

التقادم المؤدي لكسب حق الارتفاق

الأستاذة : هادية مصباح - كلية الحقوق-جامعة الجزائر1

التقادم المؤدي لكسب حق الارتفاق

الأستاذة : هادية مصباح - جامعة الجزائر1

تاريخ استلام المقال: 2019/10/12	تاريخ المراجعة: 2019/10/24	تاريخ القبول: 2019/12/01
---------------------------------	----------------------------	--------------------------

ملخص :

يُعد حق الارتفاق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع و الاستعمال و حق السكن أي تخول صاحبها بعض مزايا الملكية ، حيث يتم اقتطاع بعض السلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك.

و نظرًا للأهمية الكبيرة التي يلعبها حق الارتفاق يستدعي الأمر التطرق لأسباب نشأته المحددة قانونا أهمها التقادم المكسب الذي يتمثل في مضي مدة قانونية يستغرقها واضع اليد على الحق العيني لينقلب له هذا الأخير.

الكلمات المفتاحية : التقادم المكسب- الارتفاق- الظهور- الحيابة

Résumé :

Le droit de servitude est un droit de propriété, comme l'usufruit, l'usage et le droit de séjour, qui confère certains avantages au propriétaire. Certaines autorités immobilières sont déduites pour une autre personne que le propriétaire.

En raison de la grande importance du droit de servitude, il est nécessaire d'aborder les raisons de son fondement juridique désignées par la loi, dont la plus importante est la prescription par acquisition, qui est le passage d'une période légale qui prend la main du droit. en nature pour renverser ce dernier au profit qui possède le bien.

مقدمة:

عرّفت المادة 867 من القانون المدني الجزائري¹ حق الارتفاق بما يلي: "الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

نستخلص من النص السابق مميزات حق الارتفاق، أنه حق عيني أصلي² يخول لصاحبه سلطة مباشرة على العقار و بالتالي يمكن الاحتجاج به على الكافة و يتمتع صاحبه بحق الأفضلية و التبعية، انه حق عقاري أي لا يرد الارتفاق إلا على عقار، هو حق تابع للعقار المرتفق و متصل به بشكل لا يمكن فصله عنه، هو حق غير قابل للتجزئة بحيث لا يجوز التصرف فيه مستقلا عن العقار المتصل به و بالتالي لا يصح أن يحجز على الارتفاق مستقلا، هو حق دائم مادام العقار المرتفق و المرتفق به و هو من الحقوق التي تسقط بالتقادم بعدم الاستعمال و هو ما أشارت إليه المادة 779 قانون مدني.

و ينشأ حق الارتفاق حسب الحالات المحددة بالمادة 868 قانون مدني و هي الموقع الطبيعي للأمكنة، بعقد شرعي، بالميراث، بالتقادم و بالتخصيص من المالك الأصلي. سنخصص الدراسة في هذا الطرح عن حالة اكتساب حق الارتفاق بالتقادم.

¹ - الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم .

² - و هذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، انظر على سبيل المثال :

Albert Wahl Henri, Capitant, Revue Trimestrielle de Droit civil Tome trente ,Sixième Année 1970,p 391.

في الحقيقة لم يُعرّف المشرع الجزائري التقادم المكسب ، عكس ما فعل المشرع الفرنسي بتعريفه للتقادم في نص المادة 2279 مدني فرنسي³ على أنّه "طريق لكسب الحقوق أو التخلص منها بمرور زمن معين".

و التقادم المتعلق بكسب حقوق الارتفاق ، قد تضمنته المادة 868 من القانون المدني في شقها الثاني التي جاءت بما يلي: " إلا أنه لا تكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور" و بالتالي فان المشرع الجزائري م يشترط الاستمرار مثل بعض التشريعات و إنما الظهور. و على هذا الأساس نطرح الإشكالية الآتية :

ما هي الشروط المستوجبة قانوناً لاكتساب حق الارتفاق تقادماً و المدة القانونية المحددة لذلك؟ .

و للإجابة عن الإشكالية تكون خطة بحثنا على النحو الآتي :

المبحث الأول: اكتساب حق الارتفاق بالتقادم و مدته القانونية

المبحث الثاني : المدة القانونية لاكتساب حق الارتفاق تقادماً .

³Article 2279 code civil français « le moyen d'acquérir ou de se libérer pour un certain laps de temps »

المبحث الأول: اكتساب حق الارتفاق بالتقادم و مدته القانونية

كما رأينا أن المادة **868** قانون مدني تشترط لكسب حق الارتفاق بالتقادم ، أن يكون ظاهرا و بالتالي يقتضي التطرق لشرط الظهور أولا ثم الحيابة المؤدية لكسب حق الارتفاق ثم مدة التقادم المعمول بها.

المطلب الأول : الظهور و الحيابة لاكتساب حق الارتفاق

لاكتساب حق الارتفاق يجب توافر حالة الظهور و الحيابة كما أن للحيابة شروط سنراها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : شرط الظهور لاكتساب حق الارتفاق

الارتفاق الظاهر المقصود به هو الذي تكون له علامة خارجية تدل على وجوده أما الغير ظاهر فهو الذي ليست له هذه العلامة الدالة على وجوده.

من خلال نص المادة **868** قانون مدني نجد أن المشرع حدد بدقة حقوق الارتفاق التي يجوز كسبها بالتقادم و هي الارتفاقات الظاهرة لا غير ، فمن ثم فان الشرط المفروض لكسب حق الارتفاق بالتقادم هو أن يكون هذا الحق ظاهرا بغض النظر أن كان مستمرا أم غير مستمر.

و نفس موقف المشرع المصري فنجدهما قد استثنيا الارتفاقات الغير ظاهرة و لم يجر كسبها بالتقادم.

أما المشرع الفرنسي فقد تضمنت المادة **690** مدني أنه "ترتب حقوق الارتفاق المستمرة الظاهرة بسند أو بالحيابة لمدة ثلاثين سنة".

و كما نصت المادة **691** من نفس القانون على أن "حقوق الارتفاق المستمرة غير الظاهرة

و حقوق الارتفاق الغير مستمرة او الغير ظاهرة لا يمكن إنشاءها إلا بسند".

و بالتالي فالقانون الفرنسي اشترط الظهور و الاستمرار لإمكان كسب حقوق الارتفاق بالتقادم الطويل⁴.

الفرع الثاني : حيازة حق الارتفاق المؤدية للكسب بالتقادم .

الحيازة هي طريق أيضا لكسب حق الارتفاق بعد مدة قانونية و تثبت الحيازة بثبوت عنصرها المادي و المعنوي ، كما أن المشرع أقام قرينة قانونية مفادها أن توافر الركن المادي قرينة على توافر الركن المعنوي ، كما أن إثبات الحيازة بأنها واقعة مادية يتم بكافة طرق الإثبات من بينة و شهود و غيرها من الإجراءات التي تسمح للمحكمة من استخلاص توافر الحيازة. و بالتالي سنتطرق للشروط المطلوبة لاعتبار حيازة حق الارتفاق صحيحة ثم المدة القانونية لكسب حق الارتفاق تقادما.

و تتحدد صورة الحيازة القانونية بتوافر جميع الشروط⁵ التي يتطلبها القانون و التي هي:

أولا- الهدوء

أي أن ينتفع الحائز بالعقار المحوز أو جزء منه في غير عنف أو قوة و إلا تكون الحيازة مشوبة بعيب الإكراه، إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو التهديد ابتداء . و كذلك إذا حصل عليها الحائز بالغش و التواطئ عن طريق استعمال طرق احتيالية و يظل وضع اليد مشوبا بعيب الإكراه مادامت القوة و التهديد لم ينقطع، أما إذا انقطعا أصبحت الحيازة في هذه الحالة هادئة و صحيحة.

⁴مصباح هادية ، تمييز ارتفاق المرور عن حق المرور، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، سنة 2018 ، ص 38
⁵ قادري نادية، النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2008/2009، ص75

و تقدير شرط الهدوء مسالة واقعية يستقل بها قاضي الموضوع.

ثانيا-العلنية .

يقصد بالعلنية ممارسة الحائز لحيازته على مرأى من الناس أو على الأقل على مرأى من المالك أو صاحب الحق و أن تكون الأفعال الدالة على وضع اليد واضحة. و يفهم منها أن واضع اليد يدير العقار كمالك، فالعلنية هي إمكان العلم بوضع اليد لا العلم الفعلي ، فلا يلزم أن يعلم المالك بوضع يد الحائز على سبيل اليقين ،بل يكفي من الظهور بحيث يستطيع المالك العلم به.

ثالثا-الوضوح .

و يقصد به إلا تكون الحيازة مشوبة بعيب اللبس و الغموض و تكون الحيازة كذلك ،إذا وقع اللبس او الغموض فيما يخص الركن المعنوي في وضع اليد و الذي يكون ناتجا عن احتمال النية لأكثر من معنى مما يوقع الغير في غموض.

رابعا-الاستقرار .

معناه أن يكون واضع اليد على اتصال مباشر بالعقار المحوز و أن تتوالى منه أعمال السيطرة المادية في فترات منتظمة و متقاربة و قاطعة الدلالة في انتفاعه بالعقار المحوز. كما يجب أن تتحقق الحيازة باجتماع ركنيها المادي و المعنوي معا لدى الحائز. فبالنسبة للركن المادي فيتحدد في القانون المدني ، انه عبارة عن حالة واقعية تتكون من مجموعة الأعمال المادية الظاهرة، التي يقوم بها الحائز في العقار المحاز و تصدر عادة ممن يملك العقار محل

الحيازة أو يستعمل عليه حقا من الحقوق العينية⁶ و لذلك يطلق على هذا الركن عادة تعبير وضع اليد⁷.

أما الركن المعنوي نقصد به انصراف نية الحائز ، إلى أن يظهر على الشيء محل الحيازة بمظهر المالك أو صاحب الحق العيني عليه بمعنى حيازة الشيء بنية تملكه.⁸ لكن ما هو الحال في حالة ما استعمل الشخص عقار جاره بترخيص منه و كانت نية هذا الأخير المساعدة و حسن الجوار فقط؟ و هو ما سنجيب عليه في المطلب الثاني. المطلب الثاني : الرخص و أعمال التسامح لا تعد حيازة.

يمكن للجار في سبيل المساعدة و حسن الجوار أن يسمح لجاره باستعمال عقاره أو جزء منه، الا ان هذا الترخيص لا يعد حيازة لافتقارها للركن المعنوي و هو نية التملك كما سنبينه.

الفرع الأول: عدم قيام الحيازة على أعمال التسامح Act de simple tolerance:

كما جاء في نص المادة 808 قانون مدني التي تنص "لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الغير على انه مجرد رخصة أو على عمل يتحملة على سبيل التسامح" ، فانه لا يمكن أن تقوم الحيازة المؤدية للتملك بالتقادم المكسب عن طريق عمل من أعمال تؤتي على سبيل التسامح. و أعمال التسامح هي تلك الأعمال التي يكون فيها المالك متساهلا مع جاره.

⁶ ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير قانون خاص، جامعة الحاج لخضر باتنة كلية الحقوق سنة 2009/2008 ص 149

⁷ عليه أن يسعى على حكم نهائي لصالحه بالطرد و أن يقوم بتنفيذه طبقا للقانون، مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الجنج و المخالفات، عدد خاص، الجزء الأول، سنة 2002 ، ص 146

⁸ رمضان ابو سعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي ، ص 294

كان يكون صاحب العقار المرتفق به قد صرح لجاره سواء صراحة أو ضمنا بالسكوت لاستعمال عقاره، فيكون هنا تسامحا منه و رمزا على حسن الجوار و رغم أن المستعمل يبدو انه سيطر ماديا على العقار المرتفق به أو حاز ماديا، إلا أن هذه الحيازة مجردة من عنصرها المعنوي و هو القصد. و بالتالي هذه الأعمال، لا تقوم و لا تؤدي لكسب حق الارتفاق بالتقادم المكسب⁹. كما أن أعمال التسامح عادة ليست من الجسامة، ما يجعل المالك بمجرد أن يحس أنها بدأت تصبح تعدي، يسعى لإيقافها بالرجوع عنها.

وقد جاءت المحكمة العليا في هذا الإطار تحت رقم 181874 مؤرخ في 1998/10/28 تضمن أنه "من المقرر قانونا انه ينشئ حق الارتفاق من الموقع الطبيعي للاماكن أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا انه لا تكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور" و لما ثبت في قضية الحال أن المدعى عليه لم يثبت اكتسابه لحق المرور لا بعقد شرعي و لا بالميراث و لا بالتقادم حتى و لو تبين أن والد المستأنف استعمل الممر المتنازع عليه دون تحديد لمدة الاستعمال فان ذلك لا يعدو أن يكون على سبيل التسامح و لا يصلح أن يكون وقائع يحتج بها للمطالبة باكتساب حق المرور بالتقادم و متى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

الفرع الثاني : عدم قيام الحيازة على مجرد الرخصة من المباحات Acte de pure faculté

⁹ يكسب حق الارتفاق بالتقادم الطويل طبقا لمدة 15 سنة ما لم يكن على أساس مجرد الإباحة، انظر في ذلك زرقين رمضان عن جوانب "ارتفاق المرور" ترجمة المستشار امقران عبد العزيز المجلة القضائية عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية 2004

كما جاء في نص المادة 808 قانون مدني ، فانه لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على انه مجرد رخصة من المباحات، فالمقصود من اعتبار العمل مجرد رخصة، ذلك الذي يأتيه الشخص في حدود حق مقرر له، و لا يتضمن تعديا على ملك جاره.¹⁰

فالشخص مخير في أن يقوم به ، فهذا الأخير يفتقر إلى العنصر المادي، إذ لا وجود لعمل من أعمال التعدي و كذلك يفتقر إلى العنصر المعنوي، اذ هو لا يقصد بذلك العمل ضد إرادة المالك.

و مثاله ان يفتح شخص مطلا في بيت له مع مراعاة المسافة القانونية، فلا يمكن لجاره منعه لان قيام المالك بفتح المطل يعتبر عملا له رخصة قانونية و ليس عملا من أعمال التعدي.

المبحث الثاني : المدة القانونية لاكتساب حق الارتفاق تقادما .

لمعرفة المدة القانونية لاكتساب حق الارتفاق تقادما يجب التفريق بين ما اذا كان واضع اليد مستندا إلى سند صحيح أم لا.

المطلب الأول : حالات اكتساب حق الارتفاق تقادما .

¹⁰ محمد وحيد السوار، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2000، ص231

تحدد حالات اكتساب الحق العيني خاصة الارتفاق في حالتين ، حالة التقادم الطويل و حالة التقادم القصير الذي يستلزم شروطا خاصة سند صحيح و حين النية.

الفرع الأول : حالة اكتساب حق الارتفاق طبقا للتقادم الطويل .

تنص المادة 827 قانون مدني "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع."

يفهم من نص المادة السابقة انه يمكن اكتساب الحق العيني مثل حق الارتفاق، حتى لو كان العقار غير مملوك للحائز و لم يكن له من قبل و ذلك بالحيازة المستمرة و الغير منقطعة لمدة 15 سنة كاملة.

و نفس الشيء أكدته المادة 699 قانون مدني "أن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر سنة يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق و يصبح تابعا للعقار الذي انشئ من اجله. و إذا كان ارتفاق المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور فانه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه، عارضا كان أو نهائيا."

و بالتالي فان المدة اللازمة لاكتساب حق الارتفاق هي نفسها المدة اللازمة لكسب الملكية مادام و اضع اليد غير مستندا لسند صحيح.

الفرع الثاني : حالة اكتساب حق الارتفاق طبقا للتقادم القصير.

تنص المادة 828 قانون مدني "إذا وقعت الحيازة على عقار او على حق عيني عقاري، و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح، فان مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات."

و لا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق"

ومن خلال نص المادة، نلاحظ أن المشرع عرف السند الصحيح انه تصرف يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم، مع وجوب إشهار السند. و بالتالي نفهم أن المقصود بالسند هو التصرف الصادر من الحائز و الذي يستند إليه في حيازته كعقد البيع الذي اشترى بموجبه الحائز العقار محل الحيازة.

و من خلال هذا التعريف نستخلص الشروط الواجب توافرها للسند الصحيح و التي يتطلبها القانون، بالإضافة إلى عنصر حسن النية و التي سنتطرق لها في المطلب الموالي.

المطلب الثاني : شروط السند الصحيح لاكتساب حق الارتفاق

هناك خمس شروط حددها القانون للسند الصحيح بالإضافة إلى وجوب توفر حسن النية و سنفهم أولا المقصود بحسن النية المطلوبة ثم نفصل شروطه.

الفرع الأول: حسن النية المتعلقة بالسند الصحيح

حسن النية يعرف على انه غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأنه تلقى الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق¹¹.

و يعرف كذلك، انه اعتقاد من يتلقى الحق انه تلقاه ممن يملكه دون أن يراوده شك من انه ليس هو المالك ، سواء كان الحق الذي يتلقاه حق ملكية أو حقا عينيا آخر.

أي أن الحائز يعتبر حسن النية متى كان يجهل انه يعتدي على حق مملوك للغير¹² و بالتالي ينتفي حسن النية إذا اشترى شخص عقار من آخر و هو يعلم أن ملكية هذا العقار محل نزاع أمام القضاء أو بين المتصرف أو شخص آخر.

فقد نصت المادة 824 قانون مدني على انه "يفرض حسن النية لمن يجوز حقا و هو يجهل انه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم و إذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله.."

كما نصت المادة 825 قانون مدني على "لا تزول صفة حسن النية إلا من الوقت الذي يعلم فيه بان حيازته اعتداء على حق الغير، و يزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى، و يعد سبب النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه".

يتضح من نص المادتين 824 و 825 مدني، إن المشرع اخذ بالمعيار الشخصي عند تحديده لمدلول حسن النية.

¹¹ محمدي فريدة زاوي، الحيازة و التقادم المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2000، ص 111
¹² محمد وحيد السوار، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 292

و لقد جاء في نص المادة 02/825 من القانون المدني ما يفيد و كاستثناء ، أنّ المشرع يأخذ بالمعيار الموضوعي في بعض الحالات، حيث تنص المادة 825 قانون مدني على ".... و يعد سيئ النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه".

فاذا اشترى الحائز العقار من شخص معتقد انه المالك الحقيقي ، و لم يكن اعتقاده هذا مبني على خطأ جسيم و كان العقار في حيازة شخص ثالث رفض تسليم العقار، مما دفع المشتري الى اغتصاب الحيازة منه بالإكراه، فان الحائز "المشتري" يعتبر سيئ النية.

و بالتالي لا يمكنه التمسك بالتقادم القصير لتملك العقار في مواجهة المالك الحقيقي.

أخيرا يجدر القول أن كشف حسن نية الحائز من عكسها يعتبر من مسائل الواقع لا رقابة للمحكمة العليا عليها، فللقاضي ان يستخلص حسن النية من نصوص العقد و ظروف ملاسبات انعقاده مع مراعاة الحالة الاجتماعية و ثقافة أطراف العقد و مدى علمهم بما يباشرونه.

الفرع الثاني : شروط السند الصحيح المكسب حق الارتفاق بالتقادم القصير.

يشترط المشرع لكسب الملكية و الحقوق العينية مثل حق الارتفاق بالتقادم القصير بالإضافة

إلى عنصر حسن النية، أن يتوافر في حيازة السند الصحيح العناصر الآتية :

أولاً: أن يكون السند الصحيح تصرفاً قانونياً صادراً إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً.

و بمقتضى هذا الشرط يكون الحائز مشترياً أو موصياً له، غير انه لا يعتبر سنداً صحيحاً الوقائع القانونية مثل الميراث.

حيث أن الوارث حسن النية لا يستطيع أن يستند إلى الإرث كسبب صحيح يمتلك بمقتضاه الملكية بالتقادم القصير و ذلك لاعتبار حيازة الوارث استمرار فقط لحيازة المورث و ليست حيازة جديدة.

و لكن للحائز الوارث أن يكسب الملكية بالتقادم القصير، إذا كانت حيازة المورث مقترنة بحسن النية و مستندة إلى سند صحيح بغض النظر عن حيازته هو¹³، و يستوي أن يكون التصرف القانوني الذي يستند إليه الخلف الخاص عقد بيع أو هبة أو تصرفا قانونيا من جانب واحد كالوصية¹⁴.

ثانيا: أن يكون السند الصحيح ناقلا للملكية إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا .

فانه يشترط فيه أن يكون ناقلا للملكية إلى الحائز، كما لو انه صدر من المالك و كذلك يعتبر العقد المنشئ للحقوق العينية الأخرى سندا صحيحا متى صدر من غير المالك.

و مثال ذلك العقد المنشئ لحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو الرهن الحيازي.

كما تعتبر سندا صحيحا أيضا، الأحكام القضائية الناقلة للملكية بحكم رسو المزاد عند نزع ملكية المدين بناء على طلب دائنيه أو عند بيع العقار المشاع بعدم إمكانية قسمته عينا و كذلك حكم الشفعة.

و بما انه يشترط في التصرفات التي يمكن أن تكون بمثابة السند الصحيح أن تكون ناقلة للملكية. فان العقود التي تنشأ التزامات شخصية مثل عقد الإيجار و عقد الوديعة و عقد الوكالة، فهذه لا يمكن أن تعتبر بمثابة السند الصحيح و كذلك لا تعتبر بمثابة السند الصحيح التصرفات الكاشفة عن الحق، كالقسمة الاختيارية لأنها ليست ناقلة للحق و إنما كاشفة له فقط .

كذلك الشأن بالنسبة لعقد الصلح، فهو لا يعتبر بمثابة السند الصحيح، لأنه تصرف كاشف فإذا تنازع شخصان على عقار ثم تصالحا على اعتباره ملكا لأحدهما، فلا يجوز لهذا الأخير الاستناد إليه على أساس انه سند صحيح ليكسبه العقار بالتقادم المكسب القصير.

¹³ محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 106

¹⁴ رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص 351

ثالثا- أن يكون السند الصحيح سندا حقيقيا موجودا

يشترط في السند الصحيح أن يكون له وجود قانوني، فالسند عمل قانوني صالح بذاته لنقل الملكية و لا يعيبه سوى كونه صادر من غير المالك، و فيما عدا ذلك يلزم ان يتوافر في السند الصحيح ما يلزم توافره في التصرف القانوني الناقل للملكية.

و على ذلك فلا يصح أن يكون سندا صحيحا التصرف القانوني الباطل بطلانا مطلقا، لأنه ليس له وجود قانوني، و بالتالي فهو و العدم سواء، سواء كان البطلان راجعا لعيب في الشكل كعدم الكتابة مثلا بالنسبة للتصرفات المتعلقة بحقوق عينية عقارية أو كان متعلقا بعيب في الموضوع كعدم مشروعية السبب أو لصدوره من عديم التمييز.¹⁵

فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا يصلح لان يكون سندا صحيحا و يعتبر كذلك سندا صحيحا التصرف القانوني المعلق على شرط فاسخ، فالتصرف يكون صحيحا نافذا منذ البداية و إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ كسب الحائز الملكية بالتقادم العشري القصير¹⁶.

أما التصرف المعلق على شرط واقف فهو على عكس الأول، فلا يكون صحيحا و لا نافذا إلا من وقت تحقق الشرط فلا يصلح إذن كسند صحيح، إلا من وقت تحقق الشرط، فالحياسة تعتبر مستندة إلى سند صحيح إلا من الوقت الذي يكون فيه الشرط قد تحقق.

رابعا : أن يكون السند الصحيح تصرفا صادرا من غير المالك أو صاحب الحق العيني.

يشترط في السند الصحيح أن يكون صادرا من غير المالك الأصلي، إذ لو كان الأمر غير ذلك لما كنا بحاجة إلى أعمال التقادم القصير.

¹⁵ محمد فريدة زواوي، المرجع السابق، ص 108

¹⁶ مصباح هادية، المرجع السابق، ص 48

و ذلك يجعل الحائز في المركز القانوني ، الذي يمكن أن يتحقق فيما لو تعامل مع المالك الحقيقي¹⁷.

و يترتب على ما تقدم أن التصرف الصادر من الوكيل أو النائب مجاوزا فيه حدود النيابة أو الوكالة يعتبر تصرفا صادرا من غير المالك و بالتالي لا يصلح لان يكون سندا صحيحا فهو لم يصدر من الأصيل و لم يصدر عن النائب أصالة عن نفسه و بالتالي يخضع لأحكام عقد الوكالة.

خامسا: أن يكون السند الصحيح مشهرا.

فالعقد غير المشهر لا ينقل الملكية في التشريع الجزائري الذي اشترط القيام بإجراءات الشهر لترتيب الأثر العيني، و منه فان العقد غير المشهر لا يصلح لان يكون سندا صحيحا. لان المقصود بالسند الصحيح هو ذلك السند الذي ينقل الملكية و هذه الأخيرة لا تنتقل إلا من يوم القيام بالإجراءات المتعلقة بالشهر.

فقد نصت المادة 793 من القانون المدني على أن "...لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري."

أما إثبات السند الصحيح لا بد أن يتم بموجب ورقة رسمية طبقا للمادة 324/مكرر01 قانون مدني و ذلك تحت طائلة البطلان خلافا لحسن النية الذي يمكن أثباته بكافة طرق الإثبات.

¹⁷ عدلي امير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص 299

بالتالي القول أن المشرع الجزائري قد اخذ في اكتساب حق الارتفاق بالتقادم الطويل و القصير متى كان ظاهرا على خلاف القانون المدني الفرنسي الذي يحدد مدة اكتساب الارتفاق بالتقادم الطويل، أي بجملة تدوم ثلاثين سنة كما نصت به المادة 690 قانون مدني فرنسي. و هو ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر ب 27 ديسمبر 1904 في قضية قوثير ضد أرملة بودوين حيث توصلت في حيثياتها

Lorsque le passage accordé par la loi au fonds enclavé été exercé pendant trente ans suivant un mode et une assiette déterminés, cette possession trentenaire équivaut à un titre acquisitif de la¹⁸servitude de passage.

¹⁸ Les grands arrêts de la jurisprudence civil 6 Edition, Henri Capitant, Alex Well, François Terré, Dalloz 1973, p 82

خاتمة :

بعد ما تقدم نقول أن المشرع الجزائري قد اخذ في اكتساب حق الارتفاق بالتقادم الطويل و القصير متى كان ظاهرا، و ذلك عن طريق الحيازة بكل أركانها المادي و المعنوي و بكل شروطها من هدوء و استقرار و استمرار.

كما رأينا انه لتفعيل الحيازة قصيرة المدة (10 سنوات) يجب حيازة السند الصحيح من طرف واضع اليد و قبل كل شيء يجب أن يكون هذا الأخير (واضع اليد أو المشتري) حسن النية، أي انه قد اشترى العقار أو حق العيني بضنه انه قد اشتراه من مالكة الحقيقي و انه ليس على علم أن الحق موضوع الحيازة في نزاع قضائي أو ما شابه، إضافة إلى شروط أخرى متعلقة بالسند كان يكون تصرفا قانونيا صادرا إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا، أن يكون ناقلا للملكية، أن يكون سندا حقيقيا موجودا، أن يكون صادر من غير المالك أو صاحب الحق العيني و أن يكون مشهرا.

إلا أننا نشير في الأخير أن التقادم المكسب في كل الأحوال لا بد أن يتمسك به الحائز و ذو مصلحة بصفة عامة و يكون ذلك عن طريق دفع قضائي أو دعوى يرفعها المستفيد منه، و هذا ما نصت عليه المادة 321 قانون مدني "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون بناء على طلب أو من احد دائنيه أو أي شخص له مصلحة خاصة فيه، و لو لم يتمسك به المدين".

و بالتالي فان التقادم ليس من النظام العام بحيث يمكن إثارته من تلقاء نفسه و إنما هو دفع مقرر لصاحب المصلحة فقط و التمسك به يكون أمام القضاء¹⁹

¹⁹مصباح هادية، المرجع السابق، ص 118

كما أن التمسك بالتقادم أو إبدائه يكون في أية مرحلة من مراحل الدعوى حتى إقفال باب المرافعة و هذا ما تؤكدته نفس المادة 321 في فقرتها الثالثة " و يجوز التمسك بالتقادم في أي حالة من حالات الدعوى و لو أمام المحكمة الاستئنافية"²⁰.

²⁰ قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية

قائمة المصادر و المراجع :

01-الكتب و المؤلفات:

محمد وحيد السوار، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع سنة 2000
رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني الليبي، دار الجامعة الجديدة
للنشر، الإسكندرية، سنة 1997

عدلي امير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية
الإسكندرية سنة 2003

02- الرسائل:

مصباح هادية، تمييز ارتفاق المرور عن حق المرور، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة
الجزائر-1- كلية الحقوق، سنة 2018

قادري نادية، النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة
كلية الحقوق 2009/2008

ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير قانون خاص
جامعة الحاج لخضر باتنة كلية الحقوق سنة 2009/2008

محمدي فريدة زاوي، الحيازة و التقادم المكسب ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر2000.

04-المقالات :

زرقين رمضان عن "جوانب ارتفاق المرور" ترجمة المستشار امقران عبد العزيز المجلة القضائية عدد
خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2004.

04- النصوص القانونية:

- الأمر 58 /75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم .
- القانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
- القانون المدني الفرنسي وفق آخر تعديل طبقا للأمر رقم 131 الصادر بـ 10 فيفري 2016

05-المؤلفات الأجنبية:

Albert Henri ,Capitant ,Revue Trimestrielle de droit civil tome trente, sixième Année 1970

Les grands arrêts de la jurisprudence civil 6 ed, Henri Capitant, Alex Well, François Terré, Dalloz 1973,p 82