

خصائص الأحكام القضائية المصرحة بالحق العيني العقاري في التشريع الجزائري.

## Characteristics of judicial rulings declaring the real property right in Algerian legislation.

د/ ليطوش دليلة<sup>1\*</sup>، د/ قراني مفيدة<sup>2</sup>

<sup>1</sup> جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، الجزائر dalila.litouche@umc.edu.dz

<sup>2</sup> جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، الجزائر Moufida.grani@umc.edu.dz

تاريخ التسليم: 2021-12-22 تاريخ التقييم: 2022-02-10 تاريخ القبول: 2022-05-19

Abstract

الملخص

The court ruling declaring the real estate right is considered one of the methods of proving private real estate ownership by means of judicial rulings, The prevalence and the legal verdict proving ownership by means of gainful statute of limitations, and if this type of court ruling as a means authorized for private real , estate has an effective role in controlling it, but it still suffers from the level of practical reality, and the individual still finds great difficulty when resorting to the door The judiciary in order to fulfill his legally authorized right.

**Key words:** Judicial judgment, private real estate, real estate right, gain limitation.

يعتبر الحكم القضائي المصرح بالحق العيني العقاري أحد طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة بواسطة الأحكام القضائية و قد حاول المشرع تنظيمه لأنه يمس بحق الملكية كأصل عام، و ينجر عن عدم ضبطه انتشار الفوضى بين الأفراد، و من أهم صوره نجد الحكم القضائي النهائي المتعلق بقسمة عقار مملوك على الشبوع و الحكم القضائي المثبت للملكية بواسطة التقادم المكسب، و إن كان هذا النوع من الأحكام القضائية كوسيلة مصرحة بالملكية العقارية الخاصة له الدور الفاعل في ضبطها إلا أنه لا يزال يعاني على صعيد الواقع التطبيقي، و كذلك لا يزال الفرد يجد صعوبة كبيرة حين اللجوء لباب القضاء من أجل استيفاء حقه المخول له قانونا.

**الكلمات المفتاحية:** الحكم القضائي، الملكية العقارية الخاصة، الحق العيني العقاري، التقادم المكسب.

\*المؤلف المراسل

مقدمة:

تحول الملكية العقارية الخاصة للفرد سلطات قانونية يمارسها على عقاره على اعتبار أنها حق في التمتع و التصرف الواقع على العقار و وفقا لمقتضيات القانون و هو الذي يعتبر وفقا لأحكام التشريع الجزائري، كل شيء ثابت بحيزه بحيث لا يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف خلافا للمنقول الذي بحكم طبيعته يكون قابل للنقل و الحركة، و له مكانة كبيرة تجعله يختص بمميزات تزيد من قيمته مقارنة بالمنقول مما يستوجب أفراد تشريعات تنظم طرق اكتسابه و تناوله و إثباته.

و هذه الفكرة الأخيرة رغم خصوصيتها و حساسيتها في الجانب الواقعي و القانوني تعتبر عائقا رئيسيا و إشكالا عوبصا يواجه الجهات المشرفة على تنظيم و ضبط الملكية العقارية أو الجهات القضائية المختصة بالفصل في مختلف المنازعات العقارية المعروضة عليها و كذلك الجهات الإدارية المختصة بعملية التطهير العقاري، نظرا للتعقيدات الكبيرة التي تواجه الملكية العقارية و النزاعات المتعلقة بها على صعيد واقع الأفراد.

و هذه الأخيرة التي تقود دورها لضرورة الحديث عن طرق بديلة لإثبات الملكية العقارية الخاصة مثل السندات المثبتة لهذه الأخيرة، و في حالات أخرى يستوجب المشرع استصدار حكم قضائي يكرس هذه الملكية و يصرح بها من أجل استتباب الأمن و الاستقرار بين أفراد المجتمع و إنهاء النزاعات القائمة بينهم و هي ما يعني هذه الدراسة دون الشق الأول (أي السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة).

و يكتسي الحكم القضائي المصرح بالحق العيني العقاري أهمية بالغة في إطار الدراسات المتعلقة بالقانون العقاري، و هذا لكون الأحكام القضائية لم تحظ بالتمحيص الحقيقي من حيث الدراسة مقارنة بالمستندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية، الأمر الذي يجعل من الواجب تسليط الضوء على أهم هذه الأحكام و ليس كلها و التي تصدر عن مختلف الجهات القضائية العادية و تشكل في حد ذاتها سندا مثبتا للملكية، و ضرورة عرض جملة العوائق التي تواجه القضاء حين فحص مختلف الوقائع المادية و القانونية من أجل إصدار الحكم في الواقعة محل النزاع.

و الحقيقة إن أهمية الموضوع تجعلنا نبلور تساؤلا رئيسيا مفاده، ما هي الطبيعة القانونية للأحكام المصرحة بالحقوق العينية العقارية في إطار الملكية العقارية الخاصة، و ما هي الشروط الواجب توافرها في هذه الأحكام من أجل اعتبارها سندات مثبتة لهذا النوع من الملكية؟ و من أجل إثراء هذه الدراسة سوف يتم إتباع المنهج التحليلي بصفة أساسية وفقا لعرض مفصل و تسلسل منطقي للأفكار بغية توضيح خصوصية هذه الأحكام القضائية في الشق القانوني و العملي.

و لإحداث توازن لا يعيق صميم احتياجات الموضوع قسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين، يتناول الأول الحكم القضائي النهائي المصرح بقسمة عقار مملوك على الشيوخ و يتناول المبحث الثاني الحكم القضائي النهائي المصرح بالملكية عن طريق التقادم المكسب.

### المبحث الأول: الحكم القضائي النهائي المصرح بقسمة عقار مملوك على الشيوخ.

لقد نظم المشرع أحكام الملكية الشائعة في المواد 713 إلى 742 من القانون المدني، (الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني المعدل و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 78، بتاريخ 1975/09/30)، فورد في المادة 713 منه على أن الملكية الشائعة هي حق ملكية تشمل حق الاستعمال و الاستغلال و التصرف، و وصفت الشركاء في الشيوخ بأنهم مالكيين للمال الشائع و يعتبر الشيوخ حالة مؤقتة مصيرها الانقضاء و إن كانت تدوم في بعض الأحيان مدة طويلة و ينقضي بأسباب كثيرة منها بيع المال الشائع إلى أجنبي أو كأن يرث شريك شريكا آخر أو بالحيازة لمدة 15 سنة.

غير أن السبب الرئيسي لانقضاء الشيوخ هو القسمة فقد تكون هذه الأخيرة اتفاقية أو قضائية تخضع لإجراءات محددة مسبقا.

### المطلب الأول: إنهاء الشيوخ عن طريق القسمة القضائية.

إن الأصل في الشيوخ أن تتم القسمة عن طريق اتفاق بين جميع الشركاء و هو تطبيق من تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه في أغلب الأحيان يتعذر الإجماع على ذلك الأمر الذي يجبر الشريك على اللجوء للقضاء المختص من أجل إنهاء هذه الحالة (عياد، 2008، ص 7).

و دعوى القسمة عموما من الحقوق التي أقرها المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون المدني من أجل رفع الضرر عن الشريك الذي يريد الخروج من حالة الشيوخ دون موافقة باقي الشركاء و مثاله القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء رقم 47222 الصادر بتاريخ 1988/12/07 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أن اختلاف الشركاء في قسمة المال الشائع يلزم من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، و أن تكون قسمة المال الشائع حصص إن كان يقبل القسمة..." (حمدي باشا 2011، ص 96).

و تكون القسمة قضائية في حالة إذا لم يتفق الشركاء على القسمة - الاتفاقية - و أراد أحدهم الخروج من حالة الشيوخ، أو إذا كان من بين الشركاء قاصر و كان العقار المملوك على الشيوخ ناتج بسبب الميراث، ففي هذه الحالة يجب على الورثة اللجوء إلى القضاء لاستصدار الحكم بالقسمة طبقا للمادة 181 من قانون الأسرة (القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/07/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، و الصادر

في الجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 2005/02/27)، حيث جاء في فقرتها 2 أنه: "و في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

و أما إذا كانت الحقوق ناتجة عن سبب غير الميراث و أجمع الشركاء على القسمة الاتفاقية ففي هذه الحالة يكفي الإذن القضائي طبقا للمادة 88 من نفس القانون (عياد، ص 89).  
و حسب المادة 724 من القانون المدني السابق ذكره، يحق لأي شريك إذا لم يجمع الشركاء على قسمة العقار الشائع قسمة اتفاقية اللجوء إلى القضاء عن طريق رفع دعوى قضائية يكون فيها هو المدعي.

أما بالنسبة للشركاء في الشيوع فكل شريك يريد الخروج من حالة الشيوع يجوز له رفع دعوى القسمة على الجميع و في حالة ما إذا رفعت الدعوى على بعضهم دون الآخرين جاز للمدعي إدخالهم في الخصومة كما يجوز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة من تلقاء أنفسهم أو بموجب أمر من المحكمة المختصة طبقا للمادة 194 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 21، بتاريخ 2008/04/23) و إلا فإن دعواه لا تقبل لعدم انتظار الإجراءات.

و إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي فإن صفة الشريك في الشيوع تكون لهذا المشتري الذي أصبح شريكا في الشيوع مع باقي الشركاء، أما إذا اشترى الأجنبي جزءا مفرزا من العقار الشائع فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء لأنه لا يعتبر شريكا في الشيوع.  
فلا يجوز له رفع دعوى القسمة و لا الاختصام و إذا كانت حالة الشيوع ناتجة عن الميراث و رفع أحد الورثة دعوى ضد باقي الورثة يطالب فيها بإنهاءها فإنه يجب على القاضي قبول الدعوى دون حاجة إلى طلب تقديم الشهادة التوثيقية بين الشركاء مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم و تشتت الشهادة التوثيقية في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث، و لدائني الشركاء حسب المادة 1/729 من القانون المدني أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم.  
و حسب نص المادة السابقة في فقرتها الثانية و الثالثة توجه المعارضة إلى كل الشركاء و يترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات، و إلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم و يجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش (السنهوري، 2013، ص 911).

و بهذا يلاحظ أنه يجوز لدائني الشركاء التدخل سواء أثناء مباشرة إجراءات القسمة القضائية طبقاً لأحكام المادة 194 (ق إ م إ)، أو حتى بعد صدور الحكم فيها عن طريق دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً للمادة 380 و ما والاها من القانون السابق ذكره، و التي جاء فيها -280- فيها: "يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع. يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع و القانون".

أما الدائنين المقيدة حقوقهم فعلى الشركاء إدخالهم في دعوى القسمة دون حاجة إلى أن يوجهوا معارضة مسبقاً و هذا متى كانت حقوقهم مقيدة قبل رفع هذه الدعوى و إلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم إذا أثبتوا الضرر الذي لحقهم من هذه القسمة، و في حالة عدم إدخالهم في الخصام يحق للدائنين الرجوع على الشركاء بالتضامن للمطالبة بالتعويض نتيجة الضرر اللاحق بهم من جراء القسمة الناتجة عن عدم إدخالهم في الخصومة القضائية.

و بالنسبة للمحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة، فنجد أن القانون المدني عند تنظيمه لقواعد قسمة المال الشائع لم يحدد المحكمة المختصة بنظرها و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد حسب المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السابق ذكره، فإن الاختصاص النوعي يؤول إلى محاكم أول درجة و بالضبط القسم العقاري الذي ينظر في قضايا القسمة.

أما الاختصاص الإقليمي فيؤول إلى المحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك طبقاً للمادة 512 من نفس القانون، و إذا كان العقار محل دعوى القسمة ناتج عن ميراث فإن الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى طبقاً للمادتين 40 و 498 من نفس القانون، و قد جاء في المادة 40 من ذات القانون أن: "... في مواد الميراث ... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى..."، و تنص المادة 498 من نفس القانون أنه: "يؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى، حتى و إن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

و بمجرد رفع دعوى القسمة أمام المحكمة فإن القاضي يكون ملزماً بتتبع إجراءات الدعوى ابتداء من مراقبة صحة التكليف بالحضور و دراسة الطلبات الخاصة بالأطراف و تفحص كل الوثائق المقدمة إليه في ملف الدعوى إلى غاية جاهزية الدعوى للفصل فيها و لا يصدر حكمه إلا بعد إثبات الملكية الشائعة للعقار المراد قسمته، فإذا كان العقار المطلوب قسمته قد اكتسبت ملكيته

بموجب عقد وجب على المدعي أن يرفق بملف دعواه هذا العقد مصدر الشيوخ (الشهاوي، 2003 ص 304)

أما إذا كان العقار المطلوب قسمته قد اكتسبت ملكيته عن طريق الميراث فعلى من يريد الخروج من حالة الشيوخ أن يرفق بملف دعواه ما يثبت به صفته اتجاه العقار المراد قسمته، فإذا تبين للمحكمة أن العقار المراد قسمته قابل للقسمة العينية عينت خبير مختص بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع لتقويمه و إعداد مشروع القسمة، إما إذا كان العقار الشائع غير قابل للقسمة تمت القسمة بطريق التصفية طبقا للمادة 728 من القانون المدني التي ورد فيها: "إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، و تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

#### المطلب الثاني: أنواع القسمة القضائية.

تعد مرحلة القسمة العقارية عملية تقنية بحتة لما تتطلبه من إجراءات لذلك فإن الأمر يقتضي إسناد المهمة إلى خبير عقاري معتمد من طرف القضاء باعتباره صاحب الاختصاص في هذا المجال يتم تعيينه بموجب حكم صادر قبل الفصل في الموضوع، فإذا كان العقار قابلا للقسمة العينية حسب أحكام المادة 2/724 من القانون المدني، و هذا هو الأصل أعد الخبير مشروعا لقسمة، و هذا كله بشرط أن لا ينقص من قيمة العقار حسب ما ورد في المادة 728 من القانون السابق ذكره (و هو ما أيده القرار رقم 151301 المؤرخ في 1998/03/25، المجلة القضائية، العدد 2، 1998، ص 28).

أما إذا كان العقار غير قابل للقسمة بأن تكون القسمة مثلا ينجر عنها انخفاض كبير في قيمة المال المراد قسمته، يقترح بيعه بالمزاد العلني لتتم قسمته بطريق التصفية (و هو أيده قرار رقم 151301 المؤرخ في 1998/02/25، المجلة القضائية، عدد 2، 1998، ص 28).

و هناك القسمة بطريق الاقتراع حسب نص المادة 727 من القانون المدني حيث تجرى هذه الأخيرة و تثبت المحكمة ذلك في محضرها و تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفزز (و هو أيده القرار رقم 233109 المؤرخ في 2002/07/17، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2004 ص 323).

و الأصل أن يقسم العقار المملوك على الشيوخ إلى حصص متساوية و على أساس أصغر نصيب و هناك القسمة بطريق المعدل (و هو ما أيده القرار رقم 331235 المؤرخ في 2006/01/18 مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2006، ص 407).

حسب نص المادة 2/725 من القانون المدني، حيث أنه إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه و هي حالة يقدم فيها استثناء صاحب الحصة الكبرى مبلغ نقدي إلى صاحب الحصة الصغرى من أجل إكمال حصته الناقصة عينا بمبلغ نقدي حتى تتعادل الحصتان شرط أن يحصل كل المتقاسمين على حصة عينية باعتبار أن هذه القسمة هي طريق من طرق القسمة العينية(ضيف، 2015، ص5).

و أما القسمة بطريق التصفية فحسب نص المادة 728 من القانون المدني إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بيع هذا المال بالمزاد العلني حسب شروط قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و هذا النوع من القسمة يعتبر طريقا احتياطيا يلجأ إليه عند تعذر القسمة العينية (قادري، 2008، ص 83).

**المطلب الثالث: مشتكلات الحكم القاضي بالقسمة القضائية.**

و بالنسبة للحكم القاضي بقسمة العقار الشائع عينا يجب على القاضي أن يبين في حكمه عند توزيعه للحصص الحصة التي آلت إلى كل شريك و ما يقابل قيمتها حتى يتسنى تنفيذ الحكم القاضي بالقسمة، و يترتب على القسمة القضائية اختصاص كل شريك متقاسم بملكية حصة مفرزة من ذلك العقار ملكية تامة على سبيل الانفراد مستقلة عن غيره من الشركاء.

و حتى يصبح الحكم القاضي بقسمة العقار المملوك على الشيوع سندا مثبتا للملكية العقارية فإنه يستوجب شهره بالمحافظة العقارية، طبقا لنص المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري (الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس المجلس العقاري و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 92، بتاريخ 18/11/1975).

و باستقراء المادة 730 من القانون المدني يتضح أن المتقاسم يملك الحصة المفرزة التي آلت إليه بموجب الحكم القاضي بالقسمة و المشهر بالمحافظة العقارية بأثر رجعي من الوقت الذي تملك فيه على الشيوع.

فإذا كان مالكا على الشيوع بميراث اعتبر مالكا لحصته المفرزة من وقت وفاة مورثه لا من وقت تمام القسمة، أما إذا تملك في الشيوع بالشراء اعتبر مالكا لحصته المفرزة من وقت الشراء لا من وقت تمام القسمة دون أن يكون مالكا لباقي الحصص الأخرى و ذلك حماية له من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على العقار الشائع أثناء قيام حالة الشيوع.

و في حالة ما إذا طلب أحد المتقاسمين شهر عقد يتضمن إيداع حكم قضائي نهائي قضى بقسمة عقار كان مملوك على الشيوع دون باقي الشركاء الآخرين، فإنه لا يجوز للمحافظ العقاري

رفض عملية الشهر بحجة عدم إمكانية الشهر الجزئي و يلزم محرر العقد إشهار كافة الحقوق المنصوص عليها في الحكم القضائي، و هذا حسب المادة 10 من القانون 22/03 المؤرخ في 2003/12/28 المتضمن قانون المالية (القانون رقم 22/03 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، و المؤرخ في 2003/12/28، و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 60 بتاريخ 2003/12/29).

### المبحث الثاني: الحكم القضائي النهائي المصرح بالملكية عن طريق التقادم المكسب.

إن التقادم المكسب نظمه المشرع في المواد من 827 إلى 836 من القانون المدني، و هو عبارة عن سبب من أسباب كسب الملكية قائم على حيازة ممتدة لفترة من الزمن يقرها القانون و يرتب عليها آثارا معينة.

### المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في التقادم المكسب.

يعتبر شرط الحيازة القانونية الصحيحة القاعدة العامة في اكتساب الملكية و بعض الحقوق العينية الأخرى عن طريق التقادم الطويل أو التقادم القصير حسب الشروط و ينحصر التقادم المكسب في حيازة الحقوق العينية أساسا و على رأسها حق الملكية دون الحقوق الشخصية، شرط أن يكون الحق العيني قابلا للتعامل فيه و قابلا للحيازة(رحايمية، 2013، ص 5)، و نبعد بذلك حسب نص المادة 689 من القانون المدني التصرف في أموال الدولة بحجزها أو تملكها بالتقادم. و قد استثنى المشرع الارتفاقات غير الظاهرة من أعمال قاعدة التقادم المكسب حسب المادة 868 من نفس القانون، و حسب المواد 827 و 828 و 829 من هذا القانون الأخير يتضح أن المشرع قسم التقادم المكسب للملكية العقارية إلى ثلاث أنواع: أولها التقادم المكسب الطويل حسب المادة 827 من القانون المدني، و ثانيهما التقادم المكسب قصير المدة حسب نص المادة 828 من ذات القانون، أما النوع الثالث فيسمى بتقادم الحقوق الميراثية الذي نصت عليه المادة 829 من نفس القانون.

و من خلال ما سبق يلاحظ أن أنواع التقادم المكسب تشترك في شرطي الحيازة و المدة هذه الأخيرة تختلف حسب نوع التقادم، و إن كانت فكرة الحيازة تهدف إلى حماية الوضع الظاهر لأن القانون يعتبر الحيازة قرينة على الملكية طبقا للمادة 823 من القانون المدني التي تنص على أن: "الحائز لحق يفترض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك".

و هي تضمن لمن وضع يده على العقار الحماية القانونية من أي اعتداء و لو صدر من المالك و يجب أن تتطوي حيازة الشخص على عنصرين يتمثل الأول في قيامه بمجموعة من الأعمال المادية التي يباشرها صاحب الحق و الآخر معنوي يتمثل في نية التملك و ظهور الحائز بمظهر المالك، أما شرط المدة فيجب أن تستمر الحيازة المؤهلة لكسب الحق بالتقادم لمدة زمنية



معينة يحددها القانون حتى تتيح للمالك الحقيقي الوقت الكافي للاعتراض عليها و استرداد العقار من الحائز (هرجة، 2007، 277).

### المطلب الثاني: وسائل التمسك بالتقادم المكسب.

إذا توفرت شروط التقادم المكسب من حيازة صحيحة يتعين على الحائز التمسك به حتى يتقرر حق الملكية على العقار من خلال إثارته وفقا لإجراءات محددة فلا يثبت هذا النوع من اكتساب الملكية بقوة القانون، بل يجب على الحائز أو من له مصلحة أعمال قواعد التقادم المكسب عن طريق دعوى قضائية تنتهي في الغالب إما بصدور حكم إيجابي يثبت ملكية العقار عن طريق التقادم المكسب و إما بصدور حكم سلبي يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس لاختلال أحد شروط أعمال التقادم المكسب (أوكيد، 2020، ص 14).

و عليه حسب المادة 321 من القانون المدني لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم لأنه ليس من النظام العام بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين، أو أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه و لو لم يتمسك المدين به، في أي مرحلة من مراحل الدعوى و لو أمام جهة الاستئناف.

و الطلب القضائي المقدم بغاية التمسك بالتقادم المكسب هو أداة إجرائية التي تحمل الإدعاء أمام القضاء استعمالا للحق في الدعوى في حالة وجود منازعة تتطلب التدخل القضائي، فقد خول المشرع للحائز في حالة اكتمال مدة التقادم و خروج العين من حيازته بفعل الغير اللجوء إلى القضاء عن طريق رفع دعوى يطالب بتثبيت ملكيته للعقار على أساس التقادم المكسب في مواجهة المدعي عليه الذي ينازعه في هذا الحق، و في هذه الحالة يقع على الحائز عبء إثبات ملكيته للعقار المتنازع فيه و يشترط في الطلب المرفوع أمام القضاء أن يكون محددا تحديدا نافيا للجهالة و ذلك بأن يتمسك بنوع واحد من أنواع التقادم إما الطويل أو التقادم العشري فلا يجوز له التمسك بهما معا في نفس الدعوى (موسوني، 2017، ص 4).

و يمكن للحائز إذا رفعت ضده دعوى استحقاق من المالك الحقيقي أن يتمسك بالتقادم المكسب في شكل دفع موضوعي يدحض به طلبات خصمه حسب المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و من مصلحة الحائز المدعي عليه التمسك في مواجهة المدعي بكسب ملكية العقار بالتقادم المكسب و هنا على القاضي الرد على الطلب القضائي الأصلي و الرد على الدفع أو الطلب المقابل المثار من قبل المدعي عليه الحائز و للدفع بالتقادم المكسب خصائص منها لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأن الكسب بالتقادم ليس من النظام العام، و يجب أن يتمسك به الحائز شخصيا أو خلفه العام أو الخاص، و كل من له مصلحة في التمسك به مثل

دائني الحائز بموجب دعوى غير مباشرة، و يجوز التمسك به في أول مرحلة تكون فيها الدعوى و لكن لا يجوز الدفع لأول مرة أمام المحكمة العليا لأنها محكمة قانون لا موضوع (مزيان، 2014، ص 9).

### المطلب الثالث: سلطة القاضي حين الفصل في دعوى الملكية عن طريق التقادم المكسب.

حسب ما ورد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقد منح المشرع القاضي المختص دورا إيجابيا أثناء سير الدعوى حيث يمكنه الأمر بإجراء أي تحقيق لازم دون طلب الخصوم و طلب أي مستند يراه ضروري للفصل في النزاع المعروض أمامه.

و عمليا غالبا ما يلجأ القاضي إلى تعيين خبير مختص بموجب حكم صادر قبل الفصل في الموضوع يوكل إليه مهام إعداد ملف تقني يضبط من خلاله العقار المراد كسبه بالتقادم، ثم الأمر بإجراء تحقيق لاستجواب الخصوم و سماع شهودهم من أجل التأكد من توفر شرطي التقادم المكسب المتمثلة في شرطي الحيازة و المدة، و إذا توصل القاضي بعد كل ما يعرض عليه من الخصوم و الخبير أن العقار قابل للحيازة و لا يدخل ضمن الأملاك الخاصة للدولة أو الولاية أو البلدية، و أن المتمسك بالتقادم المكسب حاز العقار حيازة قانونية صحيحة غير مشوبة بأي عيب (و هو ما قضت به المحكمة العليا بموجب القرار الصادر بتاريخ: 2011/12/08، المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 2 2012، ص 368، "حيث أن ما يعيب الطاعن على قرار المطعون فيه في غير محله ذلك أن قضاة الموضوع قد بينوا بما فيه الكفاية و أن حيازة العقار المتنازع عليه لم تكن تحت السيطرة المادية للطاعن بل كانت السيطرة المادية للمطعون عليه...").

و أنه استمر حائزا له طيلة المدة المنصوص عليها حسب المواد 827 و 828 من القانون المدني و ذلك حسب التحقيق المجرى من طرفه فإنه يصدر حكمه بتثبيت ملكية الحائز للعقار عن طريق التقادم المكسب و بمجرد أن يصبح الحكم القضائي نهائيا يتعين على من تقررت له المصلحة أن يقوم بشهره أمام المحافظة العقارية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار للتأشير به بمجموعة البطاقات العقارية طبقا للمادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المادة 90 من مرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و يشترط في هذا الحكم أن يحدد في منطوقه العقار تحديدا دقيقا نافيا للجهالة، و بعد استكمال إجراءات الشهر تنتقل الملكية إلى الحائز بأثر رجعي من وقت بدأ الحيازة التي أدت إلى التقادم فيعتبر الحائز مالكا للعين التي كسبها بالتقادم من وقت وضع يده عليها بنية تملكها (رحايمية 2014، ص 9).

خاتمة:

من خلال كل ما سبق يستنتج أن: الأحكام القضائية المصرحة بالملكية العقارية الخاصة تشكل نسبة قليلة بالمقارنة بغيرها من السندات التوثيقية الأخرى.

\* كما أن القضاء لا يزال مترددا في إثبات الملكية الخاصة بالتقادم المكسب عن طريق الأحكام القضائية حين الدفع به بموجب طلب مقابل في دعوى الملكية و التي تنتهي في الغالب برفض الدفع المثار على أساس أنه لا بد من رفع دعوى مستقلة ابتداء من أجل إثبات الملكية العقارية الخاصة.

\* كما نجد أنه يعد خطأ فادحا استبعاد القضاة لتطبيق نص المادة 827 من القانون المدني و الذي جاء عاما و لم يستثن العقارات المشهورة عقودها حين كسبها بالتقادم.

\* و أن الأحكام القضائية التي لها سندات مثبتة للملكية العقارية الخاصة تخضع على غرار العقود الرسمية و الإدارية لإلزامية الشهر العقاري، و إلا لم تعتبر لها أثر عيني.

\* و يشترط في الحكم القضائي المصرح بالحق العيني العقاري، أن يكون دقيقا واضحا يحدد كل معالم العقار بما لا يدع أي لبس.

\* أما على الصعيد العملي فكثير ما نجد تخلف هذه البيانات التوضيحية اللازمة و التي ينجر عنها عدم إمكانية شهر الحكم القضائي أو ما يعرف برفض الإيداع.

\* و يضاف إلى هذا كله أي الإشكال المتعلق بالتنفيذ إشكال آخر يتعلق بقسمة الأراضي الفلاحية حيث أن المشرع قيد القسمة في مثل هذا النوع من العقارات بضرورة احترام المساحة المرجعية بهدف حماية الواجهة الفلاحية للأرض و اشترط رخصة لتقسيم الأراضي و لكن عمليا لا يحترم القضاة هذا الشرط فكثير منهم لا يشترط هذا القيد القانوني أو الرخصة و لا حتى سندات ملكية الأموال المشاعة و هو الأمر الذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ لهذه الأحكام طالما شهرها غير ممكن.

و من جملة التوصيات التي خرجنا بها:

\* أولا لا بد من توحيد نظرة القضاة في اجتهاداتهم بشأن المنازعات العقارية لتجنب تضارب الأحكام و القرارات في نفس الوقائع و إن تعددت، و تكوين قضاة متخصصين في المادة العقارية على مستوى جميع درجات التقاضي.

\* يجب على المشرع في الشق العقاري، إزالة الغموض في النصوص المنظمة للتصرف في الملكية العقارية الشائعة و هو السبب في أن تكون بعض الأحكام القضائية لا تتطابق و ظاهر هذه النصوص و في قلة الاجتهاد القضائي و الفكري الذي غالبا ما يعطي للوقائع المعروضة عليه في مجال الملكية الشائعة تكييفا آخر كوسيلة لفض النزاعات المتعلقة.

\* يجب على المشرع في الشق العقاري إزالة الغموض في نص المادة 827 من القانون المدني حيث أن التقادم إن أخذ به كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية و الحقوق العينية الأخرى فلا بد إذن من تعديل نص المادة المذكورة التي تنص على التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، فيزول الإشكال.

#### قائمة المراجع.

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/07/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 27/02/2005.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 21، بتاريخ 23/04/2008.
- القانون رقم 22/03 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، و المؤرخ في 28/12/2003، و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 60 بتاريخ 29/12/2003.
- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس المجلس العقاري و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 92، بتاريخ 18/11/1975.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/12/1975 المتضمن القانون المدني المعدل و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 78، بتاريخ 30/09/1975.
- القرار رقم 151301 المؤرخ في 25/03/1998، المجلة القضائية، العدد 2، 1998.
- قرار رقم 151301 المؤرخ في 25/02/1998، المجلة القضائية، عدد 2، 1998.
- قرار رقم 233109 المؤرخ في 17/07/2002، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2004.
- القرار رقم 331235 المؤرخ في 18/01/2006، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2006.
- القرار الصادر بتاريخ: 08/12/2011، المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 2، 2012.
- أحمد ضيف، (2015)، السند الصحيح كسند لاكتساب العقار بالتقادم العشري، العدد 13، مجلة تطوير العلوم الاجتماعية، الجزائر، جامعة زيان عاشور الجلفة، (ص 174/160).
- حمدي باشا عمر، (2011)، القضاء العقاري، ط 11، الجزائر، دار هومه، 2011.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، (2013)، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ط 3 لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية.

- عبد الرزاق موسوني، (2017)، الترقيم العقاري و طرق إثبات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية المقارنة العدد4، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2017، (ص 167، 184).
- عماد الدين رحايمية، (2013)، التحقيق العقاري كإجراء لإثبات الملكية العقارية الخاصة، مجلة المفكر، العدد 9 بسكرة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، (ص 103، 116).
- عماد الدين رحايمية، (2014)، دور التحقيق العقاري في تطهير و إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مجلة القانون العقاري، العدد 6، جامعة البليدة، الجزائر، (ص 54 - 75).
- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، (2003)، الحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري و المقارن، ط1 الإسكندرية، منشأة المعارف.
- محمد أمين مزيان: (2014) طرق اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة القانون العقاري و البيئة المجلد 2، العدد 1 جامعة مستغانم، الجزائر، (ص 8 - 19).
- مصطفى مهدي هرجة، (2007)، الجديد في الحيابة، وفقا لأحدث التعديلات، ط 1، القاهرة دار محمود للنشر.
- نادية قادري، (2009)، النطاق القانوني للحيابة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة العقيد الحاج لخضر باتنة.
- نبيل أوكيد (2020)، شهادة الحيابة كآلية لحماية الحيابة في ظل النظام الشخصي العقاري مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية المجلد 7، العدد 2، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2020، ص (1138 - 1158).
- وهاب عياد، (2008) التصرف في الملكية العقارية الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قانون عقاري، قسنطينة، جامعة الإخوة منتوري.