

القسم الثاني

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا و موضوعيا

(محاولة للبحث في الوسائل الإجرائية والموضوعية الكفيلة لحل منازعات الشهر العقاري)

الباب الأول: كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا .

الفصل الأول: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي

(المنازعة العادية).

المبحث الأول: ماهية دعوى منازعة الشهر العقاري وشروط قبولها .

المطلب الأول: ماهية الدعوى.

الفرع الأول: تعريف الدعوى.

الفرع الثاني: تمييز الدعوى عن المصطلحات التي تلتبس بها.

الفرع الثالث: خصائص الدعوى القضائية.

المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى.

المبحث الثاني: الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعة الشهر العقاري (الاختصاص القضائي)

المطلب الأول: الاختصاص النوعي للقضاء العادي (القضاء العقاري)

المطلب الثاني: الاختصاص الإقليمي للقضاء العادي (القضاء العقاري)

المبحث الثالث: الأحكام القضائية الفاصلة في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيها.

المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي وخطوات إصداره.

الفرع الأول: ماهية الحكم القضائي.

الفرع الثاني: خطوات إصدار الحكم القضائي.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية و طرق الطعن فيها.

الفرع الأول: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية.

الفرع الثاني: طرق الطعن في الأحكام القضائية.

الفصل الثاني: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري

(المنازعة الإدارية).

المبحث الأول: ماهية دعوى الإلغاء وشروط قبولها.

المطلب الأول: ماهية دعوى الإلغاء.

الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء .

الفرع الثاني: خصائص دعوى الإلغاء.

المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بقبول الدعوى.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى.

المبحث الثاني: الجهات القضائية المختصة بالفصل في دعوى الإلغاء.

المطلب الأول : اختصاص المحكمة الإدارية.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي .

المطلب الثاني: اختصاص مجلس الدولة.

المطلب الثالث: اختصاص محكمة التنازع.

المبحث الثالث: الحكم الإداري الفاصل في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيه.

المطلب الأول: مميزات الحكم الإداري.

المطلب الثاني: طرق الطعن في الحكم الإداري.

الفرع الأول: طرق الطعن العادية.

الفرع الثاني: طرق الطعن في العادية.

الباب الثاني

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري موضوعيا (الوسائل الموضوعية)
الفصل الأول: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي
(المنازعة العادية)

المبحث الأول: كيفية الفصل في المنازعات المطروحة بين المتعاقدين.
المطلب الأول: إعمال الأثر المنشئ للقيد لحل منازعات الشهر العقاري.
المطلب الثاني: إعمال الأثر الناقل للقيد لحل منازعات الشهر العقاري.
المطلب الثالث: تطبيقات عملية حول إعمال كل من الأثر المنشئ والناقل للقيد في منازعات الشهر العقاري.

المبحث الثاني: كيفية الفصل في المنازعات التي يثيرها الغير.
المطلب الأول: مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري.
المطلب الثاني: إعمال قواعد الشهر العقاري في الفصل في منازعات الشهر العقاري.
الفرع الأول: مبدأ الأسبقية في القيد.
الفرع الثاني: مبدأ الحجية المطلقة للقيد.

المبحث الثالث: المنازعات المثارة بين المستفيد من التسجيل وصاحب الحق.
المبحث الرابع: منازعات المالك الظاهر.

المطلب الأول: علاقة صاحب الظاهر بصاحب المركز القانوني.
المطلب الثاني: عن علاقة المالك الظاهر بالغير.

الفصل الثاني: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري
(المنازعة الإدارية).

المبحث الأول: حدود سلطة القاضي الإداري في منازعة الشهر العقاري.
المطلب الأول: حدود سلطة القاضي في التقرير.
المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي في الحلول محل الإدارة.
المبحث الثاني: المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري لحل منازعة الشهر العقاري.
المطلب الأول: الأسس والوسائل التي يعتمد عليها القاضي الإداري للبحث عن حل لمنازعة الشهر العقاري
المطلب الثاني: وسائل تأسيس الحكم القضائي.

الخاتمة

القسم الثاني

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا وموضوعيا

بعد المحاولة السابقة لجمع مختلف منازعات الشهر العقاري ودراستها نظريا في القسم الاول، أحاول في هذا القسم التطرق لكيفية الفصل في هذه المنازعات من طرف الجهات القضائية المختصة بموجب الآليات والأدوات التشريعية المتاحة للقاضي ولا يتصل هذا الاخير بالمنازعة موضوع الدراسة إلا بموجب دعوى قضائية تتميز عن غيرها ببعض الصفات والخصائص سوف اتناولها بالدراسة في هذا القسم، ولا يفصل في موضوع هذه المنازعات إلا بعد التأكد من مدى استيفائها للشكل القانوني المطلوب ومدى احترامها للإجراءات المحددة قانونا.

وبناء على هذا قسمت هذا القسم إلى:

الباب الأول: كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا.

الباب الثاني: كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري موضوعيا.

الباب الأول

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري إجرائيا

أتناول في هذا الباب المراحل الإجرائية المختلفة التي تمر بها منازعة الشهر العقاري العادية منها والإدارية، بداية من نشوبها إلى غاية صدور الحكم فيها وصيرورته نهائيا. سوف أركز في هذا الباب على الدراسة التطبيقية والعملية، وذلك خلافا لما اتبعته في القسم الأول نظرا للطبيعة الإجرائية التي تتسم بها منازعة الشهر العقاري التي تختلف في كثير من الجوانب عن المنازعات القضائية الأخرى، فضلا عن كونها لا تشكل منازعة من نوع واحد وإنما تنقسم إلى نوعين مختلفين من المنازعات تتعلق إحدهما بالقضاء العادي والأخرى بالقضاء الإداري لما لها من خصائص ومميزات المنازعة الإدارية البحتة. بناء على ما تقدم يقسم الباب إلى:

الفصل الأول: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي (المنازعة العادية).

الفصل الثاني: كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري (المنازعة الإداري).

الفصل الأول

كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي (المنازعة العادية)

تمر منازعة الشهر العقاري المطروحة على القضاء العادي، منذ تقديم عريضة رفع الدعوى إلى كتابة الضبط لدى المحكمة المختصة، وإلى غاية صدور حكم فيها، بمراحل إجرائية مختلفة سواء عند إعداد العريضة وتقديمها إلى الجهة المختصة، وما يجب أن تتضمن من بيانات، وقيد، وإعلانها للخصم الآخر، وما قد يطرأ عليها من طلبات عارضة وما تقتضيه من إجراءات تحقيق إلى غاية صدور الحكم فيها.

بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى :

المبحث الأول: ماهية دعوى منازعة الشهر العقاري وشروط قبولها .

المبحث الثاني: الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعة الشهر العقاري

(الاختصاص القضائي).

المبحث الثالث: الأحكام القضائية الفاصلة في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيها.

المبحث الأول

ماهية دعوى منازعة الشهر العقاري وشروط قبولها

قبل الخوض في إجراءات التقاضي المتعلقة بمنازعة الشهر العقاري، ينبغي التعرف على الوسيلة التي يستعملها المتقاضي للجوء إلى القضاء والمتمثلة في الدعوى القضائية من حيث تعريفها والخصائص التي تتميز بها إضافة إلى الشروط التي يجب توافرها في أطراف الدعوى لممارسة الحق في رفع هذه الدعوى، فضلا عن الشروط التي تخضع لها عريضة رفع الدعوى القضائية والقيود التي وضعها المشرع الجزائري لمباشرة هذه الدعوى أمام القضاء.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: ماهية الدعوى.

المطلب الثاني: شروط قبول الدعوى.

المطلب الأول

ماهية الدعوى

يتعين على كل من له مصلحة في المنازعة في إجراءات الشهر العقاري من خلال أعمال المسح العام أو التحقيق العقاري أو ضد الترقيم المؤقت أو في المنازعة في الحقوق المشهورة، أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحقه أو المطالبة بحمايته دون أن ينصب من نفسه قاضيا فيما ينشب بينه وبين الغير من منازعات وإنما بالاعتماد على أهم وسائل حماية الحق أي الدعوى القضائية لما تتميز به من العمومية ومن عنصر الالتجاء إلى القضاء، فضلا عن أن المشرع قد أحاطها بكثير من الضمانات التي تجعلها أسلم سبل حماية الحق، ولمعرفة ماهية هذه الدعوى ينبغي تعريفها وتمييزها عن المفاهيم التي تلتبس بها وتحديد خصائصها.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: تعريف الدعوى.

الفرع الثاني: تمييز الدعوى عن المصطلحات التي تلتبس بها.

الفرع الثالث: خصائص الدعوى القضائية.

الفرع الأول تعريف الدعوى

عندما تثور المنازعة المتعلقة بالشهر العقاري يلجأ المتضرر إلى القضاء الذي هو سلطة منفصلة عن السلطات الأخرى والذي يعتبر مرفقا عاما إذ يعتبر كذلك نظرا لطبيعته العضوية والمادية وهذا عندما يسند الفصل في هذه المنازعات إلى جهة عمومية مستقلة تضمن استمرارية هذا المرفق لتحقيق المساواة بين المتقاضين⁽¹⁾ وبذلك يتم اللجوء إلى القضاء المختص بالفصل في المنازعة محل البحث بموجب دعوى قضائية، وهي الوسيلة التي يستعملها صاحب الحق أو المركز القانوني لرعاية وحماية حقه، وعليه فلا يمكن الخوض في إجراءات التقاضي للفصل في منازعة الشهر العقاري دون معرفة ماهية هذه الوسيلة، فلا يستكمل الحق مقومات وجوده إذا لم يكن في وسع صاحبه أن يراعه ويحميه وينتفع به، وذلك لأنه لا سبيل للتمكن من ذلك غير الدعوى، فهي من عناصر قيام الحق، وهي بهذا الاعتبار وثيقة الصلة بالقانون المدني. ثم هي بوصفها وسيلة التمتع لحماية السلطة القضائية تدخل في دراسة قانون المرافعات⁽²⁾.

فالدولة عند ما حرّمت على الفرد اقتضاء حقه بنفسه، وهيأت له هذه الحماية بواسطة القضاء، كان لا بد أن تخول للفرد صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، حق الحصول على هذه الحماية وهذا الحق يسمى بالدعوى القضائية أو اختصارا بالدعوى⁽³⁾.
فالدعوى كلمة قلقة غير معينة، أدى هذا القلق إلى أنها لم تستقر كفكرة قانونية في الفقه حتى الآن⁽⁴⁾. فقد شاع الاضطراب في استعمالها والتعبير عنها، ولم يعرفها المشرع لا في قانون الإجراءات المدنية ولا في القانون المدني، وقد ساعدت اللغة القانونية المستعملة على زيادة هذا الاضطراب. فلغة هي الادعاء، أما في الاصطلاح القانوني، فإنها تتردد بين معنيين المعنى السائد في الفقه أنها سلطة أو حق، وإن ثار الخلاف حول مضمونه وطبيعته. ومعنى آخر دارج في العمل وهو المطالبة القضائية⁽⁵⁾.

⁽¹⁾CADIET Loïc, Droit judiciaire privé, litec,1992,P 65.

⁽²⁾ د. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، شرح قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، 1976/1975، ص 19.

⁽³⁾ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2008، ص 45.

⁽⁴⁾ د. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، الطبعة الأولى، مكتبة عبد الله وهبة، 1947، ص 11 وأيضاً د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 451 وأيضاً د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية النظام القضائي والاختصاص والدعوى، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995، ص 435.

⁽⁵⁾ د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 437.

والدعوى كما يراها الفقه القديم هي سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته⁽¹⁾ وهي السلطة المخولة لكل شخص له حق يعترف القانون بوجوده في أن يطلب حماية القضاء لإقرار هذا الحق إذا جحد، أو رد الاعتداء عنه، أو استرداده إذا سلب⁽²⁾.

أحيانا تستعمل الدعوى بمعنى الحق في حكم بمضمون معين لصالح المدعي، وأخيرا تستعمل الدعوى لتعني مجموعة الإجراءات أمام القضاء، فيقال مصاريف الدعوى، أي المصاريف التي أنفقت بالنسبة لجميع إجراءات الخصومة، أو وقف الدعوى والمقصود به وقف إجراءات الخصومة⁽³⁾.

فهي وسيلة قانونية يتوجه بها الشخص إلى القضاء للحصول على تقرير حق له أو حمايته أو على العكس نفى هذا الحق، فالدعوى هي وسيلة تحريك القضاء لحماية الحق وليست في ذاتها حقا آخر إلى جوار الحق الذي تحميه يضاف إلى ذمة صاحب الحق، إذ هي أحد عناصره كما أنه قد يتصور وجود عدة دعاوى أي عدة وسائل لحماية حق واحد، وأخيرا ليست الدعوى هي الوسيلة القانونية الوحيدة لحماية الحقوق، بل أن للحقوق طرقا قانونية أخرى لحمايتها مثل طرق التنفيذ والدفاع الشرعي وحق الحبس كلها وسائل قانونية لحماية الحق، ولكن الدعوى تتميز عنهم جميعا بأنها ترفع إلى المحاكم أي أنها حماية عن طريق سلطة القضاء⁽⁴⁾.

وعرفت الدعوى حديثا بأنها حق صاحب الادعاء في أن تسمع دعواه بحيث يفصل القاضي بتأسيسها أو عدم تأسيسها. وهي بالنسبة للخصم، الحق في مناقشة مدى تأسيس إدعاءات المدعي، وهو المفهوم الذي أورده المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد التي جاء فيها:

“L’action est le droit, pour l’Auteur d’ une prétention, d’être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondé.

Pour l’ adversaire, l’action est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention”

(1) د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 114.

(2) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، الجزء الأول، مكتبة الآداب القاهرة 1957 ص 554.

(3) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 45.

(4) د. عبد المنعم أحمد الشرفاوي، (شرح قانون المرافعات الجديد)، المرجع السابق، ص 20 وأيضاً د. علي أبو عطية هيكل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، سنة 2007، ص 161.

يستنتج من نص المادة المذكورة أعلاه بأن الدعوى ليست حكرا على المدعي في حقه للالتجاء إلى القضاء وفي عرض ادعاءاته، وإنما أصبحت أيضا حقا معترفا به لخصمه أي المدعى عليه في الرد على ادعاءاته ودفعتها⁽¹⁾ وهذا رغم النقد الموجه لنص المادة 30 المذكورة أعلاه على اعتبار أنها لا تفرق بين الدعوى والحق في الدفاع وبينها وبين مبدأ المواجهة وهو مبدأ مهم في الخصومة القضائية ولا علاقة له بنظرية الدعوى⁽²⁾.

الفرع الثاني

تمييز الدعوى عن غيرها من المفاهيم التي تلتبس بها

قد تلتبس الدعوى بالحق الذي تحميه وقد تلتبس بالخصومة القضائية وكذا قد تلتبس بحق الالتجاء إلى القضاء، مما يدعو إلى تمييزها عن مختلف هذه المفاهيم فيما يلي:

أولاً: الدعوى والحق الذي تحميه:

كثر النقاش حول التمييز بين الدعوى والحق الذي تحميه، فقبل وفقا للنظرية التقليدية، أن الدعوى هي الحق نفسه في إحدى حالاته، أو بعبارة أخرى هي ذات الحق متحركا إلى القضاء، فهو يبقى هادئا إذا لم ينازع فيه، وإنما ينشط إذا ما أنكر أو اعتدى عليه، فالحق يمثل حالة قانونية هادئة والدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت التحرك.

Le droit est l'état statique, l'action est l'état dynamique d'une même situation juridique⁽³⁾.

ويرى الفقيه CUCHE بأنه في حالة السكون يكون الحق في حالة راحة وهدوء لأنه لم يتم التعرض له أو المساس به، أما في الحالة الثانية، فإن الحق يكون في حالة حركة إذا ما تم التعرض له أو خرقه أو تجاهله⁽⁴⁾، وهي حسب الفقيه JEAN VINCENT الحق الذي تحول من قوة إلى تنفيذ⁽⁵⁾.

وهي حسب النظرية التقليدية في تعريف الدعوى (كوفينرا في القانون الايطالي) هي ذات الحق في أحد ظواهره، إذ يكون الحق في حالته العادية في سكون وركود، فإذا تحرك أطلقنا عليه اسم الدعوى فلا خلاف بين الحق والدعوى - حسب هذه النظرية - إلا بقدر ما بين حالة الحركة وحالة السكون من خلاف⁽⁶⁾.

(1) COUCHEZ Gerard, avec la collaboration de LAGLADE jean pierre et LEBEAU Daniel, Procédure civile, DALLOZ, 1998 ,P 87.

(2) JULIEN Pierre & FRICERO Natalie, Droit Judiciaire privé, 3^e éd, L.G.D.J, 2009, P19

(3) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 116.

(4) CUCHE Paul, Precis de Procédure civile et Commerciale, 7^e éd , DALLOZ.1937 , N° 127.

(5) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, Procédure civile ,27^e éd, op.cit, P 108

(6) د. عبد المنعم أحمد الشراوي، (نظرية المصلحة في الدعوى)، المرجع السابق، 24.

ثانياً: الدعوى والمطالبة القضائية والخصومة:

إن الدعوى هي سلطة مخولة لصاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء للحصول على احترام القانون وأن صاحب الحق له مطلق الحرية في استعمالها أو عدم استعمالها، فإن استعمال صاحب الحق هذه السلطة أو الرخصة نشأت المطالبة القضائية *La demande en justice* .
فالدعوى توجد سواء استعملها صاحبها أم لم يستعملها، أما المطالبة القضائية فلا توجد إلا إذا باشر صاحب الحق دعواه متبعا للإجراءات الشكلية التي نص عليها قانون المرافعات⁽¹⁾ فهي تنشأ بإيداع عريضة رفع الدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة باتخاذ إجراء من إجراءات الخصومة والتي هي أي الخصومة مجموعة الإجراءات التي تبدأ من إيداع عريضة رفع الدعوى إلى حين صدور حكم في موضوعها أو انقضائها بغير حكم في الموضوع⁽²⁾.
ويمكن تعريفها أيضا بأنها حالة قانونية ناشئة عن مباشرة الدعوى أو مجرد استعمال الحق في الالتجاء إلى القضاء ترتب علاقة قانونية بين الخصوم⁽³⁾.
ويعبر في كثير من الأحيان عن الخصومة بالدعوى، فليست كل خصومة مستندة إلى حق أو متوفرة فيها شروط الدعوى، أن القضاء مفتوح الأبواب لكل من يلتجأ إليه بصرف النظر عن كون مزاعمه على أساس، ولا يتحمل الخصم من وراء الالتجاء إليه عنتا أو مسؤولية غير التزامه بالمصاريف القضائية ما لم تكن خصومته كيدية، أو ما لم يكن متعسفا في استعمال حق الدعوى في هذه الحالة أو تلك يجوز الحكم عليه بالتعويض⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 118 و أيضا د. احمد هندي، المرجع السابق، ص 438.

(2) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, *Procédure civile*, 27^e éd, op.cit, P 114.

وأیضا د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 118 .

(3) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 118 .

(4) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 554.

ثالثاً: الدعوى وحق الالتجاء إلى القضاء:

تختلف الدعوى عن حق الالتجاء إلى القضاء، فحق الالتجاء إلى القضاء Droit d'agir en justice أو ما يسمى بحق التقاضي، هو حق من الحقوق العامة ومكفول للناس كافة بموجب الدستور ولا يسأل الشخص عما يترتب على استعمال هذا الحق من ضرر إلا إذا تعسف أو أساء استعمال حقه، وهذا الحق لا يجوز النزول عنه ولا ينقضي بالتقادم أو بأي سبب من أسباب الانقضاء. أما الحق في الدعوى فهو حق محدد مقرر لشخص معين هو من حدث اعتداء على حقه يبرر حصوله على الحماية القضائية وهو باعتباره حقا محددًا فإنه يمكن النزول عنه كما أنه ينقضي بالتقادم⁽¹⁾.

الفرع الثالث

خصائص الدعوى القضائية

الدعوى باعتبارها حقا من الحقوق لها الصفات التي يتميز بها الحق الشخصي، ولأنها وسيلة حماية حق أو مركز قانوني آخر، فإنها تتأثر بصفات هذا الحق الآخر الذي ترمي إلى حمايته وترتبط به⁽²⁾ فالدعوى حق وليست واجبا، وللشخص أن يتنازل عن هذا الحق ولكن لا يجوز حرمانه منه، وهي حق يمكن حوالته وانتقاله، كما أنها حق ينقضي بالتقادم، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: الدعوى حق وليست واجبا:

استعمال الدعوى أمر اختياري⁽³⁾، لا يجبر الشخص على مباشرتها، فالشخص مطلق الحرية في أن يلجأ إلى القضاء إذا ما اعتدى على حقه، وقد يفضل تجنب الالتجاء إلى القضاء بالتوصل إلى صلح مع المعتدي وقد يفضل الالتجاء إلى مُحكم لما يقدمه نظام التحكيم من سهولة ويسر في إجراءات التقاضي وتوفيرا للوقت والجهد والمصاريف⁽⁴⁾، لذلك فالدعوى حق خاص للشخص تستعمل باختياره للدفاع عن مصالحه وليس للدفاع عن المجتمع، فهو الذي يستطيع تقدير المصلحة الخاصة به.

(1) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 439.

(2) د. أحمد هندي، قانون المرافعات، المرجع السابق، ص 441.

(3) JULIEN Pierre & FRICERO Natalie, op cit, P 20.

(4) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، منشأة المعارف، 1974 ص 142 وأيضاً د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 441 وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 115.

وبما أن الدعوى هي حق خاص، فيمكن للشخص أن يتنازل عنه أو يحيله لآخر، كما ينقضي بالتقادم⁽¹⁾ فهي وسيلة اختيارية لصاحب الحق أن يستعملها أو لا يستعملها، فلا يجبر صاحب الدعوى على مباشرتها إذا ما اعتدى على حقه، فالدعوى ليست واجبا على من يتعدى على حقه نحو نفسه حتى يدفع العدوان عن حقه - ونحو المجتمع الذي يعيش فيه - حتى يسوده حكم القانون، لأن كل اعتداء على حق مخالفة للقانون كما ذهب إلى ذلك الفقيه IHRING في كتابه *La lutte pour le droit* على أن على المعتدى عليه واجب قانوني في رفع الدعوى وهذا الواجب يقع عليه دفاعا عن القانون وحماية للمجتمع فهذه فكرة مثالية لكنها غير واقعية لأن الفرد إنما يتحرك للدفاع عن مصلحته وليس دفاعا عن القانون ومن ناحية أخرى، فإن الدعوى تتطلب إجراءات طويلة وباهظة التكاليف قد يفضل الفرد تجنبها بالتوصل إلى صلح مع المعتدي⁽²⁾.

ثانيا: الدعوى حق يقبل التنازل عنه ولكن لا يجوز الحرمان منه:

بما أن الدعوى حق وليست واجبا، فهي تقبل التنازل عنها ولكن التنازل عن الدعوى لا يعني حتما التنازل عن الحق الموضوعي (فهي تستقل عنه) إلا إذا كان هناك تنازلا عن الحكم الصادر في موضوع الدعوى⁽³⁾.

إذا تنازل صاحب الحق الموضوعي عن حقه، ترتب على هذا إنزال حقه في الدعوى، سواء قصد المتنازل هذا الأثر أم لا، ذلك أنه يترتب على التنازل عن الحق الموضوعي زوال أهم شرط لازم لوجود الحق في الدعوى⁽⁴⁾.

إذا كان للشخص مكنة التنازل عن حقه في الدعوى، لكن لا يجوز الاتفاق على عدم مباشرته لها، لأن شأن هذا الاتفاق يعد إخلال بحق مقدس تقتضيه المصلحة العامة ويحميه القانون العام. لكن هذه الصفة لا تنفي جواز الاتفاق على تقييد الحق في الدعوى، كأن يتراضى الخصوم على الالتجاء في منازعتهم لفضها عن طريق التحكيم بدلا من الالتجاء إلى القضاء العادي، أو كأن يتضمن عقد تأسيس الشركة نصا يحرم الشركاء من الالتجاء للقضاء قبل عرض منازعتهم مع الشركة على جمعيتهم العمومية، أو كأن يتفق الخصوم على الاكتفاء بدرجة واحدة من درجات التقاضي⁽⁵⁾.

(1) د. سيد احمد محمود، أصول التقاضي، دار النهضة العربية، 2009، ص 176.

(2) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 54 .

(3) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 176.

(4) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 55 وأيضاً د. احمد هندي، المرجع السابق، ص 442.

(5) د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 165.

والدعوى باعتبارها وسيلة لحماية الحق أو كعنصر من عناصره لا يجوز النزول عنها مقدما. وإذا كان من الجائز النزول عن الحق برمته إلا أنه لا يجوز النزول عن الالتجاء إلى القضاء إذا نشأ خلاف بصدده ولا يعتد بهذا النزول، لأنه مخالف للنظام العام ولا يؤمن معه الاعتساف. وإن كان يجوز النزول عن الخصومة بعد أن تنشأ⁽¹⁾.

تنطبق القاعدة بالنسبة للطلبات والدفع على السواء، كما أن تنطبق على الدفع ولو كانت مقررة لمصلحة الأشخاص، غير أنه يشترط لعدم الاعتداد بالتنازل عن الدعوى أن يكون سابقا على إقامة الدعوى ومطلقا.

ففي هاتين الحالتين يتنازل الشخص أن الوسائل المقررة قانونا لحمايته قبل ثبوت الحق فيها وعن الحقوق كلية وهو ما لا يجوز⁽²⁾.

ثالثا: الدعوى حق يمكن حوالة وانتقاله:

نظرا لأن الدعوى حق خاص فهي تقبل الحوالة أثناء الحياة (للخلف الخاص كالمشتري مثلا) أو بعد الوفاة (للخلف العام كالورثة) وفي كلتا الحالتين تنتقل الدعوى بالحوالة طالما تم انتقال الحق الموضوعي الذي تحميه⁽³⁾ فينتقل حق الدعوى إلى الخلف العام والى الخلف الخاص. فللورثة أن يرفعوا الدعوى مطالبين بحق مورثهم لدى الغير، فطالما انتقلت إليهم حقوقا موضوعية معينة بالوفاة فإنه ينتقل إليهم الحق في رفع الدعوى للمطالبة بهذه الحقوق، كما أن للمشتري أن يستعمل الدعاوى التي كانت للبائع. فالحقوق الموضوعية انتقلت من البائع إلى المشتري ومعها الدعاوى المقررة لحمايتها. مع ملاحظة أن الدعوى قد تكون غير قابلة للانتقال إلا في أحوال معينة. فدعوى التعويض عن الضرر الأدبي لا تنتقل للورثة ما لم يكن المورث قد رفعها للقضاء قبل الوفاء⁽⁴⁾.

رابعا: الدعوى تقبل الانقضاء بالتقادم:

تخضع الدعوى لمدة محدودة يجب رفعها فيها، فإذا انقضت هذه المدة، تقادمت الدعوى ولم تعد لها وجود⁽⁵⁾ ولأن الدعوى حق فهي تنقضي بالتقادم أي بمرور مدة معينة لم ترفع خلالها الدعوى، حيث أن مدة التقادم لا تبدأ من وقت نشأة الحق الموضوعي بل من تاريخ الحق في الدعوى أي من تاريخ الاعتداء أو التهديد بالاعتداء على الحق.

(1) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 116.

(2) د. أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، 1979، ص 15 وما بعدها.

(3) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 176-177.

(4) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 444.

(5) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 55 وأيضا د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 445.

المطلب الثاني شروط قبول الدعوى

إن شروط افتتاح الدعوى القضائية ترتبط ارتباطا وثيقا بمدى قبول الطلب القضائي لأن هذا الأخير هو الذي يطبع الدعوى في شكلها الإجرائي بتضافر بعض الشروط المطلوبة لقبول الدعوى. وشروط قبول الدعوى بالنسبة للفقهاء هي أربعة، وتتمثل في الحق في الدعوى، الصفة، المصلحة، والأهلية. يتعلق الشرط الأول والثاني بوجود الدعوى والثالث والرابع بممارستها⁽¹⁾. هذا التقسيم الذي لم يسلم من انتقاد بعض الفقهاء الذين اعتبروا أن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لصحة الإجراءات، وهو النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري حين إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08. ويمكن تقسيم شروط قبول الدعوى إلى شروط متعلقة بأطراف الدعوى وشروط مرتبطة بعريضة رفعها أمام القضاء. من ثم يقسم المطلب إلى :

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى.

⁽¹⁾ VINCENT jean et GUINCHARD serge, Procédure civile ,27^e éd, op.cit, P 131.

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى

يقصد بالشروط الخاصة بأطراف الدعوى، الشروط التي يجب أن تتوافر في من يوجه الادعاء باسمهم بناء على ما لهم من صفة بالنسبة للحق أو المركز القانوني المدعى به، وهم أساسا المدعي، وهو رافع الدعوى أو البادئ في المطالبة القضائية، سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا، وسواء كان واحدا أم متعددا، والمدعى عليه وهو المشكو منه ابتداء أي المراد الحكم عليه، ولا يتغير وصفه في الدعوى الأصلية حتى ولو شكا بدوره من المدعي، فإن ما قد يطلب الحكم له به على المدعي يسمى دعوى المدعى عليه، وهو قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وقد يكون واحدا أو متعددا⁽¹⁾.

شروط قبول الدعوى وفقا لنص المادة 13 من القانون رقم: 09/08 تتمثل في الصفة والمصلحة القائمة أو المحتملة التي يقرها القانون والإذن إذا اشترطه القانون وبذلك وضع حدا للخلاف الفقهي حول ماهية هذه الشروط والتي يرى البعض من أن شروط الدعوى تكمن في شرط واحد وهو المصلحة (قانونية، قائمة وحالة - شخصية ومباشرة) لأن الدعوى لا توجد إلا بوجود مصلحة فيها . Pas d'intérêt Pas d'action

بينما يرى البعض الآخر بأن شروط الدعوى هي المصلحة والصفة، حيث أن المصلحة تمثل الجانب القانوني والواقعي للدعوى، أما الصفة فتتمثل الجانب الشخصي للدعوى.

ويرى الدكتور أحمد أبو الوفا في هذا الصدد بأن الشرط الثاني أي الصفة والذي يجمع الفقه والقضاء على استلزامه والذي لم ينص عليه القانون لبدايته، يتعلق بأشخاص الدعوى، المدعي والمدعى عليه ويسمى شرط الصفة في المدعي شرط المصلحة الشخصية كذلك⁽²⁾.

(1) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 446.

(2) د. أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 329 وما بعدها وأيضا د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، 1986 ص

كما يرى بعض الفقه، بأن شروط قبول الدعوى هي وجود حق - وجود مصلحة - وجود موضوع الدعوى - وجود صفة - وجود أهلية أو سلطة للتقاضي، والذي يضيف بأن هذه الشروط لا تخرج عن كونها وجهات مختلفة لشروط واحد لأن بعض هذه الشروط قد يلتبس ببعض الآخر وهي "المصلحة"⁽¹⁾.

ويرى البعض الآخر أن شروط قبول الدعوى هي المصلحة والصفة والأهلية، والأهلية حسب الدكتور عبد الباسط جميعي هي الشرط الثالث من شروط قبول الدعوى إذ لا يجوز أن تقبل دعوى يكون المدعي فيها غير متمتع بالأهلية القانونية اللازمة لممارسة حقوق، ويرى أن بعض الشراح يرون بأن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى بل هي شرط لانعقاد الخصومة، بمعنى أن الطلب - باعتباره تصرفا قانونيا صادرا من المدعي - لا يكون صحيحا في القانون إلا إذا كان من صدر منه الطلب كامل الأهلية.

ويضيف بأنه يعتقد أن هذا النظر غير سديد، لأنه إن صح الأمر يتعلق بصحة الخصومة أو بطلانها لكان معنى ذلك أن الدعوى المرفوعة من مجنون أو قاصر تكون مقبولة. ولكن الخصومة تكون باطلة إذا كان المدعي عديم الأهلية، وقابلة للبطلان إذا كان ناقص أهلية فحسب، ومن ثم لا يكون للمدعي عليه التمسك بالبطلان في حالة نقص أهلية المدعي، لأن البطلان عندئذ يكون بطلانا نسبيا فلا يتمسك به إلا من شرع لمصلحته أي القاصر وهذا - حسبه - ما لم يقل به أحد، لأن الخصومة ليست عقدا يتم بالرضا وإنما هي تتعقد جبرا على المدعي عليه، ومن ثم كان له أن يتمسك (المدعي أو نائبه) بعدم الاحتجاج عليه به إذا ما تبين أن هذا الحكم في غير صالحه. فمن المسلم به حسب رأي الدكتور عبد الباسط جميعي فإنه لا جدال أن المدعي عليه يجوز أن يتمسك بنقص أهلية المدعي أو انعدامها، ولا سبيل لذلك إلا بالدفع بعدم قبول الدعوى⁽²⁾.

أما في القانون الجزائري، فإنه بالرجوع إلى نص المادة 13 التي جاء فيها: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون."

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 562.

(2) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، 1973 - 1974، ص 241.

ودون الخوض أكثر في الجدل الفقهي، فإن شروط قبول الدعوى هي: الصفة والمصلحة والإذن وهي الشروط التي سوف أتعرض لها بالتفصيل فيما يلي:

- الشرط الأول:

- الصفة:

تعتبر الصفة شرطا لقبول الدعوى، فيجب لقبول الدعوى توافر الصفة - الصفة العادية - بأن ترفع الدعوى من ذي صفة ضد ذي صفة، وتنسب الدعوى إيجابا لصاحب الحق في الدعوى وسلبا لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته، بمعنى أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته أو من ينوب عنه، وأن توجه الدعوى إلى من اعتدى على هذا الحق، أي أن يوجد تطابق بين المركز القانوني للشخص رافع الدعوى والمركز القانوني لصاحب الحق المدعى، كما يتطلب تطابقا بين المركز القانوني للمدعي عليه والمركز القانوني للمعتدى على هذا الحق بالدعوى بوصفها وسيلة لطلب الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني المدعى به ويعبر أحيانا عن هذا المقتضى أن تكون المصلحة شخصية والأدق في اعتقاد الدكتور وجدي راغب فهمي أن تكون الدعوى شخصية، فالصفة تقوم على وجود علاقة قانونية بين أطراف الدعوى وموضوعها⁽¹⁾.

ينبغي أن تستمر صفة المدعي طوال مراحل الدعوى، فإن زالت عدت الدعوى غير مقبولة وتقتضي المحكمة بذلك تلقائيا، ذلك لأنه يترتب على انتقال الحق الموضوعي انتقال الصفة، فإذا كان الدائن قد نقل حقه إلى شخص آخر، فإن صفته ومصلحته تزولان وتظهر مصلحة صاحب الحق الجديد - الخلف - وهي التي تكون أساسا للدعوى القائمة⁽²⁾.

كذلك الحال بالنسبة للمدعي عليه، يجب أن تستمر صفته ومصلحته طوال مراحل الدعوى، فإذا حدث وزالت صفته في أي وقت، فإن الدعوى تعد غير مقبولة، فإذا حدث أن أصبح المدين شخصا آخر أثناء نظر الدعوى، فإنه يجب توجيه الإجراءات إلى صاحب الصفة الجديد.

إذا كانت هناك صفة الدعوى معترف بها للأفراد للدفاع عن مصالحهم الخاصة فهناك صفة في الدعوى معترف بها لمنظمات جماعية (كالنقابات أو المنظمات أو الجمعيات) أو هيئة (كالنيابة العامة) وذلك للدفاع عن مصلحة جماعية أو عامة⁽³⁾.

(1) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، المرجع السابق ص 495.

(2) د. نبيل عمر، الدفع بعدم قبول الدعوى ونظامه القانوني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، 1981 ص 92.

(3) VINCENT jean et GUINCHARD serge, Procedure civile, 27^e éd, op.cit, P 148

وأیضا د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 223 .

الشرط الثاني:

- المصلحة:

إن القضاء سلطة من سلطات الدولة لا يباشر وظيفته في الحماية القضائية إلا إذا كان هناك حاجة إلى هذه الحماية، فالقضاء ليس دارا للإفتاء ولا مجالا للمجالات النظرية البحتة، فيجب أن تكون هناك فائدة عملية من وراء رفع الدعوى إلى القضاء، وإذا كان القضاء الموضوعي، أي الفصل في موضوع الدعوى يحقق هذه الحماية، فإن القانون يشترط لقبول الدعوى، وبالتالي للفصل في موضوعها أن تكون هناك حاجة إلى هذه الحماية.

فالقاعدة إذن أنه لا دعوى بلا مصلحة، وأن المصلحة هي مناط الدعوى، وهذا يؤدي إلى تصفية الدعاوى المرفوعة أمام القضاء، حتى لا تتشغل المحاكم بالفصل في دعاوى لا حاجة إلى الفصل فيها⁽¹⁾.

لقد وجد خلاف بين الفقهاء في شأن تعريف المصلحة على النحو التالي: يذهب الرأي الغالب في الفقه⁽²⁾ إلى أن المصلحة هي المنفعة أو الفائدة التي تعود للمدعي من الحكم له بطلباته القضائية، بينما ذهب البعض الآخر⁽³⁾ إلى أن للمصلحة معنيين الأول هو الباعث أي الحاجة إلى الحماية القضائية التي توجد في حالة الاعتداء أو التهديد بالاعتداء على الحق أو المركز والثاني هو الغاية أي المنفعة التي يحصل عليها لتحقيق حماية القانون لحقه الذي اعتدى عليه أو المههد بالاعتداء عليه.

في حين أن الرأي الثالث⁽⁴⁾ يرى أنه يصعب التمييز بين الباعث والغاية في المصلحة حتى أن أنصار هذا الرأي أقرروا صعوبة التمييز بينهما وعرفوا المصلحة بالمعنيين السابقين معا، وبالتالي فالمصلحة وفقا للرأي الثالث هي المنفعة أو الفائدة التي تعود للمدعي من رفع دعواه أمام القضاء. والعبرة في توافر المصلحة هي بوقت نظر الدعوى والفصل فيها دون الاعتداد بتاريخ إقامتها فالمصلحة إذا توافرت لدى المدعي وقت إقامة الدعوى ثم زالت عنه عند نظرها والفصل فيها فلا تكون الدعوى مقبولة.

(1) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء، المرجع السابق ص 108.

(2) د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص 318 وأيضا د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 205.

(3) د. عبد المنعم أحمد الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1944، ص 54.

(4) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 199.

فالمصلحة شرط مستمر يجب إن يظل قائما إلى وقت الفصل في الدعوى تمشيا مع وظيفة القضاء والهدف منه الذي هو منح الحماية القضائية لمن هو في حاجة إليها وقت صدور الحكم بها⁽¹⁾.

يذهب الفقيه CUCHE أبعد من ذلك حين يرى بأن مجرد استعمال الحق في الدعوى دون توافر مصلحة يعتبر تعسفا في استعمال الحق.

Il ya usage abusif du droit, lorsqu'on exerce ce droit en justice sans y avoir intérêt ⁽²⁾.

فالمصلحة في الدعوى تعني إذن الحاجة إلى الحماية القضائية أو هي الفائدة العملية أو الواقعية التي تعود على المدعي من الحكم له بطلبه لتحقيق مركز مالي أو أدبي، فهي الحاجة إلى الحماية القضائية سواء كانت في صورتها الإيجابية كالدعوى أو في صورتها السلبية كالدفع وهي تعني الفائدة التي تعود على المدعي من الحكم بطلبه، إنما يترتب عما يحققه هذا الحكم من يقين قانوني، فهي إذن مصلحة المدعي في اليقين القانوني⁽³⁾ وهي المنفعة التي يجنيها المدعي من الالتجاء إلى القضاء، فالأصل أن الشخص إذا اعتدي على حقه تحققت له مصلحة في الالتجاء إلى القضاء، وهو أيضا يبتغي منفعة من هذا الالتجاء، فالمصلحة هي الباعث على رفع الدعوى، وهي من ناحية أخرى الغاية المقصودة منه⁽⁴⁾.

فالمصلحة ليست شرطا لقبول الدعوى فحسب، وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكم.

أوصاف المصلحة:

لا يكفي لقبول الدعوى أن يكون لصاحبها مصلحة في رفعها، و إنما يجب طبقا لنص المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن تكون المصلحة قائمة أو محتملة، في حين أن المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم لم تكن تشترط أي وصف في المصلحة، بل يكفي أن تتوافر في المدعي مصلحة في رفع الدعوى، ولم يشترط المشرع بأن تكون المصلحة قانونية، كما هو الحال عليه في قانون المرافعات المصري (المادة 3 بعد التعديل بموجب القانون رقم: 81 لسنة 1996) الذي يعرفها كالتالي: " لا تقبل الدعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قانونية شخصية ومباشرة وقائمة. "

(1) د. احمد هندي، المرجع السابق، ص 293.

(2) CUCHE Paul , op.cit, N°130.

(3) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، المرجع السابق ص 492 - 493.

(4) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 121 وأيضا د. عبد المنعم أحمد الشراوي، (نظرية المصلحة في الدعوى)، المرجع السابق

ص55.

لا شك أن المصلحة المطلوبة في رفع الدعوى هي المصلحة القانونية أي المصلحة التي يقرها القانون ويتحقق ذلك إذا كانت الدعوى تستند إلى حق أو مركز قانوني فيكون الغرض من الدعوى المطالبة بحق أو مركز قانوني أو رد الاعتداء عليه أو المطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصاب الحق. فالمصلحة الجديرة بالحماية إذن هي المصلحة التي تستند إلى حق أو مركز يحميه القانون، فلا تقبل دعوى الخليفة على من تسبب في وفاة خليلها، لأن المعاشرة غير الشرعية لا تنتسئ للخليفة حقا يحميه القانون.

والمصلحة القانونية قد تكون مصلحة مادية أو أدبية، والمصلحة المادية Pécuniaire هي التي تحمي المنفعة المادية لرافع الدعوى كدعوى المطالبة بالدين أو الفوائد التأخيرية أما المصلحة الأدبية Intérêt moral فهي التي تحمي حقا أدبيا لرافع الدعوى⁽¹⁾. فالمصلحة سواء كانت مادية أو أدبية تكفي لقبول الدعوى طالما أنها تستند إلى حق أو مركز يحميه القانون.

لم يشترط المشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة⁽²⁾ Intérêt personnel et direct أي أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته أو من ينوب عنه كالوصي بالنسبة للقاصر والوكيل بالنسبة للموكل كما اشترط أن تكون مصلحة قائمة، فما معنى أن تكون المصلحة قائمة. واشترط المشرع الجزائري في رافع الدعوى أن تكون له مصلحة قائمة أو محتملة، بمعنى أن يكون الاعتداء قد وقع بالفعل على الحق أو المركز القانوني المراد حمايته، أنه يشترط لقبول الدعوى أن تكون المصلحة قائمة، ويكون ذلك كقاعدة عامة عندما يكون الضرر قد وقع فعلا، ولكن قد يحتمل وقوع ضرر في المستقبل، فيجوز أن ترفع دعوى وقائية لتفادي وقوعه، لأن الضرر المحتمل يثير قلق المدعي وعدم طمأنينته واستقراره، توجد مصلحة قائمة وحالة في إزالة هذا الخوف وهو ما يعبر عنه بالمصلحة الحالة في الوقاية من ضرر محتمل⁽³⁾.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 210.

(2) لم يشترط المشرع الجزائري بأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة ومرد ذلك في رأبي إلى تداخل مفهوم المصلحة الشخصية والمباشرة مع مفهوم الصفة التي هي شرط لقبول الدعوى أيضا، ذلك أن المشرع أصاب حين لم يشترط بأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة لأن ذلك من شأنه أن يضيق معنى المصلحة ويضعها في أضيق نطاق ويحصرها في المدلول الذاتي لرافع الدعوى وهو مفهوم من شأنه أن يكرس معنى الذات وعدم المبالاة بقضايا المجتمع.

(3) د. بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى - نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 48.

فالمضابط لتحقيق المصلحة القائمة هو وقوع الضرر بالفعل على الحق أو المركز القانوني، كأن يغتصب شخص عينا في حيازة شخص آخر، أو يمتنع مدين عن سداد دين حل أجله. وعلة ذلك، أنه لا حاجة لصاحب الحق في أن يلجأ إلى القضاء إذا لم ينازع في حقه أو مركزه القانوني، فضلا عن أن مهمة القضاء الفصل في المنازعات، بحيث لا منازعة حول الحق أو المركز القانوني، فإنه لا يصح أن يشغل القضاء بمنازعات لم تحل بعد⁽¹⁾.

إذا كان الأصل في الدعوى أن لا تقبل إلا إذا كانت المصلحة فيها قائمة، فإن المشرع أضاف المصلحة المحتملة كشرط لقبول الدعوى وهذا تمشيا مع الفقه والقضاء، فما معنى أن تكون المصلحة محتملة؟

القاعدة أنه يلزم لقبول الدعوى أن تكون قائمة ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة، لذا خرج المشرع عن القاعدة وأجاز لقبول دعاوى يكفي فيها وجود مصلحة محتملة مسايرة للاتجاه الحديث في الفقه الذي يميل إلى قبول الدعاوى التي يتكون فيها المصلحة محتملة في حالات معينة، والمصلحة تكون محتملة إذا كان الخطر وشيكا والضرر محتمل الوقوع، وأقره القانون مثل الدعاوى الوقائية⁽²⁾.

وتشمل الدعاوى الوقائية الدعاوى التقريرية وهي التي يكون فيها الحق مهددا بخطر محقق أي وشيك الوقوع، وتعتبر الدعاوى المتعلقة بالأدلة من ضمن الدعاوى التي يكفي فيها وجود مصلحة محتملة وتكون في الحالات التي يراد فيها الاستيثاق كحق يخشى زوال دليله⁽³⁾.

فالقضاء في المجتمعات الحديثة ينبغي أن لا يقتصر على وظيفته الجزائية، أو العلاجية، بل ينبغي أن يؤدي دورا وقائيا، فالوقاية خير من العلاج، فتدخل القضاء لمنع الضرر أولى من تدخله لإصلاح هذا الضرر. بل أنه توجد في حالة الضرر المحتمل حاجة إلى الحماية القضائية من هذا الضرر، وهذه الحاجة تمثل مصلحة قائمة وحالة في الدعوى لأن الضرر المحتمل يثير خوف المدعي وعدم طمأنينته واستقراره، وهكذا توجد له مصلحة قائمة وحالة في إزالة هذا الخوف وهو ما يعبر عنه بالمصلحة في الاستقرار⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد السيد الصاوي، المرجع السابق، ص 222.

(2) أ. زينب شويحة، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار أسامة للطباعة والتوزيع، 2009، ص 44.

(3) د. عبد المنعم الشرقاوي - د. عبد الباسط جميعي، شرح قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، 1975، ص 31.

(4) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 473 وما بعدها.

الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما لصحة المطالبة القضائية:

لقد سبق الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على شرط الأهلية ضمن شروط قبول الدعوى بموجب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مثلما كان الحال عليه بالنسبة لنص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم وذلك ليس سهوا منه كما يرى البعض⁽¹⁾ ولكن تمشيا مع الفقه والقضاء والقانون المقارن، ذلك لأن الأهلية ليست شرطا لقبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة المطالبة القضائية وبالتالي لصحة إجراءات الخصومة، ولذا فإن وسيلة التمسك بعدم توافر الأهلية هي الدفع ببطلان الإجراءات وليس الدفع بعدم قبول الدعوى، وآية ذلك أن دعوى عديم الأهلية أو ناقصها تكون مقبولة إذا تحققت مصلحته في رفعها وتولدت لديه الصفة.

ولا يترتب على تخلف الأهلية لديه إلا عجزه عن مباشرة الدعوى بنفسه مما يوجب أن يباشرها - نيابة عنه - وليه أو وصيه. فالأهلية شرط لمباشرة الدعوى لا لقبولها، أي أنها شرط لصحة المطالبة القضائية وإجراءات الخصومة⁽²⁾، الدليل على ذلك هو ما جاء في نص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

- 1- انعدام الأهلية للخصوم،
- 2- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي."

(1) أ. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08-09، منشورات أمين، 2009، ص 41.

(2) د. عبد المنعم أحمد الشرفاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 26.

وبذلك فيترتب على عدم توافر الأهلية لدى رافعها بطلان إجراءات الدعوى، فقد يتوافر لدى الشخص الحق في رفع الدعوى دون أن يكون أهلا لمباشرتها، وفي هذه الحالة يجب أن يتخذ الأعمال الإجرائية المكونة للخصومة بواسطة ممثل قانوني وإلا كانت الدعوى باطلة⁽¹⁾، فإذا دفع بعدم قبول الدعوى لانعدام أهلية أحد الخصوم، فإن التكييف القانوني الصحيح لهذا الدفع هو دفع ببطلان الإجراءات وليس دفعا بعدم قبول الدعوى.

كما لا يمكن إغفال شرط عدم مخالفة الدعوى للنظام العام والآداب العامة فيفصل القاضي بعدم قبول الدعوى الرامية إلى تنفيذ التزام فيه مساس بالنظام العام والآداب العامة استنادا إلى الحكمة التي مفادها *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁽²⁾.

إضافة إلى الشروط المتعلقة بضرورة رفع الدعوى خلال مواعيد معينة، لأن ممارسة الدعوى مرتبط بمواعيد مسقطة إذا لم يبادر المدعي برفع دعواه خلالها بشكل سريع تسقط، وتعتبر أغلبها مواعيد قصيرة يجب احترامها تحت طائلة عدم قبول الدعوى، هذا فضلا عن شرط عدم سبق الفصل في الدعوى فبمجرد عرض النزاع على عناية القاضي، وبمجرد الفصل فيه بموجب حكم، فإن سبق الإدعاء لا يصلح بأن يكون محلا لدعوى أخرى بسبب سبق الفصل فيها.

الشرط الثالث:

- الإذن:

هو ما اعتبره المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من شروط وجود الحق في التقاضي أو من شروط قبول الدعوى متى كان هذا الإذن لازما، وأجاز للقاضي إثارة عدم وجود الإذن من تلقاء نفسه لارتباطه بالنظام العام وفقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومتى أقر القانون وجوب توافر الإذن، فإن القاضي غير مجبر على الفصل في موضوع الدعوى إذا تخلف هذا الشرط ومثاله الإذن للمميز بالتصرف جزئيا أو كليا في أمواله⁽³⁾ وفقا لنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الحميد المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2004 ص 38.

(2) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, Procedure civile, 27^e éd op.cit, P 162.

(3) أ. زينب شويحة، المرجع السابق، ص 41.

(4) أنظر القانون رقم 11/84 المؤرخ في: 09/06/1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27/02/2005 المتضمن قانون الأسرة.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى

لا يمكن للقاضي أن يتدخل في المنازعة موضوع الدراسة من تلقاء نفسه، وإنما لا بد من تحريكها من أحد أطراف الخصومة - المدعي عادة - ليفصح عن إرادته في الالتجاء إلى القضاء، لحماية مركز قانوني له ضد اعتداء وقع عليه. ويكون هذا الإفصاح عن الإرادة في صورة "عريضة رفع دعوى" والتي يجب أن تشمل على عدة بيانات لازمة لصحتها كما يجب أن تقيد بكتابة ضبط المحكمة إضافة إلى وجوب شهرها بالمحافظة العقارية في بعض الحالات المحددة تحت طائلة عدم قبولها وهي الشروط التي سيتم التعرض لها بالتفصيل في ما يلي:

أولاً: تحرير عريضة الدعوى وبياناتها:

يجب أن تشمل عريضة رفع الدعوى على بيانات حددتها المادتين 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيهما:
نص المادة 14: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف."
نص المادة 15: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، البيانات الآتية:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى،
 - اسم ولقب المدعي وموطنه،
 - اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له،
 - الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،
 - عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى،
 - الإشارة، عند الاقتضاء، إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.
- من استقرأ نص المادتين المذكورتين أعلاه، فإنه تظهر أهمية ذكر هذه البيانات في عريضة رفع الدعوى في مايلي:
- تاريخ رفع الدعوى:

يجب وفقاً لنص المادة 14 أن تكون عريضة رفع الدعوى مؤرخة ولا تخفى أهمية هذا البيان، فمن هذا التاريخ تعتبر الدعوى مرفوعة وتنتج آثارها القانونية كما يمكن معرفة ما إذا كانت الدعوى رفعت في الميعاد أم بعد فواته.

- وجوب توقيع عريضة رفع الدعوى من قبل المدعي أو وكيله:

يجب أن تكون عريضة رفع الدعوى موقعة من المدعي أو وكيله أو محاميه، علما بأن توكيل المحامي أمام درجة الاستئناف أصبح وجوبيا بموجب نص المادة 10 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا تحت طائلة عدم القبول.

- الجهة القضائية:

هي المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، والغرض من ذلك أن يلتقي الخصمان أمام محكمة واحدة، ولا يتحقق هذا الغرض إلا إذا حدد المدعي للمدعي عليه المحكمة المطلوب حضوره أمامها تحديدا دقيقا فلا يكفي أن يطلب منه الحضور أمام "المحكمة المختصة" فقد تختص بالدعوى أكثر من محكمة.

- أطراف الخصومة وموطنهم:

يجب أن تشمل عريضة رفع الدعوى على أسماء أطراف الخصومة وموطنهم والغرض من ذلك هو إعلان الأطراف في هذا الموطن بغرض إعلان المدعي بالأوراق المتعلقة بالدعوى في هذا الموطن.

- عرض وقائع الدعوى:

يجب أن تشمل عريضة رفع الدعوى على عرض موجز لأهم الوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى، وذلك حتى يقف المدعي عليه على المطلوب منه، وأساس ذلك حتى ينتهيا للدفاع قبل حضوره أمام المحكمة، كما يسمح للعارض أن يكون فكره عن الدعوى المطلوب منه الفصل فيها وما إذا كان مختصا بها أم غير مختص، فضلا عما يحققه هذا البيان من جدية الدعوى⁽¹⁾.

- الإشارة إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى:

يجب الإشارة للمستندات والوثائق المؤيدة للدعوى أي الأوراق المتعلقة بها وتنقسم إلى قسمين مستندات لازمة لقبول الدعوى ومستندات مؤيدة للإدعاءات التي تتضمنها الدعوى⁽³⁾ والتي يجب أن تودع بأمانة ضبط الجهة القضائية، بأصولها أو نسخ رسمية منها أو نسخ مطابقة للأصل، وتبلغ للخصم عملا بنص المادة 21 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإغفال ذكر أحد البيانات المذكورة بنص المادة 15 أعلاه يترتب عليه عدم قبول عريضة رفع الدعوى.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 615-616.

(2) د. بويشير محند امقران، المرجع السابق، ص 208.

ثانيا: قيد الدعوى ودفع الرسوم:

متى تم تحرير عريضة رفع الدعوى، وجب على المدعي أن يتقدم بها إلى كتابة ضبط المحكمة التي يريد رفع الدعوى أمامها، ولا تقيد العريضة الافتتاحية إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون بخلاف ذلك يفصل رئيس الجهة القضائية في كل نزاع يعرض عليه حول دفع الرسوم، بأمر غير قابل لأي طعن حسب المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد نصت المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة. يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أو جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم.

يجب احترام أجل عشرين (20) يوما على الأقل من تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج."

ثالثا: وجوب شهر عريضة رفع الدعوى:

يجب شهر عريضة رفع الدعوى بالمحافظة العقارية عملا بنص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا تعلق بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا، ما لم يثبت إيداعها للإشهار، وهو نفس القيد الذي كرهه المشرع بموجب المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية محدد الدعاوى الواجبة الشهر بدعاوى الفسخ أو الإبطال أو تلك الرامية إلى تعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها وهذا تأكيدا على ما ورد في المرسوم رقم: 63/76 بموجب المادة 85 منه التي سبق الإشارة إليها.

رابعا: تبليغ عريضة رفع الدعوى:

التبليغ أو الإعلان القضائي هو وسيلة علم الشخص بما يتخذ ضده من إجراءات وأساسه فكرة المواجهة، إذ لا يجوز اتخاذ أي إجراء ضد شخص دون تمكينه من الدفاع عن نفسه والوسيلة إلى ذلك هي الإعلان بالإجراءات ولذلك يهتم المشرع بإعلان الدعوى إلى المدعى عليه لأن الخصومة لا تتعد إلا بالإعلان الصحيح⁽¹⁾.

(1) د. عبد الباسط جمبجي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، المرجع السابق، ص 291.

علم الخصم بالإجراءات عن طريق التبليغ ضروري لممارسة حق الدفاع الذي يعتبر من أهم سمات القانون الإجرائي. فالخصم لا يستطيع مباشرة حق الدفاع إلا إذا علم بطلبات خصمه ودفوعه وحججه الواقعية والقانونية. فكل خصم له الحق بمعرفة إجراءات الخصومة التي يكون طرفاً فيها لتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم. ويتمثل حق الدفاع في الحق في الاستعداد، الحق في الحضور، الحق في الدفاع الشخصي أو الاستعانة بمحام، والحق في العلم بالإجراءات الذي يعتبر أهم تلك الحقوق على الإطلاق⁽¹⁾.

والتبليغ (الإعلان) لا يكون إلا بواسطة المحضر القضائي بموجب محضر تكليف بالحضور حددت المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الشكل والبيانات التي يجب أن يتضمنها وكيفية تسليمه وحددت المادة 19 من نفس القانون إجراءات تسليمه وبذلك يتم التبليغ بموجب محضر تكليف بالحضور إضافة إلى محضر آخر يسمى محضر تسليم بالحضور.

(1) د. خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني، الإعلان القضائي وضماناته في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق مصر، 2005، ص 06.

المبحث الثاني

الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعة الشهر العقاري (الاختصاص القضائي)

تحديد اختصاص محكمة معينة يعني بيان ماهية القضايا التي لهذه المحكمة الحق في نظرها وفقاً لأحكام القانون، فإذا تمكنا من إجراء هذا التحديد كان ما عداه خارج نطاق الاختصاص. يجب التفرقة بين الاختصاص والولاية، فالولاية لجميع المحاكم، حيث لكل منها ولاية القضاء، لكن يختلف اختصاص كل منها. فهناك ولاية القضاء العادي والقضاء الإداري، لكن لكل قضاء اختصاصه المحدد الذي يختلف عن الآخر⁽¹⁾.

إن الاختصاص لغة، معناه التفضيل والانفراد وفي اصطلاح النظام القضائي معناه السلطة التي خولها القانون لمحكمة ما في الفصل في نزاع ما⁽²⁾.

إن الاختصاص هو صلاحية المحكمة للنظر في الدعوى، وهو أهليتها لأن يحكم فيها، فعندما يريد صاحب الحق أن يستعمل حقه في الدعوى لولوج باب القضاء، سوف يكتشف أن لهذا الأخير أبواب متعددة، فعلى أيها يطرق؟ هذا ما تجيب عليه قواعد الاختصاص⁽³⁾.

يقصد بالاختصاص إذن مقدار ما لجهة قضائية أو محكمة من سلطة أو صلاحية الفصل في المنازعات، فلكل جهة قضائية نطاق تملك أن تباشر ولايتها القضائية في حدوده ويعتبر في نفس الوقت حداً لولاية الجهات الأخرى.

الاختصاص عدة أنواع، فعندما يتعلق بتحديد القسط من ولاية القضاء الممنوح لجهة قضائية ما بحسب نوع الدعوى كنا أمام ما يسمى بالاختصاص النوعي وإذا تحدد القسط من الولاية بحسب قيمة الدعوى كنا أمام الاختصاص القيمي وإذا كنا داخل الصنف الواحد من المحاكم وأردنا توزيع سلطة الفصل في هذا النوع بحسب الدائرة الجغرافية التي تشغلها كنا أمام الاختصاص الإقليمي أو المجلس.

(1) د. عبد الحكيم فودة، ضوابط الاختصاص القضائي، منشأة المعارف، 1995، ص 11.

(2) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص 125.

(3) د. نبيل اسماعيل عمر - د. أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2004، ص

يتراوح الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالشهر العقاري بين القضاء العادي والقضاء الإداري علما بأن ازدواجية النظام القضائي في الجزائر كرسها دستور 1996 بموجب المادة 152 منه وهذا باستثناء مجلس الدولة وتنصيبه المحاكم الإدارية⁽¹⁾.

لقد جسد هذا المبدأ (الازدواجية في النظام القضائي) في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 المؤرخ في: 25/02/2008 الملغي للأمر رقم: 154/66 المؤرخ في: 08 يونيو 1966 المتضمن الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، وبذلك فإن الاختصاص في الفصل في المنازعات محل الدراسة يتراوح بين القضاء الإداري والقضاء العادي وينشأ فيه في بعض الحالات مسائل جوهرية تتعلق بتوزيع الاختصاص بينهما حول الاختصاص النوعي والذي يؤول الاختصاص للفصل في هذا التنازع إلى محكمة التنازع المنشأة بموجب المادة 152 دستور 1996 وهذا لتحقيق حسن سير النظام القضائي المزدوج.

فتتعد ولاية القضاء الإداري لنظر المنازعة العقارية المتعلقة بالشهر العقاري التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها وفقا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ينظر القاضي الإداري في هذه المنازعات وهو مطالب بالتوفيق بين المصلحة الفردية ومفهوم الصالح العام⁽²⁾، الذي يحرك السلطة العامة في الدولة بموجبه. بذلك، فإن دور القاضي الإداري الناظر في هذه المنازعات هو أكثر تعقيدا من القاضي العادي (العقاري) الذي يحرص على التوفيق بين مصلحتين شخصيتين ليس إلا، وعليه فإنني أقتصر في هذا المبحث على قواعد الاختصاص الخاصة بالقضاء العادي وبالتحديد على القضاء العقاري المختص بالفصل في المنازعات محل الدراسة دون التطرق لاختصاص القضاء الإداري والذي سوف يتم تفصيله لاحقا.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: الاختصاص النوعي.

المطلب الثاني: الاختصاص الإقليمي.

⁽¹⁾ نظم المشرع اختصاصات مجلس الدولة والمحاكم الإدارية بموجب القانون العضوي رقم: 01/98 و 02/98 المؤرخين في: 30/05/1998.

⁽²⁾ ليلي زروقي، صلاحيات القاضي الإداري على ضوء التطبيقات القضائية للفرقة الإدارية للمحكمة العليا/ نشرة القضاء، الديوان الوطني

للأشغال التربوية، وزارة العدل، العدد 54 لسنة 1999 ص 177.

المطلب الأول

الاختصاص النوعي للقضاء العادي (القضاء العقاري)

يرمي هذا المعيار إلى تحديد اختصاص المحكمة بدعوى معينة بالنظر إلى طبيعة الرابطة القانونية محل الحماية بصرف النظر عن قيمتها⁽¹⁾.

ويقصد بالاختصاص النوعي توزيع العمل بين طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى، مدني، تجاري، شؤون أسرة، اجتماعي، استعجالي... يرى البعض أن الاختصاص النوعي للمحاكم لا بد أن يواكبه تخصص القضاة، وذلك لأن قوام المحكمة قاضيها، فإذا ألحق بمحكمة قاض لم يتخصص فيما يعرض عليها من قضايا، ضاعت الحكمة من تخصصه، وضاعت في ذات الوقت الحكمة من تخصص المحكمة ذاتها بالنظر في نوع معين من الدعاوى⁽²⁾ ولا يعرف النظام القضائي الجزائري هذا التخصص إلا في حدود ضيقة وهي الأقطاب القضائية المتخصصة المنشأة بموجب المادة 6/32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يقصد بالاختصاص النوعي للمحاكم، الاختصاص العام وفقا لنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بمعنى أن تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا.

الاختصاص النوعي للقضاء العادي للفصل في منازعات الشهر العقاري يؤول إلى القسم العقاري والذي استحدثته وزارة العدل على مدى المحاكم بموجب القرار الوزاري المؤرخ في: 1994/04/01 المعدل والمتمم بموجب القرار الوزاري المؤرخ في: 1996/09/15 ولا تتمتع هذه الأقسام باختصاص نوعي وإنما إجراء تنظيمي لتسيير وتسهيل الفصل في المنازعات العقارية. ويختص القسم العقاري حسب نص المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية، كما يختص بالقضايا المنصوص عليها في المواد: 512 - 513 - 514 - 515 - 516 - 517 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

(1) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 223.

(2) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 392.

وما يهمننا هو ما جاءت به المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "ينظر القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها."

والمادة 516 التي جاء فيها: "ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري، القائمة بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص."

لقد حسمت المادة 515 الجدل الذي كان قائماً في الاختصاص القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري في منازعات العقود التوثيقية المشهورة وبذلك أولى الاختصاص فيه إلى القضاء العادي في قسمه العقاري، كما استقر عليه الاجتهاد القضائي على إسناد سلطة النظر وإبطال العقود المشهورة إلى القاضي العادي بصفته حامي الحقوق الفردية الناتجة عن تلك العقود، ولقد تخلى القضاء الإداري في العديد من الأحيان عن الفصل في مثل هذه المنازعات.

وهذا ما أكدته مجلس الدولة في عدة قرارات منها القرار رقم: 294199 المؤرخ في: 2000/06/12 والذي جاء فيه: "إن العقد التوثيقي تخرج مسألة إلغاءه من نطاق صلاحيات القاضي الإداري، مما يتعين إخراج الوالي ومدير أملاك الدولة من الخصام والتصريح بعدم الاختصاص."

بذلك فإن المادة 515 أكدت ما استقر عليه الاجتهاد الأخير على اختصاص القضاء العادي (العقاري) على أساس أن العقود التوثيقية ليست بقرارات ولا عقود إدارية حتى يتم الطعن في صحتها أمام الجهات القضائية الإدارية.

يختص القضاء العادي (القسم العقاري) أيضاً بالفصل في المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري، القائمة بين أشخاص القانون الخاص حسب المادة 516 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد سبق الإشارة في القسم الأول إلى مفهوم الترقيم المؤقت والذي يمكن أن تتنازع في صحته أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام وبذلك ينقسم الاختصاص ويتحدد بالنظر إلى أطراف الدعوى ومنه يعود الاختصاص إلى القضاء الإداري للنظر في الترقيم المؤقت إذا كان أحد أطراف الدعوى شخص من أشخاص القانون العام⁽¹⁾

⁽¹⁾ إن إسناد منازعة الشهر العقاري المتعلقة بالترقيم المؤقت إلى القضاء الإداري يشكك في مدى قدرة القاضي الإداري بالفصل في هذه المنازعة، علماً بأن القضاء العقاري أولى بالنظر فيه لما لدور القاضي العقاري المتابع لعمليات المسح منذ انطلاقتها، مما يجعله أكثر قرباً من هذه المنازعات وبذلك فلا يوجد أي مبرر ينزع فيه الاختصاص من القاضي العقاري ويسند إلى القاضي الإداري لمجرد أن أحد أطراف الدعوى هو شخص من أشخاص القانون العام.

وعن طبيعة الاختصاص النوعي، فإنه من النظام العام ويقضي به القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وفقا لنص المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا لما رآه المشرع من أن توزيع الاختصاص النوعي لا يتعلق بمصلحة الخصوم أنفسهم وإنما يتعلق بترتيب طبقات المحاكم و قدرة كل منها على الحكم فيما اختصت به، وبملاءمة المواعيد التي تراعى والإجراءات التي تتبع أمام كل منها لنوع القضايا التي يختص بها⁽¹⁾.
رغبة من المشرع في ضمان سرعة الفصل في الخصومات، وتفاديا للدفع المعطلة للدعوى وكثرة النفقات، أجاز للمحكمة بمقتضى نص المادة 32 الفقرة الخامسة أن تحيل القضية إلى القسم المختص حتى لا يتحمل رافعها عنت الاضطرار إلى تجديدها بدعوى أخرى وهذا ما يعرف بمسألة الإحالة.

المطلب الثاني

الاختصاص الإقليمي للقضاء العادي (القضاء العقاري)

يقصد بالاختصاص الإقليمي (المحلي) قدر ما لمحكمة معينة من محاكم الطبقة الواحدة من اختصاص بنظر المنازعات في دائرة إقليم معين أو حدود مكانية معينة⁽²⁾.
إذا كانت قواعد الاختصاص النوعي تهدف كما سبق الذكر لتحديد نصيب كل طبقة من طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة بالدعوى التي يجوز لها النظر فيها، ولما كانت محاكم الطبقة الواحدة تنتشر في أرجاء الدولة بقصد تيسير التقاضي للمواطنين، فإنه يلزم تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع من هذه المحاكم لذلك عني المشرع بتقسيم أرض الدولة التي تنتشر عليها المحاكم إلى دوائر أو مساحات وجعل كل محكمة مختصة بما ينشأ داخل هذه الدائرة أو المساحة من منازعات ولكن متى تعتبر الدعوى داخلة في دائرة اختصاص محكمة معينة دون غيرها؟ فإذا أراد شخص مثلا أن يرفع دعوى على آخر وكان كلاهما يقيم في دائرة مختلفة، فما هي المحكمة المختصة؟ هل هي محكمة المدعي أم المدعي عليه، أم المحكمة التي يقع بدائرتها المال المتنازع عليه، أم محكمة أخرى؟

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 385.

(2) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 482 وأيضاً د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق ص

لقد وضع المشرع ضوابط تبين متى تكون محكمة ما مختصة محليا دون غيرها بنظر الدعوى⁽¹⁾ لأن القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي هي أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه Acter sequitur forum rei وهي قاعدة قديمة كانت موجودة في القانون الروماني وتم إدراجها في أغلب التشريعات الحالية⁽²⁾.

أساس هذه القاعدة براءة ذمة المدعى عليه - حتى يثبت عكس ذلك - وأنه تجب له الرعاية، فيكون على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمة موطنه، أي في أقرب محكمة إليه⁽³⁾.

وهي القاعدة التي أخذ بها المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

إذا تعدد المدعي عليهم يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم وفقا لنص المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولقد خرج المشرع على القاعدة فأورد عليها بعض الاستثناءات مراعاة لمصلحة العدالة حينما ومراعاة لمصلحة المدعي حينما آخر، وهذا بموجب المادتين: 39 و 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ جاء في هذه الأخيرة: "فضلا عما ورد في المواد: 37 - 38 - 46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها:

1- في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال..."

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 464.

(2) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, Procédure civile, 27^e éd, op.cit, P 352 :

" Cette règle est traditionnelle. Elle existait dans le droit romain dans le droit canonique, dans le droit coutumier, nous la voyons acceptée actuellement par toutes les législations étrangère. C' est une règle d' une universalité et d' une permanence incontestables".

(3) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 395.

لم يكتف المشرع بنصوص المواد: 37 - 38 - 39 - 40 لتحديد الاختصاص الإقليمي بموجب قواعد عامة، إذ أضاف في المادة 518 بل أعاد تكرار ذلك بموجب هذه المادة من نفس القانون مؤكداً على أن الاختصاص الإقليمي للقسم العقاري يؤول إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

نستخلص مما سبق أن الاختصاص يؤول كقاعدة عامة لمحكمة موطن المدعي عليه وهذا إذا تعلق الأمر بإبطال عقود مشهورة، أما إذا تعلق الأمر بالمنازعة في إجراءات المسح العام أو التحقيق العقاري أو الترقيم المؤقت، فإن الاختصاص الإقليمي يؤول إلى المحكمة التي يوجد بها العقار محل النزاع عملاً بأحكام المواد: 40 و518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الثالث

الأحكام القضائية الفاصلة في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيها

تنتهي المنازعة القضائية بصدور حكم قضائي يقرر الحق الموضوعي أو يرد الاعتداء الذي وقع فتتحقق بذلك الحماية القانونية التي سعى إليها صاحب المصلحة في الدعوى، والحكم هو نتاج الجهد الذي بذله القاضي في فهم حجج الخصوم في الدعوى وتحليل واقعها وتحري وجه الحقيقة من خلال فهمه لهذا الواقع⁽¹⁾، والحكم القضائي هو نهاية طبيعية لأية منازعة قضائية. وتقتضي الدراسة التعريف بالحكم القضائي من حيث تحديد مفهومه وعناصره والأجزاء التي يتكون منها هذا الحكم ثم معرفة خطوات إصداره وكذا إلى الطرق التي حددها المشرع للطعن فيه من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: ماهية الحكم القضائي وخطوات إصداره.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها.

المطلب الأول

ماهية الحكم القضائي وخطوات إصداره

الأحكام القضائية هي الخاتمة الطبيعية لإجراءات الخصومة. وصدور الحكم في موضوع الدعوى هو الغاية الأساسية التي يهدف إليها رافع الدعوى، غير أنه يلاحظ أن كثيرا ما يجد القاضي نفسه مضطرا قبل الفصل في الموضوع إلى إصدار أحكام تتعلق بإجراءات السير في الخصومة أو بإجراء من إجراءات الإثبات فيها وذلك حتى تصبح القضية صالحة للفصل في موضوعها، ويمر الحكم القضائي بعدة خطوات قبل إصداره تتمثل في المداولة، النطق بالحكم في جلسة علنية وأخيرا تحريره وفقا للشكل المطلوب قانونا.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: ماهية الحكم القضائي.

الفرع الثاني: خطوات إصدار الحكم القضائي.

(1) د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 2006، ص 05.

الفرع الأول

ماهية الحكم القضائي

جاء في نص المادة 08 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية." وبذلك فالمقصود بالحكم هو كل إعلان لما تمخض عنه فكر القاضي حين استعماله لسلطته القضائية أيا كان مضمون ما توصل إليه من قرار وأيا كانت المحكمة التي أصدرته⁽¹⁾. ولتحديد مفهوم الحكم ينبغي تحديد ماهيته وبيان أجزائه، وهذا ما سيتم تفصيله فيما يلي:

أولاً: تعريف الحكم القضائي:

يوجد في الفقه تعريفات متعددة للأحكام لعل الأقرب إلى الصواب هو تعريفها بأنها القرارات الصادرة من جهات قضائية للفصل في المنازعات وفقاً لإجراءات وضمانات معينة. هذا التعريف ينطوي على عنصرين:

- عنصر موضوعي، هو أن الحكم قرار صادر في منازعة بين خصمين أو أكثر.
 - عنصر شكلي، وهو أنه يجب مراعاة أوضاع وإجراءات معينة عند إصدار الأحكام⁽²⁾.
- والحكم بالمعنى الواسع هو القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام، سواء صدر في نهاية الخصومة أو أثناء سيرها، وسواء كان صادراً في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية.

الحكم بالمعنى الضيق هو ذلك القرار الصادر من المحكمة في القضية الموضوعية المطروحة عليها سواء ما تعلق في جانبها الإجرائي (في الخصومة) أو مدى صلاحيتها للنظر فيها (في الدعوى) أو في مدى صلاحيتها للفصل فيها (في الجانب الموضوعي للقضية أي الحق أو المركز المدعي به) وسواء في بدايتها، أو أثناء سيرها، أو في نهايتها وذلك للتأكيد على الحماية القضائية الموضوعية للحقوق أو المراكز المدعاة وذلك بتقرير تلك الحقوق والمراكز أو إنشائها أو الالتزام بها⁽³⁾.

(1) د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، المرجع السابق، ص 09.

(2) د. عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات، المرجع السابق، ص 388.

(3) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 715.

يجب أن يصدر هذا القرار من شخص تتوافر فيه الولاية والاختصاص والسلحية الخاصة والعامة لإصداره، وذلك لكي يكون القرار صحيحا من الناحية الإجرائية، وهذا القرار قد يكون فاصلا في موضوع النزاع سواء تعلق بأصل الحق المتنازع عليه أو بمسألة أخرى وقتية كانت أو إجرائية⁽¹⁾.

ثانيا : أجزاء الحكم القضائي:

يتكون الحكم القضائي من أجزاء هي:

- الديباجة أو (مقدمة الحكم):

يقصد بالديباجة، مقدمة الحكم التي تتناول صدوره باسم الشعب، أوجبت المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شمول الحكم بعبارة (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب) تحت طائلة بطلان الحكم، ويذكر فيها الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تناولوا الحكم في القضية، تاريخ النطق بالحكم، اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء، اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم، أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعة وتسمية ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.

كما يجب أن يشمل على أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم وكذا الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية عملا بأحكام المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يترتب على إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم ببطلانه، إذا ثبت من أوراق الملف القضية أو من سجل الجلسات أنه تم فعلا مراعاة القواعد القانونية طبقا لأحكام المادة 283 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من خلال البيانات التي يجب ذكرها في ديباجة الحكم القضائي، يمكن مراقبة تشكيل المحكمة الفاصلة في الدعوى، ومدى احترامها للإجراءات المطلوبة⁽¹⁾.

(1) د. نبيل إسماعيل عمر، أحكام القانون للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، عين شمس 2006 ص 04.

(2) VINCENT Jean et GUINCHARD serge, Procédure civile ,27^e éd , op.cit, P 912.

- الوقائع:

الوقائع هي بمثابة سرد تاريخي للنزاع، وتتمشى مع أسباب الحكم ومنطوقه، وتعين على بيان ما إذا كان القاضي قد فصل بشكل صحيح في الادعاءات التي أباها طرفي الخصومة أم لا⁽¹⁾. ويحتوي هذا الجزء من الحكم على عرض موجز لوقائع الدعوى وخلاصة ما استند إليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية، وذلك وفق ما جاء به الخصوم دون تعديل أو تحريف، هذا ما أكدته المادة 277 في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: " ... يجب أيضا أن يستعرض بإيجاز، وقائع القضية وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم... "

- تسبيب الحكم (حيثياته) Les Motifs :

ظهر لفظ تسبيب Motiver لأول مرة في فرنسا كإصطلاح لغوي في القرن الثامن عشر. وكان يقصد به تضمين الحكم الأسباب Motifs الضرورية التي أدت إلى وجوده. وقد اكتسب هذا اللفظ منذ ميلاده مدلولاً قانونياً يقصد به إحتواء الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدوره⁽²⁾، أي إيراد الحجج الواقعية والقانونية المبني هو عليها والمنتجة هي له. وبعبارة أخرى، هي الأسانيد المنطقية للحكم القائمة على الحجج التي يضمنها القضاة حيثيات أحكامهم⁽³⁾ و"الأسباب هي روح الحكم" وذلك لأهميتها التي ترجع إلى كونها تحقق عدة ضمانات هي:

- التحقق من أن القاضي قد اطلع على كل وقائع القضية وجميع الأوراق والمستندات المقدمة واتصل علمه بجميع ما أباها الخصوم من طلبات ودفع.

- التحقق من أن القاضي قد استخلص الوقائع الصحيحة في الدعوى من واقع إثبات يجيزه المشرع من واقع الأوراق المقدمة فيها والأدلة بحسب قوتها التي يمنحها إياها القانون الموضوعي.

- التحقق من أن القاضي قد فهم ما أحاط بالدعوى من وسائل قانونية وأنه قد كيفها التكيف الصحيح بعد التحقق من توافر شروطه، وأنه قد أرسى عليها الآثار القانونية الصحيحة، ومن خلال التسبيب

يمكن الخصوم من معرفة مبررات الحكم مما يسهل عملية مناقشتها بمناسبة ممارسة حق الطعن فيها⁽⁴⁾. بذلك فإن حيثيات الحكم هي الأسباب التي استندت إليها المحكمة في قرارها سواء كانت أسانيد واقعية أو قانونية فيجب ذكرها في نسخة الحكم الأصلية⁽⁵⁾، فهي الأدلة التي بني عليها القاضي حكمه وتسبق الأسباب الحكم بعبارة: " بما أن، أو بناء على "attendu que"، أو بعبارة حيث " considérant que "وتسبق أسباب الحكم منطوقه وتتفصل عنه بعبارة لهذه الأسباب.

(1) د. عبد القادر سيد عثمان، إصدار الحكم القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1981، ص 168.

(2) أ. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2008، ص 14.

(3) د. عبد القادر سيد عثمان، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 179 .

(4) COUCHEZ Gerard, op.cit, P 444.

(5) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 719.

لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص القانونية المطبقة وفقا لأحكام المادة 277 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يهدف تسبب الحكم إلى بث الثقة في نفوس المتقاضين فيعرف كل متقاضي على أي أساس صدر الحكم، فإن كان له على الحكم مأخذ استخدم حقه في الطعن فيه⁽¹⁾. كما أن وجوب التسبب يحمل القاضي على العناية بحكمه وتقصي العدالة في قضائه على مقتضيات القانون، كما يحمل على اقتناع الخصوم بعدالة الحكم⁽²⁾. أسباب الحكم الواقعية هي الوقائع وأدلة الإثبات التي يستند إليها الحكم في تقرير وجود أو عدم وجود الواقعة محل النزاع، أو بيان الوقائع الرئيسية في الدعوى التي تحققت منها المحكمة وبننت حكمها عليها⁽³⁾. أما الأسباب القانونية للحكم فهي القاعدة القانونية أو المبدأ القانوني الذي يصدر الحكم تطبيقا له⁽⁴⁾.

- منطوق الحكم Le Dispositif :

منطوق الحكم هو قرار المحكمة الذي انتهت إليه في القضية والذي تُلي في الجلسة العلنية للنطق بالحكم وهو أهم جزء في الحكم، ويجب أن يكون كاملا واضحا ودقيقا لأنه يشكل الإجابة التي توصلت إليها المحكمة على إدعاءات الخصوم من جهة، ويمثل من جهة أخرى الجزء الذي يتم تنفيذه من طرف أحد طرفي الخصومة ضد الآخر والذي يحوز حجية الشيء المقضي فيه بعد أن يصبح نهائيا. يجب أن يتضمن المنطوق الإجابة على كل الادعاءات الواردة في الدعوى سواء كانت طلبات أصلية إضافية، عارضة، تدخل في الخصومة، إدخال في الخصومة، دفع بعدم القبول... ويكفي في هذه الادعاءات أن تكون مقدمة وفقا للشكل المطلوب⁽⁵⁾، وهو ما أشارت إليه المادة 277 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "...يتضمن ما قضى به في شكل منطوق".

إن الوصول إلى منطوق الحكم يكون بعد قراءة عبارة " فل هذه الأسباب " في الحكم.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 712 وما بعدها.

(2) المستشار عبد الحميد المنشاوي، قانون المرافعات في المواد المدنية و التجارية و الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 284.

(3) د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي ، المرجع السابق، 69.

(4) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 720.

(5) LE BOULANGER Max, la pratique des jugements et arrêts, librairie technique, 1965 ,P 225-228.

- توقيع رئيس الجلسة وكاتبها:

إن التوقيع على النسخة الأصلية للحكم هو الذي يعطيها الصفة الرسمية⁽¹⁾ لذلك يجب أن تكون موقعة من كل من كاتب الجلسة ورئيسها وفقا لأحكام المادة 278 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإذا تعذر التوقيع على أصل الحكم من طرف القاضي الذي أصدره، أو أمين الضبط، يعين رئيس الجهة القضائية المعينة بموجب أمر، قاضيا آخر و/أو أمين ضبط آخر ليقوم بذلك بدله وفقا لأحكام المادة 279 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني

خطوات إصدار الحكم القضائي

يصدر الحكم القضائي بعد المداولة فيه من طرف القاضي الناظر في الدعوى ثم ينطق به في جلسة علنية، وفي الأخير يجب أن يحرر هذا الحكم القضائي وفقا للشكل القانوني وهي الخطوات التي سوف أتعرض لها فيما يلي:

أولاً: المداولة:

يقصد بالمداولة التفكير وتكوين الرأي أو تداوله بالمناقشة بين أعضاء المحكمة للوصول إلى الشكل والمضمون النهائي للحكم، إذا كانت المحكمة من درجة المحاكم التي تشكل من قاضي فرد، فالمداولة تعني في هذه الحالة رفع الجلسة أو التأجيل لجلسة لاحقة للتفكير وتكوين الرأي الذي سينتهي إليه القاضي في حكمه.

أما إذا كانت المحكمة مشكلة من عدد من القضاة، فيقصد بالمداولة هنا المناقشة والتشاور حول وجه الحكم الذي ستفصل فيه المحكمة في الدعوى المعروضة أمامها⁽²⁾.

⁽¹⁾ COUCHEZ Gerard, op.cit,P 442.

⁽²⁾ د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، المرجع السابق، ص 33 - 34.

لقد أوجب المشرع أن تكون المداولة سرية وفقا لنص المادة 269 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيه: "تتم المداولات في السرية، وتكون وجوبا بحضور كل قضاة التشكيلة، دون حضور ممثل النيابة العامة والخصوم ومحاميهم وأمين الضبط". وهذا حفظا لهيبة الأحكام في نفوس المتقاضين وضمانا لحرية القضاة في إبداء الرأي، كما أوجب المشرع أن تتم المداولة بين القضاة مجتمعين حتى تتحقق الحكمة من تعدد القضاة، فلا يجوز إجراء المداولة في غيبة احدهم⁽¹⁾.

ثانيا: النطق بالحكم:

هو قراءة الحكم بصوت عال في الجلسة ويقتصر النطق بالحكم على تلاوة منطوقة في الجلسة من طرف الرئيس وبحضور قضاة التشكيلة الذين تداولوا في القضية وفقا لنص المادة 273 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يجب أن يتم النطق بالحكم في الحال أو في تاريخ لاحق، ويبلغ الخصوم بهذا التاريخ خلال الجلسة وفي حالة التأجيل يجب أن يحدد تاريخ النطق بالحكم للجلسة الموالية. لا يجوز تمديد المداولة إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك، على أن لا تتجاوز جلسيتين متتاليتين وهذا وفقا لأحكام المادة 271 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يترتب على النطق بالحكم خروج النزاع من ولاية المحكمة و ينتهي دورها فيه إذ يعتبر الحكم كلمة القانون التي لا تقبل التبدل حتى من المحكمة التي أصدرته وهو أثر يتعلق بالنظام العام فيمتنع على القاضي إعادة النظر فيما قضى به ولو باتفاق الخصوم، كما يترتب على النطق بالحكم أنه إذا توفى القاضي قبل النطق به سقط ذلك الحكم بقوة القانون ووجب الرجوع للمرافعة من جديد، لأن الحكم لا يعتبر موجودا إلا بالنطق به⁽²⁾.

يفترض دائما أن يصدر الحكم بناء على إجراءات صحيحة، لذلك فإذا لم يذكر في الحكم أنه صدر في جلسة علنية، فإنه يفترض صدوره على هذا النحو، طالما لم ينص في الحكم صدوره في جلسة غير علنية وذكر في محضر الجلسة أنه صدر في جلسة علنية⁽³⁾.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 706.

(2) المستشار عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 280 - 281.

(3) د. عبد القادر سيد عثمان، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص 383.

ثالثاً: تحرير الحكم:

يجب أن يكون الحكم مكتوباً باللغة العربية تحت طائلة البطلان وفقاً لنص المادة 08 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتعتبر الكتابة عنصراً شكلياً في الحكم، وبذلك فور انتهاء المداولة يقوم رئيس المحكمة أو من يعهد له ذلك من قضاة الهيئة التي اشتركت في المداولة بتحرير الحكم.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها

بصدور الحكم فإن المحكمة تستنفد سلطتها إزاء المسألة التي فصلت فيها، فلا تملك الرجوع في الحكم أو تعديله، وهو ما يسمى باستنفاد الولاية، كما أنه بصدور الحكم يتم تقرير الحقوق وتدعيمها وهو ما يسمى بأثر تقرير الحقوق، كما لا يجوز عرض هذه المسألة على أية محكمة أخرى، وهو ما يسمى بحجية الأمر المقضي.

قد يخطئ القاضي بحكم كونه إنساناً فيما يصدره من أحكام، فمن الإنصاف إتاحة الفرصة أمام المحكوم عليه لإصلاح هذا الخطأ بموجب طرق طعن نظمها القانون. من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الآثار المترتبة على الأحكام القضائية.

الفرع الثاني: طرق الطعن في الأحكام القضائية.

الفرع الأول

الآثار المترتبة على الأحكام القضائية

لا يكفي أن يصدر الحكم لتترتب عليه كافة الآثار، لأن المشرع لم يكتف في كل حال بمجرد صدور الحكم ولو كان صدوره في مواجهة الخصوم، وإنما أوجب بالنسبة لبعض الأحكام أن يتم إعلان وتبليغ الحكم إلى الخصم ليتحقق بذلك علمه بمنطوقه وأسبابه علما يقينياً⁽¹⁾.

وإعلان الحكم للخصم هو ضروري لتحقيق الآثار التالية:

- تمكين المحكوم له من التنفيذ، لأنه لا يجوز وفقاً لنص المادة 609 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبارها سندات تنفيذية إلا بعد إعلانها لنفس الحكم المطلوب التنفيذ في مواجهته، وقد أراد المشرع بذلك إعطاء فرصة للمحكوم عليه للتنفيذ الاختياري بدلا من التنفيذ الجبري.

- بدأ سريان مواعيد الطعن في الأحكام القضائية⁽²⁾.

- منع الحكم الغيابي وأمر الأداء من السقوط.

ويتم التبليغ بواسطة المحضر القضائي بناء على طلب الخصم ويجب أن يشتمل على البيانات الخاصة بأوراق المحضرين وأن يحصل في المواعيد المحددة قانوناً، كما يجب أن يشتمل على بيانات معينة تحت طائلة القابلية للإبطال وفقاً لنص المادة 613 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يترتب على صدور الحكم الآثار التالية:

01- استنفاد الولاية (خروج النزاع من ولاية المحكمة):

خروج النزاع من ولاية المحكمة واستنفاد سلطة القاضي *Dessaisissement du juge*، بمجرد صدور الحكم تستنفذ المحكمة سلطتها إزاء النقطة التي فصلت فيها، فلا تملك الرجوع في الحكم أو تعديله⁽³⁾. وهذه القاعدة لا تنطبق بالنسبة للأحكام التي تنتهي بها الخصومة أمام المحكمة فحسب، وإنما تنطبق أيضاً بالنسبة لسائر الأحكام القطعية التي تصدر أثناء نظر الدعوى، فإذا أصدرت المحكمة مثلاً حكماً باختصاصها بنظر الدعوى فلا يجوز لها أن تحكم بعد ذلك بعدم اختصاصها⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 720.

(2) VINCENT Jean, *Precis de procedure civile*, 14^e éd, DALLOZ, 1969, P 660.

(3) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 723.

(4) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 772.

فإذا نطق القاضي بالحكم أصبح ملكا للخصوم وانقضت كل سلطة للقاضي في تناوله لأي تعديل مهما كان خفيفاً⁽¹⁾، غير أنه ترد على هذه القاعدة الاستثناءات الآتية:

- يجوز للمحكمة أن تعيد النظر في حكمها إذا طعن فيه بالمعارضة أو بالتماس إعادة النظر لأن ذلك الطعن يطرح الخصومة من جديد أمام ذات المحكمة التي أصدرته.
- يجيز القانون للمحكمة أن تتولى تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء بحتة (كالخطأ في اسم احد الخصوم)⁽²⁾ .

- إذا تضمن الحكم لبسا أو غموضا يصعب معهما إمكان الوقوف على ما قصدته المحكمة منه، جاز للخصوم أن يرجعوا إلى المحكمة التي أصدرته وأن يطلبوا منها تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام⁽³⁾، لأن الحكم الصادر في التفسير يعتبر من كل الوجوه متمما للحكم الذي يفسره، وهي الاستثناءات التي أوردها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 297 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم.

غير أنه يمكن للقاضي الرجوع عن حكمه في حالة الطعن بالمعارضة أو اعتراض الغير خارج الخصومة أو التماس إعادة النظر، ويجوز له أيضا تفسير حكمه أو تصحيحه طبقا للمادتين 285 و 286 من هذا القانون."

02- تقرير الحقوق وتقويتها:

الأصل أن الأحكام مقررّة للحقوق Déclaratifs وليست منشئة لها Constitutifs، لأن وظيفة المحكمة هي أن تبين حق كل خصم بالنسبة لموضوع النزاع، فهي لا تخلق للخصوم حقوقا جديدة. وبما أن الحكم - كقاعدة عامة - يقرر الحق، فهو يبقي له سببه ووصفه ويحفظ له كافة آثاره والتأمينات الملحقة به، والحكم يقوي الحق وينشئ لصاحبه بعض المزايا هي:

- يؤكد له حقه و يقطع النزاع بشأنه في وجه المحكوم عليه.
- ينشئ له سنداً رسمياً يحل محل السند الذي كان أساساً لما ادعاه، وتفترض صحة كل ما ورد به إلا إذا طعن بتزويره.
- ينشئ للمحكوم له سنداً قابلاً للتنفيذ الجبري على المحكوم عليه⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي ، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 725.

(2) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 773 وأيضاً د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، الجزء الثاني، المرجع السابق ص 725.

(3) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي ، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 728.

(4) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص775 وما بعدها.

03- حصول المدعي على سند رسمي:

يترتب على صدور الحكم حصول المدعي على سند رسمي، ويصبح هذا السند حجة بما تضمنه ما لم يطعن فيه بالتزوير⁽¹⁾.

وهذا الأثر أكدته المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: " يكون للحكم حجية العقد الرسمي مع مراعاة أحكام المادة 283 أعلاه."

وبحصول المدعي على سند رسمي (الحكم القضائي) يترتب عليه افتراض صحة كل ما ورد به وبذلك يقوى الحق وينشئ لصاحبه حق التمسك بحجية الشيء المحكوم فيه وهي قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، مؤداها أن الحكم صدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع فهو حجة على ما قضى به، وتقرر جميع التشريعات هذا المبدأ لأنه من اللازم وضع حد نهائي للنزاع حتى لا يتكرر⁽²⁾.

تعود فكرة حجية الشيء المقضي فيه، إلى القانون الروماني والتي كانت تسبقها فكرة استهلاك الدعوى (Consommation de l' action)، حينما كانت الأحكام تصدر ضمن احتفالات وطقوس خاصة يطالب فيها من الآلهة الحكم في المنازعات التي تصدر بين الأفراد، ومنه فإنه يستحيل مطالبتها مرة ثانية بأن تجيب على نفس الطلبات التي سبق لها وأن حقيقتها⁽³⁾.
وحجية الشيء المحكوم فيه لا ترتب أثرها إلا بتوافر الشروط الآتية: - اتحاد الخصوم - اتحاد الموضوع - اتحاد السبب.

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 738.

(2) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 780.

(3) GRIOLET Gaston, de l'autorite de la chose jugée en matière civile et en matière criminelle maresquaine libraire, éditeur, 1868, P17- 18 :

" ... les effets de l'actio elle-même avaient sans doute leur origines dans une procédure plus ancienne. L'actio n'aura été que le débris fort altéré d' une cérémonie religieuse par laquelle, dans des temps plus reculés, ont demandait aux dieux eux-mêmes la décision des procès(ACTIONES APUD PONTIFICUM COLLEGIUM ERANT)

A l'époque ou cette sorte d'oracle tenait lieu de jugement, elle avait du paraitre impossible de demander une seconde fois aux dieux la réponse qu'ils avaient déjà donnée ou qu'on n'avait pu obtenir faute d' avoir observer tous le rites"

لا يكفي توافر هذه الشروط لتحقيق حجية الشيء المقضي به، بل لا بد من توافر شروط أخرى في نفس الحكم وهي:

- أن يكون هناك حكم بالمعنى الحقيقي Véritable jugement.
- أن يكون صادرا من جهة قضائية لها سلطة الفصل في المنازعات.
- أن يكون صادرا في حدود الوظيفة القضائية للمحكمة و لذلك لا تكون للأوامر الولائية حجة الشيء المقضي به ويجوز تعديلها والعدول عنها حسب مقتضيات الأحوال⁽¹⁾.

وتكون للحكم الحجية ولو كان قابلا للطعن فيه بإحدى طرق الطعن، بمعنى أن عدم صيرورة الحكم باتا لا يمنع من التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابق الحكم فيها، وإنما هذه الحجية تكون مؤقتة تزول إذا الغي الحكم وتثبت إذا أصبح باتا⁽²⁾.

إن الدفع بسبق الفصل في الدعوى هو من الدفع بعدم القبول، يبدى في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام جهات الاستئناف وهذا وفقا لنص المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها: "الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانهاء الصفة وانعدام المصلحة والتقدم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع."

وأیضا ما نصت عليه المادة 68 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "يمكن للخصوم الدفع بعدم القبول في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفع في الموضوع." كما لا يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها لعدم تعلقه بالنظام العام وهذا ما أكدته المادة 69 من ذات القانون بنصها: "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام لاسيما عند عدم احترام آجال طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن."

وأیضا ما جاء في نص المادة 338 من القانون المدني التي جاء فيها: "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب.

ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا."

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 747.

(2) د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 781.

الفرع الثاني

طرق الطعن في الأحكام القضائية

يمكن أن تتعرض الأحكام القضائية للأخطاء أو إلى اللاعدالة⁽¹⁾، ذلك أنه لا يسلم القاضي من الخطأ شأنه شأن أي إنسان، ولا تسلم نفوس المتقاضين من الضغائن والأحقاد، فلا يتصور أن يصدر القضاء مطابقا لحقيقة الواقع، كما أن الشعور بعدم الثقة هو شعور طبيعي لدى المحكوم عليه، فكان من المتعين على المشرع أن يعمل على تأمين مصلحة الخصوم بإجازة الطعن في الأحكام⁽²⁾، لهذا السبب أوردت الشرائع منذ القدم طرقا مختلفة للطعن في الأحكام ليتمكن الخصوم من إصلاحها أو إلغائها⁽³⁾. لقد حاولت أغلب التشريعات التوفيق بين مصلحة الخصوم التي تقضي بوجوب إعادة النظر في الحكم لتدارك ما وقع فيه من خطأ أو ما أشتغل عليه من إجحاف أو نقص، وبين المصلحة العامة التي تحتم وجوب وضع حد للنزاع حتى تستقر الحقوق وتصبح الأحكام باتة ملزمة لمن كانوا أطرافا فيها ومعتبرة عنوانا للحقيقة، وقرينة لا يجوز دفعها بأي طريق من طرق الإثبات⁽⁴⁾.

لذلك فقد حصرت طرق الطعن في الأحكام في دائرة معينة وحددتها على سبيل الحصر ووضعت لها أجلا محددًا لتقضي بانقضائه، فهي تنقسم إلى ما هو عادي أي يصح الركون إليه عادة وفي كل الأحوال ما لم يمنعه نص خالص، وبينما هو غير عادي، أي لا يجوز الركون إليه إلا في بعض الحالات الاستثنائية وشرط توافر أحد الأوجه المحددة قانونا على سبيل الحصر⁽⁵⁾. وطرق الطعن هي الوسائل التي بمقتضاها يمكن التظلم من الأحكام، فلا يمكن رفع دعوى مبتدأه بطلب بطلانها استنادا لقاعدة: ⁽⁶⁾ Voies de nullité n' ont lieu contre les jugements

(1) VINCENT Jean, op.cit. 14^e éd, 1969, P 580.

(2) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 817.

(3) CUCHE Paul, op.cit. P 390.

(4) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 852.

(5) VINCENT Jean, op.cit. P 581.

وأیضا د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 853.

(6) VINCENT Jean, op.cit, P 580.

وأیضا د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 798.

والحكمة من ذلك أن استقرار الحقوق لدى أصحابها تقتضي احترام الأحكام فلا يطعن فيها إلا بطرق خاصة وإجراءات خاصة وفي مواعيد معينة بحيث إذا انقضت هذه المواعيد دون الطعن في الحكم أصبح غير قابل للطعن فيه، وعد في نظر المشرع عنوانا للحقيقة والصحة وأغلق كل سبيل لإعادة النظر فيه⁽¹⁾ وهي الطرق التي سوف أتناولها بالتفصيل في:

أولاً: طرق الطعن العادية:

إن طرق الطعن العادية في القانون الجزائري هي المعارضة والاستئناف التي سوف أتناولها في ما يلي:

01- المعارضة:

هي طريق من طرق الطعن العادية يركن إليها المحكوم عليه غيابيا للوصول إلى إلغاء أو تعديل الحكم الذي صدر في غيبته ويكون التجاؤه لنفس المحكمة التي أصدرته، طالبا منها سحبه أو إعادة نظر الدعوى من واقع دفاعه الذي لم يیده حال صدور الحكم الغيابي⁽²⁾، ويستند حق المعارضة إلى حقوق الدفاع المقدسة التي لا يجوز أن يقضى على شخص بغير أن يسمع دفاعه أو تتاح له الفرصة المناسبة للإدلاء به أمام القاضي الذي ينظر المنازعة، فإذا تخلف الخصم لسبب من الأسباب وجب أن يمهد له الطريق ليلجأ لذلك القاضي ويطلب منه مراجعة حكمه وإصلاحه أو تعديله أو نقضه على ضوء ذلك الدفاع ومحو ما تضمنه من عيب أو خطأ بسبب ارتكابه على أقوال وحجج خصم واحد⁽³⁾. ويفصل القاضي بناء على الطعن بالمعارضة في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولاً بالتنفيذ المعجل وهذا ما أكدته المادة 327 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ترفع المعارضة في أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي وترفع حسب الأشكال المقررة لعريضة افتتاح الدعوى. ويجب أن تكون مرفقة تحت طائلة عدم القبول شكلاً بنسخة من الحكم المطعون فيه وفقاً لنص المواد: 328، 329، 330 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 798.

(2) VINCENT Jean, op.cit. P 584.

وأيضاً د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 847 وأيضاً د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني ص 809 .

(3) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 809.

- آثار المعارضة في الحكم الغيابي:

- يترتب على المعارضة أثر رئيسي، هو إعادة طرح النزاع أمام المحكمة وتكون سلطة المحكمة إزاء قضية المعارضة هي نفس السلطة التي لها إزاء الموضوع الأصلي، وتملك القضاء بالنفاذ المعجل ولو كانت قد أغفلت ذكره⁽¹⁾.

ولما كانت المعارضة قد شرعت بقصد تمكين الخصم الغائب من إبداء أوجه دفاعه، فله أن يبدي ما شاء من الدفوع الشكلية أو الدفوع الموضوعية أو الدفوع بعدم القبول بشرط أن يبدي الدفوع الشكلية في الوقت الذي حدده القانون للإدلاء بها، وله أن يبدي ما شاء من أسباب المعارضة ولو لم ترد في صحتها، وله أنه يبدي ما شاء من الطلبات العارضة بشرط إلا يكون في إبداء هذه الطلبات أي أساس بحجية الحكم الغيابي فيما قضى به على المعارض ضده⁽²⁾.

- يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل المعارضة كما يوقف بسبب ممارسته عملاً بالأثر الموقوف للمعارضة فالتنفيذ الذي يتم أثناء الفصل في المعارضة في الحكم الغيابي هو تنفيذ باطل⁽³⁾، كما أن المعارضة توقف مفعول مبدأ حجية الشيء المقضي فيه بمجرد تسجيل المعارضة إلى غاية صدور حكم فاصل فيها وهو الأثر الذي أكدته المشرع الجزائري بموجب المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

02- الاستئناف:

الاستئناف هو طريق من طرق الطعن العادية يلجأ إليه المتضرر من الحكم للحصول على حكم آخر من محكمة عليا بإلغائه أو تعديله فهو يتضمن الشكوى من تصرفات قضاة محكمة أول درجة، ويستفاد منه ضمناً الطعن في كفاءتهم أو ذمتهم أو عنايتهم بتناول النزاع والفصل فيه أو تفهم الأسس التي بنى عليها الخصم دفاعه أو دعواه.

والاستئناف هو حق للمدعي والمدعى عليه على السواء فلا يجوز أن يتمتع به خصم دون الآخر ضماناً للعدالة والمساواة بين الخصمين وصيانة لحقوق الدفاع⁽⁴⁾ تنفيذاً لمبدأ التقاضي على درجتين الذي هو من النظام العام وفقاً لنص المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 826.

(2) د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 854.

(3) VINCENT Jean, op.cit, P 592.

(4) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 840.

- آثار الاستئناف:

يترتب على الاستئناف الآثار التالية:

- الأثر الناقل للاستئناف :

يترتب على الاستئناف طرح النزاع على محكمة الدرجة الثانية effet dévolutif لتفصل فيه من جديد ولها كل ما لمحكمة الدرجة الأولى من سلطة في هذا الصدد⁽¹⁾.
والقاعدة أن الاستئناف لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية إلا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء الدرجة الأولى TONTUM DEVOLUTUM QUANTUM وعلى ذلك فلا يطرح على محكمة الدرجة الثانية طلبات موضوعية لم تبدى أمام محكمة الدرجة الأولى كما لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية من الطلبات التي عرضت على محكمة الدرجة الأولى إلا ما فصلت فيه هذه المحكمة ورفع عنه الاستئناف⁽²⁾.

لا تتعدى سلطة المحكمة ما تناولته عريضة الاستئناف أو صحيفة الدعوى من أوجه منازعة، لأن القاعدة أن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع فيه الاستئناف⁽³⁾ وهو الأثر الذي أكده المشرع الجزائري بموجب المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "ينقل الاستئناف إلى المجلس القضائي مقتضيات الحكم التي يشير إليها هذا الاستئناف صراحة أو ضمناً أو المقتضيات الأخرى المرتبطة بها.
يمكن أن يقتصر الاستئناف على بعض مقتضيات الحكم.
يتم نقل الخصومة برمتها عندما يهدف الاستئناف إلى إلغاء الحكم أو إذا كان موضوع الاستئناف غير قابل للتجزئة."

⁽¹⁾ VINCENT Jean, op.cit. P 573.

وأيضاً د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 890 وأيضاً د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني ص 888.

⁽²⁾ د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 894.

⁽³⁾ د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 889.

- الأثر الموقوف للاستئناف : effet suspensif :

بما أن الطعن بالاستئناف هو طريق عادي للطعن في الأحكام القضائية، فإنه من البديهي إذن أن يوقف تنفيذ الأحكام بموجبه⁽¹⁾، هذا الأثر الموقوف أكدته نص المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته ... "

ثانيا: طرق الطعن غير العادية:

هي طرق غير عادية لأن الأصل فيها أنه لا يجوز سلوكها إلا في الأحوال التي نص عليها القانون على سبيل الحصر ولأسباب محددة، وعليه، فإنه يجب على الطاعن أن يقيم الدليل على جواز حقه في الطعن لإصلاح عيب محدد في الحكم ويقتصر دور الجهة القضائية التي تنظر الطعن على النظر في العيب الذي بني عليه الطعن.

تتمثل طرق الطعن غير العادية في الطعن بالنقض، والطعن عن طريق الالتماس بإعادة النظر واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وهي الطرق التي أتناولها بالتفصيل التالي:

01- الطعن بالنقض : Recours en cassation – Pourvoi en cassation :

هو طريق غير عادي يطعن به في الأحكام النهائية أمام المحكمة العليا وذلك بسبب مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون، والأصل أن الطعن بالنقض في الحكم لا يقصد به إعادة طرح النزاع أمام المحكمة العليا للفصل فيه من جديد كما هو الحال بالنسبة للاستئناف وإنما تقتصر سلطة هذه الأخيرة على مجرد تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع المعروض أمامها دون أن تطبقها عليه ودون أن تفصل في موضوعه وهي لذلك إما أن تحكم برفض الطعن أو تحكم بقبوله ونقض الحكم المطعون فيه⁽²⁾.

يعرفه الدكتور العشماوي بأنه طريق غير عادي يلجأ إليه لإصلاح ما شاب الحكم من مخالفة للقانون أو بطلان سواء في ذات الحكم المطعون فيه أو الإجراءات التي أسسها عليه، وهو بهذه الصفة ليس متاحا بالنسبة لكل الأحكام ولا يؤذن به إلا لأسباب واردة على سبيل الحصر مستتدة إلى التطبيق القانوني الصحيح⁽³⁾.

⁽¹⁾ VINCENT Jean, op.cit, P 573.

⁽²⁾ د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 941.

⁽³⁾ د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 956.

إن الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالنقض حددتها نص المادة 349 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية ."

وأضافت المادة 950 نوعا آخر من الأحكام يجوز الطعن فيها بالنقض بنصها: " تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة، والتي تنتهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكالية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ."

- آجال الطعن بالنقض:

يرفع الطعن بالنقض في آجل شهرين (02) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا ويمدد هذا الأجل إلى ثلاثة (03) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار وهذا عملا بنص المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لا يسري هذا الأجل على الأحكام و القرارات الغيابية إلا بعد انقضاء الأجل المقرر للمعارضة عملا بنص المادة 354 من نفس القانون، وهذا حرصا من المشرع على تحقيق العدالة عن طريق تمكين الغائب الذي لم يتقدم بدفاعه من ممارسة حقه في الطعن .

- إجراءات الطعن بالنقض:

يرفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المحكمة العليا ويجوز أيضا أن يرفع بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم موضوع الطعن وهذا وفقا لنص المادة 560 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يتم التصريح بالطعن بالنقض من طرف الطاعن أو محاميه في محضر يعده أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي أو أمين الضبط الذي يفوضه لهذا الغرض عملا بنص المادة 562 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لقد حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية آجال التبليغ الرسمي لعريضة الطعن بالنقض بموجب المادة 563 بشهر واحد (01) من تاريخ التصريح بالطعن بالنقض وتنبهه بأنه يجب عليه تأسيس محام إذا رغب في الدفاع عن نفسه، وللطاعن آجل شهرين اثنين (02) ابتداء من تاريخ توقيع الطعن بالنقض بإيداع العريضة بأمانة ضبط المحكمة العليا أو المجلس القضائي، يعرض فيها الأوجه القانونية لتأسيس طعنه وذلك تحت طائلة عدم قبول الطعن بالنقض شكلا وفقا لنص المادة 564 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- أوجه الطعن بالنقض:

يجب أن تتضمن عريضة الطعن بالنقض تحت طائلة عدم قبولها شكلا المثار تلقائيا البيانات التي نصت عليها المواد: 565 و 566 و 567 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجب أن يبنى الطعن على وجه واحد أو أكثر من الأوجه المذكورة بموجب نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض وهذا عملا بنص المادة 360 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- آثار الطعن بالنقض:

يمكن تحديد آثار الطعن بالنقض في أمرين:

أ- نقل النزاع للمحكمة العليا:

يجب التفرقة بين الأثر المترتب على رفع الاستئناف والأثر المترتب على الطعن بالنقض، بالنسبة للاستئناف فرفعه ينقل النزاع في جميع المسائل الموضوعية والقانونية إلى جهة الاستئناف في حدود ما تناولته عريضته، أما بالنسبة للطعن بالنقض فإن الطعن به ينقل النزاع إلى المحكمة العليا في حدود المسائل القانونية التي تعلق بها الطعن وفي حدود تصديها لموضوع النزاع في الحالات التي يجيز القانون فيها التصدي⁽¹⁾.

إن الطعن بالنقض لا يطرح أمام محكمة النقض النزاع برمته وإنما سلطة محكمة النقض تقتصر على مجرد تقدير المبادئ القانونية في النزاع دون أن تطبقها عليه ودون أن تفصل في موضوعه، فهي لا تملك استخلاص الوقائع الصحيحة في القضية وهي لا تملك تقدير هذه الوقائع. وإنما هي تسلم بها كما أثبتها الحكم المطعون فيه، وتتحقق فقط من صحة تطبيق القانون، وينبني على ذلك أنه لا يجوز التمسك أمام محكمة النقض بوسائل دفاع جديدة لم يبدها الخصوم أمام المحكمة المطعون في حكمها.

ب- عدم وقف التنفيذ:

لا يترتب على الطعن بالنقض إيقاف تنفيذ الحكم، فلا يترتب عليه منع تنفيذ الحكم إذا لم يكن قد شرع في تنفيذه ولا وقف تنفيذه إذا كان قد بدئ في تنفيذه⁽²⁾.

هذا الأثر أكدته المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير."

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 1009.

(2) د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 969 وما بعدها.

02- الطعن عن طريق التماس إعادة النظر:

الالتماس، طريق من طرق الطعن غير العادية يلجأ إليها الخصم في بعض الأحوال للحصول على الحكم بنقض حكم انتهائي من المحكمة التي أصدرته ليتمكن من السير في النزاع من جديد أمام نفس المحكمة.

يتميز الالتماس عن طرق الطعن العادية بأنه ليس مقصودا به إصلاح الحكم الذي يتظلم منه الخصم وإنما يرمي إلى محو الحكم ذاته ليعود مركز الملتمس في الخصومة إلى ما كان عليه قبل صدوره ويتمكن بذلك من مواجهة النزاع من جديد والحصول على حكم آخر بعد أن تخلص من قوة الشيء المقضي به (1).

- الأحكام القابلة للالتماس:

الأحكام القابلة للطعن فيها بالالتماس هي الأحكام الصادرة بصفة انتهائية، سواء كانت هذه أحكام صادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم الدرجة الأولى، سواء كانت قطعية موضوعية أم كانت صادرة قبل الفصل في الموضوع، ولقد حصرت المادة 390 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأحكام القابلة للطعن في الأوامر الاستعجالية والأحكام والقرارات الفاصلة في الموضوع والحائزة لقوة الشيء المقضي به.

لا يجوز الركون لهذا الطريق غير العادي إلا بعد استنفاد الطرق العادية، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الحكم قابلا للاستئناف وترك الخصم مواعيده تتقضي بغير أن يستأنف امتنع عليه بعد ذلك الركون إلى الالتماس ولو قام بسبب من أسبابه، لأنه كان في استطاعته الوصول لغرضه عن طريق الاستئناف وفي تفويت مواعيده بغير أن يركن إليه دليل على أنه قد رضي بالحكم رغم ما أشتمل عليه من عيوب (2).

- المحكمة التي يرفع أمامها الالتماس:

يرفع الالتماس بإعادة النظر إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه على اعتبار أن المقصود منه مجرد تنبيه المحكمة لتصحيح الحكم الذي أصدرته عن سهو غير متعمد منها وعلى ذلك يتعين رفع الالتماس إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم ولا يرفع إلى محكمة أعلى منها كما لا يرفع إلى محكمة أخرى من نفس درجتها (3).

(1) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 918.

(2) د. عبد الوهاب العشماوي والمحامي محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 919 - 920 وأيضاً د. علي أبو عطية هيكال، المرجع السابق، ص 582.

(3) د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 928.

- أسباب الالتماس:

جاء في نص المادة 392 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه يمكن تقديم التماس إعادة النظر لأحد السببين الآتيين:

- إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة شهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائياً تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.
- إذا اكتشفت بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمداً لدى أحد الخصوم.

- ميعاد الالتماس:

يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين (02)، يبدأ سريانه من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة وهذا وفقاً لنص المادة 393 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- مراحل دعوى الالتماس:

- تجتاز دعوى الالتماس في سيرها مرحلتين:
- أولاً: النظر في جواز قبول الالتماس والفصل فيه.
- ثانياً: تناول الموضوع والفصل فيه.

الأصل أن تنتظر المحكمة أولاً في جواز التماس إعادة النظر فيجب على المحكمة أن تتحقق من توافر الأمور الآتية:

- كون الالتماس مقدماً في الميعاد.
 - كونه مبني على وجه من الأوجه التي ذكرها القانون على سبيل الحصر.
 - كون الحكم المطعون فيه لم يسبق الطعن فيه بالالتماس عملاً بأحكام المادة 396 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
 - كون طلبه صحيحاً طبقاً للإجراءات التي نص عليها القانون.
- فإذا تبين لها أن الالتماس مقدم بعد الميعاد أو غير مبني على وجه من أوجه الالتماس، حكمت برفض الالتماس أو بعدم قبوله بحسب الأحوال⁽¹⁾، وتقضي بالزام الملتزم بغرامة مدنية من 10.000 دج إلى 20.000 دج دون الإخلال بالتعويضات الأخرى عملاً بنص المادة 397 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) د. علي أبو عطية هيك، المرجع السابق، ص 592.

وإذا قضى بقبول الالتماس لوجود سبب من أسبابه ولرفعه صحيحاً في ميعاده مستوفياً لشروطه، فعند ذلك تقضي المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف، فيعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الفصل في النزاع الأصلي ما لم توجد مقتضيات مرتبطة به وفقاً لنص المادة 395 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما لا يجوز للمحكمة أن تتناول غير الطلبات التي تناولها الالتماس ولا تعود للنزاع إلا بالنسبة للشخص الذي قبل التماسه وتصدر المحكمة حكماً جديداً في الموضوع يحل محل الحكم الذي أبطل بسبب قبول الالتماس وتكون له آثار الأحكام على العموم⁽¹⁾.

ولما كان الهدف من الالتماس هو إلغاء الحكم المطعون فيه بحكم جديد يحل محله، لذلك فإن القضية في هذه المرحلة تكون بنفس النطاق الذي كانت عليه قبل إصدار الحكم المطعون فيه، لذا تبقى عناصر القضية كما هي (من أدلة إثبات والسقوط الذي تحقق والمراكز الإجرائية للخصوم)، لكن يكون للخصوم نفس السلطات التي كانت لهم قبل إصدار الحكم من حيث حظهم في التقدم بوقائع وأدلة جديدة أو التمسك بأوجه دفاع ودفع جديدة، وللمحكمة نفس السلطات التي لها عند بحث الموضوع وتكون لها أن تصدر تقديراً مختلفاً عن تقديرها السابق في الوقائع أو في القانون⁽²⁾.

- آثار الطعن بالالتماس:

يترتب على الطعن بالالتماس الآثار التالية:

- لا يوقف الالتماس تنفيذ الحكم المطعون فيه وفقاً لنص المادة 348 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لآجال ممارسته أثر موقوف، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

- لا يجوز الطعن بالالتماس ضد حكم أو قرار صادر في الالتماس بناء على قاعدة لا يرد التماس على التماس "Requête civile sur requête civile ne vaut" وهي القاعدة التي أكدتها المادة 396 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذه القاعدة مجمع عليها فقها وقضاء، إذ تعتبر مبدأً أساسياً تمليه طبيعة الأشياء من صورته وضع حد للنزاع، ومبناها أصل جوهري من قواعد المرافعات هدفه استقرار الأحكام وحسم الخصومات والأساس فيها أن استعمال طرق الطعن غير العادية كالالتماس ينبغي أن يكون بقدر حتى لا تساء مباشرته فيضّر ذلك باستقرار الأحكام .

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 951.

(2) د. سيد احمد محمود، المرجع السابق، ص 826 .

03- الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، هو اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها، وهو حق منحه القانون لطائفة معينة من الأشخاص ممن قدر أن الحكم الذي صدر في الخصومة قد يضر بهم، ليتمكنوا عن طريقه من رفع هذا الضرر الذي قد يصيبهم فعلا من صدور حكم لا حجة له عليهم ولا يمتد أثره إليهم قانونا⁽¹⁾ وبهذه المثابة لا يعد اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طريقا من طرق الطعن في الأحكام، لأن اللجوء لهذه الطرق لا يكون إلا ممن كان خصما في الدعوى التي صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه⁽²⁾، لكن قد توجد حالات لا يكفي الغير فيها أن يتذرع بنسبية القضية المحكوم بها للتخلص من نتائج الحكم الذي يمس بحقوقه كما لو كان الغير ممثلا في الخصومة إلا أن ممثله قد تجاوز حدود صلاحيته أو كان الحكم مشوبا بغش أو احتيال موجه إليه. وهنا تظهر الفائدة التي يجنيها الغير المتضرر من الحكم عندما أعطاه المشرع سلطة الطعن بطريق مخصوص لا لمجرد منع امتداد أثر الحكم إليه وإنما بإلغاء الحكم أو تعديله لمصلحته⁽³⁾.

- الأحكام التي يجوز الحكم فيها بطريق الاعتراض:

القاعدة العامة أن جميع الأحكام قابلة للاعتراض وهذا ما أكدته المادة 380 التي جاء فيها: "يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع. يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون."

- ممن يرفع الاعتراض:

يرفع الاعتراض ممن له مصلحة ولم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه وهذا وفقا لنص المادة 381 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجوز لدائني احد الخصوم أو خلفهم حتى ولو كانوا ممثلين في الدعوى، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر، بشرط أن يكون الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه قد مس بحقوقهم بسبب الغش وهذا وفقا لنص المادة 383 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) د. عبد الوهاب العشاوي والمحامي محمد العشاوي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 1015.

(2) د. علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص 627.

(3) د. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، المرجع السابق، ص 639.

- ميعاد اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

يرفع الاعتراض خلال أجل حدده المادة 384 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخمسة عشرة سنة تسري من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين (02) عندما يتم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير، ويسري هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه إلى ذلك الأجل وإلى الحق في ممارسة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

- إجراءات رفع الاعتراض:

يرفع الاعتراض وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، و يقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، ويجب أن يكون مرفوقا بوصل يثبت إيداع مبلغ لدى أمانة الضبط يساوي الحد الأقصى من الغرامة المنصوص عليها في المادة 388 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أي عشرون ألف دينار (20.000) وهذا وفقا لنص المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما عن الحكم الصادر في الاعتراض، فإذا قبله القاضي اقتصر حكمه على إلغاء أو تعديل مقتضيات الحكم أو القرار أو الأمر، ويحتفظ بالحكم أو القرار أو الأمر المعترض فيه بآثاره إزاء الخصوم الأصليين، حتى فيما يتعلق بمقتضياته المبطله، ما عدا في حالة عدم قابلية الموضوع للتجزئة، وإذا قضى الحكم برفض الاعتراض جاز الحكم على المعترض بغرامة مدنية من عشرة آلاف إلى عشرين ألف دينار (10.000 إلى 20.000)، دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الخصوم كما يقضي بعدم استرداد مبلغ الكفالة المدفوعة وهذا وفقا لنص المادتين 386 و 387 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفصل الثاني

كيفية الفصل إجرائيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري (المنازعة الإدارية)

يقصد بإجراءات القضاء الإداري، الأحكام الإجرائية والشكلية المتعلقة برفع الدعوى الإدارية ونظرها إلى أن يصدر الحكم فيها وينفذ. وتتميز الإجراءات أمام القضاء الإداري بالأصالة والاستقلال نظرا لطبيعة الدعوى الإدارية وأطرافها والروابط القانونية التي تقوم عليها في ظل النظام القضائي الإداري. تتحكم هذه العوامل في صياغة الإجراءات الإدارية وتميزها من حيث استقلال إجراءات القضاء الإداري الذي يرجع إلى عدة عوامل تتصل بطبيعة قواعد القانون الإداري عموما وطبيعة المنازعة الإدارية ومراكز أطرافها، وهو السبب الذي دعاني إلى تخصيص هذا الفصل للوسائل الإجرائية التي يعتمد عليها القاضي الإداري في حكمه بمناسبة فصله في أية منازعة من المنازعات التي تدخل ضمن اختصاصه المحدد له بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا بموجب الأمر رقم: 74/75 المتعلق بالمسح العام وتأسيس السجل العقاري ومراسيمه التنفيذية.

إن اتصال القاضي الإداري بمثل هذه المنازعات يكون بموجب إحدى الدعاوى الإدارية وهي دعوى الإلغاء، وعلى هذا الأساس عنيتها بالدراسة دون غيرها من الدعاوى الإدارية (الدعاوى التفسيرية دعاوى فحص المشروعية، دعاوى القضاء الكامل).

ولا يمكن التطرق لإجراءات هذه الدعوى دون تحديد مفهومها وشروط رفعها وكذا الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها إقليميا ونوعيا وصولا إلى النتيجة الطبيعية التي تنتهي بها أية خصومة قضائية وهي الحكم القضائي.

بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: ماهية دعوى الإلغاء وشروط قبولها.

المبحث الثاني: الجهات القضائية المختصة بالفصل في دعوى الإلغاء.

المبحث الثالث: الحكم الإداري الفاصل في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيه.

المبحث الأول

ماهية دعوى الإلغاء وشروط قبولها

يتصل القاضي الإداري بمنازعات الشهر العقاري بموجب إحدى الدعاوى الإدارية وهي دعوى الإلغاء والتي ترمي إلى إلغاء أحد القرارات الصادرة بمناسبة إجراءات الشهر العقاري ولا يمكن معرفة كيفية الفصل في مثل هذه المنازعات دون التعرف على ماهية هذه الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء الإداري.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: ماهية دعوى الإلغاء.

المطلب الثاني: شروط قبول دعوى الإلغاء.

المطلب الأول

ماهية دعوى الإلغاء

لا يمكن الخوض في إجراءات التقاضي المتعلقة بالمنازعة موضوع البحث، دون معرفة الوسيلة التي بموجبها يتصل المتضرر بالجهات القضائية وهذه الوسيلة هي دعوى الإلغاء والتي سوف أتعرض إلى ماهيتها عن طريق تعريفها وإبراز أهم خصائصها.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: تعريف دعوى الإلغاء .

الفرع الثاني: خصائص دعوى الإلغاء.

الفرع الأول

تعريف دعوى الإلغاء

إن دعوى الإلغاء هي تلك الدعوى التي تهدف إلى إلغاء القرار الإداري الذي أصدرته الإدارة، وتتميز بأن سلطة القاضي الإداري فيها تقتصر على بحث مشروعية القرار ومدى اتفاهه مع قواعد القانون وإلغاء ذلك القرار إذا كان مخالفاً للقانون، وهكذا لا تتعدى سلطة القاضي أكثر من إلغاء القرار غير المشروع فلا يستطيع القاضي أن يقوم بتحديد نطاق المركز القانوني للطاعن أو أن يقوم بسحب قرار الإدارة أو تعديله أو أن يصدر قراراً آخر محل القرار المعيب الذي أصدرته الإدارة⁽¹⁾ ولذا يقف القاضي عند حد الحكم بإلغاء القرار غير المشروع دون أن يذهب إلى أبعد من ذلك بتقرير حقوق للمدعي أو تحديد مداها⁽²⁾ كما يعرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها هي تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإداري يطلب إعدام قرار إداري مخالف للقانون⁽³⁾، وهذا بمراقبة مدى شرعية القرار الإداري ومنه النطق بإلغائه إذا كان كذلك، والطعن بالإلغاء والأكثر شيوعاً والأكثر أهمية في القانون الإداري⁽⁴⁾. وبذلك يظهر بأن دعوى الإلغاء هي دعوى إدارية التي لا تنشأ في تعريفها عن الدعوى المدنية التي سبق التعرض لها ضمن الباب الأول من هذا القسم، وإن تميزت عنها بعدة مميزات تميزها عن الدعاوى التي تخضع للقانون الخاص أمام القضاء العادي وهذه المميزات تتمثل في:

- أحد أطراف الدعوى الإدارية شخص من أشخاص القانون العام، أي الدولة كسلطة عامة أو أحد فروعها المركزية أو المحلية، أو هيئاتها أو مؤسساتها العامة.

هذا الطرف الأخير في الدعوى الإدارية يكون في الغالب هو المدعى عليه في الدعوى، لأن لهذا الشخص العام امتياز، يسمى امتياز المدعى عليه وهو نتيجة لامتياز آخر يسمى بامتياز المبادرة أو حق التنفيذ المباشر دون اللجوء للقضاء للحصول على حكم بحقوقها قبل الأفراد أو التابعين لها.

- كما تتميز الدعوى الإدارية، من ناحية الحق موضوع الدعوى، إذ يجب أن يكون حقاً من الحقوق الإدارية، أي تلك التي تنشأ بسبب العلاقة بين الأشخاص العامة من ناحية، والأفراد من ناحية أخرى وسواء كانوا أفراد عاديين أو عاملين لديها، وسواء كانت هذه العلاقة تستند إلى الاتفاق أو كان مصدرها القانون ذاته.

- إن الدعوى الإدارية يختص بنظرها بجهة قضائية خاصة وهي القضاء الإداري⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري (قضاء الإلغاء، قضاء التعويض وأصول الإجراءات) منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص 11.

⁽²⁾ د. محمد عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري (تنظيم رقابة القضاء الإداري - الدعاوى الإدارية)، دار الفكر العربي، 1990، ص 119.

⁽³⁾ د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 315.

⁽⁴⁾ PEISER Gostave, Contentieux administratif 12^e éd DALLOZ, 2001, P 189 .

⁽⁵⁾ المستشار معوض عبد التواب، الدعوى الإدارية و صيغها، دار الفكر العربي، 1991، ص 13.

الفرع الثاني خصائص دعوى الإلغاء

يمكن إجمال خصائص دعوى الإلغاء في أنها:

- طعن قضائي:

لم تكن لدعوى الإلغاء في القانون الفرنسي الطابع القضائي منذ البداية، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي عند نشأته لم يكن محكمة قضائية بالمعنى الصحيح وإنما أنشئ كهيئة استشارية لجهة الإدارة العامة يصدر في المنازعة الإدارية رأيا أو مشروع قرار يخضع لتصديق رئيس الدولة الذي يصدر القرار النهائي ومن ثم كان الطعن بالإلغاء نوعا من التظلم الإداري الرئاسي. إلا أن مجلس الدولة قد تحول إلى محكمة قضائية حقيقية بموجب القانون الصادر بتاريخ: 1872/05/24 يصدر أحكاما نهائية لا معقب عليها وأصبح الطعن بالإلغاء طعنا قضائيا بالمعنى الصحيح⁽¹⁾ وسلطة القاضي الإداري فيها تقتصر على مجرد الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع وليس أكثر.

- طعن موضوعي:

الطعن بالإلغاء - كطعن موضوعي - يقوم أساسا على اختصام القرار الإداري وليس الإدارة. ففي دعاوى القضاء الشخصي ينعى المدعى عليه الاعتداء على حقه الشخصي، فهو نزاع بين أطراف يفصل القاضي في ادعاءاتهم المختلفة، ولذا فإنها تقتضي توجيهها من شخص إلى شخص آخر، إلا أن رقابة قاضي الإلغاء إنما تستهدف حماية المشروعية وتحكمها اعتبارات المصلحة العامة⁽²⁾.

- دعوى الحق العام:

دعوى الإلغاء هي دعوى القانون العام في فرنسا، بمعنى أنها يمكن أن توجه إلى أي قرار إداري دون حاجة إلى نص خاص. فهذه الدعوى أصبحت من المبادئ العامة للقانون بحيث لا يحتاج تقريرها إلى النص عليها، وإنما يلزم النص الصريح لاستبعادها في حالات معينة⁽³⁾.

- الحكم في دعوى الإلغاء:

إن الحكم الصادر في الدعوى بإلغاء القرار الإداري له حجية مطلقة في مواجهة كافة، ويتمسك بالإلغاء كل من له مصلحة في ذلك ولم يكن طرفا في الدعوى⁽⁴⁾.

(1) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 127.

(2) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 140 وأيضاً د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

(3) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 129.

(4) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

المطلب الثاني

شروط قبول دعوى الإلغاء

البحث في شروط قبول دعوى الإلغاء، يتطلب أن يكون القاضي الإداري مختصا أصلا بنظر الدعوى ومسألة قبول الدعوى أو عدم قبولها، مسألة ابتدائية يبحثها القاضي والخصوم قبل الدخول في الموضوع. تتعلق شروط قبول الدعوى بتلك الشروط التي تخص محل الدعوى وأيضا الشروط التي تتعلق بعريضة رفعها وكيفية اتصالها بالقضاء. من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بقبول الدعوى.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى.

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بقبول الدعوى

يشترط لقبول دعوى الإلغاء عدة شروط منها ما يتعلق بالقرار المطعون فيه ومنها ما يتعلق بأطرافها ومنها ما يتعلق بميعاد رفعها وهي الشروط التي سأتناولها بالتفصيل التالي:

أولا: شروط تتعلق بالقرار المطعون فيه:

ما هو القرار الإداري القابل للطعن فيه بدعوى الإلغاء؟

استقر قضاء مجلس الدولة المصري على تعريف القرار الإداري بأنه " إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة"، فهو إذن عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة، ومن خلال هذا التعريف نستخلص العناصر التالية الأساسية:

- أنه عمل قانوني.

- أنه عمل صادر بالإرادة المنفردة.

- أنه عمل يصدر عن جهة إدارية⁽¹⁾.

يشترط في القرار الإداري أيضا أن يكون نهائيا ومؤثرا أي قابلا للتنفيذ دون حاجة إلى أي إجراء لاحق ومؤثرا ويحدث أثرا في المراكز القانونية للطاعن بأن يلحق به ضرر⁽²⁾.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها وأيضا د. محمد عبد الله الفلاح، شروط قبول دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، 2011، ص43.

(2) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010، ص 274.

وهي العناصر التي تنطبق على قرارات المحافظ العقاري (رفض الإيداع، رفض الإجراء ورفض الشهر) كونها تصدر بإرادة المحافظ العقاري المنفردة باعتباره جهة إدارية. كما تنطبق على قرار الترتيم النهائي الذي ينتج عنه الدفتر العقاري باعتباره عملاً قانونياً صادراً عن جهة إدارية (المحافظة العقارية) بإرادتها المنفردة، وكذا الأمر بالنسبة للترتيم المؤقت إذا كان أحد أطراف الدعوى شخص من أشخاص القانون العام وهي كلها قرارات لا مجال للطعن فيها إلا بموجب دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري الصادر بمناسبة إجراءات الشهر العقاري.

ثانياً: شرط المصلحة في دعوى الإلغاء:

يشترط في قانون المرافعات لقبول الدعوى أن تستند المصلحة إلى حق اعتدي عليه أو مهدد بالاعتداء عليه، أما بالنسبة لدعوى الإلغاء في القانون الإداري فيكفي أن يكون لرافع الدعوى مجرد مصلحة يمسها القرار المطعون فيه ولا يهم بعد ذلك أن تستند هذه المصلحة إلى حق شخصي اعتدي عليه⁽¹⁾. تتميز المصلحة في دعوى الإلغاء باتساع نطاقها وبتوسع القضاء الإداري في قبولها في تطبيقات عديدة ومتنوعة، وكان رأي القاضي الإداري دائماً التيسير على الطاعنين ما أمكنه ذلك حتى تتوفر في النهاية حماية قواعد المشروعية، فالشرط الوحيد لتحقيق المصلحة هو أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة لرافع دعوى الإلغاء⁽²⁾.

ثالثاً: شرط ميعاد رفع دعوى الإلغاء:

يشترط المشرع على أن يحدد ميعاداً قصيراً يجب أن ترفع خلاله دعوى الإلغاء لكي تكون مقبولة يسري من تاريخ نشر القرار أو إعلان صاحب الشأن به⁽³⁾، وميعاد رفع الدعوى هو ميعاد سقوط بمعنى أن الحق في الطعن في القرار الإداري لا ينشئ ولا يتم مباشرته إلا بإيداع الطعن كتابة ضبط المحكمة الإدارية خلال هذا الميعاد وليس بعد فواته، بحيث لا ينقطع ولا يقف ولا يمتد إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً.

إن تحديد ميعاد ثابت للدعوى يشكل بكل تأكيد قيوداً على حرية الأفراد في مقاضاة الإدارة حسب رأي الدكتور مسعود شيهوب والذي يرى مع ذلك، بأن هذا القيد تفرضه متطلبات المصلحة العامة التي هي موضوع القرارات الإدارية، لأن هذه الأخيرة يجب أن تتحصن بعد مدة، إذ لا يعقل أن تبقى حرجة وقلقة عرضة للإلغاء القضائي في أي وقت.

(1) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 186.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

(3) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 203.

ومهما طالّت المدة، وهذا ينعكس - حسب رأيه - على العمل الإداري سلبيًا. لذلك كان من اللازم تحديد مدة للتقاضي إذا لم يتم خلالها الطعن في القرار تحصن ضد أي شكل من أشكال الإلغاء. وأصبح في حكم القرار المشروع لأن هذه القاعدة تفرضها دواعي استقرار الأوضاع في المجتمع بمرور وقت معين⁽¹⁾.

ميعاد الطعن في دعوى الإلغاء حددته المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأربعة أشهر يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي.

الأصل أن يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان القرار الإداري النهائي لصاحب الشأن أو كما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري من تاريخ العلم اليقيني بالقرار ومحتوياته، على أساس أنه بمجرد تحقق العلم يستطيع المدعي أن يحدد مركزه من القرار وطريق الطعن فيه⁽²⁾ وهذا على أساس العلم اليقيني والتي هي نظرية قضائية، مفادها انه عندما يثبت من ملف الدعوى أو أية أوراق أخرى أو من حضور الشخص ودفاعه أنه أخذ علماً مؤكداً وكافياً بالقرار محل الطعن، فإن الميعاد يبدأ في السريان حتى في غياب النشر أو التبليغ. إن القضاء الفرنسي هو الذي سن هذه النظرية ولكنه اليوم يطبقها بشكل ضيق، وفي الجزائر فإن قضاء المحكمة العليا كرس تطبيقاً واسعاً لهذه النظرية في العديد من القرارات اعتبرت فيها أن الطاعن أخذ علماً يقينياً بالقرار محل الطعن من خلال الدعوى الاستعجالية التي رفعها، أو من خلال المراسلة المتبادلة بين وكيل المدعيات والإدارة أو من خلال قيام المدعي بالتظلم وهذا من خلال عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا الغرفة الإدارية منها تحت رقم: 28562 بتاريخ: 1982/12/11 والقرار رقم: 29777 بتاريخ: 1983/03/05⁽³⁾.

إن الإدارة ليست ملزمة بإتباع وسيلة معينة للإعلان، وإذا تعلق الأمر بقرار إداري أو تنظيمي، فإن ميعاد الطاعن يبدأ سريانه من تاريخ نشر هذا القرار ويتم النشر طبقاً للأوضاع التي يحددها القانون فإذا لم يتم نشر هذه القرارات، أو إذا تم نشرها بغير الطريق التي رسمها القانون، فإن ميعاد دعوى الإلغاء لا يسري بشأنها ويظل القرار قابلاً للطعن فيه مهما طالّت مدته⁽⁴⁾.

(1) د. مسعود شيهوب (نظرية الاختصاص الجزء الثالث) المرجع السابق، ص 329.

(2) د. سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 38.

(3) د. مسعود شيهوب (نظرية الاختصاص الجزء الثالث) المرجع السابق، ص 333 - 334.

(4) د. محمد عبد الله الفلاح، المرجع السابق، ص 168 - 169.

- حالات وقف انقطاع هذا الميعاد

الأصل أنه متى بدأ سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء، فإنه باعتباره ميعاد سقوط لا ينقطع ولا يقف ولا يمتد، ويبدأ حسابه من اليوم التالي لثبوت التبليغ الشخصي أو النشر وينتهي بانتهاء آخر يوم. وتتقطع هذه الآجال وفقا لنص المادة 832 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الحالات الآتية: (1)

1- الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة

2- وفاة المدعي أو تغيير أهليته.

وتوقف آجال الطعن في الحالتين الآتيتين:

1- طلب المساعدة القضائية

2- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

1- الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة:

إن رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية غير المختصة، يعني أن يكون رافع الدعوى متمسكا بحقه بالمطالبة القضائية، ومن ثم يجب ترتيب أثر قطع ميعاد رفع دعوى إلغاء القرار الإداري ويبقى هذا الأثر قائما إلى غاية صدور حكم بعدم الاختصاص نهائيا بعد استنفاد طرق الطعن فيه. (2)

2- وفاة المدعي أو تغيير أهليته:

بوفاة المدعي أو بتغيير أهليته تنقطع الخصومة القضائية عملا بنص المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهما سببان لوقف ميعاد رفع دعوى الإلغاء لتعلقها بصفة المدعي، ويترتب على ذلك مباشرة الدعوى من طرف من تنتقل إليه إذا كانت قابلة للانتقال.

(1) 1- الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة

2- وفاة المدعي أو تغيير أهليته وتوقف آجال الطعن في الحالتين الآتيتين:

- طلب المساعدة القضائية

- القوة القاهرة أو الحادثة الفجائي

(2) د. سامي جمال الدين المرجع السابق، ص 79.

3- طلب المساعدة القضائية:

إن تمثيل الأطراف أمام المحكمة الإدارية أصبح وجوبيا وفقا لنص المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد يرغب المتضرر من أحد قرارات المحافظ العقاري المتعلقة بالترقيم أو رفض الإيداع أو الإجراء.... في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلغاء هذه القرارات، ولكن يحول دون ذلك عجزه عن سداد أتعاب المحامي الذي يتولى مباشرة الدعوى نيابة عنه الأمر الذي يسمح له بالمطالبة بتوكيل محام في إطار المساعدة القضائية. إن لجوء المعني للمطالبة بإفادته بإجراءات المساعدة القضائية من شأنه أن يقطع ميعاد الطعن بالإلغاء، وهذا إذا تم خلال ميعاد رفع الدعوى، أي خلال مدة أربعة أشهر وقبل انقضاء هذا الميعاد.

4- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

وهو المبدأ الذي استقر عليه القضاء الإداري والذي أخذ به المشرع الجزائري تطبيقا لنظرية القوة القاهرة التي تؤدي إلى وقف سريان ميعاد الطعن التي تجعل من المستحيل على الفرد اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقه، وبهذا فإذا استحال على ذي الشأن رفع دعوى الإلغاء في الميعاد القانوني، فليس من العدل استمرار سريان ميعاد الطعن بحجة استقرار الأوضاع الإدارية على أساس القرار الإداري محل المنازعة.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بعريضة رفع الدعوى

المنازعة الإدارية كغيرها من المنازعات الأخرى، لا يمكن للقاضي أن يتدخل فيها من تلقاء نفسه وإنما لابد من تحريكها من أحد أطراف الخصومة - المدعي - لحماية مركز قانوني له ضد اعتدا أو تعسف الإدارة في إصدارها للقرار موضوع المطالبة بالإلغاء، فتبدأ الخصومة بمجرد إيداع العريضة كتابة ضبط المحكمة الإدارية، ويجب أن تتضمن هذه العريضة البيانات السابق الإشارة إليها، إذ لا تختلف عن عريضة رفع الدعوى العادية وعلى هذا الأساس أركز فقط على ما يخص المنازعة الإدارية مع الإحالة إلى الأحكام العامة في هذا المجال والتي نصت عليها المادة 816 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها : " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من هذا القانون.

1- وجوب توقيعها من طرف محام

يجب أن ترفع عريضة رفع الدعوى الإدارية الرامية إلى إلغاء أحد القرارات الصادرة بشأن إجراءات الشهر العقاري موضوع الدراسة أمام المحكمة الإدارية بعريضة ورقية أو بالطريق الإلكتروني وفقا لنص المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع مراعاة أحكام المادة 827 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تعفي الدولة والأشخاص المعنوية (الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة)الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل واشتراط توقيع العريضة من طرف محام واعتباره من النظام العام الذي لا يجوز الإخلال به، يرجع إلى أن إجراءات التقاضي أمام المحكمة الإدارية تحتاج إلى خبرة وكفاية لا تتوافر إلا في المحامين، فضلا عن أن التقاضي أمام المحكمة الاستئنافية ومجلس الدولة يتطلب أن يكون المحامي معتمدا لديه أي أن يكون أكثر خبرة وأقدمية.

لقد انتقد جانب من الفقه هذا الشرط، لأنه ما دام المتقاضي كامل الأهلية ويعبر عن إرادته بتقديم عريضة مفصحة عن طلبه كافية في بيان مقصوده، فإنه من التعنت أن نضع في طريق حقه في رفع دعواه، لرفع ظلم، حاق، مثل هذا الشرط الذي قد يعرقل هذا الحق الذي هو من حقوق الإنسان. (1)

2- جواز التظلم المسبق:

أجاز المشرع بموجب نص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في أجل أربعة أشهر من تاريخ تبليغه بالقرار أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي. وهذا التظلم المسبق هو تظلم جوازي يمكن اللجوء إليه كما يمكن مباشرة الدعوى أمام القضاء دونه.

3- وجوب إرفاق القرار الإداري مع عريضة رفع الدعوى:

يجب أن يرفق مع عريضة رفع الدعوى الرامية إلى إلغاء القرار الإداري، القرار الإداري المطعون فيه وهذا تحت طائلة عدم القبول، عملا بنص المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما لم يوجد مانع مبرر، فإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة

(1) د. سامي جمال الدين المرجع السابق، ص 109

من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه أمره القاضي بتقديمه في أول جلسة ، ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع.

يتم إيداع العريضة الافتتاحية مع نسخة منها بملف القضية، بأمانة ضبط المحكمة الإدارية مقابل دفع الرسم القضائي ثم تقيد بسجل خاص ترقم حسب ترتيب، ورودها، يقيد التاريخ ورقم التسجيل على العريضة وعلى المستندات المرفقة عملا بنص المواد: 818- 821 و 823 - 824 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا قبل تبليغها عن طريق المحضر القضائي وفقا لنص المادة 1/838 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما يتم تبليغ المذكرات ومذكرات الرد مع الوثائق المرفقة بها إلى الخصوم عن طريق أمانة الضبط تحت إشراف القاضي المقرر وفقا لنص المادة 2/838.

بهذه الإجراءات يحاول المشرع تحقيق التوازن بين أطراف المنازعة، ويكون تبليغ المذكرات بمثابة أثر إجرائي يترتب على انعقاد الخصومة الإدارية بعد تبليغ عريضة رفع الدعوى من المدعي، وإن هذا التبليغ غير محصور في عريضة رفع الدعوى أو المذكرات الجوابية، وإنما يمتد أيضا إلى كل الإجراءات المتخذة وتدابير التحقيق التي تبلغ للخصوم بموجب رسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام أو عن طريق محضر قضائي.

ويشار في تبليغ العرائض والمذكرات إلى أنه في حالة عدم مراعاة الأجل المحدد من طرف القاضي لتقديم مذكرات الرد، يمكن اختتام التحقيق دون إشعار مسبق وهذا وفقا لنص المادة 840 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما تبلغ نسخ الوثائق المرفقة بالعرائض والمذكرات إلى الخصوم بنفس الأشكال المقررة لتبليغ المذكرات.

عندما يحول عدد الوثائق أو حجمها أو خصائصها دون استخراج نسخ عنها يبلغ جرد مفصل عنها ويبلغ إلى الخصوم أو إلى ممثليهم للإطلاع عليها بأمانة الضبط وأخذ نسخ عنها على نفقتهم، كما يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أن يرخص في حالة الضرورة الملحة بتسليم هذه الوثائق مؤقتا إلى الخصوم أو ممثليهم خلال أجل يحدده عملا بنص المادتين: 841 و 842 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الثاني

الجهات القضائية المختصة بالفصل في دعوى الإلغاء

يتكون التنظيم القضائي الإداري في الجزائر من محاكم إدارية كدرجة قضائية أولى ومن المحكمة الاستئنافية كدرجة قضائية ثانية ولا يختلف هذا التنظيم عن تنظيم القضاء العادي من باب الدرجات القضائية بحيث يتشكل القضاء الإداري من ثلاث مستويات (المحاكم الإدارية-المحاكم الاستئنافية- مجلس الدولة) بينما يتشكل القضاء العادي من ثلاث مستويات) المحاكم - المجالس القضائية - والمحكمة العليا).⁽¹⁾

فالمحاكم الإدارية، لم يتم النص عليها صراحة بموجب دستور 1996 كما هو الشأن بالنسبة للمحاكم العادية، بحيث اكتفى المؤسس الجزائري في نص المادة 152 من الدستور بالإشارة إلى الجهات القضائية عند تحديده لدور مجلس الدولة كمقوم لأعمال هذه الجهات.

يعتبر القانون رقم: 98/02 المؤرخ في: 30/05/1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية⁽²⁾ والذي نص في المادة الأولى منه بأنه تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية وأحال القانون رقم : 98/02 وضع قواعد خاصة بعدد المحاكم الإدارية، اختصاصها الإقليمي، تنظيمها القضائي والإداري إلى المرسوم رقم : 98/356 المؤرخ في: 14/11/1998، أما مجلس الدولة فقد خصص له دستور 1996 المواد : 78 - 119 - 121 - 123 - 152 - 153

يتكون الإطار التشريعي لمجلس الدولة من القانون العضوي رقم : 98/02 المؤرخ في: 30/05/1998 والذي أشارت المادة الأولى منه إلى كيفية تنظيم وعمل مجلس الدولة لاسيما عدد الغرف والأقسام

ومجالات عملها وكذلك صلاحيات كتابة الضبط والأقسام التقنية والمصالح الإدارية، وعلى هذا الأساس سوف أتناول الاختصاص القضائي لكلاهما وفقا للقواعد العامة لأحكام الاختصاص القضائي بشكل عام أي من حيث الاختصاص النوعي والإقليمي هذا فضلا عن

(1) د. رشيد خلوفي، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 176

(2) أنظر الجريدة الرسمية، العدد 37 لسنة 1998.

اختصاص محكمة التنازع في حالة وجود تنازع في منازعات الشهر القضائي بين القضاء العادي والقضاء الإداري. من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول : اختصاص المحكمة الإدارية.

المطلب الثاني: اختصاص مجلس الدولة.

المطلب الثالث: اختصاص محكمة التنازع

المطلب الأول

اختصاص المحكمة الإدارية

تختص المحكمة الإدارية بالفصل في منازعات الشهر العقاري ضمن اختصاص نوعي وإقليمي وفقا لمعايير حددها المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتمثل في وجوب رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا لتفصل فيها وفقا للحدود التي وضعها لها المشرع بموجب المواد: 800-801-802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: الاختصاص النوعي.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

الفرع الأول

الاختصاص النوعي

إن معيار الاختصاص في الجزائر هو معيار تشريعي وليس قضائي، وهو يرتكز على أساس المعيار العضوي أي أن العبرة في تحديد اختصاص القضاء الإداري تكون على أساس وجود الإدارة (مدعية أو مدعى عليها طرفا في منازعة ما ، فكلما كانت الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا في النزاع كلما انعقد الاختصاص القضائي الإداري بغض النظر عن طبيعة النشاط وهو الأمر الذي أكدته المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، التي جاء فيها: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية باستثناء

المنازعات الموكلة إلى جهات قضائية أخرى. تختص المحاكم الإدارية بالفصل في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية طرفا فيها".

ويشترط إذن لانعقاد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية لنظر المنازعة الإدارية أن يكون النزاع إداريا، أي أحد طرفي المنازعة شخصا من أشخاص القانون العام.

وأشخاص القانون العام وفقا لنص المادة 800 المذكورة أعلاه هم:

1- الدولة:

يقصد بها السلطات الإدارية المركزية، وفقا لنص المادة 09 من القانون العضوي رقم: 98/01 والمتمثلة في الوزارات، المصالح الخارجية للوزارات على مستوى الولايات أو ما يعرف بالمديريات الولائية والجهوية.

ترفع الدعوى ضد الوزارة التي تتبعها المديرية وليس المديرية، كون الوزارة تمثل الشخصية المعنوية للدولة⁽¹⁾.

يختص بالنظر في تلك الدعاوى " المحكمة الإدارية للإستئناف للجزائر بالفصل كدرجة أولى في دعاوى إلغاء وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية".

2- الولاية

يقصد بالولاية مختلف الهيئات والأجهزة القائمة بالتنظيم الولائي والمتمثلة في جهاز المداولة المجلس الشعبي الولائي وجهاز التنفيذ (الوالي) حسب المادة الأولى من القانون رقم: 90/09 المؤرخ في: 1990/04/07.

(1) د. مسعود شيهوب المبادئ العامة للمنازعات الإدارية نظرية الاختصاص) الجزء الثالث، ديوان المطبوعات

الجامعية، 1999، ص 356 وما بعدها.

3 - البلدية :

البلدية هي الجماعة الإقليمية القاعدية في الإدارة المحلية، تشتمل على مختلف الهيئات والأجهزة القائمة بها سواء كانت أجهزة مداولة المجلس الشعبي البلدي) أو جهاز التنفيذ (رئيس المجلس الشعبي البلدي).

4- المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية:

تعتبر المؤسسة العمومية أسلوب لتسيير المرفق العام في جانبه الإداري⁽¹⁾، تنقسم المؤسسات العمومية إلى مؤسسات عمومية وطنية ومحلية، فالأولى تنشأ بقرار من السلطة المركزية، أما الثانية بمدولة المجالس الشعبية الولائية والبلدية، ويتمتع كلا القسمين بالشخصية المعنوية والاستقلالية عن الدولة. تفصل المحاكم الإدارية في منازعات الشهر العقاري المطروحة عليها بناء على دعوى إلغاء التي تدخل ضمن أهم اختصاصاتها عملاً بنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1- دعاوى إلغاء وتفسير وفحص مشروعيات القرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية

- البلدية

- المنظمات المهنية الجهوية.

- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

2- دعاوى القضاء الكامل،

3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

وفيما يتعلق باختصاص المحاكم الإدارية نوعياً للفصل في منازعات الشهر العقاري، فإن الفصل في الحقوق المشهورة إذا كان أحد أطراف المحرر شخصاً من أشخاص القانون العام وبمفهوم المخالف لنص المادة 516 قانون الإجراءات المدنية التي تحصر اختصاص أشخاص القانون الخاص، وبذلك جعلت ذات المنازعات المتعلقة بأشخاص القانون العام

(1) د. مسعود شيهوب الجزء الثالث المرجع السابق، ص 362.

تخرج عن اختصاصها، وتدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري هذا إضافة إلى اختصاص الفصل في منازعات الترقيم النهائي التي لم ترد الإشارة لها ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية وبذلك يستخلص مما سبق أن المحاكم الإدارية تختص بالفصل في منازعات الشهر العقاري الآتية:

1- منازعات الترقيم المؤقت الذي يكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام.

2- منازعات الترقيم النهائي (الدفتر العقاري).

3- المنازعة في قرارات المحافظ العقاري (رفض الايداع ورفض الإجراء ورفض الشهر)

وهو الاختصاص القضائي الذي أكدته المحكمة العليا بموجب عدة قرارات منها القرار رقم: 392317 المؤرخ في : 14/03/2007 والذي جاء فيه: أنه ينعقد الإختصاص النوعي للقضاء الإداري متى كانت وكالة مسح الأراضي أو المحافظة العقارية طرفا في النزاع. حيث أن كل من وكالة مسح الأراضي والمحافظة العقارية هما مؤسستان عموميتان ذاتا طابع إداري كانتا طرفا في النزاع ومع هذا تمسك قضاة الموضوع باختصاصهم النوعي مع أن الاختصاص النوعي من النظام العام."

الفرع الثاني

الاختصاص الإقليمي

يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها بموجب المواد: 37 - 38 قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو موطن المدعي عليه أساسا واستثناء في مواطن مختلفة حسب المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

غير أنه يجب رفع بعض الدعاوى استثناء أمام بعض المحاكم الإدارية في بعض المواد المشار إليها بنص المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تكون المحكمة الإدارية مختصة إقليميا بالنظر في الطلبات الأصلية، وفي الطلبات الإضافية أو العارضة أو المقابلة التي تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية وفقا لأحكام المادة 805 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما عن طبيعة الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية فهو من النظام العام، ويجوز إثارته من احد الخصوم في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجب إثارته تلقائياً من طرف القاضي عملاً بأحكام المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. تجدر الإشارة إلى أن المرسوم التنفيذي رقم : 98/356 نظم الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية أولى الاختصاص للغرفة الإدارية بالمجالس القضائية إلى غاية تنصيب المحاكم الإدارية والتي جاء في المادة 2 منه بأنه: تنشأ عبر كامل التراب الوطني إحدى وثلاثون (31) محكمة إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية".

المطلب الثاني

اختصاص المحاكم الإستئنافية

تختص المحكمة الإدارية للاستئناف بالفصل في استئناف بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية وتختص أيضاً بالفصل في القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة.

وتختص المحكمة الإدارية للإستئناف للجزائر بالفصل كدرجة أولى في دعاوى إلغاء وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية".

تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية للإستئناف، تحت طائلة عدم قبول العريضة، للإستئناف أثر ناقل للنزاع وموقف لتنفيذ الحكم وهذا طبقاً لما نصت عليه المواد 900 مكرر، 900 مكرر 1، 900 مكرر 2، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثالث

اختصاص مجلس الدولة

يختص مجلس الدولة بالفصل في الطعون بالنقض في الأحكام والقرارات الصادرة نهائياً عن الجهات القضائية الإدارية، ويختص أيضاً بالفصل في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة.

كما يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية للإستئناف للجزائر العاصمة في دعاوى إلغاء وتفسير وتقدير مشروعية القرارات الإدارية

الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

ويختص مجلس الدولة بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة. وللاستئناف أمام مجلس الدولة أثر ناقل للنزاع وموقف لتنفيذ الحكم وهي الأحكام المقررة بموجب نص المواد 901-902-903-908 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الرابع

إختصاص محكمة التنازع

يختص القضاء الإداري والقضاء العادي بالفصل في المنازعات المتعلقة بالشهر العقاري بموجب الاختصاص الذي خوله القانون لكليهما، غير أنه قد تطرح فكرة التنازع في الاختصاص بين كليهما. ومرد ذلك تعدد المنازعات القضائية بتعدد القوانين المنظمة لها وتشعبها، إذ يصعب على الجهات القضائية الإلمام بها في غياب نظام تخصص القضاء من جهة وتدخلات الإدارة بالتنظيم والضبط في المجال العقاري من جهة أخرى.

يحدث رغم توزيع الاختصاص بين جهات القضاء، أن تتنازع جهتان قضائيتان قضية واحدة، فنتمسك كل جهة بنظرها، أو تتخلى كلاهما عن نظرها، ومرجع ذلك دقة قواعد الاختصاص في بعض الأحيان ومحاولة كل جهة أن توسع من ولايتها. (1)

وفقا للتقدير القانوني يوجد تنازع في الاختصاص، حيث تؤكد أو ترفض هيئتان أو عدة هيئات قضائية، اختصاصها للنظر في قضية رفعت أمامها. (2)

ويؤول الاختصاص في حالة التنازع إلى محكمة التنازع باعتبارها هيئة قضائية سامية، تضمن السير الحسن لنظام القضاء المزدوج الذي شكل قمة الهرم.

لتحقيق السير الحسن للهرمين القضائيين (الإداري والعادي) أشار دستور 1996 بموجب المادة 152 إلى تأسيس هيئة قضائية تفصل في التنازع بين الجهات القضائية الإدارية والعادية، وتم تأسيسها بواسطة القانون العضوي رقم 98/03 المؤرخ في 03/06/1998.

(1) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 383.

(2) د أحمد محيو، المرجع السابق، ص 127.

وإذا كانت محكمة التنازع تشبه أغلبية المؤسسات المماثلة في بعض الدول وخاصة في فرنسا، فإن لها بعض الخصائص تتميز بها عنها ، فيرى الأستاذ خلوفي رشيد بأن النظام القانوني المنظم لاختصاص محكمة التنازع يتسم بالعمومية والإبهام في بعض المواضع الجوهرية مثل أنواع النزاعات التي يعود لها الفصل فيها والتي لم ينظمها القانون العضوي رقم 98/03 إضافة إلى عمومية القواعد الإجرائية المطبقة على كل أنواع النزاعات دون تمييز رغم خصوصيتها. ومع ذلك يرى الأستاذ خلوفي رشيد - بأن لمحكمة التنازع هدف واحد جوهرى حيوي لضمان سير ازدواجية الهياكل القضائية ألا وهو حل مشاكل تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي.

- حالات تنازع الاختصاص:

يتحقق تنازع الاختصاص عند توافر العنصرين التاليين:

- يتمثل العنصر الأول في موقف متناقض بين القضاء الإداري والقضاء العادي (أو العكس) الأمر الذي يختلف عن التنازع بين القضاة Les reglements des juges الذي يحدث داخل جهة قضائية واحدة.

- ويتمثل العنصر الثاني في احتمال تقدير اختصاص كل من القضاء الإداري والقضاء العادي أو عدم اختصاصهما اتجاه نزاع وقضية واحدة⁽¹⁾.

يقتضي تنازع الاختصاص أن يعرض على قاضي القسم العقاري أو القاضي الإداري نزاع يتعلق بمنازعة تتعلق بالشهر العقاري، فيقوم من تلقاء نفسه أو بطلب من الأطراف المتنازعة التصريح بعدم الاختصاص، أو بدفع أمامه بعدم الاختصاص ويستمر بالنظر فيه، فيقوم الطرف الثاني في النزاع برفع دعوى ضده أمام الجهة القضائية الثانية.

تبرز حالات تنازع الاختصاص من خلال الأوجه التالية:

1- التنازع الايجابي:

يوجد تنازع إيجابي حين تعلن محكمة عادية اختصاصها للحكم في موضوع ترى السلطات الإدارية أنه يعود إلى القاضي الإداري.

(1) د. رشيد خلوفي، المنازعات الإدارية المرجع السابق، ص 256 وما بعدها.

والتنازع الايجابي وفقا لنص المادة 16 من القانون رقم: 988/203 المؤرخ في :
03/06/1998 المتضمن اختصاصات محكمة التنازع تنظيمها وعملها ، أنه قضاء جهتان
قضائيتان إحداها خاضعة للنظام

القضائي العادي والأخرى للنظام القضائي الإداري باختصاصهما في النزاع.

تتمثل شروط وجوب تنازع الاختصاص الايجابي في:

- تصريح مزدوج بالاختصاص في نزاع واحد.

- صدور قرارات قضائية نهائية من طرف جهات القضاء العادي و جهات القضاء الإداري.

- أن يكون موضوع القرارين القضائيين يتعلق بنفس النزاع (وحدة الأطراف، السبب،
الطلب)

2- التنازع السلبي:

يوجد تنازع سلبي، حين تعلن كل من المحكمة العادية والمحكمة الإدارية عدم اختصاصها
بالنسبة لذات الدعوى التي رفعت إليها⁽¹⁾.

ويعرف التنازع السلبي، بأنه تنازع ناتج عن تصريح القضاء الإداري والقضاء العادي بعدم
اختصاصهما للفصل في قضية واحدة. لقد نصت المادة 16 من القانون رقم : 98/03
على: "أنه يكون تنازع في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيتان إحداها خاضعة للنظام
القضائي العادي والأخرى خاضعة للنظام القضائي الإداري لعدم اختصاصهما في نفس
النزاع."

وتمثل صورة التنازع السلبي الصورة الأكثر حدوثا في الواقع العملي، ويحق لكل طرف
صدر في مواجهته حكمان من الجهتين (القضاء العادي والقضاء الإداري بعدم الاختصاص،
اللجوء إلى محكمة التنازع يطالب فيه القضاء بتعيين الجهة القضائية المختصة.

تتمثل شروط التنازع السلبي في:

- تصريح مزدوج لعدم الاختصاص.

- صدور أحكام قضائية نهائية من القضاء الإداري والقضاء العادي.

(1) د. احمد محيو المرجع السابق، ص 128 وما بعدها.

- يجب أن يكون موضوع القرارين يتعلق بنفس النزاع.

تتشرط المادة 17 من القانون رقم: 98/03 ألا يتم رفع تنازع الاختصاص السلبي إلا بعد نفاذ كل الطعون (العادية وغير العادية) (1).

المبحث الثالث

الحكم الإداري الفاصل في منازعات الشهر العقاري وطرق الطعن فيه

بعد انتهاء القاضي الإداري من مرحلة فحص أسباب الطعن بالإلغاء التأكيد وبعد من أوجه إلغاء القرار الإداري المطعون فيه، فإنه ينتقل إلى المرحلة الأخيرة في عمله وهي إصدار الحكم في موضوع الدعوى الذي يكون قابلاً للتنفيذ بعد استنفاد طرق الطعن فيه، وبما أن المشرع قد أحال إلى تطبيق مقتضيات المتعلقة بالأحكام الإدارية إلى الأحكام العامة في إصدار الأحكام المنصوص عليها في المواد من 270 إلى 298 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي سبق الإشارة إليها بالتفصيل بمناسبة التعرض إلى الأحكام الصادرة في المنازعة العادية، وبذلك فلا داعي لتكرارها وسوف أكتفي بما يميز الحكم الإداري من مميزات من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: مميزات الحكم الإداري.

المطلب الثاني: طرق الطعن في الحكم الإداري.

المطلب الأول

مميزات الحكم الإداري

إن ما يميز الحكم الإداري عن الحكم العادي هو وجوب الإشارة إلى الوثائق المقدمة والنصوص القانونية المطبقة وكذا الإشارة فيه إلى أنه تم الاستماع إلى القاضي المقرر وإلى محافظ الدولة، وعند الاقتضاء إلى الخصوم وممثليهم، وإلى كل شخص تم سماعه بأمر من الرئيس عملاً بنص المادة 889 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

كما يجب أن يسبق منطوق الحكم الإداري بكلمة " يقرر " عملاً بنص المادة 890 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما عن تبليغ الحكم الإداري، فإنه يتم عن طريق محضر

(1) د. رشيد خلوفي المنازعات الإدارية المرجع السابق، ص 286

قضائي كقاعدة عامة ويجوز بصفة استثنائية لرئيس المحكمة الإدارية أن يأمر بتبليغ الحكم أو الأمر إلى الخصوم عن طريق أمانة الضبط عملاً بنص المادتين: 894 - 895 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وما يميز الحكم الإداري الفاصل في منازعات الشهر العقاري عن الأحكام الإدارية الأخرى هو وجوب شهره بالمحافظة العقارية بعد صيرورته نهائياً وهذا وفقاً لأحكام المادة 14 من الأمر رقم: 74/75 والمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني

طرق الطعن في الحكم الإداري

تنقسم طرق الطعن في الحكم الإداري موضوع الدراسة إلى طرق طعن عادية وطرق طعن غير عادية. تتمثل طرق الطعن العادية في الاستئناف والمعارضة بينما يدخل الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة ودعوى تصحيح الأخطاء المادية ودعوى التفسير وكذا الطعن بطريق الالتماس

بإعادة النظر، ضمن طرق الطعن غير العادية.

من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: طرق الطعن العادية.

الفرع الثاني: طرق الطعن غير العادية.

الفرع الأول

طرق الطعن العادية

تتمثل طرق الطعن العادية في الحكم الإداري في الطعن بالاستئناف والطعن بالمعارضة وهي الطرق التي سيتم تفصيلها فيما يلي:

أولاً: الاستئناف:

يجوز الطعن بطريق الاستئناف في الحكم الإداري الفاصل في منازعة من المنازعات موضوع الدراسة ولكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية، ولو لم يقدم أي

دفاع، أن يرفع استئنافاً ضد الحكم الصادر من المحكمة الإدارية وهذا وفقاً لنص المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يحدد أجل الاستئناف بشهر (01) بالنسبة لأحكام المحاكم الإدارية، وشهرين (02) بالنسبة لقرارات المحاكم الإدارية للاستئناف، تخفض هذه الآجال إلى خمسة عشر (15) يوماً بالنسبة للأوامر الاستعجالية ما لم توجد نصوص خاصة.

تسري هذه الآجال من يوم التبليغ الرسمي للأمر أو الحكم أو القرار إلى المعني، وتسري من تاريخ انقضاء أجل المعارضة إذ صدر غيابياً، تسري هذه الآجال في مواجهة طالب التبليغ الرسمي، وهذا طبقاً لما نصت عليه المادة (950) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً: المعارضة :

ترفع المعارضة وفقاً لنص المادتين 953 و954 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة غيابياً عن المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية ومجلس الدولة كجهة استئناف، وذلك خلال أجل (01) شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي ويخفض هذا الأجل إلى (15) خمسة عشر يوماً بالنسبة للأوامر.

الفرع الثاني

طرق الطعن غير العادية

تتمثل طرق الطعن غير العادية في الحكم الإداري في الطعن بالنقض والطعن بطريق التماس إعادة النظر والطعن بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وكذا دعوى تصحيح الأخطاء المادية وهي

الطرق التي سيتم تفصيلها كما يلي:

أولاً : الطعن بالنقض :

يمكن الطعن بطريق الطعن بالنقض ضد قرارات مجلس الدولة خلال أجل شهرين (2) يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن بالنقض عملاً بنص المادة 956 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويبنى الطعن بالنقض على أوجه النقض المنصوص

عليها ضمن أحكام المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بأوجه الطعن بالنقض أمام القضاء العادي.

ثانيا : الطعن بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة:

يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع. يتم الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع القانونية عملا بنص المادة 960 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أحالت المادة 961 إلى الأحكام العامة المتعلقة باعتراض الغير الخارج عن الخصومة المنصوص عليها في المواد: من 381 إلى 389 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي الأحكام التي سبق الإشارة إليها في الفصل السابق من هذا الباب.

ثالثا : دعوى تصحيح الأخطاء المادية:

لقد نظم المشرع الجزائري دعوى تصحيح الأخطاء المادية كطريق من طرق الطعن غير العادية حاذيا في ذلك حذو القانون الفرنسي الذي نظمها بموجب القانون الصادر بتاريخ : 18/12/1970، فالطعن بتصحيح الأخطاء المادية، هو وسيلة طعن قضائية من خلق مجلس الدولة الفرنسي والذي أخذ بها دون الاستناد إلى نص تشريعي إلى غاية صدور القانون الصادر بتاريخ : 18/12/1970، إن ما دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى وضع هذا الطريق من طرق الطعن ما شاهده من تضمن بعض الأحكام على أخطاء مادية، قد يكون مرجعها نقص في التحقيق، أو تضمن ملف الدعوى على معلومات خاطئة، أو بسبب إهمال من القاضي).⁽¹⁾

وترفع دعوى تصحيح الأخطاء المادية بنفس الأشكال والإجراءات المقررة لعريضة رفع الدعوى خلال أجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار المشوب بالخطأ وهذا وفقا لنص المادة 964 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وتطبق أحكام المادتين 286 و287 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على دعوى تصحيح الأخطاء المادية وفقا لنص المادة 963 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) د. حسن السيد ببيوني، المرجع السابق، ص 303.

رابعاً : الطعن بطريق التماس إعادة النظر :

لم يجر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطعن بالتماس إعادة النظر إلا في الأحكام الصادرة نهائياً عن المحاكم، والقرارات النهائية الصادرة عن المحاكم الإدارية للاستئناف و/أو عن مجلس الدولة كجهة استئناف، طبقاً لما قد نصت عليه المادة 966 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أحكام، ولقد حددت المادة 967 من ذات القانون حالتين اثنتين يمكن تقديم التماس إعادة النظر في إحداهما وهما:

1- إذا اكتشفت أن القرار قد صدر بناء على وثائق مزورة قدمت لأول مرة أما الجهة القضائية الإدارية.

2- إذا حكم على خصم بسبب عدم تقديم وثيقة قاطعة كانت محتجزة عند الخصم.

يرفع الطعن بالتماس إعادة النظر في أجل شهرين (2) يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار أو من تاريخ اكتشاف التزوير أو من تاريخ استرداد الوثيقة المحتجزة بغير حق من طرف الخصم وهذا وفقاً لنص 968 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. يمكن القول في الأخير بأن للحكم الصادر في دعوى الإلغاء - كسائر الأحكام القطعية - حجية الشيء المحكوم فيه، فالحكم عنوان للحقيقة بحيث لا يجوز عرض النزاع مرة أخرى أمام نفس المحكمة أو محكمة أخرى إلا بطرق الطعن المذكورة أعلاه، وذلك لأن الحجية تثبت للمنطوق والأسباب المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً .

إن الأصل في الأحكام أن تكون حجيتها نسبية مقصورة على أطراف النزاع، إلا أن للأحكام الصادرة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة حجية مطلقة أي أنها حجة على الكافة ERGO OMNES وذلك لأن موضوع دعوى الإلغاء هو مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري، والمدعي فيها يخاصم القرار الإداري ذاته، لذا لا يتصور أن يكون القرار مشروعاً بالنسبة لبعض الأفراد وغير مشروع بالنسبة للبعض الآخر.

إذا كان للحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري حجية مطلقة لأنه إعدام للقرار في مواجهة الكافة، فإن الحكم برفض الإلغاء لا يجوز إلا حجية نسبية ذلك لأنه لا يعني أن القرار يظل قائماً ومنتجاً لأثاره لذا يجوز لغير المدعي أن يطعن فيه بالإلغاء بل يجوز لنفس المدعي أن يعيد طلب إلغاءه مستنداً إلى أسباب جديدة. (1)

(1) د. محمد عاطف البنا ، المرجع السابق، ص 287 - 288.

خلاصة ونتائج الباب الأول من القسم الثاني:

بعدما تعرضت في القسم الأول للجانب النظري لمنازعة الشهر العقاري ارتأيت تخصيص القسم الثاني للجانب العملي أي إلى كيفية ممارسة حق المتضرر في اللجوء إلى القضاء وإلى الوسائل والسبل التي يلجأ إليها القاضي الناظر في منازعة الشهر العقاري استنادا إلى قواعد ومبادئ الشهر العقاري فضلا عن القواعد العامة المعروفة التي يسلكها القاضي للوصول إلى حكم فاصل في النزاع المطروح أمامه وعلى هذا الأساس خصصت هذا الباب للجانب الإجرائي لمنازعات الشهر العقاري وقسمته إلى فصلين تعرضت في الفصل الأول منه لمنازعة الشهر العقاري التي يختص بها القضاء العادي، وخصصت الفصل الثاني لتلك التي ينظر فيها القضاء الإداري لتباين إجراءات كل منهما.

اعتمدت هذا التقسيم لأجيب على الإشكالية المطروحة والبحث في مدى كفاية التشريع الجزائري لحل منازعات الشهر العقاري من الناحية الإجرائية والقول مدى كفاية أحكام التشريع (قانون الإجراءات المدنية والإدارية) لحل منازعات الشهر العقاري موضوع الدراسة، فتعرضت للمنازعة العادية في الفصل الأول وللوسيلة التي يمارس بموجبها حق اللجوء إلى القضاء وهي الدعوى من حيث مفهومها وخصائصها ولشروط قبولها أمام القضاء في المبحث الأول، وإلى الجهة القضائية المختصة بالفصل فيها إقليميا ونوعيا وهذا وفقا لقواعد الاختصاص التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 وهذا في المبحث الثاني، وتعرضت في المبحث الثالث إلى ماهية الحكم الفاصل في منازعات الشهر العقاري وإلى خطوات إصداره، وإلى الآثار التي يترتبها وكيفية الطعن فيه بموجب طرق الطعن العادية وغير العادية، وتعرضت في الفصل الثاني إلى منازعة الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري، وبما أن الدعوى التي يسلكها المتقاضي أمام هذه الجهة، هي دعوى إلغاء، حاولت التركيز عليها ومنه أفردت المبحث الأول من الفصل الثاني لماهية دعوى الإلغاء وشروط قبولها أمام القضاء وتعرضت في المبحث الثاني إلى الجهات القضائية المختصة بالفصل في المنازعة الإدارية والتي تتمثل في المحكمة الإدارية ومجلس الدولة ولم أغفل التعرض إلى محكمة التنازع وهذا في حالة تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري بمناسبة الفصل في منازعات الشهر العقاري كما تطرقت إلى اختصاص كل جهة قضائية إقليميا ونوعيا ضمن المبحث الثالث والي طرق الطعن في الحكم الإداري العادية منها وغير العادية.

ومن خلال هذا التقسيم يظهر جليا مدى عناء المتضرر في منازعات الشهر العقاري في البحث عن الجهة القضائية المختصة للفصل في منازعته، ومدى مشقة القضاة في فصلهم المستمر برفض الدعاوى لعدم الاختصاص النوعي لتعلق الأمر بمعيار عضوي يتحدد الاختصاص فيه بأطراف الدعوى لا بطبيعة المنازعة، وبذلك أستخلص إلى أن أهم عائق إجرائي يقف أمام منازعات الشهر العقاري هو تراوح الاختصاص فيه بين القضاء الإداري والقضاء العادي الأمر الذي يستدعي إعادة النظر فيه واعتبار منازعات الشهر العقاري استثناء من القاعدة العامة (المعيار العضوي) وإسناد الاختصاص فيها للقضاء العادي حتى ولو تعلق الأمر بشخص من أشخاص القانون العام.

الباب الثاني

كيفية الفصل في منازعات الشهر العقاري موضوعيا (الوسائل الموضوعية)

بعد عرض المنازعة موضوع البحث على القضاء وبعد استيفائها الشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا وبعد قبولها من الناحية الشكلية من طرف القاضي المختص ينتقل إلى المرحلة الموالية وهي مرحلة إنزال حكم القاعدة القانونية على موضوع المنازعة لتأكيد الحق وحمايته، وهي الوظيفة الأساسية للقاضي في قيامه بمهمة الفصل في المنازعات المطروحة عليه.

إلا أنه قد يحدث من الناحية العملية أن لا يجد القاضي المساعدة القانونية الواجبة التطبيق، فلا يقف مكتوف اليدين إزاء ذلك، وإنما يجب عليه أن يبحث ويجتهد في الكشف عنها بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد فبمقتضى العرف، وإذا لم يجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهذا وفقا لنص المادة الأولى من القانون المدني.

إن دور القاضي ليس دورا تطبيقيا بحتا، وإنما يقضي بحسب وقائع وظروف كل منازعة، وعند هذا الحد يتشابه دور القاضي العادي بالقاضي الإداري، إلا أن دور الأخير يكون أبعد مدى لأنه يستهدف دائما الوصول إلى نقطة التوازن بين احتياجات مصالح الإدارة العامة وبين الأفراد، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية فإنه لا يقف دوره عند حد تطبيق القانون وإنما يتعداها إلى الكشف أن قواعد قانونية جديدة.

على أساس هذا الاختلاف يقسم الباب إلى:

الفصل الأول: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي (المنازعة العادية).

الفصل الثاني: كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري (المنازعة الإدارية).

الفصل الأول

كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي (المنازعة العادية)

لقد سبق التطرق إلى المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني وهي المبادئ التي سوف أعتمد عليها كأساس للفصل في منازعات الشهر العقاري وبذلك سوف أحاول إعمال هذه القواعد وتفعيل دورها لحل هذه المنازعات فضلا عن القواعد العامة التي يتخذها القاضي في سبيل الوصول إلى حكم فاصل في أية منازعة قد تنشأ بين المتعاقدين أو بين أحدهما والغير أو بين صاحب الحق ومن اكتسب حقا بموجب إجراءات الشهر العقاري أي المالك الظاهر، كل هذه المنازعات التي قد تنشأ بين هؤلاء حاولت الإلمام بها في هذا الفصل. بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: كيفية الفصل في المنازعات المطروحة بين المتعاقدين.

المبحث الثاني: كيفية الفصل في المنازعات التي يثيرها الغير.

المبحث الثالث: كيفية الفصل في المنازعات المثارة بين المستفيد من اشهر وصاحب الحق

أثناء أعمال المسح العام.

المبحث الرابع: كيفية الفصل في منازعات المالك الظاهر.

المبحث الأول

كيفية الفصل في المنازعات المطروحة بين المتعاقدين

يفصل القاضي في المنازعات المطروحة عليه إستنادا إلى القواعد القانونية التي يجب عليه تطبيقها الأمر الذي يتطلب منه البحث عن هذه القواعد حتى وإن لم يثرها الأطراف⁽¹⁾ علما بأنه لا يجوز للقاضي أن يغير موضوع النزاع بحيث أنه لا يمكنه أن يبيّن قناعته ويؤسس حكمه إلا على ما عرض عليه من وقائع وكانت موضوع مناقشة أمامه.

كما يمكن للقاضي أن يتعمق في البحث في الوقائع المطروحة عليه مطالباً الأطراف بتقديم توضيحات أو اللجوء إلى إجراءات التحقيق المخولة له قانوناً، علماً بأنه لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يقضي بعلمه الخاص في المنازعات المطروحة عليه⁽²⁾.

تعتبر المادة 793 من القانون المدني والتي جاء فيها: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

المحور الذي تدور حوله منازعة الشهر العقاري والأساس القانوني الذي يستند إليه لحل أية منازعة تنور بين الطرفين المتعاقدين، ذلك لأن التصرفات المذكورة بموجب نص المادة 793 لا تنشأ بين الأطراف المتعاقدة ولا تنتقل ولا تزول إلا بموجب إجراءات الشهر العقاري، وعليه فإن القاضي الذي ينظر في مثل هذه المنازعات سوف يعتمد على أهم مبدأ من مبادئ الشهر العيني لتأسيس حكمه وهو مبدأ الأثر الإنشائي للشهر، وعلى هذا الأساس فإن أية منازعة تنور بين المتعاقدين حول هذه التصرفات لا يمكن الخوض فيها دون التأكد من مدى احترام إجراءات الشهر العقاري لما له من اثر منشئ لأي تصرف بين المتعاقدين ومنه سوف أعرض لمفهوم هذا الأثر وإلى الإشكالات التي يطرحها وأهم التطبيقات العملية له في القضاء الجزائي والقضاء المقارن.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: إعمال الأثر المنشئ للقيد لحل منازعات الشهر العقاري.

المطلب الثاني: إعمال الأثر الناقل للقيد لحل منازعات الشهر العقاري.

المطلب الثالث: تطبيقات عملية حول إعمال كل من الأثر المنشئ والناقل للقيد في منازعات

الشهر العقاري.

⁽¹⁾ CROZE Hervé, le Procès civil- Connaissance du Droit, DALLOZ , 1997, P 37.

⁽²⁾ CROZE Hervé, op.cit, P 39 – 40.

المطلب الأول

إعمال الأثر المنشئ للقيد لحل منازعات الشهر العقاري

معنى هذا المبدأ أن الحقوق العينية والتكاليف والقيود لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول على الوحدة العقارية إلا بالقيد، وهذا يعد من المبادئ الهامة في نظم السجل العيني، حيث يراد للصحيفة العقارية أن تكون دليلاً للحالة القانونية فلا تنشأ الحقوق ولا تتغير إلا إذا تم قيد ذلك في الصحيفة⁽¹⁾. إن إجراءات اكتساب الحق العيني العقاري تنقسم إلى عمليتين من طبيعة قانونية مختلفة: فمن ناحية أولى يجب أن يتوافر سبب اكتساب الحق (عقد البيع على سبيل المثال) والذي لا ينتج إلا آثاراً شخصية - أي التزامات تعاقدية مثل الالتزام بتسليم الشيء والالتزام بنقل الملكية إلى المتصرف إليه بواسطة المتصرف، والالتزام بدفع الثمن بواسطة المتصرف عليه - ومن ناحية ثانية يجب إتمام الإجراء الشكلي اللازم لاكتساب الحق وهو القيد في السجل العيني الذي ينتج الأثر العيني المتمثل في نقل الحق مع ملاحظة أن إتمام هذا القيد يعد تنفيذاً للالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق البائع بموجب عقد البيع.

هكذا، فإن نقل وإنشاء وتعديل وانقضاء الحقوق العينية العقارية بموجب الاتفاقات ليس له أي أثر عيني إلا بعد إتمام الإجراء الشكلي. وهذا هو نطاق الأثر المنشئ للقيد والذي تقرر بشأن التصرفات الإرادية في الحقوق العينية العقارية⁽²⁾.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ بموجب نص المادة 793 من القانون المدني التي يتضح من خلالها بأن المشرع رسخ بهذا النص النظام المزدوج في اكتساب الحقوق، وهو نظام مأخوذ من النظام الروماني فالسند القانوني للحق ليس كافياً لاستكمال إنشاء أو نقل أو زوال الحقوق العينية، بل أن إجراءات الشهر تعد شرطاً أساسياً لترتيب الأثر القانوني.

إن التصرف الذي يتم شهره يصبح الحق بمقتضاه موجوداً وثابتاً، والتصرف الذي لم يقع شهره لا يتمتع صاحبه بأية مزية قانونية مهما كان السند الذي يعتمد عليه لإثبات حقه، وعليه يصبح الحق المترتب على التصرف الذي تم شهره حقاً موجوداً وثابتاً أما الحق المترتب على تصرف لم يتم تسجيله فيبقى مجرداً عن أية مزية قانونية مهما كانت المستندات التي يعتمد عليها صاحب الحق لإثباته⁽³⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 37.

(2) د. حسن عبد الباسط جميعي، تحول نظام الشهر العقاري في مصر إلى نظام السجل العيني، دار النهضة العربية، 1999، ص 89.

(3) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 488 وما بعدها.

إن الهدف الرئيسي من إتباع نظام السجل العيني هو توفير الثقة الكافية بالبيانات التي يتم شهرها بشأن الحقوق العينية العقارية تحقيقا لاستقرار المعاملات على هذه الحقوق ولتمكين جهات القرض العقاري من أن تتعامل بهذه الثقة بصفة خاصة على العقارات بما يشجع الاستثمار وسرعة دورة رأس المال في المجتمع.

ولهذه الأسباب فإن أحد العناصر الجوهرية في نظام السجل العيني هو الربط بين أي اثر عيني مرتبط بالتصرفات القانونية على الحقوق العينية العقارية وبين هذه التصرفات والمعاملات التي تقع على هذه الحقوق في السجل العيني . لذلك فإن للقيود في السجل العيني أثر منشئ للحقوق العينية العقارية سواء أكانت حقوقا عينية أصلية أم كانت حقوقا عينية تابعة .

وبذلك فإن القيد في السجل العيني يصبح هو مصدر الحقوق العينية العقارية التي تستمد وجودها من القيد في السجل العيني بغض النظر عن مصدر إنشائها أو نقلها أو تعديلها أو تقرير انقضائها أو زوالها⁽⁴⁾ ومنه يتم الفصل في تلك الدعاوى استنادا إلى هذا الأخير بالقول بعدم جواز الاحتجاج والتمسك بتلك الحقوق ما لم تكن مشهورة.

المطلب الثاني

إعمال الأثر الناقل للقيود لحل منازعات الشهر العقاري

إذا كنا قد عرفنا أن القانون جعل للتسجيل أثرا خطيرا، بحيث لا ينقل البيع مثلا ملكية العقار المبيع إلا بإتمام إجراءات الشهر العقاري وهذا وفقا لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري، فإن عقد البيع المتعلق بالعقار يرتب آثاره منذ إبرام العقد ماعدا انتقال الملكية الذي يتم بعملية الشهر العقاري بمعنى أن العقد المبرم بين الطرفين الوارد في شكل رسمي تترتب عليه جميع آثاره القانونية ويتجلى من هذا أن عقد البيع بعد شهره تترتب عليه نفس الآثار التي كانت تترتب عليه قبل ذلك، مضافا إليها انتقال الملكية فعلا بقوة التسجيل.

فانتقال الملكية يعتبر إذن الأثر المهم والبارز الذي يترتب على البيع بعد تسجيله. ولا يعني هذا أن قيمة العقد تسقط بإجراء التسجيل وأن انتقال الملكية يتم بناء على مجرد التسجيل لأن التسجيل بمفرده لا ينقل الملكية بل لا بد أن يستند إلى عقد بيع صحيح نافذ. بل إن التسجيل بمفرده أمر مستحيل وغير ممكن إذ كيف يمكن للمحافظ أن يقوم بتسجيل حق من الحقوق دون أن يكون هناك سند قانوني يبرره فالمحافظ لا يبادر إلى إجراءات التسجيل إلا إذا تأكد من هوية الأطراف ومن صحة الوثائق المدلى بها تأييدا لطلب التسجيل شكلا وجوهرا.

(4) د . حسن عبد الباسط جميعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 103.

إن مسألة التأكد من صحة التصرف قبل الإقدام على تسجيله تعتبر من إحدى خصائص نظام الشهر العيني لأن التصرفات التي تسجل بالسجل العقاري تصبح لها حجية مطلقة بالنسبة للكافة، ولهذا لا يجوز تسجيل أي تصرف كيفما كان إلا إذا كان صحيحاً⁽¹⁾.

إن الأثر الناقل للملكية وإن كان يصلح تطبيقه في ظل نظام الشهر العيني إلا أن الأعمال به في ظل نظام الشهر الشخصي لم يكن موفقا إلى حد ما، لأن التسجيل في ظل نظام الشهر الشخصي لا يحمي المشتري ولا يحمي الغير لأنه يتم بحسب أسماء الأطراف وقد يتعدد بائعو العقار ويكون كل منهم مثبتا في دفاتر الشهر العقاري في صحيفة بعيدة عن الأخرى مما يتعذر معه تتبع جميع التصرفات الواردة على العقار المبيع بدقة، فضلا عن أنه ليس هناك ما يمنع من تسجيل عقد بيع باطل أو صوري، وليس هناك ما يضمن للمشتري أو للغير الاطمئنان إلى صحة التصرفات المسجلة.

يرى الدكتور عبد الناصر توفيق العطار في هذا الصدد بأنه كان على واضع القانون ألا يزيد الطين بلة بجعله بيع العقار غير ناقل لملكيته إلا بالتسجيل حتى بين المتعاقدين، لأن هذا الحكم يفتح بابا للبائع أو ورثته للتصرف في العقار المبيع الذي لم يسجل عقد بيعه باعتباره لازال مملوكا لهم وكان بإمكان واضع القانون أن يجعل بيع العقار بمجرد إبرامه ناقلا للملكية، فاصلا فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير ويجعل التسجيل وسيلة لإثبات هذه الملكية، حتى يحقق شيئا من العدالة ريثما يتم العمل بنظام السجل العيني⁽²⁾.

يترتب على القول بأن العقد غير المسجل لا ينقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير نتائج هامة من الناحية العملية:

- 1- إذا عاد البائع فباع العقار مرة أخرى إلى مشتري ثان، بادر إلى تسجيل عقده قبل المشتري الأول آلت الملكية إلى المشتري الثاني صاحب العقد المسجل ولو كان سيئ النية يعلم بحقيقة الأمر.
- 2- إذا مات البائع والمشتري لم يسجل عقده انتقلت الملكية إلى وارث البائع الذي يستطيع أن يبيع ذات العقار إلى مشتري آخر يبادر إلى تسجيل عقده أو قيد فتنقل إليه الملكية⁽³⁾.
- 3- أن عقد البيع قبل تسجيله يظل عقدا ناقلا للملكية في الأصل، وإن كان نقل الملكية فيه معلقا على شرط تسجيله ولا يتعين أن ينظر إلى عقد البيع قبل التسجيل على أنه وعد بالبيع، لأن مثل هذا النظر يتعارض مع قصد المتعاقدين.

(1) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 504.

(2) د. عبد الناصر توفيق العطار، البداية في شرح أحكام البيع، مطبعة عابدين، 1984، ص 133 - 134.

(3) د. محمد إبراهيم دسوقي، التصرفات العقارية غير المسجلة في قانون الشهر العقاري وقانون السجل العيني، دون دار نشر، 2009،

4- يظل البائع ومن بعده ورثته ملاك للعقار المبيع طالما لم يتم تسجيله، غير أن ملكية البائع وورثته للعقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع مقيدا بالتزامهم بعدم التعرض للمشتري وبضمان التعرض المبني على سبب قانوني.

5- يجوز لدائني البائع التنفيذ على العقار المبيع بعقد لم يسجل لأن البائع لازال مالكا للعقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع، وعلى العكس لا يجوز لدائني المشتري التنفيذ على العقار المبيع بعقد غير مسجل لأنه لا زال غير مالك لهذا العقار، وتصرفه فيه هو تصرف من غير مالك .

6- لا يجوز لمشتري العقار بعقد غير مسجل أن يرفع دعوى استحقاق على البائع أو ورثته، لأن هذه الدعوى لا يرفعها إلا المالك، لكن للمشتري أن يطالب البائع أو ورثته بتنفيذ التزامه بالقيام بالأعمال التمهيديّة والضرورية لنقل الملكية وإلاّ طلب الحكم بصحته ونفاذ عقد البيع وتسجيل هذا الحكم بنقل الملكية إليه.

وكما يرتب البيع غير المسجل أثارا في ذمة البائع، فإنه يرتب أيضا أثارا في جانب المشتري. فيجب على المشتري الوفاء بالثمن إلا إذا إتفق المتعاقدان على إرجاء ذلك إلى وقت لاحق. وللمشتري أن يمتنع عن الوفاء بالثمن مستخدما في ذلك الدفع بعدم التنفيذ إذا كان إلتزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري حال ولم يتم بتنفيذه⁽¹⁾.

إن البيع غير المسجل للعقار، لا يزال يبيعا صحيحا منتجا لكافة آثاره عدا نقل الملكية بالفعل، ومن ثم يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري وبضمان التعرض والاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية، ولا يملك البائع طلب استرداد المبيع من المشتري إذا كان قد سلمه إياه لأنه ضامن للتعرض فلا يملك الاسترداد

ويلتزم المشتري بسداد الثمن ولو لم يتم التسجيل.

هذا وتقتصر آثار البيع غير المسجل على الإلتزامات الشخصية التي يفرضها العقد، وهي التزام البائع بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية والتسليم والإلتزام بنقل الملكية، وتقتصر التزامات المشتري على دفع الثمن واستلام المبيع.

أما المسائل التي تتطلب صفة المالك فلا يملك المشتري للعقار بعقد غير مسجل أن يقوم بها مثل النقاسم مع الشركاء على الشيوع إن كان قد اشترى نصيبا شائعا في العقار أو طلب قبض ثمن في المزايدة عند بيع العقار، أو قبض تعويض نزع الملكية، أو المطالبة في الشفعة⁽²⁾.

(1) د. محمد علي عمران، نظام التسجيل وفقا للقانون الليبي تطبيقه بصفة خاصة على عقدي: البيع والرهن، القاهرة، 1978، ص72.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 86.

- وقت انتقال الملكية إلى المشتري:

إذا كان كل من القانون المدني والأمر رقم: 74/75 المتعلق بالشهر العقاري قد جاء بنصوص قاطعة بأن ملكية العقار لا تنتقل إلا بإتمام إجراءات الشهر العقاري، لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير، فهل المقصود هنا هو عدم انتقال الملكية أساساً إلى المشتري، أو أن عقد البيع ينقل الملكية إلى المشتري فور التعاقد ولكن لا يحتج بذلك على الغير إلا بالتسجيل؟
بمعنى آخر هل تنتقل الملكية في العقار بمجرد العقد ولو لم يسجل، ولكن فيما بين المتعاقدين يكون هذا الانتقال موقوفاً على التسجيل، فإن تم التسجيل زال هذا الشرط الواقف، وفيما يتعلق بالغير، فإنه لا يحتج عليه بانتقال الملكية إلا من وقت تسجيل العقد وليس من وقت إبرامه.

اختلف الفقه حول هذه المسألة فقد ذهب الرأي الغالب إلى أنه ليس للتسجيل أثر رجعي، فلا تنتقل الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا من وقت التسجيل⁽¹⁾.
ويستند هذا الرأي إلى الحجج التالية:

1- جاءت نصوص قانون الشهر العقاري صريحة وقاطعة في أن ملكية العقار لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل و ليس من سند قانوني للمقارنة بين المتعاقدين والغير بالنسبة إلى وقت انتقال الملكية، لو شاء المشرع أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً لنص على ذلك صراحة.

2- قصد المشرع بهذه القاعدة المستحدثة في قانون تنظيم الشهر العقاري، إلى توطيد دعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعة للشهر والعلانية، وهو ما يدفع المتعاقدين إلى المبادرة إلى تسجيل عقودهم.

3- إن الاعتماد في انتقال الحق على تاريخ التسجيل وحده دون غيره يهدف إلى عدم الأخذ بتاريخين مختلفين لانتقال الحقوق من وقت العقد فيما بين المتعاقدين، ومن وقت التسجيل بالنسبة للغير. الشيء الذي سيؤدي حتماً إلى كثرة التعقيد⁽²⁾ فليس من المستساغ القول بوجود تاريخين لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير⁽³⁾.

4- لقد وضع المتعاقدين والغير في مركز واحد. ولما كان الشك لا يتطرق في أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا من وقت التسجيل، ترتب على ذلك منطقياً أن لا يتطرق الشك أيضاً في أن الملكية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل واعتباراً من تاريخ التسجيل وحده⁽⁴⁾.

(1) د. عبد المنعم البدر، عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، 1957، فقرة 209 ص 319 وأيضاً د. محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 73.

(2) د. محمد خير، المرجع السابق، ص 507.

(3) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 89.

(4) د. محمد خير، المرجع السابق، ص 506.

ومع ذلك ذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أن للتسجيل أثر رجعي ينسحب إلى وقت البيع فتنتقل الملكية من وقت البيع لا من وقت التسجيل بالنسبة للمتعاقدين أما بالنسبة للغير فهي لا تنتقل إلا من وقت التسجيل إذ لا يتمكن الغير من العلم بالحق العيني إلا من وقت شهره⁽¹⁾. ويستند هذا الرأي إلى الحجج التالية:

1- أن القانون جعل ثمار المبيع ونماؤه للمشتري من وقت البيع لا من وقت التسجيل وعلى المشتري تكاليف هذا المبيع من هذا الوقت أيضا.

2- إن الغرض من التسجيل والإعلان بوقوع التصرف، والمتعاقدان يعلمان به من وقت البيع، تنتقل الملكية بالنسبة إليهما من وقت البيع، وبالنسبة للغير من وقت التسجيل، وإلا كان في ذلك خلط بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني الذي يجعل القيد في السجل العيني هو بذاته الذي ينقل الملكية وليس العقد أو التصرف.

3- إن نصوص قانون الشهر العقاري نصت على أن الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، ولم تحدد وقت انتقال الملكية، فليس ما يمنع إذن أن يرتد ذلك إلى وقت إبرام العقد بالنسبة إلى المتعاقدين.

هل للتسجيل أو القيد قيمة قانونية مستقلة في ذاته؟

يثور التساؤل حول القيمة القانونية للتسجيل لأن القاعدة في قانون المدني وقانون الشهر العقاري، عدم انتقال الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل، فإن هذا لا يعني أن التسجيل أو القيد له قيمة قانونية في ذاته مستقلة عن التصرف أو الحكم الذي يتم بشهره وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية أن ملكية العقار لا تنتقل في ظل قانون التسجيل إلا باجتماع أمرين أحدهما أصلي وهو العقد الصحيح والآخر تباعي وهو التسجيل، فإن تخلف أحدهما لم تنتقل الملكية⁽²⁾.

فيجب أولا أن يكون هناك عقد صحيح ناقل للملكية بين الطرفين، فإن كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وأبطل أو زال بالفسخ أو زال أثره، لم تنتقل الملكية ولو تم تسجيل العقد وكذلك الشأن لو ثبت أن العقد كان صوريا وتمسك الغير بالوضع الحقيقي.

ويجب ثانيا أن يتم تسجيل هذا العقد الصحيح، حتى تنتقل الملكية إلى المشتري، فإذا توصل المشتري إلى تسجيل عقده، رغم أنه كان قد اشترى من شخص لم يسجل عقده، فلا يكون شأن هذا التسجيل على هذه الصورة اعتبار المشتري مالكا، إذ من غير الممكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما هو للبائع له الذي لم تنتقل له الملكية بسبب عدم تسجيل سنده.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، المرجع السابق، فقرة 282 وما بعدها. والجزء التاسع في أسباب كسب الملكية الفقرة 135.

(2) نقض مدني 1995/02/14، مجموعة أحكام النقض عن د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 92.

رغم كل ذلك فليس المقصود أن القيد في السجل العيني هو وحده الناقل للملكية بصرف النظر عن فساد السند الذي تم القيد على أساسه. بل المقصود هو أن يصبح من يتعامل مع من قيد اسمه في السجل كمالك للعقار في حماية من أي دعوى غير ظاهرة في السجل، مما يقتضي أن يؤشر بالدعوى التي ترفع ضد البيانات المدرجة في السجل لحماية رافعها من القرينة المطلقة التي تستمد من القيد فيه⁽¹⁾.

معنى ذلك أن القيد في السجل العيني إذا استند إلى سند ملكية باطل أو تم فسخه أو تم شهر دعوى البطلان أو الفسخ أو غيرها، فإن الحكم له بما يدعيه يؤدي إلى زوال الشهر، وذلك أن القيد في السجل العيني ليس ناقلاً للملكية بذاته بل بما يستند إليه من سند للملكية.

المطلب الثالث

تطبيقات عملية للأثر المنشئ والناقل للقيد في منازعات الشهر العقاري

يترتب على هذا المبدأ عدم انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية إلا بإتمام إجراءات بالشهر العقاري، فلا يثبت للمشتري - مبدئياً - مزايا صاحب حق الملكية، فليس له أن يتصرف في العقار بالبيع أو الهبة مثلاً لأن حقه لم ينشأ بعد.

سوف أتخذ مثلاً لشرح الأثر الإنشائي لشهر التصرفات عقد البيع العقاري نموذجاً للتعبير عن أهم العقود التي يجرى عليها الشهر، نظراً لشيوعه وانتشاره في المعاملات العقارية، وحتى تظهر من خلاله الآثار المنشئة للشهر بكيفية واضحة.

إن المنازعات التي تثار بين المتعاقدين في عقد البيع العقاري (البائع والمشتري) تكون قبل شهر عقد البيع ويتم الفصل فيها بموجب هذا المبدأ.

فيجب أن يكون عقد البيع المتعلق بعقار في شكل رسمي عملاً بنص المادة 324 مكرر من القانون المدني، ويجب تقديمه للمحافظة العقارية من أجل إتمام إجراءات شهره حتى يكون نافذاً في حق المتعاقدين.

إن التساؤل الذي يطرح عادة حول قيمة العقد قبل شهره وما هو موقف القضاء من امتناع البائع عن إتمام إجراءات الشهر العقاري؟

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 94.

إن عقد البيع العقاري، متى كان متوافرا على الشروط اللازمة لانعقاده و لصحته، فإنه ينشأ صحيحا و يترتب عليه التزامات و حقوق لكل من البائع و المشتري، أي أن هذا العقد (غير المشهر) ينتج جميع آثار البيع ماعدا انتقال الملكية العقارية التي تبقى معلقة على إجراء الشهر .

و يترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري و بتسليم المبيع و بضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية. و ينشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشتري، فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن و المصروفات و بأن يتسلم المبيع. و يترتب على ذلك أيضا أن البيع غير المسجل يبقى محتفظا بالوصف القانوني للبيع فيجوز الأخذ فيه بالشفعة⁽¹⁾.

يلتزم البائع بأهم التزام وهو نقل المبيع، ولا تظهر الالتزامات الأخرى (الالتزام بالضمان و الالتزام بتسليم المبيع) إلا إذا تم انتقال الملكية بواسطة إجراءات الشهر العقاري.

و نتيجة لذلك يكون على كل طرف تنفيذ التزاماته اتجاه الطرف الآخر، و يكون لكل منهما حق إجبار الآخر على تنفيذ التزاماته قضاء إذا لم يتمكن منه بصفة ودية و هذا وفقا للقواعد العامة في الالتزام. الأصل أن يقوم البائع بتنفيذ التزاماته بنقل الملكية العقارية طوعا و اختيارا، استنادا إلى أن الأصل هو حسن النية في التصرف، حيث يبادر إلى إبرام العقد باللجوء إلى مصالح الحفظ العقاري و تمكين المشتري من جميع الوثائق المثبتة لملكيته و كذا تقديم ما يثبت أصل ملكيته تنفيذا لقاعدة الأثر النسبي للشهر التي تعتبر شرطا لإتمام إجراءات الشهر العقاري كما يلتزم بتقديم جميع الوثائق التي تسهل على المشتري عملية نقل الملكية إليه، و منه يكون البائع قد نفذ جميع التزاماته.

غير أن الأمر لا يكون دائما بهذه السهولة و بهذا الشكل، أي عادة ما يرفض البائع القيام بإجراءات نقل الملكية المترتبة عليه كأن يتراجع و ينفي صدور البيع من جانبه و لا يبقى أمام المشتري إلا حق اللجوء للقضاء لإلزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع له. فما هو الطريق الذي يسلكه المشتري في سبيل ذلك و ما هو موقف القضاء منه؟

للإجابة عن هذا التساؤل، و قبل التعرف على موقف التشريع و القضاء الجزائريين، ارتأيت إلى البحث في موقف التشريع و القضاء المقارن من ذلك، لاسيما موقف كل من القانون المصري و الفرنسي و السوري و المغربي، لما لها من أهمية في تحديد الموقف الذي انتهجه القانون و القضاء الجزائريين في هذا الشأن.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، عقد البيع الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 486.

1- موقف المشرع الفرنسي:

القاعدة في القانون الفرنسي أنه في حالة اتفاق بين طرفين متعلق بنقل ملكية شيء معين من أحدهما إلى الآخر، فالقانون الفرنسي يفرض قاعدة الانتقال الفوري للمبيع، والالتزام بنقل المبيع يتم تنفيذه تلقائياً دون حاجة إلى شكل معين أو آجال محددة. فبمجرد تطابق الإرادتين ينتقل الشيء من مالك إلى آخر ولا يبقى أمام البائع إلا الالتزام بالتسليم والضمان⁽¹⁾.

ولم يشترط القانون الفرنسي الشهر لانقال ملكية المبيع فيما بين المتعاقدين وإنما للاحتجاج به على الغير وهذا لما يتميز به القانون الفرنسي من صمود أحكامه نسبياً فيما يتعلق بقاعدة الانتقال الفوري لملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين بمجرد تراضيها على عقد البيع وتعلق الاحتجاج بانقال العقار المبيع بالنسبة للغير على تمام إجراءات الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي⁽²⁾.

2 - موقف القانون المصري:

جاء في نص المادة 26 من قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 ما يلي: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها في السجل العيني، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية.

يترتب عن عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم.

ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن".
بذلك، فإن المشرع المصري قد وضح بموجب نص المادة المذكورة أعلاه بأن عقد البيع غير المسجل لا يترتب عنه سوى التزامات شخصية في ذمة البائع وفي ذمة المشتري.

لم يحدد القانون المصري مدى الالتزامات الشخصية، ولا الطرف المتعاقد الذي تقع عليه، وقالت محكمة الاستئناف الأهلية المصرية بدوائرها المجتمعة، في صدد قانون التسجيل: أنه هذا نقص وغموض في النص وباعتباره قانوناً استثنائياً جاء مقيداً للحرية المطلقة التي كانت للتعامل من قبل ويجب الرجوع إلى أحكام القانون العام وإلى المبادئ القانونية لأجل إكمال النقص أو فهم ما أبهم.

⁽¹⁾ SAVATIER René, la theorie des obligations , 2^e éd, DALLOZ, 1969, P 208.

⁽²⁾ د. سالم حماد شعبان الدحوح، المرجع السابق، ص 63 .

حيث أن التسجيل إنما شرع أصلاً لمصلحة المشتري، فله أن يعمل به وله أن لا يعمل به، فإذا تعمد عدم القيام به إضراراً بالغير لما جاز له طبقاً للقواعد القانونية العامة أن يتمسك بعمله هذا قبل الغير، لأن هذه القواعد لا تقر الأعمال المنطوية على سوء النية التي يقصد منها إضرار الغير.

فإذا جاء دائن وأراد نزع ملكية مدينه من عقار اشتراه ولم يسجل عقده، لما جاز قانوناً لهذا المدين - وقد وضع القانون جميع أملاكه ضماناً لأداء دينه - أن يدفع طلب الدائن بدعوى أنه لم يسجل العقد وأن الملكية لم تنتقل إليه. وكذلك الحال بالنسبة للبائع، فإن القواعد القانونية العامة تقضي بإلزامه باحترام عهده، وتجبره قهراً على تنفيذ ما التزم به، فإذا عارض المشتري في الصفقة بناء على عدم تسجيل العقد لما قبل منه ذلك قانوناً، لأن التسجيل إنما هو في مصلحة المشتري، فله غنمه وعليه غرمه، بحيث إذا هلكت العين قبل التسجيل لما جاز له الرجوع على البائع، لأن عدم التسجيل آت من عمله هو، والقاعدة ألا يأخذ إنسان بعمل غيره.

وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل المصري، فإنه جاء فيها - تفسيراً للمعنى المقصود بالتزامات الشخصية المترتبة على العقود غير المسجلة - أن العقد الذي يتعهد الشخص بموجبه بنقل الملكية لا ينشأ عنه طبعاً إلا حق شخصي أو دين لمصلحة من اكتسب هذا الحق، فبموجب هذا الحق يجوز لهذا الأخير أن يلزم من صدر منه التصرف بتنفيذ ما تعهد به، أي أن ينقل له الملكية فعلاً.

بذلك ليس للمشتري الحق في رفع الدعاوى العينية وإنما الحق في رفع الدعاوى الشخصية الناشئة عن العقد، والتي من شأنها إجبار البائع على تنفيذ جميع التزاماته ومن بينها التزامه بنقل الملكية، أي الالتزام بعمل كل ما هو ضروري لاستيفاء إجراءات التسجيل .

فيجوز للمشتري عند الاقتضاء أن يقاضي البائع لتقديم السند الذي يكون قد حجزه، فإذا رفض البائع أداء ذلك في الميعاد المعين يحل الحكم محل السند غير الموجود أو الناقص وتنتقل الملكية بتسجيل هذا السند⁽¹⁾.

إذا حال البائع دون تمكين المشتري من نقل الملكية بالتسجيل، وأبى المصادقة على الإمضاء، وفقاً لما يقضي به القانون، جاز للمشتري طلب الحكم بإثبات التعاقد أو بصحة التعاقد ويسجل هذا الحكم وهذا عن طريق التأشير بمنطوقه في هامش تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد، لأن نقل الملكية لا يترتب إلا بتسجيل الحكم⁽²⁾.

(1) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، المرجع السابق، طبعة 2005، ص 200 وما بعدها.

(2) د. محمد المنجي، دعوى صحة التعاقد، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 1991 ص 286-287.

3- موقف القضاء السوري:

لقد أثير نقاش في القضاء السوري حول الطريق الذي سيسلكه المشتري للمطالبة بحقه، حيث وقفت محكمة النقض في سوريا إزاء حق المشتري في إقامة دعوى على البائع لأجل تسجيل البيع في السجل العقاري موقفين متعارضين، ذهبت في أولهما إلى حرمان المشتري من هذا الحق، ثم ما لبثت أن اعترفت به له .

- الموقف القديم من محكمة النقض السورية:

ذهبت محكمة النقض السورية في البداية إلى أن العقود العادية المتضمنة إنشاء أو نقل حق عيني يعد غير نافذة ولا مانحة حق التسجيل. وأن أثرها ينحصر في مطالبة البائع الناقل عن التسجيل بالتعويض فحسب، وقد جاء في القرار رقم 42 المؤرخ في: 28/11/1943 أن العقود المتعلقة بإحداث حقوق عينية لا تكون نافذة إلاّ اعتباراً من تسجيلها وإذا امتنع أحد الطرفين في عقد غير نافذ قانوناً، كان للطرف الآخر حق مداعاته مما يترتب عن عدم نفاذ العقد من الأضرار، ولكن لا يسوغ إلى أحد المتعاقدين حق المطالبة بتنفيذ العقد، لأن القانون حكم بعدم نفاذه.

ويرى الدكتور محمد خيرى تعليقا على القرار المذكور بأن الأسباب التي دعت محكمة النقض السورية نتجه هذا الاتجاه هو أنه لا يجوز للمشتري أن يرفع دعوى استحقاق في مواجهة البائع، لأن هذه الدعوى لا يرفعها إلا مالك، والمشتري لم يصبح مالكا بعد، مادام عقد شرائه لم يسجل بعد.

- الموقف الجديد من محكمة النقض السورية:

لم تلبث محكمة النقض السورية أن تخلت عن اجتهادها، حين أصدرت قرارها رقم: 657 بتاريخ: 04/10/1960 والذي جاء فيه: " عقد البيع العقاري المنظم خارج أمانة السجل العقاري إذا كان مستوفيا الأركان القانونية لانعقاده، فإنه يعد عقدا صحيحا يصلح أساسا لإقامة الدعوى والمطالبة بإنفاذ ما ورد فيه من التزام بالتسجيل بحكم قضائي."

نتيجة لهذا الموقف أصبح للمشتري الذي يستند إلى عقد صحيح مقاضاة البائع وإلزامه بإتمام الإجراءات الضرورية لتسجيل البيع، لأنه أصبح يتوفر على صفة المالك بمقتضى عقد البيع، وأن هذه الصفة تخول له المطالبة بإتمام إجراءات انتقال الملكية⁽¹⁾.

(1) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 494 وما بعدها .

4- موقف القضاء المغربي:

إن موقف القضاء المغربي منسجم مع الموقف الجديد لمحكمة النقض السورية في الحكم السابق الذكر. ومن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى المغربي حول هذا الموضوع، القرار الصادر في: 1968/06/12 الذي جاء فيه: " يلتزم البائع لكل حق عيني محفظ بنقل الحق المبيع للمشتري كما يلتزم بضمان هذا النقل ليتأتى للمشتري الحصول على النتائج القانونية المترتبة على البيع و ذلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لذلك، والأخص إشهار عقد البيع بتقييده في الرسم العقاري، إذ لا مفعول لهذا العقد ولو بين المتعاقدين حتى يقيد بالرسم العقاري."

يرى الدكتور محمد خيري في هذا الصدد، بأن حق المشتري في إلزام البائع ليس لأنه أصبح مالكاً بل هو حق ناشئ عن طبيعة التصرف المنشئ لهذا الالتزام المترتب على البائع، فالمشتري يبقى غير مالك إلى أن يتم تسجيل البيع⁽¹⁾.

5- موقف القانون والقضاء في الجزائر:

إن للملكية العقارية وظيفة اجتماعية لا يمكن أن تؤدي إلا إذا توافر لها الثبات والاستقرار، - بما يحقق لها من استقرار - الثقة العامة التي تجعل منها ضماناً لعمليات الاقتراض التي تساعد على الاستثمار. لا شك أن الأخذ بمفعول القيد الإنشائي، هو الذي يوفر للملكية ما تحتاج إليه من ثبات واستقرار لأداء وظيفتها الاجتماعية، لأنه لا يعترف بهذه الملكية إلا لصاحب القيد، ولا يعترف بالعقود غير المسجلة بأي أثر منشئ أو ناقل أو مغير أو مزيل⁽²⁾.

بذلك، فإن التصرف الذي يهدف إلى إنشاء أو نقل أو تعديل الحق العيني لن يصل إلى شيء من ذلك إلا بالقيد في السجل العقاري، فالتصرف عاجز عن تحقيق ما يصبو إليه والكفيل بذلك هو القيد⁽³⁾.

(1) د. محمد خيري، المرجع السابق، ص 496.

(2) القاضي حسن عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 376 - 377.

(3) د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، الطبعة الأولى، القاهرة، 1972، ص 126.

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الأثر المنشئ والناقل للشهر بما يضمن انطباق قيود السجل العقاري الوضعية القانونية الحقيقية للعقار، إذ لا يعتبر مالكا إلا من كان العقار مسجلا باسمه في السجل العقاري، ومن ثم فإن المفعول الإنشائي للقيود سيدفع المتعاقدين إلى الإسراع في تسجيل عقودهم لتثبيت ملكيتهم، الشيء الذي يؤمن شهر المعاملات العقارية وبتيح لكل ذي مصلحة الإطلاع عليها لمعرفة مدى حقوق من يتعاقد معه، ويضمن للخرينة الرسوم المترتبة على هذه المعاملات. استقرت اجتهادات المحكمة العليا على وجوب توافر العقد الرسمي لنقل الملكية وإلى وجوب إتمام إجراءات الشهر العقاري لإنشاء ونقل الملكية العقارية بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

إن عدم إفراغ العقد الناقل للملكية في شكل رسمي يعرضه للبطلان لتخالف ركن الشكلية فيه وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات منها:

- القرار رقم 840 113 المؤرخ في: 1994/02/07⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "حيث أن العقد المؤرخ في: 1985/10/13 ليس عقدا رسميا رغم تحريره بواسطة موثق لأنه اكتفى بقيد اتفاق الأطراف فقط ولم يتم تسجيله أو شهره وليس له رقما تسلسليا ولا يحمل رقم الفهرس. لهذا الأمر يتعلق بمجرد عقد لفيف يعتبر بمثابة عقد عرفي."

وكذا ما جاء في القرار رقم: 136 156 المؤرخ في: 1997/02/18⁽²⁾ الذي جاء فيه: "حيث أن الشكل الرسمي لعقد البيع يعد شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد."

كما أكدت المحكمة العليا أن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تنقل الملكية العقارية في عدة قرارات منها القرار رقم: 182 360 المؤرخ في: 1998/10/28⁽³⁾ والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا بالمادة 793 من القانون المدني أن الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل إلا بالشهر. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإخلاء القطعة المتنازعة لأجلها لمجرد استظهار المدعى عليهم في الطعن بمداولة محل عقد الملكية إلى حين تسوية الوضعية إداريا قد خالفوا القانون مادام أن مداولة المجلس الشعبي البلدي لم يتم تجسيدها بعقد بيع مشهر في مصلحة الشهر العقاري طبقا للمادة 793 من القانون المدني، وبالتالي لا تكفي وحدها للمطالبة بإخلاء القطعة الأرضية المتنازع من أجلها."

(1) أنظر المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 1994، ص 158.

(2) أنظر المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1999، ص 81.

(3) أنظر المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1990، ص 86.

خلافا لما سبق أصدرت المحكمة العليا قرارات مغايرة أعطت فيها للعقد العرفي قيمة في الإثبات وقضت بإحالة الأطراف أمام الموثق لإتمام البيع.

كما أكد مجلس الدولة على الأثر الناقل للشهر العقاري في عدة قرارات منها:

- القرار رقم: 186 443 المؤرخ في: 14/02/2000⁽¹⁾ (غير منشور) والذي جاء فيه: " حيث أن إجراءات الإشهار العقاري تعتبر إجراءات من النظام العام، وأن تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداء من يوم إشهارها في المحافظة العقاري."

والقرار رقم: 61 796 المؤرخ في: 19/11/1990⁽²⁾ (غير منشور) والذي جاء فيه: " حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و 361 من القانون المدني وليس المادة 12 من الأمر رقم: 91/70 المتضمن مهنة التوثيق الغير قابلة للتطبيق في القضية الحالية، وأن المشرع قد قصد فعلا تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية ويعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين."

وكذا ما جاء في القرار رقم: 101 180 المؤرخ في: 05/05/1995⁽³⁾ (غير منشور) : " وأنه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام البيع فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما . وأنه لا يمكن للمدعي الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر رقم: 91/70 التي جاء في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط."

تلاحظ القاضية بلعربية فاطمة الزهراء في هذا الصدد بأن قضاة المحكمة العليا ولاسيما قضاة الغرفة المدنية قد أجلوا طيلة سنوات طويلة تطبيق مقتضيات المادة 12 من الأمر رقم: 91/70 المؤرخ في: 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق ابتداء من: 01/01/1971، في حين أنهم ملزمون بتطبيق القانون وليس البحث عن تكييفه مع السياق الاجتماعي أو الاقتصادي أو غيرهم. إن هذه المادة التي جاء فيها: "تخضع للشكل الرسمي تحت طائلة البطلان كل العقود المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن حصص أو أسهم في الشركات أو الإيجارات الفلاحية أو التجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية."

(1) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، 2002، ص 314.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 315.

(3) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 315.

والتي تم إدراجها بكاملها في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بموجب القانون رقم: 14/88 المؤرخ في: 1988/05/03، لم تكن محل تطبيق من طرف عدد من القضاة، فقد كان قضاة المحكمة العليا - حسبها - يرتكزون في سبيل إثبات صحة العقود العرفية، على اتفاق الطرفين على المبيع والتمن المحددين في العقد العرفي الثابت التاريخ وعلى الحيازة الفعلية للأماكن من طرف المشتري لأنه كثيرا ما كان البائع يتراجع عن التصرف بعد إدخال المشتري تغييرات وتحسينات جوهرية وباهظة الثمن على محل البيع.

لقد كانت القرارات التي تأمر الأطراف بإتمام إجراءات البيع أمام الموثق أو الناطقة باعتبار الحكم قائما مقام العقد تصطدم بصعوبات في التنفيذ بسبب رفض البائع - حسب الحالة - الاقتراب من الموثق أو المحافظ العقاري، ومن ثمة استحالة توفر الموثق أو المحافظ العقاري على الوثائق والمعطيات الضرورية لتحديد الطرفين والمال... إلخ ويستحيل عليهما بالتالي تحرير العقد أو تسجيله. بصدور القرار رقم: 136 165 المؤرخ في: 1997/02/27⁽¹⁾ والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع، وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا. من المقرر أيضا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها يجب أن تحرر على الشكل الرسمي. من المقرر أيضا أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله."

بذلك فقد تم وضع حد نهائي لكل تردد ولكل مقاومة لدى عدد من القضاة، وهكذا ومنذ صدور هذا القرار لم يعد مسموحا للمحكمة العليا، المتمثل دورها في السهر على تطبيق القانون، إثبات صحة عقد عرفي منصب على مال عقاري⁽²⁾.

⁽¹⁾ المجلة القضائية، العدد 1 لسنة 1997، ص 10.

⁽²⁾ القاضية بلعربية فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية (تعليق على القرار رقم: 491615 والقرار رقم: 549408)، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص، الجزء الثالث، قسم الوثائق 2010، ص 247.

أستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري واستناد إلى نص المادة 793 من القانون المدني والمادة 16 من الأمر رقم: 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، أقر الأثر المنشئ والناقل للشهر العقاري وابتعد عن مبدأ الرضائية في العقود فلا تنتقل الملكية العقارية إلا بتحقيق أمرين أولهما إفراغ الاتفاق في شكل رسمي - على اعتبار أن العقد العرفي لا يعتد به في انتقال الملكية العقارية - وتخلف الرسمية في عقد البيع العقاري يترتب عليها البطلان، ثانيهما وجوب احترام إجراءات الشهر العقاري لانتقال الملكية العقارية بين طرفي العقد وفي مواجهة الغير.

وعليه، فإنه يترتب على عقد البيع المنصب على عقار غير المفرغ في شكل رسمي البطلان وعلى عقد البيع المفرغ في شكل رسمي غير المشهر ما يلي:

1- النتائج بالنسبة للبائع:

يظل البائع مالكا للعقار في الفترة السابقة للتسجيل، فله أن يتمتع بكافة مزايا الملكية تصرفا واستغلالا واستعمالا.

- من حيث التصرف:

للبيع أن يحدث بناء في الأرض المبيعة مادام عقد البيع لم يسجل، وهو إن فعل يكون بانيا في أرض يملكها بمقتضى ما تتضمنه بيانات السجل العقاري، وإن كان البائع يعتبر في هذه الحالة مخلا في التزامه بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع.

- من حيث الاستغلال:

للبيع أن يؤجر العقار المبيع وإذا سجل المشتري العقار فيما بعد يسري الإيجار في حقه إذا كان خاضعا للشهر .

- من حيث الاستعمال:

يحق للعامل الاستمرار في استعمال العقار المبيع بحسب ما أعد له باعتباره مالكا له إلى أن يتم تسجيل عقد البيع.

2- النتائج بالنسبة للمشتري:

إن أهم نتيجة تترتب على عقد البيع غير المشهر، هو بقاء المشتري شخصا أجنبيا لا علاقة له بالعقار بالنسبة لمصالح المحافظة العقارية، وحيازته للعقار المبيع لا تفيده مهما مر عليها من الزمن ما لم يتم شهر عقد البيع .

المبحث الثاني

كيفية الفصل في المنازعات التي يثيرها الغير

لقد أخضع المشرع انتقال الحقوق العينية العقارية وبعض الحقوق الشخصية إلى إجراءات خاصة تستهدف حماية أصحاب العلاقة والغير في آن واحد لأن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري هي شهر المعاملات المتعلقة بكل عقار، وتمكين الغير من الإطلاع عليها، والإحاطة بحالة العقار الحقيقية إذا ما شاء إجراء أي اتفاق بشأنه، لذلك فرض القانون تسجيل كل ما للعقار من حقوق، وكل ما عليه من أعباء حتى يمكن الاحتجاج بهذه الحقوق وتلك الأعباء على الغير.

لقد سبق الإشارة إلى أن الملكية العقارية لا تنشأ ولا تزول بالنسبة للغير إلا بمراعاة إجراءات الشهر العقاري عملاً بنص المادة 793 من القانون المدني ورغم هذه القواعد يثير الغير عدة منازعات، ولا يمكن التعرض إلى هذه المنازعات المتعلقة بالغير دون معرفة مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري والذي له مفهوم خاص ينبغي معرفته قبل الخوض في المنازعات التي تثار بالنسبة له وفي كيفية الفصل فيها.

من ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري.

المطلب الثاني: إعمال قواعد الشهر العقاري في الفصل في هذه المنازعات.

المطلب الأول

مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري

إن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري هي شهر المعاملات المتعلقة بكل عقار، لتمكين الغير من الإطلاع عليها، والإحاطة بحالة العقار الحقيقية إذا ما شاء إجراء أي اتفاق بشأنه ولذا فرض القانون قيد كل ما للعقار من حقوق، وكل ما عليه من أعباء حتى يتمكن من الاحتجاج بها على الغير.

ولكن من هو الغير المقصود في قانون الشهر العقاري؟

بالرجوع إلى مبادئ القانون العامة، فإنه يعتبر من الغير كل شخص لم يكن طرفاً في العقد⁽¹⁾، غير أن للغير مفهوم خاص في قانون الشهر العقاري، فلا يقصد به كل شخص لم يكن طرفاً في العقد ولا ممثلاً فيه، لأن مثل هذا الغير لا يتمتع بأية صفة للمطالبة بحق غير مسجل أو الاعتراض عليه، بل هو كل شخص من غير المتعاقدين وورثتهما يكون بينه وبين أحد المتعاقدين علاقة قانونية تجعل له مصلحة في التمسك بالعقد المسجل⁽²⁾.

فحجية التسجيل بالسجل العيني تعني بالمفهوم العام أو الواسع أن صاحب الحق المسجل في السجل العقاري يستطيع التمسك بهذا الحق إزاء الكافة ومنع أي كان من التعرض لحقه، وبشكل خاص له أن يطلب نزع يد حائز العقار المسجل على اسمه حتى ولو كان هذا الحائز يدعي لنفسه حقاً عينياً على هذا العقار مادام الحق الذي يدعيه غير مسجل بالسجل العيني⁽³⁾.

إن الغيرية في التسجيل هي أسلوب لحل التزاحم بين تصرفات عقارية وبين تصرف واجب التسجيل وهو أسلوب مقرر لحماية من يكتسب حقاً عينياً عقارياً أو ما في حكم هذا الحق ضد التصرف الواجب التسجيل بحيث لو قام الشخص الذي تلقى ذلك الحق العيني بشهر حقه بالطرق المقررة قانوناً، فإنه يملك بهذا الوصف أن يتمسك بغيرته بالنسبة للتصرف المزاحم التسجيل، فلا يسري في حقه هذا التصرف طالما أنه لم يكن قد سجل بعد في التاريخ الذي قام فيه هذا الغير بشهر حقه ولو سجل بعد ذلك⁽⁴⁾.

فالغير المقصود بالحماية في قانون الشهر العقاري، هو الشخص الذي شاء المشرع حمايته عن طريق إجراء التسجيل. أو هو - على وجه التحديد - كل شخص تلقى حقاً عينياً عقارياً على أساس الثقة التي وضعها في قيود الشهر، وما كان ليقدم على التصرف لو اتضح له من واقع الإطلاع على سجلات الشهر أن ثمة تسجيلاً سابقاً يزاحمه، و يستوي في هذا أن يكون هذا الغير صاحب حق عينى أصلي كمشترى أو موهوب له أو صاحب حق عيني تبعية كدائن مرتهن، فالغيرية هنا تحمي أي حق واجب الشهر سواء كان بواسطة التسجيل أو القيد.

(1) د. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 401.

(2) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 523.

(3) د. علي بن عزان بن علي الهاشمي، المرجع السابق، ص 182.

(4) د. عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1976، ص 504.

- الشروط التي يجب توافرها في الغير في قانون الشهر العقاري الفرنسي:

يظهر مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري الفرنسي من خلال نص المادة 1/30 من المرسوم الفرنسي المؤرخ في: 1955/01/04⁽¹⁾ أن الأحكام القضائية الخاضعة للشهر وفقا للفقرة الأولى من المادة 28، إذا لم يتم شهرها، فإنه لا يمكن الاحتجاج بها على الغير، الذي اكتسب على ذات العقار، ومن نفس المتصرف، حقوقا مزاحمة بمقتضى تصرفات أو أحكام خاضعة لذات الالتزام بالشهر، وقام بشهرها أو بقيد امتيازات أو رهون عقارية كذلك لا يمكن الاحتجاج بها، إذا تم شهرها عندما تكون التصرفات والأحكام القضائية والامتيازات أو الرهون التي يتمسك بها الغير أسبق في شهرها. مع ذلك لا يمكن التمسك بهذا الحكم من قبل الغير المكلف بشهر الحقوق المزاحمة ولا خلفه أيضا. من خلال نص المادة 1/ 30 المذكورة أعلاه استنبط الفقهاء الشروط التي يجب توافرها في الغير الذي يرغب في التمسك بقاعدة عدم النفاذ، وهذه الشروط هي:

- الشرط الأول أن يكتسب الغير حقا مزاحما على ذات العقار:

يجب أن يتلقى الغير حقا مزاحما يتعلق بذات العقار من نفس المتصرف إليه، بمعنى أن يكون الحق الذي تلقاه الغير حقا عينيا. وعلى هذا الأساس لا يعتبر الدائن العادي من الغير بالمعنى المقصود في قانون الشهر العقاري، فهو صاحب حق شخصي، ويعني ذلك أن يكون حقه مستغرقا لكافة عناصر الحق المزاحم على ذات العقار كأن يثور النزاع بين مشتري ذات العقار على التوالي إذ أن محل عقد كل منهما يتعلق بملكية العقار محل النزاع، ومن ثمة فلا يمكن تصور نزاحم بين حق مشتري رقبة العقار وبين صاحب حق الانتفاع بذات العقار، لأن حق كل منهما يتعلق بأحد عناصر ملكية العقار دون العنصر الآخر.

⁽¹⁾ Art.30.1. "Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'ils n'ont par été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par tiers, ont été antérieurement publiés."

والواقع أن شرط اكتساب الغير لحق مزاحم على ذات العقار من نفس المتصرف هو الذي يبرز أهمية قاعدة عدم النفاذ، باعتبارها وسيلة وأداة لحل المنازعات التي تثور بين مكتسبين متتاليين من نفس المتصرف لحقوق متزاحمة على ذات العقار، تكون خاضعة للشهر بحيث يكون من مصلحة الغير الدفع بعدم نفاذ تصرفات المزاحمة لحقه الشهر التي لم يتم شهرها⁽¹⁾.
يترتب على أعمال هذا الشرط استيفاء الدائنين العاديين الذين ليس لهم سوى حق ضمان عام على ذمة مدينهم المالية وليس حقا عينيا يتعلق بعقار ما لمدينهم، أو بجزء من العقار⁽²⁾.

- الشرط الثاني أن يكون الغير خلفا لنفس المتصرف:

إن أعمال قاعدة الأسبقية في الشهر، تفترض وجود تنازع بين شخصين أو أكثر تلقوا على التوالي حقوقا متزاحمة على ذات العقار من نفس المتصرف، بحيث تكون الأفضلية لمن سبق إلى شهر حقه⁽³⁾ يترتب على ذلك، أنه إذا لم يتحقق هذا الشرط، فإن أسبقية تاريخ الشهر تفقد فاعليتها بالنسبة للغير ذلك لأن قواعد الشهر ليست إلا استثناء خاصا على الأصل العام المعروف في القانون الفرنسي ضمن المادتين 1138 و1583 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بالانتقال الفوري للملكية بمجرد التراضي.

يرى الفقيه مازو MAZEAUD أن مبدأ عدم النفاذ المنصوص عليه في قوانين الشهر هو لمصلحة الغير وقد ورد في نص خاص استثنائي يجب تطبيقه في أضيق الحدود وعدم التوسع فيه أو القياس عليه كما أن الشهر العقاري في القانون الفرنسي لا يظهر التصرفات من العيوب التي تشوب تكوينها ولا يصح ما قد يعتريها من العيوب قد تؤدي إلى بطلانها أو إبطالها⁽⁴⁾.

وهكذا فإن هذه القاعدة لا يمكن إعمالها لحل نزاع يثور بين مشتريين يتمسكان بعقدين من بائعين مختلفين. لأن أعمال قاعدة عدم النفاذ تصلح لحل النزاع القائم بين خلفين تلقيا حقا من نفس السلف على ذات العقار.

(1) PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit, P 190 – 191.

(2) AUBRY-RAU par BARTIN, op.cit , P 442 – 443 et MAZEAUD (Henri, leon et jean),op.cit , P 697 – 698.

(3) د.سالم حماد شعبان الدحوح، المرجع السابق، ص 94.

(4) MAZEAUD (Henri, leon et jean),op.cit , P 680.

- الشرط الثالث يجب أن تكون حقوق الغير خاضعة للشهر تحت طائلة عدم النفاذ:

هذا الشرط يستفاد من نص المادة 1/30 من المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 التي جاء فيها: " ...Soumis à la même obligation de publicité ... أي لا يشترط فقط الالتزام بالشهر وإنما يجب أن يكون تحت ذات الجزاء. فمستأجر العقار لمدة لا تزيد عن اثني عشر عاما والذي لا يخضع للشهر وفقا للقانون الفرنسي، لا يمكن الاحتجاج بحقه على مشتري العقار محل الإيجار، الذي لم يشهر عقد شرائه للعقار المؤجر، إذا كانت إجارته التالية لبيع العقار المؤجر، لأن حق المستأجر في الإيجار في هذه الحالة لا يخضع للشهر⁽¹⁾.

- الشرط الرابع أن يكون الغير قد سبق إلى شهر حقه:

يعني ذلك، أن يكون قد سبق إلى شهر حقه قبل التصرف المراد استبعاده لعدم شهره أو للتأخر في ذلك.

الواقع أن هذا الشرط يؤدي إلى أعمال مبدأ الأفضلية التي تكون للأسبق في تاريخ الشهر Prior tempore Potiore jure، باعتباره الأساس التي تقوم عليه عملية الشهر العقاري، فتكون الأفضلية لمن شهر حقه أولا وليس لمن تعاقد مع البائع أولا، إذ أن تاريخ انعقاد العقد لا يهم لأن العبرة تكون بتاريخ الشهر للحقوق وفقا لنص المادة 1/30 والمادة 1/31 من المرسوم الفرنسي المؤرخ في: 1955/01/04.

لهذا فلكي يتسنى للغير التمسك بعدم الاحتجاج عليه بتصرف مزاحم لحق المشهر لعدم شهر ذلك التصرف، أو تأخر شهره، فلا بد أن يكون حقه محتجا به، بأن يكون قد سبق إلى شهره، ولكن إذا كان تاريخ إجراء الشهر في نفس اليوم فتكون الأفضلية لمن كان التصرف الصادر لمصلحته أسبق في تاريخ الانعقاد⁽²⁾.

- مفهوم الغير في قانون السجل العيني المصري:

يقصد بالغير في الفقه المصري بالمعنى الخاص أو الضيق، الغير المقصود عادة عند الحديث عن الغير في شأن حجية السجل العقاري، ويقصد به كل صاحب حق عيني مبني على سبب صحيح مسجل، أي هو من ترتب له حق عيني على العقار محل الدعوى وقام بتنفيذه وفقا للقانون ومثاله المشتري الثاني لعقار سبق أن بيع إذا كان قد سجل عقد بيعه⁽³⁾.

⁽¹⁾ MAZEAUD (Henri, leon et jean), op.cit, P 682- 683.

⁽²⁾ د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 523 وأيضا د. سالم حماد شعبان الدحود، المرجع السابق، ص 99.

⁽³⁾ د. علي بن عزان بن علي الهاشمي، المرجع السابق، ص 204.

لم يعرف قانون السجل العيني المصري وفقا لنص المادة 17 من قانون الشهر العقاري رقم: 1946/114 ولا وفقا لنص المادة 35 من قانون السجل العيني رقم: 1964/142 معنى الغير، ولكن يمكن القول بوجه عام أن اعتبار الحماية التي تستوجب إقرار الغيرية في التسجيل تقتضي توافر الشروط التالية:

- الشرط الأول:

أن يتلقى الغير حقا عينيا، وعلى هذا الأساس لا يعتبر الدائن العادي من الغير للمعنى المقصود في الشهر، فالدائن العادي صاحب حق شخصي وما يضمن هذا الحق الشخصي هو أموال المدين كافة أو ما جرى الاصطلاح علي تسميته بالضمان العام، وللمدين مطلق الحرية في التصرف في أمواله هذه طالما أنما ما يطويه ضمانه العام كاف لتغطية التزاماته.

- الشرط الثاني:

أن يكون الحق الذي تلقاه الغير واجب مشهر سواء بطريق القيد أو التسجيل، وأن يقوم الغير بشهر هذا الحق فعلا⁽¹⁾.

- الشرط الثالث:

أن يقوم التزام بين حقوق واجبة الشهر تلقاها أصحابها من سلف واحد، وعلى هذا الأساس لا يعتبر غيرا في التسجيل من يتلقى الحق من غير مالك، وهو لا يعتبر غيرا، ليس فقط لأنه لن يستطيع شهر حقه طبقا لمبدأ تسلسل التسجيلات وهذا شرط لاعتباره من الغير، وإنما أيضا لأن مثل هذا الحق لم يصدر من المالك فلا يمكن أن يزاحم حقا صدر من هذا الأخير⁽²⁾.

- مفهوم الغير في قانون الشهر العقاري الجزائري:

لقد جاء في نص المادة 86 من المرسوم رقم: 63/76⁽³⁾: " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض، بحكم القانون، تطبيقا للقانون."

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق، ص 346 وأيضا د. عاطف محمد كامل فخري المرجع السابق، ص 506.

(2) د. عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص 507.

(3) "Art 86 du décret 76/63 :- La résolution ou la révocation, l'annulation ou la rescision de droits réels immobiliers, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, il n'est opposable aux ayants cause, à titre particulier, du titulaire du droit anéanti, que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue, a été antérieurement publiée ou si cette résolution, révocation, annulation ou rescision a lieu, de plein droit, en application de la loi."

باستقراء نص المادة 86 المذكورة أعلاه، فإنه يتضح بأن المشرع الجزائري فتح باب المنازعة في الحقوق المشهورة، إلا أنه أولى فئة الغير حماية خاصة بشروط محددة، الشيء الذي يثير عدة تساؤلات حول شروط هذه الحماية ومداهما، وتتمثل هذه التساؤلات في:

- 1- من هو الطرف المعني بالحماية؟
 - 2- هل يتم إلغاء أو نقض أو إبطال أو فسخ الحقوق المشهورة بأثر رجعي؟
 - 3- ما شروط إفادة الخلف الخاص بهذه الحماية؟
- سوف أحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال الخطوات التالية:

1- عن التساؤل الأول المتعلق بالطرف المعني بالحماية، فإنه بالرجوع إلى نص المادة 86 المذكورة أعلاه فإن الطرف المعني هو الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر *L'ayant cause à titre particulier* والخلف الخاص وردت للفقهاء بشأنه عدة تعريفات منها: الخلف الخاص هو من يحل محل سلفه في حق معين من حقوقه⁽¹⁾.

وهو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها، كالمشتري يخلف البائع في المبيع، والموصى له بعين في التركة يخلف بها الموصي، والمنافع يخلف المالك في حق الانتفاع⁽²⁾.

فالخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء ويتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته عينيا - كما هو الغالب - وقد يكون حقا شخصيا، فالمشتري هو خلف خاص للبائع في الشيء المبيع وهذا استخلاف في ملكية عين معينة .

وصاحب حق الانتفاع خلف لمن تلقى منه هذا الحق، وهذا استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة. والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال به، وهذا استخلاف شخصي. والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذي رهنه وهو استخلاف في حق عيني واقع على حق شخصي. الظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إرادي، فمن يكتسب عينا بالتقادم لا يكون خلفا خاصا للمالك الأصلي، فالأصل أن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه طالما لا يتعلق بالشيء الذي انتقل إليه، فلا ينصرف إليه إلا بشروط هي:

(1) د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، 1989، ص 341 وأيضاً د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1991، ص 73.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1981، ص 760.

- الشرط الأول:

أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص، أما العقود التي يبرمها السلف في شأن الشيء المستخلف فيه بعد انتقاله إلى الخلف، فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة لها ولا يسري أثره عليه.

الشرط الثاني:

أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء انتقل إلى الخلف، وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة له.

- الشرط الثالث:

علم الخلف بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه، فلا تنتقل الالتزامات إلى الخلف الخاص إلا إذا كان عالما بها وقت انتقال الشيء إليه، ويشترط علمه اليقيني لا مجرد استطاعة العلم. ويغني عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن⁽¹⁾.

بذلك، فإن الطرف المعني بالحماية بموجب المادة 86 من المرسوم رقم: 63/76 هو من تلقى من سلفه (صاحب الحق المهدر أي الذي تم إبطال أو فسخ أو نقض أو إلغاء سنده) ملكية شيء معين أو حق عيني على هذا الشيء أو حق شخصي واجب الشهر. وتم إلغاء أو إبطال سنده.

2- عن التساؤل الثاني حول مدى إلغاء أو نقض أو إبطال أو فسخ الحقوق المشهورة بأثر رجعي، فإن القانون الوضعي جعل من زوال السند في معظم التقنيات يتم بحسب الأصل بأثر رجعي، سواء كان الزوال وارد على عقد له وجود قانوني كالإبطال، أو وارد على عقد ليس له وجود قانوني شأن العقد الباطل.

لإعمال قاعدة الأثر الرجعي يجب أن نكون بصدد عقد مرتب لآثاره ثم يزول أما أن يكون العقد غير موجود أصلا فلا مجال لتطبيق فكرة الأثر الرجعي، أو الحكم ببطلان عقد إنما هو كاشف عن حقيقته التي صاحبتة منذ البداية، وليس منشئا للبطلان⁽²⁾.

(1) د. فاطمة محمد أحمد الرزاز، نظرية الاستخلاف الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص 24.

(2) د. نبيل صابر فرج عيد، حماية الخلف الخاص في التصرفات العقارية من زوال سند السلف (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون

المدني) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001، ص 12

- بالرجوع إلى نص المادة 86 من المرسوم رقم: 63/76 فإنها حصرت حماية الخلف الخاص في وجوب شهر الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بمعنى أن الخلف الخاص لا يتأثر بإلغاء تصرف مشهري إلا إذا تعلق الأمر بالالتزام معلق على شرط (واقف أو فاسخ) وتم شهر هذا الشرط، أما إذا كان التصرف غير معلق على شرط فلم توضح المادة مدى تأثر الخلف بزوال سند سلفه. وهو قصور في المادة يجب إعادة النظر فيها بتعميم قاعدة عدم النفاذ على جميع التصرفات المشهورة من طرف الخلف قبل وقوع الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض.

إن زوال سند صاحب الحق المهدر يكون بأثر رجعي، وهذا ما أكدته المادة 86 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 وبذلك فإن فسخ سنده أو إبطاله أو إلغائه أو نقضه يمتد بأثر رجعي إلى تاريخ نشوء الحق، وبذلك فإن الخلف الخاص لا يكون مهددا بزوال سند سلفه إلا إذا كان قد بادر إلى إشهار الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض.

لا يجوز أيضا التمسك بعدم نفاذ زوال سند السلف إذا كان هذا الزوال قد تم ليس بإرادة الأطراف وإنما بحكم القانون، ففي هذه الحالة يزول السند بقوة القانون ولا يحق للغير (الخلف الخاص) التمسك بقاعدة عدم نفاذ هذا الزوال في حقه.

3- عن التساؤل الثالث المتعلق بشروط إستفادة الخلف الخاص بهذه الحماية، فإنه بالرجوع إلى نص المادة 86 من المرسوم رقم: 63/76 المذكورة أعلاه وأحكام الأمر رقم: 74/75 ومراسيمه التنفيذية، يلاحظ أن المشرع لم يشترط حسن النية في الخلف الخاص لإفادته بهذه الحماية وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع الفرنسي، خلافا للفقهاء والقضاء في فرنسا اللذان أعطيا تفسيرات متباينة لحسن النية في الغير من خلال مرحلتين هامتين في القضاء الفرنسي، إذ لم يكتف قضاء محكمة النقض الفرنسية بالشروط القانونية التي تطلبها قوانين الشهر المتعاقبة في الغير الذي يرغب في التمسك بقاعدة الأسبقية في الشهر، وبدعم الاحتجاج عليه بالتصرفات غير المشهورة أو التي تأخر شهرها، المزاحمة لحقه المشهر، فأضاف هذا القضاء لتلك الشروط شرطا إضافيا جديدا مقتضاه أن يكون هذا الغير حسن النية، أما إذا كان سيئ النية فإنه يحرم من التمسك بإعمال قواعد الشهر العقاري المذكورة أعلاه.

لقد مر قضاء محكمة النقض الفرنسية بخصوص تحديد معنى حسن النية وأثرها على حجية التصرفات المشهورة بمرحلتين.

ففي مرحلة أولى تبنت محكمة النقض الفرنسية نظرية الغش الموصوف بالتواطؤ التدليسي، أما في المرحلة الثانية فقد تبنت نظرية الغش البسيط أو الغش القائم على مجرد العلم بسبق التصرف في العقار المبيع وهي المراحل التي سوف أتعرض لها فيما يلي:

- المرحلة الأولى:

أخذت محكمة النقض الفرنسية مسaire للفقهاء آنذاك، في هذه المرحلة في العديد من أحكامها بنظرية الغش الموصوف بالتواطؤ التدليسي حيث كانت لا تقضي بوجود الغش المفسد لحجية البيوع التي تم شهرها إلا إذا اتسم هذا الغش بمناورات تدليسية، وطرق احتيالية من جانب البائع والمشتري الثاني الذي سارع بشهر عقد شرائه، ففي هذه الحالة يطرح التساؤل حول ما إذا كان للمشتري الثاني الحق في التمسك بأسبقيته في التسجيل لعدم شهر التصرف الأول.

لم يكن للمشتري الثاني في هذه المرحلة التمسك بقاعدة الأسبقية في التسجيل تطبيقاً لقاعدة الغش يفسد كل شيء Fraus Omnia Corrumpit، إذا ثبت مساهمته بمناورات تدليسية مع البائع، وبذلك يفضل المشتري الأول ويستبعد الثاني الذي يعتبر سيئ النية.

لقد كان الأخذ بقاعدة أن الغش يفسد كل شيء، أثراً سيئاً على حسن تطبيق قواعد قانون الشهر العقاري ومنه تقرير الضمانات التي يقدمها نظام الشهر العقاري بالنسبة للغير. لتحديد معنى الغش اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في هذه المرحلة وجوب توافر مناورة تدليسية وهذا بموجب القرار الصادر بتاريخ: 1925/12/07⁽¹⁾ الذي جاء فيه: "من يشتري عقاراً يعلم بسبق بيعه للغير، ويقوم بتسجيل سنده لا يعد مرتكباً أي غش بتمسكه بامتياز منحه القانون نفسه للمتصرف إليه الأكثر يقظة".

- المرحلة الثانية:

أخذت محكمة النقض الفرنسية بنظرية الغش البسيط أو العلم المجرد، لقد بدأت محكمة النقض تهجر نظرية الغش التدليسي، لتعتنق نظرية الغش البسيط، أو الغش المستفاد من العلم المجرد بسبق التصرف في العقار، بخصوص تحديدها لمفهوم الغش المفسد لحجية الحقوق التي تم شهرها⁽²⁾. فقد تأكد موقف محكمة النقض الفرنسية الأخير في عدة قرارات منها ما جاء في القرار الصادر عن الغرفة المدنية الثانية بتاريخ: 1974/01/30 والذي جاء فيه: "اكتساب العقار مع العلم بسبق التنازل عنه لصالح الغير يشكل خطأ لا يسمح للمشتري الثاني التمسك بقواعد الشهر العقاري"⁽³⁾. وكذا ما انتهت إليه في نقضها لقرار رأت فيه بأن قضاة الموضوع لم يعطوا أساساً قانونياً لقرارهم وخالفوا أحكام المادتين 1382 من القانون المدني والمادة 30 من المرسوم المؤرخ في: 1955/01/04 في إبطالهم لعقد بيع على أساس أن المشتريين لم يكونوا على علم بوجود اتفاق مسبق يربط البائعين بالغير، وإجراءات الشهر العقاري التي قام بها المشتريين ليست نافذة في حق الأوائل.

⁽¹⁾ PIEDELIEVRE Stéphane, op.cit,P 259.

"Celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui a fait transcrire son titre le premier ne commet aucune fraude en profitant d'un avantage offert par la loi elle – même à l'acquéreur le plus diligent"

⁽²⁾ د.سالم حماد شعبان الدحوح، المرجع السابق، ص 106.

⁽³⁾ Ventes successives – transcription de la seconde vente- faute. inopposabilité au premier acquéreur (civ 3^e 30/01/1974 D1975-427)

L'acquisition d'immeuble en connaissance de sa précédente cession à tiers est constitutive d'une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité Foncière.

انتهت محكمة النقض بأن البيع الأول كان معلوما من طرف المشتريين وبذلك تحققت سوء نيتهم ويترتب على ذلك عدم نفاذ تصرفهم في مواجهة المتصرف إليهم الأوائل⁽¹⁾.

هذا التطور في موقف محكمة النقض الفرنسية كان موضوع انتقاد فقهي⁽²⁾ فقد أخذ عليها لجوءها إلى أحكام القواعد العامة في المسؤولية وإلى أحكام المادة 1382⁽³⁾ من القانون المدني الفرنسي التي لم تكن مجدية في القانون المدني ولا يعقل أن يسمح لها بالامتداد إلى قانون الشهر العقاري وتحطيم أحكامه، لأن أحكام الخطأ فيها غير دقيقة وغير واضحة إذ يسمح للمحاكم بسلطة تقديرية واسعة في تفسير هذا الخطأ الشيء الذي لا يخدم نظام الشهر العقاري ولا يحمي الغير في المعاملات محل موضوع الشهر العقاري.

- المرحلة الثالثة:

لقد أخذت محكمة النقض الفرنسية موقفا جديدا بموجب أحدث قراراتها في هذا المجال وهو القرار الصادر بتاريخ: 2011/01/12 والذي شكل تحولا جذريا في موقف محكمة النقض الفرنسية والذي لم يبحث في مدى توافر حسن النية من عدمه في القضية المطروحة عليه وإنما اعتمد على مدى وجوب شهر الحقوق محل النزاع ومنه قضت بأحقية الخصم الذي أشهر حقه قبل غيره دون مراعاة لمدى سوء نيته في إبرام التصرف ومدى علمه بوجود تصرف سابق لم يخضع لعملية الشهر⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Conflits entre acquéreurs successifs

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard des articles 1382 du Code Civil et 30 du décret du 04/01/1955 la cour d'appel qui pour annuler un acte de vente, retiens que les seconds acheteurs n'ignorant pas lors de la passation de l'acte authentique, l'existence d'une convention précédente liant les vendeurs envers les tiers, la publicité foncière opérée par les seconds acquéreurs n'est pas opposable aux premiers, sans rechercher si l'acte sous seing privé de la seconde vente ne réalisait pas une vente parfaite entre les parties et n'a cette date, la première vente était connue des seconds acquéreurs et alors que, serait-elle établie, la mauvaise foi des seconds acquéreurs ne pourrait entraîner que l'inopposabilité de la seconde vente aux premiers acquéreurs (civ 3^e 22/05/1990 D 1991 -326).

⁽²⁾ DAGOT Michel, Publicité Foncière, op.cit., P152 ; MARTIY- Raynaud, op.cit, n° 767.

⁽³⁾ **Art. 1382** : Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

⁽⁴⁾ Publicité foncière et mauvaise foi de l'acquéreur : un revirement de jurisprudence radical et salutaire par Laurent Aynès , Professeur à l'École de la Sorbonne (Université Paris), Recueil DALLOZ – 24mars 2011- n°12, P 851 .

المطلب الثاني

إعمال قواعد الشهر العقاري في الفصل في هذه المنازعات

يتم الفصل في منازعات الشهر العقاري التي تثار من طرف الغير بمقتضى مبدأ الأسبقية في التسجيل ومبدأ الحجية المطلقة للقيد وهي من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العقاري. من ثم يقسم المطلب إلى:

الفرع الأول: مبدأ الأسبقية في القيد.

الفرع الثاني: مبدأ الحجية المطلقة للقيد.

الفرع الأول

مبدأ الأسبقية في القيد

يتم الفصل في المنازعات التي تثار من طرف الغير بموجب قاعدة الأسبقية في التسجيل، إذ كثيرا ما يثور التنازع بين مشتريين على التوالي لذات العقار سارع ثانيهما إلى تسجيل عقد شرائه بسوء نية قبل الأول.

- مجال قاعدة الأسبقية في التسجيل:

إن مجال إعمال قاعدة الأسبقية في التسجيل هو الفرض الذي يثور فيه التنازع بين مشتريين لذات العقار المبيع، بموجب عقدي شراء صحيحين على التوالي، صادرين من ذات البائع مالك العقار حيث تكون الأفضلية لمن يسارع إلى تسجيل عقد شرائه بغض النظر عن أسبقية تاريخ الانعقاد. حين يثور التنازع بين مشتريين من بائعين مختلفين، فإن قاعدة الأسبقية في التسجيل تتعطل، ولا يمكن إعمالها لفض النزاع وإنما يصار لحل هذه المعضلة استنادا إلى من يثبت ملكية سلفه للعقار المتنازع به، بمعنى أنه يجب تفضيل المشتري من المالك الحقيقي للعقار على المشتري من غير المالك بغض النظر عن أسبقية التسجيل⁽¹⁾.

كما يثور التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث، وفي هذه الحالة يفترض أن يتصرف المورث ببيع العقار لمشتري لم يسارع في تسجيل عقد شرائه، ثم يقوم الوارث بعد ذلك ببيع ذات العقار لشخص آخر يسارع بتسجيل عقد شرائه. وكان محور هذا الخلاف هو، هل يعتبر شخص الوارث امتدادا لشخص المورث ومن ثم يصار إلى قاعدة الأسبقية في التسجيل لحل هذا النزاع باعتباره تصرفين صادرين من مالك واحد.

(1) د. أنور سلطان وجمال عدوي، عقد البيع، دار المعارف، 1966، ص 229.

وبذلك هل تكون الملكية لمن سارع في تسجيله ملكيته؟ أم أن الوارث لا يعد امتدادا لشخص المورث عملا بأحكام الشريعة الإسلامية؟، ومن ثم يكون التصرفان صادرين من متصرفين مختلفين، ومنه تثور المسألة، أي من المتصرفين المالك الحقيقي للعقار، بحيث يتم تفضيل المشتري منه على المشتري من البائع الآخر غير المالك للعقار المبيع؟

دون الخوض في الجدل الفقهي القائم حول ذلك، فإنه يمكن القول بأن القاعدة تقضي بأنه إذا تعارض عقدان يتعلقان بعين واحدة من مالك واحد لشخصين مختلفين، وجب تفضيل العقد المسجل على غير المسجل. أما إذا تلقى المشتريان المبيع عن بائعين مختلفين، فإنه يجب البحث على المالك الحقيقي منهما إذ الحكم بالمبيع لمن تلقاه من هذا المالك بصرف النظر عن التسجيل وبصرف النظر أيضا عن حسن النية⁽¹⁾. فهكذا مثلا إذا باع المورث عقارا من ملكه ولم يسجل للمشتري عقد بيعه وبعد وفاة البائع باع الوارث العقار ذاته إلى مشتري آخر وسجل عقده، فإنه لا يصح الاحتجاج على المشتري الأول بعدم تسجيل عقده قبل تسجيل المشتري الثاني لأنه قد اشترى ممن لا يملك المبيع، والأسبقية في التسجيل قد فرضت على من يتلقى الملك من مالك واحد، والقاعدة تقضي بأن الوارث يعتبر استمرارا لشخصية المورث إلى أن تصفى تركته.

فقد يقال بأن التصرف من المورث ومن الوارث على نفس العقار يعتبران وكأنهما صادرين من شخص واحد. ويتحتم تفضيل الأسبق في التسجيل حيث يفضل المشتري من الوارث على المشتري من المورث إذا سبقه في التسجيل.

يرى الدكتور محمد خيرى في هذا الصدد بأن هذا القول غير صحيح، لأن الوارث ليس من طبقة الغير بالنسبة لتصرفات مورثه، إذ لا يتلقى الحق من مورثه إلا بعد الوفاة، فإن كان المورث قد تصرف في عقار لشخص ما أثناء حياته فيجب على الورثة احترام ذلك العقد، ما دام أنه صادر في الشكل المقرر وفي إطار القانون. فإذا تصرف فيه الوارث بالمبيع بعد تصرف مورثه كان تصرفه غير صحيح، لانعدام ملكية ذلك الشيء بالنسبة إليه لعدم وراثته له⁽²⁾.

(1) د. محمد كامل مرسي، شهر التصرفات العقارية، طبعة منقحة، 2005، المرجع السابق، ص 297.

(2) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 726.

الفرع الثاني إعمال مبدأ الحجية المطلقة للقيود

إن من اكتسب حقا استنادا إلى قيود السجل العقاري، يقرر له هذا الحق أي يكتسب الحجية المطلقة استنادا إلى مبدأ الحجية المطلقة للحقوق المسجلة ويكتسب حماية قانونية تجعله بمأمن من أية مطالبة أو اعتراض ممن يدعي حقوقا على العقار.

قد ينظر إلى هذا المبدأ (الحجية المطلقة) للحقوق المقيدة على أنها حماية لمصالح مجموعة من الأشخاص على حساب آخرين، أو إلى أن الأثر الايجابي للقيود في السجل العيني والذي يهدف لحماية مكتسبي الحقوق المقيدة، يبدو وكأنه يهدر مصالح أصحاب الحقوق الأصليين بغير حق أو إهمال ثابت في حقهم، إلا أن الحقيقة هي أن النظرة السابقة تنسم بالمغالاة في تقدير أثر مبدأ الحجية المطلقة للقيود وما يترتب عليه من نتائج.

بناء على مبدأ القوة المطلقة للقيود، تكون قيود السجل العقاري متمتعة إزاء الغير بقوة ثبوتية مطلقة يستطيع على أساسها إجراء التعاقد أو اكتساب الحقوق على العقار دون خوف أو قلق على مصيرها. على هذا الأساس، فحينما يقوم المحافظ العقاري بتسجيل حق من الحقوق لفائدة أحد الأشخاص، فإن تسجيله هذا يعتبر حجة رسمية على ثبوت الحق ودليلا قويا فيما بين الأطراف أنفسهم اتجاه الغير.

فمن أجل تمكين نظام السجل العيني من تحقيق حماية فعالة بالمعاملات العقارية، فإنه يجب أن يسمح للمكتسبين المحتملين للحقوق من الثقة في بيانات السجل، وهذا هو الأساس لمبدأ الثقة العامة في السجل العيني، فيعد تسجيل الحق العيني العقاري في السجل العيني أداة قوية من أدوات الائتمان العقاري تشدد حاجة التعامل إليه كلما اشتمت الحاجة إلى الاستقرار⁽¹⁾.

كما أن حماية مصلحة الغير في السجل العقاري مقترنة بمبدأ حماية الوضع الظاهر وما يقتضيه نظام السجل العيني من الاحترام الكامل لإعلام الغير بالوضع القانوني للحقوق العينية العقارية من خلال القوة الثبوتية.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة حول مدى أخذها بهذا المبدأ، فإن القانون الاسترالي هو على رأس هذه التشريعات، إذ يأخذ بمبدأ القوة المطلقة للتسجيل أو القيد بشدة أكثر مما يطبقه أي بلد آخر إذ بمجرد ما يتم تسجيل التصرف و تنقضي الآجال المحددة للاعتراضات أو الطعون، تصبح الشهادة التي يسلمها مدير التسجيلات بمنأى عن أي طعن، ومبدأ القوة المطلقة للتسجيل الذي يأخذ به القانون الاسترالي تفرضه رقابة مسبقة على كل السندات والوثائق المقدمة حتى يتم فحصها قانونا، وهو ما يعبر عنه بالتطهير المسبق للتسجيل.

(1) د. حسن عبد الباسط جمعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 148 .

ينطبق الأمر على القانون الألماني الذي يعتبر من أوائل القوانين في أوروبا التي أخذت بنظام السجل العيني بعد أستراليا، وهو ما يمتاز عن غيره من أنظمة السجل العيني لكونه يفصل ما بين التصرف المنشئ للالتزامات وهو العقد وبين التسجيل. فالتسجيل وحده هو مصدر الحق في التصرفات العقارية، فهو مصدر مستقل ومجرد عن التصرف المنشئ للالتزامات.

ينبني على ذلك أهم نتيجة تتوخاها أنظمة السجل العيني وهي تطبيق مبدأ القوة المطلقة للتسجيل بحيث أنه إذا ما جرى إبطال عقد البيع، فإن المكتسب حسن النية يظل مكتسباً للعقار، ولا يبقى أمام الطرف المتضرر إلا إقامة دعوى الإثراء بلا سبب إذا ما توافرت شروطها. أما بالنسبة للقانون السويسري، الذي يعتبر من خير الأنظمة في هذا المجال على المستوى العالمي سواء من حيث التنظيم أو من حيث التطبيق⁽¹⁾ إذ يعتبر أن من يكتسب الملكية أو أي حق عيني مستندا على القيد في السجل العيني وكان حسن النية، يتحصن حقه ولا يمكن الطعن فيه أي أن ثقة الغير حسن النية تؤدي إلى تحصين حقه بشكل مطلق وتؤدي إلى معالجة آثار انعدام سلطة المالك الظاهر في التصرف وبالتالي إلى خلق استثناء على مبدأ المشروعية المادية⁽²⁾. أما بالنسبة للأنظمة العربية، فإن القانون اللبناني قد أخذ بمبدأ القوة والحجية المطلقة للتسجيل العقاري⁽³⁾، إذ جاء في القانون اللبناني بموجب نص المادة 17 من القرار رقم: 188 لسنة 1926 " لا يمكن وقوع خلاف في الحقوق العينية المقيدة في السجل العقاري وفقا لمنطوق محاضر التحديد والتحرير فإن القيود المتعلقة بهذه الحقوق، تعتبر وحدها مصدرا لهذه الحقوق، وتكتسب قوة ثبوتية مطلقة ولا يمكن أن تكون عرضة لأي دعوى كانت بعد انقضاء مدة سنتين، ابتداء من التاريخ الذي يصبح فيه قرار المصادقة على قرارات القاضي الفرد العقاري."

(1) د. علي بن عزان بن علي الهشامي، المرجع السابق، ص 177 - 118.

(2) د. حسن عبد الباسط جميعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 148.

(3) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 273.

أما المشرع المغربي، فإنه يفرق بين آثار التسجيل وأثار التحفيظ، فالقيمة الإنشائية للحقوق المسجلة تعتبر مطلقة ونسبية في آن واحد، أما القيمة الإثباتية للحقوق المسجلة بمثابة التحفيظ، فإنها تكتسب حجية ومناعة مطلقة إزاء الكافة، ولا يجوز مطلقا تغيير الحقوق التي أسفرت عنها عمليات التحفيظ، فرسم الملكية الناتج عن إجراءات التحفيظ يعتبر قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس كما يتجلى ذلك من محتوى الفصل 62 من قانون التحفيظ العقاري المغربي، الذي أكد أن رسم الملكية له صفة نهائية ولا يقبل الطعن وهو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى القانون المصري، فإن أهم ما جاء به نظام السجل العيني أنه اعتبر التسجيل المنطلق الوحيد لحقوق الثابتة فيه، فبياناته تمثل الحقيقة و لها قوة مطلقة ومجرد قيد البيانات في السجل العقاري يعطيه حجية في ذاته بغض النظر عن أي عيب عالق بسند الملكية طالما أن مواعيد الطعن المنصوص عليها قد انتهت أو فصل نهائيا فيما أثير حولها من طعون⁽²⁾ وهذا وفقا لنص المادة 37 من القانون رقم 142 لسنة 1964 والتي يجاء فيها: " يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه.

ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل."

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فإنه جاء في المادة 16 من المرسوم رقم: 63/76 ما يلي: " لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 12 - 13 - 14 من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء .

وإذا كانت الدعوى القضائية ترمي إلى تغيير الحقوق الناتجة عن ترقيم لا يزال مؤقتا تطبيقا لأحكام المادتين: 13 و 14 أعلاه فإن هذا الترقيم يحافظ على طابعه المؤقت إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي."

من خلال نص المادة 16 المذكورة أعلاه يتبين لنا أن المشرع لم يجعل للشهر قوة ثبوتية مطلقة ما دام أنه سمح بمراجعتها قضاء، وبذلك فإن هذه الحجية هي حجية نسبية وليست مطلقة. انطلاقا من القوة النسبية للقيد التي اعتمدها المشرع الجزائري، فإنه يمكن أن يهدد الغير بالطعن في حقه المسجل بموجب دعوى إبطال سنده أو نقضه أو فسخ الحقوق المشهورة أو إلغائها .

(1) د. محمد خيرى، المرجع السابق، ص 518.

(2) د. علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، المرجع السابق، ص 73.

المبحث الثالث

المنازعات التي تثار بين المستفيد من الشهر وصاحب الحق أثناء أعمال المسح العام. تثار منازعات شتى بين صاحب الحق ومن يسجل العقار باسمه نتيجة غياب الأول أو عدم اعتراضه على أعمال المسح.

فهل يحق للمالك الحقيقي أي صاحب الحق المطالبة بإلغاء البيانات الواردة في السجل العيني وإعادتها باسمه؟

إذا عرض مثل هذا النزاع على القضاء، فإن أعمال الأثر المطهر للقيد من شأنه أن يفيد في حل مثل هذه المنازعات.

- المقصود بالأثر المطهر للقيد:

إن أعمال مبدأ الأثر المطهر للقيد من شأنه تمكين نظام الشهر العيني من تحقيق حماية المعاملات العقارية والسماح للمتعاملين على هذه العقارات بالثقة المطلقة في البيانات الواردة في السجل العيني ويعد ذلك الهدف هو الأساس الذي تقوم عليه الثقة العامة في السجل العيني. بناء على القاعدة ، فإن ثقة من يكتسب حقا عينيا على العقار استنادا إلى بيانات السجل العيني يجب أن يؤدي إلى تحصين حقه بشكل مطلق.

يقصد بالأثر المطهر للقيد، أن الشخص الذي تم قيد الحق باسمه في السجل العيني هو صاحب الحق من الناحية القانونية، حتى وإن خالف ذلك الواقع القانوني، ويترتب على ذلك أن الأثر المطهر للقيد يمنح للشخص الذي تم قيد الحق باسمه حقا محصنا من الطعن عليه، حتى وإن كان الطاعن هو صاحب الحق الأصلي، لذلك فإن الأثر المطهر للقيد يترتب عليه أنه لا يجوز المساس بالحق المقيد أو الطعن عليه حتى في حالة صدور أحكام قضائية تتناقض مع ما وردت به بيانات السجل في شأن صاحب الحق ومدى الحقوق التي يكتسبها على العقار. لذلك لا يعتد بالأحكام الصادرة بالفسخ أو بطلان التصرف القانوني الذي تم القيد بموجبه، ويبقى الحق مقيدا باسم من تم القيد لمصلحته بالرغم من صدور هذه الأحكام⁽¹⁾.

(1) د. حسن عبد الباسط جمبجي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 108 - 109.

يرى الدكتور الجارحي في هذا الصدد، بأن لهذا الأثر ما يبرره في القانون المصري وهي الإجراءات الطويلة لإتمام القيد الأول وما تتضمنه تلك الإجراءات من علانية وإتاحة فرص الطعن أمام اللجنة القضائية، فلا يتفق كل ذلك - حسبه - بأن يظل باب الادعاء بحقوق مسكوت عنها ممكنة، لأن ذلك يمنع من تكوين السجل العيني، ذلك لأن إنشاء الصحيفة العقارية لأول مرة يعد شهادة ميلاد للوحدة العقارية، وينفصل حاضراً الوحدة العقارية تماماً عن ماضيها. فلا يعترف إلا بالحقوق التي قيدت على الوحدة العقارية بمقتضى ذلك القيد الأول والتي كانت موجودة من قبل.

ويذهب الدكتور الجارحي أبعد من ذلك، حين يرى بأن التطهير وانقضاء الحقوق السابقة التي حصل إغفالها يتم ولو كان صاحب القيد الأول سيئ النية أو ارتكب غشاً، وحتى ولو ارتكبت إدارة السجل العيني خطأ⁽¹⁾.

لقد فرقت التشريعات الآخذة بنظام السجل العيني بين مفعول الأثر المطهر للقيد أثناء القيد الأول وأثناء القيد النهائي.

فالقيد الأول يتمتع بالصفة القطعية، بمعنى أن صاحب الحق المقيد هو صاحبه ولو لم يكن كذلك في الحقيقة وأن القيد الأول يمثل مركزاً قانونياً ولا يجوز الطعن فيه نهائياً، ولما كان القيد الأول مرحلة تمهيدية للقيد النهائي ونظراً لما يتمتع به القيد في السجل العيني من حجية مطلقة، فقد أتاح المشرع المصري لكل ذي مصلحة الاعتراض على البيانات التي أدرجت في الصحيفة الخاصة بالوحدة العقارية، على أن يقدم اعتراضه إلى اللجنة القضائية المختصة، وتكون مهمتها في هذه الحالة الفصل في الاعتراض المقدم حول ما دون أو أغفل تدوينه في السجل⁽²⁾.

ولقد حدد المشرع المصري لممارسة هذا الحق مدة معينة هي سنة، فلكل صاحب مصلحة الحق في الاعتراض خلال هذه المدة بدعوى أمام اللجنة المختصة طالبا التغيير في بيانات السجل العيني⁽³⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 30 - 31.

(2) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 34.

(3) د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 45.

وعند انتهاء مدة سنة يقلل جدول الدعاوى والطلبات وفقا لنص المادتين: 24 و 25 من قانون السجل العيني⁽¹⁾ ويصبح القيد الأول نهائيا، وبصيرورة القيد نهائيا، فإن الحقوق المقيدة تصبح محصنة من الطعن عليها بأي طريق من الطرق أو التعليق في السجل بأي من دعاوى الطعن، وبالتالي لا يجوز قيد أي حكم صادر في أي هذه الدعاوى في السجل العيني⁽²⁾.

أما في القانون اللبناني، فإن لقيود السجل العقاري المتعلقة بملكية العقارات والحقوق العينية الأخرى الحاصلة نتيجة عملية التحديد والتحرير، قوة ثبوتية مطلقة، بحث لا يبقى ثمة مجالا للطعن فيها أو التعرض لها بأية دعوى بعد انقضاء مدة سنتين أيا كان السند والسبب الذي استند إليه في قيد الملكية أو الحق العيني، وحتى ولو كان من تم القيد باسمه غير المالك الحقيقي بل كان مغتصبا للحق. سواء كان عالما بذلك عند إجراء القيد أم غير عالم به وهذا حسب المادة 17 من القرار اللبناني رقم: 188 التي جاء في فقرتها الأولى ما يلي: "إن الحقوق العينية المسجلة في السجل العقاري وفقا لمنطوق محاضر التحديد والتحرير لا يمكن الطعن بها البتة، فإن القيود المتعلقة بهذه الحقوق تعتبر دون سواها المصدر لهذه الحقوق، ولها القوة الثبوتية المطلقة ولا يمكن أن تكون عرضة لأي دعوى إذا كانت قد انقضت مدة سنتين ابتداء من التاريخ الذي أصبح فيه نافذا قرار التصديق... "

يترتب على عملية التحديد والتحرير وقيد الحقوق في السجل العقاري، تصفية جميع الحقوق السابقة التي لم يدلى بها أو يعترض بشأنها أثناء عملية التحديد وفي المهل المعينة لذلك أو التي لم يدع بها خلال مهلة السنتين الآنف ذكرها، ومن ثمة تثبيت الحقوق المقيدة لصاحبها بوجه نهائي، حتى ولو كان لا يملكها في الأصل وتم قيدها باسمه بطريقة صورية غير حقيقة فلا يبقى من حق المالك الحقيقي - حتى ولو كانت ملكيته ثابتة بحكم قضائي - أو من حق غيره أن يدعي بعين العقار أو بالحقوق العينية المكتسبة لصاحب القيد⁽³⁾.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فإنه يجب التفرفة بين ظهور المالك الحقيقي في مرحلة إعداد الوثائق المسحية لدى المحافظة العقارية أي مرحلة القيد الأول، وبين المرحلة التالية للقيد الأول أي بعد إيداع الوثائق المسحية لدى المحافظة العقارية لتأسيس السجل العقاري أثناء مباشرة أعمال الترقيم النهائي والمؤقت.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 34.

(2) د. حسن عبد الباسط جمعي، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، المرجع السابق، ص 118.

(3) د. ادوار عيد، المرجع السابق، ص 140.

- ففي المرحلة الأولى:

يحق للمالك الغائب أن يطعن في نتائج المسح بعد ظهوره وفقا لنص المادة 14 من المرسوم رقم: 62/76 والتي أكدت على إعطاء أجل قدره ثلاثة أشهر فيما يخص الأجزاء المتنازع فيها للمالكين من أجل الاتفاق على حدودهم أو من أجل رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة وأنه عند انقضاء هذا الأجل تصبح الحدود المؤقتة نهائية ما عدا الغلط المادي المعترف به وما عدا حقوق المالك الحقيقي الذي يأتي ويكشف عن نفسه والذي لا تكون لشكواه أي أثر إلاّ بينه وبين جيرانه المباشرين .

- أما المرحلة الثانية:

قد لا يظهر المالك الحقيقي أثناء أعمال المسح العام ولا يبدي أي اعتراض على النتائج التي توصلت إليها فرق المسح ويتم تسجيل عقاره باسم الغير، وقد يستمر غيابه حتى بعد إيداع الوثائق المسحية لدى المحافظة العقارية والتي قد ترقمه ترقيما نهائيا باسم الغير المستفيد من إجراءات الشهر العقاري. فإذا ظهر المالك الحقيقي أثناء أعمال الترقيم وخلال الفترة المحددة بنص المادة 13 و 14 من المرسوم رقم: 63/76 أي خلال مدة أربعة أشهر في الحالة الأولى أو سنتين في الحالة الثانية، فإنه يحق له أن يقدم احتجاجا على الترقيم المؤقت في السجل العقاري خلال المدة المحددة في المادتين 13 و 14، يبلغ هذا الاعتراض إلى المحافظ العقاري وإلى الخصم ويقيد في سجل يفتح لهذا الغرض لدى كل محافظة عقارية عملا بنص المادة 15 فقرة 1 من المرسوم رقم: 63/76. لقد حددت المادة 15 الفقرة 4 للطرف المدعي مهلة ستة أشهر تسري ابتداء من تاريخ تبليغه بمحضر عدم المصالحة الذي يتلقاه من المحافظ العقاري في حالة ما إذا كانت محاولات المصالحة عديمة الجدوى، وهذا ليقوم برفع دعوى خلال مدة ستة أشهر أمام الجهة القضائية المختصة .

المبحث الرابع منازعات المالك الظاهر

تقوم نظرية الوضع الظاهر على الاعتداد بالتصرفات الصادرة من صاحب الوضع الظاهر إلى الغير حسن النية فتجعلها تنتج ذات الآثار التي كانت تنتجها لو أنها صدرت من صاحب الحق متى كانت الشواهد المحيطة بهذا المركز من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة⁽¹⁾.

وتبدو أهمية الأوضاع الظاهرة في أنها تضحى بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف استقرار المعاملات وتؤكد الثقة فيها وهي أنها تقوم بتصحيح التصرف الذي يصدر من شخص يظهر بمظهر صاحب الحق وتبرمه باسمه ولحسابه وكأنه صدر من صاحب المركز الحقيقي إلى الغير حسن النية متى كانت المظاهر العامة من شأنها أن تولد لدى الغير خطأ شائعا بأن صاحب المركز الظاهر هو صاحب الحق فيما أجراه من تصرفات⁽²⁾.

وبذلك فالظاهر المقصود هو المحسوس المخالف للحقيقة والذي يوهم الغير بأنه مركز يحميه القانون⁽³⁾ وهو يتضمن دائما مركزين "مركز قانوني هو صاحب الحق ومركز واقعي هو صاحب الظاهر"⁽⁴⁾.

وجدير بالذكر أن في نطاق الأوضاع الظاهرة نجد أنفسنا حيال صاحب المركز القانوني الحقيقي الذي كان من شأن أعمال القاعدة القانونية على وجهها الصحيح تمتعه بالحق محل التصرف، وصاحب المركز الظاهر الذي لا يخول له بإعمال القاعدة القانونية التمتع بمكنات ومميزات هذا الحق إلا أنه يظهر بمظهر صاحب الحق، فيحوز تلك المكنات والمميزات التي خولت لصاحب الحق ويكون له بالتالي مركز فعلي يواجه المركز القانوني لصاحب الحق حسبما يعرفه القانون فيضفي عليه حمايته. لقد اتجه الفقه والقضاء إلى صياغة نظرية الأوضاع الظاهرة لاستقرار المعاملات وتوكيد الثقة فيها وهو هدف يتصل بالصالح العام على نحو يبرر التضحية بجعله صاحب المركز القانوني الحقيقي⁽⁵⁾ وعن علاقة الظاهر بالسجل العيني، فلقد رأينا بأن الظاهر يتضمن دائما مركزين مركز قانوني هو صاحب الحق ومركز واقعي هو صاحب الظاهر وعن علاقة هذا الظاهر بالسجل العيني يتحدد بتصور ذلك الظاهر في مركز واقعي مخالف لبيانات السجل العيني ويقع خارجه. كما يمكن أن يكون الظاهر هو المركز القائم في السجل العيني.

(1) د. نبيل صابر فرج عيد، المرجع السابق، ص 35.

(2) المستشار فتحة قره، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة، منشأة المعارف، دون سنة نشر، ص 14.

(3) د. نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، جامعة القاهرة، 1977، ص 4.

(4) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 44.

(5) المستشار فتحة قره، المرجع السابق، ص 14.

والظاهر في السجل العيني نوعان، ظاهر إيجابي وظاهر سلبي، أما الظاهر الايجابي، فهو يعني أن هناك حقوقاً أثبتتها السجل لغير أصحابها الحقيقيين، والظاهر السلبي يعني أن هناك حقوقاً أغفل السجل إثباتها لأصحابها الحقيقيين⁽¹⁾.

وتظهر علاقة الظاهر بالسجل العيني في العلاقة التي تربط صاحب الظاهر بصاحب المركز القانوني من جهة، وصاحب الظاهر بالغير من جهة أخرى وهي العلاقة التي سأطرق لها في المطالبين التاليين.

ومن ثم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: علاقة الظاهر بصاحب المركز القانوني.

المطلب الثاني: علاقة المالك الظاهر بالغير.

المطلب الأول

علاقة صاحب الظاهر بصاحب المركز القانوني

بالنسبة لصاحب المركز القانوني أي صاحب الحق، فهو يتحمل في ذمته النتيجة الأساسية للتصرف وهي اكتساب الغير للحق، والوجه المقابل لكسب الغير للحق هو فقدانه بالنسبة لصاحب الحق وصاحب الحق لا يفقد الحق كأثر مباشر للتصرف المبرم بين الغير وصاحب الظاهر فهو ليس طرفاً في التصرف ولا هو ممثل فيه، وبالتالي فالتصرف بالنسبة له ليس عملاً إرادي، وإنما هو واقعة يتأثر بها ككل وبطريق مباشر فالتصرف الإرادي لا يمس غير أطرافه، وآثاره المباشرة لا تكون لغيرهم فالأثر المباشر للتصرف هو كسب الغير للحق. أما فقدان صاحب الحق لحقه فهو الأثر غير المباشر للتصرف لأنه ليس نتيجة التصرف وإنما نتيجة لكسب الغير له⁽²⁾.

وعن علاقة صاحب الحق بصاحب الظاهر فإن صاحب الحق يظل بمنأى عن الالتزامات التي يتعهد بها صاحب الظاهر شخصياً، والتي لا تكون ضرورية لوجود أو لبقاء الحق، ويكون لصاحب الحق أن يرجع على الظاهر للمطالبة لا بمقابل الحق الذي انتزع منه وإنما بالتعويض عنه.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 44.

(2) د. نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص 50 وأيضاً المستشارة فتيحة قره، المرجع السابق، ص 29.

وهذا استنادا إلى قواعد المسؤولية والإثراء بلا سبب وبالنسبة لصاحب الظاهر، فإن مركزه في مواجهة صاحب الحق يتعلق وفقا للقواعد العامة فيما يتعلق بثمار الشيء وما انفق عليه ورده هو أو قيمته، وهذه القواعد تفرق بين حسن النية وسوء النية.

وبصفة عامة يلزم صاحب الظاهر من خلال قواعد المسؤولية المدنية إن كان سيء النية، ومن قواعد الإثراء بلا سبب إذا كان حسن النية⁽¹⁾

وعن هذه العلاقة في السجل العيني، فإنه لا يمكن القول بأن لقيود السجل العيني قوة ثبوتية مطلقة فلا يكون لقيود السجل العيني حجة بينهما وإنما تجري عليهم أحكام علاقتهم الأصلية فلا يجوز لصاحب الظاهر أو خلفه العام التمسك بالسجل العيني في مواجهة صاحب المركز القانوني أو خلفه العام أو الخاص أو دائنيه، وليس للقيود قوة إنشائية بينهما إلا بسبب المصدر، فإذا أبطل العقد أو فسخ يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه ويجب شطب القيد، بل أن الخلف الخاص لصاحب المركز القانوني لا يستفيد أيضا من ذلك الظاهر، لأن نظرية الأوضاع الظاهرة لم توضع لحماية صاحب الظاهر وإنما وضعت لحماية الذي يتعامل مع صاحب الظاهر⁽²⁾ وهذا لأن صاحب المركز القانوني الذي يترك الظاهر قائما في السجل العيني لا شك هو مقصر في حق نفسه ولقد مهد له القانون وسائل سريعة للحفاظ على حقوقه⁽³⁾

وعليه، فإن المنازعة التي تنثار بين صاحب المركز القانوني وصاحب الظاهر في السجل العيني نظمتها أحكام المادة 14 من المرسوم رقم: 62/76 والتي أعطت قوة ثبوتية لمحاضر المسح بعد فوات أجل ثلاثة أشهر ولم تسمح في إعادة النظر فيها إلا لصاحب المركز القانوني وهو ما يسمى بظهور المالك الحقيقي، وبذلك فيجوز لصاحب المركز القانوني منازعة صاحب الظاهر في السجل العيني عملا بنص المادة 14 المذكورة أعلاه، ومنه عدم الاعتداد بما اكتسبه من حقوق بموجب بيانات السجل العيني⁽⁵⁾.

(1) د. نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص 51.

(2) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 48.

(3) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 60.

(4) لم تحدد المادة 14 من المرسوم رقم: 62/76 أجلا للمالك الحقيقي للمنازعة في وثائق المسح، وبذلك فإن مسألة ظهوره في أي وقت من شأنها أن تؤثر على البيانات المقيدة في السجل العيني ومنه على اطمئنان المالك الظاهر على حقوقه التي اكتسبها عن طريق إجراءات المسح العام وإعداد السجل العيني، وعليه أرى وجوب تحديد مدة للمالك الحقيقي للاعتراض على قرارات لجان المسح التي قد تكون تمت بصفة علنية وتحت اشهار واسع يسمح للمالك الحقيقي باستعمال حقه في الاعتراض وهو الموقف الذي يأخذ به القانون المصري والقانون اللبناني.

وكما أن منازعة المالك الحقيقي لصاحب الحق الظاهر تمتد حتى بعد القيد (القيد الأول) أي القيد الناتج عن أعمال المسح، لتطال منازعة المالك الظاهر حتى بعد صدور الدفتر العقاري أي بعد أن يصبح الترقيم نهائياً، وهذا دون تحديد أية مدة لهذا الاعتراض وهذا مساساً بمبدأ القوة المطلقة للقيد. لقد منعت التشريعات (منها المصري والمغربي) لصاحب الحق أو المركز القانوني منازعة صاحب الظاهر في القيد الأول وسمحت به في القيود التالية وهذا رغم تحفظ وأسف البعض⁽¹⁾ والذي كان يأمل بأن تصل قوة القيد إلى حد قطعي ومطلق على غرار بعض القوانين.

غير أن، غالبية الفقه في مصر ترى سلامة موقف المشرع المصري لأن السجل العيني ليس أداة لاغتصاب الحقوق، وأنه يجب أن يكون للقيد الأول حجة قاطعة بالنسبة للأطراف والغير، فلا محل لتلك القوة المطلقة في القيود التالية، لأن القصد من القيد الأول هو إعطاء شهادة ميلاد للعقار والميلاد يولد بحالة واحدة، أما حياة العقار فهي لا بد أن تخضع للأحكام العامة في القانون المدني إلا ما تطلبه بالضرورة نظام السجل العيني⁽²⁾ وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع المغربي فقيمة التسجيل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقيمة العمل أو التصرف الذي قام عليه التسجيل، وتتبعها في الوجود والانعدام وفي الصحة والبطلان فإذا كان مشوباً بعيب يبطله أو يبطله أضحى التسجيل نفسه عرضة للشطب⁽³⁾.

(1) د. ابراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، ص 444 وما بعدها.

(2) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 44.

(3) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 44 عن مأمون كزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، ص 180.

المطلب الثاني عن علاقة المالك الظاهر بالغير

في هذه العلاقة أي علاقة المالك الظاهر بالغير تطبق قاعدة الظاهر الايجابي حجة للغير وحجة عليه.

- الظاهر الايجابي حجة للغير:

يعتبر الظاهر الإيجابي حجة للغير حين يتمسك به لصالحه وهو قاعدة أساسية في السجل العيني تعرف بمبدأ الثقة في بيانات السجل العيني أو مبدأ القوة الثبوتية التي تهدف إلى إعطاء أمان تام لكل من يتعامل على المال العقاري وحق البيانات الثابتة في السجل. ولكن متى تبدو حاجة الغير إلى التمسك بتلك الحجية؟ فهي لا تبدو إلا إذا زال حق صاحب الظاهر بأي طريق نتيجة تمسك صاحب المركز القانوني بحقه وأمام هذا الزوال تبدو الفائدة الكبرى لتلك الحجية أو ذلك المبدأ. وحتى يمكن الغير من التمسك بحجية البيانات الواردة في السجل العيني ومنه التمسك بالظاهر الايجابي فيجب:

- حق الغير في التمسك بالحجية مشروط ببقاء حقه، فإذا زال لأي سبب كان فلا يجوز له التمسك بالحجية، لأن الحجية مقصود منها حماية الغير من بطلان أو فسخ تصرف سلطة وليس منع الطعن في حق الغير.

- يتمسك الغير بالحجية لا يمنع صاحب المركز القانوني من الاستمرار في دعواه قبل صاحب الظاهر فلصاحب المركز القانوني أن يطلب إبطال العقد أو فسخه ضد صاحب الظاهر فإذا نجحت الدعوى، فإن أثر الحجية يكون هو أن التزام صاحب الظاهر بإعادة الحال إلى ما كان عليه يصبح مستحيلًا لسبب يرجع إليه (فقد تصرف للغير ولا يمكن أن يدعي أن الحجية هي السبب الأجنبي) ويلتزم بالتعويض.

- أن يكون الغير قد قيد حقه.

- إن الحجية مقدره لصالح الغير ويجوز له أن يتنازل عنها.

- إن الحجية تعمل لصالح الغير سواء كان تلقى المال بعوض أو بتبرع ولا يجوز لصاحب المركز القانوني أن يرفع عليه دعوى الإثراء بلا سبب لأن إثراءه تم بسبب قانوني هو التصرف الصادر إليه من صاحب الظاهر والذي يعتبر في نظر القانون كأنه صادر من صاحب المركز القانوني نفسه⁽¹⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 49 وما بعدها.

- الظاهر الايجابي حجة على الغير:

إن حجة الظاهر الايجابي لا تتجزأ، فإذا كان للغير أن يتمسك بتلك الحجة لصالحه فإن المنطق يؤدي حتما إلى القول بأنه يجوز لذي المصلحة أن يتمسك في مواجهته بنفس الحجة⁽¹⁾. وللظاهر السلبي حجة، فهي حجة له وحجة عليه أيضا، أي أنه يمكن أن يحتج على الغير بأمر ليس ظاهرا في السجل العيني وليس للغير أن يتمسك بأمر ليس غير ظاهر في السجل العيني، إلا أن هذه الحجة محدودة بنطاق الحقوق والمحرمات الواجب شهرها. أما إذا كان المحرر غير واجب الشهر، فإنه يسري في حدود القواعد العامة، وبذلك فإن حجة الظاهر السلبي في السجل العيني لا تتوقف على حسن النية أو سوء النية فلا يجوز للغير التمسك بحقوق لم تكن مقيدة في السجل ولو كان حسن النية⁽²⁾.

وعن المنازعة التي تثار بين الغير وصاحب الظاهر في القانون الجزائري، فإنها مرهونة بشهر الدعاوى الرامية لنقض أو إبطال أو فسخ الحقوق المشهورة والذي يستفيد الغير المتعامل مع المالك الظاهر من أحكام الظاهر في السجل العيني إذا كان قيد حقه قبل شهر الدعوى الرامية إلى إبطال أو نقض أو فسخ التصرف، غير أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرق بين حسن نية الغير أو سوء نيته في تعامله مع المالك الظاهر وبين الغش والتواطؤ بين المالك الظاهر والغير على اعتبار أن قاعدة الظاهر اساسها حماية الغير الذي يتعامل مع المالك الظاهر أي إذا تواطأ المالك الظاهر مع الغير إضرارا بصاحب المركز القانوني فهل يقيد بقاعدة الظاهر وحجية بيانات السجل العيني بالنسبة له أم أن الغش والتواطؤ يفسد كل شيء وفقا لهذه القاعدة.

إن قاعدة الغش يفسد كل شيء ليست إلا قاعدة أخلاقية أو من قواعد القانون الطبيعي حسب الدكتور نعمان خليل جمعة⁽³⁾، بينما يرى الدكتور عبد السلام ذهني أن الغش والتواطؤ يعتد به ومما هو مقطوع به أن التواطؤ التدليسي لا يدخل في دائرة الجدل على اعتباره مبطلا للتسجيل أو عدم مبطل، بل الإجماع حسب الدكتور عبد السلام ذهني مقصود على أنه مبطل ولذا يجب استبعاده من مواطن الجدل.

ويرى بأن النية المبيتة في إلحاق الضرر بالغير، هي النية التي يطاردها كل شارع في العالم المتمدين من عهد الرومان. النية في إلحاق الضرر بالغير، هي التي لا يرضاها القانون ولا ترضاها البداة وتنفرد منها العدالة المجردة الصافية⁽⁴⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 94.

(2) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 81.

(3) د. نعمان محمد خليل جمعة، المرجع السابق، ص 103.

(4) د. عبد السلام ذهني، المرجع السابق، ص 65.

ويرى الدكتور مصطفى عبد السيد الجارحي بأن عدم الاعتداد بالغش والتواطؤ بين الغير وصاحب الظاهر بصفة عامة، لأن ذلك يضعف من حجية السجل العيني، كما أنها أفكار ليس من السهل التثبت منها⁽¹⁾.

وهو الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري والذي عمل على تقوية السجل العيني بصرف النظر عن حسن النية أو سوئها.

وفي إطار الترقيم النهائي قد يتأخر المالك الحقيقي ولا يظهر أثناء الترقيم المؤقت ليفاجأ بأن الترقيم المؤقت قد أصبح نهائياً دون أن يقدم اعتراضه ضمن الآجال المحددة، وقد يرقم العقار ترقيمياً نهائياً باسم المستفيد إذا قدم للمحافظ العقاري ما يثبت حقه بموجب سندات كافية لإثبات الملكية.

فهل يحق بعد ذلك للمالك الحقيقي الاعتراض على هذا الترقيم النهائي أم أن الأثر المطهر للقيد يمنعه من ذلك؟

يحق للمالك الحقيقي وفقاً لنص المادة 16 من المرسوم رقم: 63/76 المذكورة أعلاه، أن ينازع المستفيد من إجراءات الشهر العقاري ومن قيد الحق باسمه حتى بعد أن يصبح الترقيم نهائياً أي بعد أن يسلم له دفتر العقاري الذي يعتبر أقوى السندات المثبتة للملكية العقارية.

وبالرجوع إلى نص المادة 16 المذكورة أعلاه، فإنها أجازت إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد: 12 - 13 - 14 من المرسوم رقم: 63/76 عن طريق القضاء أي أنها أجازت إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بناء على حيازة أصحابه سندات أو عقود تثبت حق الملكية وفقاً لنص المادة 12 من ذات المرسوم، وكذا بالنسبة للترقيم المؤقت الذي أصبح نهائياً بمرور المدة المحددة قانوناً وفقاً لنص المادتين: 13 و 14 من المرسوم رقم: 63/76⁽²⁾.

(1) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص 60.

(2) يلاحظ مما سبق أن المنظم الجزائري قد حدد مدة ستة أشهر لسقوط الحق في رفع الدعوى القضائية المتعلقة بالمنازعة في الترقيم المؤقت بمعنى أنه بعد مرور مدة ستة أشهر من تبليغ محضر عدم المصالحة لا يجوز للمالك الحقيقي أن يباشر أية دعوى ضد النتائج المترتبة على الترقيم المؤقت والذي أصبح نهائياً.

في حين أن المادة 16 المذكورة أعلاه أجازت الطعن وإعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد: 12 و 13 و 14 من ذات المرسوم، دون تحديد أية مدة زمنية لسقوط الحق في رفع الدعوى القضائية .

ومن خلال استقراء نصوص هذه المواد، يلاحظ بأن هناك تناقض بين نص المادة 15 من المرسوم رقم: 63/76 والمادة 16 منه، إذ حدد المشرع مدة ستة أشهر في حالة الاعتراض على الترقيم المؤقت لسقوط الحق في رفع الدعوى في حين سمح بذلك أي (في الطعن في الترقيم المؤقت) بموجب المادة 16 من المرسوم دون تحديد أي أجل.

مما يؤكد هذا التناقض أن الفقرة الثانية من المادة 16 أكدت على أنه إذا كانت الدعوى القضائية ترمي إلى تغيير الحقوق الناتجة عن ترقيم لا يزال مؤقتا تطبيقا لأحكام المادتين 13 و 14، فإن هذا الترقيم يحافظ على طابعه المؤقت إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي.

وبذلك فإن حق من قيد العقار باسمه يبقى مهددا بظهور المالك الحقيقي أو صاحب الحق دون أن يحدد المرسوم مدة زمنية معينة لظهور المالك الحقيقي كما سارت عليه الأنظمة المشار إليها سابقا وبذلك يثور التساؤل حول مدى أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الأثر المطهر للقيد؟ لقد ذهب اتجاه إلى القول بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالأثر المطهر للقيد الأول مادام أنه لم يمنع المالك الغائب الذي يظهر بعد القيد الأول على إثر إتمام عمليات المسح من الطعن بالإلغاء أمام القضاء في أي وقت يظهر فيه ويعلم بالترقيم النهائي، وتسري آجال الطعن في حقه ابتداء من ثبوت علمه طبقا للأحكام العامة وأن هذا المالك الغائب الذي يظهر بعد مدة طويلة من صيرورة الترقيم نهائيا وحصول المستفيد على دفتر العقاري وقبل انقضاء آجال التقادم المكسب الذي يحصن الحق المقيد من الطعن للمنازعة في القيد.

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن عدم أخذ المشرع بالأثر المطهر للقيد الأول معناه هدم للسجل العيني بعد تأسيسه أو عدم إتاحة الفرصة لعدم تأسيسه أصلا مادام أن عدم الأخذ بالأثر التطهيري يبقى باب الطعن في القيود التي تمت على العقارات قيذا أولا مفتوحا بلا تحديد أو نهاية، وينتهي هذا الرأي بالقول بأن عدم تقرير الأثر التطهيري للقيد يجعل من وظيفة السجل العيني مجرد وظيفة إعلامية لا فرق بينه وبين نظام الشهر الشخصي ومنه عدم توافر مميزات السجل العيني بخصوص هذه المسألة القانونية في القانون الجزائري⁽¹⁾.

(1) أ. جمال بوشنافة، الأثر المطهر للقيد الأول للعقارات في السجل العقاري (دراسة تحليلية على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري)، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني الرابع حول الحفظ العقاري، المدينة، أفريل 2010.

ويذهب هذا الموقف أبعد من ذلك حين يرى بأن مبرر وجود نص المادة 23 من الأمر رقم: 74/75 التي جاء فيها بأن تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه، يزول بمجرد التنكير بأن هناك نص وارد في المرسوم التنفيذي رقم: 63/67 وهو نص المادة 85 الذي يجيز الطعن في التصرفات المشهورة، وما نص عليه المشرع في نص المادة 23 - حسب هذا الرأي - ما هو إلا تطبيق لمبدأ الأثر المطهر للشهر، وأن الشخص الذي تضرر من أخطاء المحافظ العقاري ليس له إلا أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض على أساس أن الشهر له أثر مطهر، ولا يمكن الطعن في التصرفات المشهورة، والمادة 23 شرعت لذلك.

وينتهي هذا الرأي إلى وجود تناقض وتعارض بين نص المادة 23 والمادة 85 المذكورتين ويقترح إما إلغاء المادة 85 والإبقاء على المادة 23 أو الإبقاء على المادة 85 وإلغاء المادة 23 مؤيدا الرأي الأول لأن ذلك يتمشى مع نظام الشهر العيني الذي يحظر الطعن في التصرفات المشهورة اعتمادا على مبدأ الشرعية الذي بموجبه يتحرى المحافظ العقاري جيدا في التصرف قبل أن يقدم على شهره مما يجعله وقوعه في الأخطاء نادرا، وحتى وإن أخطأ فإنه يمكن للمضروب أن يطالب بالتعويض وتكون الدولة مسؤولة عن ذلك، وهي دائما موسرة⁽¹⁾.

وخلافا لهذا الرأي ترى الدكتورة محمدي فريدة، بأن أجل سقوط رفع الدعوى المقرر في المادة 15 من المرسوم رقم: 63/76 مقرر تحقيقا لحماية صاحب الحق المشهر، فبمجرد الاعتراض يبقى الترقيم مؤقتا وهذا يؤثر على المعاملات العقارية لذا اشترط المشرع رفع دعوى خلال مدة ستة أشهر وهذا لتدعيم جدية الاعتراضات.

فإذا أمكن رفع دعوى دون تحديد الوقت في المادة 16 فذلك لأن الحق المشهر لا يتأثر إلا من تاريخ شهر عريضة الدعوى، أما تقديم أي اعتراض يحول دون إجراء الترقيم النهائي وهذا يلحق ضررا بصاحب الحق المشهر، إذ يهدر الائتمان العقاري من ذلك الوقت، لذا فلا بد من حماية صاحب الحق المشهر من تعسف المعترض بفرض جدية المعارضة في استعماله الاعتراض وهذا ما فعله المشرع في المادة 15 بتحديد الآجل المسقط.

(1) أ. جمال بوشنافة، إختلاف أنظمة الشهر العقاري وموضع نظام الشهر العقاري الجزائري منها، المقال السابق، ص 15.

كما ترى بأن استقرار المعاملات يفرض حماية الغير الذي اعتمد على الشهر وليس صاحب الحق المشهر، وعدم الأخذ بالأثر التطهيري لا يعني عدم أهمية السجل العيني ومسح الأراضي العام، لأنه وإن تمت فعلا عملية التحقيق والتحري في المستندات فستكون هناك حالات نادرة خاصة يمكن الطعن في صحتها بالنسبة للترقيم النهائي القائم على تقادم مكسب وهو السبب الذي على أساسه لم ينص المشرع على أجل مسقط لرفع دعوى الطعن.

إن شهر الحق حسب رأي الدكتور ليس سنداً قطعياً على الملكية بل يمكن إثبات عكس ذلك طالما لم تترتب حقوقاً للغير اعتماداً على ذلك، وذلك لا يعني إهدار للحق المشهر بل هو عدم إهدار حق معارض قائم على أساس قانوني صحيح، وما يبرر وجهة نظرها هذه في عدم الأخذ بالأثر التطهيري للشهر وهو أن قواعد العدالة تفرض من جهة تحقيق التوازن بين قواعد قانونية قائمة على أسس أخلاقية تتمثل في عدم إهدار الحقوق التي تتولد عنها الثقة في القانون، ومن جهة أخرى استقرار المعاملات العقارية الذي يفرضه السجل العيني، وهذا يتطلب حماية للغير الذي اعتمد على الشهر وهذه مسألة متعلقة بحجية الشهر في مواجهة الغير وهي أساسية ويمكن تحقيقها دون الأخذ بالأثر التطهيري للشهر⁽¹⁾

وأرى بأن أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني وتبنيه لأحكامه لم يكن وفقاً للأحكام والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني وإنما وظف ذلك بما يتلاءم والنظام العقاري المنتهج في الجزائر وبذلك فإنه لم يأخذ بمبدأ الأثر المطهر للقيود بشكل مطلق - وحسناً فعل - وهذا بفتح باب المنازعة في الحقوق المشهورة وتلك التي نتجت عن أعمال المسح العام وانتهت بالترقيم النهائي لتلك الحقوق.

لقد راعى المشرع الجزائري في فتحه لباب المنازعة في الحقوق المشهورة ومنه تخليه عن مبدأ الأثر المطهر للقيود ما قد تشوب عملية إعداد السجل العيني من أخطاء أو تجاوزات ناتجة عن سهو أو عن طريق الغش أو التحايل أو حتى التواطؤ لسلب حقوق الغير، ومنه سمح بالحق في مراجعتها وإعادة النظر فيها بإعادة الحقوق إلى أصحابها دون أن يقيد ذلك بمدة زمنية معينة، كما أنه لم يمنع المتضرر من حقه في الحصول على التعويض من الدولة في حالة ثبوت خطأ ارتكبه أحد أعوان الإدارة وفقاً للقواعد المعروفة في مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يرتكبها أحد موظفيها.

(1) د. محمدي فريدة، التقادم المكسب ونظام السجل العيني، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للفترة العقارية، الجزء الثاني، 2004، ص 120 وما بعدها.

وأرى أنه لا يوجد أي تناقض بين نص المادة 23 من الأمر رقم: 74/75 والمادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 إذ الثانية تجيز الطعن في الحقوق المشهورة مراعية إحتمال وقوع الأخطاء في إعداد السجل العيني ومنه في التقييم النهائي للحقوق والتصرفات المشهورة والأولى تمنح للمتضرر الذي ثبت تضرره من أخطاء وقرارات المحافظ العقاري الحصول على تعويض عادل ومنصف من الدولة نتيجة هذه الأخطاء.

ولا مانع في رأي من جمع المتضرر بين حقه في الطعن في الحقوق المشهورة وحقه في الحصول على تعويض نتيجة الضرر اللاحق به وبذلك فلا تناقض بين المادتين ولا مجال للقول بإلغاء إحداهما والابقاء على الأخرى لأن كلاهما مكمل للآخر.

غير أن، ما يمكن أن يأخذ على هذه الأحكام، أنها لم تحدد مدة زمنية للمتضرر للمطالبة بحقوقه المهذرة بل تركت الباب مفتوحا لهذا الأخير للطعن في الحقوق المشهورة دون تقييده بمدة زمنية معقولة لإكتشافه لهذه الأخطاء، وهذا مراعاة للغير الذي اكتسب حقوقا نتيجة تبني نظام الشهر العيني ومنه إعداد السجل العيني بموجب إجراءات دقيقة، معمقة ومكلفة، والذي من حقه الاستفادة من هذه الأحكام.

الفصل الثاني

كيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء الإداري (المنازعة الإدارية)

يتشابه دور القاضي العادي مع دور القاضي الإداري في طريقة الفصل في الدعاوى ويختلف عنه نوعا ما في المنازعات موضوع الدراسة الحالية، فالقاضي العادي لا يعنيه إلا أن يقيم حكم القانون لأنه أمام مصالح متساوية أما دور القاضي الإداري فهو يصل إلى نقطة التعادل بين المحافظة بين حقوق الأفراد وحررياتهم المشروعة، وبين ما تستلزمه حسن سير الإدارة وتمكين رجالها من الإشراف على سير المرافق العامة بانتظام واستمرار⁽¹⁾ فالقاضي الإداري يستهدف حماية النظام القانوني للدولة وعليه، فإنه يحل محل المشرع ويضع نفسه ذات موضعه مستلهما إرادته⁽²⁾، يرجع القاضي الإداري عندما يطرح عليه النزاع إلى الطرق القانونية والقضائية في البحث عن حل له باستخدام وسائل الاستدلال المختلفة في محاولة لفحص المنازعة تمهيدا لاتخاذ حل لها، وبذلك يتطلب تخصص القاضي الإداري واكتسابه معرفة كافية بالحياة الإدارية، هذه المعرفة وهذا التكوين الخاص بالقاضي الإداري يتحصل عليها بطرق مختلفة أهمها بغير شك احتكاكه بالإدارة وبمشاكلها وهو الأمر الذي يعد ضروريا لضمان حل المنازعات الناتجة عن مختلف الدعاوى الإدارية⁽³⁾.

وتختلف سلطة القاضي الإداري باختلاف طبيعة المنازعة، فيكاد دوره ينكمش في منازعات الإلغاء عن دوره في منازعات التعويض سواء من حيث نطاق الرقابة على المشروعية أو من حيث حرته في إصدار الحكم.

من ثم يقتصر دوره في إلغاء القرار المطعون فيه، أو رفض الدعوى دون أن يملك سلطة تعديل القرار الإداري موضوع الدعوى.

يتبع القاضي الإداري منهجية معينة للوصول إلى حكم فاصل في النزاع معتمدا على وسائل قانونية وأخرى منطقية.

بناء على ما تقدم يقسم الفصل إلى:

المبحث الأول: حدود سلطة القاضي الإداري في منازعات الشهر العقاري.

المبحث الثاني: المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري لحل منازعات الشهر العقاري.

(1) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، 1973، ص 07.

(2) د. حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 314.

(3) ROUSSET Michel & Olivier, Droit administratif, le contentieux administratif PUG 2004, P 20.

المبحث الأول

حدود سلطة القاضي الإداري في منازعة الشهر العقاري

ينقيد القاضي الإداري بمبدأ منع القاضي الإداري من سلطة التقرير والتي تعتبر بمثابة قاعدة قضائية خالصة⁽¹⁾ وهي القاعدة التي تقرر دون الاستناد إلى نص قانوني، وعمل مجلس الدولة الفرنسي على احترامها⁽²⁾ فلا يملك القاضي الإداري سلطة الحلول محل الإدارة، ولا يملك أن يقوم بعمل يدخل في اختصاصها أو أن يقوم بعمل قانوني امتنعت الإدارة عن اتخاذه. وهي الحدود التي يلتزم بها القاضي الإداري أثناء منازعة الشهر العقاري المطروحة أمامه. بناء على ما تقدم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: حدود سلطة القاضي في التقرير.

المطلب الثاني: حدود سلطة القاضي في الحلول محل الإدارة.

المطلب الأول

حدود سلطة القاضي في التقرير

سلطة التقرير - في الأصل - لا تملكها إلا الإدارة، ومن الخصائص العامة للقرار الإداري أنه عمل قانوني تقوم به الإدارة بإرادتها المنفردة ويحدث أثرا قانونيا بأن يؤثر في بناء هيكل البناء القانوني للدولة على خلاف الحكم القضائي الذي هو إنزال حكم القانون على منازعة قائمة⁽³⁾ ويعد مبدأ منع القاضي من سلطة التقرير بمثابة قاعدة قضائية⁽⁴⁾ وقد تقرر دون الاستناد إلى نص وعمل مجلس الدولة الفرنسي على احترام هذه القاعدة، فألغى أحكام المحاكم الإدارية التي تناست اختصاصها وقدر أنه لا تملك حرية المبادرة التي تمتلكها الإدارة.

يقوم مبدأ منع القاضي من سلطة التقرير على أساسين أحدهما نظري منطقي والآخر عملي

قضائي.

⁽¹⁾ CHEVALIER jacques, l'interdiction pour le juge administratif de faire acte administrateur, AGDA, 1972, P 67.

⁽²⁾ د.حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 323.

⁽³⁾ د.حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 322.

⁽⁴⁾ CHEVALIER jacques, op.cit, P 67

- الأساس النظري المنطقي:

يتمثل في مبدأ استقلال الوظيفة الإدارية في مواجهة الوظيفة القضائية والذي نتج عن القانون الفرنسي الصادر بتاريخ: 16 و 24 أوت 1790 والذي حضر على المحاكم إصدار أحكام تتضمن قواعد عامة ملزمة، باعتبار أن ذلك يمثل اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية، فقد نصت المادة 11 من هذا القانون على أنه لا يجوز للمحاكم التدخل بأي قدر في ممارسة السلطة التشريعية، سواء كان ذلك بالطريق المباشر أم غير المباشر، وأنه لا يجوز لها إعاقة تنفيذ القواعد القانونية الصادرة عن الهيئة التشريعية أو وقف تنفيذها⁽¹⁾.

وبذلك يكون منطقياً أن يكون للإدارة دورها، وأن يكون للقاضي سلطة الرقابة على هذا الدور دون تدخل أو معارضة⁽²⁾.

- الأساس العملي القضائي:

كان مجلس الدولة الفرنسي يوجه أوامر إلى الإدارة في الفترة التي كان يعتبر فيها مجرد هيئة استشارية لها، وهي الفترة التي اصطلح تسميتها بفترة القضاء المحجوز أو المعلق على رئيس الدولة. كان المجلس يعتمد، في الأوامر التي كان يصدرها إلى الجهات الإدارية على تبعيته المباشرة لرئيس الدولة⁽³⁾.

أما بعد تطبيق نظام القضاء البات الذي أصبح للقضاء الإداري بمقتضاه سلطة الفصل في المنازعات الإدارية إلى أحكام نهائية غير معلقة على موافقة رئيس الدولة، فإن القضاء الإداري قد فرض بعض القيود الذاتية على سلطاته في الرقابة على أعمال الإدارة، ومن بين هذه القيود أن امتنع، بمحض اختياره عن توجيه أوامر إلى جهة الإدارة⁽⁴⁾.

أدرك مجلس الدولة الفرنسي عشية تحوله إلى جهة قضائية ذات اختصاص قضائي بات أن الإدارة لا ترغب بل تكره أن تتلقى أوامر منه أو أن يتدخل في سلطتها، وإن إجماع القاضيين الإداريين عن التقرير - صراحة - جعلته يكفل احترام الإدارة لما يصدره من أحكام وتنفيذ مقتضاها⁽⁵⁾.

(1) د. يسرى محمد العصار، مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة و حظر حلوله محلها وتطوراته الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 2011، ص 34.

(2) د.حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 328.

(3) CHEVALIER jacques, op.cit, P76.

(4) د. يسرى محمد العصار، المرجع السابق، ص 39.

(5) د.حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 329.

أستخلص بأن القاضي الإداري لا يملك أن يصدر في مواجهة الإدارة جميع أنواع الأحكام التي يملك إصدارها في مواجهة الإدارة ويصدق هذا بصفة خاصة في دعوى الإلغاء التي يعرض فيها على القاضي مدى شرعية القرار الإداري، بحيث لا يكون للقاضي إلا الحكم بإلغاء القرار الإداري غير المشروع أو رفض الدعوى، ولا يملك القاضي أن يصدر إلى الإدارة أمرا باتخاذ قرارات معينة لأن ذلك يدخل في وظيفة السلطة الإدارية.

إذا ما أتيح للقاضي إصدار أوامر للإدارة أو الحلول محلها فإنه يصبح بمثابة هيئة من هيئات الإدارة العاملة، وكان في ذلك اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات⁽¹⁾.

إن حدود سلطة القاضي الإداري الناظر في منازعة الشهر العقاري موضوع الدراسة تتوقف عند حدود إلغاء القرار الإداري دون أن تكون له سلطة التقرير بإعادة النظر في قرارات المحافظ العقاري أو في الترقيم والزام الإدارة باتخاذ قرار معين.

المطلب الثاني

حدود سلطة القاضي في الحلول محل الإدارة

لا يملك القاضي الإداري أن يحل محل الإدارة ولا أن يوجه إليها أوامر استنادا إلى مبدأ حضر إصدار القاضي الإداري أوامر إلى الإدارة وحضر حلولها محلها، لأن هذا المبدأ ما هو إلا مظهرا من مبدأ أعم وأشمل هو مبدأ أن القاضي يقضي ولا يدير، بمعنى أن يتمتع عليه القيام بعمل إداري من الأعمال التي تدخل في اختصاص جهة الإدارة وهذا المبدأ بدوره مظهر من مظاهر استقلال القضاء عن الإدارة ونتيجة من النتائج التي يترتب عليه مبدأ الفصل بين السلطات⁽²⁾.

إن الحلول هو وسيلة رقابة إدارية تمارسها الإدارة سواء المركزية أو اللامركزية على مرؤوسها ويشترط لممارستها أن يكون العضو مندمجا في الإدارة وليس أجنبيا عنها. فلا يملك القاضي تطبيقا لهذا المبدأ أن يحل صراحة أو ضمنا محل الإدارة أو يقوم بعمل يدخل في اختصاصها ولا يملك أن يقوم فعلا بالعمل القانوني الذي امتنعت الإدارة عن اتخاذه.

(1) د. محمد عاطف البنا، المرجع السابق، ص 286.

(2) د. يسرى محمد العصار، المرجع السابق، ص 71.

ومن المستقر عليه أيضا في أحكام القضاء الإداري أنه ليس للقاضي الإداري أن يحل محل الإدارة في إصدار القرارات الإدارية أو يعدل فيها أو يغير من مضمونها، وتقتصر سلطته على إلغاء القرار أو رفض طلب الإلغاء، فإذا إنتهى القاضي إلى الغاء القرار الإداري فليس له أن يرتب بنفسه الآثار الحتمية لهذا الحكم، بأن يقوم بإصدار القرار السليم محل القرار المعيب أو أن يعدل القرار المعيب ليزيل ما لحقه من عدم المشروعية أو أن يصدر القرارات الإدارية التي يتعين إتخاذها كأثر لإلغاء القرار المعيب⁽¹⁾.

وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة لدعوى الإلغاء والآثار البالغة للأحكام الصادرة فيها على نشاط الإدارة وتصرفاتها مراعاة للمبادئ المذكورة أعلاه وما تقتضيه من ضرورة أن تقف سلطات القاضي عند حد معين، فإن منطوق الحكم في موضوع دعوى الإلغاء (دعوى إلغاء أحد القرارات موضوع الدراسة الحالية) يقتصر على ثلاث احتمالات:

- الحكم برفض الدعوى إذا تبين للقاضي أن القرار المطعون فيه صحيح من الناحية القانونية في كافة عناصره، وليس فيه عيب كما أثاره الطاعن، فيبقى القرار محتفظا بقوته الإلزامية، ويتأكد للإدارة والطاعن سلامة مشروعية هذا القرار.

- الحكم بإلغاء القرار كليا، أي إنهاء وجوده تماما منذ صدوره واعتباره كأن لم يكن، ولكن دون أن يحل القاضي محل الإدارة ويتخذ بنفسه القرار الصحيح.

- الحكم بإلغاء القرار جزئيا، وهو ما يحدث عندما يكون من الممكن فصل أجزاء القرار عن بعضها دون ضرر، وإلغاء البعض دون الآخر، إلا إذا كان من غير الممكن فصل الجزء المعيب من القرار عن بقية الأجزاء، فإن الإلغاء يكون كليا في هذه الحالة بالرغم من أن العيب يشوب القرار في أحد أجزائه فقط⁽²⁾.

يرى الدكتور سليمان الطماوي في هذا الصدد، أن دعوى الإلغاء كما وردت في القضاء الفرنسي - وكما فهمها المشرع الفرنسي - تستهدف إلغاء القرار الإداري المعيب. ومن ثم كان عمل قاضي الإلغاء ينحصر في إلغاء القرار الإداري المعيب إذا ما ثبت له عدم مشروعيته فحسب فليس له أن يعدل القرار المعيب، أو أن يستبدل به قرارا جديدا، أو أن يصدر أوامر للإدارة، لأن كل هذا يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات كما فسره الفقه والقضاء في فرنسا⁽³⁾.

(1) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، آثار حكم الإلغاء (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، دار الفكر العربي، 1971 ص 302.

(2) سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 181.

(3) د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الاداري - قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، 1976، ص 1010.

وبما أن منازعة الشهر العقاري المطروحة على القاضي الإداري تتعلق بإلغاء قرار من القرارات الإدارية الصادرة عن المحافظ العقاري أو عن المحافظة العقارية، فإن حدود سلطة القاضي فيها تتعلق بإلغاء هذه القرارات بناء على وجه من الأوجه المحددة له قانوناً أو يقضي بعدم قبول الدعوى شكلاً للأسباب المذكورة في الجانب الإجرائي ضمن الباب السابق، أو يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس وعليه فإن إلغاء القرار لا يتم إلا بناء على أحد أوجه الإلغاء التالية:

- **أوجه الإلغاء:**

الأصل هو مشروعية قرارات الإدارة، هناك قرينة قانونية عامة تفرض صحة ومشروعية القرارات الإدارية التي تصدر عن الإدارة العامة، بمعنى أن يفترض أن كل قرار إداري يعتبر مشروعاً أو صادراً تطبيقاً لما تقضي به قواعد القانون، وأنه لمن يريد الطعن في قرارات الإدارة أن يقوم بإثبات ادعائه بعدم مشروعيتها ومخالفتها لقواعد القانون والمشروعية. أي أن قرارات الإدارة تتمتع بقرينة الصحة والمشروعية من حيث الأصل. ولكن هذه القرينة - مثل القاعدة العامة في القرائن - تقبل إثبات العكس من جانب الطاعن.

اتفق الفقه على أن أوجه الإلغاء تتمثل في خمسة أوجه تمثل العيوب القانونية المختلفة للقرار الإداري وهي:

01- عدم الاختصاص .

02- عيب الشكل.

03- عيب محل القرار .

04- عيب السبب.

05- عيب إساءة استعمال السلطة.

01 - عيب عدم الاختصاص (عدم الصلاحية):

عدم الاختصاص أو عدم الصلاحية بوجه عام هو عدم القدرة القانونية على القيام بتصرف معين، وفي نطاق القرارات الإدارية يمكن تعريف عيب عدم الاختصاص بأنه صدور القرار من موظف ليس له سلطة إصداره طبقاً للقوانين أو اللوائح السائدة.

عدم الاختصاص كأحد عيوب القرار الإداري، ينقسم إلى عدم الاختصاص الجسيم أو عدم الاختصاص العادي أو البسيط.

عدم الاختصاص الجسيم يؤدي إلى انعدام القرار الإداري واعتباره كأن لم يكن ويحرره من صفته كقرار إداري صوره: صدور القرار الإداري من فرد عادي ليس له أصلاً صفة الموظف العام التابع للإدارة.

عدم اختصاص بسيط، لا يؤدي إلى انعدام القرار الإداري، وإنما فقط إلى بطلانه أو إلغائه، والفارق هام لأنه في حالة عدم الاختصاص العادي يحتفظ القرار الإداري بصفته وتكون له حصانة القرارات الإدارية بحيث يسقط الحق في المطالبة بإلغائه لفوات ميعاد الطعن فيه على خلاف عدم الاختصاص الجسيم⁽¹⁾.

02- عيب الشكل أو (المعاملات الجوهرية):

المقصود بشكل القرار هو المعنى الواسع الذي يشمل المظهر أو الشكل الخارجي للقرار الإداري، ويشمل أيضا الإجراءات التي يجب أن يتبعها القرار قبل صدوره، وبناء على ذلك فإن عيب الشكل في القرار يعني صدوره دون مراعاة الإدارة للشكليات أو الإجراءات التي نص عليها القانون، سواء تجاهل هذه الإدارة هذه الشكليات أو الإجراءات أو أنها نفذتها بطريقة ناقصة وغير مكتملة⁽²⁾.

إن الهدف من قواعد الشكل والإجراءات هو كفالة حسن سير المرافق العامة إلى جانب حماية مصالح الأفراد. فهي من ناحية تستهدف المصلحة العامة بمنع التسرع والارتجال، وحمل الإدارة على التروي ودراسة وجهات النظر مما يؤدي إلى حسن إصدار القرارات، وبالتالي حسن سير المرافق العامة، كما أن هذه القواعد تستهدف مصلحة الأفراد بتوفير ضمانات لهم ضد تسرع الإدارة وتحكمها⁽³⁾.

03- عيب محل القرار:

يجب أن يكون لكل تصرف قانوني محل معين سواء كان هذا التصرف يدخل في نطاق القانون الخاص كالعقد المدني أو التجاري أو نطاق القانون العام كالقرار الإداري أو العقد الإداري. ومحل التصرف القانوني بشكل عام هو الأثر القانوني الذي يترتب أو يحدثه التصرف مباشرة ولا يتصور وجود تصرف قانوني أي ما كان بدون أثر قانوني يتمثل في الحقوق والالتزامات التي يترتبها وبدون ذلك يفتقد التصرف أو العمل صفته الجوهرية، كتصرف قانوني ولا يعد كذلك بحال⁽⁴⁾.

04- عيب السبب:

إن رقابة القضاء الإداري تمثل جانبا هاما من جوانب الرقابة القضائية على قرارات الإدارة العامة فبمقتضى رقابة أسباب القرار يتدخل القاضي الإداري في بحث الأسانيد والدوافع الموضوعية التي أدت بالإدارة لإصدار قرارها مما يجعل الإدارة تتردد أكثر من مرة قبل إصدار قراراتها بحيث أنها تعلم أن قاضي الإلغاء لن يتردد في إلغائها إن لم تستند إلى أسباب جدية. والسبب، يمكن تعريفه بأنه حالة واقعية (مادية) أو قانونية تسبق القرار وتدفع الإدارة للتدخل لإصدار قرارها.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 143 و أيضا د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 234 وما بعدها.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 166 وبعدها.

(3) د. محمد عاطف البناء، المرجع السابق، ص 241.

(4) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 190.

ويشترط في السبب شرطان هما:

- يجب أن يكون سبب القرار قائما وموجودا من تاريخ إصدار القرار، فيجب أن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة في إصدار قرارها قد وقعت فعلا، أي يجب أن يكون سبب القرار صحيحا من الناحية المادية أو الواقعية وإلا كان القرار معيبا في سببه، ومن ناحية أخرى يجب أن تكون تلك الوقائع المكونة لركن السبب قد استمرت حتى تاريخ إصدار القرار وذلك تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بأن تاريخ صدور القرار والوقت الذي يجب الرجوع إليه لتقرير مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري⁽¹⁾.

- أن يكون السبب مشروعاً أي صحيحاً طبقاً للقانون. وتظهر أهمية هذا الشرط واضحة في حالة ما إذا حدد القانون أسباباً محددة يجب أن تستند إليها الإدارة في أحد أو بعض قراراتها وتكون في هذه الحالة في نطاق سلطة الإدارة، وفي هذا الفرض إذا استندت الإدارة إلى سبب آخر غير السبب أو الأسباب المحددة يكون قرارها قابل للإلغاء لعدم مشروعية السبب.

05- عيب إساءة استعمال السلطة:

هو العيب الخامس والأخير الذي إذا لحق القرار الإداري لأصبح القرار مستحق الإلغاء، والمقصود به أن يكون القرار معيباً إذا استهدفت الإدارة من إصدار قرارها غاية بعيدة عن تحقيق المصلحة العامة أو إذا استهدفت غاية عامة أخرى تختلف عن الغاية التي حددها القانون لقرارها⁽²⁾. فلا يكفي أن يصدر القرار الإداري من مختص، ووفقاً لقواعد الشكل والإجراءات وأن لا يخالف الأحكام الموضوعية في القانون، وإنما يجب أن يسعى مصدر القرار إلى تحقيق الغاية التي من أجلها منح سلطة إصداره. فإذا خرجت الإدارة عن هذه الغاية كان قرارها معيباً لعيب الانحراف بالسلطة وإساءة استعمالها⁽³⁾.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 199.

(2) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 221.

(3) د. محمد عاطف البنا، المرجع السابق، ص 269.

إن للإساءة في استعمال السلطة صورتان أساسيتان، الأولى هي استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة والثانية هي استهداف غاية مخالفة للغاية التي حددها القانون وهاتان الصورتان هما:

- استهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة:

هناك قاعدة عامة مصدرها المبادئ العامة للقضاء الإداري، مؤداها أن كل القرارات الإدارية يجب أن تستهدف المصلحة العامة، ذلك أن القاعدة العامة بديهية ولا تحتاج إلى نص خاص يؤكد لها لأن الإدارات العامة والأشخاص العامة الإدارية يجب أن تعمل للخير العام وللمنفعة العامة للمجتمع.

- استهداف غاية مخالفة للغاية التي حددها القانون:

الأصل أن المشرع لا يقيد الإدارة في إصدارها للقرارات بغاية معينة وفي هذه الحالة يجب على الإدارة أن تستهدف المصلحة العامة في قراراتها أي ما كانت نوعية تلك المصلحة العامة ولكن أحيانا وفي بعض المجالات يحدد المشرع للإدارة غاية أو هدفا خاصا معيننا يجب عليها أن تستهدفه في قراراتها، وفي هذه الحالة إذا تجاوزت الإدارة في قرارها هذا الهدف الخاص، فإن قرارها يكون مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة ومستحقا للإلغاء⁽¹⁾.

مما سبق، أستخلص بأن سلطة القاضي الإداري في المنازعة موضوع الدراسة ليست سلطة مطلقة وإنما هي محددة بقواعد القانون الإداري التي يتمتع القاضي الإداري من التقرير ومن الحلول محل الإدارة ومن توجيه أوامر لها ومحدد أيضا بحدود مستمدة من طبيعة المنازعة وأطراف الخصومة . إن تحديد سلطة القاضي الإداري بإلغاء القرار المعيب أثناء فصله في منازعة من منازعات الشهر العقاري المطروحة أمامه، دون تمكينه من إصدار أوامر للإدارة أو الفصل في موضوع المنازعة من شأنه أن يؤثر سلبا على السياسة العقارية لارتباط منازعات الشهر العقاري بها ومن شأنه أن يؤثر على استقرار المعاملات العقارية والاستثمار فيها.

إن في تقييد سلطة القاضي الإداري وحصرها في إطار دعوى الإلغاء في حدود الحكم بإلغاء القرار موضوع الدعوى، وترك الأمر للإدارة لكي تقوم هي باستخلاص النتائج التي تترتب على الحكم وتصدر القرارات اللازمة لتسوية المراكز القانونية التي منها القرار الملغى، فيه إخفاق لقيمة القضاء لأن هذا الموقف يترك للإدارة التي كشفت سلفا عن خروجها عن القانون بإصدارها للقرار الملغى سلطة تحديد نتائج هذا الإلغاء وتحقيق مضمونه وتحيل المعتدى عليه إلى المعتدي أملا في نوع من التسوية الايجابية يكفي بإثارة نقطة البداية بشأنها.

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 226.

ما من شك في أن هذا الموقف يدفع بالإدارة إلى الاستهانة برقابة الإلغاء طالما أن الأمر سيرجع إليها في النهاية لتحديد وتحقيق مضمون ذلك الإلغاء⁽¹⁾، كما يرى الدكتور عبد العظيم جيرة. إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للدعاوى الإدارية العادية، فإن الأمر يكون أكثر تعقيدا لمنازعة الشهر العقاري، فلا توجد أية ضمانات تفيد التزام الإدارة (المحافظة العقارية أو إدارة مسح الأراضي) بعد إلغاء أحد قراراتها بأن تصدر قرارا متطابقا مع النتائج التي انتهى إليها الحكم القضائي، الأمر الذي يؤكد - حسب رأيي - عدم جدوى اختصاص القضاء الإداري في الفصل في منازعات الشهر العقاري لتقييد سلطات القاضي الإداري من جهة، ولعدم إمام هذا الأخير بقواعد الشهر العقاري المعقدة لعدم مواكبته لإجراءات الشهر العقاري منذ بدايتها والتي كانت تحت إشراف ورقابة القاضي العقاري الذي هو أدري وأعلم بمجرباتها وأولى بمتابعتها إلى غاية الفصل في منازعاتها.

وبذلك لا يعقل أن تنزع منه بعض المنازعات لا لسبب إلا لكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام، لأن ذلك لا يخدم القضاء الإداري الذي أثبت عجزه في الفصل في هذه المنازعات لتراكمها وكثرتها وتنوعها ولا يخدم أيضا السياسة العقارية المنتهجة ودورها في بعث الثقة والائتمان في الملكية العقارية التي لا تخف أهميتها في الاستثمار والنمو الاقتصادي بشكل عام.

(1) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، آثار حكم الإلغاء (دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970، ص339.

المبحث الثاني

المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري للفصل في منازعة الشهر العقاري

أتناول في هذا المبحث المنهجية التي يتبعها القاضي الإداري في بحثه للوصول إلى حل للمنازعة وكيفية تأسيس حكمه الناتج عن هذا الحل.

فيلتزم القاضي من ناحية أولى باحترام القانون وتحقيق العدالة متقيدا بنطاق الخصومة، فلا يمكن أن يتجاوزها ويقضي بعلمه الشخصي أو بناء على وقائع أو أدلة لم تعرض عليه أثناء سير الخصومة ويفصل القاضي الإداري في المنازعة موضوع الدراسة بعد تكوين اقتناعه بالحل المفروض إتباعه، ثم يصيغ الأسباب القانونية لهذا الحل متبعا لمنهجية خاصة عند البحث عن حل للمنازعة وهذا باللجوء إلى وسائل منطقية للفهم والإدراك للمنازعة بمقتضى قواعد وأسس قانونية ومنطقية. يتوصل القاضي الإداري بفضل هذه المنهجية إلى حل للمنازعة، فإذا توصل إلى الحل الذي يراه متفقا مع القانون وامتشيا مع العدالة يبدأ في مهمة تأسيس حكمه وإخراجه وإلباسه ثوب العمل القضائي. بناء على ما تقدم يقسم المبحث إلى:

المطلب الأول: الأسس والوسائل التي يعتمد عليها القاضي الإداري للبحث عن حل لمنازعة

الشهر العقاري.

المطلب الثاني: وسائل تأسيس الحكم القضائي.

المطلب الأول

الأسس والوسائل التي يعتمد عليها القاضي الإداري للبحث عن حل لمنازعة الشهر العقاري

يضطر القاضي للبحث عن حل لما يطرحه أمامه من منازعات للخروج من حالة الشك للوصول إلى اقتناع تام بالنتائج التي يتوصل إليها.

ففي المادة الجزائية تلعب قرينة الشك دورا لفائدة المتهم وتؤدي إلى إفادته بحكم البراءة أما في المادة المدنية فيكون الأمر أكثر تعقيدا وهذا بالبحث عن النصوص القانونية الواجبة التطبيق فضلا عن السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي المدني التي يراقب من خلالها مدى تطابق العقود والالتزامات مع النظام العام والآداب العامة، إذ لا يلتزم القاضي بهذه الحدود فحسب وإنما يلتزم بعدم البحث عن الحقيقة خارج عن إطار الخصومة وما قدمه له الأطراف دعما لإدعاءاتهم وما توصل إلى علمه من المرافعات التي تمت بصفة وجاهية بين أطراف الدعوى وفقا لإجراءات محددة قانونا⁽¹⁾. إن مهمة القاضي الإداري لا تختلف عن ما سبق ذكره بالنسبة للقاضي المدني من حيث الوسائل المعتمدة من طرفه لتأسيس حكمه القضائي، فهي أيضا تنحصر في حدود الطلبات والدفع التي يقدمها الأطراف والتي تكون الأساس في تحديد موضوع النزاع وللحل المتخذ من طرفه، وإلا كان متجاوزا حدود سلطته.

يلتزم القاضي من ناحية أولى باحترام القانون وتحقيق العدالة، كما انه يتقيد بنطاق الخصومة ولا يقضي بعلمه الشخصي ولا بناء على دليل أو وقائع خارج هذا النطاق. يعتقد القاضي الإداري تكييفا مبدئيا بالمنازعة عند عرضها، ويقدر نظاما معيناً لاستكمال ملف القضية فيكون يقضا من حدوث نتائج أو ظواهر لا تتفق وما سبق أن تصوره للقضية أو التي قد تفوق فيها مجال رؤيته وتخيله ولا يتدخل المشرع ويحدد للقاضي وسائل تصرفه وفهمه للقضايا، وإنما يستمد هذا الأخير تكوين إدراكه وتصوره للقضية من خلال الطريقة التي يلجأ إليها و التي تتسم بنوع من التجريد وتؤدي به إلى البحث عن المبادئ العامة، ثم يعمل على إنزالها على القضايا كنتيجة لعمليات من الاستقراء والاستنتاج الذي له أهمية كبرى⁽²⁾. ولا يتمسك القاضي بتكليفه المبدئي وإنما يسهر على تماسك النظام وكماله ومطابقتها مع الحل الذي قدره، فالقاضي عند ممارسته لنشاطه يعمل على البحث عن الحقيقة⁽³⁾.

(1) ARMIJON pierre, la fonction judiciaire, extrait de la revue de Paris de 1^{er} juin 1920 , imprimerie Pochy 1920,P 6 .

(2) د. حسن السيد بسيوني ، المرجع السابق، ص 362 وما يليها .

(3) GAUDEMET Yves Les méthodes du Juge administratif , LGDG , 1972,P 26.

يلجأ القاضي إلى النظريات أو مجموعات منها أيضا للفصل في القرار الإداري إذ تساهم هذه الأخيرة بدور فعال في تكوين فهم وإدراك القاضي، ويلعب القضاء دورا كبيرا في استنتاج الكثير من النظريات في مجال القانون الإداري من المبادئ العامة ويزخر القانون الإداري بنظريات هامة مثل نظرية التعسف في استعمال الحق - نظرية المرافق العامة - نظرية أعمال السيادة - نظرية السلطة التقديرية - نظرية الضرورة.

ينظر القاضي إلى الواقعة التي تثيرها المنازعة محل الدراسة ويستلهم النظرية التي تتعلق بها في محاولة منه للبحث عن حل لها في ضوء حقيقتها الواقعية وظروفها الملائمة لها. يستند في ذلك إلى الوسائل الفنية القانونية ويساعد في هذا الاستخدام تكوينه القانوني، وممارسته للعمل القضائي فترة من الوقت ويساهم القاضي بحكم هذا التكوين وتلك الممارسة العملية في خلق هذه الوسائل منها الشروط الاستثنائية وغير المألوفة التي هي من خلق القضاء الإداري، كما يساهم القاضي في خلق القرائن القانونية والحيل القانونية بهدف الوصول إلى الحقيقة القانونية⁽¹⁾. تتمثل هذه الوسائل الفنية القانونية في وسائل متعددة منها الشكلية والحيل القانونية والقرائن القانونية والمعايير والضوابط التي تساعد القاضي الإداري في الوصول للحل المطلوب. يستعمل القاضي الإداري أيضا الوسائل المنطقية المتمثلة في الاستدلالات المركبة والاستدلالات بالتمثيل والاستدلال بالمخالفة والتحليل والبرهنة⁽²⁾، لأن القاضي الإداري هو الذي يخلق بنفسه القاعدة التي يطبقها حتى يصل إلى النتيجة التي تتمثل في حل القضية. ولا مرشد له إلى الوصول إلى ذلك سوى حدسه ورجوعه إلى وسائل من التصور والإدراك وذلك لاستخدامه أي من المبادئ العامة والنظريات والأفكار.

⁽¹⁾ GAUDEMET Yves, op. cit ,P 41.

⁽²⁾ د. حسن السيد بسيوني، المرجع السابق، ص 368 وما بعدها.

المطلب الثاني

وسائل تأسيس الحكم القضائي

تعتبر مرحلة بناء الحكم، المرحلة الأخيرة لعمل القاضي، ولا تبدأ هذه المرحلة إلا بعد تكوين اقتناعه الشخصي بمعطيات القضية من الواقع والقانون⁽¹⁾. بعد اقتناع القاضي بالرأي الذي توصل إليه، بأي من طرق الإدراك والتصور والطرق الفنية القانونية أو الوسائل الاستدلالية المختلفة، يبدأ في مرحلة بناء الحكم لغويا ومنطقيا.

إذا كان القاضي يبذل المزيد من الفكر في البحث عن حل للمنازعة، فإنه يكون مضطرا للبحث عن وسيلة للتعبير عنه، لاسيما وأن الفكر نفسه مستحيل بدون اللغة التي تقوم بالتعبير عن نتاج ذلك الفكر.

كما يلجأ القاضي في بناء حكمه إلى البناء المنطقي المتمثل في أحد أسلوبين، إما إلى أسلوب البناء القياسي للحكم، أو الأسلوب الروائي له. ويقصد بالبناء القياسي للحكم أن يفرغ القاضي اقتناعه عند تحرير حكمه في قالب قياسي في صورة مقدمات ونتائج، بأن تكون هناك مقدمة كبرى والتي تتمثل في القاعدة القانونية الواجبة التطبيق المستمدة من أي مصادر القانون المختلفة، وأخرى صغرى تستمد من معطيات وقائع النزاع ومحصلة أعمالهما تكون نتيجة القياس متمثلة في الرأي الذي اعتنقه لحل المنازعة وهي ما يطلق عليها المحصلة الاستدلالية ومحلها في القرار (منطوق الحكم). أما البناء الروائي فيقوم على سرد الوقائع في قول ممنطق، متحد العناصر بعلاقة فاعلية، ويتبعها بالاستنتاجات المتعاقبة التي يستدل عليها من طلبات الخصوم ثم يذكر الحل المعتقد⁽²⁾.

⁽¹⁾ GAUDEMET op. cit, P 71.

⁽²⁾ د. حسن السيد بسيوني ، المرجع السابق، ص 386 وما بعدها.

خلاصة ونتائج الباب الثاني من القسم الثاني:

تعرضت في الباب الثاني لكيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري، فلا يكفي معرفة الوسائل الإجرائية التي يسلكها المتقاضي لممارسة حقه في التقاضي ومنه المطالبة بإنصافه في المنازعة التي يطرحها على القضاء، وإنما يجب معرفة الوسائل الموضوعية التي يمارسها القاضي للفصل في مثل هذه المنازعات.

ولقد تعمدت تقسيم الباب الثاني إلى فصلين، الأول خصصته للوسائل الموضوعية التي يعتمدها القاضي العادي، أما الفصل الثاني فخصصته للوسائل الموضوعية التي منحها المشرع للقاضي الإداري للفصل في هذه المنازعة (العقارية)، وهذا لأثير مدى الصعوبات التي يتلقاها القاضي الإداري بعد إعلان اختصاصه في الدعوى وبعد مراقبته لمدى استيفائها للشكل المطلوب من بيانات وشهر للدعوى، وحين يتصدى للموضوع يجد نفسه في دعوى الإلغاء مكبلا بقواعد القانون الإداري الرامية إلى حظر توجيه أوامر من القاضي إلى الإدارة وعدم حلوله محلها...، وهي القواعد بل العراقيل التي تقف في وجه منازعة الشهر العقاري المطروحة على القضاء الإداري والتي يكتفي فيها القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري (الترقيم النهائي أو الترقيم المؤقت إذا تعلق بأحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام، قرارات المحافظ العقاري بشكل عام...) دون إلزام الإدارة بأي إجراء معين، الأمر الذي أثار سلبا على منازعات الشهر العقاري المطروحة على القضاء الإداري وهذا أمام تعنت الإدارة ورفضها الامتثال إلى الحكم القضائي في أغلب الأحيان، وإن امتثلت، فإن الأمر لا يتعدى إلغاء القرار محل الطعن، أي تكتفي الإدارة بإلغاء القرار فقط ويبقى الإشكال مطروحا في حالة مطالبة المتضرر بإعادة الترقيم باسمه مثلا.

لقد لاحظت من خلال تقسيم الباب الثاني أن الاعتماد على مبادئ الشهر العقاري في الفصل في المنازعات من شأنه مساعدة القاضي العادي للوصول إلى الحل المناسب للمنازعة المطروحة عليه وهو أكثر دراية بها وأكثر تخصصا، بخلاف القاضي الإداري الذي لا يكون ملما بهذه القواعد والمبادئ وإن علم بها، فإن الوسائل الموضوعية التي يطرحها القانون بين يديه للفصل في هذه المنازعات غير كفيلة لحل هذه المنازعة بشكل نهائي بل من شأنها أن تعيد المتضرر إلى الإدارة التي سبق له التظلم من قراراتها وهو الأمر الذي يؤكد أن أحكام التشريع الجزائري غير الدقيقة هي سبب من أسباب نشوب هذه المنازعات وتراكمها وهي سبب من أسباب تعطل إتمام السجل العيني لحد الآن.

الخاتمة

لما كان الهدف من الدراسة هو مدى كفاية أحكام التشريع الجزائري لحل منازعات الشهر العقاري وأسباب نشوب هذه المنازعات وكيفية الفصل فيها بموجب الآليات القانونية الموجودة في التشريع الجزائري، فإنه بعد الانتهاء من موضوع البحث يجب توضيح النتائج التي استخلصت منه، وذلك باستعراض جزئياته عرضا سريعا موجزا، ثم الانتهاء بأهم المقترحات وذلك على النحو الآتي:

- إن منازعة الشهر العقاري، تعني ذلك الخلاف الناشئ بشأن أي إجراء من إجراءات الشهر العقاري سواء أثناء إعداد السجل العيني أو بعد إتمامه أو بأي إجراء من شأنه المساس ببيانات السجل العيني وكذلك أي خلاف ينشأ في حقوق مشهرة بموجب نظام الشهر الشخصي.

هذه المنازعة قد تنور بين طرفين أو أكثر، ويكفي أن ينازع أحدهم في إجراءات نظام الشهر لتقوم المنازعة، ولا يشترط في هذه المنازعة أن تعرض على القضاء للفصل فيها مباشرة، بل تمر بمراحل تتمثل في عرض النزاع على لجنة المسح في بداية الأمر، ثم على المحافظ العقاري بعد إيداع الوثائق المسحية لمحاولة التوفيق بين الأطراف المتنازعة في هذه المرحلة الإدارية ثم تأتي المرحلة القضائية للفصل في منازعات المسح العام وهنا الخلاف كله يدخل ضمن مفهوم المنازعة موضوع البحث وبذلك تناولت هذا المفهوم في الباب التمهيدي فضلا عن مفهوم الشهر العقاري موضوع الدراسة لأجل تحديد هذه المدلولات ودوافع اختيار أحد المصطلحات وهو الشهر العقاري بدلا من غيره من المصطلحات التي تطلق على هذا الإجراء، كما تعرضت في الباب التمهيدي لأهداف الشهر العقاري وأهم أنظمتها وإلى تطوره التاريخي عبر العصور، فوجدت أن مراحل هذا التطور تختلف باختلاف التقدم والانفتاح الاقتصادي والنضوج الفكري والاستقرار السياسي.

هذا الباب التمهيدي يسبق الموضوع المقسم إلى قسمين، القسم الأول وهو قسم نظري تعرضت فيه إلى أهم منازعات الشهر العقاري عرضتها بشكل منهجي وفقا لمراحل إعداد السجل العيني والتي تبدأ بمرحلة أساسية وهي مرحلة المسح العام للأراضي، ثم بمرحلة إيداع الوثائق المسحية لتصل إلى مرحلة تسليم الدفاتر العقارية وإلى مدى إمكانية الطعن في الحقوق المشهرة والدفتر العقاري لاحقا.

ففي الباب الأول بحثت في نوعين من المنازعات وهما منازعات المسح العام ومنازعات التحقيق العقاري وهذا للتشابه بينهما في الإجراءات وفي الهدف إلى اعتبار أن التحقيق العقاري ما هو إلا مسح بناء على الطلب، وتوصلت إلى أن النظام الإداري الذي يأخذ به النظام الجزائري بدلا عن النظام القضائي الذي تأخذ به أغلب الأنظمة الآخذة بنظام الشهر العيني، أثر سلبا في إتمام إعداد السجل العيني لكثرة المنازعات التي تثار أثناء أعمال المسح العام وإسنادها إلى القضاء العادي (القسم العقاري للمحكمة التي يقع بها العقار) بعد فشل محاولة الصلح التي تقوم بها لجنة المسح العام التي تحاول التوفيق بين الأطراف المتنازعة وإحالة النزاع أمام القضاء في حالة فشلها.

- إن عدم تخصيص جهة قضائية معينة للفصل في منازعات المسح العام تنشأ خصيصاً بمناسبة فتح أعمال المسح وبالنظر في إشكالات وفي الاعتراضات المطروحة في هذه المرحلة كما هو الشأن بالنسبة لأنظمة الآخذة بنظام السجل العيني وإسنادها إلى القضاء العادي هو أهم سبب لتراكم هذه المنازعات وعدم الفصل فيها بشكل يرضي الأطراف لعدم متابعة القضاء للمراحل والظروف والملابسات التي اعترضت فرق المسح أثناء قيامهم بأعمال المسح العام، الأمر الذي يترتب عليه إصدار أحكام ابتدائية قابلة للطعن فيها بالاستئناف الشيء الذي يأخذ وقتاً طويلاً لوضع حد لهذه المنازعات ومنه تعطيل إعداد السجل العيني لارتباطه بأعمال المسح العام لاسيما وأن المواد المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام خاصة تلك المتعلقة بأجل ثلاثة أشهر الذي رتبته المادة 14 من المرسوم على انقضائه بأن تصبح الحدود المؤقتة المتعلقة بالحقوق محل المنازعة نهائية ولا يعاد النظر فيها إلا في حالة الغلط المادي وظهور المالك الحقيقي. وهي مدة لا تحترم ولا تراعى من طرف لجان المسح في أغلب البلديات وبذلك يتعطل إعداد السجل العيني نتيجة هذه المنازعات.

أما الفصل الثاني من الباب الأول فخصصته لمنازعات التحقيق العقاري المنصوص عليه بموجب القانون رقم: 02/07 الذي يرمي إلى تسليم سندات ملكية بعد متابعة حق الملكية من طرف المحقق العقاري وهذا بناء على طلب يقدم بصفة فردية أو جماعية للمحافظ العقاري من أجل الاستفادة من أحكام هذا القانون وبالتالي يسلم سندا ليثبت ملكية الطالب.

لقد حدد القانون رقم: 02/07 إجراءات تسليم سند الملكية وتوقع المنازعات التي تثار بشأنه ومنه حدد إجراءات رفع الدعوى وأوجب شهرها والجزاء من عدم الشهر (مخالفة بذلك أحكام المواد: 17 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 85 من المرسوم رقم: 63/76) هي المواد التي أجمعت أن وجوب شهر الدعاوى التي تتعلق بالمنازعة في حقوق مشهورة لما يترتب على المنازعة فيها من ضرر بالنسبة للغير والذي يجب إعلامه بوجود هذه المنازعة.

لقد أوجب القانون رقم: 02/07 والمرسوم التنفيذي رقم: 63/76 شهر الدعاوى المتعلقة بالمنازعة في سند الملكية ورتب جزاء غريباً على عدم احترام هذا الإجراء وهو استمرار أعمال التحقيق العقاري دون أخذ الاحتجاجات والاعتراضات بعين الاعتبار وفقاً لنص المواد: 17 و 19 من المرسوم رقم: 147/08، علماً بأن شهر عريضة رفع الدعوى لا يترتب عليه توقيف إجراءات الشهر بشكل عام وإنما عدم نفاذ التصرف في مواجهة المدعي.

- الملاحظ بأن القانون رقم: 02/07 المتعلق بتسليم سندات الملكية بموجب التحقيق العقاري، ما هو إلا حل ترقيعي لتسليم سندات ملكية ريثما تتم أعمال المسح العام شأنه شأن المرسوم 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21 المتعلق بعقد الشهرة الذي تم إلغاؤه بعد ثبوت عدم نجاخته بل تسببه في كوارث في الملكية العقارية بسبب النهب لها بمقتضى عقود الشهرة التي تسلم بإجراءات بسيطة يقوم بها الموثق والذي أثار عدة منازعات تنتهي بإلغاء هذه العقود على اعتبار أنها عقود تصريحية فقط.

- كما أن غموض أحكامه أدى إلى العزوف عن اللجوء إلى إجراءاته خاصة وأن التحقيق العقاري ينتهي بتسليم سند للملكية يثور الكثير من اللبس حول طبيعته القانونية وقيمه بالنظر إلى دفتر العقاري، هذا فضلا عن الأعباء الكبرى الملقاة على المحافظ العقاري، والذي بإسناد مهمة تسليم سندات الملكية بموجب التحقيق العقاري له من شأنه أن يبعده عن مهامه الأصلية، الأمر الذي يؤثر سلبا على إعداد السجل العيني ومنه على استقرار الملكية العقارية.

- لم أسجل أية منازعة بشأن التحقيق العقاري من الناحية العملية نظرا لحدثة هذا القانون من جهة، ومن أخرى لقلّة العمل به.

أما في الباب الثاني بحثت فيه عن المنازعات المرتبطة بإعداد السجل العيني، فخصصت الفصل الأول لمنازعات إعداد السجل العيني وللقواعد العامة التي يقوم عليها نظام السجل العيني والتنظيم الذي يقوم به نظام الشهر العيني (المادي والإداري) طريقة تنفيذ عملية الشهر العقاري وهذا قبل التطرق إلى المنازعات التي تثار في هذه المرحلة والمرتبطة بالترقيم المؤقت الذي يقوم به المحافظ العقاري والقرارات التي يصدرها بمناسبة إعداد السجل العيني والتي تثير عدة منازعات تطرقت لها في المبحث الثاني من الفصل الأول .

وفي الفصل الثاني وفي إطار المحاولة لجمع كل المنازعات التي ترتبط بالشهر العقاري، فلقد تعرضت إلى المنازعات التي تطل الحقوق المشهورة أي إلى آخر مرحلة من مراحل الشهر العقاري (الشخصي والعيني) وهي الحصول على سندات مشهورة (عقود ملكية مشهورة أو دفاتر عقارية). فقسمت الفصل الثاني إلى مبحثين، فتعرضت إلى ماهية الحقوق والمحرمات الواجب شهرها قبل التطرق إلى المنازعات التي تثار بشأنها، وخصصت المبحث الأول إلى مختلف المحرمات والحقوق الواجب شهرها استنادا إلى المصادر القانونية التي وردت فيها هذه الحقوق والمحرمات وخصصت المبحث الثاني إلى وسائل الشهر العقاري وطرق الطعن في الحقوق المشهورة مستعرضة أهم الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة للطعن في الحقوق المشهورة استنادا إلى القوة الثبوتية المطلقة التي يجب أن تتمتع بها هذه الحقوق، ثم إلى موقف المشرع الجزائري من مدى جواز الطعن في هذه الحقوق المشهورة، وهذا من أجل الإجابة على الإشكالية المطروحة وهي مدى كفاية أحكام التشريع الجزائري

لحل كل المنازعات المتعلقة بالشهر العقاري وعن مدى تأثير فتح باب المنازعة على أحكام ومبادئ نظام الشهر العيني بشكل خاص.

واستخلصت أن فتح باب المنازعة في الحقوق المشهورة مرده إلى احتمال ورود أخطاء في البطاقات العقارية المعدة في إطار إعداد السجل العيني، ولأن الخطأ إنساني، فإنه لا بد من فتح المجال لإعادة النظر في هذه الحقوق ومنه استبعاد الأخذ بمبدأ القوة الثبوتية المطلقة التي تأخذ بها الأنظمة الآخذة بنظام السجل العيني، الأمر الذي لا يتمشى مع النظام الجزائري والذي أخذ بنظام الشهر العيني ولكن بما يتناسب ويتوافق مع السياسة العقارية المنتهجة في الجزائر، هذا ما عرضته في القسم الأول المتعلق بمحاولة البحث في منازعات الشهر العقاري من الناحية النظرية، أما القسم الثاني ولأنه لا يمكن الاكتفاء بعرض منازعات الشهر العقاري دون إعطاء حلول لهذه المنازعات، فإنني خصصته للجانب العملي لمنازعة الشهر العقاري وإلى كيفية الفصل في هذه المنازعات من الناحية الإجرائية والموضوعية.

فخصت الباب الأول للجانب الإجرائي، وبما أن المنازعة موضوع البحث يتراوح الاختصاص فيها بين القضاء العادي والقضاء الإداري، فإنني خصصت فصلا مستقلا لكل منازعة.

فتعرضت لمنازعة الشهر العقاري (أي المنازعة العادية) في الفصل الأول هذا بداية من مفهوم الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء إلى غاية صدور حكم فاصل فيها، وتعرضت في المبحث الأول منه إلى مفهوم هذه الدعوى وشروط قبولها، وفي المبحث الثاني إلى الجهة القضائية المختصة فيها من حيث الاختصاص الإقليمي والنوعي وفي المبحث الثالث تعرضت إلى الحكم الصادر في هذه المنازعة وإلى طرق الطعن فيه.

أما في الفصل الثاني، فتعرضت للجانب الإجرائي لمنازعة الشهر العقاري التي تطرح أمام القضاء الإداري والتي اسميتها المنازعة الإدارية، وبما أن الدعوى الإدارية التي ينتهجها المتضرر من إجراءات الشهر العقاري للحصول على حقه أي دعوى الإلغاء، فإنني عنيتها بالبحث والتفصيل في المبحث الأول وهذا لمعرفة ماهيتها وشروط قبولها، وخصت المبحث الثاني للاختصاص القضائي للجهات التي تطرح أمامها دعوى الإلغاء المتعلقة بالمنازعة موضوع البحث نوعيا وإقليميا وفقا لقواعد الاختصاص في المادة الإدارية وتعرضت للحكم الإداري الصادر في المنازعة وإلى وجوب شهره وكيفية الطعن فيه أمام الجهات القضائية الإدارية في المبحث الثاني.

وبما أن الجانب الإجرائي ولو أنه يتمتع بأهمية بالغة في اختيار الجهة القضائية المختصة واستيفاء الدعوى لكافة الشروط الشكلية والبيانات الواجب توافرها فيها وفي صدور حكم مستوف للشكل القانوني المطلوب، فإن ذلك لا يهم المتضرر بقدر ما يهمه ما توصل إليه القضاء من حكم فاصل في

موضوع الدعوى أي إلى النتيجة التي يصبو إليها المتضرر من لجوئه إلى القضاء وهو الجانب الموضوعي من الحكم والذي خصصت له الباب الثاني من القسم الثاني.

وبما أن المنازعة موضوع البحث ليست منازعة من طبيعة واحدة، وإنما منها ما يخضع لأحكام القضاء العادي ومنها ما يخضع للقضاء الإداري، فإنني ارتأيت أيضا تقسيم هذا الباب إلى فصلين تعرضت لكيفية الفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري الخاضعة للقضاء العادي في الفصل الأول ولتلك المتعلقة بالقضاء الإداري في الفصل الثاني من هذا الباب.

وفي الفصل الأول ، تعرضت للوسائل التي يتخذها القاضي العقاري للفصل موضوعيا في منازعات الشهر العقاري نظرا لتعدد المنازعات، فإنني ارتأيت تقسيم الفصل استنادا إلى أطراف المنازعة لا إلى موضوعها وهذا لتكون الفكرة أكثر وضوحا ودقة، وعلى هذا الأساس تعرضت إلى تقسيم المنازعات إلى التي تثار بين المتعاقدين ثم التي تثار من طرف الغير، ثم إلى المنازعات التي تثار بين المالك الحقيقي أثناء أعمال المسح العام وأخيرا إلى منازعات المالك الظاهر وصاحب الحق.

لقد اعتمدت على مبادئ الشهر العقاري وقواعده كأساس للفصل في منازعات الشهر العقاري، وكوسيلة قد يعتمدها القاضي للوصول إلى حكم بناء على هذه القواعد وهذا دون إغفال للقواعد العامة التي ينتهجها القاضي في حكمه.

لقد حاولت في كل مبحث وأثناء طرح كل منازعة الاستناد إلى هذه المبادئ لإبراز أهميتها في حل مختلف المنازعات ليظهر دورها الهام الذي يكمن في حل مختلف المنازعات التي تثار وبذلك تظهر العلاقة بين الشهر العقاري والمنازعة، في أن الشهر العقاري يثير المنازعات أثناء تطبيقه، ويعتمد على مبادئه وأحكامه لحل الكثير من المنازعات وهي العلاقة التي أردت إبرازها في الفصل الأول لتوضيح أهمية قواعد الشهر العقاري لحل منازعاته.

وفي الفصل الثاني انتقلت إلى القضاء الإداري وإلى كيفية فصل القاضي الإداري موضوعيا في منازعات الشهر العقاري (المنازعات العادية) المطروحة أمامه وهذا استنادا إلى قواعد ومبادئ وأحكام القانون الإداري، فتعرضت في المبحث الأول لحدود سلطة القاضي الإداري في منازعات الشهر العقاري وتعرضت في المبحث الثاني إلى المنهجية التي يتخذها للفصل في مثل هذه المنازعات، هذا للإجابة على الإشكالية المطروحة والقول هل أن هذه الأحكام كافية وكافية لحل المنازعة موضوع البحث؟

يبدو جليا من خلال حدود سلطة القاضي الإداري في دعوى الإلغاء أنه يكفي بإلغاء القرار الإداري موضوع الدعوى ولا يتعدى إلى أكثر من ذلك بتوجيه أوامر للإدارة لأن قواعد القانون الإداري تمنعه من ذلك وهي الوسيلة التي تعيق المنازعة موضوع البحث والتي أسندت للقضاء الإداري لا لأنه أكثر تخصصا من غيره ولا خدمة لنظام الشهر العقاري، وإنما استنادا للمعيار العضوي وذلك لأن أحد أطراف هذه المنازعة هو شخص من أشخاص القانون العام من القانون العام.

لقد حاولت من خلال هذا التقسيم أن أبرز الهوية الموجودة بين القضاء العادي والقضاء الإداري حين يحاول الفصل في المنازعة موضوع البحث، فيكون للأول كل السلطات، بينما يقيد الثاني بدعوى الإلغاء الأمر الذي ينعكس سلبا المنازعة موضوع البحث ومنه على استقرار الملكية العقارية بشكل عام.

وبذلك يظهر قصور أحكام التشريع الجزائري وعدم كفايته لحل منازعات الشهر العقاري بل أنه زادها تعقيدا الأمر الذي يستوجب معه تقديم الاقتراحات التالية:

نظرا لما تبين من ظهور بعض أوجه القصور في أحكام التشريع الجزائري لحل منازعات الشهر العقاري ونظرا للصعوبات والإشكالات المطروحة في التطبيق من خلال الواقع العلمي، فإنني أقترح ما يلي:

1- توحيد مصطلح الإشهار العقاري واعتماد الشهر العقاري بدلا من التسجيل أو القيد لأنه أكثر شيوعا واستعمالا وأكثر دلالة على أن المقصود هو الإجراءات التي ترمي إلى إحاطة الكافة علما بالحق فهو يشمل القيد والتسجيل والتأشير الهامشي والإيداع وهذا حفاظا على وحدة الفهم والاستيعاب لكل مهتم بالقطاع العقاري.

2- الإسراع في إتمام أعمال المسح العام والانتهاء من إعداد السجل العيني والتبني بشكل نهائي ومطلق نظام الشهر العيني والتخلي كليا على نظام الشهر الشخصي لما له من عيوب ومآخذ

3- إلغاء القانون رقم: 02/07 وهو القانون الذي ولد ميتا لغموض أحكامه وعدم وضوح الطبيعة القانونية لسند الملكية الذي يسلم على أثره ولأنه مجرد حل مؤقت وترقيعي من شأنه أن يعرقل أعمال المسح العام وإعداد السجل العيني بإضافة أعباء على المحافظ العقاري هو في غنى عنها.

4- العمل على تحديث نظام السجل العيني بالاعتماد على سبل الإعلام الآلي في إعداد البطاقات العقارية الأمر المعمول به في الدول المتقدمة وفقا لتقنية معلوماتية متقدمة.

5- الأخذ بالنظام القضائي بدلا من النظام الإداري، ومنه إسناد المنازعات للقاضي العقاري المختص بالفصل في المنازعات التي تثار بمناسبة افتتاح أعمال المسح العام وهو النظام الذي أثبت نجاعته في الأنظمة التي تأخذ به.

- 6- إسناد حل منازعات الشهر العقاري إلى القضاء العادي بدلا من تراوح الاختصاص فيها بين القضاء الإداري والقضاء العادي، وهذا بإضافة فقرة ثالثة للمادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقول بإسناد منازعات الشهر العقاري للمحاكم العادية كما هو الشأن بالنسبة لمخالفات الطرق والمنازعات المتعلقة بالدعاوى الخاصة بالمسؤولية الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية وهذا وفقا للفقرة 1 و 2 من المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 7- إلغاء المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بشهر الدعاوى القضائية والاكتفاء بنص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتفادي التكرار ورفع اللبس وهذا لان نص المادة 17 المذكورة يشمل كل الدعاوى التي تستوجب الشهر سواء تعلق الامر بتلك التي تطرح على القسم العقاري او التجاري أو الاداري.
- 8- تعديل نص المادة 519 بإضافة وجوب شهر كل طلب قضائي يرمي إلى نقض أو فسخ أو إبطال أو تعديل حقوق مشهورة، سواء تعلق بأمر بطلب مقابل أو إضافي أو طلب عارض، لأن طلب نقض أو فسخ أو إبطال حقوق مشهورة، قد يرد في طلب مقابل أو في طلب إضافي أو في طلب عارض واقتصار وجوب شهر عريضة رفع الدعوى فقط من شأنه أن يؤدي إلى إفلات شهر هذه الطلبات من الشهر ومنه صدور حكم يقضي بذلك الأمر الذي يؤدي إلى قبول الدعوى رغم ذلك وإلى عدم إمكانية شهر الحكم الصادر فيها.
- 9- تحديد مدة زمنية للطعن في الترقيم النهائي ولتكن مدة معقولة تتراوح بين سنة وخمس سنوات للطعن في الترقيم النهائي والدفتر العقاري حفاظا على القوة الثبوتية للبيانات الواردة في السجل العقاري من جهة، وتمكين من له مصلحة في الطعن في ذلك من استعمال حقه وتقيده بمدة زمنية ليتمكن من خلالها من استعمال حقه في التقاضي ومنه حقه في الطعن في بيانات السجل العيني.
- 10- الأثر المترتب على الطعن في الترقيم النهائي يجب ألا يؤثر على البيانات الواردة في السجل العيني إذا تم التصرف لصالح الغير وهذا حماية للوضع الظاهر الذي تعامل مع الغير بحسن نية، ومنه اقتراح إنشاء صندوق خاص للتعويض عن الضرر المترتبة على عبء نظام الشهر العقاري وإعداد السجل العقاري، يتحمل هذا الصندوق الأضرار الناجمة عن الأخطاء المرتكبة أثناء إعداد السجل العيني وهذا لتفادي الاصطدام بحالة عسر هذا الأخير في حالة الرجوع عليه بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية.
- 11- سن نص تشريعي ضمن أحكام القانون المدني يقضي بحضر اكتساب الحقوق العينية المشهورة ضمن نظام الشهر العيني عن طريق الحيازة والتقدم المكسب وهذا تمشيا مع الأنظمة الآخذة بنظام الشهر العيني من جهة وحفاظا على الحقوق المكتسبة والمشهورة في ظل هذا النظام.