

دور الاجتهاد القضائي في إرساء ميكانيزمات وضوابط إشهار الدعاوى العقارية

The role of the case law to establish mechanisms and restrictions for land publicity of the lawsuit.

Amina Ghenni.

Faculty of Law and Political Science

Univeristy of Mustapha Stambouli, Mascara,

Algeria

Amina.gheni@univ-mascara.dz.

أمينة غني*

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر

الجزائر.

Amina.gheni@univ-mascara.dz

تاريخ القبول: 2022/05/07

تاريخ الاستلام: 2021/12/15

ABSTRACT:

ملخص باللغة العربية:

The land publicity of the lawsuit is one of the most significant current discussions in Procedural law. For this reason, we will examin in this article the role of case law to detrmine and explain the procedure of a publicity lawsuit in land conservation

We will analyze the impact of the case law to ensure legal security and protect land rights.

key words : Land publicity; Case La ; Procedures; Legal security; Land conservation.

يعد موضوع الإشهار العقاري أحد أهم المناقشات حادثة وأهمية في القانون الإجرائي، لهذا السبب نناقش في هذا المقال دور الاجتهاد القضائي في تحديد وتوضيح الإجراء المتعلق بإشهار الدعوى في المحافظة العقارية.

وسوف نتناول أثر الاجتهاد القضائي في ضمان الأمن القانوني وحماية الحقوق العقارية من خلال هذه القاعدة الإجرائية.

الكلمات المفتاحية: الإشهار العقاري؛ الاجتهاد القضائي؛ الإجراءات؛ الأمن القانوني؛ المحافظة العقارية.

* المؤلف المرسل.

مقدمة:

من أهم مؤشرات الحكامة الجيدة، تطوير السياسة العقارية للدولة والعمل على تميمتها¹، وقد عملت مختلف الدول على انتهاج سياسة عقارية يتم التركيز فيها على العين، لذلك سمي بالشهر العيني بدل نظام الشهر الشخصي القديم، والذي كان سائداً في مختلف دول العالم. والجزائر من بين الدول التي تبنت نظام الشهر العيني بداية من سنة 1975، وقد نص المشرع على إخضاع تصرفات معينة للإشهار أمام المحافظة العقارية، بهدف تأمين المعاملات العقارية، وخلق نوع من الثقة لدى الأفراد.

ومن بين التصرفات والعقود التي أخضعها المشرع لإجراء الإشهار نجد بعض الدعاوى العقارية، إذ يمكننا القول أن إجراء الإشهار العقاري يشكل جسر العبور لممارسة حق التقاضي في دعاوى معينة، لكن ولئن كان إشهار الدعاوى العقارية في الجزائر قديم قدم الأخذ بنظام الشهر العيني، إلا أنه وطوال سنوات من التطبيق لازال يطرح ليومنا هذا عدة تساؤلات وإشكالات، حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ وهنا برز دور الاجتهاد القضائي من الناحية العملية، تطبيقاً لما قاله الفقيه السنهاوي: "الاجتهاد القضائي هو المظهر العملي للقانون".

مما تقدم تظهر أهمية الموضوع في الدور الذي يلعبه القضاء في صقل الأحكام الإجرائية، وذلك من خلال رفع اللبس عن كل التساؤلات والإشكالات التي من شأنها أن تثار بخصوص تطبيقها وكذا دوره في دعم الأمن العقاري.

ولقد حظي إجراء الإشهار العقاري باهتمام الجهات القضائية باختلافها (العادية أو الإدارية)، وذلك بالنظر إلى كم الأحكام القضائية الصادرة حوله، ومن هذا المنطلق يمكننا طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن اعتبار أن ما تمخض عن الأحكام القضائية، الصادرة عن أعلى الجهات القضائية بخصوص إجراء الإشهار العقاري كأحد شروط قبول الدعوى، هو كاف لترسيخ وتوضيح معالمه ؟

1 Zeynel Abidin Polat, Mehmet Alkan, "The role of government in land registry and cadastre service in Turkey: Towards a government 3.0 perspective", Land Use Policy, N°92, 2020, p.01.

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا طرح الأسئلة الفرعية التالية:

- ما هي الدعاوى التي تخضع للإشهار العقاري؟
- ما هي الدعاوى التي لا يستلزم إشهارها؟
- كيف يقوم المدعي بإثبات قيامه بالإشهار؟
- ما مصير الدعوى في حالة رفض المحافظ العقاري القيام بالإشهار؟
- هل إشهار الدعوى من النظام العام؟ أين يمكن تصنيف الدفع بعد الإشهار؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي من أجل تحليل الأحكام القضائية والنصوص القانونية والمنهج المقارن وذلك بتسليط الضوء على إجراء الإشهار العقاري في الأنظمة القانونية المقارنة، وما تم الأخذ به في الاجتهادات القضائية.

وتناولنا في المبحث الأول، إجابة عن تساؤلات تتعلق بالدعاوى محل الإشهار؛ إضافة إلى الإشكالات الناجمة عنها. أما في المبحث الثاني، فتطرنا لمدى اعتبار الإشهار من النظام العام، وتدخل التشريع لوضع حد لتباين الأحكام القضائية.

المبحث الأول: إشهار الدعاوى العقارية: تساؤلات تنتظر الإجابة.

يقصد بالشهر أو الإشهار العقاري، مجموعة الإجراءات والقواعد القانونية الملزمة التي تتم على مستوى المحافظة العقارية المختصة، هدفها إعلام الغير بجميع التصرفات القانونية المنصبة على العقارات، سواء كانت كاشفة، منشئة، ناقلة، معدلة أو منهية لحق عيني عقاري أصلي أو تباعي، وبغض النظر عن نوع التصرف كان عقداً أو حكماً قضائياً أو قراراً إدارياً، وسواء كان مصدر الحق تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية¹.

لكن الشهر العقاري لا يقتصر فقط على الحقوق العينية التي ترد على العقار سواء كانت أصلية أو تبعية بل يمتد أيضاً إلى الدعاوى القضائية إذا كان موضوعها

1 ليلي زروقي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عن القيد، مجلة الموثق، الجزائر،

يتعلق بحقوق مشهورة¹، والهدف من شهر الدعاوى القضائية إعلام وتحذير الغير بأن الحق المراد التصرف فيه موضوع خلاف ودعوى قضائية². ما يجزنا في هذا المقام إلى تساؤل يتعلق بالمقصود بالغير، فلم يعط المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات تعريفا للغير، مما يستوجب علينا الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون، التي تعتبر الغير كل شخص لم يكن طرفاً في العقد. وقد عرفت محكمة النقض البلجيكية الغير في مجال الشهر العقاري بأنه: "كل شخص لم يكن طرفاً في العقد غير المسجل، ولا فرق بين أن تكون المصلحة التي يتذرع بها قد نشأت عن حق عيني على العقار أو عن أي سبب آخر مشروع"³.

ولقد أثارت مسألة إشهار الدعاوى عدة تساؤلات حول الدعوى محل الإشهار في حد ذاتها (المطلب الأول)، كما أن تطبيق مثل هذا الشرط الإجرائي قد نتج عنه عدة إشكالات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدعاوى محل الإشهار العقاري.

لأول وهلة سنعتقد أن كل الدعاوى العقارية تخضع لشرط الإشهار أمام المحافظة العقارية، لكن هذا الشرط لا ينطبق على جميع الدعاوى، فبالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع الجزائري قد قام بحصر الإشهار العقاري في دعاوى معينة، تتمثل في: دعاوى الفسخ أو الإبطال، أو التعديل، أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها؛ لكن قبل الخوض في هذا الأمر بالتفصيل، يتوجب علينا ابتداءً أن نستعرض ما أقرته التشريعات المقارنة بخصوص شرط إشهار الدعاوى.

1 لبيض ليلي، شهر الدعاوى القضائية في القانون الجزائري (قراءة في نصي المادتين 17 و519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08)، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 09، ص 310.

2 مذكرة مؤرخة في 2001/01/28 تحت رقم 507، صادرة عن المديرية العامة للأمن الوطني بعنوان منازعات -قواعد شكلية في الإجراءات- شهر الدعاوى القضائية.

3 حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص ص 401-402.

ففي القانون الفرنسي نجد أن الدعاوى التي تخضع للإشهار العقاري La publicité foncière هي: دعاوى الفسخ؛ التعديل؛ الإلغاء؛ أو نقض أعمال تم إشهارها¹، وبالتالي فإن المشرع الجزائري مقارنة بنظيره الفرنسي قد وضع دعوى الإبطال Nullité، وذلك بالنظر لخصوصية دعوى الإلغاء في النظام القضائي الجزائري وتمييزها عن دعوى البطلان المعروفة في القانون المدني -وهو ما سنتطرق له لاحقاً-

أما بالرجوع إلى التشريع المغربي نجد بأنه قد قام أيضاً بتحديد الدعاوى التي تستوجب الإشهار العقاري وتتمثل في: الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني على هذا العقار تقيد تقييداً احتياطياً للاحتجاج بها في مواجهة الغير².

أما المشرع المصري فعلى عكس التشريعات السابقة لم يحم بحصر الدعاوى بل ذكرها على سبيل المثال، فمثلاً نصت المادة 3/65 من قانون المرافعات المصري على ضرورة إشهار دعوى صحة التعاقد أنه: "لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها"، ونصت المادة 32 من قانون السجل العيني لسنة 1964 على أن الدعاوى التي تتضمن طلبات إجراء التغيير في بيانات السجل العيني يجب أن تشهر.

الفرع الأول: الدعاوى التي تستلزم الشهر.

من استقراء النصوص القانونية الخاصة بإشهار الدعاوى، يتضح لنا أنه يتم تحديد الدعاوى التي تخضع لهذا الإجراء (أولاً) من خلال نوع الحق محل الدعوى، و(ثانياً) من خلال موضوعها؛ ومن هذا المنطلق استقر الاجتهاد القضائي على رفض الدعاوى الأخرى (ثالثاً).

1 Philippe Simler, Philippe Delebeque, *Droit civil : Les sûretés la publicité foncière*, Dalloz, Paris, 2016, p.835.

2 إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14/07، دار نشر المعرفة، المغرب، 2013، ص 141.

أولاً: الدعاوى التي تستوجب الإشهار بالنظر إلى الحق محل الدعوى.

نصت المادة 3/17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقاً للقانون".

كما نصت المادة 16 مكرر من الأمر رقم 74/75 المدرجة بموجب المادة 35 من قانون المالية لسنة 2019 على أنه: "تشهر بالسجل العقاري الممسوك بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً، كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر سنده ..."¹.

نفهم من خلال نص المادتين أن الدعاوى التي يستلزم القانون شهرها، هي تلك التي يكون موضوعها عقار أو حق عيني عقاري، لكن بشرط أن يكون هذا الأخير مشهراً، ذلك أن الدعاوى التي تتعلق بعقار أو حق عيني غير مشهر لا تستلزم الشهر.

وهو الأمر الذي أخذت به المحكمة العليا بموجب قرارها الصادر بتاريخ 24 مارس 2000؛ فجاء في حيثياتها²: "وحيث فعلاً أن المادة 85 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93/123 المؤرخ في 19/05/1993 تنص على أن "الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ، أو إبطال، أو إلغاء، أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق (سندات) تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم شهرها مسبقاً، وإذا تم إثبات هذا الشهر بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشيرة الشهر.

وحيث لما كانت الدعوى الرافعة ترمي إلى إلغاء عقد الشهرة الذي أعده الطاعن بتاريخ 14 أفريل 1992 أمام الموثق (م.ت) في إطار المرسوم 83/352 كما يتضح من الإجراءات المتبعة في الدعوى، وهو السند الذي تم شهره أمام

1 القانون رقم 18/18، المؤرخ في 27 ديسمبر 2018، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج.ر، عدد 79، مؤرخة في 2018/12/30.

2 قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 24 مارس 2000، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، الجزء الأول، 2004، ص 166.

المحافظة العقارية بتبسة كما يتبين من تأشير المحافظ العقاري عليه، فإن قضاة المجلس بعدم مراعاتهم أحكام المادة 85 من المرسوم 63/76 أعلاه والمحتج بها أمامهم من قبل الطاعن، لكون المطعون ضدهم كمدعين أصليين لم يشهروا دعواهم يكونون قد خالفوا القانون".

نلاحظ من خلال القرار أن قضاة المحكمة العليا قد طبقوا نص المادة 85 وذلك بإخضاع شهر الدعاوى لشروطين هما:

الشرط الأول: أن تكون الدعوى متعلقة بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق وهو ما يتحقق في الدعوى لأنها تتعلق بإلغاء عقد الشهرة.

الشرط الثاني: أن تكون هذه الحقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها؛ وفي القضية نجد أن المحكمة العليا قد أشارت إلى أن عقد الشهرة قد تم شهره أمام المحافظة العقارية.

على النقيض من ذلك نجد أن المشرع المصري قد نص على شهر الدعاوى المتعلقة بعقار أو حقوق عينية عقارية حتى ولو كانت غير مشهرة، وذلك عن طريق تسجيلها، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 15 فقرة 1 و2 من قانون الشهر العقاري: " فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر، تسجل تلك الدعاوى"¹.

ثانياً: الدعاوى التي تستوجب الإشهار بالنظر إلى موضوعها.

حسب المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الدعاوى التي تسلم الإشهار، هي تلك التي يكون موضوعها إما الفسخ، أو الإلغاء، أو الإبطال، أو النقض، أو التعديل. في مقابل ذلك نجد دعاوى أخرى لم يذكرها المشرع في نص المادة، ولكنها تستلزم أيضاً الإشهار لدى المحافظة العقارية.

1- الدعاوى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما قلنا أعلاه فإن المشرع حدد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية خمس دعاوى تستوجب الإشهار لدى المحافظة العقارية وهي: الفسخ، الإلغاء، الإبطال، النقض، التعديل، فماذا نعني بها؟

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 9، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 3، لبنان، 2009، ص 407.

أ- الفسخ:

نقصد بالفسخ حل الرابطة التعاقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه. فالفسخ هو جزاء إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، فينتج عن ذلك تحرر المتعاقد الآخر نهائياً من الالتزامات التي يربتها العقد في ذمته¹، وهو ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري، بقولها: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه". فالفسخ هو جزاء واقعة تحدث بعد إبرام العقد، تتمثل في عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، سواء بصفة كلية أو جزئية².

مع الإشارة في هذا السياق بأن القضاء المصري في أحدث قراراته، قد أخرج من خانة دعاوى الفسخ التي تخضع للإشهار، تلك المتعلقة بعقد البيع العرفي، ما دام أنها تتعلق بحق شخصي وليس بحق عيني؛ وذلك بموجب القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 25 مارس 2019، وجاء تسببه كمايلي: "... يستندان إلى حق شخصي وليس حق عيني، ومن ثم لا محل لشهر صحيفة الدعوى، باتخاذ إجراءات السجل العيني، إذ ليس هناك مساس بالبيانات الواردة في السجل..."³.

إذاً فالقول الفصل في إلزامية إشهار الدعوى أمام المحافظة العقارية هو عدم المساس بما هو وارد في السجل الخاص بالعقار. وهو نفس منحى القضاء في فرنسا، الذي يرفض دائماً إشهار الدعاوى التي لا ينتج عنها تغيير في وضعيّة العقار مثل دعوى الاستحقاق، إذ برأيه أن هذه الدعوى لا تزيل ملكية المدعى عليه بأثر رجعي ولا تهدف إلى نقل حق عيني لصالح المدعي، بل هي ترمي إلى تأكيد حق الملكية فقط دون أن تمتد إلى إنشاءه أو نقله⁴.

1 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 348.

2 Yannick Pagnerre, "Rupture du contrat par annulation", JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc.172, N°04.

3 محكمة النقض المصرية، طعن رقم 8415، لسنة 82 قضائية، جلسة 25 مارس 2019.

4 Nicolas Le Rudulier, "Assignment en revendication et publicité foncière", AJDI, 2014, p.304.

ب- الإبطال:

ويقصد بالإبطال أو البطلان النسبي كما يعبر عنه المشرع الجزائري هو جزء تخلف شرط من شروط صحة العقد، كعدم توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد لدى كلا من المتعاقدين، أو أن الإرادة قد شابها أحد عيوب الرضا وهي الغلط، الإكراه، التدليس، الغبن أو الاستغلال، أو الحالات الأخرى الخاصة التي يقرر فيها القانون البطلان النسبي مثل بيع ملك الغير، فهو بذلك يختلف عن البطلان المطلق الذي نقصد به الجزء المترتب عن العقد الذي تخلف فيه شرط من شروط الإنعقاد¹. لكن المشرع في قانون الإجراءات المدنية لم يقصد فقط البطلان النسبي، بل أن مصطلح الإبطال يراد منه كلا من البطلان النسبي والمطلق، وهذا الأخير نعني به الجزء المترتب عن تخلف أحد أركان العقد، ولا يترتب عنه أي أثر².

ج- الإلغاء:

مبدئيا إن مصطلح الإلغاء يلحق فقط القرارات الإدارية، ولقد استعمله المشرع الجزائري في المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: "... دعاوى إلغاء القرارات الإدارية..." وفي المادة 901: "... دعاوى الإلغاء..." في القرارات الإدارية"، وكذا في المادة 912: "... تبرير إلغاء القرار الإداري المطعون فيه". ويقصد بدعوى الإلغاء، الدعوى التي يرفعها صاحب المصلحة أو من ينوب عنه أمام الجهة القضائية المختصة، يطلب من خلالها إلغاء القرار الإداري³. وبالتالي فإن الإلغاء لا يخص العقود الإدارية كما ذهب إليه بعض الأساتذة، مستدلين في ذلك على طلبات إلغاء عقود التنازل التي تمت في إطار القانون رقم 01/81 المؤرخ في 1981/02/07، المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للقطاع العمومي⁴؛ وإنما يخص القرار الإداري المتمثل في الدعاوى العقارية في

1 بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 172.

2 محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 235.

3 عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 96.

4 حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، طبعة جديدة 2014 في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 256.

الدفتري العقاري باعتبار أنه قرار إداري، إذ سبق لمحكمة التنازع أن أعطت للدفتري العقاري وصف القرار الإداري، وذلك بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 16 ماي 2011 قضية¹. أما فيما يخص عقود التنازل، فلقد اعتبرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أن العقد المتضمن التنازل عن أملاك الدولة يعتبر قراراً إدارياً، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 09-02-1998².

د- نقض الحقوق:

يقصد بمصطلح النقص هو الرجوع في العقد³، فهو تمكين المتعاقد من إنهاء العقد بإرادته المنفردة. ولم يعرف المشرع الجزائري نقض العقد، غير أنه ذكر بعض حالاته تحت تسميات مختلفة مثل: الرجوع في الهبة - المادة 211 من قانون الأسرة -، ولقد استعمل في المادة 32 من قانون رقم 04/11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية التي تسمح لصاحب حق الحفظ بطلب فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت من خلال إنجاز المشروع العقاري⁴.

ولقد ربط الأستاذ علي فيلاي فكرة النقص بالقانون الإداري لما تتمتع به الإدارة من سلطات انفرادية في مواجهة المتعاقد معها، إذ لها أن تنقض العقد دون الحاجة إلى موافقة المتعاقد معها، وانتهى إلى تعريف النقص بأنه: "سلطة قانونية أو اتفاقية يتمتع بها المتعاقد في إنهاء العقد بإرادته المنفردة"⁵.

ونحن لا نتفق مع هذه الفكرة، لأن الإدارة في إطار العقد الإداري تملك إمكانية الفسخ الانفرادي في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، وليس النقص.

1 قرار صادر عن محكمة التنازع، بتاريخ 16 ماي 2011 قضية ورثة (ق.م) ضد (ق.ع)، ملف رقم 111، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2011، ص 387 .

2 حمدي باشا عمر، حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، الطبعة 12، دار هومة، الجزائر، ص 75.

3 حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 256.

4 علي فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص ص 376-377.

5 علي فيلاي، المرجع السابق، ص 378.

هـ - التعديل:

لم يكن منصوباً عليه في المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وإنما أضافه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نص المادتين 515 و 519 منه، ويقصد بتعديل العقد مراجعة بعض بنوده أو إعادة النظر في بعض عناصره من خلال حذف شرط، أو إضافة آخر أو تعديل التزامات المتعاقدين أو شروط تنفيذها¹.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا قد استعملت مصطلح التعديل بخصوص دعاوى تتعلق بالدفاتر العقارية، نذكر على سبيل المثال: القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 23 أبريل 2008²، وجاء في حيثياتها: "لكن ولما تبين لقضاء الموضوع استناداً إلى العقود الرسمية المحتج بها من قبل المدعى عليهم والقسمة القضائية المصادق عليها بالحكم الصادر بتاريخ 1984/03/28، وما خلصت إليه الخبرة من أن هذه العقود مطابقة للأرض ميدانياً، وأن الدفتر العقاري المحتج به والمؤسس عليها لا يتطابق ميدانياً بالنسبة للجزء المتنازع عليه من القطعة الأرضية، فإن ذلك ينقص من حجية الدفتر العقاري ويجعله قابلاً للتعديل".

فدعاوى القسمة أو ما يعرف بدعاوى الخروج من الشيوخ، تخضع بدورها للإلزامية الشهر، لأن الدفتر العقاري محل هذه الدعاوى يكون قابلاً للتعديل.

2- الدعاوى المنصوص عليها في قوانين أخرى:

إن كان المشرع قد اكتفى في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخمس دعاوى تستوجب الإشهار لدى المحافظة العقارية؛ فإنه في مقابل ذلك نجد في نصوص خاصة، دعاوى أخرى تستلزم أيضاً الشهر ويتعلق الأمر ب: دعاوى الاعتراض على نتائج التحقيق العقاري؛ الدعاوى المتعلقة بالترقيم المؤقت.

1 المرجع نفسه، ص 382.

2 قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008، تحت رقم تحت رقم 448919، قضية ورثة (ع.ق)، وورثة (ر.ص) ضد (ج.س)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص 227.

أ- دعاوى الاعتراض على نتائج التحقيق العقاري:

نصت المادة 12 من القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27 فيفري 2007، المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري¹، على أنه في حالة ما إذا كانت هناك اعتراضات أو احتجاجات ماثرة من طرف الملاك أو الحائزين المجاورين، أو أي مدع بالحق العيني محل عملية التحقيق العقاري، فإن المحقق العقاري يحاول مصالححة الأطراف ويحدد تاريخ لذلك، فإذا تم التوصل إلى اتفاق يحرر محضرا بالصلح، أما إذا لم يتم التوصل إلى نتيجة، فيقوم بتحرير محضر بعدم الصلح؛ وفي هذه الحالة يجوز للمعتراض رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة خلال شهرين من تاريخ تسلمه المحضر، تحت طائلة الرفض، ويجب إشهار عريضة افتتاح الدعوى.

ولقد حددت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 19 ماي 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وسندات الملكية²، أجل 8 أيام على الأكثر من تاريخ انتهاء مدة شهرين ولذلك لإشهار عريضة افتتاح الدعوى، ويتم الإشهار في هذه الحالة عن طريق التأشير على مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة من خلال فتح بطاقة شخصية باسم المدعي مع ذكر الإطار القانوني الذي رفعت فيه الدعوى وتعيين العقار محل النزاع. ويتم توقيف عملية التحقيق العقاري إلى غاية صدور حكم قضائي، وإذا لم يتم إشهار العريضة في الأجل المحدد، تستمر عملية التحقيق العقاري دون الأخذ بعين الاعتبار الاحتجاجات أو الاعتراضات، وهو ما نصت عليه المادة 19 من المرسوم التنفيذي 147/08 وعلى مدير الحفظ العقاري تبليغ المعني بالأمر.

1 القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007، المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، ج.ر، عدد 15، مؤرخة في 28 فيفري 2007.

2 المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المؤرخ في 19 ماي 2008، المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وسندات الملكية، ج.ر، عدد 26، مؤرخة في 25 ماي 2008.

ب- الدعاوى المتعلقة بالترقيم المؤقت:

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 15 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم¹ على وجوب شهر الدعاوى المرفوعة ضد الترقيم المؤقت.

ثالثاً: الدعاوى التي لا تستوجب الشهر.

هناك بعض الدعاوى وبالرغم من أنها تتعلق بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر، إلا أنها لا تخضع لضرورة إشهارها أمام المحافظة العقارية، مادام أنها ليست من الدعاوى التي تطرقنا إليها أعلاه والمتمثلة في الإلغاء، أو الفسخ، أو الإبطال، أو التعديل أو النقص. وهو ما طبقه القضاء الجزائري سواء المحكمة العليا أو مجلس الدولة في العديد من القرارات، ومن بين هذه الدعاوى نذكر:

1- دعوى الطرد:

بالرغم من أنها تتعلق بعقار ولكنه لا يستلزم شهرها، وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، نذكر من بينها: قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 14 جويلية 2011²؛ وجاء في حيثياته بخصوص عدم إشهار دعوى الطرد: "ولكن، وحيث أن النزاع منصب على المطالبة بالطرد من الأماكن المبنية على قطعة فلاحية ولا يخص أي تصرف من التصرفات الواردة بالمادة 85 من المرسوم 63/76، المتعلق بتأسيس السجل العقاري حتى يتسنى شهر العريضة، ومن ثم فالفرع المثار غير سديد".

1 المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19 ماي 1993 المعدل والمتمم للمرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج.ر، عدد 34، مؤرخة في 23 ماي 1993.

2 قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 14 جويلية 2011، تحت رقم 65980، قضية (ت.م) ومن معه ضد المستثمرة الفلاحية الفردية (ب.ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 179.

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 12 مارس 2008؛ دفع الطاعنان على الخصوص بمخالفة المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بالسجل العقاري فالسيدة (ب.ي)، لم تقم بشهر دعوى الطرد. فأجابت المحكمة العليا على ذلك بما يلي: "وأما عن مخالفة المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بالسجل العقاري الخاصة بشهر العريضة، لكن حيث بالرجوع إلى هذا النص الذي يستوجب شهر الدعاوى التي يكون موضوعها يرمي إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها... إلا أن دعوى الحال موضوعها الاعتداء على القطعة الأرضية التي تنتفع بها المطعون ضدها ومن ثم فالنص لا يجد تطبيقه في دعوى الحال"، فدعوى الطرد من عقار لا تدخل ضمن الدعاوى الواجبة الشهر. وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن المذكرة الصادر مؤخراً عن المديرية العامة للأموال الوطنية²، قد كرست ما استقر عليه القضاء، وذلك بأن أخرجت دعاوى الطرد من دائرة الدعاوى الخاضعة للإشهار أمام المحافظة العقارية.

2- دعوى الشفعة:

إن مدلول الشفعة يقتضي أولاً أنه حق من الحقوق العينية، وهي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار³، ولهذا السبب لم يشترط القضاء إشهارها، وهو ما طبقته المحكمة العليا سواء قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو بعده.

ففي قرار صادر بتاريخ 26 افريل 2000، اعتبرت المحكمة العليا أن دعوى الشفعة قد خصها المشرع بأحكام خاصة، وحدد شروط ممارستها بمقتضى المواد من

1 قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 12 مارس 2008، تحت رقم 440769، قضية (ع.م.ل.أ) ضد (ب.ي) مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008، ص 221.

2 المذكرة رقم 2316، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، بتاريخ 25 فيفري 2019، المتعلقة بالإشهار العقاري-الدعاوى القضائية.

3 دلدان رشيد عبد الكريم، دلدان فرزندة زيباري، "الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية"، المجلة العربية للنشر العلمي، مركز البحث وتطوير الموارد البشرية رماح، الأردن، العدد 16، 2020، ص

794 إلى 807 من القانون المدني كما أنها تخرج من نطاق الدعاوى الخاضعة للإشهار¹.

وفي قرار آخر لها اعتمدت على تعريف الشفعة، إذا جاء تسببها كآلاتي: "إن دعوى الشفعة ما هي إلا رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار"، وأضافت: "لا تدخل ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية".

نلاحظ أن القضاء غالباً ما يستند في تسببه على الدعاوى التي خصها المشرع بالإشهار العقاري في إلزام منه بحرفية النص مع إضافات طفيفة لتكيف حسب نوع الدعوى.

ولقد تعرض هذا الاتجاه في عدم إلزامية إشهار دعوى الشفعة إلى النقد، حيث أعتبر البعض أن الدعوى المتعلقة بالشفعة، قد ينتج عنها تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه للغير، وهو ما قد يلحق ضرراً بالشفيع، كما قد يرتب حقوقاً عينية للغير²؛ ونحن ندعم هذا الرأي تجنباً لعنصر المفاجأة.

3- الدعاوى المتعلقة بالأراضي التي لم يشملها المسح:

في قرار صادر لها صادر بتاريخ 29 فيفري 2000³، استنتجت المحكمة العليا الدعاوى التي يكون محلها الأراضي التي لم يشملها المسح، والتي لازالت خاضعة لنظام الشهر الشخصي من شرط إشهار العريضة، وجاء في حيثياته بخصوص ذلك ما يلي: "ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الأرض محل النزاع لم

1 قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 26/04/2000، تحت رقم 194437، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000، ص 159.

2 محمدي سليمان، ضرورة تعميم شهر جميع الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، العدد 01، 2003، ص 82.

3 قرار صادر المحكمة العليا، بتاريخ 29 فيفري 2000، تحت رقم 190765، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء 02، الطبعة 02، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 134.

يتم فيها مسح الأراضي العام، وعليه فإن إشهار العريضة الافتتاحية ليس شرطاً فيه، والذي مازال الإشهار فيه شخصياً "...".

4- دعوى إتمام إجراءات عقد الوعد بالبيع:

بالرغم من أن هذه الدعوى تتعلق بحق عيني عقاري، إلا أن القضاء دأب على استثناءها من إجراء الإشهار العقاري، وذلك على أساس أنها: "لا تتضمن نقل حقوق عقارية"¹.

الفرع الثاني: إجراءات إشهار الدعاوى.

إن إجراء الشهر قد يتمثل إما في التسجيل على البطاقة العقارية للعقار، إذا كان الأمر يتعلق بحقوق عينية أصلية كحق الملكية، أو في القيد إذا كان يتعلق بالحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي أو بالتأشير الهامشي إذا كان متعلقاً بالدعاوى القضائية².

وبالرجوع إلى نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثالثة فإن شهر الدعوى نقصد به شهر عريضة افتتاح الدعوى لدى المحافظة العقارية، واشترط المشرع تقديمها في أول جلسة تحت طائلة عدم قبولها شكلاً ما لم يثبت المدعي إيداعها للإشهار.

المطلب الثاني: الإشكالات الناتجة عن إلزامية شهر الدعاوى العقارية.

قد ينتج عن شرط إشهار الدعاوى إشكالات أهمها تلك المتعلقة بكيفية إثبات الإشهار من جهة، ومن جهة أخرى فإن أهم إشكال من الممكن أن يعترض المتقاضين هو رفض المحافظ العقاري القيام بشهر الدعوى، تلك الأسئلة التي سنحاول الإجابة عنها كالاتي:

1 قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 2013/12/12، تحت رقم 809194، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013، ص 339.

2 جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 111.

الفرع الأول: إثبات الإشهار.

قد يتسأول البعض عن الوسائل التي يتم من خلالها إثبات الإشهار، فهي تتم: إما بموجب شهادة تسلم من قبل المحافظ العقاري الكائن بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه، أو بالتأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على القيام بالإشهار¹، وهو ما أكدته المذكرة رقم 2316 -المذكورة أعلاه-، حيث نصت على أن الإشهار يتم إثباته بواسطة العريضة ممهورة بتأشير الإشهار، أو بواسطة وصل إيداع يسلم من طرف المحافظ العقاري.

الفرع الثاني: رفض المحافظ العقاري إجراء الإشهار.

في حالة ما إذا تقدم المدعي أمام المحافظة العقارية ليقوم بإشهار عريضة افتتاح الدعوى التي قام بتسجيلها لدى أمانة ضبط الحكمة المرفوع أمامها النزاع؛ غير أن المحافظ العقاري رفض إشهارها أو رفض إيداعها. فما مصير الدعوى المرفوعة في هذه الحالة ؟

بالرجوع إلى قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران بتاريخ 2005/12/17²، نجد أنه تم الحكم برفض الدعوى لعدم شهر عريضة افتتاح الدعوى، بالرغم من أن المدعين لم يتمكنوا من شهر عريضة افتتاح الدعوى، لأن المحافظ العقاري رفض شهرها. وعليه نستخلص أن المحافظ العقاري لديه سلطة رفض إجراء الشهر، فهل الرفض يخضع لسلطته التقديرية أم أن هذه السلطة مقيدة بشروط معينة ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تكون بالنفي، فالمحافظ العقاري تكون سلطته مقيدة اتجاه العرائض التي تقدم له من أجل شهرها، وقد احتاج الأمر إلى تدخل تنظيمي من طرف المديرية العامة للأموال الوطنية عن طريق المذكرة رقم 2316-المذكورة أعلاه-، إذ ألزمت أن يكون قرار الرفض معللاً تعليلاً كافياً إما عن طريق إصدار مذكرة رفض الإيداع أو مذكرة رفض الإجراء.

1 حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 254.

2 قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران، بتاريخ 17 ديسمبر 2005، قضية (ع.ف) ومن معها ضد والي ولاية تلمسان، قرار غير منشور.

- أما أسباب الرفض فحددها في النقاط التالية:
- أن لا يكون الحق العيني موضوع النزاع مشهراً بالمحافظة العقارية أو أن لا يكون معينا تعييناً كافياً.
- أن الحق لم يعد متوفراً كلياً أو جزئياً بين يدي الخصم أو المدخل في الخصام أي تم التصرف فيه.
- أن لا يكون موضوع النزاع متعلقاً بالفسخ، أو الإلغاء، أو الإبطال، أو النقض.

ونحن نرى أن القاضي يملك السلطة التقديرية في هذه الحالة إما بقبول الدعوى أو رفضها إذا ما أثبت المدعي مساعيه للقيام بالإشهار، وقد اعتبر مجلس الدولة أن القرار الصادر عن المحافظ العقاري، والمتضمن رفض إشهار عريضة افتتاح الدعوى هو قرار إداري يمكن الطعن فيه بالإلغاء، وذلك بموجب القرار الصادر عنه بتاريخ 26 فيفري 2015¹.

المبحث الثاني: إشهار الدعاوى من النظام العام.

ذكرنا أن عدم شهر عريضة افتتاح الدعوى يترتب عنه رفضها شكلاً، لكن هل الشهر من النظام العام ؟ بمعنى هل يثيره القاضي من تلقاء نفسه ؟ بخصوص هذه المسألة فإن مواقف أعلى الجهات القضائية متباينة؛ فتارة يعتبر شهر الدعوى من النظام العام وتارة أخرى لا يعتبرها من النظام العام، ذلك ما سنوضحه من خلال ما يلي:

المطلب الأول: عدم استقرار الاجتهاد القضائي.

أثارت مسألة مدى اعتبار الإشهار العقاري من النظام العام، تبايناً قضائياً بين المحكمة العليا (الفرع الأول)، ومجلس الدولة (الفرع الثاني). وقبل التطرق إلى موقف القضاء الجزائري بخصوص هذه المسألة، نشير إلى أن القضاء الفرنسي أيضاً

1 قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2015/02/26، قرار غير منشور، أشار إليه: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، ط.16، دار هومة، الجزائر، 2019، ص 245.

عرف بدوره مواقف متباينة؛ والسبب راجع إلى طبيعة الحماية في حد ذاتها، فإشهار الدعوى مقرر من جهة لحماية المصلحة العامة، وفي نفس الوقت مقرر لحماية ذوي الحقوق، لكن محكمة النقض الفرنسية لطالما أكدت على أنه لا يعتبر من النظام العام، وأن الأطراف وحدهم من يملكون الصفة لإثارته، مادام أنه يهدف إلى حماية مصالحهم الخاصة¹.

الفرع الأول: موقف المحكمة العليا اتجاه إشهار الدعاوى.

بالرجوع إلى القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 2002/10/09²؛ نجد بأنها قد قضت بإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو، على أساس أن قضاة الموضوع أخطئوا حينما قاموا بإثارة عدم شهر العريضة من تلقاء أنفسهم؛ لأن هذا الإجراء تقرر لمصلحة المدعي وجاء في حيثياتها: "ومن ثمة يكون إجراء شهر العريضة الافتتاحية للدعوى مقرر لمصلحة المدعي المحضة ولا يرمي إلى حماية المصلحة العامة، ولا مصلحة المدعي عليه، وبذلك وقع قضاة الموضوع في خطأ في تطبيق القانون عندما طبقوا التشريع الفرعي وطرحوا التشريع الأعلى، واعتبروا ذلك الإجراء متعلقاً بالنظام العام".

إن قرار المحكمة العليا اعتمد على المفاضلة بين التشريع الأعلى المتمثل في قانون الإجراءات المدنية القديم الذي لم يكن ينص على شهر الدعاوى المتعلقة بعقار، وبين التشريع الفرعي المتمثل في المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، معتبراً أنه وانطلاقاً من مبدأ تدرج القوانين فإنه في حالة التعارض بين التشريع والتشريع الفرعي فإنه يطبق التشريع الأعلى ويطرح التشريع الأدنى.

برأينا فإن هذا الاتجاه خاطئ؛ لأن هذا التعارض ليس له وجود من الأساس؛ فقانون الإجراءات المدنية القديم لم يكن ينص البتة على إجراء الشهر، وكان منصوفاً عليه في المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وانطلاقاً

1 Philippe Delebecque, "Publicité foncière. Action en résolution d'un acte soumis à la publicité foncière. Irrecevabilité de la demande. Moyen soulevé d'office", RDI, 1992, p.106.

2 قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 09 أكتوبر 2002، تحت رقم 264463، قضية (ن.س) ضد (ن.ش)، المجلة القضائية، عدد 02، 2002، ص 232.

من مبدأ الخاص يقيد العام فإن إجراء الشهر وخلافاً لما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا يعتبر شرطاً استثنائياً لقبول الدعاوى إذا ما تعلق موضوعها بعقار و/ أو حقوق عينية عقارية. كما أن القول بأن إجراء الشهر قد تقرر لمصلحة المدعي فهذا القول مردود لأن الشهر في حد ذاته يعتبر طريقة تيسر لذوي الشأن معرفة التصرفات الواقعة على عقار¹، وذوي الشأن لا نقصد بهم فقط المدعى أو المدعى عليه بل أي شخص ليس طرفاً في الدعوى ويهمه العقار.

في مقابل ذلك نجد أن المحكمة العليا في غرفتها العقارية قد اعتبرت أن شهر العريضة ليس من النظام العام وعليه لا يمكن إثارته تلقائياً من طرف المحكمة على أساس أن الشهر يهدف لحماية مصالح الخواص، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/25²، وجاء في حثياتها: "... حيث أن قضاة الدرجة الأولى قد أثاروا تلقائياً هذا الدفع وصرحوا بعدم القبول. ولكن حيث أن للأطراف وحدهم الصفة لإثارة عدم القبول الناجم عن الشهر المسبق المنصوص عليه بهدف حماية مصالح الخواص".

برأينا فإن موقف المحكمة العليا قد أصاب هذه المرة؛ لأنه ذكر الفائدة الأساسية من الشهر والمتمثلة في حماية مصالح الخواص، ومن ثم فإن الشهر لا يعد من النظام العام. وهو ما طبقته محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها، بحيث اعتبرت أن المدعى عليه وحده من يملك حق الدفع بعدم إشهار العريضة³.

الفرع الثاني: موقف مجلس الدولة.

انطلاقاً من القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2000/03/27⁴ والقرار الصادر بتاريخ 2000/06/12⁵، نلاحظ أن مجلس الدولة اعتبر شهر الدعوى شرطاً لقبول الدعوى، وذلك من خلال قوله تارة: "وبما أن القضية تتعلق

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 435.

2 حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 245.

3 Philippe Simler, Philippe Delebeque, Op.cit, p.835.

4 حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 243.

5 المرجع نفسه، ص 243.

بإبطال حقوق عينية عقارية ثابتة بعقود مشهورة وعليه يتعين عدم قبول دعوى المستأنف شكلاً، وتارة أخرى قوله: "ففي الدعاوى العقارية والإدارية المتعلقة بعقار والرامية إلى إبطال العقود المشهورة بالمحافظة العقارية تشترط المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل بالمرسوم رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19، لقبول الدعوى شهر العريضة الافتتاحية مسبقاً لدى المحافظة العقارية المشهر لديها العقد، وهو شرط لقبول الدعوى".

نلاحظ من خلال هذين القرارين أنه لا يوجد ما يدل على أن مجلس الدولة قد اعتبر شهر الدعاوى العقارية من النظام العام، بل اكتفى بذكر أنها شرط لقبول الدعوى. إن هذه القرارات قد جاءت قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذن فالسؤال الذي نطرحه في هذا الصدد بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية: هل يوجد ما يدل على أن المشرع قد اعتبر شهر الدعاوى العقارية من النظام العام ؟ ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: تدخل المشرع: موقف حاسم أم غامض؟

نصت المادة 3/17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقاً للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، ما لم يثبت إيداعها للإشهار".

من خلال نص المادة، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يربط شهر الدعاوى العقارية بالنظام العام، وإنما اعتبرها من بين شروط قبول الدعوى المتعلقة بعقار و/أو حق عيني عقاري. لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هل شهر الدعاوى العقارية يدخل ضمن الدفوع الشكلية أم ضمن الدفوع بعدم القبول ؟

اعتبر الأستاذ عبد السلام ديب أن شهر الدعاوى العقارية يعتبر دفعا بعدم القبول¹، لكننا نخالف رأيه فحسب رأينا فإن عدم شهر العريضة الافتتاحية التي يكون

1 عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة 3، موفم للنشر، 2012، الجزائر، ص 87.

موضوعها عقار و/أو حق عيني عقاري، لا ينتج عنه انعدام الحق في التقاضي؛ لأنه يمكن تصحيح ذلك الإجراء بإجراء لاحق أثناء سير الدعوى، أو إعادة رفع الدعوى من جديد بعد القيام بعملية الإشهار، فيزول الإجراء الباطل بعد أن يقوم به المدعي بشكل صحيح¹، وهو ما يتوافق مع الأحكام المترتبة عن الدفع الشككية، حيث نصت المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يقضي ببطلان إجراء من الإجراءات القابلة للتصحيح إذا زال سبب ذلك البطلان بإجراء لاحق أثناء سير الخصومة".

فالدفع الشكلي، كما عرفه الدكتور أحمد أبو الوفا هو: "وسيلة دفاع، وهو موجه إلى إجراءات الخصومة، دون المساس بأصل الحق المدعى به، ويقصد به تقاضي الحكم مؤقتاً في الموضوع"².

ضف إلى ذلك فإن الدفع الشكلي لا يترتب عنه استنفاد المحكمة لولايتها، إذ يحق للخصم إعادة رفع الدعوى من جديد بعد قيامه باستيفاء الإجراء الذي أدى إلى البطلان³، فالمعلوم أن الدفع الشككية توجه إلى إجراءات الدعوى وليس لموضوعها، هذا الأخير لا تتطرق له المحكمة، وبالتالي فهي لا تستنفذ ولايتها بالنسبة للموضوع⁴. بينما الدفع بعدم القبول كانهاء الصفة أو التقادم فلا يمكن تصحيحه، إذ الأمر يتعلق بالحق في التقاضي في حد ذاته الذي يعتبر ميثاقاً، فكيف يعقل إحياء شيء بعد موته؟

هذا فيما يخص تصنيف الدفع المتعلق بشهر الدعاوى العقارية، وانتهينا إلى أنه دفع شكلي، يبقى لنا أن نجزم في مسألة اعتباره من النظام العام.

1 نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص 350.

2 أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون أصول المرافعات، الطبعة 8، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988، ص 169.

3 عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية: في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، *ENCYCLOPEDIA* د.س.ن، ص 356.

4 أحمد الجندي، حسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مجمع الأطرش، تونس، 2001، ص 218.

إن بطلان الأعمال الإجرائية يقسم وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى بطلان لعيوب شكلية، وبطلان لعيوب موضوعية، أما الموضوعية فحددها المشرع على سبيل الحصر في نص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتتمثل في انعدام الأهلية للخصوم وانعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

أما فيما يتعلق بالعيوب الشكلية، فلقد نصت المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك"، وهو ما نجده في الفقرة الثالثة من المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نص المشرع صراحة على أن عدم شهر عريضة افتتاح الدعوى يترتب عنه عدم قبول الدعوى شكلاً.

والدفع الإجرائية لعيوب شكلي أصبحت جميعها غير متعلقة بالنظام العام، على أساس أن المشرع تولى تحديدها ولم يربطها بفكرة النظام العام، فالمشرع هو الذي قام بتحديددها وحصرها، بغض النظر عما إذا كانت تتعلق بالنظام العام من عدمه، ولم تبق لفكرة النظام العام بالنسبة للدفع الإجرائية لعيوب شكلي أي أثر، فلا يمكن التمسك أمام القاضي بالدفع الشكلي إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، إلى جانب ذلك، يجب على المتمسك به أن يثبت أنه لحق به ضرر.¹

خاتمة:

من خلال دراستنا لمسنا أن الاجتهاد القضائي الجزائري في مجال شهر دعاوى، ونتيجة لتذبذب مواقفه قد ساهم إلى حد ما في انعدام الأمن القانوني، وهو ما انعكس سلباً على تطور السياسة العقارية في الجزائر.

فعدم ثبات القاعدة الإجرائية، وعدم وضوح معالم تطبيقها، يؤدي دون أدنى شك إلى عدم استقرار المعاملات العقارية، مما يؤدي إلى ضياع الحقوق.

فلقد لاحظنا أن القاضي، يتدخل تارة ويضبط معالم إجراء الإشهار العقاري للدعاوى، ولكنه في العديد من المرات قد يحبس نفسه بين جدران النص القانوني، وهو الأمر الذي استدعى تدخلاً تشريعياً وتنظيمياً لوضع حد للكثير من التساؤلات

1 عمر زودة، المرجع السابق، ص 351.

والإشكالات، وبالتالي لم يلعب القضاء دوره في ترسيخ معالم هذا الإجراء على النحو المنتظر، بالرغم من أنه ليس إجراءص جديداً على المنظومة القضائية في الجزائر. حاولنا من خلال دراستنا أن نبين أين الخلل ونحاول أن نقترح له حلولاً مناسبة، من خلال النتائج والاقتراحات التالية:

أولاً: فيما يخص حصر الإشهار العقاري للدعاوى فقد توصلنا أن تقييده بالسندات المشهورة وبدعاوى معينة فقط، من شأنه أن يجعل العديد من الدعاوى بمنأى عن علم الغير، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى نشوء نزاعات أخرى، وبالتالي فإن هذا الحصر لا محل له، وعليه نقترح إخضاع أي دعوى تتضمن تغييراً في بيانات إجراءات الشهر العيني للإشهار.

ثانياً: خالصنا إلى أن إشهار الدعاوى قد يصبح أكبر عائق أمام المتقاضي، وهو ما يظهر من خلال الإشكالات المرتبطة بأعماله والتي قد تعترض المدعي، خاصة من حيث إثبات القيام بالإشهار في حالة ما إذا رفض المحافظ العقاري الإجراء، أو في الحالة التي يرفض إيداعه، وما ينجر عن ذلك من تعسف في استعمال السلطة، تؤدي إلى طول أمد الدعوى بل وإلى عرقلة مسارها، وفي ذلك مساس خطير بمبدأ حق اللجوء إلى القضاء. وعليه نقترح تقييد سلطة المحافظ العقاري في الرفض عن طريق النص على أجل معين للرد مع ضرورة إفادة المعني بما يثبت مساعيه.

ثالثاً: بالرغم من أن المشرع الجزائري هدف من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تقريب العدالة من المواطن، وعمل على تسهيل إجراءات سير الدعوى، إلا أن إجراء الإشهار العقاري من شأنه أن يشكل عبئاً ثقيلاً على عاتق المتقاضي، إذ بات بالغ التعقيد، إذ يجد المدعي نفسه ما بين مطرقة المحافظة العقارية وسندان المحكمة، وعليه نقترح إدراج إشهار الدعاوى ضمن الجهاز القضائي، وذلك من خلال إنشاء فرع متخصص بالمحكمة المختصة، دوره إشهار الدعاوى، فيكون امتداداً للمحافظة العقارية يتولى من خلالها موظف التنسيق بين الجهة القضائية والمحافظة العقارية في مجال إشهار الدعاوى مع ضرورة تدعيمه بالرقمنة، وهو الأمر الذي سيساهم في حسن سير العدالة وسرعة الفصل في الدعاوى.

رابعاً: في الختام توصلنا إلى عدم ثبات القاعدة الإجرائية وما قد يترتب عنه من عدم استقرار للحقوق، وهو ما يظهر من خلال مسألة اعتبار الإشهار العقاري للدعوى من النظام العام، التي قد أثارت الكثير من الجدل، وذلك ما بين اعتبارها وعدم اعتبارها من النظام العام، وعليه نقترح أن يتم الفصل في هذه المسألة عن طريق تدخل تشريعي ينص صراحة على أنها من النظام العام أو لا، أو إصدار اجتهاد قضائي موحد، وهو الدور الذي يجب أن تلعبه أعلى الجهات القضائية سواء المحكمة العليا أو مجلس الدولة، المتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد.

قائمة المراجع:

أولاً- الكتب باللغة العربية:

- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون أصول المرافعات، الطبعة 8، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1988.
- أحمد الجندي، حسين بن سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية، مجمع الأطرش، تونس، 2001.
- إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14/07، دار نشر المعرفة، المغرب، 2013.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء 02، الطبعة 02، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، الطبعة 12، دار هومة، الجزائر.
- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، ط.16، دار هومة، الجزائر، 2019.
- 1حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، طبعة جديدة 2014 في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، 2014.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 9، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 3، لبنان، 2009.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية: البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة 3، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، 2013.
- علي الفيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001.
- عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية: في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، ENCYCLOPEDIA، دس.ن.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني : النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.

ثانياً- المقالات في المجلات باللغة العربية:

- دلدار رشيد عبد الكريم، دلدار فرزندة زيباري، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية، المجلة العربية للنشر العلمي، مركز البحث وتطوير الموارد البشرية رماح، الأردن، العدد 16، 2020، ص ص 91-108.

- لبيض ليلي، شهر الدعاوى القضائية في القانون الجزائري (قراءة في نصي المادتين 17 و519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08)، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 09، ص ص 295-307.
- ليلي زروقي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عن القيد، مجلة الموثق، العدد5، 1998.
- محمدي سليمان، ضرورة تعميم شهر جميع الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، العدد 01، 2003، ص ص 77-87.

ثالثاً- النصوص القانونية:

1. القوانين:

- القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007، المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، ج.ر، عدد 15، مؤرخة في 28 فيفري 2007.
- القانون رقم 18/18، المؤرخ في 27 ديسمبر 2018، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج.ر، عدد 79، مؤرخة في 30 ديسمبر 2018.

2. المراسيم:

- المرسوم رقم 352/83، الصادر بتاريخ 21 سبتمبر 1983، المتعلق بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، ج.ر، عدد 21 مؤرخة في 25 ماي 1983.
- المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19 ماي 1993 المعدل والمتمم للمرسوم 63/76، ج.ر، عدد 34، مؤرخة في 23 ماي 1993.
- المرسوم التنفيذي رقم 147/08، المؤرخ في 19 ماي 2008، المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وسندات الملكية، ج.ر، عدد 26، مؤرخة في 25 ماي 2008.

3. المذكرات القانونية:

- المذكرة رقم 507 الصادرة بتاريخ 28 جانفي 2001، عن المديرية العامة للأملاك الوطنية، المتعلقة ب: منازعات-قواعد شكلية في الإجراءات- شهر الدعاوى القضائية.
- المذكرة رقم 2316، الصادرة بتاريخ 25 فيفري 2019، عن مديرية أملاك الدولة، المتعلقة ب: الإشهار العقاري-الدعاوى القضائية.

4. الاجتهاد القضائي:

- قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 24 مارس 2000، مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، الجزء الأول، 2004.
- قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 26 أفريل 2000، تحت رقم 194437، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000.
- قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 09 أكتوبر 2002، تحت رقم 264463، قضية (ن.س) ضد (ن.ش)، المجلة القضائية، عدد 02، 2002.
- قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران، بتاريخ 17 ديسمبر 2005، قضية (ع.ف) ومن معها ضد والي ولاية تلمسان، قرار غير منشور.
- قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 12 مارس 2008، تحت رقم 440769، قضية (ع.م.ل.أ) ضد (ب.ي) مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008.
- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008، تحت رقم تحت رقم 448919، قضية ورثة (ع.ق)، وورثة (ر.ص) ضد (ج.س)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008.
- قرار صادر عن محكمة التنازع بتاريخ 16 ماي 2011 قضية ورثة (ق.م) ضد (ق.ع)، ملف رقم 111، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2011.
- قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 14 جويلية 2011، تحت رقم 65980، قضية (ت.م) ومن معه ضد المستثمرة الفلاحية الفردية (ب.ع)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.

1. الكتب:

- ## 2. المقالات:

- Jean Boulouis, *"Quelques observations à propos de la sécurité juridique"*, Mélanges Pescatore, 1987.
- Philippe Delebecque, *"Publicité foncière. Action en résolution d'un acte soumis à la publicité foncière. Irrecevabilité de la demande. Moyen soulevé d'office"*, RDI, 1992 .
- Nicolas Le Rudulier, *"Assignment en revendication et publicité foncière"*, AJDI, 2014.
- Yannick Pagnerre, *"Rupture du contrat par annulation"*, JurisClasseur Contrats-Distribution, Fasc.172.
- Zeynel Abidin Polat, *"Mehmet Alkan, The role of government in land registry and cadastre service in Turkey: Towards a government 3.0 perspective"*, Land Use Policy, N°92, 2020.