولا يعترف للعقود غير المسجلة بأي اثر منشئ أو ناقل أو مغير أو مزيل للملكية العقارية.³⁴⁴

³⁴² مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، التحفيظ

العقاري، المرجع السابق، ص 158

³⁴³ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 159.

³⁴⁴ حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 376-377.

و بالتالي فلا مجال للخلاف في أن الملكية تنتقل حتى في العلاقة بينه وبين البائع من وقت تسجيل البيع العقاري لا من وقت إبرام البيع فليس للتسجيل أثر رجعي. وإذا صح أن يقوم خلاف في نظام السجل العقاري الشخصي فيما إذا كان للتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين، فهذا الخلاف لا يصح أن يقوم في قانون السجل العيني، إذ أن هذا الأخير تنتقل فيه الملكية فيه الملكية فيما بين المتعاقدين، فهذا الخلاف لا يصح أن يقوم في قانون السجل العيني، إذ أن هذا الأخير تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين من وقت التسجيل، ليس للتسجيل أثر رجعي ما في ذلك من ريب.³⁴⁵

ثانيا: مبدأ الأثر الناقل للشهر

مفاد مبدأ الأثر الناقل، إنه لا ينقل البيع مثلا ملكية العقار المبيع إلا بإتمام إجراءات الشهر العقاري وهذا وفقا لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري، فإن عقد البيع المتعلق بالعقار يرتب آثاره منذ إبرام العقد ماعدا انتقال الملكية الذي يتم بعملية الشهر العقاري بمعنى أن العقد المبرم بين الطرفين الوارد في شكل رسمي تترتب التزامات شخصية بين أطرافها. إلا إذا تم شهر عقد البيع فتترتب عليه نفس الآثار التي كانت تترتب عليه قبل ذلك، مضافا إليها انتقال الملكية فعلا بقوة التسجيل.

فإن انتقال الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى، لا يتم إلا بعد اتخاذ إجراءات التسجيل المنصوص عليها في القانون ويستوي في ذلك انتقال الملكية بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير وهذا خلافا لما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي الذي يجعل انتقال الملكية يتم سواء في المنقول أو في العقار بمجرد انعقاد العقد بين المتعاقدين، أما بالنسبة للغير فإنه يجب اتخاذ إجراءات التسجيل بالنسبة للعقارات والحقوق العينية الأخرى. و بذلك

³⁴⁵ مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، التحفيظ

العقاري، المرجع السابق، ص 474.

يعتبر الأثر المهم والبارز الذي يترتب على البيع بعد تسجيله. ولا يعني هذا أن قيمة العقد تسقط بإجراء التسجيل وأن انتقال الملكية يتم بناء على مجرد التسجيل.

لأن التسجيل بمفرده لا ينقل الملكية بل لابد أن يستند إلى عقد بيع صحيح نافذ. والقيود شرط شكلي و أداة لتنفيذ للالتزام الرئيسي المتمثل في إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء الحق العيني فالسند القانوني للحق ليس كافيا بل هذا الإجراء الشكلي شرط ضروري لترتب الأثر العيني المتمثل في نقل الحق.³⁴⁶

إن الأثر الناقل للملكية وإن كان يصلح تطبيقه في ظل نظام الشهر العيني إلا أن الأعمال به في ظل نظام الشهر الشخصي لم يكن موفقا إلى حد ما، لأن التسجيل في ظل نظام الشهر الشخصي لا يحمي المشتري ولا يحمي الغير لأنه يتم بحسب أسماء الأطراف وقد يتعدد بائعو العقار ويكون كل منهم مثبتا في دفاتر الشهر العقاري في صحيفة بعيدة عن الأخرى مما يتعذر معه تتبع جميع التصرفات الواردة على العقار المبيع بدقة، فضلا عن أنه ليس هناك ما يمنع من تسجيل عقد بيع باطل أو صوري، وليس هناك ما يضمن للمشتري أو للغير الاطمئنان إلى صحة التصرفات المسجلة .

³⁴⁶ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 103.

الفرع الثاني: المركز القانوني للغير في التسجيل

رأينا سابقا أن الغير يختلف باختلاف النظام العقاري المعتمد، فالغير في نظام الشهر الشخصي يختلف عن الغير في نظام الشهر العيني، وتتجلى أحكام الغيرية في التسجيل بإعمال قاعدة المفاضلة على أساس الأسبقية في الشهر.

ونتيجة لذلك يختلف الأثر عن تطبيق أحكام الغيرية في ظل هذين النظامين، ففي نظام الشهر الشخصي يكون الأثر عدم نفاذ التصرف المزاحم لحق في مواجهة الغير، وفي ظل نظام الشهر العيني يكون التصرف المزاحم لا وجود له عملا بمبدأ الأثر المنشئ للشهر.

وبما أن المشرع الجزائري يعتمد على النظامين معا فإننا نجد في حالتيه. فالغير المقصود بالحماية في نظام الشهر الشخصي يقصد به كل من تلقى حقا عينيا عقاريا على أساس الثقة التي وضعها في قيود الشهر وما كان ليقدم على التصرف لو اتضح له من واقع الاطلاع على سجلات الشهر أن ثمة تصرفا سابقا يزاحمه.³⁴⁷

وبذلك يشترط في الغير ليتمسك بغيريته تلقية حقا عينيا واجب الشهر ولكن بطريق الاستثناء قد تكون هذه الحقوق شخصية خاضعة للشهر، وأن يقوم فعلا بشهر هذا الحق،³⁴⁸ وأن يثور التزاحم بين الحق الغير والحق المزاحم الصادرين من نفس السلف.

ونجد هذا الغير في نظام الشهر الشخصي الذي لازال المشرع الجزائري يأخذ به في المناطق التي لم تطلها عملية المسح، ويترتب على تمسك هذا الغير الذي توفرت فيه الشروط السابق ذكرها بغيريته، أنه لا يسري هذا التصرف في مواجهته. وهذا عملا بقاعدة المفاضلة على أساس الأسبقية في الشهر.

³⁴⁷ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 505.

³⁴⁸ محمد كامل مرسي باشا، الطبعة المنقحة، المرجع السابق، ص 46.

فلا يسري في مواجهة الغير-المتصرف له الأول- الذي سبق شهر حقه، التصرف المزاحم له للمتصرف الثاني من نفس السلف، وإن كان سابق التاريخ.

وإن كان الأصل أن نطاق الغيرية في التسجيل، يرد على أصحاب الحقوق العينية الواجبة الشهر، إلا أنه استثناء قد تشمل أشخاصا آخرين. يترتب على التمسك بغيريتهم جزاء عدم النفاذ أيضا.

ومن هؤلاء الشفيع، فهو ليس غيرا بالمعنى الذي سبق ذكره، فهو لم يتلقى حقا عينيا على العقار وليس له حق مزاحم. ومع ذلك يعد غيرا ويستفيد من قاعدة المفاضلة في التسجيل على أساس الأسبقية، وهذا بمجرد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، وفي وجود شهر مسبق لانتقال حق الملكية للمشتري.

فلا يكون نافذا في حق الشفيع أي تصرف قد يصدر من المشتري، إذا كان قد تم تسجيله بعد تاريخ شهر إعلان الشفيع، وهذا ما جاءت به المادة 806 من القانون المدني بنصها: " لا تكون حجة على الشفيع، الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري الثاني، وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أن يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

واشترط تسجيل التصريح بالرغبة في الشفعة مرده الى أنه قد تترتب عليه آثار بالنسبة للغير فقد يتعامل المشتري مع الغير رغم إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فيحصل الغير بحسن نية على حقوق عينية فإذا لم يسجل الإعلان فلا توجد وسيلة يعلم بها لاغير بحق الشفعة الذي يهدده ، ولكن بعد تسجيل الإعلان عن الشفعة فلا يحتج بحقوق الغير على الشفيع.

ومنه يمكن القول أن المشرع أقر هذه المادة توفيقا لوجود تزامم بين تسجيلين، تسجيل الشفيع و تسجيل المشتري الثاني الذي قد يتلقى حقا من المشتري، و هذا باعتباره غيرا و يستفيد من قاعدة الأسبقية في الشهر بمجرد شهر إعلان رغبته في الشفعة.

ونفس الأحكام تطبق في التصرفات التي تصدر من غير المالك، والتي نص عليها المشرع بموجب المادة 1/397 منه التي تنص: " إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو قاع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه".

هذا النص يقر صحة بيع ملك الغير ولو وقع على عقار، إلا أن هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء ولو أجازته المشتري، وهذا عملا بالفقرة الثانية من نفس المادة.

فيعتبر مالك الشيء المبيع غيرا بالنسبة للتصرف الذي بين المالك الظاهر والمشتري، ولا يكون هذا التصرف نافذا في مواجهته تطبيقا لأحكام الغيرية.

أحكام هذه المادة تتعارض مع مبادئ النظام العقاري الجزائري لاسيما الأثر المنشئ للشهر الذي ينص على عدم انتقال الملكية في العقار إلا بالشهر.

وبالتالي فلا يمكن تصوره في ظل عملية الشهر في التشريع الجزائري الذي ضبطها المشرع بشكل محكم لا يمكن معه التلاعب في المعاملات العقارية، فلا يمكن التعامل في أي عقار بالبيع أو تصرف آخر لا يمكن أن يتم إلا عندما تثبت الملكية للبائع بموجب دفتر العقاري، ولا يمكن أن يسجل أي إجراء في السجل العقاري دونه.³⁴⁹

وفي غيابه لا يمكن لأي شخص أن يدعي ملكيته للعقار، ولو كان هو المالك الظاهر له، وبالتالي لا يمكن بيع هذا العقار على اعتبار أن انتقال الملكية يكون الشهر، وما دام المالك

³⁴⁹ خيرة علي خوجة، بيع العقار المملوك للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق

والعلوم الإنسانية، مجلد 11، العدد 2، 2018، ص 232.

الظاهر لا يملك سندا مشهرا يثبت ملكيته فلا يمكن نقل هذه الملكية للمشتري، فهو غير مالك ولا يمكن له كذلك أن يتصرف في هذا التصرف في هذا العقار.

وعليه نجد أنه من الغريب وجود نص المادة 397 في نفس الوقت مع نص المادة 324 و793 من القانون المدني، واللذان تجعلان من نقل الملكية لا يتم إلا عن طريق الشهر العقاري وهذا الأمر يعد إخلالا بمبادئ الشهر العقاري مما يتعين على المشرع تدارك هذا الأمر بحذف هذه المادة التي تتعارض مع أحكام الشهر العقاري أو إعادة صياغتها بحيث يصبح تطبيقها على المنقول فقط دون العقار.

وفي ظل نظام الشهر العيني الذي أخذ به المشرع الجزائري، يكون الشهر مصدرا وحيدا للحق، والذي معناه أن للشهر أثر فوري لانتقال الملكية والذي يبدأ من تاريخ الشهر وليس من تاريخ إبرام العقد.

وبذلك ففي حالة تزامم المشتريين من بائع واحد مالك للعقار المبيع تكون الأفضلية لمن سبق منهم إلى شهر عقده، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في عدة قرارات منها القرار المؤرخ في 19/03/2003 الملف رقم 343402 قضية بين (ع.خ) ضد (ع.أ) ومن معه، عن طريق وضع مبدأ هام يتمثل في أن العبرة في نقل الملكية في حالة وجود عقدين يكون بتاريخ الشهر وليس بتاريخ العقد.

بالرجوع إلى هذا القرار فإنه تم نقض القرار محل الطعن بناء على الوجه المأخوذ من مخالفة القانون والمؤدي وحده للنقض: " بالفعل حيث أن قضاة المجلس نوهوا في قرارهم المنتقد بأن (ع أ) هو المستفيد الأول من أماكن النزاع وأصبح مالكا لها بموجب عقد محرر سنة 1986 قبل أن تتحصل المطعون ضدها على عقد ملكيتها المحرر سنة 1988. وهم بذلك أي بإعطائهم الأفضلية لتاريخ تحرير العقد مع أن العبرة تعود للتاريخ الأسبق في شهر العقد الذي يخول بمقتضاه نقل الملكية العقارية وفقا للمادة 793 من القانون المدني،

ومن ثم فإن عدم إبراز تاريخ الشهر في القرار محل الطعن من قبل قضاة المجلس يكونون قد خالفوا القانون ولم يمكنوا المحكمة العليا من الرقابة وبالتالي يتعين نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة للفصل في مسألة سبق الشهر وليس سبق تحرير العقد".³⁵⁰

ولذا ففي حالة تراحم المشتريين من بائع واحد مالك للعقار المبيع تكون الأفضلية لمن سبق منهم إلى شهر عقده، بشرط أن يكون عقده جدياً غير صوري وصحيحاً لا يشوبه البطلان لأن مناط المفاضلة بين عقدين أن يكونا صحيحين.

كما أكدت المحكمة العليا على مبدأ شهر العقد بالمحافظة العقارية شرط لنقل الملكية في عدة قرارات منها القرار المؤرخ في 2017/01/12 رقم 1026247 وجاء في رد المحكمة العليا " عن الوجه المرتبط بالمبدأ المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون: وحيث بالرجوع للقرار محل الطعن يستفاد وأن قضاة المجلس وفي شأن النزاع القائم بين أطرافه اعتبر أن المطعون ضدهما يشغلان العقار محل النزاع بموجب سند قانوني يتمثل في عقد بيع توثيقي مؤرخ في 2005/05/24 و 2005/05/28 وهو عقد يتمتع بحجية بين الطرفين لأنه أنشاء التزامات بين الطرفين يجب الامتثال لها، وقاضي أولى درجة أخطأ في تطبيق القانون مما يتعين إلغاء حكمه والقضاء من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

وحيث قانوناً وعملاً بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وإن انصب العقد بين طرفيه في الشكل الرسمي فهو يرتب مجرد التزامات شخصية كما ذهب إليه قضاة المجلس، إلا أنه لا ينقل الملكية عملاً بالمادتين 793 من القانون المدني والمادة 16 من الأمر 74/75 لتخلف شرط الإشهار، إذ أن المادة 793 السابقة الذكر تنص على أنه لا تنتقل الملكية الحقوق 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 الشهر العقاري.

³⁵⁰ المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 2003، ص 248.

وحيث أن المادة 15 من الأمر 74/75 تنص على أن كل حق عيني للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية.

وحيث بالتالي كان على قضاة المجلس معالجة النزاع على ضوء المادتين المذكورتين ولما لم يفعلوا فقد أشابوا قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال وانتهت المحكمة العليا".

ويمكن تطبيق هذه القاعدة في مجال الحقوق الشخصية، وبذلك يعد المستأجر لمدة 12 سنة والذي أخضع حقه للشهر غيرا بالنسبة لمستأجر آخر ألزمه المشرع بشهر حقه أيضا، وكذا بالنسبة لمن يتلقى حقا عينيا على العقار كالمشتري ومنتقي حق الانتفاع.³⁵¹ فلا تكون تصرفات هؤلاء نافذة في حق المستأجر الذي سبق بشهر حقه.

إلا أن عدم تسجيل هذا الحق الخاضع للشهر أو تسجيله لاحقا، يحرم المستأجر من التمسك بعدم نفاذ التصرفات التي تزاممه،

هذا إضافة إلى ما جاء به المشرع الجزائي من جزاء ثان، وهو اعتبار أن هذه الأجراءات لا وجود لها بين أطرافها، فعاملها بذلك معاملة الحق العيني الذي يترتب على عدم شهره، عدم وجوده بالنسبة للمتعاقدين.

وخلاصة لما سبق فإن أثر الغيرية في التسجيل في ظل نظام الشهر العيني، يختلف عن أثرها في النظام الشهر الشخصي، ففي هذا الأخير وبتطبيق قاعدة المفاضلة في التسجيل على أساس الأسبقية لحل التزاحم بين تصرفين من نفس السلف يكون الأثر هو عدم نفاذ التصرف في مواجهة من تمسك بغيريته.

³⁵¹ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 510.

في حين أنه يترتب بتطبيق هذه القاعدة في ظل نظام الشهر العيني، انتقال الحق لمن سبق في شهر حقه، بمقابل عدم وجود التصرف المزاحم أصلا لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير وهذا عملا بنص المادة 16 من الأمر 74/75، ولا يترتب سوى التزامات شخصية بين أطرافهما.

المبحث الثاني: حماية الغير في القيد

يعتبر القيد صورة من صور الشهر والذي يتعلق بالحقوق العينية التبعية، وإن كانت هذه الحقوق تخول للشخص سلطة على شيء معين بالذات إلا أنها لا تقوم بذاتها مستقلة، وإنما تستند إلى حق شخصي وتقوم ضمانا للوفاء به.

وقد فرض المشرع شهر هذه الحقوق وهذا كونها تؤثر أساسا في حقوق الغير بسبب ما تخوله للدائن من استيفاء حقه مقدما على سائر الدائنين، وكذا يخول له حق تتبع هذا العقار في أي يد تكون.

الغيرية في القيد تختلف عن الغيرية في التسجيل والذي سبق التطرق له، في كون أن الغيرية في مجال التسجيل تتسع دائرتها لتشمل أصحاب الحقوق العينية الأصلية وأصحاب الحقوق التبعية ممن قاموا بشهر حقوقهم. في حين أن الغيرية هنا لا تشمل فقط أصحاب الحقوق العينية التبعية الذين قاموا بشهر حقوقهم بل تشمل كذلك الدائن العادي. وهذا ما سنتطرق له في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: المقصود بالقيد في السجل العقاري.

المطلب الثاني: الغيرية في القيد.

المطلب الأول: المقصود بالقيود في السجل العقاري

رتبت أغلب التشريعات المقارنة القائمة بالتفرقة بين القيد والتسجيل واعتبارهما طريقتين من طرق الشهر للحقوق العينية العقارية بجانب الإيداع والتأشير الهامشي بعض النتائج، تمثلت في أن التسجيل هو الطريقة الرئيسية لشهر الحقوق العينية الأصلية أما القيد فهو الطريقة الرئيسية لشهر الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي، حقوق الامتياز أو الاختصاص. وهذا ما سنفصله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف القيد.

الفرع الثاني: التصرفات والأحكام الخاضعة للقيد.

الفرع الأول: تعريف القيد

القيد (Inscription) هو صورة من صور الشهر العقاري يتعلق بشهر الحقوق العينية التبعية وجميع التصرفات المنشئة والكاشفة أو المقررة لحقوق عينية عقارية تبعية، وإذا كان التسجيل يتم بحفظ أصل المحرر وإعطاء صاحب الشأن صورة شمسية منه، بمعنى أن الذي يشهر هو أصل المحرر فإنه في حالة القيد، فإن المحرر لا يشهر وإنما يعد مستندا من مستندات الشهر، وعند طلب القيد يكتفي الملخص المحرر واصطلاح على تسميته بالقائمة وبذلك فالقيد يتم بذكر بعض البيانات معينة أوردها القانون ويسمى هذا النوع القيد.³⁵²

و يختلف القيد عن التسجيل، أن هذا الأخير تترتب آثاره من غير تحديد، أما القيد فإن آثاره لا تحفظ إلا لمدة عشر سنوات و يجب تجديده ليستبقى أثره.³⁵³

ولقد نص المشرع الجزائري على ضرورة وإلزامية قيد الرهون والإميازات في المادة 14 من الأمر 74/75 بنصها: "... جميع العقود والقرارات القضائية للتحقق للإجراء الأول الذي كان موضوعه تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية، والخاضعة للشهر العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذلك تسجيلات الرهون أو الامتيازات..".

إضافة الى ما جاء به المرسوم 63/76 من خلال المادة 10 والذي أشار إلى ضرورة سعي المالك والحائز إلى إيداع جدول من الوثائق لدى المحافظة العقارية يحتوي على مجموعة من البيانات المتعلقة بعقاره من بينها الامتيازات والرهون العقارية وباقي الحقوق العينية المقيدة للعقار مع ذكر أصحابها والأعمال والتصرفات المنشئة لهذه الحقوق.³⁵⁴

³⁵² علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 38.

³⁵³ محمد كامل مرسي باشا، الطبعة المنقحة، المرجع السابق، ص 42.

³⁵⁴ جاء في المادة 10 من المرسوم 63/76: " ينبغي على كل ملاك طيلة شهرين من تاريخ الإيداع أن يودع لدى المحافظة العقارية جدولا محررا على نسختين من قبل الموثق أو كاتب للعقود الإدارية أو كاتب ضبط يتضمن ما يلي: ... الامتيازات والرهون والحقوق العينية والقيود الخاصة بحت الملكية المترتبة على كل عقار مع ذكر ذوي الحقوق والعقود أو الأعمال المؤسسة لهذه الأعباء العقارية".

وكذا ما أشارت إليه المادة 29 من المرسوم 63/76 التي تشير إلى تضمين البطاقة العامة للعقار جدولاً سادساً تذكر فيه إجراءات شهر وتعديل وتشطيب الإمتيازات والرهن العقاري، والمادة 30 إذ تخصص الجدول السادس في البطاقة الخاصة لشهر وتعديل وشطب الإمتيازات والرهن.

وبهذا يرد القيد على الحقوق العينية التبعية، وإن كانت مثل الحقوق العينية الأصلية تحول للشخص سلطة على شيء معين بالذات، إلا أنها لا تقوم بذاتها مستقلة وإنما تستند إلى حق شخصي وتقوم ضماناً للوفاء به فهي سلطة مقررة للدائن على شيء مملوك لغيره، تحوله استيفاء حقه من ثمن هذا الشيء، بالأولوية على سائر الدائنين، وفي أي يد يكون الشيء أي تأمين الوفاء.

ولذلك تسمى أحياناً بالحقوق العينية التبعية لأنها تابعة لحق آخر وتسمى أحياناً أخرى بالتأمينات العينية لأنها وضعت كضمانات لتنفيذ الإلتزام من خطر عدم الوفاء بالدين.

ولهذه التأمينات أهمية للدائن والمدين على السواء، فالنسبة للدائن فإنها توفر له الطمأنينة والضمان، أما بالنسبة للمدين فإنها توفر له الثقة والإئتمان، وتمكنه من الحصول على ما هو في حاجة إليه من مال أو أجل وفي تنظيم هذه الحقوق بوجوب شهرها، يؤدي إلى تشجيع الإئتمان ودعمه وفيه مساهمة في تحقيق وإنماء المشاريع الاقتصادية التي تعتمد في تمويلها على القروض التي تحصل عليها من الغير.³⁵⁵

والملاحظ أن نصوص الشهر العقاري الجزائي تخلو من نص دقيق يبين ضرورة إشهار هذه الحقوق بكافة أنواعها ومصادرها وآثار الإشهار بالنسبة للأطراف وفي مواجهة الغير وكذلك جزاء آثار الإخلاء بالإشهار، وهذا خلافاً للمشرع المصري، إذ تنص المادة 29 من قانون السجل العيني المصري على أنه: " يجب قيد جميع التصرفات المنشئة أو المقررة أو

³⁵⁵ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 102.

الناقلة أو التي من شأنها زوال أي حق من الحقوق العينية العقارية التبعية وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك والإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيدها ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة لا بين ذوي الشأن و بالنسبة لغيرهم" ³⁵⁶

³⁵⁶ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 373.

الفرع الثاني: التصرفات و الأحكام الخاضعة للقيد

قيد الحقوق العينية التبعية ليس ملزما و إنما جوازي، إلا أنه من مصلحة الدائن المرتهن الإسراع في عملية قيد رهنه حتى يكون له حق الأفضلية في مواجهة باقي الدائنين المرتهنين وحتى الدائنين العاديين.

والقيد في مجال الحقوق العينية تبعية هو من أجل النفاذ بالنسبة للغير وهذا يختلف عن تسجيل الحقوق العينية الأصلية التي تتخذ الشهر مصدرا منشأ لهذه الحقوق والذي يترتب على تخلفه عدم وجود الحق لا بين للمتعاقدين ولا في مواجهة الغير.

هذه الحقوق العينية التبعية بإختلاف مصدرها الذي قد يكون مصدرها اتفاقيا كالرهن، أو قضائيا أي تقرر بموجب حكم قضائي كحق الإختصاص، أو قد يكون مصدرها القانون وهي حق الإمتياز لا تكون حجة على الغير إلا بقيدها في السجل العقاري. وعلى ذلك سنتناول قيد هذه الحقوق العينية العقارية التبعية بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: الرهن الرسمي

عرفت المادة من 882 القانون المدني الجزائري الرهن الرسمي بقولها: " عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان "

ويعرفه بعض الفقه بأنه " حق عيني تبعي، يرتب أفضلية وتتبعاً" كما عرف كذلك بأنه " نظام قانوني، يهدف إلي تحصين الدائن ضد مخاطر عدم تنفيذ الالتزام، و خضوعه لقاعدة المساواة بين الدائنين وذلك بتزويده بحق عيني تبعي على عقار بواسطة تعاقد يتم بينه وبين

الراهن، ويستطيع بمقتضى هذا الحق استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار المرهون في أي يد يكون.³⁵⁷

فالرهن الرسمي هو حق عيني تبقي يكسبه الدائن على عقار بمقتضى عقد رسمي بينه وبين مالك العقار، ويكون له بمقتضاه أن يتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار في أي يد يكون.³⁵⁸

وبالرجوع الى نص المادة 883 من القانون المدني فإن الرهن لا ينعقد إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون. وبالرغم من أن يستوفي الرهن الرسمي شروطه الشكلية والموضوعية المطلوبة فيه قانونا إلا أن قيامه بهذه الصورة لا يكفي للإحتجاج به على الغير لذلك اشترط المشرع شهر الرهن الرسمي أو ما يسمى بقيده حتى يصبح نافذا في حق الغير.

ويستفيد الدائن حينها من استعمال حق التقدم بالنسبة للدائنين ذوي الحقوق العينية التبعية على العقار المرهون، وحق التتبع بالنسبة إلى من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون بحسب تاريخ قيده. فالدائن الأسبق قيدها يتقدم على الدائنين التاليين له في القيد فضلا عن تقدمه على الدائنين العاديين.

وهذا ما تؤكدته المادة 1/904 من القانون المدني: " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل إن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار " وبذلك قيد الرهن ليس شرطا لصحته في حد ذاته، إلا أن عدم قيده لا يجعل منه حجة يحتج بها

³⁵⁷ علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 104 - 105.

³⁵⁸ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، دار هومو،

الجزائر، 2008، ص 18.

على الغير الذي قد يلحقه ضرر من استعمال الدائن لحق التقدم و حق التتبع الذي يكون له حق عيني على العقار المرهون.³⁵⁹

وليس للقيد أثر دائم بل يجب تجديده كل عشر سنوات من إجراءاته وإلا زالت آثاره في تحقيق نفاذ الرهن على الغير، ولو أغفل الدائن تجديد القيد سهوا منه سقطت مرتبته في الأولوية . و الحكمة من تجديد القيد تعود للتشريعات التي اعتدت بنظام الشهر الشخصي كالتشريع الفرنسي و الايطالي و ذلك باعتبار أن التسجيلات العقارية تكون على أساس أسماء الأشخاص من مالكيين و ذوي حقوق عينية، فلا يمكن الوقوف على مركز العقار من الناحية القانونية، و معرفة مدى الحقوق العينية التبعية المترتبة عليه لصالح الغير إلا إذا عرف اسم مالك العقار .

فإذا ما تعاقبت الملكية من يد إلى يد وجب الإلمام بأسماء جميع الملاك مهما تعددوا، لهذا حتم المشرع وجوب تجديد القيد كل عشر سنوات حتى لا يكلف الغير بالبحث على الأعباء والحقوق العينية التي ترتبت على العقار منذ زمن طويل، إذ لو كان القيد غير محدود الأجل وأراد الكشف عن الأعباء العينية التبعية المترتبة على العقار، فإن في هذا إرهاق لأمين السجلات قد يعرضه للخطأ، لأنه مكلف بالرجوع إلى أسماء جميع الملاك، كما أنه عبء شاق على الغير الذين لا يتيسر لهم معرفة أسماء هؤلاء المتعاقبين مع طول الزمن، وحتى إذا كان في الإمكان الإهتمام فقد لا يخلو الأمر من تحريف يقع في اسم أحدهم، فيصبح أمين السجل عاجزا عن الإدلاء بالبيان الصحيح. ولهذا تم تقرير وجوب تجديد القيد.

³⁵⁹ إنجي هند زهدور، (التصرفات الخاضعة للشهر العقاري - الحقوق العينية والحقوق الشخصية-)، مجلد 6، العدد

أما البلاد التي اتبعت نظام السجلات العينية فلم تأخذ بنظام تجديد القيد، إذ يكفي مجرد الإطلاع على الصفحة المخصصة للعقار للوقوف على جميع الحقوق و الأعباء العينية التي ترتبت عليه.³⁶⁰

إضافة إلى ما سبق اشترط المشرع كذلك شطب القيد إذا انقضى الرهن أو زال لأي سبب من الأسباب و ذلك بالتأشير علي هامش القيد بما يفيد اعتباره غير موجود، فالمقصود منه الغاء ما يترتب على قيامه من آثار.³⁶¹

فقد ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين و يعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة بين إنقضاء الحق و عودته عملاً بنص المادة 933 من القانون المدني الجزائري.

ثانياً: الرهن الحيازي

الرهن الحيازي هو عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، و أن يتقدم الدائنين التاليين له في المرتبة أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون.

و يظهر من ذلك أن الرهن الحيازي عقد مثل الرهن الرسمي لا ينشأ بحكم كحق الإختصاص أو بنص قانوني كما في حقوق الإمتياز التي سنتعرض لها لاحقاً. و تسري عليه نفس أحكام الرهن الرسمي. إلا أنه يشترط لنفاد الرهن الحيازي تجاه الغير أن يكون الشيء المرهون

³⁶⁰ ليلي لبيض، منازلات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 173-174.

³⁶¹ جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 93.

في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان إلى جانب قيده في السجل العقاري وتسري عليه الأحكام الخاصة بالرهن الرسمي.

والغير هنا كل شخص له حق يضار من رهن الحيازة، وبالتالي كل شخص له حق عيني تبعي على المال المرهون كدائن له حق رهن رسمي أو حق اختصاص أو حق امتياز أو كان دائئا عاديا، كما يشمل كل شخص له حق عيني أصلي على العقار، كما إذا انتقلت ملكية المال المرهون إلى مالك آخر فإنه يعتبر من الغير.³⁶²

ومنه فعقد الرهن الحيازي أو الأحكام النهائية التي تصدر لشيء من حقوق الرهن الحيازي كإنقضائه أو محوه... يجب شهرها بالسجل العقاري بطريق القيد، حتى تكون حجة على الغير ولا يكون لها من أثر سوى الإلتزامات الشخصية بين أطرافها.

ثالثا: حق التخصيص

حق التخصيص نظام قانوني للتأمينات العينية يخول الدائن سلطة الأفضلية على غيره من الدائنين، فيزوده بحق عيني تبعي على عقار أو عقارات معينة بالذات مملوكة للمدين، بحيث يستطيع الدائن استيفاء دينه من المقابل النقدي للعقار الذي تقرر عليه الإختصاص، متقدما على سائر الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة حسب القيد الذي أجراه، كما يخول له سلطة تتبع العقار حتى لو انتقل إلى يد الغير.

و مما سبق فحق التخصيص لا يختلف عن الرهن الرسمي إلا في مصدر الحق، فلا يتقرر بقوة القانون بل يستلزم أن يستصدر الدائن أمرا من رئيس المحكمة المختصة الذي يحدد الاختصاص الوارد على بعض العقارات أو أحدها، إذا رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل

³⁶² عبد الحميد المنشاوي، إجراءات الشهر العقاري والمحركات الواجبة الشهر، ملتقى الفكر، الإسكندرية، ص 98.

الدين و المصاريف المستحقة للدائنين عملا بنص المادة 2/942 من القانون المدني. ويكون هذا الأمر واجب التنفيذ بغض النظر عن جميع طرق الطعن.

ومنه فحق الإختصاص واجب الشهر بنفس القواعد المحددة في الرهن الرسمي ويسري عليه نفس الأحكام وخاصة المتعلقة بتجديد القيد وشطبه وعدم تجزئة الحق وأثره وإنقضائه وهذا عملا بنص المادة 947 من القانون المدني.

رابعا : حقوق الإمتياز

الإمتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته. بمعنى أن القانون عندما قرر حق الإمتياز راعى في ذلك صفة الدين دون شخص الدائن، فحق الإمتياز ليس ممنوحا لشخص بل مقرر لبعض الديون التي يقر المشرع أنها جديرة بالرعاية، وهذا ما نصت عليه المادة 982 من القانون المدني. والتي يؤخذ منها أن الحق هو الممتاز وليس الدائن وأن القانون هو الذي يتولى تعيين الحقوق التي تقضي طبيعتها أن تكون ممتازة. كما يعين مرتبة هذا الإمتياز.³⁶³

وحقوق الامتياز نوعان حقوق امتياز عامة، تقع على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات ولا تتخصص في مال معين. وحقوق امتياز خاصة قد ترد على منقول معين بالذات، فإن لم يكف هذا المنقول لسداد حقه كان له كدائن عادي أن يشترك مع الدائنين العاديين في التنفيذ على سائر أموال المدين لاستيفاء الباقي من حقه. أما حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار معين، فيكون لأصحاب هذه الحقوق امتيازاً خاصاً على عقار معين بالذات من عقارات المدين.

³⁶³ انجي هند زهدور، المرجع السابق، ص 191.

ويسري على حقوق الامتياز العقارية ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام وهي كذلك واجبة الشهر في القانون الجزائري إذ يجب قيد امتياز بائع العقار، والمقاولين والمهندسين المعماريين.

ومنه وبعد التعرف على التصرفات والأحكام الخاضعة للقيد بالسجل العقاري، فإنه يترتب على هذا القيد نفاذ الحق العيني التبعي في مواجهة الغير والذي يخول له حق التقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين وكذا حق التتبع، وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى أحكام الغيرية ضمن هذين الحقين.

المطلب الثاني: الغيرية في القيد

القيد إجراء شرع لحماية الغير من آثار التأمين العيني، وهو أداة قانونية لحماية الغير من آثار الرهن، وبدون القيد يكون الحق غير نافذ في حق الغير وإن رتب آثاره في العلاقة بين المتعاقدين.

والمقصود بالغير الذين يحميهم إجراء القيد كل الأشخاص الذين يضر بهم التأمين العيني بما يخوله للدائن من حق التقدم وحق التتبع وعلى هذا الأساس سوف نتعرض للغيرية وتطبيقاتها في الحالتين من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الغيرية وحق التقدم.

الفرع الثاني: الغيرية وحق التتبع .

الفرع الأول: الغيرية وحق التقدم

حق التقدم أو حق الأفضلية هو جوهر الرهن الرسمي، ويقصد به السماح للدائن المرتهن التقدم في استيفاء حقه على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة سواء بقي العقار في يد الراهن أو انتقل العقار المرهون الى الحائز.

حيث يباشر حق التقدم على ثمن العقار بعد بيعه بالمزاد العلني، ولا يرد على ثمن العقار فقط وإنما يرد على ثمن ملحقاته كذلك، وهي العقارات بالتخصيص وحقوق الارتفاق والتحسينات والمنشآت، وكذلك على ثمار العقار المرهون الملحقة به بتاريخ تسجيل التتبيه بنزع الملكية، كما ينصب على ما يحل محل العقار المرهون من أموال، سواء كان تعويضا يدفعه المتسبب في هلاك العقار كليا أو جزئيا، أو مبلغ التأمين المستحق في حالة وقوع الخطر المؤمن عليه أو المقابل الذي تدفعه السلطات العامة في حالة نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة.³⁶⁴

وتتحدد مرتبة القيد التي تخول له حق التقدم على أساس الأولوية في القيد عملا بنص المادة 908 من القانون المدني، فإن أجروا القيد في نفس اليوم، فإن الأفضلية تتحدد بساعة القيد. والغيرية تحقق حماية للغير من خطر ميزة التقدم، التي يتمتع بها الدائن المزود بتأمين عيني، وبما أن هذه الميزة هي مقررة للدائن فإنها لا تحقق إلا في مرحلة التوزيع ويستوي في هذا الدائن العادي إذا تمسك بمبدأ المساواة، أو دائن آخر مزود بتأمين عيني ويتمسك بحقه في التقدم وفقا لمرتبته، وسوف نتطرق لكليهما فيما يلي:

³⁶⁴ لخضر قويسم، آثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجيستر، جامعة الجزائر - بن يوسف

بن خدة، 2013/2012، ص 56.

أولاً: الدائن العادي

تظهر غيرية الدائن العادي في الحالة التي يكون فيها الدائن المزود بالتأمين العيني لم يجر القيد أصلاً أو قام بإجرائه لكن سقط لعدم تجديده، والحالة التي يجري فيها الدائن القيد على نحو معيب، والحالة التي يتعطل فيها القيد بحكم القانون.

بما أن القيد هو مجرد إجراء لنفاذ آثار التأمين العيني في مواجهة الغير، ويترتب عليه ميزة التقدم على الدائن العادي، فإذا لم يرقم الدائن المزود بالتأمين العيني بهذا الإجراء، فإنه يحرم من هذه الميزة. وللدائن العادي أن يتمسك في هذه الحالة بمبدأ المساواة مع ذلك الدائن، على أساس أن الدائن العادي يعتبر من الغير الذي لا يتأثر بوجود هذا التأمين طالما أنه لم يقيد. وكذلك الأمر بالنسبة للدائن الذي سقط التأمين العيني لعدم تجديده في الميعاد القانوني، والتجديد حدده المشرع الجزائري بالمادة 96 من المرسوم 63/76.³⁶⁵

فنفاذ التأمين العيني في حق الغير، كأثر للقيد، هو نفاذ موقوف بمدة عشر سنوات و أنه بإنقضاء هذه المدة يتعين على الدائن صاحب التأمين المقيد أو خلفه اتخاذ إجراءات التجديد لمدة عشر سنوات أخرى، فإذا لم يرقم هذا الدائن بالتجديد سقط القيد، بحيث يعتبر التأمين العيني و كأنه لم يقيد أصلاً.

ويترتب على ذلك أن الدائن العادي يتمسك بمبدأ المساواة بوصفه من الغير أي ممن لا يتأثر بوجود التأمين العيني بعد سقوط القيد.

وقد نص في هذا الصدد المشرع المصري على حالة إجراء القيد على نحو معيب، والتي لا نجد لها في التشريع الجزائري، والتي اشترطت توافر بيانات معينة في قائمة القيد، وإغفال أحد هذه البيانات أو أكثر قد يعرض هذا القيد للبطلان، إذا أحدث ضرراً للغير.

³⁶⁵ تنص المادة 96 من المرسوم 63/76: " تحتفظ التسجيلات بالرهن والامتياز طيلة 10 سنوات ابتداء من يوم تاريخها ويوقف أثرها إذا لم يتم تجديد هذه التسجيلات قبل انقضاء هذا الأجل... ".

وبالتالي فالمشرع المصري لم يقر ببطلان القيد، إلا إذا لحق الغير ضرر من جراء تخلف البيانات أو النقص فيها، والبطلان لا يلحق القيد في هذه الحالة إلا بالقدر اللازم لرفع الضرر وفقا لتقدير المحكمة. ويعتبر هذا الجراء إحدى صور التعويض العيني و المتمثل في اعتبار هذا الرهن غير سار في حق الغير المضرور.³⁶⁶

وقد يتعطل القيد بحكم القانون، وهذا بسبب أحداث تطرأ بعد حصوله كوفاة المدين، فإذا توفي المدين، وقد نشأ التأمين العيني صحيحا حال حياة المدين، فإن تأخر القيد إلى ما بعد الوفاة يحول دون احتجاج باقي دائني التركة بذلك التأمين، لأن القيد ما هو إلا مجرد إجراء لشهر التأمين العيني، والأصل أن المدين هو الذي يلتزم بتيسير ذلك الإجراء كما يلتزم الورثة بذلك³⁶⁷

غير أن هناك من يرى عكس ذلك، أي يرى عدم سريان الرهن في هذه الحالة في حق دائني التركة، فالتركة تتجسد الحالة التي عليها وقت الوفاة، وابتداء من لحظة الوفاة لن يملك أي من دائني المورث أن يرتب لنفسه أولوية لم تكن له من قبل حتى ولو كان التأمين العيني قد نشأ قبل الوفاة.³⁶⁸

و تتعطل هذه القيود أيضا عند إعلان التاجر لإفلاسه فمن المقرر أن القيود التي تجري بعد تاريخ التوقف التاجر عن الدفع لا تسري في مواجهة جماعة الدائنين عملا بنص المادة 247 من القانون التجاري.³⁶⁹

³⁶⁶ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 536.

³⁶⁷ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 240.

³⁶⁸ محمد كامل مرسى، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، 1953، ص 91.

³⁶⁹ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

ثانيا : الدائن المزود بتأمين عيني:

رأينا أن الغير الذي يضر من ميزة التقدم قد يكون دائنا آخر مزود بتأمين عيني ويتمسك بحقه في التقدم تبعا لمرتبه وما يحدد هذه المرتبة هو أسبقية القيد، فالقاعدة في حالة التزام هي تفضيل الدائن صاحب التأمين العيني الأسبق إلى القيد.

إلا أن هذه مزايا غيرية الدائن الأسبق في القيد قد تتعطل وهذا استثناء من قاعدة الأفضلية أو الاسبقية في القيد، مثال على ذلك ما نصت عليه المادة 890 من القانون المدني والتي جاء في نصها: " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته.

وإذا رهن أحر الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرز من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيانا غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبه إلى الأعيان المخصصة له بقدر ما يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل. ويبين هذا القدر بأمر على عريضة ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه ذي الشأن بتسجيل القسمة.

ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صادر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين". الأصل أن الرهن ينتقل بمرتبه بعد إجراء قيد جديد سواء أكان الرهن صادرا من أحد الملاك على الشياخ أو من كل الشركاء.

إلا أنه بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه فإن المشرع خرج عن القاعدة العامة فقد منح للدائن المرتهن من جميع الشركاء تقدما على مرتبة الدائن المرتهن من شريك واحد وإن كان قيده لاحقا لهذا الأخير. وهذا استثناء من قاعدة الأفضلية للأسبق في القيد.

وكذلك ما نصت عليه 96 من المرسوم 63/76 ذلك أنه لا يكفي إجراء القيد مرة واحدة، بل يجب تجديده كل عشر سنوات حتى يحتفظ الدائن بمرتبته، فإذا لم يتم تجديده قبل انتهاء هذه المدة ترتب عليه سقوط هذا القيد، فتضيع مرتبة الدائن و يتقدم عليه الدائنون التاليين له في المرتبة. ذلك لكون أن التجديد في الميعاد القانوني هو استمرار للقيد القديم، أما التجديد بعد الميعاد القانوني فهو قيد جديد و ليس استمرارا للقيد القديم.³⁷⁰

ويعتبر تنازل الدائن عن مرتبة رهنه لصالح دائن آخر، ولا يقصد بذلك التنازل عن الرهن كله وإنما عن مرتبته التي اكتسبها بالقيد. أحد تطبيقات تعطيل قاعدة الأسبقية في القيد والتي منشؤها إرادة الأطراف.³⁷¹

وعلى هذا الأساس لو أن الدائن صاحب الحق المتقدم تنازل عن مرتبته لدائن آخر، فهو يحل محل هذا الأخير في مرتبة الرهن، ويكون التنازل في حدود الدين المتنازل، ولا يكون هذا التنازل نافذا في مواجهة الغير إلا من تاريخ التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من نص المادة 904 من القانون المدني، وهذين الاستثناءين جاء لحماية للدائنين أصحاب المراتب المتوسطة.³⁷²

³⁷⁰ عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 106.

³⁷¹ وهذا ما جاءت به المادة 910 من القانون المدني بنصها: " يمكن للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دين آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك تجاه هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها تجاه الدائن الأول عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا"

³⁷² عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 547.

الفرع الثاني: الغيرية وحق التتبع

التتبع هو ميزة أخرى يخولها التأمين العيني لصاحبه إضافة إلى ميزة التقدم عملا بنص المادة 882 من القانون المدني، و يقصد بحق التتبع بأنه مكنة يخولها حق الرهن للدائن المرتهن يكون له بمقتضاها سلطة التنفيذ على العقار المرهون في يد الغير.³⁷³ وعرفه الفقه بأنه تلك المكنة التي يخولها حق الرهن للدائن المرتهن والتي يكون له بمقتضاه سلطة التنفيذ على العقار المرهون يد الغير، كما يعرف أيضا على أنه قدرة التنفيذ على العقار المرهون المخولة للدائن المرتهن بمقتضى حق الرهن، ولو انتقلت ملكيته إلي الغير أو اكتسب عليه حقا قابلا للرهن، ويمارس حق التتبع في مواجهة الغير الذي انتقلت إليه ملكية العقار المرهون أو اكتسب عليه حقا قابلا للرهن والذي يسمى اصطلاحا الحائز.³⁷⁴ ويعتبر حائزا كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية عقار أو حق عيني عقاري مرهون دون أن يكون مسؤولا مسؤولية عن الدين المضمون.

ولمباشرة الدائن لحق التتبع يستوجب في الدائن المرتهن توفر شروط هي:

- أن يكون أجل الدين قد حل أو لحلوله قانونا لأحد الأسباب التي نصت عليها المادة 211 من القانون المدني.³⁷⁵

- أن يكون الدين نافذا في حق الدائن المرتهن في مواجهة الحائز ويقصد بذلك أنه حتى يستطيع الدائن المرتهن استيفاء دينه من هذا العقار يجب أن يكون الدين مقيدا قبل اكتساب هذا الأخير حقه على العقار، فهو تزامم بين صاحب الحق العيني التبعية

³⁷³ محمد حسين منصور، النظرية العامة للاتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 305.

³⁷⁴ لخضر قويسم، المرجع السابق، ص 71.

³⁷⁵ تنص المادة 211 من القانون المدني: " يسقط حق المدين في الأجل: إذا أشهر افلاسه وفقا لنصوص القانون. - إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان إنقاص التأمين يرجع إلى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا. - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات"

وصاحب الحق العيني الأصلي، وكلاهما لا يكون حقه نافذا إلا بعد شهره، وعليه يكون تاريخ الشهر هو الحاسم بينهما، وليس تاريخ إنشاء السند.³⁷⁶

وبما أن التأمين العيني لا يحرم صاحبه من سلطة التصرف في العقار المثقل بهذا التأمين، وكي نوفق بين حق المدين في التصرف وحق الدائن، خول للدائن حق تتبع العقار حتى لو تم التصرف فيه ولإعمال الغيرية في هذا الصدد يجب أن:

- أن يكون المدين قد تصرف في العقار المثقل بالتأمين العيني سواء بنقل ملكيته أو ترتيب حق عيني آخر عليه وأن يشهر هذا التصرف بعد إجراء القيد، وبهذا التصرف يقوم التعارض بين مصلحتين، مصلحة الدائن من ناحية ومصلحة المتصرف إليه من ناحية أخرى، فتدخل الغيرية كأداة كل هذا التزاحم. وعليه فلو أن العقار ظل في ملكية المدين دون أن يرتب عليه حقوقا للغير، فلن تثور في هذه الحالة لا مسألة التتبع و لا مسألة الغيرية.

- أن لا يكون التصرف الذي أجراه المدين أو الحائز من التصرفات التي تظهر العقار من التأمينات العينية و التكاليف التي تنقله، كالبيع الجبري بالمزاد العلني المنصوص عليه بالمادة 936 من القانون المدني، وكذا إذا تم نزع الملكية للمنفعة العامة، فليس للدائن مباشرة إجراءات حق التتبع، وكل ما له هو التنفيذ على مبلغ التعويض أو ثمن رسو المزاد.

ولإعمال قاعدة المفاضلة لا بد من أن تتوافر في المتصرف إليه صفة الغير أو الحائز، فقد عرف المشرع الجزائري الحائز في المادة 2/911 أنه كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية عقار أو أي حق عيني عقاري آخر قابل للرهن دون أن يكون مسؤولا شخصيا عن الدين. وبذلك يجب أن تتوفر الشروط التالية في الحائز:

الشرط الأول: أن يكون الحق العيني الذي تلقاه المتصرف إليه هو ملكيته العقار كله أو بعضه أو أي حق عيني قابل للرهن، أي حق يصح بيعه بالمزاد العلني على وجه الاستقلال

³⁷⁶ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 245.

لحق الانتفاع أو حق الرقبة ، والذي يكون محددًا في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق عملاً بنص المادة 886 من القانون المدني.

فعدم قابلية هذا الحق للتعامل فيه يعني عدم قابليته للتصرف وبالتالي عدم إمكانية التنفيذ عليه وبيعه من قبل الدائن عن طريق المزاد العلني لاستيفاء دينه من ثمنه، عند امتناع المدين عن الوفاء.

الشرط الثاني: أن لا يكون المتصرف إليه مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين.

وعلى هذا الأساس لا يعتبر حائزاً المدين المتضامن الذي يشتري العقار المرهون من المدين المتضامن معه، ولا الكفيل الشخصي الذي يشتري العقار من المدين، ولا الكفيل العيني فمركزه كمركز الكفيل الشخصي كلاهما مدين.³⁷⁷

وذلك لأنه إذا كان مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون جاز للدائن المرتهن التنفيذ على جميع أمواله، بما فيها العقار المرهون إعمالاً لمبدأ الضمان العام دون الحاجة إلى اتباع إجراءات التتبع، ولا يعتبر حائزاً المدين المتضامن، ولا الكفيل الشخصي لأن كلا منهما مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين.

الشرط الثالث: أن يقوم المتصرف إليه لشهر حقه طبقاً للقانون وهذا شرط عام للغيرية في الشهر سواء في تسجيل أو في القيد، وبذلك يفترض أن يكون هذا الشهر قد تم في تاريخ لاحق على القيد، وهنا يثور الحق في التتبع كما يثور حاجة الغير أو الحائز للحماية.³⁷⁸ فإذا قام الحائز بشهر حقه بعد قيد التأمين العيني، فإنه يمكن إعمال قاعدة المفاضلة وتكون الأسبقية من الدائن أو الحائز الذي شهر حقه هو الذي ينتصر.³⁷⁹

³⁷⁷ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 550.

³⁷⁸ أمينة عبدلي، (الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري)، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، 2018، ص 203.

³⁷⁹ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 553.

ويقصد بالشهر هنا ليس القيد، فالمفروض أن الدائن مقيد فعلا، وأن الحائز قد أشهر حقه، وإنما يقصد به أن الدائن قد سلك فعلا إجراءات التنفيذ بعد تسجيل التنبيه بنزع الملكية.

ويترتب على ذلك، أنه لو قام الحائز بتسجيل سنده بعد تسجيل التنبيه فإن حق الحائز يعتبر في هذه الحالة غير نافذ في حق الدائن، ومن حق الدائن أن يسير في إجراءات نزع الملكية ضد الحائز.

وإلى هنا تقف قاعدة المفاضلة عن العمل، بمعنى أنه إذا لم يثبت الحائز أن سنده قد أشهر قبل تسجيل التنبيه فإنه يفقد هذا المتصرف إليه من الدفع والخيارات المخولة للحائز، وللدائن في هذه الحالة أن يباشر إجراءات البيع تحت يد الحائز.

وبذلك فإن قاعدة المفاضلة تعمل على مرحلتين المرحلة الأولى المفاضلة بين تاريخ القيد وتاريخ شهر السند المتصرف إليه ومعنى هذا أن للدائن حق مباشرة التتبع إذا كان المتصرف إليه قد أشهر حقه بعد القيد، ولأن واجب حماية المتصرف إليه لابد وأن يثور، تأتي المرحلة الثانية والتي فيها يتم إعمال قاعدة التفضيل بين تاريخ شهر هذا السند وتاريخ تسجيل الدائن تنبيه نزع الملكية، وفيها تكون المفاضلة كأداة لحماية المتصرف إليه فيستفيد الحائز من هذه الحماية إذا كان شهر حقه يسبق تسجيل نزع الملكية ويكون له من الدفع والخيارات المخولة للحائز.³⁸⁰

ويعتبر الشفيع كذلك غيرا، كأن يكون المشفوع ضده هو المدين، ثم رتب هذا المدين تأمينا عينيا كرهن على العقار المشفوع فيه، فإن الرهن لن يسري في حق الشفيع اذا كان لاحقا لتسجيل الشفيع لإعلان رغبته وهذا ما أقرته المادة 806 من القانون المدني، ولا يكون

³⁸⁰ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 553.

لدائني المدين -المشفوع ضده- إلا أن ينتقل حق استيفاء ديونهم إلى ثمن العقار. وبذلك فهو يعتبر غيرا بالرغم من عدم وجود تصرف يزاحمه.

و خلاصة لما سبق يمكن القول أن الغير في القيد يختلف عن الغير في التسجيل، وتطبيق أحكام الغيرية بتطبيق قاعدة المفاضلة على أساس الأسبقية في القيد نجد لها تطبيقا عند ممارسة الدائن المرتهن لحق التقدم والتتبع الذي يكون له إثر قيد حقه. ويترتب للغير الذي يتمسك بغيريته هنا عدم نفاذ التصرفات والقيود المزاحمة لحقه.

الفصل الثاني

تطبيقات الغيرية في مجال

زوال الحقوق المشهورة

الفصل الثاني: تطبيقات الغيرية في مجال زوال الحقوق المشهورة

أقر المشرع الجزائري بجواز الطعن في الحقوق المشهورة عن طريق القضاء خروجاً عن قاعدة القوة الثبوتية المطلقة التي يقوم عليها النظام العيني وهذا بموجب نص المادة 24 من الأمر 75 /74 والمادة 16 من المرسوم 63/76.

هذه الدعاوى التي من شأنها النطق بفسخ أو ابطال أو إلغاء أو نقض الحقوق المشهورة والتي حددها المشرع بموجب نص المادة 85 من المرسوم 63/76، قيدها المشرع الجزائري بوجوب شهر عريضة افتتاح الدعوى والذي يكون بالتأشير على هامش تسجيل التصرفات تحت طائلة عدم القبول.

فوجوب شهر الدعاوى هو حماية لرافعيها حتى يمكنهم التمسك بالأحكام النهائية الصادرة لمصلحتهم في مواجهة الأغيار والذي يستتبعه وجوب شهر هذه الأحكام. وقد سبق و رأينا المقصود بالأغيار في السجل العيني في الباب الأول دون تحديده في التشريع العقاري الجزائري.

وأحكام الغيرية في مجال الحقوق المشهورة هي مقيدة بإعتبارين أساسيين يعطلان مفعولها ويحرمان الغير من مزايا غيريته وهما الدعوى الصورية والدعوى البولصية هذا استناداً للقواعد العامة. وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: حماية الغير عند زوال الحقوق المشهورة.

المبحث الثاني: تعطيل أحكام الغيرية.

المبحث الأول: حماية الغير عند زوال الحقوق المشهورة

أقر المشرع الجزائري بجواز الطعن في بيانات السجل العقاري خروجاً عن مبدأ القيد المطلق الذي نص عليه مؤسسو نظام الشهر العيني .

ويكون الطعن بأحد الدعاوى القضائية التي تكون سبباً في زوال الحقوق المشهورة، والتي أخضعها المشرع الجزائري لوجوبية شهرها بالمحافظة العقارية استناداً لنص المادة 85 من المرسوم 63/76، والأمر الذي أكدته المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وجعلت المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من عدم قبول الدعوى جزاء من تخلف شهر العريضة الافتتاحية.

وبما أن الطعن في الحقوق المشهورة من شأنه المساس بهذه الأخيرة قد يؤدي إلى زوالها، وما قد يترتب على من إهدار لحقوق مثبتة بموجب السجلات العقارية، مما يثير التساؤل حول حدود حماية الغير عند زوال الحقوق المشهورة.

وهذا ما سنتعرض له في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الدعاوى القضائية الرامية إلى زوال الحقوق المشهورة.

المطلب الثاني: حدود حماية الغير عند زوال الحقوق المشهورة.

المطلب الاول : الدعاوى القضائية الرامية إلى زوال الحقوق المشهورة

يتم الطعن في الحقوق المشهورة بموجب دعاوى ترمي إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق مشهورة، وهذا الدعاوى التي أوجب المشرع الجزائري شهرها حتى يعلم الغير بوجود النزاع القضائي حولها، وهذا ليكون حجة على الغير في حالة زوال الحقوق المشهورة، هذا فضلا عن وجوب شهر الأحكام القضائية في هكذا نزاع، وهذا ما سنتطرق له ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أنواع الدعاوى المتعلقة بعقار أو حق عيني مشهر.

الفرع الثاني: شهر الدعاوى و الأحكام القضائية المتعلقة بحقوق مشهورة .

الفرع الأول : أنواع الدعاوى المتعلقة بعقار أو حق عيني مشهر

يكون الطعن في الحقوق المشهورة بموجب أحد الدعاوى التي نصت عليها المادة 85 من المرسوم 63/76، وهذا إذا تعلق بفسخ حقوق مشهورة أو ابطالها أو إلغاء أو نقض حقوق تم اشهارها، والذي سنفصله تباعا.

1- الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ حقوق مشهورة:

الفسخ هو جزاء تخلف أحد المتعاقدين بالوفاء بالتزاماته والذي تضمنته المادة 119 من القانون المدني والتي جاء فيها: "في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات". والفسخ ثلاث أنواع:

- الفسخ الاتفاقي :

قد يتضمن العقد محل الفسخ شرطا يؤدي بالعقد إلى فسخه. من تلقاء نفسه، حيث يتفق المتعاقدان بمقتضى ورود هذا الشرط الذي يتحقق على فسخ العقد دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لإصدار حكم قضائي وهذا عملا بنص المادة 120 من القانون المدني.³⁸¹

وفي غياب نص المشرع على وجوب توفر صيغة قانونية معينة لشرط الفسخ الاتفاقي، يتمتع الأطراف بحرية تامة في تحديد صياغته.³⁸²

³⁸¹ تنص المادة 120 من القانون المدني: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون الحاجة إلى حكم قضائي.

وهذا الشرط لا يعفي من الإعدار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

³⁸² علي فيلال، المرجع السابق، ص 434.

- الفسخ بقوة القانون (الانفساخ):

فإذا انقضى الالتزام بسبب استحالة التنفيذ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بحكم القانون وهذا ما نصت عليه المادة 121 من القانون المدني .

وبذلك فالمشرع لم يشترط اعدارا أو حكما، ولكن ليس معنى ذلك أن القضاء يكون بمنأى عن العقد، بل قد يترافع الطرفان أمام القاضي لإثبات استحالة التنفيذ.³⁸³

- الفسخ القضائي:

هو الفسخ الذي يطالب به أمام القضاء بموجب إعدار الطرف دون الحاجة للنص عليه في العقد المبرم بينهما، بذلك فهذا الأخير لا يقع من تلقاء نفسه. فهو الجزاء المقرر للمتعاقد عند إخلال الطرف الثاني بالتزاماته.

فالفسخ هو حق اختياري للمتعاقد فله أن يطلب بتنفيذ العقد أو بفسخه وليس للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويترتب عليه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وإن استحال رد الحالة إلى ما كنت عليه قبل الحكم بالفسخ جاز الحكم بالتعويض.

ومن أجل ذلك يلجأ الدائن إلى إعدار الطرف المدين من أجل تنفيذ التزامه، و في حالة بقاء الإعدار دون جدوى، ما عليه إلا أن يلجأ إلى القضاء طالبا الفسخ بسبب إخلال الطرف الأخر بالتزاماته التعاقدية، والتي ترفع أمام محكمة تواجد العقار.

ونظرا لخطورة الطلب القضائي أوجب المشرع إشهار عريضة إفتتاح الدعوى لدى المحافظة العقارية، ليعلم بها الغير نظرا لما يمكن أن ترتبه هذه المنازعة على تغيير المراكز

³⁸³ ليلي لبيض، شهر الدعاوى القضائية في القانون الجزائري، مجلة المفكر، مجلد8، العدد 1، 2013، ص 316.

القانونية، وحتى يعلم المتعامل المتحمل للعقار المتنازع عليه بوجود منازعة وبالتالي لا يمكنه الإحتجاج حال فسخ العقد بحسن نيته، طالما أن عريضة افتتاح دعوى الفسخ مشهورة.³⁸⁴

2-دعاوى إبطال الحقوق المشهورة:

البطلان هو انعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع في العقد، و البطلان لا يخرج عن كونه بطلانا مطلقا، أو قابلية للإبطال فهو موجود ومنتج لأثاره إلى أن يتقرر إبطاله.

ودعوى الطعن ببطلان التصرف يكون منها الطعن في وجود التصرف ذاته ومنه اعتبار التصرف منعما منذ إبرامه وهذا الانعدام ينال من وجوده أصلا ويكون عن طريق دعوى البطلان المطلق أو دعوى البطلان النسبي وهي التي أشارت إليها المادة 85 من المرسوم التنفيذي 63/76.

أوجب المشرع الجزائري إشهار الدعوى الرامية إلى إبطال العقد وذلك نظرا لخطورة نتائج هذه الدعوى على المتعامل المحتمل مع المالك المهتدة ملكيته بالزوال، وشهر العريضة ليس له أثر موقف لعملية الإشهار العقاري بل هو فقط لإعلام المالك الجديد بما سيقدم عليه مع تحمله تبعات ذلك.

3-الدعاوى الرامية إلى إلغاء الحقوق المشهورة :

تتصب دعوى الإلغاء عموما على قرارات إدارية يتم الطعن في مشروعيتها ومن بين أهم دعاوى الإلغاء، دعوى إلغاء الترقيم النهائي والذي يعتبر هو الآخر قرار إداري وخاضع لرقابة القضاء الإداري والمنصب على العقارات أو الحقوق العقارية التي شملتها عملية

³⁸⁴ العياشي سراتي، سعودي باديس، (شهر عريضة افتتاح الدعوى العقارية في التشريع الجزائري - قراءة في نص

المادة 35 من القانون 18-18 المتضمن قانون المالية لسنة 2019-)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية

والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص 2088.

المسح العام للأراضي. وهذا عملا بنص المادة 800 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

4-الداوى الرامية إلى نقض الحقوق المشهرة:

هي الداوى التي ترفع للمطالبة بنقض القسمة الودية وفقا لنص المادة 732 من القانون المدني التي جاء فيها: " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة. ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته" .

وجوب شهر هذه الداوى هو لإعلام الغير وباقي الملاك المشاعين لإحتمال أن يتم تعديل القوام المادي للحصة العائدة لكل واحد منهم.

الفرع الثاني: شهر الدعاوى و الأحكام القضائية المتعلقة بحقوق مشهرة

دون الخوض في الخلاف الذي كان سائدا قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد والمتعلق بمدى وجوب شهر الدعوى القضائية، فإنه يجب شهر الدعاوى المنصبة على عقار أو حق عيني عقاري مشهر عملا بنص المادة 17 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت طائلة عدم قبول الدعوى.

ويترتب على شهر الدعاوى القضائية المذكورة أعلاه جملة من الآثار وهي :

- لا يترتب على الشهر العقاري للدعاوى وقف إشهار السند، لأن مهام للمحافظ العقاري مهام مستقلة عن إرادة أطراف الدعوى، وبذلك يستمر في إجراءات شهر الحق المتنازع فيه، وهذا ما أنصت عليه المادة 16 مكرر التي أضيفت بموجب المادة 35 من قانون 18/18 بأن إشهار الدعوى القضائية ليس من آثاره تجميد أو تعليق أو منع التصرفات اللاحقة التي يمكن أن ترد على العقارات أو الحقوق العينية المتنازع بشأنها.

وما أكدته المذكرة رقم 3875 المؤرخة في 1993/02/22 التي لفتت انتباه مديري الحفظ العقاري إلى عدم الأخذ بالطلبات المختصة بإيقاف إجراء إشهار متضمن نقل حقوق عقارية، وإن الطلبات التي تؤخذ بعين الاعتبار هي الدعاوى القضائية والدعاوى الاستعجالية، وأضافت المذكرة بأن الدعاوى تشهر لغرض حفظ حق المدعي في حالة صدور الحكم لصالحه ولا توقف أي إشهار لاحق.

أما الدعوى الاستعجالية، فيجب شهرها وكذا الأوامر الاستعجالية بوقف إجراءات الشهر ويتم إيقاف الشهر لأجل محدد مع التأكيد على ضرورة تحديد مدة إيقاف في نص الأمر ولو إلى غاية صدور حكم نهائي.

إلا أن الأستاذة ليلي زروقي رأت أن ما انتهت إليه المذكرة من جواز التوقيف إجراءات الشهر العقاري بناء على أمر استعجالي، لأن التصرف في العقار هو حق

دستوري، والحالة الوحيدة في القانون الجزائري التي توقف تنفيذ العقد الرسمي هي حالة الطعن بالتزوير.³⁸⁵

- الهدف من شهر الدعوى القضائية هو إحاطة الغير بما يشوب التصرف الذي يقدم عليه فله أن يتراجع عن التصرف أو أن يقدم عليه مع علمه بأن الحق متنازع فيه. وقد ذهب إلى أكثر من ذلك بوجوب تبليغ عريضة رفع الدعوى المشهورة للمتصرف له وهذا لإعلامه بالنزاع بموجب نص المادة 16 / 2 مكرر التي أضيفت بموجب قانون المالية بنصها: "إذا تم التصرف في حق عيني عقاري يتعلق بعقار أشهرت بشأنه عريضة رفع الدعوى قبل التصرف، فإنه يستوجب على المتصرف إبلاغ المتصرف له بالدعوى المشهورة عن طريق محضر قضائي، على أن يرفق محضر التبليغ بملف العقد تقديمه لإجراء الشهر العقاري".

- المحافظ العقاري ملزم بالإشارة أثناء تقديم المعلومات إلي وجود عرائض افتتاح الدعوى القضائية العقارية المشهورة، ويظل الأمر كذلك إلى غاية شطب الدعوى من السجل العقاري، علما أن عرائض الدعوى العقارية كانت تشطب تلقائيا من السجل العقاري بعد مرور 03 سنوات ابتداء من تاريخ إشهارها وهذا حسب مذكرة المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 02020 الصادرة بتاريخ 21 أبريل 1988، غير أن الواقع العملي أثبت أن حبل الدعوى العقارية طويل جدا و يتجاوز في أغلب الأحيان مدة ثلاث سنوات، مما دفع بها إلى التراجع عن هذا الإجراء وتركت تأشيرة افتتاح الدعوى العقارية قائمة إلى غاية شطبها بعد تدخل من له مصلحة بذلك.³⁸⁶

فالشهر في موضوع الدعوى القضائية يؤدي وظيفة إعلام الغير بأن العقار موضوع النزاع أمام القضاء، وبالتالي إدخاله في مفهوم الحق المتنازع عليه قضاء.

³⁸⁵ عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المرجع السابق، ص 238

³⁸⁶ العياشي سراتي، سعودي باديس، المرجع السابق، ص

ولا يكفي شهر عريضة رفع الدعوى في الدعوى المذكورة أعلاه بل يجب شهر الأحكام القضائية النهائية الفاصلة في النزاع حتى تكون نافذة في مواجهة الغير.
فبالرجوع لنص المادة 14 من الأمر 74/75 والمادة 1/353 من قانون التسجيل المعدلة بالقانون رقم 22/03 المؤرخ في 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 فإنه يجب شهر الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بحقوق عينية عقارية.
الأحكام الواجبة الشهر تعتبر أحكاما مقررة وهي أحكام رسو المزاد، أحكام الشفعة والأحكام المتضمنة إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري أو نقله أو تغييره أو زواله.
الأحكام القضائية النهائية الفاصلة المنازعات العقارية، تكون واجبة الشهر من طرف المحافظ العقاري بناء على طلب الطرف الذي يكون الحكم في صالحه، وذلك بالتأشير على البطاقات العقارية والدفتر العقاري.

و تقاديا لتأخير تنفيذ الأحكام القضائية فقد نوهت المديرية العامة للأموال الوطنية، المحافظين العقاريين من خلال المذكرة رقم 00689 المؤرخة في 12 فيفري 1995³⁸⁷ أنه في حالة إيداع حكم قضائي، و كان منطوقه لا يحتوي على المعلومات المطلوبة وفق التنظيم المعمول به في مجال الإشهار العقاري، تعيين دقيق للعقار وذكر أصل الملكية وغيره فإن بإمكانهم الرجوع للعناصر الثابتة الواردة في حيثيات الحكم القضائي أو الوثائق المرفقة، مثل تقرير ومخطط الخبير الذي يرفقه الموثق عند الإيداع مع الحكم أما اذا استحال عليه ذلك، فإنه لا بد من العودة للمحكمة الصادرة عنها الحكم لاستدراك النقائص الملاحظة التي بدونها يستحيل إشهار ذلك الحكم.³⁸⁸

وهذا ما أقرته الإرسالية الصادرة عن مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي بتاريخ 22 ماي 2019 تحت رقم 5389 والموجهة إلى مدير الحفظ العقاري لولاية تيزي

³⁸⁷ المذكرة رقم 00689 المؤرخة في 12 فيفري 1995 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية

³⁸⁸ حمزة لحول، (غموض الأحكام القضائية العقارية كأحد إشكالات التنفيذ)، مجلة الإحياء، مجلد 22 العدد 01،

2022، ص 738.

وزو، والتي جاء في فحواها " ... حيث جاء في ارسالكم أن المحافظ العقاري بالأربعاء
ناث إرثن أرجاء الفصل في هذا الملف وإشهار القرار القضائي لأن منطوقه نص فقط
على إلغاء الترقيم العقاري الخاص بالعقار محل النزاع من دون التطرق إلى من تعود
ملكيته وعلى من يعاد ترقيمه.

في هذا الصدد يجدر التذكير في قضية الحال أننا بصدد قرار قضائي حائز لقوة الشيء
المقضي فيه، فهو واجب التنفيذ، وبالتالي فالمحافظ العقاري ملزم بتنفيذ منطوقه تنفيذا
كاملا وحرفيا من دون تأويل أو تفسير.

وعليه وبما أننا في قضية الحال أمام قرار قضائي قضى بإلغاء ترقيم عقاري و لم يذكر
مآل الترقيم باسم من يعاد و لم يبين إلى من تعود ملكيته، فإن مهمة المحافظ العقاري
في هاته الحالة تقتصر على التأشير على البطاقة العقارية، بما يفيد إلغاء الترقيم العقاري
دون ترقيمه باسم أي شخص آخر تنفيذا لمنطوق قرار مجلس الدولة. وعلى أصحاب
المصلحة في هذه القضية اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى تفسيرية طبقا لنص المادة
285 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية".

وفي الأخير فإن وجوب شهر دعاوى والأحكام القضائية الذي أقره المشرع الجزائري
بهدف الإعلان هو حماية للغير.

والغير المقصود هنا هو الذي قد يتعامل على العقار، ليكون على علم بالنزاع المثار
فيقبل على التصرف أو يتفاداه.

وهذا حتى يكون لمن صدر حكما لصالحه حجية في مواجهة الغير، ويكون له بذلك حق
التمسك بعدم نفاذ من انتقلت له الملكية أو أي حق عيني عقاري أشهر لاحقا لشهر
الدعوى

المطلب الثاني: حدود حماية الغير عند زوال الحقوق المشهورة

بعد التعرف على الدعاوى القضائية التي من شأنها إزالة الحقوق المشهورة، وجب تحديد الغير مناط الحماية عند زوال الحقوق المشهورة. هذا الغير الذي له وجود في السجل العقاري الجزائري سببه هو فتح المشرع لباب الطعن في بيانات السجل خروجاً على مبادئ نظام الشهر العيني.

هذا الأخير قد يكون غيراً اكتسب حقاً في السجل العقاري، وقد يكون متضرراً من قيود السجل استوجبت حمايته، وهو ما أقرته مختلف التشريعات بموجب أحكام الغيرية بالرجوع إلى أحكام النصوص العقارية، يمكن القول أن الغير نوعان؛ غير بمعنى الكافة والذي يستشف من نص المادة 24 من الأمر 74/75 والمادة 16 من المرسوم 63/76. وغير بمعنى خاص والذي أقرته المادتين 86 و 87 وهو الخلف الخاص وهذا ما سنفصل فيه من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: حماية الغير من خلال جواز الطعن في الحقوق المشهورة.

الفرع الثاني: حماية الخلف الخاص (الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر والخلف الخاص لصاحب الحق العيني المقيد من التصرف).

الفرع الأول: حماية الغير من خلال جواز الطعن في الحقوق المشهورة

يعتبر مبدأ القوة الثبوتية المطلقة أحد أهم المبادئ التي يقوم عليها السجل العيني، والذي يعنى به أن ما هو مفيد في السجل العقاري يكتسب قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ويصبح التسجيل ذا حجية مطلقة بالنسبة للكافة، ولا يمكن الطعن فيه بأي شكل.

ويبقى على من ضاعت ملكيته بالشهر حق المطالبة بالتعويض فقط دون استرجاع العقار بعد شهره في السجل العيني استقرارا للمعاملات وتطبيقا لمبدأ القوة الثبوتية.

إلا أن المشرع الجزائري خرجا عن هذا المبدأ أقر حق الطعن في الحقوق المشهورة وهذا بموجب المادة 24 من الأمر 74/75³⁸⁹ والمادة 16 من المرسوم 63/76³⁹⁰. وبالتالي من استفاد من ترقيم نهائي ليس بمأمن من إلغاء ترقيمه في أي وقت. وهذا عكس ما هو مرجو من الأخذ بنظام الشهر العيني.

هناك من يرى أن نص المشرع على حق الطعن في الحقوق المشهورة يؤثر سلبا في توفير الثقة في القاعدة القانونية، فهي تعتبر بمثابة الخطر المستمر الذي يهدد أي معاملة أو حق مكتسب في اطار قواعد السجل العقاري، ومن ثمة فإن النص التشريعي لا يحقق أي مجال من مجالات الأمن القانوني، خصوصا وأن فكرة الأمن القانوني تقوم على حفظ الحقوق والتوقع المشروع، والحقوق المكتسبة ويرون أنه ينبغي على المشرع أن يعيد النظر فيه كأن يقيد هذا الحكم من حيث الزمن وعدم ممارسته على سبيل الاطلاق، ذلك لأن فيه زعزعة للاستقرار اهدار للحقوق الثابتة بالسجل العقاري، على أن يؤسس علي سبيل

³⁸⁹ تنص المادة 24 من الامر 74-75: " تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا".

³⁹⁰ تنص المادة 16 من المرسوم 63/76 على: " لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب الأحكام 12 و 13 و 14 من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء...".

الاحتياط صندوق لضمان التعويضات المناسبة لأصحاب الحقوق الذين يفقدون ملكياتهم بسبب ترقيمها باسم أشخاص آخرين في السجل العقاري.³⁹¹

والغير المقصود هنا هو الكافة، فالبرجوع إلى المواد السابق ذكرها فإن المشرع لم يضع أي تقييد من حيث الأشخاص الذين لهم حق الطعن في قرارات المحافظ العقاري. وبالتالي يكون لأي شخص تتوافر فيه الصفة والمصلحة وفقا للقواعد العامة أن يطعن في الحقوق المشهورة بالسجل العقاري.³⁹²

إلا أنه يمكن القول أن حق الطعن هذا قد يعتبر حماية للغير، هذا الأخير في مجال زوال الحقوق المشهورة لا يخرج من كونه نوعان:

1- غير أغفل السجل العقاري عن حقه ويكون له الاستفادة من حق الطعن لاسترجاع حقه.

2- غير اكتسب حقا بموجب إجراءات الشهر العقاري، إلا أن حقه مهدد بالزوال بموجب حق الطعن.

فقد يغفل السجل العقاري عن حق الغير، كأن يرقم العقار باسم العقارات الغير مطالب بها أثناء عملية اعداد السجل العقاري، أو قد يرقم العقار لصالح شخص آخر وحصول هذا الاحتمال الأخير وارد في ظل وجود أحكام اكتساب الملكية العقارية بالتقادم، وفي ظل عدم نص المشرع الجزائري على عدم جواز حظر التقادم.

³⁹¹ عبد القادر عيساوي، جمال بوشنافة، (إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي (دراسة تحليلية)، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الثالث، ص 410-411.

³⁹² عملا بنص المادة 13 من ق إ م إ: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، ومصلحة قائمة أو محتملة بقرها القانون".

فالمشرع لم ينص صراحة على عدم إمكانية اكتساب الحقوق العينية بالتقادم بالرغم من أنه من أهم مبادئ نظام الشهر العيني، وفي المقابل توجد النصوص التي تقضي بإمكانية اكتساب حق الملكية والحقوق العينية الأخرى عن طريق التقادم وهذا بموجب المواد 821، 824، 827، 828 من القانون المدني. بل أكثر من ذلك فقد اختلف القضاء فيمن يقر بالتقادم كسبب من أسباب كسب الملكية، ومن لا يجيزه في ظل النظام العقاري الجزائري وهذا ما سنتعرض له تباعا.

في هذا السياق أصدرت الغرفة المدنية للمحكمة العليا قرارا أقرت فيه مبدأ التقادم المكسب دون تمييز بين العقار المملوك بسند رسمي مشهر أو الذي ليس له مالك منه القرار رقم 23782 المؤرخ في 14/04/1982 والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا ان التقادم المكسب هو مؤدى الحيازة الهادئة والمستمرة فإن القضاء به اعتمادا على إحدى الخبرتين المتناقضتين دون اللجوء إلى خبرة ثالثة ودون تبيان طبيعة التقادم يعد مشوبا بالقصور في التسبيب ... ".³⁹³

و كذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16/07/2008 في الملف رقم 423822 في قضية (ب.ر) ضد (ب.خ) و التي أقرت بإمكانية اكتساب الملكية بالتقادم في وجود دفتر عقاري والذي جاء فيه: " عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه: والذي يعيب فيه الطاعنون على القرار المطعون فيه، أنه منح العقد العرفي الخاص بالمدعي عليه في الطعن، المؤرخ في: 02/10/1987، الحجية في مواجهة المدعين في الطعن، وجعله بداية لحيازة المدعي عليه في الطعن التي اعتبرها أساسا للتقادم المكسب، مخالفا بذلك المادة 12 من قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 01 والمادة 29 من القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري.

³⁹³ انظر المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1990 ص 12.

لكن حيث يتضح من القرار المطعون فيه، وخلافا لمزاعم المدعين في الطعن أن قضاة الموضوع لم يأخذوا بالعقد العرفي كدليل إثبات مقدم من المدعي عليه في الطعن، إنما أشاروا إليه عند حساب مدة حيازة المدعي عليه في لطن للأرض محل النزاع، وذكروا لتأسيس قضائهم، أن الثابت من الحكم المستأنف أن المحكمة رفضت الدعوى الرامية لاسترجاع الملكية لتقادمها، ولتوافر التقادم في مواجهة المدعين في الطعن، مادامت الحيازة ثابتة وبحسن نية ولمدة تجاوزت 15 سنة من تاريخ رفع الدعوى الذي هو 2006/12/01، في حين أن الحيازة بدأت من تاريخ 1987/01/02، حسب شهادة البيع المقدمة من طرف المدعي عليه في الطعن.

ولم يثبت طوال هذه المدة أي منازعة للمدعي عليه في الطعن، حتى أنجز مسكنه من طابقين، حسب دفعه الذي لم ينكره المدعين في الطعن. وبالتالي يكون دفع المدعين في الطعن بأن حق الملكية المستند إلى دفتر عقاري مشهر لا يسقط، غير مؤسس لأن المادة 827 من القانون المدني تخول للمدعي عليه في الطعن الدفع بالتقادم المكسب. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لا يوجد أي نص قانوني ينص على منع الدفع بالتقادم المكسب طبقا للمادة 827 من القانون المدني. وعليه تكون المواد القانونية المثارة من المدعين في الطعن لا تجد مجالا للتطبيق في قضية الحال. ومن هنا يكون القضاة قد طبقوا صحيح القانون وطبقوا المادة 827 من القانون المدني تطبيقا صحيحا وبالتالي فالوجه غير مؤسس ويرفض. لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا: قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وإبقاء المصاريف على الطاعن."

في حين أنه بتاريخ 1998/03/09 أصدرت المحكمة العليا - الغرفة الإدارية - قرار رقم 129947 جسد فيه عدم إمكانية تملك العقارات المشهورة بالتقادم المكسب والذي جاء فيه:

".. لا يخضع العقار المملوك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب".

394

وما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2021 01/14 تحت رقم 1206937: " عن الوجهين معا لتكاملهما المأخوذين من انعدام الأساس القانوني وقصور التسبيب بدعوى عدم مناقشة قضاة المجلس لطلب الطاعن بخصوص عدم تقديم المطعون ضده لسند ملكيته وكذا طلبه المقابل المتضمن تملكه للعقار محل النزاع عن طريق التقادم المكسب، مبررين ذلك بأن العقد الرسمي لا يحتاج إلى تحقيق ما دام العقار خضع لإجراءات مسح الأراضي مخالفين اجتهاد المحكمة العليا حسب القرار المرفق.

ردت المحكمة العليا : حيث أنه يستخلص من وقائع الدعوى أن المطعون ضده أقام دعواه عارضا أن مورثه توفى بتاريخ 2007/03/11 فقام الورثة باستصدار شهادة نقل ملكيته المتمثلة في القطعة الأرضية وذلك بتاريخ 2009/09/02 وأنه خلال 2009 إقتم المدعو (ش. ص) هذه القطعة وانتهت الدعوى التي أقاموها ضده بقرار المجلس الصادر بتاريخ 2012/06/05 الذي قضى بطرده من القطعة الأرضية محل النزاع وأثناء تنفيذ هذا القرار بتاريخ 2012/09/06 عاين المحضر القضائي أن أحد الجيران وهو المدعو (ش.م) استولى على أحد الغرف التابعة للعقار محل الإخلاء وصرح أنه يشغلها، ولذلك طلب المطعون ضده طرد الطاعن الذي دفع بحيازته للأمكنة عن طريق التقادم المكسب منذ سنة 1978، فقضت المحكمة بتعيين خبير خالص في تقرير خبرته إلى أن الطاعن يحتل مساحة 108م² أقام عليها بناء هشا و فوضويا دون رخصة داخل العقار الذي يملكه المطعون ضده وباقي الورثة وإثر ذلك قضت المحكمة بطرد الطاعن من الأمكنة محل النزاع، وإثر استئناف الحكم أصليا و فرعيا أصدر المجلس القرار المطعون فيه الذي أيد الحكم المستأنف مؤسسا ذلك بأن طلب الطاعن بخصوص الحيازة يتعارض مع أحكام المادتين 18 و 19 من الأمر

394 جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 60.

رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، كون أن العقار محل النزاع يقع بمنطقة ممسوحة تستثنى من إمكانية التقادم المكسب نظرا للقوة الثبوتية المطلقة لعقود الملكية الناتجة عن ذلك ولكون الطاعن عند صدور القرار الصادر بطرد الشاغل السابق للأمكنة لم يكن متواجدا بها وعند تنصيب المطعون ضده كان يشغل غرفة واحدة ثم توسع وأنشأ غرفا أخرى بطريقة فوضوية، كما عاين الخبير المنتدب، وحيث أنه أن المقرر بالمرسوم التنفيذي 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري خاصة المواد 08، 09، 10، 11، 12، 14، 15، 16 ومنه وبمجرد الإنتهاء من عمليات مسح الأراضي لكل القسم أو مجموعة أقسام بالبلدية المعنية بالمشح ، تودع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية عن طريق محضر يكون محل إشهار واسع لمدة 04 أشهر من تاريخ الإيداع قصد تمكين المالكين وذوي الحقوق العينية الأخرى من تسلّم كل وثيقة تشهد بحقوقهم على العقارات الممسوحة من المحافظ العقاري، ويقوم المحافظ العقاري بترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري ويعتبر الترقيم نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها سندات وعقود مقبولة لإثبات الملكية العقارية، أما بالنسبة للعقارات التي لمالكها الظاهرين سندات ملكية قانونية و الذين يمارسون حيازة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب فإن الترقيم يصبح نهائيا بمرور أربعة أشهر، ما لم يعلم المحافظ العقاري بأي اعتراض أو احتجاج، و في هذه الحالة يقوم بإجراء محاولة صلح بين الأطراف تكون له قوة الإلزام، فإذا انتهت محاولة الصلح دون جدوى يحزر محضرا بعدم الصلح يبلغ للأطراف وللطرف المعارض أن يرفع دعوى أمام القاضي العقاري للفصل في الحيازة، وذلك ضمن أجل ستة أشهر تحت طائلة عدم قبول الدعوى.

و حيث أنه و باستتفاذ هذه الإجراءات و الآجال يصبح الترقيم نهائيا ولا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عنه إلا عن طريق القضاء المختص الذي هو القضاء الإداري وفقا لأحكام المادة. 16 من المرسوم 74/75 المذكور أعلاه. و يسلم للمالك الدفتر العقاري الذي يعد سندا لملكية العقار أو الحق العيني موضوع الشهر وفي مواجهة الكافة ولا يبقى هناك

مجال للدفع بالحيازة المؤدية إلى التقادم المكسب الذي يفترض ممارسته لكل من له مصلحة في ذلك أثناء الترقيم المؤقت، ولأن هذا الدفع حينئذ أصبح يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية للشهر العقاري . مما يتعين القضاء بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا".

فباستعراض هذه القرارات القضائية نلاحظ عدم استقرار القضاء على موقف واحد بشأن كسب الحقوق المشهورة بالتقادم حتى في وجود دفتر عقاري، إلى غاية صدور قرارها الأخير والذي أكدت فيه عدم قابلية الحقوق المشهورة لاكتساب بالتقادم مببرة ذلك بأن إستنفاد الإجراءات والآجال المتعلقة بالترقيم وتسليم الدفتر العقاري الذي يعد سندا لملكية العقار أو الحق العيني موضوع الشهر وفي مواجهة الكافة ولا يبقى هناك مجال للدفع بالحيازة المؤدية للتقادم المكسب وانتهت إلى أن الدفع بالتقادم يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية للشهر.

ويلاحظ بشأن هذا القرار أنه أعطى القوة الثبوتية المطلقة للدفتر العقاري، وهو الأمر الذي لم ينص عليه المشرع نفسه وهذا بإجازته حق الطعن في الدفتر العقاري، وفيه مساس صارخ بأحكام الحيازة المؤدية إلى التقادم المكسب المنصوص عليها في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

وهذا ما يذكرنا بموقف المشرع المصري حين أدرج نصا في قانون الشهر العقاري يحظر فيه اكتساب الحقوق المشهورة في نظام السجل العيني بموجب 37 من قانون السجل العيني والتي جاء فيها: " يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل"، وهذه المادة سرعان ما ألغيت بعد الطعن في عدم دستوريته.

إذا قضت المحكمة الدستورية العليا في 1998/06/06 بعدم دستورية ما نصت عليه المادة 37 من قانون السجل العيني، من حضر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل، وبسقوط المادة 38 من نفس القانون التي تنص على أنه استثناء من أحكام المادة السابقة

يقبل قيد الحقوق استنادا وضع اليد المكسب للملكية إذا رفعت الدعوى أو صدر حكم فيها خلال خمس سنوات من انقضاء المدة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار. ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقا عينيا من المالك المقيد في السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه في المادة 32 من قانون السجل العيني.

وقد أقامت المحكمة الدستورية قضاءها هذا على عدة أسباب تتظافر فيما بينها بما يؤكد جواز التمسك بالتقادم لتملك العقارات والحقوق العينية المقيدة بالسجل العيني. وقد أسست المحكمة الدستورية قرارها على لا يجوز أن ينفصل قيد الحقوق العينية الأصلية عن أسبابها التي رتبها القانون المدني وحصرها، بل أن أسبابها هذه هي التي يكون الإستيثاق من صحتها سابقا على قيد الحقوق التي أنشأتها أو نقلتها.³⁹⁵

الأمر الذي يثير التساؤل حول الأساس القانوني الذي اعتمدت عليه المحكمة العليا في قرارها هذا في ظل عدم وجود نص في قوانين الشهر العقاري تحظر اكتساب الملكية التقادم وفي وجود أحكام القانون المدني.

ونرى في عدم وجود نص يحظر التقادم، جواز اكتساب الحقوق المشهورة في ظل نظام الشهر الشخصي فقط، أي في المناطق التي لم تشملها عملية المسح العام في انتظار عملية تعميم نظام الشهر العيني.

وعن النوع الثاني من الغير الذي قد يكتسب حقا في السجل العقاري إما بموجب أعمال اعداد السجل العقاري أو بأي سبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية، يظل هذا الأخير حقه غير مستقر ومهدد بالزوال بموجب تقرير المشرع لحق الطعن.

³⁹⁵ عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 56-57. وأيضا عبد الله محمد إسماعيل علام، المرجع السابق،

ذلك أنه يترتب على الطعن في بيانات السجل، أثر رجعي بالنسبة لك المراكز القانونية التي تمخضت عنه، فيعود الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل الترقيم النهائي المطعون فيه. فعلى المحافظ العقاري أن يقوم بالأعمال القانونية اللازمة التي يقتضيها إعادة الحال إلى ما كان عليه بداية بإزالة القرار الملغى وجميع آثاره التي رتبها وإعادة بناء المراكز القانونية الجديدة التي كرستها القرارات القضائية.

إلا أن القضاء أقر حماية لهذا الغير الذي اكتسب حقوقا أو الغير الذي تم التصرف إليه في هذه الحقوق، و هذا ما جاء به القرار رقم 072515 المؤرخ في 2020/12/27 والذي أقر قاعدة تحصين القرارات الإدارية إعمالا لقاعدة حماية الحقوق المكتسبة و المحافظة على استقرار المعاملات بنصه: " ... و حيث يستخلص مما سبق أن التعاونية المستأنفة قد اكتسبت هذه الأرض بالطرق الشرعية و دفعت ثمنها و تحصلت على رخصة التجزئة و البناء و أعيد تجديد هذه الأخيرة و كل ذلك من البلدية دون أن يطعن في صحة هذه الاستفادة و طبقا للقاعدة القانونية و ما استقر عليه الاجتهاد القضائي فإنه يحق للإدارة العدول عن قراراتها في الميعاد المحدد قانونا، و مادام أن كل هذه التصرفات تمت دون اعتراض، و هذه التصرفات رتبت حقوقا لا لبس عليها لفائدة المتعاونين و الذين استفادوا من بناء سكنات بلغت 80% و منهم من سكن منزله دون استعمال غش أو تدليس في الحصول على هذه الأرض، فمن غير العدل إخراجهم مع العلم أن الإجراءات التي قاموا بها سليمة....

وحيث أن العقود الإدارية التي تترتب عليها حقوقا للغير ولم تكن صادرة بناء على غش أو تدليس تتحصن بعد مرور آجال الطعن القانونية، وبما أن الإدارة هي التي أجرت هذه المعاملات وأصدرت القرارات واستلمت المقابل وبدأت الأشغال بأمر منها، فإن طلبها الحالي غير مبرر وغير مؤسس استنادا على قاعدة حماية الحقوق المكتسبة والمحافظة على استقرار المعاملات الخاصة منها والعامة وأن القول بما يخالف ذلك يعد مخالفا مع مبدأ العدالة، لذا قرر مجلس الدولة إلغاء القرار المستأنف والقضاء من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.."

وبذلك فقد أقر هذا القرار حماية للغير بعد أن اكتسب حقوقا مشهورة تكريسا لمبدأ استقرار المعاملات، وهو أيضا ما جاء به قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2012/07/30 والصادر عن الغرف مجتمعة، راعت فيه حماية الغير الذي اكتسب حقوقا مهددة بالزوال، وقرر الإبقاء عليها في للسجل العقاري إذا تجاوزت أقصى آجال التقادم المحددة قانونا. وربما أساس هذه الحماية هو حماية الأوضاع الظاهرة و استقرار المعاملات و هي حماية للغير و لمن تعامل معه في السجل العقاري في أوضح صورها دون مراعاة أي اعتبار آخر، و هذا بموجب القرار رقم 063457 الذي جاء فيه: " متى كان من المبادئ العامة للقانون أن نظام قابلية الطعون الرامية إلى إبطال العقود المنشئة لحقوق يرفعها في الآجال المعقولة فإن الطعن بإلغاء عقد توثيقي مسجل و مشهر بعد فوات أكثر ممن خمسة وأربعين سنة أي بعد مرور مدة تجاوزت أقصى آجال التقادم المحددة في القوانين السارية حاليا و التي كانت تطبق وقت انعقاد البيع و ظهره يعد غير مقبول لوروده بعد انقضاء الآجال".

و هو الموقف الذي ذهبت المحكمة الإدارية بالجلفة بموجب حكم مؤرخ في 2020/11/17 و الذي جاء فيه: "... حيث أنه بالرجوع إلى العقد موضوع النزاع و المراد ابطاله يتضح أن هذا العقد قد أصبح نافذا و يحتج به لدى الجميع طبقا لقواعد الشهر العقاري المنصوص عليها بالقانون المدني لا سيما المادة 793 منه، و أن هذا التصرف قد أنشأ وضعية مستقرة، و أكسب حقوقا للمدعى عليهم، و كذا للمتصرف لهم بموجب تصرفات لاحقة و منها عقد القسمة المحرر بتاريخ 1994 و المشهر بالمحافظة العقارية بتاريخ 1994، بالإضافة و وفق ما يتضح في قضية الحال أن أغلب المدعى عليهم تصرفوا بصفة كاملة لعدة ملاك متتاليين فيما تملكوه وفق عقد القسمة الناتج عن عقد المبادلة موضوع دعوى الإبطال و منهم من تصرف في جزء منه.

حيث أن الدعوى جاءت بعد إن نتجت عن عقد المبادلة المراد ابطاله عدة حقوق واستقرت كونه يرجع إلى سنة 1993 وقد تم شهره، فلا يعقل وفق المبدأ القانوني الذي جاء في قرار

مجلس الدولة عن الغرف المجتمعة الخوض في أوضاع استقرت أكثر من 27 سنة كونها تجاوزت أقصى آجال التقادم المحدد في القوانين السارية حالياً.

حيث أنه ومن خلال المناقشة القانونية المذكورة أعلاه فإنه يتعين معه على المحكمة والحال هكذا سوى القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس".

وبذلك يمكن القول أن إقرار القضاء لهذه الحماية للغير الذي اكتسب حقوقاً و أشهرها، دون مراعاة لحسن أو سوء نيته فهو لتحقيق استقرار المعاملات بما يتماشى مع مبادئ العدالة. يمكن أن نخلص إلى أن حق الطعن في الحقوق المشهورة وإن كان به مساس بمبدأ القيد المطلق للسجل، فقد يعتبر كحماية للغير، ويستوي في ذلك إن كان هذا الغير قد تضرر من إغفال السجل العقاري لحقه، فيكون له حق الطعن من أجل تدارك هذا الخطأ.

أو إذا اكتسب الغير حقوقاً في السجل العقاري، وكان هذا الحق مهدداً بالزوال بموجب حق الطعن، فله أن يتمسك بغيريته وبالحق العيني الذي اكتسبه بموجب عملية الشهر وهذا مراعاة لما ذهب إليه القضاء الجزائري تكريماً لاستقرار المعاملات.

الفرع الثاني: حماية الخلف الخاص (الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر والخلف الخاص لصاحب العيني المقيد من التصرف)

رأينا أن مصطلح الغير، من المصطلحات الأكثر غموضا في ميدان القانون لاسيما القانون المدني.

ورأينا أن مفهوم الغير يزداد غموضا في مجال الشهر العقاري، وأن أول من أعطى مفهوما خاصا للغير في الشهر العقاري هو المشرع الفرنسي وفرق بين الغير الذي يستفيد من الحماية، والغير الذي لا يستفيد من خلال الجزاء الذي رتبته على عدم إتمام الشهر في التصرفات الواجبة الشهر.

هذا الجزاء هو عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير، هذا الغير هو المتلقي الثاني لذات الحق من متصرف واحد والذي يبادر إلى شهر حقه قبل المتلقي الأول، ويكون بذلك غيرا بالنسبة لهذا الأخير في العلاقة التي تربطه بالمتصرف.

ورأينا كذلك أن الأمر مختلف بالنسبة للمشرع الجزائري، الذي أخذ بنظام الشهر العيني، والذي لم يأخذ بقاعدة عدم نفاذ التصرفات في مجال الحقوق العينية الأصلية ولم يرتب جزاء عدم النفاذ على عملية الشهر، وإنما جعل لها أثرا خطيرا وهو عدم وجود الحق وعدم انتقاله لا بالنسبة للمتعاقدين ذاتهم ولا بالنسبة للغير.

ورأينا أن هذا الغير قد يأخذ مفهوما عاما وهو الكافة، وقد يأخذ مفهوما خاصا وهو الخلف الخاص لأحد المتعاقدين، الذي من مصلحته الإبقاء على الحق الذي تلقاه بناء على الثقة التي وضعها في بيانات السجل العيني، والتي لولاها لما أقدم على التصرف ومن مصلحته عدم زوال هذا التصرف دون الأخذ بعين الاعتبار لحسن أو سوء نيته في إبرام التصرف محل المطالبة بالزوال.

وعن حدود هذه الحماية، فهي مرتبطة بمدى تحصين الحقوق المشهورة من الطعن فيها، وبما أن المشرع الجزائري أقر الطعن في الحقوق المشهورة، فإنها بذلك معرضة للزوال عن طريق المنازعة القضائية مما يفقدها القوة الثبوتية المطلقة، كما سبق توضيحه سابقا.

وعن حماية الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر تجدر الإشارة إلى أن المرسوم 63/76 وفي نصه على آثار الشهر في القسم الأول منه، وبموجب نص المادة 85 منه التي أوجت إلى جواز الطعن في الحقوق المشهورة، من خلال وجوب شهر بعض الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق مشهورة.

وجاءت نص المادة 86 من المرسوم 63/76 بأحكام تتعلق بالخلف الخاص والآتي نصها: " فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم شهره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون. تطبيقا للقانون" ويستخلص من نص المادة المذكورة أعلاه ما يلي:

- الطعن في التصرفات المشهورة بالفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض يترتب عليه زوال الحقوق بأثر رجعي.
- القول بزوال الحقوق بأثر رجعي يعني إرجاع الحال إلى ما كان عليه. أي أن الشهر يفقد قوته الثبوتية المطلقة في السجل العيني هذا ما لا يتعارض مع توجه المشرع الجزائري كما سبق توضيحه.
- الأثر الرجعي للزوال لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر، ويلاحظ أن عبارة الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر لم ترد في كل الأحكام السابقة في الأمر 74/75 ولا المراسيم التنفيذية له.

- رتبت أثرا لزوال الحق بأثر رجعي، يتمثل في تمسك الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر بعدم نفاذ أثر هذا الزوال في مواجهته.

- عدم نفاذ التصرف في مواجهة هذا الخلف الخاص مرتبط بالشرط الذي بمقتضاه حصل الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقص الذي يجب أن يتم إشهارة مسبقا، أو أن هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقص تم بحكم القانون تطبيقا للقانون.

فما المقصود بهذا الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر؟ وما هو أساس الحماية المأخوذ من قاعدة عدم نفاذ التصرفات؟

يبدو أن المشرع من خلال هذه المادة 86 أولى حماية خاصة للخلف الخاص لصاحب الحق المهدر وهو "الغير" والذي قد يهدر حقه في حالة القضاء بزوال حقه المشهر.

ويبدو أيضا أن هذا الغير هو محصن ومحمي بقاعدة عدم النفاذ بشرط أن يكون الشرط الذي حصل بمقتضاه الزوال قد تم اشهاره مسبقا أي قبل شهر تصرفه.

إن أحكام المادة 86 السابق ذكرها تثير اللبس والغموض حول هذا الموقف لحماية الخلف الخاص، الذي لم نجد له أي أساس من خلال استعراضنا للنظام القانوني للسجل العقاري الذي أخذ به المشرع الجزائري بموجب الأمر 74/75 والذي يتغنى بمبادئه وما ترتبه عملية الشهر من أثر عدم الوجود وعدم الانتقال للحقوق العينية إلا بعملية الشهر كما يثور التساؤل حول تواجد قاعدة عدم النفاذ كجزاء لعدم شهر الشرط الذي تم بمقتضاه الحكم بزوال الحقوق المشهرة؟

ألا يذكرنا هذا بتوجه المشرع الفرنسي الذي جعل جزاء عدم النفاذ في مواجهة الغير في حالة عدم إتمام عملية شهر بعض التصرفات؟

وأمام غموض نص المادة 86 من المرسوم 63/76 نحاول استعراض نص المادة الموالية منه، أي نص المادة 87 منه لعلنا نجد فيها ضاللتنا والتي جاء فيها: " إن الخلف الخاص

لصاحب حق عيني عقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه حقه الخاص لا يمكنه الاعتراض على العقود بين الأحياء والتي تم إعدادها بصفة متميزة من أجل إثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت وجميع التقييدات الأخرى لحق التصرف. أو على القرارات القضائية المثبتة أو المطالبات القضائية التي ترمي إلى الحصول على القرارات المذكورة، قد تم شهرها مسبقا عن الإشهار المعطى لحقه الخاص". من خلال استقراء نص المادة 87 يتجلى لنا ما يلي:

- أن الأمر يتعلق بحماية للخلف الخاص لصاحب حق عيني وليس الخلف الخاص لصاحب حق مهدر كما جاء في نص المادة 86 أعلاه.
- أن حماية الخلف الخاص تنصب حول شروط عدم قابلية التصرف المؤقت وجميع التقييدات الأخرى لحق التصرف.
- أن الأمر يتعلق بين عقود بين الأحياء أو قرارات قضائية تم إعدادها بصفة متميزة! ولا يمكن للخلف الخاص الاعتراض ضده بهذه العقود والقرارات.
- أنه يجب أن تكون العقود أو القرارات القضائية أو الطلبات القضائية المثبتة للتقييدات، تم شهرها مسبقا عن الإشهار المعطى لحقه الخاص.

وأمام غموض نص المادتين 86 و 87 السابق ذكرهما، نحاول الرجوع إلى أصلهما الوارد باللغة الفرنسية وهو على التوالي:

Article 86 :« La résolution ou la révocation, l'annulation ou la rescision de droits réels immobiliers, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si cette résolution, révocation, annulation ou rescision a lieu plein droit, en application de la loi ».

Article 87 :« Les ayants cause à titre particulier du titulaire d'un droit réel immobilier, qui ont publié l'acte ou la décision judiciaire, constatant leur propre droit, ne peuvent se voir opposer les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au

droit de disposer, ou les décisions judiciaires constatant de telles clauses, lorsque lesdits actes ou les demandes en justice tendent à obtenir lesdites décisions ont été publiés postérieurement à la publicité donnée à leur propre droit ».

وهنا ظهر جليا أن الأمر يتعلق بنص في المرسوم الفرنسي المؤرخ في 1955/01/04 والذي سبق استعراضه بمناسبة دراسة مفهوم الغير في نظام الشهر الشخصي. أي أن الأمر يتعلق بنص المادة 30 من المرسوم الفرنسي والتي جاء فيها:

Article 30 /1« Les ayants cause à titre particulier du titulaire d'un droit visé au 1° de l'article 28, qui ont publié l'acte ou la décision judiciaire, constatant leur propre droit, ne peuvent se voir opposer les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer, ou les décisions judiciaires constatant de telles clauses, lorsque lesdits actes ou décisions ont été publiés postérieurement à la publicité donnée à leur propre droit.

La résolution ou la révocation, l'annulation ou la restriction d'un droit visé au 1 de l'article 28, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, n'est opposable aux ayants cause a titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle produit un effet antérieurement publié ou si la clause réside dans la loi ».

ويلاحظ أنه بالرجوع إلى المادتين المذكورتين أعلاه 86 و 87 هما نسخة طبق الأصل من المادة 30 من المرسوم الفرنسي بفقرتيها، وهنا يثور التساؤل عن سبب تواجد هاتين المادتين في المرسوم 63/76، وعن جدواهما؟

علما أن الأمر يتعلق بحالتين هما وجود شرط أو بند من شأنه أن يؤدي إلى زوال الحق المشهر (المادة 86) أو شرط بمنع التصرف المؤقت أو بتقييد لحق التصرف (المادة 87).

و هي من الحالات الخاصة régime spéciaux لحماية للغير أي الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر و الخلف الخاص لصاحب الحق العيني في حالة وجود شرط مانع للتصرف المؤقت أو وجود تقييدات لهذا الحق بموجب قاعدة عدم نفاذ التصرف règle

d'inopposabilité دون أن يكون هناك أي تراحم أو خلاف بين متلقيين من متصرف واحد، التي تتطلب اللجوء إلى تفضيل المتلقي الأسبق في إتمام عملية الشهر.

ويلاحظ أن المادة 30 من المرسوم الفرنسي تشترط لإعمال هذه القاعدة، أي قاعدة عدم النفاذ في الحالتين الخاصتين:

- وجود شرط من شأنه أن يؤدي إلى زوال الحقوق عن طريق فسخها، أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها.

- وجود شرط عدم قابلية التصرف المؤقت أو أي تقييدات أخرى لحق التصرف des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer

ففي الحالة الأولى حتى يستفيد الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر بقاعدة عدم النفاذ يجب أن يتعلق الأمر بتصريف مهدد بالزوال بموجب شرط تم شهره مسبقاً، أي قبل شهر تصرفه، بمعنى افتراض علمه بهذا الشرط بموجب عملية الشهر.

وفي الحالة الثانية يستفيد الغير من قاعدة عدم النفاذ دون وجود أي تراحم بين متلقيين لحق من ذات المتصرف، en dehors de tout conflits كما جاء في المرسوم الفرنسي.

ونشير أن الأمر يتعلق بمجرد افتراض جاء به المشرع الفرنسي مفاده احتمال وجود تقييدات شرط مانع من التصرف أو تقييدات أخرى لحق التصرف، قد يواجه بها الخلف الخاص مع احتمال وجود هذه الشروط في عقد مغاير أو مستقل acte distinct أي يتضمنها عقد آخر غير العقد الذي بيد الخلف الخاص. إذ لو كانت هذه الشروط في ذات العقد لعلم بها.³⁹⁶

³⁹⁶ DAGOT Michel, le pacte de préférence, Librairie de la cour de cassation litec, paris, p 50-51

ولكي يكون هذا الشرط المانع من التصرف أو هذه التقييدات نافذة في حق الخلف الخاص يجب أن يكون عالما بها، وكيف يعلم بها وهي في عقد أو قرار قضائي أو مطالبة قضائية أخرى؟

وهو الأمر الذي دعى المشرع الفرنسي إلى تقرير عدم نفاذ هذا الشرط أو التقييد ما لم يكن مشهرا، قبل شهر تصرف الخلف الخاص.

يلاحظ أن نص المادة 87 نقل حرفيا من المدة 30 من المرسوم الفرنسي ولكن بترجمة الرديئة أفقدته معناه. وذلك عندما استعمل مصطلح العقود بين الأحياء والتي تم إعدادها بصفة مميزة مقابل مصطلح **des actes entre vifs dressés distinctement**، وكان يقصد بها عقود مختلفة أو مستقلة.

وكذا عندما استعمل مصطلح القرارات المذكورة تم شهرها مسبقا مقابل مصطلح **decision on été publiés postérieurement**، بدلا من المصطلح الصحيح وهو لاحقا و ليس مسبقا.

كل هذا أفقد النص معناه، هذا فضلا عن ركاكة التعبير المستعمل، وصعوبة تطبيق النص الذي يحمل مجرد افتراض، والذي هو منتقد من الفقه الفرنسي نفسه لندرة الحالات التي يمكن أن ينطبق عليها.³⁹⁷

وبدورنا نرى أنه من الصعب التسليم بوجود حالات الشرط بمنع التصرف المؤقت أو تقييد لحق الملكية في القانون الجزائري، اللهم إلا في حالات استثنائية وفي نصوص خاصة جاءت بها قوانين خاصة والتي سلف ذكرها.

ومع ذلك لا يمكن تصور وجود تقييدات لحق التصرف أو شروط تتعلق بزوال الحقوق المشهورة في عقود متباينة أو مختلفة عن العقود المبرمة، بل يفترض أن تكون في ذات

³⁹⁷ PIEDELIÉVRE Stéphane, op cit, p 269.

العقد، وإن وجدت فلا يكون لها الأثر الذي رتبته المادة 87 وهو مجرد عدم نفاذ الشرط المتعلق بالزوال أو المانع من التصرف المؤقت أو التقييدات الأخرى، في مواجهة الخلف الخاص وإنما أثرها هو عدم الوجود ما دامت غير مشهورة.

هذا فضلا عن اشتراط علم الخلف الخاص بالشرط بموجب الشهر، والعلم يقصد به في القانون الفرنسي حسن النية، فهل إدراج المادتين 86 و87 ضمن المرسوم 63/76 يعني أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ حسن النية كأساس للحماية؟

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني نرى أن المشرع أخذ بمبدأ حسن النية أهمها ما نص عليه بموجب المادة 828 من القانون المدني والمتعلقة بأحكام التقادم المكسب، والمادة 885 والتي تقر بنفاذ الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغاؤه، أو زواله لأي سبب آخر متى كان الدائن حسن النية، وكذا المادة 409 من نفس القانون والمتعلقة بعدم نفاذ ابطال البيع في مواجهة الغير حسن النية إذا اكتسب حقا عينيا على المبيع في مرض الموت.

إلا أن هذا المبدأ ليس له مكان في السجل العقاري الجزائري، وإنما نعتقد أن الأمر لا يتعلق بموقف المشرع الجزائري الذي حاد به عن توجهاته حين أخذ بقاعدة عدم النفاذ كجزاء لعدم الشهر في الحالات الخاصة المنصوص عليها في المادة 30 من المرسوم الفرنسي والمتعلقة بتطبيقات قاعدة عدم النفاذ بعيدا عن وجود أي تراحم.

وإنما هي هفوة من المشرع الجزائري حين أقحم المادة 30 من المرسوم الفرنسي ضمن المرسوم 63/76 ضمن المادتين 86 و87 دون انتباه أو قصد، الأمر الذي زاد أحكام الشهر العقاري في الجزائر تعقيدا، لا سيما أننا لم نجد أي تطبيقات لنص المادتين المذكورتين أعلاه في القضاء بنوعيه وبمختلف درجاته.

وبما أن وجودها هو بدون جدوى وبدون موضوع يتعين معه لفت انتباه المشرع لإلغائهما وإصدار نصوص قانونية أخرى تضمن للغير الحماية الكاملة بالإبقاء على الحقوق التي تحصل بناء على الثقة التي أولاها لبيانات السجل العيني.

هذا الغير هو بغير شك ليس أحد طرفي التصرف المهدد بالإهدار وإنما الخلف الخاص لأحدهما والذي من مصلحته الإبقاء على التصرف المقيد في السجل العقاري، لا بسبب الاعتبارات شخصية المأخوذة من سوء أو حسن النية وإنما للثقة التي يوفرها السجل العيني الذي من المفروض أن الشهر في ظل هذا النظام يطهر العيوب انطلاقاً من مبدأ الأثر المطهر للتقيد.

ولا يستقيم هذا الأمر في رأينا في وجود نص المادة 16 من الأمر 74/75 وفي وجود قضاء بقضي بإلغاء الحقوق المشهورة دون مراعاة أدنى حماية للخلف الخاص الذي يفقد حقه بزوال الحق الذي اكتسبه ويفقد حقه أيضاً في التعويض من الصندوق الذي تضمنه أنظمة الشهر العيني. ولا يجد سبيلاً إلا الرجوع على من تلقى منه الحق المهدر إلا بالالتزامات الشخصية أو بالتعويض عن العطل والضرر وفقاً للقواعد العامة.

المبحث الثاني: تعطيل أحكام الغيرية

قد تتعطل أحكام الغيرية، وبذلك لا يكون للغير مجال للتمسك بغيريته، فهي ليست على مطلقها بل تتوقف على مدى جدية هذا التصرف. فالشخص الذي أضرار من هذه القاعدة ينقلب من أغيار السريان، وهو بهذا الوصف يملك حق التمسك بعدم سريان الحق الذي كانت قاعدة التفضيل تجري لمصلحته.³⁹⁸ وهذا عندما يكون التصرف الأسبق في الشهر مجرد مظهر كاذب لا يمت إلى الحقيقة بصلة وهذه هي حالة الصورية .

أو عندما يكون تصرف مدين الغير ينطوي على غش بقصد الاضرار بالغير الدائن، فلهذا الأخير حق التمسك بعدم تفاذ هذا التصرف في مواجهته، وهذا بموجب الدعوى البولصية. هذين الدعويين يعطلان الحماية التي أقرها التشريع للغير الذي اكتسب حقا عينيا مشهرا وهذا رجوعا للقواعد العامة. وهذا ما سنتطرق له في المطالبين التاليين:

المطلب الأول: الدعوى الصورية.

المطلب الثاني: الدعوى البولصية.

³⁹⁸ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 500 مكرر.

المطلب الأول: الدعوى الصورية

الصورية هي اتخاذ مظهر غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي، و ذلك بأن يتفق الطرفان على إخفاء إرادتهما الحقيقية بقصد إخفاء تصرف حقيقي عن الغير، فتصرفهما الظاهر يكون صوريا، أما تصرفهما المستتر يكون حقيقا.

وتعتبر الدعوى الصورية أحد الاعتبارات التي تعطل أحكام الغيرية، ولا يكون للغير بذلك مجال للتمسك بغيريته، وهذا ما سنتطرق له من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم الصورية.

الفرع الثاني: أحكام الدعوى الصورية.

الفرع الأول: مفهوم الصورية

تعرف الصورية بأنها القيام بمظهر قانوني إرادي على نحو مخالف للواقع، للإيهام بصحته وستر حقيقة ما قصده الطرفان، فينشأ عن المركز القانوني وضعان مختلفان وضع حقيقي مستور، و آخر كاذب ظاهر وهو الوضع الصوري.

و من تعريفات الصورية: " من صور الشيء: أبرز له صورة - أي شكلا-، و الصوري نسبة إلى الصورة : إظهار تصرف قصدا و إبطال غيره مع إرادة ذلك المبطن. و هي على نوعين: صورية مطلقة و هي صورية تتضمن افتعالا كاملا لتصرف لا وجود له في الحقيقية. و صورية نسبية بالتستر و هي إخفاء تصرف في صورة تصرف آخر كإخفاء هبة في صورة بيع.³⁹⁹

فالصورية تستعمل غالبا لخديعة الغير وللتحايل على القانون إذ يلجأ المتعاقدان عادة إلى الصورية من أجل إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب معين فيكون لهما موقفان، موقف ظاهر و موقف مستتر. و من هنا وجد العقد الظاهر و هو العقد الصوري، و العقد المستتر و هو العقد الحقيقي و تسميه المحاكم المصرية بورقة الضد.

الصورية المطلقة هي وجود تصرف ظاهر لا وجود له في الحقيقة، و لا تتضمن الورقة المستترة عقدا آخر حقيقيا يختلف عن العقد الظاهر الذي لا وجود له، و مثال على ذلك شخص يريد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على عقار يملكه، فيبيع هذا العقار بيعا صوريا إلى شخص يتفق معه على ذلك، و يكتبان بالبيع عقدا ظاهرا، و يكتبان في الوقت ذاته سندا مستترا يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له، و هذا السند المستتر هو ورقة الضد.⁴⁰⁰

³⁹⁹ فريد صحراوي، (الصورية وأثرها في القانون المدني الجزائري)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد الخامس، العدد الأول، 2016، ص 65.

⁴⁰⁰ عبد الرازق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الإثبات، الجزء الثاني، دار احياء التراث العربي، بدون سنة نشر، بيروت، ص1074.

أما الصورية النسبية تتمثل في إخفاء حقيقة التصرف في صورة تصرف آخر، أي أن العقد الظاهر يستتر عقدا خفيا مغايرا له سواء في النوع أو الشروط أو الأركان أو في شخصية أطرافه.⁴⁰¹ وذلك كهبة في صورة بيع. كأن يكون العقد الظاهر هو البيع، والعقد المستتر هبة وهو العقد الحقيقي.

وقد تكون لاترد الصورية على العقد ككل، بل على ركن أو شرط فيه، وهذا ما يسمى بالصورية بطريق المضادة.

وقد ترد الصورية على شخص أحد المتعاقدين فيكون أحد المتعاقدين ليس هو المقصود وهذا يغلب فيه أن يكون التصرف غير جائز له، وهذه الصورية بطريق التسخير.⁴⁰²

ونجد للصورية تطبيقات في التصرفات العقارية، ومن أمثلة ذلك صورية الثمن في عقد البيع ففي مجال الشفعة، يثبت المتعاقدان ثمنا أكبر من الثمن الحقيقي، وهذا للحيلولة دون قدرة طالب الشفعة على الالتزام بالثمن. أو يصرحان بثمان أقل من الثمن الحقيقي تهربا من رسوم التسجيل التي تحدد على أساس قيمة العقار.

وقد ترد الصورية على شكل عقد بيع للتحايل على أحكام الوصية وهذا تحايلا على القواعد الشرعية المقيدة للوصية التي مفادها لا وصية لو ارث أو عدم نفاذ ما زاد عن الثلث لأجنبي، فقد يتخذ من العقد وسيلة للتحايل فيجعلون من عقد البيع ويذكرون في العقد ثمنا صوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر.⁴⁰³

⁴⁰¹ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص 113.

⁴⁰² عبد الرازق أحمد السنهوري، الإثبات - آثار الإثبات، المرجع السابق، ص 1075.

⁴⁰³ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2000،

الفرع الثاني: أحكام الدعوى الصورية

تختلف أحكام الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام عن أحكامها بالنسبة للغير أي الدائنين والخلف الخاص وهذا ما سنفصل فيه.

أولاً: أحكام الصورية بالنسبة إلى المتعاقدين والخلف العام

بما أن الصورية تقوم على وجود تصرف إرادي حقيقي بين المتعاقدين، ومظهر خادع بالنسبة للغير. القاعدة العامة في الصورية أن العبرة بالإرادة الحقيقية لا الصورية وهذا ما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة، فالى جانب الإرادة الظاهرة التي يتم بها الإعلان عنها للغير فقد تكون للمعبر إرادة ثانية خفية هي الإرادة الحقيقية والعبرة تكون بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الصورية التي يلجأ إليها المعبر لاعتبارات عديدة قد تكون مشروعة أو غير مشروعة.⁴⁰⁴

فإذا باع شخصاً عيناً صورياً واحتفظ بورقة الضد، ففيما بين البائع والمشتري لا وجود لعقد البيع، ويبقى البائع مالكا للعين، وله حق التصرف فيها، ويستطيع أن يبيعه ببيعاً جدياً بعد ذلك إلى مشتر ثان، فليس للمشتري الأول أن يحتج بعقد البيع الصوري على المشتري الثاني ولو سجل البيع الصوري قبل تسجيل البيع الجدي.

كذلك إذا مات البائع فالعين تبقى في ملكه وتنتقل إلى الخلف العام، فالعبرة أيضاً بالنسبة للخلف العام بالعقد الحقيقي لا بالعقد الصوري. وعلى النقيض لا يكون المشتري الصوري مالكا للعين ولا تنتقل إلى خلفه العام ملكية العين بالميراث.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 288.

⁴⁰⁵ عبد الرازق أحمد السنهوري، الإثبات - آثار الإثبات، المرجع السابق، ص 1083

وهذا ما يستشف من نص المادة 2/98 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن الالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

وما نصت عليه المادة 199 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " إذا أخفي المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين، والخلف العام هو العقد الحقيقي".

وبذلك فإن العقد الظاهر إذا استوفى شروط صحته كان عقداً صحيحاً، ولا تؤثر الصورية على صحة العقد ونفاذه. ولمن يريد التمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر يقع عليه عبء اثبات وجود العقد المستتر الذي يريد التمسك به وفقاً لقواعد الإثبات.

ثانياً: أحكام الصورية بالنسبة للغير

إذا كان للمتعاقدين وخلفهما العام الحق في التمسك بالعقد الحقيقي الخفي، فإن للغير أن يتمسكوا بالعقد الصوري وهذا عملاً بنص المادة 198 من القانون المدني الجزائري: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

الغير في الصورية يختلف عن الغير في أثر العقد ويختلف عن الغير في التسجيل وعن الغير في القيد، وهذا كون الغيرية تختلف باختلاف الوضع القانوني الذي تواجهه.

الوضع القانوني في الصورية الذي يكون أساساً في تحديد معنى الغير يتلخص في وجوب حماية كل من اعتمد على العقد الصوري واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقي فبنى عليه تعامله. فاستقرار التعامل يقضي في هذه الحالة - كما تقضي العدالة - أن يعتبر العقد الصوري بالنسبة إليه عقداً قائماً منتجا لآثره، إذا كانت له مصلحة في ذلك وعلى هذا الأساس يقتضي الغير في الصورية أن يكون أحد الفريقين الآتيان:

1- كل من كسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف السوري سواء كان هذا الحق سابقا للتصرف السوري أو تاليا له، فلو باع شخص عقارا بيعا سوريا فكل من كسب حقا عينيا على هذا العقار قبل التصرف السوري أو بعده، من البائع أو المشتري، يعتبر غيرا. ومثال على ذلك الدائن المرتهن الذي يرهن له البائع العقار ثم يبيعه بعد ذلك بيعا سوريا، وكذا المشتري الثاني الذي اشترى على المشتري ببيع جدي وهو بذلك الخلف الخاص، ويستوي في هذا أن يكون الشيء محل التصرف السوري عينا أو دينا.⁴⁰⁶

2- الدائنون الشخصيون: لكل من المتعاقدين طرفي الصورية، فدائن المشتري في البيع السوري يعتبر من الغير، إذ أنه قد اطمأن إلى أن الشيء محل التصرف السوري قد انتقل إلى المشتري، فدخل في ضمانه العام، وله في هذه الحالة التمسك بالعقد السوري.

وتشمل طائفة الغير في الصورية كل من دائني المتعاقدين العاديين والممتازين، سواء كانت حقوقهم مستحقة الأداء أو غير مستحقة الأداء سواء كانت سابقة أو لاحقة على التصرف السوري.⁴⁰⁷

ويتبين من ذلك أن الدائنين الشخصيين، تارة يعتبرون من الغير في بعض الأوضاع القانونية، وطورا لا يعتبرون من الغير حيث تجب حمايتهم من غش المدين أو حيث يحق لهم أن يطمئنوا إلى المراكز الظاهرة.⁴⁰⁸

واختلف الفقه حول حماية الغير حسن النية الذي يشتري عقار من مشتري صوري وهو جاهل بهذه الصورية، وتم شهر التصرف المستتر قبل إقدام الغير على التعامل، هل من

⁴⁰⁶ عبد الرازق أحمد السنهوري، الإثبات - آثار الإثبات، المرجع السابق، ص 1090.

⁴⁰⁷ محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 165.

⁴⁰⁸ عبد الرازق أحمد السنهوري، الإثبات - آثار الإثبات، المرجع السابق، ص 1094-1095.

شأن الشهر تجريد الغير من الحماية المقررة له أم أن الغير يظل رغم ذلك متمتعاً بالحماية طالما لم يتم الدليل على الصورية عليه فعلياً؟

انقسم الفقه إلى رأيين، الرأي الأول يرى أنه ما دام أن التصرف المستتر قد أشهر فإن معنى ذلك أن التصرف قد استوفى شرط العلانية، وينطوي شهر التصرف المستتر على معنى رد الملكية مرة ثانية من المشتري السوري إلى المالك الأصلي، وبذلك يثور التزاحم بين خلفين لنفس السلف وهو المشتري السوري؛ المالك الأصلي بعد أن استرد حقه بسبب الشهر التصرف المستتر والمشتري من المشتري السوري، ويفضل الأول طالما أنه الأسبق للشهر. وعلى أساس العلم الحكمي المفترض في المشتري من المشتري السوري من خلال الشهر يزول الخفاء الذي لايس التصرف المستتر وبالتالي فلا مجال للكلام عن الصورية ومن الحماية المقررة للغير.

أما الرأي الثاني فيرى أن نظم الشهر لا تعند بالعلم الحكمي بل تقف فقط عن العلم الفعلي للغير، وبهذا يبقى الغير حسن النية متمتعاً بالحماية المقررة له بموجب أحكام الصورية، ويرون عن اعتبار شهر ورقة الضد بمثابة رد للملكية إلى المالك الأصلي أن الملكية أصلاً لم تنتقل إلى المشتري السوري حتى ترتد إلى البائع ولا وجود لنص يقول بهذا الافتراض بل أن الحماية المقررة للغير حسن النية الذي تلقى حقه من المشتري السوري كفلية بدحض هذا الافتراض كونها تنطوي على تجريد التصرف المستتر من أثره بالنسبة للغير.⁴⁰⁹

والرأي الراجح هو وجوب التمييز فيما إذا تم شهر التصرف المستتر بعد أن يتعاقد الغير وقبل أن يقوم بشهر حقه، فلا تكون لواقعة الشهر أي تأثير في هذه الحالة ويظل الغير متمتعاً بالحماية وفقاً لأحكام الصورية، أما إذا تم شهر التصرف المستتر قبل تعاقد الغير فقد يكون هناك محل للكلام عن تأثير واقعة الشهر على حسن نية الغير أخذاً بقريضة العلم

⁴⁰⁹ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 653.

الحكمي المستمد من واقعة الشهر، أو بالقول قيام قرينة سوء نية الغير وبالتالي فلا مجال لتمسك الغير بالحماية المستمدة من أحكام الصورية.⁴¹⁰

وحالة أخرى وقف عندها الفقه وهي حالة الهبة المستترة بالبيع، ثم تصرف الموهوب له الصوري بالتصرف في الشيء إلى الغير حسن النية، فهل يملك الواهب فيما لو تحققت أحد أسباب الرجوع في الهبة أن يحتج بهذا السبب على الغير حسن النية؟

فهنا وجب أولاً استبعاد حالة ما إذا كان الحق الموهوب له حق ملكية، فاننتقال حق الملكية يعتبر مانعاً من موانع الرجوع في الهبة عملاً بنص المادة 211 من قانون الاسرة.⁴¹¹ وبالتالي يبقى الغير حسن النية متمتعاً بالحماية.

أما إذا وردت الهبة على حق آخر خلاف حق الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق، فالغير يعتبر حسن النية ويتمتع بالحماية إذا تم تسجيل دعوى الرجوع بعد تسجيل الغير لحقه، ما لم يقدّم الدليل الفعلي على سوء نية الغير والمتمثلة في العلم بالصورية وكذا علمه بالرجوع في الهبة المستترة فهنا يسترد الواهب العقار محملاً بحق الغير. أما إذا كان تصرف الموهوب له للغير قد تم شهره بعد تسجيل الرجوع في الهبة، فإن حق الواهب يعتبر حجة على الغير فيسترد هذا العقار خالياً من حق الغير باعتبار أن هذا الأخير يفترض فيه العلم الحكمي بالصورية وبالتالي سوء نيته.⁴¹²

⁴¹⁰ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 655 - 659.

⁴¹¹ تنص المادة 211 من قانون الاسرة: " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية: ...إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

⁴¹² عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 662-663.

وبما أن العقد المستتر هو العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف وهو ذو وجود قانوني لذلك فهو يسري في حق الغير، وللشخص الذي له مصلحة أن يتمسك بالعقد الحقيقي أن يثبت صورية العقد بكل الطرق وفقا للقاعدة العامة في الإثبات.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2003/07/23 ملف رقم 247879 قضية (ع.غ) ضد ورثة (ع.ب) والذي جاء فيه: "... وعليه فإن المحكمة العليا عن الوجه المثار تلقائيا للمادة 234 من ق إ م إ و المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون لاسيما المادتين 198 و 199 من القانون المدني وانعدام الأساس القانوني معا: حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه والحكم المؤيد بموجبه والإجراءات المتبعة في الدعوى فإن الطاعنة الحالية رفعت دعوى ترمي إلى إبطال عقدي الهبة من المطعون ضدهم وورثة (ع.ب) والمؤرخين في 1990/11/25 والمشرهين في 1991/07/02 وذلك على أساس صورية عقد الهبة كونه يخفي اتفاقا بالبيع وأن إفراغ هذا التعامل في شكل هبة المراد به منعها من ممارسة حق الشفعة بحكم أنها أحد ورثة (ع.ب) ودعما لدعواها أوضحت أن لديها شهودا من بينهم الطرف الواهب في العقد، على أن الأمر يتعلق في حقيقته بالبيع، وهي الدعوى التي تصدى لها قضاة الموضوع وقابلوها بالرفض على أساس أن عقدي الهبة المذكورين توفرت فيهما جميع الأشكال القانونية وأنه لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير وكذلك على أساس أن الطاعنة لم تقدم ما يثبت أن إرادة الطرفين شابها تدليس أو غش وأن دفعها ما هي إلا قرائن لا ترقى إلى درجة الإثبات عكس عقد الهبة المطعون فيها والحال أن الطاعنة أوضحت أنها لا تطعن في صحة العقد كسند رسمي أو في رسمية العقد بل صوريته كونه يستتر خلفه عقد بيع وبالتالي كان على قضاة الموضوع التصدي للدعوى في نطاق المادتين 198 و 199 من القانون المدني والتي تحكم الصورية في العقود وفي مجال العقد الظاهر والعقد الخفي.

وحيث إن كان المشرع في هاتين المادتين في معالجة الصورية قد اقتصر على آثار العقد الصوري (العقد الظاهر) بالنسبة لدائني المتعاقدين الخلف الخاص (المادة 199 من نفس

القانون) فإنه من المستقر قضاء وفقها أن للغير كذلك حق الطعن في صورية العقد إذا كان فيه مساس بحقوقه وأنه يسوغ له إثبات صورية العقد، حتى وإن كان رسمياً بشتى الطرق بما فيها البينة أو القرائن ذلك أن القاعدة القانونية التي بحسبها لا يجوز إثبات عكس العقد الرسمي إلا بالعقد الرسمي إنما تنطبق على طرفي العقد.

و حيث و الحال كذلك فإنه ما دامت الطاعنة ادعت بمساس العقد المدعى بصوريته بحقها في ممارسة حق الشفعة وقدمت قرائن كما عاينه قضاة الموضوع أنفسهم حين قولهم أن دفع الطاعنة بهذا الخصوص من قرائن و لما لم يهتدوا لذلك و بقضائهم كما فعلوا فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق القانون، كما خرفوا طبيعة الدعوى فأفقدوا بذلك قرارهم الأساس القانوني الأمر الذي يجعله عرضة للنقض، فلهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلاً وموضوعاً وبالتالي نقض وإبطال القرار، وإحالة القضية على نفس المجلس مشكلاً من هيئة أخرى للفصل في القضية من جديد وفقاً للقانون".⁴¹³

وفي المقابل حق الغير في التمسك بالعمل الظاهر مكرس قانوناً، ولا جدال بشأنه، فالرأي الفقهي برر النص بالاستناد إلى فكرة الظاهر، فللشخص الثالث حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر الذي ليس له وجود قانوني لأنه انخدع به حماية وحفاظاً لحقوقه واستقراراً للمعاملات.⁴¹⁴

وحسن النية الذي اشترطه المشرع في الغير من أجل التمسك بالعقد الظاهر إذا كان يحقق لهم مصلحة ولا يعلمون بأن هذا العقد صوري هو مراعاة لمصلحة الطائفة التي تتمسك بالعقد الظاهر لضمان استقرار المعاملات. ورعاية للغير الذي اطمأن إلى العقد الظاهر.

⁴¹³ قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 24789 بتاريخ 2003/07/23، قرار غير منشور.

⁴¹⁴ نعمان محمد خليل جمعة المرجع السابق، ص 34.

وحسن النية المقصود لا يعني أكثر من جهل الغير بالصورية واقدامه على التعامل وهو معتقد بأن العقد الصوري حقيقي، والعبرة بتوافر حسن النية وقت التعامل بحيث، ولو علم بالصورية بعد ذلك.⁴¹⁵

وإذا كان التصرف الصوري حقا عينيا عقاريا واجب الشهر، فعلى الطاعن بصورية العقد أن يشهر الدعوى والحكم الصادر بالصورية حتى يرجع الحكم إلى تاريخ التأشير بأثر رجعي.

فالأصل أنه يتعين الاعتداد بالعقد الخفي بين المتعاقدين، إلا أن الاعتداد بالوضع الظاهر يجعل من حماية الغير حسن النية أمرا محتما وفقا لمقتضيات العدالة، بشكل يكفل له حماية أوفر ذلك أن الغير غالبا ما يكون هو المستهدف من التصرف الصوري، سواء بالإضرار به أو التملص من الوفاء بالالتزامات تجاهه.

وبذلك فقد جعل المشرع للغير وضعا خاصا إذ جعله مخيّرا، في إثبات أي التصرفين وفقا ما تقتضيه مصلحته. فله أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهر أو بالعقد الحقيقي المستتر متى كان ذلك يحقق له مصلحة. والذي قد يكون إما بموجب دعوى الصورية أو في صورة دفع يجوز إيدأؤه في أي حالة كانت عليها الدعوى.

⁴¹⁵ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 643.

المطلب الثاني: الدعوى البولصية

الدعوى البولصية أو دعوى عدم النفاذ تعتبر من وسائل حماية الضمان العام، يراد بها حماية الدائن من غش مدينه المعسر الذي أراد الإضرار بدائنيه عن عمد،⁴¹⁶ والتي بمقتضاها يكون للدائنين حق طلب عدم نفاذ التصرف الضار الذي يضر بضمانهم العام وهذا بتعطيل أثرها وعدم نفاذها في مواجهتهم. والتي نص عليها المشرع الجزائري بموجب المواد 191-197 من القانون المدني الجزائري.

فإذا تصرف المدين تصرفا اضرازا بالدائن، وإن كان هذا الحق العيني المتصرف فيه قد انتقلت ملكيته للخلف الخاص للمدين وأشهر حقه، فللدائن بموجب الدعوى البولصية تقرير عدم نفاذ هذا التصرف في مواجهته، ولهذا سنتطرق في الفرعين التاليين إلى شروط وآثار هذه الدعوى كالاتي:

الفرع الأول: شروط الدعوى البولصية.

الفرع الثاني: آثار الدعوى البولصية.

⁴¹⁶ عبد الرازق أحمد السنهوري، الإثبات - آثار الإثبات، المرجع السابق، ص 998.

الفرع الأول: شروط الدعوى البولصية

يستوجب إعمال الدعوى البولصية توفر مجموعة من الشروط منها ما يتعلق بالدائن والمدين ومنها ما يتعلق بالتصرف المطعون فيه.

أولاً: الشروط المتعلقة بالدائن

يشترط في هذه الدعوى أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وهذا ما نصت عليه المادة 191 من القانون المدني والتي جاء فيها: " لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، وذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية". ومنه فلا يجوز للدائن أن يرفع هذه الدعوى قبل حلول أجل دينه. ويستوي في ذلك أن يكون الدائن عادياً أو دائناً مرتين أو دائناً له حق امتياز.

ويشترط كذلك أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه وهذا شرط منطقي ذلك أنه من غير المعقول أن يكون تصرف المدين قد نشأ قبل نشوء حق الدائن وقصد الإضرار به. وعلى الدائن إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات.

وعلى الدائن أن يرفع دعوى عدم النفاذ في خلال ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم النفاذ، ذلك أن المشرع قد حدد مدة تقادم الدعوى الصورية بثلاث سنوات وهذا حفاظاً على استقرار المعاملات، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمسة عشر سنة من تاريخ التصرف وهذا عملاً بنص المادة 197 من القانون المدني الجزائري.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالمدين

تقوم الدعوى البولصية على شرطين رئيسيين بالنسبة للمدين وهما الإعسار والغش الذي يقصد به الإضرار بدائنيه. وهذا ما جاءت به المادة 191 من القانون المدني الجزائري.

يجب أن يؤدي تصرف المدين إلى اعساره أو الزيادة في إعساره والذي يتحقق نتيجة لعدم كفاية أمواله للوفاء بديونه، ومنه فالإعسار المقصود هو الإعسار الفعلي وليس القانوني.⁴¹⁷ فلو أن التصرف المطعون فيه لم يمن سببا في الإعسار لبقى المدين موسرا بعد هذا التصرف. ويستوي في ذلك أن يكون هذا التصرف غير معسر وإنما يكون حلقة في سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدي إلى إعساره. ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن في هذه التصرفات كلها ولا يجتزئ بالتصرف الأخير الذي كان سببا مباشرا في الإعسار.⁴¹⁸ أما عن الغش، فهو يعتبر أهم الشروط في هذه الدعوى، فلا يكفي وجود تصرف قد سبب اعسارا للمدين أو زاد فيه، بل يجب أيضا أن يكون هذا التصرف قد صدر من المدين غشا. الغش هو عامل نفسي بحت كونه يتصل برغبة نفسية يصعب التكهّن بها بأمارات خارجية. ولا يعنى بالغش في مجال الدعوى البولصية استعمال طرق احتيالية من أجل خديعة المتعاقدين، بل كثيرا ما يحدث أن يتواطأ المتعاقدان على الغش ويبقى العقد صحيحا فيما بينهما، وإنما يراد به أن تتوافر في المدين نية الإضرار بدائنيه وقت صدور التصرف وذلك في أن يقصد من ورائه التخلص من التزاماته اتجاه دائنيه، لتصبح أمواله غير كافية لسداد ديونه.

وفي تحديد المقصود بالغش في الدعوى البولصية انقسم الفقه إلى اتجاهين: الاتجاه الأول: يرى أن مجرد علم المدين بأن تصرفه سيؤدي إلى إعساره أو الزيادة في إعساره كافيا لاعتبار تصرف المدين منطوي على غش، حتى ولو لم تتوفر نية الإضرار بدائنيه. أما الاتجاه الثاني فيرى أنصاره أن علم المدين وحده غير كاف، بل يجب أن يتوافر بجانب ذلك نية الإضرار بالدائنين والتي هي صعبة الإثبات.

⁴¹⁷ أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 13.

⁴¹⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الإثبات - آثار الإثبات، المرجع السابق، ص 1029.

في حين أن اتجاه ثالث حاول التوفيق بين الاتجاهين فيرون أن مفهوم الغش مقرون بنية أو قصد الاضرار، أي أن هذه النية تكون مفترضة. فإذا علم المدين أن هذا التصرف سيؤدي حتما إلى اعساره أو الزيادة في اعساره فهو كاف لقيام قرينة الاضرار.⁴¹⁹

وهذا ما يستشف من نص المادة 192 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: " إذا كان تصرف المدين بعوض، فإنه لا يكون حجة على الدائن إذا كان هناك غش صدر من المدين، وإذا كان الطرف الآخر قد علم بهذا الغش يكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم بعسره.

كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين في حالة عسر".

وبذلك فالمشرع الجزائري لم يفرق بين التصرفات التي يبرمها المدين، والتي قد تكون بعوض وقد تتسبب في اعساره أو الزيادة في اعساره كأن يكون بيعا بثمن بخس، أو أن يكون المشتري أحد أقربائه ويقصد بذلك تهريب أمواله حتى لا يتمكن الدائنين من التنفيذ عليه، وعلى الدائن أن اثبات غش المدين في الإضرار بحقوقهم وكذا علم المتصرف إليه. في حين أنه إذا كان التصرف الصادر من المدين تبرعا، كهبة مثلا، فالدائن يعفى من اثبات غش المدين المتبرع، بل يكفي اثبات الدائن أن هذا التبرع قد سبب اعسارا للمدين أو زاد فيه، سواء كان المدين يعلم بذلك أم لا، وسواء كان الموهوب له هو أيضا يعلم أو لا يعلم. وهذا على عكس ما أخذ به التشريع الفرنسي الذي اشترط اثبات الغش سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا، ولكن اشترط الغش في جانب المتصرف إليه في التصرفات بمعاوضة

⁴¹⁹ عثمان بفتيش، لزرق للخضر، (الغش في الدعوى البولصية)، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 2، العدد 2،

دون التبرعية.⁴²⁰ وهذا ما جاءت به المادة 192 في فقرتها 3 بنصها: "أما إذا كان التصرف الذي قام به المدين تبرعا فإنه لا يحتج به على الدائن ولو كان المتبرع حسن النية".

وهو ما أقرته المحكمة العليا بموجب القرار رقم 468751 بتاريخ 2009/04/15 والذي جاء فيه: "...من الثابت في ملف الطعن أن النزاع ينصب حول عدم نفاذ الهبة التي أقامها الطاعن لصالح زوجته وهذا لأنه مدين للمطعون ضده بمبلغ أربعة ملايين وأربعمائة وثلاثون ألف دج حسب شيك في 2004/03/25.

حيث أن الدعوى تعتبر دعوى بولصية تحكمها المواد 191 إلى 197 من القانون المدني وهي تعتبر الوسيلة الأمثل التي يواجه بها الدائن التصرفات الإيجابية التي تنقص من الضمان العام الذي يعول عليه الدائن لاستيفاء حقه ولها شرطين، الأول هو أن يكون الدين حال الأداء وخاليا من أي نزاع وأن الدين يكون سابقا لوجود تصرف المدين المضار والشرط الثاني: أن يباشر المدين تصرفا قانونيا سواء بمعارضة كالبيع أو تبرعا كالهبة و أن يكون هذا التصرف مفقرا للمدين، لكن بالرجوع إلى الشرط الأول فإن التصرف الذي قام به المدين وهو عقد الهبة كان في 2004/01/29 في سند الدين الذي هو الشيك كان في 2004/03/25 أي أن عقد الهبة سابق لتاريخ الشيك وعليه فإن القرار جاء مخالفا للمواد 191-192 من القانون المدني مما يتعين نقضه. فلهذه الأسباب ومن أجلها: قررت المحكمة العليا بقبول الطعن بالنقض شكلا. وفي الموضوع: بنقض وإبطال القرار الصادر، وإحالة القضية على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون...⁴²¹ وكذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا - الغرفة العقارية رقم 0799759 بتاريخ 2013/11/13.⁴²²

⁴²⁰ عبد الرازق أحمد السنهوري، الإثبات - آثار الإثبات، المرجع السابق، ص 1040.

⁴²¹ مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2010، ص 125.

⁴²² مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2013، ص 311.

الفرع الثاني: آثار الدعوى البولصية

ليست الدعوى البولصية إلا طريقا يسلكه الدائن لينال من القضاء حكما بأنه من الغير في التصرف الذي صدر من مدينه المعسر إضرارا بحقوقه، فهي ليست دعوى بطلان كما أنها ليست دعوى تعويض، بل هي دعوى من نوع خاص الهدف منها المحافظة على الضمان العام وحماية الدائنين من غش المدين بجعل هذا التصرف غير نافذ في حق المدين، وذلك أن الحق الذي تصرف فيه المدين يعتبر كأن لم يخرج من ضمان الدائن أي يكون بأثر رجعي، وبذلك يرتد الغش ويندفع الضرر.

راعى المشرع في الدعوى البولصية اعتبار حسن النية الغير، فلا يمكن للدائن التمسك بعدم سريان تصرف المدين إلا إذا أثبت الغش في حق المدين وعلم خلف المدين بهذا الغش.

أما إذا تصرف خلف المدين إلى خلف ثان فإن الدائن لن يفلح في التمسك بعدم سريان هذا التصرف إلا إذا أثبت أيضا علم هذا الخلف بالغش. وبالتالي ما يقرر في شأن علاقة الدائن بخلف المدين يسري على علاقته بخلف هذا الخلف.

فإذا تصرف خلف المدين لخلفه بذات الحق إلى الغير حسن النية تبرعا فإن الحماية تعمل كاملة في حق الدائن، أما إذا أثبت الدائن غش المدين وعلم خلفه بهذا الغش، وعجز عن اثبات علم الخلف الثاني بالغش، فيظل في هذه الحالة غيرا حسن النية ولا يضرار من الغش الذي اعترى سند سلفه.⁴²³

وعليه فإن توافرت الشروط السابقة في الدائن السابقة حقوقه على هذا التصرف وجب الحكم بعدم نفاذ التصرف المطعون فيه، ولكن ليس معنى عدم نفاذ التصرف بطلانه، بل

⁴²³ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 681.

على العكس يبقى التصرف الذي أجراه المدين للمتصرف صحيحا، وكل ما في الأمر أنه يعتبر بالنسبة للدائن كأنه لم يكن، وبالتالي له أن يتخذ بشأنه إجراءات التنفيذ عليه.⁴²⁴ وعلى الدائن أن يقدم عريضة رفع الدعوى للشهر و ثم الحكم القاضي بالصورية، حتى يرتد تاريخ الحكم بأثر رجعي إلى تاريخ التأشير بالدعوى فلا يسري في حق الطاعن أي تسجيل لاحق لتاريخ التأشير بالدعوى.⁴²⁵ وبما أن الدائن يطالب فقط بعدم نفاذ تصرف المدين في مواجهته فإن التصرف يظل قائما ما دام قد أبرم صحيحا بين المدين والمتصرف إليه. غير أنه لا يكون نافذا في حق جماعة الدائنين، بحيث يستفيد من الحكم بعدم نفاذ تصرف المدين الدائن المحكوم له وباقي الدائنين الذين تتوفر فيهم شروط هذه الدعوى المذكورة ويشركون الدائن في الضمان العام قسمة غرما.⁴²⁶ ولو لم يتدخلوا أثناء مباشرة الدعوى إلى جانب الطاعن، بل يكفي أن يتدخلوا أثناء إجراءات التنفيذ.⁴²⁷ ويبقى التصرف القائم بين المدين والمتصرف إليه صحيحا وقائما، إلا أن المال موضوع التصرف يعود إلى الضمان العام للدائنين ويستطيع بعد ذلك التنفيذ عليه. وللمتصرف عليه أن يعود على المدين بدعوى ضمان الاستحقاق الناشئة عن العقد أو أن يطلب فسخ العقد، فيسترد المدين العين المبيعة ويزول التصرف بأثر رجعي. أو بدعوى الإثراء بلا سبب إذا قام المشتري بدفع الثمن.⁴²⁸

⁴²⁴ إبراهيم داودي، بن عودة لزرق، (وسائل حماية الضمان العام دعوى عدم النفاذ (البولصية) ودعوى الصورية نموذجاً)، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد7، العدد 3، ص 171.

⁴²⁵ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، هامش ص 644.

⁴²⁶ بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 282-283.

⁴²⁷ عملا بنص المادة 194 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " متى تقرر عدم معارضة التصرف للدائن استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إجحافا بحقهم "

⁴²⁸ إبراهيم داودي، بن عودة لزرق، المرجع السابق، ص 172-173.

الخاتمة:

وفي ختام هذا البحث كان لا بد من إلقاء نظرة شاملة على مشتملاته، لكي نوضح الصورة كاملة ونبرز معالمه وصولاً إلى تحديد أهم النتائج والتوصيات التي استخلصناها.

وقد ظهرت أهمية هذا الموضوع من حيث أنه يعالج إشكالية مطروحة تتعلق بحماية الغير في السجل العقاري في التشريع الجزائري لما يهدد هذا الغير من خطر زوال حقوقه، وهذا ما دعانا إلى تخصيص الباب الأول لمضمون فكرة الغيرية في نظام السجل العقاري، فكان حري بنا أن نستهل هذه الدراسة بالنظام القانوني للسجل العقاري باعتباره المجال الذي يحدد نطاق البحث. ولهذا استعرضنا أنظمة الشهر العقاري وتطورها عبر التاريخ، والذي انبثق منها نظامين رئيسيين للشهر العقاري؛ هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني. وهذا من أجل الوصول إلى تركيبة السجل العقاري الجزائري وما تحمله من خصائص الازدواجية في نظام الشهر ذلك أن عدم انتهاء المشرع الجزائري من إعداد السجل العقاري الذي نص عليه بموجب الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، استوجب إبقاء العمل بنظام الشهر الشخصي هذا من جهة، وعدم الأخذ المطلق بمبادئ نظام الشهر العيني من جهة أخرى.

فالسجل العقاري الجزائري أخذ بمبادئ نظام الشهر العيني مثل الأثر المنشئ والسجلات والبطاقات العينية، إلا أنه مزجه ببعض مبادئ وأحكام نظام الشهر الشخصي الموروث من فرنسا كطبيعة المحافظ العقاري وعدم الأخذ بمبدأ الأثر المطهر للشهر وتقرير حق الطعن في التصرفات المشهورة وكذا البطاقات الأبجدية والشخصية التي نجدها في المناطق التي لم تطلها عملية المسح وهذا ما تطرقنا له في الفصل الأول.

وخصصنا الفصل الثاني لفكرة الغيرية، فهذه الفكرة مستعصية من أي تعريف لكون الغير يختلف من مجال لآخر، ومن أجل تحديد الغير المعني بالدراسة ارتأينا أولاً تحديد الغير

بين مجاليه الرئيسيين أي مجال نسبية أثر العقد الذي نطاقه الإرادة التي أنشأته ومجال السريان أو مجال الاحتجاج بالعقد الذي يبدأ من حيث ينتهي دور الإرادة وذلك لكون الغير مصطلح غامض ومتغير وبسبب وجود طائفة قد تعتبر من الغير أحيانا وأحيانا أخرى تكون في مركز المتعاقد.

وما دام أن دراستنا تنصب حول الغيرية في مجال محدد وهو السجل العقاري الجزائري، واشكاليتنا تتمحور حول مدى توفير أحكام الغيرية من حماية للغير في الشهر العقاري. انطلقنا من غموض مصطلح الغير في الشهر العقاري: بداية من مسلمة فقهية مفادها أن مصطلح الغير هو من المصطلحات الغامضة - notions flous - ومع ذلك خضنا هذه الدراسة رغم ادراكنا بصعوبة الموضوع.

فالغير في نظام الشهر العقاري بدى أكثر غموضا، لعدم وجود أي تعريف قانوني له في قوانين الشهر في الجزائر، مما دعانا إلى البحث عنه في التشريعات المقارنة أين وجدنا أصوله الأولى في القانون الفرنسي. الذي أعطى مفهوما للغير في ظل نظام الشهر الشخصي *la notion du tiers dans la publicité foncière* والذي حدد شروطه الفقه الفرنسي، وارتبط هذا المفهوم بقاعدة عدم النفاذ *règle d'inopposabilité* وجعل منها جزاء لعدم شهر بعض التصرفات لحماية للغير.

وفي محاولتنا للبحث عن مفهوم الغير في الأنظمة الأخذة بنظام الشهر العيني توصلنا إلى أنه من خلال المبادئ التي يقوم عليها هذا الأخير، فإن الحقوق غير المشهورة تعتبر غير موجودة لا بين للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير.

ولا يمكن للغير في ظل هذا النظام الاحتجاج بوجود حق غير مشهر أو المطالبة بإبطال حق مقيد في السجلات العينية لما في ذلك من مساس بالثقة العامة التي يحظى بها هذا

الأخير، أي أن الغير في نظام الشهر العيني لا يحتج بعدم نفاذ التصرفات في مواجهته كما هو الحال في نظام الشهر الشخصي، وإنما هو من يتمسك بحقه المسجل إزاء الكافة.

وتمهيدا للخوض في تحديد المركز القانوني للغير وللبحث أكثر في مدى هذه الحماية، خصصنا الباب الثاني لهذه الدراسة لتطبيقات فكرة الغيرية في السجل العقاري الجزائري وهو باب يغلب عليه الجانب التطبيقي والعملي، تعرضنا فيه لهذه الأحكام من زاويتين الأولى من خلال تزامم الحقوق، والثانية من زاوية زوال الحقوق المشهورة، دون إغفال محاولة تحديد المركز القانوني للغير في كل حالة.

هذا الغير الذي يتراوح مفهومه ومداه من حالة إلى أخرى، ومن نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني كونه يختلف باختلاف الوضع الذي يكون فيه وهذا يرجع لغموض هذا المصطلح فالغير في التسجيل ليس هو الغير في القيد ويختلف عن الغير في مجال زوال الحقوق المشهورة.

ورأينا أن الغيرية أسلوب لحل التزامم بين الحقوق وهذا بتطبيق قاعدة المفاضلة على أساس الأسبقية، فمن سبق لشهر حقه يكون الأجدر بالحماية سواء كان السبيل إلى الشهر هو التسجيل أو القيد.

وتوصلنا إلى أن الغير في مجال زوال الحقوق يحمل في معناه العام " الكافة" هذه الطائفة التي يحتج ضدها بالتصرفات المشهورة في السجل العقاري. والذي قد يكون إما غيرا أغفل السجل العقاري عن حقه، أو غيرا اكتسب حقا في السجل العقاري وكان حقه مهددا بالزوال بموجب حق الطعن الذي أقره المشرع الجزائري بموجب نص المادة 24 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام واعداد السجل العقاري، والمادة 16 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

وعن الحماية التي يحظى بها هذا الغير، فهي مرتبطة بمدى تحصين الحقوق المشهورة من الزوال، أي بمدى جواز الطعن فيها لا سيما وأن مبادئ نظام الشهر العيني لا تجيز الطعن في بيانات السجل مهما كانت الدوافع والأسباب.

ومن أوجه الحماية التي توصلنا إليها وجوب شهر دعاوى القضائية حتى يحاط هذا الغير علماً بأي نزاع قضائي قائم عملاً بنص المواد 17 و519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

و لا يكفي شهر الدعاوى المتعلقة بحقوق مشهورة بل فرض المشرع على المتصرف تبليغ المتصرف إليه بعريضة الدعوى المشهورة و هذا بموجب نص المادة 16 مكرر المدرجة بموجب قانون المالية 18-18 لسنة 2019 قد يكون حماية إضافية للغير باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف.

وتساءلنا عن مدى تأثير إقرار هذا الطعن على الحماية المقررة للغير الذي يتمسك بحقه المشهر في السجل العقاري، وتوصلنا إلى أن فتح باب الطعن في الحقوق المشهورة قد يكون حماية للغير.

فالغير الذي أغفل السجل العقاري عن حقه يكون له بموجب حق الطعن استرجاعه مما نعتبره حماية له. أما من اكتسب حقاً في السجل العقاري، فيظل حقه مهدداً بالزوال ومن مصلحته التمسك بحقه المشهر.

وعن الأساس القانوني لحماية الغير في السجل العقاري فهو استقرار المعاملات المأخوذ من نظرية الأوضاع الظاهرة وهو الأساس الذي أخذت به الغرفة المجتمعة لمجلس الدولة بموجب قرارها الشهير المؤرخ في 2012/07/30 تحت رقم 063457 وهو القرار الذي دأبت على الأخذ به مختلف المحاكم الإدارية لحماية للغير

أما الغير في معناه الخاص هو الخلف الخاص الذي أقره له المشرع حماية من خلال نص المادتين 86 و 87 من المرسوم 63/76 المتضمن اعداد السجل العقاري، والذي خلصنا في الأخير إلى وجود لبس في المادتين المنقولتان حرفيا من نص المادة 30 من المرسوم الفرنسي المؤرخ 1955/01/04.

وهذا بإقرارهما لحماية خاصة للغير باعتباره خلفا خاصا لصاحب الحق المهدر عند فسخ الحقوق أو ابطالها أو إلغائها بأثر رجعي بموجب نص المادة 86 من المرسوم 63/76، والخلف الخاص لصاحب الحق العيني المقيد من التصرف بموجب المادة 87 من نفس المرسوم وهذا من خلال تبني قاعدة عدم النفاذ التي جاء بها القانون الفرنسي والذي يعتد بحسن النية للتمسك بالغيرية.

إن إقحام المادتين المذكورتين أعلاه ضمن المرسوم 63/76 فيه خروج على مبادئ النظام الشهر العيني من خلال إقرار قاعدة عدم النفاذ ومبدأ حسن النية هذا فضلا عن صعوبة اثبات نية الخلف الخاص وما يحمله اعتبارات شخصية داخلية، إضافة إلى سوء ترجمة المادة من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية.

علما بأن الحالتين هما محل انتقاد من الفقه الفرنسي، كونهما مجرد افتراض من المشرع الفرنسي نادر الوقوع من الناحية العملية، كما أن إدراج شرط المنع من التصرف في هذه المادة يثير الاستغراب إذ أن المشرع الجزائري لم يأخذ أصلا بالشرط المانع من التصرف ضمن أحكام القانون المدني الجزائري وهذا بخلاف المشرع الفرنسي والمصري.

وانتهينا إلى أن فكرة الغيرية قد يتعطل مفعولها وهذا بالرجوع إلى القواعد العامة من خلال الدعوى الصورية والدعوى البولصية أو دعوى عدم النفاذ، كون أن الشخص الذي تضرر من أحكام الغيرية ينقلب من أغيار السريان ويكون له حق التمسك بعدم سريان الحق الذي كانت قاعدة التفضيل تجري لمصلحته عندما يكون التصرف الأسبق في الشهر مجرد مظهر كاذب لا يمت إلى الحقيقة بصلة أو إذا انطوى هذا التصرف على غش بقصد الإضرار بالغير.

الاقتراحات:

بناء على ما سبق وعلى النتائج التي تحصلنا عليها توصلنا إلى مجموعة من الاقتراحات نلخصها فيما هو آت:

- تحديد مفهوم دقيق للغير الذي يحظى بالحماية، على أن يكون مقتصرًا على الخلف الخاص لأحد المتعاقدين الذي حقا اكتسب عينيا مهددا بالزوال، والذي من مصلحته التمسك بحقه المشهر بناء على الثقة يوفرها السجل العقاري وهذا بالنص صراحة على هذه الحماية.

- ضرورة الإسراع في عملية المسح العام للأراضي من أجل الوصول إلى نظام واحد، رقمنة هذا القطاع لضمان وتوفير الحماية الكافية للملكية العقارية وتعزيز الشفافية في المعاملات، وكذا لإدارة فعالة لا مجال فيها لإهدار الوقت والجهد بإنشاء سجل عقاري الكتروني.

- تعديل المادة 397 من القانون المدني المتعلقة ببيع ملك الغير، التي لا يمكن تصور أحكامها في ظل نظام الشهر العيني، لعدم تصور انتقال الملكية من غير المالك في وجود بطاقة عينية للعقار، وهذا بالنص على حصر أحكام هذه المادة في المنقولات.

- تعديل المادة 17 من المرسوم 63/76 المتعلقة بالإيجارات الطويلة فيما يتعلق بالمدة، بأن تكون مدة الإيجار الخاضع للشهر هي تسع سنوات بدلا من 12 سنة بما ينطبق مع نص المادة 896 من القانون المدني باعتباره الشريعة العامة

- تقييد حق الطعن في الحقوق المشهورة المنصوص عليه في الأمر 74/75 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري بموجب المادة 24، والمادة

16 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل بمدة زمنية معقولة لحماية للغير ولاستقرار المعاملات.

- النص صراحة على مبدأ حظر التقادم في الحقوق المشهورة في نظام الشهر العيني، على أن تبقى نصوص القانون المدني المتعلقة بالتقادم في اكتساب الملكية سارية على الحقوق المشهورة في ظل نظام الشهر الشخصي فقط.

- إلغاء المادتين 86 و 87 من المرسوم 63/76 لتعلقهما بحالات خاصة أخذ بهما المشرع الفرنسي و هما مجرد افتراض نادر الوقوع منتقد من الفقه الفرنسي نفسه، هذا فضلا أن وجودهما بدون جدوى وبدون أي تطبيق، ولتعارض أحكامهما مع المبادئ التي يقوم عليها نظام السجل العقاري الجزائري الذي يختلف عن نظام الشهر الفرنسي من جهة ولعدم نص المشرع الجزائري على تقييدات حق الملكية بالمنع من التصرف في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

- دعوة المشرع لتبني المبدأ القانوني الذي أخذت به الغرف المجتمعة لمجلس الدولة في القرار رقم 063457 المؤرخ في 2012/07/30 المأخوذ من استقرار المعاملات والنص عليه صراحة.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

- أولا المراجع باللغة العربية

1-الكتب:

- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة.
- إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، مطابع جريدة السفير، الإسكندرية، 1978.
- إدوار عيد، الأنظمة العقارية: التحديد والتحري: السجل العقاري، الطبعة الثانية، بيروت، 1996.
- إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، 1966.
- آسيا دوة، رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومه، الطبعة الثانية، 2009.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط3، 2004.
- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2013.
- امين بركات سعود، شرح التشريعات العقارية السورية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1994.
- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

- أنور طلبة، الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات، دار نشر الثقافة، 1992.
- أيمن سعد، مصادر الالتزام " دراسة موازنة" دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- توفيق أحمد فرج، النظرية العامة للالتزام - نظرية العقد-، الناشر المصري الحديث، 1996.
- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- حسن عبد الباسط جميعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، جامعة القاهرة، 2005/2004.
- حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- خالد عدلي أمير، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة، دار الفكر الجامعي، مصر.
- خالد رمول، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، 2001.
- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزء 1، 1994.
- سليمان مرقس، عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، 1980.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني -نظرية العقد و الإرادة المنفردة-، دار الكتاب الحديث، 1987 .
- سمير عبد السيد تتاغو، محمد حسين منصور، القانون و الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات في القانون الروماني، 1963.
- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة مقارنة في النظرية العامة للالتزام، الطبعة 1، دار الثقافة، عمان، 2001.

- عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، دون سنة نشر.
- عجة الجبلاي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص الى خوصصة الملك العام، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.
- عبد التواب معوض، السجل العيني، علما وعملا، دار الفكر العربي، مصر، 1988.
- عبد الحفيظ بن عبيدة، اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2003.
- عبد الحكم فودة ، النسبية و الغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، 1996.
- عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء، دار المطبوعات الجامعية، 1986.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، 1992.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني في العقود، عقد الإيجار، دار إحياء التراث العربي الإسلامي، دون سنة نشر.
- عبد الفتاح مراد، شرح التشريعات والشهر العقاري، دار الكتب والوثائق المصرية، الطبعة الثانية، دون سنة نشر.
- عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (مصادر الإلتزام)، الجزء 1، دار النهضة العربية، 1989.
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998.

- عبد المنعم البدر اوي مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1989.
- عصام أنور سليم، التملك بالتقادم على خلاف الثابت في السجل العيني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- علي حسين نجيدة، الوجيز في الشهر العقاري والتوثيق، دار الثقافة العربية، دون سنة نشر.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2003.
- علي فيلالي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد -، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2000.
- عمر حمدي باشا، محررات شهر الحيازة، (عقد الشهرة، شهادة الحيازة)، دار هومه، 2004.
- عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة - طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام -، الطبعة التاسعة، دار هومه، الجزائر، 2013.
- عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، طبعة جديدة في ضوء آخر تعديلات وأحدث الأحكام، دار هومه، الطبعة الثانية، 2006.
- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية والأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، التحفيظ العقاري، الطبعة الثانية، شركة الهلال والعربية للطباعة والنشر، الرباط، 1987.
- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي - مصادر الالتزامات -، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري، الطبعة الخامسة، دار هومه، الجزائر، 2018.

- محمد إبراهيم دسوقي، التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري وقانون السجل العيني، مصر، 2009.
- محمد إبراهيم علي شهبك، طبيعة حق المستأجر وأثره في النزول عن الإيجار والإيجار من الباطن، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2005، ص 40.
- محمد المنجي، قانون الشهر العقاري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، 2007
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2000.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.
- محمد خيرى، العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف، الرباط.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2008.
- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009.
- محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- محمد عبد المنعم بدر و عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون الروماني، 1954.
- محمد كامل مرسي، شهر التصرفات العقارية- التسجيل والقيود -، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر 1939.
- محمد كامل مرسي، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، 1953.
- محمد كامل مرسي باشا، شهر التصرفات العقارية، - العقد كسبب من أسباب الملكية-، طبعة منقحة من طرف محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي، منشأة المعارف، 2005،

- محمد محي الدين ابراهيم سليم ، نطاق مبدأ نسبية اثر العقد في القانونين الانجليزي و المصري (دراسة مقارنة)، مطبعة حمادة الحديثة، 2003.
- محمد لبيب شنب، دراسات في قانون السجل العيني المصري، معهد البحوث و الدراسات العربية، مصر، 1974.
- محمد لبيب شنب، الموجز في مصادر الالتزام - مصادر الالتزام-، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1970.
- مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992.
- مصطفى عبد السيد الجارحي، أحكام الظاهر في السجل العيني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
- معطي الله علي، التنظيمات المهنية الفلاحية في الجزائر، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2005.
- نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر في السجل العيني، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1977.
- نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2003.
- ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.

2- الرسائل والأطروحات الجامعية:

- ايمان زكري، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بن بلقايد، تلمسان، 2017/2016.
- ربيعة حلومي، الغير في العقد - دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الأخرى-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2017/2016.

- سالم حماد شعبان الدحدوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1997.
- سوسن بوصبيعات، النظام القانوني لاستغلال العقار الفلاحي في الجزائر- الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة-، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2018/2017.
- عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1976.
- عبد الله محمد إسماعيل علام، الحيازة في العقار، أطروحة دكتوراه، جامعة اسيوط، 2001.
- علي بن عزان بن علي الهشامي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعماني)، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2009.
- فاطمة محمد أحمد الرزاز، نظرية الاستخلاف الخاص، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1998.
- فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، بن عكنون، الجزائر، 1992.
- ليلى لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، بسكرة، 2012/2011.
- منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1961.
- ويس فتحي، الشهر العقاري وآثاره في مجال التصرفات العقارية- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، 2011/2010.
- حذيفة الشعرة، الغير عن العقد في التشريع المغربي-دراسة على ضوء قانون الالتزامات والعقود والقانون العقاري-، بحث لنيل دبلوم الماستر، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، 2019/2018.

- حسان مجلي فارس المجالي، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2003.
- لخضر قويسم، آثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، 2013/2012.
- مسعود رويصات، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009/2008.
- مزوغ يقوتة، نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، 2015/2014.

3- المقالات:

- إبراهيم داودي، بن عودة لزرق، وسائل حماية الضمان العام دعوى عدم النفاذ (البولصية) ودعوى الصورية نموذجاً، حوليات كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 7، العدد 3، ص 168-182.
- العياشي سراتي، سعودي باديس، شهر عريضة افتتاح الدعاوى العقارية في التشريع الجزائري - قراءة في نص المادة 35 من القانون 18-18 المتضمن قانون المالية لسنة 2019-، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص 2075-2101.
- العيد بورنان، ضامن عبد القادر، التكييف القانوني للغير والتعهد عن الغير، مجلة التراث، العدد 26، المجلد الثاني، ص 403-412.
- أمينة عبدلي، الشروط الشكلية لعقد الرهن الرسمي في القانون الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، جانفي 2018، ص 194-209.
- إنجي هند زهدور، التصرفات الخاضعة للشهر العقاري - الحقوق العينية والحقوق الشخصية-، مجلد 6، العدد 01، 2014، ص 166-203.
- جليل حسن الساعدي، محمد عبد الوهاب، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، 2017، ص 1-25.

- جمال بوشنافة، (الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية - دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 03، العدد 03، 2010، ص 93-119.
- جهاد محمد الجراح، مبدأ حجية العقد في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة-، مجلة جامعة الحسين بن طلال للبحوث، الملحق 5، المجلد 7، 2021، ص 92-117.
- حمزة لحول، غموض الأحكام القضائية العقارية كأحد إشكالات التنفيذ، مجلة الإحياء، مجلد 22 العدد 01، 2022، ص 735-740.
- خيرة علي خوجة، بيع العقار المملوك للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد 11، العدد 2، 2018، ص 224-236.
- رهام أحمد ناصر، عماد الزيادات، مبدأ حماية الغير في عقود المعاملات المالية - دراسة فقهية قانونية- المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مجلد 17، العدد 2، 2021، ص 29-58.
- سعيد سعودي، دفتر العقاري كسند إثبات للملكية العقارية المسوحة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، 2019، ص 356-369.
- سفيان نصري، التعدي على حق الملكية العقارية الخاصة في ظل قانون الثورة الزراعية وإشكالية اثبات ملكيتها، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 07، العدد 02، جوان 2020، ص 74-87.
- صليحة عمارة، نظام الشهر العقاري الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية المركز الجامعي صالح أحمد بالنعامة، العدد الرابع، جوان 2016، ص 500-518.
- طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الاخلال بالعقد، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، المجلد 14، العدد 8، العراق، 2014، ص 76-127.
- عائشة حجاب، آليات تطهير الملكية العقارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، 2018/12/15، ص 7-18.

- عثمان بقينش، لزرق للخضر، الغش في الدعوى البولصية، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 2، العدد2، 2014، ص 84-98.
- عبد القادر عيساوي، جمال بوشنافة، إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي (دراسة تحليلية)، مجلة الفكر القانوني والسياسي، العدد الثالث، 2018، ص 396-413.
- عبد القادر عيساوي، طبيعة وثائق مسح الأراضي في القانون الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 09، العدد 01، 2022، ص 181-199.
- عبد الله باحماوي، الشهر العقاري كآلية لحفظ وحماية الملكية العقارية، مجلة الحقيقة، مجلد 14، العدد 32، 317-342.
- عمار بوضياف، المسح العقاري وإشكالاته القانونية في الجزائر، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، العدد التجريبي، أفريل 2006، ص 38-57.
- فريد صحراوي، الصورية وأثرها في القانون المدني الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد الخامس، العدد الأول، 2016، ص 63-80.
- قدور المزوار، التطور التاريخي لنظام الشهر العقاري في الجزائر وأثره على تطهير الملكية العقارية الخاصة، مجلة افاق فكرية، المجلد الرابع، العدد 8، مارس 2018، ص 318-333.
- كهينة يوسف، سلام عبد الله، التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 01، 2019، ص 59-78.
- كهينة يوسف، المركز القانوني للدائن العادي في مواجهة مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، ماي 2019، ص 126-140.
- ليلي لبيض، شهر الدعاوى القضائية في القانون الجزائري، مجلة المفكر، مجلد8، العدد 1، 2013، ص 309-328.

- محمد أمين مزيان، آمال حبار، أحكام الأملاك الشاغرة في التشريع الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، مجلد 17، عدد 29، جوان 2016، ص 807-826.
- محمد عبد الفتاح عبد العظيم، نظرات حول مفهوم الطرف في العقد، مجلة الشرق الأوسط، العدد 71، يناير 2022، ص 93-136.
- محمد بن عمر، أثر إيداع وثائق المسح على تأسيس السجل العقاري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، ديسمبر 2016، ص 46-64.
- محمد بوراس، نظام الشهر العقاري في الجزائر؛ تجربة جزائرية أم تيهان تشريعي، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الأول، 2020، ص 50-61.
- محمود كربوب، شرط المنع من التصرف -دراسة مقارنة-، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، 2021، ص 654-677.
- دليوح مفتاح، الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 02، 2022.
- مليكة جامع، النظام القانوني للموثق في التشريع الجزائري، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع، ديسمبر 2018، ص 359-392.
- نبراس ظاهر جبر الزيايدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال الغير بالعقد- دراسة مقارنة-، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 1، 2018، ص 403-442.
- نذير بيوت، معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي الغرفة العقارية، الجزء الثالث، ص 19-34.

4-المجلات القضائية:

- المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1990
- المجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 2003.

- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث،
2010.

- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2010.

- مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2013.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

Les ouvrages:

- CORNU Gérard, vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant PUF, 11 éd, paris 2016.
- DOMAT Jean, loi civil, livre 3, tome 6.
- MARTY Gabriel ; RAYNAUD Pierre ; JESTAZ Philippe, les sûretés - la publicité foncière, 2^e Edition, SIREY, 1987.
- JOBARD- BACHELLIER Marie- Noëlle; BERMOND Vincent, Droit civil, Sûretés, publicité foncière, 16^e édition, DALLOZ, 2009.
- DAGOT Michel, le pacte de préférence, Libraire de la cour de cassation Litec, paris.
- GREGORIE Michèle, Publicité foncière sûretés réelle et privilèges, BRUYLANT BRUXELLES.
- SIMLER Philippe, Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, 4^e édition, DALLOZ.
- POTHIER Robert-joseph, Traité des obligations, tome 1, debure, 1835.
- PIEDELIÉVRE Stéphane, traité de droit civil, la publicité foncière, LGDJ DELTA, 2000.

Les thèses :

- GOUGEON Audrey, L'intervention du tiers à la formation du contrat, thèse doctorat, université de Lille 2, 2016.
- WEILL Alex, Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, thèse de doctorat, Strasbourg, France, 1938.

Les articles :

- GOBERT Michelle, la publicité foncière française cette mal-aimée, Études offertes à FLOURE Jacques, répertoire du notariat defrénois ,1979, p 207-250.

- LAURENT Izac, volonté individuelle et acte juridique : regard d'un privatiste sur le contrat, presse de l'université de Toulouse 1 capitole, 2009, France.
- ROLLAND Louise, sur la notion juridique indéterminées. Les tiers en droit privé Québécois, ces étrange étranger, revue générale de droit, 2005, 533-555

ثالثاً: النصوص التشريعية والتنظيمية

- في الجزائر:

1 - الأوامر والقوانين:

- الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية 101، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.
- الأمر 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية 79، الصادرة بتاريخ 30 نوفمبر 1971.
- الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92، المؤرخة في 18/04/1975 المعدل و المتمم.
- قانون 11/84 المؤرخ في 09/04/1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24 المؤرخة في 12/06/1984.
- القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49 المؤرخة في 18/11/1990.
- القانون 30/90 المؤرخ في أول ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية الجريدة الرسمية 52 الصادرة بتاريخ 02 ديسمبر 1990، معدل ومتمم بالقانون 14-2008 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة في 03 أوت 2008.

- القانون 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.
- القانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجريدة الرسمية العدد 15، المؤرخة في 28/02/2007.
- القانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008 المعدل و المتمم.
- القانون 10/14 المؤرخ في 30/12/2014 المتعلق بقانون المالية لسنة 2015.
- القانون رقم 11/17 المؤرخ في 27 /12/ 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018.
- 2 - المراسيم التنفيذية:**
- المرسوم التنفيذي 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدل والمتمم بالمرسوم 84-400 والمرسوم التنفيذي 92-134.
- المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم 93-123.
- المرسوم 83-352 المؤرخ في 21/09/1983 المتعلق بسن إجراءات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة.
- المرسوم التنفيذي 254/91 المؤرخ في 27/07/1991 المتضمن كفايات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها المحدثه بموجب المادة 39 القانون رقم 90-25.
- المرسوم 08 /147 المؤرخ في 19/05/2008 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، الجريدة الرسمية العدد 26 المؤرخة في 25/05/2008.
- 3-المذكرات والتعليمات:**
- المذكرة رقم 00689 المؤرخة في 12 فيفري 1995 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية.

- المذكرة رقم 2421 المؤرخة في 2003/05/03 الصادرة عن المديرية العامة لأملاك الدولة.
- المذكرة رقم 4618 المؤرخة في 2004/09/04 الصادرة عن المديرية العامة لأملاك الدولة.
- المذكرة رقم 4060 المؤرخة في 2018/04/05 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية.

النصوص والتشريعات الأجنبية:

- القرار رقم 188 المؤرخ في 1926/03/15 المختص بإنشاء السجل العقاري اللبناني.
- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري.
- القانون رقم 142 لسنة 1964 بشأن نظام السجل العيني المصري.
- Code civil français.
- Décret n° 55-22 du 04 Janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière

الفهرس

- 1مقدمة
- 12.....الباب الأول: مضمون فكرة الغيرية في نظام السجل العقاري
- 15.....الفصل الأول: النظام القانوني للسجل العقاري في التشريع الجزائري
- 16.....المبحث الأول: تطور نظام الشهر العقاري
- 17.....المطلب الأول: التطور التاريخي والتشريعي لأنظمة الشهر العقاري
- 18.....الفرع الأول: التطور التاريخي لأنظمة الشهر العقاري
- 27.....الفرع الثاني: التطور التشريعي لنظام الشهر العقاري الجزائري
- 37.....المطلب الثاني: مكانة السجل العقاري الجزائري بين أنظمة الشهر العقاري
- 38.....الفرع الأول: نظام الشهر الشخصي
- 43.....الفرع الثاني: نظام الشهر العيني
- 50.....الفرع الثالث: ازدواجية نظام السجل العقاري الجزائري
- 52.....المبحث الثاني: تنظيم السجل العقاري
- 53.....المطلب الأول: تكوين السجل العقاري الجزائري
- 55.....الفرع الأول: البطاقات العقارية الشخصية
- 56.....الفرع الثاني: البطاقات العقارية العينية
- 59.....المطلب الثاني: إعداد السجل العقاري الجزائري

- 60..... الفرع الأول: الشروط اللازمة لعملية الشهر على مستوى المحافظة العقارية
- 69..... الفرع الثاني: تأسيس السجل العقاري الجزائري
- 84..... الفصل الثاني: فكرة الغيرية في السجل العقاري
- 86..... المبحث الأول: مضمون فكرة الغيرية في مجال نسبية أثر العقد
- 87..... المطلب الأول: مبدأ نسبية أثر العقد
- 92..... المطلب الثاني: أبعاد الأثر الملزم
- 93..... الفرع الأول: الأطراف المتعاقدة
- 104..... الفرع الثاني: الغير و الطرف غير المتعاقد
- 121..... المبحث الثاني: مضمون فكرة الغيرية في السريان
- 123..... المطلب الأول: الغيرية في نفاذ العقد
- 124..... الفرع الأول: مضمون مبدأ نفاذ العقد
- 126..... الفرع الثاني: الغير ونفاذ العقد
- 131..... المطلب الثاني: الغير في نظام السجل العقاري
- 132..... الفرع الأول: الغير في نظام الشهر الشخصي
- 145..... الفرع الثاني: الغير في نظام الشهر العيني
- 152..... الباب الثاني: تطبيقات الغيرية في السجل العقاري الجزائري
- 155..... الفصل الأول: تطبيقات الغيرية في مجال تراحم الحقوق المشهورة

- 156.....المبحث الأول: حماية الغير في التسجيل
- 157.....المطلب الأول: التسجيل كوسيلة لشهر الحقوق العينية في السجل العقاري
- 158.....الفرع الأول: تعريف التسجيل
- 160.....الفرع الثاني: محل التسجيل
- 178.....المطلب الثاني: الغيرية في التسجيل
- 179.....الفرع الأول: آثار التسجيل
- 184.....الفرع الثاني: المركز القانوني للغير في التسجيل
- 191.....المبحث الثاني: حماية الغير في القيد
- 192.....المطلب الأول: المقصود بالقيد في السجل العقاري
- 193.....الفرع الأول: تعريف القيد
- 196.....الفرع الثاني: التصرفات والأحكام الخاضعة للقيد
- 203.....المطلب الثاني: الغيرية في القيد
- 204.....الفرع الأول: الغيرية وحق التقدم
- 209.....الفرع الثاني: الغيرية وحق التتبع
- 215.....الفصل الثاني: تطبيقات الغيرية في مجال زوال الحقوق المشهورة
- 216.....المبحث الأول: حماية الغير عند زوال الحقوق المشهورة
- 217.....المطلب الأول: الدعاوى القضائية الرامية إلى زوال الحقوق المشهورة

218.....	الفرع الأول: أنواع الدعاوى المتعلقة بعقار أو حق عيني مشهر
222.....	الفرع الثاني: شهر الدعاوى والأحكام القضائية المتعلقة بحقوق مشهورة
226.....	المطلب الثاني: حدود حماية الغير عند زوال الحقوق المشهورة
227.....	الفرع الأول: حماية الغير من خلال جواز الطعن في الحقوق المشهورة
238.....	الفرع الثاني: حماية الخلف الخاص (الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر والخلف الخاص لصاحب الحق العين المقيّد من التصرف)
247.....	المبحث الثاني: تعطيل أحكام الغيرية
248.....	المطلب الأول: الدعوى السورية
249.....	الفرع الأول: مفهوم السورية
251.....	الفرع الثاني: أحكام السورية
259.....	المطلب الثاني: الدعوى البولصية
261.....	الفرع الأول: شروط الدعوى البولصية
264.....	الفرع الثاني: آثار الدعوى البولصية
266.....	خاتمة
273.....	قائمة المراجع
288.....	الفهرس