

الاستثناءات الواردة على قواعد الشهر وأثرها على السجل العقاري

*Exceptions to publicity rules
and their effect on the land register in Algerian legislation*

* محمه جلول

جامعة الوادي - الجزائر

mmdjelloul@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/09/05 تاريخ القبول للنشر: 2021/10/23 تاريخ النشر: 2021/12/31

ملخص:

تقتضي الرسمية في الشهر العقاري أن يكون السند المودع للإشهار محررا من طرف ضابط عمومي أو موظف عام خوله القانون صلاحية ذلك، غير أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة حين اعتبر العقود العرفية الثابتة التاريخ رسمية يمكن إشهارها بعد افراغها في قالب الشكلية كما تقتضي قاعدة الشهر المسبق رفض إيداع أي محرر لم يكن أصله مشهرا مسبقا، إلا أنه عندما تم اعتماد العمل بنظام الشهر الشخصي بالموازاة مع الشهر العيني إلى غاية اتمام المسح العام استحدثت استثناءات عن هذه القاعدة لفتح المجال لتطهير الملكية العقارية بقواعد الشهر الشخصي، ولهذا الاستثناءات أثرا إيجابيا في تكوين الفهرس العقاري نواة السجل العيني، غير أن تقرير الاستثناء بالتعليمات الإدارية يعد خرقا قانونيا غير مبرر وتأثيره سلبا على مسك السجل العقاري.

الكلمات المفتاحية: الشهر العقاري، السجل العقاري، الرسمية، الشكلية، الشهر المسبق.

Abstract

The authentication of the real estate registration requires that the deposit for publicity must be made by a public officer or public official to do so. However, the legislator made an exception to this rule when he considered fixed-date customary contracts to be formal and authoritative, which could be publicized after they had been authenticated. The prior-publicity rule requires that any document was not already publicized be refused. However, when the personal publicity system was introduced in parallel with the in-kind publicity until the completion of the general survey, exceptions were introduced to this rule to open the way for the purification of real property by the personal publicity rules. These exceptions have a positive effect on the cadastral index, the core of the registry, but the determination of the exception by administrative instruction is an unjustified legal violation and has a negative impact on the land register.

Keywords: land publicity, land register, formality, authentication, prior publicity.

* المؤلف المراسل

مقدمة:

يعتبر نظام الشهر العقاري الآلية الوحيدة التي يمكنها أن تثبت الملكية العقارية وتحقق استقرار المعاملات العقارية بما يسمح ضمان نشاط عقاري متزايد يسوده الائتمان العقاري، لذلك سارع المشرع بتبني نظام الشهر العقاري في المعاملات العقارية ابتداءً من قانون التوثيق ثم القانون المدني، ثم تبني نظام الشهر العيني ومنذ ذلك الحين أصبحت المعاملات العقارية واجبة الشهر.

وقد تضمنت النصوص القانونية المذكورة أعلاه التأكيد على تطبيق قواعد الشهر العقاري التي نعني بها قاعدة الرسمية والشكلية وقاعدة الشهر المسبق، فهذه القواعد لها أثر بليغ في تحقيق أهداف الشهر العقاري كالقوة الشبوتية للوثيقة المشهرة، وتسمح بإجراء إشهار عقاري منتجاً لأثاره القانونية في مواجهة الغير.

وللإشارة فإن هذه القواعد تأتي في إطار تطبيق الشهر العيني الذي لم يكتمل تطبيقه عبر كامل التراب الوطني لحد الساعة، وقد أدرك المشرع ذلك وأسس استثناءات تنطلق من ضرورة سريان نظام الشهر الشخصي بالموازاة مع هذا النظام إلى غاية إتمام مسح الأراضي العام، ومن جهة أخرى تدخلت الإدارة من خلال بعض تعليماتها الداخلية لفرض بعض الاستثناءات التي تبيح تجاوز قاعدة الشهر المسبق.

فإذا كانت قاعدة الشكلية لا ترد عليها استثناءات تذكر حسب دراستنا فإننا نعزو الهدف من الاستثناءات الواردة على قاعدتي الرسمية والشهر المسبق إلى إتاحة الفرصة لتطهير وضعية الملكية العقارية في ظل إجراءات الشهر الشخصي والتي ترجع أساساً لتعقيدات وضعية الملكية العقارية من جهة ولتمكين المالكين والخائزين من وثائق تثبت ملكيتهم من جهة أخرى، ورغم ذلك فإن جل تلك الاستثناءات نجدها تساهم بشكل أساسي في تكوين الفهرس العقاري الذي سيكون مركزاً فيما بعد لتأسيس السجل العيني، ولدراسة هذا الموضوع بشيء من الشرح والتحليل طرحنا الإشكالية التالية:

ما هي المبررات القانونية لإقرار الاستثناءات على قواعد الشهر وأثرها على السجل العقاري؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا الورقة البحثية هذه لأربع مطالب، نتناول في المطلب الأول مفهوم قواعد الشهر العقاري، ثم نتناول في المطلب الثاني استثناءات قواعد الشهر الواردة في قانون الشهر العقاري، في حين نتناول في المطلب الثالث استثناءات قاعدة الشهر المسبق المتعلقة بتطهير وضعية الملكية العقارية ثم نرجع في المطلب الأخير على استثناءات هذه القاعدة الواردة في إطار تسيير أملاك الدولة الخاصة، وفي الأخير نتوصل إلى بعض النتائج والتوصيات.

المطلب الأول: مفهوم قواعد الشهر العقاري

يعتمد نظام الشهر العقاري على تحقيق علنية المعاملات العقارية التي يتحقق معها الائتمان العقاري إذ يتمكن كل متعامل مُقبل على معاملة عقارية مهما كان نوعها الحصول على البينة واليقين الثابت من الوضعية القانونية للعقار المستمدة من السجل العقاري.

ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تطبيق مبادئ الشهر العقاري سواء تلك المستمدة من نظام الشهر الشخصي أو تلك التي تنظم الشهر العيني، لا سيما مبدأ الشرعية الذي يقتضي -التحقق المسبق من مشروعية الوثيقة المقدمة للشهر وصحة المعلومات التي تتضمنها ومدى تطابقها التام مع البطاقة العقارية المسوكة بالفهرس العقاري، ومبدأ حظر التقادم المكسب في ظل تأسيس السجل العيني ومبدأ تخصيص لكل وحدة عقارية بطاقة عقارية خاصة بها وغيرها من المبادئ الأخرى التي يطول شرحها.

إن تحقيق تلك المبادئ التي تؤسس لنظام الشهر العقاري ذو الحجية الثابتة والدامغة لا يتأتى إلا من خلال أعمال قواعد الرسمية والشكلية والأثر النسبي (الشهر المسبق) في المحررات الخاضعة للشهر، وفي هذا الإطار لا بد من تحديد مفهوم كل قاعدة من هذه القواعد، وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول: قاعدة الرسمية في الشهر العقاري

لوقوف على مفهوم قاعدة الرسمية لا بد من تعريفها في ظل أحكام الشهر العقاري ثم نتطرق لموقف القضاء منها وذلك من خلال ما يلي:

أولاً: مفهوم قاعدة الرسمية في الوثائق المعدة للإشهار: تختلف قاعدة الرسمية بين ما إذا كان الشيء المملوك عقاراً أو منقولاً، فالعقار لا يمكن تملكه إلا بسند رسمي يُشهر على مستوى المحافظة العقارية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها الإقليمي، أما المنقول فتعتبر حيازته سنداً ملكيته، وإن كان المشرع قد أخضع بعض التصرفات الواردة على المنقولات لعملية الشهر كالسفن وذلك راجع لطبيعتها التي تشبه العقار المنتقل وذلك ما نصت عليه المادة 49 من القانون البحري⁽¹⁾، أما في المعاملات ذات الصبغة العقارية فالرسمية واجبة في كل الأحوال.

وقد عرف المشرع الرسمية في نص المادة 324 من القانون المدني بأنها عقد رسمي يثبت فيه موظف عام مكلف بخدمة عمومية، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، وزيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها لشكل رسمي، تحت طائلة البطلان، تحرر العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية في شكل رسمي حسب نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

ومن أجل ضمان الرسمية وصحة السند الرسمي يجب أن يكون المُحَرَّرُ قد صدر من شخص مختص منحه المشرع سلطة تحرير السندات الرسمية وفي الشكل المقرر قانونا، وعليه يجب أن تُحَرَّرَ من طرف ضابط عمومي أو موظف عام، ويعتبر ضابطا عموميا كل شخص أسندت إليه مهمة إعداد مختلف الوثائق الرسمية وهو من يحمل أختام الدولة كالموثق والمحضر القضائي وغيرهم⁽²⁾.

أما الموظف العام فهو هو كل شخص عينته الدولة لأداء عمل ما يرتبط بالوظيفة العمومية على أن تكون علاقته دائمة ورُسمَ في رتبته وسلمه الإداري، كما جاء تعريفه ضمن نص المادة الرابعة من الأمر رقم: 03/06 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومي⁽³⁾.

ثانيا: دور القضاء في تدعيم قاعدة الرسمية في الشهر العقاري: إذا كان من الناحية القانونية كما رأينا قد أسس المشرع لقاعدة الرسمية تحت طائلة البطلان فإن الاجتهاد القضائي قد بقي متذبذبا بين النص على حجية بعض العقود العرفية التي تعتبر استثناءً من الأصل العام وهو ما سنتناوله لاحقا، وبين مساييرا لاتجاه تكريس الرسمية مؤكدا في كل مرة ضرورة احترام الرسمية المنصوص عليها في المادة 324 وما بعدها من القانون المدني وذلك ما استقر عليه القضاء أخيرا.

حيث أن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1997/02/18 تحت رقم: 148541 الذي قضى بالمبدأ التالي: "من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان"، كما حسمت غرف المحكمة العليا مجتمعة من خلال اجتهادها الصادر في القرار المؤرخ في: 1997/02/18 تحت رقم: 136156 الذي يقضي- باعتماد المبدأ التالي: "حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع محل تجاري شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان عقد البيع".

في حين نجد أيضا أن مجلس الدولة أكد على هذا الاتجاه وذلك في العديد من قراراته حيث نص قراره الصادر بتاريخ: 2006/06/28 تحت رقم: 024778 - غير المنشور- على المبدأ التالي: "من المستقر عليه قانونا أن الملكية العقارية لا تثبت إلا بموجب سندات رسمية تتمثل في العقود الرسمية وهي العقود التوثيقية والعقود الإدارية المشهورة بالمحافظة العقارية".

كذلك رَفَضَ مجلس الدولة الدعوى القضائية لعدم التأسيس بحجة أن "المستأنف عليهم لا يملكون سند ملكية رسمي يثبت أحقيتهم في الاستفادة من ترقيم عقاري باسمهم وأن الشهادة المحتج بها والمؤرخة في 1972/09/05 والشهادة المسلمة من طرف البلدية ليس لها حجية قانونية وعليه فإن الحكم لم يصب فيما قضى به وعليه قرر المجلس إلغائه والفصل فيه من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس" حيث جاء ذلك بموجب القرار غير المنشور الصادر بتاريخ 2014/02/27 تحت رقم: 8147.

الفرع الثاني: قاعدة الشكلية والاختصاص في إصدار الوثائق الرسمية:

نظم المشرع القواعد الشكلية والموضوعية التي يجب أن تتضمنها الوثيقة الرسمية، إذ على الموثق أن يتأكد من هوية الأطراف عند تحريره العقد حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 12 من قانون التوثيق كما يحرص على ضبط البيانات التي يجب أن تتضمنها الوثيقة وهي البيانات العامة والخاصة، فالبيانات العامة هي التي يجب أن تتوفر في جميع العقود الناقلة أو المعدلة أو المصرحة أو المنشئة للملكية العقارية كطبيعة العقار وموقعه وحدوده ومساحته ومراجع سند الملكية واسم مالكة والحقوق والأعباء التي تثقله وغيرها، وتوقيع الأطراف والشهود وتأشيرة الضابط العمومي في آخر العقد. وقد نص الفصل الخامس من قانون التوثيق على شكل العقود التوثيقية ومضمونها، حيث بينت نصوصه طريقة الكتابة ونوعية البيانات وغيرها من الأحكام كأن تحرر العقود التوثيقية باللغة العربية تحت طائلة البطلان وأن لا تتضمن كشط أو محو أو فراغ أو كتابة بين السطور، فضلا عن تضمين العقد هوية الموثق اسمه ولقبه وعنوان مكتبه ومكان وتاريخ العقد وتوقيع الشهود وغيرها من البيانات، أما البيانات الخاصة تلك المتعلقة بكل تصرف التي ينفرد بها عن التصرفات الأخرى كالشهود في العقود الإحتفائية وتعيين أصل الملكية في عقود الملكية العقارية.

وتقصد باختصاص الضابط العمومي أو الموظف العام في إصدار الوثائق الرسمية تلك السلطة والولاية التي يمنحها المشرع سلطة للشخص بصفته حتى يكون مؤهلا لتحرير المحررات الرسمية ذات الصبغة العقارية في مثل حالات بحثنا، ويجب أن يكون هذا الاختصاص قائما وقت تحرير الوثيقة أي أن يكون الضابط العمومي أو الموظف العام معينا قد أدى اليمين والقسم القانونيين، وقبل إنهاء مهامه حتى لا يكون خارج التفويض الممنوح له في هذا المجال ويكون التصرف معيبا بعدم الاختصاص ويطل قانونا⁽⁴⁾.

وعلى مُحَرَّرِ الوثيقة الرسمية كالعقود التوثيقية أو الادارية أن يكون أهلا لذلك غير مشمول بحالات التنافي التي يحددها القانون الخاص بكل مهنة على حدى وأن لا يفوض ذلك لغيره وأن يمارس مهمته هذه في إطار اختصاصه الاقليمي والموضوعي⁽⁵⁾.

فالاختصاص الاقليمي يعني الدائرة الجغرافية التي يمارس فيها الموظف العام أو الضابط العمومي مهامه، فمدير أملاك الدولة الذي خوله المشرع سلطة تحرير العقود الادارية المتعلقة بالملكية العقارية التي تصدرها الدولة بموجب نص المادة الثامنة من المرسوم التنفيذي رقم: 65/91 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري⁽⁶⁾، حيث تنص على أنه " تتولى مديريةية أملاك الدولة بالولاية...تحرير العقود المتعلقة بالعمليات العقارية التابعة لأملاك الدولة وبحفظ النسخ الأصلية .."، فهذا الأخير

لا يمكنه تحرير العقود الإدارية إذا كان العقار يقع في اختصاص إقليمي لولاية أخرى مثلا، أما بالنسبة للموثق فيمتد اختصاصه عبر كامل التراب الوطني استنادا لنص المادة الثانية من القانون رقم: 02/06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق⁽⁷⁾.

أما الاختصاص الموضوعي فعلى المكلف بتحرير السندات والوثائق الرسمية أن يمارس مهامه في حدود ولايته القانونية المكلف بها شخصيا دون أن يتعدى لاختصاص غيره⁽⁸⁾، فلا يمكن لمدير الضرائب مثلا تحرير العقود الإدارية الناقلة للملكية التي هي من اختصاص مدير أملاك الدولة بينما من ولايته تحرير الرهن القانوني على الأملاك العقارية للمدينين جباييا للخزينة العمومية والتي تأتي تطبيقا لنص المادة الثامنة من قانون المالية لسنة 2016⁽⁹⁾، التي عدلت المادة 388 من قانون الضرائب⁽¹⁰⁾.

ويجب أن يراعي الضابط العمومي أو الموظف العام الشكل القانوني العام المحدد لكل وثيقة رسمية وما يجب أن تتضمنه من معلومات كافية لتجعل المحرر رسميا يعكس حجته ويبعث على الاطمئنان والثقة، وقد وضحت المواد من 324 مكرر 1 إلى مكرر 4 بعض الأشكال القانونية الخاصة لبعض المحررات الرسمية وما يجب أن تتوافر عليه من معلومات وذلك تحت طائلة البطلان وزوال صفة الرسمية عليها.

وبالرجوع لنص المادتين رقمًا: 12 و 13 من الأمر رقم: 91/70 المتعلق بمهنة التوثيق نجدهما قد أسستا لتعميم الرسمية في كل المعاملات لا سيما العقارية منها الناقلة أو المعدلة أو المصرحة بحقوق عينية عقارية، وهو ما أكدت عليه المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽¹¹⁾ التي نصت على أن كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي. إن تحقيق قاعدتي الشكلية والرسمية تؤدي حتما للثقة والائتمان الذي ينعكس ايجابا على استقرار الملكية العقارية ويبعث على زيادة التداول ويُنشِطُ السوق العقارية التي تدعم بدورها الحركة الاقتصادية نتيجة الثقة في الوثائق الرسمية المشهورة.

الفرع الثالث: قاعدة الشهر العقاري المسبق

بالإضافة لقاعدتي الرسمية والشكلية تعتبر قاعدة الشهر المسبق من أهم القواعد الموضوعية التي يجب توفرها في إجراءات الشهر العقاري، وقد نص عليها المرسوم رقم: 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بالمادة 88 منه، ويندرج تطبيق هذه القاعدة في التصرفات القانونية على الأملاك والحقوق العينية العقارية التي يراد شهرها بالمحافظة العقارية.

وللوقوف على مفهوم قاعدة الشهر المسبق لا بد من التطرق لتعريفها وتحديد أساسها القانوني والأهداف المتوخاة تحقيقها في ظل إجراءات الشهر العقاري، وذلك ما سنتناوله فيما يلي:

أولاً: تعريف قاعدة الشهر العقاري المسبق: من عادة المشرع أنه لا يُعرّف المصطلحات القانونية، لذلك لم يعرف هذه القاعدة أو المبدأ كما يسميه بعض الفقه بمبدأ الأثر النسبي، ويمكننا القول بأن هذه القاعدة لا تسمح للمحافظ العقاري القيام بأي إجراء إشهار لأي وثيقة أو عقد يتضمن تصرفاً قانونياً على حق عيني عقاري ما لم يكن أصل ملكية العقار محل التصرف مشهراً مسبقاً في السجل العقاري، وذلك لوجوب تسلسل عملية الشهر وتربطها باستمرار بين صاحب الحق اللاحق وصاحب الحق السابق بالنسبة لكل التصرفات القانونية الواردة على العقار أو أي حق عيني عقاري آخر⁽¹²⁾.

ويمكن للمحافظ العقاري التحقق من احترام هذه القاعدة من خلال المطابقة بين ما يرد في بند أصل الملكية للعقد المودع قصد الأشهار وبين البطاقة العقارية المسوكة على مستوى الفهرس العقاري بالمحافظة العقارية وكل اختلاف في ذلك يعرض العقد المودع لرفض الإجراء.

وقد يختلط الأمر بين تسمية قاعد الشهر المسبق أو الشهر المقارن فكلاهما أثراً نسبياً على شهر التصرفات القانونية، ولم نجد تعريفاً لمصطلح الشهر المقارن إلا أنه يتحقق في حالة ما إذا كانت عملية الشهر مقترنة بالنسبة لأصل الملكية والتصرف الوارد عليهما وبذلك نقول أن الإجراء السابق والإجراء اللاحق يشهران متزامنان وبالترتيب التسلسلي الأول فالثاني⁽¹³⁾، وحينها يعتبر الإجراء الأول يثبت أصل الملكية وبعدها يأتي الإجراء الثاني الذي يعتبر تصرفاً قانونياً ينقل الحق العيني من صاحب الحق السابق لصاحب الحق اللاحق، فمثلاً شهادة توثيقية مقترنة بعقد هبة.

ثانياً: الأساس القانوني لقاعدة الشهر العقاري المسبق: حتى تكفل المنظومة القانونية للشهر العقاري الائتمان وتدعم الثقة في السجل العقاري بوضوح الرابطة التسلسلية في شهر الحقوق العينية للتعرف على الملاك المتعاقبين على العقار نفسه، لذلك جاء الأساس القانوني لقاعدة الشهر المسبق في نص المادة 88 من المرسوم رقم: 63/76 المذكور التي تنص على أنه " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه".

ويتضح جلياً أن المشرع ألزم المحافظ العقاري بمراقبة توفر هذه القاعدة من عدمها في مرحلة الإيداع وأن كل إخلال بذلك سيؤدي حتماً إلى رفض إيداع المحرر المودع لغرض الأشهار، فبتفعيل هذه القاعدة تنتقل الملكية العقارية بصورة واضحة وجلية تمكن من التعرف على المالك الحالي والسابق فالأسبق بطريقة يمتنع معها وقوع ازدواجية التصرف وازدواجية الشهر على نفس الحق العيني⁽¹⁴⁾.

ثالثاً: الهدف من قاعدة الشهر العقاري المسبق: بما أن كل التصرفات القانونية الواردة على الحقوق العينية العقارية أصبحت واجبة الشهر انطلاقاً من نص المادة 90 من المرسوم رقم: 63/76 المذكور سلفاً ذلك

في آجال قانونية يجب على محرري هذه التصرفات التقيّد بها تحت طائلة المسؤولية حسب نص المادة 99 من نفس المرسوم، ومنه فإن إعمال قاعدة الشهر المسبق وتنفيذها على جميع العقود والمحررات المقدمة لغرض الأشهار يحقق الأهداف التالية:

1- السماح لصاحب الحق العيني العقاري دون غيره التصرف في حقه، ولا يمكن للغير أن يتصرف في هذا الحق، فلو أن هذه القاعدة معطلة فإنه يمكن لأي شخص آخر ادعاء الحق وتثبيتته بطريقة ما والتصرف فيه للغير في حين يكون صاحب الحق الأصلي غافلاً عن ذلك، وقد سمحت عملية الشهر حينئذ بإهدار حقه، وهذا ما نسميه بعبء ازدواجية الشهر العقاري على نفس العقار التي نجدها تتركز في ظل اجراءات الشهر الشخصي دون العيني وهو ما يعرف بالشهر الموازي، لذلك قُدرت قاعدة الشهر المسبق حماية للمالك وحفاظاً على استقرار المعاملات في السجل العقاري.

2- بموجب هذه القاعدة يتم تحديث السجل العقاري وتنظيم انتقال الملكية والحقوق العينية العقارية بين الأشخاص بالثقة والاثمان وبطريقة سلسة.

3- إن قاعدة الشهر المسبق تجعل المالكين والحائزين للحقوق العينية العقارية يسعون دائماً لتثبيت أملاكهم واستخراج الوثائق المثبتة للملكية أو للحيازة حسب الحالة من جهة وسعي المتعاملين لشهر التصرفات القانونية الواردة على الحقوق العينية العقارية المشهورة مسبقاً حتى يؤول الملك في النهاية للمتصرف إليه الجديد بسند مشهر.

4- إن تطبيق هذه القاعدة في ظل وجوبية الشهر وآجاله المحددة قانوناً كما أسلفنا يضع حداً لتحايل صاحب الحق العيني مثلاً في إبرام تصرفات قانونية متزامنة لأكثر من شخص على نفس العقار، فإن تطبيق هذه الشروط يمنع ذلك أو يقلل منه لحد كبير.

5- إن هذه القاعدة توفر الحماية للمتصرف إليه الأخير وذلك بمنع صاحب الحق الأول من إبرام أي تصرف آخر على العقار الذي كان ملكه.

6- إن تطبيق هذه القاعدة يقلل المنازعات العقارية أمام القضاء بنوعيه على حد سواء، وذلك من خلال المراقبة القضائية المسبقة لدى توفر هذه القاعدة من عددها وبالتالي يتم رفض دعاوى لعدم التأسيس ولانعدام الأساس القانوني في حالة وجود عقد مشهر مسبقاً⁽¹⁵⁾، وذلك ما نستشفه من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 2002/01/30 تحت رقم 258113 الذي يقضي- بالمبدأ التالي: " إذا تصرف الواعد في الموعد به وانتقلت ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقى سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض استناداً إلى أحكام المادة 176 من القانون المدني".

إن إقرار قاعدة الشهر المسبق جاءت مع التأسيس لتطبيق نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 حيث يفترض أن عملية المسح قد تمت على كامل التراب الوطني فتكون لهذه القاعدة مدلول وتطبيق دائم على جميع الوثائق والمحركات المودعة بالمحافظة العقارية لغرض الشهر. لكن هذا الانتقال لا يتم بين عشية وضحاها لذلك سمح المشرع ببقاء العمل بإجراءات الشهر الشخصي إلى غاية الانتهاء من تطبيق نظام الشهر العيني بصفة نهائية، وفي هذا الإطار نجد أن قاعدة الشهر المسبق تجد تطبيقها على التصرفات القانونية الواردة على عقارات مشهورة في كلا النظامين، ولا تسري على الوثائق والعقود التي تهدف إلى إثبات الملكية العقارية وتطهير وضعيتها القانونية، ومن هذا المنطلق جاءت الاستثناءات التي قررها المشرع في نص المادة 89 من المرسوم 63/76، وتعاقبت استثناءات أخرى بموجب قواعد قانونية خاصة ومنها بموجب إجراءات إدارية ذات طبيعة خاصة فهاهي هذه الاستثناءات وما أساسها وأثرها القانونيين، ذلك ما سنتناوله فيما يلي:

المطلب الثاني: استثناءات قواعد الشهر الواردة في قانون الشهر العقاري

من خلال قراءة نصوص قانون الشهر العقاري لا سيما الأمر رقم: 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا قانون التوثيق 91/70 نجد أن المشرع أورد بعض الاستثناءات على قاعدتي الرسمية والشهر المسبق نورد شرحها فيما يلي:

الفرع الأول: الاستثناء الواردة على قاعدة الرسمية

كما رأينا أن قاعدة الرسمية هي قاعدة عامة في العقود والوثائق التي لها علاقة بالشهر العقاري سواء تلك التي تتضمن التصرفات الناقلة أو المصححة أو المعدلة للحقوق العينية العقارية، غير أن المشرع اعتد بحجية بعض السندات غير الرسمية نظرا لوضعية الانتقال التشريعي منذ بداية الاستقلال إلى غاية صدور الأمر رقم: 91/70 المتعلق بمهنة التوثيق وكذلك الأمر رقم: 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري الذين حسا اعتماد قاعدة الرسمية واجبارية الشهر العقاري الذي لا يكون نافذا إلا من خلال القاعدة الأولى، ويمكن في هذا الخصوص أن نتحدث عن الاستثناء الوارد على اعتبار العقود العرفية ثابتة التاريخ، وذلك ما سنتناوله بالشرح من خلال ما يلي:

أولا: الاعتراف برسمية العقود الثابتة التاريخ: فقصدها السندات غير الرسمية المعترف بها قانونا وهي تلك العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 ويجدر التذكير أنه تطبيقا للمادة 328 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني⁽¹⁶⁾ فإنه يكون العقد ثابت التاريخ حسب إحدى الحالات التالية:

- 1- من يوم تسجيل العقد العرفي في مفتشية التسجيل والطابع، حيث كرس اجتهاد المحكمة العليا ذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ: 2005/12/21 تحت رقم 315271 الذي اعتمد المبدأ التالي: " يكون العقد العرفي ثابت التاريخ من تاريخ تسجيله بمفتشية التسجيل التابعة لوزارة المالية " (17).
 - 2- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر يجره موظف عام.
 - 3- من يوم التأشير عليه بيد ضابط عمومي مختص.
 - 4- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو امضاء.
- ويمكن إثبات التاريخ إداريا من خلال قراءة وتصفح العقد العرفي وإخضاعه للخبرة غير أن الحالة الرابعة تثبت إلا عن طريق القضاء لخصوصيتها، وقد استقر قضاء المحكمة العليا على أن " العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق بالأمر رقم: 91/70 الثابتة التاريخ وغير المشهورة صحيحة ومنتجة لآثارها " وذلك بموجب القرار الصادر عنها بتاريخ 2006/04/12 تحت رقم 348178.
- أما بالنسبة للعقود العرفية التي ليس لها تاريخ ثابت فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء ولا يمكن بالتالي الاعتماد عليها في إثبات حق الملكية، وقد حاول المشرع تناول مضمون وصحة هذه العقود من خلال ما يلي:

- ✓ المنشور الرئاسي المؤرخ في 1976/06/30 المتضمن تصحيح العقود العرفية المبرمة قبل الأمر 26/74 المؤرخ في 1974/02/20 (18) المتضمن تكوين الاحتياطات العقارية، غير أنه لم يُعمل به ولم يكن له تطبيق واقعي لأنه تجاهل قانون التوثيق وجاء متعارضا مع أحكام المادتين 12 و13 منه.
- ✓ المرسوم رقم: 210/80 الذي يعدل ويتم المرسوم رقم: 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الذي اعتمد العقد العرفي الثابت التاريخ قبل 1961/03/01 وذلك حسب نص المادة الثالثة منه التي عدلت المادة 89 من المرسوم المذكور، حيث كان على صاحب العقد العرفي اللجوء للقضاء لإثبات تاريخه والاعتراف برسميته ثم يتم شهر الحكم الصادر في ذات الخصوص بالمحافظة العقارية المختصة.
- ✓ ثم جاء المرسوم التنفيذي رقم: 123/93 المعدل للمرسوم رقم: 63/76 الذي تضمن اعتماد العقد العرفي الثابت التاريخ قبل 1971/01/01، وذلك ما يتوافق مع ما يقضي به قانون التوثيق. فمن خلال أحكام هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 الصبغة الرسمية وبكفي اللجوء للموثق لإفراغها في قالب الشكلية وتسجيلها وشهرها بالمحافظة العقارية، وكان ذلك متناغما مع إلغاء قانون الاحتياطات العقارية البلدية بموجب قانون التوجيه العقاري 25/90 (19).

أما العقود العرفية المحررة بعد 1971/01/01 فإنها تعتبر باطلة بطلانا مطلقا وذلك ما كرسه القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية بتاريخ: 1999/10/13 تحت رقم: 81745 الذي نص على أن: "العقود العرفية المحررة بعد تاريخ سريان قانون التوثيق 91/70 تعد باطلة بطلانا مطلقا".

كما أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية وذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1990/09/24 تحت رقم: 62624 الذي قضى بأن "تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل إن أقصى ما يفيد التسجيل وهو إثبات التاريخ فقط أما مضمون العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية"⁽²⁰⁾.

وهو الأمر الذي أكده مجلس الدولة كذلك حيث حكم بأن: "المستأنف عليهم لا يملكون سند ملكية رسمي يثبت أحقيتهم في الاستفادة من ترقيم عقاري باسمهم وأن الشهادة المحتج بها والمؤرخة في 1972/09/05 والشهادة المسلمة من طرف البلدية ليس لها حجية قانونية وعليه فإن الحكم لم يصب فيما قضى به وعليه قرر المجلس إلغائه والفصل فيه من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس"، وذلك بموجب القرار غير المنشور الصادر بتاريخ: 2014/02/27 تحت رقم: 8147.

ومنه فإن العقود العرفية ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 تعتبر رسمية منتجة لأثارها القانونية ويمكن إيداعها عن طريق الموثق وشهرها بالمحافظة العقارية، وذلك طبعا في ظل اجراءات الشهر الشخصي قبل تأسيس السجل العيني.

وللإشارة أيضا فإن العقود المحررة سابقا من طرف القضاة الشرعيين تأخذ الطابع الرسمي كالعقود المحررة من قبل الضابط العمومي، وذلك ما نستشفه من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1989/06/03 تحت رقم: 40097 الذي نص على المبدأ التالي: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يجررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين، وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات، وما تنص عليه من التواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القسمة المحررة من طرف القاضي الشرعي صحيحة ومعترف بها، ومن ثم فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"⁽²¹⁾.

ثانيا: أثر استثناءات قاعدة الرسمية على السجل العقاري: إذا كنا نقصد بالسجل العقاري مجموعة البطاقات العقارية التي تُبَيِّنُ الحالة القانونية للعقارات التي تُمَسَّكُ في كل بلدية والتي تكون نتيجة القيد الأول للحقوق العينية بعد إيداع وثائق المسح التي تؤسس لتطبيق نظام الشهر العيني، فإنه لا أثر لهذا الاستثناء على السجل العقاري وذلك يرجع للاعتبار التالي:

إن تطبيق قاعدة الشهر المسبق في ظل نظام الشهر العيني لا تسمح بإيداع الوثيقة ثابتة التاريخ بعد إفراغها في قالب الشكلية والرسمية من طرف الموثق لأن ذلك سيتعارض مع عدم وجود أصل ملكية مشهر العقار يُمكن من إجراء إشهاره، وبالتالي سيتلقى حتما رفض الإيداع من أساسه دون أن يصل إلى الاجراء.

وفي هذا الإطار كان يفترض أن مفعول رسمية الوثيقة العرفية ثابتة التاريخ قد تم على مستوى عملية التحقيق العقاري بمناسبة معاينة حقوق الملكية في ظل إعداد عملية المسح والذي سيستفيد صاحبها من ترقيم عقاره ترقباً مؤقتاً لمدة أربعة أشهر حسب التنظيم المعمول به في هذا الخصوص⁽²²⁾.
أما في حالة ما إذا كانت إجراءات الشهر الشخصي هي السارية المفعول في محيط تواجد العقار بمعنى لم يتم إعداد مسح الأراضي العام ولم يتم إيداع وثائقه بعد على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً، فإن ذلك يسمح باعتبار الوثيقة العرفية ثابتة التاريخ رسمية ويمكن تقديمها للموثق باعتباره ضابطاً عمومياً ليفرغها في قالب الشكلية والرسمية ويودعها لغرض شهرها في ظل هذا النظام. ومنه يمكننا القول أن أثر هذا الاستثناء يتجلى في المساهمة في إثبات الملكية العقارية وتطهير وضعيتها في ظل الشهر الشخصي، وذلك ما يعمل على تكوين الفهرس العقاري الذي سيكون المنطلق الأول لتكوين السجل العقاري عند تطبيق نظام الشهر العيني.

الفرع الثاني: الاستثناءات المقررة في قانون الشهر العقاري على قاعدة الشهر المسبق

كما أشرنا سلفاً فإن قاعدة الشهر المسبق تجد تطبيقاتها في التصرفات القانونية الواردة على الحقوق العينية المشهورة فقط إذ لا يمكن للمحافظ العقاري أن يشهرها تصرفاً دون أن يكون له أصل مشهر على مستوى السجل العقاري، هذا إذا افترضنا أن تطبيق الشهر العيني قد تم على كامل القطر الوطني.
وبما أن الوضعية الحالية عكس ما افترضنا كان لزاماً على المشرع أن يحدث استثناءات عن قاعدة الشهر المسبق حتى تسمح بتأسيس السجل العقاري من جهة وتعمل على تطهير وضعية الملكية العقارية في ظل نظام الشهر الشخصي المعمول به في المناطق غير المسوَّحة من جهة أخرى.
إن هذه الاستثناءات منها ما هو مقرر لتأسيس نظام الشهر العيني ومنها ما هو مقرر للسماح باستمرار العمل بنظام الشهر الشخصي وذلك ما نصت عليه المادة 89 من المرسوم 63/76، وذلك ما سنحاول تناوله فيما يلي مبيّنين أثر كل استثناء على السجل العقاري:

أولاً: الاستثناء المتعلق بالقيود الأول للحقوق العينية العقارية: لقد نصت المادة 89 من المرسوم 63/76 على أنه " تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه عند الاجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقاً للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم

وعندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل الأول يناير 1971".

إن القيد الأول للحقوق الناتجة عن عملية إيداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية لا تتطلب بالضرورة شهرا مسبقا لا سيما تلك الحقوق العينية العقارية التي لم يدي أصحابها بوثائق رسمية مشهورة بل اكتفوا بإثبات ملكيتهم للعقارات بوثائق رسمية غير مشهورة كالعقود الادارية مثلا أو بوثائق ذات حجية كالوثائق العرفية ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 والوثائق المحررة من طرف القضاة الشرعيين أو عن طريق الوثائق العرفية الأخرى وكل الاثباتات التي تثبت حيازة الملكية العقارية الهادئة والعينية والمستمرة ودون التباس التي تفضي للتقادم المكسب حسب نص المادة 827 من القانون المدني⁽²³⁾.

وهذا الاستثناء يجد تبريره في عملية التحقيق العقاري والتقصي حول حقوق الملكية العقارية التي تمت في إطار إعداد مسح الأراضي العام من طرف فرق المسح المختلطة، والتي تتضمنها وثائق المسح المودعة بمناسبة القيد الأول لا سيما وثيقة T₁₀ التي تتضمن نتائج التحقيق العقاري لكل مجموعة ملكية على حدى في حين نجد مصفوفة المسح تتضمن المعلومات العامة لمجموعات الملكية وتحديداتها تحديدا دقيقا موقعا وحدودا ومساحة ومالكا، إذ أن المحافظ العقاري يقوم بالقيد الأول انطلاقا من نتائج وثائق المسح المودعة لديه بمناسبة هذا الاجراء.

وفي هذا الخصوص نصت المادة 11 من المرسوم 63/76 على أن المحافظ العقاري يقوم بترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري بمجرد استلامه وثائق مسح الأراضي، واعتبرت أن الترقيم العقاري قد تم من يوم الامضاء على محضر استلام وثائق المسح، كما يتم تعيين الحقوق العينية العقارية موضوع القيد الأول على أساس وثائق المسح.

ومنه يمكننا القول بأن القيد الأول للحقوق العينية العقارية في هذه الحالات منشئ للحق نفسه بالنسبة للعقارات التي لا يجوز أصحابها وثائق مشهورة، وفي حالة كانت العقارات موضوع القيد الأول مثبتة بوثائق مشهورة فإنه ينبغي على المحافظ العقاري نقل المعلومات من بطاقات الشهر الشخصي- إلى البطاقات العقارية المؤسسة للسجل العيني.

ونلاحظ أن أثر هذا الاستثناء على قاعدة الشهر المسبق يهدف في أساسه لتكوين السجل العيني بعد إتمام عملية المسح لكل قسم من كل بلدية، هذا السجل الذي سيكون أساسا عمليا لتطبيق هذه القاعدة بمخافيرها على كل التصرفات القانونية الواردة على عقار مسموح، في حين يكون الاستثناء الثاني المذكور في المادة 89 المنوه إليه أعلاه يتعلق بحالات أخرى سنأتي على شرحها فيما يلي:

ثانياً: الاستثناءات المتعلقة بالاستمرار في تطبيق نظام الشهر الشخصي: إن الاستثناء الثاني الوارد في المادة 89 المذكورة أعلاه المتضمن إعفاء الوثيقة المقدمة للإشهار إذا كان حق المتصرف ناتجاً عن سند اكتسب تاريخاً ثابتاً قبل تاريخ 1971/01/01، أو كان صاحب الحق الأخير ناتجاً عن مثل هذا السند، وفي هذا الخصوص لا يمكننا تطبيق هذه الحالة عندما يكون العقار ممسوحاً لأنه سيكون حتماً له بطاقة عقارية مسوكة على مستوى السجل العيني وبالتالي سيصطدم بمفعول قاعدة الشهر المسبق غير أن هذا الاستثناء يجد تطبيقه على العقارات غير المسوكة المطبق عليها نظام الشهر الشخصي- وبالتالي يسري على هذه السندات الاعفاء من قاعدة الشهر المسبق في هذه الحالة.

لذلك سمينا هذا الاستثناء بأنه المؤسس لبقاء تطبيق الشهر الشخصي- في المناطق غير المسوكة بالتوازي مع الشهر العيني في المناطق التي تم مسحها وتم وإيداع وثائقها بالمحافظة العقارية وذلك ما نستشفه من نص المادة 27 من الأمر رقم: 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي نجدها تنص على أن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوقاً عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي وعلى هذا المنوال أيضاً نصت المادة 103 من المرسوم 63/76 التي وضحت أنه كلما حصل إيداع تفهرس مستخرجات الوثائق المشهورة على حسب ترتيبها في المحفوظات وتحت اسم كل مالك.

وعليه ومن خلال الأساس القانوني المذكور يتضح أن المشرع قد أقر العمل بالنظامين متوازيين حسب تقدم عملية المسح التي لم تنته لغاية اليوم، ومنه فإن الاستثناء المذكور يتعلق بهذا الخصوص ويعني بالتحديد الحق العيني العقاري الناتج عن الوثيقة العرفية ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01، وكنا قد فصلنا في كيفية الاعتداد برسمية المحرر العرفي والشروط الواجب توافرها فيه وكيفية اثباته.

ونلاحظ أن أثر هذا الاستثناء على قاعدة الشهر المسبق يهدف إلى الاعتراف بسندات الملكية العرفية الثابتة التاريخ ويعمل على تطهير وضعيتها القانونية لعلامة عدم اجبارية الشهر قبل التاريخ المذكور ولإعطاء فرصة لأصحاب هذه السندات للحصول على حقوقهم بسندات رسمية مشهورة.

المطلب الثالث: استثناءات قاعدة الشهر المسبق في إطار تطهير الملكية العقارية

في إطار تطهير وضعيتها الملكية العقارية عن طريق اجراءات الشهر الشخصي- التي اضطر المشرع لتقنينها على اثر تأخر عملية مسح الأراضي العام كان لزاماً استحداث استثناءات على قاعدة الشهر المسبق حتى تسمح بشهر العقود المثبتة للملكية العقارية، ذلك ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: الاستثناءات المتعلقة بتطهير الملكية العقارية الخاصة: في ظل تعثر عملية مسح الأراضي العام كان المشرع ملزماً بفتح المجال لتطهير وضعية الملكية العقارية في ظل إجراءات الشهر الشخصي. وقد كان أول نص قانوني في هذا الخصوص المرسوم التنفيذي رقم: 352/83 المتعلق بعقد الشهرة، ثم المادة 39 من القانون 25/90 المتعلقة بشهادة الحيازة والرسوم التنفيذية رقم: 254/91 المطبق لها، ثم بعد ذلك صدر القانون 02/07 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، وسنحاول شرح ذلك بشيء من التفصيل للتدليل على هذا الاستثناء وذلك من خلال ما يلي:

أولاً/ إعفاء عقد الشهرة من قاعدة الشهر المسبق: من أجل إيجاد آليات قانونية تعمل على تطهير وضعية الملكية العقارية الخاصة في المناطق غير المسوَّحة صدر المرسوم التنفيذي رقم: 352/83 الذي يحدد إجراءات اثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية⁽²⁴⁾.

وقد جاء في نص المادة الأولى منه أنه يمكن لكل شخص يحوز عقاراً من نوع ملك في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراءات المحدثة بالأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، حيازة مستمرة غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلنية وليست مشوبة بلبس طبقاً لأحكام المادة 827 من القانون المدني، يمكنه أن يطلب من الموثق إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية.

ومنه يمكن أن نعرف عقد الشهرة بأنه عقد توثيقي في شكل محرر رسمي يُعدُّ من طرف الموثق طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه يتضمن اشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناءً على تصريح طالب العقد،⁽²⁵⁾ وحتى يتمكن من يدعي الملكية الحصول على عقد توثيقي يعترف له بذلك يجب أن تتوفر الشروط التالية:

- أن يكون العقار من نوع الملك الخاص غير مملوك للغير بوثائق رسمية مشهورة ولا يدخل ضمن الأملاك الوطنية العمومية أو الخاصة ولا يكون ملكاً وقفياً، وأن يكون في منطقة لم تشملها عملية المسح ويجب أن تتوفر في المدعي شروط الحيازة الهادئة المستمرة العلنية غير مشوبة بعيب وغير متنازع حولها. حيث أنه عند استكمال الملف المطلوب كاملاً واستنفاذ الإجراءات القانونية والتنظيمية المتعلقة بالتحقيق العقاري في مدى صحة الادعاءات بتملك العقار محل طلب إعداد عقد الشهرة، وذلك من طرف البلدية المعنية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها الإقليمي وكذا على مستوى مصالح أملاك الدولة، وفي حالة عدم اعتراض الهيئتين المذكورتين وفي ظل عدم وجود اعتراضات من طرف الغير بعد تعليق الاعلان ونشره في الجرائد اليومية، يقوم الموثق بتحرير عقد الشهرة وتسجيله بمفتشية التسجيل

والطابع ثم يتم إيداعه لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً قصد الإشهار، وذلك ما نصت عليه صراحة المادة التاسعة من المرسوم المذكور مما يفهم منه أنه معني من قاعدة الشهر المسبق.

ثانياً/ إعفاء شهادة الحيازة من قاعدة الشهر المسبق: لم يعرف المشرع شهادة الحيازة غير أنه بالرجوع للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري نجده قد عرفها في نص المادة 1398 منه بأنها " وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل فعلاً حقاً من الحقوق " ويرى الفقه بأن الحيازة عبارة عن واقعة مادية بسيطة تحدث أثاراً قانونية، وفي نفس الوقت أنها ليست حقاً عينياً ولكنها سبباً لكسب هذا الحق⁽²⁶⁾.

وفي إطار إضفاء الصفة الرسمية لممارسة حيازة الملكية العقارية وتسوية الوضعيات العالقة ولتسريع وتوسيع العمل بتراخيص وعقود التعمير لا سيما رخصة البناء وإنشاء الرهون لذلك وغيره اعتمد المشرع في المادة 39 من القانون 25/90 شهادة الحيازة كسبيل قانوني يسهم في حلحلة تعقيدات وضعية الملكية العقارية.

حيث نصت المادة المذكورة على أنه يمكن لكل شخص يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها حيازة مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلنية لا تشوبها شبهة أن يتحصل على سند حيازي يسمى شهادة الحيازة، وهي تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري في المناطق غير المسوَّحة.

وقد أكدت المادة 41 من نفس القانون على أن تسليم شهادة الحيازة يخضع لإجراء الإشهار الذي تحدد كلياته عن طريق التنظيم، وبالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم: 254/91 الذي يحدد كليات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها، نجد أن المادة 15 منه نصت على ضرورة أن يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتسليم شهادة الحيازة لاطالها بعد إتمام تسجيلها وشهرها بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً.

ومن خلال ما تقدم أعلاه يتضح أنه عند إيداع شهادة الحيازة للشهر يتم إعفاؤها من شرط تحقق قاعدة الشهر المسبق فهي تشهر ابتداءً، ومن الأثار القانونية التي تنتجها شهادة الحيازة أنها تُكوِّن الفهرس العقاري الذي سيكون منطلقاً وقاعدة بيانات لعملية مسح الأراضي، بالإضافة إلى تطهير وضعية الملكية العقارية التي تنعكس إيجاباً على الحركة الاقتصادية الوطنية.

ثالثاً/ إعفاء سند الملكية في إطار القانون 02/07 من قاعدة الشهر المسبق: بعد تجربة تطهير وضعية الملكية العقارية عن طريق عقد الشهر الذي خلف الكثير من المنازعات القضائية من جهة ونظراً لتعثر استكمال عملية مسح الأراضي العام على كامل التراب الوطني من جهة أخرى ولإعطاء دفع جديد لتسوية الملكية العقارية التي تفتقر إلى سندات مشهورة، من أجل ذلك كله صدر القانون 02/07⁽²⁷⁾ المتعلق بتأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.

حيث يهدف هذا القانون إلى تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري كما نصت على ذلك المادة الأولى منه، ويطبق هذا الإجراء على كل عقار لم تشمله عملية المسح، ويخص العقارات التي ليس لأصحابها سندات ملكية أو لها سندات ملكية قبل 1961/03/01 التي لم تعد تعكس الوضعية الحالية للعقارات، وقد استثنى المشرع تطبيق هذا الإجراء على الأملاك الوطنية والأملاك الوقفية، ذلك ما نصت عليه المادتين الثانية والثالثة من هذا القانون. والجدير بالذكر في هذا الإجراء أنه اتبع تحديد العقار بمخطط مسح يعتمد على تعيين مجموعة الملكية ضمن القسم المساحي الذي سيكون له أثرا بليغا بعد اتمام إجراءات التحقيق التي تتم وفقا للشروط والأوضاع المقررة في المرسوم التنفيذي 147/08 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية⁽²⁸⁾ لا سيما منها النشر- الواسع لطلب فتح التحقيق، ثم استشارة وأخذ رأي البلدية وأملاك الدولة ومسح الأراضي كل فيما يخصه وذلك ما نصت عليه المادة 10 من المرسوم المذكور. فإذا أفضت عملية التحقيق العقاري إلى ثبوت حق الملكية ودون وجود اعتراضات هنا يحرر مدير الحفظ العقاري مقرر التقييم العقاري باسم مالك العقار محل عملية التحقيق ويرسله إلى المحافظ العقاري المختص إقليميا لتنفيذه، حسب ما نصت عليه المادة 15 من هذا القانون. وعندها يقوم المحافظ العقاري بإشهار مقرر التقييم العقاري بالتأشير على مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة المؤسسة في ظل الاستثناءات الواردة على قاعدة الشهر المسبق، ويشكل هذا الإجراء تأسيسا للملكية العقارية وإثباتها بسند الملكية، وبهذا يكون هذا الإجراء استثناء عن قاعدة الشهر المسبق وهو ما يفهم ضمنا من نص المادة 20 من المرسوم التنفيذي المذكور. وعلى إثر إجراء الأشهار لمقرر التقييم العقاري يُحرر المحافظ العقاري سند الملكية المطابق للنموذج المرفق بالمرسوم المذكور ويرسله إلى مدير الحفظ العقاري لتسليمه للمعني. ونلاحظ هنا أن هذا الإجراء يشبه تماما إجراءات القيد الأول للحقوق العينية الناتجة عن إيداع وثائق المسح، وقد ساهم المشرع بنفس التسميات - التقييم العقاري - مما يدل على أن التحقيق العقاري بهذا الشكل يمكن أن يدخل في نوع المسح الاختياري. ويبدو أن هذا الاستثناء عن قاعدة الشهر المسبق له أثر إيجابي على السجل العقاري الذي يكون له منطلقا في حالة افتتاح عملية المسح ابتداءً بالقسم المساحي المحدد مسبقا في عملية التحقيق العقاري بالإضافة إلى تكوين نواة التعرف على الملكية العقارية المسجلة والمشهرة دون عناء يذكر والتي تستفيد من التقييم النهائي وتسليم دفتر العقاري عند إيداع وثائق المسح.

الفرع الثاني: الاستثناء المتعلق بتطهير الملكية العقارية الوقفية

كما هو معلوم أن التأخر الكبير في إعادة الاعتبار للأملاك الوقفية كمكُونٍ للملكية العقارية في الجزائر جاء بموجب دستور 23 فيفري 1989⁽²⁹⁾ وقد كرست ذلك نص المادة 23 من قانون التوجيه العقاري التي عدت أصناف الملكية العقارية⁽³⁰⁾ ثم تلاها بعد ذلك القانون رقم: 10/91 المتعلق بالأوقاف⁽³¹⁾، كل ذلك جعل تسيير الوضعية القانونية للوقف يغلب عليها الطابع العرفي.

ولتطهير الوضعية هذه الوضعية صدر المرسوم التنفيذي رقم: 336/2000 المتضمن إحداث وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها⁽³²⁾، وقد تضمنت المادة الخامسة منه أن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف بعد أن تجمع في سجل خاص مفتوح لهذا الغرض ثلاث وثائق اشهاد مكتوب تقرر بالملك الوقفي تصدر شهادة رسمية خاصة بالملك محل الاشهاد وحسب أحكام المادة 6 من نفس المرسوم تخضع الشهادة الرسمية المتضمنة الاشهاد بالملك الوقفي إلى التسجيل والاشهار العقاري، وتجد أساسها القانوني في:

1- تضمنت المادة الثامنة من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على أن شهادة الشهود تعد وسيلة اعتراف بطبيعة الملك الوقفي وقد أحال تطبيق ذلك على التنظيم الذي صدر بموجب المرسوم المذكور.

2- تثبيت الملك الوقفي بشهادة الشهود التي تخضع لعمليتي التسجيل والاشهار يعطيها صفة السند القانوني الرسمي، وذلك ما تضمنه المرسوم التنفيذي 336/2000 وكذا القرار الوزاري المؤرخ في: 2001/05/26 الذي يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي⁽³³⁾.

3- بما أن المادة 26 مكرر 11 من قانون الأوقاف تنص على أن للسلطة المكلفة بالأوقاف حق ابرام العقود في إطار أحكام المادة الثامنة المذكورة أعلاه، فإن مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية مؤهل قانونا لإصدار هذه الوثيقة الرسمية ويسهر على تسجيلها وشهرها بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا.

وقد جاء النص في المادة السادسة من المرسوم التنفيذي 336/2000 على أن الشهادة الرسمية المتضمن الاشهاد المكتوب بالملك الوقفي تخضع لعملية التسجيل والشهر ونصت عليه التعليم الوزارية رقم: 2020/188 المتعلقة بالسجل الخاص بالملك الوقفي والاشهاد المكتوب التي نصت على أن هذه الوثيقة تخضع للتسجيل والاشهار حسب الكيفيات المعمول بها.

ثم بعد ذلك صدرت التعليم الوزارية المشتركة رقم: 2002/09 المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي⁽³⁴⁾ التي نصت في البند 2.2 منها على أن الوثيقة الرسمية للإشهاد المكتوب تُفرغ في قالب الشكلية المحددة لتنظيمها للإشهار العقاري وتودع بمبادرة من مدير الشؤون الدينية

والأوقاف للإشهار، كما جاء في البند 2.2.5 من نفس التعلية أنه يتم الإشهار في ظل أحكام المادتان 113 و 114 من المرسوم 63/76 والتأشير على السجل العقاري المسوك في الشكل الشخصي. ومن هنا يبدو أن استثناء هذه الوثيقة من تطبيق قاعدة الشهر المسبق يأتي صريحا من خلال المرسوم التنفيذي والتعلية الوزارية المشتركة المذكورين أعلاه، ويرجع ذلك بالأثر الإيجابي على وضعية الأملاك الوقفية التي تسوى وضعيتها بهذه الطريقة السلسلة من جهة وتكون قاعدة معطيات تتضمن الحافظة العقارية للأملاك الوقفية من جهة أخرى والتي ستكون منطلقا لعمليات التحقيق العقاري في إطار إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري مستقبلا.

الفرع الثالث: الاستثناء المتعلق بالعقارات غير المشهورة المحجوزة

تطرق المشرع في نصوص المواد من 762 إلى 774 من قانون الاجراءات المدنية والادارية لكيفيات الحجز على العقارات غير المشهورة حيث نجد أن المشرع قد فصل في كيفية قيد الأمر بالحجز وشهر حكم رسو المزاد كما يلي:

- بالنسبة لقيد الأمر بالحجز نصت المادة 768 من هذا القانون على أنه يمسك على مستوى أمانة ضبط المحكمة سجل قيد الحجز العقارية وقيد الدائنين الذين لهم سندات تنفيذية على المدين.

- أما بالنسبة لشهر حكم رسو المزاد فقد ألزمت المادة 774 المحافظ العقاري بشهر حكم رسو المزاد دون مراعاة أصل الملكية، ويكون بذلك هذا النص استثناء خاصا يرد على قاعدة الشهر المسبق المنصوص عليها في المادة 88 من المرسوم 63/76.

ولهذا الاستثناء أثرا ايجابيا إذ يمكن الراسي عليه المزاد من حكم مشهر يؤسس لمالكه للعقار الذي انتقل إليه بإجراء قانونية وقضائية إذ من غير المنطقي أن تتوج عملية البيع بالمزاد العلني بسند ملكية غير مشهر في ظل اجبارية الشهر، ويكون الحكم المشهر في هذه الحالة مقرا لحق ملكية المحجوز له ومنشأ للحق بالنسبة للراسي عليه المزاد في شكل شهر مقارن، وحسب رأينا فإن هذه الآلية القانونية تعتبر طريقا لتطهير وضعية الأملاك العقارية المحجوزة وغير المشهورة.

المطلب الرابع: استثناء قاعدة الشهر المسبق المقررة لفائدة أملاك الدولة الخاصة

تتعدد استثناءات قاعدة الشهر المسبق الواردة على الوثائق المختلفة الخاضعة للإشهار المترتبة عن عمليات تسيير أملاك الدولة الخاصة، فمنها العقود الناقلة للملكية وعقود التخصيص والبيانات الوصفية للتقسيم هذا من جهة والمحترات التي تثبت ملكية الدولة الخاصة على العقارات الشاغرة التي

تم عن طريق وضع اليد وقرار الإدماج وغيرها من جهة ثانية، ذلك ما سنفصله على النحوين المذكورين كما يلي:

الفرع الأول: إعفاء عقود تنازل الدولة عن أملاكها الخاصة من قاعدة الشهر المسبق: كثيرة هي العمليات التي تنتهي إلى إصدار عقد من طرف مصالح أملاك الدولة فمنها عملية التنازل عن أملاك الدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري، عقود التنازل عن المؤسسات العمومية، عقود الاستصلاح والامتياز الفلاحين وعقود الامتياز على العقار الصناعي والسياحي، وسندرس بعض هذه العقود وكيف هي معفاة من قاعدة الشهر المسبق على سبيل المثال كالتالي:

أولاً/ عقد التنازل عن أملاك الدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري: نظم المشرع هذه العملية بموجب القانون رقم: 01/81 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات⁽³⁵⁾ المعدل بالقانون رقم: 03/86.

وفي إطار تجسيد عملية التنازل - بعد تحقيق شروطها وإتمام إجراءاتها - بعقد رسمي تضطلع مديرية أملاك الدولة بإعداده استناداً للمادة 26 من هذا القانون حيث نصت فقرتها الثانية على أن هذه الأخيرة هي من تحرر هذا العقد وتقيده.

أما بخصوص الأملاك العقارية التي لم تكن خاضعة للشهر المسبق بمعنى لم تشملها عملية المسح العام للأراضي ولم تكن مملوكة لإحدى الهيئات مالكة العقار بسند رسمي مشهر، في هذه الحالة لم ينص القانون صراحة على إعفائها من قاعدة الشهر المسبق، إلا أنه كما جرت العادة يتعامل المحافظون العقاريون مع أملاك الدولة وقطاعها العام على أساس أنها مملوكة بالنصوص القانونية.

وفي هذا المنحى اتجهت المديرية العامة للأملاك الوطنية في تدخلها لشرح كيفية التعامل مع هذه الحالات في أكثر من مرة حيث نجد أن التعلية رقم: 2153 المؤرخة في 1998/05/27 نصت على إدراج في بند أصل الملكية من العقد الفقرة التالية (القطعة تابعة لأملاك الدولة، البلدية، الخواص والتي آلت ملكيتها إلى .. الهيئة البائعة.. من أجل المنفعة العامة)، وذلك ما يعني إعفائها من قاعدة الشهر المسبق بموجب التعلية الإدارية الداخلية المذكورة.

وعلى نفس المنوال وبنفس الكيفية سارت إجراءات التنازل في ظل المرسوم التنفيذي رقم: 269/03 الذي يحدد شروط وكيفية التنازل عن الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004⁽³⁶⁾، حيث نجد أن التعلية رقم: 2891 المؤرخة في: 2004/06/14 (غير منشورة) تنص على حالة ما إذا كانت وضعية

العقار غير مسواة لفائدة ديوان الترقية والتسيير العقاري يتم اعتماد أصل الملكية بالصيغة التالية: (مسكن أو محل تابع لديوان الترقية والتسيير العقاري بعدما تم تحويل ملكيته، أرضية مدمجة، في إطار المرسوم 290/93 المؤرخ في: 1993/11/28 المتضمن تحويل الأملاك الشاغرة العائدة للدولة في إطار الأمر رقم: 102/66..)، في حين نصت التعليمية رقم: 5611 المؤرخة في: 2004/10/30 على اعتماد عبارة (أن الأملاك المعينة بما فيها الأرضية التابعة لها تعد ملكا لزمة الدولة) ⁽³⁷⁾.

وعليه نلاحظ أن النص على إعفاء عقود التنازل هذه لم يأت في نص صريح بالقانون 01/81 ولا المرسوم 269/03 وإنما جاء إقرارها والنص عليها بموجب تعليمات إدارية تأتي خرقا للقاعدة القانونية بالمادة 88 من المرسوم 63/76، وقد كان يمكن النص عليها في النص القانوني والتنظيمي الذي نظم هذه العملية لما لها من أثر إيجابي على الدفع بعملية التنازل وتمكين المستفيدين من عقودهم المشهورة.

ثانيا/ عقود الاستصلاح الفلاحي: تندرج هذه العقود في إطار تطبيق القانون رقم: 18/83 المتعلق بجيازة الملكية العقارية الفلاحية عن طريق الاستصلاح ⁽³⁸⁾، حيث أنه بعد تحقيق الشروط اللازمة وتطبيق إجراءات الاستفادة وفقا للقانون يصدر الوالي المختص إقليميا قرار منح قطعة الأرض لغرض استصلاحها فلاحيا، ثم بعد ذلك تكرر مديرية أملاك الدولة هذه الاستفادة بعقد ناقل للملكية مقابل دفع الدينار الرمزي، حيث يخضع هذا العقد لعمليتي التسجيل لدى مفتشية التسجيل والطابع والإشهار على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا.

ويعني العقد المذكور من قاعدة الشهر المسبق استناد للقاعدة القانونية الواردة في المادة 29 من المرسوم التنفيذي 724/83 الذي يحدد كيفية تطبيق القانون 18/83، التي نصت على أنه "تتضمن عمليات نقل الملكية التي تشمل الأراضي الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي من الأشهر القبلي" ⁽³⁹⁾.

أما فيما يخص برنامج الاستصلاح الفلاحي الناتج عن تطبيق المرسوم التنفيذي 289/92 الذي يحدد شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية وكيفية اكتسابها ⁽⁴⁰⁾، الذي نص على عملية التنازل وفقا لشروط خاصة وتكرس عملية التنازل هذه بعقد بيع بمقابل، في حين نجد أن المرسوم التنفيذي 483/97 المتعلق بكيفية منح حق الامتياز على القطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه ⁽⁴¹⁾، الذي يتم بموجبه منح امتياز قابل للتحويل إلى تنازل إذا أنجز المشروع، ويكرس مدير أملاك الدولة هذه العملية بعقد إداري. لم نجد في النصين ما يدل على أن إجراء اشهار العقود المذكورة معفية من قاعدة الشهر المسبق لكنه استثناسا بالمادة 29 من المرسوم 724/83 المذكورة أعلاه تبيح للمحافظ العقاري أعمال الاعفاء من القيد المذكور هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه قد جرت العادة والعرف الإداري المعمول به أن

عقود الدولة الواردة على أملاكها الخاصة وفي حالة عدم وجود حق عيني مشهر مسبقاً فإنها تُخضع للإعفاء من تطبيق قاعدة الشهر المسبق، وتعد عملية الشهر في هذه الحالة الاجراء الأول المقترن بالتصرف القانوني المشهر⁽⁴²⁾.

ثالثاً/ اقتران الاعفاء من قاعدة الشهر المسبق بعقارات مسووحة ومسوكة بالشهر العيني: في سابقة فريدة من نوعها نجد المديرية العامة للأملاك الوطنية تقرر أعمال قواعد الشهر الشخصي- في ظل سريان قواعد الشهر العيني على عقارات مسووحة بحجة واهية لا أساس لها، وذلك ما جات به التعليمة رقم: 5359 المؤرخة في: 2013/05/30 المتعلقة بمنح الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للقطاع العمومي⁽⁴³⁾، إذ نصت في البند 2-3 منها على إعداد عقود تحويل حق الانتفاع الدائم إلى امتياز واشهارها في ظل النظام الشخصي..، وذلك عندما يُقدّر مدير أملاك الدولة أن انتظار اعداد وثائق المسح وتحديد المراجع المسحية من شأنه أن يكبح عملية اعداد العقود وتسليمها في الآجال القانونية التي سطرته الدولة كأجل لإتمام عملية تحويل حق الانتفاع الدائم إلى امتياز، على أن تقوم مديرية أملاك الدولة بإصدار عقد تعديلي بعد ذلك عندما تتم تسوية وثائق المسح لاحقاً من طرف مديرية المسح.

وحسب رأينا فإن هذا الاستثناء له الأثر السلبي البليغ على السجل العقاري ويأتي خرقاً صارخاً لقواعد الشهر العيني، وما مبرراته إلا كالعذر الأقبح من الذنب، إذ كيف يعقل وجود صعوبة في استخراج وثائق القياس ومراجع المسح وكل وثائقه مودعة بالمحافظة العقارية، اللهم إلا إذا كانت عملية المسح معيبة بشكل فادح، وكان على المديرية العامة أن تأمر على سبيل الاستعجال بحل هذه الاشكالات سريعاً وهي ممكنة جداً ولا تتعجل بالدوس على أهم قواعد السجل العيني.

الفرع الثاني: إعفاء سندات إثبات ملكية الدولة لأملأها الخاصة من قاعدة الشهر المسبق

إن الحقوق العينية العقارية المكونة للأملاك الخاصة للدولة لم تخضع للتسوية النهائية التي تجعل منها مملوكة للدولة بوثائق رسمية مشهرة فهي كغيرها من أصناف الملكية العقارية الأخرى بقيت رهينة إتمام مسح الأراضي العام، لذلك نجد الكثير من الأملاك العقارية المبنية والأراضي من كل نوع تحوزها الدولة دون سند، وإن كان المشرع قد نص في أكثر من مرة على أن بعض هذه الأملاك هي ملك للدولة لكن دون أن يُخضعها لإجراءات الرسمية والشهر ومن هذه النصوص ما يلي:

- الأمر 102/66 المؤرخ في 1966/05/06 المتعلق بأيلولة الأملاك الشاغرة للدولة الذي نصت مادته الأولى على أنه تنتقل ملكية الأموال المنقولة والعقارات الشاغرة للدولة.

- المادة 773 من القانون المدني تنص على أنه تعتبر ملكاً من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركاتهم.

- المادة 18 من القانون 30/90 التي عدت مشتملات الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة وذكرت من بينها الأراضي الجرداء غير المخصصة التي بقيت ملكاً للدولة...الأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية والأراضي الرعوية التي تملكها الدولة.

- المادة 48 من نفس القانون التي نصت على أيلولة الأملاك الشاغرة التي لا صاحب لها للدولة. ومن الناحية القانونية نجد أن الدولة تملك كل الأملاك الشاغرة التي عددها المشرع حسب الحالات المذكورة على سبيل المثال أعلاه وذلك بقوة القاعدة القانونية الواردة في هذه النصوص، غير أن إدارة أملاك الدولة على مستوى أغلب الولايات لم تبادر إلى جرد هذه الأملاك وإثبات شغورها ومن ثم إدراجها ضمن الأملاك الخاصة للدولة بعقود رسمية مشهورة.

وفي الواقع العملي دأبت إدارة أملاك الدولة خلال تسييرها لهذه الحافظة العقارية التعامل معها حالة بحالة كلما اقتضت الضرورة ذلك، حيث أنه عندما يفتح ملف لعملية عقارية ما كالتخصيص أو التنازل أو التبادل وغيرها من العمليات العقارية لأملاك الدولة تلجأ إلى تثبيت هذه الملكية بسند مشهور قبل إبرام التصرف القانوني أو إجراء المعاملة العقارية أي كانت لا سيما إذا كان هذا الإجراء غير منصوص على إعفائه من قاعدة الشهر المسبق، وللإشارة فإن كثير من مديريات أملاك الدولة تضع في بند أصل الملكية النص القانوني الذي يشير إلى ملكية الدولة للملك الشاغر كالأمر 102/66 والمادة 773 من القانون المدني والمادة 48 من قانون الأملاك الوطنية ويقوم المحافظ العقاري بشهر التصرف القانوني كإشهار مقارن ومعفي من قاعدة الأثر النسبي.

غير أن الكثير من المحافظين العقاريين يرفضون ذلك ويشترطون تطبيق قاعدة الأثر النسبي لإجراء الإشهار لمثل هذه التصرفات، ومن أجل تحقيق ذلك تلجأ مديريات أملاك الدولة إلى إعداد وثيقة إدارية تثبت من خلالها ملكية الدولة للعقار المبني أو الأرض الشاغرة ثم تشهر على مستوى المحافظة العقارية ومن هذه الوثائق المتعارف عليها في العرف الإداري لأملاك الدولة ما يلي:

أولاً/ محضر وضع اليد: وهو عبارة عن محرر رسمي تصدره إدارة أملاك الدولة رفقة رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية موقع قطعة الأرض يثبت من خلاله رئيس البلدية ورئيس مفتشية أملاك الدولة المختص إقليمياً شغور قطعة الأرض المحددة بمخطط المسح الصادر عن مديرية مسح الأراضي ويحدد في المحضر مكان تواجد العقار بالمنطقة والحلي والبلدية والمساحة والحدود، ومراجع المخطط، ..إلخ، ثم يمضى-

ويختتم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي ورئيس مفتشية أملاك الدولة ثم يقدم في بطاقة مشروع للوالي للمصادقة عليه، بعد ذلك يفرغ هذا المحضر- في قالب الشكلية ويمضيه مدير أملاك الدولة ويودع لدى المحافظة العقارية لغرض الإشهار، وبعد اتمام عملية الشهر يصبح ذلك المحضر- المعبر عن ملكية الدولة لقطعة الأرض المحددة بالمخطط المرفق.

وهذا الاجراء معفي من قاعدة الأثر النسبي ويتعامل معه المحافظون العقاريون بالإيجاب استئناسا بالنصوص القانونية التي تفيد بتملك الدولة لمثل هذه العقارات حتى أصبح عرفا إداريا تقليديا وقد دأبت الكثير من مديريات أملاك الدولة العمل به كنسوية قانونية لعقاراتها وتأسيسا لملكية الدولة والاحتجاج به في مواجهة الغير، ويأخذ في بعض مديريات أملاك الدولة تسمية عقد الادمج الذي تتبع فيه نفس الاجراءات المذكورة ومستثنى كذلك من قاعدة الأثر النسبي.

ثانيا/ قرار الادمج: عندما يثبت شغور عقار مبني ما أو قطعة أرض تابعة للأملاك الخاصة للدولة وتحديدده بمخطط المسح الصادر عن مديرية مسح الأراضي تعتمد مديرية أملاك الدولة لإعداد مشروع قرار ادمج العقار ضمن الممتلكات الخاصة التابعة للدولة الذي يخضع لمصادقة والي الولاية، ثم بعد ذلك يفرغ هذا القرار في قالب الشكلية ويودع بالمحافظة العقارية لإشهاره، هذا القرار كذلك معفي من قاعدة الأثر النسبي بناءً التعليل المذكور أعلاه واستمرارا للتقليد الإداري المارس منذ زمن بعيد.

تأتي إجراءات اعتماد إثبات الشغور إداريا خلافا للمسلك القضائي المنصوص عليه في إثبات شغور التركات كما تنص على ذلك المواد من 51 إلى 53 من القانون 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، حيث أنه حسب رأينا يمكن أن نبرر للإدارة هذا المسعى الذي يرجع لما يلي:

- أن الدولة تؤول ملكيتها بناءً على النصوص القانونية المتواترة وما إثبات الملكية بالعقد المشهر إلا إجراء شكليا فقط.

- أن المادة 26 من القانون 30/90 تنص على أن الدولة يمكنها أن تمتلك العقارات بالحيازة والتقدم المكسب وما إثبات الشغور وأيلولة الملك للدولة إلا آلية من آليات التقدم المكسب، فكيف يمكن للخواص امتلاك العقارات بالتقدم المكسب بالإجراءات الإدارية التي تتوافق مع إثبات الشغور بهذه الطريقة في حين تحرم الدولة من مما يشبه نفس الاجراء.

- كثيرة جدا عمليات أملاك الدولة التي تقع على عقارات ليس لها سند فلا يعقل أنه بمناسبة كل عملية تفتتح مديرية أملاك الدولة دعوى قضائية تطالب فيها بالتسوية في إطار إثبات شغور عقار غير مملوك من طرف الغير في حين تنص القاعدة القانونية على أيلولته للدولة بقوة القانون.

- تتحاشى الإدارة دائما إقتال كاهل القضاء بمنازعات ودعاوى قضائية لا طائل منها وأن إثبات الشغور في مثل هذه الحالات عن طريق القضاء يفتح عليه مئات أو آلاف القضايا سنويا في الاختصاص الإقليمي الواحد، ويمكن أن نستشف هذا المنحى للإدارة من تعليمة المديرية العامة للأموال الوطنية رقم: 2013/5590 المتعلقة بالعقارات المرقمة لفائدة الدولة في حين يعود أصل ملكيتها للخواص أو البلدية أو الوقف حيث طلبت هذه الأخيرة من مديري أملاك الدولة حل الاشكال وديا دون إقتال كاهل القضاء بمنازعات لا طائل منها رغم مخالفة نص المادة 16 من المرسوم 63/76.

- ولو افترضنا لجوء الإدارة للقضاء لتأصيل ملكية الدولة على أملاكها الشاغرة فإن الاجراءات القضائية غير كفيلة بتحقيق النتيجة في مدة قصيرة تتناسب ووتيرة الإدارة في التكفل بالعمليات المختلفة والمستمرة، وذلك ما يعطل مصالح الدولة الاقتصادية والاجتماعية ويجمد التنمية حسب رأينا.

وعلى العموم فإن تطبيق الاستثناء بهذه الطريقة يأتي مخالفا للقواعد القانونية المنصوص عليها في قانون الشهر العقاري، وكان على الإدارة أن تسعى لتقنين هذا الاستثناء في نصوص قانونية وتنظيمية خاصة، حيث أنه كان من الممكن إعداد جرد للأراض والعقارات الشاغرة في إطار منظم ويتم تحديدها بمخططات مسح وتودع لدى المحافظة العقارية على شاكلة القيد الأول لشهر الحقوق العينية التابعة للدولة، وكنا نجد لهذا الاجراء أساسا قانونيا في المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 234/89⁽⁴⁴⁾ التي نصت على أنه يمكن أن يكلف وزير المالية الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بإنجاز العمليات التقنية المخصصة لوضع جرد عام للعقارات التابعة لأموال الدولة وفقا للتنظيم المعمول به وضبطه باستمرار.

ثالثا/ موقف القضاء من حجية محضر وضع اليد: في سابقة قضائية حول حجية محضر وضع اليد صدر قرار عن مجلس الدولة بتاريخ: 2011/06/30 في القضية رقم: 61770 - غير منشور - يقضي برفض دعوى الطاعنين الذين طالبوا بإلغاء محضر وضع اليد الواقع على أرضهم المملوكة لهم بموجب شهادة توثيقية صدرت بعد شهر محضر وضع اليد، حيث سبب القرار حكمه بأسبقية الشهر وقضى - برفض الدعوى لعدم التأسيس، وهو نفس المنحى الذي ذهب إليه قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ: 2014/04/24 تحت رقم: 476 الذي يقضي برفض دعوى إلغاء محضر وضع اليد لأسبقية الشهر.

وعلى خلاف ذلك نجد قرار مجلس قضاء الوادي الصادر بتاريخ: 2019/01/21 تحت رقم: 2019/056 الذي يقضي بإلغاء جزئي لمحضر وضع اليد على قطعة أرض شاغرة وبدون مالك، وقد تم تسبيب القرار بثبوت حيازة المدعين لجزء من الأرض محل محضر وضع اليد من جهة وعدم احترام اثبات الشغور قضائيا من جهة أخرى.

من خلال إقرار مجلس الدولة بأسبقية شهر محضر- وضع اليد مرة والغائه الجزئي مرة أخرى نستشف أن الجانب القضائي يعترف ضمناً بالإجراء الإداري المتضمن وضع اليد على الأراضي الشاغرة التي تؤول للدولة بقوة القاعدة القانونية كما نوهنا إليها أعلاه.

الخاتمة

ختاماً لورقتنا البحثية المتواضعة يمكننا القول بأن تطبيق قواعد الشهر العقاري من رسمية وشكلية وأثراً نسبياً بالإضافة لاحترام الاختصاص في إصدار الوثائق الرسمية التي تودع بالمحافظة العقارية لغرض الاشهار، كل ذلك يبعث على تفعيل حجية الشهر العقاري المطلقة.

وإن كانت الاستثناءات المقررة على قاعدة الرسمية وقاعدة الشهر المسبق الواردة في قانون الشهر العقاري لها ما يبررها سواء تلك المتعلقة بالاعتراف برسمية الوثائق العرفية ثابتة التاريخ وإعفاء العقود المثبتة لها من قاعدة الشهر المسبق أو تلك المتعلقة بالقيود الأول للحقوق العينية في السجل العيني، فإنه كان على قانون الشهر أن يفتح المجال وينص على الاستثناءات المقررة بنصوص خاصة حتى لا تفهم الحاليتين المذكورتين أنهما على سبيل الحصر.

وكما رأينا أن بعض النصوص القانونية الخاصة المقررة لاستثناءات قاعدة الشهر المسبق لم تكن صريحة في اعتماد الاستثناء حيث تركت للإدارة تفسيرها وتطبيقها عن طريق المفهوم الضمني للقواعد القانونية، وكذلك الحال بالنسبة للاستثناءات المقررة لفائدة أملاك الدولة الخاصة سواءً العقود الناقلة للملكية أو تلك المثبتة لها، التي نجد منها ما نص عليه القانون صراحة أو ضمناً، ومنها ما جاءت به التعليمات الإدارية شارحة أو مقررة لقاعدة الشهر المسبق بما قد يفهم أنه مخالف لمضمون المادتين 88 و 89 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وفي الأخير نقترح التوصيات التالية:

- وجوب النص صراحة على الاعفاء من قاعدة الشهر المسبق في النصوص القانونية الخاصة المتعلقة بتطهير وضعية الملكية العقارية في ظل إجراءات الشهر الشخصي.
- النص صراحة في قانون الأملاك الوطنية أو المرسوم التنفيذي المطبق له أن عقود إثبات الملكية الخاصة للدولة التي ينص القانون على تبعتها لها معفية من قاعدة الشهر المسبق وعدم ترك ذلك خاضعاً للتعليمات الإدارية أو للتقليد الإداري المتبع.
- منع جميع التعليمات التي تتيح العمل بنظام الشهر الشخصي على العقارات المسوحة المطبق عليها الشهر العيني مهما كانت المبررات.

- ضرورة الاسراع في إتمام عملية إعداد مسح الأراضي العام وإيداع وثائق المسح على كامل التراب الوطني فهو وحده الكفيل بوضع حد للاستثناءات المذكورة جملة ما عدا القيد الأول.

الهوامش:

(1) الأمر 80/76 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن القانون البحري، ج ر عدد 1976/29، المعدل لا سيما بالقانون رقم: 04/10 المؤرخ في 15/08/2010، ج ر عدد 2010/46، حيث تنص المادة 49 منه على ما يلي (إن العقود المنشئة أو الناقلة أو المستترة لحق الملكية أو المترتبة عن الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو حصصها يجب أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي صادر عن الموثق...ويكون قيدها الزاميا في سجل السفينة).

(2) أحمد ميدي ، الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2005، ص 18.

(3) الأمر 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومي، ج ر، عدد 46 المؤرخة في 15/07/2006.

(4) عمر زيتوني، حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، العدد 03، 2001، ص ص 36-37.

(5) عمر بوحلاسة، التوثيق والمحيط المهني، مجلة الموثق، العدد 5، 1990، ص ص 22-23.

(6) المرسوم التنفيذي 65/91 المؤرخ في: 02/03/1991 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري، ج ر عدد 1991/10.

(7) الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتعلق بمهنة التوثيق، ج ر عدد 1970/107، الملغى بالقانون

27/88 المؤرخ في 12/07/1988، ج ر عدد 1988/28، هذا الأخير ملغى بالقانون 02/06 المؤرخ في: 20/02/2006 ج ر عدد 2006/14.

(8) ابراهيم نبيل سعد، زهرا همام محمد محمود، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة، الجديد للنشر 2001، مصر، ص 200.

(9) القانون 18/15 المؤرخ في: 30/12/2015 المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر عدد 2015/72.

(10) في مراسلة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ: 24/02/2019 تحت رقم: 2314 متعلقة بكيفيات تطبيق أحكام المادة 388 من ق إ م إ تضمنت ردا من المدير العام للضرائب عن طريق الارسال رقم: 35 المؤرخ في: 17/01/2019 بصرح فيه أن قابض الضرائب هو المسؤول عن تحرير وإمضاء الرهن القانوني،

والملاحظ أن المراسلتين المرجعيتين لم يذكرتا التأسيس القانوني لإلقاء هذه المسؤولية على القابض دون المدير الولائي للضرائب.

(11) المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المعدل بالمرسوم 210/80 المؤرخ في 13/09/1980، ج ر عدد 1980/38، المعدل والمتمم بالمرسوم 123/93 المؤرخ في 19/05/1993، ج ر عدد 1993/34.

(12) هواري منقار، الشهر العقاري وأثاره على نقل الملكية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص أساسي، كلية الحقوق، جامعة أدرار، 2014/2015، ص 103.

(13) المرجع نفسه، ص 104.

(14) فاطمة الزهراء عربوز، الشهر المسبق كضابط من ضوابط تنظيم المعاملات العقارية، مقال منشور بمجلة القانون العقاري والبيئة، مجلد 4 عدد 2 جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس، ص ص 181-194.

(15) جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 149.

(16) الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 1975/78.

(17) عبد العزيز محمودي وسعد حاج علي، إجراءات تفعيل الحياة العقارية كالية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري الطبعة الأولى، منشورات بغداددي، باش جراح، الجزائر، 2011-2012، ص 303.

(18) الأمر 26/74 المؤرخ في 20/02/1974، المتعلق بتكوين الاحتياطات العقارية، ج ر عدد 1974/19.

(19) القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990، المتعلق بالتوجيه العقاري، المعدل والمتمم، ج ر عدد 1990/49 المعدل والمتمم بالقانون 26/95 المؤرخ في 25/09/1995، ج ر عدد 1995/55.

(20) المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 1992/02، ص 24.

(21) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 1992/01، ص 119.

(22) عبد العزيز محمودي وسعد حاج علي، مرجع سابق، ص 303.

(23) عمر حمدي باشا، محررات شهر الحياة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 221.

(24) المرسوم التنفيذي رقم: 352/83 المؤرخ في 21/05/1983، المتضمن إجراءات إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، ج ر عدد 1983/21.

(25) عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 17.

(26) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، دار التراث العربية، بيروت ط 1968، ص 785.

(27) القانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007، المتضمن تأسيس إجراءات لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج ر عدد 2007/15.

(28) المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في 19/05/2008، المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، ج ر عدد 2008/26.

- (29) دستور 1989/02/23، ج ر عدد 1989/09.
- (30) تنص المادة 23 من قانون التوجيه العقاري على أن أصناف الملكية العقارية هي: الأملاك الوطنية، أملاك الخواص أو الملكية الخاصة، الأملاك الوقفية.
- (31) القانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالوقف ج ر 1991/21، المعدل بالقانون 07/01 المؤرخ في 2001/05/22، ج ر عدد 2001/29، وبالقانون 10/02 المؤرخ في 2002/12/14، ج ر عدد 2002/83.
- (32) المرسوم التنفيذي رقم 334/2000 المؤرخ في 2000/10/26 المتضمن إحداث وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفية إصدارها وتسليمها، ج ر، عدد 2000/64.
- (33) القرار الوزاري المؤرخ في: 2001/05/26 الذي يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي ج ر عدد 2001/31.
- (34) التعلية الوزارية المشتركة رقم: 2002/09 المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي المنشورة بالدليل القانوني للوقف، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف بالوادى، 2018، ص ص 208-210.
- (35) القانون 01/81 المؤرخ في: 1981/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات، ج ر عدد 1981/06، المعدل بالقانون 03/86 المؤرخ في: 1986/02/04، ج ر عدد 1986/05، الملغى بموجب المادة 40 من القانون 06/2000 المؤرخ في: 2000/12/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2001، ج ر عدد 2000/80.
- (36) المرسوم التنفيذي 269/03 المؤرخ في 2003/07/08، الذي يحدد شروط و كيفية التنازل عن الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة ولداوين الترقية والتسيير العقاري الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004، ج ر عدد 2003/48، المعدل بالمرسوم التنفيذي 211/15 المؤرخ في: 2015/08/11، ج ر عدد 2015/44، والملغى بالمادة 24 من المرسوم التنفيذي 153/18 المؤرخ في: 2018/06/04، ج ر عدد 2018/33.
- (37) المديرية العامة للأملاك الوطنية، مجمع النصوص، تعليمات، مذكرات، 2004، ص ص 106-109.
- (38) القانون 18/83 المؤرخ في: 1983/08/13 المتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية، ج ر عدد 1983/34.
- (39) المرسوم 724/83 المؤرخ في 1983/12/10 الذي يحدد كيفية تطبيق القانون 18/83، ج ر عدد 1983/51.
- (40) المرسوم التنفيذي 289/92 المؤرخ في 1992/07/06، الذي يحدد شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية وكيفية اكتسابها، ج ر عدد 1992/55.
- (41) المرسوم التنفيذي 483/97 المؤرخ في 1997/12/15، المتعلق بكيفية منح حق الامتياز على القطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه، ج ر عدد 1997/83، المعدل بالمرسوم التنفيذي 372/98 المؤرخ في: 1998/11/23، ج ر عدد 1998/88، الملغى بموجب المنشور

الوزاري المشترك 1893 المؤرخ في: 2017/12/14 المتعلق بكيفيات الاستفادة من العقار الفلاحي التابع للأمولاك الخاصة للدولة المخصصة للاستثمار في إطار استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز.⁽⁴²⁾ اسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر 2004، ص 49.⁽⁴³⁾ المديرية العامة للأمولاك الوطنية، مجمع النصوص، تعليقات، مذكرات، منشور، 2013، ص ص 137-142.⁽⁴⁴⁾ المرسوم التنفيذي 34/89 المؤرخ في 1989/12/19، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، ج ر عدد 1989/54 المعدل بالمرسوم التنفيذي 63/92 المؤرخ في 1992/02/12، ج ر عدد 1992/13، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 251/54 المؤرخ في: 2021/06/06 المتضمن حل الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.