

تفعيل التّقدام المكسب في الأراضي الخاضعة لعملية المسح العام

من إعداد

الأستاذ جبوري أحمد

قاضي بمحكمة المدية

تفعيل التقادم المكسب في الأراضي الخاضعة لعملية المسح العام

من إعداد الأستاذ جبوري أحمد
قاضي بمحكمة المدينة

ملخص :

لقد اهتمت كل التشريعات لاسيما منها المغاربية، لكونها تعاني من مشكلة العقار، بموضوع تطهير الملكية العقارية، ولعل أهم الحلول التي اعتمدتها مختلف التشريعات بما فيها المشرع الجزائري اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة، أو ما يسمى التقادم المكسب، والذي كان من أهم الأسباب كسب الملكية العقارية لفترة طويلة من الزمن، كما أنه حل عدة مشاكل عقارية، ورغم أنه سبب أصلي لاكتساب الملكية العقارية، إلا أنه لم يكن السبب الوحيد، كما أنه لم يكن السبيل الوحيد لتطهير الملكية العقارية، لذا اعتمدت جل التشريعات طرق أخرى خاصة مع التطور الذي شهدته المجتمعات في مختلف مجالات الحياة، أين أصبح حل مشكلة العقار ضرورة حتمية.

من خلال ما سبق فقد اعتمد المشرع الجزائري، شأنه شأن مختلف التشريعات المغاربية بمسألة تطوير نظام الشهر العقاري كوسيلة من وسائل تطهير الملكية العقارية، عن طريق اعتماد نظام الشهر العيني، وسياسة المسح العام للأراضي أو ما يسمى التحفيظ العقاري في بعض التشريعات مثل التشريع المغربي، ومع اعتماد سياسة الشهر العيني تصبح الوضعية العقارية واضحة المعالم، ولا يشوبها أي عيب عن طريق إعداد بطاقات عقارية تتضمن بطاقة تعريف كل عقار وحجية مطلقة لعملية الترقيم العقاري الناتجة عن عملية مسح الأراضي، وهذا الوضع ينتج عنه عدم نجاعة التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، وهذا ما أكدته مختلف التشريعات لا سيما التشريع المغربي الذي أكد من خلال ظهير 9 رمضان أن العقارات الممسوحة لا يمكن التمسك فيها بالتقادم المكسب، غير أن المشرع الجزائري لم يخطأ هذا المنهج وسمح بإمكانية الطعن القضائي في مواجهة الترقيم الناتج عن عملية المسح لذا فإنه لا يعتمد الحجية المطلقة، كما أنه لم ينص على عدم إمكانية التمسك بالتقادم في العقارات الممسوحة وهذا ما

يجعل التساؤل عن مدى إمكانية التمسك بالتقادم المكسب في قطعة ممسوحة.

ومن خلال دراسة قانونية بسيطة لمختلف النصوص المطبقة لفكرة التقادم المكسب نجد أن المشرع الجزائري اعتمد طريقين لتكريس هذا النظام، عقد الشهرة والذي من خلاله منع التمسك بالتقادم المكسب في مناطق ممسوحة، والتحقيق العقاري والذي منع من خلاله أيضا كسب الملكية عن طريق التقادم المكسب في مناطق ممسوحة، لذا فإنه لا يمكن التمسك بالتقادم المكسب في مناطق ممسوحة عن طريق الإدارية، ولم يبقى سوى التمسك به أمام القضاء سواء عن طريق دعوى أو عن طريق الدفع، لذا فإن ذلك يبقى متروكا للاجتهاد القضائي، أو تدخل المشرع الجزائري عن طريق نص فاصل في المسألة الذي نرتقبه لاحقا.

Résume :

Toutes les législations, notamment celles du Maghreb, car celles-ci souffrent toutes du problème foncier, se sont intéressées au sujet de la purge de la propriété foncière et peut-être que la plus importante des solutions adoptées par différentes législations, y compris le législateur algérien, c'est l'acquisition de la propriété foncière par voie de possession ou ce que l'on désigne par prescription acquisitive, qui a été parmi les principales raisons de l'acquisition de la propriété foncière pendant une longue durée, tout comme plusieurs problèmes fonciers ont été réglés, et bien que ce soit une raison principale de l'acquisition foncière, il n'en demeure pas moins que ce n'est pas l'unique raison, et n'est pas non plus le seul moyen de purger la propriété foncière. Ainsi, la plupart des législations ont adopté d'autres moyens, en particulier avec l'évolution des sociétés dans différents domaines de la vie,

de sorte que la solution du problème foncier est devenue impérativement nécessaire.

De ce qui précède, le législateur algérien a, à l'instar des différentes législations du Maghreb, adopté la question du développement du système de publicité foncière comme moyen parmi les moyens de purge de la propriété foncière et la politique du cadastre général ou ce que l'on désigne par la conservation foncière dans certaines législations, comme la législation du Maghreb. En outre, avec l'adoption de la politique de la publicité réelle, la situation foncière se trouve avoir des indices bien définis, et n'est entachée d'aucun vice, par l'établissement de fiches immobilières portant identification de chaque bien immobilier et la preuve absolue d'un processus d'immatriculation foncière résultant d'une opération cadastrale. Il résulte de cette situation que la prescription acquisitive comme raison parmi les raisons de l'acquisition foncière est de nul effet, et c'est ce qui a été confirmé par différentes législations, notamment la législation du Maghreb au Dahir du 09 Ramadan, que la prescription acquisitive ne peut pas être invoquée sur les biens immobiliers cadastrés. Cependant le législateur algérien n'a pas opté pour cette approche et a permis la possibilité d'un recours judiciaire à l'encontre de l'immatriculation résultant de l'opération cadastrale. Ainsi il n'a pas adopté la preuve absolue tout comme il n'a pas prévu que la prescription acquisitive ne peut être invoquée sur les biens immobiliers cadastrés, d'où il convient de s'interroger dans quelle

mesure il est possible d'invoquer la prescription acquisitive sur un terrain cadastré.

Grâce à une simple étude juridique de divers textes applicables à la notion de prescription acquisitive, nous constatons que le législateur algérien a adopté deux méthodes pour consacrer ce système, l'acte de notoriété par lequel il empêche l'invocation de la prescription acquisitive dans les régions cadastrées et l'enquête foncière par laquelle il empêche également l'acquisition d'une propriété par la prescription acquisitive dans les régions cadastrées. Ainsi il n'est pas possible d'invoquer la prescription acquisitive dans les régions cadastrées par voie administrative, et il ne reste plus qu'à l'invoquer devant la justice, soit au moyen d'une action ou au moyen de paiement, ce qui est laissé à la discrétion de la jurisprudence ou à l'intervention du législateur algérien à travers un texte qui tranchera sur la question que nous observerons plus tard.

مقدمة

لقد اهتم المشرع الجزائري شأنه شأن كل تشريعات دول العالم بموضع أسباب كسب الملكية العقارية، ولعل من أقدم وأهم الطرق كسب الملكية العقارية كسبها عن طريق الحيازة، أو ما يعرف بالتقادم المكسب، المنصوص عليه في المادة 827 وما يليها من القانون المدني الجزائري، وفي الفصل 45 وما يليها من مجلة الحقوق العينية التونسية، فلا بد من الإشارة أولاً إلى أن الاستيلاء يعد من أقدم وأعرق أسباب اكتساب الملكية العقارية لكونه السبب الوحيد من أسباب اكتساب الملكية العقارية الذي يعد سبباً منشأً، في حين أن باقي الأسباب تعد أسباباً ناقلة للملكية، وبعدها أصبحت الدول لا تسمح باكتساب الملكية العقارية عن طريق الاستيلاء، بسبب أن الدولة مالكة للعقار الذي لا مالك له، وعليه أصبح لا يمكن اكتساب العقار عن طريق الاستيلاء عليه فقط، وإنما لا بد من حيازته لمدة معينة وشروط قانونية محددة لكي يتم إعمال الملكية في إطار التقادم المكسب.

ولقد تم تجسيد تكريس التقادم المكسب في ظل نظام الشهر الشخصي لكون مبادئ هذا النظام تتماشى مع إمكانية اكتساب العقار عن طريق التقادم المكسب، الذي يعتمد على الأشخاص وليست له قوة ثبوتية عن طريق عدة أنظمة قانونية فمثلاً في الجزائر عن طريق آليتين قانونيتين الأولى عن طريق تطبيق عقد الشهرة¹ (المرسوم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية)، والثانية عن طريق تطبيق التحقيق العقاري² (القانون 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري)، كما لعب القضاء دوراً هاماً في تفعيل التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، عن طريق الدعوى الأصلية التي تهدف إلى تقرير التقادم المكسب، أو عن طريق الدفع، وذلك بأن يتم مواجهة مالك العقار الذي يطالب بالطرد بالتقادم المكسب.

وأما عن سياسة المسح العام للأراضي، أو التحفيظ العقاري فلقد عملت كل دول العالم العربي جاهدة على إنجاح هذه العملية وذلك من أجل الانتقال من نظام الشهر الشخصي في مجال الحفظ العقاري، لنظام الشهر العيني في مجال الحفظ العقاري، وهذا النظام الأخير يعتمد على حجية مطلقة في بعض الدول، وعلى حجية نسبية في دول أخرى،

ونقصد بالحجية أنه ما نتج عن عملية المسح أو التحفيظ لا يمكن إثبات عكسه، وفي بعض الدول كالمغرب لا يقبل أي طريق من طرق الطعن حتى الطعن القضائي، وأمام هذه الحجية يثور التساؤل عن مصير اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني؟ خاصة وأن بعض التشريعات بما فيها التشريع الجزائري لم تنص على هذه النقطة، خاصة وأن الحجية التي تميز نظام الشهر العيني تتصادم مع اكتساب العقار عن طريق الحيازة، لوضوح الملكية ومعالم حدودها بعد إنهاء عملية المسح أو التظهير، كما أن الحيازة تعد قرينة على الملكية والملكية في نظام الشهر العيني ثابتة بالقيد.

للإجابة عن هذه الإشكالية لا بد أولاً من الإشارة إلى أهمية الموضوع التي تتجلى في ضرورة تدخل البحث العلمي من أجل دراسة تعايش التقادم المكسب مع نظام الشهر العيني، خاصة وأن بعض التشريعات لم تنص على هذه النقطة القانونية، كما تهدف هذه الدراسة للوصول إلى حل توفيقي حول إمكانية اكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب في ظل الشهر العيني، وفي حالة إمكانية ذلك تحديد الطريقة التي يتم من خلالها هذا الاكتساب، وذلك في إطار القانون الجزائري مع تقديم ما تضمنته القوانين المقارنة في الدول المغاربية في هذا الموضوع.

وقصد دراسة هذا الموضوع نقترح تقسيم الدراسة إلى نقطتين الأولى نخصه لدراسة موقف الأدوات القانونية لتطبيق التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني والذي يتم من خلاله تحديد موقف المشرع من خلال الآليات التي تقرر التقادم المكسب، والثانية نخصه لدراسة موقف القضاء في تطبيق التقادم المكسب في نظام الشهر العيني، والقضاء يعد الوسيلة الثانية في إطار تفعيل التقادم المكسب.

أولاً: موقف الأدوات القانونية لتطبيق التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني.

لقد تم تكريس التقادم المكسب في إطار التشريع جزائري في إطار نظامين قانونيين الأول يتعلق بعقد الشهرة والثاني يتعلق بالتحقيق العقاري، أما عن الأول فقد تم إلغائه بالنظام الثاني، ومن خلال هذا المبحث سنحاول دراسة موقف النظامين من التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني وذلك في شكل مطلبين الأول يتعلق بعقد الشهرة، والثاني بالتحقيق العقاري في ظل نظام الشهر العيني، كما تجدر الإشارة أنه من خلال هذه المداخلة سيتم الإشارة إلى الحيازة وكل ما يتعلق بها

بشكل موجد لكون موضوع الحيازة سيكون موضوع مداخلة خلال هذا الملتقى.

1- : عقد الشهرة ونظام الشهر العيني.

جاء المشرع بهذا الإجراء بمقتضى المرسوم 352/83 لتطهير الملكية العقارية والوضعيات العالقة، وكذلك لتبسيط الإجراءات والتشجيع على خدمة الأرض، ولم يعرف المشرع عقد الشهرة وترك المهمة للفقه والقضاء، وقد عرف أنه: "محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية و في سلطته واختصاصه، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقدم المكسب بناء على تصريح طالب العقد"³(حمدي باشا عمر، 2002 ، محررات شهر الحيازة ، دار هومة ، الجزائر).

أ-: شروط إعداد عقد الشهرة

ذكرت المادة الأولى من المرسوم 352/83 أن: "كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع لحد الآن للإجراء المحدث بالأمر 74/75 المؤرخ في 120 نوفمبر 1975 المذكور أعلاه عقارا من نوع الملك بحيازة مستمرة غير منقطعة ولا متنازع عليها وليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني يمكن أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق." فيجب أن تتوافر فيمن يطلب إعداد عقد شهرة الشروط التي سبق تفصيلها والمتعلقة بالحيازة إضافة إلى شروط حددتها المادة متعلقة بالعقار.

فقد نصت المادة على أنه يجب أن يقع العقار المراد إعداد عقد شهرة بشأنه في بلدية لم تشملها إجراءات الأمر 74/75 وهذا لأن البلديات التي تمت فيها عملية المسح يتحصل فيها الحائزون على سند رسمي وهو دفتر العقاري، وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استبعد من نطاق عقد الشهرة الأراضي الممسوحة أي أنه لا يمكن إجراء عقد الشهرة أي لا يجوز اكتساب الملكية العقارية بموجب هذا الإجراء في الأراضي الممسوحة أي تلك الخاضعة لنظام الشهر العيني.

كما نصت المادة الأولى السابقة الذكر على أن عقد الشهرة يعد في الأراضي المملوكة ملكية خاصة وبالتالي تستبعد من تطبيق هذا المرسوم الملكيات التالية:

- الأملاك الوطنية:

إن كان عدم خضوع الأملاك العامة لقاعدة التقادم المكسب لم يكن يثير إشكالا عند صدور المرسوم 352/83 كون كل الملكية العمومية كانت وحدة لا تتجزأ محمية بعدم قابليتها للتصرف أو التقادم أو الحجز، فإن صدور قانون الأملاك الوطنية رقم 30/90⁴ (عمر حمدي باشا، محررات شهر الحيازة، (الجزائر: دار هومة، 2002)، ص 17) الذي كرس فكرة ازدواجية الأملاك الوطنية من أملاك وطنية عامة وأملاك وطنية خاصة، قد غير الأمر فالأملاك الوطنية العمومية تبقى غير خاضعة للتقادم بنص المادة 04 من القانون 30/90، فإن الأملاك الوطنية الخاصة تطرح إشكالا، فهناك من يرى أنه لا يجوز إعداد عقد شهرة عليها على أساس أن المادة 01 من المرسوم 352/83 ذكرت الأراضي من نوع الملك⁵ (حمدي باشا عمر، 2002، محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر)، إلا أنه وبالعودة إلى المادة الرابعة من القانون 30/90 فإنها لا تنص إلا إلى الأملاك الوطنية العامة وبمفهوم المخالفة فهي لا تشمل الأملاك الوطنية الخاصة، غير أن القانون 14/08⁶ (عمر حمدي باشا، محررات شهر الحيازة، مرجع سابق، ص 24) المعدل للقانون 30/90 قد نزع هذا اللبس وأصبحت الأملاك الوطنية العمومية شأنها شأن الأملاك الوطنية الخاصة لا يمكن أن تكتسب بالتقادم.

- الأملاك الوقفية:

تقتضي القواعد الشرعية وجوب المحافظة على أبدية الأموال الموقوفة لتبقى على حالها من الدوام محبوسة أبدا على أن يتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات، وبأن الواقف وذريته وناظر الوقف والمستحقين والمستأجرين والمحتكرين، لا يقبل من أي منهم أن يجحد الوقف لأنهم مدينون بالوفاء لأبديته⁷ (عبد الحميد الشواربي، 1996، أحكام التقادم في القضاء و الفقه، دار النشر منشأة المعارف، مصر) وقد أقرت المحكمة العليا مبدأ عدم جواز التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الأراضي المحبسة لانعدام نية التملك⁸ (حمدي باشا عمر، 2002، مبادئ القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر).

ب: إجراءات إعداد عقد الشهرة

أشارت المادة 01 من المرسوم 352/83 إلى الاختصاص الإقليمي للموثق رغم أن قانون التوثيق رقم 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن تنظيم مهنة الموثق قد نص صراحة في المادة الثانية منه على أن اختصاص مكتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني، إذ أن ذلك كان مسائرا لقانون التوثيق السائد آنذاك و هو الأمر 91/70، وبالنظر إلى الإجراءات التي يتطلبها عقد الشهرة من اتصال بالسلطات العمومية و كذا الاعتراضات التي تقدم من المواطنين يستحسن اللجوء إلى موثق يقع مكتبه في دائرة اختصاص المحافظة العقارية التي يدخل ضمنها العقار موضوع عقد الشهرة.

وقد نصت المادة 02 من المرسوم 352/83 على وثائق يتوجب على المعني بالأمر، سواء كان حائزا أو مالكا ليس له سند، تقديمها إلى الموثق، تبين طبيعة العقار من حيث موقعه ومشتملا ته ومساحته، وكذلك الرسوم والتكاليف المترتبة عنها وزيادة على بعض الوثائق المطلوبة كالأوراق الإثباتية للحالة المدنية الخاصة بالمعني.

الإجراءات التي يقوم بها الموثق:

بعد التأكد من استيفاء الملف للوثائق المطلوبة، وتحرير محاضر بشهادة الشهود أمامه، يقوم بالاتصال بالإدارات المحلية طبقا للمادة 03 من نفس المرسوم، فيقوم بمراسلة كل من رئيس البلدية ومدير أملاك الدولة في الولاية لتحديد الوضعية القانونية للعقار، وقد ألزمتها المادة 06 من ذات المرسوم أن يبلغا الموثق بأرائهما وملاحظتهما في أجل 04 أشهر من تاريخ تلقيهما الالتماس تحت المسؤولية الشخصية لهما.

وفي حالة السكوت عن إبداء الاعتراض خلال هذه المدة فإن ذلك يعد بمثابة موافقة ضمنية على إعداد عقد الشهرة، مثلما أكده قرار المحكمة العليا⁹ (عمر حمدي باشا، مبادئ القضاء العقاري، (الجزائر: دار هومة، 2002)، ص 96) الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا بالمادتين 06 و 07 من المرسوم 352/83 المؤرخ في 21/05/1983 لرئيس البلدية 04 أشهر للرد على الإشعار الموجه له من قبل الموثق. ويعتبر عدم القيام بذلك موافقة على تحرير عقد الملكية بصفة رسمية المدعي على أساس ما جاء ولما كان الثابت في قضية الحال-أن رئيس البلدية الذي تم إخطاره من قبل الموثق في 19/01/1986 لم يرد على ذلك إلا في 27/01/1987 أي بعد مرور سنة كاملة، فإن قضاة الاستئناف

بتأييدهم حكم المحكمة القاضي برفض دعوى ع به رئيس البلدية في جوابه الكتابي يكونون قد خالفوا أحكام المادتين المذكورتين أعلاه الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للنقض". ويبقى لمن فاتته آجال الاعتراض أن يطعن في صحته على أساس المادة 102 من القانون المدني.

ويكتفي الموثق في عقد الشهرة بالإشارة إلى حضور صاحب الطلب الذي التمس إثبات ملكيته لأخذ هويته كاملة وتحديد العقار المراد كسبه تحديدا نافيا للجهالة من ناحية تسميته، موقعه، مساحته ومعالمه الحدودية وفقا للمخطط، والتأكد أيضا من عدم ورود اعتراض، وإثبات أن الحيابة تمت طبقا للمادة 827 من القانون المدني. وعلى الموثق بعد تحريره عقد الشهرة أن يقوم بتسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع لمفتشية الضرائب المختصة إقليميا طبقا للمادة 1/75 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 وذلك من أجل تحصيل الضريبة. وباعتبار عقد الشهرة من العقود المثبتة للملكية العقارية والمعلنة لها، يجب على الموثق القيام بشهر عقد الشهرة أمام المحافظة العقارية، وذلك تطبيقا لأحكام الأمر 74/75.

وفي حالة تقديم اعتراضات، يقوم الموثق بتوجيه الأطراف الى اللجوء الى القضاء المختص.

وإذا فات ميعاد المعارضة المحدد ب 04 أشهر يبقى لهذه الإدارات اللجوء الى القضاء مثلما أكدته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا¹⁰ قرار رقم 71952 المؤرخ في 24 سبتمبر 1990، المجلة القضائية، العدد 02، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1992)، ص 35) القرار رقم 190541 المؤرخ في 2000/03/29. إذ يجب التوضيح أن المهلة التي سنها المشرع لمنع الموثق من تحرير العقد تعد مهلة انتظار لا مهلة سقوط، ولا يترتب على فواتها عدم قبول الدعوى.

وفي ختام هذا المطلب نقول أنه بعد سنة 2007 وصدور القانون 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري السالف الذكر، أصبح الحديث عن عقد الشهرة غير موجودا، لكونه ألغي لكن قد تمت دراسته من خلال هذا المطلب لمعرفة موقف المشرع الجزائري من تطبيق اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيابة خلال هذه المرحلة، ولقد لاحظنا أنه من خلال المرسوم المتعلق بعقد الشهرة فإنه لا يمكن تطبيقه على أراضي ممسوحة وعليه فإن موقف المشرع كان واضحا.

2- : التحقيق العقاري ونظام الشهر العيني.

بعد إلغاء تكريس التقادم المكسب عن طريق عقد الشهرة تم إنشاء طريقة جديدة للحصول على سندات مثبتة للملكية بموجب الحيازة، وهي التحقيق العقاري، ومن خلال هذا المطلب سنحاول معرفة موقف المشرع الجزائري من اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في إطار نظام الشهر العيني ومن خلال التطرق الى فرعين الأول يتعلق بتعريف وشروط التحقيق العقاري، والثاني حول إجراءات التحقيق العقاري.

أ:- تعريف وشروط التحقيق العقاري

- تعريف التحقيق العقاري

هي آلية لتطهير الملكية العقارية الخاصة بموجبها يتاح لكل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة على عقار لم يخضع لإجراء المسح بعد، وبدون سند سواء بنفسه أو بواسطة شخص آخر أن يتقدم بطلب فتح تحقيق عقاري لمعينة حق الملكية وتسليمه سند الملكية يوجه إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي المختص إقليميا من أجل المعينة المادية والقانونية للأمالك العقارية التي هي محل لهذه الحيازة¹¹ (المجلة القضائية العدد 01، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2000)، ص 151).

- شروط التحقيق العقاري

تنص المادة الثانية من قانون 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري " يطبق إجراء معينة حق الملكية العقارية على كل عقار لم يخضع لعمليات مسح الأراضي العام المنصوص في الأمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975.

وعليه يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس سنة 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية".

كما أوضحت المادة الثانية من نفس القانون صفة الأشخاص المخول لهم التقدم بطلب فتح تحقيق عقاري والجهة المختصة الموجه إليها الطلب والتي لها صلاحية القيام بعملية المعينة وتسليم سند الملكية.

من خلال المادتين السالفتي الذكر يتضح أن المشرع يشترط جملة من الشروط منها ما يخص العقار ومنها ما يتعلق بالحياسة:
الشروط الخاصة بالعقار :

بالرجوع إلى أحكام المواد 2، 3، 4 يتضح أن آلية معاينة حق الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري تتطلب شروطا تتعلق بالعقار موضوع طلب المعاينة والتحقيق¹² (المادة 4 من القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري) يمكن تفصيلها كالآتي:

أن يقع العقار في بلدية لم يشملها مسح الأراضي العام :

وهو نفس الشرط الذي يتطلبه المرسوم 83-352 المؤرخ في 21.05.1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقدم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الذي يشترط للاستفادة من أحكام عقد الشهرة أن لا يكون العقار واقعا في بلدية خضعت لإجراءات المسح، لأن البلديات التي خضعت لهذا الإجراء يحصل الحائزون فيها بعد نهاية العملية على سند رسمي هو الدفتر العقاري¹³ (حمدي باشا عمر، 2002، محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر).

تجدر الإشارة إلى أن عقارات الأملاك الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا "عرش"، وكذلك الأملاك الوقفية، مستبعدة من مجال تطبيق هذه الأحكام.

أن يكون العقار بدون سند أو له سند ملكية محرر قبل 01.03.1961:

إذ بإمكان الأشخاص الذين لديهم سندات الملكية محررة قبل 01.03.1961 الاستفادة من أحكام القانون 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية

أن يكون العقار من نوع الملك الخاص :

وهذا ما يستشف من نص المادة 3 من القانون 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري " لا تطبق أحكام هذا

القانون على الأملاك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش والأملاك الوقفية "

الشروط الخاصة بالحيازة

إذ لابد من توافر أركان الحيازة القانونية الصحيحة وكذا المدة المطلوبة، فالحيازة ما هي إلا حالة واقعية تتكون من سيطرة شخص على الشيء ظاهرا عليه بمظهر المالك، ويتحقق ذلك بأن يقوم الشخص بالأعمال المادية التي يباشرها عادة مالك العقار، وبالتالي فإن مباشرة هذه الأعمال المادية هي التي تكون الركن المادي في الحيازة، ولكي تتحقق الحيازة يجب أن يصبح الشيء محل الحيازة تحت سيطرة الحائز الفعلية بالاستحواذ الفعلي عليه، ويقوم الحائز بنفسه بالسيطرة المادية على الشيء محل الحيازة أو بالوساطة أو بالاستخلاف و قد تكون السيطرة المادية على الشيوع أيضا، و يستوي أن يكون الشيء محل الحيازة مملوكا للغير أو غير مملوك له، وهكذا يجب أن تتوافر الحيازة إلى جانب استيفائها لركنيها المادي و المعنوي وكذا شروط صحتها وهي أن تكون مستمرة علنية ولا يشوبها انقطاع وغير مؤقتة وغير خفية¹⁴ (عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، **ENCYCLOPEDIA EDITION**، الجزائر).

والمدة المطلوبة وفقا للمادة 14 من القانون 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 مؤسسة على أحكام القانون المدني، حيث تكون الحيازة الصحيحة المؤدية إلى اكتساب العقار بالتقادم المكسب لمدة 10 سنوات عند توافر حسن النية و السند الصحيح¹⁵ (عمر زودة، "الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء"، (الجزائر: **ENCYCLOPEDIA EDITION**، بدون سنة نشر)، ص 110)، أو 15 سنة في حالة التقادم الطويل¹⁶ (المادة 828 من القانون المدني "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات").

وبالتالي يجب على العون المحقق التحقق من حيازة الحائز الظاهر وعناصر الحيازة بحيث له أن يستعين أثناء التحري بجميع الشهادات المكتوبة والجبائية والوثائق الأخرى التي يمكن أن تدعم ادعاءات الحائز بشأن الحيازة الصحيحة ونذكر منها:

- الشهادات المكتوبة والصادرة عن بعض المصالح والجهات الإدارية بشأن الانتفاع أو الاستغلال أو السكن بالعقار المعني.
- الشهادات الجبائية التي يمكن أن تعد بشأن فرض الضريبة العقارية على العقار المعني بالتحقيق.
- إن المحقق العقاري يمكن له إجراء بحوث وتحريات على مستوى المحافظة العقارية للتأكد فيما إذا كان الإشهار المسبق أو سند لهذا العقار قد يعارض حيازة طالب التحقيق أو هناك حقوق عقارية للدولة أو الولاية أو البلدية، أو جهات الأوقاف تغير من الطبيعة القانونية لهذا الملك¹⁷ (محمودي عبد العزيز، 2009، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر).

ب- : إجراءات التحقيق العقاري

أتاح القانون 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 لكل حائز لملك عقاري لم تشمله عملية المسح العام للأراضي أو الملاك الحائزين على سندات ملكية محررة قبل 01 مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية القانونية المبادرة بطلب فتح تحقيق عقاري بصفة فردية، والذي من خلاله تتم عملية معاينة هذه الأملاك وتسليمهم سندات الملكية، كما يمكن فتح تحقيق بصفة جماعية في إطار إنجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية ريفية أو حضرية وهذا وفقا لأحكام القانون المؤرخ في 27 فبراير 2007 والمرسوم التطبيقي له 08-147 المؤرخ في 19 05 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية .

- تقديم طلب فتح تحقيق عقاري إلى مدير الحفظ العقاري

تتم عملية تقديم طلب فتح تحقيق عقاري إما من طرف شخص لا يحوز على سند ملكية أصلا، أو من طرف شخص لديه سند ملكية محرر قبل 01 مارس 1961

* تقديم طلب فتح تحقيق عقاري من طرف شخص لا يحوز على سند ملكية أصلا.

* تقديم طلب فتح تحقيق عقاري من طرف شخص لديه سند ملكية محرر قبل 01 مارس 1961¹⁸ (محمودي عبد العزيز، "آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، (الجزائر: منشورات بغدادي (2009)، ص310):

يجوز لحاملي السندات المحررة قبل 01 مارس 1961 التي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية بما فيها العقود الرسمية المثبتة للملكية العقارية المحررة من قضاة المحاكم الشرعية و المتضمنة نقل أو تعديل أو إنهاء لحقوق عينية عقارية أو عقود ملكية عقارية محررة طبقا للتشريع الفرنسي القديم و الساري قبل صدور الأمر 91 70 المؤرخ غي 15 12 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق التقدم بطلب كتابي يشير إلى نوع السند وتاريخه و حجمه إن كان مشهرا بمحافضة الرهون العقارية والقوام والمساحة و كذا الأعباء التي يمكن أن تكون قد حدثت على العقار لفائدة الغير ، وتحديد المستفيدين من ذلك¹⁹(محمودي عبد العزيز، 2009، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر).

- تحرير وتسليم سند الملكية عن طريق التحقيق العقاري

تنجم عن عملية التحري التي يقوم بها المحقق العقاري مجموعة من الاعتراضات والاحتجاجات من قبل الملاك أو الحائزين المجاورين، وعلى إثر ذلك يتعين على المحقق تقدير هذه الاعتراضات معتمدا في ذلك على المعلومات المستقاة خلال التحقيق، وقد يقوم عند الاقتضاء بالانتقال إلى أماكن المعاينة من جديد أو تحديد جلسة صلح بين الأطراف حسب الحالة ليصل إلى جدوى إعداد وتسليم سند الملكية من عدمه.

* تقدير الاعتراضات

تقتضي عملية البت في الاعتراضات والاحتجاجات من قبل الملاك أو الحائزين المجاورين.

* تدوين وتكريس نتائج التحقيق العقاري

بعد الانتهاء من التحقيق الميداني تأتي مرحلة تدوين وتكريس نتائج التحقيق.

وفي ختام هذا المطلب نجد أن المشرع الجزائري سواء في مجال عقد الشهرة، أو في مجال التحقيق العقاري والذي يتضح من خلال دراسته أنه شكل من أشكال مسح الأراضي الضيق، الذي يكون محله القطعة الأرضية المراد مسحها فقط، منع تكريس التقادم المكسب على عقارات تم مسحها، وعليه فإنه لا يوجد تطبيق للتقادم المكسب في التشريع الجزائري، فإن كل الآليات المقررة من طرف المشرع الجزائري، تمنع

التقادم المكسب على العقارات الممسوحة، وعليه فانه في ظل نظام الشهر العيني، لا توجد آلية تسمح باكتساب العقار عن طريق التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني، غير أنه يبقى التساؤل مطروحا، حول مدى إمكانية التمسك بالتقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني أمام القضاء وخاصة عدم التصدي لهذه النقطة من طرف المشرع الجزائري، وبعض التشريعات الأخرى عكس ما فعلته بعض التشريعات، كل ذلك يستم تفصيله في المبحث الثاني.

ثانيا : موقف القضاء في تطبيق التقادم المكسب في نظام الشهر العيني.

بعد أن اتضح في المبحث الأول بأن التشريع الجزائري اتخذ موقفا واضحا وصريحا، مفاده أنه لا يمكن اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب وفقا للآليات التشريعية المعتمدة في هذا المجال والمتمثلة في عقد الشهرة، والتحقيق العقاري، غير أنه يبقى التساؤل مطروحا حول مدى إمكانية التمسك به أمام القضاء، خاصة وأن المشرع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى، لم يوضح موقفه في هذه النقطة خاصة مع الإبقاء على مواد القانون المدني التي تسمح باكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم، أين يجد القضاء نفسه مجبرا على تطبيق هذا السبب من أسباب كسب الملكية.

ما سبق ذكره عكس ما اتخذته بعض التشريعات المغربية كالتشريع المغربي والذي اتخذ موقفا واضحا إزاء ذلك تمثل في كون المشرع المغربي منع بطريقة حصرية اكتساب الملكية العقارية بموجب التقادم المكسب في العقارات الخاضعة لعملية التطهير طبقا للفصل 63 من ظهير 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 - 14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 177. 11.1 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1432 هـ الموافق 22 نونبر 2011 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، وعليه من خلال هذه المداخلة سنحاول إيجاد حل يسمح بتوحيد العمل بين مختلف التشريعات المغربية، ونرتقب تدخل المشرع، وسيتم دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين الأول تخصصه لدراسة التمسك بالتقادم عبر دعوى الاستحقاق، والثاني حول التمسك بالتقادم عن طريق الدفع.

1- التمسك بالتقادم المكسب عبر دعوى استحقاق

إن حق اللجوء إلى القضاء حق دستوري، وعليه فإن لكل من يدعي أنه اعتدي على حقه أن يلجأ للقضاء، غير أن التساؤل المطروح حول إمكانية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإثبات الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب، والتي يطلب من خلالها التمسك بالتقادم المكسب حكم قابل للشهر يثبت ملكيته للعقار، وهذه الحالة غير مستساغة من الناحية القانونية، وذلك لكون القضاء وطبقا للقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وقانون المسطرة المدنية المغربي، ومجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسي يفصل في منازعة، ولا يثبت حق عيني.

وعليه فإنه لا يمكن تصور التمسك بالتقادم المكسب إلا في إطار دعوى تهدف إلى حماية الحق في مواجهة الغير، تهدف إما لطرد الغير أو منعه من التعرض للعقار، وتجدر الإشارة أنه لا بد من التفريق بين دعاوى الحيازة التي تهدف لمنع التعرض وحماية الحيازة والتي لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تكون في مواجهة المالك الأصلي بموجب عقد رسمي مشهر، ودعوى التمسك بالتقادم المكسب والتي يتمسك رافعها في مواجهة الغير بالملكية عن طريق التقادم المكسب، والتي لا يجوز التمسك بها في نفس الدعوى مع الحيازة طبقا للمادة 527 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والفصل 169 من قانون المسطرة المدنية المغربي، وعليه سنحاول خلال هذا المطلب دراسة التمسك بالتقادم المكسب في إطار عقار لا مالك له، ثم التمسك بالتقادم المكسب في إطار عقار له مالك بموجب سند.

أ- التمسك بالتقادم المكسب عبر دعوى استحقاق في إطار عقار لا مالك له.

قد يظهر من خلال عنوان الفرع أنه لا يوجد في القانون عقار لا مالك له، وذلك بالإطلاع على نصوص القانون المدني²⁰ (محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، (الجزائر: منشورات بغدادي، 2009)، ص 315)، والتي تجعل الدولة مالكة للعقار الذي لا مالك له، كما تجعل الدولة وارثة للعقار الذي لا وارث له، غير أنه تجدر الإشارة أن الدولة لا تكتسب العقار الذي لا مالك له إلا بعد اتخاذ إجراءات الشغور، والمنصوص عليها بموجب قانون الأملاك الوطنية 30/90 المعدل والمتمم²¹ (المادة 773 من

القانون المدني)، والشغور يقصد به عدم وجود أي شخص يضع يده على العقار لأن وجوده يفقده صفة الشغور. إلا أن هذه الأموال لا تعود للدولة إلا بعد استصدار حكم أمام القضاء العادي يثبت حالة الشغور عبر دعوى قضائية يكون فيها الوالي ممثلاً للدولة²² (المواد 48 وما يليها منه)، تعين فيه الدولة حارساً قضائياً بواسطة ممثلها القانوني، وعند اكتمال المدة المحددة قانوناً دون أن يظهر مالك أو وارث يجب على الدولة أن ترفع من جديد دعوى قضائية أمام نفس القاضي للتمسك بالتقادم المكسب لأن العقار لا يكتسب بالتقادم بمجرد انتهاء المدة، وذلك ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 38213 المؤرخ في 1984/10/02²³ المادة 111 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمادة 89 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوطنية الخاصة والعامة)، وعليه فانه العقار الذي لا مالك له، والذي لم تتخذ في مواجهته إجراءات الشغور من طرف الدولة يعد عقاراً لا مالك له، وليس عقار مملوك للدولة، وعليه فانه في حالة حيازته من طرف الغير، وتوفر شروط التقادم المكسب فانه في هذه الحالة يصبح الحائز مالكا للعقار، وفي هذه الحالة يمكنه رفع دعوى في مواجهة الدولة لمنعها من التعرض له في حيازة العقار على أن تكون الدعوى أمام القضاء الإداري.

ب:- التمسك بالتقادم المكسب عبر دعوى استحقاق في إطار عقار له مالك.

يرى البعض أنه لا يمكن التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة المالك بموجب سند رسمي مشهر، وذلك لكون الملكية تكتسب عن طريق التقادم المكسب ولا يمكن في أي حال من الأحوال أن تسقط بالتقادم، وتقرير التقادم المكسب لعقار مملوك للغير، يعد تطبيق لسقوط الملكية بالتقادم بطريقة غير مباشرة، غير أن هذا الرأي مهجور والرأي الراجع على أنه يجوز اكتساب العقار عن طريق التقادم المكسب حتى على عقار مملوك للغير وهذا لعموم النص المتعلق بالتقادم وهذا ما أكدته العديد من الدراسات الفقهية²⁴ (زودة عمر، 1999، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول) والقرارات القضائية²⁵ (زودة عمر، “تعليق على قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا صادر بتاريخ 09 مارس 1998 رقم 129947”، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1999))، غير أن الإشكال

المطروح عن مدى التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة المالك الذي يملك العقار بموجب دفتر عقاري، أي في ظل نظام الشهر العيني، لذا سيتم تقسيم الدراسة الى نقطتين الأولى تتعلق بالتمسك بالتقادم في مواجهة المالك في ظل نظام الشهر الشخصي، والثاني في ظل نظام الشهر العيني.

ج - : التمسك بالتقادم المكسب عبر دعوى استحقاق في إطار نظام الشهر الشخصي.

إن هذه النقطة لا تثير أي مشكلة إذ أنه من حاز عقار وتوفرت فيه شروط التقادم المكسب، وتعرض العقار محل الحيازة الى التعدي من طرف الغير حتى وإن كان مالكا بموجب سند رسمي ومشهر، أن يقوم برفع دعوى للمطالبة بالطرد أو منعه من التعرض، وهنا تنثور مشكلة الإثبات وهنا واقعة الحيازة واستمراره لمدة التقادم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وعادة يتم إثباتها بموجب شهود، عن طريق تحقيق تأمر به المحكمة المختصة، وإذا ثبت أن المتمسك بالتقادم تتوفر فيه جميع شروط المالك، تقوم المحكمة بتقرير حقه في الملكية عن طريق الحكم بطرد المالك الأصلي أو منعه من التعرض، غير أنه لا يمكن للمحكمة أن تقرر الملكية لكون تقرير الملكية ليس من اختصاص القاضي، وإنما لا بد على من يرغب في إنشاء سند يثبت ملكيته عن طريق التقادم أن يقوم إما بعقد شهرة في ظل نظام عقد الشهرة، وإما بتحقيق عقاري في ظل نظام التحقيق العقاري، كما تجدر الإشارة أن الحكم بطرد المالك من العقار محل التقادم يعد بمثابة تقرير الملكية للمتمسك بالتقادم.

د - : التمسك بالتقادم المكسب عبر دعوى استحقاق في إطار نظام الشهر العيني.

كما سبقت الإشارة له سابقا فإن بعض التشريعات لم تفصل بشكل دقيق في مسألة التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة المالك في إطار منطقة ممسوحة، وهنا لا بد من الإشارة أنه ونظرا لكون المشرع الجزائري لم يفصل في هذه النقطة كما فعل ذلك التشريع المغربي، مع بقاء النصوص القانونية التي تسمح باكتساب العقار عن طريق التقادم نصوص عامة وسارية المفعول، كما أن المشرع أجاز الطعن فيما أسفرت عليه عملية المسح المتمثلة في الترقيم أمام القضاء المختص²⁶ (قرار رقم 606603 صادر بتاريخ 10 يونيو 2010 عن مجلس

(الدولة)، خاصة وأن عملية المسح عملية تدوم لمدة طويلة، وعليه فقط تستمر حيازة شخص لعقار ممسوح لمدة طويلة رغم أنه عقار ممسوح، وله مالك بموجب بطاقة عقارية أو دفتر عقاري، فهل يفهم من عدم تطبيق الآليات القانونية المتمثلة في عقد الشهرة والتحقيق العقاري المتعلقة بالتقادم على العقارات الممسوحة أن المشرع منع اكتساب العقار بموجب التقادم المكسب على العقارات الممسوحة؟

ولقد استقرت اجتهادات مجلس الدولة الجزائري على أن الطعن في الترقيم العقاري يكون أمام القضاء الإداري، وذلك لكون ما نتج عن عملية المسح يعد قرار إداري صادر عن المحافظ العقاري ووفقا للمعيار العضوي المعتمد من طرف التشريع الجزائري، فإن الاختصاص في مراجعة ما تضمنه الدفتر العقاري الذي يعد قرار إداري يعد طعنا في قرار إداري فهو من اختصاص القاضي الإداري²⁷ (الشهر العيني بين النظرية والتطبيق في التشريع الجزائري، ضيف أحمد، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان ، 2006-2007)، وعليه فإن التمسك بالتقادم المكسب في إطار عقار ممسوح يكون أمام القضاء الإداري لكونه يعد مراجعة لما تضمنه قرار إداري.

ولا بد على القضاء الإداري أن يتخذ موقفا صريحا وواضحا في مسألة اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم في إطار الشهر العيني، ولا بد في رأبي ألا تقبل الدعاوى الرامية لذلك، على أساس أنه ينتج عن المسح الأراضي حجية، كما أنه بالقياس على ما توصل اليه التشريع في مجال عقد الشهرة والتحقيق العقاري أنه لا يمكن اكتساب الملكية عن طريق التقادم في عقار ممسوح.

3- التمسك بالتقادم المكسب عن طريق الدفع

سيتم دراسة هذا المطلب في شكل فرعين الأول متعلق باكتساب الملكية العقارية عن طرق الدفع والثاني حول التنازل عن الدفع بالتقادم المكسب:

أ- التمسك بالتقادم المكسب عن طريق الدفع

المدعى عليه الحائز الذي اكتسب الملكية عن طريق وضع اليد يستطيع أن يتمسك باكتسابها عن طريق الدفع، وذلك إذا ما رفع عليه المالك دعوى استحقاق دفع هو متمسكا بالتقادم المكسب. والدفع كما يعرف هو الأداة الثانية لاستعمال الدعوى يجسد فيها المتقاضى ادعائه في شكل

طلب مقابل، فهو هنا ليس إنكارا فحسب أو موقفا سلبيا من جانب المدعى عليه وإنما يتضمن ادعاء تفصل فيه المحكمة.

ويعتبر هذا الدفع دفعا موضوعيا مقررًا لمصلحة الأطراف يجوز التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى لأول مرة أمام جهة الاستئناف.

والتمسك بالتقادم المكسب ليس من النظام العام إنما هو مقرر لمصلحة الخصوم فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقا للمادة 321 من القانون المدني، ولقد أجازت نفس المادة للدائن أو لمن له مصلحة أن يتمسك بالتقادم إن لم يتمسك به الحائز عن طريق الدعوى غير المباشرة التي يباشر فيها الدائن حقوق مدينه بناء على المادة 189 من القانون المدني.

ويبقى التساؤل مطروحا حول إمكانية التمسك بالتقادم عن طريق الدفع في إطار عقار ممسوح، وهنا حسب رأيي فإنه لا يمكن التمسك به خاصة أمام القضاء العادي لكونه كما سبقت الإشارة له فان الطعن في الترقيم العقاري من اختصاص القاضي الإداري²⁸ (ضيف أحمد، “الشهر العيني بين النظرية والتطبيق في التشريع الجزائري”، مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007، صفة 70) وهنا لا بد على القاضي العادي أن يوجه الخصم المتمسك بالتقادم الى رفع دعوى أمام القاضي الإداري، وأن يتم وقف الخصومة الى غاية الفصل من طرف القاضي الإداري الذي يتعين أن يحكم برفض الدعوى كما سبق بيانه.

ب-: التنازل عن الدفع بالتقادم المكسب

أحال المشرع إلى قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق بالتنازل عن التقادم وفي هذا الصدد نصت المادة 322 من القانون المدني أنه: "لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون..."

فبذلك وبصريح النص لا يمكن التنازل عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق لأن ذلك يمس بوجود التقادم، إذ أن ذلك ليس نزولا عن الحق ذاته وإنما هو نزول عن الحق في التمسك بالتقادم وهو اعتراف باستمرار صفة المالك، ولا يتصور أن يكون له ذلك قبل تحقيق مدة التقادم وثبوت الحق فيه.

وطبقا للمادة المذكورة إذا اكتملت مدة التقادم سواء القصير أو الطويل ثبت حق الحائز وبالتالي له أن يتمسك به أو يتنازل عنه، ولا يشترط في التنازل عن التقادم شكل معين فقد يكون صريحا ويكون ذلك كتابة أو شفاهة سواء قدم في مذكرات أو أبدي في محضر الجلسة كاعتراف الحائز بملكية المدعي العقار وقد يكون ضمنا كما لو أغفل الحائز أن يدفع بالتقادم عندا أو قيامه بالوفاء بأجرة العقار للمالك أو تقديم حساب عن العقار من الحائز إلى مالكة.

ومتى تنازل الحائز عن التمسك بالدفع بالتقادم المكسب لم يمكنه بعد ذلك أن يتمسك به من جديد فتسقط جميع آثار التقادم الذي تمت مدته، ولكن إذا استمر الحائز على حيازته بعد أن تنازل عن التمسك بالتقادم، فمن وقت هذا التنازل يبدأ تقادم جديد مدته 15 سنة حتى ولو كانت مدة التقادم الأول 10 سنوات ذلك أن التقادم القصير يشترط حسن النية. وهذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم طبقا للمادة 2/322 من القانون المدني.

الخاتمة

لقد قررت التشريعات المغربية بعد استقلالها بسبب المشاكل التي عرفت في مجال الملكية العقارية وحدودها، بما فيها التشريع الجزائري بأن التقادم المكسب يعد سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، والذي مضمونه حيازة العقار لمدة وبشروط معينة، ولقد لعب هذا الأسلوب من أساليب كسب الملكية دورا معتبرا في مجال تطهير الملكية العقارية، وكمرحلة انتقالية الى غاية الانتقال من نظام الشهر الشخصي لنظام الشهر العيني أي الى غاية إتمام عملية المسح العام للأراضي، أو ما يعرف التطهير العقاري في بعض التشريعات.

وقد جعلت بعض التشريعات كالتشريع المغربي في الفصل 63 من ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل12 غشت 1913 المعدل والمتمم، الانتهاء من عملية المسح العام للأراضي أو التطهير العقاري حدا لتطبيق التقادم المكسب في مجال العقار، وقررت منع اكتساب العقار لهذا السبب في الأراضي والعقارات الخاضعة لنظام الشهر العيني، غير أن بعض التشريعات بما فيها التشريع الجزائري لم تنص على ذلك، وبقي اللبس واضحا في مجال اكتساب العقار عن طريق التقادم في ظل العقارات الخاضعة لنظام الشهر العيني، خاصة وأن النصوص المقررة

للتقادم جاءت عامة، ولم تستثني العقارات الممسوحة كما أن المشرع سمح بالطعن القضائي في مواجهة العقارات الممسوحة.

وعليه فانه لا بد من البحث عن كيفية اكتساب العقار عن طريق التقادم المكسب في التشريع الجزائري، لنجد أن المشرع منح آليات لاكتساب العقار عن طريق التقادم المكسب وهي عقد الشهرة، والتحقيق العقاري، وبالرجوع الى النصوص المنظمة لهذه الآليات نجدها تمنع اكتساب العقار عن طريق التقادم المكسب على العقارات الخاضعة لنظام الشهر العيني، غير أنه بالإضافة الى الآليات القانونية والتشريعية التي تسمح بتكريس التقادم المكسب، يوجد التكريس القضائي لهذا السبب من أسباب كسب الملكية، عن طريق إما الدعوى الأصلية والتي تهدف لحماية الملكية العقارية المكتسبة بموجب التقادم المكسب، وإما عن طريق الدفع.

وفيما يتعلق بالدعوى الأصلية لتقرير الملكية بموجب التقادم المكسب تكون عن طريق رفع دعوى في مواجهة من قام بالتعدي على العقار محل كسب الملكية بالتقادم حتى وإن كان المالك بموجب عقد رسمي مشهر، وهنا الإثبات وفقا لكل طرق الإثبات لكون الأمر يتعلق بواقعة مادية تتمثل في الحيازة، ومدتها، ولا تكون في شكل دعوى الهدف منها تقرير التقادم لكون القضاء يفصل في منازعة، ولا يقرر حقا عينيا، ولما يتعلق الأمر بعقار داخل منطقة خاضعة لنظام الشهر العيني هنا لا بد من رفع الدعوى أمام القضاء الإداري، وذلك لاستقرار القضاء على ذلك، وذلك لكون الترقيم الناتج عن عملية المسح هو قرار إداري والطعن في مواجهته يكون أمام القضاء الإداري عملا بالمعيار العضوي، وهنا يتعين على القاضي الإداري رفض الدعوى على أساس أن الترقيم له حجية، ومسايرة للتشريع الذي اعتمد منع التقادم على العقار الخاضع لنظام الشهر العيني.

وفيما يتعلق بالدعوى عن طريق الدفع هنا يكون الدفع في مواجهة من قام برفع دعوى ضد من يتمسك بالتقادم، وهنا تجدر الإشارة أنه إذا ما تعلق الأمر بمنطقة ممسوحة لا بد من أن يرفع الدفع أمام القاضي الإداري، وعليه يتعين على القاضي العادي أن يحكم بوقف الخصومة الى غاية الفصل النهائي من طرف القاضي الإداري.

وفي ختام هذه المداخلة نرتقب تدخل المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة التي تعتمد بما اعتمد عليه المشرع الجزائري فيما يتعلق بالتقادم

المكسب، وذلك من أجل منع التقادم المكسب على العقارات الخاضعة لنظام الشهر العيني، كما أنه على القاضي الإداري أن يؤسس اجتهادا في هذا المجال يعتمد عليه المشرع الجزائري، خاصة وأن عملية المسح تعرف تقدما ملحوظا في التراب الوطني، إذ أنه وفقا لإحصائيات قام بها الديوان الوطني لمسح الأراضي بتاريخ 31 ديسمبر 2013 رقم 226085202 فإن عملية المسح في الأراضي الفلاحية تقدر ب62% وفي الأراضي العمراني يقدر ب10%.

الهوامش :

- 1- المرسوم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.
- 2- القانون 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.
- 3- ظهير 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 - 14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 177. 11 . 1 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1432 هـ الموافق 22 نونبر 2011.
- 4- عمر حمدي باشا، محررات شهر الحيازة، (الجزائر: دار هومة، 2002)، ص 17.
- 5- القانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.
- 6- عمر حمدي باشا، محررات شهر الحيازة، مرجع سابق، ص 24.
- 7- القانون 14/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المتضمن قانون الأملاك الوطنية .
- 8- عبد الحميد الشواربي، أحكام التقادم في القضاء والفقه، (مصر: دار النشر منشأة المعارف، 1996) ص 59، 102.
- 9- عمر حمدي باشا، مبادئ القضاء العقاري، (الجزائر: دار هومة، 2002)، ص 96.

- 10- قرار رقم 71952 المؤرخ في 24 سبتمبر 1990، المجلة القضائية، العدد 02، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1992)، ص 35.
- 11- المجلة القضائية العدد 01، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2000)، ص 151.
- 12- المادة 4 من القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.
- 13- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 19-05-2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية تنص "تطبق عمليات التحقيق العقاري الرامية إلى معينة حق الملكية العقارية، على الأملاك العقارية المحددة في المادة 2 من القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007.
- 14- عمر حمدي باشا، محررات شهر الحيازة، مرجع سابق، ص 22.
- 15- عمر زودة، "الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء"، (الجزائر: EDITION: ENCYCLOPEDIA ، بدون سنة نشر)، ص 110.
- 16- المادة 828 من القانون المدني "إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات".
- 17- المادة 827 من القانون المدني "من حاز عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمر حيازته له مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع".
- 18- محمودي عبد العزيز، "آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، (الجزائر: منشورات بغدادي 2009)، ص 310.
- 19- المادة 2 الفقرة 2 من القانون 02-07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري "...يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت

- بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية".
- 20- محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، (الجزائر: منشورات بغدادي، 2009)، ص 315.
- 21- المادة 773 من القانون المدني.
- 22- المواد 48 وما يليها منه.
- 23- المادة 111 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمادة 89 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوطنية الخاصة والعامة.
- 24- المجلة القضائية، العدد 01، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1990)، ص 200.
- 25- زودة عمر، "تعليق على قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا صادر بتاريخ 09 مارس 1998 رقم 129947"، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1999).
- 26- قرار رقم 606603 صادر بتاريخ 10 يونيو 2010 عن مجلس الدولة.
- 27- المادة 24 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
- 28- ضيف أحمد، "الشهر العيني بين النظرية والتطبيق في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007، صفة 70.

المراجع :

- ضيف أحمد، "الشهر العيني بين النظرية والتطبيق في التشريع الجزائري"، مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة تلمسان، الجزائر، 2007.
- عبد الحميد الشواربي، أحكام التقادم في القضاء والفقه، (مصر: دار النشر منشأة المعارف، 1996).
- عمر حمدي باشا، مبادئ القضاء العقاري، (الجزائر: دار هومة، 2002).

- عمر حمدي باشا، محررات شهر الحيازة، (الجزائر: دار هومة، 2002).
- عمر زودة، "الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء"، (الجزائر: ENCICLOPEDIA EDITION، بدون سنة نشر).
- محمودي عبد العزيز، "آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"، (الجزائر: منشورات بغدادية 2009).
- زودة عمر، "تعليق على قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا صادر بتاريخ 09 مارس 1998 رقم 129947"، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1999).
- المجلة القضائية العدد 01، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2000).
- ظهير 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 - 14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 177. 11. 1 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1432 هـ الموافق 22 نونبر 2011.
- القانون 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.
- القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعaine حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.
- القانون 14/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.
- الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمادة 89 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوطنية الخاصة والعامة.
- المرسوم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

- المرسوم التنفيذي رقم 147-08 المؤرخ في 19-05-2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية.
- قرار رقم 71952 المؤرخ في 24 سبتمبر 1990، المجلة القضائية، العدد 02، (الجزائر: قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1992).
- قرار رقم 606603 صادر بتاريخ 10 يونيو 2010 عن مجلس الدولة.