



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



التقديم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني

مذكرة معدة لنيل شهادة ماستر في الحقوق
تخصص قانون عقاري

الأستاذ المشرف :
الدكتورة / لبيض ليلى

إعداد الطالبة :
كاس يسيرة منال

اللجنة المناقشة :

الأستاذ : رئيسا

الأستاذ : مشرفا ومقرا

الأستاذ : مناقشا

السنة الجامعية

2015/2014

سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ رَبِّ السَّمَاوَاتِ السَّبْعِ وَالْأَرْضِ وَالْعَرْشِ الْمَجِيدِ
الْحَمْدُ لَكَ يَا رَبِّ الْعَالَمِينَ
سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ رَبِّ السَّمَاوَاتِ السَّبْعِ وَالْأَرْضِ وَالْعَرْشِ الْمَجِيدِ
الْحَمْدُ لَكَ يَا رَبِّ الْعَالَمِينَ
سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ رَبِّ السَّمَاوَاتِ السَّبْعِ وَالْأَرْضِ وَالْعَرْشِ الْمَجِيدِ
الْحَمْدُ لَكَ يَا رَبِّ الْعَالَمِينَ



تشكرات

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة
والسلام على سيدنا محمد صلى الله
عليه وسلم

شكري الجزيل أقدمه إلى أستاذتي الدكتورة الكريمة لبيض ليلي التي كلما تظلمت
الطريق أمامي لجأت إليها فأنارت لي الطريق وكلما دب اليأس في نفسي زرعت فيا
الأمل لأسير قدما وكلما سألت عن كل معلومة زودتني بها وكلما طلبت منها كمية
من وقتها الثمين وفرتة لي بالرغم من مسؤولياتها تجد في شكري العرفان والامتنان .
كما أتقدم بالشكر والعرفان للجنة لاجتماعهم لتقييم عملي المتواضع .
كذلك شكرا وعرفانا بالجميل للأستاذ مزوزي سعد على تقديمه لي يد العون .
مع الشكر الخاص إلى صديقتي وحببتي ورفيقة دربي وحياتي الأستاذة الغالية بونوة
سعيدة وعائلتها .

الإهداء

إلى قرة عيني أُمي الحبيبة

إلى سيد حياتي وسندي أبي العزيز

إلى جميع أفراد أسرتي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوَدَّعَةَ

مقدمة

مقدمة:

إن السياسة الاستعمارية وُثرت للإدارة الجزائرية إشكالا عقاريا بحيث وجدت نفسها مجبرة على خلق سياسة تشريعية عقارية من شأنها تصفية هذه التركة وتطهيرها , بسنها جملة من النصوص القانونية لخلق نظام قانوني محله العقار , لأن هذا الأخير يشكل جانبا كبيرا ذو أهمية بالغة في حياة الأفراد من معاملات وتصرفات .

غير أن التنافس على ملكية العقار أدى إلى ظهور العديد من الخلافات نجم عنها في غالب الأحيان نزاعات كثيرة ومعقدة وهو ما دفع الكثير من الدول إلى الاهتمام به سيما في ما تعلق بنقل واكتساب الملكية العقارية وذلك عن طريق تشريعات مثلى يتم بموجبها تنظيم الملكية العقارية نظرا لما تكتسبه من أهمية بالغة على اعتبارها مصدرا من المصادر المتجددة للثروة ومقوما فعالا للاستثمار والتنمية الاقتصادية والاجتماعية , لذلك اضطلعت معظم التشريعات المقارنة على إنشاء نظم عقارية متكاملة تخضع للتحيين والتطوير باستمرار من أجل ضمان استقرار الملاك والحائزين للأموال العقارية والحقوق العينية وهذا بتنظيم عمليات التملك و الاستغلال والتداول بما يضمن حقوق المتعاملين والغير على السواء , هذا ما جعل المشرع الجزائري يوليها اهتماما بالغاً بتنظيمها عن طريق سن نصوص قانونية تحدد وتضبط مختلف المعاملات والتصرفات التي تقع عليها إذ نجد لم يعطى للملكية العقارية تعريفا محددًا بل تكلم عن حق الملكية بوجه عام في نص المادة 674 من القانون المدني : "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة " , وبحسب التقسيم القانوني الجديد للملكية العقارية المنصوص عليه في المادة 23 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري : " تصنف الأملاك العقارية على اختلافها ضمن الأصناف القانونية التالية :

- الأملاك الوطنية .

- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة .

- الأملاك الوقفية "

ومايهمنا هنا هو الأملاك الوطنية الخاصة التي تنقسم بدورها إلى ملكية عقارية فردية, شائعة ومشاركة فالقانون بإعطائه الحق للشخص في الاستعمال والاستغلال والتصرف في ملكيته العقارية الخاصة لم يذكره بصفة التأييد وذلك على اعتبار أنه يمكن أن تنتقل وتكتسب من شخص إلى آخر .لأن هناك العديد من الطرق لكسبها, منها ما يرجع إلى التصرف القانوني الذي يدخل ضمنه " العقد, الوصية" أو إلى واقعة مادية يدرج فيها كل من " الميراث, الالتصاق, الشفعة, الحيازة والتقادم ."

إلا أن محل دراستنا هذه هو آلية الحيازة والتقادم المكسب المنظمة في القانون المدني الجزائري و ذلك باعتبار أن الحيازة إذا اكتملت لها مدة التقادم المكسب تكون السبب الدامغ لكسب الملكية إذ نجد أن الحيازة أو وضع اليد هي السيطرة الفعلية والمادية والواقعية على العقار بنية التملك والظهور بمظهر المالك , أساسها وضع اليد ونهايتها التملك والحماية والاستقرار , ومنه نجد أيضا أن التقادم المكسب للملكية بمختلف مدده القانونية باعتباره الوجه الثاني للحيازة والملازم لها دوما, هو وسيلة أقرها القانون لكسب الحائز ملكية العقار أو حق عيني آخر بمقتضى حيازة قانونية بمسوغات اقتصادية, اجتماعية, أمنية و تطهيرية .وهذا النظام تبنته تشريعات عديدة في حين ترفضه أخرى , منها من تأخذ به ومنها من ترفضه , وكل هذا يتحدد حسب نظام الشهر العقاري المتبع في كل دولة, لذا نجد أن الدول المتبينة للنظام الشهر العيني في شهر التصرفات القانونية ترفض فكرة اكتساب الملكية العقارية بالتقادم وذلك لتعارضه مع مبادئ نظام الشهر العيني , ونجد أيضا في المقابل دولا متبينة لنظام الشهر الشخصي

كأساس لشهر التصرفات العقارية تأخذ بفكرة التقادم المكسب وذلك لعدم تعارضها مع نظام الشهر المتبع .

غير أنه بتبني المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني بموجب الأمر 75/74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وإعداد السجل العقاري كأصل عام , قد أبقى العمل بنظام الشهر الشخصي الموروث عن الاستعمار بصفة انتقالية إلى أن تتم عمليات المسح . فالمشرع في حقيقة الأمر تبنى نظاما مزدوجا , نظاما شخصيا بالنسبة للعقارات الريفية التي لم تمسها عمليات المسح , وعينيا إذا كانت عقارات واقعة في بلديات أجريت فيها عملية المسح أو عقارات حضرية يمكن تعيينها بسهولة وبدقة , زيادة على أنه ترك بعض المسائل التي تشكل في القوة الثبوتية المطلقة لنظام الشهر العيني , بتنصيبه صراحة على عدم جواز التقادم المكسب في ظل هذا النظام , وبالتالي نجده أقر صراحة مبدأ التقادم المكسب كأساس لكسب الملكية بصفة مطلقة في نصوص القانون المدني في المواد 827 إلى 829 . حيث لم يحدد فيما يمكن الأخذ به في العقارات التي شملتها عمليات المسح أم لم تشملها وهذا بخلاف تشريعات أخرى التي تحظر التملك بالتقادم في ظل الشهر العيني , بحيث نجد أن المشرع لم يوضح مجال إعمال التقادم المكسب في ظل الشهر الذي تعارض مبادئه الأخذ به .

ومن خلال ما سبق طرحه يتضح الإشكال التالي :

ما مدى إمكانية إعمال وتفعيل التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني ؟ وهل تسقط الحقوق

المشهرة في ظل نظام الشهر العيني بالتقادم ؟

ولالإجابة على هذه الإشكالية لا بد لنا من التطرق للأحكام العامة للحيازة والتقادم بحيث نقترح الخطة التالية :

الفصل الأول : النظام القانوني للحيازة العقارية والتقادم المكسب.

الفصل الثاني :إعمال التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني .

أهداف الدراسة :

من خلال هذه الدراسة تم إجراء تحليل دقيق في معالجة علمية وقانونية لواقعة الحيازة والتقادم وهذا لعدم وجود بحث مخصص لهذا الموضوع .

أهمية الموضوع :

مما سبق ذكره فيما يخص المشكلة العقارية ظهرت إشكالية التطهير العقاري المرتبطة بتحديد أصل الملكية العقارية الخاصة والمخططات المسحية لها وضبط سندات إثباتها ومواجهة التأخر المعتبر لعملية المسح وهذا لأجل إنشاء سوق عقارية عقارية

المنهج المتبع :

إعتمدت في معالجة هذا الموضوع على أسلوب تحليلي وصفي مع الاستعانة بالمنهج التاريخي في بعض الأحيان نظرا لطبيعة الملكية العقارية في الجزائر .

الفصل الأول
النظام القانوني للحيازة العقارية والتقديم المكسب

إن التطرق إلى الأحكام العامة لكل من الحيازة والتقادم ضرورة حتمية باعتبارهما وجهتين لعملة واحدة أدت بالمشرع الجزائري التخصيص لكل منها أحكاما و مواد قانونية لمصالحتهما وهذا تلبية للحاجات التي تقتضيها المصلحة العامة و مراعاة للتعقيدات التي تكتنف أحكامهما وصعوبتهما ولما يتمتع به من إشكالات قانونية ارتأينا في هذه المنهجية اعتماد تفصيل كل منهما في مبحث كل على حدة .

في المبحث الأول نتطرق للأحكام العامة للحيازة .

أما المبحث الثاني نعرض فيه للأحكام العامة للتقادم المكسب.

المبحث الأول : الأحكام العامة للحيازة العقارية

اهتمت جميع القوانين المدنية بفكرة الحيازة لسببين هما :

- 1- المشرع يجعل الحيازة قرينة على الملكية وهذا لأن حماية الحائز هي في الواقع حماية لصاحب الحق .
- 2- إن في حماية الحيازة محافظة كل الأمن العام والسكينة في المجتمع ,ولذا فإن التطرق للأحكام العامة للحيازة نتيجة حتمية لما يتمتع به النظام العقاري في الجزائر من تعقيد .

وهذا ما سوف نعالجه من خلال المطلبين التاليين :

1/ المطلب الأول: مفهوم الحيازة

2/ المطلب الثاني: أنواع الحيازة وشروطها

المطلب الأول: مفهوم الحيازة

نظرا للاعتبارات الخاصة التي خص بها المشرع الجزائري الحيازة العقارية كوسيلة فعالة للتطهير العقاري الشامل. وهذا مما أدى بالمشرع بعد إصدار القانون المدني من الاستمرار دوما في استحداث نصوص جديدة وبقواعد إجرائية مختلفة وهذا ما سنتطرق له من خلال المراحل التالية ابتداء بتعريفها الفقهي وتكييفها قانونا ثم نتطرق إلى عناصرها أو أركانها ووصولاً إلى وسائل حمايتها قانوناً .

الفرع الأول : التعريف الفقهي والتكيف القانوني :

أولاً : في الفقه الشرقي والفقه الغربي :

1/ الحيازة في الفقه الشرقي :

أ/ مفهوم الحيازة كواقعة مادية بسيطة :

عرفت الحيازة فيه على أنها وضع ينتج عن اي شخص يسيطر بسيطرة فعلية على حق، سواء كان الشخص صاحب الحق أو لم يكن ، حيث تكون السيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يستلزم منها مدلول الحق المراد فمثلا : كانت دار سكنها أو أرض يزرعها . بحيث عرفت المادة 1398 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بقولها >> الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق <<¹.

1 - قدرى عبد الفتاح الشهاوي , الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن , منشأة المعارف الإسكندرية, 2003, ص15.

ب/ مفهوم الحيازة المشمولة بالحماية القانونية :

وهنا نكون بصدد الحيازة التي يحميها القانون بدعاوى الحيازة الثلاثة إذ جاءت عدة تعاريف من بينها :

1/ الدكتور محمد حامد فهمي : في دعوى منع التعرض على أنه على المدعي ان يكون واضعا يده على عقار يمكن تملكه بمضي المدة أو على حق عيني آخر يمكن اكتسابه بالتقادم ولا بد من توافر الشروط التي يتطلبها القانون¹.

2/ حسب الدكتور احمد الصاوي: الحيازة القانونية محل حماية القانون هي السيطرة المادية للشخص على الشيء باعتباره مالكا له وصاحب حق عيني عليه يلزم فيها عنصران واحد مادي و هو السيطرة المادية على الشيء وآخر معنوي وهو ظهور الشخص على الشيء بمظهر المالك أو صاحب الحق العين عليه ولا بد من توافر العنصران حتى يمكن للحائز من إقامة جميع دعاوى الحيازة .

ج/ مفهوم الحيازة كسلطة وسيطرة فعلية على الشيء

1/ حسب الأستاذ الدكتور : عبد المنعم بدرأوي: الحيازة هي سلطة فعلية مادية لشخص على شيء من الأشياء يستعملها بصفته مالكا أو صاحب حق عيني عليه سواء استندت هذه السلطة إلى حق من هذه الحقوق أو لم تستند .

1 - محمودي عبد العزيز والمرحوم الحاج علي سعيد ، إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، منشورات

بغدادى ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2011/2012، ص15.

2/ حسب الدكتور : جميل الشرفاوي : على أن الحيازة هي سلطة فعلية لشخص على شيء من الأشياء تبدو

بمظهر المالك أو صاحب الحق العين عليه وممارسته الأعمال التي تترتب عليه كل الضمة التي يظهر بها لهذا

الشيء¹.

2- الحيازة في الفقه الغربي :

أ - الحيازة في الفقه الروماني :

- إن الحيازة عند الفقهاء الرومان هي الحيازة المدنية أو الحقيقية مقرونة بنية التملك وتؤدي إلى التقادم المكسب

ولابد أن يكون واضح اليد له حيازة عقلية على الشيء ويضع يده على الشيء بصفته مالك ، أو صاحب حق

عيني . فهي إذا السيطرة الفعلية التي يباشرها الحائر على الشيء المادي².

ب/ في الفقه الفرنسي

جاءت المادة 2228 ق مدني الفرنسي³ , لتصحح التمييز الذي وقع فيه القانون الروماني بحيث نصت على

>> أن الحيازة هي وضع اليد على الشيء أو على حق واستعماله بحيث نمسكه إما نحن مباشرة وإما أن نمسكه

غيرنا باسمنا والنيابة عنا << ونقصد بالإمساك هي إمساك الشيء وكان عليه السلطة فإن كان بيتا سكنه أو أجره

وإن كانت أرضا زرعها ، وهكذا أصبحت الحيازة سوى التمتع بالحق إما مباشرة أو بواسطة الغير .

1 - محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، الجزء 4 ، الحيازة والتقادم ، المطبعة العالمية ، مصر ، 1982 ، ص 20.

2 - محمودي عبد العزيز ومن معه إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ، المرجع السابق ، ص 16.

3 - voir Art 2228.code civil française "la possession est la détention ou la jouissance d'une chose - 3 ou d'un droit que nous on que exerçons par nous-même ou par un autre qui la tient on qui l'exerce en notre nom " .

وحسب الفقهاء الفرنسيين تطبق هذه المادة على الذين لديهم قصد الحيازة لحسابهم ويمسكون بالشيء بصفتهم مالكين وكأنهم أصحاب حق ، إذ أراد (ترويلنج) توسيع مضمون المادة ليشمل حالات مجرد الإحراز حيازة تنتج آثار قانونية تسمح لهم باللجوء إلى دعوى الاسترداد ويرى (بودري وتسييه) أن نص المادة التي أكدت معناها السوابق التاريخية والنصوص الأخرى المرتبطة بالموضوع فإنها تستدعي بشكل قوي كل التمييز بين الحيازة لأنفسنا ومجرد الإحراز العرضي لحساب الغير ، ويرى (بيغو يريمانو) : >> الحيازة هي واقعة إيجابية ظاهرة ومستمرة والتي تدل على الملكية لهذه الحيازة التي نقوم بها بأنفسنا أو بواسطة الغير هي واقع يدل على صفة الملكية <<¹.

ثانيا : الأصول الفقهية في تحديد مفهوم الحيازة :

1- النظرية الشخصية :

حسب هذه النظرية يتزعمها الفقيه (سافيني) فإن الحيازة لا تقوم إلا إذا كان الحائز يعمل لحساب نفسه ويباشر السلطة الفعلية على الشيء بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، إذ لا بد ان تتوافر في الحائز قصد استعمال حق الملكية لحسابه فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه كما لو كان المالك الحقيقي ، وإذا كان الحق انتفاع أو ارتفاق فيجب على الحائز استعمال هذا الحق كما يفعل صاحب الانتفاع أو صاحب الارتفاق. أي تتركز هذه النظرية على أن العنصر الأساسي للحيازة هو الإرادة الشخصية للحائز، أي النية في كسب الحق العين.

1 - محمودي عبد العزيز ومن معه، المرجع السابق. ص 17.

2 - النظرية المادية :

حسب هذه النظرية الذي يتزعمها الفقيه (إهرنج) أن الحيازة لا توجد إلا بوجود سلطان مادي للشخص على شيء معين وعليه فإن الحيازة تتحقق عندما وجدت سلطة فعلية على الشيء سواء كان الحائز يباشر هذه السلطة لحساب نفسه أم كان يباشرها لحساب الغير حيازة عرضية¹.

3 - موقف المشرع الجزائري :

لقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الشخصية وذلك بالأخذ من جمهور الفقهاء و الشراح الذين عرفوا الحيازة القانونية التي يجوز فيها الشخص لحساب نفسه و يباشر فيها سلطته الفعلية على الشيء بنية الظهور بمظهر المالك له أو صاحب الحق العيني الآخر عليه .ومنه هنا نستجلي رأي المشرع في نصوصه ، مع العلم أنه نظمت أحكام هذه الدعوى في الباب الأول من الكتاب السابع من قانون الإجراءات المدنية إلا أنه لم يعطي تعريفا صريحا لها في أي نص من نصوصه لذا نلجأ للتعريف الذي استقر عليه الفقه >> فتكون الحيازة هي حالة واقعية تنشأ في سيطرة الشخص على شيء أو على حق عيني عليه سيطرة مادية بصفته مالكا له أو صاحب الحق عليه <<².

4 - التكييف القانوني :

نخلص من التعريف الذي جاء في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري >> أن الحيازة وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق ، سواء كان الشخص صاحب الحق أو لم يكن ، والسيطرة الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية ، فالشخص يكون حائزا لحق الملكية أو للشيء محل هذا الحق

1 - رمضان أبو السعود ,الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ,الدار الجامعية الجديدة , 2004 ,ص295

2 - محمودي عبد العزيز ومن معه, المرجع السابق ,ص 18-25.

متى استعمل بالنسبة إليه حقوق المالك فيسكنه أو يؤجره أو كانت أرضا يزرعها , ويتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات التي تجوز للمالك .

والحيازة على هذا التعريف وحسب رأي العديد من الفقهاء هي ليست بحق عيني أو بحق شخصي بل هي ليست حقا أصلا ، فهي كالشفعة ليست بحق ولكنها سبب لكسب الحق وتختلف عن الشفعة في أن الشفعة واقعة مركبة ، أما الحيازة فتكليفها القانوني أنها واقعة مادية بسيطة تحدث آثار قانوني.

الفرع الثاني : عناصر الحيازة :

الحيازة القانونية هي وضع اليد على الشيء أو على الحق والسيطرة عليه بسيطرة فعلية والانتفاع به واستغلاله سواء كانت هذه السيطرة مستندة على حق أم لم تكن وتكون بنية الظهور بمظهر المالك أو صاحب الحق ، وعليه فإن الحيازة تتكون من عنصرين :

أحدهما مادي وهذا الإحراز أو السيطرة المادية و الثاني معنوي وهو القصد.

أولاً: العنصر المادي : يقصد به السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة بمعنى أن يكون للحائز سلطة مباشرة على كل الأعمال المادية التي يستطيع ان يجريها المالك عادة في ملكه فيسكنه إذا كان سكن أو يزرعه إذا كان أرض ويمر فيه إذا كان حق ارتفاق أي الظهور بمظهر المالك. وهذا لأنه تعذر على المشرع الجزائري استحداث تعريف للعنصر المادي فقد أكد على وجوبه بلفظ السيطرة المادية أو الفعلية الذي هو عبارة عن مجموع أعمال مادية أو حق عيني آخر أو يقتضيه مضمون الحق موضوع الحيازة أو يباشرها واضع اليد تصدر عادة عن من

يملك الشيء أو يستعمل عليه حقا من الحقوق العينية كاستعمال الشيء أو استغلاله أو إجراء تغيير فيه حسب طبيعته¹.

ثانيا : العنصر المعنوي :

ويقصد به نية التملك والظهور بمظهر صاحب الحق موضوع الحيازة إذ أن السلطة الفعلية والمادية التي يباشرها الشخص الحائز على الشيء يجب أن تكون بقصد موازنة الحق موضوع الحيازة ملكية كانت أو حقا عينيا آخر.

فالركن المعنوي الذي تقوم عليه الحيازة هو القصد ونية الحائز في ان يظهر بمظهر المالك وصاحب الحق العيني

الآخر والعمل لحساب نفسه أما الشخص الذي لا تتوافر لديه هذه النية لأنه يعمل لحساب غيره فلا يكون حائزا

حقيقيا بل يعد حائزا عرضيا , كما هو حال التابع والمستأجر والمستعير الذين يعتقدون ويعترفون للمالك بملكية

الشيء وصاحب الحق بحقه ويباشرون على الشيء للأعمال المادية المكونة للركن المادي لحساب المالك أو صاحب

الحق العيني وفي هذه الحالة يكون الحائز الحقيقي الأصيل والمؤجر والمعير².

1 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد/منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الثالثة ، 2000 ، المجلد الثاني ، ص 780-791 .

2 - محمودي عبد العزيز ومن معه، المرجع السابق ص 27-33.

الفرع الثالث : وسائل حماية الحيازة :

أولا : دعوى استرداد الحيازة :

وترمي إلى استرداد الحيازة بالقوة بما يعني أن الاعتداء هنا قد وصل إلى سلب الحيازة من الحائز مما أدى إلى حرمانه بشكل تام من الانتفاع بالحيازة ، وحتى نكون بصدد هذه الدعوى يشترط أن لا يكون للعمل الذي أتاه المعتصب سند قانوني كفقدان الحيازة بالقوة أو التهديد أو بالحيلة والخداع .

- بحيث يجوز للحائز أن يطالب باسترداد حيازته خلال السنة التالية لفقدائها وإذا فقدتها خفية يبدأ سريان مدة المطالبة من وقت انكشاف ذلك ويجوز لمن كان حائز بالنيابة عن غيره من المطالبة باسترداد الحيازة ، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 817 من القانون المدني الجزائري . وجاء أيضا في نص المادتين 524 و525 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ثانيا : دعوى منع التعرض :

وترمي إلى رد الاعتداء الذي لم يصل إلى سلب الحيازة ، وهذا الاعتداء قد يكون مادي وقد يكون قانوني بشكل مباشر أو غير مباشر إلى إنكار الحيازة أو التشكيك فيها وهذا ما جاء وفق المادة 820 قانون المدني الجزائري التي تنص على : >> من حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له ان يرفع خلال السنة دعوى منع التعرض <<. كما نجد في نص المادة 526 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ثالثا : دعوى وقف الأعمال الجديدة :

فترمي إلى منع التعرض المحتمل وقوعه من طرف المعتدي فيكون رفعها قبل شروع المعتدي في أية أعمال وإن كانت قد بدأت بحيث يجب رفعها قبل انتهاء هذه الأعمال تحت طائلة عدم قبولها . وهذا النوع من دعاوى الحيازة لا يقبل إلا لحماية الحيازة القانونية .

وهذا حسب نص المادة 821 : >> يجوز لمن حاز عقارا و استمر حائزا له مدة سنة كاملة و خشى لأسباب معقولة للتعرض له من جراء أعمال جديدة تمدد حيازته أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال بشرط ان لا تكون قد تمت ولم ينقضي عام واحد على البدء في العمل الذي يكون من شأنه ان يحدث الضرر . و على القاضي ان يمنع استمرار الأعمال أو ان يأذن في استمرارها وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي ان يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة صدور الحكم بالوقف ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقت إذا تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرار الأعمال كان على غير أساس وتكون في حالة الحكم <<¹.

المطلب الثاني : أنواع الحيازة وشروطها

بعدها أصبح ثابت أن الحيازة القانونية لا تقوم لها قائمة إلا باجتماع عنصريها المادي بمزاولة الحق موضوع الحيازة والسيطرة الفعلية المادية عليه والمعنوي . وهذا ما سوف نفصل فيه من خلال هذا المطلب .

1 - حمدي باشا عمر , ليلي زروقي , المنازعات العقارية , دار هومة , الطبعة الثانية . 2006 . ص 34

الفرع الأول : أنواع الحيازة في القانون الجزائري

أولا : الحيازة الكاملة :

ترتبط الحيازة الكاملة على الشيء كاستطاعة الحائز حيازة كاملة ان يستعمل كل من أغلب السلطات التي ينطوي عليها حق الملكية فيمكنه أن يستعمل الشيء ويتنفع به ويتصرف فيه تصرف المالك .

- وتتميز الحيازة الكاملة من حيث عنصرها المعنوي بأن تكون نية الحائز ان يياشر السلطات لحسابه فهو يعتبر نفسه أصيلا على الشيء لا نائبا على الغير أي انه مالك له

ثانيا : الحيازة الناقصة :

تتميز الحيازة الناقصة من حيث ماديتها بسلطات محدودة على الشيء يختلف ضيقا واتساعا باختلاف السند القانوني الذي يعتمد عليه الحائز .

- وتتميز من حيث عنصرها المعنوي باعتراف الحائز بحق لغيره على الشيء بالتزامه بأن يرد إليه هذا الشيء أو يستعمله على نحو حدد له ، فالحيازة الناقصة تكون لمن يجوز الشيء بمقتضى سند يخوله الجانب المادي دون الجانب المعنوي مثال ذلك / المستأجر ، المستعير ، المرتهن .

ثالثا : اليد العارضة :

لا تعتبر اليد العارضة حيازة لأن مجرد وضع اليد على الشيء لا يعني حيازته.

ففي هذه الحالة يكون وجود الشيء في يد الشخص عرضا فالشخص هنا لا يتنازل عن الحيازة الكاملة ولا الحيازة الناقصة وإنما هو مجرد تمكين المستلم ماديا للشيء دون تمكينه من الجانب المادي أو المعنوي للحيازة¹.

الفرع الثاني : الشروط العامة للحيازة :

أولا : شرط الاستمرارية وعيب الانقطاع :

لم يذكر المشرع الجزائري صراحة شرط الاستمرارية لصحة الحيازة إلا انه تدارك الأمر في أحكام المادة 413 ق إ م : << كانت حيازة هادئة علنية مستمرة لا يشوبها انقطاع وغير مؤقتة >>.

وأیضا ما جاء في المادة 39 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري : << ملكية مستمرة وغير منقطعة >> .

ويقصد بالاستمرار قيام واضع اليد والحائز بأعمال متكررة على العقار بطريقة منتظمة ومستمرة دون أن يعيب

انتفاعه نقص أو تتوسط أعماله مدد مختلفة ، فينقطع فيها وضع يده انقطاعا غير عادي لا يتفق مع حالة

استغلال العقار .فأعمال السيطرة المتوالية من الحائز على الشيء من فترات متقاربة غير منقطعة فاستعمال الشيء

كلما دعت الحاجة إلى ذلك كما يفعل المالك فيما يملك من شيء أو حق فإذا لم يتحقق ذلك وحدث تفاوت

وانقطاع بين أعمال السيطرة على الشيء فإن الحيازة هنا لا تعد مستمرة فلا تصلح أساسا لحماية الحائز بدعاوى

1 - عبد الرزاق السنهوري ,المرجع السابق ,ص 799.

الحيازة ولا للتملك بالتقادم واستمرار الحيازة هو أمر يتصل بالعنصر المادي للحيازة ومع ذلك أن عدم استمرار الحيازة ليس مجرد عيب و إنما يحول دون قيام الحيازة لأن مقتضاه تخلف ركنها المادي .

ولا يعد التوقف عن استعمال الشيء بسبب قوة قاهرة وانقطاعا في الحيازة كالفيضان أو الزلزال أو استيلاء مؤقت أو احتلال عسكري أجنبي ,وعليه فإن المطلوب هو الاستعمال المألوف والمتعارف عليه.

ثانيا : شرط الظهور العلني وعيب الإخفاء :

إن الحائز للعقار لا بد له أن يمارس سلطة المادية والفعلية على الشيء علنية والظهور بمظهر المالك أو صاحب الحق أمام الجميع فذا كانت الحيازة التي تتضمن معنى التعدي أن يمارسها كأنه هو صاحب الحق ويصيب عدم الظهور أو الإخفاء كعيب الإكراه ويشوب الركن المادي للحيازة يكون الحائز قد تعمد الإخفاء أو لم يتعمد ذلك ففي الحالتين يقوم العيب لأنه يعيق الغير صاحب الحق من الاحتجاج على هذا التعدي¹.

وعيب الإخفاء أو عدم الظهور والعلنية عيب نسبي ليس كما هو الشأن بالنسبة لعيب التقطع ولذلك تقتضي المادة 808 ق،م،ج << إذا حصلت الحيازة خفية فلا يكون لها أثر اتجاه من أخفيت عنه الحيازة ... >> ولا تنتج الحيازة آثارها أو يعتد بها إلا في الوقت الذي تكون فيه ظاهرة .

ثالثا : شرط الهدوء وعيب الإكراه :

ان الحيازة الهادئة والغير مقترنة بإكراه باعتباره عيبا يشوبها وهي المعتد بها قانونا وهذه الحيازة يحصل عليها صاحبها بالقوة أو التهديد ويظل محتفظا و متمسكا بها على هذا النحو

1 - محمودي عبد العزيز ومن معه ,إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، المرجع السابق , ص 41-

وبهذه الصفة من دون أن يزول عنها هذا الإكراه أو يسقط عنها هذا التهديد الذي يستخدم في مواجهة صاحب الحق أو ضد الحائز الأول .

إن أحد الاعتبارات الهامة التي تقوم عليها الحيازة هي كفالة السلم والأمن الاجتماعي فإن مقتضى هذا ألا تكون الحيازة نفسها قائمة من أساسها على هذا الإكراه وإلا تكون جدية بهذه الحماية فتكون الحيازة إذا مشوبة بعيب هذا الإكراه إذا حصل عليها صاحبها بالقوة والتهديد سواء كان تهديدا مباشرا أو غير مباشر .
وعيب الإكراه عيب نسبي لا يحتج بهذا العيب إلا الشخص الذي وقع عليه الإثبات.

وعلى قضاة الموضوع تقديره ، وقد يكون الإكراه ماديا ومعنويا وللإكراه المادي بخصوص الحيازة دور أهم في نطاق العقود¹.

رابعا : شرط الوضوح وعيب اللبس والغموض :

إن هذا الشرط يصيب الركن المعنوي للحيازة والذي هو أحد عنصري الحيازة ، فلا يعرف إذا ما كان الحائز يجوز لنفسه أو يجوز لحساب غيره أو يجوز لحساب نفسه وغيره معا ، فينتج على اثر ذلك لبسا وغموضا، ينتفي معه شرط الوضوح ، فتصبح الحيازة معينة تحول دون كسب الملكية عن طريق التقادم والتحلل من الحماية القانونية للحيازة ، ومن أمثلة ذلك من الحيازة الغامضة تكون في الملكية العقارية الشائعة، كما لو حاز أحد الشركاء في الشيوع جميع المال الشائع على نحو لا يعرف معه ما إذا كانت نيته قد إن صرفت إلا الاستئثار

بملكية العقار كله أم أنه يديره لحساب الشركاء، وأيضا يكون الحال بالنسبة للورثة في تقسيم

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 852.

التركة ، ويرى بعض المحررين أن يستوجب الانتباه أيضا أن الأعمال التي يأتيها الغير على أنها مجرد رخصة أو على عمله يتحمله على سبيل التسامح (م 808 ق،م،ج) لا تقوم عليهما الحيازة والتقادم ينطبق حكمها على الحيازة الغامضة وملتبسة و عيب الالتباس والانقطاع أو الوضوح و الاستمرارية خلافا لما هو عليه الحال لعيوب الإكراه وعدم الظهور المبنيان على التحليل في سير الحائز فإنهما يتعلقان بحالة الحيازة ذاتها التي هي كافية للتمييز واللبس هو عيب مستغل من عيوب الحيازة الأخرى ، وهو يشوب الركن المعنوي للحيازة ولا يهدمه ، إذا أنه يثير الشك في توافر هذا الركن دون أن يدل على انتفائه واللبس والغموض هو شرط الوضوح عيب نسبي فلا أثر له إلا من قبل من التبس عليه أمر الحيازة من حيث عنصر العقد ، مثلا : حالة حيازة الشريك المشاع في العقار فإن هذه الحيازة الغامضة لا يكون لها اثر إلا من قبل الشركاء الآخرين في الشيوع ويزول الغموض واللبس بانقضائه وانتهائه لأنه عيب من العيوب المؤقتة طبقا لأحكام المادة 808ق،م،ج .وأن شرط الوضوح أو عيب اللبس يعود تقدير وقائعه إلى قاضي الموضوع ضمن سلطة التقديرية والسيادية¹.

الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالحيازة :

هناك أربعة شروط خاصة بالحيازة العقارية وهي :

أولا : شرط عدم خضوع الأرض المحازة لإجراءات مسح الأراضي العام :

تعد عملية المسح الخطوة الأساسية لنظام الشهر العين الذي اعتمده المشرع الجزائري وأساسا ماديا للسجل العقاري الذي يتم على أساس إيداع وقائعه لدى المحافظ العقاري من أجل تحديد الملكية والحقوق العينية الأخرى وشهرها في السجل العقاري ويتم هذا الإيداع عند الانتهاء من عمليات المسح لكل قسم من أجل متابعة هذا

1 - محمدي فريدة زواوي , الحيازة والتقادم المكسب , ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2000, ص 34.

العمل جاء الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري في المادة 09 منه والمرسوم 62/76 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام في مادته 07 المعدل والمتمم بأحكام المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 143/92 بإنشاء لجنة مختلطة من مختلف السلطات الإدارية لمتابعة ذلك .ومن هنا يتضح أنه يمنع قانونا مباشرة أي إجراء لاكتساب الحق أو الإدعاء بالملكية في إطار النظام القانوني للحيازة العقارية على الأراضي المسوَّحة .

ثانيا : شرط استبعاد الأراضي محل السند من مجال الادعاء بالحيازة :

لقد نصت المادة 39 من القانون 25-90 السابق ذكره وكذا المادة 02 من المرسوم 91-254 المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها , وكذا المادة 2 من القانون 02/07 السابق ذكره ، وهذا لاستبعاد الأراضي التي لها سندات ملكية لاسيما إذا كانت مشهورة في المحافظة العقارية من مجال كسب الملكية من ظل أحكام الحيازة والتقادم المكسب.

ثالثا : شرط أن تكون الأرض محل الحيازة من نوع الملك :

لقد نصت المادة الأولى من المرسوم 83-352 المتضمن عقد الشهرة الملغى بموجب الأمر 02/07 المتضمن تأسيس إجراء معاناة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري >> كل شخص يجوز في قرابة البلدية عقارا من نوع الملك << و نصت المادة 39 من القانون 25-90 السابق ذكره : >> يمكن لكل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم (يمارس في أراضي الملكية الخاصة) وكذا المادة 2 من مرسوم 91-254 السابق ذكره بقولها >> لا تقبل العروض إلا إذا كانت الحيازة ... وكان الأمر يتعلق بأراضي الملكية الخاصة ... << .

رابعاً : شرط عدم قابلية الأملاك الوطنية و العروشية والوقفية لواقعة الحيازة :

جاءت في أحكام المادتين 17 و18 من دستور 1989 بقولها >> الأملاك الوطنية يحددها القانون وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة, الولاية, البلدية << .

أي أن الأملاك العقارية الوطنية حسب أحكام المادة 02 من القانون 07-02 السابق ذكره فتعرض لضبط مصطلح الأملاك العقارية الوطنية لعدم قابليتها لواقعة الحيازة ولا للتقادم ولا للحجز. وهذا ما جاء بالنسبة لأراضي العرش التي كانت تستعمل في وقت الاستعمار والتي أصبحت بعد الاستقلال تتضح بعد صدور قانون الثورة الزراعية بالأمر 71-33 التي ألحقت هذه الأراضي "العرش" بصندوق الثورة الزراعية وأصبحت ضمن أملاك الدولة أي يحظر فيها استعمال واقعة الحيازة.

- لقد كرس قرارات المحكمة العليا حظر وضع قابلية الحيازة والسيطرة المادية والتقادم المكسب على صنف الأملاك الوقفية والحبس.

- وكذلك القضاء بإبطال عقد الشهرة المتضمن الأعراف بالملكية على أساس التقادم المكسب على عقار محبس¹.

1 - محمودي عبد العزيز, آليات التطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري, الطبعة الثانية ومنشورات البغدادى, الجزائر, 2010, ص 85, 86, 87.

المبحث الثاني : الأحكام العامة للتقدم المكسب

من المقرر قانونا أن التقدم المكسب أو مرور الزمن هو مؤدى الحيازة الهادئة والمستمرة وجوهر مقتضياتها الأساسي وأهم آثارها . وحتى يتسنى لنا الوقوف عند حدود أهمية التقدم كضرورة أمنية واجتماعية, وتحقيقا للصالح العام يجب التطرق إلى أحكامه القانونية العامة وهذا ما سوف نعالجه من خلال المطالبين التاليين :

المطلب الأول : مفهوم التقدم المكسب .

المطلب الثاني : الطبقة القانونية للتقدم المكسب ونطاقه .

المطلب الأول : مفهوم التقدم المكسب

رأى بعض الفقه والقضاء قبل التراجع إلى اعتبار التقدم قرينة قانونية قطعية بالنظر إلى أهميته كوسيلة لكسب الملكية العقارية وباعتباره الوجه الثاني للحيازة العقارية والملازم لها دوما . لذا استوجب علينا الإلمام بمفهومه وهذا بتحديد تعريف له, أساسه القانوني ثم وصولا إلى أنواعه والشروط التي يقوم عليها من خلال :

الفرع الأول : تعريفه :

أولا : التعريف اللغوي : التقدم في مدلوله اللغوي مشتق من تقدم والقدم أي نقيض الحدوث : قدم ، يقدم ، قدما و قدامة وتقدما فهو قدم ومن الشراح أيضا من يعتمد لغة مرور الزمن >> فيعتبرها أكثر دقة و صوابية والزمان اسم لتقليل الوقت و كثيره¹.

1 - محمودي عبد العزيز ومن معه ,إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود في القانون العقاري الجزائري ,المرجع السابق , ص 56.

وقد عرف الأستاذ محمد علي الأمين أن القدم في مدلوله التخاطبي يتجاوز في الذهن الفترات الزمنية القصيرة على

أن مصطلح التقادم في القانون ينقلب مدلوله بين الأجل القصير والمتوسط مما يجعل مصطلح " مرور الزمن "

الذي جاءت به الشريعة الإسلامية هو الأكثر دقة والأقرب إلى الصواب في مدلوله إذ يستعمل كذلك

اصطلاح "مرور المدة الموجب ومرور المدة المسقط" ¹.

ثانيا : التعريف القانوني :

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى إعطاء مدلول للتقادم من خلال مواده 827-843 ق،م، ج والمواد 308-

322ق،م، ج وأحكام النصوص الأربعة الخاصة بالحيازة، وذلك شأنه شأن الحيازة وكذا هو الحال بالنسبة للمشرع

المصري ، السوري ، اللبناني ، خلافا للمشرع الفرنسي الذي قدم تعريفا له بموجب أحكام المادة 2219 قانون

مدني فرنسي : >> التقادم وسيلة تملك أو تحرر بواسطة مرحلة زمنية معينة وفق شروط محددة في القانون

..<<² . و مما سبق نستشف أن التقادم إما تقادم مكسب وإما تقادم مسقط وبما أن موضوع دراستنا منحصر

على التقادم المكسب الذي يؤدي إلى اكتساب الملكية والحق العيني العقاري بطريقة الحيازة ولمدة معينة لذا سوف

نحاول أخذ بعض التعريفات الفقهية له والتي من خلالها سنحاول الوصول إلى تعريف له .

1 - محمد علي الأمين ، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 1993 ، ص221.

2 - Article 2219 modifié par la loi n° 2008 -561 du juin 2008 -art 1 : "la prescription extinctive - 2 est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un laps de temps "

كما يعرفه الدكتور رمضان أبو السعود التقادم المكسب على أنه : >> وسيلة يمتلك بمقتضاها الحائز الذي استمرت حيازته لحق معين مدة معينة أن يتمسك بكسب هذا الحق<<¹.

ويعرفه الدكتور محمد وحيد الدين سوار على أنه : >> وسيلة يستطيع بمقتضاها الحائز إذا استمرت حيازته على حق عيني مدة معينة أن يتمسك بكسب لهذا الحق².

ونجد فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتقبلوا فكرة التقادم المكسب على أساس أنه مكسب للملكية بل على أساس أنه مانع لسماع الدعوى ، حيث أن الفقه الإسلامي يجيز للحائز الذي اكتملت مدة حيازته أن يقدم في مواجهة المالك الذي يرفع دعوى الاستحقاق لعدم جواز سماع دعواه ، وهو رأي جمهور الفقهاء ، لأن الحيازة مهما طال مدتها لا تسقط الملكية وأن كل ما يمكن أن يترتب عنها هو منع سماع الدعوى لمرور الزمن³.

ومن خلال ما تم ذكره فإن التقادم المكسب يعد سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى قائم على حيازة ممتدة فترة من الزمن يحددها القانون ، فهو يقوم على فعل ايجابي من جانب المستفيد منه يتمثل في سيطرته الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة.

الفرع الثاني : أساسه القانوني :

يبدو أن التقادم وسيلة لاغتصاب الحقوق باسم القانون باعتبار انه في بعض الحالات يجرّد المالك عن ملكيته بلا مقابل وبدون رضاه⁴. أي أنه يبدو التقادم لأول وهلة منافيا للعدالة و الأخلاق فهو يجعل الغاصب للملكية

1 - رمضان أبو السعود ،الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها ،الدار الجامعية الجديدة ، 2004 ، ص 326 .

2 - محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية الأصلية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص 26.

3 - عدلي أمير خالد ، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2003، ص 192.

4 - محمد أحمد عابدين ،التقادم المكسب والمسقط في القانون ،دار الفكر العربي الاسكندرية ، 2002 ، ص 11.

بعد حيازته لها لمدة معينة مالكا له وذلك أنه يخلق حقا أو يسقط دينا. إذ يقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة :

>> لدى الاطلاع على تعريف التقادم أو ما يتبادر إلى الذهن أن التقادم هو نوع من الغصب <<¹.

الفرع الثالث : أنواعه :

أولا : التقادم المكسب الطويل :

انطلاقا مما جاء في نص المادة 827 من القانون المدني الجزائري : >> كل من حاز منقولا أو عقارا أو حقا

عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا أو خاصا به ، صار ذلك ملكا له إذا استمرت حيازته له 15 سنة

بدون انقطاع << ومن خلال هذا النص يتضح أن الحقوق الشخصية لا يشملها التقادم المكسب حتى ولو

كانت قابلة للحياسة كحق المستأجر . وليست كل الحقوق المعنية قابلة للتملك بالتقادم بل لا بد من شروط وجب

توفرها وهي :

* يجب أن يكون الحق الذي تشمله الحياسة قابلا للتعامل فيه.

* يجب أن يكون الحق بتحليل الخضوع للحياسة .

أي أن هناك حقوق قابلة للتعامل فيها لطبيعتها للغرض الذي خصصت له ، كالأموال العامة و الخاصة لأنها

مخصصة للنفع العام . وهناك أموال غير قابلة للتعامل فيها وذلك حسب نص المادة 689 من القانون المدني

الجزائري : >> لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم << بالإضافة إلى أموال

الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة والهيئات العامة وشركات القطاع العام والأوقاف الخيرية.

3- محمودي عبد العزيز, إجراءات تفعيل الحياسة العقارية كآلية لتسليم عقود في القانون العقاري الجزائري, المرجع السابق, ص 57.

- ولا يكفي أن يكون العقار قابلا للتعامل فيه حتى يكون قابلا للتملك عن طريق وضع اليد المكسب للملكية ، بل لا بد أن يكون الحق قابلا للحياسة ، إذا التملك بالتقدم يفترض فيه ان يكون الشيء قد خضع للحياسة مدة طويلة .

ثانيا : التقدم المكسب القصير :

حسب ما جاء في المادة 828 من القانون المدني الجزائري بقولها: >> إذا وقعت الحياسة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقدم المكسب 10 سنوات << .

هذا هو النوع الثاني من التقدم ويتميز بقصر المدة من تاريخ وضع اليد إلى تحقق التقدم. وذلك باشتراط حسن النية التي يقصد بها ((اعتقاد من يتلقى الحق أنه تلقاه ممن يمكن دون ان يراوده شك من انه هو المالك سواء كان الحق الذي يتلقاه حق ملكية أو حقا عينيا آخر ، أي ان الحائز يعتبر حسن النية متى كان يجهل انه يعتدي على حق مملوك للغير¹ ويعرف حسن النية أيضا على انه غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأنه تلقى الملكية أو الحق العيني من المالك او صاحب الحق² .

كما نصت المادة 825 ق، م : >> لا تزول صفة حسن النية إلا من الوقت الذي يعلم فيه بأن حيازته اعتداء على حق الغير، ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى ، ويعد سيء النية من اغتصب حياسة الغير بالإكراه << .

¹ - محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 291-292.

² - محمدي فريدة زاوي ، المرجع السابق ، ص 81.

كما لا يعتبر حسن النية إذا اشترى عقارا ملك مشاع في التركة من احد الورثة .

* وأما فيما يخص السند الصحيح الذي يدعم به الحائز موقفه الذي هو تصرف قانوني ناقل للملكية يستند إليه

الحائز في حيازته للعقار فيجعل حيازته سليمة من شبهة الغصب أو الاعتداء على حق الغير في نظره واعتقاده

وللسند الصحيح شروط قانونية وهي :

- أن يكون تصرفا صادرا عن غير المالك .

- أن يكون ناقلا للملكية .

- أن يكون حقيقيا وموجودا.

- أن يكون مشهرا .

حسب نص المادة 793 ق،م : >> لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري << . ولإثباته لابد أن يتم بموجب ورقة رسمية ، لأن الرسمية شرط لانعقاد التصرف الوارد على حق عيني عقاري طبقا لنص المادة 324/مكرر 01 ق،م، ج : >> زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية ، في شكل رسمي <<¹

1 - محمدي فريدة زاوي ,المرجع السابق ,ص 84.

* فالتصرف القانوني الذي يمكن اعتباره بمثابة السند الصحيح لا بد ان يكون في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ، وذلك على خلاف حسن النية الذي يمكن إثباته بكافة الطرق.

ثالثا: تقادم الحقوق الميراثية :

يأتي هنا نص المادة 829 في القانون المدني الجزائري بنصها >> لا تكسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين سنة <<

قد أقر المشرع إمكانية كسب الحقوق الميراثية بالتقادم المكسب إذا دامت الحيازة 33 سنة ، هنا يكون المشرع وقع في الخطأ كون أن الإرث هو عبارة عن مجموع إذ لا يتصور ان يقع عليه التقادم المكسب و إن كان من المعقول تصور أنه ينقضي بالتقادم المسقط ، فلا يمكن بطبيعة الحال تصور شخص غير وارث أن يصبح مالكا بحق الإرث بمرور الزمن. إلا أن الأموال الموروثة بعكس حقوق الإرث فيجوز كسبها بالتقادم إذ ان المدة تطول أو تقصر حسب نوع التقادم الذي يرد عليها سواء تقادم طويل أو قصير وهذا ما هو موضح سابقا¹.

الفرع الرابع : شروطه

بالرجوع إلى نص المادتين 827 والمادة 828 من القانون المدني الجزائري فنجد ميزة أحكامهما هو وجوب توافر شرطين للتقادم المكسب وهما :

1 - محمدي فريدة زواوي ,المرجع السابق ,ص 84.

أولا : الحيازة :

يشترط لاكتساب الحق بالتقادم أيا كانت مدته وجوب وجود حيازة قانونية لعنصرها : المادي والمعنوي وأن توجد سيطرة مادية فعلية والظهور بمظهر المالك صاحب الحق لا حيازة عرضية إلا بتغيير الصفة إلى حيازة أصلية بالطرق القانونية وأن ترد كل الأملاك العقارية المحازة، وان تكون خالية من العيوب التي تفسدها كالإكراه و الخفاء ولا حيازة إلا بزوالها و على القاضي في النزاع التأكد من شروطها وتحديد مدتها الطويلة أو القصيرة¹.

ثانيا : استمرار الحيازة :

هنا يكون استمرار الحيازة مدة زمنية معينة ولقد حددت أحكام القانون المدني أنواع المدد القانونية بموجب المادتين 827, 829 من القانون المدني والحيازة المؤهلة لكسب الحق أن تستمر فترة زمنية وهذه الفترة بقدرها المشرع ليتاح للمالك الوقت الكافي لتقديم اعتراضاته على الحيازة من طرف الغير والعمل على استردادها وتختلف المدة بحسب نوع التقادم في القاعدة و الأصل أن مدة التقادم الطويل 15 سنة وهي أقصى مدة وحسن النية غير مطلوب فيها ، سواء وردت على عقار أو منقول وللقاعدة هذه استثناء ورد بموجب أحكام المادة 828 ق،م، ج وهي مقتصرة على العقار ويشترط فيها النية الحسنة ومستندة إلى سند صحيح منها 10 سنوات ، بحيث أن المدة في التقادم من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على تعديل مدتها أو التنازل عنها طبقا لأحكام المادة 322ق،م، ج والمدة الطويلة المكسبة للملكية العقارية هي ذاتها المعتمدة بالمادة 02 المرسوم 352-83 المتعلق بإعداد عقود الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية بإحالة مدتها إلى أحكام المادة 827 ق،م، صراحة يجعل هذا النظام العقاري

1 - محمودي عبد العزيز ومن معه ,إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ، نفس المرجع ، ص61.

الحيازي مستوفيا المكونات الملكية من حق التمتع والتصرف ، وحق الاستعمال أي قابلية العقد المشهر في ترتيب الحق العين من نقل الملكية .

*ومن خلال التالي سوف نحدد طرق حساب مدة التقدم ثم نرى ما يرد على هذه المدة من وقف وانقطاع¹ .

1- طرق حساب مدة التقدم:

1- إن المدة هي أساس التقدم وتبدأ المدة بالحساب طبقا للمادة 314ق،م، ج : >> تحسب مدة التقدم

بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها<< . وعدم احتساب اليوم

الأول لأنه في الغالب يكون يوم غير كامل فبالتالي الحساب يبدأ من اليوم الموالي ويدخل في الحساب ما يعرض

أثناء المدة من العطل الرسمية التي يعتذر فيها اتخاذ إجراء بقطع التقدم ، غير أنه إذا كان اليوم الأخير من المدة هو

أحد هذه العطل فإن هذا يعد في الرأي الراجح سببا موقفا للتقدم في هذا اليوم ، وبذلك تمتد المدة إلى اليوم الموالي

حتى يتسنى لصاحب الحق ان يتخذ إجراء القطع ، واليوم التالي المعتبر في الحساب لمفعول الحياسة التي يكون فيها

الحق العيني نافذا وإذا كان نفاذ هذا الحق معلقا على شرط واقف أو أجل واقف فعندها لا يبدأ سريان التقدم ضد

صاحبه إلا من وقت نفاذ الحق طبقا لأحكام المادة 315 ق،م، ج .

-ولا بد لنا من الاشارة في هذا السياق للحائز الذي وضع يده على عقار في ظل القانون المدني القديم الذي يحدد

مدة التقدم المكسب ب30سنة ، سيتوجب استكمال المدة من التقدم بموجب المادة 2262 ق،م، القديم وهذا

ما أشارت إليه المادة 07ق،م الجديد : >> غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء

التقدم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة << .

¹ - محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 07.

وهذا ما جاء أيضا في المادة 1002 ق،م الجديد : >> لا تطبق مدة التقدم المحدد في هذا القانون إلا على الوقائع التي ترد بعد نشر هذا الأمر<<.

ولا يجوز للحائز الاختيار بين مدة التقدم عند ثبوت تاريخ سريان الحيازة طبقا لأحكام المادة 322ق،م الجديد .

ب-لا بد من إتباع التقييم الميلادي في حساب مدة التقدم وهذا وفقا لأحكام المادة 03 ق،م الجديد :>>
تحسب الآجال بالتقييم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك <<

ج- حالات استمرار مدة التقدم اعتبارا لأهمية الحيازة أقام المشرع قرينة لصالح الحائز تعفيه من عبئ الإثبات استمرار حيازته بين المدة الواقعة بين زمني الحيازة حالة إثبات الحيازة الحاضرة وارتباطها زمنيا بالحيازة القبلية طبقا لأحكام المادة 830 ق،م، ج وقد تستمر الحيازة زمنيا عن طريق الضم بين الخلف الخاص أو العام والسلف بغية استكمال مدة التقدم عن طريق التعاقب قد يتمسك خلالها الخلف العام بكل صفات الحيازة إذا كان حسن النية وسلفه سئ النية طبقا لأحكام المادة 814 ق،م وتبين من خلال النص أن الضم يكون إلا في حالة الاستخلاف¹.

2 - وقف مدة التقدم :

وقف التقدم هو إعاقته عن السير فترة زمنية بسبب عذر قانوني أو واقعي يتمسك به صاحب المصلحة حفاظا على حقه والعذر يشكل مانعا من سريان التقدم وإن زال العذر استأنف التقدم بحيث تضع المدة السابقة على التوقف كل المدة اللاحقة عليه وتسقط المدة فيما بينهما خلافا للانقطاع الذي يؤدي إلى إسقاط المدة السابقة

1 - محمدي فريدة زاوي,المرجع السابق , ص 90.

كلها ويودع سريان تقدم جديد حسب المادة 833 م > يوقف التقدم المكسب أيا كانت مدته إذا وجب سبب لوقفه <

وأسباب وقف مدة التقدم هي كالآتي :

أ/ أسباب عامة لوقف التقدم :

هناك موانع تعيق التقدم وهي : عامل مادي , عامل أدبي , عامل قانوني , عامل اتفاقي . عامل مادي : كحالة نشوب حرب أو فتنة أو منه المحاكم من مباشرة أعمالها ...

مانع أدبي : كالعلاقة بين الزوجين ، والقصد الأساسي من وقف التقدم هو الحفاظ على العلاقة الزوجية وإبعادها وما يعكر صفوها ، إذا ما لجأ أحدهما لمقتضاه الآخر .

مانع قانوني : كما لو أصبح الحائز مالكا للعقار في فترة من الزمن ثم نالت ملكيته بأثر مستند بسبب إبطال عقده أو فسخه أو إلغائه أو نقصه .

مانع اتفاقي : بإحالة الحائز والمالك بالاتفاق بينهما إلى محكمين واتفقا بوقف سريان التقدم في فترة التحكيم لأنه لا يشكل الاتفاق إخلال بالنظام العام¹ .

1 - محمودي عبد العزيز ومن معه , إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ، المرجع السابق، ص 66.

ب/ أسباب خاصة لوقف التقادم :

هي أسباب ترجع إلى حالة صاحب الحق من حيث الأهلية وما يلحق بها من أوضاع كما لو كان صاحب الحق لا تتوفر فيه الأهلية المادة 2/316 ق،م، والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية إذا لم يكن لهم نائب قانوني عندما يكون يقل عن مدة 05 سنوات. وبناء على ذلك فإن لم يكن للقاصر والمحجوز عليهم والمحكوم عليهم بعقوبة جنائية نائب يمثلهم قانونا ، فإن التقادم لا يسري ويتوقف ضدهم إذا لم يمكنهم في هذه الحالة المطالبة بحقوقهم. وأيضا يعتبر من بين الأسباب الخاصة لوقف التقادم الغيبة الاضطرارية كالسجن والأسر ، فلا يسري بذلك التقادم من مواجهتهم إلا ان تمياً لهم العودة أو الحرية ومباشرة أعمالهم : إلا إذا كان لهم ممثلهم القانوني . كما لا يسري التقادم بين الأصيل والنائب ، فوجود مثل هذه العلاقة القانونية بين الطرفين تعتبر مبرر شرعي يحول دون مطالبة احدهم الآخر ، فيوقف التقادم المكسب عن السريان طالما مازالت العلاقة قائمة ليعود السريان من جديد يعد انتهاء هذه العلاقة ¹.

3 - آثار وقف التقادم : يترتب وقف التقادم إسقاط المدة التي وقف التقادم خلالها من حساب المدة سواء وقع

سبب الوقف ابتداء مدة التقادم أم أثناء سريانها أم في نهايتها ، وكذلك أسباب وقف التقادم لعدة شركاء وقام المانع لدى بعضهم دون البعض الآخر فإن وقف التقادم يكون بالنسبة لهم قام المانع لديه دون الآخرين ².

1 - عبد المنعم فرج الصدة ،الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة طبع ، ص 602.

2 - محمودي عبد العزيز ومن معه،إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ،المرجع السابق،ص66.

4- انقطاع التقادم : قطع التقادم ينهي أثر الحيازة ويجعلها عديمة الجدوى وهو يرمي إلى الإلقاء النهائي إما تم

سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها نتيجة لسبب معين على انه تبدأ مدة تقادم جديدة من وقت زوال السبب

الذي أدى إلى الانقطاع .

وهناك نوعان للانقطاع :

أ/ الانقطاع الطبيعي للتقادم المكسب :

حسب م 834 >> ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز على حيازته أو فقدتها ولو بفعل الغير << ومنه

فإن الانقطاع الطبيعي يتم بصورتين :

*الصورة الأولى : تكون بإرادة الحائز واختياره التخلي عن الحيازة وإن حدث انقطع التقادم نهائيا وإن عاد استرداد

الحيازة بعد فتكون بصدد حيازة جديدة.

*الصورة الثانية : يفقد الحائز حيازته بدون إرادته : مثلا إذا استحوذ آخر على عقار محل حيازته إلا ان المشرع

منح الحماية للحائز في استردادها حسب م 834ق،م ، 414ق،م إذا اغتصبت منه الحيازة بالتعدي أو الإكراه

خلال سنة كميعاد قانوني لرفع دعوى أو استردادها خلالها فلا ينقطع التقادم.

ب/ الانقطاع المدني للتقادم المكسب:

وهنا عندما يكون بالتصرف القانوني الصادر عن المالك صاحب الحق أو من الحائز إقرار منه ويكون ذلك بالطرق

التالية :

* الانقطاع المدني الصادر عن المالك صاحب الحق : جاء في المادة 317 ق،م،ج

>>ينقطع التقدم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة << له إجرائيين وهما كالتالي :

* ومنه نرى الطرق الإجرائية للمالك للمطالبة القضائية بقطع التقدم المكسب حيث يرفع دعوى بقطع التقدم

وتكون إجرائيا سليمة , وهذا من حيث التبليغ واستفاء شروط الصفة والمصلحة و الأصلية وقت تسجيلها وينقطع

التقدم بالمطالبة القضائية حتى ولو قدمت أمام القضاء غير المختص (نوعيا أو محليا) ، وينقطع أيضا التقدم

بالمطالبة سواء كان بدعوى أصلية أو طلب طارئ إضافي يتقدم به المدعي أو المدعى عليه ولكي ينقطع التقدم

لابد أن تنتهي الدعوى بصدور حكم يصدر لصالح المدعي .

فالتكلم عن إجراءات المالك بالتنبيه لقطع التقدم المكسب جاء التنبيه في أحكام المادة 317 ق،م،ج،م قاطعا

للتقدم المكسب إذا ما حاز المالك على سند تنفيذي وفق ما نصت عليه المادة 320 ق إ م سواء كان حكما أو

قرار أو عقدا رسميا تعطيه الحق في تسليم العقار من الحائز برد العقار فإنه لا يكلف رفع الدعوى قضائية على

الحائز.

* الانقطاع المدني الصادر بفعل الحائز : ينقطع التقدم المكسب بفعل الحائز إذا ما اعترف بإقرار حق المالك إقرارا

صريحا أو ضمنيا ، فالإقرار هو تصرف قانوني يعترف من خلاله الحائز بملكية المالك للعقار المحاز وإذا من شأنه

قطع التقدم دون ان تكتمل مدة التقدم وهو عمل صادر على الإرادة المنفردة وهو ينتج أثره بمجرد صدوره قبل ان

يصل إلى علم المالك وليس للحائز الرجوع فيه¹.

1 - محمد كامل مرسي باشا , المرجع السابق ,ص 228.

5- آثار انقطاع التقدم : إذا تحقق انقطاع التقدم للأسباب السابقة الذكر يبدأ سريان التقدم الجديد وإن ما

مضى من المدة السابقة يسقط والتقدم الجديد يبدأ وقت صدور الحكم في الدعوى للمطالبة بالحق ولو كان بعدم

الاختصاص ، من يوم التنبيه أو الإقرار بالحق إذا انقطع التقدم لسبب منها¹.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتقدم المكسب و نطاقه وآثاره :

بعدما تطرقنا إلى تعريف التقدم المكسب نأتي في هذا المطلب إلى تحديد النطاق الذي يشمل هذا النظام أي مجال

إعماله نتعرض لطبيعته القانونية وحتاماً لهذه الدراسة نرى الآثار المترتبة عليه قانوناً.

الفرع الأول : طبيعته القانونية :

لقد اختلف الشراح كثيراً وتباينت آراءهم حول الطبيعة القانونية للتقدم المكسب بين:

فريق أول يرى أن التقدم المكسب ليس طريقاً لكسب الملكية بالمعنى الصحيح بقدر ما هو وسيلة لتأييد ملكية

مهددة بالانتزاع أو مفترضة ، وانتقد هذا الرأي كونه ينطوي على خلط بين طبيعة التقدم ومبرراته .

ويرى فريق الثاني يرى بأن التقدم وسيلة دفاع ضد مطالبة متأخرة لأن أساس التقدم لا يخول للحائز دفعا فحسب

بل يخوله دعوى تحميه من تعرض الغير ،

ويرى فريق ثالث ان التقدم ليس سبباً لكسب الملكية إنما هو قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحائز واستبعدت

لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا الرأي كونه نظرة فقهية

1 - محمد علي الامين, المرجع السابق, ص 478.

ويرى "بودري وتيسي" أن التقادم وسيلة إثبات طبيعية لحق الملكية كذلك بلانيون ويرير بتأكيدهم أن التقادم يقوم على أنه وسيلة إثبات وليس وسيلة نقل ملكية والواقع أن القانون قد جعل من التقادم سببا من أسباب كسب الملكية أو حق عيني آخر وعليه فإن الحائز الذي يتمسك به يستفيد من قاعدة قانونية تكسب الحق وليس من قرينة قانونية أو قاعدة إثبات تعفيه من إثبات حقه¹.

وهذا ما اتجه إليه المشرع الجزائري استنادا إلى أحكام المادة 827ق،م، ج باعتبار ان المشرع الجزائري قد جعل اكتساب الملكية بالحيازة (بعنوان طرق اكتساب الملكية في الفصل الثاني) والتقادم من آثار الحيازة².

الفرع الثاني : نطاقه :

لقد جاء في أحكام المادة 827 نطاق التقادم المكسب للملكية والحقوق الجائز اكتسابها بالتقادم بقولها : >> من حاز منقولاً أو حقا عينيا منقولاً كان أو

عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكيا إذا استمرت حيازته له 15 سنة بدون انقطاع . << ويستخلص من هذا النص أن الحقوق الجائز كسبها بالتقادم هي معظم الحقوق العينية الأصلية وأخصها

العقار وكذا الحقوق المتفرعة عنها كحق الانتفاع والسكن والارتفاقات الظاهرة طبقا لأحكام المادة 668 ق،م، ج. ويجب ان تكون الحقوق العينية تتسم بالقابلية للتعامل كأن يكون ملكا خاصا وأن لا يكون هناك نص آخر يجرم كسبه كأحكام المواد 689ق،م، ج والمادة 04 من الأمر 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية والمادة 03 من القانون 07-02 السابق ذكره كالأملك الوطنية عمومية كانت أو خاصة عروشية كانت أو وقفية ، أو محل

1 - محمد علي الأمين ,المرجع السابق ,ص 241.

2 - محمودي عبد العزيز ومن معه ,إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ، المرجع السابق ، ص59.

سند مشهر¹. أما الأشخاص الذين بمقدورهم الاستفادة من التقادم المكسب فكل شخص طبيعي أو معنوي. بواسطة ممثليه القانونيين ولا يشترط في واضع اليد أهلية معينة لأن الأهلية شرط لمباشرة التصرفات القانونية دون سواها ووضع اليد ليس تصرفا قانونيا ويكون بواسطة ممثله الشرعي من ولي أو وصي طبقا لأحكام المادة 809 ق،م،ج².

الفرع الثالث : آثاره :

قبل التطرق إلى الآثار المترتبة على اعمال التقادم المكسب للملكية ، لا بد قبل ذلك أن نتحدث عن التمسك بالتقادم والنزول عنه ، وذلك لأنه لكي يترتب كل التقادم آثار لا بد للحائز أو كل شخص له مصلحة في قيامه أن يتمسك بحقه كما لا يحق للحائز ان يتنازل عنه قبل ثبوت الحق فيه³.

أولا : التمسك بالتقادم المكسب والنزول عليه :

1 : التمسك بالتقادم المكسب :

إن التمسك بالتقادم المكسب يكون عن طريق دفع يديه الحائز ضد المالك الذي يطالب بحقه عن طريق دعوى الاستحقاق فلا يجوز ان تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، بل لا بد أن يتمسك به الحائز أو ذوا المصلحة بصفة

1 - محمدي فريدة زواوي ,المرجع السابق ,ص 86.

2 - محمودي عبد العزيز,آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ,المرجع السابق ,ص 61.

3 - محمد وحيد الدين سوار ,المرجع نفسه ,ص 308.

عامة¹، فهو دفع لصاحب المصلحة فقط وهو الذي يتمسك به أمام القضاء إذ لا يشترط فيه شكل معين، إذ يصح أن يتمسك به الحائز صراحة أو ضمناً².

وهذا ما جاء في نص المادة 01/321 ق،م،ج: >> لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقدم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة له ولو لم يتمسك المدين به <<. ويترب على لزوم التمسك بالتقدم لصاحب المصلحة هو أنه إذا اكتملت مدة التقدم ورد الحائز العين إلى مالكة قبل تمسكه بتملكها بالتقدم كان رده لها وفاء بالتزام مدني، فلا يجوز له استرداد العين بدعوى أنه ينوي كسبها بالتقدم. حتى وان كان رد العين مبنياً على غلط وقع فيه الحائز وهو ان لم تكتمل مدة التقدم، أما إذا اكتملت وتمسك بها الحائز فان يكسب الملكية على الحال، فان رده إلى صاحبه بعد ذلك عاد هذا الرد وفاء بالتزام طبيعي في ذمته. ويجوز التمسك بالتقدم في أي حالة من حالات الدعوى حسب المادة 2/321 ق،م،ج ولو أمام المحكمة الاستئنافية.

2- النزول عن التقدم المكسب :

تطبيقاً لنص المادة 322 ق،م،ج يمكننا تحديد كفاءات النزول عن التقدم المكسب وهذا بقولها >> لا يجوز التنازل عن التقدم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز اتفاق على ان يتم التقدم في مدة تختلف على المدة التي حددها القانون، وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمناً عن التقدم بعد ثبوت الحق فيه، غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم.<<

1 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 362.

2 - محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 117، 119.

ثانيا: الآثار المترتبة على أعمال التقدم المكسب للملكية:

وهنا نكون بصدد ثلاثة آثار قانونية وضعها المشرع الجزائري التي تترتب عن التمسك بالتقدم المكسب وهي

كالنحو التالي :

1- التقدم المكسب يكسب الملكية:

من خلال المواد 827 إلى 829 ق،م،ج فإن التمسك بالتقدم المكسب يترتب على الحائز كسب ملكية العقار أو الحق العيني العقاري الذي حازه طوال مدة التقدم ويستطيع الحائز الذي هو مالك للعين المحازة أن يدافع عليها عن طريق دعوى الاستحقاق إذا اغتصبت منه أو عن طريق الدفع وذلك برفع دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك¹.

2- التقدم المكسب للملكية بأثر رجعي :

إذا كسب الحائز ملكية العين بالتقدم المكسب فإنها تنتقل إليه بأثر رجعي بمعنى أنه مالك للعين المحازة من يوم بدء الحياسة لا من يوم التمسك بالتقدم أو وقت اكتمال المدة وهذا الأثر أي الأثر الرجعي للتقدم المكسب ينطبق على التقدم القصير والطويل وتقدم الحقوق الميراثية. ويترب عن الأثر الرجعي للتمسك بالتقدم ما يلي :

- تملك الحائز للثمار منذ بدء الحياسة

- عدم سريان الحقوق العينية التي رتبها المالك الأصلي على العقار خلال مدة التقدم

- نفاذ الحقوق العينية التي رتبها على العقار خلال مدة التقدم .

1 - رمضان، أبو السعود، المرجع السابق ، ص366,367 .

3- التقدم المكسب يرتب التزاما طبيعيا :

حسب نص الذي جاءت به المادة 320ق،م،ج بقولها: >> يترتب على التقدم انقضاء الالتزام ، ولكن يختلف في ذمة المدين التزام طبيعي << .

والالتزام الطبيعي هو مجرد واجبات ترتفع درجة وجودها عن درجة الواجبات الأخلاقية

و الآثار التي تترتب على الالتزام الطبيعي للتقدم هي :

- يجوز للحائز وباختياره ان يرجع العين المحازة إلى مالكها الأصلي يعد هذا وفاءا بالالتزام الطبيعي .

- يجوز للحائز اتخاذ الالتزام الطبيعي المتخلف في ذمته كسبب صحيح لإنشاء التزام مدني كأن يتعهد بإرجاع

العين إلى مالكها وهذا يعد التزاما مدنيا واجب الوفاء به ¹ .

1 - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 675 .

إعمال التقادم المكسب في ظل النظام الشهر العيني
الفصل الثاني

يوجد نظامين للشهر العقاري هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني تشهر بموجبهما الحقوق والتصرفات العقارية لا سيما شهر الملكية المكسبة بالتقادم. إلا أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني ويقائه متنبيا التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية من شأنه أن يهدم أهم مبادئ هذا النظام وهو مبدأ حظر التمسك بالتقادم في مواجهة صاحب الحق المشهر .

وهذا ما سوف نعالجه من خلال المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : نظام الشهر العيني .

المبحث الثاني : وسائل تفعيل التقادم المكسب والغاية من الأخذ في ظل السجل العيني .

المبحث الأول : : نظام الشهر العيني

يعتبر الشهر العقاري عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقار بإرادة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها ولإظهار وجودها ،

ومن خلال هذا سوف نعالج هذا النظام من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : مفهوم الشهر العيني.

إن نظام الشهر العيني يولي اهتمامه للعقار بعينه وذلك بذكر البيانات المتعلقة به وكل الحقوق الواردة عليه والتصرفات المتعلقة به .

الفرع الأول : ظهوره :

لقد ظهر لأول مرة في استراليا على يد مبتكره السيد رويار ريتشارد تورانس Robert Ritchard

Torrens واضع أسس وقواعد هذا النظام وذلك في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر في سنة

1858 إذ أن الفكرة التي انطلق منها هي أن طرق كسب الملكية العقارية آن ذاك تكون بإحدى الطريقتين أولها

تكون بمنحة من الدولة إلى الأشخاص أو التنازل عن الأراضي لصالح الأفراد ، وأما الثانية تكون في تصرفات

وأعمال تحصل فيما بين الأفراد داخل المجتمع وهذا كالباع أو الهبة كطريقتين لكسب الملكية¹ .

ومن خلال هاتين الطريقتين كانت تلجأ الدولة بتسجيل الأفراد المستفيدين في السجلات مودعة لديها وهذا لكي

يسهل عليها الرجوع إلى أسمائهم في حال وجود نزاع بين الأفراد. وأما في الحالة الثانية أي في التصرفات التي تحصل

بين الأفراد كان يصعب عليها ذلك لعدم وجود سجلات مماثلة للحالة الأولى ، ومن خلال هذا سعى تورانس إلى

جعل الأراضي المملوكة للأفراد في وضع مماثل للأراضي الممنوحة من الدولة بحيث يسهل التعرف على أصحابها ،

ولقد كانت طريقة الشهر في نظامه عند نشأته شبيهة إلى حد بعيد بالطريقة المعمول بها في الوقت الحالي ، وهذا في

حال ما إذا كان على صاحب الشأن التقدم من الأمين العام المكلف بالشهر أين يضع وثائق ومستندات ملكيته

العقارية للتحقيق فيها ، ثم بعد ذلك يشهرها إذا كانت صحيحة إذ أن هذا النظام قد سهل عملية الشهر بتحويله

سلطات واسعة للأمين العام للسجل العقاري لقيده كل تصرف أو تغيير يطرأ على العقار بأبسط الطرق ، فهذا

1 - إدوارد عيد، الانظمة العقارية، مطبعة المتني، بيروت، الطبعة الثانية، 1996، ص.08.

فضلا عن منحه سلطة إجراء التحقيق حول أهلية المتعاقدين لإبرام التصرفات¹ وقد كانت فكرته التي جاء بها هي النواة الأولى التي بموجبها تم تأسيس نظام الشهر العيني.

الفرع الثاني : مضمونه :

إن هذا النظام يركز في شهر التصرفات العقارية على العين نفسها أي أن مضمونه يتمثل في العقار نفسه محل التصرف ويتميز بمسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر ، تخصص فيه صفحة أو أكثر لكل عقار تدون فيها كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه ، مساحته رقمه وحدوده ويسمى العقار المعني بـ " الوحدة العقارية " وتعتبر البطاقة المخصصة له بمثابة بطاقة تعريفه ، ويسمى هذا السجل في التشريع الجزائري " مجموعة البطاقات العقارية " ، فمن أراد الاطلاع على حالة العقار ومعرفة الحقوق والالتزامات والارتفاقات التي تثقله بإمكانه أن يطالب بهذه المعلومات من مصلحة الشهر ، فالأشخاص القائمون بالتصرفات لا أهمية لهم بالمقارنة مع نظام الشهر الشخصي ، ويتولى عملية شهر التصرفات العقارية موظف إداري يسمى بالمحافظ العقاري وهذا ما يتواجد في النظام الذي تتبعه الجزائر ، وأيضا فرنسا . إلا أن بعض الدول كاستراليا وألمانيا ، ولبنان وسوريا ، فهي توكل مهمة شهر التصرفات إلى قاضي مختص وهذا على اعتبار هذا الإجراء قانوني أكثر منه تقني².

1 - مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص 16 .

2 - عمر حمدي باشا ومن معه ، المرجع السابق ، ص 48 .

الفرع الثالث : مبادئه :

يقوم هذا النظام على عدة مبادئ أهمها :

أولا : مبدأ التخصيص :

معناه اتخاذ من العقار أو الوحدة العقارية أساسا ومحورا لقيود كل التصرفات الواردة على العقار ، تخصص لها صفحة أو عدة صفحات من السجل العقاري تتضمن وبدقة الحدود والمساحة ، وهذا المبدأ يجعل الموظف المكلف بالشهر يملك كل المعلومات التقنية المتعلقة بالعقار وتعتبر البطاقة العقارية التي تقيدها فيها كل التصرفات الواردة على العقار بمثابة وثيقة هوية للعقار وذلك بفتح السجل العقاري على الصفحة المخصصة لهذا العقار وهذا لسهولة الاطلاع على القيود المدونة في كل بطاقة عقار, وهذا لإيجاد بكل دقة وسهولة التصرفات الوارد عليه وحالته القانونية¹.

ثانيا : مبدأ القوة الثبوتية : - مفاده أن التصرفات التي تقيدها في ظل نظام الشهر العيني هي قرينة قاطعة على الملكية بالنسبة للعقار أو للحق العيني موضوع الشهر ويصبح التصرف سليما حاليا من العيوب مهما كان مصدرها ، ويعتبر الحق المقيدها موجودا بالنسبة للكافة ، وعليه لا يمكن الطعن فيه لا بدعوى البطلان ولا بدعوى الاستحقاق

1 - محمد العنابي, قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا, معهد البحوث والدراسات العربية, مطبعة الحياوي, مصر, 1973, ص10.

أو الاسترداد ويكون المتصرف في مأمن من المنازعات مما يطمئن المتعاملين الاقتصاديين ويشجع القروض المرتبطة بالرهن¹.

ثالثا: مبدأ الشرعية: ومفادها أن يحقق الموظف المكلف بالقيود في السجل العيني من كل التصرفات المراد قيدها وتسجيلها بكل دقة وإمعان شديد ، حتى لا تهدر حقوق الأشخاص خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر وعليه وجب التأكد من أهلية المتصرف وخلو إرادته من العيوب والعوارض ، كما يتحقق أيضا من سند ملكية المتصرف للمحل المراد التصرف فيه ، ومدى مشروعيته وجواز التعامل فيه².

رابعا : مبدأ القيد المطلق : ومعناه أن القيد أو الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية ، فهو الذي ينشئها ، يعدلها أو يزيلها ، فكل حق غير مقيد لا وجود له لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير ، وكل حق مقيد هو حجة على الكافة ولا يمكن لأحد أن يحتج بملكية حق عيني لم يشهر مسبقا.

خامسا : مبدأ عدم اكتساب الحقوق المقيدة بالتقادم : فإذا كان التقادم سبب من أسباب كسب الملكية في نظام الشهر الشخصي فإنه مستبعد في نظام الشهر العيني فلا يمكن لواقع اليد على عقار مهما طال اكتسابه

1 - جمال بوشنافة ,شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ,دار الخلدونية ,الجزائر ,2006, ص 30.

2 - عبد الوهاب عرفة , الوجيز في السجل العيني ,دار المطبوعات الجامعية ,الاسكندرية ,2006,ص 11.

بالتقادم أن يطالب بتملكه إذا كان سند الملكية فيه مشهر لأنه يتعارض مع مبدأ القوة الشبوتية المطلقة ولأن الحيازة هي قرينة على الملكية, والملكية ثابتة بالقيود في هذا النظام¹.

المطلب الثاني: تقييم نظام الشهر العيني :

من خلال تعرفنا إلى المبادئ التي يقوم عليها هذا النظام اثبت أن له العديد من المزايا كما أنه لا يخلو من العيوب وسوف نتطرق إلى مزاياه وعيوبه بالمقارنة مع النظام الشهر الشخصي ، ونرى في الأخير موقف المشرع الجزائري من كلا النظامين.

الفرع الأول : مزاياه بالمقارنة مع نظام الشهر الشخصي :

أولا : مزايا نظام الشهر العيني :

- توفير الحماية للمتعاملين : وهذا لأنه مبني على القوة المطلقة للشهر بالنسبة للغير لأن المحافظ العقاري يراقب ويفحص كل التصرفات قبل شهرها .
- تفادي الأخطاء الناجمة في تشابه الأسماء : أي أن هنا العبرة بالعقار محل التصرف وليس الأشخاص فالبحث يكون على مستوى ما يؤشر في البطاقة العقارية التي تدون فيها البيانات المتعلقة بالعقار مما يسهل الإجراءات .

1 - حمدي باشا عمر ومن معه , المرجع السابق ,ص 49.

- عدم تعارض سندات الملكية : في ظل هذا النظام يستبعد أن يحدث خلط أو تعارض في السندات الملكية وهذا لأن كل المعلومات التي تستخرج حول العقار مقيدة في البطاقات العقارية.
- تمكين الدولة من مراقبة السوق العقارية وتحصيل الرسوم والضرائب لفائدة الخزينة العامة.
- لا يخشى من ضياع العقار الممسوح كليا أو جزئيا لأنه يكون له رقم مسجل باسم مالكة
- لا يمكن اكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب في ظل هذا النظام¹.

ثانيا : مزايا نظام الشهر الشخصي :

- هو وسيلة هامة في إعلام الكافة بالتصرفات والحقوق التي قد تترتب على العقار .
- لا يتطلب عملية مسح الأراضي فهو يوفر للدولة أموال باهضة جدا.
- بمجرد شهر التصرفات العقارية يعد قرينة على الملكية من طرف الشخص المشهر الذي هو صاحب الحق.
- إن إجازة الطعن في التصرفات المشهورة لا يعتبر أداة سلبية بل هو أمر إيجابي وهذا للسماح للمالك الحقيقي لاسترداد ملكه عن طريق الطعن².

1 - جمال بوشنافة, المرجع السابق, ص 34.

2 - إدوارد عيد والمرجع السابق, ص 10.

الفرع الثاني : عيوبه بالمقارنة مع نظام الشهر الشخصي :

أولاً : عيوب نظام الشهر العيني: كثرة النفقات : أساس قيام هذا النظام هو عمليات المسح العام للأراضي

الذي يتطلب مصاريف ونفقات باهضة من قبل الدولة و مجهودات كبيرة من قبل مختصين في هذا المجال.

التضحية بالمالك الحقيقي : بالاعتماد على وسيلة القيد وحده كشرط لانتقال الملكية يجعل منه وسيلة لاغتصاب

حقوق المالكين الأصليين و الاستيلاء على حقوقهم في ملكياتهم دون أي مربر وهذا ما يتنافى مع مبادئ

العدالة¹.

ثانياً : عيوب نظام الشهر الشخصي :

- هو عاجز عن تحقيق الهدف الذي جاء من أجله نظام الشهر العقاري الذي هو تشجيع خدمة العقار

واستثماره و أيضاً تأمين واستقرار المعاملات العقارية.

- تشابه الأسماء: هنا نكون في إشكال في حال تشابه أسماء المتصرفين في العقار وهذا ما يجعل وقوع الخطأ

وخاصة إذا تعاقبت التصرفات على العقار وأيضاً صعوبة عمليات البحث

- يجعل هذا النظام من صاحبه مهددا بظهور شخص آخر يدعي حيازته للعقار بالتقادم المكسب .

- خطر تعارض سندات الملكية لعقار واحد وهذا لصعوبة البحث عن المالك الحقيقي للعقار

1 - محمود العنابي, المرجع السابق , ص 132.

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من النظامين :

إن المشرع الجزائري اخذ بنظام الشهر العيني ، وهذا واضح من الأمر 74/75 المتضمن السابق ذكره هذا الأمر الذي وضع حيز التطبيق بمقتضى المرسومين 62/76 و 63/76 وقد أسندت هذه النصوص مسك السجل العقاري إلى مصلحة إدارية يشرف عليها المحافظ العقاري إلا أن هذا النظام لا يمكن أن يطبق إلا إذا تم مسح أراضي التراب الوطني ذلك انه إذا كان القيد في السجل العقاري يمكن أن يعرف على انه مجموع الإجراءات والقواعد القانونية والتقنية التي تهدف إلى إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت أصلية أو تبعية منشئة كاشفة أو ناقلة أو مزيلة فإن هذه القواعد لا يمكن تنفيذها إلا بعد المسح الذي يتكفل بتحديد معالم الأراضي وتقسيمها إلى وحدات الملكية وإعطائها أرقام خاصة ورسم مخططاتها ، فالمشرع قد أخذ من واضح النصوص بنظام الشهر العيني ، لكن في الواقع لا يمكن تطبيق هذا النظام إلا تدريجيا مع تقدم عمليات المسح وهذا ما يعكس فعلا بنية المشرع بالاحتفاظ بالنظام الشخصي في المناطق التي لم يمسه المسح بعد ، وهو ما نصت عليه المادة 27 من أمر 74/75 السابق ذكره ¹.

و كخلاصة لما سبق نجد أن المشرع في حقيقة الأمر قد تبني نظام مزدوجا النظام الشخصي بالنسبة للعقارات الريفية التي لم تطبق عليها عمليات المسح بعد و نظاما عينيا إذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات أجريت فيها عمليات مسح الأراضي العام أو عقارات حضرية يمكن تعيينها بسهولة و بدقة زيادة على انه قد ترك بعض

¹ - جمال بوشنافة , المرجع السابق , ص 38.

المسائل التي تشكك في القوة الثبوتية المطلقة لنظام الشهر العيني كعدم إنصافه صراحة على عدم جواز التقادم المكسب في ظل هذا النظام وكذا إمكانية الطعن في قرارات المحافظ العقاري¹.

المبحث الثاني : وسائل تفعيل التقادم المكسب والغاية من الأخذ به في ظل السجل العيني

قد ينعقد الإجماع على عدم جواز التمسك بالتقادم أو بالحيازة في نظام السجل العقاري , إلا أنه من خلال دراستنا السابقة لنظامي الحيازة والتقادم المكسب نجد أنه إذا تمت الحيازة أي وضع اليد على عقار ما وتوافرت فيه جميع شروط التقادم المكسب يصبح هذا الأخير "التقادم المكسب" سببا رئيسيا لكسب الملكية والحقوق العينية الأخرى ، من خلال كل هذا تبقى مسألة مصير التقادم المكسب في ظل نظام السجل العيني محيرة وهذا ما سوف نحاول معالجته من خلال وسائل تفعيل التقادم المكسب التي وضعها المشرع الجزائري في ظل السجل العيني وصولا إلى الغاية من الأخذ به في ظل هذا النظام مع العلم أنه لا بد من مبدأ حظر التمسك بالتقادم في مواجهة صاحب الحق المشهر في ظل نظام الشهر العيني . إلا إن زاوية المناقشة المراد إثارتها في هذا العنوان تختلف عن المناقشة السابقة لمراعاة المبدأ السابق . ولكن بإبراز الوقائع العملية عند إعداد مسح الأراضي العام عمليا لواقعة الحيازة لأن العبرة بمآلات الأمور والنتائج القانونية المترتبة عن التقييم المتعلق بالحيازة والتقادم المكسب.

1 - جمال بوشنافة, المرجع السابق, ص 38.

المطلب الأول : وسائل تفعيل التقادم المكسب في ظل السجل العيني:

لقد أسس المشرع الجزائري قواعد ووسائل تفعيل التقادم المكسب للملكية في ظل السجل العيني ، ولقد جاءت

على سبيل الحصر بحيث يكون التقادم المكسب كأساس لكسب الملكية وهذا بطرق التالية :

- عن طريق الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد الانتهاء من عملية مسح الأراضي العام.

- عن طريق عقد الشهرة وشهادة الحيازة

- عن طريق اللجوء إلى القضاء

- عن طريق التحقيق العقاري

سوف نتطرق لهم بالتفصيل من خلال المجالات الأربع لتفعيل التقادم المكسب للملكية بما يلي :

الفرع الأول : عند الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد المسح :

أولا : الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية :

إن إجراء الشهر العقاري تتولاه مصلحة عمومية ألا وهي المحافظة العقارية وظيفتها الأصلية تتمثل في حفظ العقود

ومختلف المخرجات الخاضعة للشهر ، المتضمنة نقل أو إنشاء أو تعديل حق من حقوق الملكية أو الحقوق العينية

الأخرى سواء كانت أصلية أو تبعية ، وذلك بعد شهرها وقيدها بالمحافظة العقارية في مجموع بطاقات عقارية وقد

ركز المشرع على المهمة الأساسية للمحافظ العقاري والمتعلقة بمسك السجل العقاري وأكد على أن القيد في هذا

السجل هو الذي ينشأ الحق العيني ويمارس المحافظ السلطات المخولة له وذلك من خلال مراقبته لعملية سير

إجراءات الشهر العقاري باعتبارها الأداة القانونية لنقل الملكية العقارية

وهذا بعد استلامه للوثائق المودعة لدى المحافظ بعد عمليات المسح في كل بلدية ، وتتم معاينة هذا الإيداع بحضور تسليم يقوم بتحريره المحافظ والذي يتم شهره في ظرف 4 أشهر ويجب على المالكين والحائزين وأصحاب الحقوق إيداع جدول على نسختين حسب الحالة من قبل الموثق أو كاتب الضبط أو سلطة إدارية مصحوب بالسندات و العقود المثبتة للملكية.ومن خلال هذا يقوم المحافظ بتقسيم العقارات التي شملتها عملية المسح ويكون التقييم مختلف على حسب نوع السندات التي يودعها الحائزون أو المالكين وهذا التقييم إما يكون مؤقت أو نهائي :

1/ التقييم النهائي : إذا أظهر المالكين سندات رسمية أو أحكام قضائية مثبتة لحقوق الملكية أو عقود قانونية التي تحدد العقار محل الشهر تحديدا منافيا للجهالة ومنه فهذا التقييم يمكن من صاحبه الحصول على الدفتر العقاري الذي هو الوسيلة لإثبات الملكية بعد المسح .

2/ التقييم المؤقت : وهذا التقييم يكون في حالتين وهو موضوع دراستنا :

أ/ التقييم المؤقت لـ 4 أشهر :

جاء في نص المادة 1/13 من المرسوم 63/76 السابق ذكره على : >> يعتبر التقييم مؤقتا لمدة أربعة أشهر ، يجري سريلانها ابتداء من يوم التقييم بالنسبة للعقارات التي ليس لملكها الظاهرين سندات ملكية قانونية والذين

يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق المسح الأراضي حيازة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم

المكسب طبقا للأحكام القانونية المعمول بها في هذا المجال <<¹.

ومن خلال هذا يجوز أن يكون التقادم المكسب للملكية أساسا للإجراءات الأولية لشهر حق الملكية واكتسابها

وهذا ما أكدته المادة 89 المرسوم 63/76 السابق ذكره ، بحيث تقضي بجواز شهر حق الحائز إذا كان يخص

الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العقارية عند إنهاء عملية المسح ، ومن خلال هذه الحالة يجوز أن يكون التقادم

المكسب أساسا لهذا الإجراء². وإن لم يكن إجراء مسبق لهذه الحقوق ، وعلى المكلف بعملية المسح التأكد من

وضع اليد المكسب للملكية حيث تستند إلى تصريحات ذوي الشأن والمجاورين وأيضا من تاريخ بدئها ومن هو

واضع اليد الحقيقي وأيضا يثبت من صفة الحيازة على أنها هادئة ومستمرة وعلنية ومن هنا يأتي دور المحافظ ليتأكد

من كل هذه المعلومات لأنه هو المسئول عن الشهر.

ب/ : الترتيم المؤقت لسنتين :

من خلال ما جاء في المادة 14 من المرسوم 63/76 السابق ذكره إذ هو يتعلق بالترتيم بالنسبة للعقارات التي

ليس للمالكها الظاهرين سندات كافية وهم الملاك الظاهرين الذين لا يملكون سندات معترف عليها إلا أنهم

حائزون ولم يستطيعوا إثبات المدة القانونية لحيازتهم للعقار التي تمكنهم من اكتساب الملكية عن طريق التقادم

المكسب وإلا انه يمكن تقديم اعتراض لهذا الترتيم في مرور سنتين أو سحب الترتيم من المحافظة بعد ورود معلومات

1 - محمدي فريدة زواوي ,المرجع السابق ,ص 122.

2 - محمدي فريدة زواوي ,المرجع السابق ,ص 122.

تؤكد أن المالك الحقيقي ليس صاحب الطلب. ويمكن الأخذ بهذا التقييم لصالح الدولة إذ تسجل لفائدتها العقارات التي لا يجوزها أحد ولم يعرف لها مالك¹.

ثانيا: المنازعات التي يثيرها القيد الأول :

لقد جاء حسب نص المادة 15 من المرسوم 63/76 السابق ذكره على أن المنازعات المتعلقة بالتقييم المؤقت بنوعيه تكون أمام المحافظ العقاري وتكون حسب المدة المحددة قانونا بحسب الحالة ، إذ يقوم المحافظ باستدعاء الأطراف المعنية من خلال رسالة موصى عليها من طرفه الذي يقوم من خلالها بمحاولة إجراء الصلح بينهم ، وإن فشل يبلغ للطرف المعني وله أن يلجأ إلى القضاء في غضون ستة أشهر من تاريخ تبليغه ، وبالنسبة للأجل الذي حدده المشرع للطعن في التقييم المؤقت هو اجل لسقوط الحق في رفع الدعوى أمام القضاء وهذا لأن المشرع لم ينص على الأجل المسقط لرفع الدعوى إلا في ضمن كلامه عن التقييم المؤقت الخاص بالقيد الأول بعد المسح. إلا أنه لم يضع نفس الأحكام بالنسبة للقيد النهائي وهذا ما يجعلنا نفهم انه يمكن للغير أن ينازع في الحق المشهر وقت علمه به أمام القضاء دون أن يحدد آجال لذلك ومن خلال هذا لا بد للرجوع للأحكام العامة في القانون المدني ، وهذا هو الشيء الذي يهدد مبدأ القوة الثبوتية للشهر العيني ، إذ نجد أن أصحاب الحقوق المهذرة بالقيد الأول بعد انقضاء الأجل المسقط قانونا لا يكون لهم سوى المطالبة بالتعويض ضد من تسبب في هذا الإهدار وقد جاء في هذا الاتجاه قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا تحت ملف رقم 108200 مؤكدا على ما جاء سابقا >> إشهار الحقوق للحصول على دفتر العقاري ، لا يجوز فسخ تلك الحقوق وإبطالها إلا عن طريق المعارضة

1 - جمال بوشنافة, المرجع السابق , ص 136.

بدعوى قضائية مقبولة <<¹ , ويكون الاختصاص القضائي النوعي في هذه المنازعات حسب طبيعة الأطراف المتنازعة بحيث يكون القضاء العقاري إذا كان أطراف النزاع أشخاص يحكمهم القانون الخاص ، ويكون القضاء الإداري مختص نوعيا إذا كان الأطراف يحكمهم القانون العام "ولاية ، بلدية "

*أما المنازعات المتعلقة بإلغاء الدفتر العقاري تؤول إلى إختصاص القاضي الإداري على أساس أن الدفتر العقاري يشكل قرارا أداريا وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الذي استقر عليه مجلس الدولة² .

الفرع الثاني : عند عقد الشهرة وشهادة الحياة:

أولا : عقد الشهرة : (ملغى في 2008 الملغى بموجب الأمر 02/07 السابق الذكر) إن عقد الشهرة نظمه المرسوم 352/83 الذي يبين إجراء إثبات التقادم المكسب للملكية وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية إذ جاء لتطهير الملكية العقارية ، وجاء بعد تبني الجزائر لنظام الشهر العيني ، بموجب الأمر 74/75 السابق ذكره الذي تعرض لصعوبات في أعماله ، إذ جعل المشرع يبين هذا المرسوم الذي من خلاله تم تشجيع المواطنين الذين يجوزون عقارات شملت عملية المسح بأن يحصلوا على سندات تثبت ملكيتهم وهو جديد في التشريع الجزائري إذ أنه كان في الفترة الممتدة قبل صدوره لا يمكن أن يعتد بالتقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية إلا عن طريق التمسك به أمام القضاء . وبصدور هذا المرسوم أصبح يمكن أن يتمسك بالتقادم المكسب بطريقتين إما عن طريق المطالبة القضائية ، وإما عن طريق إعداد عقد الشهرة والذي حل محله إثبات

1 - مجيد خلفوني ,المرجع السابق ,ص ص 115-116.

2 - حمدي باشا عمر ومن معه , المرجع السابق , ص48.

التقادم المكسب عن طريق التحقيق العقاري وهذا بحسب ما جاء في نص المادة الأولى من هذا المرسوم. وقد جاء تعريف عقد الشهرة على أنه >> محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ، تتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب وبناءً على تصريح طالب العقد << فالحائز الذي يجوز حيابة قانونية مستوفاة لجميع شروطها يتقدم إلى الموثق طالبا تحرير عقد الشهرة وهنا يقوم الموثق بتحديد وضعية العقار القانونية كما يقوم بنشر إعلان طلب إعداد عقد الشهرة عن طريق لصقه بمقر البلدية التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار وكذلك على صفحات جريدة معينة لمدة 4 أشهر وهذا طبقاً للمادة 4 من المرسوم 352/83, ومن هنا لا بد لنا أن نشير إلى إشكال بخصوص عقد الشهرة ألا وهو مدى إمكانية الطعن فيه دون الاعتراض على تحريره بعد مضي 4 أشهر المنصوص عليها¹ نجد هنا قرار المحكمة العليا في اجتهاد سابق لها صادر من الغرفة المدنية قد اعتبرت عدم الاعتراض على تحرير العقد في خلال 4 أشهر يصبح العقد محصنا ولا يمكن الطعن فيه ، إلا أنها تراجعته وأكدت أنه يمكن الطعن في عقد الشهرة بالبطلان لأنه مجرد عقد تقريري وهذا ما أكدته الغرفة العقارية , ومن خلال كل هذا يمكن القول انه يكون التقادم المكسب للملكية أساسا للتملك وذلك عن طريق إعداد عقد الشهرة وذلك في الفترة الممتدة ما بين (2007/1983) أي بصدور قانون التحقيق العقاري.

1 - حمدي باشا عمر , محررات شهادة الحياة , دار هومة , الجزائر , 2001, ص 14.

ثانيا : شهادة الحيازة

إزاء الوضع المزري الموروث عن الاستعمار والمائل في قلة الأراضي التي ليس لها عقود موثقة جعلت من المشرع التدخل مرة ثانية بسند جديد وهو شهادة الحيازة في 1990 وهذا لتحديد السياسة العقارية. إذ يتبين لنا من خلال المادة 39 من القانون 25/90 السابق ذكره أن شهادة الحيازة هي سند حيازي يسلم من قبل رئيس البلدية المختص إقليميا لكل حائز وبمفهوم المادة 823 من القانون المدني بشرط أن يكون العقار محل طلب شهادة الحيازة من نوع الملك وفي منطقة غير ممسوحة , و لا تسلم هذه الشهادة في الأراضي الغير الممسوح ولكن لديها عقود مشهورة وقد نصت المواد اللاحقة على الشروط الموضوعية والشكلية الذي

يجب أن تتوفر في الشخص طالب هذه الشهادة ، ثم جاء المرسوم التنفيذي رقم 254/91

كتطبيقا للمادة 39 من قانون التوجيه العقاري. إلا أن المرسوم 254/91 جاء مخالفا للمادة 39 من قانون

25/90 الذي أحال عن القانون المدني في ما يتعلق بشروط الحيازة _ نص

في المادة 2 منه أن طلب الحيازة يكون ممن يمارس الحيازة ، طبقا لأحكام المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية

لمدة سنة فقط وتعتبر هذه المدة قصيرة نتيجة للآثار الهامة التي ترتبها شهادة الحيازة إذ هي تختلف عن عقد الشهرة

بحيث أنها تعتبر اسمية ولا يجوز التصرف فيها ¹.

1 - سماعيل شامة ,النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري, دار هومة ,الجزائر ,2002,ص 56.

ومن أهم الآثار التي ترتبها شهادة الحيازة وهو ما يهمننا في دراستنا هو الاحتجاج بالتقادم المكسب من أجل التصفية النهائية للوضعية القانونية للعقار, حيث أن الحائز الحاصل على شهادة الحيازة لا يتم التحقيق في حيازته ويعتبر حائزا حسن النية بسند يمكن له أن يكتسب العقار بالتقادم ويقتصر دور المسؤول في المسح في التحقيق والتثبيت من هوية الحائز. ومن خلال كل ما سبق يتضح لنا أن شهادة الحيازة قد تكون هي أيضا أساسا للتملك إذا استكمل الحائز المدة القانونية التي تمكنه من التملك عن طريق التقادم المكسب إذا يستطيع التوجه إلى الموثق من أجل إعداد عقد الشهرة. وشهادة الحيازة مدة شهر ولكن وفقا لنظام الشهر الشخصي على أساس أن العقار محل إعداد شهادة الحيازة واقع في منطقة غير ممسوحة¹.

الفرع الثالث : عند المطالبة القضائية :

هنا نكون أمام التملك بالتقادم المكسب الذي يثبتته حكم قضائي لفائدة الحائز .

حسب المادة: 827 من القانون المدني الجزائري: "يستطيع لكل حائز عقار حيازة قانونية أن يرفع دعوى قضائية ألا وهي _ دعوى الاستحقاق _ وهذا ضد كل من يريد منازعته في حيازته".

وهنا يكون على القاضي المطروح أمامه النزاع مراقبة و معاينة الملف التقني الذي على المدعي الحيازة إحضاره أمامه ألا وهو :

1 - سماعين شامة, المرجع السابق, ص 57.

1. مخطط الملكية معد من طرف خبير عقاري أو مهندس معماري ... وهذا للتأكد من مساحة العقار وتحديد معالمه.

2. شهادة من البلدية تثبت أن العقار لا يدخل ضمن أملاك البلدية و احتياطاتها العقارية .

3. شهادة من إدارة أملاك الدولة تثبت الطبعة القانونية والتي تكون من نوع ملك وليست أرض تابعة للدومين الخاص أو الدومين العام .

4- شهادة من المحافظة العقارية تثبت أن العقار محل النزاع ليس له أصل مشهر .

وعلى المدعي الذي صدر حكم لصالحه الذي يثبت الملكية عن طريق التقادم فإنه يجب عليه شهره في مجموع البطاقات العقارية حتى تنتقل إليه الملكية طبقا للمادة 793 ق مدي والمواد 16/15 من الأمر 74/75 ومن خلال ما سبق نجد أن الحكم القضائي يعتبر بمثابة السند الرسمي المثبت للملكية . بل حجته القانونية تسمو فوق حجية عقد الشهرة الذي سبق وأن قلنا انه يمكن أن يطعن فيه بالبطلان وهذا على خلاف الحكم القضائي النهائي إذ يعتبر سند رسمي قطعي لا يمكن إثبات عكسه ، ومنه يكون التقادم المكسب مستندا إلى حكم قضائي نهائي يجعل صاحبه في صفة المالك إذا ما كان الحكم نهائيا ، وشهرا على مستوى المحافظة العقارية¹ .

1 - حمدي باشا عمر, نقل الملكية العقارية, دار هومة, الجزائر, 2004, ص 38.

الفرع الرابع : عند إجراء التحقيق العقاري

هذا القانون جاء في محل عقد الشهرة والذي توقف العمل به منذ صدوره ومن خلال المشاكل التي سببها المرسوم

352/83 المتضمن عقد الشهرة بحيث جعل العديد من الاضطراب في

المعاملات العقارية وأصبح من السهل إعدادة عقد الموثق والادعاء بالملكية ولو كان واقع على عقارات تابعة للدولة

أو للخواص من خلال هذا حاول المشرع الجزائري سنه للقانون 02/07 لوضع حد لهذه المشاكل المتضمن

تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري والمرسوم التنفيذي له

147/08 بحيث يعتبر هو أحدث قانون جاء به المشرع في مجال تفعيل التقادم المكسب كأساس لكسب الملكية

إذ أن هذا القانون يهدف إلى تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية للحائزين الذين

يثبتون حيازتهم للعقار أو للحق العيني حيازة قانونية كما جاء في المادة الأولى منه ، وإجراءات معينة حق الملكية

يكون فقط على العقارات التي تشملها عمليات المسح وهذا حسب المادة الثابتة منه ، وذلك كما كان الأمر

بالنسبة لعقد الشهرة حيث وبمفهوم المخالفة فان العقارات الممسوحة والتي لها سندات مشهرة وفقا لنظام الشهر

العيني لا يمكن تملكها بالتقادم المكسب عن طريق إجراء تحقيق العقاري¹. وأما عن إجراءات التحقيق العقاري

جاءت في نص المادة 04 من القانون "يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي أن يمارس حيازة على عقار سواء

1 - حمدي باشا عمر , القضاء العقاري , دار هومة , الجزائر , الطبعة 2006,06, ص 277.

بنفسه مباشرة أو بواسطة شخص آخر، أو يجوز سند ملكية كما هو مبين في المادة 02 من هذا القانون، أن يطلب فتح تحقيق لمعاينة حق ملكيته وتسليمه سند الملكية¹.

إذ يجب أن يحتوي الطلب على معلومات كافية حول هوية مقدم الطلب وعنوانه وصفته القانونية التي يجوز بها العقار و يحدد في طلبه كل الحقوق والأعباء و الارتفاقات الموجودة على العقار و هذا حسب المادة 3 من الرسوم التنفيذية 147/08 , ويدقق بطلب أيضا مخططا طبوغرافيا للعقار وبطاقة وضعية للعقار.

والحقق العقاري هو من يتولى عملية التحقيق العقاري الذي يعينه مسؤول الحفظ العقاري حسب المادة 9 من الأمر 09/87 و عملية التحقيق يمكن أن تكون جماعية تشمل عدة أشخاص وتكون بناء على قرار من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي وهذا حسب المادة 07 من الأمر 02/07 وأيضا تحدد المادة 7 من المرسوم 147/08 أجل 15 يوم كأجل أقصى لإيداع الأشخاص المعنيين للوثائق المطلوبة على مستوى إدارة الحفظ العقاري وعلى المحقق أن ينتقل إلى مكان العقار من أجل تلقي تصريحات المعني والتحقق من

حيازته وبعد الانتهاء من هذه العملية يقوم بتحرير محضر يدون فيه نتائج التحقيق. ومن هنا إذا كان للغير اعتراض بخصوص المحضر يقدمه في السجل خاص لهذا الفرض حسب ما جاء في المادة 11 الأمر 02/07 وفي حال وجود نزاع بين شخصين أو أكثر من إثر التحقيق العقاري لهم اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم قضائي يفصل في النزاع. ومن خلال ما تقدم من تصريحات وأقوال وشهادات ووثائق التي توصل إليها المحقق وذلك بأن صاحب

1 - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 278.

الطلب يمارس حيازة قانونية من شأنه الحصول على حق الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقاً لأحكام القانون المدني فإنه يعترف له بأحقية على العقار محل التحقيق وتسليم المعني سند الملكية. ولا بد من توضيح أن سند الملكية

الذي هو نتاج لعملية التحقيق العقاري بشهر وفق نظام الشهر الشخصي ، وذلك إلى غاية إتمام عمليات المسح الأراضي العام إذا انه بعد ذلك يرقم العقار ترقيماً نهائياً يسلم إثره الدفتر العقاري¹.

المطلب الثاني : الغاية من الأخذ بنظام التقادم المكسب في ظل السجل العيني .

تفترض عملية تحديد الغاية من الأخذ بنظام التقادم المكسب في ظل السجل العيني معرفة أولاً الأملاك العقارية التي تقبل لأن تكون محلاً للتملك بهذه الوسيلة .

أما ثانياً لا بد من تحديد أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام السجل العيني ألا وهما :

- مبدأ القوة الثبوتية للشهر

- مبدأ حظر تملك الحقوق المشهورة بالتقادم المكسب

* فمبدأ القوة الثبوتية للشهر هو قرينة قاطعة للملكية بحيث يصبح صاحب الحق في أمان من أن ترفع ضده أي دعوى لأن الشهر يطهر التصرف من كل عيب .

1 - حمدي باشا عمر, القضاء العقاري , المرجع السابق, ص 279.

* وأما مبدأ حظر التملك للعقار المشهر بالتقادم المكسب :معناه أن الحائز له هو المالك الفعلي للعقار المشهر ولا يمكن للغير وضع اليد عليه .وسوف نتطرق للإشكالية المرتبطة بحظر أو عدم حظر التقادم المكسب وموقف كل من المشرع والقضاء الجزائريين من فكرة التملك بالتقادم المكسب في ظل الشهر العيني¹.

الفرع الأول : مدى خضوع الأملاك العقارية الوطنية الخاصة للتقادم المكسب .

أخذ دستور 1989 "المعدل والمتمم" بمبدأ ازدواجية الأملاك الوطنية وازدواجية الملكية ،

بحيث تم تصنيف هذه الأملاك إلى أملاك وطنية عمومية وأملاك وطنية خاصة وتضمن قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 تكريس لنفس المبدأ .ومنه فإذا كانت الأملاك العقارية الوطنية تخضع للقواعد التقليدية للحماية المتمثلة في عدم القابلية للتصرف والحجز والتملك بالتقادم ، اعتبارا على معيار الوظيفة التي يؤديها المال العقاري العام² ، فمن هنا هل أن الأملاك العقارية الوطنية الخاصة تخضع لنفس قواعد الحماية ومن ثم لا تخضع للاكتساب بالتقادم مهما طال مدة وضع اليد ؟

نصت المادة : 4 من قانون 30-90 المتضمن الأملاك الوطنية على انه : >> الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز تخضع إدارة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة والتصرف فيها لهذا القانون ولأحكام النصوص التشريعية المعمول بها << فهل هذا يعني بمفهوم المخالفة أن الأملاك العقارية الخاصة تخضع للتملك بالتقادم المكسب ؟

1 - جمال بوشنافة, المرجع السابق, ص 30.

2 - محمودي عبد العزيز, آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري, المرجع السابق, ص 104-105.

إن التعريف السلي للأملاك العقارية الخاصة بمفهوم المادة 2/3 من قانون 30/90 المتضمن للأملاك الوطنية ، بوصفها أملاك تؤدي وظيفة امتلاكية ويمكن أن تكتسب بالوسائل العادية للتملك في القانون الخاص قد تؤدي إلى قبول الأخذ بفكرة قابلية هذه الأملاك للتقادم المكسب ، طالما أن المشرع لم يمنع صراحة في قانون الأملاك الوطنية هذه القاعدة ، إلا أن تفسير المادة 689 من القانون المدني التي جاءت في ظل فلسفة تشريع اشتراكية ، وعدم التطابق الكلي للنظام القانوني للأملاك الوطنية الخاصة مع المبادئ القانونية التي تحكم الملكية الخاصة باعتبارها أملاك قد تؤدي إلى تشغيل مرافق عمومية أو بحد ذاتها غير قابلة للتصرف مطلقا مثل العقارات التي تكتسب طابع تاريخي وأثري والعقارات التي تم تخصيصها، يؤدي إلى حظر تملك هذه العقارات الخاصة التابعة للأملاك الوطنية لقواعد التملك بالتقادم المكسب ، في انتظار تدخل المشرع بتعديل القانون المدني وقانون الأملاك الوطنية ، وإضافة مواد صريحة تعمل الحظر في مثل هذه الملكيات¹.

الفرع الثاني: الإشكالية المرتبطة بحظر أو بعدم حضر التقادم المكسب في مواجهة صاحب

الحق المشهر:

أولا : الاتجاه المؤيد لفكرة عدم حظر التقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر : "نسبية الأخذ بمبدأ القوة الشبوتية " : يرى أصحاب هذا الاتجاه انه لا يمكن بأي حال من الأحوال إلغاء أحكام التقادم المكسب التي جاء بها القانون المدني طالما لا يزال بالإمكان أعماله ، إذ أنه هناك من يرى بأنه ليس من طبيعة

1 - محمودي عبد العزيز, آليات التطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري, المرجع السابق, ص 105.

السجل العيني ما يؤكد حظر التقادم المكسب وعدم الاعتداد به كسبب من أسباب كسب الملكية ، ومستندهم أن القوة المطلقة للقيد في السجل العيني تتطلب قيد الحقوق العينية الواردة على العقار إذ ينشأ على عدم القيد أن الحق لا ينشأ ولا ينتقل ولا يتغير ولا يزول¹ 'وأساس هذا الرأي انه لا يمكن تصور القوة الثبوتية لنظام الشهر العيني ما لم يتم اكتمال عملية المسح العام للأراضي وإعداد السجل العقاري مثل ما هو في بلادنا .

ومن الركائز التي بنى عليها أصحاب هذا الاتجاه رأيهم هي كالتالي :

1- لا يوجد في نظام الشهر ما يوجب حظر التقادم المكسب بحيث يمكن إزالة التعارض القائم بين القوة الثبوتية للشهر وبين الاعتداد بالتقادم المكسب كسبب من أسباب الملكية العقارية وهذا إذا أشهرت الحقوق الناشئة عن وضع اليد على العقار بشرط ألا تؤدي الحيازة إلى اكتساب صاحبها ملكية العقار بمجرد انقضاء مدة حيازته ، إذ لا بد على واضع اليد أن يطلب من إدارة السجل العيني شهر حقه بعد إجراء عملية التحقيق العقاري .

2- إن عدم الاعتداد بالتقادم يمكن أن يؤدي إلى استقرار حالات تكون مخالفة لما جاء به السجل العيني ، وهذا مثلاً عند غياب أو اختفاء المالك الأصلي للعقار ، بحيث يتم بطبيعة الحال انتقال الملكية من يد تاركها إلى من وضع اليد عليها ، فإذا توفي المالك الأصلي على سبيل المثال الذي تم قيد الحق له ، فهنا تنتقل ملكية العقار بقوة القانون إلى ورثته وإن لم يقيد ورثته الملكية باسمهم فيجوز في هذه الحالة اكتسابها بالتقادم .

1 - عصام أنور سليم ، التملك بالتقادم المكسب على خلاف الثابت بالسجل العيني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2003 ، ص 49-50.

3- هناك تشريعات دولية تبنت نظام الشهر العيني وعلى رأسها ألمانيا وبقيت على فكرة أعمال التقادم المكسب إذ جاء في المادة 927 قانون مدني الألماني: "لا تعتد بمبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر يسري التقادم ضد المالك المقيد إذا توفي أو غاب، شرط أن يستمر وضع اليد ثلاثين سنة مع استمرار أمر من القضاء". أي لا بد أن تكون مدة الحياة للعقار 30 سنة. والجدير بالذكر في هذا الصياغ أنه كان معمول بالتقادم المكسب كسبب لكسب الملكية في القانون المصري وهذا من عدم التمييز ما إذا كان العقار محل وضع اليد مشهر أو لا، إلا أنه بدخول السجل العيني حيز التنفيذ سنة 1964 الذي جعل التقادم أمر غير مقبول إذا كان واقفا خلافا لما هو ثابت بالسجل العيني حيث يعتبر هذا القانون ثورة في نظام الشهر. وهذا بحسب ما جاء بالمادة 2/37 بنصها على عدم أعمال التقادم المكسب: "لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل العيني"، وبقي على هذا الحال إلى غاية تدخل الحكومة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة السابقة بتاريخ 1998/06/06 ومنه أصبح معتدا بالتقادم المكسب للملكية بعدم الأخذ ما إذا كان العقار الواقع عليه وضع اليد مسجل بالسجل العقاري أم لا وبهذا أعيد العمل بنصوص القانون المدني أي النصوص العامة الذي يقر صراحة بالتقادم بصفة عامة دون تحديد العقار ما إذا كان مشهر أو لا¹.

من خلال هذا الاتجاه يتضح لنا جليا أنه يقوم على اعتبارات موضوعية تهدف إلى استقرار المعاملات بغرض إمكانية مراجعة مبدأ القوة الثبوتية للشهر وإلا نكون مجبرين على تغليب الوضع الظاهر الذي يظهر به الحائز المغتصب للملكية على الوضع القانوني الحقيقي للمالك الأصلي الغائب. وأيضاً لا بد من ذكر بعض الأملاك التي

1 - عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 42-56.

تفرض علينا التسليم بنسبية الأخذ بمبدأ القوة الثبوتية للشهر ألا وهما الأملاك الوطنية والأملاك الوقفية اللذان يخرجان عن دائرة التملك بالتقادم أصلاً ، إلا أنه إذا سلمنا بهذا المبدأ كامل فإنه يحدث خروقات و اغتصاب لأملاك كل من الدولة و الحبوس بحيث لا يمكن استردادها في حال ما إذا تم حيازتها وشهرها ومنه فإن الأخذ بالأثر التطهيري للشهر ليس معناه لا أهمية للسجل العيني ولمسح الأراضي ، بل الغاية هو حماية أملاك الدولة العامة والخاصة والأملاك الوقفية من اغتصاب الأشخاص لها ، وأيضاً حماية الملاك الأصليين من حظر تعرض ممتلكاتهم للتملك بالتقادم.

ثانياً: الاتجاه المؤيد لفكرة حظر التقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر:

أصحاب هذا الاتجاه يرون انه لا بد من إبقاء حظر التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني معتمدين في ذلك على مبدأ القوة الثبوتية فهو يعتبر أهم ركيزة يقدم عليها نظام السجل

العيني ، حيث أن إعمال التقادم المكسب بعد إقامة السجل العيني يؤدي إلى إهدار الاستقرار الذي يعد من أهداف التقادم في حد ذاته ويزعزع قوة الائتمان العقاري ويعرقل حركة التعامل على العقارات خشية أن يكون هناك من اكتسب حقوقاً عليها خلافاً لما هو ثابت بالسجل العيني أي يصبح صاحب الحق مهدد في أي لحظة من خطر اغتصاب حقه وبالتالي ضياعه ، فحجية الشهر هنا تستدعي حتماً استبعاد الأخذ بنظام التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني الذي يؤدي على عدم تحقيق هدفه في حال الأخذ بالتقادم المكسب¹.

1 - محمودي عبد العزيز ، آليات التطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص 106.

ويعزز أصحاب هذا الاتجاه موقفهم من خلال عدة مبررات أهمها :

- 1-أساس الشهر العيني عدم الإعمال بالتقادم المكسب أي أنه يعتبر مالكا للعقار كل من له سند مشهر في المحافظة العقارية .
- 2-الشهر بالسجلات العقارية يقتضي بعدم أعمال التقادم المكسب كسبب لكسب الملكية وهذا لأنه يؤدي إلى اكتساب حق بطريق يخف على الغير ويصعب التحقق منه .
- 3-التقادم المكسب يعتبر بمثابة جزاء فرضه القانون كل المالك المهمل لمالكته لمدة طويلة لهذا جعل من الحائز في مرتبة أحسن وفضله على صاحب الحق المهمل .
- 4-إن تفعيل التقادم المكسب يعد حتمية لإثبات ملكية واضع اليد الذي تعذر عليه الحصول على سندات سلفه لإثبات ملكيتهم لان الحصول عليها يعتبر مستحيلا مع مرور زمن بعيد.
- 5-إن العمل بالتقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني يجعل من البيانات الواردة فيه غير مطابقة للحقيقة مع ما قد يترتب على ذلك من إهدار الثقة العامة إذا وجد في السجلات مالك معين للعقار في حين أن الملكية في نفس الوقت لشخص آخر حائز¹ .

1 - محمودي عبد العزيز, آليات التطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري, المرجع السابق, ص 106.

الفرع الثالث : مدى الأخذ بالتقادم المكسب في الملكيات العقارية المشهورة والممسوحة

بتفحص المواد المتعلقة بالتقادم المكسب الواردة في الأمر 58/75 المتعلق بالقانون المدني " المعدل والمتمم " نجد أن المشرع لم يمنع صراحة التمسك بالتقادم المكسب على عقارات مشهورة ، على خلاف بعض التشريعات المقارنة التي أفردت مواد خاصة تمنع من خلالها إعمال التقادم المكسب في الملكيات العقارية المشهورة بالسجل العيني. إن القانون المدني صدر قبل الأمر 75-74 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري ، والذي تبني صراحة نظام الشهر العقاري العيني¹.

حيث كان من المفروض أن يتبعه حظر العمل بالتقادم المكسب في العقارات الممسوحة ، كما ورد بالمرسوم رقم 83-352 المتضمن سن إجراء التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الذي أعطى الحائز للعقارات من نوع الملك في المناطق غير الممسوحة تطبيقا للمادة 827 وما يليها من القانون المدني ، إمكانية تحرير عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب فمن هنا بصدور هذا المرسوم لا يمكن التمسك بالتقادم المكسب في وجه ملكيات مشهورة بالسجل العقاري؟ وما مصير الملكيات الممسوحة التي أهملها أصحابها لمدة تفوق 10 سنوات ؟

1 - محمودي عبد العزيز, آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري, المرجع السابق, ص 105-106.

ولالإجابة على هاتين الإشكاليتين لابد من توضيح مايلي :

1-جواز التمسك بالتقادم المكسب في الملكيات المشهرة :

لقد صدر الأمر 58-75 المتعلق بالقانون المدني خاليا من أي مادة صريحة تمنع التمسك بالتقادم المكسب على

ملكيات مشهرة، وهو منطوق مقبول في ظل نظام الشهر الشخصي الموروث عن التشريع الفرنسي ، مما دفع الكثير

من الفقه إلى القول انه لا يوجد ما يمنع تقديم طلب التمسك بالتقادم المكسب حتى على ملكيات عقارية مشهرة

ما دام أن المالك قد أهمل ملكيته . بيد أن المشرع لم يغفل الإشارة إلى وجوب مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر

العقاري في أي تصرف يرد على عقار أو حق عيني عقاري بما ينسجم والأحكام الجديدة التي أقرها الأمر 75-

74 مما يدفع إلى إثارة مدى قبول اكتساب العقار المملوك، بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية بالتقادم

المكسب؟¹. بموجب المادة 27 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل

العقاري ، تم تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي في تلك البلديات التي لم تخضع بعد لعملية مسح الأراضي

، بحيث تفهرس انتقاليا لحقوق العينية العقارية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي باسم

المالكين ، وهو امتداد لنظام الشهر الشخصي الموجود أثناء الاستعمار ، بخلاف نمط الشهر العيني الجديد المعلن

عنه بالمرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري لكل العقارات التي مستها افتتاح عمليات المسح

العام للأراضي . وقد بدأت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا عدة قرارات تقر فيها بمبدأ التقادم المكسب دون تمييز بين

1 - محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، ص 107.

العقار المملوك بسند عرفي أو سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية ونفس الاتجاه اتخذته الغرفة العقارية التي أقرت بمبدأ جواز إعداد عقد الشهرة على ملكيات لها سندات مشهورة .

2-حظر تملك العقارات الممسوحة بالتقادم المكسب:

اعتمد المشرع بموجب الأمر رقم 75-74 السابق ذكره ، نظام شهر عيني يقوم على أساس

المسح العام للأراضي من اجل التحديد الدقيق لكل وحدة عقارية ، يتناول أحكام جديدة تضمن ضبط الملكية

العقارية والحفاظ عليها من خلال إخضاع كل التصرفات الواردة على عقار أو حق عيني عقاري لعملية الإشهار

العقاري ، بحيث لا يكون لإنشاء أو لتعديل أو زوال أي حق عقاري لا بين الأطراف المتعاقدة ولا اتجاه الغير إلا

من تاريخ ثبوت عملية الإشهار بالمحافظة العقارية . وكان من المفروض أن يتضمن هذا النظام الذي كرسه الأمر رقم

75-74 مادة صريحة تمنع اكتساب العقار الممسوح بالتقادم كما هو معمول به في بعض التشريعات المقارنة¹ .

فهل يفهم من إغفال المشرع لهذه المسألة إمكانية اكتساب الحق العيني في العقارات الممسوحة بالتقادم المكسب ؟

يعتبر نظام الحفظ العقاري العيني أداة قانونية لتطهير الملكية العقارية وضبطها بما يضمنه من قوة ثبوتية مطلقة

للحقوق العينية العقارية المدونة فيه اتجاه الغير ، على أساس تخصيص البطاقة العقارية تقيدها فيها جميع المعلومات

الخاصة بالطبيعة القانونية وحدود الوحدة العقارية الخاضعة للتقييم و إجراءات المسح ، زيادة على ما تضمنته كل

التصرفات اللاحقة الأصلية والتبعية أثناء التأشير بها على البطاقات العقارية بما يضمن التطابق بين السجل العقاري

والدفتر العقاري المسلم للمالكين.

1 - محمودي عبد العزيز ,آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ,ص 108-109.

إن خاصية التقييد المطلق تجعل من الشهر بالمحافظة العقارية المختصة مصدر لكل الحقوق العينية العقارية مما يضمن الأثر التطهيري لنظام الشهر العيني تدعيماً للائتمان العقاري بين المتعاملين وعدم زعزعة الحقوق العينية الثابتة بالسجل العقاري .

هذه الحقوق العينية التي تمت معاينتها بناء على وثائق مسح الأراضي المودعة لدى المحافظ العقار التي تشكل الأساس الذي يعتمد عليه أثناء التقييم المؤقت أو النهائي لتسليم الدفاتر العقارية , إن هذه الخصائص التي تتميز بنظام السجل العقاري تتعارض مع اكتساب العقار الممسوح نهائياً أو في طور المسح بالتقادم المكسب من حيث الأسباب التالية :

1) تتطلب عملية إحصاء وضبط حقوق الملكية العقارية للملاك و الحائزين أموالاً ضخمة من نفقات الخزينة العمومية أثناء إعداد المخططات المسحية على مستوى إقليم كل بلدية وبالنتيجة لا يعقل العمل بجواز اكتساب العقارات التي شملتها هذه الأعمال ،وزعزعة استمرار الملكية العقارية التي كانت هدفاً من فتح أعمال المسح .

2) يؤدي تسلم المحافظ العقاري لوثائق المسح إلى الشروع في تسليم الدفاتر العقارية للمالكين، والذي يعتبر السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية ،خلافاً لقبول تملك الغير للعقار الممسوح الذي يؤدي إلى نتيجة غير منطقية بوجود مالكين إثنين لعقار واحد .

3) إن خطر التقادم المكسب في الأراضي الممسوحة يؤدي بالضرورة إلى التطابق بين الواقع المادي والواقع القانوني للعقار

4) إن مفهوم المخالفة للمادة 47 من قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري التي تنص على: "تضمن الوضعية القانونية التي تنطبق على العقارات المعينة بشهادة الحيازة التي أسسها هذا القانون بمناسبة أشغال إعداد مسح الأراضي العام وتكوين السجل العقاري¹.

الفرع الرابع: موقف المشرع والقضاء الجزائريين من فكرة التملك بالتقادم المكسب في ظل

الشهر العيني

أولا: موقف المشرع الجزائري:

ما يهمنا في دراستنا هو موقف المشرع الجزائري من فكرة التملك بالتقادم المكسب في ظل الشهر العيني على خلاف التشريعات العربية المقارنة التي تقر صراحة على مبدأ حظر أعمال التقادم المكسب على الحقوق المشهورة سواء في القانون المدني أو في بعض القوانين الخاصة التابعة لهم , فبخصوص المشرع الجزائري فإنه بموجب الأمر 58 /75 المتضمن القانون المدني بنصوص مواده 829/827/821 التي تنص على أن التقادم المكسب يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى بعدم تحديد ما إذا كان الحق محل وضع اليد مشهرا أو غير مشهرا . ومنه فإن هذه النصوص جاءت عامة ومن خلال ما جاء به القانون المدني من قوانين عامة كمرحلة أولى جاء بعدها مباشرة الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والذي تبني نظام الشهر العيني ، ومن ثم جاء المرسومين التنفيذيين المطبقين له (مرسوم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي

1 - محمودي عبد العزيز، آليات تطهير سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 110.

والمرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وبقراءتنا لهم لا نجد ما ينص على عدم إمكانية تملك الحقوق العينية المشهورة بالتقادم وهذا لسببين :

1/ بما أن القانون المدني هو الشريعة العامة وقد جاء في نصوصه ما يسمح بالتقادم المكسب إذا استوفى الحائر جميع شروط الحيازة وذلك بعدم التفريق ما إذا كانت العين المحازة مشهورة أم لا .

2/ بصدور الأمر 74/75 والمرسومين 62/76 و63/76 لم يحسنوا الأمر ولم يزيلوا اللبس الذي أثارته النصوص العامة للقانون المدني .

ومن هذين السببين لا بد علينا من الرجوع إلى النصوص العامة وهذه القاعدة : أنه إن لم يوجد نص في القانون الخاص ينظم مسألة معينة فإنه لا بد بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني , ولقد بقي كل هذا الحال إلى

غاية تدخل المشرع الجزائري في هذا المجال بلطرسوم التنفيذي 352/83 الذي بين إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة (الذي ألغي بالأمر 02/07 السابق الذكر)

الذي أقر إمكانية تملك العقار عن طريق التقادم المكسب في المناطق التي لم تشملها عمليات المسح وبمفهوم المخالفة فإن الأراضي التي شملتها عملية المسح أي التي يطبق فيها نظام الشهر العيني يمكن أن تكون محلا للتملك عن طريق التقادم المكسب¹. و من خلال النصوص العامة للقانون المدني التي تقر بأنه يمكن التملك بالتقادم على

أي عقار سواء كان ممسوح أو غير ممسوح وهذا ما وجد أيضا في نصوص الأمر 74/75 الذي

1 - جمال بوشنافة , المرجع السابق , ص 59.

تبين بدوره الشهر العيني والذي كان يركز أساساً على مسح الأراضي العام ومنه نجد أن المرسوم 352/83 أقر صراحة إمكانية التملك أي عقار من نوع ملك عن طريق التقادم في المناطق التي لم تشملها عملية المسح¹. ومن خلاله نجد أن الأراضي التي شملتها عملية المسح أي التي يطبق فيها نظام الشهر العيني لا يمكن أن تكون محلاً للتملك عن طريق التقادم المكسب وبقرائنا للمرسوم 352/83 نجد أن المشرع وضعه كمحاولة منه باستدراك الوضع إلا أنه لم يحسم مسألة فيما يمكن التملك عن طريق التقادم المكسب على عقار سواء كان مشهوراً أولاً كما ورد في القانون المدني وهذان السببان التاليين هما :

1/ إن كل ما جاء به المشرع من استثناء وتخصيص و الذي قام من خلاله بحظر مجال إعمال التقادم المكسب عن الأراضي الغير مسموحة فقط إلا إن هذا الاستثناء لم يرد في القانون المدني الذي هو الشريعة العامة ولا في الأمر 74/75 و تماشياً مع مبدأ توازي الأشكال فإن القاعدة القانونية التي تستمد بموجب أمر لا بد أن تسمو على القاعدة التي تستمد بموجب مرسوم وبالتالي نلتزم أنه كان من المفروض على المشرع إما أن يتدخل بموجب قانون مستقل يضع من خلاله استثناء كل ما جاء به القانون المدني وما كان عليه وضع تعديل في مواد القانون المدني وإما كان عليه نص بصراحة على إن مجال الأعمال التقادم يكون على الأراضي الغير المسموحة فقط في نصوص الأمر 74/75 السابق الذكر .

2/ لقد استثنى المشرع بموجب المرسوم 352/83 العقارات والأراضي التي مستها عملية المسح في مجال التملك عن طريق التقادم المكسب

1 - جمال بوشنافة, المرجع السابق, ص 57.

ومن خلال كل ما سبق ذكره يجعلنا نسلم أن المشرع الجزائري يقر إمكانية اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في المناطق التي يطبق فيها الأمر 74/75 والمرسومان التنفيذيان له وهذا لخلوهما من نص صريح يمنع ذلك . كل هذا كان بالنسبة للفترة الممتدة من 1975 إلى 2007¹. إلى أن صدر الأمر 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007. الذي يتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري الذي يعتبر القانون الأحدث الذي لم يحسم الجدل القائم ولم يأتي بجديد ولم يضع حلول للمشاكل العالقة الذي خلفها المرسوم 352 /83 المتعلق بعقد الشهرة وإنما نقل اختصاص عقد الشهرة من الموثق إلى المحافظ العقاري .

ثانيا : موقف اجتهاد القضائي الجزائري :

إن النزاع القانوني الذي وقع فيه المشرع الجزائري من خلال عجزه عن حسم مسألة تملك العقارات المشهورة بالتقادم المكسب جعل الاجتهاد القضائي الجزائري على مستوى المحكمة العليا ومجلس يتدخل لحسم المسألة وإيجاد حلول لها. إلا أننا نجد أن الاجتهاد القضائي الجزائري انقسم إلى اتجاهين كل منها وضع أسبابا له ألا وهما :

الاتجاه الأول :

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأنه لا يمكن لوضاع اليد على العقارات المشهورة أن يكتسبها بالتقادم المكسب وذلك مهما طال أمد هذا الوضع , وذلك لان المشرع الجزائري تبنى نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 وهذا

¹ - جمال بوشنافة , المرجع السابق , ص 58.

النظام يقوم على مبدأ أساسي وهو القوة الشبوتية للشهر , ولأن الحيابة قرينة على الملكية والملكية الثابتة بالشهر , وكسب الملكية بهذه الحالة تفقد الشهر العيني قوته الشبوتية.

هذا الاتجاه تبنته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرارها 129947 الصادر بتاريخ 1998/03/09 والذي جسدت فيه عدم إمكانية تملك العقارات المشهورة بالتقادم المكسب وخلص فيه إلى أنه لا يخضع العقار المملوك بسند رسمي ومشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب , والعقار الذي ليس له مالك بسند رسمي هو الذي يكون محلا للتقادم المكسب.

الاتجاه الثاني : يرى هذا الاتجاه بأنه التقادم المكسب الطريق لإثبات ذو دلالة قاطعة في ثبوت الملكية العقارية أي أنه متى ادعى شخص بأنه يحوز عقار لمدة 15 سنة أو 10 سنوات ويتوافر شروط الحيابة القانونية فإنه يصبح هذا الأخير مالكا للعقار بالتقادم المكسب

ويعتبر دليلا قاطعا على ملكيته له وهو حجة على الناس كافة بما فيهم المالك الأصلي للعقار¹ . وعليه وحسب هذا الاتجاه فإن التقادم المكسب هو طريق استثنائي لكسب الملكية العقارية و من ثم فلا مانع أن ترد عقود مشهورة على عقارات لها سندات ملكية مشهورة .

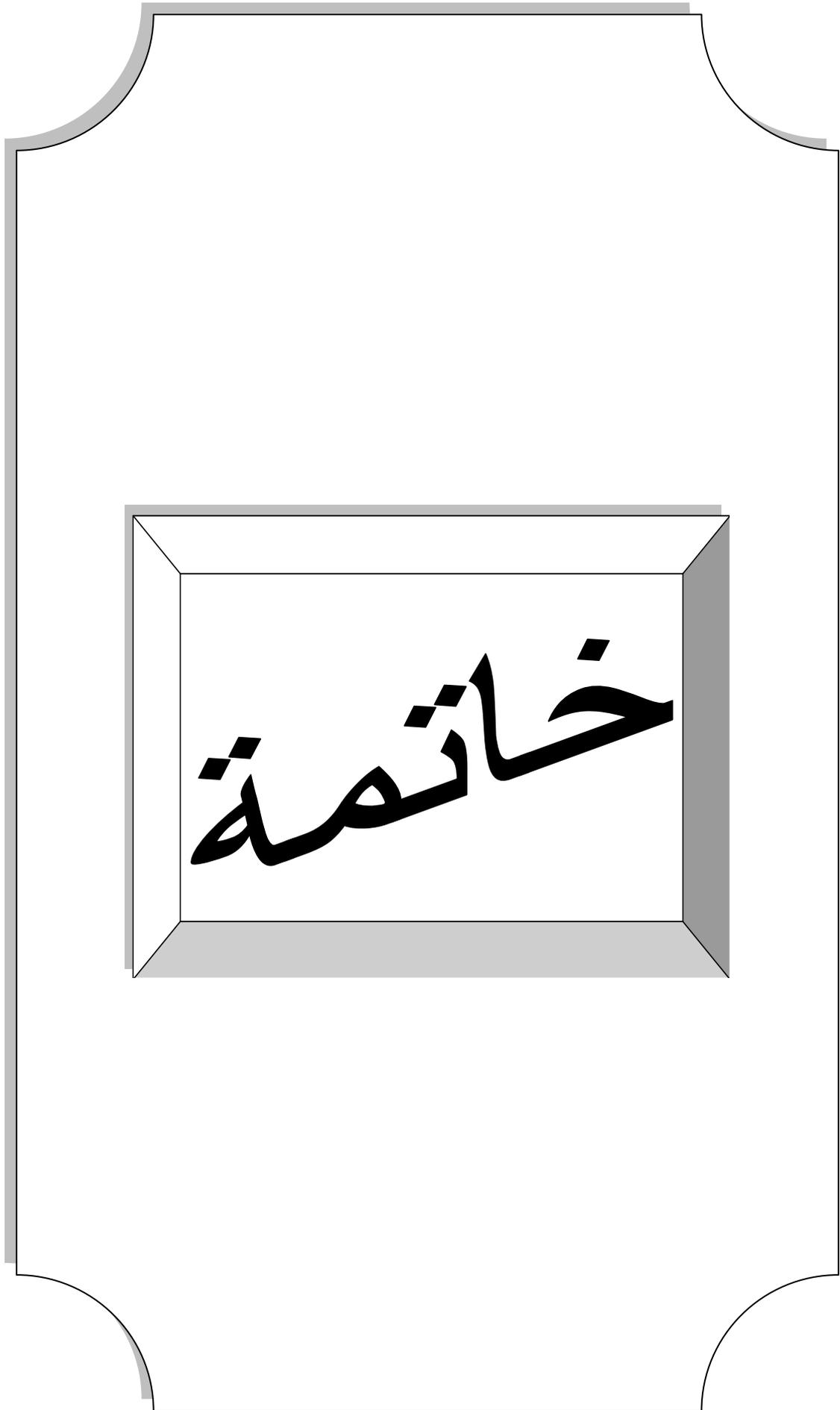
وفي هذا النحو أصدرت الغرفة المدنية للمحكمة العليا عدة قرارات أقرت بموجبها مبدأ التقادم المكسب , وذلك دون التمييز بين العقار المملوك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية أو الذي ليس له مالك , منها القرار رقم 23782 المؤرخ في 1982/04/14 والذي جاء فيه مايلي " من المقرر قانونا أن كسب الحقوق العينية المنقولة

1 - حمدي باشا عمر , نقل الملكية العقارية , المرجع السابق , ص ص 40 - 41 .

أو غير المنقولة بالتقادم وفق أجله الطويل أو القصير تتم إذا كانت الحيازة مستمرة وغير غامضة وخالية من العيوب ومستندة إلى سند صحيح ومن ثم فإن القضاء لما يخالف المبدأ يعد تطبيقا خاطئا للقانون .
 وأيضا ما جاء في القرار 104967 المؤرخ في 1993/11/10 بمابلي : " ومن المقرر قانونا أنه من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار ذلك ملكا له إذا حيازته له مدة 15 سنة دون انقطاع " .

إن ما يمكن التوصل إليه فيما يخص موقف الاجتهاد القضائي الجزائري في مسألة التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر وفي غياب نصوص قانونية صريحة تحظر إعمال التقادم المكسب على عقارات أو حقوق مشهورة هو الرجوع إلى نصوص القانون المدني والتي عامة فهي لا تستثني العقارات المشهورة أو غير المشهورة وأن القانون المدني هو الشريعة العامة وخاصة المستقر عليه في مثل هذه الوضعيات هو أنه لا تخصيص بدون مخصص¹ .

1 - حمدي باشا عمر , نقل الملكية العقارية , المرجع السابق , ص 43.



خاتمة :

ختاما لهذا الموضوع نرى بأن المشرع الجزائري قد أخذ بكل من الحيابة العقارية و التقادم المكسب هما مصدرين وآيتين لكسب الملكية العقارية و الحقوق العينية الأخرى ونجد عمليا أن الحيابة التي مآلها الملكية بمختلف مددها القانونية فهي واقعة مادية و سيطرة فعلية على عقار ما . حيث قضت أحكام المشرع عند منح كل من الحيابة و التقادم حمايته القانونية و حول لهما حق رفع دعاوى لنصرة الحائز بما حاز و الدفاع بكل ما يعترضه أو يهدده في حيازته ، و بموجب الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و إعداد السجل العقاري تبني المشرع الجزائري نظام الشهر العيني كأصل عام وجاء بالأمر 02/07 المتضمن التحقيق العقاري و ذلك من اجل تشجيع الأشخاص الحائزين للعقارات أن يتحصل على سندات ملكية عن طريق التقادم المكسب .واستثناءا أبقى العمل بنظام الشهر الشخصي الذي ورثه عن الاستعمار الفرنسي و ذلك كمرحلة انتقالية إلى غاية إعداد مسح الأراضي على مستوى كامل بلديات الوطن ، بهدف تأمين الحماية الكافية للملكية العقارية .إلا أن هذه الحماية لا تكتمل إلا بإزاحة كل من شأنه الإخلال بمبادئ نظام الشهر العيني ألا و هما مبدأ القوة الثبوتية للشهر ، و مبدأ حظر تملك العقارات و الحقوق المشهورة بالتقادم المكسب و التي تعد الأسس التي يقوم عليها هذا النظام و ذلك بإعادة النظر في التشريع العقاري الجزائري في جوانبه التنظيمية و التقنية ، و هذا بخلاف التشريعات المقارنة الأخرى و التي تتبنى نظام الشهر العيني بحيث تحظر التملك بالتقادم المكسب بنصوص صريحة إذ نجد أن الاجتهاد القضائي الجزائري للمحكمة العليا كان له دور كبير في مسألة التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر . و من هنا يتضح أن صاحب الحق المشهر و الذي بحوزته دفتر عقاري لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يخضع عقاره للتملك بالتقادم المكسب .

فالتقادم المكسب له أهمية كبيرة في المناطق الغير ممسوحة بعد لأنه لدينا مساحات كبيرة جدا لم تمسحها عملية المسح و لم تحرر عقودها و إن الاتجاه القائل بان العقار الذي له سند مشهر في إطار نظام الشهر الشخصي يستبعد من مجال أعمال التقادم المكسب هو اتجاه غير سليم لأنه لم يأتي به لا قانون المدني في أحكامه العامة و لا حتى في الأمر 75/74 و لا في قرارات المحكمة العليا ، هذا من جهة و من جهة أخرى القول بان التملك عن طريق التقادم المكسب يستبعد من مجاله العقارات التي لها سندات مشهورة مسبقا تدحضه صراحة المادتين 14.13 من المرسوم 63/76 الذي يتعلق بتأسيس العقاري و اللتان تتكلمان صراحة على المالكين الظاهرين و تستبعد أصحاب السندات القديمة الغير الظاهرين و الذين يكونوا قد تصرفوا في ملكيتهم و تخلو عنها و حازها منذ مدة طويلة هؤلاء الحائزين الظاهرين الجدد و إن كنا نقبل بهذا في مجال المسح و نمكن الحائز الظاهر من الدفتر العقاري و نعمل السند القديم المشهر ، فكيف لنا أن نرفضه من مجال التملك بالتقادم سواء عن طريق المطالبة القضائية أو عن طريق التحقيق العقاري . غير أن المشرع الجزائري إذا كان قد أولى عناية خاصة بنظام الشهر العقاري فان هذه الميزة لا تكتمل إلا إذا أزيح كل ما من شأنه الإخلال بقواعد الشهر العيني و التشكيك في قوته الثبوتية و هو ما لم يتبناه صراحة ، لاسيما و أنه لم يفصل في بعض المسائل التي تقلل و تشكك في القوة الثبوتية للقيود باعتبار أن هذا الأخير هو المنشئ و المزيل و المعدل لكل الحقوق العينية . من هنا يمكننا إبداء توصياتي و تطلعاتي المستقبلية وفقا لدراساتي النظرية و استخلاصاتي العملية بأنه من الضروري إدخال بعض التعديلات بخصوص بعض النصوص التشريعية و التنظيمية حتى لا يتنافى تطبيقها مع قانون الشهر العقاري وهي : " ضرورة تعديل المادة 11 من الأمر 74/75 ، و المادة 105 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، فهي تمنح صلاحيات واسعة للمحافظ العقاري لا يتمتع بها قانونا إلا القاضي ، و التي تتمثل في فحص

مشروعية السندات العقارية .

- إضافة نصوص قانونية تتم الأمر و تنفيذ صراحة حظر التقادم المكسب في الأراضي التي مسها المسح و ذلك لتعارضه مع مبادئ نظام الشهر العيني .

- إضافة مواد صريحة ضمن الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري تنص على مبدأ قوة الثبوت المطلقة و استبعاده مبدأ قوة الثبوت النسبية .

- إلغاء المادة 16 من المرسوم 63/76 السابق لإعطاء القوة الثبوتية المطلقة للبيانات المدونة في السجل العقاري ، كونها تسمح بإعادة النظر في الحقوق المقيدة بهذا السجل عن طريق القضاء حتى بعد مضي أجل طويل من تسلم أصحاب العقارات المسوحة دفاتر عقارية ، مما نجم عنه عدم استقرار المعاملات العقارية و ضعف الائتمان العقاري .

- ضرورة الإسراع في عمليات المسح بإيجاد حلول ملائمة حتى يستقر النظام العقاري في كامل التراب الوطني .

- التنسيق بين مديرية مسح الأراضي و مديرية الحفظ العقاري .

و في الأخير يمكننا القول أن نظامنا العقاري و إن اتضحت لنا الغاية التي وضعه المشرع الجزائري من أجلها فإن وسيلة تلك الغاية ما زال يعتريها بعض الغموض و النقص .

ونتمنى أن تكون للمشرع الجرأة إلى التعديل كما كانت له الجرأة إلى تبني قواعد هذا النظام .

قائمة المراجع

- 1/ إدوارد عيد , الأنظمة العقارية , مطبعة المتنبي , بيروت , الطبعة الثانية , 2006.
- 2/ جمال بوشنافة , شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري , دار الخلدونية , الجزائر , 2006.
- 3/ حمدي باشا عمر , محررات شهر الحيازة , دار هومة , الجزائر , 2001.
- 4/ حمدي باشا عمر , نقل الملكية العقارية , دار هومة , الجزائر , 2004.
- 5/ حمدي باشا عمر , القضاء العقاري , دار هومة , الجزائر , الطبعة 06 , 2006.
- 6/ حمدي باشا عمر , ليلي زروقي , المنازعات العقارية , دار هومة , الطبعة الثانية , 2006.
- 7/ رمضان أبو السعود , الوجيز في الحقوق العينية الأصلية , أحكامها ومصادرها , دار الجامعية الجديدة , 2004.
- 8/ سماعين شامة , النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري , دار هومة , الجزائر , 2002.
- 9/ عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني , أسباب كسب الملكية , المجلد 9 , دار النهضة العربية , القاهرة , 1968.
- 10 / عبد المنعم فرج الصدة , الحقوق العينية الأصلية , دار النهضة العربية للطباعة والنشر , بيروت , دون سنة طبع .
- 11/ عبد الوهاب عرفة , الوجيز في السجل العيني , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية , 2006.

- 12/ عدلي أمير خالد , اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي , دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية , 2003.
- 13/ عصام أنور سليم , التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني , منشأة المعارف , الاسكندرية 2002.
- 14/ قدرى عبد الفتاح الشهاوي , الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري المقارن , منشأة المعارف , الاسكندرية , 2003.
- 15/ مجيد خلفوني , نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري , الطبعة الأولى , دار هومة , الجزائر , 2007.
- 16/ محمد أحمد عابدين , التقادم المكسب والمسقط في القانون , دار الفكر العربي , الاسكندرية , 2002.
- 17/ محمد العنابي , قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا , معهد البحوث والدراسات العربية , الحياوي 1973.
- 18/ محمد علي الأمين , التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت 1993.
- 19/ محمد كمال مرسي باشا , شرح القانون المدني الحيازة والتقادم , الجزء 04 , المطبعة العالمية , مصر , 1982.
- 20/ محمد وحيد الدين سوار , الحقوق العينية الأصلية , مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع , 2000.
- 21/ محمودي عبد العزيز , آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري , الطبعة الثانية , منشورات البغدادي , الجزائر , 2010.

22/محمودي عبد العزيز والمرحوم الحاج علي سعيد ,إجراءات تفعيل الحياة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري,2011/2012.

النصوص التشريعية و التنظيمية :

- 1 - دستور الجزائر 1996 ، المؤرخ في 28 نوفمبر 1996 .
- 2 - الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .
- 3 - الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و إعداد السجل العقاري.
- 4 - الأمر 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حد الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري .
- 5 - المرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام.
- 6 - المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري .
- 7 - المرسوم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة للاعتراف بالملكية .
- 8 - المرسوم 234/89 المؤرخ في 19 ديسمبر 1989 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي المعدل و المتمم. المرسوم 454/91 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 المتضمن الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوطنية الخاصة و العامة التابعة للدولة وتسييرها، ضبط كيفية ذلك
- 9 - القانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري .
- 10 - القانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية المعدل و المتمم.
- 11 - القانون 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن الأوقاف .

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة

الموضوع

أ - د

.....	تشكرات.....
.....	إهداء
.....	مقدمة.....
	الفصل الأول: النظام القانوني للحيازة العقارية والتقادم المكسب
10	المبحث الأول: الأحكام العامة للحيازة العقارية
11	المطلب الأول: مفهوم الحيازة.....
11	الفرع الأول : التعريف الفقهي والتكييف القانوني.....
16	الفرع الثاني : عناصر الحيازة.....
18	الفرع الثالث : وسائل حماية الحيازة.....
19	المطلب الثاني : أنواع الحيازة وشروطها.....
20	الفرع الأول : أنواع الحيازة.....
21	الفرع الثاني : الشروط العامة للحيازة.....
24	الفرع الثالث : الشروط الخاصة بالحيازة.....
27	المبحث الثاني : الأحكام العامة للتقادم المكسب.....
27	المطلب الأول: مفهوم التقادم المكسب.....
27	الفرع الأول : تعريفه.....
29	الفرع الثاني : أساسه القانوني.....
30	الفرع الثالث : أنواعه.....
33	الفرع الرابع : شروطه.....
41	المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتقادم المكسب ونطاقه وآثاره.....
41	الفرع الأول : طبيعته القانونية
42	الفرع الثاني : نطاقه.....
43	الفرع الثالث: آثاره.....

الفصل الثاني: إعمال التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني

48	المبحث الأول: نظام الشهر العيني.....
48	المطلب الأول : مفهومه.....
49	الفرع الأول : ظهوره.....
50	الفرع الثاني : مضمونه.....
51	الفرع الثالث : مبادئه.....
53	المطلب الثاني : تقييم نظام الشهر العيني.....
53	الفرع الأول : مزاياه بالمقارنة مع نظام الشهر الشخصي.....
55	الفرع الثاني : عيوبه بالمقارنة مع نظام الشهر الشخصي.....
56	الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من النظامين.....
	المبحث الثاني : وسائل تفعيل التقادم المكسب والغاية من الأخذ به في ظل السجل العيني
57
58	المطلب الأول: وسائل تفعيل التقادم المكسب في ظل السجل العيني.....
58	الفرع الأول : عند الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد المسح.....
62	الفرع الثاني : عند عقد الشهرة وشهادة الحياة.....
65	الفرع الثالث : عند المطالبة القضائية.....
67	الفرع الرابع : عند إجراء التحقيق العقاري.....
69	المطلب الثاني : الغاية من الأخذ بنظام التقادم المكسب في ظل السجل العيني....
70	الفرع الأول : مدى خضوع الأملاك العقارية الوطنية الخاصة للتقادم المكسب.....
	الفرع الثاني : الإشكالية المرتبطة بحضور أو بعدم حظر التقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق
71	المشهر.....
76	الفرع الثالث: مدى الأخذ بالتقادم المكسب في الملكيات العقارية المشهورة والممسوحة
	الفرع الرابع : موقف المشرع والقضاء الجزائريين من فكرة التملك بالتقادم المكسب في ظل الشهر العيني
80
هـ	خاتمة.....
	قائمة المراجع .

الفهرس .