



جامعة 8 ماي 1945

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم العلوم القانونية و الإدارية تخصص قانون خاص (قانون أعمال)

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

الموضوع:

طرق اكتساب الملكية في التشريع الجزائري

(الحياسة وتقادم المكسب)

تحت إشراف

من إعداد الطالبتان:

الدكتور: حميداني محمد

- ماحي سهام.

- زيتوني مريم.

تشكيل لجنة المناقشة:

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د. عبد الجبار الطيب	جامعة 8 ماي 1945	أستاذ محاضر	رئيسا
02	د. حميداني محمد	جامعة 8 ماي 1945	أستاذ محاضر	مشرفا
03	د. بوخميس سهيلة	جامعة 8 ماي 1945	أستاذ محاضر	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2015/2016.

شكر وتقدير

الشكر أولا وأخيرا ودوما لصاحب الفضل الهادي الموفق "الله عز وجل"

الذي منحنا الصبر والقوة والإرادة على إنجاز هذا العمل.

كما نتقدم بجزيل الشكر وكامل التقدير إلى أستاذنا الكريم

"حميداني محمد"

الذي بذل جهودا كبيرة لمساعدتنا دون أن ننسى جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم

السياسية

وإهداء خاص إلى جميع طلاب العلم والمعرفة في هذا القطر الشاسع من أرض الوطن.

وإلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل من بعيد أو من قريب.

وشكرا.

المقدمة

مقدمة :

إن حب التملك و الاستئثار غريزة في كل إنسان لذلك أقرت جل التشريعات و الدساتير العالمية بحق الملكية و تتعارض هذه الغريزة مع واقعة المجتمع التي تستوجب احترام حقوق الغير و عدم التعرض لممتلكاتهم .

ومن ثمة انققت على حمايته باعتباره الحق الذي يمكن صاحبه من التمتع بالأشياء و استغلالها و التصرف فيها تبعا لمصالحه في حدود القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 974 من القانون المدني الجزائري و المادة 27 من القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم . كما سعت إلى تنظيم جميع المسائل المتعلقة بحق الملكية من خلال تحديد ماهيتها و أسباب و طرق اكتسابها والقيود الواردة عليها فحددت هذه التشريعات ضمن تفيناتها المدنية .

فهما كانت طبيعة الحق سواء كان عيني أو شخصي فهو ينشأ عن تصرفات قانونية تصدر إما عن إرادتين كالعقود ومنها ما يصدر من جانب واحد كالوصية ، فنجد المشرع الجزائري في تقنينه ذكر سبعة أسباب لكسب الملكية و تتمثل في الاستلاء ، التركة ، الوصية ، الالتصاق بالعقار ، عقد الملكية ، الشفعة ، الحيازة و جعل من الحيازة المقترنة بالتقادم المكسب صورة من اكتساب الملكية العقارية منذ إصداره للأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ضمن الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث تحت عنوان طرق اكتساب الملكية من خلال المواد من 803 إلى 808 منه .

ومنه فالحيازة رغم أنها مجرد واقعة مادية إلا أن لها دور كبير باعتبارها المظهر المادي و الملموس الذي يمكن من الممارسة الفعلية لذلك كان الاهتمام بتنظيمها والعمل على حمايتها مظهر من مظاهر حماية الاستقرار في المجتمع . و الهدف الحقيقي لهذا الموضوع هو توسيع دائرة المعرفة في مجال الدراسات القانونية في القانون الخاص وإبراز كيفية اكتساب ملكية العقار بالحيازة . وكذا مسابرة هذا الموضوع لأحداث الساعة و ارتباطه الوثيق بالواقع بالإضافة إلى أنه المغزى الحقيقي من التملك عن طريق الحيازة المقترنة بالتقادم المكسب هو المحافظة على النظام العام و البحث عن الأمن و الاستقرار و تجنب إلحاق الضرر بأشخاص لحساب آخرين قد يكونوا مهملين .

و كان مجال الدراسة لهذا الموضوع يتحدد من خلال النصوص القانونية : القانون المدني و قانون العقوبات و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و كذا القانون المدني الفرنسي و القانون المدني المصري و في بعض أراء الفقهاء و الاجتهادات القضائية .

لذلك توصلنا إلى الإشكالية التالية : كيف يمكن لواقعة الحيازة المقترنة بالتقادم المكسب أن تكون طريق من طرق اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري ؟ وماهي الآثار المترتبة عن تحققهما ؟ و للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا على جملة من المناهج وتتمثل في :المنهج التاريخي من خلال إعطاء لمحة تاريخية عن الحيازة و التقادم المكسب و تطورهما عبر مراحل مختلفة .

أما المنهج التحليلي اعتمدهنا في كل أجزاء البحث و ذلك لإبراز مكانة الحيازة و أهميتها في ظل النظام العيني و الآثار المترتبة عن عدم اكتساب ملكية العين .

أما المنهج الوصفي فقد اعتمدهنا لنبين الأحكام العامة للتقادم المكسب للملكية العقارية و انتهجنا المنهج المقارن كذلك من خلال مقارنة التقادم المكسب مع الأنظمة المشابهة له .

و أخيرا المنهج الاستدلالي من خلال الاستدلال بالنصوص القانونية و الآراء الفقهية .

أما من حيث أسباب اختيارنا لهذا الموضوع تكمن في اهتمامنا الخاص بمواضيع القانون المدني و رغبتنا في البحث فيها و كذلك كون هذا الموضوع متعلق بالنظام العام في المجتمع , وهذا لا يمنع من وجود صعوبات واجهناها لانجاز هذا الموضوع كشتات النصوص القانونية التي تنظم واقعة الحيازة و نقص في المراجع .

وبذلك ارتأينا أن نقسم الخطة إلى فصلين وكل فصل ينطوي على مبحثين و كل مبحث يحتوي على مطلبين .

الفصل الأول

الفصل الأول : إكتساب الملكية العقارية عن طريق تحقق واقعة الحيازة

عرض المشرع الجزائري في الفصل الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني أسباب كسب الملكية في المواد 773 الى 843 و من بين الأسباب نص الحيازة المقترنة بالتقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية و هو موضوع بحثنا هذا.

و عليه سنتناول في هذا الفصل ماهية الحيازة و أثارها القانونية .

المبحث الأول : ماهية الحيازة:

ترتبط الحيازة بالملكية في أغلب الأحوال إلا أنه قد تتوافر الحيازة دون أن تتوافر الملكية كما قد تتوافر هذه الأخيرة دون أن يكون لصاحبها الحيازة على العقار الذي يمتلكه كالإستلاء¹ بطريق الغصب فتكون الحيازة للغاصب و الملكية لمالك العقار .

و تقوم الحيازة بوضع اليد على العقار أو الحق العيني و الانتفاع به من جانب الحائز أو من يقوم مقامه بنية تملكه و على هذا الأساس تصبح سندا للملكية العقارية إذا استمرت مدة التقادم المكسب المقررة في القانون دون وقف الإنقطاع².

و تتطوي الحماية القضائية للحيازة على عنصرين أحدهما مادي و الأخر معنوي ، فالعنصر المادي يتمثل في وضع اليد و المعنوي يتجسد في نية الحائز لإستعمال الشيء المحاز كمالك له و حتى تكون الحيازة صحيحة ومنتجة لأثارها لابد أن تتوفر فيها جملة من الشروط و هي :

الهدوء ، و الوضوح ، الظهور و الاستمرار و قد اختلف الفقهاء حول طبيعة الحيازة فمنهم من اعتبرها حق و منهم من اعتبرها واقعة مادية.

وعليه فما المقصود بالحيازة ؟ ما هي عناصرها ؟ ما هي الشروط الواجب توافرها حتى تكون الحيازة صحيحة ؟ و ما هي طبيعتها القانونية ؟

للإجابة على كل التساؤلات إرتأينا أن نقسم المبحث الى مطلبين وفقا لما يلي:

¹ - الإستلاء طريقة لإكتساب الملكية بواسطة سلب الحيازة لمال شاغر .

² - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أسباب كسب الملكية ، المجلد الثاني ، الجزء التاسع ، بيروت ، منشورات حلب الحقوقية 1998 ، ص 780 .

المطلب الأول : مفهوم الحيازة

تناولنا في الفرع الأول تعريف الحيازة و مجالها القانوني ، و في الفرع الثاني سنتطرق الى الطبيعة القانونية للحيازة و أخيرا سنعرف الحيازة العرضية في فرع ثالث.

الفرع الأول : تعريف الحيازة و طبيعتها القانونية

أولا : تعريف الحيازة

جاء في المعجم الوجيز¹ كلمة حازه بمعنى ضمه و ملكه ، فيقال حاز فلان الشيء حيازة أي ضمه و ملكه و يقال حاز إليه و احتازه ضمه و امتلكه.

والحوزة الملك ، الحوز من الأرض و ما يحتازه الإنسان لنفسه و يبين حدوده و يقيم عليه الحواجز فلا يكون لأحد حق فيه².

و حيازة الرجل ما في حوزته من مال أو عقار و حيازة الزراع ما في حوزته من أرض زراعية.

فالحيازة لغة تعني ضم الشيء بعضه الى بعض و جمعه و نسبه الى حائزه.

الحيازة اصطلاحا قانونيا:

عرف الفقهاء في القانون الروماني و الفرنسي و المصري الحيازة بعدة تعاريف :

-عرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الحيازة بأنها السيطرة الفعلية على الشيء يجوز التعامل فيه مع إنصراف النية الى إستعمال حق عليه.³

-عرفها الدكتور مصطفى الجمال بأنها سلطة أو سيطرة فعلية على شيء من الأشياء سواء كانت هذه السلطة أو السيطرة تمتد الى الشيء في كل مظاهره أم كانت تقصر على بعضها و ذلك بنية الظهور

بمظهر المالك أو صاحب حق عيني على هذا الشيء.¹

¹ - المعجم الوجيز ،مجمع اللغة العربية ص 177.

² - ابن منظور - لسان العرب - ج 2 ص 208.

³ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية ، المجلد التاسع دار أحياء التراث العربي بيروت 1965 ص 784.

و قد عرفها الأستاذ Colin et Pitant بأنها سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء تظهره بمظهر صاحب الحق.²

ما نلاحظه من استقرائنا لهذه التعاريف الفقهية أن الحيابة وضع مادي ينجم عن أي شخص يسيطر سيطرة فعلية على عقار سواء كان الشخص هو صاحبه أو لم يكن ، و ذلك بأعمال مادية بأن يستعمل العقار و يشغله و يتصرف فيه تصرف المالك و من ثمة توجد و تنتج أثارها.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يرد في التقنين المدني الجزائري تعريفا للحيابة و إنما اكتفى فقط بالنص على أحكامها و ذلك من خلال جملة من المواد التي ترد ضمن القانون المدني و كذلك قانون الإجراءات المد

كما تناول قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الحيابة و ذلك في المواد 413 الى 419 من الباب الأول المتضمن دعاوي الحيابة من الكتاب السابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بمواد خاصة.³

على خلاف المشرع الفرنسي حيث عرف الحيابة في المادة 2228 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على :

« la possession et la détention , ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous même ou par un autre qui la

tient ou qui l'exerce en notre nom. »⁴

لم يشأ المشرع المصري تعريف للحيابة في القانون المدني تاركا مسألة التعريف للفقه علما بأن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان قد أورد في المادة 1398 منه تعريفا للحيابة ، إلا أن هذا التعريف حذف بسبب ما وجه إليه من إعتراض بأنه ناقص و ينقصه الركن المعنوي.⁵

ثانيا : الطبيعة القانونية للحيابة:

¹ د. مصطفى الجمال ,نظام الملكية مصادر الملكية ، الدار الجامعية ، الطبعة 1987, ص 08 .

² د . فريدة محمدي زواوي ، الحيابة و التقادم المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية,2000, ص 07 .

³ المواد من 413 إلى 419 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08 – 09 المؤرخ في 2008/02/25.

⁴ محمد كمال مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، أسباب كسب الملكية ، الحيابة أو التقادم منشأ المعارف الإسكندرية سنة 2004 ص 16.

⁵ بيان يوسف رجب ، دور الحيابة في الرهن الحيازي ، دراسة موازية بين التشريعات الوضعية و الشريعة الإسلامية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن سنة 2000 ص 76.

إختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للحيازة فيرى البعض منهم أنها حق و البعض الآخر يرى أنها واقعة مادية تحدث آثار قانونية فالقائلون أن الحيازة حق كونها تحمل صفات الحق فيوجه حق الحيازة كما يوجد حق الإنتفاع و حق الإرتفاق ، حيث يرى الأستاذ Blondeau أن حق الحيازة هو حق الإستعمال الفعلي للشيء ما دام الغير لا يثبت أنه ملك له.¹

بمعنى لحائز حق السيطرة على العقار و ليس لأحد أن يجبره على التخلي عن حيازته لها إلا إذا اقتضت بدعوى الملكية.

و قد اختلف أصحاب هذا الرأي في تحديد نوعية هذا الحق فمنهم من اعتبره حق عيني لأن أساس هذا الحق هو حق الملكية و ما يتفرع عنه من سائر الحقوق ، إلا أن الحيازة ليست كذلك بل هي شيء مستقل عن أسباب كسب الملكية.²

و منهم من اعتبر الحيازة حق شخصي إلا أن هذه الأخيرة تحتم وجود علاقة مديونية بين الدائن و المدين و هذا لا يتفق مع طبيعة الحيازة التي عمادها السيطرة على الشيء سيطرة تامة و من ثمة الحيازة ليست بحق شخصي.

و بالتالي كان هذا الرأي محل نقد إذ لا يمكن القول بأن الحيازة حق.

أما بالنسبة للحيازة كواقعة مادية:

هناك جانب من الفقه يرى أن : " الحيازة للشيء ليست حق و لكنها وضع مادي بمقتضاه يسيطر الحائز على العقار المحجوز فهي حالة واقعية ينتج عنها آثار قانونية ، فسارت عليه أغلب التقنيات الحديثة مثل القانون المدني الألماني 845 والقانون السويسري 919 قانون المدني و السنهوري.³

الحيازة وضع مادي و تؤدي إلى إكتساب الملكية في بعض الحالات فإذا وقعت على عقار ليس له صاحبه أفادت الملك في الحال و هذا هو الإستلاء و إذا وقعت على عقار مملوك للغير ، كتب الحائز الملكية بالتقادم الطويل و إذا إقترنت بحسن النية و إستندت إلى سند صحيح فإنها تكتسب ملكية العقار بالسند القصير و تحمي الحيازة بدعاوى وضع اليد و هذه الدعاوى تتميز عن دعاوى الحق في أن الحائز

¹ - د. فريدة محمدي ، الحيازة و التقادم المكسب ، مرجع سابق ، ص 07 .

² - د . فتحي حسن مصطفى ، الملكية بوضع اليد في ضوء الفقه و أحكام النقض ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1989، ص 10 .

³ - د. قنري عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية في التشريع المصري ، شركة الجلالة للطباعة ، 2003 ، ص 96 .

لا يستند إلى أنه صاحب حق بل إلى أنه واضع يده و أن حيازته إستجمعت عناصرها و صفاتها التي تستأصل الحماية القانونية.¹

و نخلص مما تقدم إلى أن الطبيعة القانونية لحيازة العقار في ذاتها وضع مادي قوامها السيطرة على العقار أو الحق العيني سيطرة فعلية و في مواجهة الكافة و عليه فهي ليست بحق عيني أو حق شخصي و إنما هي واقعة مادية بسيطة تحدث آثار قانونية و أنها إذا استمرت بشروطها : المدة المقررة فإنها تؤدي إلى إكتساب ملكية العقار و القانون يحميها بدعاوى خاصة.

الفرع الثاني : مجال الحيازة القانوني (تحديد العقارات التي ترد عليها الحيازة)

الأصل أن الحيازة ترد على الأشياء المادية و أيضا قد ترد على الحقوق العينية الأصلية حيث أنه يشترط في مجال الحيازة أن يكون ماديًا كالعقارات و المنقولات و أن يكون قابلاً للملكية الخاصة أي قابلاً لأن يرد على حق عيني كحق الملكية و أن يكون مما يجوز كسبه بالتقادم و يشترط أن يظهر الحائز بمظهر المالك أو صاحب حق عيني على الشيء المحاز.

و يمكن أن ترد الحيازة على بعض الحقوق و الأصل أن محلها هو الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية أو الحقوق المنفرعة عنها ، كحق الإنتفاع ، حق الإستعمال ، حق الإرتفاق ، حق السكن.

أما الحقوق الشخصية فلا تعتبر محلاً للحيازة ما عدا ما إستثناه المشرع الجزائري في نص المادة 01/487 من القانون المدني ، حيث إستثنت أحكام هذه المادة المستأجر فجاء نصها كما يلي :

" لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من أجنبي و الذي لا يستند على حق له على العين المؤجرة و هذا لا يمنع المستأجر من أن يطالب شخصياً بحق لمن تعرض له بالتعويض و أن يمارس ضده جميع دعاوى الحيازة."

- بمقتضى هذه المادة المشرع رخص للمستأجر رفع دعاوى الحيازة لحماية حقه ضد كل تعرض مادي يقع عليه دون أن يغير من صفته كمستأجر .

❖ العقار بطبيعته:

عرفه القانون الروماني¹ و الفرنسي² و المصري³ : و هو عبارة عن الأموال الثابتة المستقرة في حيزها مثال ذلك الأرض و تشمل سطحها و باطنها و لا يعتبر عقاراً ما ينزع منها كالأثرية و

¹ - عبد المنعم البدرابي ، مدخل للعلوم القانونية ص 804 و الملكية و أسباب كسبها ص 430 .

الأحجار و المعادن بعد استخراجها و حتى الكنوز و الآثار المدفونة في باطن الأرض حيث لها خصائصها المستقلة.

يعتبر عقارا ما يستقر عل الأرض إستقرارا ثابت كالمباني أي كانت مادتها فهي لا يمكن نقلها إلا بهدمها فوق سطح الأرض أو في باطنها.

حتى المنزل الذي أمامه المستأجر على الأرض المؤجرة هو مال ثابت لا يمكن فصله عن الأرض دون تلفه.⁴

❖ العقار بالتخصيص :

فكرة العقار بالتخصيص لم يعرفها القانون الروماني أضافها القانون الفرنسي بإعتبار أن الأشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره لخدمة هذا العقار و استغلاله يكون عقارا بالتخصيص⁵ و لم يتردد الفقه و القضاء في الأخذ بفكرة العقار بالتخصيص بصفة عامة عندما يصير المنقول بطبيعته عقار بالتخصيص فيأخذ حكم العقار و تسرى عليه أحكام العقار و بمجرد إنتهاء التخصيص تعود لطبيعته الأصلية .

و في حالة حيازة عقار من غير المالك سواء كان بحسن نية أو سوء نية فيجوز لواقع اليد أن يرصد منقولاً يملكه على خدمة هذا العقار و يصبح المنقول عقارا بالتخصيص و لكن إذا إسترد المالك الحقيقي العقار فإنه يسترده وحده منفصلا عن المنقول الذي رصد للخدمة و يأخذ صاحب المنقول منقولته.⁶

و الحيازة المكتسبة للملكية ترد على العقار بطبيعته ، و كذلك على العقارات بالتخصيص و هذا يتعين أن تكون العقارات المراد إكتسابها ملكيتها بالحيازة من العقارات التي تخضع للحيازة و أن تكون قابلة للتعامل فيها.⁷

¹ - علي بدوي : القانون الروماني ص ، دروس في القانون الروماني ، ص 421 .

² - م 518 ق م فرنسي إعتبرت الأموال الثابتة بطبيعتها كالأراضي و النباتات المتصلة بها و الأبنية عقارات و المادة

24 نصت على الأشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره لخدمة العقار و استغلاله تكون عقارات بالتخصيص.

³ - م 82 ق مدني مصري نصت على أن كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار و ما عدا ذلك فهو منقول.

⁴ - د - السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج 08 ص 20 و ما بعدها ، و عبد السلام ذهني الأموال ص 13 و

17

⁵ - عمر ممدوح مصطفى : القانون الروماني ، ص 283 .

⁶ - محمد كامل مرسي ، الأموال ص 30 و حسن كيرة ، أصول القانون ، ص 1022.

⁷ - عبد المنعم البدرابي : الملكية و أسباب كسبها ، ص 444 و 482 .

• حياسة العقار حالة الشبوع :

الحياسة في حالة الشبوع هي حياسة يشترك فيها أكثر من شخص و كل منهم يحوز الحق شائعا مع سائر شركائه فكلما تكون الملكية شائعة كلما تكون الحياسة أيضا شائعة فقد يحوز شخصان أو أكثر أرض على الشبوع يجوز لكل شخص من الحائزين أن يقوم بأعمال الحياسة بشرط أن لا يحول دون قيام شركائه بهذه الأعمال ، و قضت بأن يكون لكل واضح يد أن يستعين بدعاوى وضع اليد في حماية يده و له أن يرفع دعاوى وضع اليد بغير إدخال شركائه معه أما أن له أن يرفعها قبل شركائه و لا يوجد ما يمنع أحد الشركاء من أن يغير صفته في الحياسة من صفة الشبوع إلى صفة الإفراد و ذلك بعمل يدل بوضوح على أنه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه و منذ ذلك تحمى حياسته دعاوى الحياسة على أنها خالصة لنفسه ، و منذ ذلك تحمى حياسته دعاوى الحياسة على أنها خالصة له و ليست شائعة و بالتالي بكسب الحق كله إذا توافرت شروط التقادم .¹

و الحياسة على الشبوع لا تكسب أحد الشركاء ملكية حصة الشائعة بالتقادم نظرا لما تعترها من غموض و إبهام مع باقي الشركاء المشاعين إلا إذا إستطاع أن يحوز بها حياسة تقدم الوضوح على نحو لا يترك مجالاً لشبهة أو غموض .²

❖ العقارات التي لا تخضع للحياسة : (الأموال الغير قابلة للحياسة)

هناك بعض العقارات التي لا ترد عليها الحياسة المكسبة للملكية ذلك لأنها خارجة عن دائرة التعامل و لا يمكن أن تكون بحكم طبيعتها أو بحكم تخصيصها على التصرفات القانونية.³

و ذلك كالعقارات التي تشترك النوع الإنساني في الإنتفاع بها إنتفاعا مطلقا و هناك بعض العقارات أخرجت من دائرة التقادم المكسب لنصوص خاصة كالعقارات المخصصة للمنفعة العامة و العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة.

-نتعرض لبحث العقارات العامة العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة ثم العقارات الموقوفة كما يل

❖ العقارات العامة :

¹- نقض مدني مصري : 1943/02/25 مجموعة عمر رقم 31 ص 60 و نقض 1968/02/08 سند 18 ص 206 و نقض 1974/12/30 ص 1224.

²- نقض مصري : 1985/05/07 طعن رقم 1820 ص 51 ق.

³- نصت م 2/81 ق مدني مصري على أن الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر يستأثر بحياستها أما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون تكون محلا للحقوق المالية.

هي عقارات للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة المخصصة لمنفعة العامة و يكون ذلك بموجب قانون أو قرار و العقارات العامة تشمل الطرق و الشوارع و القناطر و السكك الحديدية و الأنهار.

فلا يجوز أن تنتقل ملكيته (العقار العام) إلى أحد ما دام مخصص للنفع العام مهما كانت أسباب الملكية و بالتالي العقارات العامة غير قابلة للتملك الشخصي و بالتالي غير قابلة بوضع اليد.

هذا ما قضى به القانون الفرنسي حيث لا يخضع الأموال العامة للحيازة المكسبة للملكية و لا يمكن وضع اليد على عقار عام مهما طال مدتة ، لا يكسب الملكية بالتقادم .¹

و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 689 قانون مدني جزائري حيث جاء فيها :

" لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم "

لكن هذا لا يمنع من أن الدولة و المجموعات المحلية تستطيع إستعمال دعاوى الحيازة لحماية الأملاك العامة.²

❖ العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة:

هذه العقارات هي ما تملكه الدولة أو الأشخاص المعنوية الأخرى ملكية خاصة و لم تخصص النفع العام و يكون التصرف فيه كتصرف الأفراد في أموالهم الخاصة و بالتالي لا يجوز تملكها أو كسب حق عيني عليها بالتقادم و تتمثل في الأراضي و المصالح و الهيئات و المؤسسات العامة.

بالنسبة للقانون الجزائري لا يجوز حيازة أملاك الدولة سواء منها العامة أو الخاصة و للدولة إزالة الإعتداء على العقار الخاص بها بالطرق الإدارية دون اللجوء إلى القضاء ، فلها أن تنزع العقار من يد حائزه بالطرق الإدارية و الحائز هو الذي يلجأ إلى القضاء .³

❖ العقارات الموقوفة:

عدم جواز تملك أموال الأوقاف الخيرية بالتقادم و لا يجوز كسب أي حق عيني عليها على أن الأوقاف الحرية التي ينشأها الأفراد كالمساجد وسائل العقارات المخصصة للعبادة و الأماكن الخيرية المخصصة

¹ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 99 .

² - المادة: 689 من القانون رقم 07-05 المؤرخ في ماي سنة 2007 .

³ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 154 .

للتعليم أو البر و الإحسان كالمدارس و المستشفيات و الملاجئ ، لا يجوز وضع اليد عليها و لا يجوز كسب ملكيتها بالتقادم.

الحياسة لا ترد على مجموعة قانونية من الأموال كالتركة أو مجموعة واقعية من الأموال كالمحل التجاري ، و لكن تجوز حياسة المفردات المكونة لهذه المجموعات.¹

• حياسة الحقوق العينية الأصلية:

الحياسة ترد على الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية و على الحقوق المنقرعة عنها كحق الإرتفاق و الإنتفاع.²

أما الحقوق الشخصية فلا يكون محلا للحياسة و إن كان المشرع الجزائري قد نص على حماية المستأجر في المادة 01/847 التي تنص على ما يلي:

" لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من أجنبي و الذي لا يستند على حق له على العين المؤجرة و هذا لا يمنع المستأجر من أن يطالب شخصا بحق لمن تعرض له بالتعويض".

و أن يمارس ضده جميع دعاوى الحياسة و لكن لا يعني الإستثناء الوارد في المادة 847 من القانون المدني الجزائري ، أي هناك تغيير في صفة المستأجر بل يظل هذا الأخير حائزا عرضيا و تظل حيازته في القانون الجزائري لا تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم بل فقط منح له المشرع الجزائري في حالة التعرض المادي عليه رفع جميع دعاوى الحياسة و هذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا.

نخلص إلى أن الحياسة في القانون تقتصر على الحقوق العينية دون الحقوق الشخصية.

❖ أسباب حماية القانون للحياسة في ذاتها:

يحمي القانون الحياسة في ذاتها و لو كان الحائز مالك و مرجع ذلك ما يلي :

- أن الحائز هو الذي يسيطر سيطرة فعلية على المال الذي يقع في حيازته فيجب لإعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة فلا يتعدى أحد عليها و لو كان هو المالك الحقيقي ، و على المالك أن يلجأ الى الطرق التي رسمها له القانون لإسترداد ماله من الحائز ، فالقانون يحمي الحياسة كما يحمي

¹- د . زكي محمود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مطبعة جامعة القاهرة ، طبعة 1978. ص 507 .

²- فريدة محمدي زواوي ، الملكية و أسباب التقادم المكسب ، دار المطبوعات للنشر ، الجزائر، 2000 ، ص 13.

الملكية و جعل كلاهما طرق خاصة بها ، و على ذلك إذا لم يرد الحائز للمالك ماله طوعا كان له أن يسترده عن طريق القضاء وفقا للإجراءات التي رسمها القانون.

- أن الحائز للمال يكون غالبا هو المالك لذلك يحمي الملكية عن طريق حماية الحيابة ، و لهذا كانت الحيابة قرينة على الملكية و لكنها قرينة قابلة لإثبات العكس ، و في الأحوال النادرة لا يجوز فيها المالك ما له بنفسه و تكون الملكية في يد و الحيابة في يد أخرى ، أجاز القانون للمالك أن ينزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك طالما أقام الدليل على ملكيته ، فحماية الحيابة في ذاتها إنما هي

حماية للملكية و لكنها حماية مؤقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذي في حيازته حيث يسترد المالك ماله.¹

الفرع الثالث : الحيابة العرضية :

- الحيابة الصحيحة التي تؤدي الى اكتساب الحق هي التي يجب أن تتوافر فيها السيطرة المادية المقترنة بنية إكتساب الحق و في حالة إنتقاد النية في إكتساب الحق فتسمى الحيابة في هذه الحالة بالحيابة العرضية.

فالحائز العرضي هو كل شخص إنتقلت إليه السيطرة المادية على العقار بياشرها بإسم المالك أو الحائز الأصلي و ذلك بموجب سند قانوني صحيح كالعقد أو بحكم قضائي أو القانون و يلتزم برد العقار للمالك أو الحائز.

و طبيعة الحيابة العرضية أنها حيابة مادية محضى للعقار يتوافر فيها العنصر المادي فقط دون العنصر المعنوي فهي حيابة لحساب الغير و يشترط أن يكون الحائز العرضي حائزا فعلا للعقار و له السيطرة المادية عليه فالعبرة بالحيابة الفعلية.²

أولاً- تحديد الحائز العرضي:

نتبين من طبيعة الحيابة العرضية أن الحائز العرضي إما تابع للحائز الأصلي و أما غير تابع للحائز الأصلي و سنتعرض في بحثنا هذا إلى نوعين على النحو التالي :

¹- د . قدري عبد الفتاح الشهاوي ، الحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري و المقارن سنة 2003 ، شركة الجلال للطباعة ، ص 19.

²- خالد جلاله ، طرق اكتساب الملكية العقارية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس ، مرجع سابق ، ص 20 .

1- الحائز العرضي التابع للحائز الأصلي:

هو كل شخص يباشر السيطرة النادية على العقار لحساب غيره و يكون تابعا و يأمر في هذه السيطرة بأوامر من يباشرها لحسابه مثل :

التابع و المتبوع العمال و القين و الوصي إذا كان القاصر أو المحجوز عليه مميزا ليس لهم أية حرية في التصرف.

2- الحائز العرضي غير التابع للحائز الأصلي:

هذا الحائز العرضي و إن كان يحوز لحساب الحائز الأصلي إلا أنه لا يلتزم بأوامره فله على العقار حق عيني بمقتضاه تكون له حيازة أصلية و لكنه حائز عرضي فيما يخص بالملكية و مثال ذلك صاحب حق الإنتفاع و صاحب حق الحكم و الدائن و المرتهن و المستأجر و المودع و له أن يلجأ إلى في حمايته الحق العيني إلى جميع دعاوى الحيازة أن يبقى لهم شيء من حرية التصرف في حيازتهم.

و منه فإن الحائز العرضي ليس له حق التمسك بالحيازة العرضية لكسب الحق العيني المدعى به أو حتى لحماية حيازته و إن كان يستطيع ذلك بإسم الحائز الأصلي لأنه يحول لحسابه م 831 ق.م.ج

❖ أثار الحيازة العرضية:

نقتصر هنا على بيان أحكام الحيازة العرضية بالنسبة للحائز العرضي فالحائز العرضي فالحائز العرضي لا يكسب ملكية العقار بالتقادم لأنه يحوز العقار حيازة مادية بموجب سند قانوني صحيح الذي يتضمن إقرار الحائز العرضي بأنه يحوز العقار لحساب غيره و ملزم برده للغير ، مثلا المستأجر لا يستطيع أن يكسب ملكية العقار المؤجر و لا ورثته مهما طال مدة الحيازة لأنها حيازة عرضية و لا يجوز حمايتها بدعاوى الحيازة مهما طال مدة وضع اليد.

❖ إنتقال الحيازة العرضية:

تنتقل الحيازة العرضية إلى الخلف العام و إلى الخلف الخاص و إن كان بإمكانه التمسك بإسم المؤجر بحيازته للعين المؤجرة.

فالبنية للخلف العام تنتقل إليه الحيازة العرضية كما كانت عنده مورثه ما لم يتغير هو صفة الحيازة كأن يحولها إلى حيازة أصلية كما أقرها القانون مهما تسلسل التوريث فطال وضع اليد.

أما بالنسبة للخلف الخاص : هو الذي تنتقل إليه حيازة العقار من الحائز العرضي بتصرف ناقل الملكية سواء بعوض أو بغير عوض فإن حيازته لا تكون حيازة عرضية بل تكون حيازة جديدة تتوفر فيها عنصر الحيازة المادي و المعنوي.

❖ حماية الحيازة العرضية:

الدعوى الوحيدة التي يستطيع الحائز العرضي رفعها بإسمه هي دعوى إسترداد الحيازة فإذا اغتصب العقار منه بالقوة فله رفع هذه الدعوى لدفع الإعتداء عن نفسه و لحماية حيازته و قد حرص القانون على تقدير هذا الحق محافظة عن الأمن العام و السكنينة العامة. م 414 ق إجراءات مدنية و إدارية¹

و الحائز العرضي لا يستطيع حماية حق الملكية بدعاوى الحيازة فالمستأجر بصفتته حائز عرضي لحق ملكية العين المؤجرة لحساب المؤجر لا يستطيع أن يحمي ذلك الحيازة بدعاوى الحيازة لأن حيازته مادية محضى فإنها ترفع بإسم المؤجر لا بإسم المستأجر بصفتته حائز أصلي لحقه الشخصي فله أن يحمي حيازته بهذه الدعاوى بإسمه هو لا بإسم المؤجر من تعرض له الغير سواء أكان التعرض ماديا أو قانونيا.

❖ تحول الحيازة الى حيازة أصلية:

الحيازة العرضية تظل على صفتها مهما طالت المدة و لا يستطيع الحائز العرضي أو ورثته أن يكسب بالتقادم ملكية العقار إلا إذا تغيرت صفة حيازته و تحولت من حيازة عرضية أصلية و لا يبدأ سريان التقادم إلا من الوقت الذي يتم فيه هذا التحول.

و لا يستطيع الحائز العرضي أن يغير صفة حيازته هذه بمجرد تغيير نيته فهذا لا يكفي في تحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصلية بل لا بد أن تقترن بفعل ظاهر يصدر من الغير أو بفعل الحائز نفسه م 831 ق.م.ج² . إلا أنه يجوز تحول الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية إما:

❖ التحول بفعل الحائز:

تكون المجابهة بصدور فعل من الحائز العرضي بحق المالك كأن يمتنع الحائز عن رد العقار إلى مالكة عند طلبه مدعيا ملكيته لنفسه عند النزاع و يجب أن يكون الفعل الصادر من الحائز العرضي إيجابيا ظاهرا يجابه به حق المالك بالإنكار الظاهر ، و لا يكفي في المجابهة مجرد إنكار الحائز العرضي لحق

¹ - د. عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسبب لكسب الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص 21 .

² - المادة 831 القانون رقم 07-05 لسنة 2007 .

المالك عم دفع مقابل الحكم أو عدم دفع الأجرة فكلها تعني حيازة عرضة لا تصلح لكسب الملكية بالتقادم وإنما يتعين أن يجابه الحائز العرضي المالك الحقيقي و قيام نزاع على ملكية العين.

مجابهة ظاهرة صريحة تدل دلالة جازمة على إنكار لملكية المالك إما يكون النزاع قضائي أو غير قضائي لموجب انذار رسمي أو إخطار شفوي.

و الإحتفاظ بها من وقت علم المالك بمعارضة الحائز العرضي لحقه.

- تتحول الحيازة العرضية إلى حيازة أصلية و تصلح سببا لكسب ملكية العقار بالتقادم إذا توافرت باقي الشروط و المدة.

❖ التحول بفعل الغير:

يحدث ذلك بصدور فعل من الغير و عادة يكون هذا الفعل تصرفا من شأنه نقل الملكية و يتلقاه الحائز العرضي عن الغير فتتغير به صفة حيازته العرضية إلى حيازة أصلية و يحوز العقار من وقت التصرف لحساب نفسه كمالك تصلح بسبب لكسب ملكية العقار بالتقادم و مثال ذلك كما لو كان المؤجر تصرف للمستأجر في العقار المؤجر بالبيع بينما كان المؤجر ليس مالكا و يشتري المستأجر العقار من الشخص الذي يعتقد أنه المالك و بمجرد صدور عقد البيع للحائز العرضي فإنه يضع يده على العين كمالك.

يشترط أن يكون التصرف الصادر عن الغير تصرفا من شأنه نقل الملكية كما لا يشترط حسن النية في الحائز العرضي وقت أن تلقى التصرف الناقل للملكية أي أنه يتعامل مع غير المالك وقت التصرف فتغير صفته و تصبح حيازة أصلية و جانب من الفقه إشتراط حسب نية الحائز العرضي وفق التصرف الناقل للملكية و إلا لا يغير صفة حيازته ز تظل حيازة عرضية.

- و يبقى تقدير الوقائع و السندات التي تؤدي إلى تغير صفة الحيازة تخضع لقاضي الموضوع و يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات لأنها وقائع مادية.

و يتجلى الفرق بين الحيازة القانونية و الحيازة العرضية ، تكون أمام حيازة قانونية طالما توافر العنصر المادي و المعنوي معا أما الثانية فلا يتوافر فيها سوى العنصر المادي ، و لا يترتب عليها أثر قانوني مهما طال الزمن لأن الحائز يضع يده على العقار لحساب الغير و هو ما قضت به محكمة النقض المصرية.

فالحائز العرضي يضع يده على العقار إما بموجب سند يخوله ذلك أو بناء على صفة معنية توافرت فيه ، إلى جانب الحالة التي ينص عليها المشرع في المادة 01/808 ق.م.ج.

حالة إثبات رخصة من المباحات و أعمال التسامح الذي يتهيء أن يتم برغبة القائم و بحريته دون أن يكون للغير حق منعه من ممارسته.¹

أما أعمال التسامح فهي تتطوي على إعتداء على حق الغير الذي يتحملها على سبيل التسامح ، عادة ما تحدث بين الملاك المجاورين لإعتبارات حسب الجوار .

و عليه تتميز الحيابة عن الملكية في كون الأولى واقعة مادية أما الثانية فهي واقعة قانونية إلا أنهما تشتركان في الممارسة المادية على الحق سواء كان الحائز صاحب حق أم لا .

و مهما تباينت الطريقة التي إكتسب بها الحائز السيطرة المادية على العقار حتى و إن تحولت حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية يجب أن تمارس خالية من العيوب ما تعلق بالركن المادي و المعنوي معا .

و المشرع الجزائري لم يكتف بتلك الشروط بل إستثنى بعض العقارات أن تمارس عليها الحيابة حتى تصبح سبب الملكية العقارية مسايرة لمبادئ نظام الشهر العيني.²

المطلب الثاني : عناصر الحيابة و شروط صحتها:

تتحقق واقعة الحيابة عندما يمارس الحائز الأعمال المادية و هذا هو الركن المادي و من أجل فرض السيطرة الفعلية على الشيء المحاز لا بد من توفر الركن المعنوي و يتمثل في نية الحائز بالحيابة لحساب نفسه و تنتج الحيابة أثارها خاصة فيما يتعلق حمايتها بدعاوى الحيابة يجب أن لا تكون مشوبة بعيب ، عيب الإكراه ، عيب الخفاء ، و عيب الغموض ، و عيب بعدم الإستمرار و هذا ما نص المشرع الجزائري عليه في الفقرة 808/02 ق.م.³

¹- خالد جلالة ، الحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري ، مرجع سابق بص 13 .

²- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، مصر ، 1994 ، ص 28 .

³- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30/09/1975 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 الجريدة الرسمية ع 44 المؤرخة في 26/06/2005 .

و إشتراط في القوانين المكملة له شروط تتعلق بالعقار في حد ذاته مما يجوز وضع اليد عليه و تكون الحيازة سبب لكسب الملكية العقارية سواء بنفسها أو عن طريق التقادم المكسب.

و بناء على ذلك تناول عنصر الحيازة ثم شروط صحة ممارستها.

الفرع الأول : عنصرا الحيازة

تباين موقف حول تعريف الحيازة الأمر الذي نتج عنه اختلاف لمحاولة ضبط مفهومها حيث يرى الاتجاه الأول إن الحيازة سيطرة فعلية على الشيء¹ و يرى الاتجاه الثاني أنها وجه ظاهر لممارسة حق معين²

و عرفها مصطفى عبد الجواد : " الحيازة هي السيطرة الفعلية التي تتجسد في قيام الشخص بالأعمال المادية و القانونية على شيء تجوز حيازته بنية تملكه أو ممارسة حق عيني عليه سواء كان هذا الشخص مالكا للشيء أو غير ذلك³

و فيما يلي سنتناول العنصر المادي للحيازة و كذلك العنصر المعنوي.

أولا : العنصر المادي للحيازة

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الحيازة و من ثمة لا يمكننا استخلاص مفهوم العنصر المادي لكن بالرجوع إلى الفقه القانوني نجد الدكتور علي سليمان يعرف العنصر المادي على انه مجموع الأعمال المادية التي يباشرها صاحب الحق كالزراعة في الأرض أو البناء عليها⁴

أما المشرع الفرنسي الذي أخذ عنه المشرع الجزائري فقد انطلق إلى تعريف العنصر المادي بأنه مجموعة من الأعمال التي يباشرها صاحب الحق على الشيء كاستعماله و الانتفاع به .⁵

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ، أسباب كسب الملكية ، المجلد الثاني ، الجزء التاسع ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية 1998 ، ص 785 .

² - فريدة محمدي زاوي ، الحيازة و التقادم المكسب ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2000 ، ص 39 .

³ - مصطفى عبد الجواد ، الحيازة بسوء النية كسب الملكية ، القاهرة دار النهضة العربية 1994 ، ص 81 .

⁴ - د . علي علي سليمان ، الضرورة لإعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 1985 ، ص 245 .

⁵ -Planiol et Ripert : (opcite , p 161)

و هذا ما استقر عليه قرار المحكمة العليا بأن:

"إن كسب الحقوق العينية غير المنقولة بالتقادم وفق اجله الطويل أو القصير يتم إذا كانت الحيابة هادئة. مستمرة بعنصرها المادي أو المعنوي و غير غامضة خالية من العيوب و مستندة إلى سند صحيح."¹

و عموما هو مجموع الأعمال المادية التي يباشرها الحائز على الشيء المحاز بقصد اكتساب حق عيني عليه.

و ما يكون العنصر المادي هو مجموع الأعمال المادية و التي تتباين صورها تبعا للطبيعة المادية للعقار.

كما أن المشرع الجزائري يعتد بتلك الممارسات الفعلية و لو باشرها الحائز ابتداء أو انتقلت إليه من الغير شريطة أن تكون صحيحة.

و فيما يلي نتناول ماهية الأعمال المادية و طرق اكتساب و انتقال السيطرة المادية على التوالي:

1- ماهية الأعمال المادية :

استخدم المشرع الجزائري في القانون المدني تعبيره *السيطرة الفعلية* للدلالة على الركن المادي سواء بالنسبة لانتقال الحيابة أو زوالها.

كما يتضح من مفهوم المادتين 808 و 815 بل ذهب المشرع إلى ابعده من ذلك حيث اعتبر استمرار المانع الذي يعيق الحائز من مباشرة السيطرة الفعلية و لمدة سنة كاملة و زوال الحيابة الأولى و قيام حيابة جديدة.

و أخذ القضاء الجزائري في تحديد ماهية الركن المادي بضرورة توافر الأعمال المادية للدلالة على وجوده لدى الحائز.²

¹- حمدي باشا عمر ، مبادئ القضاء العقاري ، دار العلوم للنشر التوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر، 2000، ص 90

²- المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار بتاريخ : 1998/09/04 رقم 161/076 (منشور) المجلة القضائية لسنة 1999 عدد 03.

و هو ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية التي اعتبرت أن وضع اليد لا اعتبار له قانونيا إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه و حازه بنية تملكه و الأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنة الحائز و تصرفه فيه التصرفات القابل لها .¹

و تختلف الأعمال المادية باختلاف طبيعة العقار و باختلاف الحقوق العينية ذاتها كما لو كان العقار أرضا فلاحية و كان المدعى يعتبر نفسه حائزا لها فعليه أن يباشر الأعمال التي يباشرها عادة مالك العقار كالحرث و البذر و الزرع . التسميد . حصد المحصول أو جنيه عند نضجه .

أما لو اعتبر نفسه صاحب ارتفاق بالمرور² على الأرض فان الركن المادي للحيازة يتوافر إذا كان يمر خلال موضع معين من هذه الأرض متى احتاج إلى ذلك . هذه الصورة لا تتطلب فيها توافر الركن المادي إحراز العقار إحرازا ماديا لان الحق محل الحيازة يخول صاحبه الحصول على كل منافع العقار فمالك العقار المخدوم لا يحتاج في مباشرة حقه إلى إحراز العقار الخادم لان حقه لا يخول له الحصول على كل منافع العقار . هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 868 ق.م.ج.

و تثار مسألة حول توافر الأعمال القانونية دون الأعمال المادية و في هذا الخصوص اختلف الفقه و انقسم إلى فريقين:

1 الفريق الأول: يرى أنها لا تصلح لقيام الركن المادي³ على أساس أن الحيازة هي الاستعمال الظاهر للملكية و الأعمال القانونية لا تعتبر كذلك و لا تفترض حتى ممارسة السيطرة الفعلية على العقار .

2 الفريق الثاني : يرى ان الأعمال القانونية كافية لقيام الركن المادي إلا أن أنصار الفريق تارة تستوجب ضرورة إقران الأعمال المادية بها لان مجرد التصرف في العقار بالبيع و خلافه غير كافي للدلالة على توافر وضع اليد الفعلي و تارة أخرى يكتفي بتوافر الأعمال القانونية بمفردها لقيام الركن المادي.

فالإيجار مثلا يشكل عمل يتطابق مع مكنتات الحق المحاز لأنه من أعمال الإدارة و الاستغلال فالركن المادي هنا موجود و لكن بأسلوب غير مباشر عن طريق المستأجر .

¹ - كامل رمضان جمال ، الحماية القانونية للحيازة ، القاهرة ، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية ، الطبعة الأولى ، 2002 ص 40 .

² - قرار قضائي رقم : 55.432 ، الغرفة العقارية للمحكمة العليا ، بتاريخ 1989/10/25 ، المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد الثالث ، ص 32 .

³ - كامل رمضان جمال ، الحماية القانونية للحيازة ، المرجع السابق ، ص 46 .

أما القضاء المصري فقد استقر الرأي فيه على أن الأعمال القانونية غير كافية لتوافر الركن المادي للحيازة.¹

و في غياب نص تشريعي و موقف المحكمة العليا لهذا الأشكال نرى ان هناك جدوى للتصرفات القانونية لأنها قد تفيد أحيانا في المحافظة على حيازة اكتسبت من قبل لكن هذا لا يعني أن توافر التصرفات القانونية يغني عن الأعمال المادية لان الأصل في الحيازة ممارسات فعلية من واضع اليد على الحق العيني الذي يحوزه .هذه الممارسات المادية التي تكون العنصر المادي للحيازة . إما يكتسبها الحائز ابتداء أو تنتقل إليه من الغير و عن اكتساب و انتقال السيطرة المادية توضح ذلك فيما يلي:

2- طرق اكتساب و انتقال السيطرة المادية

يتضح من المواد 808 و 810 ق.م.ج أن هناك صورتان لاكتساب الركن المادي للحيازة إما ابتداء أو انتقالا من الغير .

فالحائز أما يستحوذ على العقار مباشرة أو تنتقل إليه السيطرة من الغير كما أن الأخيرة لا تنتصف بالجمود بل يجوز انتقالها و يتحقق ذلك إما بتطبيق لنص القانون أو طريق الاتفاق .

و عليه نتناول كيفية اكتساب الركن المادي ابتداء ثم انتقال السيطرة المادية ثانيا .

أ-اكتساب الركن المادي ابتداء:

الحالة التي يسيطر فيها الشخص سيطرة مادية على الشيء المحاز بنفسه دون أن تنتقل إليه هذه السيطرة من الغير و يشوب أن يكون الشيء المحاز مملوكا لشخص آخر أو غير مملوك لأحد.²

ويباشر الحائز جميع الأعمال المادية على الشيء وفق الحق الذي يستعمله فإذا كان يستعمل حق ملكية على الشيء المحاز فيباشر الأعمال المادية التي يباشرها عادة المالك على ما يملكه و لا بد في هذا المقام من عمل مادي ايجابي يحرز به الحائز العقار إحرزا فعليا³ و هو ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 808 ق.م.ج فإذا كان الشيء المحاز منزلا يدخله و يسكن فيه أو يستحوذ

¹ - مجلة النقض المصرية ، رقم 28 ، بتاريخ 1957/03/04 مجموعة أحكام النقض ، ص 225 .

² - د ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح ق م أسباب كسب الملكية ، المجلد التاسع ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت 1965 ص 792 .

³ - الأحرار : الضم و الإمتلاك ، المعجم الصادر عن مجمع اللغة العربية الطبعة الأولى ، بدون مكان النشر بدون ناشر 1980 ص 177 .

على أرض زراعية و يقوم بزراعتها بنفسه و إذا كان يستعمل حق من الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع أو حق الارتفاق فيمارس الأعمال المادية التي يقتضيها هذا الحق .

فان كان ارتفاق مرور مذلا كانت السيطرة المادية عليه بالمرور فعلا في المكان المراد استعمال الحق فيه .

ب-انتقال الحيازة المادية

تنتقل السيطرة المادية من الغير إما أن يكون خلف عاما أو خاصا كما تنتقل بواسطة الغير حيث يباشر الحائز كتائب عن الأصيل نظرا لوجود ظروف تمنعه من مباشرة الأعمال المادية بنفسه و يتم اكتساب الركن المادي إما انتقالا من الغير أو بواسطة الغير أو معه .

الصورة الأولى : تحقق السيطرة المادية لانتقالها من الغير .

في هذا الشأن فان الفرد لا يسيطر على الشيء ابتداء كما هو الحال في الغرض السابق تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذي له السيطرة المادية على الشيء ثم نقلها إليه مثال ذلك أن بيع شخص عقارا في حيازته لشخص آخر و يسلم الشيء المبيع له فالسيطرة المادية على الشيء للبائع سواء كان مالكا للشيء أو غير مالك ثم نقل هذه السيطرة الى المشتري بتسليمه المبيع له و لا يشترط في هذا الغرض الاستحواذ الفعلي على الشيء بل يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ فان كان المبيع دار فانه يكفي لنقل السيطرة المادية على الدار للمشتري ان تسلم مفاتيحها و سند الملكية فتنتقل السيطرة المادية

للمشتري بمجرد وضع الدار تحت تصرفه و تمكنه من تسلمها دون الحاجة ليستلمها بالفعل¹. و تجدر الإشارة إلى أن الحيازة اللاحقة في هذه الحالة لا تعتبر حيازة مبتدئة و انه يشترط في الانتقال الهدوء و إلا كانت اغتصاب و إن تمت كذلك فمنترع الحيازة ببتدئ حيازة جديدة لا تتصل بالقديمة .

و تنتقل الحيازة من حائز لآخر بالمعنى الذي أسلفناه بإحدى الطريقتين إما بنص القانون أو بالاتفاق.

الطريقة الأولى :انتقال السيطرة المادية من الغير بنص القانون كحالة الميراث التي وردت في م 829

ق.م.حيث تنتقل حيازة المورث إلى الوارث حيث الخلف العام هنا هو الوارث و الموصى له بجزء من مجموع التركة و مادامت ملكية المال تنتقل إليه بمجرد موت السلف فالحيازة تتبع الملكية و تنتقل مدتها بحكم القانون و بمجرد هلاك السلف.

¹ - د. قديري عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري و المقارن ، طباعة شركة

و الجدير بالذكر أن الحيازة تنتقل بصفاتهما حقيقية أو عرضية . سليمة او معيبة و بناء على ما ورد في المادة 829 فان الوريث الحائز للحق العيني لأحد شركائه في الميراث على الشيوع يمتلكه بالتقادم المكسب إذا استمرت حيازته 33 سنة و بقي الوريث صاحب الحق ساكن طيلة هذه المدة و لم يطالب بحقه في الميراث.

و من تطبيقات المبدأ إقرار المحكمة العليا الذي جاء فيه : " حيث انه و أن كانت المادة 829 مكنت من كسب الحقوق الميراثية بالتقادم إلا أنها اشترطت أن تدوم الحيازة مدة 33 سنة وبما انه لم يثبت للقضاة في قرارهم توفر حيازة الأرض محل النزاع على عنصرها المادي و المعنوي فالنعي على القرار بالخطأ في تطبيق القانون نعي غير سديد .¹

الطريقة الثانية : انتقال السيطرة المادية من الغير بالاتفاق .

تنتقل الحيازة في عين معينة بالذات من الحائز الى شخص اخر خلافا لانتقال الحيازة للخلف العام فالذي ينتقل لهذا الاخير مجموع من المال او جزء منه كالتركة او جزء منها لاعين معينة بالذات و تنتقل الحيازة من الحائز الى الخلف الخاص بالاتفاق بينهما على نقلها اتفاقا يعقبه التسليم مهما كانت اختلفت صورته و حيازة الخلف الخاص تستقل عن حيازة الخلف العام في صفاتها و للخلف الخاص الخيار ان يظم الى مدة حيازته سلفه أولا .

الصورة الثانية : تحقق السيطرة المادية بواسطة الغير .

يفهم و يستخلص من نص م 810 ق.م.ج أن الأصل في الحائز هو ان يباشر السيطرة المادية بنفسه أي انه يستعمل الشيء (عقار أو منقول) بنفسه استعمالا فعليا سواء كان حق ملكية او كان حقا آخر و لكن أجاز مع ذلك أن يباشر هذه السيطرة المادية بالوساطة فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلا به اتصال التابع بالمتبوع و يأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية ، و يجتمع عند الحائز حينئذ عنصر الحيازة العنصر المعنوي هو القصد و لا ينوب عنه في احد .

و **العنصر المادي**: وهو السيطرة المادية و يباشرها بالوساطة و من ثم يبقى الحائز الاصلي هو الحائز و تنتج الحيازة اثار قانونية في شخصه اما الوسيط فليس لديه الا السيطرة المادية و هذه السيطرة لا يباشرها باسمه و انما يباشرها باسم الحائز الاصلي و من ثمة فليس بحائز و من امثلة مباشرة السيطرة المادية بالوساطة كثيرة و منها الخادم و المستخدم .

فيجوز الخادم العين لحساب المستخدم فنتج الحيازة بواسطة الغير أثار قانونية في شخص الحائز القانوني وحده.

و منه حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل .

¹ - قرار قضائي رقم 40944، الغرفة العقارية للمحكمة العليا ، بدون تاريخ ، ص 104 . (غير منشور)

و يباشر الحائز السيطرة المادية بالوساطة تكون اذا حصل الوكيل على حيازة شيء اشتراه له مادام يعمل في حدود الوكالة باسم الموكل فيما يتعلق بحيازة الشيء هذا و يصبح الموكل حائز للشيء حتى قبل علمه ان وكيله قد اشتراه فالموكل يعتبر حائز للشيء وقت حيازة الوكيل له و يبدأ من هذا الوقت سريان مدة التقادم لصالح الموكل هذا و ان كان الوكيل يعمل في حدود وكالته اما اذا خرج عنها او كان فضوليا فالشيء لا يدخل في حيازة الموكل إلا عند علمه حيازة الوكيل للشيء و اقراره بتصرفه.

ايضا يباشر الحائز السيطرة المادية بالوساطة اذا كان ناقص الاهلية او عديم الاهلية حيث يباشرها عنه النائب القانوني باسمه و لحسابه كما هو الحال للصبي الغير مميز بواسطة الولي او الوصي او القيم ومثل هذه السيطرة بالنسبة للشخص الطبيعي او المعنوي.¹

و يلاحظ ان المشرع الجزائري لم يتناول سوى الوسيط الذي يكون تابعا للحائز و لكن الثابت فقمعا و قضاء ان الوسيط الذي يحوز لحساب الحائز يمكن ان يكون ممن لا يطبق عليهم وضع التابع كالمستأجر و المستعير.

ففي هذه الأحوال يكون الوسيط حائزا عرضيا يعمل لحساب الحائز الحقيقي و هو هنا المؤجر او المعير.

و يثار التساؤل عما إذا كان الذي يظهر بمظهر الحائز ينوي أن يكسب الحق لنفسه أو انه يحوز لحساب غيره ؟

السند او العقد الذي يربط الحائز الحقيقي بالحائز العرضي بموجبه تتحدد الشروط التي انتقل بمقتضاها وضع اليد الى الحائز الظاهر كما يبين الحدود التي يجب أن لا يخرج عنها الحائز الظاهر في انتقاعه بالعقار.

أما لو قام الشك حول وصف الحيازة عندها يفترض ان الحيازة الظاهرة قرينة على الحيازة الحقيقية حتى يثبت العكس هذا ما يعنيه المشرع الجزائري المادة 810 الفقرة الثانية .

بقوله : " و عند الشك يفترض أن مباشر الحيازة انما يحوز لنفسه فان كانت الحيازة استمرارا لحيازة سابقة افتراض ان هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها ".²

و قضت محكمة النقض المصرية بان " حيازة الوكيل لعقارات موكله التي تحت يده بسبب عقد الوكالة تعتبر حيازة لحساب الأصيل طالما ان الوكيل لم يدع بأنه غير صفة حيازته بما تغيرت قانونا"

و إذا ما ثبت ان شخصا يباشر السيطرة المادية بالوساطة عن غيره فإنه يبقى مباشرا لهذه الصفة استمر في ذلك فلا يستطيع الوسيط ان يعتبر بنفسه لنفسه الأصل الذي تقوم عليه مباشرته للسيطرة المادية و

¹- د . الشهاوي قدرى عبد الفتاح ، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري و المقارن ، منشأة المعارف، ص 28 و ما بعدها.

²- المادة 810 من القانون المدني الجزائري المؤرخ سنة 2007 .

ذلك ما لم تتغير صفته إما بفعل الغير و إما بفعل منه يدل في وضوح على انه اصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه.¹

الصورة الثالثة : السيطرة المادية على الشيوخ

من المتفق عليه أن الحائز على الشيوخ يتحقق لديه العنصر المادي و المعنوي للحيازة و لكنه في العنصر المعنوي يكون بقصد استعمال الحق شائعا مع غيره لا خالصا لنفسه و في العنصر المادي يباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه. فيقوم بالأعمال المادية للحيازة بشرط ان لا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوخ معهم أيضا بها مثال ذلك أن يسكن الدار مع شركائه أو يزرع الأرض الشائعة معهم. و تنتج السيطرة على الشيوخ آثارها على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيوخ فدعاوى الحيازة مثلا لا تحمي حيازة كل شخص إلا على أساس حيازته على الشيوخ و ترتب السيطرة المادية على الشيوخ أن لا يكسب احد الشركاء الحق بالتقادم إلا شائعا فيملك النصف او الثلث شائعا إذا توافرت شروط التقادم.

و ليس هناك ما يحول بين احد الشركاء من ان تغيير بفعله صفة الشيوخ إذا كان ذلك واضح الدلالة على انه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه عندما تحمي الحيازة بدعاوى الحيازة على انه أصبح يحوز الحق كله خالصا لنفسه و يكتسب الحق كله بالتقادم خالصا له إذا توفرت شروطه. و فيما تحققت السيطرة المادية ابتداء او بواسطة الغير و تباينت ممارسة الركن المادي . المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات فتح مجال تحقق وضع اليد الى حد صعوبة التمييز بين صور الممارسة التي ترد على العقار لتمييز المالك الحقيقي عن الحائز الظاهر و بين هذا الأخير و من ينوب عنه في مباشرة الأعمال المادية.

و سواء تمت السيطرة المادية مباشرة و ابتداء أو استغلالا من الغير بإحدى الصور الموضحة سالفا اوجب المشرع ان تقترن الممارسة المادية بعنصر معنوي يتمثل في القصد و إلا كان أمام حيازة عرضية.²

و على ذلك نعالج العنصر المعنوي كما يلي :

ثانيا : العنصر المعنوي للحيازة

¹- محكمة النقض الفرنسية .

²- د . الشهاوي قديري عبد الفتاح : الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص 31.

سبق و أسلفنا أن الحيابة سلطة فعلية يباشرها شخص على شيء و يجب ان تكون بقصد مزاولة الحق موضوع الحيابة و عليه و الى جانب توافر العنصر المادي يجب توافر العنصر المعنوي و تواجد العنصر المعنوي لا يختلط مع حسن او سوء النية الذي لا يعتبر مكون للحيابة لكن يمثل فقط خاصية فيها لأنه حتى لو مارسها يسوء نية تترتب عنها اثار قانونية.¹

ويقصد بالعنصر المعنوي للحيابة نية التملك و ظهور الحائز أمام الناس بمظهر صاحب الحق محل الحيابة يباشر الأعمال المادية خالصة لحسابه و لا تكون بصدد حيابة عرضية اين يباشر الحائز السيطرة المادية بمقتضى سند ينطوي على الاعتراف بالحق العيني لشخص آخر.

هذا و قد ورد بشأن عنصر القصد نظريتين متباينتين:

النظرية الشخصية و النظرية المادية:

إن ضرورة توافر عنصر القصد لدى الحائز مبدأ كان محل نقاش بين الفقهاء بين مؤيد و معارض و القصد يفترض وجود عنصرين هما الإرادة و النية.

فعلى الحائز ان تكون له إرادة حيابة العقار ليمارس عليه الأعمال المادية لكن حتى يكتسب الحق و يصبح مالكا كي يستعمله و يستغله لا بد من وجود نية محددة و واضحة حتى يتصرف به كمالك له كما ان ضرورة وجود الإرادة تتطلب من الحائز ان يكون واع و أهل و عالما بالأسباب حتى يتصرف دون قيد فالصبي غير المميز او من أصابه عارض من عوارض الأهلية لا يمكنه أن يحوز المال عقار فقط.

الاستيلاء المادي في حيث الإرادة البسيطة لممارسة حق من الحقوق لا تتطلب مجرد الاستيلاء المادي بيد أن الحيابة تفترض نية الظهور و التصرف كصاحب حق الملكية أو صاحب حق عيني آخر.²

من هذا المنطلق تعارض الفقيهين (سافيني) و (أهرنج) حول أساس الركن المعنوي حيث يعتد (أهرنج) بإرادة واضع اليد بينما الأول يشترط القصد لظهور الحائز كالمالك و تبعا لذلك اختلف الفقه حول أساس و مفهوم الركن المعنوي و في هذا الصدد ظهرت النظرية الشخصية و النظرية المادية و هما كما يلي :

1- النظرية الشخصية:

أخذ بتلك النظرية التقنيين المدني الفرنسي و التقنيين اللاتينية الأخرى يتزعمها الفقيه سافيني حيث يرى أنصار النظرية انه لا يكفي توافر وضع اليد على العقار لتحقق السيطرة المادية للحيابة و إنما لا بد من وجود إرادة معينة تضاف إلى وضع اليد. حيث يعتبر الفقيه سانيان الإرادة الشخصية للحائز هي العنصر الأساسي للحيابة الحقيقية.

¹ - منصور محمد حسين ، الحقوق العينية الأصلية ، بيروت ، الدار الجامعية ، 2000، ص 276 ، 279 .

² - منصور محمد حسين ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع نفسه، ص 280 .

و لما كان وضع اليد واقعة مادية تتطابق و الواقعة القانونية للملكية فان القصد في الحيازة ليس شيئاً
خر سوى قصد ممارسة الملكية.

فالقصد أمر شخصي لا يتصور توافره في غير الحائز .

فإذا كان الحق حق ملكية وجب ان يتوافر عند الحائز قصد استعمال حق الملكية لحساب نفسه
فيتصرف في الشيء تصرف الملاك يستعمله و يستغله و يستهلكه كما يفعل المالك اما لو كان الحق
هو حق ارتفاق او حق انتفاع وجب ان يتصرف الحائز كما لو كان هو صاحب الحق و قد توافرت
عنده نية استعماله لحساب نفسه .

أما الحائز لحساب غيره كالمستأجر و المستعير والمودع... الخ فلا يتوافر عنده عنصر القصد إذ هو
لا يستعمل الشيء لحساب نفسه بل يستعمله لحساب المؤجر او المعير او المودع و لما كانت النية
تتعلق بالشخص سميت النظرية بالنظرية الشخصية.

لذلك أجاز المشرع الجزائري في م 809 من ق.م.ج لغير المميز أن يكسب الحيازة عن طريق من
ينوب عنه نيابة قانونية طالما يباشر السيطرة الفعلية المكونة للعنصر المادي للحيازة بواسطة الغير بينما
العنصر المعنوي المتمثل في القصد مباشرة بالوساطة بل يجب ان لدى الحائز شخصياً.

إلا انه يأخذ في النظرية انها لا تقوم على اسس كافية لان من يضع يده على العقار او الحق العيني
العقاري يمكن ان يتوافر له القصد بطريقتين مختلفتين اذ يمكن ان يمارس حق ملكية الغير او حق
الملكية الخاص له ففي الحالة الاولى فهو يعترف بهذا الحق للغير و لا تتوافر لديه نية التملك اللازمة
لتحول وضع اليد الى حيازة حقيقية .

أما الحالة الثانية بالنسبة لمن يضع يده بقصد ممارسة حق الملكية لحسابه الخاص و ليعتبر حائزاً
قانونياً يجب أن يكون وضع اليد بنية تملكه أي ان يدعي في الواقع انه مالك لهذا العقار .
ان الغرض الوحيد لنية التملك هو تحديد طبيعية القصد المتطلب في الحيازة و ينصب على ما يكون
للمالك من حق و عليه فكرة الحيازة لا تتطلب أكثر من قصد التملك و لا تفترض ان يكون الحائز مالكا
حقيقياً.

و الأصل أن العنصر المعنوي لا يجوز مباشرته بالوساطة لأنه امر شخص و مع ذلك يجوز استناد او
متى يعتبر واضع اليد حائزاً لحق الملكية اشترط المشرع ان يتوافر فيه نية التملك.

و إذا كان الحائز مميّزاً يجوز ان يتوافر لديه عنصر القصد حيث لا يشترط في ان يتوافر هذا العنصر
كمال الأهلية بل يكفي عنصر التمييز .

نظراً لتلك الأسباب و الانتقادات ظهر على نقيض هذه النظرية ما يقابلها و هي النظرية المادية.¹

¹ - ملدي عبد الرحمان ، محاضرات في القانون المدني ، ألفت على طلبية المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة الثالثة ،
الجزائر، 2002-2003 (غير منشور) ص 15 .

2- النظرية المادية :

يتزعم النظرية المادية الفقيه (أهرنج) إذ ذهب إلى أن عنصر القصد ليس مستقلا عن عنصر السيطرة المادية لأن الركن المادي في الحياة يتضمن في حد ذاته الركن المعنوي لان القصد ينصب على واقعة وضع اليد و يضيف :

"القصد هو إرادة استخدام الشيء و تحقيق السيطرة عليه في حين ان الركن المادي هو المظهر الخارجي لهذه الإرادية نفسها و يجب ان يمارس بإرادة واعية و الذي من دونه لا تتوافر سوى رابطة جوار محلي ."

و عليه توصل (اهرنج) تبعا لذلك ان معيار تمييز الحياة عن مجرد الإحراز لا يتمثل في قصد الحائز أن يحوز لحسابه كما جاء في النظرية الشخصية أن وجود هذا القصد ليس ضروريا لقيام الحياة و قد يحوز الشخص لحساب غيره ، و مع ذلك يعتبر حائزا بالمعنى الصحيح مثل المستأجر و لعل اهم نتيجة عملية للنظرية المادية هي جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحياة حيث لا تحميه النظرية الشخصية تطبيقا لهذه النتيجة قرر المشرع حماية حياة المستأجر إذ لا يجوز لحساب نفسه بل لحساب المؤجر و حينئذ تحميه النظرية المادية بجميع دعاوى الحياة بينما لا تحميه النظرية الشخصية. و يمتد الاختلاف بين موقف التشريعات من النظريتين حيث يأخذ التشريع الألماني و النمساوي بالنظرية المادية و التشريع الفرنسي و المصري بالنظرية الشخصية.¹

أما موقف المشرع الجزائري :

من حيث النظرية الشخصية و النظرية المادية :

سار المشرع الجزائري عن طريق التشريع الفرنسي و المصري حيث اخذ بالنظرية الشخصية في الحياة كقاعدة عامة واخذ بالنظرية المادية إسنادا عندما استعار من النظرية المادية أهم نتائجها و هي امتداد الحياة إلى الحقوق الشخصية و عدم اقتصارها على الحقوق العينية و ذلك اعتبار المستأجر حائز لحقه الشخصي و في حيازته هذه يجمع دعاوى الحياة في المادة 487 ق.م.ج فحياة المستأجر حياة عرضية تحميها النظرية المادية إلا أن النظرية الشخصية لا تحميها و هو خروج عن القاعدة العامة فالمشرع عندما يريد الخروج على القاعدة يضطر إلى إيراد نص خاص.²

الفرع الثاني : شروط صحة ممارسة الحياة

¹ - زروت اسيا , الحياة كسبب من أسباب إكتساب الملكية في القانون الجزائري ,مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البلدية ، دفعة 2003/2004 ، ص 20 .

² - خالد جلالة ، طرق إكتساب الملكية العقارية ,مرجع سابق ، ص 33 .

إضافة إلى عنصرها وجب توفر شروط حتى تكون الحيابة طريقا لكسب الملكية وهذا ما نصت عليه م 808 ق.م.ج و هي ثلاثة شروط الهدوء ، الظهور، الوضوح ، كما أضاف شرط الاستمرارية في م 827 من نفس القانون.

غير انه لم يكتف بكيفية الممارسة الصحيحة بل وضع جملة من الشروط بالنسبة للعقار محل الحيابة . فيجب تحت طائلة رفض الإجراء من طرق المحافظ العقاري لشهر التصرف على مستوى مصلحة الشهر ان يتصرف بمميزات تجعله صالحا ان يمتلك بوضع اليد فيجب أن لا تكون ملكية الحائز ثابتة بسند رسمي.

لذلك سنتناول شروط صحة ممارسة الحيابة و كذلك تلك المتعلقة بالعقار محل الحيابة.

أولا : شروط صحة ممارسة الحيابة

لا يكفي لممارسة الحيابة توافر عنصرها المادي و المعنوي معا و إنما يجب ان تكون خالية من العيوب و إلا كانت غير منتجة لآثارها في مواجهة الشخص الذي يقوم هذا العيب بالنسبة له. و هناك عيوب تمس الركن المادي و أخرى تمس الركن المعنوي و عليه نفصل تلك الشروط انطلاقا من طبيعة ركن الحيابة و تطبيق لذلك نتناول تلك العيوب من خلال شروط صحة الحيابة التي تمس الركن المادي و التي تمس الركن المعنوي فيما يلي:

1- شروط صحة الحيابة التي تمس الركن المادي:

إن قيام الركن المادي لا يتوقف على مجرد الممارسة فقط بل هناك جملة من الشروط واجبة التوافر في كيفية الممارسة ترتب آثار قانونية بالنسبة للحائز أو في مواجهة الغير و عليه نتناول تلك الشروط .

المبحث الثاني : آثار الحيابة القانونية

للحيابة القانونية الصحيحة أثر مزدوج يتمثل الأول في إثبات الحق العيني تطبيقا لمبدأ الحيابة المادية قرينة على الحيابة القانونية و الحيابة القانونية قرينة على الملكية إلى أن يقوم العكس و يمثل الثاني أنها سبب لكسب الملكية العقارية إذا استمرت مدة معينة من الزمن و بطلت على مصطلح التقادم المكسب حيث يكتسب الحائز ملكية العقار بالتقادم الطويل أما لو اقترنت بالسند الصحيح و حسن النية تؤدي إلى كسب ملكية العقار بالتقادم القصير على أن تستمر مدة التقادم من دون وقف و لا انقطاع.

لذا سنتناول من خلال هذا المبحث : ماهية التقادم المكسب و أحكام عامة حول التقادم المكسب

المطلب الأول : ماهية التقادم المكسب

لاكتساب ما يحاز لملكية الحق الذي يجوز المشرع الجزائري أن تقرضه الحيازة القانونية بالتقادم المكسب لمختلف أنواعه لذلك ما ظهر التقادم المكسب في القانون الروماني و كان في بادئ الأمر يخص الرومانيين فقط. و كانت مدته قصيرة جدا تتراوح ما بين سنة و سنتين و وجب على صاحب الحق استرداد حقه من الحائز قبل مرور هذه المدة ثم وجد بعض ذلك تقادم خاص بالأجانب مدته 10 سنوات اذا كان الحائز و المالك في نفس الإقليم و 20 سنة اذا كانا يقيمان في إقليمين مختلفين ، و بعد ذلك ظهر نظام مشترك للتقادم يخضع له الرومان و الأجانب على حد سواء تتراوح مدته من عشرة الى عشرين سنة في العقار و تطور بعد ذلك وفقا لما يقدم مصلحة المواطنين و في عهد الإمبراطورية السفلى أصبح التقادم مدته ثلاثون سنة يكسب بها الجائز مع النية ملكية العين و هو ما يصطلح عليه بالتقادم المكسب الطويل.

الفرع الأول : مفهوم التقادم المكسب

التقادم لغة : من القدم و هو نقيض الحدث ، حيث جاء في معجم لسان العرب بأنه من :

قدم يقدم قدما و قدامة و تقادم و قديم¹ فالتقادم إذن مشتق من مصطلح تقادم الذي يرتبط بقدم و بالقدم.

و القدم في مدلولها التخاطبي يقول الأستاذ محمد علي الأمين : يتجاوز في الزمن الفترات الزمنية القصيرة على أن مصطلح التقادم في القانون يتقلب مدلوله بين الأجل القصير و المتوسط و الطويل مما يجعل مصطلح " مرور الزمن" الذي جاءت به الشريعة الإسلامية الأكثر دقة.²

التقادم اصطلاحا : لم يعرف المشرع ج مثل المشرع المصري للتقادم على خلاف المشرع الفرنسي حيث يعرفه هذا الأخير بنص المادة 2219 من القانون المدني بأنه طريق لكسب الحقوق أو للتخلص منها بمرور زمن معين بالشروط المذكورة في القانون³ و من خلال هذا التعريف نخلص إلى أن التقادم نوعان : تقادم مكسب للحق ، و تقادم مسقط له⁴ يعرف الفقه التقادم المكسب بأنه الوسيلة يستطيع بمقتضاها الحائز اذا استمرت حيازته على حق عيني مدة معينة أن يتمسك بكسب هذا الحق.⁵

كما يعرف بأنه وسيلة يكسب بموجبها الحائز ملكية الشيء أو حقا عينيا اخر عليه بموجب حيازة قدوم مدة معينة.⁶

¹ - خالد جلال, طرق اكتساب الملكية العقارية , مرجع سابق , ص 33 .

² - محمد علي الأمين : التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني, دون طبعة , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان 1993 , ص 221

³ Art 2279 « le moyen d'acquérir ou de se libérer pour un certain laps de temps et sous les conditions déterminés pour la loi » J. Poly et C dupony ? pricis de droit civil , 5eme de ; dunod Paris 1967 cit p 111 .

⁴ - محمد كامل مرسي , شرح القانون المدني الجديد , الحقوق العينية الأصلية , الجزء الرابع , الطبعة الثانية , المطبعة العالمية , مصر , 1982 , ص 59.

⁴ - التقادم المسقط : وسيلة للتخلص من الإلزام بمجرد مدة حدودها القانون ، ارجع عدلي أمير خالد : ملك العقارات بوضع اليد ، المرجع السابق ص 236 .

⁵ - وحيد الدين سوار : شرح القانون المدني ، الحقوق العينية , الجزء الأول , دون طبعة , مطابع ألف باء , دمشق 1968 , ص 429.

⁶ - ياسين غانم : التقادم المكسب و المسقط , الجزء الأول , دون طبعة , مطبعة كرم , سوريا , دون سنة , ص 86 .

تبعاً لما تقدم بعد التقادم المكسب سبباً من أسباب كسب الملكية قائم على حيازة ممتدة فترة من الزمان يحددها القانون أي أن التقادم المكسب يقوم على فعل إيجابي من جانب المستفيد منه يمثل في سيطرته الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة مدة معينة يقرها القانون و يترتب عليها آثار معين.

فالتقادم المكسب إذن يحول حالة واقعية إلى الحق.¹

و التقادم المكسب نوعان : تقادم طويل يؤدي إلى كسب الحق العيني على العقار إذا استمرت حيازة إذا استمرت حيازة هذا الحق 15 سنة و تقادم قصير يؤدي إلى كسب الحق العيني على العقار إذا استمرت حيازة ها الحق 10 سنوات إذا كان الحائز حسن النية و مسند في حيازته إلى سبب صحيح.²

حاول جانب من الفقه تبرير الأخذ بنظام التقادم المكسب برده إلى جملة من الاعتبارات الفردية منها:

1/التقادم يقوم على قرينة النزول عن الحق ، فالمالك الذي يترك ماله في يد الغير و يسكت عن المطالبة به مدة من الزمن ، يفترض فيه أنه متنازلاً عن المطالبة بهذا الحق ، فإذا مضت على هذه الحيازة مدة يحددها القانون .

يؤخذ على هذا الرأي :أن النزول عن الحق لا يفترض ، و لو صح هذا الافتراض لوجب السماح للمالك بإقامة الدليل العكسي ، و هذا ما لا يقبل به القانون في نظام التقادم المكسب .³

كما أن القول بهذا الافتراض من شأنه أن يؤدي إلى القول بسقوط حق الملكية بعدم الاستعمال فنكون بصدد تقادم مسقط غير مكسب مع العلم أن الثابت هو أن الملكية لا تسقط بعدم الاستعمال⁴ و أن التقادم المكسب لا يقوم على أساس عدم الاستعمال ، و إنما على أساس الحيازة⁵ .

2/التقادم المكسب جزاء يوقعه القانون على المالك الذي أهمل ملكه و تركه في أيدي الناس دون رعاية منه ، فالمالك الذي يترك ماله على هذه الحالة يكون قد تعدى على الوظيفة الاجتماعية

¹ - عبد المنعم البدرأوي : الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الثالثة، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، مصر ، 1968 .

² - منصور مصطفى منصور : حق الملكية في القانون المدني المصري ، دون طبعة ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، مصر ، 1965 ، ص 403 .

³ - عبد المنعم فرج الصده : الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة، دار النهضة العربية ، لبنان ، دون سنة ، ص 563 .

⁴ - رمضان أبو السعود :المرجع السابق ، ص 608 .

⁵ - عبد المنعم البدرأوي :المرجع السابق ، ص 584 .

المنوطة بحق الملكية ،و بذلك يسقط حقه في طلب الحماية ،بل و يكون حائز المال هو الأجرر بهذا الحماية¹ .

يرد على هذا الرأي أن المالك قد لا يكون مهملا أو مخطئا فقد توجد لديه مبررات قوية تمنعه من استعمال ملكه و مع ذلك لا يحميه القانون ،و كما ينسب الإهمال إلى المالك يمكن في الوقت نفسه نسبة التعدي على ملك الغير للحائز و من هنا لا تصلح فكرة الإهمال أساسا مبررا لفكرة التقادم المكسب² .

الفرع الأول : أساس التقادم المكسب و طبيعته القانونية

تقتضي دراسة التقادم المكسب بنوعيه ،معرفة الأساس الذي بني عليه و الذي جعل معظم التشريعات تأخذ به ،إذ كيف يتم نقل الملكية دون رضا المالك و دون مقابل ؟و ما هي الاعتبارات التي أدت إلى استقرار نظام التقادم المكسب في النظم القانونية الحديثة و القديمة ؟

و إذا كان المشروع الجزائري قد اعتبر التقادم سببا من أسباب كسب الملكية انتقالا ، فإن جانبا من الفقه قد ذهب إلى اعتبار التقادم قرينة على الملكية أو مجرد وسيلة من وسائل إثباتها ،فما هي الطبيعة القانونية للتقادم المكسب ؟

و على هذا نبحت أولا في أساس و مبررات الأخذ بنظام التقادم المكسب ،ثم في الطبيعة القانونية له كما يلي :

أولا : أساس التقادم المكسب

يبدوا لأول وهلة أن نظام التقادم المكسب وسيلة لإغصاب الحقوق باسم القانون³ ، فهو يجعل الغاصب مالكا بمجرد حيازته للحق مدة معينة ، و يجرد المالك من ملكه بدون رضاه و بلا مقابل و هذا ما يجعله منافي للأخلاق و قواعد العدالة⁴ .

فإذا كانت النظم القانونية عادة توضع استجابة لحاجات المجتمع نفسه و لمصلحته العامة ،فإن أخذ معظم الشرائع القديمة والحديثة بنظام التقادم المكسب ، يوحي بأن هذا النظام قائم على اعتبارات و مبررات قوية و هامة¹ .

5- عبد المنعم البدرابي :المرجع نفسه ،ص 583 .

- عدلي أمير خالد :تملك العقارات بوضع اليد ، دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 199 ،ص193 .²

³- ياسين غانم : التقادم المكسب و المسقط ، الجزء الأول ،دون طبعة،مطبعة كرم ، سوريا ، دون سنة ، ص12.

- عبد المنعم فرج الصده :المرجع السابق ،ص 563 .⁴

فما هي هذه الاعتبارات و ما هي هذه المبررات ؟

يتضح مما تقدم أن رد النقادم إلى الاعتبارات الفردية السابقة ، غير كافي لتبريره ،و من ذلك ذهب غالبية الفقهاء إلى القول بأن النقادم يستند إلى اعتبارات عامة تتصل بالصالح العام للمجتمع ككل، و من هذه الاعتبارات نذكر :

- يقتضي الصالح العام للمجتمع ،إقرار الحالات الواقعية التي استقرت فترة من الزمان ،حيث اطمئن إليها الناس و تعاملوا على أساسها ،فالضرورات الاجتماعية تقتضي إقرار هذا الواقع و تحويله إلى حق² ،بالشكل الذي يضع حدا للمنازعات حول هذه الحقوق ،و يضمن استقرار دائم المعاملات حيث يقول الفقيه الفرنسي لوران ،"لو سمحت القوانين في بلد ما للأفراد بالمطالبة بحقوقهم ،و كان قد مضى عليها آلاف السنين ،لعمت الفوضى و اضطرب حبل النظام و تزعزعت المراكز القانونية ،الأمر الذي يجب أن تنتزه عنه المجتمعات"³ .

فالأخذ بنظام التقادم يمنع سماع المحاكم للدعوى بالحق التي مر عليها الزمن الطويل ،تفاديا لاضطراب أعمال المحاكم بسبب كثرة القضايا من جهة و صعوبة التعرف على الحقيقة بسبب فقدان الأدلة مع مرور الزمن الطويل ،من جهة ثانية .

- التقادم المكسب له دور كبير في مجال اثبات حق الملكية و الحقوق العينية الأخرى⁴ ،الأمر الذي يجعله ضرورة عملية لا غنى عنها ،فهو لا يقوم في جميع الأحوال على تأييد الغضب⁵ بل كثيرا ما يساعد المالك على حماية حقه عن طريق تسيير إثباته ،فإثبات الملكية من الأمور الشاقة جدا ،حيث يستلزم إقامة الدليل على السند القانوني للملكية الذي ألت به إلى المالك ،و أن يكون هذا السند صادر من المالك الحقيقي ،كما يتطلب الاحتفاظ بهذه الأدلة إلى ما لا نهاية .

ثانيا :الطبيعة القانونية للتقادم المكسب

- عدلي أمير خالد : تملك العقارات بوضع اليد ،المرجع السابق ،ص 188 و189 .¹

1- فالتقادم يجعل الوضع الفعلي مطابقا للوضع القانوني ،و يصبح من يجوز العين مدة معينة هو المالك لها .أنظر عبد المنعم فرج الصده :المرجع السابق ،ص 563 .

2- رمضان أبو السعود :المرجع السابق ،ص 609 .

4. - . Dupontdelestrait ,Droit Civil ,Les droits réels principaux P29.

- عبد المنعم البدرابي :المرجع السابق ،ص 584 .⁵

اختلف شرح القانون المدني حول الطبيعة القانونية للتقادم المكسب ،حيث انقسم غالبيتهم إلى فريقين ،فريق يرى أن التقادم يعد قرينة قانونية على المكية ،و يرى الفريق الثاني بأن التقادم سبب مكسب للملكية.

أولاً : رأي الفريق الأول

يرى جانب كبير من الفقه أن التقادم ما هو إلا قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحائز للحق الذي يحوزه ¹ ، حيث ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أنه "إذا ثبتت الحياة تكون قرينة على الملكية ، فيفرض أن الحائز هو المالك حتى يقوم الدليل على العكس ² .

فالأساس التشريعي للتملك بالتقادم عند هؤلاء هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد ، والدليل على ذلك ، هو أن المشرع في إقراره للتقادم يعتبر أن حياة الحق المدة الطويلة قرينة على الملكية ، حيث في أغلب الأحوال يكون الحائز هو المالك الحقيقي ، و لكنه عاجز عن إثبات ملكيته ، فقرر التقادم لإعفائه من الإثبات .

هذا إلى جانب كون التقادم المكسب يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة الحائز ³ إذا تملك بالتقادم ما كان ملكاً للغير ، برد هذه العين لو كنا بصدد قاعدة موضوعية لما يخلف عنها هذا الالتزام ⁴ .

و عليه يجب اثبات سند ملكية السلف و سند ملكية السلف و هكذا حتى نصل إلى المالك الأول صاحب السند المنشأ للملكية ابتداءً كالاستيلاء ⁵ .

و لاشك أن تتبع أصول الملكية على هذا النحو أمراً شاق و مطالبة المالك بهذا هي مطالبة بالمستحيل ،و تسهياً على المالك في إثبات ملكه كان لابد من اعتماد نظام التقادم المكسب ، حيث يكفي أن يثبت المالك استمرار حيازته هو أو حيازته و حياة سلفه المدة القانونية لقيام التقادم المكسب ، و كما يقول عبد المنعم البدرابي يكفي المالك أن يقول "إنني مالك ، و على فرض إنني لم أكن كذلك ، فقد أصبحت مالكا بالتقادم المكسب" ⁶ .

¹ - عبد الرزاق السنهوري :المرجع السابق ،ص 790 .

² - عدلي أمير خالد : يملك العقارات بوضع اليد ،المرجع السابق ،ص 181 .

³ - رمضان أبو السعود :المرجع السابق ،ص 612 .

⁴ - رمضان أبو السعود :المرجع السابق ،ص 612 .

⁵ - عبد المنعم البدرابي :المرجع السابق ،ص 585 .

⁶ - عبد المنعم البدرابي :المرجع نفسه ،ص 585 .

فالحيازة تعد قرينة قانونية بسيطة على شرعية الملك ، و ترتفع إلى مصاف القرائن القانونية القاطعة التي لا تقبل النقص ،إذا استمرت هذه الحيازة المدة القانونية المطلوبة لقيام التقادم المكسب

3/تتقاضى المصالح الاقتصادية للمجتمع إيثار الحائز الذي يحرص على استعمال الشيء و استغلاله بشروط معينة على المالك الذي يقعد عن هذا الاستغلال و يتسبب في تعطيل الوظيفة الاجتماعية للحقوق المالية ،فوضع اليد على مال الغير المصحوب بالاستصلاح و الاستثمار المدة الطويلة كافي لإزالة أثر الغضب ، فقد جرى العمل على تغليب المصالح العامة عن المصالح الفردية ، و التضحية بهذه الأخيرة عند استحالة التوفيق بينهما ¹ .

كما أن النظام الاقتصادي يقتضي إحاطة المعاملات بسياج من الثقة ، و قطع كل السبل أمام المنازعات التي تعرقل عملية الاستثمار . خاصة في مال الملكية العقارية .

يؤخذ على هذا الرأي مأخذان :

الرأي الأول : القول بأن التقادم المكسب قرينة على الملكية ينطوى على الخلط بين القرينة القانونية و القاعدة الموضوعية التي تقوم على فكرة القرنية ² حيث هناك قواعد موضوعية قد يستلهم المشارع فيها فكرة القرينة ،فيقرر على هذه الفكرة حكما موضوعيا،و في هذه الحالة تعد القرينة مجرد دافع و تبرير لإقرار المشرع لهذا الحكم الموضوعي،فحيازة الحق المدة الطويلة قامت في تقدير المشرع قرينة على الملكية ،و في ضوء هذه الفكرة قرر و جعل التقادم سببا مكسبا للملكية ³ .

الرأي الثاني :القول بأن هناك قرينة قانونية قاطعة قول ليس له معنى قانوني فهو ليس إلا تعبير غير سليم عن قاعدة موضوعية ،ففكرة القرينة القانونية القاطعة فكرة مشكوك في صحتها ،فالقرينة قاعدة إثبات و دليل من الأدلة ،و الدليل لا بد من أن يقبل إثبات العكس ،و متى امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية .

ثانيا :رأي الفريق الثاني

¹- وحيد الدين سوار : شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 433 .

² - عدلي أمير خالد :تملك العقارات بوضع اليد ،المرجع السابق ،ص 184 .

³ - اعتبارات أخرى تتصل بالصالح العام و قد سبق بيانها في هذا الفصل التمهيدي .

يذهب غالبية الفقهاء في فرنسا و مصر إلى اعتبار التقادم سببا مباشرا لكسب الملكية أو الحق العيني ، و ليس بمجرد قرينة قانونية ، فالحائز إذا تمسك بالتقادم سيستفيد من قاعدة موضوعية تكسب الحق ، و ليس من قاعدة إثبات تعفيه من إثبات حقه ¹ .

فحيازة الحق العيني المدة الطويلة يعد بذاته سببا مكسبا للملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها الأخرى و يعفى الحائز الذي يتمسك به من تقديم الدليل على مصدر ملكيته و صحة سندها .

و بهذا الرأي الأخير أخذ المشرع الجزائري ،حيث اعتبر التقادم سببا من أسباب كسب الملكية و الحقوق العينية الأخرى و نظمه في الفصل الثاني من الكتاب الثالث تحت عنوان طرق اكتساب الملكية ،بموجب المواد من 827 إلى 836 من القانون المدني ،و ذلك ضمن القسم السادس من هذا الفصل الخاص بالحيازة ،حيث تنص المادة 27 على أنه "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به ،صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمس عشر سنة بدون انقطاع" .

و عليه نخلص إلى القول بأن حيازة العقار بنية تملكه و التصرف فيه طوال مدة التقادم تصرف المالك فيما يملك يعد سببا مستقلا لكسب الملكية .

الفرع الثاني : تمييز التقادم المكسب عن الأنظمة القانونية المشابهة له

بعد تعريف التقادم المكسب و تحديد مجاله ، نحاول تمييزه عما قد يختلط به في القانون المدني و على هذا نميز بينه و بين كل من الاستيلاء و التقادم المسقط .

أولا : تمييز التقادم المكسب عن الاستيلاء

قد يختلط مفهوم كل من التقادم المكسب و الاستيلاء ² على أساس أن كل منهما وضع يد على المال بنية تملكه ، و هذا ما يدعونا إلى التمييز بينها كما يلي :

الاستيلاء هو أول أسباب كسب الملكية ، و هو أساس كل ملكية وجدت إبتداء في هذا الوجود ، إذ كانت جميع الأشياء مباحة لا يملكها أحد ، و يملكها الناس بالاستيلاء ثم تصرفوا فيها و توارثوها ³

¹ - عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الاصلية ،المرجع السابق ، ص 566-567 .

² - يصطلح على الاستيلاء عن الشريعة الإسلامية ب"وضع اليد على المال المباح" أو إفراز المباحات .انظر ياسين غانم التقادم المكسب و المسقط المرجع السابق ،ص 23 .

³ - علي الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي ، مصر ،دون سنة ، ص 73 .

والاستيلاء إذن هو وضع اليد على المال غير المملوك لأحد بنية التملك ، فيكسب واضع اليد ملكية هذا المال في الحال ، و عليه يشترط لتمكن العقار و المنقول بالاستيلاء أن يكون المال غير قابل للتملك و غير مملوك لأحد ، و أن يتم حيازة هذا المال مع نية الحائز في تملكه في الحال ¹ .

و تجدر الملاحظة أن الاستيلاء لم يعد من أسباب كسب الملكية حديثا ، على أساس أنه لا يرد إلا على الأموال التي لا مالك لها و جل التشريعات تجعل الأموال التي لا مالك لها ملكا للدولة .

و بهذا الموقف أخذ المشرع الجزائري حيث تنص المادة 773 من القانون المدني الجزائري " تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك ، و كذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم " ² .

بعد تحديد مفهوم الاستيلاء يمكننا الوقوف عند نقاط الاختلاف و أوجه التشابه بينه التقادم المكسب

- يتفق التقادم المكسب مع الاستيلاء في أن كلاهما يقوم على وضع مادي يتمثل في وضع الحيازة على المال بنية التملك ، و بهذا فهما لا يتطلبان أهلية معينة ، حيث يمكن لغير المالك يملك بالتقادم كما يملك بالاستيلاء ³ .

- يختلف التقادم المكسب عن الاستيلاء في أمور منها ⁴ :

1- التقادم المكسب : يكسب حق الملكية و الحقوق العينية الأصلية الأخرى ، أما الاستيلاء مصدر مولد لحق الملكية دون بقية الحقوق العينية الأصلية ، و عليه فالتقادم المكسب أوسع نطاق الاستيلاء

2- التقادم المكسب سبب ناقل للملكية من المالك الأصلي إلى الحائز بينما بعد الاستيلاء للملكية فهو يكسب حق الملكية ابتداءا .

3- التقادم المكسب يكسب الحائز الملكية بعد أن تستمر حيازته مدة معينة بينما الاستيلاء المستولى الملكية في الحال .

¹ - عدلي أمير خالد : اكتساب الملكية العقارية بالحيازة ، المرجع السابق ص 67 .

² - نفس الحكم كرس بنص المادة 18 من قانون الأملاك الوطنية 30/90 حيث تنص : "تشمل الأملاك الوطنية الخاصة للدولة خصوصا على ما يلي :... الأملاك الشاغرة و الأملاك التي لا مالك لها ...".

- علي الخفيف : أحكام المعاملات الشرعية ، المرجع السابق ، ص 79.³

⁴ - عدلي أمير خالد : اكتساب الملكية العقارية بالحيازة ، المرجع السابق ، ص 72 و 73 .

4- التقادم المكسب يتخلف عنه التزام طبيعي¹ في ذمة المالك الجديد اتجاه المالك بينما لا يخلف الاستيلاء هذا الالتزام لأن المال لم يكن ملكا لأحد من قبل .

5- في التقادم المكسب يشترط في الحائز أن تكون حيازته للحق صحيحة خالية من العيوب التي قد تشوبها ،بينما لا يشترط ذلك في الاستيلاء حيث يكفي أن يضع المستولي يده على المال الذي لا مالك له بنية التملك .

ثانيا :تميز التقادم المكسب عن التقادم المسقط

إذا كان التقادم المكسب طريق لكسب الحق العيني بعد حيازة الشيء موضوع الحق المدة القانونية ، فإن التقادم المسقط² وسيلة لانقضاء الحق إذا سكت صاحبه عن استعماله أو اقتضائه مدة زمنية معينة³ ،و تمسك به من له مصلحة في ذلك .

فالزمن هو العنصر المشترك في كلا النظامين ، كما و أن كلاهما تقادم مكسب و مسقط في نفس الوقت⁴ لكن هذا لا يفيد وحدة النظامين حيث يتفق التقادم المكسب مع التقادم المسقط في مجموعة من القواعد المشتركة ، و يختلف عنه في مجموعة من النقاط ، و هذا ما نبينه فيما يلي:

❖ أوجه الاختلاف بين التقادم المكسب و التقادم المسقط :

يختلف التقادم المكسب عن التقادم المسقط من حيث أساس كل منهما و مجال تطبيقه ،و من حيث الأثر المترتب على كل منهما ،و مدى الاعتداد بحسن النية و من حيث الوقف و الانقطاع⁵ .

1- التقادم المكسب يقوم على واقعة إيجابية من جانب المستفيد به ، وهي الحيازة الممتدة مدة من الزمن ، على خلاف التقادم المسقط الذي يقوم على واقعة سلبية و هي سكوت صاحب الحق على المطالبة به أو عن استعماله مدة معينة .

¹- الالتزام الطبيعي : هو الالتزام الذي يفقد عنصر المسؤولية حيث يترأى التقادم انقضاء الالتزام ،و لكن يخلف في ذمة المدين التزام طبيعي .

²- نص المشرع الجزائري التقادم المسقط كطريق لانقضاء الالتزام دون الوفاء به ، بموجب المواد من 308 إلى 322 من القانون المدني الجزائري .

³- محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدني الجديد ،المرجع السابق ص 59 و 60 .

⁴- عدلي أمير خالد : اكتساب الملكية العقارية بالحيازة :المرجع السابق ص 73 .

⁵- وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 438 و 439 .

2- التقادم المكسب مجال تطبيقه مقصور على الحقوق العينية دون سواها في حين أن التقادم المسقط نطاقه أوسع إذ يسرى على جميع الحقوق الشخصية و العينية¹ عدا حق الملكية فهو الحق العيني الوحيد الذي لا يسقط بعدم الاستعمال و إنما يتم فقده إذا اكتسبه الغير بالتقادم المكسب² .

3- أما من حيث الأثر فالتقادم المكسب لا يقتصر فقط على تأييد حالة واقعية و لكن يحول الواقع إلى حق ،فهو يحول الحيازة إلى حق ملكية أو إلى حق على مال الغير ،أما التقادم المسقط فيقتصر على تثبيت لحالة واقعية استمرت مدة من الزمن ،فهو يخلص المدين من دعوى الدائن و يخلص المالك من الحق الذي ينقل ملكيته ،و لا يكسبهما أي حق³ ، و بناء عليه فإن التقادم المكسب وسيلة للدفاع فحسب ، فهو لا يعطي المدين سوى دفع يمكنه به صد دعوى الدائن ،أما التقادم المكسب فيمكن التمسك به عن طريق الدفع و عن طريق الدعوى⁴ ،فالحائز أصبح مالكا لما يحوزه ، و بذلك له أن يحمي ملكه أو حقه عن طريق الدعوى و الدفع معا .

4- التقادم المكسب يعتمد فيه بحسن نية المستفيد به ، فالحائز حسن الذي يكتسب الحق العيني العقاري في مد أقصر من تلك التي يمتلك بها الحائز سيء النية ، أما التقادم المسقط فلا اعتداد فيه بحسن النية .

5- و من حيث وقف التقادم ، التقادم المكسب أيا كانت مدته يوقف متى وجد سبب لوقفه ،على خلاف التقادم المسقط إذا كانت مدته لا تزيد عن خمس سنوات لا يقبل الوقف حتى مع وجود سبب يوجب وقفه⁵ .

6- التقادم المكسب ينقطع بتفقد الحيازة-الانقطاع الطبيعي-على خلاف التقادم المسقط الذي لا يعرف هذا النوع من الانقطاع⁶ .

❖ أوجه التشابه بين التقادم المكسب و التقادم المسقط :

¹ - ينتهي حق الارتفاق بعدم الاستعمال مدة 10 سنوات ، تبعا للمادة 879 ق م ج .

² - رمضان أبو السعود : الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ،المرجع السابق ،ص 606 .

³ - عبد المنعم البدرأوي : الحقوق العينية الأصلية ،المرجع السابق ،ص 582 .

1- أسيا زروت ،الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري ،مذكرة ليسانس في العلوم القانونية والإدارية ، جامعة سعد دحلب ،البليدة ،2004 ، ص 49 .

⁵ - و ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة 15 سنة تبعا للمادة 854 ق م ج

⁶ - وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني ،المرجع السابق ، ص 439 .

على الرغم من الفوارق الجوهرية بين كل من التقادم المكسب و التقادم المسقط سالف الذكر فإنهما يخضعان لمجموع من القواعد المشتركة أوردها المشرع عند الكلام عن التقادم المسقط ثم أحال عليها بنص صريح عند الكلام عن التقادم المكسب ، حيث تنص المادة 832 ق م ج "تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة و وقف التقادم و انقطاعه و التمسك به أمام القضاء و التنازل عنه و الاتفاق على تعديل المدة و ذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب و مع مراعاة الأحكام التالية".

و على هذا يتفق التقادم المكسب مع التقادم المسقط من الوجوه الآتية :

1- فمن حيث التمسك بالتقادم : من الثابت أن قواعد التقادم المكسب و المسقط ليست من النظام العام ،فليس للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بأي منهما و إنما يجب على ذوي الشأن التمسك به أمام القضاء ¹ .

2- و من حيث حساب مدة التقادم : تحسب مدة التقادم بنوعية بالأيام لا بالساعات و لا يحسب اليوم الأول و تكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها ² .

3- لا يجوز النزول عن التقادم مسبقا و قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون ³ .فمدة التقادم من النام العام و إنما يجوز التنازل عن التقادم المكسب و المسقط بعد ثبوت الحق فيه ،غير أن هذا التصرف لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم ⁴ .

4- ومن حيث وقف التقادم و انقطاعه : ينقطع التقادم المكسب و يوقف بذات الأسباب التي ينقطع و يوقف بها التقادم المسقط ،مع ملاحظة أن التقادم المكسب ينقطع بفقد الحيابة ،في حين أن التقادم المسقط لا يعرف هذا النوع من الانقطاع ⁵ ، كما أن التقادم المكسب يقبل الوقف مهما كانت مدته

¹ - عبد المنعم البدرابي ،الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص 590 .

² - محمود لبيب شنب ، اكتساب الملكية بالتقادم ، مجموع أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري ، قسم البحوث و الدراسات القانونية و الشرعية ، جامعة الدول العربية ، مصر ، 1972 ، ص 31

³ - محمود لبيب شنب ، نفس المرجع ، ص 35 .

⁴ - عبد الرحمان ملزمي ، محاضرة في قانون الأملاك الوطنية ، أقيمت على طلبة المعهد الوطني للقضاة ، دون تاريخ

⁵ - عبد الرزاق السنهوري :مرجع سابق ، ص 986 .

متى وجد سبب لوقفه ، بخلاف التقادم المسقط الذي لا يقبل الوقف مطلقا إذا لم تزد مدته عن الخمس سنوات ¹ .

نخلص مما تقدم إلى أن التقادم المكسب و إن كان يتفق في بعض الوجوه مع التقادم المسقط و الاستيلاء ، إلا أنه يتميز عنهما في نقاط جوهرية ، تجعل منه نظام قانوني مستقل بكيانه ، حيث جعله المشرع الجزائري السبب السابع لكسب الملكية بعد الاستيلاء و الميراث و الوصية والالتصاق والعقد والشفعة و نظم أحكامه بموجب المواد من 827 إلى 834 ضمن القسم السادس من الفصل الثاني من الكتاب الثالث من القانون المدني الجزائري .

الفرع الثالث : شروط التقادم المكسب للملكية العقارية

التقادم المكسب ² وسيلة يكسب بها الحائز ملكية العقار أو الحق العيني عليه اذا استمرت حيازته مدة معينة و يتمسك بكسب هذا الحق. ³

و هو نظام يقوم على اعتبارات تتصل بالمصالح العام و تهدف إلى استقرار التعامل حيث ورد في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الفرنسي أنه " من بين القواعد المنصوص عليها في القانون المدني الأكثر ضرورة للنظام الاجتماعي. " ⁴

و ينحصر مجال التقادم المكسب في الحقوق العينية التي يجوز حيازتها على غرار التقادم المسقط الذي يتسع مجاله ليشمل جميع الحقوق المالية.

المشرع الجزائري حدد من خلال المواد 827 - 828 - 829 من القانون المدني ثلاثة أنواع للتقادم المكسب تقادم طويل ، تقادم قصير ، و تقادم الحقوق الميراثية و كل نوع من أنواع التقادم يرد على حق معين فالتقادم الطويل يؤدي إلى كسب الحق العيني العقار وحدها و على رأسها حق الملكية اذا استمرت حيازة هذا الحق مدة 15 سنة طبقا للمادة 827 من ق.م.ج أما التقادم القصير يؤدي إلى كسب الحق

¹ - ياسين غانم : التقادم المكسب و المسقط ، مرجع سابق ، ص 80 .

² - محمد عبد الجواد: الحيازة و التقادم المكسب في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1997 ، ص 39 . " يرجع أصل التقادم المكسب إلى القانون الروماني و الألواح الإثني عشر الذي أقر الملكية الحائز العقار و لو لمدة سنتين".

³ - فيصل إبراهيم سعد : الحقوق العينية الأصلية : المرجع السابق ص 419 .

⁴ - Mazeard(H/L.J) : leçon de droit civil op cité p

العين فقط من استمرت حيازات مدة 10 سنوات بشرط أن يكون الحائز له حسن النية و مسندا في حيازته إلى سبب صحيح طبقا لنص المادة 828 ق.م.ج و من دون انقطاع أو وقت.

وبناء على ما تقدم هناك نوعان رئيسيان من التقادم المكسب يوجدان في جميع القوانين العربية :

النوع الأول : التقادم الطويل : يسري على العقار المنقول و به يكون للحائز أن يكسب الملكية أو حق العيني محل الحيازة اذا استمرت حيازته 15 سنة و هو التقادم الذي نصت عليه م 827 ق.م.ج .

النوع الثاني : التقادم المكسب العشري: لا يسري إلا على العقار فقط و به يكون للحائز أن يكسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة إذا استمرت حيازته 10 سنوات و كانت مقترنة بحسن النية و مسندة إلى سبب صحيح.

و عليه تنقسم شروط التقادم المكسب إلى طائفتين : شرط الحيازة و شرط استمرار الحيازة مدة معينة .

أولا : شرط الحيازة :

يجب لإكتساب الحق العيني بالتقادم المكسب أيأ كانت مدته أن توجد حيازة قانونية صحيحة مستوفية لعنصرها المادي و المعنوي ، و أن تصدر مباشرة من الحائز أعمال مادية و لحسابه¹ و عليه إذا كانت الحيازة العرضية فلا تكون مؤهلة لاكتساب الحق بالتقادم إلا اذا تغيرت صفة حيازته من عرضية إلى أصلية و دلت بفعل الغير أو بفعل من يعارض به حق المالك. و ما يقال عن الحيازة العرضية يقال عن الحيازة القائمة على عمل من أعمال التسامح أو الإباحة فهذه الأخيرة تتوقف على طلب المالك و مهما طال مدت استعمال الغير للحق المتسامح فيه فإنه لا يجوز كسبه بالتقادم مهما طال مدت استعمال الغير للحق المتسامح فيه².

تعريف التقادم المكسب :

التقادم المكسب هو وسيلة لانقضاء حق سكت عنه صاحبه عند اقتضاءه أو استعماله مدة معينة³ و يرى الدكتور السنهوري أن التقادم المسقط يقضي الحقوق الشخصية و الحقوق العينية ما عدا حق الملكية إذا

¹ - رمضان أبو السعود : الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1985 ، ص 334 .

² - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ص 1021 .

³ - د. عبد المنعم خرج المدة الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص 561 .

لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة و منه فالتقادم المسقط يعني وسيلة للتخلص من الالتزام بمجرد مرور مدة فهو واقعة سلبية¹ شمل في سكوت صاحب الحق طوال المدة القانونية المحددة للتقادم.

و يشترك التقادم المسقط و التقادم المكسب في عدة نقاط و هي :

حساب المدة ، وقت التقادم و انقطاعه ، وجوب التمسك بالتقادم و النزول عنه وفقا لما نص عليه أحكام المادة 832 قانون مدني جزائري ، حيث نصت على أنه " تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة و وقت التقادم و انقطاعه و التمسك به أمام القضاء و التنازل عنه و الإتفاق على تعديل المدة و ذلك بالقدر الذي لا يتعارض فيه هذه القواعد مع طريقة التقادم المكسب."

ثانيا : شروط استمرار الحيازة مدة معينة

إن الحيازة المؤهلة لكسب الحق بالتقادم يجب أن تستمر فترة من الزمن يقدرها الشرع حتى يتيح للمالك الحقيقي الكافي للإعتراض على هذه الحيازة و استرداد العقار من الحائز ، و ذلك معناه أن التقادم يحتج به على مالك لم يطالب بحقه وقتا يقدره المشرع و يعد كافيًا لتفضيل الحائز عليه من بعده.

و تختلف حسب نوع التقادم ما إذا كان تقادما قصيرا أو طويلا.²

و القاعدة العامة أن مدة التقادم المكسب هي 15 سنة و هي المدة الطويلة في التقادم الطويل و ذلك طبقا للمادة 827 من القانون المدني الجزائري ، و إسنادا تكون 10 سنوات في التقادم المكسب القصير ، المادة 828 من نفس القانون و تبين من نص المادة 829 كذلك أن هناك نوع ثالث من التقادم مدته 33 سنة في الحقوق الميراثية بقولها :

" لا يكتسب بالتقادم جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا و ثلاثين سنة" و بالتالي الوارث الحائز للحق العيني لأحد شركاءه في الميراث على الشيوع فإنه يمتلكه إذا دامت حيازته له 33 سنة و بقي الوريث صاحب الحق ساكتا طيلة هذه المدة و لم يطالب بحقه في الميراث.³

¹ - د. عدلي أمير خالد : تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري و قوانين البلاد العربية مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، طبعة 1992 ، ص 237 .

² - فريدة محمدي زواوي ، المرجع السابق ، ص 90 .

³ - يرفض بعض الفقه المصري هذا النوع من التقادم في الحقوق الميراثية لاعتقادهم أن الحيازة لا تجوز في التركة و التي هي عبارة عن مجموع من المال غير المفرز .

وقضت المحكمة العليا أن " تقادم حقوق الارث الوارد في النص المادة هو تقادم مكسب و على الوارث الذي يطالب بحقه في الإرث طيلة 33 سنة اثبات دوام حيازته¹.

إلا أن الحيازة بسوء النية لا تمنع من اكتساب الحق بالتقادم الطويل لأنه شرط مقصور على التقادم المكسب القصير و يجب فضلا عن ذلك أن تكون الحيازة خالية من العيوب لأن الحيازة المعيبة لا تؤدي إلى التملك بالتقادم ، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 802 الفقرة الثانية من القانون المدني² ، و هو ما جاء في المادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 على أنه : " كل شخص يحوز في تراب البلديات ... حيازة مستمرة غير منقطعة و لا متنازع عليها و علانية وليست مشوبة بلبس ، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص اقليميا ، اعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية.

باستقرار هذا النص نجد أن المشرع حاول أن يضبط الشروط الواجب توفرها في الحيازة التي تمكن صاحبها من اللجوء إلى الموثق للمطالبة بإعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب.³

و عليه فإن ما يشترطه القانون في الحيازة يعد من الوقائع المادية التي يجوز اثباتها بكافة الطرق كما قرر المجلس الأعلى سابقا أنه لا يجوز اثبات الحيازة بجميع الوسائل بما في ذلك الإقرار و اليمين لان الحيازة واقعة مادية.⁴

و هو الأمر الذي انتهت اليه المحكمة العليا مضيئة أن الحيازة من مسائل الواقع التي لا تخضع لوقاية المحكمة العليا.⁵

وهو ما يوافق قرار محكمة النقض الفرنسية⁶ و محكمة النقض المصرية و الذي جاء فيه :

¹- قرار إداري رقم : 200232 ، الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ، الجزء الأول ، المؤرخ في 20/02/2002 (منشور) ، ص 150 .

²- فريدة محمدي زواوي ، مرجع سابق ، ص 39 .

³- الأمر رقم : 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 الذي يضمن إجراءات إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 04 جوان 1983 .

⁴- يحي بكوش : أدلة الإثبات في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ص 207 .

⁵- قرار رقم : 20 1544 ، الغرفة العقارية ، المحكمة العليا ، المؤرخ في 22/11/2000 (منشور) ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، المرجع السابق ص 137 .

⁶- Bergel (j-l) buchic (M) cimamonti (S) traite de droit civil le bien , op / cité p 212

"... للمحكمة أن تعتمد في ثبوت الحيازة على تقارير الخبراء و لو كانت مقدمة في دعوى أخرى
تأخذ ضمن القرائض المستفادة من الأوراق بما تظمن إليه من أدلة الشهود و أن تستند إلى ما تقض
به في دعوى أخرى."¹

و قد يتعذر على الحائز أحيانا أن تثبت ممارسة الحيازة الكافية التي تمكنه من تملك العقار بالتقادم
المكسب.

و لأجل ذلك و مراعاة لمتطلبات التنمية الفلاحية و البناء عمل المشرع الجزائري إلى تقليص مدة الحيازة
إلى سنة واحدة تطبيقا للمادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المتضمن انشاء شهادة الحيازة على
أن المدة المنصوص عليها في القانون المدني و باقي القوانين الأخرى تعد من النظام العام لا يجوز
الإتفاق على تعديلها بإطالتها أو تقصيرها .

إلا أن المشرع ينص على الملكية عن طريق الحيازة لإثبات المدة حينما افترض قيام قرينة عدم انقطاع
الحيازة. اذ يكفي على الحائز أن يثبت أنه حائز في الوقت الحالي و أنه حاز في الوقت سابق ليفترض
فيه أنه حاز في الفترة ما بين الزمنين و على المدعى عليه اثبات عكس ذلك.²

كما يجوز لمدعي الملكية في اثباته للمدة أن يضم إلى حيازته مدة حيازة سلفه ففي المقام عليه اثبات
بداية حيازة سلفه و كذا حيازته الحالية فنقوم لفائدة قرينة على تواصل مدة الحيازة فيه هذا ما قضت به
محكمة النقض المصرية أن : " ادعاء الخلف الخاص الملكية بالتقادم طويل المدة بضم حيازة سلفه
يقتضي انتقال الحيازة إلى الخلف على نحو يمكنه معه من السيطرة الفعلية على العقار ... و يستوي في
ذلك أن يكون عليها في وضع يد مدعي الملكية أو في وضع يد سلفه أو بالإشراك بينهما".³

لكن متى تنتقل الملكية إلى الحائز ؟ هل من وقت بذئ التقادم أو وقت اكتساب لمدته؟

تنتقل الملكية بأثر رجعي ، أي يكتسب الحائز الملكية من يوم وضع اليد على العقار و المحكمة من ذلك
حماية لحقوق الغير الذي يتعامل مع الحائز و حفاظا على الأوضاع الظاهرة⁴ و هو ما انتهى إليه

¹- علي عوض حسن : الدفع بالسقوط و التقادم في المواد المدنية و الجنائية ، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، 1998 ،
ص 130 .

²- فريدة محمدي زواوي : الحيازة و التقادم المكسب ، مرجع سابق ، ص 92 .

³- علي عوض حسن : الدفع بالسقوط و التقادم في المواد المدنية و الجنائية ، المرجع السابق ، ص 138 و 139 .

⁴- Mazeaud (H.L.J) : leçon de droit , op , cité p 220

القضاء المصري ، حينما اعتبر الملكية تنتقل إلى الحائز بأثر رجعي من وقت بدئ الحيابة فيعتبر مالكا طوال مدة التقادم¹.

إلا أن الحائز الذي وضع يده على عقار في ظل سريان القانون القديم تكون حيازته تطبيقا للمادة 2262 من القانون المدني الفرنسي.

لكن التعديل الذي مس القانون المدني الجزائري نص على استناد في الفقرتين 2 و 3 من المادة 07 مفاده أن العبرة بأقصر مدة للتقادم سواء بموجب الأحكام الجديدة أو ما يقضي من مدة التقادم القديمة حيث يلاحظ على هذا الاستثناء أن المشرع يعتني بمصلحة واضح ليد فيما يتعلق بمدة و استمرارية الحيابة تزداد حضوره في اكتساب ملكية العقار في مواجهة المالك الحقيقي.

نص المشرع الجزائري على حساب مدة التقادم المكسب ، حيث بدأ حساب المدة من اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيابة في مقابل ذلك للمالك انطلاقا من هذا الوقت أن يحمي حقه بدعوى الاستحقاق.

و بالتالي يتضح لنا حساب مدة التقادم يبدأ من اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيابة و تحسب المدة بالأيام لا بالساعات ، لذلك لا يدخل اليوم الأول في حساب التقادم لأنه يكون في أغلب الأحيان غير كامل و يدخل في حساب المدة ما يعوض أثناءها من المواسم و الأعياد و العطل.²

و الحق العيني المحدد على شرط لا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من وقت تحقيق الشرط و بالنسبة للحق العيني المفتون بأجل لا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من وقت حلول الأجل لأن الحق العيني و ان كان موجودا من وقت صدور التصرف بأثر رجعي فإنه لا يكون نافذا إلا من وقت تحقيق الشرط و العبرة في سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده.³

سواء كان التقادم المكسب طويل أم قصير أوجب المشرع شرط ممارسة الحيابة قانونية و صحيحة و شرط المدة المقرر قانونا حتى يعتد بطلب الحائز في الحصول على سند يعترف بملكيته ، بناء على الحيابة و التقادم المكسب . غير أن التقادم المكسب القصير يختص بشرطين نوردهما في :

ثالثا : الشروط الخاصة بالتقادم المكسب القصير

¹ - علي عوض حسن : الدفع بالسقوط و التقادم في المواد المدنية و الجنائية ، المرجع السابق ، ص 144 .

² - فريدة محمدي زواوي ، المرجع السابق ، ص 90 .

³ - رمضان أبو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري و اللبناني ، الدار الجامعية بيروت سنة

إن التقادم المكسب القصير من مهمته ايثار الحائز الذي يتوافر لديه السند الصحيح و حسن النية بالإضافة إلى الشروط المتطلبة في التقادم المكسب الطويل و التي سبق أن تعرضنا لها فيما سبق التقادم القصير هو تقادم خاص بالعقارات و الحقوق العينية العقارية.¹

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 828 على أن مدة التقادم المكسب القصير هي 10 سنوات و تسري عليها قواعد التقادم المكسب الطويل من حيث وقوعه و الميادين التي يمكن أن تسري عليها و التمسك به أمام القضاء.

والتقادم المكسب القصير يخص العقارات دون المنقولات و المشرع الجزائري استثنى منها حقوق الارتفاق الظاهرة فهي تكتسب بالتقادم المكسب الطويل فقط.

و تجدر الإشارة إلى أن حائز حق الملكية الذي يقع عليها حق الارتفاق له أن يكتسب الملكية و الارتفاق معا بالتقادم القصير اذا ما توافرت شروطه.²

ويشترط في التقادم المكسب القصير أن يتوافر لدى الحائز السند الصحيح و حسن النية طيلة 10 سنوات كاملة دون انقطاع.

فيما يلي نتناول شرط السند الصحيح و شرط حسن النية .

❖ السند الصحيح :

تنص المادة 828 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم و يجب اشهار السند".

يشترط في السند الصحيح أن يصدر من غير المالك إلى الحائز بموجب تصرف قانوني من شأنه أن ينقل الملكية و قبل عرض هذان الشرطان لابد من تبيان ماهية السند الصحيح الذي يعتد به كشرط خاص بالتقادم المكسب بالتقادم المكسب العشري.

- ماهية السند الصحيح :

يرى الفقه الفرنسي أن تسمية شرط " السند الصحيح " تسمية في غير محلها و أنها غير دقيقة حيث

¹ - ميسون زهوين ، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق التيجاني هدام ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، 2007 ، ص 91 .

² - فريدة محمدي زواوي: الحيازة و التقادم المكسب ، مرجع سابق ، ص 105 .

أن مفهوم السند الصحيح مثلما جاء في القانون المدني منقولاً حرفياً في مفهوم الذي وضعه قدماء الرومان و الذي نقله بعدها Pothier.

و يرى الفقه الفرنسي " السند " هو تصرف قانوني عكس ما يرمي إليه المعنى اللغوي و لا يراد به الوسيلة المكتوبة بل العملية القانونية حيث يرمي التصرف القانوني المسمى بالسند الصحيح إلى نقل الملكية أو أي حق عيني آخر كالبيع ، التبادل ، الهبة ، الوصية أما القسمة الصفات هي كذلك لأنها عقود تصريحية.

في حين عقود الايجار ، الوديعة ، القرض ، ليسوا بالسند الصحيح لأنها لا تحول الحق العيني للشيء المؤجر أو المعار أو المفترض لكن فقط الحق الشخصي عليه يعد المستأجر المودع المقترض ليسوا بحائزين لكن محتفظين Détenteur .

و قد يرد إلى أذهاننا السؤال التالي : إذا كان الحائز قد تلقى الحيازة بموجب إحدى التصرفات سألقة الذكر لماذا لم يصبح بذاته ملكاً لا حائزاً طالما كان التصرف ينقل ملكية الحق العيني؟

و عليه كان بالأجدر أن يكون مالكا من أن يتحصن بقواعد الحيازة و التقادم العشري المكسب حتى يصبح مالكا ؟

الأمر كذلك لأن التصرف لم يحقق غايته ، الأمر الذي يجعل من فائدة السند الصحيح سنداً ناقلاً للملكية و الذي لم يؤديها في دوره الأصلي لأنه سند مكسب للملكية غير فعال inefficace و عليه من غير اللائق تسميته "صحيح" و عليه لا يتماشى مع القواعد القانونية لأنه كذلك لم يؤدي دوره الناقل للملكية.

غير أن القانون أقر له أثر يتمثل في امكانية استعماله و تعزيزه مع تقادم قصير المدى 10 سنوات

- شروط السند الصحيح :

الشرط الأول : وجود السند :

أي أنه يجب أن يكون للسند وجود قانوني فلا يكفي أن يظن الحائز فقط بوجود السند و عليه قبل البحث عن مدى حسن أو سوء نية الحائز يجب التحقق من وجود السند فعلاً.

و بالتالي فالنائب القانوني الحائز للعقار بموجبه وصية و الذي لا يعم أنه ألغى نيابته إلا أنه حسن النية ليس بحامل للسند الصحيح و الأمر كذلك لمن يعتقد أنه اشترى عقاراً و يضم في حيازته قطعة أرضية

صغيرة مجاورة له و يحوزها فإن عقد البيع الذي يستند إليه لإثبات حيازته لهذه الأخيرة لا يعتبر سنداً صحيحاً لأنه لا يكفي مجرد اعتقاد الحائز بوجود السند بل لا بد من وجوده حقيقة .

الشرط الثاني : أن يكون السند صحيحاً

إن الحائز لحق عيني بموجب عقد يعتقد أنه صحيح إلا أنه عقد باطل فهو حائز حسن النية لكن ليس له سند الصحيح فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تعتبر سند صحيحاً و لا يعتبر سنداً صحيحاً فهو يكون معدماً و يحق لكل ذي مصلحة التمسك به¹.

و لا يصلح سنداً صحيحاً لتصرف قانوني باطل . إذ لا يكون له وجود قانوني سواء كان العقد باطلاً من ناحية الشكلية مثلاً لعدم كتابته في ورقة رسمية اذا كان المشرع يشترط الرسمية في العقود الناقلة للحق العيني العقاري² أو يكون من حيث الموضوع باطلاً لعدم مشروعية السبب أو صدور السند من عديم التمييز .

أما التصرفات القانونية القابلة للإبطال فهي تصرفات صحيحة و موجودة قانونياً و منتجة لأثارها إلى أن يقضي بطلانها من قبل صاحب المصلحة ، فهي بذلك تصح أن تكون سنداً صحيحاً بكسب الملكية بالتقادم القصير قبل الحكم بإبطاله³.

و العبرة في هذا الإقدام أن يكون التصرف القانوني قابل للإبطال بسبب آخر غير صدوره من غير المالك كبيع ملك الغير أو هبة ملك الغير .

كذلك التصرف القانوني القابل للإبطال الصادر من غير المالك يصلح أن يكون سنداً بل هي السند في حد ذاته⁴.

و تطبيقاً لذلك فإن من يشتري عقاراً من ناقص الأهلية غير المالك ، فإذا كان حسن النية و حاز العقار مدة 10 سنوات أن يستند إلى عقد البيع بإعتباره سنداً صحيحاً في تمسكه بالتقادم القصير ضد المالك الحقيقي⁵.

¹- منصور مصطفى منصور : حق الملكية في القانون المدني المصري ، القاهرة ، سنة 1965 ، ص 423 .

²- هو ما جاء في نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري المشار إليه سابقاً .

³- لمنور علاق : اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية و الإدارية ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، البليلة ، 2000 ، ص 52 .

⁴- عبد الرحمان ملزمي : أثار الحيازة ، مرجع سابق ، ص 129 .

⁵- رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، ص 5 ، 3 .

أما التصرف القانوني المعلق على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط فلا يصح كسند صحيح إلا من وقت تحقق الشرط.¹

أما السند الظني و هو السند لا وجود له إلا في مخيلة الحائز و مثاله أن يتلق الحائز عقار لتفويض وصية تبين فيما بعد أم الموص رجوع عنها قبل وفاته ففي هذه الحالة يتوفر حسن النية لدى الحائز لكن حيازته مستندة إلى سند ظني لا وجود له في الواقع فلا يكتسب الملكية بالتقادم القصير .

الشرط الثالث : أن يكون السند الصحيح بطبيعته ناقلاً للملكية

كما لو كان التصرف صادر من المالك الحقيقي ، كعقد البيع ، الهبة ، التبادل ، و غيرها من التصرفات القانونية الناقلة للملكية حيث استثنى المشرع من ذلك العقود التي تتوقف على مجرد استعمال و انتفاع بالعقار كعقد الايجار و الوديعة و عقد الوكالة بوجه عام ، جميع العقود التي تنشأ التزامات شخصية فهي لا تكون ناقلة للملكية و بالتالي لا تصح كسند صحيح فلا يكتسب بواسطتها الملكية بالتقادم القصير ، كذلك لا تعتبر سند صحيح التصرفات الكاشفة عن حق القسمة الاختيارية مثلا لا تصلح سند صحيحا لكونها ليست ناقلة للحق فهي كاشفة له فقط .²

كذلك الأحكام القضائية لا تعتبر ناقلة للملكية و لا يمكن اعتبارها سند صحيح غير أن حكم رسو المزاد يعتبر بمثابة بيع من المدين إلى الراسي عليه المزاد فيكون تصرفا قانونيا ناقلاً للملكية³

- الصلح لا يصلح أن يكون سندا صحيحا فهو كاشف للحق و ليس ناقل له⁴ .

هذا طبق للمادة 16 من الأمر رقم 74/75 اعتبرت أن التصرفات التي تقع على الحق العيني العقار لا ترتب آثارها من يوم استئجارها في حين تضمنت المادة 14 منه إلزامية الإشهار في مجموعة البطاقات العقارية ما يلي :

- العقود الرسمية سواء كانت منشئة ، ناقلة ، معدلة للملكية العقارية و القرارات و الأحكام القضائية

- المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي .

- كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد و مسجل في البطاقات العقارية .

¹- فريدة محمدي زواوي ، الحيازة والتقادم المكسب ، مرجع سابق ، ص 107 .

²- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 1029 .

³- فريدة محمدي زواوي : المرجع السابق ، ص 107 .

⁴- رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 669 .

لذلك لابد أن يكون السند الصحيح مشهرا يكسب بنقل الملكية لأن المراد بالسند الصحيح هو السند الناقل للملكية و هذا ما نصت عليه المادة 828 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري على هذا الشرط بقولها :
" السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحب لاحق المراد كسبه بالتقادم و يجب اشهار السند".

و في ها الصدد اشترط المشرع لانتقال الملكية العقارية اتباع اجراءات الشهر في المادة 793 ق.م.ج و تطبيقا لذلك فإن المادة 15 من الأمر رقم 74/75 ، اعتبرت أنه لا وجود للحقوق العينية العقارية للغير إلا من تاريخ شهرها¹ في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ،

الشرط الرابع : أن يكون السند الصحيح صادر من غير المالك

و هذا من العيب الذي على السند الصحيح لأنه لو صدر التصرف من المالك لكسب المتصرف إليه دون حاجة للاستناد إلى حيازة أو تقادم ، فالتقادم القصير خاص بالحيازة المقترنة لسند صادر من غير المالك ، أما اذا كان الحائز قد تلقاها من المالك نفسه فلا يحتاج إلى الاستناد إلى التقادم و عليه اذا قام سبب يؤدي إلى بطلان العقد أو فسخه فلا يستطيع المتصرف له أن يتمسك بالتقادم القصير لكي يحول دون ابطال العقد أو فسخه.²

الشرط الخامس : أن يتعلق السند الصحيح بالحق العيني محل الحيازة

يجب أن تكون هناك علاقة تامة و قاطعة و ربط بين السند الصحيح و العقار محل الحيازة³.
و هذا بالنسبة لشروط السند حتى يعد كأساس أولي لادعاء الحائز بالحيازة و التقادم المكسب قصير المدى ، إلا أن الحائز للسند الصحيح لوحده ليس له أن يتمتع بأثر التقادم المكسب القصير لاكتساب الملكية بل فضلا عليه يجب أن يكون حسن النية.

❖ حسن النية :

¹ - المادة 15 من الأمر رقم 74/75 المؤرخة في 12/11/1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية العدد 92 ، المؤرخة في 18 نوفمبر 1975 .

² - علي علي سليمان ، شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية و التبعية ، المرجع السابق ، ص 279 .

³ - Marty (G) raynaud (P) jordan (P) : les liens op, cité , p256 .

نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 828 من القانون المدني الجزائري على شرط توافر حسن النية لاكتساب الملكية بالتقادم القصير .

المقصود بحسن النية : أن يكون الحائز قد اعتقد وقت تلقيه الملكية أو الحق العيني أنه تلقاه من المالك أو الحق من صاحبه و يستوي في ذلك أن يكون الغلط الذي وقع فيه الحائز غلطا في الواقع أو في القانون . فالأولى كأن يتعامل شخص مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد أبطلت و الحائز يجهل بذلك.¹

ولتحديد حسن النية وضع المشرع الجزائري معيارين في المادتين 824 و 825 من القانون المدني الجزائري.

المعيار الأول : و هي المعيار الشخصي يتمثل في اعتقاد الحائز بحسن النية عندما لا يعلم بالعيب الذي طرأ على السند الصحيح ، و الذي يتمثل في صدوره من غير مالك أما العيوب الأخرى التي تشوب السند الصحيح فان علم الحائز بها لا يستعيد توافر حسن النية لديه طالما أنها لا تتنافي اعتقاده بأن تصرف مالك العقار أو الحق العيني كأن يكون التصرف باطلا أو صوريا .

المعيار الثاني : و هو معيار موضوعي حيث اعتبر فيه المشرع الحائز حسن النية اذا كان جهله لاعتدائه على حق الغير ناشئا عن خطأ جسيم كمن يشتري عقارا دون أن يطلب من بائعه سندات تثبت ملكيته حتى لو اعتقد هذا الحائز أن البائع هو المالك ، المادة 824 من الق.م.ج .

و الخطأ الجسيم هو ما لا يرتكبه شخص قليل العناية أو مهمل² و العبرة في تقدير حسن النية هي نية الحائز نفسه ، إلا اذا كان عديم الارادة فتكون العبرة بنية من يمثله كما وضع المشرع معيار موضوعيا أخر في المادة 825 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

و الأخذ بالمعيار الموضوعي يؤدي إلى تقادي النتائج الغير منطقية التي تؤدي إليها الأخذ بالمعيار الشخصي وحده اذ قد يؤدي هذا المعيار إلى ترجيح مصلحة الحائز الغاصب على مصلحة المالك الحقيقي³ .

¹ – Mazeaub (H.L.J) : leçon de droit civil ,op,cité, p 212 .

² – رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 638 .

³ – فريدة محمدي زواوي ، المرجع السابق ، ص 112 .

ويجب أن يتوافر حسن النية لدى الحائز في الوقت الذي كان يتلقى فيه الملكية أو الحق العيني أثناء تعامله مع الذي يعتقد أنه المالك الحقيقي أو صاحب الحق طبقاً للمادة 828 ق.م.ج و بالتالي يجب توافر حسن النية وقت تحرير العقد الرسمي و شهره بالمحافظة العقارية لأنه الوقت الذي تنتقل إليه الملكية وهو وقت كافي فلا يشترط أن يبقى حسن النية بعد ذلك سارياً مدة 10 سنوات يعني لا يهم أن يصبح الحائز سيء النية فيما بعد ، لأن الحق ينقل في القانون الجزائري بالشهر .حيث :

" لا يشترط توافر حسن النية إلا من وقت تلقي الحق " المادة 828 فقرة 02 ق.م.ج ، فلو علم بعدها الحائز بأن المالك ليس مالكا يؤثر ذلك على حسن النية استناداً على الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر .

أما فيما يخص مسألة اثبات حسن النية فالقاعدة العامة تقضي بأن حسن النية هو دائماً مفترض في الحائز حتى عن حالة الغلط في القانون إلى أن يقوم الدليل على عكس ذلك ، و هذا ما نص عليه المشرع من المادة : 03/824 ق.م.ج .

وعلى المالك الحقيقي الذي يرفع دعوى الاستحقاق أن يثبت سوء نية الحائز أثناء تلقي الملكية بجميع طرق الاثبات لأن حسن النية واقعة مادية و تخضع لتقدير القضاة¹ .

تطبيقاً لذلك أصدرت غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا اجتهاداً قضائياً مفاده أن :

"المدعية في الطعن حازت و استغلت العقار مدة 13 سنة بناء على سند رسمي صحيح و مشهور وقد حازته بحسن النية و لم ترتكب أي خطأ أو غش، عندما سلموها العقار محل النزاع و بناء على الصفات التالية سالفة الذكر فإن المدعية في الطعن تكون قد اكتسبت هذا العقار بالتقادم المكسب "² .

أما إذا بدأت الحيازة قبل سريات التقادم المكسب القصير بسوء النية كما لو كان الحائز واضعاً يده على العقار يعلم أنه ليس مملوكاً ثم اشتراه بعد ذلك و أشهر التصرف فتبقى حيازته بسوء النية و عليه أن يقيم الدليل على العكس و يثبت أنه حسن النية وقت الشهر المادة 826 ق.م.ج .

هكذا حث المشرع اخذ المشرع الفرنسي في المادة 2269 و المشرع المصري في المادة 02/969 حين تقضيان بحسن النية وقت اكتساب الملكية.

¹ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، المرجع السابق ص

² - الاجتهاد القضائي للعقارية : مقال الأستاذ عمار روايته ، المرجع السابق ص 103 .

تبدأ مدة التقادم المكسب القصير من وقت توافر السند الصحيح و حسن النية وقت تلقي الحق لدى الحائز¹ و المحكمة من ذلك قررها المشرع لمصلحة الحائز حسن النية الذي لا يعلم أنه يعتدي على عقار غيره و أنه تلقى الملكية من غير المالك و عليه بفضل قواعد التقادم المكسب القصير له أن يصبح مالكا لما تلقاه.

و على المحكمة التي تفصل في دعوى التقادم المكسب أن تتأكد من مدى توافر شروطه مع مراعات المدة المحددة في نوعية التقادم المكسب الطويل منه أو القصير و النظر في وجود الفعل الحقيقي للحيازة و وصف التقادم كيف ثم² و بالتالي يرمي التقادم المكسب القصير إلى تغطية العيب الي لحق ملكية الحائز و المتمثل في عدم ملكية من تلقى منه الحائز حقه ذلك في مواجهة المالك الحقيقي و على أن مدة التقادم مهما اختلفت يجب أن تستمر من دون وقف أو انقطاع حتى يرتب التقادم المكسب أثره المتمثل في كسب الملكية العقارية فعليه نتناول أحكام عامة حول التقادم المكسب في المطلب الثاني.

المطلب الثاني : أحكام عامة حول التقادم المكسب

قد يتعرض التقادم أثناء سريانه ما يعيق اكتمال مدته حيث هناك من العقبات ما يؤدي إلى عدم حساب المدة التي تحقق فيها هذا المانع و هذا ما يسمى بوقف التقادم و منها ما يؤدي اسقاط المدة السابقة على تحقق هذا المانع أو العقبة فتبدأ مدة جديدة في السريان بمجرد زوال هذه العقبة و هذا ما يسمى بانقطاع التقادم.³

و سنعرض أسباب وقف التقادم ثم أسباب انقطاعه.

الفرع الأول : أسباب وقف التقادم المكسب

فضلا عن وجوب توافر شرطي الحيازة و استمرارها مدة معينة فرض المشرع الجزائري على الحائز الذي يضع يده على العقار المدة المطلوبة قانونا أن تستمر دون وقف و لا انقطاع.

و في ذلك تحيل المادة 823 ق.م.ج أحكام التقادم المكسب فيما يخص وقفه و انقطاعه إلى أحكام التقادم المسقط بالانسجام و ما ورد في المادتين 833 و 834 ق.م.ج.

¹ - قرار رقم : 201978 , الغرفة العقارية للمحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 2000/07/26 (منشور) ، الجزء الثاني ص 331 .

² - قرار رقم 40187 , الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ، بتاريخ 1987/07/10 ، مرجع سابق ، ص 201 .

³ - عدلي أمير خالد : مرجع سابق ، ص 410 .

وإذا كان كل من الوقف و الانقطاع يشتركان في كونهما عارض يصيب التقادم المكسب إلا أنهما يختلفان من حيث الأثر الذي يخلفه فإنه و على ذلك نتناول أسباب و آثار وقف التقادم المكسب و أسباب انقطاع التقادم المكسب.

الوقف :

هو عارض مؤقت يعطل استمرارية سريان التقادم لسبب معين¹ فإذا زال هذا السبب عاد التقادم يسري كما كان, فأثره يقتصر على إسقاط المدة التي وقف سريان التقادم خلالها من حساب مدة التقادم.²

وقد نص المشرع الجزائري على وقف التقادم كلما وجد مانع مادي لدى المالك المادة م 01\316 وعليه فان أي مبذر يمنع صاحب الحق من المطالبة بحقه يترتب عليه وقف التقادم المكسب أيا كانت مدته إذا وجد سبب لوقفه.³

وهذه الأسباب إما تكون عامة أو خاصة نعالجها كما يلي:

أولاً : الأسباب العامة لوقف التقادم المكسب

هي ظروف أو موانع خارجية يقتدر معها صاحب الحق أن يطالب بحقه فيقف سريان التقادم.⁴

لم يحددها المشرع على وجه الحصر لأنه أضاف في ذلك قاعدة التي تنص على "وقف التقادم كلما وجد عند صاحب التقادم مانع".

و عليه تصنف عن الأسباب العامة الموانع التالية :

المانع المادي: كل ظرف مادي اضطراري غير إرادي عن الشخص الحائز. كقيام الحرب, إعلان حالة الطوارئ, انقطاع المواصلات, كلها ظروف مراد بها عدم تمكن صاحب الحق المطالبة بحقه أو منع المحاكم مباشرة أعمالها حيث اعتبر القضاء الجزائري الحرب التحريرية سبب لوقوف التقادم.⁵

¹-Marty (G) Raynaud (P) Jourdain (P) : les biens op cité p 249

²- نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية , مرجع سابق , ص 394 .

³- فريدة محمدي زواوي , مرجع السابق , ص 94 .

⁴- رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية , مرجع سابق , ص 340 .

⁵- ميسون زهوين , اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحياة , مرجع سابق , ص 90 .

والعبارة تتمثل في اثر المانع فمن يسري التقادم ضده لا يستطيع أن يرفع الدعوى إلى قوى التي تحمي حقه على الحائز إلا انه لا يشترط أن يرقى هذا المانع إلى مرتبة القوة القاهرة.¹

المانع الأدبي: ما يرجع إلى العلاقة الزوجية أو القرابة بين الحائز و المالك مما يجعله مانع للمقاضاة.

واعتبرت المحكمة العليا أن من نتيجة المانع الأدبي في علاقة القرابة بين الحائز و المالك يجعل الحيابة مشوبة يعيب اللبس فلا تترتب عليها أثرها.²

المانع الاتفاقي: كما لو اتفق المالك و الحائز على أن يقف التقادم خلال الفترة التي يستغرقها التحكيم المتفق عليه.³

المانع القانوني: كحالة اتحاد الذمة فإذا أصبح الحائز مالكا لفترة من الزمن ثم زال الاتحاد لسبب من الأسباب فان المدة التي قام من خلالها لا تتدخل في التقادم.⁴

سواء كان المانع, ماديا أو أدبيا أو اتفاقيا أو قانونيا فهي أسباب عامة لا تتعلق بإرادة والحائز و في ما يلي نتناول الأسباب الخاصة.

❖ الآثار المترتبة عن توقف التقادم المكسب:

في حالة وقوع أي عارض أدى إلى وقف سريان التقادم المكسب فان المدة التي وقف فيها لا تحسب ضمن مدته سواء وقع سبب الوقف أثناء بدا التقادم أو أثناء سريانه, فإذا وضع شخص يده على عقار مملوك للغير خمس سنوات ثم مات المالك الحقيقي للعقار و ترك وارثا قاصرا ليس له من يمثله و لم يبلغ سن الرشد إلا بعد أربع سنوات فان التقادم يقف سريانه طوال مدة الأربع سنوات.

وتحسب المدة التي سبقت الوقت ضمن مدة التقادم المكسب و يبقى للوارث الحق في قطع التقادم وقت بلوغه سن الرشد فإذا كان التقادم طويلا تبقى له مدة عشر سنوات لقطع التقادم.

¹- نبيل ابراهيم سعد , الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق , ص 395 .

²- قرار رقم : 197 177 , الغرفة العقارية للمحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 2000/05/31 (منشور) الجزء الثاني المرجع السابق , ص 211 .

³- رمضان أبو السعود : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق , ص 34 .

⁴- فريدة محمدي زواوي : الحيابة و التقادم المكسب , المرجع السابق , ص 94 .

وإذا كان التقادم قصيرا يبقى له مدة خمس سنوات لقطع التقادم فإذا لم يقطع الوارث التقادم خلال هذه المدة كان للحائز الحق في تملك العقار بالتقادم المكسب.¹

ثانيا : الأسباب الخاصة لوقف التقادم المكسب

حالات توقف التقادم في حق من لا تتوفر فيه الأهلية¹ أو في حق الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية بشرط ألا يوجد من يمثل هؤلاء قانونيا و إلا لا يقف التقادم, في حالة تحقق وقف سريان التقادم فان المدة التي أوقف من خلالها لا تحسب ضمن مدة التقادم و إذا و إذا توقف سريان التقادم مثلا بعد حياة صحيحة ثم زال سبب التوقف فتحسب المدة الواقعة أثناء الحياة الصحيحة و المدة اللاحقة و لا تحسب من المدة التي توقف من خلالها التقادم.

وعلى أن أسباب وقف التقادم المكسب تعد أسبابا شخصية ولها أثر نسبي لا ينتفع به الشخص الذي وقف التقادم لمصلحته والاستناد من ذلك الحالة التي يكون فيها الحق غير قابل للتجزئة كحق الارتفاق, إذ يقف التقادم بصفة مطلقة في حق كل الشركاء.

الفرع الثاني : أسباب انقطاع التقادم المكسب

يراد بانقطاع التقادم أن تسقط مدة التقادم السارية لسبب معين فإذا بدأ ذلك سريان التقادم بأن هذا تقادما جديدا لا تحسب فيه المدة السابقة على الانقطاع و هذا هو الفرق بين وقف التقادم وانقطاعه. إذ أنه بعد زوال سبب الوقف يعود التقادم يسري كما كان فيدخل في حساب مدته الفترة السابقة على الوقت.

ويتحقق الانقطاع بأسباب طبيعية وهو ما أقره المشرع ضمن المادة 836 أو أسباب مدنية المواد 317 إلى 319 من الق.م.ج .

أولا :أسباب انقطاع التقادم المكسب:

سنعالج ضمن أسباب انقطاع التقادم المكسب , الأسباب الطبيعية والأسباب المدنية .

❖ الأسباب الطبيعية لانقطاع التقادم المكسب:

¹ - لمنور علاق , اكتساب الملكية العقارية بالتقادم , مذكرة ماجستير , مرجع سابق , ص 29 .

فإذا انقضت مدة سنة على فقد الحائز بحيازته ولم يستردها ولم يرفع دعوى استردادها أدى ذلك إلى انقطاع سريان التقادم المكسب وتنتهي مدة الحيازة وبرجوع الحائز للعقار تبدأ حيازة جديدة بتقادم جديد وللانقطاع الطبيعي أثر مطلق يرتب لمصلحة جميع الأشخاص فيستفيد منه كل من له حقوق على العقار وتكون هذه الأخيرة مهددة بالتقادم لأن سبب الانقطاع راجع إلى واقعة مادية يتمسك به كل من له حق على العقار

❖ الأسباب المدنية لانقطاع التقادم المكسب:

يتحقق الانقطاع المدني إما بتصرف يصدر من المالك أو من الحائز نتناول الحالتين فيما يلي:

1 - الانقطاع المدني الصادر بتصرف من المالك :

نص المشرع الجزائري على الحالات التي ينقطع فيها التقادم المكسب بتصرف المالك ضمن المادة 317 ق.م.ج, منها تلك التي تتم بالمطالبة القضائية و عن طريق التنبيه.

• الانقطاع المدني عن طريق المطالبة القضائية:¹

ينقطع التقادم المكسب بمطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية و يتحقق ذلك بإقامة دعوى من صاحب الحق ضد الحائز أو نائبه² , أما إذا رفع المالك على الحائز دعوى استحقاق يطالبه فيها الخروج من العقار ولو كانت المحكمة غير مختصة و ذلك راجع لاعتبارات اقتضتها العدالة ولكي ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية يجب أن تنتهي الدعوى بحكم لصالح المدعي , أما إذا سقطت أو رفض الفصل فيها لا ينقطع التقادم³ فأبي رفض للدعوى مهما كان سببه شكلي أو موضوعي يؤدي ذلك إلى إلغاء انقطاع التقادم ويعتبر كأنه لم يكن ويبقى التقادم سريا⁴ وإذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة فيبدأ سريان التقادم الجديد من وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص.

والجدير بالذكر أن أثر الانقطاع يبقى ما بقيت الدعوى قائمة.

¹ - علي عوض الحسن : الدفع بالسقوط و التقادم في المواد المدنية و الجنائية ، المرجع السابق ، ص 151 .

² - أبو السعود رمضان : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص 343 .

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، المرجع السابق ، ص

1049 .

⁴ - فريدة محمدي زواوي : الحيازة و التقادم المكسب ، المرجع السابق ، ص 99 .

و تسري أن تكون هذه المطالبة عن طريق دعوى أصلية أو عن طريق طلب عارض يتقدم به صاحب الحق أثناء نظر الدعوى الأصلية أو عن طريق اختصام الغير الخارج عن الخصومة أو التدخل في الخصام إذ نصت المادة 317 ق.م.ج على انقطاع التقادم بأي عمل يقوم به الدائن صاحب الحق أثناء المرافعة لإثبات حقه.

وينقطع التقادم ولو تمت المطالبة القضائية أمام محكمة غير مختصة لأن قواعد الاختصاص القضائي قد تكون معقدة يتعذر على المدعي تبنيتها بسهولة, غير أن المطالبة القضائية التي تتم أمام قاض الأمور المستعجلة للمطالبة باتخاذ إجراء وقتي لا يمس موضوع الحق لا تقطع التقادم لأنها لا تنطوي على المطالبة بالحق على خلاف ذلك لو رفع صاحب الحق دعواه أمام قاض الأمور المستعجلة للمطالبة بأصل الحق فهذه المطالبة تأخذ حكم إقامة الدعوى بالحق أمام جهة قضائية غير مختصة وبالتالي يترتب عليها قطع التقادم.¹

• الانقطاع المدني عن طريق التنبيه :

إذا كان بيد صاحب الحق سند تنفيذي يريد بموجبه التنفيذ سواء كان, سندا رسميا أو حكما قضائيا اختلف الفقه في مدى اعتبار هذا السبب قاطعا لتقادم المكسب أولا فيرى البعض منه انه لا يكون إلا في التقادم المسقط حينما يوجه الإنسان التنبيه للمدين.

و يرى الأغلبية خلافا للرأي الأول انه طالما كان للمالك سند رسمي يعطيه الحق لاسترداد العقار من الحائز فله أن يتنبه لموجب ذلك السند تنبيهها رسميا, فينقطع التقادم بموجب هذا التنبيه² إلا أننا نوافق الرأي الأخير لأنه أجدر بالتأكيد و لنفس الأسباب يمكن أن يتقطع التقادم بتنبيه صاحب الحق الحامل للسند الرسمي.

2- الانقطاع المدني الصادر بتصرف الحائز :

نصت على هذا المانع المادة 3/8 ق.م.ج و الذي يتم من إقراره الحائز بحق المالك حيث أن المقصود بالإقرار في هذا المقام كل تصرف قانوني يرمي إلى النزول عن الحق بل نزولا عن ما انقضى من مدة فقط³ , دلت أن الحائز لم يكسب بعد هذا الحق يعتبر متنازلا عنه و لا يشترط في تصرف الحائز

¹ - ياسين غانم : التقادم المكسب و المسقط , مرجع سابق , ص 242 .

² - رمضان أبو السعود : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية , المرجع السابق , ص 345 .

³ - فريدة محمدي زواوي , الحيازة و التقادم المكسب , المرجع السابق , ص 104 .

بالإقرار حتى يتقطع التقادم المكسب بشكل معين فقد يكون صريحا أو ضمنيا¹ و يخضع إثبات الإقرار باعتباره واقعة مادية ينطوي على تصرف قانوني للقواعد العامة في إثبات التصرف القانوني و يقع على عين المالك الذي يدعي انقطاع التقادم و للاتقطاع المدني أثر نسبي لأنه عمل قانوني يصدر من صاحبه الحق أو من الحائز و يرد على هذا الأثر استثنائين.²

الاستثناء الأول: أن يكون الحق الوارد عليه الحيابة يتضمن حقا لتقادم الحائز يستفيد منه صاحب حق الانتفاع و العكس صحيح.

الاستثناء الثاني: يخص الحقوق الغير قابلة للتجزئة كحق الارتفاق لو كان العقار المرتفق به مملوكا لأشخاص على الشيوع فان قطع التقادم الموجه من أحكم يستفيد منه الآخريين و يترتب على انقطاع التقادم المكسب أن تسقط مدة التقادم التي بقت الانقطاع فتلغى الحيابة السابقة و يبدأ سريان تقادم جديد بعد زوال سبب الانقطاع بعد ما يرجع الحائز إلى العين من جديد.

فإذا كان العارض زوال الحيابة يبدأ سريان تقادم جديد من الوقت الذي تعود فيه السيطرة المادية للحائز ثانية على العقار. أما لو انقطع التقادم عن طريق المطالبة القضائية ظل منقطعاً طالما بقيت الدعوى قائمة غير أنه يبدأ سريان تقادم جديد من وقت إعلان التنبيه إلى الحائز.

الأثر المترتب على انقطاع التقادم المكسب:

وأخيرا فان الاختلاف بين الوقف و الانقطاع للتقادم يتجلى في أن الأول لا تحسب فيه المدة التي أوقف خلالها و لكن تحسب المدة السابقة و اللاحقة أما في الانقطاع لا تحسب المدة التي انقطع فيها و لا المدة التي سبقته فقط, تحسب المدة التي تلت زوال اثر الانقطاع إذا كان هناك محل لبدا تقادم جديد.

و طالما تمت الحيابة صحيحة مقترنة لمبدأ التقادم المكسب دون وقف ولا انقطاع سواء بأجله الطويل أو القصير أنتج أثره المتمثل في كسب الملكية أو الحق العيني العقاري محل الحيابة مع مراعاة المنطقة التي يقع فيها العقار والتي يفترض إلا أن تكون في المناطق المسوحة و السندات التي تثبت صحة الحيابة لاكتساب الملكية العقارية نتناول ذلك خلال الفصل الثاني.

¹– Marty (G) raymand (P) Jourdain (P) : les biens op cité p

²– فريدة محمدي زواوي , الحيابة و التقادم المكسب , مرجع سابق , ص 104 .

الفصل الثاني : ثبوت و شهر الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم

إذا توافرت شروط التقادم المكسب على النحو سالف الذكر فيجب حتى يترتب عليه أثره المتمثل في ثبوت ملكية الحق العيني لفائدة الحائز ، أن يتمسك به هذا الحائز أو من له مصلحة في ذلك.¹

فلا تثبت ملكية العقار أو الحق العيني العقاري محل الحيازة للحائز بمجرد إستمرار حيازته لمدة 15 سنة حال التقادم الطويل و عشر سنوات في حال التقادم القصير² و ذلك راجع إلى أن كسب الملكية بالتقادم لا يتم تلقائيا بقوة القانون ، بل لابد للحائز من أن يتمسك به.³

كما أن تمسك الحائز بالتقادم المكسب لا يجعل ملكيته هذه ثابتة في مواجهة صاحب الحق و الغير إلا إذا تم شهر حقه هذا لدى مصالح الشهر العقاري.⁴

و على هذا الأساس نتعرض في هذا الفصل لدراسة كيفية ثبوت ملكية الحق العيني العقاري بالتقادم المكسب ، ثم إلى شهر الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم ، و ذلك في مبحثين:

المبحث الأول : ثبوت الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم.

المبحث الثاني : شهر الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم.

¹ - منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، دون طبعة ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، مصر ، 1965 ، ص 429 .

² - رمضان أبو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1985 ، ص 689 .

³ - محمد حسن قاسم ، القانون الزراعي ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 1997 ، ص 130 .

⁴ - فالتقادم هنا يؤدي إلى اكتساب الحائز الحق في الشهر العقاري الذي يحوزه في مجموع البطاقات العقارية ، أنظر وحيد الدين سوار ، مرجع سابق ، 482 .

المبحث الأول : ثبوت الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم

إذا توافرت للتقادم المكسب الطويل أو القصير شروطه ، فلا يترتب أثره المكسب للملكية العقارية بقوة القانون ، إذ يجب على الحائز حتى يكسب ملكية العقار الذي يحوزه أن يتمسك بالتقادم¹ ، و بالمقابل يجوز له أن لا يتمسك به و أن ينزل عنه بعد إكمال شروطه و عندئذ تنعدم آثار التقادم و يظل العقار ملكا لصاحبه و لا يكسبه الحائز بالتقادم.²

و إذا إكتملت مدة التقادم بعد مراعاة أسباب الوقف و الانقطاع و تمسك الحائز به ، فإنه يكتسب ملكية العقار محل الحيازة و ذلك بأثر رجعي من وقت بدأ قيام الحيازة³ ، كما يترتب على ذلك أن لا يتأثر موقف الحائز بعيوب سند سلفه و لكنه يتأثر بالعيوب التي تلحق سنده هو⁴ .

وبناء على ما تقدم نتعرض في المطلب الأول : إلى الآثار المترتبة على التمسك بالتقادم المكسب و في المطلب الثاني : الاليات القانونية لحماية و اثبات الحيازة القانونية .

المطلب الأول : الآثار المترتبة عن التقادم المكسب

الفرع الأول : إعمال التقادم المكسب

حتى يرتب التقادم آثاره ، لابد للحائز أو كل شخص له مصلحة في تمامه أن يتمسك بحقه في ذلك التقادم ، كما يحق للحائز أن يتنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه.⁵

فإعمال التقادم إذن يعني التمسك به أو النزول عنه.

¹ - حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، مصر 1994 ، ص 1059 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، دار النهضة العربية مصر 1958 ص 1059 .

³ - عبد المنعم البدرابي ، الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الثالثة ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، مصر ، 1968 ، ص 629 .

⁴ - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 700 .

⁵ - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 1059 .

وقد سبق و أن رأينا أن المادة 832 من القانون المدني الجزائري تقتضي بسريان قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بالتمسك به أمام القضاء و التنازل عنه و الاتفاق على تعديل المدة و ذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب.¹

تبعاً لما تقدم نتعرض أولاً إلى التمسك بالتقادم ثم إلى النزول عنه.

أولاً : التمسك بالتقادم المكسب:

هنا نكون أمام ثلاثة مسائل و هي : ضرورة التمسك بالتقادم من قبل الحائز أو من له مصلحة في ذلك ، ثم لأصحاب المصلحة في التمسك بالتقادم ، و أخيراً التمسك بالتقادم المكسب.²

- ضرورة التمسك بالتقادم المكسب : تنص المادة 321 من القانون المدني على أنه :

"لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو أحد دائنيه ، أو أي شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك المدين به و يجوز التمسك بالتقادم في أي حالة من حالات الدعوى و لو أمام المحكمة الاستئنائية ."

يستفاد من نص هذه المادة أن التقادم المكسب لا يترتب عليه أثره في كسب ملكية العقار بمجرد إكتمال مدة بل لابد من أن يتمسك به الحائز أو من له مصلحة في ذلك.³

فالقاعدة إذن في التقادم المكسب كما في التقادم المسقط تقضي بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.⁴

بل يجب أن يتمسك به الحائز أو كل ذي مصلحة و ذلك راجع إلى أن كسب الملكية عن هذا الطريق لا يتعلق بالنظام العام فسلوك هذا الطريق منوط بضمير الحائز نفسه¹ و الحكمة من وراء فرض ضرورة

¹ لا يوجد أي تعارض في هذا المجال بين أحكام التقادم المسقط و أحكام التقادم المكسب ، أنظر وحيد الدين سوار ، شرح

القانون المدني ، الحقوق العينية ، الجزء الأول دون طبعة ، مطابع ألف باء ، دمشق 1968 ص 475-476

² - رمضان أبو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1985 ص 690 .

³ - عبد المنعم البدرابي ، الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الثالثة ، مكتبة السيد عبد الله وهبة ، مصر 1968 ص 630 .

⁴ - منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، دون طبعة مكتبة سيد عبد الله وهبة ، مصر 1965 ، ص 429 .

التمسك بالتقادم تمكن في أن المشرع أراد أن يترك فرصة للحائز لمراجعة ضميره.² فقد يكون مطمئنا إلى أحقيته في ملكية العقار أو الحق العيني العقاري ، فيتهدي إلى التمسك بالتقادم حتى يوفر على نفسه مشقة إثبات حقه بعد مضي هذه المدة و قد يرى العكس و أنه يتماسك بالتقادم إنما يتعدى على حق للغير فيتهدي إلى التنازل عنه .

و هذه القاعدة مطلقة إذ تطبق حتى و لو كان التقادم ساريا لمصلحة ناقص الأهلية و حتى لو لم يتمسك ممثله القانوني به.³

و ضرورة التمسك بالتقادم تقتضي بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقا لنص المادة 321 من القانون المدني ، غير أنه إذا حصل التمسك بالتقادم و يجب على المحكمة أن تحكم به إذا توافرت شرائطه من دون أن تكون لها سلطة تقديرية في هذا الصدد.

كما تقتضي ضرورة التمسك بالتقادم بأنه إذا قام الحائز برد العقار محل الحيابة إلى مالكة الحقيقي بعد إكمال مدة التقادم و قبل أن يتمسك به كان هذا الرد وفاء بالالتزام مدني و بالتالي لا يمكنه أن يسترد هذا العقار بدعوى أنه كسبه بالتقادم ، حتى و لو كان هذا الرد ناتج عن غلط كما لو إعتقد وقت حصول الرد أن مدة التقادم لم تكتمل بعد.⁴

أما إذا اكتملت مدة التقادم و توافرت شروطه و تمسك الحائز به فهنا يمتلك هذا الحائز العقار المحرز بالتقادم المكسب فإن قام برده بعد ذلك إلى مالكة الحقيقي عد رده هذا وفاء بالالتزام طبعي في ذمته و لكن إذا حصل هذا الوفاء أو الرد نتيجة غلط وقع فيه الحائز جاز له أن يسترد العقار من مالكة السابق لأنه أصبح مالكا بالتقادم.⁵

1 - حسن كيرة ، الموجز في أحكام ق.م الحقوق العينية و الأصلية ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف ، مصر 1994 ص 509 .

2 - عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، لبنان ، ص 660.

3 - عبد المنعم البدرابي ، الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الثالثة ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، مصر 1968 ، ص 631 .

4 - محمد علي الأمين ، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني ، دون طبعة دار الطباعة و النشر ، مصر 1993 ص 380 .

5 - رمضان أبو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، دار الجامعية ، لبنان 1985 ، ص 691 .

و يترتب على ضرورة التمسك بالتقادم أنه إذا حصل التمسك بنوع من نوعي التقادم المكسب لا يعني هذا عن التمسك بالنوع الاخر.¹

فإذا تمسك الحائز بالتقادم المكسب الطويل و تبين للمحكمة أن شرائطه غير متوافرة كما لو تكمل مدته بعد ، فليس لها أن تبحث فيها إذا كانت شروط التقادم القصير متوافرة مادام لم يحصل التمسك به² فإذا تبين للمحكمة أن حيازة العقار إستمرت مدة أربع عشرة سنة كاملة ، فليس لها أن تحدث فيها إذا كانت حيازة الحائز قد بدأت بحسن نية و مستندة في ذات الوقت إلى سند صحيح لتحكم ملكية الحائز للعقار بناء على التقادم المكسب القصير طالما أن الحائز لم يتمسك إلا بالتقادم المكسب الطويل.³

و كذلك إذا تمسك الحائز بالتقادم المكسب القصير فلا يغنيه هذا أيضا عن التمسك بالتقادم المكسب الطويل و ترجع هذه القاعدة إلى إختلاف شروطه التملك في نوعي التقادم بحيث لا يعتبر التمسك بنوع منهما متضمنا التمسك بالنوع الاخر.⁴

أما عن الوقت الذي يجب فيه التمسك بالتقادم المكسب وفقا لنص المادة 02/321 من القانون المدني ، يجوز التمسك بالتقادم في أي حالة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام جهة الإستئناف.

فطبقا لنص هذه المادة يجوز التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة سواء تم ذلك قبل ابداء الدفع الموضوعية أو بعدها.⁵

فقد يحدث أن يحتفظ الحائز بحقه في التمسك بالتقادم كدفع أخير يلجأ إليه بعد أن يستفيد جميع دفعه الأخرى الشكلية و الموضوعية.⁶

و إذا فات الحائز الدفع بالتقادم أمام محكمة الدرجة الأولى جاز له التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف و في أي حالة كانت عليها إلى أن يقفل باب المرافعة¹ و ذلك راجع إلى أن الدفع بالتقادم

¹ - منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المصري ، دون طبعة مكتبة سيد عبد الله وهبة ، مصر ، 1965 ، ص 430 .

² - وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، الجزء الأول ، دون طبعة ، مطابع ألف باء ، دمشق 1968 ، ص 477 .

³ - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ص 1061

⁴ - محمد علي الأمين : مرجع سابق ص 398

⁵ - حسن كبيرة ، مرجع سابق ص 509

⁶ - رمضان أبو السعود ، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، الدار الجامعية ، لبنان 1985 ص

يعتبر من الدفع الموضوعية التي يصح التمسك بها و لو لأول مرة أمام جهة الاستئناف (المجلس القضائي)² , و لكن لا يجوز التمسك بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة العليا و ذلك راجع إلى أن المحكمة العليا لا تستطيع أن تنظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها من قبل أمام محكمة الموضوع³ , فالمحكمة العليا محكمة قانون و التمسك بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ، و بالتالي لا توجد أية مخالفة للقانون تستوجب النظر فيها من قبل المحكمة العليا.⁴

غير أنه إذا قضت المحكمة العليا قرار جهة الاستئناف لأي سبب اخر غير التقادم وأحالت الدعوى من جديد إلى المجلس القضائي كجهة استئناف للنظر فيها من جديد ، جاز للحائز و كل من له مصلحة ، التمسك بالتقادم المكسب أمام هذا المجلس لأول مرة و في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى إقفال باب المرافعة إذ لا يجوز بعد هذا الاقفال ابداء أي دفع أو طلب⁵ , هنا و يلاحظ أن جواز التمسك بالتقادم في أية حالة كانت عليها الدعوى مشروط بأن لا تدل الظروف على أن الحائز قد نزل عن التقادم فإذا نزل عنه لم يعد في الإمكان العودة إلى التمسك به.

و لا يعد سكوت الحائز عن التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة تنازلاً منه عن التمسك به إذ يجب أن يستفاد و هذا النزول من ظروف و ملابسات أخرى تؤكد.⁶

- **أصحاب المصلحة في التمسك بالتقادم** : نصت المادة 01/321 من القانون المدني على وجوب أن يقع التمسك بالتقادم بناء على طلب المدين (الحائز) أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص اخر له مصلحة فيه أو لو لم يتمسك به المدين (الحائز).

فطبقاً لنص المادة أجاز المشرع لكل ذي مصلحة في التمسك بالتقادم أن يتمسك به.⁷

-
- 1 - عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية دون طبعة ، دار النهضة العربية ، لبنان دون سنة ص 665 .
 - 2 - عدلي أمير خالد ، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة دون طبعة ، دار الفكر الجامعي مصر دون سنة ص 42 .
 - 3 - ياسين غانم ، القضاء العقاري ، الطبعة الثانية ، مطبعة كرم سوريا 1994 ص 118 .
 - 4 - وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، الجزء الأول ، دون طبعة ، مطابع ألف باء ، دمشق 1968 ص 478 .
 - 5 - عبد المنعم البدرابي ، الحقوق العينية الأصلية الطبعة الثالثة ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، مصر 1968 ص 632 .
 - 6 - عبد المنعم فرج الصدة ، الملكية في قوانين البلاد العربية ، دون تاريخ ، دون مكان نشر، ص 666 .
 - 7 - عدلي أمير خالد ، ثبوت و شهر الملكية العقارية بوضه اليد ، مرجع سابق ، ص 42 .

و الأصل أن الحائز هو الذي يبادر إلى التمسك بالتقادم على اعتبار أن التقادم مرتبط بمصالحه الخاصة و هو على علاقة وثيقة بضميره فهو الذي يعلم ما إذا كان اكتسابه للعقار بهذا الطريق هو تثبيت لحق له أو اغتصاب لحق الغير¹ و هذا ما يفسر إلى حد بعيد لماذا منع المشرع القاضي إثارة التقادم من تلقاء نفسه و إذا كان الأصل أن الحائز هو الذي يتمسك بالتقادم فيجوز بداهة أن يتمسك به خلقة سواء كان هذا الخلف عاما أو خاصا فللوارث الحق في أن يتمسك بالتقادم بالنسبة للحق الذي كان يحوزه مورثه ، إذ تعد حيازته استمرارا لحيازة سلفه ، كما أن للمشتري من الحائز الحق في التمسك بالتقادم بالنسبة للحق الذي تلقاه من الحائز.²

و يحق أيضا لمن تصرف إلى الحائز في الحق الذي عليه الحيازة أن يتمسك بالتقادم بالنسبة لهذا الحق و ذلك حتى يتقي رجوع الحائز عليه بدعوى ضمان الاستحقاق.³

و يحق كذلك لدائني الحائز التمسك بالتقادم نيابة عن مدينهم الحائز عن طريق الدعوى غير المباشرة و ذلك خروجا عن القواعد العامة التي تقضي بعدم جواز استعمال الدعوى غير المباشرة حق متصل بشخص المدني أو رخصة من الرخص المتاحة له طبقا لنص المادة 189 من القانون المدني الجزائري .

و ذلك راجع إلى أن المشرع و بنص صريح أجاز للدائن التمسك بالتقادم على مدينه الحائز عن طريق هذه الدعوى ، على الرغم من أن التمسك بالتقادم رخصة للحائز و حق . كما أنه يتصل بشخص الحائز اتصالا وثيقا لتعلقه بضميره.⁴

و تكمن مصلحة الدائن في التمسك بالتقادم نيابة عن مدينه الحائز فيما لو كان الحائز معسرا و رتب على هذا التمسك أن يدخل في ذمة الحائز مالا يمكن للدائن التنفيذ عليه ، لاستبقاء حقه في ذمة الحائز.⁵

هذا ويلاحظ أنه إذا نزل الحائز عن التقادم فاللدائن الحق في الطعن في هذا النزول بطريق الدعوى البوليسية وفقا لنص المادة 191 من القانون المدني إذا ما توافرت شروطها حتى إذا ما نجح منه عمد

1 - وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 477 .

2 - محمد علي الأمين ، المرجع السابق ، ص 381 .

3 - عبد المنعم سوار ، المرجع السابق ، ص 477 .

4 - رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 693 .

5 - محمد علي أمين : مرجع سابق ، ص 382 .

بعد ذلك إلى التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز أي ينتقل من الدعوى البوليصية إلى الدعوى الغير مباشرة.

1

1- طرق التمسك بالتقادم:

يتم التمسك بالتقادم المكسب عن طريق المطالبة القضائية في شكل طلب أو دفع كما يمكن التمسك به أمام الموثق عن طريق إعداد عقد الشهرة المتضمن الإقرار بالملكية ، أو أمام الهيئات الرسمية المكلفة بعملية المسح العام للأراضي في الوقت الذي يتم فيه مباشرة عملية المسح العام للأراضي في المنطقة التي يقع فيها العقار محل الحياة.²

أ - التمسك بالتقادم عن طريق المطالبة القضائية : وفقا لأحكام القانون المدني يجب أن يحصل التمسك بالتقادم المكسب أمام القضاء طبقا لنص مادة 321 ق.م.ج و ذلك لأجل حماية و تثبيت المركز القانوني الذي تكون للحائز بمجرد إكمال شروط التقادم المكسب.³

و لهذا يستطيع الحائز بمجرد إنتهاء مدة التقادم أن يدافع عن المركز القانوني الذي اكتسبه إما عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع القضائي.

- التمسك بالتقادم المكسب عن طريق الدعوى القضائية : في حالة ما إذا إعتدى شخص على آخر اذ يفترض تحريك الدعوى القضائية وجود حق أو مركز قانوني متنازع فيه بصفة جدية⁴ يتم فيها تثبيت ملكيته للعقار عن طريق التقادم المكسب في مواجهة المدعى عليه ، فبمجرد رفع الدعوى يصبح العقار المطلوب ثبوت ملكيته للحائز متنازعا فيه فتنشأ بذلك الخصومة القضائية للحائزو المعتدي على حق هذا الحائز .

و المدعي في هذه الدعوى هو الحائز باعتباره هو الذي يطالب بثبوت ملكيته للعقار المحاز أساس التقادم المكسب في حالة ما اذا خرج من حيازته بعد اكمال مدة التقادم بفعل الغير .

1 - ياسين غانم ، مرجع سابق ، ص 114 - 115 .

2 - وفقا لأحكام القانون المدني ، لا يجوز التمسك بالتقادم إلا أمام القضاء و لكن بموجب نصوص تشريعية خاصة أجاز المشرع التمسك بالتقادم المكسب أمام الموثق أو أمام لجان المسح العام للأراضي .

3 - عدلي أمير خالد : اكتساب الملكية العقارية بالحياة ، المرجع السابق ، ص 257 .

4 - محمد إبراهيمي ، الوجيز في الإجراءات المدنية ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ،

الجزائر 1999 ، ص 25 .

أما المدعى عليه فهو من الت اليه الحيازة أو من ينازع الحائز فيها سواء كان هو المالك الحقيقي أو الغير.¹ و لصحة التمسك بالتقادم المكسب عن طريق الدعوى يجب احترام جميع الاجراءات الواجبة اجراؤها بشأن رفع الدعوى حتى تكون مقبولة شكلا طبقا لأحكام قانون الاجراءات المدنية خاصة في المواد من 12 إلى 24 منه و المادة 459 .

و لا يشترط في التمسك بالتقادم بهذا الطريق شكلا خاصا اذ يصح أن يكون صريحا أو ضمنيا ، غير أنه في حالة ما اذا كان ضمنيا² يجب أن يستخلص بوضوح من طلبات الحائز بحيث لا يساور القاضي أي شك أو غموض في حصول التمسك بالتقادم المكسب³ حيث مثلا يتعين على الحائز أن يبين نوع التقادم المكسب لا يعني بالضرورة التمسك بالنوع الاخر.⁴

و في الوقت الذي يستوفي فيه التقادم المكسب شروطه تكون الحيازة دليل على الملكية إلى أن يقوم الدليل على عكس فيفترض في الحائز أنه هو المالك⁵ و اذا حصل التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى أمام المحكمة الابتدائية فإن صدر الحكم لصالح الحائز على أساس التقادم المكسب ، يكفي الحائز في حالة الاستئناف طلب تأييد الحكم المستأنف حتى يمكن اعتباره متمسكا بالتقادم غير أنه إذا لم تؤسس المحكمة حكمها على التقادم المكسب فيجب على الحائز أن يتمسك به من جديد أمام جهة الاستئناف حتى يمكن اعتباره متمسكا بالتقادم بصورة صحيحة.⁶

و مثلما يمكن للحائز رفع دعوى الملكية يمكن للحائز رفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته ضد من يتعرض له فيها و بما أن التماسك بدعاوى الحيازة أيسر بكثير من رفع دعوى الملكية.

عادة ما تكون دعاوى الحيازة المقدمة الطبيعية لدعوى الملكية.⁷

إذ يكفي الحائز لرفع دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض في الحيازة حتى إذا استقرت الحيازة في يده و انتفع بالعقار انتفاع المالك ، ينتظر فيما بعد خصمه حتى يرفع عليه دعوى الإستحقاق ضده ، فيتحول الحائز إلى مركز المدعى عليه في دعوى الاستحقاق و بالتالي لا يكلف باثبات ملكيته للعقار

1 - عدلي أمير خالد : مرجع سابق ,ص 258 .

2 - ياسين غانم : التقادم المكسب و المسقط ، المرجع السابق ، ص 103 .

3 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1060 .

4 - قرار المحكمة العليا رقم 40187 الصادر بتاريخ 1987/07/01 ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، ص 90

5 - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 499 .

6 - عدلي أمير خالد ، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة ، مرجع سابق ، ص 266 .

7 - عدلي أمير خالد ، ثبوت و شهر الملكية العقارية المكتسبة بوضع اليد ، مرجع سابق ، ص 38 .

المتنازع عليه إذ يقع عبئ الإثبات على المدعى ، دون البحث في سند ملكية المدعى عليه أي الحائز و ذلك لأن عدم إثبات ملكية المدعى عليه للحق المتنازع عليه لا يقتضي بالضرورة ثبوتها للمدعي و الحائز في هذه الدعوى يوجد في مركز يسمح له أن يدفع دعوى الاستحقاق المقامة ضده من طرف المالك الحقيقي عن طريق التمسك بالتقادم المكسب باعتباره أنه حاز العقار المدة القانونية التي يتطلبها المشرع للتمسك بالتقادم.¹

- التمسك بالتقادم عن طريق الدفع : يمكن للحائز التمسك بالتقادم عن طريق الدفع القضائي و ذلك في حالة ما إذا رفع المالك الحقيقي دعوى الاستحقاق ، فيدفع دعواه عن طريق التمسك بالتقادم المكسب فالحائز باعتباره مدعى عليه من مصلحته عدم الحكم لصالح المدعي باستحقاق ملكية العقار المتنازع فيه ، و لذلك فهو يدفع دعوى المدعى بالتمسك بملكه للعقار بالتقادم و يجوز له ذلك في أية حالة تكون عليها الدعوى إلى حين تقفل باب المرافعة و يترتب على اعتبار الدفع بالتقادم دفعا موضوعيا يهدف إلى عدم إجابة طلب المدعي أن الحكم الصادر شأنه سواء بقبوله و رفض الدعوى أو يرفضه و قبول طلب المدعى ، حكما موضوعيا حاسما للنزاع بصفة نهائية و حائز لحجية الشيء المحكوم به بالنسبة لموضوع الدعوى فر يجوز إقامة دعوى جديدة بذات الموضوع.²

2- التمسك بالتقادم أمام الموثق عن طريق إعداد عقد شهرة:

أجاز المشرع الجزائري للحائز التمسك بالتقادم المكسب أمام الموثق عن طريق إعداد ملف يصطلح عليه " بعقد الشهرة " و ذلك استنادا إلى المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 الذي يسن إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.³

حيث يمكن للحائز في حالة ما إذا كان العقار المحرز من نوع الملك و غير واقع ضمن تراب البلديات التي تم اخضاعها لعملية مسح الأراضي طبقا للأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 . المتضمن

¹ - رمضان أبو السعود ، مرجع سابق ، ص 691 - 692 .

² - محمد إبراهيمي : مرجع سابق ، ص 478 .

³ - ميسون زهوين ، اكتساب الملكية الخاصة ، مذكرة ماجستير ، مرجع سابق ، ص 84 .

مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري¹ أن يتقدم بطلب إلى الموثق لأجل إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب.²

و يجب على الحائز في هذه الحالة أن يقدم إلى الموثق كل المعلومات اللازمة عن طبيعة الملكية موقعها ، مشتملاتها و مساحتها و كذلك الرسم و التكاليف المترتبة عليها إلى جانب تعيين الحقوق و المستفيدين.³

كما يجب على الحائز أيضا أن يقدم الأوراق المثبتة لحالته المدنية و مخطط الملكية للعقار المحاز يتولى إعداد المخطط أشخاص مختصين و معتمدين إلى جانب التصريح يشرفه الذي مارس على العقار حيازة قانونية طبقا لأحكام القانون المدني.

بعد تقديم هذا الطلب يطلب الموثق من رئيس المجلس الشعبي البلدي و نائب مدير الشؤون العقارية أو أملاك الدولة في الولاية ، التأكد من أن العقار المطلوب عقد شهرة شأنه لأجل الاعتراف بالملكية للحائز غير تابع لأملاك الدولة و أنه لم يخضع بعد لإجراءات المسح العام للأراضي.⁴

فإذا تبين للموثق بعد رد مصالح أملاك الدولة و المجلس البلدي أن هذا العقار من نوع الملك أو غير خاضع لإجراءات مسح الأراضي ، يباشر على الفور في عملية إعداد عقد الشهرة حيث ينشر طلب الحائز عن طريق اللصق في مقر البلدية التي يوجد العقار ضمن حدودها الإقليمية لمدة 04 أشهر أربعة أشهر ، كما يتولى نشر هذا الطلب في الصحف الوطنية و الجهوية و ذلك كله على نفقة الحائز صاحب طلب إعداد عقد الشهرة.⁵

و الحكمة في عملية النشر هذه تمكن في قصد إثارة كل الاعتراضات المحتملة من طرف ذوي الحقوق أن وجدوا على طلب الحائز ، فيدعي كل شخص يدعي ملكية العقار محل الحيازة أو أنه صاحب حقوق عينية عليه ، إلى التقدم بطلب كتابي إلى الموثق المكلف بهذه العملية في أجل أقصاه أربعة أشهر ابتداء من تاريخ نشر طلب الحائز في مقر البلدية و الصحف الوطنية.

1 - ميسون زهوين ، نفس المرجع ، ص 87 .

2 - المادة 05 من المرسوم المتعلق بسن إجراءات إثبات التقادم المكسب ، المؤرخ في 21/05/1983 ، الجريدة الرسمية العدد الواحد و العشرون ، المؤرخة في 04/06/1983 .

3 - الشخص المختص بإعداد هذا المخطط هو مهندس معماري أنظر مذكرة وزارة الاقتصاد الى مديري و مفتشي المخطط العقاري و أملاك الدولة ، مجلة الموثق ، العدد الثاني ، سنة 1999 ، ص 15 .

4 - المادة الأولى من المرسوم 352/83 سالف الذكر .

5 - أسيا زروت ، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 75 .

بعد إنتهاء هذا الأجل إذا لم يرد أي اعتراض على طلب الحائز سواء من طرف المصالح العمومية - البلدية ، مديرية أملاك الدولة ، أو من طرف الخواص يعد الموثق عقد الشهرة بإسم الحائز يتضمن الاعتراف له بملكية العقار على أساس التقادم المكسب .

و بموجب هذا السند يصبح الحائز هو المالك الحقيقي للعقار و صاحب سند رسمي يحميه من أية منازعة في العقار الذي يحوزه خاصة بعد إخضاع عقد الشهرة هذا لعملية الإشهار العقاري لدى المحافظة العقارية.¹

أما في حالة الاعتراض على أحقية الحائز في ملكية العقار خلال مدة 04 أشهر المقررة لذلك يتولى الموثق تلقي هذا الاعتراض كتابة ليحيل الطرفين بعد ذلك على القضاء المختص من أجل الفصل في النزاع بموجب حكم قضائي يكون محل اشهار لدى المحافظة العقارية بعد ضرورته نهائيا و حائزا للحجية الأمر مقتضى فيه.²

3- التمسك بالتقادم بمناسبة مباشرة عملية المسح العام للأراضي:

يمكن للحائز التمسك بالتقادم المكسب أيضا أمام لجان المسح العام للأراضي بعد صدور قرار عن الوالي بفتح عملية المسح بالنسبة للبلدية التي يقع في حدودها الإقليمية العقار محل الحيازة طبقا للمرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام.

و يتضمن عملية المسح العام للأراضي تحديد النطاق الطبيعي للعقارات لتكون الأساس المادي للسجل العقاري.²

حيث من خلال عملية المسح ها ته يتم تحديد المالكون الظاهرون و أصحاب الحقوق العينية إذ تقوم لجان المسح بعد الانتقال إلى الميدان و سماع ملاحظات المالك الحائزين الآخرين للحقوق العينية العقارية ، بإعداد مخطط لمسح الأراضي³ تودع وثائق المسح هذه لدى المحافظة العقارية لأجل تحديد

2- أسيا زروت ، نفس المرجع ، ص 76 .

³ - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 123 /93 المؤرخ في 14/05/1993 المعدل و المتمم للمادة 09 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية رقم 30 لسنة 1976.

حقوق الملكية و الحقوق العينية العقارية الأخرى و شهرها في السجل العقاري ، أين يتم تثبيت هذا الإبداع عن طريق محضر تسليم محرره المحافظ العقاري.¹

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على التمسك بالتقادم المكسب

يترتب على التقادم كسب الملكية بأثر رجعي و لا يترتب أثره إلا إذا تمسك به الحائز أو من له مصلحة في ذلك ، و لا يجوز التنازل عنه مقدما إلا بعد اكتمال مدته و شروطه.

أولاً : التقادم المكسب سبب لكسب الملكية :

يترتب على التقادم المكسب الطويل أو القصير كسب الحائز ملكية الشيء أو الحق العيني و يستبدل على هذا من نص المادة 827 ق.م.ج " من حاز منقولا أو عقارا أو حق عينيا منقولا كان أو عقار دون أن يكون مالكة أو خاصا به ، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع."

إذ أن مرور الزمن الطويل يؤدي على كسب الحائز ملكية العقار أو الحق العيني كما يستخلص من المادة 828 ق.م.ج : " إذا وقعت الحيازة على عقار أو منقول على حق عيني عقاري ، و كانت مقترنة بحسن نية و مستتدة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فان مدة التقادم المكسب تكون عشرة سنوات" أنه إذا كانت الحيازة لدى شخص و كان حسن النية و لديه السبب الصحيح ، يكسب الملكية أو الحق العيني بمرور الزمن المتطلب في التقادم القصير.

فالتقادم المكسب يعد سببا لكسب الملكية ، إذا كان الحائز غير مالك للعين و حازها مدة التقادم الطويل أو القصير و تمسك بالتقادم ، فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي كان يملكها وقت بدأ الحيازة الى الحائز و يصبح هذا الأخير هو المالك استنادا إلى التقادم المكسب.²

فالحق الذي يكتسبه الحائز بالتقادم هو الحق الذي قامت عليه الحيازة فإذا كان قد ظهر على الشيء ، محل الحيازة باعتباره مالكا ، فإن تمسكه بالتقادم يكسبه حق الملكية على ما كان يحوزه طوال مدة التقادم أما إذا كان يظهر عليه بصفته صاحب حق انتفاع أو حق ارتفاق فإنه يكسب حق الارتفاق أو الانتفاع

¹ - المادة 01 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 سالف الذكر .

² - د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني مرجع سابق ، ص 1974 .

دون حق الملكية و بناء على ذلك من فتح مطلا على ملك الجار دون مراعاة المسافة القانونية ، يقتصر حقه على المطل المفتوح فعلا طوال مدة التقادم و لا يحق أن يفتح اخر استنادا للتقادم.¹

و كسب الحق بالتقادم يتضمن كسب ثوابه أيضا اذا وردت عليها الحيازة و على ذلك فمن حاز أرضا بها أشجار تملك الأرض بما عليها من أشجار الا إذا كانت الأشجار - التوابع - مستقلة عن الأصل ، فمن يحوز الأشجار فقط مستقلة عن الأصل (الأرض) فانه يكسب ملكية الأشجار دون الأرض² و وسيلة الحائز للتمسك يكسب الملكية بالتقادم تكون اما عن طريق الدفع و اما عن طريق الدعوى ، فإذا أقام عليه المالك دعوى الاستحقاق فإنه يستطيع أن يواجه هذه الدعوى بالدفع بأنه اكتسب ملكية العين بالتقادم أما إذا خرجت العين من حيازة من اكتسب ملكيتها بالتقادم فإنه يحق له أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز و أن يؤسسها على أنه تملك العين بالتقادم المكسب ، فإذا نجح في اثبات ذلك قضت المحكمة بطلباته و يكون تمسكه في هذه الحالة عن طريق الدعوى.³

و يلاحظ أن الحائز يكسب الحق بالحالة التي كان عليها وقت بدء التقادم ، فإذا كان المالك الأصلي قد رتب على الشيء حقا عينيا قبل بدء سريان مدة التقادم فيبقى هذا الحق قائما ، إلا اذا سقط بسبب مستقل أو كان الحائز قد كسبه كذلك بالتقادم المكسب ضد صاحبه.

ثانيا : التقادم المكسب بكسب الملكية بأثر رجعي

إذا كسب الحائز الملكية أو الحق العيني بالتقادم كان ذلك بأثر رجعي حيث يعتبر الحائز مالكا من الوقت الذي بدء فيه سريان التقادم و ليس من الوقت الذي اكتملت فيه مدة التقادم و هذا حكم تمليه طبيعة نظام التقادم و الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه من احترام للأوضاع المستقرة و حمايتها.

و ينطبق هذا الأثر الرجعي على كل من التقادم المكسب القصير والطويل ففي التقادم القصير يؤدي التقادم بأثر رجعي إلى تدعيم سند الحائز و تطهيره من العيب الذي كان يشوبه لصدوره من غير مالك ، حيث يحتفظ الحائز نهائيا بالشيء بوصفه مشتريا أو موهوبا له أو نحو ذلك بحسب نوع السند الصادر اليه ، كما لو كان السند قد نقل اليه الملكية أو الحق العيني منذ إنعقاده و لذلك تسري في حق الحائز في

¹ - الشواربي عبد المجيد أسامة عثمان ، أحكام التقادم في ضوء و الفقه ، ص 222 .

² - أبو السعود رمضان ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها ، مصر ، دار الجامعة الجديدة ، 2004 ، ص 423 .

³ - الدناصوري عز الدين ، عكاز حامد ، الحيازة المدنية و حمايتها الجنائية ص 403 .

هذه الحالة جميع النتائج القانونية التي تترتب على السند الصادر إليه و في التقادم الطويل يترتب أيضا هذا الأثر ذاته حيث يقوم التقادم مقام السند.¹

و يترتب على الأثر الرجعي للتقادم النتائج التالية :

1- أن الحائز لا يلتزم برد ثمار العين التي تملكها بالتقادم حتى لو لم يمتلك هذه الثمار استقلالا بالقبض أو بالتقادم و حتى لو كان سيء النية و لم يمض على قبضه لها خمس عشرة سنة ، و ذلك تأسيسا على أن الحائز أعتبر مالكا منذ بدء سريان التقادم و بالتالي تكون في ملكه وقت أن أنتجت الثمار.²

2- عدم سريان الحقوق العينية التي رتبها المالك الأصلي على العقار خلال مدة التقادم إعمالا للأثر الرجعي للتقادم.³

ثالثا : وجوب التمسك بالتقادم:

تنص المادة 321 ق.م.ج على ما يلي : " لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص لمصلحة في ذلك و لو لم يتمسك المدين به".

و يتضح من نص هذه المادة المذكورة أعلاه أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل لا بد من التمسك به ، فإذا توافرت شروط التقادم المكسب فإنه لا يترتب أثره بقوة القانون ، بل يجب التمسك به لكي ينتج أثره⁴ و يترتب علة ضرورة التمسك بالتقادم أنه اذا اكتملت مدة التقادم ورد الحائز الشيء إلى مالكة قبل تمسكه بالتقادم كان هذا وفاء بإلتزام مدني ، فلا يستطيع الحائز بعد ذلك أن يسترد الشيء بدعوى أنه كسبه بالتقادم و لو كان الرد على غلط بأن اعتقد الحائز وقت الرد أن مدة التقادم لم تكتمل⁵ فالأصل أن الحائز هو الذي يتمسك بالتقادم إذ هو الذي يكسب الحق الواردة عليه الحيابة بناء على هذا التمسك ، كما أن الحائز هو الذي يعلم ما إذا كان الحق الذي يحوزه حلالا له أم حراما عليه فيتمسك بالتقادم في الحالة الأولى كي يوفر عن نفسه عبئ إثبات أنه صاحب الحق.

1 - عبد المنعم الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، ص 675 ، أبو السعود رمضان الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ص 425 .

2- الدناصوري عز الدين ، عكاز حامد ، الحيابة المدنية و حمايتها الجنائية ص 404 .

3 - عبد الحميد الشواربي ، أسامة عثمان ، أحكام التقادم في ضوء الفقه ص 223 .

4 - فريدة زواوي ، الحيابة و التقادم المكسب ، المرجع السابق ص 117 .

5 - سوار محمد وحيد الدين : شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ص 678 .

و قد يأبى عليه ضميره أن يتمسك بالتقادم في الحالة الثانية¹ لكن القانون أجاز لدائن الحائز و لأي شخص له مصلحة أن يتمسك بالتقادم بدلا من الحائز و ذلك على طريق الدعوى الغير مباشرة² .

و هذا ما نصت عليه المادة 321 من 1 من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها لكن متى يجوز التمسك بالتقادم ؟

التمسك بالتقادم يكون صورة دفع به الحائز دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه و هو دفع موضوعي يجوز ابدائه في أية حالة من حالات الدعوى حتى إقفال باب المرافعة و يجوز التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة أو امام المجلس القضائي³ .

كما نصت م 321 ق 02. ق.م.ج بقولها : " و يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة من حالات الدعوى و لو أمام المحكمة الاستثنائية " .

فإذا لم يرد دفع الحائز بالتقادم لا أمام محكمة أول درجة و لا أمام المحكمة الاستثنائية فليس له أن يدفع به لأول مرة أمام المحكمة العليا لأن المحكمة العليا لا تستطيع أن تنتظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع و ليس الدفع بالتقادم معتبرا من النظام العام حتى يجوز للمحكمة العليا أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها. لكن إذا استطاع الحائز أن يحصل من المحكمة العليا على حكم بنقض الحكم المطعون فيه لسبب غير التقادم كخلل في الإجراءات أو خطأ في تطبيق القانون في مسألة أخرى و أحالت المحكمة العليا الدعوى على دائرة أخرى من دوائر محكمة الاستئناف ، فإنه يجوز للحائز أمام محكمة الإحالة و هي محكمة موضوع أن يدفع بالتقادم لأول مرة و في أية حالة كانت عليها و ذلك إلى وقت إقفال باب المرافعة أمام محكمة الإحالة⁴.

رابعا : النزول عن التقادم

تنص م 322 ق 2 ق.م.ج على أنه : " لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون " يتضح لنا من نص المادة أنه لا يجوز النزول مقدما عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه بل يصعب تصوره من الناحية العملية ، فكيف يتصور نزول الحائز حسن النية و لديه السبب الصحيح مقدما في السند الصادر إليه . و إذا أمكن

1 - عبد المنعم الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ص 663 .

2 - أبو السعود رمضان ، الوجيز في الحقوق العينية الألية ، مرجع سابق ص 417 .

3 - فريدة زواوي ، الحيازة و التقادم المكسب ، مرجع سابق ص 117 .

4 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح ، القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، 2002 ص 1064 .

تصوره مثل هذا النزول ، فهو باطل بحكم القانون سواء كان بصدد تقادم قصير أو طويل و العلة من تحريم النزول المسبق عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه هو أنه يمس وجود التقادم و تلك مسألة تتعلق بالنظام العام.¹

أما فيما يخص التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه فتتص المادة 322 ق 02 ق.م.ج على ما يلي :

"و إنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل و لو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم".

نستنتج أنه إذا إكتملت مدة التقادم و أصبح من حق الحائز التمسك به فقد يؤنبه ضميره على اكتساب حق غيره فيتنازل عن التقادم و هذا التنازل صحيح .²

و قد يكون هذا النزول صريحا فلا يشترط فيه شكل معين أو يصاغ في عبارات خاصة ، فقد يكون مكتوبا أو شفويا و قد يكون ضمنيا ، حيث يستفاد هذا النزول من أي عمل للحائز بعد ثبوت حقه في التميك بالتقادم ، تنطوي دلالته على معنى النزول³ و النزول عن التقادم تصرفا قانونيا صادر من جانب واحد لا حاجة فيه إلى قبول المالك و لا تلزم فيه أهلية التبرع و لا تكفي أهلية الإدارة بل تجب أهلية التصرف و يترتب على ذلك أن الصغير و المحجوز عليه لا يستطيع أي منهما أن ينزل عن حقه في التمسك بالتقادم و كذلك لا يستطيع الوصي أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجوز في التمسك بالتقادم من غير إذن المحكمة و لا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم ، إلا إذا أعطى توكيلا خاصا في ذلك.⁴

و يسري نزول الحائز في حق دائنيهما لم يكن قد صدر منه النزول إضرار بحقهم ، المادة 322 ق 02 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر فعندئذ يجوز للدائنين أن يطعنوا في نفاذه في حقهم بالدعوى البوليصية خروجا عن أحكام هذه الدعوى ، التي تقتضي أن يكون التصرف المطعون فيه مفقرا و الغرض أن النزول ليس مفقرا ، لأن الحائز لم يتصرف في حق دخل في ذمته بل هو حال دون زيادة في حقوقه.⁵

1 - أبو السعود رمضان ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ص 419 .

2 - فريدة زاوي ، الحيازة و التقادم المكسب ، مرجع سابق ، ص 119 .

3 - أبو السعود رمضان ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ص 420 .

4 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح ، القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ص 1067 و 1068 .

5 - سوار محمد وحيد الدين ، شرح القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية - ص 681.

كما يجوز النزول عن التقادم أثناء سريانه بحيث يعتبر بمثابة قطع للتقادم عن طريق إقرار الحائز بحق المالك لأن الحائز اذا نزل عن المدة التي انقضت في تقادم لم يكتمل إنما يقر بحق المالك ، فيقطع الإقرار التقادم و لا يعتد بالمدة التي انقضت ، كما هو الحال في انقطاع التقادم بإقرار الحائز.¹

فالحائز يعتبر مالكا من وقت بدء سريان التقادم و بالتالي إذا رتب المالك عليه حق رهن مثلا خلال مدة التقادم فإنه يكون صادرا من غير مالك فلا يسري في حق الحائز بعد أن كسب العين بالتقادم أما الحقوق العينية التي يكون المالك قد رتبها على العين قبل بدء سريان التقادم فإنها تسري بحق الحائز حتى بعد أن يتملك العين بالتقادم إلا إذا اكتسبها بإحدى الطرق المذكورة سابقا.²

3- إذا رتب الحائز من خلال مدة التقادم حقا عينيا على العقار الذي حازه ثم تملكه بالتقادم فإن هذا الحق يصبح نافذا بالأثر الرجعي ، فالحائز يعتبر مالكا للعقار من وقت بدء سريان التقادم ، فيكون مالكا له وقت أن رتب الحق العيني.³

خامسا : التقادم المكسب كأساس لعقد الشهرة و لشهادة الحياة :

شرعت الجزائر منذ تبنيها نظام الشهر العيني بمقتضى الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المراسيم التطبيقية له في مسح مجموعة البلديات على مستوى التراب الوطني ، لكن هذه العملية لم تتقدم كثيرا ، إذ لم يتم مسح أكثر من ثلث البلديات نظرا لعدة أسباب حالت دون ذلك.⁴

مما جعل المشرع يتدخل في سنة 1983 بالمرسوم رقم : 352/83 المؤرخ في : 1983/01/21 الذي يسن إجراءات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية حيث أكدت المادة الأولى منه أن كل شخص يحوز في تراب البلديات غير الممسوحة عقارا من نوع الملك حياة مستمرة علانية ، غير منقطعة ، غير متنازع فيها و ليست مشوبة بلبس يمكن أن يطلب من الموثق إعداد عقد الشهرة يتضمن الاعتراف بالملكية ، هذا الإجراء وضع من أجل معالجة الحالات التي يكون فيها الأشخاص

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 1070 .

² - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 1074 .

³ - عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 1075 - 1076 .

⁴ - حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحياة ، الجزائر ، دار هومة ، 2002 ، ص 13.

الذين يمارسون الحيازة على عقار ما بدون سند وفقا للقواعد العامة التي أقرها المقتن الجزائري خاصة المادتين 827 و 828 م.ج و ما يليها.¹

أما الشروط التي يجب أن تتوفر في الغالب فهي كالتالي :²

1- أن لا يكون الطالب مالكا لعقود رسمية تتعلق بالعقار المطالب باثبات ملكيته.

2- أن لا يكون هذا العقار خضع لإجراءات الأمر رقم 74-75 المتضمن اعداد المسح العام و تأسيس السجل العقاري ، فالحائزون بالبلديات التي خضعت لهذا الإجراء يحصلون في نهاية العملية على سند رسمي يثبت الملكية يتمثل في الدفتر العقاري.

3- أن لا يكون العقار موضوع الطلب من الأموال العامة ، لأن هذه الأموال لا تكسب بالحيازة و التقادم.

بعد توافر هذه الشروط يتقدم الطالب بنفسه أو بواسطة وكيله الخاص أو ممثله الشرعي بالنسبة لناقص الأهلية بطلب إلى الموثق الذي يقع العقار في دائرة اختصاص مكتبه بطلب منه تحرير عقد الشهرة مع وجوب تقديم ما يلي:³

- كل المعلومات اللازمة على طبيعة العقار (أرض فلاحية ، أشجار ... إلخ) و موقعه و مشتملاته و مساحته.

- تعيين الرسوم و التكاليف المترتبة عن العقار أو المنقل بها العقار مع تعيين ذوي الحقوق و المستفيدين.

- وثائق الحالة المدنية الخاصة بالمعني أو المعنيين.

- الشهادات المكتوبة.

- مخطط الملكية يعده خبير أو خبراء معتمدون.

- تصريح بالشرف أن الطالب يمارس على العقار حيازة ، يطابق أحكام المادة 827 ق.م.ج

¹ - رمول خالد ، المحافظة العقارية كألية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري - قصر الكتاب- البليدة ، الطبعة 2001 ، ص 52-53 .

² - عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، الجزائر دار هومة 2003 ، ص 103 .

³ - عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، نفس المرجع ، ص 104 .

-السندات أو الشهادات الجبائية التي يمكنه أن يدلي بها أو يبني حيازته عليها كالعقد العرفي الثابت التاريخ.

يقوم الموثق بدوره بتحديد وضعية العقار القانونية بإرسال نسخة من الملف إلى كل من رئيس بلدية مكان تواجد العقار و نائب مدير الشؤون العقارية و أملاك الدولة في الولاية ، كما يقوم بنشر طلب إعداد عقد الشهرة عن طريق اللصق في مقر البلدية و الصحافة الوطنية و الجهوية على نفقة الأطراف المعنية.

كل هذه الإجراءات من تحديد الطبيعة القانونية للعقار من قبل رئيس البلدية و نائب مدير أملاك الدولة إلى جانب مدة الإعلام بالنشر تكون في أجل محدد بأربعة أشهر طبقا للمادة 04 من المرسوم 352/83

في حالة تلقي الموثق أي اعتراض على طلب إعداد عقد الشهرة سواء من البلدية أو من مصالح أملاك الدولة أو من المواطنين ، ما عليه إلا توجيه الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة لحل النزاع ، عملا بنص المادة 08 من المرسوم : 352/83¹.

أما في حالة عدم وجود أي اعتراض فأحكام المادة 07 من المرسوم 352/83 تقضي بأنه في نهاية الأجل المنصوص عليه في المادتين 05 و 06 من المرسوم و عدم وجود أي اعتراض سواء من السلطات العمومية أو الخواص يعد الموثق عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية باسم المعني دون تعطيل حيث يقوم بتحرير العقد في نسختين يحتفظ بالأصل الذي يوقع عليه الموثق و العني الشاهدين و يسلم النسخة الثانية إلى المعني بعد إتمام إجراءات التسجيل الأشهاري في المحافظة العقارية² فالنقادم المكسب يكون سببا من أسباب كسب الملكية و إن كان المشرع إشتراط لإثبات هذه الملكية و الاعتراف بها إعداد عقد الشهرة.

كما أن القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري وردت فيه أحكاما خاصة بالعقارات غير المبينة إذ نصت المادة 39 منه على أنه : " يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 825 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها ملكية مستمرة و غير منقطعة و هادئة و علانية لا تشوبها شبهة ، أن يحصل على سند حيازي يسمى شهادة حيازة " .

¹ - حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، مرجع سابق ، ص 55-56-57 .

² - عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري المرجع السابق ص

و هي تخضع لتشكيلات التسجيل و الإشهار العقاري و ذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي.

و شهادة الحياة تختلف من عقد الشهرة إذ تعتبر شهادة إسمية لا يجوز بيعها فتتص المادة 42 من قانون 25/90 على ما يلي : " شهادة الحياة إسمية لا يجوز بيعها كما لا يجوز لصاحبها التصرف سواء بعوض أو مجاناً و مع ذلك يجوز له القيام بتصرفات أخرى تصرف المالك الحقيقي بإنشاء رهن عقاري لمصلحة مؤسسة القرض."

و تعتبر هذه الشهادة شهادة مؤقتة إذ تلغي عندما يتم مسح الأراضي العام في المنطقة و هو ما تضمنته المادة 47 من القانون رقم 25/90 و في هذه الحالة يمكن للشخص الحائز طلب إعداد عقد الشهرة وفقاً للمرسوم رقم 352/83 .

أما فيما يخص انتقال ملكية العقارات بالنسبة إلى الورثة فالأصل فيها أن تنتقل بمجرد وفاة المورث دون الحاجة إلى إجراءات الشهرة ، طبقاً لأحكام المادة 15 من الأمر رقم 74/75 الصادر في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الذي نص على ما يلي

" كل حق للملكة و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها من مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

لكن على الوارث الرامي للتصرف في الأموال الموروثة أن يثبت حقه بموجب شهادة موثقة ، لما نصت عليه مادة 91 من المرسوم 63/76 الصادر بتاريخ 1976/03/25 و المتعلق بتأسيس السجل العقاري بقولها : " كل انتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الأجل المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة . و ينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ، و لكن أيضاً عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كلا أو جزء من تركة و في هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات و الإثباتات المفيدة .

و لا يتم إعداد شهادة موثقة إذا كان عقد القسمة المتضمن لمجموع العقارات الموروثة قد تم تحريره و إشهاره ، ضمن الأجل المنصوص عليه من أجل إشهار الشهادة المذكورة".

أما في الحالة التي لا يتم فيها التصرف في الأموال الموروثة و لم يتم الموثق بإعداد شهادة موثقة يمكن للحائز اكتساب ملكيتها بالتقادم و هذا التقادم إما أن يكون قصير إذا كان الحائز حسن النية و لديه سند

صحيح و إما بالتقادم الطويل¹ أما إكتساب الورثة لملكية الأعيان الموروثة (الأموال) بالتقادم فقد نصت المادة 829 م.ج أنها لا تكتسب إلا إذا دامت حيازتها 33 سنة بقولها : " لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال ، الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاث و ثلاثين سنة"

المطلب الثاني : الآليات القانونية لحماية و اثبات الحيازة القانونية

إن التمسك و الإدعاء بالملكية على غرار الحيازة و التقادم المكسب يتم في التشريع الجزائري إما عن طريق المطالبة في حالة وجود منازع للحائز أو عن طريق اللجوء إلى الوثق لإعداد عقد الشهرة إلا أنه تم العدول عن هذا الإجراء الذي حل محله تحقيق عقاري ينظره المحافظ العقاري.²

و الأمر يتعدى ذلك و ذاك بالنسبة للاستثمار في الأراضي الفلاحية حيث يتحصل الحائز على شهادة الحيازة كوسيلة من وسائل التنمية في مجال الاستثمار الفلاحي.

و بناء على ذلك نعالج من خلال هذا المطلب الآليات القضائية لإثبات الحيازة و التقادم المكسب في فرع أول و الآليات الغير قضائية في فرع ثاني.

الفرع الأول : الآليات القضائية لإثبات الحيازة و التقادم المكسب

تعتبر دعاوى الحيازة دعاوى عينية عقارية رغم كون رافعها لا يستند إلى حق عيني و بغض النظر عما إذا كان الحائز مالكا ، و ذلك لاعتبارين :³

أحدهما يقوم على مصلحة للحائز لأن الحيازة ممارسة فعلية للحق و قرينة عليه وسيلة لاكتسابه و عليه فإن دعاوى الحيازة تحمي الحائز بطريقة غير مباشرة.⁴ حتى في مواجهة صاحب الحق.

أما ثانيها : المصلحة العامة لضمان حماية و استقرار الأمن و النظام العام في المجتمع.⁵

¹ - زاوي فريدة ، الحيازة و التقادم المكسب ، المرجع السابق ، ص 125 .

² - القانون رقم : 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراءات لمعابنة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 28/02/2007 .

³ - بوشير محمد أمقران : قانون الإجراءات الدينية ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية 2001 ، ص 91 .

⁴ - م 823 من الأمر رقم 58/75 المعدل و المتمم المتضمن القانون المدني الجزائري و أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 58011 (منشور) .

⁵ - Mazeaud (H.L.J) : leçon de droit civil OP, cité , P 146

إلا أن دعاوى الحيازة لا تنتظر أمام القضاء إلا بعد استنفائها لشروط الصحة في رفع الدعاوى القضائية ، سواء نازعه أو لم ينازعه يمكن للحائز اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة للحصول على حكم يثبت حيازته.

و على ذلك نعالج أولا : شروط رفع دعاوى الحيازة و الجهة القضائية المختصة ثانيا

أولا : شروط رفع دعاوى الحيازة :

وضع المشرع الجزائري قواعد خاصة لحماية الحقوق العينية العقارية و كذا سبل كفيلة لإثباتها كي تغدوا وسيلة لكسب الملكية العقارية.

إلا أنه حق إذا كانت دعاوى الحيازة لا تحمي الحق العيني الأصلي في ذاته و إنما تحمي حيازته أوجب المشرع الجزائري إتباع إجراءات قانونية و الخضوع لشروط موضوعية لقبول دعوى الحيازة سواء اعتدى على الحيازة أو في الحالة العدية أين يلجأ الحائز إلى القضاء المختص بطلب الحصول على حكم يثبت حيازته¹ بناء على قواعد التقادم المكسب و منه سنتناول :

1- شرط الاعتداء على الحيازة

2- شرط المصلحة

3- شرط عدم الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الحق

1- شرط الاعتداء على الحيازة:

له درجات متفاوتة على الحيازة حيث تبدأ بالشروع في أعمال التعدي ، لو تمت تؤدي الى التعرض على الحائز في حيازته ، و قد تتعدى مرحلة الشروع و تبلغ درجة الحد فعلا من ممارسة الحائز لحيازته و قد تصل إلى ذروتها ، إذ أدت إلى سلب الحيازة من الحائز عنوة ، و بناء عليه نظم المشرع الجزائري ثلاثة دعاوى حيازة تتميز بدرجة الاعتداء و نوع الحماية التي تضمنها و فيما يلي نعرض درجات التعدي و نوع الحماية المقررة للحيازة بحسب التطور التاريخي و الأولى بالظهور.²

❖ -التعدي على الحيازة عن طريق السلب (دعوى استرداد الحيازة) :

¹ - ميسون زهيون ، اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة ، مذكرة ماجستير ، مرجع جامعة المدية 2007 ، ص 136 .

² - يرجع الأصل التاريخي لدعاوى الحيازة إلى القانون الكنسي الذي أثبت نظام دعوى إعادة اليد حيث كان الحاكم أن يجرد الغاصب من أمواله قبل الحكم عليه جزئيا لدفع كاعتداء غير مشروع للمحافظة على الأمن العام و وضع حد لإقتضاء الأفراد حقوقهم بأنفسهم.

أولاً ما ظهر من صور الإعتداء على الحيازة هو نزعهما عنوة من صاحبها سواء تم ذلك بالقوة أو العنف ، كما قد يقع بالخدعة و الحيلة.

و سلب الحيازة هو الحيازة هو أعلى درجات الاعتداء عليها و يتمثل في فقد الحائز لحيازته و حرمانه من الانتفاع بها كاملاً.

و لأجل ذلك سن المشرع الجزائري للحائز ضمن المادة 414 من الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم و كذا المادة 817 الفقرة الأولى من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم. الحق في رفع دعوى استرداد الحيازة شرط أن يبلغ ذلك التعرض درجة سلب الحيازة من الحائز و يشترط أن يتم ذلك نتيجة لعمل لا سند له من القانون و إلا سقط حق الحائز في رفع دعوى استرداد الحيازة.

و تتمثل شروط قبول دعوى استرداد الحيازة حسب ما اشترط المشرع الجزائري في :¹

أ- الشرط الأول :

أ- أن تكون الحيازة مادية و ثابتة وقت حدوث الاعتداء أما الحيازة المعنوية كالانتفاع بحق الارتفاق على ملك الغير و المطالبة بإعادة مسقى ، فلا تقبل على أساس دعوى استرداد الحيازة ، إلا أنه مقابل ذلك يكتفي المشرع الجزائري لقبول دعوى استرداد الحيازة مجرد الحيازة المادية ، و بالتالي يمكن أن يسترد الحيازة من كان حائز نيابة عن غيره كالحارس أو المودع لديه أو المستأجر أو المستعير² إذا كان الفقه لا يشترط الحيازة القانونية لرفع دعوى استرداد الحيازة فإن القضاء الجزائري إتجه خلاف ذلك حيث يشترط ضرورة التأكد من مدة قانونية الحيازة.³

ب- الشرط الثاني : إحترام الميعاد

يجب أن ترفع دعوى استرداد الحيازة في ميعاد سنة من تاريخ فقدان الحيازة إلا أنه يستثنى حالتين من هذا المبدأ.

-فقدان الحيازة خفيفة : حيث يبدأ ميعاد سنة من وقت انكشاف ذلك الفقدان.

1 - خليل أحمد ، أصول المحاكمات المدنية ، بيروت ، الدار الجامعية 2000 ، ص 221 .

2 - ما يفهم من نص م 827 ق . 1 الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

3 - المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 205945 المؤرخ في 2001/01/31 (منشور) الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 294 .

-إذا كانت نية الغضب غير واضحة كما لو قام شخص بإدخال آخر في عقار تحت حيازته فضولا أو كرما منه و كان هذا الأخير يخفي نية اغتصاب العقار و عليه فحساب ميعاد سنة يبدأ من تاريخ وضوح تلك النية.¹

و بتوافر الشروط السالفة الذكر جاز لمن اعتدى على حيازته بالسلب اللجوء الى المحكمة المختصة لرفع دعوى استرداد الحيازة لحماية حيازته.

-أما عن الحكم الصادر في دعوى استرداد الحيازة :

فلا يمكن الاستجابة لدعوى استرداد الحيازة قبل التأكد من الحيازة القانونية لرافع الدعوى² و يصدر القاضي حكمه بالزام المدعى عليه برد الحيازة للمدعى طالما توافرت كل الشروط الموضوعية و اتبع الإجراءات القانونية اللازمة و بذلك يكون الحكم قابلا للتنفيذ الجبري متى صار نهائيا أو مشمولا بالنفذ المعجل إلا أن خصوصية الحكم الصادر في دعوى استرداد الحيازة تجعل للحكم حجة نسبية و ليست مطلقة و العلة في ذلك أنه ليس له أية حجية بالنسبة لباقي دعاوى الحيازة إلا في المسألة التي فصل فيها.³

-التعدي على الحيازة بطريق التعرض :

التعرض هو كل واقعة مادية أو قانونية تتضمن بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إدعاء يتعارض مع حيازة الحائز أو إنكارا لها على نحو يحد فعلا من ممارستها دون أن يصل إلى الحرمان الكامل من الانتفاع بها.

و مهما كانت صور التعرض لا يهم في هذا المقام حسن أو سوء النية ، كما تجدر الإشارة إلى أن رفع دعوى الحق على الحائز لا تعتبر تعرض للحيازة لأنها لا تمس الحيازة في ذاتها و ما يقال في دعوى الحق يقال عن المزاعم الشفوية و الأعمال التي تتم تنفيذا للحكم القضائي⁴ . و منه سنعالج شروط قبول دعوى منع التعرض للحيازة و الحكم الصادر فيها:

أ-شروط قبول دعوى منع التعرض للحيازة :

¹ - بوشبير محمد أمقران ، قانون الإجراءات المدنية المرجع السابق ، ص 112 .

¹ - بوشبير محمد أمقران ، مرجع سابق ، ص 113.

³ - المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم 205945 المؤرخ في 2001/01/31 ص 295 و ما بعدها

⁴ - نبيل إسماعيل عمر أصول المرافعات المدنية و التجارية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية منشأة المعارف ، سنة 1986

دعوى منع التعرض هي دعوى يرفعها الحائز القانوني ضد الغير الذي يعارضه في حيازته طالبا الحكم بمنع التعرض و إزالة ظاهره و يجب لرفعها أن يشكل فعل الغير معارضة لحيازة المدعي¹.

و عليه فإن شروط قبول دعوى منع التعرض للحيازة تتمثل في :

- **وجود حيازة قانونية** : أي وقوع تعرض يبيح رفع الدعوى و يشترط في التعرض أن يكون بمثابة العنصر المجدد لشروط المصلحة في دعوى منع التعرض و يتحقق ذلك فعليا نتيجة عمل مادي أو قانوني يتضمن انكار للحيازة ومنه :

أ- التعرض المادي : يتكون من واقعة مادية أو غير مباشرة تحرم على الحائز حيازة العين الا أنه لا يعد العمل تعرضا للحيازة إذا إكتفى بإلحاق أضرار بالحائز طالما لا يتضمن إدعاء يتعارض مع حيازة الغير ، كمن يقطف ثمارا من أرض الجار خلصة أو وضع مواد بناء عليها لبناء أرضه ، غير أنه إذا كانت تلك الأفعال لا تسمح برفع دعوى منع التعرض للحيازة.

ب- التعرض القانوني : ينشئ من إجراء قانوني يتضمن إدعاء يعتبر اعتداء على الحيازة و يمكن أن يتم التعرض بإحدى الصورتين :

- صورة اجراء قضائي : بتقديم طلبات في دعوى يعارض فيها المدعى حيازة المدعى عليه كرفع دعوى استرداد الحيازة على الحائز الحالي².

- صورة إجراء غير قضائي : لأنه ليس من الضروري أن يأخذ شكل الإجراء شكل خصومة قضائية فقد يأخذ طابعا غير قضائي³ كإبرام عقد ايجار مع الغير محله العقار موضوع الحيازة أو توجيه انذار المستأجر و مطالبته بدفع الأجرة إليه هو بدلا من الحائز المؤجر .

- يجب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ التعرض للحيازة :

و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 820 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم و يبدأ حساب الميعاد من يوم وقوع الاعتداء ، فإذا كان فعل الاعتداء واقعة واحدة ، الأمر لا يثير أي صعوبة إلا أن النزاع يطرح حتى تتعاقب أعمال التعرض عن طريق أكثر من واقعة ، هل يبدأ ميعاد السنة ابتداء من الفعل الأول أو من الفعل الأخير؟

¹ - نص عليها المشرع الجزائري في م 820 ق 01 من الأمر رقم 58/75 .

² - أمقران بويشير محند ، قانون الإجراءات المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية 2001 ، ص 107 .

³ - محمدي زواوي فريدة ، الحيازة و التقادم المكسب ، المرجع السابق ، ص 66 .

المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات لم يفصل في هذا الاحتمال أما الفقه فرق بين فرضيتين -
الفرضية الأولى : إذا تعاقبت أفعال التعدي في نشاط يرمي إلى هدف واحد فيحسب بداية الميعاد من
وقت وقوع أول عمل من هذه الأعمال لأن الفعل الأول هو الذي ينشأ الحق في رفع الدعوى.¹

-**الفرضية الثانية** : إذا كانت أعمال التعرض مستقلة عن بعضها البعض فكل تعرض ينشئ الحق في
رفع الدعوى فيكون للحائز الحق في رفع الدعوى بناء على الفعل الأخير إذا لم يكن قد مضت عليه سنة
و تسري من تاريخ وقوع العمل الذي أنشأها.²

و يمكن الإشارة إلى أن ميعاد السنة المقررة لمصلحة الحائز هو ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم لأنه إذا لم
ترفع الدعوى خلاله سقط الحق نهائياً في رفعها و هذا الميعاد يسري في مواجهة الكافة.³

ب-الحكم الصادر في دعوى منع التعرض:

طالما تباينت صور التعرض بين مادي و قانوني فإنه بتحصيل حاصل يختلف منطوق الحكم الصادر
في دعوى منع التعرض للحيازة فإذا كان التعرض مادياً حكم القاضي بإزالة مظاهر التعرض كهدم الحائط
الذي يسد المطل.⁴

أما إذا كان التعرض قانونياً ، يصدر القاضي حكماً تقريرياً أي يؤكد حيازة المدعى في مواجهة المتعرض
و ينبغي حق التعرض في إتخاذ الإجراء الذي قام به . مهما كانت صور التعرض فإن قاضي الموضوع
هو الذي ينظر في النزاع و ليس قاضي الاستعجال و يجب أن يقتصر دوره على وقف التعرض في حالة
ثبوت الحيازة القانونية.⁵

و طالما توفرت الشروط السالفة الذكر كان الحائز الحق في رفع دعوى منع التعرض أما إذا كان التعرض
محتمل الوقوع فيرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة.

¹ - نبيل اسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1986 ،
ص 448 .

² - أحمد خليل ، أصول المحاكمات المدنية ، أصول المحاكمات المدنية ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة و النشر
2000 ، ص 224 .

³ - أما إذا انقضت مدة سنة يبقى للحائز الحق في رفع دعوى الملكية أو دعوى التعويض عن العمل الغير مشروع

⁴ - أمقران بويشير محمد ، قانون الإجراءات المدنية ، المرجع السابق ، ص 110 .

⁵ - المحكمة العليا ، الغرفة العقارية قرار رقم : 215217 المؤرخ في 2001/12/29 الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ،
الجزء الثاني ، المرجع السابق ص 326 .

3- شروط قبول دعوى وقف الأعمال الجديدة و الحكم الصادر فيها :

التعرض هنا يقصد به ذلك الاعتداء الذي لم يحدث بعد و لكنه محتمل الوقوع فهو يفترض أن هناك أعمالا بدأت على عقار الحائز و لا تشكل تعرضا بالفعل لكنها إذا تمت تؤدي إلى هذا التعرض ، كمن يشرع في وضع الأساس لتشييد حائط من شأنه أن يؤدي عند اكتماله إلى التعرض لمطل جاره ، و إلا كنا أمام تعرض حال يبزر رفع الدعوى . لذلك قرر المشرع لحماية الحيازة من ذلك الاعتداء ، أن يرجع الحائز بدعوى وقف الأعمال الجديدة لردع الخطر الذي لم يقع بعد شرط أن لا يكون العمل الجديد قد تم وقت رفع الدعوى لأنه لو تم لوجب رفع دعوى منع التعرض غير أن المحتمل أن يقع لو استمر الخصم في أعماله.¹

و منه فإن غاية دعوى وقف الأعمال الجديدة هو الحصول على حماية قضائية وقتية الى أن يفصل في أصل الحق.

و حتى يتحصل الحائز على تلك الحماية لا بد أن تتوافر فيه جملة من الشروط لقبول الدعوى و ردع الاعتداء.

أ- شروط قبول وقف الأعمال الجديدة :

يشترط في الأعمال التي تبرر قبولها فضلا عن وجوب توفر الحيازة القانونية لدى المدعى ما يلي :

- أن توجد أعمال جديدة بدأت بالفعل و لم تنقص عام على بدئها.

- أن تبدأ هذه الأعمال على عقار آخر لا يحوزه المدعي ، و إلا كانت عبارة عن تعرض فعلي و ليس احتمالي و المشرع الجزائي خول للقاضي أن يحقق و يتبين إذا كان رافع الدعوى على حق و أن يأمر بدفع كفالة² كضمان في حالة صدور حكم يخالف لما تطورت إليه الأوضاع.

- أن يخشى لأسباب معقولة أن تؤدي هذه الأعمال عند اكتمالها إلى التعرض لحيازة المدعى و يتولى القاضي تقدير ذلك.

- أن لا تكون هذه الأعمال قد تمت وقت رفع الدعوى.

- يجب رفع الدعوى خلال سنة من وقت البدء في الأعمال الجديدة.

¹ - فريدة محمي زواوي ، مرجع سابق ص 65 .

² - أنظر المادة 821 ق 02 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم السابق الذكر .

ب- الحكم في دعوى وقف الأعمال الجديدة :

يقتصر حكم القاضي في دعوى وقف الأعمال الجديدة طالما استوفت الشروط المذكورة سابقا على مسألة وقف الأعمال الجديدة فليس له الحكم بإزالة ما قام المدعى عليه من أعمال لأنها لا تمثل اعتداء على الحيابة.¹

كما أجاز المشرع الجزائري للقاضي أن يحكم بكفالة يدفعها المحكوم له فتكون بمثابة ضمان لاصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف.

و لا يكفي مجرد الاعتداء حتى يجوز للحائز طلب إثبات و حماية حيازته أمام الجهات القضائية ، بل يشترط كذلك أن تكون له مصلحة في رفع الدعوى.

شروط المصلحة :

إذا كانت المصلحة كشرط لقبول دعوى الحق أن يكون رافعها هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتمد عليه و الذي تعود له المنفعة من كسب الدعوى فإن صاحب الحق في دعوى الحيابة هو الحائز الذي حدث أن اعتدى على حيازته² و يستوي بعد ذلك أن يكون حائزا أصليا أو حائزا عرضيا ، كالوديع المرتهن ، المستأجر المزارع و كل ما هنالك أن الحائز العرضي إن كانت له الصفة في رفع الدعوى ضد المعتدي على الحيابة إلا أنه ليست له الصفة في توجيه الدعوى الى من استمد حقوقه منه و المصلحة هي الفائدة العملية التي يرمي صاحب الحق في الدعوى إلى الحصول عليها من وراء ممارسته لهذا الحق³ و لا تعد المصلحة شرطا لقبول الدعوى فقط و إنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن أو دفع في حكم ، أيا كان الطرف الذي يقدمه.

و يجب أن تكون للمدعي حاجة مشروعة الى الحماية القضائية و يتحقق ذلك حين تكون مصلحته قانونية أو بواسطة غيره على كل من يتعدى على الحيابة أو يتحمل أن يعتدي عليها و المشرع الجزائري ذهب الى أبعد من ذلك عندما أجاز للحائز نيابة عن غيره رفع دعوى استرداد الحيابة⁴ فالأصل في الدعاوى أنها دعاوى علاجية ترمي إلى دفع اعتداء وقع بالفعل أو إصلاح ضرر حاصل فعلا.

¹ - نبيل اسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، المرجع السابق ص 451 .

² - خليل أحمد أصول المحاكمات المدنية ، المرجع السابق ص 222

³ - مليحي أحمد : الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية بدون مكان نشر

دون تاريخ ، ص 70

⁴ - م 817 من الأمر 58/75 المتضمن القانون الإجراءات المدنية الجزائري المعدل و المتمم سالف الذكر .

-عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الحق :

تبناها المشرع الجزائري في مواد متفرقة ضمن قانون الاجراءات المدنية حيث اشترط لقبول الدعوى الحيازة أن لا يكون المدعى قد رفع دعوى الحق فيها ولم يرفع الدعويين في وقت واحد أمام نفس المحكمة أو أمام محكمتين مختلفتين لأن الحائز لأرض تحميه دعاوى الحيازة و لا يطلب منه في مباشرته لهذه الدعاوى إلا أن يثبت حيازته للأرض بالشروط الواجب توافها في الحيازة على الوجه الذي سبق و أن ذكرناه سابقا.

فلا يطلب منه أن يثبت أنه مالك للأرض فالملكية تكون محلا لدعوى الاستحقاق و هي دعوى ملكية لا دعوى حيازة تتميز على خلاف دعوى الحيازة باجراءات طويلة معقدة و طرق اثبات أكثر صعوبة عن طريق اثبات الحيازة .

و سواء كان الحائز للأرض مالكا أو غير مالك فإنه متى أثبت حيازته للأرض كان له أن يحمي حيازته هذه بدعوى الحيازة.¹

بما أن الحيازة واقعة مادية فإن الآثار التي تترتب عنها خارجة عن نطاق إرادة الطرفين و هكذا يمكن الإثبات عن طريق البيئة أو القرائن مهما تكن قيمة النزاع المتعلقة بالحيازة التي تكسب الملكية.²

و هذا ما جاء في قرار المجلي الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) أنه :

" يجوز إثبات الحيازة بجميع الوسائل بما في ذلك الإقرار و اليمين لأن الحيازة واقعة مادية "

هذا و تقوم قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الحق على فكرتين :

-الفكرة الأولى : لا يجوز الجمع بين الدعوتين في نفس الطلب و لا التحقيق فيهما في نفس الخصومة و لا الفصل فيهما بموجب نفس الحكم.

-الفكرة الثانية : لا يجوز رفع دعوى الحيازة بعد الفصل النهائي في دعوى الحق لأن حماية أصل الحق العيني تغني عن حماية الحيازة.

¹ - السنهوري عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء التاسع ، المجلد الثاني ، أسباب كسب

الملكية ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ص 904

² - بكوش يحيى ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية ، الجزائر المؤسسة الوطنية

للكتاب ، 1988 ص 206

و الجدير بالذكر أن الحكم الصادر في دعوى الحيازة لا يقيد محكمة أصل الحق فهو حكم وقتي يجوز حجية مؤقتة و تقدر قيمة الحيازة بقيمة الحق الذي ترد عليه الحيازة و المراد من ذلك أن هذه الدعوى و إن كان النزاع فيها لا يدور حول الحق الذي ترد عليه إلا انه يدور في أغلبها حول المكنات التي يخولها هذا الحق.

و بالتالي القاضي الذي ينظر دعوى الحيازة أن يفصل في دعوى الملكية بالرغم من عدم اختصاصه إذا انقضت مدة الإستئناف دون أن يقوم المتضرر بالإستئناف فيصير الحكم نهائيا و يحوز قوة الشيء المقضى فيه بالنسبة إلى دعوى الملكية.

إذا توافر شرط المصلحة و الإعتداء و عدم الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الملكية تؤهل صاحب المصلحة طالب الحماية القضائية لحيازته و إثباتها و يتم ذلك في صورتين و على كل حال يجب شهر الحكم لكي ينتج أثره في نقل الملكية للحائز و لإمكانية الإحتجاج به على الغير.¹

ثانيا : صور التمسك بالحيازة و الجهة القضائية المختصة :

إن دعوى إثبات الملكية العقارية بالحيازة بإعتبارها وسيلة لحماية مركز قانوني تستعمل إما عن طريق الطلب أو عن طريق الدفع ، فالطلب و الدفع وسيلتا استعمال الدعوى و هو الأصل الذي جاءت به أحكام القانون المدني الجزائري لا سيما المادتان 827 و 828 و سواء تم رفع الدعوى عن طريق إحدى الصورتين يشترط احترام قاعدة الاختصاص القضائي بنوعيه المحلي و النوعي.

و على ذلك نعالج صور التمسك بالحيازة أمام القضاء و الجهة القضائية المختصة و سلطة القاضي في الفصل في دعاوى الحيازة.

1- صور التمسك بالحيازة أمام القضاء :

الدعوى هي الطريق الأصلي الذي يستعمله الحائز لطلب الحماية القضائية في حالة الاعتداء على مركزه القانوني و يمكن تصور ذلك في الحالتين التاليتين :

وجود من ينازع الحائز (المدعى) في حيازته عن طريق التعرض لها و خروج العين من حيازته بعد أن تملكها بالتقادم المكسب و فيما يلي تتناول صور التمسك بالحيازة أمام القضاء.

¹ - ميسون زهوين ، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق - تخصص عقاري - جامعة المدية 2007 ، ص 162 .

1- عن طريق الطلب :

الطلب عمل إجرائي يتضمن إعلان الشخص عن رغبته في الحصول على حماية حقه من القضاء¹ و عليه موضوع الطلب هو المنفعة المراد بها إصدار الحكم من القاضي و الموضوع بهذا المفهوم هو الذي يميز الطلب القضائي عن الدفع.

أما سبب الطلب فهو الأساس القانوني و الواقعي الذي يستند إليه الحائز في إدعائه و إذا كان الطلب القضائي ينشأ علاقة قانونية بين الخصوم و المحكمة فإن هذه الأخيرة ملزمة بالفصل فيه و إلا اعتبرت مستتكة عن استحقاق الحق.

و بمجرد تقديم الطلب إلى القضاء تترتب جملة من الآثار القانوني بالنسبة للحقوق المتنازع عليها بين الخصوم سواء بالنسبة للخصوم أو بالنسبة للمحكمة التي تنظر النزاع و لا تثبت تلك الآثار إلا بعد صدور الحكم.

هذا بالنسبة للصورة الاولى التي يستعملها الحائز أمام الجهات القضائية للحصول على حماية و اثبات حيازته و إلى جانبها توجد وسيلة ثانية المتمثلة في الدفع و بها يتم تكامل الأدوات التي يستخدم بها الحق في الدعوى أمام القضاء.²

2- عن طريق الدفع :

الدفع هو الأداة الثانية من أدوات استعمال الحق في الدعوى يجسد فيها المتقاضي إدعائه بالملكية عن طريق التقادم من القضاء الحصول على الحماية القضائية فيجوز للحائز أن يتمسك بالتقادم المكسب في شكل دفع ضد المدعي.

فالتقادم المكسب دفاع عن خصومة قائمة ، يحتفظ به صاحبه ، إلى أن تقام عليه الدعوى فهو ليس إنكار فحسب أو سلبيا من جانب المدعي عليه و إنما يتضمن إدعاء كالطلب تفصل فيه المحكمة.

و الدفع هو الإجراء الذي يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم له في الموضوع فهو يوجه إلى أصل الحق المدعى به³ حيث يتميز هذا الدفع بالخصائص التالية :

1 - أحمد أبو الوفاء ، المرافعات المدنية و التجارية ، الطبعة 14 الاسكندرية منشأة المعارف ، 1996 ، ص 180 .

2 - نبيل اسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص 504 .

3 - نبيل اسماعيل عمر ، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص 577 .

-لا يتعلق بالنظام العام بل هو مقرر لمصلحة الخصوم ، و لكل ذي مصلحة في الدعوى و لا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه .¹

و لما كان هذا الدفع دفع موضوعي مقرر لمصلحة الأطراف فيمكن التمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، فإذا فات الحائز التمسك به أمام محكمة الدرجة الأولى جاز له أ يتمسك به أمام جهة الاستئناف ما لم يقفل باب المرافعة.²

و هذا ما نصت عليه المادة 321 من الأمر 154/66 المتضمن للإجراءات المدنية إلا أن التمسك به أمام المحكمة العليا غير مقبول و هذا ما تضمنته بقولها :

" التمسك بالتقادم لأول مرة أمام المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا) يعد غير مقبول".³

و أخيرا فإن الحكم الصادر في هذا الدفع بقبوله و رفض الدعوى أو رفض الدفع الموضوعي يكون حكما موضوعيا حاسما للنزاع بصفة نهائية و يحوز حجية الشيء المقضي به بالنسبة لموضوع الدعوى ، فلا يجوز إقامة دعوى جديدة و هذا حسب الأحكام العامة للدفع الموضوعي.⁴

و إذا كان الحق في الدعوى يستعمل بوسيلتين أساسيتين كقاعدة عامة فإنه قد يتم استعماله بأدوات أخرى تعتبر استثناء واردة على الأدوات العادية التي يتم بها استخدام الدعوى كالتحكيم و نظام الأوامر ، و مهما كانت الصور التي يستعين بها الحائز في دعواه الرامية إلى تعزيز مركزه القانوني فإنه يجب أن تمارس

-الاختصاص النوعي :

إذا كانت غاية دعوى الحيازة حماية الحيازة ذاتها فهل تصنف بناء عليه ضمن دعاوى الموضوعية أم تعد دعوى وقتية ترمي إلى إتخاذ تدابير وقتية لحماية صاحب الحق الموضوعي ؟

إنطلاقا مما سبق ، إختلف الفقهاء حول تكييف دعاوى الحيازة فهل تنصف بالطابع الموضوعي أم الاستعجالي ؟

و على هذا الأساس إنقسم الفقه إلى قسمين :

¹ - أنظر المادة 321 الفقرة الأولى من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم

² - أحمد أبو الوفاء ، المرافعات المدنية التجارية ، المرجع السابق ، ص 182 .

³ - قرار المجلس الأعلى رقم 19259 المؤرخ بتاريخ 1982/03/31 (منشور) المجلة القضائية عدد خاص سنة 1982

، ص 107 .

⁴ - أحمد أبو الوفاء ، المرافعات المدنية التجارية ، المرجع السابق ، ص 109 .

-القسم الأول: يعتبر دعاوى موضوعية¹ و حسبهم في ذلك أنه إذا كان القاضي الذي يفصل في دعوى الحيازة ممنوعا من المساس بأصل الحق و لا الاستناد إليه في حكمه و علة ذلك أن موضوع دعوى الحيازة مختلف عن موضوع دعوى الحق .

-يحمي القانون الحيازة في ذاتها مستقلة عن الحق الموضوعي في حين الدعوى الوقتية تحمي الحق ذاته حماية مؤقتة.

-يمنع الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الحق ضمانا لإستقلال حماية الحيازة عن الحق بينما يجوز الجمع بين الدعوى الوقتية و الدعوى الوضعية للحق.

يجوز حماية الحيازة حماية وقتية في حالة توفر عنصر الاستعجال ، المادة 417 من الأمر 154/56 المتضمن قانون الاجراءات المدنية المعدل و المتمم.

و الأهم من ذلك أن غاية الدعوى الوقتية هي الحماية من خطر التأخير بالتدخل قبل وقوع الضرر ، بينما تكون دعاوى الحيازة في بعض صورها دعاوى جزائية ترمي إلى رد الاعتداء على الحيازة بعد وقوعها كدعوى استرداد الحيازة و دعوى منع التعرض.

-كما أنه يمكن التراخي في رفع دعوى الحيازة خلال مدة السنة المقررة لذلك. خلافا للدعوى المستعجلة التي لا تتحمل بطبيعتها مثل هذا التأخير.¹

¹ - من الفقهاء من اعتبرها كذلك ، نبيل اسماعيل عمر أصول المرافعات المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص 445 .

أما القسم الثاني الذي يعتبر دعاوى الحيابة دعاوى وقتية يؤسس اعتباراته على ما يلي :²

-القاضي يحدد مراكز الخصوم تحديدا مؤقتا حماية لصاحب الحق الظاهر و ذلك دون التعرض لأصل الحق.

-ليس للحكم الذي يصدر بشأن الحيابة حجية في النزاع على أصل الحق و لا يقيد حتى المحكمة التي أصدرته.

و فضلا عن ذلك فإن الحكم الصادر في دعوى الحيابة حكم وقتي يحوز حجية مؤقتة رهينة ببقاء الظروف دون تغيير ، فإذا رفع الحائز دعوى منع التعرض بالنسبة لتعرض معين و خسر الدعوى على أساس أن التعدي لم يكن مكتملا فإنه يستطيع أن يرفع دعوى أخرى إذا تغيرت الظروف.³

و المشرع الجزائري اكنفى بالمادة 03 من الأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم بقولها :

" تقضي المحاكم في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف ". من دون أن يحدد الاختصاص النوعي لدعاوى الحيابة.

إلا أن المحكمة العليا فصلت في ذلك الاختلاف و أصدرت قرار يتضمن المبدأ التالي :

" يخضع دعوى الحيابة لإختصاص قاضي الموضوع و ليس لاختصاص قاضي الاستعجال⁴ و بالتالي فإن القضاء الجزائري أخذ بالاعتبارات التي استند إليها الفقه الذي يعتبر دعاوى الحيابة دعاوى موضوعية و ليست استعجالية فقد حذا حذوه في هذا المجال".

إلا أننا نؤيد موقف المحكمة العليا لأن دعاوى الحيابة بطبيعتها لا تتضمن تدابير تحفظية و مستعجلة فضلا على أن التحقيق من مدى توافر أركان و شروط الحيابة مسألة تتطلب من الدقة و الوقت بما لا يمكن طرحها بموجب دعوى استعجالية هذا بالنسبة لدعوى منع التعرض و دعوى استرداد الحيابة ، بينما

¹ - بوشير محمد أمقران : قانون الاجراءات المدنية ، المرجع السابق ص 99 ، 100 .

كذلك محمد الجمال مصطفى ، نظام الملكية ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، بدون تاريخ ، ص 287 .

² - أبو الوفاء أحمد ، المرافعات المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص 108 و 179 .

³ - أحمد خليل ، أصول المحاكمات المدنية و التجارية ، بيروت ، الدار الجامعية للطباعة 2000 ، ص 233 .

⁴ - المحكمة العليا ، الغرفة العقارية ، قرار رقم : 236757 الصادر بتاريخ 2002/09/25 (منشور) الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 287 و ما بعدها.

دعوى وقف الأعمال الجديدة فهي بطبيعتها تتضمن عنصر الاستعجال و يوافق متطلبات الدعوى الاستعجالية.و بالامتثال للشروط الشكلية و الإجرائية¹ في قواعد الاختصاص المحلي و النوعي يتحصل الحائز لضمان مركزه القانوني على قبول الجهة المختصة بنظر النزاع.

إلا أن الأمر يتعدى ذلك حينما ينظر القاضي المختص النزاع فيصدر حكمه في الموضوع بحسب مكنة الحائز في إثبات إدعائه.¹

2- سلطة القاضي في اثبات الملكية العقارية عن طريق الحيازة و التقادم المكسب :

منح للقاضي دورا ايجابيا و بعض السلطات التي تمكنه من تكلمة و رقابة عمل الخصوم في الإثبات حتى لا يتمكن الخصوم من التلاعب بالأحكام العقارية و عليه فللقاضي و من تلقاء نفسه إحالة القضية إلى التحقيق لسماع الشهود و توجيه اليمين المتممة و إجراء معاينة .

كما يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقدير الأولوية و قبولها أو رفضها دون أن تكون عليه رقابة من المحكمة العليا شريطة أن لا يخرج عن المدلول و المعنى الذي يعطيه له الدليل من دون تبديل الوقائع.

لذلك فعلى القاضي أن يتأكد من الملف التقني الذي يقدمه الحائز و المتمثل في²:

-مخطط الملكية معد من قبل خبير معتمد سواء كان خبير عقاري أو مهندس معماري في القياس أو حتى من مكتب الدراسات للتأكد من المساحات بدقة.

-شهادة من البلدية تثبت أن العقار لا يدخل ضمن أملاك البلدية أو احتياطاتها العقارية .

-شهادة من دائرة أملاك الدولة تثبت الطبيعة القانونية للعقار و إن كان يدخل ضمن أملاك الدولة أم لا.

-شهادة من المحافظة العقارية تحدد الوضعية القانونية للعقار و هل سبق و أن حرر بشأنه عقد ملكية لفائدة الغير أم لا.³

إلا أنه فضلا عن ذلك يستحسن أن يتحقق من مدى صحة المعلومات الواردة على الحيازة بحيث ينتقل إلى المكان و سماع الملاك المجاورين لأنهم أدرى بالحيازة من الشهود الذين يحضرهم المدعي.

¹ - ميسون زهوين ، اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة مذكرة ماجستير ، مرجع سابق ص 190

² - عمر حمدي باشا ، نقل الملكية العقارية ، الجزائر ، ار هومة ، 2002 ، ص 39

³ - عمر حمدي باشا ، نفس المرجع ، ص 41 .

و بالتالي فإن الملف التقني بتلك المعلومات و نظرا لأهميته ، على القاضي أن يحرص على وجوده ، و تبدو أهميته خاصة في مسألة الإثبات بالقرائن ، فالقاضي له استخلاص هذه القرائن من ملف الدعوى و تكفي قرينة واحدة لتكوين عقيدة القاضي في حكمه شريطة أن تكون كافية و منتجة في الدعوى.

كما جعل المشرع الجزائري في حالة التنازع على حيازتين :

التفاضل على أساس الحيازة الأحق بالترتيب : و هي الحيازة التي تتركز على سند قانوني ، فيفاضل القاضي هنا بين القرائن و الأدلة التي يقدمها الخصمين ثم يختار الحيازة الأفضل و إذا كان المشرع قد وضع للمدعى الحائز وسيلة قضائية تمكنه من تعزيز و حماية مركزه القانوني طالما نازعه في ذلك الغير إلا أنه فتح أمام الحائز مجالا آخر عند انعدام النزاع و ذلك باللجوء إلى موثق أو رئيس المجلس الشعبي البلدي إلا أنه عدل عن هذين الاجرائين و جمع بين الاختصاصين تحن تصرف المحافظ العقاري.¹

الفرع الثاني : الآليات الغير قضائية لإثبات الحيازة

اختص سابقا المرسوم رقم 352/83 المتضمن إعداد عقد الشهرة الذي يعده الموثق غير أنه تم العدول عن هذا الأخير بموجب صدور القانون رقم 02/07 المتضمن تأسيس إجراءات لمعاينة الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ، في حين يختص رئيس المجلس الشعبي البلدي بتسليم شهادة الحيازة لكن نظرا للنتائج السلبية التي ترتب عن إعداد و تسليم عقد الشهرة في مجال إثبات الحيازة لاكتساب الملكية العقارية استعوضت بموجب قانون يخول مهمة الموثق لصالح المحافظ العقاري.

و بناء عليه نعالج الآليات المثبتة للحيازة من خلال مرحلتين:

-المرحلة الأولى : الآليات الغير قضائية لإثبات الحيازة قبل صدور القانون رقم 02/07 المتضمن تأسيس إجراءات لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

-المرحلة الثانية : تتمثل في الآليات الغير قضائية لإثبات الحيازة بموجب القانون رقم 02/07 المتضمن تأسيس إجراءات لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

أولا : الآليات الغير قضائية لإثبات الحيازة قبل صدور القانون 02/07 المتضمن تأسيس إجراءات لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري:

¹ - صدقي عمر ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر 1982 ، مرجع سابق ، ص 62 .

وضع المشرع الجزائري جملة من الأحكام مقررة لفائدة الحائز الذي تتوافر فيه الشروط القانونية الصحيحة عند ممارسة الحيازة بصورة سليمة.

و الأمر يتعلق إما بالحصول على عقد الشهرة الذي يحرره الموثق أو شهادة الحيازة التي يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي و عن كفيات إعداد و تسليم هذين السندين نعالج ذلك و ذلك ضمن الفقرتين التاليتين ، حيث نعالج الإجراءات العملية لإعداد و تسليم عقد الشهرة و القوة الثبوتية و كذلك شهادة الحيازة.

1- الإجراءات العملية لإعداد و تسليم عقد الشهرة و القوة الثبوتية له :

نتج عن لما ظل عمليات المسح العقاري أن بقيت عقارات إلى يومنا هذا لم تحرر عقودها و مرد ذلك أنها عمليات مكلفة للغاية إذ تتطلب نفقات باهضة كي يتم مسح كل أراضي القطر الجزائري إلى جانب عدم توفر القدر الكافي من الرجال المتخصصين من عملية المسح¹ و بناءا عليه كل تلك المعطيات و كذا كون مسار الملكية العقارية في بلادنا تتداول فيه ملكية الأراضي من جيل إلى آخر و بالتالي غياب السندات المكتوبة الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إيجاد حل لتطهير الوضعية العقارية للأموال التي لم تتم فيها بعد عمليات مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري تلك الأسباب جعلت المشروع الجزائري يتدخل سنة 1983 بموجب المرسوم رقم 352/83 الذي يسن إجراءات إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الذي يحرره الموثق بناءا على طلب من الحائز.²

و عليه من خلال هذه الفقرة سنتناول الإجراءات العملية لإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية و منه يتسنى لنا معرفة مدى الحجية و القوة الثبوتية التي يتصف بها عقد الشهرة.

أ- الإجراءات العملية التي يتبعها الموثق لإعداد و تسليم عقد الشهرة :

قبل أن نبين تلك الإجراءات يجب أن نعرف عقد الشهرة أولا.

❖ مفهوم عقد الشهرة :

¹ - مقال للقاضي حمدي باشا عمر ، عقد الشهرة ، الجزء الأول ، مجلة الموثق ، نوفمبر ، ديسمبر ، العدد الرابع لسنة 2001 ، ص 38 .

²-المنشور الوزاري المشترك بين وزارة المالية و الداخلية و وزارة العدل رقم 4513 المؤرخ في 1984/06/09 لتشجيع وحث المواطنين الحائزين على أراضي لم تشملها عمليات المسح للحصول على سندات ملكية بإعداد عقود الشهرة.

في ظل غياب مفهوم تشريعي لعقد الشهرة ظهرت عدة محاولات لتعريفه ، حيث عرفه القاضي حمدي باشا عمر¹ : " عقد الشهرة محرر رسمي يعد من قبول الموثق طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و إختصاصه يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد "

إلا أننا نرى تسمية " عقد الشهرة " ليس في محله لأنه لا يجمع بين إرادتين و لا يلتقي فيه إيجاب بقبول ، كما لا يتضمن محلا و لا سببا يجري التعاقد عليهما و لا ثمن يساوم فيه حيث تتجلى فيه إرادة الطالب فقط.

و عليه فإن التسمية بالمصطلح الفرنسي Acte de notariété أي محرر الشهرة أصح منها عن تسمية عقد الشهرة.

❖ الإجراءات التي يتبعها الموثق لإعداد عقد الشهرة:

لتحرير عقد الشهرة يستغرق الموثق مرحلتين متتاليتين يمكن أن تنتهي بحصول مدعي الحيازة على عقد الشهرة أولا ، لأن ذلك يتوقف على مدى استقاة للشروط و مدى سلامة الاجراءات التي يتبعها و عدم اعتراض أصحاب الحقوق و كذا رئيس المجلس الشعبي البلدي و مدير مديرية أملاك الدولة.

المرحلة الأولى : الإجراءات التي يتبعها الموثق قبل تحرير عقد الشهرة :

قبل تحرير عقد الشهرة يتحقق الموثق من الشروط ، بعضها يتعلق بصحة الحيازة و الآخر بالعقار محل الحيازة ، أما طالب عقد الشهرة عليه أن يقدم للموثق ملفا من ثلاث نسخ و بموجب ذلك ينظر الموثق في مدى قيمة الوثائق و يبحث في مدة التقادم المكسب و الطبيعة القانونية للملكية ثن يباشر عملية التحقيق و التحري حيث أوجب في المادة الثانية من المرسوم رقم 352/83 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على المعني التوجه الى مكتب الموثق المختص إقليميا على الرغم من أن قانون التوثيق الجديد² ينص صراحة في المادة الثانية منه على أن اختصاص مكتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني.

إلا أننا نرى و بالنظر إلى خصوصية الإجراءات التي يتطلبها تحرير عقد الشهرة خاصة ما تعلق منها باعترافات صاحب المصلحة التي عادة ما تصدر من الأشخاص القاطنين بمكان موقع العقار و عليه

¹ - حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، الجزائر ، دار هومة 2002 ، ص 17 .

² قانون رقم 27/88 المؤرخ في : 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق الجريدة الرسمية ، العدد 28 ، المؤرخة في

13/07/1988 الملغى بموجب القانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق ، الجريدة الرسمية ، العدد 14 المؤرخة في

08/03/2006 .

تحتم تلك الاعتبارات بطريقة غير مباشرة تحديد الاختصاص الاقليمي بمكتب التوثيق الكائن بدائرة اختصاص العقار محل طلب عقد الشهرة.

و بعدما يفحص الموثق الملف يتولى إخطار كل من :

- رئيس المجلس الشعبي البلدي : عن طريق الكتابة و مرفق بنسخة من الملف يلتمس من تحديد الوضعية القانونية للعقار محل الطلب لاسيما إذا لم يكن أدمج في صندوق الثورة الزراعية أو الاحتياطات العقارية للبلدية أو تبعا لأملك الدولة.

- مدير أملك الدولة بالولاية : لتحديد وضعية العقار بما يتماشى و الأحكام التشريعية و التنظيمية ، حيث يتحقق هذا الأخير حول سجل الملكية الايجارات و التنازلات لاحتمال وجود ملكية الدولة على العقار محل الطلب.

في مقابل ذلك تتولى الجهتين تبليغ الملاحظات و الاراء بتقارير مفصلة خلال أربعة أشهر من تاريخ تلقي الالتماس.¹

في حين يتولى الموثق إعلان طلب إعداد عقد الشهرة و ذلك باللصق في مقر البلدية و كذا الصحافة الوطنية و الجهوية لمدة 04 أربعة أشهر و على نفقة الأطراف المعنية² و بعد نهاية المدة المقررة يكون الموثق أمام احتمالين إما عدم وجود اعتراضات فيشرع في تحرير العقد و إشهاره و إما تقديم اعتراضات سواء من أشخاص القانون العام أو الأشخاص الطبيعية حينها يوقف الإجراءات و يحال الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة النظر و الحسم في النزاع.

المرحلة الثانية : الإجراءات التي يتبعها الموثق بعد تحرير عقد الشهرة

بعد انتهاء المهل القانونية للاعتراضات ، يحرر الموثق عقد الشهرة في نسختين حيث يحتفظ بالأصل و يسلم الثانية للمعني بعد إتمام إجراءات التسجيل و الشهر في المحافظة العقارية ، كما عليه أن يسجل العقد لدى مصلحة التسجيل و الطابع بمفتمشية الضرائب التابع لها مكتب التوثيق المختص إقليميا³ و ذلك في أجل لا يتجاوز شهرين من تاريخ تحريرها تحت طائلة تعرضه لغرامة تأخيرية.

¹ - أنظر المادة 6 من المرسوم رقم 352/83 الذي يسن إجراء اثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية سابق الذكر.(ملحق رقم 01).

² - ميسون زهوين ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، مرجع سابق ، ص 156 .

³ - المادة 75 ق 01 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم المؤرخ في 1976/12/09 .

و بما أن عقد الشهرة عقد تقريبي يتضمن الاعتراف بالملكية العقارية فإن المادة 793 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم يقضي بوجود اتباع اجراءات الشهر العقاري في تداول الحقوق العينية العقارية.

و المادة 15 الفقرة الأولى من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، تقضي أنه لا يحتج بحق الملكية العقارية في مواجهة الغير إلا من تاريخ إشهاره و هو ما نصت عليه كذلك المادة 353 من الفقرة الأولى من قانون التسجيل المعدلة بموجب القانون رقم 22/03 المتضمن قانون المالية لسنة 2004.¹

و قبل إيداعها لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا ، يجب تسجيلها بمصلحة التسجيل المختصة عملا بأحكام المادتين 192 ، 195 من الأمر رقم 105/75 المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم سالف الذكر.

عندها يتولى المحافظ العقاري تسجيل الجدول بسجل الإيداع و يسلم للموثق سند الاستلام يشار فيه الى مراجع الإيداع و تاريخه و مرتبته بما يضمن عملية الإيداع ، و الغاية من هذا القيد هو التحقق من الأسبقية في عمليات الإيداع.

و بموجب هذا الإجراء تكتسب الوثائق المحررة تاريخا ثابتا يمكن أن تودع لدى المحافظة العقارية قصد شهرها و بالتالي تكتسب حجية في مواجهة الغير بما يحقق إستقرار للمعاملات العقارية و منه الصالح العام.²

و بعد إتمام إجراءات الشهر ، يسلم الموثق للمعني عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية و يصبح الحائز مالكا للعقار بعقد رسمي يمكنه الاحتجاج به في مواجهة الغير و يتصرف في العقار وفقا لما يقتضيه القانون هذا و يلاحظ أن الإشهار قد حدد برسم ثابت قدره : 300 دج حاليا .

و الجدير بالذكر أن إشهار عقود الشهرة لا يتطلب توافر الإشهار المسبق الذي نصت عليه المادة 385 من المرسوم رقم 74/75 المتعلق بالسجل العقاري.

¹ - القانون رقم 22/03 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 ، المؤرخ في 28/12/2003 الجريدة الرسمية 60 المؤرخة في 29/12/2003 .

² - خالد رامول ، المحافظة العقارية كألية الحفظ العقاري في التشريع الجزائري ، الجزائر قصر الكتاب ، 2001 ، ص

و سبب ذلك أن هذا الإشهار الخاص بعقد الشهرة يعتبر إجراء أولي و بالتالي لا يبنى على إشهار سابق.¹

ب-حجية عقد الشهرة و القوة الثبوتية له:

إن الهدف من عقد الشهرة هو معاينة وجود الوقائع القانونية ، كما أنه طريقة إثبات مبتكرة و معقدة و إلى حد ما يمكن اعتباره من خلال مظاهره إثباتا بالقرائن فضلا على أن الموثق لا يضيفي الرسمية على تصريحات المائلين أمامه و لا يضمن أيا من الوقائع المطلوب إثباتها و بالخصوص الشروط المتعلقة بالحيازة الواردة في المادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 الذي بين إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإقرار بالملكية حيث يتعين اثبات العنصر المادي و المعنوي للحيازة لإثبات التقادم المكسب.

و كما سبق توضيحه أن العنصر المادي يتوفر من خلال القيام بأعمال مادية على العقار و يجب أن يبدوا الحائز في مظهر المالك كقطع الأشجار ، الإقامة في المسكن ، تسييج الحقل ، كلها أعمال تشكل الركن المادي للحيازة إذ أنها ترتب نوعا من الشهرة و الذبوع و تبرز نوعا من المادية ، أما إبرام عقد إيجار و تسديد الضرائب لا تشكل وحدها الركن المادي لأنها لا تفتقد الشهرة اللازمة و هذا ما يؤدي إلى اعتبار عقد الشهرة يفتقد للقوة الثبوتية ما دام أنه لا يسمح لإبراز وجود الأعمال المادية للحيازة.

و زيادة على ذلك ، فإذا كان الحائز يعتبر مالكا بمجرد حيازة العقار فإنه يمكن إستبعاد هذه القرينة بالدليل العكسي.²

و تجدر الإشارة إلى أن المرسوم رقم 352/83 الذي بين إجراءات لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية لم يخص بالذكر نوع العقار فلاحي أم حضري و بالتالي فالمجال مفتوح للحائز كي يتحصل على سند يترجم مركزه القانوني الفعلي.

إلا أن المادة 39 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 وضعت أحكاما خاصة بالعقارات الفلاحية ضمن سند رسمي يسمى شهادة الحيازة.

2-شهادة الحيازة:

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، الجزائر دار هومة 2003 ، ص 110 .

² - بيوت نذير ، رئيس الغرفة العقارية ، للمحكمة العليا (منشور) الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني ، الجزائر ، قسم الوثائق ، ديوان المطبوعات الجامعية 2004 ، ص 139 .

إستحدثت المشرع الجزائري شهادة الحيابة من المادة 39 قانون التوجيه العقاري و هي شهادة يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي للحائز الذي يستوفى الشروط الموضوعية و الشكلية و عن الغاية من استحداثها و الاجراءات التقنية لاعدادها و الاثار القانونية الناتجة عن تسليم شهادة الحيابة لذلك سنتناول ما يلي:

أ-الغاية من استحداث شهادة الحيابة :

لشهادة الحيابة هدفين أساسيين حيث يتمثل الهدف الأول في تطهير الملكية العقارية و المساهمة في تكوين السجل العقاري و مجموعة البطاقات العقارية الملزم إنجازها فإطار عملية مسح الأراضي العام.

أما الهدف الثاني فيتمثل في المساهمة في التنمية الشاملة لأنه في العديد من الحالات يتعذر على الحائز تبرير ممارسة الحيابة المدة القانونية المطلوبة لإتمام أجل النقاد المكسب و التوجه إلى الموثق المختص للحصول على سند ملكية قانوني بموجب أحكام المرسوم رقم 352/83 المتضمن إجراءات إثبات النقاد المكسب و إنشاء عقد الشهرة المتضمن الإعراف بالملكية.¹

و بالتالي هذه الوضعية لا تتلاءم و متطلبات تنمية الفلاحة و البناء التي تتولى السلطات العمومية إعطائها دفعا خاصا ، لأنه غالبا ما تنتقل الملكية الخاصة شفويا الأمر الذي يسفر عن عدم تطابق الواقع مع القانون و عليه فإن السعي لأجل جعل الوضعية القانونية تتطابق و الواقع ذلك هو الهدف المراد من إنشاء الحيابة باعتبارها وسيلة ناجحة مؤقتة للتكفل بالصعوبات الملقاة في هذا المجال و تقادي المشاكل الملقاة في التسيير العقاري.²

و قبل توضيح الإجراءات العملية و الجهة المخولة لإصدار شهادة للحيابة نبين مفهومها فهناك من عرفها عل أنها : " شبه عقد أو مقرر إداري يكتسي طابعا رسميا و لا تترقى إلى سند الملكية إلا أنه يمكن أن تكون سندا قويا لاكتساب الملكية عن طريق النقاد المكسب.³

إلا أنه ليس هناك في نظر ما يسمى ب " شبه العقود " لأن إتجاه الإرادة إحداث أثر قانوني بتوافر الأركان الموضوعية المتعارف عليها ينتج عنه مصدر إداري للإلتزام و هو العقد.

¹ - بن عبيدة عبد الحفيظ ، اثبات الملكية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ص 113.

² - علوي عمار ، الملكية و النظام العقاري في الجزائر ، الجزائر ، دار هومة 2004 ، ص 138 .

³ - بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 133 .

و بالتالي لا نرى التسمية في محلها لغياب دور الإرادة إلى إحداث شهادة الحيازة لعدم وجود إيجاب يقابله و يطابقه قبول.

و عليه فإن شهادة الحيازة وثيقة إدارية رسمية مؤقتة لإثبات واقعة مادية تخول الحائز سلطة التصرف في العقار تصرف المالك الحقيقي إلى حين تصفية الوضعية القانونية للعين بمناسبة إعداد مسح الأراضي العام و تكوين السجل العقاري البلدي.

و عليه فإن موقع شهادة الحيازة بين الوثائق التي تتعلق بالملكية العقارية أقل من العقود الرسمية و لإضل من العقود العرفية بحيث يمكن الاحتجاج بها كسند ملكية أما الغير ، كما توفر لحاملها صفة التقاضي ، إلا أنها ترقى إلى درجة العقود الرسمية الناقلة للملكية لإنتقاء عنصر التأييد¹ و بعد توضيح الأبعاد القانونية و مفهوم شهادة الحيازة نتناول الآن الإجراءات العملية لإعدادها و تسليمها.

ب- الإجراءات العملية لإعداد و تسليم شهادة الحيازة :

إذا كان المرسوم رقم 352/83 الذي بين إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ، لم يشترط الطبيعة القانوني للعقار محل عقد الشهرة ، فإن قانون التوجيه العقاري يخص الأملاك العقارية غير المبنية دون سواها.²

و منه فإن أول شرط لإعداد شهادة الحيازة أن يكون العقار غير مبني و من خلال المادة 39 من قانون التوجيه العقاري و المرسوم التنفيذي له نجد أن المشرع عقد جملة من الشروط منها ما هو موضوعي و آخر شكلي.

❖ الشروط الموضوعية لإعداد شهادة الحيازة :

اعتبر المشرع الجزائري في المادة 39 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 أن الحائز يقوم في حقه فرضية إيجابية مفادها أنه صاحب ذلك الحق إلا إذا تبين خلاف ذلك لكن خلافا لعقد الشهرة تساهل المشرع في بعض الشروط الموضوعية واجبة التوفر في طالب شهادة الحيازة حيث اكتفى بمدة سنة واحدة على الأقل لممارسة الحيازة القانونية حتى يتحصل عليها الحائز الأمر الذي يخلق التناقضات التالية :

¹ - عبد الرحمان بربار ، الحماية الجزائرية للأملاك العقارية الخاصة ، رسالة لنيل الماجستير فرع عقاري ، زراعي ، جامعة البليدة ، الجزائر ، 2000/1999 ، ص 54 .

² - أنظر المادة 02 من القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم سالف الذكر .

المادة 39 المذكورة سابقا تحيل المادة 823 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري فيما يخص الشروط الموضوعية إلا أن النص الأخير لا يحتوي على العناصر المؤسسة لشهادة الحيابة و بالتالي يصعب تبرير وجودها.

أما المدة الدنيا التي اشترطها المشرع في الفقرة الثانية من المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيابة و تسليمها¹ نرى أنها لا تكفي على الإطلاق لتقدير الطابع الهادئ و المستمر ، العلني و غير الخفي للحيابة ، كما يعد خروجها عن المدة التي نص عليها المشرع في القانون المدني في المادتين 827 و 828 ربما ترجع نية المشرع من تقليص مدة التقادم المكسب لحماية للحيابة التي تقضي إلى حماية الحق ، و قد تعرض المشرع الجزائري لذلك بموجب المادة 823 من الأمر 58/75 و بهذه القرينة يكون المشرع قد يسر لصاحب الحق بإتخاذ الحيابة وسيلة لإثبات حقه عن طريق الحصول على شهادة الحيابة غير أنه لا يمكن أن نقول : إذا كانت نية المشرع تقوم على الاعتبارات السالفة الذكر فإن ذلك لا يبرر تقليص مدة التقادم المكسب إلى سنة واحدة ، علاوة على أن نصي المادتين 02 من المرسوم رقم 254/91 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيابة و تسليمها و المادة 413 من الأمر رقم : 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية لا يتطابقان لأن المادة الأخيرة تخص دعاوى الحيابة عدى دعوى إسترداد الحيابة التي من الممكن أن يرفعها الحائز بغية حماية حقه من التعرض الذي يتسبب في الغير أما شهادة الحيابة ينجم عن تسليمها مكنة الحائز من الممارسة الفعلية لحق الملكية و منه فإن إشتراط ممارسة الحيابة سنة واحدة ينجر عنه حتما نزاعات ما بين الحائزين الذين استوفوا هذا الشروط و الحاملين لشهادة الحيابة و الآخرين الذين يدعون بحيابة أفضل.²

إذا كان عقد الشهرة يحزر في أراضي الملكية الخاصة و لو كانت لها عقود فإن شهادة الحيابة تمنح فقط في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحزر عقودها.

و بمجرد أن يستوفي الحائز الشروط الموضوعية السالفة الذكر ، يقدم ملفا تقنيا إلى مصلحة المنازعات و الإحتياط العقاري المعنية بالبلدية التي يقع العقار في دائرة إختصاصها و هو الشرط الإجرائي الذي يخضع له الحائز قبل استلامه شهادة الحيابة.³

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في : 1991/07/17 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيابة و تسليمها ، الجريدة الرسمية ، العدد 36 المؤرخة في 1991/07/31 .

² - لحو غنيمية ، مقال بعنوان شهادة الحيابة في قانون التوجيه العقاري ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، ص 155 .

³ - هذا ما جاء في المذكرة رقم : 41231 الصادرة عن المديرية العامة للأملك الوطنية ، المؤرخة في 1991/10/14 .

❖ الشروط الشكلية لإعداد شهادة الحيازة :

ذكر المشرع الجزائري ضمن المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيازة و تسليمها أحكام تتضمن كيفية إعداد و تسليم شهادة الحيازة و طلب شهادة الحيازة يمكن أن يقدم بصفة فردية من الحائز أو بموجب طلب جماعي.

و هناك مرحلتين لإعداد شهادة الحيازة :

- المرحلة الأولى : الإجراءات الأولية لإعداد شهادة الحيازة :

تتمثل في الإجراء الفردي لإعداد شهادة الحيازة من قبل الحائز الذي يتقدم إلى البلدية التي يقع العقار بدائرة اختصاصها بطلب إعداد شهادة حيازة أو عن طريق إجراء جماعي.

- المرحلة الثانية : دراسة الطلب و تسليم شهادة الحيازة :

هي مرحلة إدارية يحقق فيها رئيس المجلس الشعبي البلدي لإعداد و تسليم شهادة الحيازة حيث يفتح سجل خاص يرقمه و يوقع عليه رئيس المحكمة المختصة إقليميا ثم يسلم رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد التحري محضر عدم وجود أي اعتراض¹ و تخضع لرسم ثابت قدره : 500 دج و يتم شهر شهادة الحيازة من خلال :

-الفحص السريع.

-التسجيل في سجل الإيداع و الرسم المطبق.

-مسك مجموعة من البطاقات العقارية.²

¹ - ميسون زهوين ، مذكرة الماجستير ، مرجع سابق ، ص 160.

² - ميسون زهوين ، المرجع السابق ، ص 161.

و من خلال ما سبق يتضح لنا أن شهادة الحياة تتميز بسمات تجعل منها سندا و طابعا خاص ، لأنه بالرغم من كونها سند رسميا مؤقت إلا أنها تخلف أثارا لا يستهان بها و لها أبعاد مزدوجة لمصلحة الحائز و أخرى لخدمة الإقتصاد على المدى البعيد.

ج- الأثار القانونية الناتجة عن تسليم شهادة الحياة :

الحياة هي سند إسمي ، تسلم شخصيا لطالبتها و تسقط بمضي مدة سنة من وفاة صاحبها إلا إذا وقع طلب من الورثة خلال تلك المدة للحصول على شهادة حياة جديدة بأسمائهم.

و هي سند غير قابل للتصرف فيه و أهم أثر ترتيبه شهادة الحياة للحائز الذي يمكنه من إكتساب ملكية العقار :

-التمسك بالملكية على أساس التقادم المكسب رغم كونها شهادة إسمية إلا أنها يمكن أن ترقى إلى سند لإثبات الحياة و الاحتجاج بالتقادم لكسب ملكية العقار موضوع شهادة الحياة.

و إن أهم أثر هو الذي ترتيبه شهادة الحياة التي بموجبها يصبح الحائز واضع يد بسند حياتي ، غير أن الحائز الحاصل على شهادة الحياة لا يستفيد من القاعدة التي سنها المشرع ضمن المادة 831 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم و عليه ليس له أن يكتسب بالتقادم خلافا لسنده ، لأن شهادة الحياة تخوله صلاحيات و تكسبه حقوقا عدا إكتساب ملكية العقار و التصرف فيه.¹

وخلافا لذلك أجازت المادة 145 من الفقرة الثانية للمرسوم التنفيذي رقم : 254/91 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحياة و تسليمها سالف الذكر ، للحائز إثارة مدة التقادم المكسب و بالتالي فإنه كان على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار المبدأ الوارد في نصوص القانون المدني حتى يكون هناك تناسق و تكامل بين النصوص هذا من جهة و من جهة أخرى المشرع لم يبين طبيعة السند الذي سلم إلى الحائز صاحب شهادة الحياة بعد إجراء عمليات المسح على منطقة الواقع بها العقار وفقا للمرسوم رقم 352/83 الذي يبين إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.²

هناك من يرى أنه بعد إجراء عملية المسح يسلم له بمناسبة ذلك دفتر عقاري.

¹ - ميسون زهوين : مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحياة ، مرجع سابق ، ص 165 .

² - فريدة محمدي زواوي ، الحياة و التقادم المكسب ، المرجع السابق ، ص 124 .

غير أنه بالرجوع إلى المواد التي تنظم عمليات المسح ، نجد أن المادة 18 من الأمر رقم 74/75 المتضمن عداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري تفضل في ذلك ، فبعد الانتهاء من عملية المسح يسلم للملاك المكرسة حقوقهم بصفة نهائية " الدفتر العقاري " .

و منه تماشيا مع نتائج التحقيق المنجز من عمليات المسح لا نرى يدا من طلب عقد الشهرة ، بل الأصل و الأفيد للحائز أن يتحصل بصورة آلية على الدفتر العقاري. لذلك صدرت تعليمة عامة عن وزارة المالية¹ تؤكد على أنه لا يتم التحقيق في مدة حيازة صاحب شهادة الحيازة و اعتبرت منه حائزا بحسن النية و يعامل معاملة الحائز الذي أتم المدة القانونية لاكتساب الملكية بالتقادم و أن دور عملية مسح الأراضي يقتصر في التحقيق على ذكر هوية الحائز و سند حيازته.

إلا أنه سرعان ما استبدل بالتعليمة رقم 16 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي و الترقيم العقاري التي بينت سندات الملكية المعترف بها قانونا دون الإشارة إلى السند الحيازي و أكدت على ضرورة التحقيق في كل السندات و في مدى توافر الشروط و مدة الحيازة المكتسبة للملكية بالتقادم² حيث نرى أن تلك الاحتياطات ضرورية لأن المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيازة و تسليمها سالف الذكر ، يمكن للحائز مدة سنة فقط من الحصول على شهادة الحيازة خلافا للقواعد العامة للتقادم المكسب.

و من خلال المناظرة بين عقد الشهرة و شهادة الحيازة نرى أنهما سندان غير قضائيان استحدثهما المشرع لتحقيق غاية اقتصادية لخدمة العقار إلا أنهما يختلفان في الجهة التي تصدرهما ، فضلا عن الطبيعة المادية للعقار محل الحيازة إلى جانب الآثار القانونية التي يترتبها.

ثانيا : السندات غير القضائية لإثبات الحيازة بعد صدور القانون 02/07 المتضمن تأسيس إجراءات لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري .

نظرا لفشل عقد الشهرة و شهادة الحيازة في تحقيق الغاية المرجوة منهما لجأ المشرع الجزائري إلى معالجة الوضعيات المعقدة التي خلفها و أخذ بعين الاعتبار ضرورة حماية المركز القانوني للحائز إلى إصدار قانون رقم 02/07 المتضمن إجراء لمعاينة حق الملكية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري و فيما يلي سنتناول أسباب و بعد القانون ثم إجراءات معاينة حق الملكية.³

¹ - التعليمة رقم : 5224 المؤرخة في 06/07/1994 الصادرة عن وزارة المالية المتعلقة بعملية المسح ، ص 44 و 45.

² - التعليمة رقم 16 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي و الترقيم العقاري المؤرخة في 24/05/1998 .

³ - ميسون زهوين ، اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة مذكرة ماجستير مرجع سابق ، ص 169 .

1-دوافع و بعد القانون : 02/07 : المتضمن تأسيس إجراءات لمعاينة حق الملكية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

حيث أن النتائج السلبية التي تترتب عن عقد الشهرة و شهادة الحيازة و كذا كثرة المنازعات التي تزال مطروحة أمام الجهات القضائية المختصة يعد أهم سبب دفع المشرع إلى إصدار قانون رقم 02/07 المتضمن إجراء لمعاينة حق الملكية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.¹

و من أسباب و أبعاد هذا القانون هي الوضعية الصعبة التي شهدتها البلاد خلال العشرية الأخيرة حيث خلفت نتائج سيئة إنعكست على كل المجالات و خصوصا ما يتعلق منها بتداول الحقوق العينية العقارية و طريقة اكتسابها و بحكم الظروف الأمنية المضطربة و اللاستقرار دفع الكثير من الملاك و حتى الحائزين القانونيين إلى التخلي عن عقاراتهم و النزوح إلى الأماكن الآمنة الذي فتح المجال لاغتصاب العقارات و التذرع بأحكام عقد الشهرة و شهادة الحيازة على وجه الخصوص للحصول على سند حيازي في انتظار تعميم عمليات مسح الأراضي العام كي يستبدل السند بالدفتر العقاري من جهة ومن جهة أخرى الإشكالات و كثرة المنازعات الناتجة عن تشعب تسليم سندات تثبت مدى أحقية الحائز في حيازته للعقار إلا أن الواقع العملي سجل عجز السندات عن تحقيق الغاية المرجوة من سنهما و الدليل على ذلك كثرة النزاعات التي تنظر أمام مختلف الجهات القضائية المختصة ، لأجل ذلك طول المشروع المحافظ العقاري وظيفية أساسية للتحقيق من إدعاء الحائز و تسليمه شهادة تثبت ذلك.²

-السندات القضائية : سواء في حالة وجود من ينازع الحائز في حيازته أو إذا ما أراد إستصدار حكم قضائي يثبت حيازته.

-عقد الشهرة.

-شهادة الحيازة.

¹- زروت اسيا ، مذكرة لنيل شهادة ليسانس ، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري ، جامعة دحلب البلدية ، 2003 ، 2004 ، ص 49.

²- زروت اسيا ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس ، مرجع سابق ص 50 .

لذلك و سعيا إلى توحيد و ضبط الإجراءات و الوسائل التي تمكن الحائز من الحصول على سند حيازي يثبت مدى أحقيته في وضع اليد على العقار و طلب إمتلاكه عن طريق التقادم المكسب سن المشرع الجزائري ضمن القانون و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.¹

فضلا عن تماطل مصالح أملاك الدولة في موافاة الموثقين خلال الاجال القانونية المحددة بأربعة أشهر التي تفوق أحيانا السنة ، و بعد انتقال ملكية العقارات بصفة رسمية للمعني و شهر العقود على مستوى المحافظات العقارية.²

حيث يرمي القانون إلى إحداث إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري بغية إعداد و تسليم سندات ملكية قانونية و كذا مخططات نظامية تتعلق بالعقارات ، يطبق على عقار مهما كانت صنفه القانوني و مهما كانت طبيعته المادية على غرار شهادة الحيازة التي كانت تطبق فقط على العقارات الغير مبنية إن القارئ للقانون الجديد يجد أن التعديل أعطى صلاحيات للمحافظ العقاري كانت في ظل مرسوم رقم 352/83 الذي بين إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية من اختصاص الموثق و بالتالي تعزيز دور وظيفة الإدارة في مجال التصرفات الواردة على العقار في وقت تستعد فيه الدولة بمعظم هياكلها إلى الانضمام و الخضوع إلى اقتصاد السوق و الانفتاح على الليبرالية.

و عليه كان على المشرع الجزائري أن يأخذ بعين الاعتبار هذا المبدأ و الإبقاء على دور الموثق في تحرير عقد الشهرة لأنه نزع منه هذه الوظيفة و جعل منها حكرا على الادارة.

إضافة إلى أن وظيفة المعاينة و التحري يغلب عليها طابع التحري و التقصي من دون أم يضع المشرع مقابل ذلك شروط جديدة في مدى كفاءة المحافظ العقاري و لا المحقق الذي يتولى العملية و نحن نرى أن ذلك تقصير من المشرع و كأن عليه أن يأخذ بعين الاعتبار هذا الجانب.

و عليه فإن تولي المحافظ العقاري لهذه المهنة أمر يجعله يتراأس قمة الهرم الوظيفي الإداري و التحقيق في إعداد و تسليم سندات الملكية التي تثبت حيازة الحائز في حين كانت من اختصاص الموثق.³

¹ - يمينة مباركي ، محاضرة حول المنازعات العقارية ، أقيمت يوم 15/03/2004 بورقلة (غير منشور) على طلبية الحقوق سنة الثالثة ، تخصص عقاري.

² - هذا ما يتضح من خلال المذكرة رقم 1373 الصادرة عن المديرية العامة لأملاك الدولة الموجهة إلى مديرية أملاك الدولة بتاريخ 05/04/1998.

³ - على الرغم أن القانون لم يذكر و لم يستثني صراحة شهادة الحيازة و دور رئيس المجل الشعبي البلدي إلا أننا من خلال اتصالننا بواضعي القانون اتضح لنا أن المشرع نوه على إسقاط ضمني لشهادة الحيازة و أنها كذلك أصبحت من

كما أن القانون يجمع ثلاثة مهام في عملية واحدة ، فالإجراء المنصوص عليه يجمع بين :

-التحقيق في أصل و كيفية ممارسة الحيابة.

-تحرير السند في حالة توافر الشروط.

-ترقيم العقار مباشرة كأنه تم مسحه.

ثلاث وظائف في مهمة واحدة ، اختصار للجهد و الوقت و التكاليف كل ذلك من أجل الاسراع في الانتهاء من عمليات مسح الأراضي العام.

إلا أنه يأخذ على ما سبق و مقارنة بالإجراءات و التحقيق الذي يخضع له طالب عقد الشهرة و شهادة الحيابة الذي يتم على درجتين ، الأول أمام الموثق أو رئيس المجلس الشعبي البلدي و الثانية أمام المحافظ العقاري ، فإن القانون رقم 02/07 عندما خول المحافظ العقاري سلطة التحقيق حول صحة الحيابة جعله المحقق الأول و الأخير فإن ذلك يترتب عليه عدم دقة نتائج التحقيق الذي يتم مرة واحدة من طرف المحافظ العقاري فقط.

و على الرغم من سهولة إجراءات إعداد عقد الشهرة و شهادة الحيابة إلا أنه نتج عنهما عدة منازعات ، الأمر الذي يفسر فشل السندين في تحقيق الغاية المنشودة من استحداثهما.

و منه سنتطرق إلى إجراءات العملية لمعاينة حق الملكية.

2- إجراءات معاينة حق الملكية :

إن تسليم سند الملكية عن طريق إجراء معاينة و تحقيق للملكية العقارية للحائز يتم بناء على مرحلتين و تجدر الإشارة أن المعاينة و التحقيق يكون حول صحة الحيابة و توافر ركنيها المادي و المعنوي و خلوها من العيوب إضافة إلى التحقق من مدة التقادم المكسب.

❖ **المرحلة الأولى : مرحلة سير التحقيق :**

اختصاص المحافظ العقاري غير أنه من خلال معاينة الواقع العملي لاحظنا على مستوى بعض الجرائد تحرر يوميا شهادات حيابة خاصة في مناطق الجنوب.

يتم في هذه المرحلة التحقيق من المعلومات الخاصة بالعقار محل الحيازة التي تخص حدوده ، معالمه ، و محتواه المادي ، المساحة و تمثيله في رسم بياني.

و أجاز المشرع أن يتم إلى جانب إجراء التحقيق الفردي أن يتم كذلك على شكل عمليات تحقيق جماعي¹ في إطار إنجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية مهما نوعها حضرية أو ريفية ، و كيف ما كان التحقيق إشتراط المشرع أن يتم الإعلان عليه كي يتسنى لكل ذي مصلحة الاعتراض على ذلك التصرف.²

و يتم التحقيق من طرف محقق عقاري من بين الأعوان الموضوعين تحت سلطة مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي و المنتمين إلى سلك مفتشي أملاك الدولة.

❖ المرحلة الثانية : إجراء معاينة حق الملكية :

بعد تلقي تصريحات الحائز يبحث المحقق العقاري عن أسباب ممارسة الحيازة و كذا صحة المعلومات لإثبات حق الملكية إلى جانب حماية الحقوق التي قد تعود لشخص آخر عام أو خاص و على إثر ذلك يحرر محضر مؤقت يتضمن نتائج التحقيق مشفوعا بأسباب قانونية و يضعه تحت تصرف الجمهور للإطلاع عليه.

و عند إثارة الاحتجاج ضد الحائز حول إدعائه سواء من طرف الملاك أو الحائزين المجاورين ينتقل المحقق ثانية إلى الميدان للنظر في تلك المعارضات.

و في كلتا الحالتين ينهي المحقق إجراءات المعاينة بتحرير محضر نهائي يتضمن نتائج التحقيق الذي أجراه.³

و إذا أسفر التحقيق على صحة الحيازة و كذا الوثائق المقدمة و البحوث التي قام بها المحقق العقاري فإن هذا الأخير يعترف للحائز بأحقية على العقار.⁴

حينها يصدر مسؤول الحفظ العقاري الولائي مقرر¹ يتعلق بالترقيم العقاري بإسم المالك المعني و ذلك بناء على نتائج المحضر النهائي ، بعدها يعمل المحافظ العقاري على إشهار الحقوق المعاينة أثناء

¹ - أنظر المادة 06 من القانون 02/07 المتضمن إحداث إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري سالف الذكر .

² - أنظر المادة 07 من نفس القانون 02/07 السابق .

³ - المادة 12 من القانون : 02/07 المذكور سابقا .

⁴ - المادة 11 من القانون : 02/07 المذكور سابقا .

التحقيق ، حيث يعقب هذا الإجراء إعداد سند الملكية الذي يرسله المحافظ العقاري الولائي كي يسلمه للمعني.²

أما إذا تبين أن الترقيم تم بناء على تصريحات خاطئة و وثائق مزورة يرفع الأمر إلى القضاء للمطالبة بإلغاء الترقيم و يقدم مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي شكوى أمام وكيل الجمهورية لتحريك الدعوى العمومية.

و في حالة وجود احتجاجات تقرر لايجاد حل لها جلسة صلح تجمع الأطراف المعارضة تحت اشراف مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي.

و لأجل ذلك يعد هذا الأخير مقرر مسبب مفاده رفض الترقيم يسلم للمعني و يكون قابل للطعن أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة.³

و إذا كان عقد الشهرة يتميز بسهولة إجراءاته و الأسهل منه فيما يخص إجراءات شروط إعداد شهادة الحياة ، فإن المشرع الجزائري شدد في شروط و إجراءات التحقيق العقاري و التحري عن صفة الحائز و كيفية ممارسة الأعمال المادية التي يجب التأكد منها المحقق في ميدان ، و إذا حصل الحائز على تأييد إدعائه فإن السند الذي يسلم إليه و على الرغم من أن له الحجية المطلقة أمام الكافة إلا أنه لا يتمتع بالحصانة القانونية التي تمنعه من الطعن فيه أمام الجهات القضائية الإدارية.

و حسن فعل المشرع عندما نص على ذلك فهو في الحالتين غير متساهل مع الحائز مقارنة مع عقد الشهرة و شهادة الحياة أثناء سير التحقيق و بعد تسلمه سند الملكية الذي يثبت أحقيته على العقار المحاز و في حالة التزوير مهما كان شكله و بأي كيفية تم إكتشافه.

كل ذلك إن دل على شيء فهو يدل على مدى حرص المشرع الجزائري على حماية حق الملكية فإن السؤال المطروح هو حول مصير الحائز في الفترة بين توقف العمل بإجراء عقد الشهرة و الفترة التي يصدر فيها التنظيم الذي يبين الطرق التي يطبق بها القانون؟

هل يسري عليه القانون القديم لأن التنظيم لم يبين كيفية التحقيق أم القانون الجديد بإعتبار أنه صدر ضمن الجريدة الرسمية بعد الموافقة عليه و إلغاء القانون القديم المتضمن عقد الشهرة و شهادة الحياة.¹

1 - المادة 12 من القانون : 02/07 المذكور سابقا.

2 - المادة 14 من القانون : 02/07 المذكور سابقا.

3 - المادة 15 من القانون : 02/07 المذكور سابقا.

سواء كانت الجهة التي تثبت اعتداء الحائز في طلب الحصول على سند الملكية إدارية أو قضائية ، يسعى المشرع الجزائري إلى تطهير الوضعية العقارية بغية التحكم في تداول الحقوق العينية و المساهمة في انجاز عمليات مسح الأراضي العام و إعداد السجل العقاري حيث يتم بإجراءات الشهر العيني.

المبحث الثاني : شهر الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم

بأنه يترتب على التمسك بالتقادم المكسب أن يصبح الحائز مالكا للعقار الذي حازه المدة اللازمة للتملك بالتقادم غير أن حق ملكيته هذا لا يكون حجة على الغير إلا من يوم إخضاعه للإشهار العقاري²، طبقا للمادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، التي تنص على أنه " كل حق للملكية و كل حق عيني اخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية"

¹ - صدافي عمر ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية ، معهد العلوم القانونية و الإدارية جامعة الجزائر ، 1982 ، ص 93 .

² - عدلي أمير خالد ، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة ، المرجع السابق ، ص 335 .

و عليه فإن الإشهار العقاري شرط لنفاذ حق الملكية و الحقوق العينية العقارية الأخرى في حق الغير و هذا لأجل ضمان إستقرار الملكية العقارية و زرع الثقة في المعاملات العقارية.¹

و تختلف كيفية شهر الحقوق العقارية المكتسبة بالتقادم باختلاف نظام الشهر المتبع في كل دولة² . و النظام المتبع في الجزائر هو نظام الشهر العيني حيث يتم شهر التصرفات العقارية بناء على العقار محل التصرف و لما كان الأخذ بهذا النظام يتطلب مسح عام و شامل لجميع العقارات و هو الأمر الذي لم يتم بعد ، فإن نطاق تطبيق نظام الشهر العيني ينحصر فقط في المناطق الممسوحة ، أما بالنسبة للعقارات غير الممسوحة ، فتخضع بصفة إنتقالية لنظام الشهر الشخصي إلى حين اتمام عملية المسح³ و هذا طبقا للمادة 113 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و التي تنص على أنه :

"خلافا لأحكام المادتين 19 و 26 من هذا المرسوم و إلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية فإنه يتمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة و كلما تحصل ايداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم اشهارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت إسم كل مالك".

و بناء على ما تقدم سنعرض تبعا لكيفية شهر الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم المكسب في ظل نظامي الشهر العقاري الشخصي و العيني و ذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : تماشي الحق العيني المكتسب بالحيازة و التقادم المكسب مع خصوصية نظام الشهر الشخصي.

نعرض من خلال هذا المطلب إلى تحديد ماهية نظام الشهر الشخصي ثم إلى إجراءات شهر الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم في ظله و ذلك على الشكل التالي :

الفرع الأول : ما هية نظام الشهر الشخصي.

أولا : تعريف نظام الشهر الشخصي و خصائصه :

1 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 336 .

2 - محمد لبيب شنب ، اكتساب الملكية بالتقادم في ظل نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني ، مجموعة الحلقة الدراسية لقوانين العقاري للدول العربية ، ص 605 .

3 - المادة 115 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

نظام الشهر الشخصي هو ذلك النظام الذي يعتمد على إعلان التصرفات العقارية على أسماء الأشخاص القائمين بها¹ أي يتخذ من إسم الشخص أساسا لتصنيف كل التصرفات التي يبرمها هذا الشخص ، و يتم ذلك بوضع سجل يمسك الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية² و هذا يلاحظ أن السجل الذي يمسك على أساس أسماء الأشخاص ترتب فيه التصرفات العقارية حسب الحروف الأبجدية لأسماء المتصرفين حيث تخصص لكل حرف من الحروف الهجائية صفحة أو عدة صفحات من السجل و ذلك حسب أسبقية الإسم من حيث الشيوخ أو الندر³ ، فإن كان إسم المتصرف نادرا فيمكن أن تخصص له صفحة واحدة فقط ، لكن إذا كان الاسم شائعا فتخصص له عدة صفحات حتى تتمكن من إستعاب كل التصرفات التي يبرمها الأشخاص الذين يحملون هذا الإسم.⁴

تبعا لما تقدم نجد أن لهذا النظام خصائص يمكن حصرها فيما يلي :

- الأساس و المحورالذي يتركز عليه نظام الشهر الشخصي هو أسماء الأشخاص الذين تصدر عنهم التصرفات العقارية الواجبة الشهر و ليس على أساس العقارات كما هو الحال في نظام الشهر العيني و ليس على أساس العقارات كما هو الحال في نظام الشهر العيني كما سوف نرى.⁵

- نظام الشهر الشخصي ليس له أية قوة ثبوت ذلك أن التصرفات التي يتم شهرها في هذا النظام لا تخضع للتدقيق و البحث عن مدى صحتها بل شهر كما في⁶ فإذا كانت باطلة أو قابلة للأجال أو لافسخ ظلت كذلك حتى بعد شهرها ، مما يعطي الحق لكل ذي مصلحة الطعن فيها رغم شهرها بالإبطال أو الفسخ.⁷

إذ ليس من شأن عملية الشهر في هذا النظام تطهير عيوب التصرف و بالتالي يظل حق المتصرف إليه مهددا بدعاوي الأبطال و الفسخ و الصورية على الرغم من شهر التصرف الصادر إليه و هذا ما جعل

1 - ياسين غانم ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 21.

2 - عمار صدوق ، شهر التصرفات العقارية ، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر 1982 ص 22.

3 - عمار صدوق ، الرسالة السابقة ، ص 22.

4 - الهادي سعيد ، النظام التونسي في السجل العقاري و الشهر العيني ، ص 217.

5 - ياسين غانم ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 21.

6 - إبراهيم أبو النجاء ، السجل العيني المصري ، ص 27.

7 - ممدوح الدرکشلي ، أحكام الشهر العقاري في القانون السوري ، ص 154 .

من عملية الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي مجرد وسيلة للإشهار و العلانية و ليس سببا فيإنشاء الحقوق العينية و انتقالها.¹

و يترتب على هذه الخاصية لنظام الشهر الشخصي قاعدة أن الشخص لا يملك إلا ما ملك أي أن الشخص الذي يتصرف في حق عيني معين لا يمكنه أن ينقله إلى الغير، إذ كان هو لا يملكه.²

فقد يبيع شخص عقارا إلى شخص آخر ثم يظهر شخص ثالث يكون هو المالك الحقيقي للعقار ، إما لأنه بيده سند صحيح أو لأنه يدعي ملكية العقار بالتقادم ، فيطلب استرداد العقار فهنا لا يحول شهر العقد - عقد البيع- طبقا لنظام الشهر الشخصي دون هذا الاسترداد.³

ثانيا : تقدير نظام الشهر الشخصي

من خلال تعريف نظام الشهر الشخصي و تبيان خصائصه نتضح لنا جملة العيوب و المزايا التي يتميز بها هذا النظام في شهر التصرفات العقارية ، و هذا ما سوف نتعرض له تبعا ل :

1- عيوب نظام الشهر الشخصي:

يعاب على نظام الشهر الشخصي العيوب التالية :

- نظام الشهر الشخصي عاجز عن تحقيق الغرض الذي من أجله تأسيس الشهر العقاري فقد ظهر هذا الأخير من أجل إعلان كل التصرفات العقارية و ذلك حتى يكون كل الناس على دراية و بينة منها من جهة و من جهة ثانية حتى يكون المتصرف إليهم في مأمن من رفع دعاوى عليهم من شأنها إستحقاق أو استرداد العقار و بالتالي تستقر الملكية العقارية و يقول الائتمان العقاري بنظام الشهر الشخصي ، يجعل من الشهر العقاري عاجز عن تحقيق أهم أهدافه المتمثل في استقرار الملكية العقارية و الائتمان العقاري.⁴

- صعوبة معرفة المالك الحقيقي للعقار ، فإذا أراد شخص الاستعلام عن عقار تم شهره وفقا لهذا النظام و يجب عليه أن يكون ملما بأسماء الملاك الذين تعاقبت ملكيتهم للعقار على وجه الدقة ، إذ لا يكفي أن

1 - ياسين غانم ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 21.

2 - عمر صدوق ، الرسالة السابقة ، ص 23.

3 - عدلي أمير خالد ، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة ، المرجع السابق ، ص 339.

4 - براهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، ص 30 .

يعثر على إسم البائع في هذه السجلات حتى يملك العقار بالشراء¹ فقد يكون هذا البائع إشتري العقار من غير مالكة الحقيقي و بالتالي يظل في حق هذا المالك استرداد هذا العقار من يد البائع أو المشتري.²

و عليه فإذا أردنا معرفة مالك عقار معين وجب علينا بالضرورة الرجوع إلى السجل الذي ترتب فيه التصرفات العقارية حسب الترتيب الأبجدي للحروف الهجائية التي يبدأ بها اسم المتصرف و هنا تقع الصعوبة في معرفة المالك الحقيقي خاصة إذا كثرت التصرفات على عقار معين من طرف أشخاص تتشابه أسماءهم كما هو الحال بالنسبة لبعض العائلات الكبيرة ، حيث نجد اسم العائلة مشتركا بين كل أفراد العائلة ، ناهيك عن طول المدة التي تستغرقها عملية البحث هاته.³

- خطر تعارض سندات ملكية عقار واحد ، من العيوب البارزة في نظام الشهر الشخصي خطر احتمال تعارض عدة سندات ملكية عقار واحد⁴ و يحدث هذا عندما يتصرف شخص في عقار معين معتقدا أنه مالكة الحقيقي بالبيع مثلا إلى شخص ثاني ، ثم يفاجئ هذا الأخير بشخص ثالث يدعى ملكية هذا العقار بموجب سند صادر من المالك الحقيقي للعقار و يصبح بالتالي لدينا شخصان كل منهما لديه سندا بملكية نفس العقار و عليه تقع في مشكلة معرفة المالك الحقيقي للعقار بين شخصين لكل واحد منها سند ملكية.⁵

لحل هذه الإشكالية يتعين علينا طبعاً الرجوع إلى السجل الذي ترتب فيه هذه التصرفات و هنا نجد أنفسنا أما مشكلة أخرى هب معرفة إسم المالك الحقيقي للعقار ، إذ أن هذا النظام يجعل كلا التصرفين قابل للتسجيل و بالتالي يدلي هذا السجل ببيانات متعارضة ملكية شخصين لنفس العقار⁶ و هذا ما ينزع الثقة بين الناس في إبرام التصرفات العقارية.

- قابلية التصرفات المسجلة للطعن ، سبق القول بأن نظام الشهر الشخصي التسجيل فيه لا يظهر عيوب السند المسجل و بالتالي تكون كل التصرفات المسجلة في ظل هذا النظام قابلة للطعن فيها.⁷

1 - محمد عبد العزيز يوسف ، بحث في تشريعات البلاد العربية التي تتبع نظام الشهر الشخصي ص 59 .

2 - عمر صدوق ، الرسالة السابقة ، ص 25.

3 - ياسين غانم ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ص 21.

4 - ممدوح الدركشلي ، المرجع السابق ص 153.

5 - عدلي أمير خالد ، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة ، المرجع السابق ص 340 .

6 - عمر صدوق ، الرسالة السابقة ، ص 29.

7 - ياسين غانم ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 21.

و لهذا لا يمكن أبدا أن تستقر الملكية العقارية في يد شخص نتيجة تصرف قانوني معين ، الأمر الذي قد تتجر عنه أضرار بالغة بالمصالح الخاصة للأملاك و أصحاب الحقوق و بالمصالح العليا للإقتصاد في الدول التي تأخذ بهذا النظام ¹.

- خطر ضياع الملكية بالتقادم المكسب ، طالما أن تسجيل تصرف معين وفقا لنظام الشهر الشخصي لا يحصن حق المتصرف إليه فإن هذا المتصرف إليه و بعد أن سجل التصرف و تحصل على سند لملكيته لا يأمن فقط من خطر رفع دعوى الاستحقاق أو الاسترداد ، بل بأمن كذلك من خطر آخر ، يتمثل في ظهور شخص آخر من الغير يدعى ملكية العقار عن طريق التقادم ² إذ ليس في نظام الشهر الشخصي ما يمنع اكتساب الملكية العقارية بالتقادم ³.

إضافة إلى ذلك قد لا يسجل الحائز ملكيته المكتسبة بالتقادم و بالتالي نكون بصدد مالكين لعقار واحد مالك خفي و هو الحائز و مالك ظاهر و هو الثابت إسمه في سجلات مصالح الشهر و عليه تصبح هذه السجلات عاجزة عن الأداء بالبيان الصحيح بشأن ملكية العقار و الأعباء المرفعة عليه ⁴

2-مزايا نظام الشهر الشخصي :

رغم كل هذه الانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي إلا أنه يبقى نظام قائم بذاته و يؤدي دوره في إعلام جمهور الناس بوقوع تصرفات عقارية معينة كما أن مجرد تسجيل هذه التصرفات بعد قرينة على ملكية العقار من طرف الشخص الذي يسجل التصرف ⁵.

و إن كانت هذه القرينة القانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس فإنه يلاحظ في أغلب الأحيان يصعب إثبات عكسها لسبب أو لآخر ، بالإضافة إلى أن يقع كثيرا بأن يكون المتصرف في العقار هو في ملكه.

و أمام حجم الانتقادات الموجهة إلى نظام الشهر الشخصي و قلة مزاياه دعا غالبية الفقه إلى ضرورة إلغائه و إحلال نظام آخر محله ، يكون ناجح و فعال في تحقيق أهداف الشهر العقاري خاصة ضمان استقرار الملكية العقارية و دعم الائتمان العقاري ⁶.

1 - عمر صدوق ، الرسالة السابقة ، ص 29.

2- محمد لبيب شنب ، اكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني ، المرجع السابق ، ص 606.

3 - محمد عبد العزيز يوسف ، المقال السابق ، ص 156.

4- عدلي أمير خالد ، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة ، المرجع السابق ص 304 .

5 - عمر صدوق ، الرسالة نفسها ، ص 32 .

6 - عمر صدوق ، الرسالة نفسها ، ص 32.

الفرع الثاني : إجراءات شهر الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم في ظل نظام الشهر الشخصي

سندرس هذا الفرع من خلال وضع نظام التقادم المكسب في ظل نظام الشهر الشخصي أولاً حيث :

يعتبر التقادم من وسائل كسب الملكية العقارية و الحقوق العينية الأخرى في معظم الدول التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي سواء كان التقادم طويلاً أو قصيراً¹ و يتم كسب الملكية بهذه الوسيلة بمجرد توافر الشروط التي يتطلبها القانون لتحقيق التقادم و بصفة خاصة توافر الحيابة القانونية و استمرارها للمدة التي يحددها القانون ، من دون الحاجة إلى الشهر² .

ذلك لأن التقادم يقوم على الحيابة كواقعة مادية لا تثبت في محرر و نظام الشهر يتطلب حسب الأصل وجود تصرف قانوني مفرغ في محرر و من شأن السماح باكتساب ملكية العقارات بالتقادم دون حاجة إلى الشهر ألا تكون البيانات الواردة في سجلات الشهر العقاري بشأن تحديد أشخاص الملاك مطالبة للحقيقة دائماً ، إذ قد يظل العقار مسجلاً باسم شخص معين في حين أن ملكيته تكون قد انتقلت بالتقادم المكسب إلى شخص آخر لا يظهر اسمه في الدفاتر العقارية.³

و يترتب على الاعتراف بالتقادم المكسب مصدراً لملكية العقارات و الحقوق العينية الأخرى جواز استثناء إلى الحيابة لإثبات أصل الملكية.⁴

سبق القول أن الجزائر تأخذ بصفة انتقالية بنظام الشهر الشخصي بالنسبة للمناطق التي لم يشملها بعد عملية مسح الأراضي العام و في هذا الشأن و طبقاً لأحكام القانون المدني يجوز كسب ملكية العقارات و الحقوق العينية العقارية الأخرى بالتقادم طبقاً لنص المادة 827 و ما بعدها.

و بالرجوع إلى قوانين الإشهار العقاري لا نجد نصاً صريحاً ينظم بطريقة مباشرة كيفية شهر الحقوق العينية المكتسبة بالتقادم كما لا تتضمن نصاً صريحاً يقتضي حظر يملك العقارات بالتقادم و بالتالي يظل

1 - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 198.

2 - عبد المنعم فرج الله ، المرجع السابق ، ص 658.

3 - عمر صدوق ، الرسالة نفسها ، ص 28.

4 - عدلي أمير خالد ، اكتساب الملكية العقارية بالحيابة ، المرجع السابق ، ص 341 .

للتقادم آثاره المكسبة للملكية العقارية إذا توافرت شروطه و روعيت الأحكام التي جاء بها القانون المدني ،
بنص المادة 827 و ما بعدها.¹

أما بالنسبة لإجراءات الشهر خاصة بالملكية العقارية المكتسبة بالتقادم في نظام الشهر الشخصي فقد رأينا
أن القوانين المنظمة للشهر العقاري في الجزائر تبين كسب ملكية العقارات الواقعة في تراب البلديات التي
لم تخضع بعد لعمليات المسح العام للأراضي² و على ذلك فمن اكتسب ملكية عقار بالتقادم وجب عليه
أن يلجأ إلى مصالح الشهر العقاري لشهر هذا الحق المكتسب بالتقادم لأن الملكية لا تنتقل في المواد
العقارية إلا بالشهر طبقاً للمادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح
الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و التي تنص على أنه :

" كل حق الملكية و كل حق عيني اخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير ، إلا من تاريخ يوم
إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية".

لكن و لما كان التقادم المكسب يقوم على واقعة مادية هي الحيازة الممتدة زمنياً معيناً وهذه الحيازة لا
تعتبر تصرفاً قانونياً و لا تثبت في محرر³ و نظام الشهر يتطلب بحسب الأصل وجود تصرف
قانوني مفرغ في محرر رسمي⁴ طبقاً لنص المادة 61 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976
المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، فكيف يمكن للحائز التقدم لشهر الحق الذي اكتسبه بالتقادم؟

إلى جانب استصدار حكم قضائي يمكن للحائز حتى يتمكن من شهر الملكية العقارية التي اكتسبها
بالتقادم لدى المحافظة العقارية أن يلجأ إلى الموثق لإعداد عقد الشهرة طبقاً لأحكام المرسوم 352/83
المؤرخ في 21 ماي 1983 المؤسس لإجراء معاينة التقادم المكسب و لعداد عقود الشهرة المتضمنة
الاعتراف بالملكية.

¹ - علاق لمنور ، اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير جامعة
البلدية ، معهد العلوم القانونية و الادارية 200 ، ص 211.

² - المادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 الذي بين إجراء لإثبات التقادم المكسب و اعداد
عقد الشهرة المنضمين الاعتراف بالملكية.

³ - لبيب شنب ، اكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني ، المرجع السابق،
ص 606.

⁴ - لبيب شنب ، اكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني ، المرجع السابق،
ص 606.

و قد سبق القول بأن إعداد عقود الشهرة يتم بناء على طلب من الحائز إلى الموثق الذي يقوم بعد نشر هذا الطلب عبر الصحافة الوطنية و اللصق في مقر البلدية لمدة أربعة أشهر بتحرير عقد الشهرة المتضمن الاعتراف للحائز بملكية العقار المحاز بموجب التقادم المكسب.

و هذا إذا لم يحصل أي اعتراض خلال مدة الأربعة أشهر من قبل أصحاب الحقوق و من قبل إدارة أملاك الدولة والمجلس الشعبي البلدي.

فبعد إعداد عقد الشهرة هذا يكون الجائز قد حصل على محررا رسميا يثبت ملكية العقار و بالتالي يمكنه شهر حقه هذا لدى المحافظة العقارية فيكون هذا الإشهار الإجراء الأول فيما يخص العقار المكسب بالتقادم إذ تعد هذه الحالة من الاستثناءات على مبدأ الشهر المسبق¹ الذي يقضي بعدم إمكان إجراء أي إشهار للحقوق العينية العقارية إلا في حالة وجود شهر مسبق أو مقارن للسند المثبت لحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير.

يمكن الإشارة مباشرة إلى أن التشريع الفرنسي أخذ بنظام الشهر الشخصي حيث يرى أن دور الإشهار هو إعلام الغير و جعل العقود المشهورة حجة على كافة ، و تبقى العقود قائمة ومنتجة لاثارها بين الأطراف حتى و لم يتم شهرها بعده.

أما المشرع الألماني فأخذ بنظام الشهر العيني ، فالإشهار ضروري ليس لإعلام الغير فقط ، و جعل العقود المشهورة حجة على كافة لإتمام نقل الملكية لكن حتى بين الأطراف المتعاقدة.

أما عن موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي للأملاك العقارية تمثل حقيقة في تبينه نظاما مزدوجا، النظام الشخصي بالنسبة للعقارات الريفية التي لم تطبق عليها عمليات المسح بعد و نظام عيني إذ ذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات أجريت فيها عمليات مسح الأراضي العام أو عقارات حضرية يمكن تعيينها بسهولة و بدقة زيادة على أنه قد ترك بعض المسائل التي تشكل في القوة الثبوتية المطلقة لنظام الشهر العيني ، كعدم انصاه صراحة علة عدم جواز التقادم المكسب في ظل هذا النظام و كذا إمكانية الطعن في قرارات المحافظ العقاري.²

¹ - المادة 89 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19/05/1993.

² - علاق لمنور ، اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية و الادارية فرع القانون العقاري و الزراعي معهد العلوم القانونية و الادارية ، جامعة البليدة 2000 ص 209.

المطلب الثاني : تماشي الحق العيني المكتسب بالحيازة و التقادم المكسب مع خصوصية نظام الشهر العيني

يتحكم في تداول الحقوق العينية العقارية عامل الإشهار العقاري غير أن المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني جعلته يتناقض و طريقة اكتساب الملكية العقارية الخاصة المنصوص عليها ضمن مواد القانون المدني الجزائري بالحيازة و التقادم المكسب هذا من جهة و من جهة أخرى تبعية الظروف التاريخية في انتقال الملكية العقارية مما أسفر عنه إختلاف موقف الفقه و القضاء الجزائري حول جواز تملك العقار بناء على قواعد الحيازة و التقادم المكسب في ظل النظام الشهر العيني.¹

و على ذلك سنعالج ضمن هذا المطلب مبادئ نظام الشهر العيني و موقف المشرع الجزائري منه في فرع أول و مدى تطابق واقعة الحيازة مع مبادئ نظام الشهر العيني في فرع ثاني.

الفرع الأول : مبادئ نظام الشهر العيني و موقف المشرع الجزائري منه

على خلاف نظام الشهر الشخصي يقوم نظام الشهر العيني على جملة من القواعد يتوقف مدى تطبيقها على عملية مسح الأراضي العام.

أما المشرع الجزائري رغبة منه للتحكم في السياسة العقارية يبني هذا النظام على اثر إصدار الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و عليه

أولاً : مبادئ نظام الشهر العيني و تقييمه :

يرتكز نظام الشهر العيني على خلاف النظام الشهر الشخصي في شهر التصرفات العقارية على أساس العقار محل التصرف ، لذلك جاءت تسميته بنظام الشهر العيني ، و كذلك يتميز بأن كل عقار في هذا النظام له بطاقة خاصة ضمن السجل العقاري تسجل فيها كل ما يقع عليه من تصرفات.²

كما تحتوي الوصف المادي لهذا العقار .

1-مبادئ نظام الشهر العيني:

¹ - أنور العمروشي ، الوافية في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، دار العدالة ، دون تاريخ ، ص 27.

² - ولد محمد المختار الجيب ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية من خلال القانون الجزائري ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، ص63.

يعرف نظام الشهر العيني كذلك باسم نظام السجل العيني أو العقاري على خلاف النظام الشهر الشخصي لا يتم الشهر فيها على أساس أسماء الأشخاص الصادرة عنهم التصرفات ، بل على أساس العقارات ذاتها و عليه فإن السجل الذي يتم فيه الشهر لا يمكك بحسب أسماء الأشخاص بل بحسب أرقام العقار¹ و بالتالي هو تأمين قانوني لكل المعاملات العقارية لأنه يتطلب قبل اشهارها مراقبة جيدة للعقود و الحقوق المتضمنة نفل و إنشاء أو تعديل حق الملكية ، بما يحقق الحجية في مواجهة طرفي العقد و الغير على حد سواء.²

و حتى يحقق هذه الحجية يشترط في التصرف أن لا يكون مشويا بعيب يتعلق بوجوده أو بصفة أو نفاذه مع ضرورة توافر حسن النية لدى أطرافه غير أن هذا النظام يقتضي قبل تطبيقه مسح كل العقارات الموجودة بالبلاد و تحديد موقع كل منها و مساحته و بيان حدوده و تعيين مالكة تمهيدا لإعطاء كل منها رقما خاصا و تخصيص إحدى صفحات السجل العقاري له ، الأمر الذي يتطلب وقتا طويلا و اجراءات معقدة و يقوم نظام الشهر العيني على خمس مبادئ أساسية و هي :

-مبدأ التخصيص: يقوم نظام الشهر العيني على أساس تخصيص لكل وحدة عقارية صفحة أو بطاقة عقارية تقيد فيها كل التصرفات الواردة على العقار و مجموعة هذه البطاقات تكون بما يعرف بالسجل العيني الذي استمد منه نظام الشهر العيني تسميته.

و منه فمبدأ التخصيص هو تشخيص ذاتي لهذا العقار دون أدنى اعتبار لشخص المتصرف فيه.³

-مبدأ القيد المطلق : مفاد هذا المبدأ أنه لا يكتسب الملكية و لا سائر الحقوق الواردة على العقارات إلا بالشهر ، فدون القيد لا تنشأ هذه الحقوق و لا تنتقل و لا تتغير و لا تزول لا بين ذوي الشأن و لا بالنسبة لغيرهم فالشهر هو مصر الحق.⁴

1 - عبد الحميد الشواربي ، اجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه ، الاسكندرية منشأة المعارف ، 1999 ص 5.

2 - خالد رامول ، المحافظة العقارية كالية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري البلدية ، قصر الكتاب ، 2001 ، ص 21 .

3 - جمال بوشناق ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر 2006 ص

-مبدأ الشيوعية : مفاده أن يتحقق العون المكلف بالتسجيل أو القيد في السجل العيني من التصرفات المراد قيدها أو تسجيلها بكل دقة حماية لحقوق الغير و لا تقيد كذلك في السجل العقاري إلا الحقوق المشروعة فعلا و بالتالي إجتنب شهر الإدعاءات المشكوك فيها التي لا تستند إلى أساس قانوني سليم¹ و عليه فإن هذا المبدأ لا يتيح شهر التصرفات الباطلة أو القابلة للإبطال و إن تم خطأ شهر التصرفات معيبة مما يؤدي إلى إهدار حقوق أصحابها و الأمر نادر الوقوع فإن الدول التي تأخذ بهذا النظام قد أنشأت نظام صندوق للتأمين و الضمان مهمته تعويض المتضررين من جراء ضياع حقوقهم نتيجة لعدم إمكانية رفع دعوى الاستحقاق أو الاسترداد ضد المكلف بالشهر على أن تحل الدولة محله في دفع مبلغ التعويض.²

-مبدأ القوة الثبوتية : مفاده أن التصرفات التي تقيد في ظل هذا النظام يصبح قيدها قرينة قاطعة على ملكية الحق العيني أو العقار المتصرف إليه و أن هذا التصرف أصبح سليما الي من كل العيوب مهما كان مصدرها.

و يترتب على إقرار هذا المبدأ أن كل حق عيني عقاري تم شهره وفقا لهذا النظام يعتبر حجة في مواجهة الكافة مما يوفر الثقة في بيانات السجل العقاري و يؤدي إلى استقرار الملكية العقارية.

-مبدأ عدم اكتساب الحقوق المشهورة بالتقادم : ليس للتقادم المكسب كوسيلة لاكتساب الملكية العقارية أن يكون سببا من أسباب التملك للعقارات و الحقوق العينية الأخرى لأنه يتعارض صراحة مع مبدأ القيد المطلق و مبدأ قوة الثبوت المطلقة لإجراء الشهر في السجل العيني.³

حيث يقضي المبدأ أن من يثبت اسمه في السجل العيني كمالك للعقار يصبح في مأمن من أن يفاجأ بادعاء أي مغتصب أنه يملك العقار بالتقادم.

و عليه يترتب على ذلك أن الحقوق غير المشهورة يمكن اكتسابها بالتقادم و شهرها بالسجل العيني لأول مرة دون أن يعتبر ذلك خروجاً عن مبدأ خطر التقادم تلك هي المبادئ التي يركز عليها نظام الشهر العيني ، إلا أن هناك من يضيف إليها مبدأ آخر يتمثل في : أنه نظام قضائي و الواقع غير ذلك لأن من

¹ - خالد رامول ، المرجع السابق ، ص 23

² La Rous (B) cours de droit civil , suretés et publicité , foncière Op , cité P 290

³ - جمال بوشناق ، مرجع سابق ، ص 33.

يتولى عملية القيد هم موظفون إداريون و ليسوا قضاة كما هو الحال في الجزائر ، حيث تقيد الحقوق العينية بمصلحة إدارية تابعة لوزارة المالية و بالتالي لا يمكن وصف هذا النظام بالصفة القضائية.¹

2-تقييم نظام الشهر العيني :

تجنب نظام الشهر العيني بمبادئه المذكورة سابقا عيوب النظام الشهر الشخصي الذي أثبت عدم فعاليته و قصوره في تحقيق أهداف الشهر العقاري على خلاف نظام الشهر العيني الذي يمتاز بتحقيقه للأهداف الأساسية التي يقوم عليها الشهر و المتمثلة في استقرار الملكية العقارية و تدعيم الائتمان العقاري و على الرغم من ذلك لم يسلم هذا النظام من بعض الانتقادات.

أ-مزايا نظام الشهر العيني:

نظام الشهر العيني جملة من المحاسن يمكن حصرها فيما يلي :

- توفير الحماية للمتعاملين .
- تجنب المساوي الناتجة عن تشابه الأسماء لأن الشهر بناء عليه ينم على أساس مواقع و أرقام و مساحات العقارات .
- سهولة معرفة المالك الحقيقي للعقارات لأنه يقوم على مبدأ التخصيص حيث يمكن لكل من يريد معرفة المالك الحقيقي لهذا العقار الرجوع إلى البطاقة المخصصة له ليجد فيها كل البيانات المتعلقة بحالته القانونية.²
- تجنب خطر التقادم لأن السجل العيني لا يأخذ بهذه الصورة لكسب الملكية و الحقوق العينية و ذلك حماية لها و وقاية لها ضد المعتدين³ .
- تطابق سندات الملكية هذا النظام يضمن عدم تعارض سندات الملكية على أساس أنها تستخرج من مصدر واحد و هو البطاقة العقارية .

¹ - صداقي عمر ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير ف العقود و المسؤولية الادارية ، جامعة الجزائر ، معهد العلوم القانونية و الادارية ، 1982 ص 42 .

² - جمال بوشناق ، مرجع سابق ، ص 35

³ - الحسني مدحت محمد ، اجراءات الشهر العقاري ، وفقا للتعديلات الأخيرة الاسكندرية دار المطبوعات الجامعية ،

- يحفز المتعاملين العقاريين للإقدام على الاعتراض و الرهن العقاري.¹

- يقلل من النزاعات التي تعرض على القضاء لأن ضبط مساحة العقار يؤمن عدم الاستلاء على أي جزء منه بسبب تحديده و مسحه و رسم خريطة له يقع التسجيل على أساسها.²

و نتيجة لهذه المزايا تحقق استقرار الملكية و توفر الثقة في صحة الحقوق المشهورة و سلامتها و يرفع من قيمة العقارات على الرغم من تلك المحاسن إلا أن هذا النظام لا يخلو من بعض العيوب في نظر أنصار الشهر الشخصي

ب- عيوب نظام الشهر العيني :

- كثرة النفقات في تطبيقه : حيث يتطلب مسح عام و شامل للعقار و هو ما يحتاج إلى أموال ضخمة و طاقم بشري متخصص.

- غير أن أنصار نظام الشهر العيني يرون في ذلك تحقيق لفائدة اقتصادية للدولة على الرغم من مكلفات النظام.³

- اغتصاب حقوق المالك الحقيقي : لأن انتقال الملكية عن طريق الشهر فقط يجعل هذا النظام وسيلة لاغتصاب حقوق الملاك الحقيقيين اذ يمكن أن يقيد حق عيني لا يملكه حقيقة فيصبح هو المالك له و لا يمكن للمالك الحقيقي منازعته في لك . غير أن هذه الحالة قليلة الوقوع لأن الموظف القائم بالشهر يلتزم بالتحقيق من سند الملكية المتصرف للحق المتصرف فيه ، و حتى إن وقع هذا الخطأ فقد أقرت جل الدول التي أخذت بهذا النظام تعويض المالك الحقيقي جراء ضياع حقه بهذه الكيفية.

كما أن هذه الحالة تعد استثناء و الاستثناء لا يقاس عليه.

-تفتيت الملكية : أضاف خصوم نظام الشهر العيني أن تخصيص بطاقة عقارية أو عدة بطاقات لكل وحدة عقارية أمر صعب التطبيق في البلدان التي تتفتت فيها الملكية إلى أجزاء كثيرة جدا خاصة عن

1 - خالد رامول ، مرجع سابق ، ص 25

2 - جمال بوشناق ، مرجع سابق ، ص 36

3 - صداقي عمر ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية

، معهد العلوم القانونية جامعة الجزائر 1982 ، ص 48

طريق الميراث و القسمة حيث يصبح كل شخص أو عدة أشخاص يملكون أجزاء صغيرة من العقار مما يعرف عملية استغلالها.¹

إلا أن هذا الأمر يمكن تفاديه بوضع حد أدنى للمساحة تعتبر كوحدة عقارية لا يمكن النزول عنه و التعامل فيه بغية الحفاظ على الوحدة العقارية و عدم تجزئتها.²

رغم هذه العيوب التي وجهت لنظام الشهر العيني ، إلا أنها لم تقلل من شأنه و إذا كانت أغلبية الدول قد تبنت نظام الشهر العيني فما هو موقف المشرع الجزائري من هذا النظام؟

ثانيا : موقف المشرع الجزائري من مبادئ نظام الشهر العيني :

إن حالة الغموض التي عرفتها الملكية العقارية في الجزائر نتيجة لما خلفه الاستعمار الفرنسي جعلت من المشرع الجزائري ينتهج نظام الشهر الشخصي في انتظار تعميم عملية مسح الأراضي حتى تتوسع دائرة تطبيق نظام الشهر العيني و لمعرفة مدى أخذ المشرع بمبادئ هذا الأخير يجب معرفة أهم المراحل التي مر بها هذا النظام .

1-مراحل تطور هذا النظام:

-المرحلة الأولى: نظام الشهر العقاري المتبع في الجزائري منذ الاستعمار إلى غاية 1975.

في هذه المرحلة تم تطبيق نظام الشهر الشخصي و أصدر المشرع الفرنسي ترسانة من القوانين و التنظيمات تحكم عملية الحفظ العقاري أهمها ، المرسوم رقم 1190/59 المؤرخ في 21 /10/1959 المتضمن التغيير الجذري لنظام الشهر العقاري في الجزائر.

حيث أنه أول قانون كان يحكم التصرفات العقارية في الجزائر هو القانون المدني الفرنسي مع العلم أن الأحكام المنظمة لعملية شهر التصرفات العقارية في هذا الأخير كانت تتسم بطابع نظام الشهر الشخصي.

ثم صدر المرسوم رقم : 1190/59 المؤرخ في 21/10/1959 المتضمن التغيير الجذري لنظام الشهر العقاري في الجزائر ، بعدها ألغى المشرع الفرنسي نظام الشهر الشخصي و أصدر قانون بتاريخ :

¹Marty (G) Jeston (PH) Raynaud (P) : droit civil les suretés la publicité foncière Op cité P

1959/11/03 المتضمن أحكام نظام الشهر العيني الذي يهدف إلى معاينة حقوق الملكية و الحقوق العينية و تحديد الأملاك حسب طريقة هندسية لإقامة مخطط صحيح.¹

و بعد استقلال الجزائر ، أصدرت الحكومة الوطنية الأمر رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 الذي يهدف إلى تمديد العمل بالقوانين الفرنسية و استبعاد كل ما يتعارض مع السيادة الوطنية من النصوص .

لكن في هذه المرحلة بقي النظام مزدوج ، نظام الشهر الشخصي مستمد من القانون الفرنسي و نظام الاشهاد مستمد من أحكام الشريعة الاسلامية.

-المرحلة الثانية : نظام الشهر العقاري المتبع في الجزائر بعد سنة 1975 أصدر المشرع الأمر رقم 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الذي يأخذ بنظام الشهر العيني و ذلك من خلال المادتين 32 و 33 من المرسوم رقم : 32/73 المتعلق باثبات حق الملكية العقارية الخاصة.

و كانت معظم مواد ذلك الأمر تنص على ضرورة الشروع في عملية المسح و تأسيس السجل العقاري مع الابقاء بصفة مؤقتة على نظام الشهر الشخصي (م 27 من الأمر 74/75) تؤكد ذلك.

و عليه نخلص إلى أن نظام الشهر العقاري في الجزائر مر بمراحل مختلفة و حاليا فإن النظام المتبع مزدوج شخصي في المناطق الغير ممسوحة و في انتظار تعميم عمليات المسح إلا أنه يطبق نظام الشهر العيني بالنسبة للعقارات الممسوحة مع الاشارة لم يتم مسح ثلث المساحة الاجمالية للوطن.²

و للإسراع في عملية المسح سن المشرع الجزائري القانون رقم 02/07 المتضمن احداث اجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طرق تحقيق عقاري أي التحقيق الذي يقوم به المحافظ العقاري يعد بمثابة عملية المسح.

و منه فإن نظام الشهر المتبع في الجزائر هو نظام الشهر العيني من الناحية التشريعية مع خضوع تلك العقارات لهذا النظام ، أما الثلثين الباقيين فيخضعان لنظام الشهر الشخصي إلى حين إتمام عملية مسح الأراضي و تعميم تطبيق نظام الشهر العيني

¹ - عبد الرحمان بربارة ، الحماية الجزائرية للأملاك العقارية رسالة لنيل شهادة الماجستير ، فرع القانون العقاري و الزراعي ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب البلدية 2000 ص 98

² - عبد ارحمان ملزمي ، النظرية العامة للحيازة ، محاضرة ألقيت على طلبة التكوين المتخصص في القانون العقاري الدفعة الثالثة ، المعهد الوطني للقضاة ، ديسمبر 2002 (غير منشور).

2-مدى أخذ المشرع الجزائري بمبادئ نظام الشهر العيني :

إن ما يهتما من نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري تلك التي ترتبط بواقعة الحيابة كوسيلة لاكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب .

1-مبدأ القيد المطلق : حيث لا تكتسب الملكية و لا سائر الحقوق العينية الواردة على العقارات إلا بالشهر مهما كان سبب اكتسابها و هو ما جاء في المادة 16 من الأمر 74/75 المذكور سابقا حيث أن كل حق تم شهوره يعتبر حجية بالنسبة للجميع و لا يمكن لأي كان أن ينازع فيه.

لكن المشرع الجزائري أجاز الطعن في التصرفات المشهورة أمام القضاء و هو ما نستنتجه من المادة 85 من المرسوم 63/67 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم و لكنه لم ينص صراحة على حظر التقادم المكسب مما يفتح المجال لجواز تملك العقارات و الحقوق العينية العقارية الأخرى المشهورة وفق نظام الشهر العيني.

2-مبدأ حظر التقادم المكسب : بما أن القيد مصدر كل الحقوق العينية فإن كل الطرق الأخرى لاكتسابها مستبعدة و منها التقادم المكسب ، لأن مبدأ الشهر يقضي بأن من ثبت اسمه في السجل العيني كمالك أو صاحب حق عيني على العقار يصبح في مأمن من أن يفاجأ بإدعاء أي مغتصب يزعم أنه تملك العقار بالتقادم حتى و إن توافرت فيه كل الشروط و إن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة ضمن مواده في الأمر 74/75 سالف الذكر على حظر التقادم المكسب كصورة لاكتساب الحقوق العينية فان العديد من التشريعات العربية حرصت على هذا المبدأ.

لذلك نرى ضرورة تدخل المشرع الجزائري بالنص صراحة على هذا المبدأ في المناطق التي طبق فيها نظام الشهر العيني ، خاصة إذا علما أن القواعد العامة في القانون المدني لا تميز بين العقارات الممسوحة و تلك الغير ممسوحة لممارسة الحيابة و اكتساب ملكية العقار عن طريق التقادم المكسب.¹

و أخيرا تتضمن المادة 23 من الأمر رقم 74/75 على مبدأ هام قد أوصى بالأخذ به صانع الشهر العيني " Torens " المتمثل في احداث صندوق غايته تعويض كل من تضرر بسبب خطأ يرتكبه الموظف المكلف بالشهر ، ذلك لأنه لا يمكن عند الخطأ أن يسترجع العقار بعد قيده و إنما يبقى للمتضرر الحق في طلب تعويض عما لحقه من ضرر بسبب ضياع ملكيته بالقيد أو قوة القيد ، و إذا كانت تلك المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني و أخذ بها المشرع الجزائري من دون أن يميز في

¹ - ميسون زهوين ، اكتساب الملكية العقارية ، عن طريق الحيابة ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، قسم القانون الخاص ، فرع قانون عقاري جامعة المدية 2007 ، ص 164

تطبيق هذا النظام بين العقارات الممسوحة و غير الممسوحة مما يفتح المجال للبحث عن مدى تطابق واقعة الحيازة مع مبادئ نظام الشهر العيني التي تحظر تلك العقارات.¹

الفرع الثاني : مدى تطابق واقعة الحيازة مع مبادئ نظام الشهر العيني :

يرتكز نظام الشهر العيني في التصرفات العقارية على العين نفسها أي العقار محل التصرف و يتميز بمسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر تخصص فيه أو أكثر لكل عقار تقيد فيها كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه ، مساحته ، رقمه ، و حدوده و يسمى العقار المعني بالوحدة العقارية و تعتبر البطاقة المخصصة له بمثابة بطاقة تعريف له ، غير أنه لا يمكن تطبيق هذا النظام إلا تدريجاً لأنه مرتبط بعملية المسح.²

و قد يكون القيد نهائياً أو مؤقتاً و هذا خلال مدة حددها القانون في حالة عدم الاعتراض أو سحبه من طرف المحافظ العقاري يتحول إلى قيد نهائي يسلم على إثره الدفتر العقاري لمن تم القيد لمصلحته.

و بما أن السياسة العقارية في الجزائر تقوم على تجسيد نظام الشهر العقاري العيني و الذي يركز على مسح الأراضي ، إلا أن ضعف النتائج المحصل عليها في هذا الميدان سببه المشاكل المتراكمة من الناحية التقنية و المادية استلزم اعادة هيكلة القطاع المشرف على انجاز هذه العملية و هذا بتزويده بالوسائل الضرورية للإسراع في وتيرة الإنجاز.³

و باعتبارها وسيلة لاكتساب الملكية العقارية يتم تصفية الحيازة أثناء المراحل المختلفة لاجراءات القيد سواء كان مؤقت أو نهائي و على ذلك سنعالج تصفية الحيازة خلال المرحلة الأولى للقيد أولاً ، و تصفية الحيازة أثناء القيد المؤقت ثانياً ، أخيراً مصير واقعة الحيازة في مرحلة ما بعد القيد.

أولاً : تصفية الحيازة خلال المرحلة الأولى للقيد :

تعتبر هذه المرحلة هب مرحلة مهمة و مصيرية في تثبيت و تكريس الملكية و خاصة التحقيق الذي يتم مع الحائزين الذين يدعون الحيازة القانونية حيث يلعب المحافظ العقاري في هذا المقام دوراً ايجابياً لأنه يعتبر المصفاة لنتائج عملية المسح.

¹ - ميسون زهوين ، اكتساب الملكية العقارية ، عن طريق الحيازة مرجع سابق ص 165

² - اسماعيل شامة ، النظام القانوني الجزائري ، للتوجيه العقاري الجزائري دار هومة 2002 ، ص 105

³ - عمار علوي ، الملكية و النظام العقاري في الحائز مرجع سابق ص 96

1- دور المحافظ العقاري في القيد الأول: المحافظ العقاري هو موظف اداري يرأس مكتب الرهون تتحصر مسؤوليته في تنفيذ الاجراءات المقررة لأجل شهر الامتيازات و الرهون و شهر التصرفات الواردة على الملكية العقارية و حفظها و بالتسجيل و تحصيل الرسوم المقررة.¹

و يتمثل دوره في القيد الأول بعد اتمام اجراءات المسح و التحقيقات الميدانية و رسم حدود العقارات و ترتيبها ، حينها تودع نتائج عملية المسح لدى المحافظة العقارية و هنا يبدأ دور المحافظ العقاري المتمثل في انشاء السجل العقاري ، حيث يقوم بترقيم العقارات الممسوحة بمجرد استلامه وثائق المسح ، و تتم معينة ايداع الوثائق بمحضر و يحاط الجمهور علما عن طريق الإعلان في الصحافة بهذا الايداع و يمنح لكل ذي مصلحة أجل أربعة أشهر للإطلاع على الوثائق و تقديم الاعتراضات و ايداع كل الوثائق التي لم تسلم للجنة المسح أو لم تقبل لإثبات حقوق المتظلمين على الأرض و العقارات موضوع المسح.²

غير أنه على الرغم من تشدد المشرع في اجراءات التحقيق من السندات المثبتة للحيازة إلا أن مرحلة القيد الأول لا تخلو من المنازعات.

2- المنازعات المتعلقة بالقيد الأول: ورد في المادة 15 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم على أن النازع في الترقيم المؤقت تكون أمام المحافظ العقاري خلال المهلة المذكورة أعلاه . حيث يستدعي المعنيين بموجب رسالة موصى عليها من طرف المحافظ العقاري لتحقيق المصالحة بين المتنازعين ، فإن فشل في ذلك يبلغ للطرف المعني رأيه و يبقى هذا الأخير أجل ستة أشهر لرفع دعوى أما القاضي العقاري المختص اقليميا أو الاداري بحسب الأحوال.

كما نصت المادة على ضرورة إشهار الدعوى القضائية طبقا للمادة 85 من المرسوم ذاته ، إلا أن المشرع وضع أجل مسقط للمطالبة بالحق العيني و هو ستة أشهر ، غير أن المادة 16 جاء فيها أن قرارات المحافظ العقاري التي ترمي إلى إعادة النظر في الترقيم النهائي يمكن الطعن فيها عن طريق القضاء دون تحديد لأجل مسقط ، مما يجعل القوة الثبوتية المطلقة للقيد في مواجهة الكافة قابلة لإعادة النظر حتى في القيد الأول من طرف المالك الذي لم يحضر عمليات المسح و الذي قد يظهر بعد مدة طويلة قبل انقضاء اجال القادم المكسب للمنازعة في القيد و هذا له أثر سيئ على ضمان الائتمان و يقلل من أهمية النظام الشهر العيني.³

ثانيا : تصفية الحيازة أثناء القيد المؤقت:

¹ مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري الجزائري ، المرجع السابق ص 70

² أنظر المواد 08 و ما بعدها من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم سالف الذكر .

³ - حمدي باشا عمر ، ليلي زروقي ، المنازعات العقارية الطبعة الأولى ، الجزائر دار هومة 2006 ، ص 49

بمجرد أن يسلم المحافظ العقاري وثائق المسح ، يرقم العقارات الممسوحة إما ترقيما مؤقتا أو نهائيا¹ و ما يهمننا في موضوع الحيازة هو الترقيم المؤقت بإعتبار أن أهمية الحيازة تظهر فيه بصورة واضحة من خلال شهر الحيازة و كذا الحائزين الذين استوفوا المدة القانونية و عجزوا عن اثبات حيازتهم.

1- الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر: يتبين من خلال نص المادة 13 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم سالف الذكر أن الترقيم المؤقت يكرس الحيازة المنصوص عليها في القانون المدني ، سواء تعلق الأمر بالتقادم المكسب الطويل أو بالتقادم المكسب القصير .

حيث يصح العقد المؤقت لمدة أربعة أشهر نهائيا ، إذا لم يكن هناك اعتراض عليه خلال هذه المدة و بعدها يسلم للحائز الدفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد المثبت للملكية العقارية بعد مسح و عليه فإن الحائز في إطار عملية المسح لا يتحمل مشقة الإثبات كما يتحملها في المطالبة القضائية و بدرجة أقل في طلب إعداد عقد الشهرة.

و عليه فإن التحقيق الذي تقوم به لجنة المسح و الترقيم المؤقت يعتبر وسيلة أخرى لاكتساب الملكية العقارية بالتقادم و ذلك يدخل ضمن مساعي المشرع الجزائري في تطهير الوضعيات العقارية العالقة.

2- الترقيم المؤقت لمدة سنتين: تمتد مدة الترقيم المؤقت إلى سنتين بالنسبة للعقارات التي ليس لملكها الظاهرين سندات كافية ، و عندما لا يمكن للمحافظ العقاري إبداء رأيه في تحديد حقوق الملكية.²

و يصبح هذا الترقيم المؤقت نهائيا بعد انقضاء مدة سنتين إلا إذا سمحت وقائع قانونية للمحافظ العقاري بالتثبيت بصفة مؤكدة من ظهور المالك الحقيقي ، غير أنه نظرا للصعوبة الكبيرة التي تعترض عملية تحديد أملاك الخواص و بالتالي للحقوق الواجب شهرها في السجل العقاري ، أصبحت مدة الترقيم المؤقت عمليا تتم لمدة خمس سنوات.³

و بالتالي فإن اثبات الحيازة في إطار عملية المسح طريق سهل لاكتساب الملكية العقارية ، ففي هذا القيد مثلا قد يضع يده على عقار قبل عملية المسح بأيام ويسجل في هذا الترقيم ثم ينتظر سنتين فيصبح مالكا إذا لم ينازعه أحد.

¹ - يعتبر الترقيم نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكا سندات لأو عقود أو كل الوثائق الأخرى طبقا للمجال المعمول به في مجال الملكية العقارية.

أنظر جمال بوشناق ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 136

² - أنظر المادة 14 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم سالف الذكر .

³ - جمال بوشناق ، مرجع سابق ص 136 .

و عليه ما يمكن ملاحظته أن مدة التقادم المكسب تتغير كل مرة إلى أن تصل إلى سنة واحدة من شهادة الحيازة ، و أربعة أشهر فقط بالنسبة للترقيم المؤقت مما يقودنا إلى طرح السؤال التالي :

هل الأمر المهم في واقعة تثبيت للملكية عن طريق الحيازة هو تحقيق الوظيفة الاقتصادية و الاجتماعية للعقار أو الأهم من ذلك هو اعطاء صفة المالك للحائز مهما كانت صفته الحقيقية ، واضع اليد أم الحائز قانوني أم مغتصب ؟

و كأن المشرع يريد التصفية و التطهير القانوني للعقارات في أقرب الاجال حتى لو تم ذلك على حساب القوانين و القواعد العامة.¹

و ما دام المشرع لم يمنع المالك الذي يظهر بعد القيد الأول اثر انتهاء عمليات المسح من الطعن أمام الجهات القضائية المختصة في أي وقت يظهر فيه فإن إعادة النظر في الشهر تبقى ممكنة لغاية انقضاء اجال سقوط الحق العيني أي لمدة خمسة عشرة سنة فالحالة الوحيدة التي ينص فيها المشرع على الأجل المسقط لرفع الدعوى تتعلق بالطعن في القيد الأول من طرف حضر عملية المسح و حددت المادة 15 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم سالف الذكر ، هذه المدة بستة أشهر كما سبق التطرق اليه أعلاه.

و ترفع الدعوى أمام المحكمة العقارية إذا كان النزاع قائم بين أشخاص أو مؤسسات يحكمها القانون العام.²

و عليه نستنتج أن السجل العقاري لا وجود له قبل مسح الأراضي العام في حيث تبقى البلديات التي لم يعد فيها مسح الأراضي فإنه تفهرس فيها بصفة إنتقالية التصرفات القانونية المطلوب شهرها و تدون في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي ، بمعنى يطبق فيها الشهر الشخصي هذا الأخير الذي لم يحمل أي مبدأ يمنع من اكتساب ملكية العقار عن طريق التقادم المكسب على خلاف نظام الشهر العيني.

غير أم المشرع الجزائري و قصد المحافظة على الأوضاع الظاهرة ، فإنه في كل مرة يضع أحكام تتيح للحائز فرص الحصول على الدفتر العقاري حتى بأقصر مدة التقادم المكسب دون أن يأخذ بعين الاعتبار و مبادئ الحيازة و التقادم المكسب المنصوص عليهما في القانون المدني الجزائري و كانت نتيجة هذا

¹ - صدقي عمر ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، بحث لنيل الماجستير في العقود و المسؤولية معهد العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة الجزائر 1982 ص 120.

² - حمدي باشا عمر ، ليلي زروقي ، المنازعات العقارية المرجع السابق ، ص 52

الاختلاف العملي أن تباين موقف الفقه و القضاء حول إقرار واقعة الحيازة كوسيلة لاكتساب الملكية العقارية الخاصة.

حيث اتجه الفقه إلى اتجاهين مختلفين حول مدى جواز تملك العقارات بالحيازة في ظل نظام الشهر العيني أو عدم جواز ذلك.

فالقسم الأول من الفقهاء يذهب إلى حضر تملك العقار بالحيازة عملا بالقاعدة العامة التي تميز نظام الشهر العيني المتمثلة في رفض التقادم المكسب في مواجهة الحقوق المقيدة.

أما القسم الثاني من الفقهاء يرون أن نظام الشهر العيني لا يتعارض مع فكرة الحيازة حيث ليس في طبيعة نظام الشهر العيني ما يوجب حظر تملك العقار بالحيازة و استبعاده كسبب من أسباب لاكتساب الملكية العقارية و يرون أن التعارض بين القوة المطلقة للقيد و بين الاعتراف بالتقادم المكسب سبب لاكتساب الملكية يمكن ازالته إذا قيدت الحقوق الناشئة من وضع اليد شرط أن لا تؤدي الحيازة إلى اكتساب صاحبها ملكية العقار مجرد انقضاء المدة التي يحددها القانون بل يتعين على الحائز أن يطلب من إدارة السجل العيني تقييد حقه بعد التحقق من توافر الشروط القانونية للحيازة و استمرارها المدة القانونية و صدور قرار من الإدارة يؤيد ذلك ثم قيد القرار في السجل العيني و من تاريخ القيد يكسب الحائز ملكية العقار.¹

أما موقف التشريع و القضاء الجزائري من مدى تحقق واقعة الحيازة مع مبادئ نظام الشهر العيني يظهر من خلال المشرع الجزائري الذي لم يأخذ بالأثر المطهر للشهر لأنه يجيز الطعن في الحق المشهر و هو ما أقره القضاء في العديد من القرارات حتى و لو كان صاحبه قد تحصل على دفتر عقاري.²

أما عن حماية صاحب الحق العيني العقاري المشهر بمجرد الترقيم النهائي ، يمكن القول عنه أنه رغم مراقبة المحافظ العقاري إلا أنه قد يصعب ذلك أحيانا و هو ما يحصل في العقارات التابعة للبلدية و الأخرى الموقوفة و هو ما يهدر حقوق الغير لذا يجب أن يسمح لهم بالطعن في الحق المشهر .

و منه فإن شهر الحق ليس بالاجراء و لا بالسند القطعي اللذان يدلان على الملكية العقارية بل يمكن اثبات عكس ذلك طالما لن تترتب حقوق للغير اعتمادا على ذلك ، و هذا لا يعني إهدار للحق المشهر ، بل هو عدم إهدار حق معارض قائم على أساس قانوني صحيح.

¹ - عدلي أمير خالد ، اكتساب الملكية بالحيازة ، بدون طبعة دار الفكر الجامعي مصر بون تاريخ ص 25

² - المحكمة العليا ، الغرفة الادارية ، قرار رقم : 95606 الصادر بتاريخ 1993/02/28 (منشور) المجلة القضائية

و كخلاصة لما سبق فإن الشهر العيني لا يمكن أن يقوم على اعتداء للحقوق و تظهر حتمية الأخذ بالتقادم المكسب في مواجهة حق مشهر في ظل نظام الشهر العيني كاستثناء من الأصل و ذلك بغية حماية الوظيفة الاقتصادية للعقار حتى لا يبقى دون استغلال شرط أن يبدأ حساب مدة التقادم المكسب من تاريخ غياب أو وفاة أصحاب الحقوق المشهورة - المالك الحقيقي - و أن لا يفيد الورثة حقوقهم خلال مدة التقادم و أن لا ينقطع هذا الأخير بأحد أسباب الانقطاع.

لكن نظرا لغياب نص صريح يحظر اتمام اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب ، هذا ما عززه كذلك القانون الأخير رقم 02/07 المتضمن لإحداث إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سند الملكية عن طريق تحقيق عقاري نتج عن ذلك إختلاف القضاء الجزائي بنوعيه العادي و الإداري حول جواز تملك العقارات في ظل نظام الشهر العيني من عدمه.¹

¹ -ميسون زهوين ، اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيابة ، مرجع سابق ص 170.

الخاتمة

من خلال بحثنا هذا حاولنا التطرق إلى موضوع يمكن القول عنه من الموضوعات الحالية التي تستقطب إهتمام الحقوقيين وكذا الإقتصادييين والشركات وحتى السياسيين ذلك ان موضوعات الحقوق الفكرية من المجالات الواسعة المشتملة عن الأنواع مختلفة من المنجزات العقلية وتقسّم إلى نوعين من الملكية الأولى هي حقوق الملكية الصناعية والتجارية والتي يندرج من ضمنها مجموعة من الموضوعات منها "العلامة التجارية" التي يضمن لها القانون الحماية القانونية، وعليه تعتبر لعلامات التجارية دليل مهم في التعرف على مصدر المنتجات والخدمات، كما تسهل على المستهلك التمييز بين المنتجات وتسهيل العملية التسويقية له، إلا أنها معرضة لمخاطر وجرائم تقع عليها والتي من بينها الغش والتقليد، وهذا ما جعل الدولة تسعى جاهدة على تبني نظام حمائي يكفل عدم التعدي على العلامات التجارية، فقد تكون هذه الأحكام مدنية أو جنائية ومع هذا يبقى التقليد والغش والتعدي على العلامات التجارية ظاهرة تزداد إنتشارا وتأثيرا على المنتجات كما تتعرض لسلامة أمن البلاد إقتصاديا، وهذا ما يستوجب المزيد من التشديد على الأسواق والمنتجات في الجزاء وبالرغم من الجهود المبذولة من طرف المشرع إلا أنها يلاحظ أن ظاهرة التعدي على العلامات التجارية تبقى منتشرة وقد يكون السبب في ذلك يعود للمناهج المتبعة في إقرار العقوبات والغرامات ولهذا فإنه ينبغي الرفع من قيمة الغرامات وتشديد العقوبات من أجل التقليل من صور التعدي على العلامات التجارية.

النتائج:

- إن الجرائم الواقعة على العلامة التجارية موضوع بحث ودراسة لأنها من الموضوعات الحالية البالغة في الإهتمام.
- لقد أخذ المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة بالمفهوم الواسع للعلامات التجارية.
- المصلحة التي تهدف إليها هذه التشريعات هي بيان أهم الجرائم والإعتداءات على العلامة التجارية من أجل توفير الحماية المدنية والجزائية.

التوصيات:

- نرى في الأخير أن يتم الأخذ بالمقترحات الآتية:
- فسح المجال للحصول على التعويضات بالنسبة للمتضررين وتوقيع عقوبات صارمة على المعتدين دون أن يتم ربط ذلك بشروط تسجيل أو أية شروط أخرى تمس بحقوق صاحب العلامة التجارية.
 - نوصي المشرع الجزائري بضبط كل جريمة بعقوبتها وذلك بتفادي حصر الأفعال الماسة بالعلامة التجارية بجريمة جنحة التقليد فقط بل يقوم بتوسيع كل جريمة قد تطرقنا إليها بعقوبتها.

- نوصي القيام بجولات ميدانية من قبل أعضاء هيئات ضبط الغش التجاري بالوزارة وفروعها صباحية ومسائية في الأسواق والمحلات التجارية والمستودعات للتحقق من عدم عرض سلع مقلدة للعلامات التجارية.

في الختام أو الأخير ندعو الله سبحانه وتعالى أن يحقق الهدف من هذه الدراسة، وإذا كنا قد حاولنا من خلال هذه الدراسة توضيح اهم الجرائم الواقعة على العلامة التجارية وما هي أهم العقوبات المقررة لها وكذا الجهات القضائية المختصة في النظر فيها. واندعوا الله تعالى أن يوفقنا في هذه الدراسة، فهي مجرد محاولة متواضعة للإسهام ولو بقدر ضئيل في توضيح أبرز واهم الجرائم الواقعة على العلامة التجارية وذلك من أجل حماية المستهلك من التضليل والخداع.

وبعد أن كللنا دراستنا هذه بمجموعة من الإقتراحات والتوصيات، نتمنى أن تأخذ بعين الإعتبار على إنها ثمرة جهدنا وبحثنا البسيط وندعوا الله أن يوفقنا لما يحب ويرضى.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

- الكتب و المؤلفات :

- 1- أحمد أبو الوفاء, المرافعات المدنية و التجارية, الطبعة الرابعة عشر, منشأة المعارف, الإسكندرية , 1996.
- 2- أحمد خليل, أصول المحاكمات المدنية, الدار الجامعية, بيروت, 2000.
- 3- أحمد مليحي, الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات, المجلد الأول , الطبعة الثانية دون مكان نشر, دون تاريخ .
- 4- إسماعيل شامة, النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري, دار هومة ,الجزائر, 2002 .
- 5- أنور العمر وشي , الوافي في شرح القانون المدني, الجزء الخامس, الطبعة الثانية ,دار العدالة , دون تاريخ .
- 6- بيان يوسف رجيبي , دور الحيازة في الرهن الحيازي , دراسة موازية بين التشريعات الوضعية و التشريعات الإسلامية , الطبعة الأولى , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , 2000 .
- 7- بوشير محمد أمقران , قانون الإجراءات المدنية ,ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر, 2001 .
- 8- جمال بوشناق , شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ,دار الخلدونية للنشر والتوزيع , الجزائر , 2006 .
- 9- حمدي باشا عمر , آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة , دار هومة للنشر و التوزيع , الجزائر , 2013 .
- 10- حمدي باشا عمر , مبادئ القضاء العقاري , دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع , الطبعة 2000 .
- 11- حسن كبيرة , الموجز في أحكام القانون المدني , الحقوق العينية الأصلية , الطبعة الثالثة , منشأة المعارف , مصر , 1994 .

- 12- خالد رامول ,المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري , قصر الكتاب , البليدة , 2001 .
- 13- زكي محمود, الوجيز في الحقوق الأصلية , مطبعة القاهرة , 1978 .
- 14- عبد الرزاق أحمد السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ,أسباب كسب الملكية المجلد الثاني , الجزء التاسع , منشورات حلب الحقوقية , 1998.
- 15- عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , أسباب كسب الملكية, المجلد التاسع , دار أحياء التراث العربي ,بيروت , 1965 .
- 16- عبد الحميد أشورابي وأسامة عثمان , أحكام التقادم, دون طبعة, منشأة المعارف , مصر, 1984 .
- 17 عبد الحميد أشورابي ,إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه , منشأة المعارف الإسكندرية , 1999
- 18- عبد الحفيظ بن عبيدة, إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري , دون طبعة , دون تاريخ .
- 19- عدلي أمير خالد , اكتساب الملكية العقارية بالحيازة , دون طبعة , دار الفكر الجامعي ,الإسكندرية , دون سنة .
- 20- عزا لدين الدناصوري و حامد عكاز , الحيازة المدنية و حمايتها الجنائية , دون طبعة , دون بلد النشر والطبع , 1993 .
- 21- علي علي سليمان ,ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ' الطبعة الأولى , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 1992 .
- 22- عمار علوي ,الملكية و النظام العقاري في الجزائر, دار هومة , الجزائر , 2004 .
- 23- فتحي حسن مصطفى ,الملكية بوضع اليد في ضوء الفقه و أحكام النقض , منشأة المعارف الإسكندرية, 1989.
- 24- فريدة محمدي , الحيازة والتقادم المكسب , ديوان المطبوعات الجامعية , 2000 .

- 25- قديري عبد الفتاح الشهاوي , الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية في التشريع المصري والمقارن , شركة الجلال للطباعة , 2003 .
- 26- كامل رمضان جمال , الحماية القانونية للحيازة , دار الألفى لتوزيع الكتب القانونية , الطبعة الأولى القاهرة , 2000 .
- 27- محمد كمال مرسي باشا , شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية , أسباب كسب الملكية الحيازة و التقادم , منشأة المعارف , الإسكندرية , 2004 .
- 28- مصطفى الجمال , نظام الملكية , مصادر المكتبة , الدار الجامعية , الطبعة الأولى , 1987 .
- 29- مصطفى عبد الجواد , الحيازة بسوء نية كسب الملكية , القاهرة , دار النهضة العربية , 1994 .
- 30- منصور محمد حسين , الحقوق العينية الأصلية , الدار الجامعية , بيروت , 2000 .
- 31- مهدي كامل الخطيب , الموجز في وضع اليد المكسب للملكية العقارية على ضوء أحكام محكمة النقض .
- 32- ناصر الدين سعيدوني , دراسات في الملكية العقارية , المؤسسة الوطنية للكتاب , الجزائر , 1986 .
- 33- نبيل إبراهيم سعد , الوجيز في الحقوق العينية الأصلية , دار الجامعة الجديدة , 2000 .
- 34- نبيل إسماعيل عمر , أصول المرافعات المدنية و التجارية , الطبعة الأولى , منشأة المعارف , الإسكندرية , 1986 .
- 35- ياسين غانم , التقادم المكسب و المسقط , الجزء الأول , دون طبعة , مطبعة كرم , سوريا , دون سنة .
- 36- يحيى بكوش , أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي , الطبعة الثانية , المؤسسة الوطنية للكتاب , الجزائر , 1988 .

القرارات القضائية :

- 1- قرار قضائي رقم : 161/076 , الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا , بتاريخ : 1998/09/04 , المجلة القضائية لسنة 1999 , العدد الثالث (منشور) .
- 2- قرار قضائي رقم : 55/432 , الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا , بتاريخ : 1989/10/25 , المجلة القضائية لسنة 1992 , العدد الثالث (منشور) .

- 3- قرار قضائي رقم : 40944 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا , دون تاريخ .
- 4- قرار قضائي رقم : 195003 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا , بتاريخ :2000/10/2.
- 5- قرار قضائي رقم :40187 الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا , بتاريخ : 1987/07/10 .

القواميس :

- 1- المعجم الوجيز: معجم اللغة العربية, الفيروز أياي القاموس, المحيط, الجزء الثالث.

المحاضرات :

- 1- أحمد رحمانى, محاضرة أقيت على طلبة المعهد الوطني للقضاة, قانون الأملاك الوطنية, دون تاريخ (غير منشور).
- 2- عبد الرحمان ملزمى, محاضرة حول المنازعات العقارية, أقيت على طلبة المعهد الوطني للقضاة , الدفعة الثالثة , 2003/2002 (غير منشور) . 3
- 3- يمينه مباركي, محاضرة حول المنازعات العقارية , أقيت على طلبة الحقوق , السنة الثالثة , تخصص قانون عقاري , في اليوم الدراسي : 2004/04/15 , جامعة ورقلة , 2004.

المقالات :

- 1- ممدوح الدركشلي , أحكام الشهر العقاري في القانون السوري , أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في الدول العربية , قسم البحوث و الدراسات القانونية والشرعية , جامعة الدول العربية , مصر, 1972 .
- 2- محمود لبيب شنب , اكتساب الملكية بالتقادم في ظل كل من نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني , مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في الدول العربية , قسم البحوث والدراسات القانونية و الشرعية , جامعة الدول العربية , مصر , 1972 .
- 3- حمدي باشا عمر , عقد الشهرة , الجزء الأول , مجلة الموثق , العدد الرابع , نوفمبر , ديسمبر 2001 .
- 4- غنيمة لحو , شهادة الحياة في قانون التوجيه العقاري , الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية , الجزء الأول .

الرسائل الجامعية :

- 1- عمر صداقي , شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , تخصص عقود و مسؤولية , معهد العلوم القانونية والإدارية , جامعة الجزائر 1982 .
- 2- لمنور علاق , اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في التشريع الجزائري , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية و الإدارية , معهد العلوم القانونية , جامعة البليدة 2000 .
- 3- ولد مختار الحبيب , الشكالية للصحة في التصرفات المدنية من خلال القانون المدني الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية , جامعة البليدة , 2001 .
- 4- عبد الرحمان بريارة, الحماية الجزائية للأموال العقارية الخاصة , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , فرع قانون عقاري , كلية الحقوق , جامعة سعد دحلب , البليدة , 2000 .
- 5 - ميسون زهيون , اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحياة , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , قسم القانون الخاص , كلية الحقوق ألتيجاني هدام , جامعة الإخوة منتوري , قسنطينة , 2007 .
- 6- خالد جلالة , طرق اكتساب الملكية العقارية , مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية و الإدارية , جامعة 08 ماي 1945 , قالمة , 2003 .
- 7- أسيا زروت , الحياة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون الجزائري , مذكرة لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية و الإدارية , جامعة سعد دحلب , البليدة , 2004 .

المواقع الإلكترونية :

1-www – international .com. munist
party. Org /Algerie3,htr/Algérie hier et aujourd ‘hui le 21/04/2016 ,
16 : 00 h .

المراجع باللغة الفرنسية :

- 1- M Pluriel, traite élémentaire de droit civil ; les biens 7ème ed , 1995 .
- 2- J.ply et C Dupouy, précise de droit civil , 5ème ed , dunod paris , 1967.
- 3- P.Dupont Delrstroinal , les droits réelle principaux , 10ème ed librairie dalloz ,paris ,1969 .
- 4- J . Carbonnier , droit civil , turre 3 , les biens , presses universitaire de France, 1973 .
- 5- Bergel (J-L) hurchi (M) Cimamontis (S) : trait de droit civil les biens Op .Cit .

6- Margeand (H-L-J) : Traité de droit civil ; Paris, édition Montchrestien
1975 .

7- Mary (G) Raynaud (P) Jourdain (P) / Les biens. op.cit.

الفهرس

فهرس المحتويات :

- مقدمة
- الفصل الأول :اكتساب الملكية العقارية بالحيازةص 01
- المبحث الأول : ماهية الحيازةص 02
- المطلب الأول : مفهوم الحيازةص 04
- الفرع الأول : تعريفها وطبيعتها القانونيةص 07
- الفرع الثاني : مجالها القانونيص 08
- الفرع الثالث : الحيازة العرضيةص 10
- المطلب الثاني :عنصر الحيازة و شروط صحتهاص 15
- الفرع الأول : عنصر الحيازةص 17
- الفرع الثاني : شروط صحتهاص 20
- المبحث الثاني : آثار الحيازة القانونيةص 24
- المطلب الأول : ماهية التقادم المكسبص 30
- الفرع الأول : أساسه و طبيعته القانونيةص 32
- الفرع الثاني : تمييزه عن الأنظمة المشابهة لهص 41
- الفرع الثالث : شروط التقادم المكسبص 49
- المطلب الثاني :أحكام عامة حول التقادم المكسبص 56
- الفرع الأول : أسباب وقف التقادم المكسبص 58
- الفرع الثاني : أسباب انقطاع التقادم المكسبص 59

- الفصل الثاني : ثبوت و شهر الملكية العقارية المكتسبة بالحيازة والتقادم المكسب ص 60
- المبحث الأول :ثبوت الملكية العقارية المكتسبة بالحيازة و التقادم المكسبص 61
- المطلب الأول :الآثار المترتبة عن التقادم المكسبص 64
- الفرع الأول : إعمال التقادم المكسبص 69
- الفرع الثاني : آثار التمسك به.....ص 71
- المطلب الثاني : الآليات القانونية لإثبات الحيازة القانونيةص 72
- الفرع الأول : الآليات القضائية.....ص 74
- الفرع الثاني : الآليات الغير قضائيةص 85
- المبحث الثاني : شهر الملكية العقارية المكتسبة بالتقادمص 94
- المطلب الأول :تماشي الحق العيني المكتسب بالحيازة و التقادم المكسب مع خصوصية

نظام الشهر الشخصي	ص99
- الفرع الأول : ماهية نظام الشهر الشخصي	ص101
- الفرع الثاني :إجراءات شهر الملكية العقارية المكتسبة بالتقادم في ظل نظام الشهر 109	
الشخصي	ص115
- المطلب الثاني: تماشي الحق العيني المكتسب بالحيازة و التقادم المكسب مع خصوصية	
نظام الشهر العيني	ص121
- الفرع الأول: مبادئ نظام الشهر العيني و موقف المشرع الجزائري منه	ص133
- الفرع الثاني : مدى تطابق واقعة الحيازة مع مبادئ نظام الشهر العيني	ص154
- الخاتمة	
.....:	ص159