

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة
- دراسة مقارنة -

**The purgative effect of land advertising and the constitutional
protection of real property
- comparative study -**

♦ ويس فثحي

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة تيارت / الجزائر

عضو مخبر البحث في تشريعات حياية النظام البيئي

ouis.fethi@hotmail.com

تاريخ النشر: 2021/06/29

تاريخ القبول: 2021/05/25

تاريخ الإرسال: 2021/05/10

الملخص:

يؤدي الشهر العقاري عدة وظائف، من بينها إعلام الجمهور بالوضعية القانونية للعقارات، وفي بعض الأنظمة لا تنتقل الحقوق العقارية إلا بالشهر، غير أن الوظيفة الأخطر والأكثر إثارة للجدل هي الوظيفة التطهيرية، أو ما يسمى الأثر المطهر للشهر، والذي بموجبه تُطهر الحقوق والتصرفات المشهورة من عيوبها لتصبح غير قابلة للطعن فيها، مما قد يمس بالحماية الدستورية للملكية العقارية من خلال منع صاحب الحق المتضرر من الطعن في التصرفات والحقوق المشهورة. إن هذه الدراسة تتناول بشكل مفصل مفهوم الأثر المطهر للشهر وعلاقته بالحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة، من خلال دراسة مدى اختصاص السلطين التشريعية والتنفيذية في سن قاعدة الأثر المطهر للشهر والجهة المؤهلة بممارسة الرقابة على ذلك الاختصاص، ونطاق تلك الرقابة ومداهما.

الكلمات المفتاحية: الشهر العقاري، الرقابة الدستورية، القاضي الدستوري، الأثر المطهر، الملكية الخاصة.

Abstract

Land advertising has many roles, it aims to informing the public about the legal situation of the buildings, in certain systems it operates the transfer of the rights related to building. However, the purgative role of land advertising remains the most contested. It consists in the fact that the advertising formality, once performed, purges the act or the right which is the subject of this formality of its flaws, thus giving it an irreversible probative force. On the other hand, this role could bring damage to the

♦ المؤلف المرسل

rights of others, who in application of the principle of the probative force of the land advertising will find themselves deprived of their rights, without having the chance of recourse to justice, which deteriorates the constitutional protection of the property. The aim of this article is to highlight the statement and scope of the purgative role of land advertising and its relation to the constitutional protection of property.

Keywords

Land advertising - purgative role - constitutional protection - real property - public trust.

مقدمة

الشهر العقاري هو مجموعة القواعد القانونية الخاصة بشهر الحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية المتعلقة بال عقار، وهو وسيلة وليس غاية في ذاته، وتختلف تلك الوسيلة من حيث طريقة عملها وأهدافها باختلاف نظام الشهر المطبق، حيث هنالك شهر عقاري مآخ للحقوق تتبناه التشريعات التي تأخذ بنظام الشهر العيني، وشهر عقاري مدعم للحقوق، وتتبناه التشريعات التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي. هذا ويؤدي الشهر العقاري عدة وظائف، منها إنشاء الحق، نقل الحق، منح الحجية للحق، الإعلام بوضعية العقارات وانقضاء التصرف العقاري في القوانين التي تعتبر الشهر ركناً في تلك التصرفات. كما يؤدي الشهر العقاري دوراً في المفاضلة بين التصرفات والحقوق المتزاحمة، فضلاً عن دوره المالي في جباية الضريبة العقارية. غير أن أخطر وظيفة يؤديها الشهر العقاري، خاصة في الدول التي تتبع نظام الشهر العيني، هي تطهير الحق، أو ما يسمى بالأثر المطهر للشهر.

إن الأثر المطهر للشهر في أبسط تعريف له هو تلك الوظيفة التي يؤديها شهر الحقوق والتصرفات، والتي تجعل من التصرف المشهر مطهراً من كل عيب، وتجعل الحق المقيد في السجل العيني يتمتع بالحجية والقوة المطلقة التي تتمتع الطعن فيه، وتمنع الغير من مزاحمة صاحب ذلك الحق تحت أي ذريعة كانت. وبسبب خطورة هذا الأثر على حقوق الغير، ومساسه بالطابع الأساسي لحق الملكية، فإن البعض عارضه ودعا إلى تجريد الشهر العقاري منه، فيما دافع آخرون عنه، داعين إلى إعماله رغبة في نشر الثقة والائتمان العقاري. تناولت دراسات وبحوث سابقة كثيرة قاعدة الأثر المطهر للشهر، مركزة على مفهوم تلك القاعدة وعيوبها ومزاياها وآثارها وطريقة إعمالها والتشريعات التي تعمل بها، غير أن أغلب تلك البحوث جاءت خالية من التحليل الدستوري للأثر المطهر للشهر. لهذا تأتي هذه الدراسة لأتناول من خلالها النظرة الدستورية لذلك الأثر، من خلال الرقابة الدستورية على التشريع والتنظيم في مجال الشهر العقاري والملكية العقارية عموماً، حيث تتميز تلك الرقابة بكونها رقابة مزدوجة، تتعلق من جهة أولى بمراقبة مدى اختصاص التشريع والتنظيم بسن قاعدة الأثر المطهر للشهر، وتتعلق من جهة ثانية بمراقبة مدى دستورية القاعدة في حد ذاتها.

أهداف البحث

تهدف الدراسة إلى التعريف بالأثر المطهر للشهر وتقييمه من الناحية الدستورية، من خلال بيان مدى اختصاص وسلطة التشريع والتنظيم بسن قاعدة الأثر المطهر للشهر، وذلك بالرجوع إلى أحكام الدستور

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

والتوازن العضوية، التي تحدد اختصاصات وسلطات البرلمان والجهة التي تملك سلطة التنظيم، هذا من جهة، ومن جهة ثانية من خلال عرض تلك القاعدة على الرقابة الدستورية وبيان مدى دستورتيتها.

منهجية البحث

لمعالجة الموضوع استعملت منهجا وصفا تحليليا، في التعريف بمفهوم الأثر المطهر للشهر، وعلاقته بالحماية الدستورية للملكية، كما استعنت بالمنهج التاريخي، في تتبع التطور التاريخي لنشأة وظهور قاعدة الأثر المطهر للشهر، على أن المنهج المقارن سيكون الغالب في الدراسة لكون الموضوع مطروح بتصورات مختلفة ومتباينة في مختلف التشريعات والنظم القانونية.

إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث الرئيسة في التساؤل التالي: ما مدى اختصاص القانون والتنظيم بسن قاعدة الأثر المطهر للشهر، وما مدى دستورية القاعدة؟. كما يطرح البحث تساؤلات فرعية أهمها: ما هي حدود سلطة القانون والتنظيم في المساس بالملكية العقارية الخاصة، وأي وسيلة للتوفيق بين الأثر المطهر للشهر والطابع الأساسي لحق الملكية والحماية الدستورية له؟.

خطة البحث

للإجابة عن الإشكالية الرئيسة والتساؤلات الفرعية التي يطرحها البحث، قسّمت الدراسة إلى جزأين اثنين، أتناول في الأول مدى اختصاص القانون والتنظيم بسن قاعدة الأثر المطهر للشهر، من خلال عرض مفهوم القاعدة وأساسها القانوني ونطاق وحدود اختصاص القانون والتنظيم في مجال الملكية العقارية والشهر. فيما يتناول الجزء الثاني من البحث التحليل الدستوري لقاعدة الأثر المطهر للشهر، من خلال بيان مدى توافق أو تعارض القاعدة مع الطابع الأساسي لحق الملكية وتعارض الأثر المطهر للشهر مع بعض المبادئ القانونية وقواعد العدالة الراسخة.

1- مدى اختصاص القانون والتنظيم بسن قاعدة الأثر المطهر للشهر

تعد قاعدة الأثر المطهر للشهر من المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني، وبالنظر إلى أن قواعد الشهر العقاري عموما، ترتبط بالملكية العقارية، فإن أغلب الأنظمة القانونية تضع أحكام الشهر العقاري ضمن القواعد والأحكام المتعلقة بكسب الملكية، لهذا فإن البحث في مدى اختصاص المشرع من خلال القانون والتنظيم في سن هذه القاعدة، يقتضي تحديد مفهوم الأثر المطهر للشهر، ثم نطاق وحدود اختصاص القانون والتنظيم في مجال الملكية العقارية والشهر.

1.1 مفهوم الأثر المطهر للشهر

إن التيار الذي يأخذ بالأثر المطهر للشهر، لا يعتد بأي مبرر للطعن في الحقوق المشهورة، وذلك بحجة تغليب المصلحة العامة وإرساء الإستقرار والائتمان العقاري، إذ يسوق أنصار هذا المبدأ من الفقهاء والتشريعات

ويس فتحي

التي تبنته، عددا من المبررات التي تشكل الأساس القانوني الذي يقوم عليه. وعلى هذا، أتعرض لمعنى الأثر المطهر للشهر، ثم الأسس القانونية التي يستند عليها.

1.1.1 معنى الأثر المطهر للشهر

يقصد بالأثر المطهر للشهر، ما يترتب على عملية الشهر من تطهير للحقوق المشهورة من كل عيب يمكن في الظروف العادية أن يشكل سببا لإبطالها أو نقضها أو إلغائها، ما يجعلها غير قابلة للطعن فيها ولا مزاحمتها بحق منافس¹، وعلى هذا الأساس فإنه بإعمال قاعدة الأثر المطهر للشهر، تقوم قرينة قانونية قاطعة، مفادها أن كل ما هو مقيد أو مسجل في السجل العيني، إنما هو الحقيقة التي لا طعن فيها.

بحسب المؤيدين للأثر المطهر للشهر، فإن التصرفات الباطلة والمعيبة، وتلك التي تمت بالغش وسوء النية تصير غير قابلة للطعن فيها بمجرد شهرها، حيث تنتقل الملكية والحقوق العينية العقارية بالقيد في السجل العيني خالية من كل شائبة ومظهرة من كل عيب.² ويرى أنصار الأثر المطهر للشهر، أنهم بموقفهم هذا يوفرون حكما موحدًا للحق المشهر، مما يجنب الدخول في تعقيدات المفاضلة بين الحقوق المتزاحمة والبحث في نوايا الأشخاص، وفي التصرفات والوقائع المنشئة للحق المشهر.³

وخلاصة القول، أن صاحب الحق الذي أشهر حقه، أو أشهر التصرف أو الواقعة أو الحكم مصدر الحق، يعتبر وفقاً لقاعدة الأثر المطهر للشهر صاحب الحق الفعلي والرسمي، وأنه على الغير أن يتعامل معه بهذه الصفة، سواء أكان قد اكتسب حقه بتصرف صحيح أم معيب، وسواء أكان حسن نية أم سيئ النية.⁴

لقد عمل بهذا المبدأ وتبناه نظام "تورنس" للشهر المطبق أول مرة في أستراليا⁵، لكن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن أغلب التشريعات الحديثة، تلطف من حدة آثاره بطرق ووسائل مختلفة، من بينها تشديد الرقابة القبلية على قيد الحقوق وشهر التصرفات، وفتح باب الاعتراض الإداري ضد أعمال الترقيم أو القيد الأول⁶، كما تمنح تشريعات أخرى مأمور السجل العيني سلطة تصحيح الأخطاء المادية والتوفيق بين المتخاصمين وغير ذلك من السلطات.

هذا ويرى أنصار هذا المبدأ، أن فتح باب الطعن في الحقوق المشهورة، يؤدي إلى انتشار الملكية الخفية واضطراب المعاملات وعدم التوافق بين بيانات السجل العيني والوضعية الحقيقية للحقوق العقارية. وبالمقابل

¹ إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، بدون دار الطبع، 1978، ص. 505.

² إبراهيم أبو النجا، نفس المرجع، ص. 42.

³ سالم حاد شعبان الدحوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تحلفه في البيع العقاري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1997، ص. 139 وما يليها.

⁴ علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص. 199.

⁵ معوض عبد التواب، الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص. 40. محمد حلمي خليفة، حجية القيد في السجل العيني دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية، بحث مقدم ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية الخاصة بقوانين الشهر في الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1972، مصر، ص. 629.

⁶ أحمد أبو عيسى عبد الحميد، القوة المطلقة للقيد في السجل العقاري بين الرفض والتأييد، المجلة الجامعة، مركز البحوث والاستشارات القانونية والتدريب، جامعة الزاوية، المجلد الخامس، العدد 21، 2019، ليبيا، ص. 111.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

فإن استبعاد الطعن في الحقوق والتصرفات المشهورة، كفيل بحمل الأشخاص على شهر أو قيد حقوقهم، ما يجعل بيانات السجل العيني دقيقة ومحل ثقة، الأمر الذي يسمح بنشر الائتمان العقاري، الذي يمثل أحد غايات الشهر العقاري¹، ذلك أن من يقدم على التعامل في العقارات مستندا على هذه البيانات يكون في مأمن من أي ادعاء لاحق بوجود حق على العقار²، حتى ولو تم قيد الحق بناء على تصرف باطل أو معيب أو تم لمصلحة شخص سيء النية³، ومن ثم فإن من يركن إلى بيانات سجل القيد لا يكون بحاجة للتحقق من استقرار الحق لسلفه وصحته، ولا يكون مضطرا إلى التحري عن صحة التصرف أو السند الذي أجري على أساسه الشهر⁴.

1.1. 2 الأساس القانوني للأثر المطهر للشهر

يقوم مبدأ الأثر المطهر للشهر على مجموعة من الأسس القانونية المرتبطة ببعض، والتي ترجع كلها إلى فكرة أن الشهر العقاري وسيلة فنية لنشر الثقة والإيمان العقاري، لكن بالرغم من تعدد وكثرة الأسس، إلا أن جميعها مشتق من أساسين اثنين، هما: الفكرة الرومانية لنقل الحقوق، وقوة الثبوت المطلقة للشهر. إن انتقال الحق عموما، وحق الملكية بوجه خاص تحكمه فكرتان، الفكرة الفرنسية والفكرة الرومانية، حيث تستند هذه الأخيرة على النص الوارد في دستور ديوكلتيان⁵، الذي يقضي - بأن ما ينقل الملكية هو التسليم وليس الاتفاق. بعبارة أخرى، إن هذه الفكرة تجزئ التصرف إلى تصرفين اثنين، الأول منسئ للالتزام والثاني ناقل للحق، بحيث ينصب الشهر على الثاني بشكل مستقل عن التصرف الأول، ومن ثم لا تنتقل إليه عيوبه. وتأخذ بهذه الفكرة التشريعات الحديثة التي تتبع نظام الشهر العيني، كالتشريع الألماني والتشريع السويسري⁶. إن اعتماد هذه الفكرة، يعني أن عملية نقل الحق تشكل كيانا قانونيا مستقلا عن التصرف، وأنها كيان مجرد ويعمل بقوته الذاتية، مستقلا عن عيوب التصرف المنسئ للحق، وهذا ما يمنح للحق المشهر حجية مطلقة بعد شهره، دون أن يتأثر بعيوب التصرف المنسئ⁷، فلا يجوز عندئذ الطعن في ذلك الحق بأي دعوى وتحت أي ذريعة.

¹ على بن عزان بن علي الهشامى، الآثار القانونية للتسجيل العقاري، دراسة مقارنة بين القانون المصري والعراقي، دار الفكر والقانون، 2010، ص. 24.

² ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص. 54. معوض عبد النواب، المرجع السابق، ص. 33، 34.

³ سعد عاشور، حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ المغربي، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005، ص. 208.

⁴ مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة، ص. 11.

⁵ منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1961، ص. 7.

⁶ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2014، ص. 52.

⁷ منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص. 8.

ويس فتحي

هذا عن الأساس الأول لقاعدة الأثر المطهر للشهر، أما الأساس الثاني وهو مبدأ قوة ثبوت المطلقة للشهر، فإنه يعد من أهم مميزات نظام الشهر العيني¹، والمقصود به أنه توجد قرينة قانونية قاطعة تقضي- بأن كل ما هو مقيد في السجل العيني إنما هو الحقيقة، إذ تنتقل الملكية والحقوق العينية العقارية بالقيّد في السجل العيني خالية من كل شائبة²، وهذا ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني³.

من هنا تظهر الصلة الوثيقة بين مبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر، والأثر المطهر للشهر الذي يستمد مدلوله ومغزاه من ذلك المبدأ، فالشهر يعطي للحقوق المشهورة قوة الثبوت في مواجهة الكافة، إذ بشهرها لا يجوز إنكارها، واستمرار هذه الحجية على الدوام يقتضي تأمين تلك الحقوق المشهورة من إمكانية الطعن فيها واحتمال نقضها، ولا يتأتى ذلك إلا بالأثر المطهر للمشهر⁴.

يعد مبدأ القوة المطلقة للقيّد، من أكثر المبادئ التي عرف بها نظام تورنس و تشدّد بشأنها⁵، خلافا للقانون الألماني الذي وإن كان يطبق هو الآخر المبدأ، إلا أنه يستثني التصرفات التي يجريها الغير سبب النية من تلك القوة المطلقة، بحيث لا يمنحها سوى قوة ثبوت نسبية. ومعنى ذلك أن شهر التصرف لا يدل قطعاً على أن صاحب الحق محل التصرف هو فعلاً مالكة الحقيقي، ولا أن مكنسب الحق الجديد سيكون في مأمن من تجريده من هذا الحق، وبذلك يقتصر أثر الشهر على إعلان الحقوق كما هي، ولا يمنع الغير من الطعن فيها بكافة أشكال الطعن⁶.

تجدر الملاحظة أنه على الرغم من أن مبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر من المبادئ النظرية لنظام الشهر العيني، إلا أن التشريعات التي تبنت هذا النظام لم تتعامل كلها بقبول مبادئه النظرية على إطلاقها، وإنما منها من ترك مبدأ القوة المطلقة للشهر وما يترتب عليه من آثار، ومنها من خفّف من حدة تلك المبادئ واستبدل القوة

¹ أنظر في هذا المعنى، معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 40.

² راجع في تفصيل هذا المبدأ: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 42. ياسين محمد يحيى، المرجع السابق، ص. 50. محمد عبد الجواد، نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية، بحث مقدم حلقة دراسات الشهر العقاري المنظم من قبل معهد الدراسات التابع لجامعة الدول العربية، ج1، سنة 1973، ص. 277. منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص. 78 وما يليها.

³ مفاد هذا المبدأ هو أنه خلافاً لنظام الشهر الشخصي، إذ يعتبر الشهر مجرد وسيلة للعناية وإعلام الغير بالتصرفات دون أن يدل هذا الشهر بشكل قاطع على أن صاحب الحق محل التصرف هو فعلاً مالكة الحقيقي، فإن للشهر في السجل العيني قوة ثبوت مطلقة، بحيث بمجرد قيد التصرف أو الحق في السجل، فإن الحق المشهر يصير حقاً ثابتاً بشكل مطلق وغير قابل للطعن فيه من طرف الغير.

⁴ راجع: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 509-510.

⁵ معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص. 40. و محمد حلبي خليفة في بحثه المشار إليه سابقاً و المقدم للحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية، ص. 629.

⁶ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 37. و ممدوح الدرکشلي، أحكام الشهر العقاري في القانون السوري، بحث مقدم حلقة دراسات الشهر العقاري في البلاد العربية المنظم من قبل معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ج1، سنة 1973، ص. 154. أسعد دياب والقاضي طارق زيادة، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، الطبعة الثانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1994، ص. 22 و محمد عبد اللطيف، الشهر العقاري دراسة قانونية في التشريع المصري والمقارن، الطبعة الأولى، مطبعة صلاح الدين، الإسكندرية،

1947 ص. 4، 5.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

المطلقة للإثبات بمجرد القوة النسبية وتتكّر للأثر المطهر للشهر وفتح باب الطعن في التصرفات المشهورة مثلما هو حال المشرع الجزائري.

1. 2 نطاق وحدود اختصاص القانون والتنظيم في مجال الملكية العقارية والشهر

غني عن البيان أن الشهر العقاري وسيلة قانونية وفنية، لإعلام الغير بوضعية العقارات والحقوق العينية العقارية، ولكون حق الملكية أهم الحقوق التي ترد على العقارات، فقد ارتبط الشهر العقاري بهذا الحق أكثر من غيره، بحيث أن أغلب التشريعات تضع القواعد المتعلقة بالشهر ضمن الأحكام المتعلقة بتنظيم الملكية العقارية، لهذا ينبغي إبراز مظاهر ارتباط قاعدة الأثر المطهر للشهر بتنظيم الملكية العقارية، قبل الحديث عن اختصاص المشرع في مجال الملكية العقارية والشهر والرقابة الدستورية عليه.

1. 2. 1 ارتباط قاعدة الأثر المطهر للشهر بتنظيم الملكية العقارية

ليس أدل على ذلك الارتباط بين الأثر المطهر للشهر وتنظيم الملكية العقارية، أن كل المبررات التي يسوقها أنصار الأثر المطهر للشهر، إنما تنبع من فكرة حماية الملكية العقارية واستقرارها وتوحيد الأحكام المتعلقة بها، وبالمقابل فإن ما يعيبه معارضو الأثر المطهر للشهر على ذلك المبدأ، راجع أيضا إلى رغبتهم في حماية الملكية العقارية ومنع المساس بها.

على هذا فإن الحكم على الأثر المطهر للشهر وتحليله دستوريا، يتوقف على التصور الفلسفي الذي تمنحه التشريعات للملكية العقارية، بحيث يكون الأثر المطهر للشهر مقبولا ومشروعا لما يكون منسجا مع النظام القانوني والمبادئ القانونية والدستورية التي تحكم الملكية العقارية، بينما يكون غير مشروع إذا كان غير منسجم مع تلك المبادئ والقواعد.

إن المنتجع لتطور مفهوم الملكية العقارية الخاصة عبر التاريخ، سيكتشف أن النظم القانونية متباينة في نظرتها وتصورها لمفهوم الملكية العقارية الخاصة، من خلال تباينها بشأن وظيفتها ونطاقها ومدى إطلاقها أو تقييدها، حيث ضل ذلك المفهوم والتصور يتأرجح بين إغراءات الفكر الإشتراكي الجماعي، وأثانية واندفاع الفكر الليبرالي الفردي¹.

لم يكن لحق الملكية في العصر القديم مفهوما واضحا،² فقد تميّز بغموض معناه وصعوبة التفرقة بين أنماط الملكية المختلفة. ويرجع الباحثون المفهوم الفردي للملكية العقارية الخاصة إلى الإغريق، حيث كانت تغطي حتى على الملكية العامة³، غير أنها عرفت انتكاسة في المراحل الأولى للقانون الروماني، قبل أن يقبل الرومان تدريجيا

¹ Jean-Louis, BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Traité de droit civil, les biens, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 60.

² Jean-ph, LEVY, Histoire de la propriété, PUF, Coll. Que sais-je, 1972, p. 10.

³ Jean-Louis, BERGEL, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, Op-cit, p. 62.

ويس فتحي

فكرة ملكية الأسرة، والملكية الفردية¹، علماً أن الملكية الفردية الرومانية لم تكن تشمل كل الأشياء، ولم تكن متاحة للجميع، ولا قابلة للإنتقال بالطرق الإرادية².

شهدت الملكية الفردية في العصور الوسطى منحى تنازلي، متأثرة بالعوامل الدينية والأسرية الإقطاعية³، حيث منعت القوانين التعامل في العقارات، مخافة انتقالها إلى الأجانب. واستمر تأثير الفكر الإقطاعي في القرون الوسطى على مفهوم الملكية العقارية الخاصة، حتى تلاشى نهائياً وجود الملكية الفردية العقارية، مع تصاعد سطوة الكنيسة⁴.

بدأ الفكر الفردي يتجسد في عصر- النهضة، فعادت الملكية الفردية للظهور من جديد، نتيجة اضمحلال الإقطاعية ونشأة النظريات الفلسفية والإقتصادية والقانونية الجديدة في أوروبا، فبدأت مرحلة انحسار الملكيات الجماعية لصالح الإعتراف بالملكية الخاصة الفردية كحق حصري مانع⁵، وبداية من القرن السابع عشر- أصبح حق الملكية من الحقوق الطبيعية للإنسان⁶.

في نهاية القرن الثامن عشر، صور الفقه الفرنسي- حق الملكية على أنه حق مطلق ومانع⁷، فانتبت المفاهيم والتصورات القديمة لحق الملكية، بإلغاء القوانين الإقطاعية في فرنسا في 04 أغسطس 1789. من هنا فرضت الملكية العقارية الخاصة نفسها، كحق مطلق ومانع، وظهر أثر ذلك بوضوح في التقنين المدني الفرنسي- لسنة 1804 الذي خصها بحماية خاصة ضمن أحكام صيغت بنكهة ليبرالية واضحة⁸.

بهذا صارت الملكية الخاصة تجمع كل السلطات والمنافع، وصارت حقاً سيادياً مؤبداً ومانعاً، وظهرت القواعد الحمائية، مثل قاعدة "لا يجوز حرمان أي شخص من ملكه"، وقاعدة "لا يجوز فرض قيود على الملكية ولو برضا المالك، غير القيود المنصوص عنها قانوناً"، وقاعدة "وجوب حماية الدولة للملكية الخاصة واحترامها"، وقاعدة "لا يجوز نزع الملكية إلا للمنفعة العامة المبررة، ومقابل تعويض مسبق وعادل" التي ورد النص عليها في المادة 545 من التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804⁹.

لكن بداية من القرن التاسع عشر-، ونتيجة لتدخل الدولة، أخذ مفهوم حق الملكية يتغير، فظهرت فكرة الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية. مما أدى إلى وضع مجموعة من القيود على الملكية الخاصة لا سيما العقارية منها، فباتت عرضة للقيود والطوابط تحت مبررات مختلفة، من بينها الحد من الإستعمال غير الشرعي للملكية، والإرتفاقات العمومية، ونزع الملكية للمنفعة العامة، والتأميمات والتطهير والتجميع العقاري¹⁰.

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1968، ص. 481 وما يليها.

² أحمد عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص. 482.

³ Jean-Louis, BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Op-cit, p. 63.

⁴ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 482.

⁵ Jean-Louis, BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Op-cit, p. 65.

⁶ Anne-Marie, PATAULT. Introduction historique au droit des biens. P.U.F. Paris, 1989, n° 91.

⁷ Anne-Marie, PATAULT. Op-cit, n°141.

⁸ Jean-Louis, BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Op-cit, p. 66.

⁹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 483.

¹⁰ Jean-Louis, BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Op-cit, p. 69.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

تأثرت القوانين الأوروبية في أغلبها بالنموذج الفرنسي، باستثناء ألمانيا وسويسرا، كما ساد نفس المفهوم تقريبا، في الدول التي كانت تحت الإستعمار الفرنسي، وبقيت محافظة على ذلك الإرث القانوني، مثل الجزائر وتونس وغيرها. أما الأنظمة الاشتراكية، فتأثرت بالفكر الشيوعي الماركسي، مع فارق بين النموذج السوفياتي والنموذج الصيني. بينما تأت الأنظمة الأنجلوساكسونية عن ذلك التأثير الخارجي، متأثرة بالعادات والأعراف الإقطاعية التي لازالت سائدة إلى اليوم في بريطانيا وبعض الدول ذات التوجه الأنجلوساكسوني.

أما في العصر الحديث، فإن الجدل الفقهي حول مفهوم ونطاق حق الملكية، أثر بشكل واضح على التشريعات المعاصرة، حيث باتت القوانين الحديثة تنظر إلى الملكية الخاصة، على أنها حق مقيد بضرورة المصلحة العامة، فيما تعطيه جل الأنظمة القانونية قيمة دستورية، وتحضه تبعا لذلك بحماية متعددة الأوجه والصور، مع تباين بين تلك الأنظمة لاعتبارات إيدولوجية واقتصادية واجتماعية.

إن التحليل الاقتصادي للملكية العقارية الخاصة، ينطلق من فكرة أن حق الملكية لا تكون له قيمة، إلا بقدر فعاليته ووظيفته الاقتصادية، لهذا ثار النقاش الفقهي حول حدود وجدوى حماية الملكية العقارية الخاصة¹، وبرزت نظرية الوظيفة الإجتماعية لحق الملكية، من خلال أطروحة "أوغست كونت" عام 1850، التي أعاد طرحها الفقيه "ليون دوغي" الذي قال أنه على المالك أن يرصد ملكه في الوظيفة الإجتماعية لهذا الحق، تحت طائلة تجريده من ملكيته ورفع الحماية عنه².

رغم معارضة البعض لهذه الفكرة، إلا أنه كان لها الأثر الواضح في تطوّر القبول القانونية والضوابط التي تقيد حق الملكية، وفتح الباب أمام أشكال مختلفة من صور المساس بحق الملكية الخاصة، حيث يجد الأثر المطهر للشهر أحد أقوى مبرراته في هذه الفكرة، ذلك أن التضحية بحقوق الملاك الحقيقيين من خلال هذا الأثر، تكون مبررة عندئذ، بالتوظيف الإجتماعي والإقتصادي لمفهوم الملكية الخاصة، بدعوى أن ذلك التطهير يؤدي إلى الإستقرار العقاري، ويضمن أداء الملكية العقارية الخاصة لوظيفتها في تنمية المجتمع وتطوره.

لكن بسبب القيمة الدستورية التي صارت تتمتع بها الملكية الخاصة اليوم، فإن الدستور هو الكفيل بتنظيم تدخل المشرع من خلال القوانين والتنظيمات، في كل مسألة تتعلق بحق الملكية الخاصة، وذلك من خلال قواعد وضوابط دستورية تمنع مساس المشرع بهذا الحق، بل أكثر من ذلك، فحتى الدستور لا يمكنه المساس بالطابع الدستوري لحق الملكية.

1.2.2. مدى اختصاص المشرع في مجال الملكية العقارية والشهر والرقابة الدستورية عليه

يتحدد اختصاص السلطين التشريعية والتنفيذية بنصوص دستورية، غير أن تلك النصوص ليست بالوضوح والتفصيل الكافيين، مما يثير التساؤل حول مدى اختصاص كل من القانون والتنظيم بسن قواعد تمس بالملكية العقارية الخاصة، سواء في إطار تنظيم الشهر العقاري أم غيره من المسائل المتصلة بالملكية العقارية.

¹ Jean-ph, LEVY, Op-cit, p. 89.

² أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 554.

ويس فتحي

وبشكل مرتبط يثور التساؤل أيضا حول الجهة المؤهلة بممارسة الرقابة على ذلك الإختصاص، ونطاق تلك الرقابة ومداه. على هذا أتناول أولا نطاق اختصاص المشرع بسن قواعد تمس بالملكية العقارية، ثم الرقابة الدستورية على ذلك الإختصاص.

أولا: نطاق اختصاص المشرع بسن قواعد تمس بالملكية العقارية

يثور التساؤل كثيرا بشأن سلطة سن التشريعات المتعلقة بالملكية العقارية عموما، وعن نطاق وحدود تلك السلطة، حيث تعنى الدساتير ببيان الجهة المخولة بتنظيم الملكية عموما، وتحدد لها في الغالب إطارا تمارس فيه تلك السلطة. لكن الإشكال تثيره تلك الدساتير التي لا تتضمن نصوصا صريحة ودقيقة تنظم هذه المسألة، وبدرجة أقل، الدساتير التي تقتصر على مجرد التوزيع السطحي للإختصاص القانوني والتنظيمي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وذلك هو حال أغلب الدساتير، ومن بينها الدساتير الجزائرية المتعاقبة بما فيها التعديل الدستوري الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

إن الدستور الجزائري الساري الصادر بموجب التعديل الدستوري المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 لم يتضمن نصوصا دقيقة، تبين بشكل واضح مجال سلطة البرلمان واختصاصه بشأن التشريع في مجال الملكية العقارية، ولم يبين أيضا المجال المخصص للتنظيم في ذات الشأن، حيث اكتفى المشرع الدستوري بنصوص عامة، غير أن المادة 34 من الدستور المذكور تضمنت ما يفيد أن تقييد الحقوق والحريات والضمانات الخاصة بتلك الحقوق لا يكون إلا بموجب قانون، أي أن الاختصاص التشريعي بوضع قيود وضوابط قد تمس بالحقوق ومن بينها الملكية العقارية يرجع للبرلمان فقط من خلال سن القوانين، ولا يمكن أن توضع مثل تلك القيود والضوابط عن طريق التنظيم.

إن هذا الحكم الجديد الوارد في الدستور الجزائري يثير مسألة هامة تتعلق بمآل ومصير القيود والضوابط وصور المساس الأخرى بحق الملكية التي تم سنها بموجب التنظيم من قبل، خاصة وأن أغلب النصوص المتعلقة بالشهر العقاري، إنما صدرت بموجب التنظيم عن طريق مراسيم ومراسيم تنفيذية، مثل المرسوم 62/76 المتعلق بالمسح العام والمرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

خلافا للسطحية التي تتميز بها بعض الدساتير بشأن هذه المسألة، فإن الدستور الفرنسي - اتسم بشيء من التفصيل، حيث حصر إختصاص القانون في المبادئ الأساسية التي تكوّن النظام القانوني لحق الملكية، بينما جعل كل القواعد التي تخرج عن تلك المبادئ من اختصاص التنظيم. هذا وقد فصل المجلس الدستوري في فرنسا في عدة مناسبات في مسألة مجال اختصاص القانون والتنظيم بشأن حق الملكية عموما، حيث أصدر عدة قرارات منذ سنوات الثمانينيات، تسمح بتحديد ما هو مقبول من أشكال المساس بحق الملكية، وما ليس مقبولا منها¹.

إن كل مساس بحق الملكية، لاسيما الملكية العقارية الخاصة من جانب المشرع بالقوانين التي يسنها أو من جانب السلطة التنفيذية من خلال التنظيم، لا بد أن يخضع لرقابة دستورية، تمارسها الهيئة المخولة بذلك، ممثلة في

¹ Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Op-cit, p. 409 et s.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية بحسب الأحوال، حيث أنه على جهة الرقابة أن تحدد بدقة، ما يجوز للمشرع سنه من قواعد تمس بحق الملكية العقارية، وما لا يجوز سنه، وما يجوز للسلطة التنفيذية وضعه من قواعد تنظيمية تمس بهذا الحق، وما لا يجوز لها وضعه، وكل ذلك وفقا لقواعد الدستور، ذلك أن الإشكال الحقيقي يكمن في التفرقة بين المساس المقبول بحق الملكية وبين ما يشكل تعديا على جوهر هذا الحق.

في فرنسا قيدت المادة 34 من الدستور الفرنسي- 4 أكتوبر 1958 سلطة البرلمان في المساس بحق الملكية، بشرط عدم المساس بوجود وجوه الملكية ذاتها، وقبل ذلك كانت المادة 544 من التقنين المدني الفرنسي- التي تقابل المادة 674 من القانون المدني الجزائري التي تعرف حق الملكية تقرّ للمشرع بحقه في تقييد الملكية، بقيود تبررها عادة مصالح عامة، ولكن بشرط احترام الدستور والمبادئ الأساسية للقانون.

وفي ذات الاتجاه تقريبا جاءت المادة 34 من الدستور الجزائري في التعديل الدستوري لسنة 2020، حيث نصت في فقرتها الثانية والثالثة على أنه: "لا يمكن تقييد الحقوق والحريات والضمانات إلا بموجب قانون ولأسباب ومرتبطة بحفظ النظام العام والأمن... في كل الأحوال لا يمكن أن تمس هذه القيود بجوهر الحقوق والحريات". يفهم من النص أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الدستوري الفرنسي- جعل تنظيم الملكية العقارية وسن قيود عليها من اختصاص البرلمان، وأجاز له في هذا الشأن فرض كل أنواع القيود والضوابط على ألا تمس تلك القيود والضوابط بجوهر الحق.

على هذا يمكن القول أنه يجوز للسلطة التشريعية أن تشرّع في مجال الملكية العقارية من خلال وضع قيود عليها، أو سن ضوابط بسيطة على استعمالها، غير أن اختصاصها يجب أن يخضع للرقابة الدستورية، حتى لا يؤدي ذلك التشريع إلى تغيير جوهري في حق الملكية بتشويه معناه أو إضعاف نطاقه.

وإذا كان وضع المبادئ العامة لتنظيم الملكية العقارية من اختصاص السلطة التشريعية، بينما الجانب التطبيقي لها يرجع للسلطة التنظيمية في فرنسا كما توجي به النصوص الصريحة في الدستور الفرنسي-، فإن التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020 لم يكن بنفس الوضوح، حيث تشير المادة 139 منه في البند 25 على أن النظام العقاري يرجع التشريع بشأنه إلى البرلمان، دون أن تتضمن المادة المذكورة أي تفاصيل بشأن المقصود بالنظام العقاري، وما إذا كان الأمر يتعلق بالمبادئ العامة أم بكل الجوانب التفصيلية أيضا، مما يثير الإشكال بخصوص تحديد مجال اختصاص السلطة التنظيمية في التشريع بشأن النظام العقاري.

مهما يكن، فإنه إذا كان من الجائز للمشرع أن يضع النظام القانوني لحق الملكية العقارية سواء من خلال القوانين أو التنظيمات، فإن الدستور لا بد أن يتدخل بنصوص صريحة تحدد نطاق اختصاص المشرع ومدى سلطته في سن قواعد تمس بالملكية العقارية، ولا بد لتلك النصوص الدستورية من جهة أخرى أن تلزم المشرع بتنظيم كل المسائل المتعلقة بالملكية العقارية، لاسميا القيود والضوابط وأشكال المساس الأخرى بحق الملكية تنظيما دقيقا، وفق نظام قانوني واضح المعالم، وتلزمه بشكل موازي أن يضع نظاما للضمانات الممنوحة للملاك في حالة المساس بحقوقهم.

ويس فتحي

صحيح أن بعض المصالح الاجتماعية والاقتصادية العامة تبرر المساس ببعض عناصر وخصائص حق الملكية، مثلما نشهده من تدخل للدولة في مجال الملكية العقارية الخاصة لاعتبارات تهيئة الإقليم أو العمران أو البيئة أو سير المرافق العامة أو حماية الثروات الوطنية، وغيرها من الإعتبارات الأخرى التي لها علاقة بالمصلحة العامة، كإنشاء مجموعة كبيرة من الإرتفاقات العمومية، لحماية الطبيعة أو التراث الثقافي أو لتسهيل استعمال بعض الموارد والتجهيزات مثل الكهرباء والغاز والمناجم والإتصالات والمواصلات¹، لكن ذلك كله يجب ألا يبرر حالات المساس الخطير بحق الملكية بالنظر إلى الطابع الدستوري لهذا الحق.

على الرغم من الطابع الدستوري لحق الملكية والحق في التملك، إلا أن حالات التجريد من الملكية والمساس بها، تطورت نتيجة تزايد دور السلطة العامة²، مستندة على اعتبارات المصلحة العامة، غير أن سلطتها تلك لا بد أن يقيدها وينظمها الدستور، مثلما نظم حالات نزع الملكية وقيدها من خلال المادة 60 من التعديل الدستوري لسنة 2020، التي تقضي- بأن "الملكية الخاصة مضمونة، لا تنزع الملكية إلا في إطار القانون وبتعويض عادل ومنصف".

ثانيا : نطاق الرقابة الدستورية على اختصاص التشريع في مجال الملكية العقارية والشهر

تهدف الرقابة الدستورية على اختصاص القانون والتنظيم في مجال الملكية العقارية والشهر، إلى توجيه المشرع وتقييده بقيد دستوري، يفرض عليه ضرورة احترام الملكية العقارية الخاصة في كل قانون يسنه، وفي كل نص تنظيمي تضعه السلطة المؤهلة به. ومن أجل ذلك فإن المادة 61 من دستور فرنسا 1958 تقضي- بأنه على أن المجلس الدستوري أن يعطي رأيه في القوانين التي تحال عليه قبل إصدارها، وتقضي المادة 62 من نفس الدستور بأن الأحكام التشريعية التي تثبت عدم دستورها لا تصدر ولا تطبق. أما في الجزائر فإن آلية الرقابة مختلفة شيئا ما، حيث أن القوانين العضوية والقوانين التي يصدرها رئيس الجمهورية بموجب أمر وحدها تخضع للرأي المسبق الوجوبي للمحكمة الدستورية وفق المواد 140 و 142 و 190 من التعديل الدستوري لسنة 2020، بينما يكون ذلك جوازاً بالنسبة للتنظيمات وفقاً للمادة 190 وكذا للقوانين العادية التي تخضع لرأي مجلس الدولة قبل إيداعها للمناقشة وفقاً للمادة 143 من التعديل الدستوري المذكور، علماً أن التشريع في مجال الملكية العقارية والنظام العقاري عموماً يدخل ضمن القوانين العادية وليس القوانين العضوية وفقاً للمواد 139 و 140 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

إن الجهة المؤهلة بهذا النوع من الرقابة هي المجلس الدستوري، وفي بعض الأنظمة تنشأ محكمة دستورية تتولى تلك الرقابة، مثلما هو الحال في الجزائر بعد التعديل الدستوري لسنة 2020، ومهما يكن فإن القاضي الدستوري، يبسط رقابته على مدى اختصاص التشريع بسن قواعد قانونية أو تنظيمية متعلقة بالملكية العقارية، في إطار السلطة الممنوحة له من الدستور ذاته، غير أن التساؤل يثور بشأن تحديد نطاق تلك السلطة، أو

¹ رباحي مصطفى، النظام القانوني لارتفاقات الكهرباء والغاز، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 46، سنة 2016 : 265-251.

² Jean-Louis, BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Op-cit, p. 129.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

عبارة أخرى، أي نوع من القوانين والتنظيمات تخضع مشاريعها إلى أخذ رأي المحكمة أو المجلس الدستوري؟، وهل ذلك الخضوع إجباري أم اختياري؟، وما هو جزء خرق ذلك الإجراء؟. وأخيرا ما هو دور هيئة الرقابة، بمناسبة أخذ رأيها بشأن تلك القوانين والتنظيمات؟.

في هذا الشأن، يبرز دور القاضي الدستوري، الذي يختلف من دولة إلى أخرى بحسب ما إذا كان ذلك الدور يقتصر على مراقبة مطابقة القانون مع الدستور، أم أنه يمتد لفحص مدى دستورية التنظيم و حتى القرارات الفردية. وهنا تجدر الإشارة إلى النص الجديد الذي جاء به التعديل الدستوري لسنة 2020 في الجزائر حيث مددت المادة 184 نطاق الرقابة الدستورية لتشمل التنظيم أيضا إلى جانب القانون، حيث نصت على أنه " تكلف المؤسسات الدستورية وأجهزة الرقابة بالتحقيق في مطابقة العمل التشريعي و التنظيمي للدستور".

2- التحليل الدستوري لقاعدة الأثر المطهر للشهر

إن قاعدة الأثر المطهر للشهر، وإن كانت من بين القواعد المتعلقة بتنظيم الملكية العقارية ذات الصلة بالقانون المدني، غير أن خطورتها ومساسها بحقوق الغير تقتضي عرضها على التحليل الدستوري للوقوف على مدى دستورتها وانسجامها مع الطابع الأساسي لحق الملكية، وكذا انسجامها مع المبادئ الراسخة في القانون وقواعد العدالة.

2.1 قاعدة الأثر المطهر للشهر والطابع الأساسي لحق الملكية

إن قاعدة الأثر المطهر للشهر ترتبط ارتباطا وثيقا بالتصور الفلسفي والقانوني الذي تعتمده الأنظمة القانونية لحق الملكية، بحيث لا يمكن الحكم على شرعية أو عدم شرعية قاعدة الأثر المطهر للشهر إلا بالنظر إلى ذلك التصور وإلى القيمة القانونية لحق الملكية في ذاته، ذلك أن الحماية القانونية لحق الملكية تتوقف على مفهومه الدستوري وطابعه الأساسي، لذلك فإنه للوقوف على نوع العلاقة القائمة بين قاعدة الأثر المطهر للشهر والطابع الأساسي لحق الملكية، ينبغي معرفة بدقة المفهوم الدستوري لحق الملكية وطابعه الأساسي، قبل التفصيل في مجال الملكية المحمية دستوريا وعلاقتها بالأثر المطهر للشهر.

2.1.1 المفهوم الدستوري لحق الملكية وطابعه الأساسي

يعود أصل الطابع الدستوري لحق الملكية في القانون الوضعي إلى القانون الفرنسي، حيث رفع هذا الشعار أول مرة في فرنسا في 04 أغسطس 1789 من خلال إعلان حقوق الإنسان والمواطن، الذي نص في المادة السابعة عشر منه على الطابع المقدس لحق الملكية، الذي صنفته المادة الثانية من نفس الإعلان، ضمن الحقوق الطبيعية للإنسان التي لا تقبل التقادم. واستمر ذلك التوجه في دستور 04 نوفمبر 1848 و دستور 27 أكتوبر 1946 و دستور 4 أكتوبر 1958¹.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، هو أنه على الرغم من أن كل الدساتير الفرنسية التي تلت إعلان حقوق الإنسان والمواطن، كرست الطابع الأساسي لحق الملكية، إلا أنه كان لا بد من الإنتظار أكثر من 20 سنة بعد تأسيس

¹ Jean-Louis, BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Op-cit, p. 420.

ويس فتحي

المجلس الدستوري في فرنسا، ليصبح لحق الملكية قيمة دستورية معترف بها ومجسدة قضائيا، من خلال قراره المؤرخ في 16 جاني 1982 الذي أصدره بمناسبة النقاش حول القانون 82-155 المؤرخ في 11 فيفري 1982 المتعلق بالتأميمات، إذ عبّر فيه عن الطابع الدستوري الذي صار يتميز به حق الملكية.

بعد أن صار حق الملكية يتمتع بالطبيعة الدستورية في فرنسا، توالى الأنظمة القانونية الأخرى تباعا في منح حق الملكية تلك الصبغة الدستورية، وبدأ ذلك يتجسّد من خلال تضمين الدساتير نصوصا تجسّد ذلك الطابع، من بينها الدساتير الجزائرية المتعاقبة بما فيها التعديل الدستوري لسنة 2020 الذي نص في باب الحقوق الأساسية و الحريات العامة على حماية الملكية الخاصة بموجب المادة 60 منه.

هذا عن التطور التاريخي لنشأة التجسيد الدستوري لحق الملكية، أما فيما يخص مفهومه الدستوري، فإنه يتمثل في المعنى الذي يعطيه فقهاء القانون الدستوري لحق الملكية، من خلال مضمون الحماية الدستورية لهذا الحق من جهة، ومن جهة ثانية من خلال تحديد نطاق القيود والقواعد التي يمكن أن تمس بهذا الحق.

إن المفهوم الدستوري لحق الملكية يختلف جذريا عن مفهومه المدني، ذلك أن الأول يركز على التحليل الشكلي لذلك الجزء من حق الملكية الذي له قيمة دستورية، والذي يستند على أسس سياسية واجتماعية، وهو يستند على طبيعة وتكييف هذا الحق، وعلى مجال ممارسته واستعماله، وهو المجال الذي ييسر عليه الدستور حمايته أو يسمح بتقييده. بينما يركز التعريف المدني لحق الملكية على العناصر المكونة له والسلطات التي يخولها لصاحبه.

2.1. 2. مجال الملكية المحمية دستوريا وعلاقتها بالأثر المطهر للشهر

على الرغم من ثبوت الطابع الأساسي لحق الملكية، وتمتعه بحماية دستورية، غير أن تلك الحماية تتسم بكونها حماية محدودة بنطاق معين، فالملكية الخاصة محمية من صور الإعتداء الجوهري الذي من شأنه أن يمس بالطابع الأساسي أو بالخصائص العامة للملكية، أو يلغي الملكية في حد ذاتها، أما باقي صور القيود والضوابط وسائر القواعد التي قد تمس بحق الملكية، فهي جائزة ولكن بشرط توفير بعض الضمانات وهذا ما يفهم من نص المادة 34 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

إن الأمر يقتضي إذن التفرقة بين ما يشكل مساسا خطيرا بالطابع الأساسي للملكية وبين صور التقييد البسيطة التي قد تطال هذا الحق دون أن تمس بجوهره. ولمواجهة الصعوبات النظرية والعملية التي قد تنشور بمناسبة فحص مدى دستورية القوانين والتنظيمات من زاوية مساسها بحق الملكية عموما، والملكية العقارية بوجه خاص، يتبنى الفقه الدستوري مجموعة من المبادئ التي تصلح أن تكون معيارا حقيقيا، للحكم بدستورية أو عدم دستورية قانون أو تنظيم ما¹.

تقوم تلك المبادئ على أساس البحث عن التوازن بين الدفاع عن حق الملكية، كحق أساسي وطبيعي، وبين متطلبات اجتماعية واقتصادية، تفرض سن قوانين وتنظيمات تتضمن قواعد تضبط أو تقيّد استعمال هذا الحق أو كسبه، وقد تفرض أحيانا المساس بجوهره. وتكون جهة الرقابة في هذه الحالة هي الضامن الذي يحمي جوهر

¹ Jean-louis BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Op-cit, p. 409 et s.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

حق الملكية، بحيث تنصب الحماية على كيان هذا الحق أكثر من مضمونه، حيث يقتصر دور جهة الرقابة على ضمان عدم مساس القانون أو التنظيم بحق الملكية، بشكل يؤدي إلى هدم وجوده أو تغيير طبيعته أو تشويه كيانه. أما صور المساس البسيطة التي تخرج عن هذه الحالات فلا يجوز منع المشرع من سنها سواء بالقانون أو التنظيم، كتقييد حق الملكية العقارية الخاصة ببعض القيود التي تمس استعماله أو كسبه أو تؤدي إلى فقده.

على هذا فإن القانون أو التنظيم الذي يتضمن مساسا بحق الملكية، لا يكون غير دستوري إلا إذا تضمن قواعد تنطوي على مساس خطير، يؤدي إلى العصف بطبيعة هذا الحق، لهذا فإنه يجوز للقانون عموما أن يضع قواعد تحدد طرق كسب حق الملكية وطرق فقدها، ومن بينها الأثر المطهر للشهر.

خلاصة القول، إن ما يمكن أن يوصف بعدم الدستورية هو كل قانون أو تنظيم أو أي قاعدة قانونية مهما كان مصدرها تنطوي على حرمان الأشخاص من حق الملكية أو تحويل أو تغيير طبيعة ذلك الحق، أو كل تجريد غير مبرر من حق الملكية. لذلك فإن كل حالات نقل الملكية من مالك إلى آخر بموجب قانون أو تنظيم، ومن بينها الحالات التي تنتج عن تطبيق قاعدة الأثر المطهر للشهر، تكون غير دستورية ما لم تكن مبررة بشكل قوي، ومحاطة بضمانات تحدد حالات وإجراءات تطبيقها بدقة والتعويضات المترتبة عنها.

إن الدستور والاجتهاد الدستوري هو الذي يحدد بشكل أساسي القواعد الدستورية التي تضبط سلطة القانون والتنظيم في مجال حق الملكية، وهنا لا بد من التدخل الدستوري الواضح من خلال نصوص صريحة تحكم وتؤطر مجال القانون والتنظيم فيما يتعلق بحق الملكية عموما، والملكية العقارية بشكل خاص، حيث لا تكفي تلك النصوص العامة والمطلقة لهذا الغرض. فباستثناء النص العام المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة تخلو الدساتير الجزائرية المتعاقبة من نص دقيق يتعلق بنزع الملكية الخاصة عن طريق إجراءات الحفظ العقاري، مما يجعل المجال مفتوحا لإعطاء الشرعية لكل مساس بحق الملكية بدعوى المصلحة العامة، بما فيها تجريد المالك بموجب إجراءات التطهير العقاري أو الأثر المطهر للشهر.

إن مثل هذا الحكم لا يتماشى مع المفهوم الدقيق لنزع الملكية للمنفعة العامة، ذلك أنه وعلى الرغم من أن الأثر المطهر للشهر قد ينطوي على نزع الملكية وتجريد المالك من ملكه، إلا أنه لا يستند على المصلحة العامة في كل الأحوال، وأكثر من ذلك فإن ما يجعل من الأثر المطهر للشهر أكثر خطورة على الملكية من نزع الملكية للمنفعة العامة، أنه لا يجوز الطعن في نتائج وآثار الشهر وفق قاعدة الأثر المطهر، فضلا عن غياب الضمانات في هذا المجال بخلاف الضمانات التي تحاط بها عملية نزع الملكية للمنفعة العامة من خلال إجراءاتها والتعويض عنها.

إن السائد اليوم في جل الأنظمة الدستورية هو حماية المالك من اعتداء الغير من خلال النصوص القانونية والتنظيمية، غير أن ما يجب أن يكون هو أن يمتد الدستور بأحكامه إلى حماية المالك من القوانين والتنظيمات ذاتها، ذلك أنه قد تتحول تلك القوانين والتنظيمات من وسيلة لحماية المالك إلى وسيلة للمساس بحق الملكية، بمعنى آخر على القاضي الدستوري أن يراقب الحدود التي يجب أن يعمل في إطارها المشرع والسلطة التنظيمية.

ويس فتحي

هناك شبه إجماع اليوم، على أن حق الملكية بالرغم من قيمته الدستورية إلا أنه يصنف في الحقوق والحريات من الصف الثاني، وبسبب تلك النظرة تحوّل هذا الحق إلى مؤسسة اجتماعية حتى صار التأميم و نزع الملكية و حتى القيود ينظر إليها بقبول، بدعوى أنها لا تهدم الطابع الأساسي لحق الملكية الذي تغيّرت خصائصه ووظيفته تحت المبررات الإقتصادية والاجتماعية.

إن الدستور والاجتهاد الدستوري اليوم، لا يحمي حق الملكية في ذاته، إنما يضمن الحق في التملك مثلما يضمن الحق في الحرية والأمن، أي أن الحماية تتعلق بنشأة ووجود الحق، ولا تنصب على الحق بعد ثبوته للشخص واستعماله، الأمر الذي يقلص كثيرا الحماية الدستورية لحق الملكية، التي لا بد أن يكرسها الدستور والاجتهاد الدستوري.

2.2. تعارض الأثر المطهر للشهر مع قواعد قانونية وبعض مبادئ العدالة

أثار البعض مسألة عدم شرعية الأخذ بالأثر المطهر للشهر، لتعارضه مع مبادئ قانونية أساسية، من قبيل مبدأ حسن النية والمبدأ الذي يقضي بأن الغش يفسد كل شيء، كما أعاب عليه فريق من الفقهاء أنه يعصف بحق الشخص في التظلم من عمل الإدارة أمام القضاء، لهذا أتناول في الأول مظاهر تعارض الأثر المطهر مع مبدأ حسن النية ونبذ الغش، لأعرض بعد ذلك لمساس هذا الأثر بالحق في الطعن في أعمال الإدارة.

2.2.1. تعارض الأثر المطهر للشهر مع مبدأ حسن النية ونبذ الغش

إن الأخذ بالأثر المطهر للشهر يمنع الطعن في الحق المقيّد ولو كان ناشئاً عن تصرف يشوبه الغش وسوء النية، فضلا عن ذلك، فإن القول بأنه بمجرد الشهر يتحصّن الحق المشهر، قول يهدم الأسس والمبادئ التي تقوم عليها القوانين، وقد يؤدي إلى تناقض القوانين فيما بينها، لأن الغش والتزوير والتواطؤ جرائم يعاقب عليها القانون الجنائي، ويرتب عليها القانون المدني جزاءات مدنية تصل إلى البطلان، في حين يكافئ مرتكبها في مجال الشهر العقاري بتحصين حقه من الطعن.¹

لهذا كان مبدأ الأثر المطهر للشهر الذي وضعه "تورنس"، سببا فيما وُجه لنظامه من نقد لما وصفه البعض بأنه نظام مناف للأخلاق ويضحي بحقوق الملاك الحقيقيين، ويشجع على الغش وانتهاز الفرص، بالرغم من أن "تورنس" قد وضع في نظامه آليات لمراقبة التصرفات الخاضعة للشهر بما جعله يلقى تأييدا من جانب من الفقهاء، حتى أن الفقيه الفرنسي "ريبار" قال: "إن وضع نظام جيد للشهر العقاري يتنافى مع الرغبة الشديدة في مراعاة القواعد الأخلاقية".²

إن هذا التعارض بين قاعدة الأثر المطهر للشهر، ومبدأ حسن النية هو ما جعل العديد من التشريعات تعرض عن نظام الشهر العيني بأكمله، بينما اختارت تشريعات أخرى هذا النظام دون الأخذ بقاعدة الأثر المطهر وحدها رغم أنها من ركائزه. ومن بين تلك التشريعات، التشريع الجزائري والتشريع الليبي، حيث أجاز المشرع الجزائري الطعن في الحقوق المشهورة بشرط إشهار عريضة الدعوى، وذلك من خلال المواد 16 و 85 من المرسوم

¹ أحمد أبو عيسى عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 115.

² علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص. 199.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، والمادة 17 والمادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹. كما أن المادة 18 من القانون 02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعانة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري²، تجيز إلغاء الترقيم الذي تم بتصريحات كاذبة أو وثائق مزورة. على هذا فإن المشرع الجزائري يكون قد اتخذ موقفا واضحا يرفضه لقاعدة الأثر المطهر للشهر، حيث تنص المادة 85 من المرسوم 63/76 على أن "دعوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا، طبقا للمادة 4/14 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، أو إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار".

في نفس الاتجاه، أصدرت المديرية العامة للأموال الوطنية التابعة لوزارة المالية مذكرة بتاريخ 1998/10/27 تحمل الرقم 4318 تلزم المحافظين العقاريين بالإلغاء الفوري لإجراء الإشهار لكل محرر اكتشف أنه كان من المفروض رفض إشهاره، مع ضرورة إبلاغ المدير الولائي للحفظ العقاري بهذا الإلغاء ليقوم هذا الأخير بمراسلة الإدارة المركزية ويتسنى له أيضا رفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة يطلب فيها إبطال إشهار المحرر لمخالفته للقوانين والتنظيمات المعمول بها مع ضرورة إشهار عريضة الدعوى التي يرفعها بالمحافظة العقارية المختصة، طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76. ويمارس مدير الحفظ العقاري هذه الدعوى ضمن الصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة 10 من المرسوم رقم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02.

أما المشرع الليبي، فقد عبّر عن موقفه الراض لقاعدة الأثر المطهر للشهر بوضوح من خلال المادة 29 من قانون التسجيل العقاري رقم 17 لسنة 2010 التي تنص على أنه "يجوز لمن فاته الاعتراض على إعلان نتائج تحقيق الملكية أن يطعن أمام محكمة الطعون العقارية في سند الملكية"، حيث يفهم من هذا أن القانون الليبي يجيز الطعن في نتائج القيد الأول، سواء أكان قيда مؤقتا أم نهائيا.

أما فيما يتعلق بعمليات الشهر التالية للقيد الأول، فإن المشرع الليبي يعلّق حجيتها على شرط حسن نية صاحب الحق، وفي هذا الصدد تقول المحكمة العليا الليبية "إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده، وإنما تنتقل بأمرين: أولها أصلي وأساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية، وثانيها تبعية ومكمل وهو التسجيل، فإذا انعدم الأصل فلا يغني عنه المكمل، والعقود الصورية المبينة على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل، لأن العقد الصوري يعتبر غير موجود قانونا ولو سُجّل"³.

أما في فرنسا فيتسم القانون الفرنسي بكونه لا يأخذ بالأثر التطهيري للشهر، ولا يمنع الغير من الطعن في الحقوق والتصرفات المشهورة بكافة أشكال الطعن⁴، بشرط أن يكون هذا الغير حسن النية، عملا بالمادة 30 فقرة 1 من

¹ منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية السنة الخامسة و الأربعون المؤرخة في 23 أبريل 2008 عدد 21.

² منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 15 بتاريخ 28 فيفري 2007.

³ أحمد أبو عيسى عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 103.

⁴ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 37.

ويس فتحي

مرسوم 4 جانفي 1955 المتعلق بالشهر العقاري¹. هذا وقد أثار دور حسن النية في مجال الشهر العقاري الخلاف في فرنسا لمدة طويلة جدا، إلى غاية صدور الأمر المؤرخ في 10 فيفري 2016 المتضمن تعديل أحكام العقود في التقنين المدني²، واستمر البعض في نقد موقف المشرع الفرنسي حتى بعد صدور النص المذكور.

لقد جاء التعديل الأخير لأحكام العقود في القانون المدني الفرنسي- لسنة 2016 ليعيد لشرط حسن النية مكانته، من خلال استحداث المادة 1198 في التقنين المدني الفرنسي- التي تنص في فقرتها الثانية على أنه في حالة ما إذا تم البيع لشخصين مختلفين لنفس العقار من نفس المتصرف فإن المشتري الذي أشهر عقده هو الأولى، بشرط أن يكون حسن النية. لكن اللجنة التي تشكلت من أجل إصلاح نظام الشهر في فرنسا انتقدت هذا النص بشدة و أوصت بإلغائه في تقريرها المسلم لوزيرة العدل الفرنسية في 12 نوفمبر 2018 داعية إلى الإقتصار على الغش الجسم كسبب وحيد لحرمان صاحب الحق المشهر من الإحتجاج بحقه³.

هذا عن بعض التشريعات التي لا تأخذ بقاعدة الأثر التطهيري للشهر، أما القوانين التي اختارت الأخذ بالقاعدة، فإن التوجه السائد فيها هو الميل نحو التوفيق والموازنة بين خطورة القاعدة وبين الحماية الدستورية للملكية⁴، حيث ابتكرت بعض التشريعات طرقا عدة للتوفيق، من بينها الأخذ بالقاعدة مبدئيا وتقييدها بشروط، أو الحد من نطاق تطبيقها، أو توفير ضمانات للمتضرر من آثارها.

إن التشريعات التي تأخذ بنظام الشهر العيني الذي يقوم على قاعدة الأثر التطهيري للشهر، تضع شروطا دقيقة يقتضي توفرها في المحرر المقدم للشهر، وتمنح للمحافظ العقاري سلطة رقابة واسعة قبل قيد الحقوق وشهر التصرفات، بل إن بعض التشريعات تمنح سلطة مأمور الشهر للقضاء. كما توفر جل التشريعات التي تأخذ بالأثر المطهر للشهر، ضمانات متنوعة للحد من احتمال المساس بملكية الغير، وتمنح أخرى للغير حق الاعتراض الإداري على نتائج الترقيم أو القيد الأول، كما هو الحال في القانون الجزائري⁵ والقانون الليبي⁶، مع أنهما لا يأخذان بالأثر المطهر للشهر أصلا.

علاوة على ذلك، فإن أغلب التشريعات التي تأخذ بالأثر المطهر للشهر، تتشدد بشأن الشروط الشكلية التي تتطلبها في التصرفات موضوع طلب الشهر، مثل شرط الرسمية الذي يوفر ضمانا أخرى لرقابة مسبقة من طرف الموثقين تشمل الجوانب الشكلية والموضوعية للتصرف الخاضع للشهر، وشرط الأثر النسبي للشهر أو ما يسمى بقاعدة الشهر المسبق، والغاية من ذلك هي منع احتمال تمرير تصرفات معيبة بالغش وشهرها في غفلة

¹ Alain Fournier, Publicité foncière, Encyclopédie Dalloz, civ VII. 1988. p.2.

² منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية في 11 فيفري 2016، عدد 35.

³ Pour une modernisation de la publicité foncière, rapport remis au ministère de la justice en France, 12 Novembre 2018. <http://www.justice.gouv.fr/la-garde-des-sceaux-10016/modernisation-de-la-publicite-fonciere-31957.html>. Consulté le 05/07/2020 à 14h 52m.

⁴ تعليقا على ذلك يقول الدكتور إبراهيم أبو النجا في رسالته أنه " لا غرابة في ذلك إذ القيد يتم بعد فحص جدي و إجراءات دقيقة تهدف إلى مراعاة حقوق الغير، ومن ثم يكون من الطبيعي بعد تمام هذه الإجراءات عدم جواز الطعن أو المنازعة فيما قيد من حقوق".

⁵ لبيض ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011-2012، ص. 223. وما بعدها.

⁶ أحمد أبو عيسى عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 11، 20.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

من مصالح الشهر، وفي حالة شهر هذه التصرفات وإفلاتها من الرقابة، فإن بعض التشريعات تضع آليات خاصة لتعويض المتضرر من الشهر.¹

إلى جانب ذلك، ابتكرت بعض التشريعات وسائل أخرى للموازنة بين الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية، مثل شرط شهر الدعاوى العقارية لحماية بعض الحقوق، إذ تجعل هذه الوسيلة أصحاب الحقوق التي لا يقبل قيدها مؤقتاً بسبب نزاع، في مأمّن من التصرفات التي يجريها صاحب الحق السابق مع الغير، حيث لا يمكن الاحتجاج بتلك التصرفات تجاه من قام بشهر دعواه، بما يحفظ به حقه في القيد مستقبلاً.²

إضافة إلى ذلك فإن بعض التشريعات تقرر بنصوص صريحة مسؤولية أمين السجل العيني وتحدد كيفية الرجوع عليه بالتعويضات³، مثلما هو الحال في سوريا ولبنان، حيث حددت المادة 95 من القرار رقم 188⁴ الأخطاء والحالات التي يسأل عنها أمين السجل العيني مسؤولية شخصية. وفي المغرب فإن الظهير المؤرخ في 09 رمضان سنة 1331 هجري، المتعلق بالتحفيظ العقاري، قد أشار إلى إمكان الرجوع بدعوى التعويض ضد أمين السجل العيني شخصياً نتيجة الأضرار التي يتسبب فيها بأخطائه، وهي الأخطاء التي حصرتها المادة 97 من الظهير المذكور.⁵

أما في تونس فقد تقررّت مسؤولية الدولة عن أخطاء مأمور السجل العيني بالمادة 402 من مجلة الحقوق العينية⁶، وذلك في حالة إهماله. وجدير بالذكر أن المشرع التونسي- رتب على إهمال مأمور السجل العيني تضمين الشهادات المستخرجة من السجل العيني لما هو وارد بها من قيود، عدم سريان هذه القيود في مواجهة حائز العقار، على أن تتحمل الدولة مسؤولية ما ينتج عن ذلك من أضرار.

¹ علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص. 88، 126.

² منصور محمود وجيه، المرجع السابق، ص. 82.

³ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 524.

⁴ حصرّت المادة 95 من القرار رقم 188 هذه الحالات فيما يلي :

- إهمال تسجيل قيد أو قيد احتياطي أو ترقيين (أي شطب) إذ طلب ذلك بصورة قانونية

- إذا أهمل تدوين قيد أو قيد احتياطي أو قيد أو ترقيين موجود في السجل على النسخة أو الخلاصة التي يعطيها موقفة عنه

- عدم قانونية أو بطلان العقود الاحتياطية و الترقيين في السجل العقاري .

⁵ تنص المادة 97 من الظهير المؤرخ في 09 رمضان 1331 هجرية على "إن المحافظ مسئول شخصياً عن الضرر الناتج :

- عن إغفال التضمين بسجلاته لكل تسجيل أو تشييد احتياطي أو تشطيط طلب بصفة قانونية

- عن إغفال التضمين بالشهادات و النسخ من الكناش العقاري (أي سند ملكية) المسلمة و الموقعة من طرفه لكل تسجيل أو تشييد احتياطي أو تشطيط أو ما ضمن بالكناش العقاري.

- عن فساد و بطلان ما ضمن بالكناش العقاري من تسجيل أو تشييد احتياطي أو تشطيط ما عدا الحالة الاستثنائية المذكورة في الفصل 73"

⁶ تنص المادة 402 من مجلة الحقوق العينية التونسية على أنه "تكون الدولة مسؤولة عن الضرر الحاصل عن إهمال التنصيص بسجلات الملكية العقارية على الترسيمات (أي القيود) المطلوبة طبق القانون و عن عدم التنصيص برسوم الملكية (أي السندات) على الترسيمات المترتبة مباشرة على الملكية أو الإنزال بالكشوف و الشهادات على ترسيم أو عدة ترسيمات موجودة إلا إذا اقتصر- مدير الملكية العقارية على تنفيذ رغبة الأطراف بالضبط أو كان عدم التنصيص ناشئاً عن نقص في البيانات لا يمكن أن ينسب إليه".

ويس فتحي

هذا وتنفرد تشريعات أخرى بتوقيع جزاءات على المستفيد من الشهر سيء النية، مثلما فعل المشرع المصري لما فرض عقوبة جزائية على من يتحايل لسلب عقار مملوك للغير عن طريق قيد محرر ما، من خلال المادة 65 من قانون السجل العيني، التي تنص على أن "كل من توصل إلى قيد محرر لسلب عقار مملوك للغير أو ترتيب حق عيني عليه مع علمه بذلك يعاقب بالحبس و بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيهه أو بإحدى هاتين العقوبتين مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد يقضي بها أي قانون آخر ، ويعاقب على الشروع في هذه الجريمة بنصف العقوبة"¹.

2.2. 2. مساس الأثر المظهر للشهر بالحق في الطعن القضائي ضد عمل الإدارة

يترتب على الأخذ بالأثر المظهر للشهر، منع الطعن في الحقوق والتصرفات المقيدة والمشهورة، وعدم جواز مزاحمة صاحب الحق المقيّد بأي حق منافس، مهما كانت الذريعة التي يستند عليها مدعي الحق المزاحم. وتطبيقاً لهذه القاعدة تحظر بعض التشريعات، رفع الدعاوى الرامية إلى الطعن في التصرفات المشهورة، من بينها المشرع المصري الذي استبعد في المادة 32 من قانون السجل العيني دعاوى الطعن في الحقوق المقيدة بشكل مطلق.²

هذا وتتشدد بعض القوانين في الأخذ بالأثر المظهر للشهر، فتمنع الطعن في الحقوق المشهورة حتى ولو كان التصرف المشهر تم بسوء نية، أو بالتواطؤ بين المتعاقدين بغرض الإضرار بالغير، وكان ذلك موقف المشرع المصري من خلال قانون التسجيل القديم لسنة 1923، الذي عبرت عنه محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 12 ديسمبر 1935 وما تلاه من أحكام.³

إن القانون المغربي أيضاً من بين التشريعات التي استبعدت الطعن في الحقوق المشهورة وأخذت بالأثر المظهر للشهر، غير أن موقف المشرع المغربي تميّز بشيء من الخصوصية، كونه فرق بين حجية التحفيظ وهو القيد الذي يترتب على الإجراء الأول، وبين حجية التسجيل أو الشهر الذي ينصب على الحقوق والتصرفات التالية لعملية التحفيظ، حيث جعل للتحفيظ أثراً تطهيريًا، بحيث لا يجوز الطعن في نتائجه، وليس لمن يتضرر منه إلا المطالبة بالتعويض، وفقاً لما ينص عليه الظهير المؤرخ في 09 رمضان 1331 هجرية المتعلق بالتحفيظ العقاري في المادة 64 منه بقولها "لا يمكن إقامة دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء تحفيظ، و يمكن لمن يمهّم الأمر وفي حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء التعويضات، وفي حالة إمسار المدلس تؤدي التعويضات من صندوق التأمينات المحدث بهذا الظهير مع الاحتفاظ للصندوق بحق الرجوع على المعسر"⁴.

لكن بسبب خطورة هذا الحكم، فإن القانون المغربي يضع عدداً من الإستثناءات التي يراعي من خلالها حقوق الغير حسن النية بشكل عام، حيث في الإستثناء الأول يسمح في مرحلة التحفيظ لكل من يدعي حقاً

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 522.

² إبراهيم أبو النجا، نفس المرجع، ص. 512.

³ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض المصرية - ج 1 ص 376 فقرة 193

⁴ علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص. 88 وما يليها.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

ولم يتمكن من تسجيله أن يطلب التقييد الإحتياطي لحقه. وكاستثناء ثان أورد المشرع المغربي في المادة 98 من ظهير التحفيظ العقاري ما يفيد بأن البيانات المتعلقة بحق ما التي تنتج عن التحفيظ، يمكن الطعن فيها ولا تكون لها أي حجية في مواجهة الغير إذا لم تكن مطابقة للبيانات المدونة على الرسم العقاري أي السند العقاري¹. هذا فيما يتعلق بالتحفيظ أو القيد الأول، أما فيما يتعلق بعمليات الشهر التي تكون الحقوق العقارية محلا لها في المراحل التالية للتحفيظ، فالقانون المغربي لا يمنحها تلك الوظيفة التطهيرية، بحيث يجوز الطعن في الحقوق المشهورة فيما بين أطراف العلاقة مصدر الحق بكل الدعاوى، أما فيما يخص حجية التصرفات والحقوق المشهورة في مواجهة الغير، فإن القانون المغربي يشترط حسن النية للاحتجاج بالشهر كمبدأ عام، وهذا ما يفهم من نص المادة 66 من ظهير 9 رمضان 1331 هجرية المتعلقة بالتحفيظ العقاري في فقرتها الثانية، إذ تنص على أنه "لا يمكن بأي حال التمسك بإبطال التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة"، وتضيف المادة الثانية من ظهير 19 رجب 1333 هجرية قائلة "إن ما يقع من إبطال أو تغيير لاحق على تسجيل حق الغير لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المسجل عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به ضرراً".

دفاعا عن هذا الأثر الخطير الذي يترتب على قاعدة الأثر المطهر للشهر، يسوق الفقه عددا من المبررات، من بينها أن نظام الشهر العيني الذي يقوم على قاعدة الأثر المطهر للشهر يتوفر على عدد من الضمانات التي تحد من خطورة القاعدة من بينها، مبدأ الشرعية، الذي يقتضي - وجوب التحقق والمراقبة الدقيقة السابقة لإجراء القيد في السجل العيني، حتى لا يقيد أي حق عيني إلا بعد تنقيته من كل شائبة²، فضلا عن أن التشريعات التي تأخذ به، تفتح باب الاعتراض الإداري في أعمال الترقيم أو القيد الأول³، وتمنح مأمور السجل العيني سلطة تصحيح الأخطاء المادية والتوفيق بين المتخاصمين وغير ذلك من السلطات.

هذا وقد أثار منتقدو نظام الشهر العيني، مسألة تعارض مبدأ الأثر المطهر للشهر مع الحق الطبيعي للإنسان في التظلم أمام القضاء من عمل الإدارة، وهو الحق الذي بدأ يأخذ طريقه للدساتير التي باتت تحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار إداري من رقابة القضاء، مثل المادة 33 من الإعلان الدستوري الليبي المؤرخ في 3 أوت 2011 التي تنص "... يحظر النص في القوانين على تحصين أي قرار إداري من رقابة القضاء". وتطبيقا لهذا النص جاء في حكم حديث لمحكمة النقض الليبية، "ولما كان حق التقاضي حق من الحقوق الطبيعية للإنسان نصت عليه جميع الدساتير المكتوبة وغير المكتوبة، وبالتالي فإنه لا يجوز حرمان أي شخص من هذا الحق ولا وضع أي قيد عليه".

¹ سعاد عاشور، المرجع السابق، ص. 272.

² إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 45.

³ أحمد أبو عيسى عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 111.

في خاتمة هذه الدراسة يتضح، أن التسليم بمبدأ الأثر المطهر للشهر، بقدر ما يخدم مصلحة المتعاملين وأطراف التصرفات، فإنه قد يمس بحقوق الغير على وجه معيب ومضر، وأن تلك المبررات التي ساقها أنصار الأثر المطهر للشهر، من بينها الرغبة في تحقيق الاستقرار والائتمان العقاري لا يمكن أن تكون مبرراً لشيوع الغش وسوء النية وتعريض حقوق الملاك الحقيقيين للخطر.

إن الأمر يقتضي التوفيق في مصطلحين كبيرتين، الأولى تبدو أنها مصلحة عامة تبرر الأخذ بالأثر المطهر بدعوى خلق الاستقرار العقاري، والثانية مصلحة خاصة في ظاهرها لكن لها أبعاد عامة، تتمثل في الحماية الدستورية للملكية الخاصة والطابع الأساسي لحق الملكية عموماً، الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع والقضاء الدستوري لفرض رقابته على العمل التشريعي بنوعيه القانوني والتنظيمي، حتى لا يتحول القانون والتنظيم من وسيلة لحماية الحقوق من تعدي الغير، إلى وسيلة للتعدي على تلك الحقوق من خلال سن قواعد قانونية أو تنظيمية، قد تمس جوهر حق الملكية أو تعصف بالحماية الدستورية المقررة له مثل قاعدة الأثر المطهر للشهر.

نتائج الدراسة:

- إن الأخذ بالأثر المطهر للشهر يطهر الحقوق والتصرفات المشهورة ويمنع من الطعن فيها.
- يلقي الأثر المطهر للشهر تأييداً من جانب من الفقهاء وتبنته عدد من التشريعات، بينما يعارضه آخرون.

- إن تحقيق الاستقرار والائتمان العقاري أهم مبررات الأخذ بالأثر المطهر للشهر.
- إن تعارض الأثر المطهر للشهر مع الطابع الأساسي للملكية وحمايتها الدستورية أهم مبرر لمعارضته.
- إن الأخذ بالأثر المطهر للشهر يتعارض مع مبادئ أساسية ومسلم بها في القانون، من قبيل مبدأ حسن النية ونبذ الغش.

- إن الأخذ بالأثر المطهر للشهر يتعارض مع حق الإنسان الطبيعي في التنظلم أمام القضاء من عمل الإدارة.

- إن الاعتراف بقيمة الدستورية للملكية العقارية الخاصة يستدعي فرض رقابة على عمل السلطة التشريعية والتنظيمية في تشريعها في مجال الشهر العقاري والملكية العقارية.

- إن كل مساس بالملكية العقارية الخاصة بالقانون أو التنظيم لابد أن يخضع لرقابة دستورية.
- تهدف الرقابة الدستورية على اختصاص القانون والتنظيم في مجال الملكية العقارية والشهر، إلى توجيه المشرع وتقييده بقيد دستوري، يفرض عليه ضرورة احترام الملكية العقارية في كل قانون يسنه، وفي كل نص تنظيمي تضعه السلطة المؤهلة به.

- إن السائد اليوم في جل الأنظمة الدستورية هو حماية المالك من اعتداء الغير من خلال النصوص القانونية والتنظيمية، غير أن ما يجب أن يكون هو أن يمتد الدستور إلى حماية المالك من القوانين والتنظيمات ذاتها.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة -

- إن كل قواعد نقل الملكية من مالك إلى آخر بموجب قانون أو تنظيم، ومن بينها الحالات التي تنتج عن تطبيق قاعدة الأثر المطهر للشهر، تكون غير دستورية ما لم تكن مبررة بشكل قوي، ومحاطة بضمانات تحدد حالات وإجراءات تطبيقها بدقة والتعويضات المترتبة عنها.

الإقتراحات:

- على المشرع الدستوري ضبط وتنظيم اختصاص المشرع من خلال القوانين والتنظيمات، في كل مسألة تتعلق بحق الملكية الخاصة، وذلك من خلال قواعد وضوابط دستورية تمنع مساس المشرع بهذا الحق.

- يجب أن تكون الرقابة الدستورية مزدوجة، بحيث تحدد مجال اختصاص القانون والتنظيم بدقة في شأن الملكية العقارية وأن تقرر مدى دستورية القانون والتنظيم الذي يمس بالملكية العقارية الخاصة.

- على حجة الرقابة الدستورية أن تبين بدقة، ما يجوز للمشرع سنه من قواعد تمس بحق الملكية العقارية، وما لا يجوز سنه.

- على المشرع الدستوري والاجتهاد الدستوري في الجزائر أن يبين بوضوح الفرق بين المساس المقبول بحق الملكية، وبين ما يشكل تعديا على جوهر هذا الحق.

- على القاضي الدستوري، أن يمد رقابته على مدى اختصاص التشريع بسن قواعد قانونية أو تنظيمية متعلقة بالملكية العقارية.

قائمة المصادر والمراجع

أولا : قائمة المصادر

التشريع الجزائري

أ- التشريع الأساسي

- التعديل الدستوري الجزائري المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84، بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

ب- القوانين والأوامر

- القانون 22/03 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 83 المؤرخة في 29 ديسمبر 2003

- القانون 21/04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 85 المؤرخة في 30 ديسمبر 2004.

- القانون 02/07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 15 المؤرخة في 28 فبراير 2007.

- القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008 .

- القانون 10/14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 78 مؤرخة في 31 ديسمبر 2014 .

ويس فتحي

- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني، بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم .
- الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.

ج- النصوص التنظيمية

- المرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد30 ، المؤرخة في 13 أبريل 1976 .
- المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 ، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد30 ، المؤرخة في 13 أبريل 1976 .

التشريع الأجنبي

- القانون العربي الموحد للتسجيل العقاري، جامعة الدول العربية ،الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب الدورة العاشرة : 10 - 24 أبريل 1994.
- القانون عدد 05 لسنة 1965 المؤرخ في 11 12 فيفري 1965 المتعلق بمجلة الحقوق العينية التونسية، الجريدة الرسمية التونسية عدد 10 المؤرخة في 19-23 فيفري 1965.
- الظهير الشريف رقم 1.11.177 صادر في 22 نوفمبر 2011 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم للظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 هـ الموافق ل 12 أوت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5998 المؤرخة في 27 ذي الحجة 24 - 1432 الموافق ل 24 نوفمبر 2011.

ثانيا : قائمة المراجع

أ- المؤلفات

- 1- إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، بدون دار الطبع، 1978.
- 2- أسعد دياب والقاضي طارق زيادة، أبحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، الطبعة الثانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1994.
- 3- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1968.
- 4- سعاد عاشور، حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ المغربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2005.
- 5- علي بن عزان بن علي الهشامى، الآثار القانونية للتسجيل العقاري، دراسة مقارنة بين القانون المصري والعماني، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010.
- 6- علي حسين نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- 7- محمد عبد اللطيف، الشهر العقاري دراسة قانونية في التشريع المصري والمقارن، الطبعة الأولى، مطبعة صلاح الدين، الإسكندرية، 1947.
- 8- مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة.
- 9- معوض عبد التواب، الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- 10- منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1961.
- 11- ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 12- ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني وأثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

الأثر المطهر للشهر والحماية الدستورية للملكية العقارية الخاصة

- دراسة مقارنة-

ب- الرسائل الجامعية

- 1- لبيض ليلى، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه غير منشورة، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011-2012.
- 4- د سالم حماد شعبان الدحوح، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1997.

ج- المقالات في المجلات

- 1- أحمد أبو عيسى عبد الحميد، "القوة المطلقة للقيد في السجل العقاري بين الرفض والتأييد"، المجلة الجامعة، مركز البحوث والاستشارات القانونية والتدريب، جامعة الزاوية، المجلد الخامس، العدد 21، 2019، ليبيا، ص. ص. 91-132.
- 2- رباحي مصطفى، النظام القانوني لارتفاقات الكهرباء والغاز، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد 46، سنة 2016 : 251-265.

د- المقالات في الملتقيات والندوات

- 1- محمد حلمي خليفة، "حجية القيد في السجل العيني دراسة مقارنة في تشريعات الدول العربية"، بحث مقدم ضمن مجموعة أعمال الحلقة الدراسية الخاصة بقوانين الشهر في الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1972، مصر.
- 2- محمد عبد الجواد، "نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية"، بحث مقدم لحلقة دراسات الشهر العقاري في البلاد العربية المنظم من قبل معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ج1، 1973، مصر.
- 3- ممدوح الدرکشلي، "أحكام الشهر العقاري في القانون السوري"، بحث مقدم لحلقة دراسات الشهر العقاري في البلاد العربية المنظم من قبل معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ج1، سنة 1973، مصر.

هـ- المقالات على مواقع الانترنت

- 1- Pour une modernisation de la publicité foncière, rapport remis au ministère de la justice en France, 12 Novembre 2018. Consulté le 05/07/2020 à 14h 52m.

و- قائمة المراجع باللغة الأجنبية

A- Ouvrages :

- 1- Alain. FOURNIER, Publicité foncière, Encyclopédie Dalloz, civ VII. 1988.
- 2- Anne-Marie, PATAULT. Introduction historique au droit des biens. P.U.F. Paris, 1989.
- 3- Jean-louis BERGEL, Marc BRUSCHI & Sylvie CIMAMONTI, Traité de droit civil, les biens, Paris, L.G.D.J., 2000.

B-Thèses :

- 2- J.P. CHENU, De la transcription à la publicité foncière, thèse, Bordeaux, 1960.