

اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب

Acquisition of real property by statute of limitations

د. عدة جلول سفيان*1

1 جامعة وهران 2 (الجزائر)، sofiane_addadjelloul@hotmail.com

تاريخ النشر: 2024/02/06

تاريخ القبول: 2024/01/31

تاريخ الاستلام: 2023/04/20

ملخص:

قرر المشرع، لجهة القضاء، إصدار أحكام وقرارات قضائية معلنة لحق الملكية، تكون بدورها مصدرا لإثبات الحق المدعى به، حتى في مجال الملكية العقارية والحقوق العينية المتصلة بها ومن جملة هذا النوع من الأحكام نذكر منها: الحكم المكرس للملكية على أساس التقادم المكسب .

إلا أنّ الملاحظ أنّ هذا النوع من الأحكام لم يكن محل إجماع غالبية الفقه، بسبب الاختلاف حول تفسير النصوص القانونية المنظمة للتقادم المكسب، والتي جاءت عامة فيما يتعلق بالأخذ بالتقادم المكسب. فضلا عن تعارض فكرة التقادم المكسب في حدّ ذاتها مع مبادئ نظام الشهر العيني المعلن عنه بمقتضى الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. وقد كان لهذا الاختلاف الأثر البالغ على موقف القضاء وجعل أحكامه غير مستقرّة بخصوص هذه المسألة.

كلمات مفتاحية: حكم قضائي، التقادم المكسب، الملكية العقارية، الحيابة، الشهر العيني، ملكية مشهورة.

Abstract:

The legislator has authorized the courts to render judicial decisions declaring the right of ownership, which and in addition proof of the right mentioned, of all of these decisions, the judgment devoted to ownership on the basis of acquisitive prescription.

on the other hand, what is noticed is that the doctrine is not shared on this point, given the differences on the interpretation of the legal texts governing acquisitive prescription, contrary to the principles of the system of real publicity in accordance with Ordinance 75- 74 establishing the general

cadastre and institution of the land register, and this has had an impact on the case law which remains unstable on the subject

Keywords: Judicial ruling, statute of limitations, real estate ownership, possession, real month, publicized property.

*د. عدة جلول سفيان

1. مقدمة:

الأصل أنّ مالك العقار حرّ في أن يستغلّ عقاره على النحو الذي يشاء، وهو أيضا حرّ في أن يستغل ملكه، أو لا يستغله، من حيث المبدأ، وألا يترتب على عدم استغلاله أو إهماله سقوط حقّه¹. على أنّ المشرع قد خرج على هذا الأصل بموجب نصوص صريحة، و أجاز للحائز مخاصمة المالك الذي تخلى عن عقاره مدّة زمنية معيّنة، و الحصول على حكم يقضي بتكريس الملكية على أساس التقادم

¹ - إذا كان عنصر الإستغلال حق للمالك في ظل القانون المدني، إذ له الحق في إستغلال عقاره كما له الحق في عدم إستغلاله. فإنّ الأمر يختلف بالنسبة للعقار الفلاحي، إذ يتعيّن على كل مالك لأرض فلاحية أن يستغلها فعليًا، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، و إلاّ إعتبر متعسفا في إستعمال حقّه. على حدّ تعبير حكم الفقرة الأولى من المادة 48 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري. و التي جرى نصّها على النحو التالي: " يشكل عدم إستثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في إستعمال الحق، نظرا إلى الأهمية الإقتصادية و الوظيفة الإجتماعية المنوطة بهذه الأراضي ".

و تفرّعا على ذلك، إذا ثبت عدم إستغلال المالك للأرض الفلاحية، بناء على التحقيقات المتخذة من قبل لجنة عدم إستغلال الأرض، أنذرت اللّجنة المالك بإستئناف إستغلالها. و في حالة عدم الإستجابة، تعذره اللّجنة مرّة ثانية عن طريق المحضر القضائي لوضع الأرض قيد الإستغلال، خلال سنة واحدة تطبيقا لأحكام المادة 51 من القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري.

فإذا بقيت الأرض الفلاحية غير مستغلة، وفقا للغرض الذي خصص لها، بعد إنتهاء المدّة المقررة قانونا، و دون تبيان المالك للأسباب الجديّة التي حالت دون إستغلاله للأرض، أمكن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية أن يتخذ ضدّه الإجراءات التالية: إمّا وضع الأرض حيّز الإستغلال لحساب المالك و على نفقته أو عرضها للتأجير أو بيعها.

- يراجع لتفصيل أكثر، بن رقية بن يوسف، النظام القانوني لملكية الأراضي الفلاحية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية، عدد 02، جوان 2015.

المكسب . كمجازاة للمالك المهمل الذي يتخلى عن خدمة العقار والاستثمار فيه، ومكافأة للحائز الحريص الذي يسعى إلى خدمة العقار واستغلاله وتطويره.

و على ذلك، فمتى صدر حكم يقضي بتكريس الملكية على أساس التقادم، عُدَّ هذا الحكم سنداً لإثبات ملكية الحائز للعقار، شريطة أن يكون العقار موضوع ذلك الحكم غير مملوك للدولة وأن تكون مدّة الحيابة لا تقل عن المدّة المحددة قانوناً، و التي حددها المشرع بخمسة عشرة (15) سنة تسري من تاريخ وضع اليد، و بعشر (10) سنوات عند توافر حسن النية و السند الصحيح² ، و أن تكون تلك الحيابة علنية و هادئة و لا لبس فيها ، و أن تتوافر في الحائز نية التملك ، و هذا ما أكدته أحكام المواد من 808 إلى 834 من القانون المدني .

و بالتالي متى توافرت في العقار عناصر الحيابة السالف ذكرها ، و المدّة المقررة قانوناً لاكتسابه أمكن المحكمة المعروض عليها النزاع القضاء باكتساب العقار المتنازع عليه بالتقادم ، سواء جاء ذلك في صورة دعوى قضائية مستقلة ، أو في صورة دفع يُبديه الحائز ضدّ المالك الذي يُطالب باسترداد عقاره عن طريق دعوى الاستحقاق ، شريطة أن يسبق إصدار ذلك الحكم تحقيق قضائي ، و ذلك بالاستماع إلى الشهود الذين يمكنهم أن يفيدوا مجرى التحقيق عملاً بأحكام المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية³ ، على أن يتم في الأخير و بعد صيرورة الحكم المثبت للملكية العقارية عن طريق التقادم إظهاره من قبل أمين الضبط على مستوى مصلحة الشهر العقاري عملاً بأحكام المادة 90

² إذا توافر لدى الحائز النية الحسنة و السند الصحيح ، تكون مدّة التقادم المكسب أقصر ، حددها المشرع بعشر (10) سنوات . و هو ما يعني ، أنه إذا ما وقعت الحيابة على عقار أو على حق عيني عقاري ، و كانت مقترنة بحسن النية ، و مستندة في الوقت ذاته إلى سند مشهر ، فإنّ مدّة التقادم المكسب تكون عشر (10) سنوات.

و يجدر التنبيه هنا ، إلى أنّ مثل هذه الحالة و أقصد حيابة عقار أو حق عيني عقاري بمقتضى سند صحيح مشهر بالمحافظة العقارية ، لا يوجد لها تطبيقات من الناحية العملية . أضف إلى ذلك أنّ الحائز الذي يكون بحوزته سند صحيح ، و مشهر بالمحافظة العقارية ، لا يُعدّ حائزاً للعقار ، و إنّما مالكا له . ممّا يتعيّن على المشرع التدخل لضبط و توحيد مدّة التقادم

المكسب حسب حدّها الأقصى المحدد ب خمسة عشرة (15) سنة .

³ منشور في ج ر ، ع 21 ، الصادرة بتاريخ : 2008-04-23 .

من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري⁴. إلا أنّ الملاحظ أنّ هذا النوع من الأحكام لم يكن محل إجماع غالبية الفقه والقضاء، بسبب الاختلاف حول تفسير النصوص القانونية المنظمة للتقادم المكسب، والتي جاءت عامة فيما يتعلق بالأخذ بالتقادم المكسب. فضلا عن تعارض فكرة التقادم المكسب في حدّ ذاتها مع مبادئ نظام الشهر العيني حيث البطاقة العقارية ومراجع الإشهار التي من شأنها أن تجعل الملكية العقارية مستقرة. وقد كان لهذا الاختلاف الأثر البالغ على موقف القضاء وجعل أحكامه غير مستقرّة بخصوص هذه المسألة.

وأيا ما كان الأمر، فإذا سلمنا مبدئيًّا بفكرة التقادم المكسب كآلية في حدّ ذاتها لاكتساب الملكية العقارية. فما هو الأساس القانوني لهذه الآلية؟ وهل يسمح بتفعيل قواعد الحيازة بالنسبة لكل العقارات أم لبعضها فقط؟ وبمعنى أدق، هل يمكن التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة المالك أو صاحب الحق العيني الذي له أصل ملكية مشهر؟ أم أنّ إعمال هذه الآلية - التقادم المكسب - يقتصر فقط على العقارات غير المثبتة بسند رسمي مشهر؟

للإجابة على هذه التساؤلات جميعها، يقتضينا تقسيم الكلام هنا على مبحثين: فنتكلم في المبحث الأول في معنى التقادم المكسب ونطاقه، في حين نترك المبحث الثاني لدراسة موقف كل من التشريع والقضاء والفقه من اكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب. أن تحتوي مقدمة المقال على تمهيد مناسب للموضوع، ثم طرح لإشكالية البحث ووضع الفرضيات المناسبة، بالإضافة إلى تحديد أهداف البحث ومنهجيته.

2. المبحث الأول: التقادم المكسب: معناه، نطاقه

من المعلوم أنّ الأحكام الصادرة في دعوى الملكية العقارية أنّها معلنة-**declaratif**- لحق الملكية و ليست منشئة-**constitutif**- أو ناقلة له ، على إعتبار أنّ المحكمة ملزمة أثناء نظرها في دعوى إثبات الملكية العقارية بتقريرها لواحد من الخصمين ، لا خلق حق ملكية جديد .

⁴ - منشور في ج ر ، ع 30 ، الصادرة بتاريخ : 13-04-1976 .

وفي هذا الصدد خول المشرع، للقضاء، إصدار أحكام معلنة لحق الملكية، تكون بمثابة مصدر لإثبات الملكية العقارية، على غرار الحكم المكرس للملكية على أساس التقادم المكسب فما المقصود بالتقادم المكسب؟ وما هو نطاقه؟

هذا ما سيتم شرحه في مطلبين متتاليين نعرض في المطلب الأول لدراسة معنى التقادم المكسب ونخصص المطلب الثاني لتحديد نطاقه.

1.2 المطلب الأول: معنى التقادم المكسب:

يفهم من خلال مراجعتنا للنصوص القانونية التي عدت التقادم سببا من أسباب كسب الملكية أنّ المقصود بالتقادم المكسب: أنه وسيلة يستطيع بمقتضاها الحائز إذا استمرت حيازته لحق عيني مدة زمنية معينة أن يتمسك بهذا الحق. بمعنى أنه وسيلة لاكتساب ملكية شيء، وذلك بالحيازة المستمرة لهذا الشيء⁵. وهذا بخلاف التعريف الذي انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، والذي اتخذ منحى آخر إذ أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتقبلوا فكرة التقادم المكسب على أساس أنه مكسب للملكية بل على أساس أنه مانع لسماع الدعوى. حيث أنّ الفقه الإسلامي يُجيز للحائز الذي اكتملت مدة حيازته أن يقدم دفعا في مواجهة المالك الذي يرفع دعوى الاستحقاق لعدم جواز سماع دعواه⁶

يُبين ممّا تقدم أنّ التقادم المكسب يُعدّ وسيلة من الوسائل التي تؤدي إلى كسب الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية المتصلة بها. كما يُبين لامحالة أنه أثر ناتج عن الحيازة المستوفية لعنصرها المادي و المعنوي -CORPUS-ANNUMUS- ، والمتوفرة على شروطها القانونية المتمثلة أساسا في : العلنية و الهدوء و الاستمرار ، فإذا ما خلت من العيوب واستوفت المدة المحددة قانونا، عدّ الحائز مالكا

2.2 المطلب الثاني: نطاق التقادم المكسب

⁵ - Pierre Voirin , Grilles Goubeaux : droit civil , tom 1 , 27^{eme} édition , L .G.D.J , P 276.

⁶ - يراجع لتفصيل أكثر حول الموضوع ، أحمد خالدي ، التقادم ، و آثاره في القانون المدني الجزائري على ضوء إجتهد المحكمة العليا و مجلس الدولة ، دار هومو ، الجزائر ، 2016 ، ص 26 و ما يليها.

لا يتقرر التقادم المكسب كآلية لكسب الملكية العقارية لأي صنف من العقارات، وإنما يشترط في العقار حتى يكون محلاً للتقادم المكسب أن يكون مملوكاً ملكية خاصة. وهو ما يعني أنّ المشرع قد استبعد من مجال تطبيق آلية التقادم المكسب، الملكيات العقارية التالية: الأملاك العقارية الوطنية، أراضي العرش، والأملاك العقارية الوقفية. ممّا يتعيّن معه بحث كل صنف من هذه الأصناف وبيان خصوصيته، وذلك وفقاً للتفصيل التالي:

* إستبعاد الأملاك العقارية الوطنية

وهي العقارات المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 704⁷ من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية، بما لها من تصنيفات سواء أكانت من الأملاك الوطنية العامة أو الأملاك الوطنية الخاصة.

إنّ قراءة المادة 04 أعلاه أثناء الإشارة إلى استبعاد الأملاك العقارية الوطنية من مجال تطبيق آلية التقادم المكسب، له ما يبرره من الناحية القانونية، على اعتبار أنّ الأملاك الوطنية العمومية لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها، أمّا الأملاك الوطنية الخاصة، وإنّ كانت تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية حسب التعريف الوارد في المادة 03⁸ من القانون رقم 90-30 المذكور أعلاه، فهي غير قابلة للاكتساب بالتقادم ولا للحجز ما عدا المساهمات المخصصة للمؤسسات العمومية.

⁷ - تنص المادة 04 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن الأملاك الوطنية على ما يلي: " الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف و لا للتقادم و لا للحجز ، و يخضع تسييرها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الخاصة .

الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم و لا للحجز ما عدا المساهمات المخصصة للمؤسسات العمومية الإقتصادية و تخضع إدارة الأملاك و الحقوق المنقولة و العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة و التصرف فيها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الأخرى "

⁸ - تنص المادة 03 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن الأملاك الوطنية على ما يلي: " تطبيقاً للمادة 12 من هذا القانون ، تمثل الأملاك الوطنية العمومية الأملاك المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه و التي لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها .

أمّا الأملاك الوطنية الأخرى غير المصنفة ضمن الأملاك العمومية و التي تؤدي وظيفة إمتلاكية و مالية فتتمثل في الأملاك الوطنية الخاصة " .

* إستبعاد أراضي العرش

الملاحظ أنّ هذا النوع من الأراضي يتخذ طبيعة قانونية متميّزة فهي من جهة، تستغل كأصل عام وفق حق الانتفاع الدائم التقليدي المستمد أساسا من الأعراف المحلية، ومن جهة ثانية أنّها تعدّ ملكا من الأملاك الوطنية الخاصة. إذ سبق و أن أدرجها المشرع ضمنا ضمن الأملاك الوطنية الخاصة، و هو ما يستشف من نص المادة 83 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري و التي وردت صياغتها على النحو التالي: " بعد إنتهاء من تسوية العمليات المنصوص عليها في المواد من 75 إلى 82 المذكورة أعلاه، تظل الأراضي التي بقيت ملكا للدولة خاضعة لقانون الأملاك الوطنية و القوانين الخاصة بطريقة استغلالها و حقوق من تخصص لهم و التزاماتهم " .

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق ، أنّ المواد من 75 إلى 82 نصّت على شروط و إجراءات استرجاع الأراضي الفلاحية التي أدمجت ضمن صندوق الثورة الزراعية بموجب الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية ، و في هذا الصدد تم الاعتراف للملاك السابقين بالحق في استرجاع أراضيهم ، في حين لم يتم التنصيص على استرجاع أراضي العرش ، بما يفيد أنّ المشرع قد أبقاها ضمن الأملاك الوطنية ، و هو ما يؤكّد ضمنا أنّ ملكية الرقبة في أراضي العرش تعود للدولة ، و لا يستأثر شاغلوها سوى بحق الانتفاع الدائم .

إلا أنّ عدم النص صراحة على إدراجها ضمن الأملاك الوطنية الخاصة، أدى إلى التسبب في الكثير من المنازعات القضائية، بسبب تمسك مستغلي هذه الأراضي بحقهم في استرجاعها الأمر الذي أدى بالمشرع أثناء تعديله للقانون رقم 90-25 بموجب الأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995⁹ إلى التأكيد على تصنيفها ضمن الأملاك الوطنية الخاصة ، إذ نصت المادة 13 منه على أنّه : " تبقى ملكا للدولة أراضي العرش ... " ¹⁰.

⁹ - منشور في ج ر ، ع 55 ، لسنة 1995

¹⁰ - تم إدراج مضمون المادة 13 من الأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25-09-1995 ضمن المادة 85 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري .

و لا نترك الكلام في هذا الصدد، قبل أن نشير إلى أنّ المنطق الذي اعتمده المشرع عند تأكيد على صيرورة أراضي العرش ملكية وطنية خاصة، له ما يبرره من الناحية العلمية خاصة عند معاينة المنازعات القضائية التي أثّرت بمناسبة إعداد عقود الشهرة، وكذا تمسك مستغلي أراضي العرش بالتقادم المكسب¹¹.

* استبعاد الأملاك العقارات الموقوفة

من المعلوم أنّ العقارات الموقوفة ليست ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا للاعتباريين، وتمتع بال شخصية المعنوية. على حدّ تعبير حكم المادة 05 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف. وبذلك يكون المشرع قد استبعد إمكانية تملكها بالتقادم المكسب. كما أنّ المحكمة العليا قد دأبت في العديد من قراراتها على تأييد مبدأ حظر تملك العقارات الموقوفة بالتقادم المكسب لعدم إمكانية التصرف فيها بسبب زوال حق الملكية عليها وانعدام نية التملك الشخصي فيها. وقبل أن ننتهي من الكلام في نطاق التقادم المكسب لنتقل إلى الكلام عن موقف التشريع والقضاء الجزائريين من مبدأ سريان التقادم المكسب ونظرة الفقه إلى المسألة. يُحسن لفت الانتباه إلى أنّه لا يكفي للاعتراف بالملكية للحائز عن طريق التقادم المكسب، مجرد أن يكون العقار مملوكا ملكية خاصة، بل يشترط إضافة إلى ذلك أن تكون الحيازة المثارة من قبل الحائز حيازة صحيحة وقائمة، وممارسة وفقا لأحكام القانون المدني.

و يجدر التنبيه هنا إلى أنّه بالرغم من أنّ المشرع قد حدد الطبيعة القانونية لأراضي العرش، من خلال إدراجها ضمن الملكية الوطنية الخاصة، إلاّ أنّه لم يبيّن طريقة إستغلالها، إذ لا يزال هذا النوع من الأراضي يستغل بأسلوب حق الإنتفاع = الدائم التقليدي، ممّا يتعيّن على المشرع التدخل لضبط حقوق المستغلين لهذه الأراضي، وكذا تبيان حدود الدولة بإعتبارها مالكة لحق الرقبة.

- لمزيد من التفصيل حول موضوع أراضي العرش، يراجع نعيمة حاجي، أراضي العرش في القانون الجزائري، دار هومو الجزائر، 2010.

¹¹- أنظر محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية و تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادي، ط 02، سنة 2010، ص 259.

- يراجع أيضا، حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، ط 2، دار هومو، الجزائر، 2014، ص 137.

والمقصود بالحيازة هنا هي السلطة الفعلية أو الواقعية التي يباشرها الحائز على العقار، والتي يجب أن تمارس وفقا لأحكام المواد من 808 إلى 834 من القانون المدني، والتي يجب أن تكون هادئة، وعلمية، ومستمرة، وخالية من عيوب الإكراه والخفاء واللبس، وأن تقترن بالمدة القانونية المقررة لاكتساب العقار بالتقادم المكسب، والتي حددها المشرع بخمسة عشرة (15) سنة بدون انقطاع.

3. المبحث الثاني: موقف التشريع والقضاء، ونظرة الفقه

سنقوم بداية بدراسة موقف التشريع والقضاء الجزائريين من مبدأ سريان التقادم المكسب في مواجهة المالك الذي له أصل ملكية مشهر، ثم نتعقب بعد ذلك نظرة الفقه إلى المسألة وسيتم تقسيم الدراسة على هذا الأساس.

1.3 المطلب الأول: موقف التشريع والقضاء

لعلّه من الملائم الإشارة، مقدما، إلى أنّ نظام الشهر العيني لا يعترف بالحيازة والتقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية العقارية، إذ يؤدي ذلك الاعتداد إلى إهدار القوة الثبوتية المطلقة التي يرتبها نظام السجل العيني للحقوق المقيّدة في السجلات العينية الأمر الذي دفع بالتشريعات التي تأخذ بنظام الشهر العيني كأساس لنظام الشهر إلى الأخذ بمبدأ حظر التقادم، وهو المبدأ الذي يقضي بعدم سريان التقادم المكسب في مواجهة المالك أو صاحب الحق العيني الذي له أصل ملكية مشهر¹².

¹² - يجدر التنبيه إلى أن بعض الأنظمة القانونية التي تأخذ بنظام الشهر العيني كأساس لنظام الشهر، قد أخذت بمبدأ التقادم، و لكن في حالات محدودة و إستثنائية . و من بين هذه الأنظمة نذكر منها:

القانون الألماني حيث نصّت المادة 927 منه على أنّه إذا كان بقي العقار بين يدي شخص من الغير مدّة 30 سنة يمكن تقرير سقوط حق المالك عنه عن طريق رفع دعوى، و إذا كان المالك مقيّدا في السجل فإنّ الدعوى لا تقبل إذا كان قد توفي أو كان غائبا، و لم يجري أي قيد بموافقتة في السجل منذ ثلاثين سنة .

التشريع المصري الذي أخذ بمبدأ مرور الزمن على الحقوق المقيّدة في السجل العقاري، وذلك بصورة إستثنائية إقتضتها الفترة الإنتقالية المحددة لتطبيق القانون رقم 142 لسنة 1964 و إحلاله محل القانون السابق الذي كان يأخذ بنظام الشهر الشخصي، و هكذا فقد نصّت المادة 38 من هذا القانون على أنّه: " إستثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق إستنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من إنقضاء المدّة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار ". يراجع لتفصيل أكثر عفيف شمس الدين، الوسيط في

القانون العقاري، الملكية العقارية، ج 2، المرجع السابق، ص 564 و 565

وفي ضوء هذه الحقيقة كان لا بدّ أن نتحرى موقف التشريع والقضاء الجزائريين من هذه المسألة. وهو ما سيتم بيانه وفقا للتفصيل الآتي:

أولاً: موقف التشريع من اكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب

فَرَّق المشرع اللبناني بين الحقوق المسجلة في السجل العقاري و تلك التي لم يتم تسجيلها بعد ففضى في المادة 19 من القرار رقم 177 و في المادة 255 من قانون الملكية ، على عدم سريان مرور الزمن على الحقوق المقيّدة في السجل العقاري¹³. و المقصود بمرور الزمن في المادة هو التقادم .

و في المغرب ينص الفصل 63 من الظهير المؤرخ في 09 رمضان 1331 هجرية على أنّ : " التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل إسمه ، و لا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك "¹⁴.

كما نصّت المادة 305 من مجلة الحقوق العينية التونسية لعام 1965 على أنّه : " لا يسري مرور الزمن على الحق المرسم " ، و أضافت المادة 307 بأنّه : " ليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طالّت مدّته "¹⁵ .

كذلك فقد نصّت المادة 923 من القانون المدني السوري على أنّه : " لا يسري التقادم على الحقوق المقيّدة في السجل العقاري ... " ، كما نصّت المادة 19 من القرار رقم 188 على : " أنّ مرور الزمن لا يعترض به على الحقوق المسجلة في السجل العقاري "¹⁶.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري ، فإنّه يتضح من تقصينا لمجموع النصوص المنظمة للتقادم المكسب و النصوص ذات الصلة بموضوع الشهر العقاري ، لاسيما الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و كذا المرسومين المطبقين له 76-62 و 76-63

¹³- عفيف شمس الدين ، المرجع السابق ، ص 566 و 567 .

¹⁴- أنظر مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ط 4 ، دار هوم ، الجزائر ، 2014 ، ص 50 .

¹⁵- أنظر عفيف شمس الدين ، المرجع السابق ، ص 565 .

¹⁶- أنظر ثابتي وليد ، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باننة ، السنة الجامعية : 2008-2009 ، ص 137 .

أنها لا تتضمن أية إشارة لمبدأ حظر التقادم ، بالرغم من أنه يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني المثبني بموجب الأمر رقم 75-74 المشار إليه أعلاه ، اللهم إذا استثنينا ما أشار إليه المشرع في المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ، و بالضبط نص المادة الأولى منه و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المذكور أعلاه عقارا من نوع الملك حيازة مستمرة ، غير منقطعة و لا متنازع عليها و علانية و ليست مشوبة بلبس ، طبقا لأحكام الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية " .

يُبين من قراءة هذه المادة أنّ المشرع قد استثنى العقارات الممسوحة من مجال أعمال التقادم المكسب للملكية، وبمعنى آخر أنّ المشرع لم يجز التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة مالك العقار الذي له أصل مشهر وفق نظام الشهر العيني.

وإذا فهمنا النص على هذا النحو، فإنّه بمفهوم المخالفة يمكن الاستناد إلى الحيازة والتقادم المكسب لكسب الحقوق العينية العقارية التي تم شهرها وفق نظام الشهر الشخصي، أو تلك التي لم يتم شهرها أصلا.

غير أننا لا نتماشى مع هذا الطرح الذي يجيز تملك الحقوق العينية العقارية المشهورة في إطار نظام الشهر الشخصي عن طريق التقادم المكسب، تماشيا مع روح النصوص المتعلقة بالشهر وأثره في نقل الحقوق وترتيب الأثر المنشئ لها.

أمّا القول أنّه بالإمكان الاستناد إلى الحيازة والتقادم المكسب لكسب الحقوق العينية التي ليس لها أصلا أصل مشهر بمصلحة الشهر العقاري. فهذا في اعتقادنا قول منتقد من ناحيتين:

فمن ناحية، أنّ من شأن عملية مسح الأراضي العام أن تؤدي إلى تسجيل العقار الذي ليس له أصل مشهر بإسم الحائز حتى ولو لم يستوف مدة الحيابة المقررة قانونا المتمثلة في إحدى المديتين، خمسة عشرة (15) سنة، أو عشر (10) سنوات إذا ما اقترنت هذه الحيابة بسند صحيح.

ومن ثم فبإمكان عملية المسح وفقا لهذا التحليل أن تؤدي لامحالة إلى ترقيم العقار محل الحيابة ترقيميا مؤقتا يتحول فيما بعد إلى ترقيم نهائي، وبالنتيجة تسليم الحائز دفتر عقاري يقوم مقام عقد الملكية النهائي، في حالة عدم وجود اعتراضات أو عدم جدوى تلك الاعتراضات.

و من ناحية ثانية، أنّ المشرع قد أجاز للحائز في المناطق غير الممسوحة أن يلجأ إلى طلب فتح تحقيق عقاري، لإثبات حيازته و الحصول سند ملكية وفقا لما هو مقرر في أحكام القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007، المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري¹⁷.

وعليه فمن خلال ما سبق تبيانه، تبقى -في نظرنا- عملية مسح الأراضي العام المعلن عنها بموجب الأمر رقم 74-75، وإجراء معاينة حق الملكية المستحدث في المناطق غير الممسوحة بموجب القانون رقم 02-07، هما الآليتين الأكثر فعالية في تملك العقار الذي ليس له أصل مشهر بطريق التقادم المكسب.

ويبقى اللجوء إلى القضاء هو الطريق الاستثنائي، الذي يمكن من خلاله لحائز العقار الذي ليس له أصل ملكية مشهر، الحصول على حكم يقضي بتكريس الملكية على أساس التقادم المكسب. وإن كان هذا الحكم -في نظرنا - يبقى غير محصن طالما أنّه حكم مرهون ببقاء الظروف دون تغيير وعدم رفع المالك لدعوى الملكية.

ثانيا: موقف القضاء من اكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب

الملاحظ أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا لم يستقر على اتجاه واحد، إذ ذهب في بعض قراراته - كما سنرى - إلى تطبيق أحكام القانون المدني، والأخذ بالتقادم المكسب في مواجهة صاحب

¹⁷- منشور في ج ر ، ع 15 الصادرة بتاريخ : 28-02-2007 .

الحق المشهر، إعمالاً لأحكام المواد المنظمة للتقدّم المكسب، بينما حظر في قرارات أخرى التمسك بالتقدّم المكسب في العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة.

و من قبيل القضايا التي أقرت فيها المحكمة العليا بجواز تملك العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة ما قضت به في قرار صادر عنها بتاريخ 16 جويلية 2008 و الذي جاء فيه ما يلي¹⁸: " و الذي يعيب فيه الطاعنون على القرار المطعون فيه ، أنّه منح العقد العرفي الخاص بالمدعى عليه في الطعن المؤرخ في 02 جانفي 1987 ، الحجية في مواجهة المدعين في الطعن ، و جعله بداية لحيازة المدعى عليه في الطعن التي اعتبرها أساسا للتقدّم المكسب مخالفاً بذلك المادة 12 من قانون التوثيق و المادة 324 مكرر 1 و المادة 29 من القانون 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري .

18- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 423832 ، الصادر بتاريخ 16-07-2008 ، منشور ب الإيج ق لسنة 2010 ، ع خ ج 3 ، ص 274 .

- يراجع في نفس السياق أيضا ، قرار م ع غ ع ، ملف رقم 300815 ، الصادر بتاريخ 18-05-2005 ، منشور ب م م ع لسنة 2005 ، ع 2 ، ص 351 . و الذي جاء فيه ما يلي : " بدعوى أنّ التمسك بالحيازة و التقدّم المكسب يكون في العقارات التي ليس لها سندات ملكية رسمية للمادة 828 من ق . م لكن حيث أنّ القاعدة العامة في إكتساب الملكية العقارية بالتقدّم المكسب إنّما يقوم أساسا على الحيازة و شروطها و على مدّة هذه الحيازة حسب التعيين الآتي :

حيث أنّ المادة 827 من ق . م تنص من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا إستمرّت حيازته له منذ خمسة عشرة سنة بدون إنقطاع و حيث أنّ المادة 828 من ق . م التي تنص : " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح ، فإنّ مدّة التقدّم المكسب تكون عشر سنوات . و لا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق . و السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقدّم و يجب إشهار السند " . و عليه فإنّ القانون المدني لا يفرق في التقدّم المكسب بين الملكية التي لها سندات و التي ليس لها سندات .

و قد تأكّد هذا المبدأ أيضا في المرسوم رقم 83-352 الخاص بإجراءات إثبات التقدّم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإقرار بالملكية إذ نصّ على أنّ كل الأراضي تخضع للتقدّم المكسب .

و بناء عليه فإنّ ما يذكره الطاعنون في الوجه من كون الأراضي التي لها سندات لا تكون محلا للتقدّم المكسب لا أساس له . و حيث أنّ ما يذكره الطاعنون من جهة أخرى أنّ المطعون ضدهم لم يقدموا السند الصحيح لإكتسابهم بالتقدّم وفقا للمادة 828 من ق . م . لكن حيث أنّه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإنّ قضاة الإستئناف ذكروا في قرارهم أنّ المطعون ضده حاز القطعة المتنازع عليها منذ حوالي أربعين سنة خلت حيازة فعلية و دون معارضة . و عليه أخذوا بالتقدّم المكسب المنصوص عليه في المادة 827 من ق . م التي لا تشترط السند الصحيح ، و بالتالي فما يثيره الطاعنون في الوجه لا أساس له " .

لكن حيث يتضح من القرار المطعون فيه ، و خلافا لمزاعم المدعين في الطعن ، أنّ قضاة الموضوع لم يأخذوا بالعقد العرفي كدليل إثبات مقدم من المدعى عليه في الطعن ، إنّما أشاروا إليه عند حساب مدة حيازة المدعى عليه في الطعن للأرض محل النزاع ، و ذكروا لتأسيس قضائهم ، أنّ الثابت من الحكم المستأنف أنّ المحكمة رفضت الدعوى الرامية لاسترجاع الملكية لتقادمها ، و لتوافر التقادم في مواجهة المدعين في الطعن ، ما دامت الحيازة ثابتة و بحسن نية و لمدة تجاوزت 15 سنة من تاريخ رفع الدعوى الذي هو 01 ديسمبر 2006 ، في حين أنّ الحيازة بدأت من تاريخ 02 جانفي 1987 ، حسب شهادة البيع المقدّمة من طرف المدعى عليه في الطعن .

ولم يثبت طوال هذه المدة أي منازعة للمدعى عليه في الطعن، حيث أنجز مسكنه من طابقين حسب دفعه الذي لم ينكره المدعين في الطعن. وبالتالي يكون دفع المدعين في الطعن بأنّ حق الملكية المستند إلى دفتر عقاري مشهر لا يسقط، غير مؤسس لأنّ المادة 827 من ق. م تخوّل للمدعى عليه في الطعن الدفع بالتقادم المكسب. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّه لا يوجد أي نص قانوني ينص على منع الدفع بالتقادم المكسب طبقا للمادة 827 من ق. م، وعليه تكون المواد القانونية المثارة من المدعين في الطعن لا تجد مجالا للتطبيق في قضية الحال.

ومن هنا يكون القضاة قد طبقوا صحيح القانون وطبقوا المادة 827 ق. م تطبيقا صحيحا. وبالتالي فالوجه غير مؤسس و يرفض " .

وأبضا ما قضت به في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 15 سبتمبر 2008 و الذي جاء فيه ما يلي¹⁹ : " حيث من الثابت ما نصّت عليه المادة 827 من ق . م أنّ من حاز عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاص به إذا استمرت حيازته مدة 15 سنة بدون انقطاع أي أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الملكية العقارية حتى في مواجهة من له سند صحيح، لأنّ هذا النص لم يستثني العقارات التي لها عقود مشهورة.

¹⁹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 479371 ، الصادر بتاريخ 15-10-2008 ، منشور ب م م ع لسنة 2008 ، ع 2 ص

ومنه فإنّ قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق المادة 827 ق . م ، ممّا يتعيّن نقض و إبطال القرار المطعون فيه " .

وإذا كان موقف المحكمة العليا في هذه القرارات هو الاعتراف للحائز بملكية العقارات المشهورة فيلاحظ أنّها سلكت مسلكا مغايرا في قرارات قضائية أخرى، إذ لم تعترف للحائز بكسب ملكية العقارات التي لها سندات مشهورة بالتقادم المكسب.

و من قبيل ذلك ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (مجلس الدولة حاليا) في قرار صادر عنها بتاريخ 09 مارس 1988 و الذي جاء فيه ما يلي²⁰: " لكن حيث و كما دفع المستأنف عليه فإنّ الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم المشار إليه أعلاه ، يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي و مشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة في 30 جوان 1998 .

وحيث أنّ طبيعة الأرض كانت ملكا بدون سند، وقد تنازلت الدولة عنها آنذاك أي في سنة 1998 لفائدة الشاغلين لها.

و عليه فإنّ رفض إشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية، كان مؤسسا، لأنّ المرسوم رقم 83-352 السالف الذكر يرمي إلى تطهير الوضعية العقارية للأموال التي لم تتم فيها بعد عمليات مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، و عليه فإنّ القرار المستأنف قد أصاب فيما قضى " .

و أيضا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 10 ديسمبر 2009 و الذي جاء فيه ما يلي²¹: " إذا كان المشرع قد أجاز لكل شخص أن يكتسب عن طريق التقادم المكسب ، إلاّ أنّه أوجب أن يكون العقار في منطقة لم تشملها عملية المسح ، و أن لا يكون قد حرر بشأنه عقد رسمي ، عملا بالمادة 39 من قانون التوجيه العقاري .

²⁰- قرار غ إ م ع ، ملف رقم 129947 ، الصادر بتاريخ 09-03-1998 ، غير منشور ، مشار إليه في : زودة عمر تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-03-1998 رقم 129947 عن الغرفة الإدارية ، مجلة الموثق ، عدد 6 ، أبريل 1999 ، ص 15 و ما يليها .

²¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 565212 ، الصادر بتاريخ 10-12-2009 ، منشور ب الإح ق لسنة 2010 ، ع خ ج 3 ، ص 296

و بما أنّ عقد الشهرة موضوع دعوى الحال جاء لاحقاً لسند المستأنفين، فإنّه جاء مخالفاً للأحكام التشريعية المذكورة ممّا يتعيّن إبطاله " .

يتبيّن ممّا سبق أنّ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا لم يستقر على اتجاه موحّد، إذ لا يزال متردداً في الأخذ بالتقادم المكسب كسبب لكسب العقارات المملوكة بسند رسمي مشهر.

2.3 المطلب الثاني: نظرة الفقه إلى اكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب

إذا كان النقاش قد ثار حول تفسير النصوص القانونية المنظمة للتقادم المكسب - كما سبق وقدمنا - فإنّ نقاشاً أوسع قد احتدم في الفقه حول اعتماد هذه الألية في حدّ ذاتها كسبب لكسب ملكية العقارات التي لها سندات مشهورة.

انقسم الفقه إلى فريقين، وهو بصدد الإجابة على هذا التساؤل، فريق يحاول عبثاً إيجاد أساس قانوني لتملك العقارات المثبتة بسند مشهر.

ويرون أنّه متى استوفت الحياة أركانها وأصبحت خالية من عيوبها رتب عليها القانون أثرين يتمثل أولهما: في حمايتها لذاتها، فيحمي حياة الحائز، بغض النظر عمّا إذا كان الحائز مالكا أو غير مالكا. وثانيهما: يتمثل في اكتساب الحائز لملكية العقار محل الحياة، متى استغرقت الحياة المدّة المقررة في القانون، بصرف النظر عمّا إذا كان العقار محل الحياة مملوك بسند رسمي أو عرفي، مشهر أو غير مشهر²².

وعليه - وبحسب أنصار هذا الاتجاه - فإنّ التقادم المكسب هو طريق لكسب الملكية العقارية بل أنّه دليلاً قاطعاً على ملكيته، وهو حجة على الكافة بما فيهم المالك الأصلي، ولو كان يملك هذا العقار بموجب سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية.

في حين ينظر إليه - التقادم المكسب - فريق آخر نظرة مضيّقة، ويقصره على العقارات التي ليس لها سندات ملكية مشهورة.

²²- زودة عمر ، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-03-1998 رقم 129947 عن الغرفة الإدارية مجلة

الموثق ، عدد 6 ، أبريل 1999 ، ص 15 و ما يليها

وهم يرون أنه لا يمكن لواضع اليد على عقار مملوك بسند رسمي مشهر أن يكتسبه بالتقادم مهما طال أمد وضع يده عليه، وسندهم في ذلك أنّ من شأن التسليم بهكذا وضع- الاعتراف للحائز بالملكية على أساس التقادم المكسب في العقارات المشهورة- أن يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر-

.- La force probante absolue

وعليه - وبحسب أنصار هذا الرأي - فإنّه لا يمكن الاعتراف بالتقادم المكسب على عقارات لها سندات ملكية مشهورة، على اعتبار أنّ الحيازة قرينة على الملكية، وأنّ الملكية هنا ثابتة بالشهر، ومن ثم فإنّ من شأن كسب الملكية والحالة هذه أن يفقد الشهر قوته الثبوتية²³.

4. خاتمة:

يستخلص ممّا تقدّم، أنّ مع ذهب إليه الفقه والقضاء المذكوران أعلاه - المؤيدان للأخذ بالتقادم في العقارات المشهورة - يعتبر في اعتقادنا موقفا سليما من الناحية القانونية، على اعتبار أنّ نصوص القانون المدني هي نصوص عامة وصريحة، وأنّه ليس هناك مسوغ قانوني يسمح باستثناء العقارات المملوكة بسندات رسمية ومشهورة بالمحافظة العقارية من اكتسابها بالتقادم المكسب .

إلا أنّنا نرى بهذا الشأن ضرورة تحديد نطاق التمسك بالتقادم المكسب و قصره على العقارات التي ليس لمالكيها سندات ملكية مشهورة، دون أن يتعداها إلى العقارات المشهورة، تماشيا مع روح النصوص المنظمة للشهر العقاري، خاصة بعد تبني المشرع الجزائري نظام الشهر العيني كأساس لنظام الشهر العقاري. المعلن عنه بمقتضى الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري. إذ ليس بخاف، أنّ من شأن الاعتداد بالتقادم المكسب كسب لكسب الملكية والحقوق العينية العقارية

²³- حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية مختلفة ، عقد الإيجار - ملاحظات تطبيقية حول العقود التوثيقية ، نظرات حول عدم إستقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا ، ط 6 ، دار هومه ، الجزائر ، سنة 2013 ، ص 150 .

- يراجع في نفس السياق ، ثابتي وليد ، المرجع السابق ، ص 135 و ما يليها .

- يراجع أيضا ، ميسون زهوين ، إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، قسم القانون الخاص ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية : 2006-2007 ، ص 163 و ما يليها .

أن يتعارض مع ما يعطيه نظام الشهر العيني للحقوق المقيدة من قوة وثبات، يجعلها في مأن من التعرض للضياع أو الترامي من طرف الغير بسبب الإهمال أو عدم الاستغلال.

التوصيات :

بناء على الاعتبارات والملاحظات السالفة الذكر، فإننا نجتهد ونرى تدخل المشرع لإعادة النظر في مسألة التقادم المكسب، بإضافة مادة ضمن أحكام القانون المدني أو ضمن أحكام المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري تستثني من مجال الخضوع للتقادم المكسب الوارد في القانون المدني، العقارات المملوكة بسندات رسمية مشهورة بمصلحة الشهر العقاري. وهو الرأي الذي نعتقد به إلى جانب غالبية الفقه الذي يؤيد هذا الاتجاه.