

الحقوق العقارية والعينية المحصنة ضد التقادم المكسب

بين نصوص القانون وتطبيقات القضاء.

الدكتور مقني بن عمار

جامعة ابن خلدون تيارت

مقدمة:

يعتبر تحقيق الاستقرار في المجتمع أحد الأهداف الرئيسية للنظام القانوني، فحاجة المجتمع إلى الثبات والاستقرار لا تقل بأي حال عن حاجته إلى العدل والأمان.

ويتحقق الاستقرار باليقين القانوني⁽¹⁾، وقد تبنت القوانين الوضعية العديد من المبادئ والقواعد التي تهدف إلى تحقيق هذه الغاية⁽²⁾، أي الاستقرار، ومن ضمنها قاعدة حماية المراكز الفعلية، ومن تطبيقاتها قاعدة التقادم، بشقيه المكسب والمسقط.

وقد يبدو لأول وهلة أن التقادم بشقيه، المكسب والمسقط، ينافي العدالة والأخلاق، أو هو وسيلة لاغتصاب الحقوق باسم القانون. وهذا يعود للأثر المترتب عنه، فإن كان التقادم مكسبا أدى في بعض الأحيان إلى حرمان المالك من ملكه من دون رضاه ومن دون مقابل، وجعل الغاصب مالكا بعد حيازة العقار أو الشيء العيني مدة معينة، وإن كان مسقطا أدى إلى سقوط الالتزام عن المدين رغم عدم الوفاء به، فيبرئ المدين بسكوت الدائن عن المطالبة بحقه لمدة معينة، وهذا أمر منافٍ للعدالة، لأن مضي المدة ليس من شأنه، بحكم طبيعة الأشياء، أن يخلق حقا أو يسقط ديناً⁽³⁾.

() هو معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية على نحو دقيق ومؤكد وواضح، إذ يمكنهم من *sertitude juridique* - اليقين القانوني⁽¹⁾ الدراية التامة بما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، وهو ما يتيح لهم التصرف بإطمئنان إستنادا إليها دون خوف أو قلق من نتائج هذا التصرف في المستقبل.

- ينظر الدكتور أحمد إبراهيم حسن: غااية القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، السنة 2000 ، ص 187 وما بعدها.

والدكتور حمدي عبد الرحمن: فكرة القانون ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، السنة 1979 ، ص 24 وما بعدها.

- الدكتور عبد الحميد الشواربي والمستشار أسامة عثمان: أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 3 السنة 1996 ، ص 11 .

ورغم هذه المثالب والمآخذ فإن نظام التقادم يستند إلى اعتبارات موضوعية هي من القوة والأهمية، بحيث جعلت الشرائع الوضعية تأخذ به منذ القدم، باستثناء الشريعة الإسلامية التي تحفظ فقهاؤها على نظام تقادم الحقوق.

فالتقادم يعتبر وسيلة قانونية لتحقيق الأمن المدني واليقين للمراكز القانونية. وهو نظام يقوم على دعم استقرار التعامل، وبالتالي النظام العام، إذ لا يعقل أن يظل الناس يطالب بعضهم بعضا إلى ما لا نهاية.

والتقادم لا شك أنه وسيلة قانونية لتحقيق هذه الغاية وآلية لوضع حد لفوضى استعمال الحقوق والدعاوى، حيث يقضي الصالح العام إقرار الحالات الواقعية التي إستقرت فترة من الزمن وتعامل الناس على أساسها واطمأنوا إليها، بحيث يتحول الواقع إلى حق، ويكون من الواجب وضع حد للمنازعات على الحقوق ومنع تأييدها.

وهو ما يعزز حماية الوضع الظاهر ويؤدي إلى إستقرار المراكز القانونية المتحققة والمكتسبة بمرور الزمن⁽⁴⁾. فلولا التقادم لتعين على من يدعي ملكية أو حقا أن يثبت ملكية وحقوق أسلافه جميعا، وهذا عبء لا يمكن النهوض به، ولو سمح به لبعث بالاستقرار والطمأنينة داخل المجتمع، ولذلك كان من المحتم التوافق بين الواقع والمجتمع، إذ يصبح الحائز في مجال التقادم المكسب مالكا بمرور الزمن ويصبح المدين في التقادم المسقط معفيا من الالتزام بالوفاء بمرور الزمن.

وينهض نظام التقادم على مبررات واقعية، واعتبارات تتصل بالصالح العام للمجتمع. فالوضع الواقعي الذي استقرت عليه المعاملات والحقوق ردها من الزمن ينبغي الابقاء عليه وتحويله إلى وضع معترف به قانونا. وهو أمر يبعث على استقرار المراكز المكتسبة بمرور الزمن.

وتختلف النظم القانونية اللاتينية عن النظم القانونية الأنجلوساكسونية من حيث الأخذ بفكرة التقادم بوجه عام، فهذه الأخيرة لا تأخذ بالتقادم كنظام قانوني. أما تشريعات الدول اللاتينية كفرنسا وبقية الدول التي حذت حذوها (مثل الجزائر وباقي الدول العربية) فتأخذ بالتقادم في قوانينها وتنص عليه كنظام قانوني قائم بذاته في منظومتها التشريعية.

- يتشابه مبدأ التقادم في أثره وغايته مع مبدأ قوة الأمر المقضي، فالأول يضع حد للمطالبة بالحقوق والثاني يضع حدا للمنازعة في 4 الحقوق.

ينظر الدكتور علي حسن عوض: الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، السنة 1996.

والتقادم بشكله القانوني الحالي نظام يرجع في أصوله إلى القانون الروماني، وتلقفته كل التشريعات الغربية والعربية، ومنها تشريعنا الجزائري، بدون أي تردد، لأنه قد يبدو نظام عادلا ومبينا على اعتبارات قانونية مؤسسة وقائم على مبررات موضوعية مقنعة.

والتقادم قد يكون موضوعيا أو إجرائيا، وقد يكون جزائيا أو مدنيا، وكل منهما له أحكامه القانونية. وفي

القانون المدني فإنه نوعين: هما التقادم المكسب في مجال الحقوق العينية، والتقادم المسقط في نطاق الحقوق الشخصية. وقد فصل المشرع الجزائري في مواضع التقادم⁽⁵⁾، ولم يجعلها في باب واحد من القانون المدني، بل جعل التقادم المسقط أو القصير Prescription extinctive ضمن الأحكام العامة لانقضاء الالتزام من دون الوفاء به في الجزء الثاني من القانون المدني المخصص للالتزمات والعقود، وبالضبط في القسم الثالث من الفصل الأول من الباب الخامس الخاصة بانقضاء الالتزام من المادة 308 لغاية المادة 322. في حين أدرج أحكام التقادم المكسب أو الطويل Prescription aquisitive ou usucaption ضمن الجزء الثالث من القانون المدني المخصص لأسباب كسب الملكية العقارية، وبالضبط في القسم السادس من الباب الأول الخاص بالحيازة من المادة 808 لغاية المادة 843.

وهذا الاختلاف في مواضع الأحكام يؤكد إختلاف التقادم المسقط عن التقادم المكسب من عدة أوجه رغم تشابههما في بعض الأحكام المتعلقة بكيفية حساب المواعيد ووقفها وانقطاعها.

وسنتولى في هذا البحث عرض شروط التقادم المكسب والموانع التي ترد عليه، لاسيما بالنسبة للأموال العقارية المشهورة. متسائلين عن حق الملكية العقارية الخاصة: هل هو حق محصن ومؤبد شأنه شأن الأملاك العقارية العمومية أم أنه يخضع لقواعد التقادم؟ وهل هناك فرق بين حيازة الحق العقاري والعيني المشهر وحيازة الحق العقاري والعيني غير المشهر؟

وهو ما سنحاول الإجابة عن هذه الأسئلة من خلال التركيز على القانون الجزائري مدعما باجتهادات القضاء وآراء الفقه.

-التشريع الفرنسي جمع أحكام التقادم المسقط والمكسب في باب واحد (الباب العاشر) بدء من المادة 2219 وما بعدها لغاية المادة 5 2281 من القانون المدني.

المبحث الأول: مفهوم التقادم المكسب وخصائصه وأسس

يختلف التقادم المكسب عن التقادم المسقط من عدة مواضع. فإذا كان التقادم المكسب أو المملك يقوم على استمرار واقعة إيجابية، هي حيازة المال، مدة من الزمن، مما يؤدي الى كسب هذا المال أو العقار أو الحق العيني. فإن التقادم المسقط يقوم على استمرار واقعة سلبية، هي سكوت صاحب الحق عن اقتضائه، مباشرته، مدة من الزمن، مما يؤدي الى سقوط هذا الحق وانقضائه.

وكذلك فإن التقادم المكسب فلا يكسب سوى الحقوق العينية، وهذا بعد حيازتها مدة معينة طويلة، فهو يرتبط ارتباطا وثيقا بالحيازة أو وضع اليد التي لا نجد لها وجودا في التقادم المسقط.

في حين أن التقادم المسقط يؤدي إلى سقوط الحقوق الشخصية كالأجور والمرتببات والأتعاب والتعويضات، وقد يؤدي إلى سقوط الحقوق العينية كحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق، في حال ما إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه خلال مدة زمنية معينة.

وسنبين مفهوم التقادم المكسب وخصائصه، وكذا أسسه القانونية وإجراءات تثبيته.

المطلب الأول:مفهوم التقادم المكسب وخصائصه

يعتمد التقادم المكسب⁽⁶⁾ أساسا على حيازة المال أو الحق مدة يحددها القانون، فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد استمرار هذه الحيازة مدة معينة حددها القانون⁽⁷⁾، بينما التقادم المسقط لا يقترن مطلقا بالحيازة، وإنما هو نتيجة لسلوك سلمي من صاحب الحق العيني أو الشخصي يحول دون المطالبة بحقه لدى المدين أو لدى الغير.

- ينظر في التقادم المكسب: المواد 727 و 728 و 729 و 829 من القانون المدني.6

- يجب أن تكون الحيازة قانونية قائمة بكل عناصرها المادية والمعنوية، ومنها العلنية والهدوء والاستمرار، وعدم الالتباس، ونية 7 التملك والظهور بمظهر المالك، وأن تكون غير معيبة (فالعنف مثلا عيب والخفاء عيب والنقطع عيب...).

زيادة على ذلك أنه في نظام التقادم المكسب يعتمد على حسن النية وسوء النية في تغيير مدد التقادم. فتختلف مدة التقادم بحسب الحالتين، إذ هي أطول في الحيابة بسوء النية (15 سنة)⁽⁸⁾ وأقصر في الحيابة بحسن النية (10 سنوات)⁽⁹⁾. وحسن النية مفترض دائما لدى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس.

ونعتقد أن مدة خمسة عشر سنة هي الأصل، وما كان أقل أو أكثر من هذه المدة فهو إستثناء⁽¹⁰⁾. فالحائز أو واضع اليد حسن النية يملك الحق بالتقادم في مدة أقل من المدة التي يملكه فيها الحائز أو واضع اليد سيء النية، لكن ما يلاحظ أن المادة 828 الخاصة بالتقادم العشري رأت أن وضع اليد لا يكفي وحده كسبب للتقادم المكسب، وإنما اشترطت أن يكون لدى الحائز سند صحيح (le juste titre)⁽¹¹⁾ في حين لم تشترط المادة 827 مثل هذا الشرط⁽¹²⁾.

فوضع اليد في المدة الطويلة إذا توافرت شروطه القانونية، وكانت خالية من العيوب، يعد بحد ذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها. وغالبا ما تكون الحيابة المادية قرينة على الحيابة القانونية ما لم يثبت العكس.

وإذا كانت الحيابة مقرونة بسند صحيح، عد ذلك بمثابة سبب ينقص من مدة التقادم إلى حدود عشر سنوات⁽¹³⁾.

ولكن مع ذلك فإن شروط الحيابة كما تقول المحكمة العليا⁽¹⁴⁾ لا تنحصر في التوثيق والشهر وإنما في أعمال مقتضيات المادة 827 من القانون المدني.

8 - تنص المادة 827 من القانون المدني: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً دون أن يكون مالكا له أو صار ذلك له ملكاً إذا استمرت حيازته خمسة عشر سنة بدون انقطاع".

9 - تنص المادة 828 من القانون المدني: "إذا وقعت الحيابة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية⁹ ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات. ولا يشترط توافر حسن النية إلا من وقت تلقي الحق".

10 - وهذه نقطة تشابه مع التقادم المسقط، لأن الأصل في مدة هذا التقادم هي خمسة عشر سنة، وما كان أقل منها فهو إستثناء،¹⁰ حسب نص المادة 308 من القانون المدني.

11 - تنص المادة 828 فقرة أخيرة من القانون المدني: "والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم بالتقادم ويجب إظهار السند".

12 - قضت المحكمة العليا بأنه ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، ولا أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته. فشغل مسكن¹² على سبيل الإعارة لا يؤدي إلى إكتساب ملكيته عن طريق الحيابة.

قرار الغرفة العقارية بتاريخ 16 سبتمبر 2010 ، ملف رقم 618572. منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة 2010 ، العدد الثاني ، ص 242 .

13 - قرار المحكمة العليا - الغرفة العقارية بتاريخ 18 ماي 2005 ، ملف رقم 300815. منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة 2005 ، العدد الثاني ، ص 351.

وسواء كانت الحياة بعشر سنوات أو بخمسة عشر سنة فإنه ينبغي أن تكون غير معيبة بعيب من العيوب مثل عيب العنف و عيب عدم الخفاء و عيب عدم الاستمرار. وعلى عكس التقادم المكسب فإنه في ظل التقادم المسقط لا نجد أي دور للنية، ولا أثر لحسن أو سوء نية المدين أو الدائن على مدة التقادم.

ويضيف بعض الفقه (15) وجها آخر من أوجه الاختلاف بين نظام التقادم المسقط ونظام التقادم المكسب، وهو أن التقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع. فإذا دفع صاحب الحق الذي سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط.

أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى (الطلب) على السواء. فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب، كما له إذا انتزعت منه الحياة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب.

ونعتقد أن المشرع لم ينص صراحة على هذه التفرقة بين التقاديين من ناحية إبداء الدفع، حيث خول لكل من له المصلحة أن يثير مسألة التقادم في جميع مراحل الدعوى، سواء عن طريق طلب أو عن طريق دفع. فلا فرق في ذلك بين التقادم المسقط والمكسب.

وكذلك فإن التقادم المكسب والمسقط، على حد سواء، ليسا من قواعد النظام العام، فإذا كان يمتنع على القاضي أن يثير التقادم المسقط تلقائيا (16)، فإنه أيضا يتعذر عليه أن يثير التقادم المكسب تلقائيا (17).

- قرار المحكمة العليا - الغرفة العقارية بتاريخ 11 مارس 2009 ، ملف رقم 508386. منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة 14 2009 ، العدد الأول ، ص 240 .

- الدكتور عبد الحميد الشواربي والمستشار أسامة عثمان: أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، المرجع السابق ، ص 13.15

- قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية بتاريخ 12 مارس 1986 ، ملف رقم 35324. منشور بالمجلة القضائية ، السنة 1993 16 ، العدد الأول ، ص 11.

17 - وهذه القاعدة مقررة حتى في قواعد الميراث رغم أن هذه القواعد في الأصل تعد من النظام العام. وفي ذلك قضت المحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أن الحقوق الميراثية لا تكتسب بالتقادم مهما كان الحال إلا إذا دامت الحياة 33 سنة، وأنه من المقرر أيضاً أنه لا يمكن لقضاة الموضوع إثارة التقادم المنصوص عليه في المادة 829 من القانون المدني تلقائياً".

قرار الغرفة العقارية بتاريخ 27 سبتمبر 2000 ، ملف رقم 202755. منشور بمجلة الإجتهااد القضائي ، السنة 2004 ، عدد خاص ، غ. ع ، الجزء 2 ، ص 146 .

ورغم هذه الإختلافات الوجيهة بين نظامي التقادم المسقط والتقادم المكسب إلا أن قواعد التقادم المسقط تسري على التقادم المكسب فيما يخص السريان الفوري لأحكامهما القانونية، وكذا فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه، والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب⁽¹⁸⁾. ومع مراعاة بعض الخصوصيات المتعلقة بالحيازة المكسبة⁽¹⁹⁾ وبيع الدعوى المرتبطة بالتقادم المكسب⁽²⁰⁾.

المطلب الثاني:

أساس التقادم المكسب وإجراءات تثبيت الملكية

التقادم المكسب نظام قانوني يشكل الزمن عنصرا أساسيا من عناصره، وقد أخذت به معظم الشرائع الوضعية قديمها وحديثها، وذلك بالنظر إلى أهميته الكبيرة في العمل القانوني، لأنه يقوم على اعتبارات ذات أهمية تتصل بالصالح العام للمجتمع، فهو يؤدي إلى حفظ الأمن الاجتماعي والاقتصادي ويساعد على إستقرار المراكز القانونية.

وبعض الشرائع الوضعية جعلت من التقادم سببا من أسباب كسب الملكية وسببا من أسباب سقوط الحق والبعض الآخر جعله سببا من أسباب منع سماع الدعوى. والحيازة المكسبة للعقار في واقعها لا تعتبر حقا عينيا ولا حقا شخصا، ولا هي حق أصلا، ولكنها واقعة مادية تقوم على قاعدة السيطرة الفعلية على العقار أو الحق العيني العقاري. وقد يتحول الوضع المادي إلى وضع قانوني، فيصبح الحائز مالكا إذا توافرت شروط الحيازة المكسبة.

وقد يكون إستمرار هذا الوضع المادي لمدة زمنية معينة، مع توفر شروطها القانونية، سببا في اكتساب الملكية العقارية. ويكون للاكتساب أثر رجعي يترد إلى تاريخ بدء هذه الحيازة. فهي بذلك تحول وضعها فعليا إلى حقيقة قانونية.

18 - ينظر المادة 832 وما بعدها من القانوني المدني

19 - ينظر المادة 879-2 من القانوني المدني.

20 - مثلا دعوى فسخ عقد البيع تقطع التقادم المكسب الساري لمصلحة المشتري على المبيع. نقض مدني مصري ، جلسة 26 يناير 1984 ، الطعن رقم 157 ، السنة 50 ق. ودعوى المطالبة بتثبيت ملكية الشيء تقطع التقادم المكسب بالنسبة للحق في الثمار والمنتجات. نقض مدني مصري ، جلسة 14 أبريل 1984 ، الطعن رقم 1722 ، السنة 50 ق ، س 36 ، ص 1027

والحقيقة أن الفقه غير منسجم بشأن تحديد طبيعة التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية (21). فالرأي الأول يذهب إلى القول أن الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد. وهذا الرأي تبناه قضاء محكمة النقض المصرية (22).

في حين يذهب الرأي الثاني إلى أن التقادم سبب مباشر لكسب الملكية أو الحق العيني بصفة عامة، وليس قرينة قاطعة على الملك. فالحائز إذا تمسك بالتقادم فإنه يستفيد من قاعدة موضوعية تكسب، وليس من قاعدة إثبات تعفيه من إثبات حقه.

وقواعد الحياة الطويلة المكسبة تطبق في مجال إكتساب العقار أو المنقول أو الحق العيني الأصلي والحق العيني التبعي. المهم أن يكون الحق قابلا للتعامل وقابلا للحياة.

ولذلك فالأموال العامة لا يجوز اكتسابها بالتقادم، لأنها في الأصل غير قابلة للتعامل فيها، وهذا بالنظر إلى الغرض الذي خصصت له هذه الأموال، وهو المنفعة العامة، ونفس الشيء بالنسبة للأموال الوقفية التي لا تقبل التملك وفق قواعد التقادم المكسب (23).

وإجراءات تثبيت الملكية العقارية على أساس التقادم المكسب لا تتم تلقائيا، وإنما بناء على وثائق إدارية أو توثيقية أو قضائية حسب الحالة.

فالحائز لمدة طويلة، ولو صحت حيازته، بكامل عناصرها القانونية، المادية منها والمعنوية، فإنه لا يصير مالكا تلقائيا على أساس أن قواعد الملكية العقارية تقتضي وثائق تثبت نشوء أو نقل أو تعديل حق الملكية. وهذا يعني أن الحائز يتعين عليه السعي للقيام بالإجراءات اللازمة لتثبيت ملكيته على العقار بسبب التقادم المكسب، بوصفه أحد أسباب كسب الملكية العقارية.

- ينظر الدكتور رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، السنة 2001 21 ، ص 424.

22 - تذهب محكمة النقض المصرية إلى القول أن الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توفر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد".

نقض مدني، جلسة 08 ديسمبر 1949، الطعن رقم 69، السنة 01 ق، ص 19.
نقض مدني، جلسة 28 ديسمبر 1961، الطعن رقم 829، السنة 12 ق، ص 142.

- قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية بتاريخ 22 فبراير 2000، ملف رقم 232678. منشور بالمجلة القضائية، السنة 2001 23 ، العدد الأول، ص 264.

كما قضت بأنه لا يجوز تحرير عقد شهرة على أرض محبسه، قصد تملكها. قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية بتاريخ 22 أبريل 2010، ملف رقم 547662. منشور بالمجلة القضائية، السنة 2010، العدد الثاني، ص 151.

فحيازة العقار تعد مجرد واقعة مادية: وهي سلطة فعلية يمارسها شخص يسمى الحائز على عقار أو حق عيني عقاري. وقد يكون الحائز هو المالك (ملكية فعلية) أو قد يكون غير مالك. وهذا الأخير قد تكون حيازته أصلية، كما قد تكون عرضية.

ونظرا لأن الحيازة واقعة مادية فإن يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، ومنها الإشهادات الإدارية والعقود العرفية وبالتحقيقات القضائية والإدارية وبتقارير الخبراء وبشهادات الشهود. وذلك على عكس ملكية العقار التي تعد واقعة قانونية أو سلطة قانونية يمارسها شخص على عقار أو على حق عيني عقاري، وتمكنه من سلطات أو مكنت الإستعمال والاستغلال والتصرف⁽²⁴⁾. والملكية العقارية لا تثبت إلا بموجب محررات رسمية مسجلة ومشهرة في المحافظة العقارية بصرف النظر عن مصدرها وسبب إكتسابها، سواء كان واقعة مادية كالوفاة والتقدم المكسب والالتصاق أو كان تصرفا قانونيا كالبيع والهبة والوصية أو كان واقعة مركبة كالشفعة مثلا.

والتقدم المكسب واحد من الأسباب السبعة المعترف بها كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، غير أن تثبيت الملكية العقارية القائمة على أساس التقدم المكسب يتم بعدة طرق قانونية:

أ- **الطرق التوثيقية:** ويتم ذلك باللجوء إلى الموثق لإعداد "عقد الشهرة"، وهو "عقد تمهيدي" يعده الموثق للشخص الذي يريد تملك عقار معين عن طريق التمسك بالحيازة الطويلة، حيازة مستمرة وغير منقطعة ولا متنازع عليها وعلائية، وغير مشنوبة بلبس ولم يعتريها عيب.

ويتوجب على الموثق بعد التأكد من أن العقار ليس ملكا عموميا ولا ملكا وقفيا. يقوم بإعداد "عقد الشهرة"⁽²⁵⁾. وإعلانه عن طريق اللصق في مقر البلدية مدة أربعة (4) أشهر، وكذا إشهاره في الصحافة الوطنية والجهوية، قصد إثارة الاعتراضات المحتملة من الغير الذي يهمه العقار، وتكون نفقات الإعلان والنشر عاتق الطرف المعني، أي الحائز للعقار بالتقدم الطويل⁽²⁶⁾.

وفي حالة الاعتراض على صفة المالك للمدعي أو المدعين لا يتم إعداد عقد الملكية، وإنما يقوم الموثق بإحالة الأطراف المعنية على القضاء المختص لحل نزاعهم.

24 - ينظر المواد 165 و 674 و 793 من القانون المدني.

25 - يلاحظ أن المشرع سماه مجازا عقد شهر، أي محرر شهرة أو إشهار توثيقي، وليس معناه تصرف بين طرفين.

- ينظر المادتان 4 و 8 من المرسوم رقم 352/83 الممضى في 21 ماي 1983 المتضمن إجراء إثبات التقدم المكتسب وإعداد 26 عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية (الملغى سنة 2007 بموجب القانون رقم 02/07).

منشور بالجريدة الرسمية العدد 21 ، مؤرخة في 1983/05/24 ، ص 1473.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا أن عدم الاعتراض على إجراءات الشهرة أمام الموثق لا يمنع البلدية من التدخل والمطالبة بإبطال عقد الشهرة أمام القضاء (27).

ب- الطرق الإدارية: بعد إلغاء الأحكام القانونية المتعلقة بعقد الشهرة يمكن للحائز لعقار وفقا للشروط المحددة في القانون المدني أن يلتمس إداريا إكتساب العقار بموجب إجراءات التحقيق العقاري، وهذا أمر يخضع لإجراءات خاصة حلت بدلا عن عقد الشهرة (28).

ج- الطرق القضائية: يمكن للحائز اللجوء إلى القضاء المختص لتثبيت ملكيته على أساس التقادم المكسب، سواء في حالة ثبوت إعتراض جدي من الغير أمام الموثق على عقد الشهرة في المواعيد المحددة قانونا (كما كان الأمر معمولا به سابقا في ظل نظام عقد الشهرة) (29) أو إعتراض على لجنة التحقيق العقاري (كما هو معمول به حاليا).

حيث أنه لا يوجد ما يمنع القضاء من تثبيت الملكية في حالة توافر شروطها وانعدام الموانع القانوني والمادية التي تحول دون إصدار حكم بتثبيت الملكية. وقد تكون الإجراءات التوثيقية والإدارية بتثبيت أو عدم تثبيت الملكية محل طعن قضائي.

- قرار الغرفة العقارية بتاريخ 29 مارس 2000 ، ملف رقم 190541. منشور بالمجلة القضائية ، السنة 2000 ، العدد الأول 27 ، ص 151.

و قرار الغرفة العقارية بتاريخ 29 ديسمبر 2001 ، ملف رقم 215221. منشور بمجلة الإجتهد القضائي ، السنة 2004 ، عدد خاص، الغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، ص 384.

وفي نفس المعنى: قضت المحكمة العليا أنه يجوز الاعتراض أمام الموثق على عقد الشهرة ولو خارج الأجل المتعلق بالإعتراض.

قرار الغرفة العقارية بتاريخ 23 يونيو 1999 ، ملف رقم 185104.

- ينظر القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري. منشور بالجريدة الرسمية العدد 15 ، مؤرخة في 2007/02/28 ، ص 11 .

- قضت المحكمة العليا أنه: "من المقرر قانونا أنه من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقار دون أن يكون مالكا 29 أو خاص به صار له بذلك ملكا إن استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع.

ومن الثابت، في قضية الحال، أن قضاة المجلس جعلوا التقادم المكسب مرهون بإجراء عقد الشهرة والقانون لا يشترط ذلك، فهم بذلك أسأوا تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار".

قرار الغرفة العقارية بتاريخ 30 سبتمبر 1998 ، ملف رقم 180876. منشور بالمجلة القضائية ، السنة 1998 ، العدد الثاني ، ص

والحكم بتثبيت الملكية على أساس التقادم المكسب يعتبر حكما مقررا للملكية وليس كاشفا، ولكن مع ذلك فآثر الملكية يمتد بآثر رجعي لبداية وضع اليد، وليس من تاريخ الحكم بتثبيت الملكية، إذ لا تلازم بين الأثر الكاشف للحكم والآثر الرجعي للحق. وهذا الحكم يعتبر هنا سند الملكية ويتوجب شهره.

فالقاعدة أن كل السندات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنقضاء أو التصريح بملكية عقار أو حق عيني لا يسري أثرها في ظل النظام الشهر العيني إلا من تاريخ شهرها في المحافظة العقارية⁽³⁰⁾. وهو ما أقر به القضاء⁽³¹⁾.

وإجراء الشهر هنا مقرر لنقل الحق العيني، وفي نفس الوقت هو وسيلة لحماية الغير الذي يحتج عليه بالسند المشهر، ولكن الشهر غير مفروض على الغير.

ومقتضى هذا أنه يجوز للغير أن يطعن في الحكم القاضي بتثبيت الحيابة بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، سواء أشهر الحكم بالتقادم المكسب أو لم يشهر.

المبحث الثاني:

الملكية العقارية العمومية بين الإكتساب ومجرد الحيابة

يعرف الحق العيني بأنه استئثار مباشر بشيء يمكن صاحب الحق من الحصول على المزايا التي يمنحها له حقه دون وساطة بعكس الحق الشخصي الذي يتضمن استئثارا غير مباشر، فلا يمكن صاحب الحق الحصول على حقه إلا بتدخل أو بواسطة المدين.

- تنص المادة 793 من القانون المدني: "لا تنتقل 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".

تنص المادة 15 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم على ما يلي:

"كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بالعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إظهاره في مجموعة البطاقات العقارية"

وتنص المادة 16 من نفس القانون المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري: "كل العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل ملكية عقار أو حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية". قانون منشور بالجريدة الرسمية العدد 92 ، مؤرخة في 18/11/1975 ، ص 1206.

- وقرار الغرفة المدنية بتاريخ 07 فبراير 1994 ، ملف رقم 113840. منشور بالمجلة القضائية ، السنة 1994 ، العدد الثاني ، ص 31-158.

والحقوق العينية أوردتها القانون على سبيل الحصر. أما الحقوق الشخصية فليست محصورة، ولذلك يكون للأفراد أن ينشئوا ما أرادوا منها في أي وقت بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة. وإذا كانت الحقوق العقارية والعينية الخاصة تصلح، من حيث المبدأ، لاكتسابها بالتقادم المكسب إلا أنه على العكس من ذلك فإن الحقوق العقارية والعينية المملوكة للدولة وأشخاص القانون العام لا تخضع لقواعد الاكتساب بطريق التقادم المكسب.

المطلب الأول:

قاعدة عدم إكتساب الملكية العمومية بالتقادم

الأمالك العقارية الوطنية (العامة والخاصة) هي ملك للمجموعة الوطنية، ولذلك تعتبر غير قابلة للتقادم المكسب من قبل الغير⁽³²⁾، بصرف النظر عن مدة حيازتها، وذلك بعكس الحقوق المتعلقة بالرسوم والضرائب المقررة لفائدة الخزينة العمومية فهي تتقادم وفقا لقواعد التقادم المسقط.

وما يسري على الأمالك الوطنية ينطبق أيضا على الأمالك العقارية الوطنية الخاصة المملوكة للجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية الإدارية لا تكتسب بالتقادم⁽³³⁾.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا⁽³⁴⁾: "إن كان النزاع منصب على قطعة أرض داخلية ضمن الدومين العام فإنه لا يجوز الدفع فيه بالتقادم المكسب لعدم قابلية اكتساب هذا العقار بالتقادم من حيث طبيعته القانونية.

- تنص المادة 4 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالأمالك الوطنية، المعدل والمتمم على ما يلي: 32

"الأمالك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للحجز".

وتنص المادة 66 فقرة 1 من نفس القانون: "وتستمد القواعد العامة لحماية الأمالك الوطنية العمومية مما يأتي: مبادئ قابلية التصرف، وعدم قابلية التقادم، وعدم قابلية الحجز".

منشور بالجريدة الرسمية العدد 52 ، مؤرخة في 1990/12/02 ، ص 1661.

- ينظر المادة 311 من القانون المدني. والمادة 16 من القانون رقم 17/84 المؤرخ في 7 يوليو 1984 المتضمن قوانين 33 المالية، المعدل والمتمم. منشور بالجريدة الرسمية العدد 28 ، مؤرخة في 1984/07/10 ، ص 1040.

- قرار المحكمة العليا - الغرفة الإدارية بتاريخ 07 ديسمبر 1985 ، ملف رقم 42050. منشور بالمجلة القضائية ، السنة 34 ، العدد الثاني ، ص 202 .

وإن المجلس القضائي الذي أمر بخروج الطرف من القطعة الأرضية المذكورة موضوع النزاع بسبب عدم حيازته لأي سند قانوني سوى تمسكه بالتقادم المكسب لها، فإنه يكون بقضائه على هذا النحو قد طبق القانون تطبيقاً سليماً، مما يجعل استئناف قراره في هذا الشأن غير جدير بالقبول لعدم التأسيس".

كما جرى مجلس الدولة⁽³⁵⁾ على أن الأملاك التابعة للدولة لا يمكن تملكها مهما طال حيازتها".

كذلك لا يجوز اكتساب الوقف العام بالتقادم باعتباره من قبيل الأملاك ذات الإنتفاع المشترك للجميع⁽³⁶⁾ مثل المساجد والمقابر والزوايا، وهي تأخذ حكم الأملاك العمومية في عدم قابليتها لقواعد التقادم المكسب⁽³⁷⁾.

وهذا ما أكدته المادة الخامسة من قانون الأوقاف بنهصا: "الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على إحترام إرادة الواقف وتنفيذها".

وقاعدة عدم تملك الأملاك العمومية بطريق التقادم المكسب لا تعني عدم إمكانية التصرف فيها من قبل الدولة والجماعات المحلية بطريق البيع والتنازل والمبادلة. فهذا مما يدخل في باب حرية المالك في التصرف في أملاكه، مع مراعاة قواعد المصلحة العامة.

المطلب الثاني:

جواز حيازة الملكية العمومية دون إكتسابها

إذا كان القانون يحظر اكتساب الملكية العقارية العمومية إلا أنه لا يمنع حيازتها ووضع اليد عليها من طرف الخواص بجيازة دائمة على سبيل الانتفاع دون التمكن من الإكتساب أمد الدهر، حيث يكفي واضع اليد بالاستغلال والاستعمال دون أي حق في التمسك بالتقادم مهما طال الزمن.

-
- قرار مجلس الدولة- الغرفة الرابعة بتاريخ 10 ديسمبر 2002 ، ملف رقم 8040. منشور بمجلة نشرة القضاة ، السنة 35 ، العدد 58 ، ص 282. 2006
- قرار مجلس الدولة- الغرفة الرابعة بتاريخ 10 يونيو 2002 ، ملف رقم 3601. منشور بمجلة مجلس الدولة ، السنة 2002 ، العدد الثاني ، ص 212 .
- ينظر في تعريف الوقف وبيان طبيعتها: القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف، المعدل والمتمم. منشور بالجريدة الرسمية العدد 21 ، مؤرخة في 1991/05/08 ، ص 690. والمادة 213 وما بعدها من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم. منشور بالجريدة الرسمية العدد 24 ، مؤرخة في 1984/06/12 ، الصفحة 910.
- ينظر في تكييف طبيعة الأملاك الوقفية المادة 31 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتعلق بالتوجيه العقاري، المعدل والمتمم. منشور بالجريدة الرسمية العدد 49 ، مؤرخة في 1990/12/18 ، الصفحة 1560.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بما يلي⁽³⁸⁾: "من المقرر قانونا أنه يجوز لحائز العقار إذا فقد حيازته أن يطلب السنة التالية لفقدائها ردها إليه، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت انكشاف ذلك.

ولما تبين، من قضية الحال، أن الحيازة ثابتة منذ عهد الاستعمار، وأن ما بني فوقها كان برخصة من المصالح البلدية، دون أية منازعة في حيازتها وفي استصلاحها وخرسها.

ولما قرر قضاة المجلس بأن الحيازة لا تجوز في الأملاك التابعة للدولة، فإن هذا التأسيس خاطئ لأنه لا يوجد أي نص قانوني يتحدث على منع الحيازة في الأملاك العقارية التابعة للدولة التي تمنح للأشخاص بموجب شهادة إدارية من أجل استغلالها والانتفاع بها. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".

ويعني ذلك أنه ليس بالضرورة كل حائز لعقار أنه سيتملكه بالتقادم المكسب، فالحيازة قد تكون على سبيل سامح لا على سبيل التنازل.

ويجوز للحائز الدفاع عن الحيازة الواقعة على أملاك الدولة بكل الطرق القانونية ضد الغير المعتدي عليها، ولو كانت مجرد حيازة مؤقتة للدومين العام⁽³⁹⁾.

كما يجوز رد العدوان على هذه الحيازة عن طريق شكوى على أساس جريمة التعدي على الملكية العقارية، طبقا للمادة 386 من قانون العقوبات.

حيث ترى الغرفة الجزائية للمحكمة العليا أن المشرع لا يقصد بعبارة "المملوك للغير" الملكية الحقيقية للعقار فحسب، وإنما يقصد بها أيضا الملكية الفعلية⁽⁴⁰⁾، ولذا ينبغي أن تؤخذ هذه العبارة بمفهومها الواسع الذي لا يقتصر على الملكية حسب تعريفها في القانون المدني بل تتعدها ليشمل أيضا الحيازة القانونية.

- قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية بتاريخ 24 يونيو 1998 ، ملف رقم 181645. منشور بالمجلة القضائية ، السنة 38 ، 1999 ، العدد الأول ، ص 72. وفي نفس المنحى: قرار الغرفة العقارية بتاريخ 26 أبريل 2000 ، ملف رقم 196049. منشور بالمجلة القضائية ، السنة 2000 ، العدد الأول ، ص 30.

- قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية بتاريخ 12 نوفمبر 2008 ، ملف رقم 4834064. منشور بالمجلة القضائية ، السنة 39 ، 2009 ، العدد الأول ، ص 219.

- قرار الغرفة الجزائية بتاريخ 04 مارس 2009 ، ملف رقم 511043. منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة 2011 ، 40 ، العدد الثاني ، ص 329.

كما قضت المحكمة العليا أنه (41) : "لا يجوز لأي شخص، حتى ولو كان له سند ملكية، التعدي على أرض في حيازة شخص آخر، تطبيقاً لمبدأ حماية الحيازة".
ومن الناحية القانونية يجوز أن تتنازل "الدولة" عن سلطات الاستعمال والاستغلال، مع إحتفاظها بملكية الرقبة لها، أي تتخلى عن حق الانتفاع وتبقى محتفظة بحق التصرف وحق استرجاع وحق الشفعة فيها، وهذا الأمر معمول به في عقود الاستثمار وفي عقود إمتياز إستغلال الأراضي الفلاحية لفائدة المستثمرات الفلاحية الفردية والجماعية (42).

فالانتفاع من قبل المنتجين الفلاحيين، مهما طالت مدته، لا يشكل تنازلاً عن ملكية هذه الأراضي (43). مع العلم أن القانون حدد مهما عقود إمتياز استغلال الأراضي الفلاحية بأربعين (40) سنة في حين أنه في ظل القانون السابق الخاص بالمستثمرات الفلاحية لسنة 1987 كان حق الانتفاع مقرر للفلاحين بصفة دائمة (44).
وكذلك الحال بالنسبة لاستغلال واستعمال الأملاك الوقفية العامة، حيث لا يخول القانون للطرف المستغل أو المنتفع حق المطالبة بتملك العقار الوقفي بناء على قواعد التقادم المكسب، ولو استغله منتفع مدى حياته.
وفي المقابل قاعدة عدم التملك نجد أن وضع الدولة يدها على التركات الشاغرة لا يسقط بمضي أي مدة. وتبعاً لذلك يمكنها اكتساب الملكيات العقارية الشاغرة وكذا الحقوق العقارية والعينية التي لا وارث لها (45).

- قرار الغرفة الجزائرية بتاريخ 06 يناير 2009 ، ملف رقم 495925 . منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة 2009 ، العدد 41 الثاني ، ص 392.

42 - ينظر القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.

منشور بالجريدة الرسمية العدد 46 ، مؤرخة في 2010/10/18 ، ص 04.

43 - قضت المحكمة العليا بأن أراضي المستثمرات الفلاحية أملاك وطنية غير قابلة للاكتساب بالتقادم المكسب. قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية بتاريخ 12 يونيو 2014 ، ملف رقم 0851484. منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة 2014 ، العدد الأول ، ص 367 .

44 - ينظر القانون رقم 19/87 الممضى في 08 ديسمبر 1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم (الملغى). منشور بالجريدة الرسمية العدد 50 ، مؤرخة في 1987/12/09 ، ص 1918.
وقد ألغى بموجب القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 المذكور أعلاه.

45 - تنص المادة 51 من قانون الأملاك الوطنية: إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكة دون أن يترك وارثاً يحق للدولة المطالبة، بواسطة الأجهزة المعترف بها قانوناً، أمام الهيئات القضائية المختصة، بحكم يصرح بانعدام الوارث يصدر حسب الشروط والأشكال السارية على الدعاوى العقارية ويتم ذلك بعد القيام بالتحقيق من أجل التحري والبحث عن الملاك المحتملين أو الورثة...".

فالدولة وارث من لا وارث له (46). ولا يثبت الملك للدولة إلا بعد التصريح بشغور الملكية وبعد انقضاء الآجال المقررة قانوناً، غير أنه لا يوجد من يمنع الدولة وضع اليد عليها وتعيين حارس قضائي عليها حين الحصول أيلولتها للأموال العامة بصفة رسمية.

وقد ذهب القضاء الإداري (47) إلى أن دعوى إسترداد الأرض محل نزاع الملكية تتقدم بمرور خمسة عشر سنة. مع العلم أن قانون نزاع الملكية الخاصة للمنفعة العامة لم يحدد هذه المدة، وإنما اشترط على الجهة الإدارية التي نزعت الملكية (الوزارة أو الولاية) أن تقوم بإنجاز المشروع المصرح به لغرض المنفعة العامة في ميعاد أربع (4) سنوات، ويمكن تجديدها مرة واحدة بنفس المدة حينما يتعلق الأمر بعملية كبرى استراتيجية أو مشروع ذو منفعة وطنية (48). ويبدو أن القضاء طبق نفس المدة المتعلقة بتقادم التعويض النقدي أو العيني من كمقابل لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة (49).

ويلاحظ أن المشرع في قواعد التقادم لم يفرق بين إكتساب العقار والحق العيني العقاري وبين اكتساب المنقول والحق العيني على منقول. ولذلك يتم كسب الحقوق المنقولة في حدود مدة خمس عشر سنة (المادة 827 ق. مدني) أو في مدة عشر سنوات (المادة 829 ق. مدني) (50)، أي أن المدة تتغير بحسب ثبوت حسن نية أو سوء نية الحائز واضع اليد.

46 - ينظر المادة 180 من قانون الأسرة.

47 - قرار مجلس الدولة - الغرفة الثانية بتاريخ 18 أكتوبر 2005 ، ملف رقم 22461. منشور بمجلة مجلس الدولة ، السنة 2005 ، العدد السابع ، ص 105.

وينظر في تقادم التعويض عن نزع الملكية: قرار مجلس الدولة - الغرفة الثانية بتاريخ 16 ديسمبر 2003 ، ملف رقم 12419. منشور بمجلة مجلس الدولة ، السنة 2004 ، العدد الخامس ، ص 192.

48 - ينظر القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المعدل والمتمم.

منشور بالجريدة الرسمية العدد 21 ، مؤرخة في 1991/05/08 ، ص 693 .

49 - ينظر المادتان 10 و 35 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 27 يوليو 1993 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 ، المعدل والمتمم.

منشور بالجريدة الرسمية العدد 51 ، مؤرخة في 1993/08/01 ، ص 26.

50 - يلاحظ أن المادة 827 نصت على تقادم العقار والحق العيني العقاري والحق العيني المنقول في حين أن المادة 828 لم تنص على تقادم الحق العيني المنقول، فهل هذا يعين أن المنقول لا يكتسب سوى بخمسة عشر سنة.

غير أن المشرع عاد في مادة لاحقة، وهي المادة 835 من القانون المدني واعتمد قاعدة موضوعية أخرى في مجال إمتلاك المنقولات مثل السيارات والحيوانات والمصوغات الذهبية وغيرها، وهي أن الحيازة في المنقول سند الملكية بشرط أن تكون بحسن نية وبسند صحيح (51).

والسند الصحيح قصد به المشرع السبب، أي أن تتم الحيازة على المنقول بدون غصب أو سرقة أو خيانة أمانة، وإنما عن طريق سبب مشروع كاللقطة أو وضع اليد على شيء مفقود أو مهمل. وقاعدة الإمتلاك هنا هي قاعدة موضوعية وليست مجرد قرينة إثبات كما ذهب ذلك بعض التشريعات مثل التشريع اللبناني الذي اعتبرها قاعدة إثبات يجوز دحضها بأدلة عسكية.

المبحث الثالث:

مدى حصانة حق الملكية الخاصة المشهورة

إن الملكية العقارية الخاصة وإن كانت تكتسب بالتقادم، فهي لا تسقط بالتقادم، فحق الملكية كما هو متفق عليه فقها يعد حقا مؤبدا، ولا يزول بعدم الاستعمال والاستغلال، مما مؤداه عدم سقوط دعوى استحقاق الملكية مهما مر الزمن، ولكن إذا قد يملكه شخص بوضع اليد عن طريق قواعد التقادم المكسب. وهنا يجب أن نميز بين اكتساب حقوق الملكية الخاصة واكتساب حق الملكية العامة.

المطلب الأول:

خضوع الملكية الخاصة لأحكام التقادم المكسب

صحيح أن الملكية العقارية الخاصة لا يسقط بالتقادم بمرور الزمن (52)، إلا أنه قد يكتسب بالتقادم (53) إذا ما وضع الغير اليد عليه لمدة زمنية معينة، وهو ما يعرف بالحيازة المكسبة أو التقادم المكسب، والذي يعتبر من أسباب اكتساب الملكية العقارية الخاصة.

- تنص المادة 835 من القانون المدني: من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينياً على المنقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له 51 إذا كان حسن النية وقت حيازته.

وإذا كان حسن النية والسند الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه يكسب ملكية خالية من التكاليف والقيود العينية. والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يتم دليل على عكس ذلك".

52 - نقص مدني مصري ، جلسة 05 أبريل 1989 ، الطعن رقم 183 ، السنة 56 ق ، س 28 ، رقم 581.

فحيازة عقار مع مرور مدة التقادم المكسب للملكية، تؤدي إلى امتلاك واضح اليد له، ووضع اليد هنا هو واقعة مادية مستمرة يرتب عليها القانون أثرا هو كسب الملكية. فيتحول على إثرها الوضع المادي إلى حق عيني بمرور الزمن.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بما يلي⁽⁵⁴⁾: "من المقرر قانونا أن من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون إنقطاع.

ولما كان ثابتا، من قضية الحال، أن القطعة محل النزاع هي أرض عروشة تقع تحت حيازة الطاعن منذ عشرين سنة، وبإعتراف المطعون ضدها نفسها التي بررت ذلك بالإعارة، فالطاعن هو أحق باكتساب هذه الحيازة دون غيره.

ومتى أيد القرار المطعون فيه الحكم القاضي على الطاعن برفع اليد القطعة الترابية المتنازع عليها ودفع التعويض، فإنه مخالفا للقانون ويستوجب نقضه".

فالتقادم المكسب يعتبر سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، وهو ليس مجرد قرينة على إكتساب الملكية غير قابلة لاثبات العكس على أن الحائز مالك للعين، بل هو سبب مباشر ومستقل لكسب الملكية.

ويلاحظ أن التقادم المسقط نطاقه أوسع، حيث يؤدي إلى إنقضاء الحقوق، عينية كانت أو شخصية، ماعدا حق الملكية فهو الحق العيني الوحيد الذي لا يسقط بعدم الاستعمال أو بعدم المطالبة به، وإنما يتم فقده إذا اكتسبه الغير بالتقادم المكسب القائم على الحيازة⁽⁵⁵⁾.

ونقص مدني، جلسة 28 مارس 1977، الطعن رقم 622، السنة 43 ق، س 28، رقم 820.
 - قضى بأن: "حق الملكية حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن، ويكتسبه الخصم إذا توافرت له شروط 53 وضع اليد على العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية".
 نقص مدني مصري، جلسة 02 ماي 1984، الطعن رقم 1612، السنة 50 ق.
 - قرار الغرفة العقارية بتاريخ 10 نوفمبر 1993، ملف رقم 104967. منشور بالمجلة القضائية، السنة 1994، العدد الأول 54، ص 43.

- الدكتور رمضان أبو السعود: الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2001، ص 55.
 .421

ويسري التقادم المكسب على الحقوق الميراثية إلا أن مدته أطول، وهي ثلاثة ثلاثون سنة⁽⁵⁶⁾، طبقا للمادة 829 من القانون المدني، مع مراعاة حالة ما إذا كان الشخص الحائز الذي وضع يده على الملك العقاري الميراثي من الغير وليس من الورثة، فحينئذ يخضع لنفس القواعد العامة للتقادم المكسب.

ومن حيث المبدأ فإن الأملاك الوقفية الخاصة قد يلحقها التقادم المكسب⁽⁵⁷⁾. ولذلك فإن الموقوف له الذي يهمل إستغلال وإستعمال العقار أو الحق العيني الموقوف له مدة من الزمن في مقابل وضع اليد عليه من قبل الغير بنية التملك، فإن هذا الحق وتسقط معه دعوى المطالبة بالموقف.

ولا يوجد في القانون ما يمنع الغير من تملك الملك الوقفي الخاص بوضع اليد، طبقا لشروط وأحكام التقادم المكسب بالحيازة. ويستثنى حالة ما إذا كان عقد الوقف مشهرا، فإنه يكون وقتها محصنا ضد قواعد الاكتساب، على الأرجح لدى الفقه والقضاء.

كذلك فإن حق الإرتفاق يخضع لقواعد التقادم المكسب، طبقا للمادة 779 من القانون المدني، وبدوره ميز المشرع في مدده بين اكتسابه بين الورثة ويتحقق بمضي ثلاثة ثلاثين سنة وبين اكتسابه من الغير فيتحقق بمضي عشر سنوات.

كما ينقضي حق الإنتفاع بعدم الإستعمال بمضي مدة خمس عشرة سنة، طبقا للمادة 854 من القانون المدني، ولكن لم شر المشرع لحالة اكتسابه بين الورثة.

وتسري هذه القواعد على حق الإستعمال وحق السكن متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين، طبقا للمادة 857 من القانون المدني.

ولا ريب أن تقادم حق الملكية العقارية في جانب المالك الأصلي يؤدي إلى سقوط حق الورثة بالتبعية لسقوط حقوق مورثهم⁽⁵⁸⁾.

- قرار الغرفة العقارية بتاريخ 12 ديسمبر 2013 ، ملف رقم 0798374. منشور بالمجلة القضائية، السنة 2013 ، العدد 56 الثاني ، ص 333.

- يلاحظ أن قانون الأوقاف ألغى الوقف الخاص سنة 2002 بموجب القانون رقم 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 (تعديل المادة السادسة). منشور بالجريدة الرسمية العدد 83 ، مؤرخة في 2002/12/15 ، ص 03.

وعلى العكس مازال قانون الأسرة ينص على الوقف الخاص (المادة 213).

- قرار مجلس الدولة- الغرفة الرابعة بتاريخ 22 جانفي 2001 ، بدون رقم. 58

ويلاحظ أن المشرع الجزائري في حيازة الحقوق الميراثية بالتقادم لم يميز في العنصر المعنوي للحيازة بين سوء أو حسن نية الحائز، وذلك حينما يكون الحائز من الورثة، لكن إذا كان من الغير فإننا نرى بتطبيق قواعد العشر سنوات للحائز حسن النية وخمسة عشر سنة للحائز سيء النية.

وإذا أخذ الدائن رهناً حيازياً ضمناً لحقه، فإن حقه لا يتقادم ما دام هذا الرهن في يده، ذلك أن وجود الرهن في حيازته يعتبر بمثابة إجراء قاطعاً للتقادم بصفة مستمرة.

أما عن حق الراهن في استرداد الرهن، وكذلك حق المودع في استرداد الوديعة، فإنهما يسقطان بالتقادم، ولكن يستطيع الراهن أو المودع الإسترداد، لا بموجب الدعوى الشخصية التي تقادمت، ولكن بموجب دعوى الاستحقاق العينية القائمة على حق الملكية، فهذه لا تتقادم، بل لا يعارضها تقادم مكسب من جانب المرتهن أو المودع عنده فإنهما لم يجوزا الشيء إلا حيازة عارضة.

فالقاعدة أنه لا تكتسب الحقوق العينية من قبل الدائن مادام أقام عليها رهناً أو تأميناً عينياً. وفي هذا الإطار قضت المحكمة العليا بما يلي (59): "متى كان نص المادة 903 من القانون المدني يبطل كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يمتلك العقار المرهون نظير ثمن معلوم أيا كان، فإن سكوت المدين عن إنهاء عقد الرهن وعدم قيام الدائن بأي إجراء لمطالبة بدينة لا يعطي الحق للدائن المرتهن بتملك العقار. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب الرفض.

ولما كان من الثابت، في قضية الحال، أن الطاعن ارتهن العقار المتنازع عليه فهو بالتالي حائز عرضي لا تتوفر فيه شروط التقادم المكسب، فإن قضاة الموضوع باستبعادهم الحيازة باعتباره عرضية، مادامت إجراءات إنهاء عقد الرهن لم تتخذ وفقاً للقانون، طبقوا القانون تطبيقاً سليماً. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

وفي قرار شبيه قضت المحكمة العليا بأنه (60): "لا يشكل عقد الرهن سنداً للملكية ولا يمكن الاعتماد عليه لاكتساب الملكية عن طريق الحيازة والتقادم، حيث يعتبر الدائن المرتهن مجرد حائز عرضي".

أورده: الدكتور حسين الشيخ آث ملويا: المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، السنة 2004، الجزء الثاني، الصفحة 123.

- قرار المحكمة العليا- الغرفة المدنية بتاريخ 01 يوليو 1987، ملف رقم 40184. منشور بالمجلة القضائية، السنة 1990، 59 العدد الرابع، ص 16.

- قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية بتاريخ 08 ديسمبر 2011، ملف رقم 691740. منشور بمجلة المحكمة العليا، 60 السنة 2012، العدد الثاني، ص 368.

ويميز الفقه بين الحق ومجرد الرخصة (pure faculte). فإذا كان الحق يتقادم فإن الرخصة لا تقبل التقادم.

ومن قبيل الرخص نجد رخصة وضع الحدود بين الأملاك المتلاصقة، ورخصة المرور على الأرض المحصورة أو المحبوسة، ورخصة الشرب أو المجرى أو السيل. فهذه الرخص تتعلق بحق الملكية ولا تقبل التقادم.

كما لا يتقادم حق الشخص في إجبار جاره على وضع حدود لأملكهما العقارية المتلاصقة، ولا الحق في طلب قسمة المال المشاع⁽⁶¹⁾.

وكذلك فإن حكم مرسى المزاد لا يتقادم كسبب ناقل للملكية، ولا يتعدى أثر التقادم أو السقوط سوى إلى الصيغة التنفيذية للحكم⁽⁶²⁾.

وقد ذهب القضاء الجزائري⁽⁶³⁾ إلى أن دعوى البطلان المتعلقة بعقد الحبس أو الوقف لا تتقادم بميعاد خمسة عشر سنة المقرر بالمادة 102 من القانون المدني، على أساس أن الحبس هو تصرف على وجه التأيد، وأي تصرف يرد عليه هو تصرف حكمه البطلان المطلق باطل، مادام الحبس ذا طبيعة خاصة. كما ذهبت المحكمة العليا أيضا⁽⁶⁴⁾ إلى أن دعوى التعدي على الملكية العقارية لا تتقادم.

المطلب الثاني:

مدى حصانة الملكية العقارية المشهورة ضد التقادم المكسب

حدد المشرع الجزائري العناصر والشروط المتطلبة لاكتساب الملكية العقارية بناء على قواعد التقادم المكسب في المادة 827 وما بعدها من القانون المدني. وقد ميز بين عدة صور لاكتساب الملكية بالتقادم تختلف في مددها.

والحقيقة أن الاكتساب على أساس قواعد التقادم المكسب ليس طليقا من أي قيد، ولا يكفي فيه مجرد وضع اليد وتحقق مدة التقادم، وإنما يجب التمييز بين إكتساب الحقوق العقارية والعينية المشهورة وإكتساب الحقوق العقارية والعينية غير المشهورة.

- الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، دار الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 61 1995، فقرة 597، ص 1010.

62 - حكم استئناف مصر، جلسة 25 فبراير سنة 1947، المجموعة الرسمية 48، رقم 249.

- قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 11 فبراير 2009، ملف رقم 478951. منشور بمجلة المحكمة العليا، 63 السنة 2009، العدد الثاني، ص 283.

64 - قرار الغرفة العقارية بتاريخ 11 أكتوبر 2012، ملف رقم 712500. منشور بمجلة المحكمة العليا، السنة 2012، العدد الثاني، ص 394.

فإجراء إشهار العقاري للسند أو المصدر المنشئ أو المقرر للحق العقاري يحصنه ضد قواعد التقادم المكسب، وهو إجراء ليس ركنا في التصرف أو عنصرا في الواقعة التي كانت سببا لكسب الملكية ولكن له أثر في تثبيت ونقل هذه الملكية.

أما بشأن الحقوق العقارية والعينية العقارية التي لم تشهر في المحافظة العقارية فإنه يجوز اكتسابها بالتقادم المكسب، وذلك بطريق عقد الشهرة (كما كان معمولا به من قبل) أو بطريق التحقيق العقاري (كما هو الوضع حاليا) أو بطريق القضاء (65).

وقد أثير نقاش في منابر الفقه والقضاء حول مدى إمكانية تثبيت الملكية على أساس التقادم المكسب بشأن عقارات وحقوق عينية لها سندات ملكية مشهورة.

وقد انقسم الرأي في خصوص هذه المسألة إلى اتجاهين (66):

الاتجاه الأول: يذهب إلى أنه لا يمكن لوأضع اليد على عقار مهما طال أمد وضع يده اكتسابه بالتقادم إذا كان مشهرا، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة لإجراء الشهر العقاري، ولكون أن الحياة قرينة على الملكية، والملكية ثابتة هنا بالشهر، فكسب الملكية والحالة هذه يفقد إجراء الشهر قوته الثبوتية (67) (68).

ومن ثم كان الموثوق سابقا يمتنعون عن إعداد محررات الشهرة عندما يثبت لديهم بالاتصال بمصالح المحافظات العقارية ومصالح مسح الأراضي أن العقارات محل وضع اليد لديها سندات ملكية مشهورة، فالهدف من سن

- رأت المحكمة العليا أن إعداد عقد الشهرة للاعتراف بملكية العقار ليس إجراء إجباريا لتثبيت هذه الملكية على أساس 65 التقادم المكسب، وقد جاء في أحد قراراتها ما يلي: "أن قضاة المجلس جعلوا التقادم المكسب مرهون بإجراء عقد الشهرة والقانون لا يشترط ذلك، فهم بذلك أساؤوا تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار". قرار الغرفة العقارية بتاريخ 30 سبتمبر 1998، ملف رقم 180876. منشور بالمجلة القضائية، السنة 1998، العدد الثاني، ص 33.

- للمزيد ينظر حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري: دار العلوم، عنابة، السنة 2000، ص 66 وما بعدها.

- وهذا الرأي تبنته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا في القرار الصادر بتاريخ 09 مارس 1998، ملف رقم 67 129947 (غير منشور). أورده حمدي باشا عمر، المرجع والموضع السابقين. وأيدته الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قرار آخر بقضائها بأنه لا يمكن تعديل عقد ملكية مشهر بمقرر إداري. قرار الغرفة العقارية بتاريخ 13 ماي 2010، ملف رقم 592724. منشور بمجلة المحكمة العليا، السنة 2010، العدد الثاني، ص 225.

إجراءات عقد الشهرة هو تطهير الملكية العقارية للأمالك التي لم تتم فيها عمليات مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري (69).

وإجراء الشهر في السجل العقاري، أي في المحافظة العقارية، يجعل الملكية العقارية له حجية في مواجهة الجميع، حيث يكتسي السجل أو الدفتر العقاري قوة مطلقة. فالشهر يكفل للملكية الخاصة الحماية القانونية من أي عدوان، ويجعل المالك الوارد إسمه في السجل العقاري في مأمن تام من أن يفاجأ بادعاء من شخص مغتصب يزعم أنه تملك العقار بوضع اليد. فلا يجوز بالتالي الاحتجاج بالتقادم المكسب للملكية على من قيد العقار باسمه في الدفتر العقاري، لأن الشهر العيني لا يعرف مالكا للحق غير من قيد باسمه.

وبالنتيجة كذلك أن من يكتسب ملكا بالتقادم المكسب، ويشهر سند ملكيته في مصالح الحفظ العقاري، يحصن أيضا ضد أي عدوان على حيازته التي تحولت إلى ملك خالص.

الإتجاه الثاني: أن التقادم المكسب هو طريقة للاثبات ذو دلالة قاطعة في ثبوت الملكية، ومتى أثبت الحائز للعقار أنه وضع يده على العقار لمدة زمنية معينة لا تقل عن عشر سنوات للحائز حسن النية (بيده سند حيازة صحيح) وخمسة عشر سنة للحائز سيئ النية، كان ذلك بمثابة تحقق لأهم شرط من شروط الاكتساب بالتقادم المكسب، بقطع النظر عن إشهار أو عدم إشهار سندات الملكية للعقار محل الحيازة.

ولكن شرط المدة يجب أن يقترن بتوافر شروط الحيازة، بمعنى أنه يجب أن تكون الحيازة الطويلة صحيحة قائمة بكافة عناصرها المادية والمعنوية. ووقتها يصبح الحائز مالكا للعقار بالتقادم المكسب، وهذا دليل ملكيته وحجته على الناس كافة بما فيهم المالك نفسه. فالتقادم حسب هذا الإتجاه هو طريق استثنائي لكسب الملكية.

والسند القانوني الذي يركز عليه هذا الإتجاه هو أن المشرع في القانون المدني وضع نصوص التقادم مطلقة، ولم يميز بين العقارات المشهورة سندات ملكيتها والعقارات التي ليست لها سندات ملكية مشهورة، والقاعدة الفقهية أن المطلق يبقى على إطلاقه، ولا تخصيص دون مخصص.

69 - ينظر الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

والمرسوم رقم 63/76 الممضى في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم.

منشور بالجريدة الرسمية العدد 30 ، مؤرخة في 13/04/1976 ، ص 498 .

كذلك فإن المشرع نص على الأموال التي لا يجوز تملكها بالتقادم المكسب مثل أملاك الدولة والأملاك الوقفية، ولم يشير مطلقا إلى الأملاك المشهورة (70).

وعلى هذا الأساس فإن هذا الاتجاه لا يمانع في تحرير عقود ملكية (وعقود شهرة) وفقا لقواعد التقادم المكسب، ولو تعلق الأمر بعقارات لها سندات ملكية مشهورة (71).

والحقيقة أن قاعدة تحصين الملكية العقارية بإجراء الشهر، بناء على قواعد الشهر العقاري العيني، وحظر تملك الملكية الخاصة بالتقادم المكسب، هي قاعدة نسبية، حيث أن القضاء الجزائري بدأ يتراجع عنها على غرار ما توصل إليه نظيره المصري.

وهذا الموقف تكرر في مصر بموجب حكم تاريخي للمحكمة الدستورية العليا (72) التي قضت بعدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني رقم 142 لسنة 1964 ، وبالنتيجة إلغاء المادة 38 من نفس القانون بعد مرور أكثر من ثلاثين سنة من سريانه (73).

وقد أوضحت المحكمة الدستورية أن للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة به، وأن الشهر ليس بحد ذاته ركنا أو عنصرا في السبب المنشئ أو المقرر لحق الملكية، إلا أن قيد الحقوق في هذا السجل لا يكون إلا لمجرد

- هناك تشريعات نص صراحة على عدم تملك العقارات المسجلة والمشهورة مهما طالت مدة الحيابة. ومثالها التشريع 70 التونسي في المادة 307 من مجلة الحقوق العينية. والتشريع اللبناني في المادة 255 من قانون الملكية العقارية. والتشريع السوري في المادة 925 من القانون المدني. والمادة 63 من قانون السجل العقاري المغربي. والمادة 73 من قانون التسجيل الليبي.

- هذا الرأي تبنته الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 14 أبريل 1986، ملف رقم 23782. 71 منشور بالمجلة القضائية ، السنة 1990 ، العدد الأول ، ص 12. وفي قرار نفس الغرفة العقارية الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 2008 ، ملف رقم 479371. منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة 2008 ، العدد الثاني ، ص 273 .

- حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر الصادر بتاريخ 1998/06/06 ، القضية رقم 42 ، السنة 19 قضائية. منشور بالجريدة الرسمية المصرية العدد رقم 25 (تابع) بتاريخ 18 يونيو 1998.

وينظر في التعليق عليه: الدكتور محمد سعد خليفة: الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، السنة 2004 .

- نص المادة 37 من قانون السجل العيني المصري (المقضى بعدم دستوريتها): "يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات 73 الواردة فيه. ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل".

نص المادة 38 من قانون السجل العيني المصري (قبل الغائها): "استثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق إستنادا الى وضع اليد المكسب للملكية إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من إنقضاء المدة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار.

ولا تكون هذه الحقوق حجة على من تلقى حقا عينيا من المالك المقيد في السجل قبل حصول التأشير المنصوص عليه في المادة 32 من هذا القانون".

إثباتها، بما مؤداه أن بيانات السجل العيني في شأن الملكية، لها قوة تؤكد صحتها، ولا يجوز تغييرها، إذا كان التقادم سببا لكسبها.

وقد أرادت المحكمة الوصول إلى نتيجة مفادها أنه ليس بالقيود وحده تنشأ أو تنتقل أو تزول الحقوق العينية، وإن قيد (شهر) الحق العيني في السجل العيني لا ينفصل عن سببه المنشئ له قانونا، وخاصة وأن الدستور تكفل بحماية حق الملكية بنص صريح، وهي حماية مطلقة تتسع لكل ما يعد مالا، بشرط أن يكتسب وفقا للأسباب التي حددها القانون. والتقادم المكسب واحد من هذه الأسباب، وبالتالي يجب حماية الملكية أو الحقوق العينية المكتسبة بالتقادم، ولو أدى ذلك إلى إهدار القوة المطلقة للقيود في السجل العقاري. فلا شأن لقانون السجل العقاري بمصادر الحقوق العينية الأصلية في غير مجال إثباتها. فهذه الحقوق الموضوعية تكفل بها القانون المدني، ولا يعتبر هذا النص الأخير ملغيا بصدور قانون السجل العقاري رغم أنه أتى بعده.

ولذلك فلا يتصور أن يكون قانون السجل العقاري معدلا لأسباب نشوء الحق محترقا للقواعد الموضوعية التي تنظم مصادرها، إنما يبقى دوره مقتصرًا على إثبات الحقوق، وأن بياناته ذات حجية مطلقة على الكافة.

وحقيقة أن الأسباب التي وردت في حيثيات حكم المحكمة الدستورية كانت مؤسسة قانونا ومبررة موضوعا إلا أنها بحق شكلت مفاجأة قانونية وأحدثت زلزالا أو انقلابا على مبادئ استقرار العمل بها لعقود من الزمن في المحاكم المصرية وعلى مستوى دوائر الشهر العقاري.

ونحن من جهتنا نساند الرأي الأول القائل بأن التقادم لا يصلح سببا لاكتساب الملكية التي لها سند ملكية مشهر، لأنه يتضمن طعنا في إجراء قانوني صحيح وسليم ويشكل انقاصا من حجية دفتر عقاري، وهو يعد أقوى سند ملكية، ويتعارض مع الغاية المرجوة من إجراء مسح الأراضي وإعداد السجل العقاري. ولذلك نرى بأنه لا إشهار على حقوق مشهرة بدون رضا مالكيها.

كما أن إتاحة اكتساب الملكية العقارية بطريق التقادم المكسب في جميع الأحوال من شأن أن يجعل المراكز القانونية للملاك مهددة في كل وقت أمام مجرد مراكز فعلية، قد تنشأ بسوء نية (74). وهذا الوضع قد يجعل كل مالك معرض لفقدان ملكيته إذا غاب لمدة عشر سنوات أو خمسة عشر سنة، وقد تضيع ملكية الورثة بعد مدة من وفاة مورثهم.

كما يؤدي بالغير لأن يعمل على كسب ملكا ما بطريقة خفية أو على الأقل يصعب التحقق منها، وهذا بدوره قد يفتح الباب للتحايل والتواطؤ للاستيلاء على أملاك الغير واغتصابها بحجة التقادم المكسب، رغم أن

- ينظر الدكتور محمد ابراهيم دسوقي: التصرفات العقارية غير المسجلة، منشورات المؤلف، دون دار نشر، القاهرة، سنة 74
2009، ص 82 وما بعدها.

التقادم في فلسفته ليس بمثابة عقوبة مقررة لاهمال المالك في إستغلال وإستعمال ملكيته، فهو مجرد طريق إستثنائي لكسب الملكية بضوابط، وبالتالي ليس لائقا كذلك إعطاء الملكية على سبيل المكافأة لشخص مجرد أنه قام بزراعتها. وقد يكون فعله داخلا في مفهوم الإثراء بدون سبب.

وزيادة على ذلك فإن السماح باكتساب الملكية العقارية بهذه السهولة قد يؤدي إلى مزاحمة ومنافسة بين الحائز واضع اليد مع الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون العام، والذي قد يلجأ بدوره إلى نفس الحيل لضم أملاك خاصة إليه تحت ستار التقادم ووضع اليد، مع أن الملكية الخاصة يفترض أنها محمية بنصوص الدستور (75). ثم ما فائدة الإجراء الخاصة بمسح الأراضي إذا لم يكن القصد منه هو تطهير الملكية العقارية وإعداد الدفاتر العقارية، خاصة أن المشرع يأخذ بنظام الشهر العيني الذي يختلف في أحكامه مع نظام الشهر الشخصي الذي يؤدي فيه الشهر وظيفة إعلامية.

فقواعد التقادم المكسب تتعارض مع نظام الشهر العيني وتتناقض مع فكرة الائتمان العقاري وتهدم فكرة أن الملكية حق مؤبد، بعكس نظام الشهر الشخصي الذي يقتصر دوره على تحقيق العلانية للتصرفات ولا يطهر العقد المشهر من العيوب.

فما يميز الشهر العيني هو كون أن الشهر العيني هو وحده سبب كسب الملكية، أي مصدرها، أما العقود والتصرفات فليست مصدرا لنقل الحق العيني، في مجال التصرفات العقارية، وإنما تقتصر على أثرها الشخصي فقط بين أطراف التصرف، فهي في نفس الوقت وسيلة تعطي للمتصرف إليه الحق في إجراء الشهر في الدفتر العقاري. فواعة الشهر لها أهمية قانونية خاصة في ظل نظام الشهر العيني، وهي تنفصل عن التصرف في ذاته، ويكون لها أثر فيما يتعلق بنفاذ الحقوق.

ومن ثم لم يكن للمتصرف الطعن في التصرف بعد ذلك، لأن الشهر العيني يطهر التصرف من عيوبه، وهذا ما يعبر عنه بالأثر التطهيري للشهر.

وما يميز نظام الشهر العيني أيضا هو مبدأ قوة الثبوت المطلقة للحقوق المشهورة، ومؤاده أن كل ما هو مشهر في السجل العقاري العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير.

75 - تنص المادة 64 من دستور الجزائر النافذ لسنة 2016 : "الملكية الخاصة مضمونة وحق الإرث مضمون.

الأملك الوقفية وأملك الجمعيات الخيرية مُعترف بها، ويحمي القانون تخصيصها".

ولذلك فالمالك حتى ولو باع عقاره يبقى مالكا له بصفة قانونية، وإن خرج العقار من تحت يده، ما لم يتبع عد البيع باجراء الإشهار العقاري. لأنه صحيح أن عقد بيع العقار ينتج كافة آثاره الشخصية منذ تریخ ابرامه بصفة رسمية لدى موثق، ولكن ذلك لا يكفي بذاته لنقل آثاره العينية في نقل الملكية إلى المشتري. وهو ما يعبر عنه بالأثر المنشئ للشهر العقاري (76).

وكذلك لو بيع نفس العقار إلى شخصين بعقدين توثيقين فإن الملكية تنتقل إلى المشتري الأسبق في شهر سند ملكيته أمام مصلحة الشهر العقاري، ولو كان عقد البيع تم ابرامه وتوثيقه بعد المشتري الآخر، ولا يبقى لهذا الأخير سوى طلب التعويض من البائع، طبقا لقاعدة ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب (77).

وكذلك فإن نظام الشهر العيني يقتضي شهر جميع الحقوق العينية، ولو لم تستند إلى عقد، وأن سبب الملكية أو مصدرها قد يكون حكما أو قرارا أو أمرا قضائيا كما هو الحال في الحكم برسو المزاد العلني والحكم بتثبيت الشفعة والحكم بالزام الواعد بالبيع بتحقيق وعده. ومثل هذه الأحكام تشهر بالمحافظة العقارية، بوصفها حقوقا مثبتة أو منشئة أو مقررة لحق ملكية، بعد أن تصير نهائية، ومن ثم يعد كل مساس بهذه الأحكام بمثابة إنتهاك صارخ لقوة الشيء المقضي به، وفي ذلك إنتهاك لأحكام صدرت باسم الشعب، وهي عنوان للحقيقة القضائية.

وتبعاً لما سبق عرضه من حجج أمكننا القول بضرورة تحصين الملكية العقارية المشهورة، وحظر كل تملك يتم بوضع اليد أو بطريق التقادم على خلاف الحقيقة الرسمية الثابتة بالدفتر العقاري، ولو توافرت شروطه وتحققت مدته. ونفضل الاقتصار على مكنة التقادم المكسب في العقارات غير المشهورة فقط.

خاتمة:

إذا كان القانون يهدف إلى تحقيق الإستقرار، فإنه ينشد أن يبني هذا الاستقرار على العدل، ذلك أن أساس الاستقرار هو العدل، فلا يتحقق إستقرار حال تخلف ركيزته، إلا أن النظام القانوني قد يتجه في سعيه نحو تحقيق هذه الغاية إلى تغليب حماية بعض المراكز الفعلية، ولو كانت غير قانونية، على نحو يرجح فيه مصلحة أحد أطراف المركز على حساب الطرف الآخر، وهذا ما يبدو جليا في نظام التقادم.

- ينظر المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم. 76

- قرار المحكمة العليا- الغرفة العقارية بتاريخ 11 يوليو 2013 ، ملف رقم 0785784. منشور بمجلة المحكمة العليا 77 ، السنة 2013 ، العدد الثاني ، ص 341 .

فالتقادم يعتبر وسيلة هامة من وسائل تحقيق إستقرار الأمر الواقع، وسدل الستار على ما طواه الزمان من الوقائع والحوادث، وآلية قانونية لتحقيق اليقين للمراكز القانونية، سواء في ظل قواعد التقادم المكسب أو في التقادم المسقط. حيث أن منطق استقرار المعاملات في المجتمع يقتضي التسليم بالحق لمن حازه مدة طويلة، وتعامل معه الناس على هذا الأساس، وبذلك يغلب المشرع الحياة، وهي مركز فعلي واقعي، على الحق (حق الملكية) بغرض تحقيق الإستقرار لهذه المراكز المكتسبة وإشاعة الطمأنينة في نفوس المتعاملين. فإهمال المالك الحقيقي الدفاع عن ملكه والمطالبة باسترداده مدة طويلة من الزمن يجعله غير جدير بحماية القانون.

وإذا كانت حقوق الدولة والخزينة العمومية في الضرائب والرسوم تسقط بالتقادم في مواجهة الأشخاص المكلفين أو المدينين، على أساس فكرة الإستقرار التي تقف خلف نظام التقادم المسقط للالتزام، إلا أن حقوقها العقارية والعينية (الأملك العمومية) تبقى بمنأى عن أي سقوط، ولا يجيز المشرع للغير إكتسابها بالتقادم مهما طال الدهر، وإن كانت تقبل الحياة الطويلة الأمد على سبيل الاستغلال والاستغلال، وفي أحيان أخرى تقبل الانتفاع المؤبد مع بقاء ملكية الرقبة للدولة واحتفاظها بحق التصرف.

ونرى أن حق الملكية الخاصة المشهر سند ملكيتها يجب أن يبقى حقا مؤبدا لا يخضع لقواعد التقادم المكسب مهما امتدت الحياة ووضع اليد، لكونه يتعارض مع قواعد الحجية المطلقة للشهر العيني، ويهدد المراكز العينية المستقرة. ولا ينبغي بالتالي إجراء إشهار سند التقادم على حقوق عقارية وعينية مشهورة، وإن أهمل المالك ملكيته مدة طويلة.

ونعتقد أن حصانة الملكية العقارية المشهورة يحقق استقرار للمعاملات العقارية ويشيع الثقة والطمأنينة في نفوس الأفراد. وهذه أيضا مصلحة عامة جديرة بالاعتبار. وقد سبق وأن رأينا كيف أن الزمن في الفقه الاسلامي لا يؤدي إلى إكتساب الحقوق ولا إلى سقوطها، وإنما يسقط دعوى الحماية فقط.

ولذلك ندعو مشرعنا إلى ضرورة سن نص صريح في هذا الخصوص، كما نأمل من القضاء الجزائري، وبالذات المحكمة العليا ومجلس الدولة، إتخاذ موقف صارم وموحد حيال هذه المسألة في صورة إجتهااد قضائي ذا قيمة قضائية وقانونية يحصن الملكية المشهورة ويعطي للدفت العقاري حجته المطلقة. ونرجو أن نكون ساهمنا من خلال هذا البحث في الإجابة عن بعض الاشكالات القانونية والعملية التي يثيرها نظام التقادم المكسب وبيننا علاقته بقواعد الشهر العقاري العيني، أملين تدعيم هذه الدراسة في المستقبل بنصوص وإجتهاادات مقارنة.