

المبحث الثاني : آثار ضبط عملية التوثيق العقاري

لقد بات الحديث عن الائتمان العقاري الذي توفره عملية الشهر العقاري من أهم الآثار و أخطرها على الإطلاق ،فالتصرفات المشهورة وفقا لنظام الشهر العيني قد تتحصن من كل الطعون و تصبح في مأمن منها و تكتسب بموجب ذلك حجية غير مسبوقه ، فإعادة النظر في تلك الحقوق غير جائز ، ليتدعى الأمر إلى صيرورة الحقوق الباطلة صحيحة و هي كذلك لا تقبل أي طعن فيها إلا بالطعن فيها بالتزوير (1) و على هذا الأساس سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول لمعالجة دور عملية التوثيق العقاري في تطهير و إنشاء الحقوق العينية العقارية و الثاني لحجية عملية التوثيق العقاري .

المطلب الأول :دور عملية التوثيق العقاري في تطهير و إنشاء الحقوق العينية

العقارية

إن عملية التوثيق العقاري في جانبها القانوني تجعل التصرفات و بمجرد شهرها في مأمن من كل طعن بل تكسبها حجية مطلقة في مواجهة الكافة و التي يصطلح على تسميتها

(1) - لقد اختلفت التشريعات في أخذها بمبدأ الأثر المطهر للشهر العيني، فمنها من استبعده ، بالرغم من أنه أحد الركائز المتينة و المميّزة لنظام الشهر العيني وربطت أمر بمبدأ حسن النية أو سوءها ، فان كان مكتسب الحق العيني حسن النية استنادا للقيد في السجل العيني ، فان حقه يبقى ثابتا بشكل مطلق ، أما إذا اكتسب الحق بسوء نية ، يمنح القانون للمتضرر حق الادعاء بعدم صحة القيد ، وفقا للمادة 975 من القانون المدني السويسري ، و كذلك الشأن في ألمانيا ، فان سوء النية يتيح الطعن في التصرفات التي تمت على أساسه و و لم يكفل ذلك إلا لحماية حقوق حسني النية ، بحسب ما ذهب اليه المادة 29 من القانون المدني الألماني ، أما في إنجلترا فتبرز أكثر أهمية مبدأ حسن النية بإعطاء مكتسب الحق حسن النية مكانة تفوق مكانة أصحاب الحقوق و المصالح الأخرى ، نقلا عن فتحي ويس ، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة ، المرجع السابق ،ص:433 .

بأنها تصحح باطلا و هذا ما يسمى بالأثر المطهر للحق العيني العقاري⁽¹⁾، في حين أن بعض الحقوق العينية العقارية تستمد وجودها من القيد في السجل العيني فهي لا يحتج بها في مواجهة الكافة إلا منذ شهرها بمجموعة البطاقات العينية العقارية سواء كانت أصلية أم تبعية و مهما كانت تتعلق بإنشاء،إنهاء،تغيير،نقل أو تقرير تلك الحقوق وهذا ما يصطلح على تسمية بالأثر المنشئ⁽²⁾ للحق العيني العقاري، وعليه سيتم عرض هذا المطلب ضمن فرعين ، الأول لتبيان الأثر المطهر و المنشئ للحق العيني العقاري و الثاني لتبيان حجية عملية التوثيق العقاري .

الفرع الأول : تطهير الحقوق العينية العقارية

إن فكرة الأثر المطهر⁽³⁾ للحق العيني العقاري من خلال عملية شهره اختلف في تبنيه من طرف التشريعات بل و تأرجح الأمر في موقف المشرع الجزائري من الأخذ به من عدمه و الحقيقة أن الجزائر وقفت موقفا وسطا بشأن الأثر المطهر للشهر بالنسبة للحقوق العينية العقارية.

(1) - يعتبر هذين الأثرين هما ما يميز أنظمة الشهر العقاري في العصر الحديث، أما بقية الآثار كتأمين المالك

الحقيقي من خطر التقادم ، إرساء الثقة و الائتمان العقاري وتأمين انتقال الملكية العقارية ، هي أقرب إلى الخصائص منها إلى الآثار .

(2) - يعتبر بعض الفقهاء أن الأثر المنشئ كمبدأ ، هو قصر على نظام الشهر العيني وحده ، فلا وجود لهذا المبدأ في نظام الشهر الشخصي ، أنظر في ذلك : جمال بوشنافة ، المرجع السابق: ص 23 .

(3) - لعل إدراجنا للأثر المطهر فيه تقديم على حساب الأثر المنشئ ، إلا أن خطورة هذا الأثر و أهميته جعلت منه محل تسبيق في الدراسة .

- أولاً : مفهوم الأثر المطهر

إن المقصود بالأثر المطهر للحق العيني العقاري ما يرتبه الشهر من حصانة للحق من كل العيوب و النقائص التي قد تكون السبب في إبطالها و يكسبه حجية مطلقة في مواجهة الكافة أي طرفي العقد و الغير على حد سواء و على الرغم من خطورة هذا الأثر الذي يفعل بشكل جدي و مؤسس لتدعيم فكرة استقرار المعاملات و الائتمان العقاري بشكل لا يقبل إثبات العكس ، فبمجرد إجراء القيد في السجل العيني يصبح التصرف في منأى من أي طعن بسبب إخضاع التصرفات الواردة على الحقوق العينية العقارية للفحص الدقيق قبل شهرها .

لذا فلقد حرصت غالبية التشريعات⁽¹⁾ على إجراء عملية تدقيق و فحص و تحقيق بل ولرقابة و مراقبة للشروط الشكلية و القانونية للبيانات المتعلقة بالأطراف و العقارات لتمتد إلى مطابقتها و ضبطا و تحيينها مثلما سبق بيانه، من خلال الصلاحيات و السلطات الاستثنائية الممنوحة للمحافظ العقاري في هذا الشأن تلافيا و تجنباً بقيد حقوق لا تستند إلى أساس قانوني سليم أو أنها مشوبة بعيوب تحول دون قيدها .

(1) - إن نظام تورنس المطبق بشكل أولي في استراليا تبنت الأثر المطهر لعملية التوثيق العقاري وفقا لهذا النظام و ان اختلفت الدول بشأن ذلك و التي قد اعتمدت قوة ثبوت تتاثر بالتصرف الذي تم القيد بناء عليه و بالتبعية يكون اما باطلا أو قابلا للإبطال ، و يطلق عليه المشرع التونسي مصطلح : ميد التطهير و المبدأ الحفظي للتسجيل انظر : د.علي كحلون ، المرجع السابق ، ص:50 .

وبالرغم من كل ما سبق بيانه، فلا ضير من تصحيح الأخطاء المادية و مراجعة بيانات السجل العيني العقاري التي قد تعتري السندات المشهورة بالنسبة للأشخاص حسني النية و الذين اكتسبوا حقوقا بشكل مشروع و تم قيدها كتلك الأخطاء المادية في هوية الأطراف أو مساحة العقارات .(1)

من خلال ما سبق بيانه يتضح بجلاء أن الأخطاء المادية لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال محلا للتطهير مهما كان سببها بل هي في حد ذاتها ليست عيوباً بالمفهوم القانوني أو الشكلي التي قد تعتري المحررات فلا تعدو أن تكون هفوات فنية تحصل بمناسبة نقل البيانات على السجل العقاري و جائز تصحيحها (2)

- ثانياً: خصائص الأثر المطهر للحق العيني

يتميز الأثر المطهر بجملة من الخصائص و التي يمكن حصرها فيما يأتي:

1- الفحص الدقيق للتصرفات :

(1) - يتم إجراء مراجعة البيانات الخاطئة بموجب طلب يقدمه الشخص المعني بالخطأ و التي تم التنصيص عليها بموجب المادة: 33 من المرسوم: 63/76 ، السابق الذكر بقولها "...إن الأغلاط التي تنسب إلى أعوان المحافظات و التي تتم معاينتها في التأشيرات على البطاقات بعد تقديم السجل العقاري ...يمكن تصحيحها إما بمبادرة من المحافظ و إما بناء على طلب حائز السجل العقاري..."

(2) - لقد منح المشرع الجزائري للمحافظ العقاري صلاحية تصحيح الأخطاء في الوثائق التي تم شهرها بشرط اعلام الأطراف تحت طائلة عدم تنفيذ أي إجراء فيما يخص الحقوق المشار إليها في الوثيقة الخاطئة ، راجع المادة: 109 من المرسوم 63/76 السابق الذكر .

إن عملية إشهار التصرفات الواردة على العقارات تخضع لعملية تمحيص و فحص دقيق و رقابة عن قرب لبياناتها الشكلية و الموضوعية للتأكد من سلامة أساسها القانوني و مصدرها إعمالاً لمبدأ المشروعية⁽³⁾.

2- تطهير التصرفات المشهورة من العيوب:

إن التصرفات الواردة على الحقوق العينية العقارية قد تشوبها عيوب و نقائص فالأثر المطهر⁽¹⁾ يجمد العيوب التي قد تشوب هاته التصرفات و يطهرها من كل النقائص و الاخلالات و يحصنها من إمكانية إبطالها بعد إجراء شهرها ، مع جواز تصحيح الأخطاء المادية بمراجعة بيانات السجل العيني ، و قيام مسؤولية المحافظ العقاري عن الأخطاء أو الإهمال و التقصير الصادر منه و الموجبة للتعويض عن طريق اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة

3- اكتساب الحق بصفة نهائية :

أن الشهر هو عنوان الحقيقة بالنسبة للوضعية المستجدة للعقار في مواجهة الكافة كما لو انه المالك الأصلي مما يجعله في منأى عن أي احتمال آخر قد يهدد استقراره و بالتالي عدم جواز الطعن في التصرف بعد إشهاره، كما انه لا يفلت سيء النية من المسؤولية

(3) - و هي صلاحيات واسعة يتمتع بها المحافظ العقاري في الجزائر ، و هي نفس الصلاحيات التي يتمتع بها قاضي الشهر العقاري في ألمانيا و مأمور السجل العيني في استراليا، انظر : فتحي ويس، المرجع السابق ، ص: 446 .
(1) - إن الدول التي أخذت بالأثر المطهر للشهر ، تحظر رفع الدعاوى الرامية الى الطعن في التصرفات و المحررات المشهورة ، فالمشرع المصري على سبيل المثال ، استبعد دعاوى الطعن في الحقوق المقيدة بموجب المادة: 37 من قانون السجل العيني المصري، أنظر : د. إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، ص: 459 .

المستفيد من الأثر المطهر للحق العيني العقاري⁽²⁾ فالتطهير في ظل نظام الشهر العيني يقصد به وجود الحقوق العينية بالقيود وحده ولا وجود لها بدونها⁽¹⁾، أي أن الحق المقيد في السجل العيني يمكن الاحتجاج به تجاه الكافة ولا يمكن ولا يسمح لأي كان أن يطعن فيه مهما كان سببه.

كما أن الحق المقيد في السجل العيني ينتقل إلى صاحبه خالياً من كل الحقوق العينية الأخرى التي كانت عالقة به قبل القيد، كما ينتقل إلى صاحبه بغض النظر عن التصرف الذي أدى إلى قيده فلا عبرة بما إذا كان هذا التصرف صحيحاً أو معيباً⁽²⁾.

وعليه إذا قيد حق عيني في السجل العيني وكان هذا الحق العيني قبل قيده محملاً بحقوق عينية كحق الرهن مثلاً ولم يكن هذا الرهن مقيداً فإن الحق العيني المقيد ينتقل إلى صاحبه صافياً طاهراً من الرهن غير المقيد، فينتقل الحق العيني المقيد وحده دون الحق العيني غير المقيد.

(2) - لقد ارتأت بعض التشريعات أن توقع جزاءات على المستفيد من الشهر بسوء نية كفقدان حجية المحرر المشهر و تصل إلى حد العقوبة الجزائية على كل من سولت له نفسه التحايل لسلب عقار مملوك للغير مع علمه بذلك ، وفي هذا الشأن نصت المادة 65 من قانون السجل العيني المصري على توقيع الحبس و الغرامة لكل من توصل الى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير ، أنظر : د. إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، ص: 461 .

(1) - لقد اعتمدت غالبية التشريعات التي تبنت الأثر المطهر ، كأساس قانوني لها ، الفكرة الرومانية التي تقوم عليها اغلب خصائص الشهر العيني و التي مفادها أن التصرف مجزأ إلى قسمين ، أحدهما منشئ للالتزام ، و الثاني ناقل للحق ، و الذي على أساسه تتم عملية الشهر ، و من ثمة لا تنتقل إليه عيوبه و يحقق الهدف المنشود المتمثل في قوة الثبوت المطلقة ، أنظر : فتحي ويس ، المرجع السابق ، ص: 441 .

(2) - بمعنى أنه بمجرد الشهر تزول عيوب التصرفات السابقة ، و تقوم القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس ، فكل ما شهر وفقاً للسجل العيني يعد الحقيقة المطلقة التي لا طعن فيها وبذلك توفر للطرف المتلقي للحق ثقة و يقينا تجعل من حقه في مأمّن من أي خطر حتى و لو كان القيد السابق مستندا الى تصرف باطل أو معيب .

وقد يقيد حق عيني ولا يكون مثقلا بحقوق عينية أخرى ولكن التصرف الذي أدى إلى قيده كان معيبا بعيب من عيوب الرضا، كالغلط والتدليس والإكراه أو كان شخص المتصرف

ناقص الأهلية فالأصل أن مثل هذه التصرفات تكون قابلة للإبطال من طرف المتصرف إليه،

ومع ذلك لا يمكن الاحتجاج بهذه العيوب مادام التصرف القانوني قد أشهر استنادا لمبدأ القوة

الثبوتية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني .

و عليه لا يمكن للمتصرف في حق عيني تم قيده أن يطلب إبطال أو فسخ التصرف

لاسترداد الحق العيني المشهر، ويبقى أمامه سوى حقه في التعويض (1).

فالأثر المطهر للشهر أمر طبيعي طالما أن المحافظ العقاري لا يجري عملية الشهر إلا بعد التحقيق في هوية الأطراف وأهليتهم من خلال الوثائق المودعة لديه ويتأكد من رسمية الوثيقة المراد شهرها وذلك حسب المادة 22 من الأمر 75/ 74، السابق الذكر بقولها: "

(1) - إن التعويض يتقرر كنتيجة لمسؤولية المحافظ العقاري عن أخطاءه أو كجزاء للمستفيد من الشهر - السيئ النية - طالما انه تم حظر الطعن في التصرفات المشهورة المطبقة لفكرة الأثر المطهر و يكون ذلك برفع دعوى ضد المستفيد من الشهر إذا ثبت سوء نيته ، أو مباشرة الدعوى ضد المحافظ العقاري أو ضد الدولة و التي أنشأت صندوق تأمين خاص ينشأ لهذا الغرض، أنظر : فتحي ويس، المرجع السابق، ص:452.

يحقق المحافظ العقاري في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك

في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار"...

فالأثر المطهر للشهر يهدف بالدرجة الأولى إلى المحافظة على استقرار المعاملات العقارية وتدعيم الائتمان العقاري.(2)

- ثالثاً : موقف المشرع الجزائري من الأثر المطهر

من خلال نص المادة 23 من الأمر 74/75 التي توجب مسؤولية الدولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير و التي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسته لمهامه بل و استرسل نص المادة إلى حد رجوع الدولة بحقها في رفع الدعوى ضده في حالة ارتكاب الخطأ الجسيم مما يلاحظ و أن المشرع حدد موقفه بشأن الأثر المطهر⁽¹⁾ من خلال نص المادة 23 من الأمر 74/75 و لم يترك المجال إلا للتعويض بمعنى أن الشهر للحقوق العينية العقارية لا يطهرها من عيوبها .

(2) - فالغاية من التسجيل العقاري هو تطهير العقار من وضعيته القديمة عن طريق توضيح معالم الملكية العقارية و إقرارها ، فالتسجيل يجب ما قبله و مبطل له ، بل موجب لشهر جميع ما يطرأ على العقار من الإحالات و التحملات لضمان تداول العقار و تم اعتبار كل شخص تضرر من ذلك كمن انتزعت ملكيته للمصلحة العامة لذا يستوجب استحداث صندوق خاص للتعويض مخصص لهذا الغرض، أنظر : محمود العنابي، قانون التسجيل العقاري التونسي علما و عملا،دراسة مقارنة، قسم البحوث و الدراسات القانونية و الشرعية ، المنظمة العربية للتربية و الثقافة ،معهد البحوث و الدراسات العربية ، مطبعة الجبلاوي ، 1973 ص: 129 .

(1) - لعل إدراجنا للأثر المطهر فيه تقديم على حساب الأثر المنشئ ، إلا أن خطورة هذا الأثر و أهميته جعلت منه محل تسبيق في الدراسة .

ليعود المشرع من جديد و يحسم الأمر من خلال نص المادة 85 من المرسوم 63/76

و التي ألزمت إشهار الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها و يتم المشرع بنص المادة 86 من نفس المرسوم موضحا انه إذا فسخت الحقوق العينية العقارية أو أبطلت أو ألغيت أو تم نقضها... الخ مما يؤكد عدول المشرع الجزائري عن الأثر المطهر للحق العيني العقاري⁽²⁾.

الفرع الثاني : إنشاء الحقوق العينية العقارية

ان القيد في السجل العقاري العيني هو مصدر⁽¹⁾ الحقوق العينية، لذلك يرى بعض الفقهاء أن القيد هو الوسيلة المثلى لاكتساب الحقوق العقارية، فإذا كانت حيازة في المنقول هو سند الحائز، فإن القيد في السجل العيني يعد سند الملكية، إلا أن التصرفات العقارية كالبيع مثلا ، تنتج بعض آثارها بين الطرفين بمجرد تحرير العقد و أهمها

(2) - أصدرت في هذا الشأن مديرية الأملاك الوطنية التابعة لوزارة المالية مذكرة تحمل الرقم: 4318 مؤرخة في

1998/10/27 ، تلزم فيها المحافظين العقاريين بالإلغاء الفوري لإجراء الإشهار لكل محرر تم اكتشاف انه من المفروض رفض إشهاره مع ضرورة إبلاغ المدير الولائي للحفظ العقاري ، مع إمكانية رفع دعوى قضائية من أجل إبطال إشهار المحرر لمخالفته للقانون، انظر، خالد رمول، المرجع السابق، ص: 127 .

(1) - إن المفعول الإنشائي للقيد ، لا تسلم به جميع التشريعات ، فالتشريع التونسي على سبيل المثال ، و على الرغم من تبنيه لنظام السجل العيني ، إلا أن الحقوق العينية العقارية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد توقيع العقد ، ولا تحتاج إلى قيدها في السجل العقاري لترتب آثارها ، ولكن لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيدها بالسجل العقاري ، فالعقد هو المنشئ للحق العيني و ليس القيد ، و ما هو إلا وسيلة لشهر الحق و الإعلان عنه، أنظر : حسين عبد اللطيف حمدان ، أحكام الشهر العقاري ، المرجع السابق، ص: 282 .

الالتزام، و رغم هذا يبقى نقل الملكية معلق إلى أن يتم القيد في السجل العقاري، و بالتالي فإن التصرفات ترتب آثارها، ما عدا نشوء الحق العيني و الذي يتطلب القيد .

لقد جعل المشرع الجزائري من الشهر المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية، و يظهر ذلك بكل وضوح ذلك من خلال نص المادتين 15 ، و 16 ، من الأمر 74/75 السابق ذكره⁽²⁾

يفهم من خلال هذين النصين أن المشرع الذي أخذ بنظام الشهر العيني، لم يعترف بغير الشهر للدعاء بالملكية في الحقوق العينية، فإذا تم شهر هذه الحقوق فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد ، باستثناء ما نص عليه فيما يتعلق بالحقوق الميراثية التي تنتقل فيها الملكية بأثر يترأخى إلى وقت الوفاة و ليس بالشهر و بالتبعية ، استوجب المشرع شهر جميع الإجراءات و الدعاوى التي من شأنها تغيير المراكز القانونية لأصحاب الحقوق العينية العقارية⁽¹⁾.

(2) - لقد عالج المشرع مسألة تبيينه للأثر المنشئ بكل جرأة و وضوح ، حينما نصت المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري ، المرجع السابق على ما يلي : " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية" كما نصت المادة 16 من نفس الأمر على : " أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف، إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."

(1) - أنظر: جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص: 222 .

ومما تجدر الإشارة إليه إن المشرع قد استثنى الوفاة كسبب من أسباب كسب الملكية كواقعة مادية، دون أن يتطرق لبقية الأسباب⁽²⁾.

والمفعول الإنشائي للشهر أهمية بالغة في دفع المتعاقدين إلى الإسراع في شهر عقودهم لتثبيت ملكيتهم، ويتيح لكل ذي مصلحة الاطلاع عليها لمعرفة مدى حقوق من يتعاقد معه، ويضمن لخزينة الدولة جباية الرسوم المترتبة على هذه المعاملات فالمفعول الإنشائي للشهر يوفر للملكية العقارية ما تحتاج إليه من ثبات واستقرار لأداء وظيفتها الاجتماعية، ولكي تحظى بالثقة العامة .

لذا يعتبر الشهر هو الوسيلة الوحيدة لنقل الملكية وسائر الحقوق العينية⁽¹⁾ الأخرى، كما أن الحق العيني المشهر ينتقل إلى صاحبه بغض النظر عن التصرف القانوني الذي أدى إلى شهره، سواء أكان تصرفاً صحيحاً أو معيباً.

(2) - تتمثل أسباب كسب الملكية أساساً في العقد، الميراث، الوصية، والشفعة، الحيازة و التقادم المكسب، و الالتصاق ، والتي تقسم الى قسمين إرادية و غير إرادية ، و لقد أثار مصطلح العقود الإرادية ضجة في أوساط شراح القانون ، حينما جعل بعضهم يحاول تصحيح الخطأ الذي وقع فيه المشرع بجعل مصطلح العقود الإرادية = العقود الإدارية = كونها عبارة غير صحيحة ، فالأصح هو التصرفات الإرادية و التي هي أشمل من العقد و الذي لا يبني إلا بإرادة الأطراف كركن في العقد ، أنظر في ذلك: جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص: 222.

(1) - لقد أقر المشرع المصري إتباع المفعول الإنشائي للشهر بموجب نص المادة : 934 من القانون المدني و المادة 9 من قانون 114 لسنة 1946 - قانون الشهر العقاري : " في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . " ويبين قانون الشهر لتصرفات والأحكام السندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر، إذ تنص المادة 9 من قانون 114 لسنة 1946 - قانون الشهر العقاري على ما يلي : "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقلة أو

أولاً : مزايا الأثر المنشئ للحقوق العينية العقارية

1- الاعتراف بتاريخ الشهر في نقل الملكية العقارية بصفة أصلية و كقاعدة عامة و ليس من يوم إبرام العقد ، و يكون ذلك في مواجهة الغير ، و التي أكد عليها المشرع بموجب نص المادة 15 من الأمر 74/75 السالف الذكر بعبارة "...لا وجود له بالنسبة للغير ...". أي أنه لا ينشأ بالنسبة للغير⁽²⁾ ، فبمفهوم المخالفة فإن المشرع أقر بوجود الحق بين طرفي العقد منذ إبرام العقد و لكن لا يكون لهذا الأخير أي حق في مواجهة الغير أي لا يعد مالكا بالنسبة للغير إلا منذ شهره⁽¹⁾.

وقد تدارك المشرع المسألة بموجب المادة 16 من نفس الأمر بجعل كل الحقوق الواردة على عقار لا أثر لها حتى بين المتعاقدين أنفسهم إلا من تاريخ نشرها في المحافظة

تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية.

ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوي الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن" راجع في ذلك : حسين عبد اللطيف حمدان ، أحكام الشهر العقاري ، المرجع السابق، ص: 311 .

(2) - في الواقع لم يعط المشرع تعريفا لـ : "الغير" ، إلا أن المبادئ العامة للقانون تعتبر من الغير كل شخص لم يكن طرفا في العقد كالخلف الخاص و الدائنين العاديين ، راجع: حسين عبد اللطيف حمدان ، أحكام الشهر العقاري ، المرجع السابق، ص296 .

(1) - من المتعارف عليه فقها أن من خصائص حق الملكية كونه لا يتجزأ ، مما يجعل من الذهاب الى القول بأن الحق العيني العقاري يعد منشأ لأثره بين طرفي العقد و ليس كذلك في مواجهة الغير فيه تجزئة لحق الملكية فمن غير المنطقي أن يكون المتعاقد مالكا و غير مالك في الوقت نفسه مما يستعدي إعادة التدقيق في هذه المسألة بشكل لا يتعارض و أحكام حق الملكية .

العقارية، فإذا تم إشهار التصرف فإن الحق العيني يعتد به و يصبح موجودا و يسري على الجميع، أما التصرف الغير مشهر يبقى معلقا إلى أن يتم شهره .

2- التحكم في انتقال الملكية العقارية بشكل يحد من النزاعات التي تطرأ بشأن انتقال

الملكية بمجرد التراضي و ترتيب جميع آثارها ، فلقد غلق المشرع الباب أمام

المتعاقدين لإجراء تصرفات متتالية بشأن الحق العيني ذاته لأشخاص متعددين و ما

قد يطرأ من نزاعات و خلافات و ما ينجر عنه من ضياع للحقوق

3- إعادة رد الاعتبار إلى الدور الاجتماعي للملكية العقارية أو ما يصطلح على

تسميته بالوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية و التي تتعدى من الفرد الى المجتمع

لتشمله بمنافعها كالاستثمار و زيادة حركية المعاملات العقارية من خلال التحكم في

تنظيم إجراءات الملكية العقارية لما يخلفه السجل العقاري من ثقة عامة و ائتمان .

فمبدأ الأثر المنشئ للقيود يضمن تطابق القيود المسجلة في المحافظة العقارية مع الوضعية

القانونية الحقيقية للعقار، حيث لا يعتبر مالكا إلا من كان مسجلا بالمحافظة العقارية و بهذا

المفهوم نتفادى إمكانية وجود مالك حقيقي بموجب العقد المبرم بين الطرفين و الغير مشهر،

و مالك مقيد بالمحافظة العقارية في انتظار إشهار العقد المبرم ، وكذلك الإسراع في شهر

التصرفات العقارية، كما يسمح لكل ذي مصلحة الاطلاع عليها مما يوفر الثبات و

الاستقرار في المعاملات العقارية، بما يعود بالفائدة على الاستثمار وزيادة الدخل الفردي (1).

يذكر أن المشرع الجزائري قد استثنى حالة الحقوق الميراثية، حيث تنتقل الملكية العقارية للورثة بمجرد حدوث واقعة الوفاة، و هذا حتى لا تبقى العقارات بدون مالك خلال الفترة ما بين حدوث الوفاة و القيد في السجل العقاري، فيستفيد الورثة من حق الإدارة والاستثمار دون حق التصرف، فالمشرع الجزائري لم يتيح للورثة التصرف في العقار الموروث بمجرد الوفاة، إلا بوسيلة فنية تدعى الشهادة التوثيقية التي يشهري بموجبها حق الميراث في المحافظة العقارية (2).

ثانيا : الأثر الفوري للقيد إن إتباع الأثر المنشئ للحق العيني العقاري بمجرد إشهاره ، يترتب عليه ضرورة تبني الأثر الفوري لنشوء الحق ، ولا يعد منطقيا جعل القيد هو الأساس لنقل الحق ، ثم ارتداد نقل الملكية إلى تاريخ العقد مما قد يهدم الغاية المرجوة من السجل العيني العقاري .

(1) - أنظر: جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص: 238.

(2) - لقد أحسن المشرع الجزائري فعلا باعتماده على مبدأ الأثر المنشئ لنظام الشهر العقاري مما يساعد على الاستقرار في المعاملات العقارية، خاصة في ظل المشاكل العديدة والنزاعات المتعلقة بلعقار التي يشهدها القضاء العقاري.

فيصبح الشخص مالكا للحق بمجرد قيده في السجل العيني العقاري و بالتالي نقل الحق واكتسابه حجية مطلقة بين المتعاقدين و حتى في مواجهة الغير ، و الأثر الفوري للقيد كان محل جدل فقهي بين مؤيد و معارض ، فيرى المعارضون⁽¹⁾ أن لانتقال الملكية أثر رجعي و ليس فوري للأسباب الآتية :

- ينص القانون حقيقة على أن الملكية لا تنتقل بين المتعاقدين و لافي مواجهة الغير الا منذ شهرها بمجموعة البطاقات العينية العقارية ، و لكن لم يتم التنصيص على أنها تنتقل من وقت الشهر
 - الشهر هو شرط واقف لانتقال الملكية ، فاذا تحقق الشرط فالأصل ان تنتقل بأثر رجعي أي من وقت التعاقد
 - الشهر في أساسه لمصلحة المتعاملين بالحقوق العقارية و من غير الصحيح الإضرار بمن انتقل إليه الحق .
- إن الغاية المرجوة من السجل العقاري هي شهر الحالة القانونية و المادية للعقار لتمكين المتعاملين بالوقوف على حقيقة وضعيته و جميع الحقوق المتعلقة به ، و لبسط حماية أكثر و جب قيد جميع التصرفات الواردة على الحق العيني العقاري ، حتى يعتبر حجة على الغير و يصبح نافذا في مواجهة الكافة .

(1) - يرى دعاة الأثر الرجعي في انتقال الملكية بالعقد ، إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري إذ نصت على ما يلي : " أما في العقار فلا تنتقل الملكية و لا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ، لكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة فيما بين المتعاقدين من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد . " أنظر: د . عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص:553.

لقد ارتأى المشرع الجزائري إتباع الأثر المنشئ للشهر بكل وضوح و جعل من الشهر المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية فلا وجود لها بالنسبة للغير إلا من يوم شهرها ، ورغم كل ذلك فان الشهر ليس ركنا و إنما إجراء مستقل عن العقد ، فالعقد الرسمي ينشأ صحيحا بمراعاة ما نصت عليه القوانين ، إلا أن الأثر في انتقال الملكية لا يستمده إلا من الشهر و بدون أثر رجعي أي بأثر فوري .

المطلب الثاني : حجية عملية التوثيق العقاري

ناهيك عن الأثر المطهر و المنشئ للشهر ، فان حجية الشهر من أهم الآثار التي يرتبها هذا الأخير إن التصرفات الوارد على الحقوق العينية العقارية لا ترتب أثرها العيني فيما بين أطراف التصرف ولا بالنسبة للغير، إلا من يوم تمام إجراء الشهر، ولا يرتد أثره إلى تاريخ إبرام التصرف، فالشهر العقاري يهدف إلى إعلام الغير بالتصرف القانوني الجاري على العقار حتى يكون على بينة واطلاع كامل بالحالة القانونية لهذا العقار ، لذا تختلف الحجية فيما بين المتعاقدين عن تلك التي هي في مواجهة الغير .

ويقصد بحجية الشهر العقاري ، قيمة الشهر كوسيلة لإثبات الحقوق المشهورة وفقا لنظام الشهر العيني، و يثور التساؤل حول مدى حجية الشهر و جواز الطعن فيه من قبل احد طرفي العقد أو من قبل الغير ، فالحجية هي ما يترتب على إخضاع التصرفات للشهر و قيام أصحابها بتسجيلها في المحافظات العقارية ، و تخلف ذلك يفقدها الحجية المطلوبة بصفة مطلقة

الفرع الأول: حجية الشهر فيما بين المتعاقدين

نعني بحجية الشهر بين الأطراف ما يتولد عنه من من ثبوت الحق لفائدة المتلقي ، وهل هو مطلق أو نسبي ، يحصن الطرف من المنازعة و الطعن في التصرف ، أم أنه مؤقت يمكن إنكار وجوده و التمسك بالملكية برغم شهره (1).

يعد انتقال الحق العيني أو نشوئه أو تغييره أو زواله من أهم الآثار المترتبة على الشهر فان وجودها لا يتحقق إلا من تمامه، أما قبل ذلك فان الحق العيني يظل على الحالة التي كان عليها قبل إبرام التصرف القانوني، أي أن ملكية العقار موضوع التصرف لا تنتقل

إلى المتصرف إليه، بل يبقى العقار مملوكا للمتصرف الذي يتمتع بكافة مزايا ملكية، من تصرف واستغلال واستعمال كما يترتب عليه كافة التكاليف المتعلقة بالعقار، وهذا ما يخول لدائن المتصرف الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على عقار مدينه المتصرف في العقار، في حين لا يحق لدائن المتصرف إليه مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار، باعتبار أن المتصرف إليه أي المدين لم يعد مالكا للعقار بعد، فالعقد الذي محله عقار ومبرم بين طرفين ولم يتم شهره بعد يترتب جميع الآثار القانونية متى استوفى جميع أركان العقد العامة

(1) - يتوقف البت في مدى حجية الشهر بحسب النظام السائد من أنظمة الشهر العقاري ، ففي فرنسا مثلا ، فانه لا يترتب على عملية الشهر أي أثر بين المتعاقدين ، و تبقى مهمته منحصرة في مواجهة الغير فقط ، كون العقد منشئ لجميع الآثار بما فيها انتقال الملكية ، انظر: فتحي ويس ، المرجع السابق ، ص: 476 .

من رضا ومحل وسبب إضافة إلى إفراغه في الشكل الرسمي طبقا لنص المادة 324 مكرر

1من القانون المدني إلا أن الأثر العيني الذي لا يترتب على العقد إلا بعد شهره⁽¹⁾ .

إن المشرع جعل من الحق و التصرف المشهر حجة على طرفي العلاقة ، و عليه لا وجود

للحق أو أثره بين الأطراف إلا من يوم شهره ، فيحوز بذلك حجية تحول بين المتصرف و

المنازعة كون المتصرف انتقل منه الحق إلى المتصرف إليه بالشهر و أصبح باسم المتلقي

الجديد ، أما مدى الحجية فيتعلق بالأخذ بمبدأ الأثر المطهر من عدمه ، و بالتبعية فان

الشهر لا يعطي للحقوق المشهورة إلا بقدر ما يتوفر للتصرف من صحة ووجود ، و مثلما

سبق بيانه بأن المشرع الجزائي لم يأخذ بالأثر المطهر و بالتالي فان الشهر لا يعطي

سوى حجية نسبية فيما بين المتعاقدين ، و تبقى تلك الحجية قائمة و منتجة لآثارها إلى حين

زوال التصرف بحسب ما أقرته القوانين⁽²⁾

(1) - فعقد البيع غير المشهر مثلا، يرتب في ذمة المشتري الالتزام بدفع الثمن وفي مقابل ذلك يرتب في ذمة البائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويبقى هذا الالتزام من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع إذ لا تظهر أهمية الالتزامات الأخرى إلا إذا تم انتقال حق الملكية بواسطة عملية الشهر ليصبح المشتري بعدها وحده صاحب الصفة في كل ما يتعلق بهذا العقار، وكل التصرفات الصادرة عن البائع بعد ذلك تعد عديمة الأثر لأنها تعتبر تصرفات في ملك الغير.

(2) - لقد وضع المشرع مجموعة من النصوص القانونية لمعالجة حجية الشهر و جزاء تخلفه بموجب الأمر : 74/75 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري بالمواد : 03 ، 15 ، 16 ، 17 منه ، و السابق ذكره و كذا المرسوم 63/76 بالمواد : 16 ، 72 ، 85 ، إلى غاية المادة 99 منه ، ناهيك عن القواعد العامة المنصوص عليها بموجب القانون المدني بالأمر : 58/ 75 المعدل و المتمم و كذا القانون التجاري بالأمر : 59/75 المعدل و المتمم.

الفرع الثاني: حجية الشهر بالنسبة للغير : قد تكون الحجية نسبية بين الأطراف و قد

تتعدم بحسب نظام الشهر المتبع و لكن يبقى دوماً للأطراف الالتزامات التعاقدية التي تضمن لطرفي العقد بعض الحقوق ، أما في مواجهة الغير فان الحجية تكتسي بالغ الأهمية⁽¹⁾ من خلال تحديد نطاق و مدى هاته الحجية ، من حيث الموضوع ، و مما تجدر الإشارة إليه أن مبدأ الاثر المطهر و المنشئ و كذا حظر التقادم كلها ليس من شأنها أن تغني عما قد يطرح من اشكالات حول حجية الشهر العقاري بالرغم من ضبابية ما اتجه اليه المشرع في هذا الشأن (2) .

إن الهدف الأساسي المرجو من إجراء الشهر هو تبيان الحالة القانونية والمادية للعقار حتى يتمكن الغير الذي يريد التعاقد بصدده أو القيام بإجراء حوله من الوقوف على حقيقة الوضعية والحقوق العائدة له والأعباء المترتبة عليه ، و قبل تنفيذ اجراء الشهر ، يبقى الحق العيني مجرد التزام شخصي بالالتزام بنقل الملكية أو الحق .

(1) - لقد وصف الفقه الفرنسي بحجية الشهر في مواجهة الغير بقلب الشهر العقاري " le cœur de la publicité " بل هو العمود الفقري للشهر العقاري ، كون فرنسا من الدول التي لا تجعل للشهر أثر بين أطراف العقد و دوره إعلامي و ترتيبى لا غير ، أما الحجية بالنسبة للغير فتتسم بالتفريع و التشعب و العمق و يقصد بالغير الذي غلبت مصلحته على طرفي العقد بالمعنى الخاص و الضيق : الخلف الخاص بشكل أدق للمتصرف الذي أشهر حقه و يشترط لا اعتباره خلفاً خاصاً ليصبح غيراً ، راجع: فتحي ويس ، المرجع السابق ، ص: 502، 503 .

(2) - ان المشرع حاول معالجة مسألة حجية الشهر في مواجهة الغير من خلال نص المادة: 86 من المرسوم: 63/76 السابق الذكر بقولها: " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثراً رجعياً لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر ، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإلغاء أو الإبطال أو النقض قد تم شهره مسبقاً أو كان هذا الفسخ أو الإلغاء أو الإبطال أو النقض بحكم القانون ، تطبيقاً للقانون .

كل ذلك بفضل المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني ، و الشروط المتطلبة في المحررات المقدمة للشهر ، تحت الرقابة الصارمة و الدقيقة للمحافظ العقاري و صلاحياته شبه القضائية ، محاولة للحد من توالي و تتالي التصرفات بشأن نفس العقار من المتصرف نفسه تقاديا لتزاحم الحقوق العينية ، وللشهر العقاري في ظل النظام العيني دورين أساسيين ، إنشاء الحق، فلا وجود له قبل الشهر وترتيب الحجية و التي تسري على الغير بمعناه العام (1).

ويعنى بالغير كل الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد أو التصرف غير المشهر في السجل العيني وتحققت بهم مصلحة في استبعاده بالاستناد إلى حق عيني ترتب لهم على عقار أو إلى سبب آخر مشروع. فيعد من الغير الذين اكتسبوا حقوقا على العقار وكذا الدائنون العاديون وجماعة الدائنين في حالة إفلاس صاحب الحق في العقار، كون أن الدائن العادي يستطيع التمسك بعدم نفاذ التصرف الجاري على العقار غير المشهر في السجل العقاري وهذا كله من أجل تمكينه من التنفيذ على المدين مالك العقار وأن يقوم بحجز العقار اما الورثة أو الموصي لهم بوجه عام فلا يعتبرون في الأصل من الغير، إذ أنهم يحلون محل مورثهم في التصرفات التي أجزاها هذا الأخير، ويلزمون بالتالي بتنفيذ جميع التصرفات الصادرة عنه بما لا يتجاوز قيمة الحصة التي آلت إليهم. فإذا باع مورثهم عقار ولم يشهر هذا البيع، فإنهم ملزمون بإجراء هذا الشهر بعد أن حلو محل مورثهم في ملكية العقار المبيع، إلا أن الأمر يختلف إذا كان المورث قد أجرى تصرف بالتركة عن طريق

(1) - يقصد بالغير بالمعنى العام كل من لم يكن طرفا في التصرف أي الكافة و ليس مقصور على الخلف الخاص مثلما هو الحال في فرنسا ، أنظر : حسين عبد اللطيف حمدان ، المرجع السابق ، ص: 299 .

الوصية أو الهبة بأكثر من النصاب الشرعي الذي يحق له التصرف به .ففي هذه الحالة لا تسري تصرفات المورث على الورثة⁽²⁾، الذين يعتبرون من الغير في ما زاد عن النصاب المذكور وفي مقابل ذلك فان الحقوق العينية العقارية غير المشهورة لا تكون موجودة بالنسبة

للغير، فلا يمكن بتالي لأصحاب تلك الحقوق الاحتجاج بها في مواجهة الغير، ولا يقتصر هذا المبدأ على الحقوق العينية العقارية فحسب، بل يشمل كذلك كل تعديل أو تغيير يطرأ على الكيان المادي للعقار، وذلك لكي تبقى البطاقة العقارية للعقار، المرآة التي تعكس حقيقته

المادية والقانونية⁽¹⁾ .

من خلال ما سبق يتضح و أن نظام الشهر العقاري المتبع بمعالماها و ما يميزها ، تحكمها قاعدة عامة تتمثل في كون الشهر هو الذي يكسب الحق العيني العقاري و التصرفات الواردة عليه حجية في مواجهة الغير، خلفا خاصا كان أم عاما .

الفرع الثالث : جزاء تخلف الشهر

من الضروري جدا التطرق الى جزاء تخلف الشهر ، فالمبادئ العامة للقانون أقرت بأن الجزاء هو روح القاعدة القانونية الآمرة ، و الا فقدت قوتها التي تسمدها من ذلك الجزاء ،

(2) - انظر : جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص : 240 .

(1) - أنظر : حسين عبد اللطيف حمدان ، أحكام الشهر العقاري ، ص : 413 .

فباعتبار أن الشهر العقاري هو المنشئ للحق العيني العقاري و مصدره ، بل لا وجود في غيابه ، فالتصرفات و الأحكام القضائية و الوقائع المادية و القانونية ، و جميع التغييرات في وضعية العقار ، ليس لها أثر أو وجود بدون الشهر ، بل إن القيمة القانونية للمحررات غير المشهورة على المحك و بالأخص تلك التي تتضمن إنشاء للحق العيني العقاري و التي يترتب عليها عدم نشوء الحق و عدم انتقاله ، محتفظا بقيمته القانونية المرتبة للالتزام الشخصي الملقاة على عاتق طرفي العقد (1) ، أما بالنسبة للتصرفات و الأحكام القضائية الكاشفة للحقوق العينية العقارية فان إغفال شهره سيؤدي حتما إلى عدم مطابقة بيانات السجل العقاري و قد ينشئ مسؤولية مدنية على عاتق المتسبب في ذلك للشخص الذي ألحق به ضرر (2)

كل هذا بالإضافة إلى عدم إمكان الشهر اللاحق ، و الغرامة المدنية ، و عدم قبول الدعوى القضائية غير المشهورة ، و جزاءات من طبيعة خاصة كالمسؤولية التأديبية للموثقين أو المحافظ العقاري و الموظفين المكلفين بإجراء الشهر .

(1) - و كمثل على ذلك ما يترتب عليه عقد البيع العقاري غير المشهر و إن كان لا ينقل الملكية ، فان العقد يبقى صحيحا اذا ما احترمت فيه الرسمية ، و يبقى الطرفين متحملا لالتزاماتهما التعاقدية فيما يتعلق بدفع الثمن و يلتزم البائع بتسليم المبيع مع ضمان عدم التعرض و الاستحقاق و كذا العيوب الخفية ، أنظر : إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق

ص:150

(2) - لقد نص المشرع على وجوب ضبط السجل العقاري للتغييرات التي قد تطرأ على الملكية العقارية كتغيير الحدود أو ما تحتوي عليه العقارات يكون موضوع إعداد بطاقات مطابقة و ذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة و يؤشر على البطاقات الجديدة و الأصلية بعبارة تكون كمرجع بينهما ، حسبما نصت عليه المادة : 25 و 31 من المرسوم:63/76 السابق الذكر

في الحقيقة إن مدى الحجية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمدى القوة التمهيرية للشهر ، ولا تزال الحجية و لكن بشكل مؤقت إلى حين الطعن في التصرف المشهر ، فالعقود غير المشهرة تستبقي على قيمتها القانونية فيما يخص الالتزامات المتقابلة التي ينتجها العقد الصحيح بالنسبة لطرفي العقد ، أما في مواجهة الغير و بما أن الحق هو الإجراء الوحيد الناقل للملكية فان يكسب التصرفات حجية مطلقة باستثناءاتها السابق ذكرها ، أما إذا تخلف الشهر في التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية ، فلقد أفرد لها المشرع جزاءات تختلف بحسب التصرف غير المشهر ، هذا و تبقى بقية الآثار و أهمها على الإطلاق ، تلك التي تتعلق بالمنازعات التي تطرأ بشأن تنفيذ عملية التوثيق العقاري و التي سنحاول جاهدين لإبرازها من خلال الفصل الثاني من هذا الباب .