

الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري

أ/ جمال بوشنافة

جامعة يحي فارس - المدية (الجزائر)

ملخص:

إن الحقوق العينية العقارية الأصلية وعلى رأسها حق الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير إلا بإتمام إجراءات الشهر في السجل العقاري، وقد ثار التساؤل في هذا الشأن عن تحديد وقت انتقال الملكية، فهل تنتقل من وقت الشهر أم من وقت انعقاد عقد البيع فيكون للشهر أثر رجعي يرتد إلى وقت البيع، كما يترتب على شهر عقد بيع العقار في السجل العيني انتقال حق الملكية من البائع إلى المشتري، وهنا يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية لشهر العقد بوجه عام في السجل العيني هل لا يزال العقد هو مصدر الحق العيني العقاري الأصلي الذي تم إنشاؤه أو نقله أو تغييره أو زواله بعد الشهر في السجل العيني أم أن العقد قد تراجع ليصبح الشهر في السجل العيني هو مصدر هذا الحق .

Résumé:

Les droits réels immobiliers originaux et plus particulièrement le droit de propriété ne sont transférables entre les cocontractants ni opposables aux tiers qu'à partir de leurs transcriptions à la publication foncière.

La question qui se pose à cet égard concerne la détermination du moment du transfert de propriété, serait-il transmis du vendeur vers l'acheteur à compter de la publication du contrat de vente ou à partir de sa conclusion avec effet rétroactif de son transcription à la publication foncière? De même qu'il conviendrait de rechercher la nature juridique de la publication foncière de façon à déterminer si le contrat de vente reste la source de droits réels immobiliers originellement créés, transférés, modifiés ou supprimés après leur transcription à la publication foncière ou s'il a régressé pour laisser à la publication de devenir la source de ce droit.

الكلمات المفتاح: الأثر المنشئ للشهر، الأثر الرجعي، الأثر الفوري، العقد مصدر الحق، الشهر مصدر الحق، العقد الصحيح والشهر مصدر الحق.

مقدمة:

إن للشهر في السجل العيني أثر منشئ على الحقوق العينية العقارية وهذا يدعو إلى تصور أن هذه الحقوق تستمد وجودها من الشهر في السجل العيني بغض النظر عن مصدر إنشائها أو نقلها أو تعديلها أو تقرير انقضائها أو زوالها، وإذا كان وجود الحق العيني العقاري يتوقف على الشهر في السجل العيني، فإنه تجدر الإجابة عما إذا كان لهذا الوجود أثر رجعي يترد إلى تاريخ قيام التصرف القانوني أو الواقعة القانونية، وهل الشهر هو مصدر الحق العيني وإذا كان كذلك فما دور التصرفات والوقائع القانونية في إنشاء أو نقل أو زوال هذه الحقوق.

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

تقتضي الإجابة عن هذه التساؤلات الرجوع إلى نصوص قانون الشهر العقاري الجزائري، والتي نلمس فيها أن النصوص المتعلقة بأثر الشهر من هذه الزاوية تتركز بصفة خاصة في نص المادتين 15 و16 من الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري [1] والذي يفهم من خلالهما أن المشرع الذي أخذ بنظام الشهر العيني لم ينص صراحة على اعتبار الشهر في السجل العيني مصدرا مباشرا للحقوق العينية، رغم أنه لم يعترف بغير الشهر للدعاء بالملكية في الحقوق العينية، فإذا تم شهر هذه الحقوق بمصلحة الشهر العقاري [2]، فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ الشهر ما عدا الحقوق الميراثية التي تنقل الملكية فيها بالوفاة وليس بالشهر، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة إيضاح أثر هذا الشهر على التصرفات والوقائع القانونية التي تسمح بشهر هذه الحقوق في السجل العيني مع التطرق قبل ذلك لإيضاح الأثر الرجعي أو الفوري للشهر؟ ومن أجل أن نجيب عن التساؤلات السابقة، من المفروض القيام بدراسة مصادر الحقوق العينية الأصلية ومدى مطابقتها أحكامها مع أحكام نظام الشهر العيني، خاصة إذا علمنا أن القانون المدني الذي صدر قبل قانون الشهر العقاري (الأمر رقم 74/75 والمرسومان التنفيذيان له 62/76 و63/76 المذكورين أعلاه) قد نقل المشرع جل أحكامه من القانون المدني الفرنسي والمصري وهي أنظمة تأخذ بنظام الشهر الشخصي.

ولكن لما كانت مصادر الحقوق العينية العقارية الأصلية متعددة فإن المقام لا يسمح لنا بالتطرق إليها كلها لكثرتها لذلك وتوخيا للإيجاز وتحقيقا للغرض من دراسة هذه النقطة القانونية نمثل لمصادر الحقوق العينية العقارية الأصلية بعقد البيع، وذلك لأن عقد البيع الذي من شأنه أن ينقل ملكية العقار هو التصرف الذي يغلب وقوعه في العمل، ولأن الأحكام التي تسري على عقد البيع فيما نحن بشأنه تسري على جميع التصرفات الأخرى والأحكام التي من شأنها أن تنشئ أو تنتقل أو تغير أو تزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية [3].

هذا ونشير إلى أن هناك علاقة وطيدة بين فكرة الأثر الرجعي أو الفوري للشهر وفكرة مصدر الحق العيني العقاري هل هو العقد أو الشهر لأن القول بأن العقد محل الشهر هو مصدر الحق العيني معناه أن للشهر أثر رجعي يترد إلى تاريخ إبرام العقد وليس تاريخ الشهر و إلا لما كان هناك فائدة أو معنى للقول بأن الملكية تنتقل بالعقد محل الشهر، أما القول بأن الشهر هو مصدر الحق العيني معناه أن الشهر ليس له أثر رجعي بل أثر فوري يبدأ من تاريخ الشهر وليس من تاريخ إبرام العقد، هذا إلا إذا نصت تشريعات السجل العيني صراحة على أن للشهر أثر فوري فحينذاك لا يجوز القول بالأثر الرجعي للشهر نظرا لارتباط فكرة الرجعية والفورية بمدى اعتبار العقد مصدر الحق العيني بين المتعاقدين. وعلى ذلك سنقسم هذا الموضوع إلى نقطتين نتناول في الأولى أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري وموقف التشريع والقضاء الجزائري من ذلك، وفي الثانية أثر الشهر على تحديد الطبيعة القانونية للعقد وموقف التشريع والقضاء الجزائري من ذلك.

1. أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري وموقف التشريع والقضاء الجزائري من ذلك.

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

وقت انعقاد عقد البيع فيكون للشهر أثر رجعي يترد إلى وقت البيع؟ للإجابة على ذلك انقسم الفقه والقضاء في هذا الشأن إلى رأيين رأي يقول بالأثر الرجعي للشهر ورأي يقول بالأثر الفوري للشهر، فما موقف التشريع والقضاء الجزائري من ذلك، هذا ما سنتناوله بالتفصيل في نقطتين نتناول في الأولى أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني وفي الثانية موقف التشريع والقضاء الجزائري من ذلك.

1.1. أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري.

انقسم الفقه والقضاء في هذا الشأن إلى رأيين رأي يقول بالأثر الرجعي للشهر أي أن انتقال الملكية يكون من وقت انعقاد عقد البيع ورأي يقول بالأثر الفوري له أي أن انتقال الملكية يكون من وقت الشهر هذا ما سنتناوله في نقطتين على التوالي .

1.1.1. الرأي القائل بالأثر الرجعي للشهر.

ذهب بعض الفقه إلى القول بالأثر الرجعي للشهر أي بانسحاب أثر الشهر إلى تاريخ إبرام العقد، ولقد ساق أصحاب هذا الرأي العديد من الحجج التي تستند على اعتبارات قانونية وعملية [4] فمن الناحية القانونية يذهب هذا الرأي إلى أن القول بأن الأثر الرجعي يؤدي إلى تمكين المشتري من التصرف في العقار قبل أن يقوم بشهر عقد البيع كما أن القول برجعية أثر الشهر في نقل وإنشاء وانقضاء الحقوق العينية العقارية الأصلية يتوافق مع قواعد القانون المدني والتي تجعل للمشتري ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وليس من وقت الشهر ، كذلك يدل هذا الرأي على وجوب القول بالأثر الرجعي بما يحققه ذلك من مصالح للمشتري، ومن ذلك على سبيل المثال تمكينه من التخلص من مزاحمة باقي الدائنين في حالة إفلاس البائع قبل الشهر، وتمكينه من تجنب مزاحمة دائني التركة المعسرة في حالة وفاة البائع قبل الشهر، كما استند أصحاب هذا الرأي إلى أن مختلف النصوص المنظمة للشهر العقاري لا تحدد صراحة وقت انتقال الملكية، وهو ما يفهم منه إمكان إعمال الأثر الرجعي، وبالتالي فإن أصحاب هذا الرأي يعتبرون أن الشهر ليس إلا شرطا واقفا لانتقال الملكية، فإذا تحقق هذا الشرط فإن الملكية أو الحق العيني الأصلي ينتقل فيما بين المتعاقدين من تاريخ التعاقد [5]، كذلك استند أصحاب هذا الرأي على أن عدم القبول بمبدأ الأثر الرجعي للشهر يؤدي إلى تجريد العقد من وجوده القانوني، وهو ما يخالف ما يقر به المشرع نفسه ولا يعارضه الفقه والقضاء من أن العقد يترتب على وجوده العديد من الآثار القانونية ويرتب لكل من طرفيه الحقوق والالتزامات التي يمكن المطالبة بها قضاء هذا وقد أضاف أصحاب هذا الرأي أيضا أن الطبيعة العامة لنظم الشهر يقتصر فيها دور الشهر على إعلام الغير بالتصرفات القانونية وأن الشهر ليس مصدرا للحق العيني.

وبالإضافة إلى ما تقدم ذهب هذا الرأي إلى أن الشهر مادام قد وجد لتنظيم مصالح المتعاقدين والغير فإنه لا يجب أن يؤدي إلى الإضرار بمصالح المتعاقدين، وهو ما يحدث في حالة رفض القبول بالأثر الرجعي للشهر [6].

وأخيرا فقد ذهب هذا الرأي إلى أنه يترتب على عدم الأخذ بالأثر الرجعي الإضرار بمشتري العقار حيث أن الأثر الرجعي للشهر - وعلى سبيل المثال - هو الذي يبرر حصول المشتري على ثمار المبيع في الفترة السابقة على الشهر، كما ويبرر اعتبار الباني على العقار غير المشهر بانبا على ملك الغير استنادا إلى قواعد الالتصاق [7]، لذلك فهم يرون ضرورة الاعتراف بالأثر الرجعي للشهر لتبرير ما سبق بيانه.

2.1.1 . الرأي القائل بالأثر الفوري للشهر.

يرى أنصار هذا الرأي الذي يأخذ به غالبية الفقه [8] ويؤيده في ذلك القضاء أن الاستمرار في أعمال الأثر الرجعي والذي كان أمرا منطقيا على ضوء التشريعات التي تجعل انتقال الملكية والحقوق العينية الأصلية بمجرد التعاقد، أضحي أمرا غير مقبول، فقد تغير الوضع مع نظم الشهر العقاري، إذ لم يعد العقد كافيا لنقل الحق العيني العقاري، بل تطلبت التشريعات إتمام الشهر لترتب الأثر العيني الذي تعاقد الطرفان على تحقيقه؛ وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لنظام السجل العيني الذي لا تنحصر وظيفته في الإعلام بوقوع التصرفات العقارية فقط؛ وإنما يعتبر الأداة القانونية التي يتحقق بواسطتها الغرض - من خلال الشهر في السجل العقاري - الذي يهدف إليه المتعاقدان سواء من حيث إنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو التعديل فيها أو زوالها.

وقد رد أنصار هذا الرأي على حجج الرأي القائل بالأثر الرجعي للقيد بما يلي:

- إن القول بأن الأثر الرجعي يؤدي إلى تمكين المشتري من التصرف في العقار قبل أن يقوم بشهره، هي حجة تعد مناقضة لمقصد المشرع الذي استهدف أيضا تقييد سلطة المشتري في التصرف في العقار المبيع قبل إتمام إجراءات الشهر.

- إن القول بالأثر الرجعي يتوافق مع قواعد القانون المدني والتي تجعل للمشتري ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وليس من وقت الشهر، هي حجة واهية إذ لا ارتباط بين ثمار المبيع وبين ملكيته، إذ يستطيع المالك التصرف في ثمار المبيع ونماؤه استقلالا عن العقار ذاته وإذا كانت العقود غير المشهرة ترتب التزاما على المشتري بدفع نفقات المبيع والتكفل بنفقات صيانته والحفاظ عليه، فإن التزام البائع بتمكين المشتري من ثمار المبيع يعد المقابل العادل لتلك الالتزامات التي يؤدي إبرام العقد إلى ترتبها على

عائق المشتري قبل الشهر، ويذهب رأي في الفقه إلى أن ثمار العقار قبل الشهر هي من حق المشتري على أساس الالتزام الناشئ عن عقد البيع، وليس على أساس ملكية المشتري للعقار، فالعقد وإن كان لا ينقل الملكية بذاته إلا أنه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين، يستطيع المشتري بموجبها أن يطالب البائع بثمار العقار المبيع من يوم العقد ويرد على هذا الرأي أن الالتزام الناشئ عن عقد البيع والمتمثل في تسليم العقار وضمن عيوبه واستحقاقه ليس من بينها الالتزام بتسليم الثمار، وحتى على فرض وجود الالتزام فإن العدالة تأبى أن يتلقى المشتري ثمار العقار قبل أن يستلم العقار بذاته لأنه يكون قد أثار على حساب البائع الذي حافظ على العقار وفي ذلك مجافاة لقاعدة الغرم بالغنم، وأن اكتساب المشتري ملكية العقار بالشهر وليس بمجرد العقد تجعل العقد غير المشهر عديم الأثر ليس في نقل الملكية فحسب، ولكن في الحصول على ثمار العقار المبيع من تاريخ العقد حتى تاريخ الشهر فلا يعد مسؤولاً من يحاول الاستفادة من مركز مقرر بمقتضى القانون فالبيع المشهر وحده هو مصدر الحقوق الناشئة عن حق المشتري المتهاون بحماية القانون ما لم يكن التأخر في الشهر ناشئ بسبب من البائع نفسه وعندها فقط يمكن الرجوع بأثر الشهر إلى تاريخ العقد وينسجم هذا الرأي مع القاعدة التي تقول بأن الحقوق والتصرفات غير المشهورة في السجل العقاري لا يحتج بها على الغير وليس لها أثر حتى بين المتعاقدين وعلى ذلك يكون لقيود السجل العقاري قوة ثبوت مطلقة ويعد الشهر منشئ لتلك الحقوق وليس كاشفا لها [9].

أما بالنسبة إلى اعتبار الشهر شرطا واقفا في نقل الملكية بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعي للقيود استناد خاطئ، مردود عليه بأن الشرط الواقف لا يكون إلا في منطقة الإرادة، كما أن الشرط الذي يؤدي تحققه إلى إعمال الأثر الرجعي إنما هو الشرط الذي يعتبر من أوصاف الالتزام، وليس كذلك الشرط الذي يضعه المشرع ويعلق عليه حكما من الأحكام فإن هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق شرطه ومن وقت تحقق هذا الشرط، لأن الأثر لا يسبق المؤثر وما كان من الشروط مردودا إلى إرادة الشارع كشرط الشهر لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضي [10]، وفي الرد على ما يدعيه الرأي السابق من الضرر الذي يقع على المتصرف إليه في الحق العيني العقاري من عدم إعمال الأثر الرجعي للشهر، فإن الحقيقة أن هذا الضرر لن يصيب إلا المتصرف إليه الذي يتقاعس عن إتمام إجراءات الشهر، لذلك فعلى المتصرف إليه الحريص أن يبادر بإتمام إجراءات الشهر التي وضعت لتحقيق الاستقرار في المعاملات وحماية الغير حسني النية.

وفي شأن ما يسمح به الأثر الرجعي من تمكين المشتري من الحصول على ثمار المبيع قبل شهر العقد، فإن هذا الأثر يترتب على إبرام عقد البيع وما يترتب على ذلك من التزامات شخصية بين المتعاقدين، وهي التزامات تصبح واجبة التنفيذ بمجرد التعاقد، وبغض النظر عما إذا كانت ملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري أم لم تنتقل، إذ عقد البيع يترتب التزاما على البائع بتسليم المبيع وثماره منذ وقت التعاقد إلى المشتري، أما إذا قام البائع بالبناء في الأرض المبيعة، فإن المشتري يستطيع أن يصل إلى ذات الحماية التي تنقرر له في حالة إتمام الشهر وذلك من خلال ما يترتب على التعاقد من التزام البائع بالضمان وبعدم التعرض.

فإذا أقدم البائع على البناء في الأرض المبيعة أو قام بتعليق العقار المبيع، فإن التزامه بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها والتزامه بالضمان وعدم التعرض، كل ذلك يسمح للمشتري بالمطالبة باعتباره بانيا سيئ النية، وبالتالي بأن تطبق في هذه الحالة - من باب القياس - أحكام البناء في ملك الغير.

- إن انتقال الملكية تكون من تاريخ إجراء عملية الشهر في السجل العقاري ولو أرادت التشريعات أن تجعل لها أثرا رجعيا لصرحت بذلك دون لبس، وكذلك فإن القول بانتقال الملكية إلى المشتري بتاريخ العقد وليس بتاريخ الشهر يتعارض مع الغرض الأساسي لهذا النظام الذي يجعل من قيود السجل وحدها مصدرا للحق ويجعل انتقالها حتى بين المتعاقدين متعلقا بالشهر وحده وفي هذا استقرار لنظام انتقال الملكية ودافع يحث المتعاقدين إلى المبادرة بشهر عقودهم مادامت العقود بذاتها لا تنقل الملكية حتى فيما بين البائع والمشتري قبل تمام الشهر ومن وقت الشهر، ولو أن المشرع أجاز انتقال الملكية بالشهر ولكن بأثر رجعي يرجع إلى وقت العقد لاتسعت أمام المشتري أسباب التراخي في تسجيل العقد مادام موقنا بأن التأخير في الشهر لن يلحق به ضررا فيستوي عنده الإسراع في الشهر أو تأجيل ذلك، لأن النتيجة واحدة في الحالتين، كما أن القول بالأثر الرجعي للشهر فيما بين المتعاقدين يجعل الملكية تنتقل في تاريخين مختلفين من وقت العقد بالنسبة لأطرافه ومن وقت الشهر بالنسبة للغير وفي هذا شذوذ ينبغي أن ينتزه عنه المشرع[11].

وبالرغم من الحجج التي ساقها الرأي السابق، فإننا نتفق مع ما تنص عليه تشريعات السجل العيني صراحة من رفض الأثر الرجعي للشهر، وما ذهب إليه الغالبية العظمى من الفقه وما استقرت عليه القضاء من عدم قبول الأثر الرجعي للشهر إلا في الحالات الاستثنائية التي يرد بها نص تشريعي صريح، مع إعمال التفسير الضيق في تطبيق هذه الاستثناءات، حيث يمكن أن يترد أثر الشهر بالنسبة للأحكام القضائية إلى تاريخ شهر عريضة الدعوى استثناء من القاعدة العامة والذي لا يجب التوسع فيه وإنما أجز

حماية لأصحاب تلك الدعاوى بل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار أو ديون عقارية عليه منذ تاريخ شهر عريضة الدعوى [12].

1. 2 . موقف التشريع والقضاء الجزائري من أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري.

لمعرفة موقف التشريع يجب الرجوع إلى النصوص القانونية الواردة في قانون الشهر العقاري، أما بالنسبة للقضاء فيجب الرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن من المحكمة العليا وذلك في نقطتين على التوالي.

1. 2.1 . موقف التشريع الجزائري من أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري.

من خلال تفحص المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه، نستشف بأنه قد أخذ بالرأي القائل بالأثر الفوري للشهر في السجل العيني، حيث جاء في المادة 15 بأن " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية "، كما نصت المادة 16 من نفس الأمر المذكور أعلاه " أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".

والشاهد في هاتين المادتين هي عبارة إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية وعبارة إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " والتي تدلان على أن المشرع اعتبر أن الأثر المنشئ للشهر يتحقق من تاريخ إجراء الشهر وبالتالي فإنه ينتج أثره بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير من تاريخه، أي أن الملكية و الحقوق العينية الأخرى تنتقل بين الطرفين وبالنسبة للغير ابتداء من تاريخ الشهر، وبذلك فإن للشهر أثر فوري وليس رجعي وهذا ما يتفق صراحة مع نصوص القانون ذلك أن الشهر شرط قانوني و ليس إرادي يخضع لإرادة الأطراف، وعلى هذا النحو لا يمكن أن يكون من قبيل الشرط الواقف بالمعنى المعروف في أوصاف الالتزام ولا يمكن بالتالي أن يكون لتحققه أثر رجعي [13].

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

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

يلاحظ من خلال ما سبق أن هذا المبدأ يحقق استقرار التعامل ويطمئن المتعاقدين و الغير، وما على الطرف الذي يريد أن يحمي نفسه إلا أن يبادر بالشهر، وإن التزم مواصلة إجراءات البيع لأجل نقل ملكية العين المباعة في المادة العقارية في التشريع الجزائري يقع على عاتق محرر العقد سواء أكان التصرف محرر بيد الضابط العمومي في مكتب التوثيق [14] أو بيد الموظف العمومي مديرية أملاك الدولة وهذا دون إرادة الأطراف أو تدخل منهم، مع الإشارة إلى أن طبيعة التزام الموثق المتمثلة في نقل الملكية العقارية بإخضاع التصرف العقاري إلى الإشهار العقاري بالمحافظة العقارية هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ويكمن هذا الالتزام في تمكين الأطراف المتعاقدة بالحصول على مبتغاهم وذلك بإشهار التصرف حتى يولد أثره القانوني وذلك بنشأة الحق العيني العقاري لأن الإشهار العقاري هو الذي ينشئ الحق.

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

1. 2. 2 . موقف القضاء الجزائري من أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري.

لمعرفة موقف القضاء يجب الرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن من المحكمة العليا حيث أصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ 19/03/2003 الملف رقم 343402 قضية بين (ع خ) ضد (ع أ) ومن معه، جسدت فيه قاعدة الأثر الفوري وليس الرجعي للقيد عن طريق وضع مبدأ هام يتمثل في أن العبرة في نقل الملكية في حالة وجود عقدين بتاريخ الشهر وليس بتاريخ العقد.

الموضوع: ملكية نقلها عقدان تاريخ الشهر نعم تاريخ التحرير لا.

المبدأ: العبرة في نقل الملكية في حالة وجود عقدين بتاريخ الشهر وليس بتاريخ العقد.

للرد من حيث الموضوع 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 المعيد ضدها على عقد ملكيتها الذي حرره سنة 1988 وهم بذلك أي بإعطائهم الأفضلية لتاريخ تحرير العقد مع أن العبرة تعود للتاريخ الذي يسبق 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 [15].

ولذلك ففي حالة تزامم المشترين من بائع واحد مالك للعقار المبيع تكون الأفضلية لمن سبق منهم إلى شهر عقده وذلك بشرط أن يكون عقده جديا غير صوري وصحيحا لا يشوبه البطلان، لأن مناط المفاضلة بين عقدين أن يكونا صحيحين ولا يعتبر البائع في هذه الحالة بائعا لملك الغير لأنه وقت أن باع للمشتري الذي شهر عقده كان لا يزال مالكا ولا يستطيع مشتري العقار بعقد غير مشهر أن ينقل ملكية هذا العقار لمن اشترى منه لأنها لا تؤول إليه هو إلا بشهر عقده، فالملكية تنتقل إلى من اتخذ إجراءات الإشهار قبل الآخر ولو بساعات محدودة [16] فإذا باع المالك " أ " العقار للمشتري " ب " بموجب عقد توثيقي مؤرخ في 2007/11/01 لم يتم شهره، ثم أعاد بيع نفس العقار إلى " ج " بموجب عقد توثيقي مؤرخ في 2007/12/01 تم شهره في المحافظة العقارية في 2008/01/31 فإن المشتري الثاني " ج " هو الذي تنتقل إليه الملكية ما دام أن عقده قد تم شهره، على خلاف المشتري الأول والذي رغم أنه سابق في تاريخ إبرام العقد لكن عقده لم يشهر و بالتالي فما عليه، إلا بالرجوع على البائع " أ " باسترداد الثمن على أساس أحكام دفع غير المستحق و التعويض عن الإخلال بالتزام شخصي وذلك لاستحالة تنفيذه عينا [17].

يفهم من خلال القرار السابق أن قضاء المحكمة العليا قد ذهب إلى أنه لا يمكن للمشتري الأول أن يتمسك بتنفيذ عقده طالما ثبت للمحكمة أن ملكية العقار قد انتقلت بالشهر للمشتري الثاني، أي تفضيل المشتري الأسبق في الشهر ولو كان البيع الأول أسبق في التاريخ الثابت.

لكن السؤال المطروح هنا من طرف بعض الفقه حول الحل الذي توصل إليه القضاء أعلاه هو هل هذا الحل مطلق أم نسبي بمعنى آخر هل يتأثر الحق العيني المكتسب بالشهر بسوء نية المتصرف إليه

الثاني بثبوت تواطؤ هذا الأخير مع البائع للإضرار بالمشتري الأول وبالتالي يجوز إبطاله؟ ، وفي الحقيقة أن طرح مثل هذا التساؤل حسب هذا الجانب من الفقه مرده أن الأخذ بمعيار الأسبقية يصطدم باعتبارات تحقيق العدالة في الحالات التي يظهر فيها أن المشتري الثاني والأسبق في الشهر قد سارع بشهر حقه العيني بالرغم من علمه بوجود التصرف الأول أو أنه قام بذلك بسوء نية أو بالتواطؤ مع البائع، ولقد انقسم الفقه لحل هذه المسألة، إلى ثلاث مذاهب، الأول مذهب العلم أي حسن النية، الثاني مذهب التواطؤ، والثالث مذهب إنكار العلم والتواطؤ والاعتداد بالأسبقية في الشهر [18]. فالمذهب الأول يشترط في صحة الشهر أن يكون المشتري الثاني حسن النية، فلا يكون وقت أن اشترى عالما بالتصرف السابق، فمجرد علم المشتري الثاني بالبائع السابق للعقار يعتبر كافيا في حد ذاته لاعتباره سيئ النية وغير أهل للاستفادة من معيار الأسبقية في الشهر لتفضيله على المشتري الأول، وبالتالي فإن المشتري الثاني يعد غير أهل للاستفادة من معيار الأسبقية في الشهر في الحالات التي يثبت علمه بالتعاقد السابق، أما المذهب الثاني فلا يشترط حسن النية في الشهر ويكتفي باشتراط عدم التواطؤ، فيفضل المشتري الذي سبق إلى شهر سنده حتى ولو كان وقت أن اشترى عالما بالتصرف السابق، مادام غير متواطئ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول الذي تأخر في شهر عقده، [19] ، وهذا الحل يجعل للشهر قوة أكبر من القوة التي يجعلها له الحل الأول، والمذهب الثالث لا يشترط في صحة الشهر لا حسن النية ولا عدم التواطؤ، فيفضل المشتري الذي سبق إلى شهر عقده، حتى ولو كان وقت أن اشترى عالما بالتصرف السابق، وحتى ولو كان متواطئا مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول [20] ، ويرجع المشتري الأول الذي فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع ويرجع على المشتري الثاني أيضا بالتعويض إذا كان متواطئا مع البائع ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار، فقد خلصت ملكيته للمشتري الثاني بالشهر وهذا الحل يجعل الشهر في أعلى مرتبة من القوة.

وفي رأينا لا نعتقد بأن المتصرف إليه الأول في العقود المتتالية الصادرة من ذات المتصرف يستطيع أن يبطل عقد المتصرف إليه الثاني المشهر استنادا إلى سوء نيته، لأنه بتطبيق مبدأ الأسبقية في الشهر الذي يكرسه مبدأ الأثر المنشئ للشهر في السجل العيني، فإن من سبق غيره وتمكن بالتعاون مع المتصرف من شهر الحق يصبح هو صاحب الحق الأصلي بموجب عملية الشهر هذه، والسبب في ذلك هو أن غياب الأثر الناقل للسند محل الشهر هو الذي يؤدي إلى ذلك الاختلاف الجوهرى بين نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي، فبينما ينتقل الحق العيني في ظل نظام الشهر الشخصي إلى المتصرف إليه الأول في العلاقة بينه وبين المتصرف، بالعقد فإن سوء نية الغير المتصرف إليه الثاني يؤدي إلى اعتبار

أنه قد تعامل مع المتصرف وهو على علم بأنه غير مالك لأن الملكية انتقلت إليه بموجب العقد وفي هذا الفرض فإن الإقرار بأثر سوء النية لا يمس العلاقة بين متنافسين متساويين في الدرجة، بل أن مسألة حسن النية أو سوتها توضح أن المتصرف إليه الثاني قد دخل دائرة التعاقد وهو في وضع المتلقي من غير صاحب الحق الأصلي والمعتدي على من انتقل إليه الحق بموجب التصرف الأول وهو المتصرف إليه الأول الذي إنتقل إليه الحق العيني بموجب العقد، أما في ظل نظام الشهر العيني فإن كل من المتصرف إليه الأول والمتصرف إليه الثاني يقفان في موقف متساو في مواجهة المتصرف قبل إتمام أيهما لإجراءات الشهر في السجل العيني فطالما أن العقد لا ينقل الحق العيني، وأن كل ما يترتب على وجوده هو الالتزامات الشخصية، - أي أن حق المتصرف إليه الأول انتقل من كونه حقا عينيا في ظل الأثر الناقل للسند محل الشهر إلى مجرد حق شخصي في ظل نظام السجل العيني لأن الأثر العيني لا يتحقق إلا بالشهر - فإن ذلك يعني أن من يقدم على الشهر يتلقى الحق من صاحبه الأصلي، كما يعني أن الأسبق في إتمام إجراءات الشهر يصبح هو صاحب الحق الأصلي بموجب عملية الشهر هذه ، فمن ناحية أولى، فإن تطلب الشهر لانتقال الحق العيني فيما بين المتعاقدين يعني أن التصرف التالي في الحق العيني العقاري المشهر في السجل العيني قد تم من صاحب الحق الأصلي، وحيث أن المنافسة بين المتصرف إليه الأول والمتصرف إليه التالي تصبح بعد الشهر منافسة بين من يطالب من تعاقد معه بتنفيذ التزامه التعاقدى بإتمام إجراءات الشهر وهو المتصرف إليه الأول وبين من اكتسب الحق بموجب الشهر، وهو المتصرف إليه الثاني، فإن البحث عن سوء نية من تم الشهر لمصلحته يضر بالمبدأ الأساسي الذي يقوم عليه نظام الشهر العيني، وهو مبدأ عدم جواز انتقال الحقوق العينية سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم في مواجهة الغير إلا بالشهر في السجل ، ومن ناحية ثانية، وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة لنظام السجل العيني وما يهدف إليه من استقرار المعاملات وتأمين سوق الائتمان العقاري، فإنه يصبح من غير المقبول التوسع في قبول إبطال الشهر بناء على رغبة المتصرف وحرمان المتصرف إليه التالي من الاستفادة من الميزة التي خولها له القانون إذا ما سبق غيره في إتمام إجراءات الشهر.

وبالنظر إلى أن هذا هو الوضع المستقر في تشريعات السجل العيني، فإن فض المنازعات على الحق العيني العقاري -وعلى خلاف نظم الشهر الشخصي - يتم بدون حاجة إلى الخروج بشكل استثنائي على مبدأ عدم جواز تصرف الشخص في أكثر مما يملك من حقوق، لذلك فإنه وحتى في الحالات التي يقوم فيها المتصرف إليه الثاني بالسبق إلى شهر حقه، فإنه يتم تفضيله على المتصرف إليه الأول، لأنه

ينتقل الحق من صاحب الحق الأصلي، فعقد البيع الذي تم إبرامه لصالح المشتري الأول لم يؤد إلى انتقال حق الملكية العقارية إليه، وإنما اقتصر على التزام البائع بنقل هذا الحق إليه.

2 . أثر الشهر على تحديد الطبيعة القانونية للعقد وموقف التشريع والقضاء الجزائري من ذلك.

يترتب على شهر عقد بيع العقار في السجل العيني انتقال حق الملكية من البائع إلى المشتري، وهنا يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية لشهر العقد بوجه عام في السجل العيني هل لا يزال العقد هو مصدر الحقوق العيني العقاري الأصلي الذي تم إنشاؤه أو نقله أو تغييره أو زواله بعد الشهر في السجل العيني؟ أم أن العقد قد تراجع ليصبح الشهر في السجل العيني هو مصدر هذا الحق ؟

لقد ثار خلاف فقهي حول ذلك، وانقسم الفقه إلى رأيين رأي يقول بأن العقد هو مصدر الحقوق العينية ورأي يقول بأن الشهر هو مصدر الحقوق العينية، والحقيقة كما أشرنا إليه أعلاه أن مرد هذا الاختلاف يرجع إلى أن التشريعات التي تبنت نظام السجل العيني يوضح أن بعضها قد نص صراحة على اعتبار الشهر مصدرا مباشرا للحقوق العينية العقارية، بينما لم يرد في البعض الآخر أي نص صريح يفيد ذلك، فما هو موقف التشريع والقضاء الجزائري مما سبق بيانه هذا ما سنتناوله في مطلبين نتناول في الأول أثر الشهر على تحديد الطبيعة القانونية للعقد وفي الثاني موقف التشريع والقضاء الجزائري من ذلك.

هذا ونشير إلى أن هناك علاقة وطيدة بين فكرة اعتبار العقد أو الشهر في السجل العيني مصدرا للحق العيني وفكرة الأثر المطهر للشهر أو ما يسمى بقوة الثبوت المطلقة للشهر في السجل العيني، حيث أن اعتبار العقد مصدرا للحق العيني معناه أن التشريعات التي تتبنى هذا التوجه لا تعطي للشهر التالي أثرا مطهرا وبالتالي فإن العقد المشهر يمكن الطعن فيه بدعاوى الإلغاء أو الإبطال أو الفسخ، أما التشريعات التي تجعل من الشهر مصدرا للحق العيني معناه أنها تعطي للشهر أثرا مطهرا وبالتالي فإنه لا يمكن الطعن في العقد المشهر بأي دعوى مهما كانت وما على المتضرر سوى المطالبة بالتعويض.

2.1 . أثر الشهر على تحديد الطبيعة القانونية للعقد.

رأينا فيما سبق أنه يترتب على شهر عقد بيع العقار في السجل العيني انتقال حق الملكية من البائع إلى المشتري، وهنا يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية لشهر العقد بوجه عام في السجل العيني هل لا يزال العقد هو مصدر الحقوق العيني العقاري الأصلي الذي تم إنشاؤه أو نقله أو تغييره أو زواله بعد الشهر في السجل العيني؟ أم أن العقد قد تراجع ليصبح الشهر في السجل العيني هو مصدر هذا الحق ؟

لقد ثار خلاف فقهي حول ذلك، وانقسم الفقه إلى رأيين رأي يقول بأن العقد هو مصدر الحقوق العينية ورأي يقول بأن الشهر هو مصدر الحقوق العينية، والحقيقة كما أشرنا إليه أعلاه أن مرد هذا الاختلاف يرجع إلى أن التشريعات التي تبنت نظام السجل العيني يوضح أن بعضها قد نص صراحة على اعتبار الشهر مصدرا مباشرا للحقوق العينية العقارية، بينما لم يرد في البعض الآخر أي نص صريح يفيد ذلك. هذا ما سنتطرق له في نقطتين على التوالي.

2.1.1. الرأي القائل بأن الشهر في السجل العيني هو المصدر الوحيد للحقوق العينية.

يرى هذا الفريق من الفقه الذي يستند إلى التشريعات التي تنص صراحة على اعتبار الشهر مصدرا مباشرا للحقوق العينية العقارية، أن العقد يعتبر مجرد وسيلة، تعطي للمتصرف إليه الحق في إجراء الشهر في السجل العيني، وأن العقد أو التصرف بوجه عام لم يعد هو مصدر الحق العقاري، ويستند هذا الرأي إلى أن قانون السجل العيني يعطي للشهر قوة ثبوت مطلقة لا تتأثر بما قد يلحق بالتصرف من عيوب، فهناك فصل إذا بين الحق بعد شهره والتصرف الذي تناول هذا الحق، الأمر الذي ينفي عن التصرف خاصيته كسبب من أسباب كسب الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، فالشهر وحده هو سبب كسب الملكية أي مصدرها [21] ، وهو وحده وسيلة إثبات الحقوق العينية، فلا تقبل في إثبات أصل الملكية أو الحق العيني سوى صحيفة الوحدة العقارية أو الشهادات المستخرجة من السجل العيني هذا من ناحية ومن ناحية ثانية فإن الحقوق لا تنشأ ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم إلا بالشهر في السجل العيني ، وهذا ما يقضي به مبدأ القيد المطلق ولذلك لا يمكن الطعن في التصرف بعد ذلك، ليس لأن التصرف لم ينشئ حقا ولكن لأن واقعة الشهر تطهره من عيوبه وليس على المتضرر إلا المطالبة بالتعويض في هذه الحالة.

والحقيقة أن نص المشرع صراحة على اعتبار الشهر مصدرا للحق العيني يرتبط بمدى الحجية التي يقرها للشهر، فلا يمكن اعتبار الشهر مصدرا للحق إلا إذا كان المشرع يتبنى مبدأ الحجية المطلقة للشهر بما يجعل الشهر مطهرا للتصرف مما قد يكون قد شابه من العيوب؛ فحيث ينص المشرع صراحة على أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية، فإن التصرف يقتصر أثره على تمكين المتعاقدين من إجراء الشهر الذي يعتبر المصدر الوحيد للحق، وفي هذه الحالة - والتي يعد قانون تورنس الأسترالي الصادر في عام 1861 النموذج الأساسي لها - فإن حجية الشهر مطلقة تؤدي إلى الفصل المطلق بين

التصرف القانوني وبين الحق الذي يستمد وجوده من القيد بالسجل العيني، وفي هذا النوع من أنواع القيد، فإن تلك الحجية المطلقة تحسن الحق العيني العقاري من الطعن عليه وتطهره من كافة العيوب التي تكون قد شابته التصرف القانوني، وهكذا فإن هذا النوع من القيود هو الذي يعد عنوانا للحقيقة التي لا يمكن إثبات عكسها بأي طريق من طرق الإثبات سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، ويبدو ذلك واضحا من النصوص الصريحة في قانون تورنس الذي جاء نص المادة 33 والمادة 123 منه بالتصريح بمبدأ الثقة المطلقة في بيانات الشهر وعدم جواز الطعن في الحقوق العينية العقارية

المشهرة في السجل العيني بأي دعوى من دعاوى الاستحقاق أو الدعاوى التي تسمح بالإلغاء أو الفسخ أو الرجوع، ولم يقرر هذا المشرع إلا الحق في الطعن على الشهر المعيب على اعتبار أن تعيب الشهر يعني عدم نشوء الحق بموجب عملية الشهر، وقد انحصرت الدعاوى التي سمح بها هذا النظام في ثلاثة دعاوى هي دعوى الطعن في صحة الشهر الذي تم بطريق الغش وفي مواجهة من تم الشهر لصالحه؛ دعوى تصحيح الخطأ في التحديد، ودعوى من يحمل شهادة سندية سابقة حيث تعطي هذه الدعوى ذات المنزلة للحقين المتنازعين اللذان تم شهرهما بنفس الطريقة، إذ لا يوجد ما يبرر تفضيل أحدهما على الآخر [22].

2. 1. 2. الرأي القائل بأن العقد لا يزال مصدرا للحقوق العينية.

يمثل هذا الرأي جانب من الفقه الذي يستند إلى التشريعات التي لم تنص أو تشر صراحة إلى اعتبار الشهر مصدرا مباشرا للحقوق العينية العقارية، حيث يذهب إلى اعتبار العقد هو مصدر الحقوق العينية العقارية، على أن نشوء هذه الحقوق أو نقلها أو زوالها يبقى موقوفا على إتمام إجراءات الشهر في السجل العيني، فالشهر لا يعتبر مصدرا للحق، وإنما هو الشرط المادي اللازم لتنفيذ الالتزام بنقل أو إنشاء أو إنهاء الحق العيني الذي يتضمنه التصرف محل الشهر [23]، أي أن عقد البيع مازال في ظل نظام السجل العيني هو أساس نقل الملكية إلى المشتري ولا يترتب هذا الأثر على مجرد الشهر في السجل العقاري [24]، لذلك فإن عقد بيع العقار ينتج كافة آثاره القانونية في السجل العيني ماعدا نقل الملكية من البائع إلى المشتري، فالملكية لا تنتقل فور انعقاد العقد بل تتراخى إلى حين إجراء الشهر، وحجية الشهر في السجل العيني، وما يترتب عليها من الأثر المنشئ للشهر لا تؤدي إلى عدم اعتبار التصرف أو العقد مصدرا للحق العيني العقاري الأصلي، لأنه يجب التفرقة بين مدلول كل من مصدر الحق والأثر المنشئ للشهر.

فمصدر الحق هو السبب القانوني الذي ينشأ به الحق طبقا للنظام القانوني في دولة ما، أما الأثر المنشئ للشهر في السجل العيني، فينتج بعد وجود السبب القانوني الذي أنشأ الحق والذي هو مصدر الحق، وشهر هذا السبب في السجل العيني.

وفي الحقوق العينية العقارية، هناك ارتباط وثيق بين مصدر هذه الحقوق وهو العقد أو التصرف القانوني وبين الشهر، فالتصرفات أو العقود التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، لا تحدث أثرها في إنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال هذه الحقوق إلا بعد شهرها في السجل العيني فالشهر إذا إجراء لاحق لوجود هذه التصرفات أو العقود، ويضيف أصحاب هذا الرأي أنه لا يمكن التسليم بما ذهب إليه الرأي الأول من الفصل بين الحق بعد شهره والتصرف الذي تناول هذا الحق الأمر الذي ينفي عن التصرف خاصيته كمصدر من مصادر الحق العيني، فهذا القول لا يمكن التسليم به وذلك للارتباط الوثيق بين التصرف والحق بعد شهره فالحق قد نشأ عن هذا التصرف بعد شهره فبدون هذا التصرف لا يمكن أن يكون للحق وجود أي أن الشهر في ذاته مجردا عن التصرف لا ينشأ عنه الحق، بالإضافة إلى ذلك فإن القانون المدني قد حدد أسباب كسب الحقوق العينية على سبيل الحصر، فإنه يعد من غير المقبول أن يضيف التفسير الفقهي مصدرا جديدا من مصادر الحقوق العينية.

كذلك فإن الأثر المنشئ للشهر في السجل العيني يختلف عن الحجية التي يقرها المشرع للشهر والتي تتعلق بإثبات الحق (الحجية النسبية) أو بثبوت الحق بما لا يقبل الطعن (الحجية المطلقة)، فلا يمكن اعتبار الشهر مصدرا للحق إلا إذا كان المشرع يتبنى مبدأ الحجية المطلقة للشهر بما يجعل الشهر مطهرا للتصرف مما يكون قد شابه من العيوب؛ فحيث ينص المشرع صراحة على أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية، فإن التصرف يقتصر أثره على تمكين المتعاقدين من إجراء الشهر الذي يعتبر المصدر الوحيد للحق، أما حيث لا يقرر المشرع للقيود التالية على القيد الأول في السجل العيني تلك الحجية المطلقة، فإنه لا يمكن القول بأن الحجية النسبية للشهر تطهر التصرفات القانونية من العيوب التي تكون قد شابتها، ويعني ذلك ارتباط مصير الحق العيني بمصير التصرف القانوني المنشئ له، فمتى كان شهر الحق العيني قد تم بناء على عقد باطل أو قابل للإبطال، فإن للمتعاقد صاحب المصلحة أن يطلب شطب الشهر بناء على الحكم الصادر لمصلحته، ومن ذلك على سبيل المثال الحكم الصادر بإبطال العقد [25] نتيجة قيام أطراف التصرف بالطعن عليه بدعوى الفسخ والبطلان، والتأشير بها في السجل العيني.

ننتهي من خلال استعراض الرأيين السابقين إلى أن كل واحد منها يمثل توجهها تشريعيًا، فالتشريعات التي تنص صراحة بأن الشهر هو مصدر الحق العيني العقاري تمنحه حجية مطلقة وبالتالي تطهر التصرف

من العيوب التي تشوبه ولا تجيز الطعن فيه بأي نوع من أنواع دعاوى الإبطال أو الفسخ أو الإلغاء، أما التشريعات التي لا تنص على ذلك صراحة فإنها لا تعطي للشهر حجية مطلقة بل نسبية وبالتالي تجيز الطعن في التصرف الذي تم بموجبه الشهر لأنها لا تطهره من العيوب التي تلحق به، ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الأول الذي يجعل من الشهر مصدرا للحق العيني العقاري وتجعل من التصرف وسيلة لإجراء هذا الشهر على أنه يجب أن يكون منح الحجية المطلقة للشهر والتي تؤدي إلى أعمال الأثر التطهيري مسألة عملية وليست نظرية يكتفي المشرع بالنص عليها دون توفير الآليات التي تؤدي إلى تحققها والتي نرى أنها تتحقق أولا بإنشاء وتأسيس سجل عيني يقوم على أسس سليمة ابتداء عن طريق إحاطة إجراءات القيد الأول بضمانات كافية حتى لا تقيد إلا الحقوق المشروعة فعلا وما يترتب عليه من تقرير للأثر المطهر للقيد الأول الذي يمنع الطعن فيه مما يؤدي إلى استقرار الواقع العقاري، أما بالنسبة للقيد التالية فإنه يجب أن تحاط بضرورة إفراغ التصرفات والوقائع القانونية في شكل رسمي ومراقبة البيانات المتعلقة بالأطراف والعقارات من طرف المحافظ العقاري بمساعدة قاضي مختص قبل إجراء الشهر حتى لا تشهر إلا الحقوق المشروعة وحتى وإن تم شهر حق عيني عن طريق الخطأ - وهي حالات نادرة الوقوع - مما يضر بصاحب الحق الأصلي في مواجهة من حصل على الشهر، فإن تبني نظاما يكفل تعويض صاحب الحق الأصلي عن الأضرار التي تصيبه من جراء تطبيق مبدأ قوة الثبوت المطلقة في الحقوق المشهورة في ظل القيود التالية على القيد الأول يمكن من جبر ذلك الضرر.

إن تحقق ما تم ذكره أعلاه يسمح بتلقي الحقوق العينية على العقار من خلال تسلسل واضح في القيود يمكن من خلاله للمتصرف في أي من الحقوق العينية العقارية أن يرجع إلى بيانات السجل، وهذا هو المفهوم الحقيقي في نظرنا للأثر المطهر أي توفير الوسائل والآليات المؤدية إلى تحقيقه في الواقع وليس مجرد النص عليه في القانون.

وإذا كان هذا هو موقف تشريعات السجل العيني في هذا الموضوع فما هو موقف التشريع والقضاء الجزائري من كل ما سبق بيانه.

2 . 2 . موقف التشريع والقضاء الجزائري من أثر الشهر على تحديد الطبيعة القانونية للعقد.

لمعرفة رأي المشرع يجب الرجوع إلى النصوص القانونية الواردة في قانون الشهر العقاري، أما بالنسبة للقضاء فيجب الرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن من المحكمة العليا هذا ما سنتناوله في نقطتين على التوالي.

2 . 2 . 1 . موقف التشريع الجزائري من أثر الشهر على تحديد الطبيعة القانونية للعقد.

قبل التعرف على موقف المشرع يجدر بنا الإشارة إلى النصوص التي تعرضت للعقد ودوره في نقل الملكية العقارية، حيث عرف العقد بأنه اتفاق بين إرادتين أو أكثر بالإيجاب والقبول من أجل إحداث أثر قانوني معين يتمثل هذا الأثر القانوني في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء. إن العقد بهذا المعنى يترتب التزاما محله إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، هذا الشيء (المال) قد يكون منقولاً أو عقاراً، وإذا كان المنقول المعين بالذات طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني ينتقل بمجرد تكوين العقد، فإن الأمر يختلف إذا كان المحل عقاراً أو أي حق عيني آخر، حيث يتطلب القانون إجراءات شكلية أخرى بالإضافة إلى تكوين العقد، حيث تنص المادة 792 من القانون المدني في هذا الشأن على ما يلي " تنتقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة 164 و ذلك مع مراعاة النصوص التالية "

وبالرجوع إلى نص المادة 165 وليس 164 كما أحوالت إليه المادة 792 نجد أنها تنص على ما يلي " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري ". ونصت المادة 793 من نفس القانون كذلك " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار " .

من خلال هذه النصوص القانونية نستنتج أن عقد بيع عقار لا يمكن أن ينقل الملكية إلا إذا روعيت الإجراءات المتعلقة بالشهر، كما يفهم كذلك من هذه النصوص أن العقد إذا لم يتم إجراء شهره فإنه يبقى صحيحاً ولكنه لا ينقل ملكية العقار إلى المتعاقد الآخر.

وبذلك فإن الشهر ليس شرطاً لقيام العقد صحيحاً وإنما هو شرط لنقل الملكية فقط، فالشهر ليس بركن من أركان التصرف القانوني – كما هو الحال في القانون العراقي [26] ، الذي يتطلب أن يتم الاتفاق على التصرف في دائرة التسجيل العقاري نفسها وبحضور الموظف المختص حتى يتم تسجيل الاتفاق وتوقيع الطرفين ومصادقة الموظف المختص على ذلك كله [27] – ، بل هو شرط لترتيب الأثر العيني وهو نقل الملكية في العقار، والدليل على ذلك هو نص المادة 61 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه و التي تنص على ما يلي " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " .

يفهم من هذا النص أن العقد يقوم صحيحا قبل تقديمه إلى المحافظة العقارية متى توا فر فيه شرط الرسمية، وعليه فإن العقد بهذا المعنى ينتج كل آثاره قبل شهره ما عدا ما تعلق بترتيب الأثر العيني وهو نقل الملكية، فعقد البيع المتعلق ببيع عقار وان توافر على ركن الرسمية لا يمكنه أن ينقل الملكية العقارية إلا إذا تم شهره ، لكن مع بقاءه صحيحا منتجا لآثاره الأخرى، ذلك أن أحكام عقد البيع العقاري تترتب بمجرد توفر ركن الرسمية ماعدا الأثر العيني أي أن عقد البيع الرسمي وقبل شهره بالمحافظة العقارية، فإنه وإن كان لا ينقل الملكية إلى المشتري لكنه ينشئ التزامات في مواجهة كل من البائع والمشتري فيلزم بموجبه البائع أن ينقل الملكية إلى المشتري – وإن كان قانونيا وواقعا يقع على عاتق محرر العقد كما رأينا ذلك أعلاه – وبتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، و يلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبأن يستلم العين المبيعة وفي هذا الصدد تنص المادة 361 من القانون المدني على ما يلي " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لا زم لنقل الحق المبيع إلى المشتري ... " كما نصت المادة 387 على نفس القانون على ما يلي "يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ...".

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

وبالرجوع إلى قانون الشهر العقاري (الأمر 74/75 والمرسومان التنفيذيان له 62/76 و63/76)

وتفحص المادة 16 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه، والمادة 85 من المرسوم 63/76 نستشف بأن المشرع قد أخذ بالرأي القائل بأن الشهر في السجل العيني لا يعتبر مصدرا للحق العيني، وإنما هو الشرط المادي اللازم لتنفيذ الالتزام بنقل أو إنشاء أو إنهاء الحق العيني الذي يتضمنه التصرف محل الشهر، "، إذ نصت المادة 16 من نفس الأمر المذكور أعلاه " أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".

حيث يتضح من هذا النص في عبارة إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني أن التصرف هو سبب ومصدر و جود الحق العيني وأن هذا التصرف ينتج جميع آثاره ماعدا الأثر العيني الذي لا يتحقق إلا بالشهر في السجل العيني أي في مجموعة البطاقات العقارية بحيث يولد أثارا قانونية سواء فيما بين الأطراف المتعاقدين أو في مواجهة الغير،

فالمشرع ربط بين إنتاج التصرف أثره سواء فيما بين المتعاقدين ذوي الشأن أو الأطراف أو بالنسبة للغير وبين شهره أي ما كان هذا الأثر يمكن للتصرف أن يؤدي إليه لولا عملية الشهر في السجل العيني. وذلك للارتباط الوثيق بين التصرف والحق بعد شهره ، فالحق العيني قد نشأ عن هذا التصرف بعد شهره فبدون هذا التصرف لا يمكن أن يكون للحق وجود أي أن الشهر في ذاته مجردا عن التصرف لا ينشأ عنه الحق.

ويؤكد ذلك أكثر ما تنص عليه المادة 85 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه من ضرورة شهر الدعاوى القضائية التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرف الذي تضمنه المحرر المشهر بالمحافظة العقارية إذ تنص " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 04/14 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق لـ 12 نوفمبر سنة 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم بنسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار "[28] ، فهذا النص عندما نقرأه مع نص المادة 16 أعلاه يمكن أن

نصل إلى أن الشهر وحده لا يكفي لنقل الملكية وبالتالي ترتيب الأثر العيني ولكن لابد وأن يستند إلى عقد صحيح فإذا شهر العقد الباطل أو الصوري، فإن الشهر لا يطهره من العيوب، ولكن يجوز الطعن فيه بالبطلان فإذا ما قضي به فلا يكون للشهر أي أثر، فالشهر الذي يتم استناد إلى العقد الصحيح إذا هو مصدر للحقوق العينية، والحقيقة أن هذه النتيجة التي تترتب على قانون السجل العقاري الجزائري الذي بالرغم من أنه أخذ بنظام السجل العيني مردها إلى أنه لم يتبن مبدأ تطهير القيود التالية على القيد الأول للتصرفات المنشئة للحقوق من العيوب التي قد تكون شابتها، وإنما قد تبني في شأن تحديد حجية الشهر

مبدأ الحجية النسبية فالحق لا ينشأ ولا ينقضي ولا يزول لا فيما بين ذوي الشأن ولا في مواجهة الغير إلا بعد إتمام الإجراء الشكلي بالشهر في السجل العيني؛ أما حجية ذلك الشهر فيما بين ذوي الشأن فليست مطلقة، وإنما هي حجية نسبية تقيم قرينة بسيطة يمكن لصاحب المصلحة أن يقيم الدليل على عكسها ، وهو ما يتعارض صراحة مع مبدأ الأثر المطهر للشهر الذي يستند عليه الرأي الأول للقول بأن الشهر وحده هو مصدر الحق، ومن ثم يمكن وفقا لهذا التوجه الطعن في التصرفات التي أجريت القيود بناء عليها ومتى أبطل التصرف، تعين إجراء تعديل في بيانات الصحيفة العقارية بمحو البيانات التي تمت بناء على ذلك التصرف فمصير الشهر مرتبط بمصير التصرف القانوني .

وبالنظر إلى أن أثر شكلية الشهر في قانون السجل العيني يمتد إلى مدى أبعد من أثر شكلية التسجيل في تشريعات الشهر الشخصي، حيث أن الشهر في السجل العيني يعد أكثر من مجرد إجراء يتيح لمن اكتسب الحق أصلاً أن يحتج به في مواجهة الغير؛ لذلك فإن شكلية الشهر في القانون الجزائري تصبح شرطاً لازماً لترتب الأثر العيني للتصرف القانوني، على أنه وإن كانت عملية الشهر تعد شرطاً ضرورياً لتتمام عملية إنشاء أو نقل الحق، فإنها ليست هي مصدر ذلك الحق، وإنما يستند نشوء الحق إلى الشهر على وجود تصرف قانوني أو واقعة قانونية صحيحة يعترف بها القانون كمصدر للحق العيني.

2 . 2 . 2 . موقف القضاء الجزائري من أثر الشهر على تحديد الطبيعة القانونية للعقد.

لمعرفة موقف القضاء يجب الرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن من المحكمة العليا حيث أنه باستعراض القرارات التالية نلاحظ أنه تبنى نفس ما ذهب إليه المشرع أعلاه حيث أنه رأى أن الشهر هو الذي ينقل الملكية وليس العقد الرسمي وحده، ولكن هذا لا يكفي بل يجب أن يكون الشهر مستندا إلى عقد صحيح فإذا شهر العقد الباطل أو الصوري، فإن الشهر لا يطهره من العيوب، ولكن يجوز الطعن فيه بالبطلان فإذا ما قضي به فلا يكون للشهر أي أثر.

حيث جاء في القرار رقم 203162 الصادر بتاريخ 1999/12/07 في القضية بين (س م) ضد (م م) بخصوص موضوع صفة التقاضي الدفع بالبطلان تنبيه بالإخلاء مالك جديد عدم إتمام الشهر بطلان. المبدأ: إن القضاء ببطلان التنبيه بالإخلاء الموجه من المالك الجديد للمحل المتنازع عليه على أساس عدم إتمام إجراءات شهر عقد الملكية طبقاً للمادة 793 من القانون المدني للمحل المكتسب هو قضاء سليم باعتبار أن الطاعن لا يحوز صفة التقاضي يوم توجيه الإنذار للمستأجر.

للرد على الوجه الأول والذي يهمننا في موضوعنا هذا والمأخوذ من مخالفة المادة 177 من القانون التجاري أو الخطأ في تطبيقها ذلك أن قضاة الموضوع أكدوا من توافر الأسباب والشروط الخاصة بهذه المادة ومع ذلك ذهبوا إلى بطلان التنبيه بالإخلاء الموجه للمطعون ضده في 10-04-1995 بحجة أن هذا التنبيه جاء قبل إشهار عقد الملكية وفقاً للمادة 793 من القانون المدني مع العلم أن المشرع لما اشترط في كل ما يتعلق بنقل الملكية العقارية والحقوق العينية ضرورة الإشهار فإنه أراد فقط ضمان أمن المبيعات العقارية والحفاظ على مصالح خزينة الدولة لا غير.

حيث يتبين من القرار المنتقد أن قضاة الموضوع قضوا ببطلان التنبيه بالإخلاء الموجه من المالك الجديد للعقار (س م) إلى مستأجر المحل التجاري (م م) على أساس أن عقد شراء العقار تم إشهاره في

05-02-1995 في حين أن الإنذار بالكف عن ارتكاب المخالفات من قبل المستأجر وجه من قبل الطاعن في 18-01-1995 أي قبل أن يكون مالكا رسميا. حيث أن قرارهم هذا لم يخرق أي نص قانوني إذ أنه يتعين على من يدعي أنه يملك عقارا ويريد تجديد عقد إيجار تجاري أن يثبت صفته كمالك شرعي للعقار. حيث أن المدعي المستأنف الطاعن اكتفى بتقديم عقد شراء عقار محرر من قبل موثق دون أن تتم فيه الإجراءات الأخرى المنصوص عليها في المادة 793 من القانون المدني التي تشترط مراعاة الإجراءات التي تدير مصلحة شهر العقار ولا تنقل الملكية العقارية بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا بعد إتمام هذه الإجراءات، وعليه فإن القرار المنتقد كان مؤسسا قانونا عندما قضى بأن الطاعن منعدم الصفة يوم توجيه الإنذار للمستأجر [29].

نستنتج من خلال هذا القرار أن العقد المتضمن بيع عقار المستوفي لشرط الرسمية لا ينقل الملكية للمشتري ومن ثم لا تكون له صفة المالك إلا إذا تم شهره بالمحافظة العقارية. كما صدر عن مجلس الدولة الغرفة الرابعة القرار رقم 6426 بتاريخ 08/04/2002 جاء فيه الشهر لا يحسن العقد، من المسلمات القانونية أن شهر العقد لا يحول دون فسخه إذا ثبت أن البائع ليس مالكا للأرض المتنازع عليها، التذرع بشهر العقد و بالتالي فهو بهذه الصفة محصن ولا يمكن الطعن فيه قول مخالف للقانون ما دام أن البائع باع ملك الغير. في الموضوع: بما أن النزاع الحالي يتمحور حول عدم نظامية التنازل الذي تم لفائدة المستأنف عليه من طرف الوكالة العقارية عن قطعة أرضية من أجل الاستثمار السياحي و تقدر مساحتها بـ 4638 متر مربع و تم إفراغ هذه العملية بموجب عقد توثيقي محرر في 02/03/1997 و 21/03/1997 تم شهره في 26/05/1997 وبما أن العارض يتمسك بأن الوكالة العقارية قد تنازلت عن ملك الغير إذ لم تنتقل إليها الملكية حتى يمكنها التصرف فيها. و أنه بالرجوع إلى القرار موضوع الاستئناف فإن مديرية أملاك الدولة (طرف مدخل في الخصام) تمسكت بأن العقار على ملك الدولة و التمسست بإلغاء العقد محل النزاع باعتبار أن الوكالة العقارية تصرفت في ملك الغير لفائدة المدعي المستأنف عليه الحالي تحت غطاء الاستثمار في حين أن هذا الإجراء مخالف للقانون و ليس من صلاحيات الوكالة.

و بما أن مدير الوكالة العقارية قد أفاد أثناء الطور الأول من نشر القضية، أن القضية يغلب عليها الطابع الفني و التقني و من ثم يلتمس تعيين خبير للتأكد من مزاعم المدعي المستأنف عليه الحالي و القيام بدراسة تطبيقية للعقد محل طلب الإلغاء لمعرفة ما إذا كانت الوكالة قد تصرفت في ملك الغير أم لا، و لما كان العارض يؤكد على أن البائع ليس مالكا للأرض المتنازع عليها و قام ببيع ملك الغير، وأن المستأنف عليه الحالي لم يرد على هذه الوسيلة المنتجة في الدعوى مكتفيا بأن العقد المسلم إليه صحيح من حيث الشكل و المضمون و مستوف كل الشروط القانونية تلك و لا يطعن فيه إلا طبقا لمقتضيات المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني، لكن من المسلمات القانونية، أن شهر العقد لا يحول دون فسخه إذا ثبت أن البائع ليس مالكا للأرض المتنازع عليها، ومن ثم فإن التذرع بأن العقد مشهرا و هو بهذه الصفة محصنا و لا يمكن الطعن فيه فهو قول مخالف للقانون ما دام البائع باع مالا ليس مالكا له ، ولما كانت النقطة القانونية الجوهرية في النزاع الحالي تتعلق بصحة التصرف القانوني و سلامة و نظامية عملية التنازل للقطعة موضوع النزاع لفائدة المستأنف عليه الحالي، فإنه يتعين التحري و التقصي حول هذه الجزئية.

نستنتج من خلال هذا القرار أن الشهر لا يحسن التصرف ولا يحول دون الطعن فيه، فهو لا يطهره من العيوب ولا يصح عقدا باطلا. وعن القرارين مجتمعين نلاحظ أن المحكمة العليا وضعت بهذين القرارين السابقين المبادئ التالية:

أن الملكية لا تنتقل بين الأطراف أو في مواجهة الغير إلا بالشهر.

إن الشهر لا يطهر العقد من العيوب وبالتالي لا يصح عقدا باطلا.

إن الملكية لا تنتقل فقط بالشهر ولكن بالشهر والعقد الصحيح معا.

ننتهي إلى أنه، إذا كان القرار الأول وما خلص إليه من أن الملكية لا تنتقل بدون شهر يصلح للاستدلال على أن القضاء حريص على مراعاة مبادئ السجل العيني، إلا أن القرار الثاني وما خلص إليه من نتيجة مفادها أن الشهر لا يحسن العقد من الطعن فيه، يهدم هذه المبادئ، ويقرب نظام الشهر العيني من نظام الشهر الشخصي، مما يولد خلطا وتناقضا فإما أن نعمل مبادئ السجل العيني وأما أن نعمل مبادئ الشهر الشخصي، ولا يصح تزاوجهما، كما يمكن أن نخلص إلى أن نظام الشهر الشخصي نوعان، تقليدي يقتصر مفعوله على الاحتجاج على الغير كما كان الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي القديم وحديث يرتب آثاره إتجاه الغير و بين المتعاقدين، وإن كان يشترط فيه ضرورة أن يكون التصرف صحيحا، فهو يقترب إلى حد ما من نظام الشهر العيني في هذه الحيثية ولكن يختلف عنه في أنه ليس له أثر مطهر للتصرف من العيب الذي لحقه.

الخاتمة:

من خلال دراستنا للأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أهم أسباب كسب الملكية العقارية وذلك على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري توصلنا إلى أن المشرع الجزائري قد جسد الأثر المنشئ للشهر من خلال المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه، وقد أثرنا بالنسبة لهذا الأثر نقطتين تتمثلان في الأثر الفوري أو الرجعي للشهر في السجل العقاري وهل يعتبر الشهر أم التصرف مصدرا للحق وإن كنا قد توصلنا بالنسبة للنقطة الأولى إلى أن المشرع اعتبر أن الأثر المنشئ للشهر يتحقق من تاريخ إجراء الشهر وبالتالي فإنه ينتج آثاره بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير من تاريخه، أي أن الملكية و الحقوق العينية الأخرى تنتقل بين الطرفين وبالنسبة للغير ابتداء من تاريخ الشهر، وبذلك فإن للشهر أثر فوري وليس رجعي وهذا ما يتفق صراحة مع نصوص القانون ذلك أن القيد

شرط قانوني و ليس إرادي يخضع لإرادة الأطراف، وعلى هذا النحو لا يمكن أن يكون من قبيل الشرط الواقف بالمعنى المعروف في أوصاف الالتزام ولا يمكن بالتالي أن يكون لتحقيقه أثر رجعي، كما أن المحكمة العليا قد أصدرت عدة قرارات جسدت فيها قاعدة الأثر الفوري وليس الرجعي للقيد عن طريق وضع مبدأ هام يتمثل في أن العبرة في نقل الملكية في حالة وجود عقدين بتاريخ الشهر وليس بتاريخ العقد.

فإننا توصلنا بالنسبة للنقطة الثانية إلى أن التصرف هو سبب ومصدر و جود الحق العيني وأن هذا التصرف ينتج جميع آثاره ماعدا الأثر العيني الذي لا يتحقق إلا بالشهر في السجل العيني لذلك أجاز المشرع الطعن في التصرف المشهر بموجب المادة 85 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه فالقيد وحده لا يكفي لنقل الملكية وبالتالي ترتيب الأثر العيني ولكن لا بد وأن يستند إلى عقد صحيح فإذا شهر العقد الباطل أو الصوري، فإن الشهر لا يطهره من العيوب، ولكن يجوز الطعن فيه بالبطلان، كما أن المحكمة العليا قد أكدت في العديد من قراراتها أن الملكية لا تنتقل بين الأطراف أو في مواجهة الغير إلا بالشهر وأن الشهر لا يطهر العقد من العيوب وبالتالي لا يصح عقدا باطلا وبالتالي فإن الملكية لا تنتقل فقط بالشهر ولكن بالشهر والعقد الصحيح معا، والواقع أن قانون الشهر العقاري الجزائري لم يأخذ بنظام السجل العيني كاملا وقد كان متأثرا في ذلك بنظام الشهر الذي ورثه عن الاستعمار الفرنسي، بل أنه يمهّد فحسب لهذا النظام وذلك لا يكون إلا بالابتعاد عن بعض أحكام الشهر الشخصي والاقتراب من أحكام الشهر العيني لكي يهيئ الأذهان لاستقبال النظام الجديد، ومن ثم فإن قانون الشهر العقاري قد أخذ بمبدأ

القيّد أو الشهر المطلق دون أن يأخذ بمبدأ قوة الثبوت المطلقة مما جعل التصرف بعد شهره قابلاً للطعن لنفس الأسباب التي يجوز الطعن فيها قبل الشهر، وهو ما أدى إلى القول بأن التصرف لا يزال هو مصدر الحق، ولا مطعن على المشرع إذا أخذ في المرحلة الانتقالية لنظام الشهر بمبدأ دون آخر، طالما أنه لم يدع الأخذ بنظام السجل العيني.

الهوامش:

- [1] الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العم و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92 المؤرخة في 1975/11/418
- [2] انظر الأستاذة ليلي زروقي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عن القيد، مقال منشور بمجلة الموثق، دورية داخلية متخصصة، العدد 05 ديسمبر 1998، ص 13.
- [3] أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1968، ص 357 و 358.
- [4] أنظر الدكتور ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 1982، ص 138.
- [5] انظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الرابع في البيع والمقايضة، دار النهضة العربية 1968، ص 525.
- [6] انظر الدكتور ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني أثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 141.
- [7] انظر الدكتور ياسين محمد يحيى، المرجع السابق، ص 139.
- [8] أنظر الدكتور السيد عبد الوهاب عرفة المطول في الملكية العقارية والعقود المدنية العقارية، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004 ص 47 و 48، وانظر كذلك الدكتور معوض عبد التواب، موسوعة الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، الطبعة 03، مكتبة عالم الفكر والقانون مصر،

- 2003، ص 75. وانظر كذلك المحامي جوزيف كريم كبة، إكتساب الملكية العقارية بين التشريع العقاري والقانون المدني، الطبعة 01، المكتبة القانونية، دمشق 2000، ص 15.
- [9] أنظر الدكتور عبد الحميد الحاج صالح، الحجية المطلقة للقيود في نظام السجل العيني للعقارات، دراسة للنظام في المملكة العربية السعودية، مقال منشور بدورية الإدارة العامة، معهد الإدارة العامة الرياض، المملكة العربية السعودية، المجلد الخامس والأربعون، العدد الأول فبراير 2005، ص 16 و17.
- [10] أنظر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 518 و519.
- [11] أنظر الدكتور عبد الحميد الحاج صالح، الحجية المطلقة للقيود في نظام السجل العيني للعقارات، دراسة للنظام في المملكة العربية السعودية المرجع السابق، ص 16.
- [12] أنظر المستشار عبد الحميد المنشاوي وعبد الفتاح مراد، شرح فوانين الشهر العقاري، الطبعة 01، دار الجامعيين بالإسكندرية، مصر 1993، ص 55.
- [13] أنظر الدكتور مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، شركة سعيد رأفت للطباعة، مصر 1985، ص 395.
- [14] أنظر المادة 01/10 من القانون 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية العدد 14 المؤرخة في 2006/03/08.
- [15] أنظر المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 2003، ص 248.
- [16] أنظر الدكتور، خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1991، ص 119.
- [17] أنظر فؤاد ظاهر، السجل العقاري في ضوء الاجتهاد، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان 2002 ص 199.
- [18] أنظر قائد سعيد محمد، قائد سعيد محمد، انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1993، ص 159.
- [19] أنظر الدكتور معوض عبد التواب، موسوعة الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، الطلعة 03، مكتبة عالم الفكر والقانون، مصر 2003، ص 68، وانظر كذلك المحامي جوزيف كريم كبة، إكتساب الملكية العقارية بين التشريع العقاري والقانون المدني، الطبعة 01، المكتبة القانونية، دمشق 2000، ص 49.
- [20] أنظر الدكتور بدوي حنا، عقاري – اجتهادات ونصوص، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998، ص 444.

- [21] أنظر الدكتور محمد سعد خليفة، السجل العيني – دراسة في القانون المصري والليبي، المرجع السابق، ص 136 و137.
- [22] انظر الدكتور منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، في القانون، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1961، ص 96 وما بعدها
- [23] انظر محمد حلمي خليفة، حجية القيد في السجل العيني، دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية، المرجع السابق، ص 722 وما بعدها.
- [24] أنظر قائد سعيد محمد، انتقال الملكية في بيع العقار في القانون اليمني، المرجع السابق، ص 137.
- [25] أنظر الدكتور مصطفى عبد السيد الجارحي، أحكام الظاهر في السجل العيني، دراسة في القانون المصري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1988، ص 42 و43.
- [26] أنظر أمين بركات سعود شرح التشريعات العقارية السورية، التشريعات العقارية العربية، دراسة مقارنة، دمشق سوريا 1984، ص 134 و135.
- [27] أنظر الدكتور عبد المجيد الحكيم، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي مع المقارنة بقوانين البلاد العربية التي تتبع نظام السجل العقاري، الجزء الأول في السجل العقاري، قم البحوث والدراسات القانونية والشرعية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، 1973، ص 34 وما بعدها.
- [28] أنظر الأستاذ حمدي باشا عمر، مقال منشور بمجلة الموثق، دورية داخلية متخصصة، العدد 09، جانفي 2000، ص 18.
- [29] أنظر المجلة القضائية العدد الأول لسنة 2002، ص 248.