

جامعة أدرار



كلية : الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

الحيارة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون العقاري

تحت إشراف:

من إعداد الطالبين:

الدكتور حميل صالح

سليمان مصطفى

يوسف جلول

لجنة المناقشة

رئيساً ومناقشاً

جامعة أدرار

أستاذ محاضر

الدكتورة: مغني دليلة

مشرفاً ومقرراً

جامعة أدرار

أستاذ محاضر

الدكتور: حميل صالح

عضواً مناقشاً

جامعة أدرار

أستاذ محاضر

الدكتور: الليل أحمد

السنة الجامعية 2013-2014

شكر وتقدير

نتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في هذا العمل ولو بكلمة طيبة ، كما نتوجه بالشكر والعرفان بالجميل إلى الدكتور حميل صالح على الجهود التي بذلها في الإشراف على هذه المذكرة رغم المسؤوليات الكبيرة الملقاة على عاتقه والأستاذ بن زيطة عبد الهادي الذي نكن له كل التقدير والاحترام والذي لم يتوانى في مد يد العون والمساعدة.

إلى المحافظ العقاري وعمال الحفظ العقاري إلى المصلحة التقنية ببلدية ادرار والى مديرية أملاك الدولة .

إلى كل هؤلاء شكرا جزيلًا.....

خطة البحث

خطة البحث

مقدمة

الفصل الأول :الحياسة العقارية وتقدمها المكسب لاكتساب الملكية العقارية الخاصة

تمهيد

المبحث الأول: الحياسة كواقعة مادية لاكتساب الملكية

المطلب الأول : تعريف الحياسة

الفرع الاول : الحياسة لغة

الفرع الثاني : الحياسة اصطلاحا

المطلب الثاني: عناصر الحياسة وشروطها

الفرع الأول : عناصر الحياسة

الفرع الثاني :شروط الحياسة

المطلب الثاني : إنتقال الحياسة وزوالها

الفرع الأول : إنتقال الحياسة:

الفرع الثاني : زوال الحياسة:

المبحث الثاني: نظام التقادم المكسب للملكية العقارية بالحياسة

المطلب الأول: تعريف التقادم المكسب للملكية العقارية وأنواعه

الفرع الأول : تعريف التقادم المكسب

الفرع الثاني : أنواع التقادم المكسب للملكية العقارية

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للتقادم المكسب

المطلب الثاني : شروط التقادم المكسب

الفرع الأول : الشروط المشتركة لأنواع التقادم المكسب

الفرع الثاني :الشروط الخاصة بالتقادم القصير

المطلب الثالث : وقف وانقطاع التقادم المكسب

الفرع الأول :وقف التقادم المكسب

الفرع الثاني: انقطاع التقادم المكسب

خاتمة الفصل

الفصل الثاني :إعمال الحيازة وإثباتها في ظل نظام الشهر العيني

تمهيد

المبحث الأول : توافق اكتساب الملكية العقارية الخاصة بالحيازة مع مبادئ الشهر العيني

المطلب الأول: نظام الشهر العقاري قبل اعتماد نظام الشهر العيني

الفرع الاول : تعريف وخصائص نظام الشهر الشخصي

الفرع الثاني : سلبيات نظام الشهر الشخصي

المطلب الثاني: نظام الشهر العيني

الفرع الاول: تعريفه

الفرع الثاني :خصائص نظام الشهر العيني:

الفرع الثالث: تقييم نظام الشهر العيني

المطلب الثالث :مدى توافق اكتساب الملكية بالحيازة مع مبادئ الشهر العيني

الفرع الاول:موقف الفقه من توافق الحيازة مع نظام الشهر العيني

الفرع الثاني : موقف التشريع و القضاء

المبحث الثاني :إعمال الحيازة وأثارها في ظل نظام الشهر العيني

المطلب الأول : إعمال الحيازة لكسب الملكية العقارية الخاصة عن طريق القضاء

الفرع الأول : عن طريق الدعوى القضائية

الفرع الثاني : عن طريق الدفع

الفرع الثالث : آثار كسب الحائز للملكية العقارية عن طريق القضاء

المطلب الثاني : الآليات غير القضائية لإثبات الحيازة المكسبة للملكية العقارية

الفرع الأول : الحيازة كأساس لكسب الملكية العقارية عند الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد

عملية المسح

الفرع الثاني : إعمال الحيازة في عقد الشهرة وشهادة الحيازة

الفرع الثالث : إعمال الحيازة لكسب الملكية العقارية جراء التحقيق العقاري

خاتمة الفصل

الخاتمة

مقدمة

مقدمة

العقار هو كل شيء ثابت مستقر بجزه بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف. ونظرا للأهمية التي يكتسبها، فإنه يختص بمميزات تزيد من قيمته مقارنة بالمنقول، مما يحتم أخصاصه بقوانين وتشريعات تنظم طريقة اكتسابه وتداوله.

ويطرح موضوع العقار مسألة الملكية العقارية الخاصة والتي عرفتھا المادة 27 من قانون التوجيه العقاري 90-25 على أنها " حق التمتع والتصرف في العقار وفقا لما يقتضيه القانون¹ "، وتتعدد أسباب اكتساب حق الملكية فمنها ما يرجع إلى الوفاة كالميراث والوصية وفيها ما يرجع إلى الإرادة كالعقد، وفيها ما يرجع إلى وقائع مادية كالاستلاء والالتصاق والشفعة والحيازة.

هذه الأخيرة التي جعل منها المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات عند اقتراحها بالتقدم المكسب صورة من صور اكتساب الملكية العقارية، منذ إصداره للأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، حيث يفصل المشرع بين الحيازة والملكية على الرغم من أن الواقع الطبيعي يقوم على اجتماع فيما بينهما.

وتتمتع الحيازة في جل التشريعات القانونية بمكانة هامة لما يترتب عليها من آثار خطيرة، قد تضعها في صدارة أسباب كسب الملكية، فهي كما يقال عنوان الملكية الظاهر، ولذلك كانت أهم قرينة على الملكية أمام القضاء، ولعل السبب في ذلك أن ما استقر عليه عملا والغالب واقعا أن يكون حائز الشيء هو مالكه، الأمر الذي يجعل الحائز ذو مركز ممتاز يعلو به كل من ينازعه في صفته كمالك، فيصبح على هذا المنازع أن يقيم الدليل العكسي على عدم ملكية الحائز للمال.

وليس أدل على أهمية الحيازة من أنه من يجوز مالا مملوكا لغيره لمدة زمنية معينة، يصبح بعد هذه المدة مالكا للشيء المحاز، فلا يستطيع المالك الأصلي أن ينتزعه منه. كما أن الحائز الظاهر للشيء، وبرغم عدم ملكيته له يستطيع أن يقرر للغير حقا عينيا على المال، فيستطيع

¹ - المادة 27 من القانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر العدد 49 المؤرخة

في 1990/11/18

أن ينقل ملكية العقار مثلا بنقل حيازته إلى الغير بناء على سبب صحيح - طالما كان التعامل مع الحائز حسن النية، أي يجعل صفة الحائز الحقيقي لهذا المال.

والحياسة عند اقتراها بالتقادم المكسب تعتبر من أهم الطرق وأكثرها شيوعا لاكتساب الملكية العقارية، إذ تقوم على اعتبارات اجتماعية و تعد وسيلة لمعاقبة المالك لإهماله عقاره وتخليه عنه لفترة طويلة ، وفي المقابل مجازاة المالك الذي يسعى إلى استغلال عقاره وخدمته، وهو نظام لا غنى عنه إذ لو تم السماح للأفراد بالمطالبة بحقوقهم الذين تخلو عنها لفترة طويلة لعمت الفوضى وكثرت النزاعات.

وتتجلى أهمية البحث في موضوع الحياسة كسب من أسباب الملكية العقارية فيما يلي:

أولاً: الانتشار الواسع لتداول الحقوق العينية العقارية عن طريق الحياسة في ظل انعدام السندات المثبتة للملكية العقارية.

ثانياً: نظراً لأهمية هذه الواقعة المادية وأثرها على الملكية العقارية.

ثالثاً: كثرة المشاكل والنزاعات التي تطرحها.

رابعاً: تداخل النصوص القانونية التي تنظم تداول الحقوق العينية العقارية والتي لم تعد تقتصر على أحكام القانون المدني.

لأجل ذلك ارتأينا اختبار هذا الموضوع، ناهيك عن اهتمامنا الكبير بفرع القانون العقاري خاصة في ظل الاهتمام المتزايد به من قبل الجامعات الجزائرية، ولقلة البحوث المتخصصة فيه .

وأمام كثرة المنازعات العقارية، لانعدام سندات الملكية، ولحماية الملكية العقارية وضمان استقرار المعاملات. لم يجد المشرع الجزائري أمامه إلا سن تشريعات تنضم التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء حقوق عينية عقارية سواء كانت هذه الحقوق حقوق عينية أصلية أو تبعية ، وأسس ما يسمى بنظام الشهر العقاري، وهو عبارة عن وسيلة لإعلان التصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العقارية في سجلات عينية. ونظراً لاختلاف القوانين والتوجهات لتنظيم مسألة العقار، أدى هذا إلى قيام نظامين للشهر العقاري، نظام

شهر شخصي يكون فيه الشهر طبقا لأسماء الأشخاص، ونظام يرتكز في شهر التصرفات العقارية على العين ذاتها سمي بنظام الشهر العيني.

ولما اخذ المشرع نظام الحياسة والتقدم المكسب كسب من أسباب الملكية العقارية مما تظهر إشكالية التوافق بين اكتساب الملكية العقارية بالحياسة ونظام الشهر العيني الذي تنتهجه الجزائر في إشهار وتسجيل الحقوق العقارية .

ومن خلال ما تقدم يمكن طرح الإشكالية الرئيسية التالية:

ما هي قيمة الحياسة في اكتساب الملكية العقارية الخاصة في ظل تبني المشرع

الجزائري لنظام الشهر العيني، والتي تتفرع عنها عدة تساؤلات فرعية :

- ما هو مفهوم الحياسة وشروطها المكسبة للملكية العقارية الخاصة.

- ما هي أحكام التقدم المكسب المشترط لكسب الملكية.

- أين هي القوة الثبوتية لنظام الشهر العيني، إذا أمكن التسليم بجواز كسب حقوق

مشهورة عن طريق الحياسة المقترنة بالتقدم المكسب.

- كيف يمكن التوفيق بين نصوص القانون المدني، والتي جاءت عامة فيما يخص الحياسة

المقترنة بالتقدم المكسب وبين نصوص الأمر 74-75 الذي تبني نظام الشهر العيني.

هذه الإشكاليات التي سنحاول الإجابة عنها من خلال بحثنا هذا الذي انتهجنا فيه

منهجنا تحليليا في تحليل الأركان والعناصر والآراء الفقهية، ووصفيا في وصف المصطلحات

والحالات القانونية وأحيانا استعملنا المنهج المقارن.

متبعين الخطة التالية: الفصل الأول: الحياسة العقارية وتقدمها المكسب لاكتساب

الملكية العقارية قسمناه إلى مبحثين تطرقنا في الأول للحياسة كواقعة مادية لاكتساب الملكية

والثاني نظام التقدم المكسب للملكية العقارية بالحياسة، أما الفصل الثاني تناولنا فيه أعمال

الحياسة وإثباتها في ظل نظام الشهر العيني والذي قسمناه كذلك إلى مبحثين تطرقنا في الأول

لتوافق اكتساب الملكية العقارية الخاصة مع نظام الشهر العيني والثاني أعمال الحياسة وآثارها في

ظل نظام الشهر العيني خاتمين دراستنا هذه بخاتمة تبين أهم الاستنتاجات والتوصيات.

وقد واجهتنا صعوبة قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع .

الفصل الأول

الحيابة العقارية وتقادمها المكسب

لاكتساب الملكية العقارية الخاصة

تمهيد

لقد خص المشرع الجزائري الحيابة العقارية باعتبارات خاصة كوسيلة فعالة وناجعة للتطهير العقاري الشامل وتصفية التركة الموروثة عن العهدة الاستعمارية وما يترتب عنها من نتائج عملية لها أثارها الخطيرة على العقار كضرورة اقتصادية واجتماعية و أمنية

وقد نظمها الحيابة على نحو يدل على مدى أهميتها ، بالنظر للحقوق العينية الأصلية والتبعية على حد سواء فاعتد بالحيابة في حد ذاتها متى توافرت لها الشروط والعناصر القانونية وأوجب حمايتها ، ولو ادعى الغير بملكيتها للعين محل الحيابة ، وجعل منها قرينة على ملكية الحائز للعين التي في حيازته ، وان كانت قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس إلا أن الحائز يستفيد منها إذ لا يتحمل عبء إثبات ملكيته التي تشهد القرينة بها وإنما يلقي بعبء الإثبات على الخصم الذي يدعي ملكيته للعين محل الحيابة.

كما أن التقادم المكسب أو مرور الزمن هو مؤدى الحيابة الهادئة والمستمرة وجوهر مقتضياتها الأساسية واهم أثارها كونها تؤدي إلى كسب الملكية بالتقدم وهو بالفعل ما كرسه القانون المدني إذ جعل التقادم تحت آثار الحيابة .

و حتى يتسنى لنا الوقوف على أهمية الحيابة والتقادم في كسب الملكية يجب التطرق إلى ماهيتهما وأحكامهما القانونيين في مبحثين احدهما في الحيابة وشروطها وأحكامه ، وكيفية زوالها وانتقالها والأخر في التقادم المكسب وأحكامه وأنواعه.

المبحث الأول: الحيابة كواقعة مادية لاكتساب الملكية العقارية

أجازت جل التشريعات الحيابة كطريقة للتملك، بل وشملت بالحماية القانونية كحمائتها للملكية التامة، وذلك بتوافر شروط وعناصر معينة وهو ما سنوضحه في هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الحيابة

سنتعرف على تعريف الحيابة لغة واصطلاحا في الفرعين التاليين:

الفرع الأول : الحيابة لغة

الحوز : يعني الجمع وضم الشيء وتعني الامتلاك فمن حاز الشيء يعني ضمه وملكه،¹ وأضاف ابن منظور إلى معنى الملك قبضه والاستبداد به فقال "حاز يحوزه : إذا قبضه وملكه واستبد به." ²، وهي الجمع كالحيازة والإحتياز وجاء في لسان العرب الحوز والجمع وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غيره ذلك فقد حازه حوزاً أو إحتازه إليه أي ضمه إلى نفسه. يتبين لنا من خلال هذين التعريفين أن الحيابة لغة ما هي في حقيقة الأمر إلا ضم الشخص شيئاً لنفسه ما دامت الحيابة لا تتحقق إلا بالسيطرة على الشيء.

الفرع الثاني: الحيابة اصطلاحا

سنأول الحيابة في الاصطلاح القانوني والشرعي.

البند الأول : في الاصطلاح القانوني.

اختلفت تعريفات الحيابة بين مختلف الأقطاب التشريعية

أولاً- ففي الفقه العربي

لم يورد المشرع الجزائري مفهوماً للحيابة لا في القانون المدني ولا في القوانين الأربعة الخاصة بالحيابة العقارية، غير انه يمكن استقراءه من أحكام المادة 815 "نزول الحيابة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية بأنها السيطرة الفعلية على الحق"³

1- محمد بن يعقوب الشيرازي الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، القاهرة، الطبعة 8، سنة 2005

2- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، الجزء الأول، سنة 1900، ص 124، 123

3- الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم

وعلى غرار المشرع الجزائري، لم يضع المشرع المصري في القانون المدني تعريفًا للحيابة تاركًا المجال للفقهاء، رغم أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد جاء في المادة 1339 منه "الحيابة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه و يستعمل فعلا حقا من الحقوق " حيث يستفاد من هذا التعريف أن الحيابة هي وضع ينتج عن السيطرة الفعلية على حق من طرف شخص، سواء كان صاحب الحق أو لم يكن، ويكون ذلك عن طريق ممارسته أعمال مادية يستلزم منها مدلول الحق المراد، إلا أن هذا التعريف لم يعتمد وتم حذفه بسبب ما وجه إليه من اعتراض بأنه ناقص ولا يشير إلى نية التملك، إذ تناول الحيابة المادية فقط.¹

غير أن بعض التشريعات العربية أوردت في صلبها تعريفات للحيابة مثل ما جاء به المشرع العراقي، بأنها وضع مادي يسيطر به الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق، "وهو تقريبا نفس نص المادة 1339 من المشروع التمهيدي للقانون المصري الذي لم يحظ بالمصادقة واستبعد، فوقع في نفس الإشكال إذ أن هذا التعريف يبرز الجانب المادي فقط من الحيابة.

أما المشرع الكويتي فقد عرفها بنص المادة 905 أنها " سيطرة شخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي ظاهرا عليه بمظهر المالك، أو صاحب حق عيني آخر بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق"²

ورغم أن هذا التعريف يبدو أوضح، إلا أنه كان على المشرع الكويتي استبدال عبارة "بأن يباشر" بعبارة "ويباشر" حتى يكون التعريف مستجمعا شرائط الصياغة التشريعية. **ثانيا: في الفقه الغربي.**

1- في القانون الروماني : كانت الحيابة في القانون الروماني تدل على سيطرة فعلية

1- د.محمودي عبد العزيز، المرحوم حاج على سعيد ، اجراءات تفعيل الحيابة العقارية كالية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، منشورات البغدادي، الطبعة الاولى، سنة 2011، ص14

2- د.بيان يوسف رجب، دور الحيابة في الرهن الحيازي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2010،

ببشورها الشخص على الشيء المادي على أساس انه هو المالك لهذا الشيء يحرزه إحرارا ماديا ويباشر سلطات المالك عليه ، فتكون الحيابة بذلك هي استعمال لحق الملكية على شيء مادي، وبذلك فقد كان الرومان يطبقون الحيابة بأكمل صورها. وتطور القانون الروماني من حيابة حق الملكية إلى حيابة حق الانتفاع والارتفاق وسمي بشبه الحيابة. (Casi juris-casi possessio)

2- في الفقه الفرنسي تنص المادة 2228 « أن الحيابة هي وضع اليد على شيء أو على حق واستعماله بحيث نمسكها إما نحن مباشرة وإما أن يمسكه غيرنا باسمنا وبالنيابة عنا¹ » Art 2228 « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous –mêmes ou par un autre que le tient ou que l'exerce en notre nom »

يرى " بوتيه" أن هذه المادة تطبق على الذين لديهم قصد الحيابة لحسابهم ويمسكون بالشيء بصفتهم مالكين أو الذين يتصرفون بإرادة كأنهم أصحاب الحق أما "م-سالي" فيرى أن المادة 2228 ليس فيها عنصر القصد ولم تفصل بمسألة العناصر المكونة للحيابة وأن مجال النقاش مازال مفتوحا والقضية قضية تأويل.

أما "دومات" فيشرح الأفكار نفسها التي قال بها "بوتيه" ويذهب إلى أن المنتفع والمستأجر والمزارع لديهم نوع من الحيابة، ولكن الحيابة الحقيقية ليست إلا حيابة المسيطر المالك الذي يجوز بواسطتهم لأن حق الحيابة لا ينفصل عن حق الملكية².

وهذه المادة قضت على التمييز الذي كان سائدا من قبل في التقنين الفرنسي في تعريفه للحيابة حيث كان يفرق بين الحيابة كسلطة مادية وبين شبه الحيابة المحضة لا تنطبق إلا على الأشياء المادية وشبه الحيابة التي ترد على حق الانتفاع والارتفاق، فأدخلت في نطاق الحيابة حيابة الشيء المادي حيابة الحقوق العينية الأخرى.³

1- د.محمودي عبد العزيز/المرحوم حاج على سعيد ، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، المرجع السابق ، ص17

2- قدرى عبدالفتاح الشهاوي، الحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص18

3- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (اسباب كسب الملكية ، مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية)، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، الجزء التاسع، 1968، ص786.787

البند ثاني : في الاصطلاح الشرعي

عني الفقه الإسلامي بالحيابة وبين شروطها وأحكامها ودلالاتها، وقد أورد الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم الحيابة في كتبهم، وكان فقهاء المذهب المالكي أكثر الفقهاء أخذًا بها وتوسعًا وإفاضة في تعريفها، مستندين إلى حديثين شريفيين عن الرسول صلى الله عليه وسلم وهما :

الحديث الأول رواه البخاري من حديث عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها" والحديث الثاني هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم " من حاز شيء على خصمه عشرين سنة فهو أحق به منه " ولا شك في أن دلالة هذا الحديث على الأخذ بالحيابة كسب من أسباب كسب الملكية ونقلها بين الأحياء أوضح من أن يحتاج إلى بيان ويتجلى فيه ركنها المادي والمعنوي.

ويلي الملكية في الأخذ بالحيابة المذهب الإباضي وهم يذكرونها في باب الدعاوى والعقود كما اخذ بها كذلك عند الحنابلة والشافعية.¹

المطلب الثاني: عناصر الحيابة وشروطها

يتحقق الركن المادي بالسيطرة الفعلية التي يباشرها الحائز على الشيء المحاز والتي تتفق مع مظهرها الخارجي في مزاوله الحق موضوع الحيابة.

الفرع الأول : عناصر الحيابة

تتمثل عناصر الحيابة في عنصرين أساسيين هما العنصر المادي والمعنوي

البند الأول: العنصر المادي

أولا : مفهوم العنصر المادي

1- تعريفه

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا محدد للركن المادي، إلا أنه قد أكد على وجوبه بلفظ السيطرة المادية أو الفعلية، الذي هو عبارة عن مجموع الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز أو

1- د. بيان يوسف رجيوب، دور الحيابة في الرهن الحيازي، مرجع سابق، ص 79.80

صاحب الحق على الحق موضوع الحيابة سواء كان هذا الحق حق ملكية او حقا عينيا آخر أو يقتضيه مضمون الحق موضوع الحيابة¹، وقد كانت هناك محاولات فقهية لذلك، حيث عرفه بعض الفقهاء ومنهم " فيليب بير " هو مجموعة الأعمال التي يباشرها صاحب الحق على الشيء كإحرازه بالاستئثار به ماديا واستعماله والانتفاع به طبقا لما يسمح به طبيعة الشيء. وعرفه البعض بأنه وضع اليد على الشيء أو على الحق عن طريق السيطرة الفعلية عليه واستعماله والتصرف فيه²

فلا يشترط أن يكون الشيء محل الحيابة دائما تحت يد الحائز، فالأمر يختلف تبعا لمضمون الحق موضوع الحيابة، فإذا كانت مباشرة السلطات التي تخوله الحق تقتضي وضع الشيء تحت يد صاحب الحق وجب أن يكون الشيء تحت يد الحائز حتى يتوافر العنصر المادي، أما في حالة ما يكون الحق ارتفاعا فالأمر مختلف حيث ينطوي هذا الحق على تحميل العقار المرتفق به بعبء لفائدة العقار المرتفق تحد يد من يباشر حق الارتفاق، لذا يكفي لتوافر الركن المادي قيام الحائز بمباشرة الأعمال المادية المعبرة عن حق الارتفاق³.

2- شروط الأعمال المكونة للعنصر المادي

لا يتحقق الركن المادي إلا بقيام الحائز بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق العيني الذي يظهر به الحائز بمظهر المالك، ويشترط في هذه الأعمال :

- أن تكون من الكثرة والأهمية بحيث لا تدع مجالاً للشك عند الغير بأن القائم بهذه الأعمال هو صاحب الحق على الشيء المحاز.

- التصرفات القانونية كالبيع، الرهن، الإيجار والهبة لا تكفي وحدها لقيام العنصر المادي، لأنه قد يقوم بها شخص لا تتوفر عنده الحيابة والمطلوب في الحيابة السلطة الفعلية لا القانونية على العقار⁴.

1 - د محمدي فريدة(زواوي)، الحيابة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2000، ص 12

2 - د محمدي عبدالعزيز /المرحوم حاج علي، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون الجزائري، مرجع السابق، ص 28

3 - د محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية والحقوق المتفرعة عنها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 29

4- د محمدي فريدة (زواوي)، الحيابة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2000، ص 13

ويشترط في الأعمال المادية المكونة للركن المادي أن تكون مطابقة للحق الذي يدعيه الحائز، وبالتالي تتفاوت بتفاوت الحقوق العينية التي يريد الحائز اكتسابها، وتختلف باختلاف مضمونها.

فالحائز على العقار بوصفه مالكا، تتحقق حيازته بالقيام بجميع الأعمال التي تدخل في مضمون حق الملكية، والتي يقوم بها المالك عادة من هدم واستغلال للعقار والانتفاع به. أما صاحب حق الارتفاق الذي يجوز العقار، فيجب عليه القيام بكل الأعمال المادية التي تدخل في مضمون هذا الحق والتي تحمل معنى التعدي على ملكية الغير وذلك بتحميل العقار المرتفق به عبئا استثنائيا لصالح عقار الحائز¹.

ولا يشترط في الأعمال المادية التي يباشرها الحائز أن تكون متواصلة في كل لحظة ودقيقة، وإنما يكفي أن تكون متجددة في الأوقات والظروف المناسبة، بحيث تكون متسلسلة ومتقاربة ومنتظمة تظهر الحائز بمظهر المالك الحقيقي.

وتقدير تحقق السيطرة المادية بالقيام بهذه الأعمال من عدمه مسألة موضوعية، تخضع لتقدير قاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع الدعوى.

وقد يتحقق العنصر المادي ابتداء دون أن ينتقل إلى الحائز من غيره، وقد يتحقق انتقالا من الغير والذي كان مالكا للشيء ثم نقل حيازته إلى الحائز، كما قد يباشر الشخص هذه السيطرة بنفسه، وهو الأصل وقد يباشرها بواسطة شخص آخر، وهو ما يسمى بالسيطرة المادية بالوساطة كما تجوز السيطرة المادية على الشيوع وهو ما سنتناوله في البند الموالي

ثانيا : طرق السيطرة المادية المحققة للركن المادي.

1- السيطرة المادية عن طريق الحائز ابتداء.

وتسمى السيطرة الفعلية، ويفترض هنا سيطرة الحائز على العقار بدءا منه أي : لم تنقل له هذه الحيازة من احد، سواء كان العقار مملوكا للحائز أو لغيره أو لا مالك له. فتتحقق سيطرته بداية بأن يسيطر على العقار سيطرة مادية ويباشر عليه من الأعمال ما يباشره المالك على ملكيته.

1-د رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2002، ص304.

لذا لا بد من وجود عمل مادي ايجابي يستحوذ به الحائز على الشيء، إذ أن مجرد التمكن من الاستحواذ والإحراز دون الاستحواذ الفعلي لا يكفي لقيام السيطرة المادية وبالتالي عدم قيام الحيابة¹.

2- السيطرة المادية المباشرة انتقالا

قد لا يباشر الشخص الحيابة المادية بنفسه ابتداءا، بل تنتقل إليه من شخص آخر كان في الأصل هو الحائز المادي للعقار، ثم نخلي عن هذه الحيابة أو نقلها له، و بهذا تنتقل الحيابة من حائز سابق إلى حائز حالي، فهنا يسيطر هذا الأخير على العقار بنفسه ولكنه استمد هذه السيطرة من الغير، فانتقل إليه محل الحيابة، كالحيازة المنتقلة بالإرث أو الوصية أو الشراء، كبيع شخص لعقار أو منقول كان في حيازته لشخص آخر تم تسليم المبيع إليه. ففي هذه الحالة كانت السيطرة المادية على الشيء المبيع في يد البائع سواء كان مالكا أو غير مالك ثم نقلها إلى المشتري بتسليمه المبيع.²

ويكفي في هذه الحالة مجرد الاستحواذ على العقار المحاز بخلاف الحالة الأولى.

3- السيطرة المادية بواسطة الغير.

الأصل في الحيابة أن يمارس الحائز الأعمال المادية بنفسه وان يستعمل الحق الخاضع لسيطرته، سواء كان حق ملكية أو أي حق عيني آخر، بنفسه استعمالا فعليا، لكن قد تحول الظروف دون ذلك، فيحدث أن يباشرها شخص آخر يكون وسيطا يتصل به اتصال التابع بالمتبوع، ويأتمر بأوامره في القيام بهذه الأعمال، وهو ما أشارت إليه المادة 810³ من القانون المدني الجزائري « تصح الحيابة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الإتمام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة.. » ويستنتج من ذلك انه تصح الحيابة بالوساطة متى كان الغير يحوز لحساب الحائز أو بالنيابة عنه.

1- د قصري عبدالفتاح الشهاوي، الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، مرجع سابق، ص23

2- د محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 336

3- الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، السابق الذكر المادة 810

لكن حكم هذه المادة ينصرف إلى الركن المادي في الحيابة دون الركن المعنوي، لأن الأعمال المادية يستطيع أن ينوب شخص آخر عن الحائز في القيام بها لكن يجب توافر النية التي يقوم عليها الركن المعنوي عند الحائز نفسه، لأنه لو توافرت نية التملك مع القيام بالأعمال المادية عند الوسيط يصبح هو الحائز الفعلي.

فالحائز الأصلي يحتفظ بالعنصر المعنوي لعدم جواز الإنابة فيه، أما الركن المادي فهو يباشره عن طريق غيره لجواز الإنابة فيه، مما يجعل الآثار القانونية للحيابة تنصرف إلى الحائز الأصل، لا لمن يمثله في السيطرة المادية لأن دوره هو وسيط فقط في السيطرة المادية وأداة لمباشرتها باسم الأصل.

وقد تباشر الحيابة المادية عن طريق وكيل، فكل ما يحوزه هذا الوكيل الذي يعمل باسم الموكل مؤتمرا بأوامره في ما يتعلق بالحيابة، يدخل في حيابة الموكل طالما كان الوكيل يعمل في حدود الوكالة¹.

كما يباشر الحائز أيضا السيطرة المادية بالوساطة في حالة إذا كان الشخص معنويا بواسطة ممثليه، وهم المديرين أو الأشخاص المفوضين في ذلك، ولا يجوز لهؤلاء تملك هذه الأموال بالتقادم.

وبالنظر إلى أحكام المادة 810 من القانون المدني الجزائري نجد أنها لم تتناول سوى الوسيط الذي يباشر السيطرة المادية باسم الحائز الأصلي، ولا يكون لمثل هذا الوسيط مصلحة في ذلك على العقار، غير أن كل من الفقه والقضاء يتفقان على أن الحيابة بالوساطة لها نطاق أوسع، فهي تتسع لتشمل كل الذين قد يصدق عليهم وصف التابع كالمستأجر والمستعير والوكيل... الخ²

لكن هناك جانب آخر من الفقه يرى أن الحائز عندما يتمتع بشيء من الحرية في التصرف في الشيء المحاز فإنه لا يعتبر وسيطا بالمعنى الوارد في نص المادة 810 من القانون المدني الجزائري، لأنه عبارة عن حائز عرضي فيما يتعلق بحق الملكية وحائز أصلي فيما يتعلق

1- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية، مع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن

الملكية)، مرجع سابق، ص 796

2- د محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية والحقوق المنفردة عنها، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 53

بحقه، وعلى ذلك فهو يجرز حق الملكية لحساب صاحب الرقبة أو المؤجر، ويجوز لحساب نفسه حق الانتفاع بالعين. لذلك كان من الأحسن والأوفق من الناحية القانونية حذف العبارة الأخيرة من نص المادة 810 من القانون المدني الجزائري، والتي تستلزم أن يكون الوسيط متصلا بالحائز اتصالا يلزمه الائتثار بأوامره لأنه سواء كان ذلك أو لم يكن فإنه يعتبر حائزا بالوساطة طالما كان يجوز لحساب الأصيل.

ويمكن القول أن الحيابة بالوساطة تتمثل في شخصين يظهر أحدهما بمظهر الحائز، لكونه واضع اليد الفعلي على الشيء المحاز، وهو في حقيقة الأمر ليس بحائز لأن حيازته حيابة عارضة مؤقتة أما الثاني فهو الحائز الحقيقي الذي يعمل لحساب واضع اليد، والعقد الذي يربط بينهما هو الذي يحدد حدود هذه الوساطة، وهناك حيابة بالنيابة أشار إليها المشرع في المادة 819¹ من القانون المدني الجزائري، حيث تكون في حالة ما إذا كانت لحساب شخص غير مميز أو عدم التمييز، ففي هذه الحالة ينوب عليه النائب القانوني وهو الولي أو القيم أو الوصي، بالقيام بجميع الأعمال المادية التي تظهره بمظهر صاحب الحق².

أما إثبات مسألة الحيابة بالوساطة، فإنه إذا ثار الشك حول وصف الحيابة عندئذ يفترض أن الحيابة المادية الظاهرة قرينة على حيابة قانونية حتى يثبت العكس، فإذا ما أثبت شخصا يمارس سيطرته المادية بالوساطة من غيره فإنه يبقى مباشر لها بهذه الصفة، ويفترض فيه أنه مستمر في مباشرتها بهذا الوصف، إلا إذا قام بفعل يدل بوضوح على أنه أصبح يباشر السيطرة المادية لحساب نفسه.

وإثبات الحيابة بالوساطة تكون بثبوت قيام الوسيط بأعمال السيطرة المادية وإثبات العلاقة بين الوسيط وبين من يعمل لحسابه ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات³.

4: السيطرة المادية على الشيوع

1- الأمر 75-58 السابق.

2- د محمودي عبد العزيز/المرحوم حاج على سعيد ، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، مرجع سابق، ص 35

3 - ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2006-2007، ص 17

قد تكون أيضا السيطرة المادية باشتراك من الغير مع الحائز، في حالة الحيابة على الشيوع، وتتحقق بقيام شخصين أو أكثر بحيابة شيئا على الشيوع أو استعمال حق من الحقوق على الشيوع، حيث يحق لجميع الحائزين على الشيوع القيام بأعمال السيطرة المادية التي تعبر عن حيابة الشيء أو تدخل في مضمون الحق.

والحائز على سبيل الشيوع يجتمع في حيازته العنصران المادي والمعنوي فيقصد استعمال حقه شائعا مع غيره لا خالصا لنفسه، وحقه أن يقوم بالأعمال المادية للحيابة مع بقاء حق الشركاء، الآخرين للقيام بذات الأعمال كأن يحوز شخصان دارا على الشيوع فيسكنان فيها معا أو يؤجرانها معا وقد يقسمانها فيما بينهما قسمة مهيأة زمنية فيسكن احدهما مدة والأخر مدة.¹

والحيابة على هذا الشكل لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق مع هذا الشيوع، فلا تحمي حيابة كل شخص بدعوى الحيابة إلا على أساس أنها حيابة على الشيوع، فكما تحمي حيابة الشريكين تحمي أيضا حيابة الآخر على اعتبار أن حيابة كل منهما شائعة كذلك لا يكسب أحد الشريكين الحق بالتقادم إلا شائعا².

البند الثاني:العنصر المعنوي.

أولا : تعريف العنصر المعنوي.

وهو أن تتوافر لدى الحائز الذي يباشر السيطرة المادية على الشيء نية الظهور بمظهر المالك أو صاحب الحق: أي انه يقوم بالأعمال المادية لحساب نفسه، فإذا كان محل الحيابة حق الملكية فإن العنصر المعنوي يتمثل في قيام الحائز بالأعمال كمالك أو بنية التملك³.

وعليه لا تقوم الحيابة بسبب الأعمال التي يقوم بها الشخص على أنها مجرد رخصة أو بسبب أعمال يتحملها على سبيل التسامح، وكذلك إذا اقترنت الحيابة بعيب من هذه العيوب: الإكراه، الإخفاء، واللبس ففي هذه الحالات لا يكون له اثر اتجاه من وقع عليه

1- د.محمودي عبد العزيز،المرحوم حاج على سعيد، المرجع سابق، ص32

2- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية، مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن

الملكية)، مرجع سابق، ص798

3- ميسون زهوبن، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة،مذكرة ماجستير في الحقوق، مرجع سابق، ص22

الإكراه، أو أخفيت عليه الحيابة أو ألتبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.

غير أن المشرع أورد استثناء على شرط العنصر المعنوي يتمثل في الإقرار بحيابة المستأجر وحمائها بجميع دعاوى الحيابة ، رغم أن حيابة هذا الأخير تقتصر على القيام بالأعمال المادية دون توفر شرط القصد لأنه يجوز لحساب غيره.¹

ثانيا : نظريات تحديد العنصر المعنوي في الحيابة

1- النظرية الشخصية :

وهي النظرية التقليدية في الحيابة وأخذ بها المشرع الفرنسي و التقنينات اللاتينية الأخرى المتفرعة عنه، وتذهب إلى أن للحيابة عنصرا معنويا إلى جانب العنصر المادي، وأنه لا يكفي لتحقيق الحيابة السيطرة المادية فقط، بل يجب توافر عنصر معنوي وهو عنصر القصد. والمقصود بعنصر القصد حسب هذه النظرية، أن يكون الحائر قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه، فإذا كان الحق حق ملكية وجب توافر عند الحائر قصد استعماله لحسابه، فيتصرف في الشيء تصرف المالك، وإذا كان الحق هو حق انتفاع أو ارتفاق وجب أن يتصرف الحائر كما لو كان هو صاحب الحق وقد توافرت عنده نية استعماله لحساب نفسه.²

ولم يكن القانون الروماني يتطلب عنصر القصد بالمعنى المقدم، بل كان يحمي الحيابة حين تكون حمايتها نافعة .

أما القانون الفرنسي فقد كان يشترط توافر عنصر القصد لقيام الحيابة، وقد أشار إليه فقهاء

هذا القانون ومنهم الفقيه دومات -domat- الذي ذكر أن الحيابة الحقيقية هي إحراز الشخص الشيء على أساس أنه هو المالك له، فإذا أحرز شخص شيئا لحساب غيره كالمستأجر وصاحب حق الانتفاع، فانه لا يكون عنده إلا مجرد الإحراز، أمام الغير الذي عنده قصد التصرف كمالك والذي يجوز الشيء بواسطة المستأجر أو صاحب حق الانتفاع.³

1- أ. ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2010، ص 61.

2- د. أحمددي فريدة زواوي، الحيابة والتقادم المكسب، مرجع سابق، ص 17.

3- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية ، مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية)، مرجع سابق، ص 804

وقد انتقل شرط توافر القصد في الحيابة من القانون الفرنسي القديم إلى التقنين المدني الفرنسي، ويتبين ذلك في المذكرة الإيضاحية لهذا التقنين وأصبح الآن مقرا في القانون الفرنسي أن العنصر المعنوي وهو عنصر القصد لا بد من توافره لقيام الحيابة.

2- النظرية المادية :

وابرز فقهاؤها الفقيه **اهرينج** فتعترف بالحيابة حيثما وجد سلطان مادي لشخص على شيء معين. ولكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن من يمارس هذا السلطان المادي يتجرد عن الإرادة فالإرادة تندمج هنا في السيطرة المادية بمعنى أن تكون أعمال الحائز أعمالا إرادية قصديه فلا يتصور تجرد السلطان المادي للحائز عن الإرادة، إلا في فروض نادرة فالسجين لا يجوز ما يقيد يده من أغلال وعدم التمييز لا يجوز لتخلف الإرادة مطلقا لديه أما في الفروض العادية فإن الإرادة تلازم الحيابة¹.

كما يذهب **اهرينج** إلى أن ما يميز الحيابة عن مجرد الإحراز ليس هو وجود قصد الحائز في أن يجوز لحساب نفسه كما تقول النظرية الشخصية فأن وجود هذا القصد ليس ضروريا لقيام الحيابة فقد يجوز الشخص لحساب غير ومع ذلك يعتبر حائزا بالمعنى الصحيح، ولكن قد يحرز الشخص شيئا ويكون في إحرازه إياه مجرد أداة في يد الغير يجوز الشيء باسمه ولحسابه فيكون هذا العنصر عاملا سلبيا يستبعد الحيابة الصحيحة².

ولعل أهم نتيجة عملية للنظرية المادية، هي جواز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيابة حيث لا تحميه النظرية الشخصية وأهم تطبيق لهذه النتيجة العملية هو حماية الحائز

المستأجر، إذ المستأجر يجوز لحساب المؤجر لا لحساب غيره³.

والواقع أن خلاف النظريتين يؤدي إلى اختلاف محسوس في النتائج المترتبة، ففي النظرية المادية يجوز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوى الحيابة، في حين أن النظرية الشخصية لا توفر له

1- ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، مذكرة ماجستير في الحقوق، مرجع سابق، ص 23

2- د عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية مع الحقوق...)، مرجع سابق، ص 825

3- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري المقارن، مرجع سابق، ص 38

هذه الحماية، كما تحمي أيضا النظرية المادية المستأجر بجميع دعاوى الحيابة على خلاف النظرية الشخصية.

أما فيما يتعلق بالآثار التي تترتب على الحيابة، سواء من حيث كسب الحق العيني أو من حيث تملك الثمار، فلا جدال إن هذه الآثار تترتب على الحيابة العرضية وفي ذلك تتفق النظرية المادية والشخصية¹.

3- موقف المشرع الجزائري من النظرية الشخصية والنظرية المادية

سار المشرع الجزائري على درب التشريع الفرنسي و المصري حيث أخذ بالنظرية الشخصية في الحيابة كقاعدة عامة، وأخذ بالنظرية المادية استثناءً عندما أقر حماية حيابة المستأجر بجميع دعاوى الحيابة في المادة 487 من القانون المدني الجزائري، فحيابة المستأجر حيابة عرضية تحميها النظرية المادية إلا أن النظرية الشخصية لا تحميها، وهو خروج عن القاعدة العامة فالمشرع عندما يريد الخروج على القاعدة العامة يضطر إلى إيراد نص خاص كما أجاز المشرع للحائز العرضي أن يصبح حائزا أصيلا، وبالتالي تصبح حيابته حيابة قانونية، وأمكن بموجبها أن تكون سببا لكسب الملكية العقارية.

نظرا لما تتمتع به الحيابة العرضية من أحكام خاصة استوجب منا البحث عن طبيعتها القانونية و كيفية تحولها إلى حيابة قانونية.

1: ميزات الحيابة العرضية

1- الحيابة العرضية حيابة مادية:

يتوافر فيها الركن المادي و يتخلف فيها الركن المعنوي، و بالتالي تعتبر حيابة غير صحيحة لا يرتب عليها القانون أي أثر، لأنّ الحائز لا يجوز لحسابه بل يجوز لحساب غيره هذا الأخير يباشر عنصر القصد أصيلا عن نفسه و يباشر السيطرة المادية بواسطة الحائز العرضي، و أنه يلتزم برده للمالك، وهذا الالتزام بالرد هو الذي يحدد مركز الحائز العرضي² و تجدر الإشارة أن الالتزام بالرد ينشأ إما من العقد أو القانون حسب الأحوال.

1- د. رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق، ص309

2- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ص52

و تطبيقا لذلك يشترط أن يكون الحائز العرضي حائزا فعليا، يمارس السيطرة الفعلية عليه ، فمالك العقار فضاء كان أو مبني قد يحوزه عادة بنفسه ويجمع بين ركني الحيابة فيسيطر عليه بقصد استعماله وحسابه، وقد ينقل السيطرة المادية إلى الحائز العرضي كنقل لسيطرة المادية إلى المستأجر أو إلى الوكيل أو المودع لديه أو المستعير في حين يبقى محتفظا بالركن المعنوي للحيابة. -ب لا تصلح الحيابة العرضية أن تكون سبب لكسب الملكية بالتقادم أو حمايتها بدعاوى الحيابة مهما طال مدة وضع اليد¹.

غير أنه إذا انتزعت من الحائز عنوة عنه، فله أن يطلب استردادها بدعوى استرداد الحيابة، تطبيقا لنص المادة² 414 من قانون الإجراءات المدنية، وعلة ذلك الحفاظ على النظام و الأمن العام في المجتمع.

2- تغيير صفة الحيابة العرضية إلى حيابة قانونية.

ليس للحائز العرضي أن يغير صفة حيابته بمجرد تغيير نيته :أي أن يجوز لحسابه بعد أن كان يجوز لحساب غيره، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في المادة³ 831 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، فليس للمستأجر أن يعلن أنه غير نيته وأصبح حائزا كاملا وليس كمستأجر، إذ ليس لأحد أن يغير بنفسه لنفسه السند الذي تقوم عليه الحيابة. إلا أنه يجوز تحول الحيابة العرضية إلى حيابة قانونية، إما بفعل الغير الناقل للملكية ؛ أو بفعل يصدر من الحائز العرضي يعارض به حق المالك ، حيث تبدأ سريان مدة التقادم منذ هذا التغيير.

الصورة الأولى : تغيير صفة الحيابة العرضية إلى حيابة قانونية بفعل يصدر من الغير : كل تصرف من الغير ينقل الملكية، حيث يتلقاه الحائز العرضي من هذا الأخير فتتغير به صفة حيابته العرضية، طالما كان الحائز يجوز العين وقت هذا التصرف لحسابه لا كحائز

1- د عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(أسباب كسب الملكية مع)، مرجع سابق،ص 825

2- قانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية ، المادة 414

3- الأمر 75-58 السابق ، المادة 831

عرضي لحساب غيره¹.

و تتحقق هذه الصورة كمن يستأجر عقاراً من غير المالك ثم يتقدم إليه شخصاً باعتباره مالكا للعقار أو كوارث ظاهر له و يبيعه العين المؤجرة، فيستبدل بسنده المؤقت سنداً ناقلاً.

الصورة الثانية: تغيير صفة الحيابة بفعل الحائز حيث ينازع الحائز ملكيته ويدعيها لنفسه ويكون ذلك في حالة الحائز بطريق النيابة عن صاحب الأرض إذا أقام المنشآت عليها دون إذن من صاحبها فان مجرد إقامتها لا يعتبر بذلك تغييراً لسبب الحيابة ومعارضة بحق المالك بسبب جديد بل أن القانون يرتب للمالك الحق في أن يطلب استبقاء هذه المنشآت إذا لم يكن قد طالب بإزالتها².

الفرع الثاني: شروط الحيابة

يقصد بشروط الحيابة الشروط التي يجب توافرها حتى تنتج الحيابة آثارها القانونية وتصبح حمايتها مستحقة قانوناً، وتتمثل هذه الشروط في وجوب أن تكون الحيابة هادئة وظاهرة وواضحة، والسبب في اشتراط هذه الشروط أن القانون يحمي الحيابة ويرتب عليها، آثارها لأنها توحى في الظاهر بأن الحائز صاحب حق وهي لا تكون كذلك إلا إذا خلت من العيوب الثلاثة، وهي الإكراه والخفاء والغموض وعليه فإن شروط صحة الحيابة هي:

البند الأول : الشروط العامة

أولاً : شرط الهدوء أو عيب الإكراه

- مفهوم عيب الإكراه : تعرض متواصل للإكراه والتهديد يضطر بموجبه الحائز إلى مقاومته باستمرار للمحافظة على حيازته؛ و منه تعتبر الحيابة هادئة إذا اكتسبت من دون أو إكراه مادياً كان أو أدبياً. فإذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد وبقي محتفظاً بهذه الصفة عدت الحيابة معيبة بعيب الإكراه ، سواء استخدم ضد صاحب الحق أو ضد حائز سابق غير مالك لانتزاع حيازته، ويستوي الأمر في ذلك لو تم الإكراه من الحائز شخصياً أو أحد أعوانه والإكراه الذي يعتد به هو الذي يصدر من الحائز عند بدء الحيابة فإذا بدأ الحائز

1- د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، مرجع سابق، ص59.

2- د. عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع سابق ، 533.534

وضع يده هادئاً، فالتعدي على حيازته بعد ذلك و دفع الحائز هذا الأخير عن حيازته ليس من شأنهما أن يجعلا الحيابة مشوبة بعيب الإكراه. إلا أن الفقه الفرنسي وضع قاعدة عامة في هذا الصدد مفادها أن الحيابة لا بد أن تستمر هادئة، و لكن يشوبها عيب الإكراه متى أستعمل الحائز القوة سواء لكسبها أو للمحافظة عليها¹.

و تجدر الإشارة إلى أن الشخص الذي انتزعت منه الحيابة بالإكراه، بإمكانه أن يستردها خلال سنة من وقت انتزاعها بالقوة بدعوى استرداد الحيابة، فإذا لم يستردها خلال سنة أنتجت الحيابة آثارها ومنها جواز التملك بالتقادم بأثر رجعي من وقت استيلاء منتزع الحيابة على العين و سيورة حيازته هادئة.

وبانقطاع العيب تصبح الحيابة هادئة منتجة لآثارها، و تقدير ما إذا كانت الحيابة التي اقترنت بالإكراه عند كسبها ظلت محتفظة بهذا العيب أم زال عنها مسألة موضوعية تخضع لتقرير قاضي الموضوع في ضوء ظروف و ملابسات الدعوى²

ثانياً : شرط العلانية

يجب أن تكون الحيابة ظاهرة أو علنية ، فالظهور أو المجاهرة معناه أن يجاهر الحائز للشيء الثابت عليه بأنه مالكة دون غيره من الناس ، ويتمسك بذلك اذا ما نازعه في حيازته احد ، فالحائز يمارس الأعمال المادية على العين التي يجوزها علانية بمرأى ومسمع من الناس كافة فإذا لم يتحقق ذلك كانت الحيابة معيبة بعيب الخفاء.³

وهذا العيب يعد نسبياً حيث يمكن أن تكون الحيابة علنية بالنسبة للناس إلا أنها تكون خفية

بالنسبة لصاحب الحق ،لذا يجوز له وحده أن يحتج بهذا العيب، ويزول العيب وتصبح

الحيابة صحيحة بمجرد ظهورها وإعلانها بطريقة تمكن صاحب الحق من العلم بها.

وهو ما تقضي به المادة 808 فق 02 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن

الحيابة إن حصلت خفية فلا يكون لها أثراً تجاه من أخفيت عنه إلا من الوقت الذي زال فيه

1- د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ،ص540

2- ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، مذكرة ماجستير ، مرجع سابق، ص 32

3- د محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية والحقوق المنفرعة عنها ،اسباب ،.....، مرجع السابق، ص545.546.

هذا العيب ، و بالتالي فإن الحيابة قد تكون علنية بالنسبة للناس كافة ماعدا صاحب الحق فإنها خافية بالنسبة له ، ولذلك يكون له وحده أن يحتج بعيب الخفاء دون غيره ، و بالعكس لا يستطيع صاحب الحق أن يحتج بعيب الخفاء، إذا كانت الحيابة علنية بالنسبة له وحده دون سائر الناس ولا يشترط أن يعلم المالك بالحيابة علم اليقين، بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها. ولا يجب على الحائز أن يستعمل الشيء دون انقطاع و إنما يكفي أن يستعمله كما يستعمله المالك عادة وعلى فترات متقاربة منتظمة¹.

وإخفاء حيابة العقار أمر ليس باليسير، إذ يصعب أن يخفي الحائز منزلا يسكنه أو يؤجره أو يخفي حيازته لأرض زراعية وهو يقوم بزراعتها أو بإيجارها، ومع ذلك يمكن أن نتصور شخصا يوسع من كهف في أسفل منزله تحت ارض جاره دون أن يشعر بذلك ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة، ففي هذه الحالة تكون حيابة صاحب الكهف للسرداب حيابة خفية، لا يحتج به على الجار لا عن طريق رفع دعوى الحيابة ولا عن طريق التملك بالتقادم².

ثالثا : الاستمرارية.

حتى تكون الحيابة مستمرة وغير متقطعة ، يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء في فترات متقاربة منتظمة، فيستعمل الحائز الشيء من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله كما يستعمل المالك ملكه في العادة، فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز الشيء، وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعها المالك الحريص على الانتفاع بملكه تمضي دون أن يستعمله فإن الحيابة تكون في هذه الحال غير مستمرة أو متقطعة، ولا تصلح أساسا لدعوى الحيابة ولا التملك بالتقادم.

والواجب أن لا ينقطع الحائز عن استعمال الشيء عدا المدة التي ينقطع فيها المالك عادة عن

استعمال ملكه، فالحائز الذي يجوز حق الملكية إنما يتصرف في الشيء كمالك، فيجب أن يظهر مظهر المالك في استعماله لهذا الشيء، أما إذا كان يجوز حقا آخر غير حق الملكية كحق

1- د قدرى عبدالفتاح الشهاوي، الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، مرجع سابق، ص74.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية، مع الحقوق....)، مرجع سابق ص 849 .

الانتفاع أو الارتفاق أو حق المستأجر فالواجب أن لا ينقطع عن استعمال الحق الذي يحوزه كما لو كان فعلا صحب هذا الحق.¹

ويلاحظ أن الانتظام في استعمال الشيء الذي يحقق معنى الاستمرارية في الحيابة يتوقف على طبيعة الشيء فمن الأشياء ما تقتضي طبيعتها استعمالها في فترات متقاربة ومنها ما تقتضي استعمالها في وقت محدد ثم تترك بعد ذلك بلا استعمال ومثال الحالة الأولى المنزل المعد للسكن ومثال الحالة الثانية زراعة الأرض في موسم محدد ، ولا يعد عدم استعمال الشيء بفعل القوة القاهرة انقطاعا في الحيابة كالكوارث الطبيعية أو الحروب.

و تجدر الإشارة إلى أن عيب عدم الاستمرار هو عيب مطلق، إذ أنه يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، لأن الحيابة في ذاتها تكون غير مستمرة بالنسبة إلى الناس كافة، بخلاف العيوب الأخرى للحيابة فهي عيوب نسبية، بمعنى أن الحيابة لا تكون لها أثر إلا بالنسبة لمن وجه إليه العيب وحده، و هو ما يستفاد من نص المادة 808 من القانون المدني الجزائري.

ومسألة تقدير ما إذا كانت الحيابة مستمرة أو منقطعة تعد من وسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع².

رابعا :الوضوح (عدم الغموض أو اللبس)

يجب أن تكون الحيابة واضحة لا لبس فيها أو غموض، وإلا لكانت معيبة وما يلاحظ أن عيب اللبس أو الغموض إنما يصيب الركن المعنوي للحيابة أو عنصر القصد فيها على خلاف العيوب الأخرى التي تصيب الركن المادي فلا يعرف ما إذا كان الحائز يجوز لحساب نفسه أو لحساب غيره، واغلب هذه الحالات تثور في مسائل الملكية الشائعة ، ومثال ذلك أن يضع احد الشركاء يده على العقار الشائع كله فلا يعرف إذا كانت نيته قد اتجهت إلى الاستئثار بملكية العقار الشائع كله أو أنه يدير العقار كله لحسابه و لحساب الشركاء الباقين. و عيب الغموض أو اللبس هو عيب نسبي فلا يكون له أثر إلا قبل من التبس عليه أمر

1-د امحمدي فريدة (زواوي)،الحيابة والتقادم المكسب، مرجع سابق ،ص37

2- ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة،مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 36

الحيابة من حيث الركن المعنوي¹ و هو ما تنص عليه المادة 808 فق 02 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه « إذا كان في الحيابة التباس فلا يكون لها اثر تجاه من التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي يزول فيه هذا العيب.» و تأسيسا على ذلك فانه و بالنسبة للمثال السابق فإن الحيابة الغامضة عند الشريك على الشيوع لا يكون لها أثر إلا قبل الشركاء الآخرين في الشيوع، إذ لا يحتج عليهم بهذه الحيابة الغامضة و لكن يحتج بها على غيرهم، و تظل هذه الحيابة غامضة إلى أن ينتفي اللبس فيها، والذي لا يكون إلا بالمعارضة الساطعة والمنكرة لحقوق الآخرين فإن لم ينكر ذلك تبقى على الشيوع.

البند الثاني: الشروط الخاصة

تختلف الشروط الخاصة بالحيابة حسب النظام القانوني للحيابة في كل دولة، ففي الجزائر مثلا إلى جانب الشروط العامة هناك شروط خاصة سنوردها فيما يلي:

أولا :عدم خضوع الأرض المحازة للمسح العام للأراضي.

لقد بينت أحكام المادة الأولى من المرسوم رقم 83-352² « كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للأجراء المحدث بموجب الأمر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.»

العقارات مستساغة قانونا في هذا الصنف الخاص من الحيابة العقارية التي تنصب على العقارات التي لم تخضع لإجراءات مسح الأراضي العام المستحدث بموجب الأمر رقم 75-74 وعملية المسح هي الخطوة الأساسية لنظام الشهر العيني، وأساسا ماديا للسجل العقاري الذي يتم على أساسه إيداع وثائقه لدى المحافظ العقاري من اجل تحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى وشهرها في السجل العقاري.

¹-د.رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، مرجع السابق ،ص328

²- مرسوم 83-352 ، المؤرخ في 21-05-1983 المتضمن اجراء اثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة، المادة 1

فيمنع قانوننا مباشرة أي إجراء لاكتساب الحق أو الادعاء بالملكية في إطار النظام القانوني للحيابة العقارية، على الأراضي المسوحة.¹

ثانيا :عدم وجود سند ملكية للأراضي محل الادعاء بالحيابة.

تنص المادة 39 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري والمادة 02 من المرسوم 91-254 وكذا المادة 02 من القانون 07-02 على استبعاد الأراضي التي لها سندات ملكية خصوصا إذا كانت مشهورة من اكتساب الملكية بالحيابة والتقادم المكسب وهو ما أيدته قرار صادر عن المديرية العامة للأموال الوطنية ووزارة المالية بمذكرتها المؤرخة في 21-02-1999 تحت رقم 873 لقاء صدور القرار القضائي عن المحكمة العليا - الغرفة الإدارية بتاريخ 09-03-1998 الفاصل في القضية المسجلة والذي قرر بموجبه قضاة المحكمة العليا استبعاد تطبيق أحكام المرسوم 83-352 على الأراضي محل سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية بصفة مسبقة ، كما أيدته مجلس الدولة الغرفة 04 في قراره رقم 847 المؤرخ في 28-06-2006 فصلا في نزاع بين وزارة المالية والمديرية العامة للأموال الوطنية ضد ورثة (ر.م) القاضي بضرورة منع إجراءات الشهر العقاري لأي وثيقة أو عقد أو سند أو حكم على عقار سابق إظهاره قبل اتخاذ إجراءات الإلغاء للعقد أو السند المشهر الأول بمنطوقه ((ولكن حيث وبالفعل فإن قرار مجلس الدولة المشار إليه بالطابع لا يمكن شهره مادام العقد الإداري للمستثمرة الفلاحية تم شهره في تاريخ سابق مما يتعين على المستأنفين أن يتخذوا الإجراءات المناسبة لإلغائه قبل شهر قرار مجلس الدولة السابق ذكره))²

ثالثا: أن تكون الأرض المحازة من نوع الملك.

وهو ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم 83-352 « كل شخص يحوز في تراب البلدية عقارا من نوع الملك» ونصت المادة 39 من القانون 90-25 يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/75 المتضمن القانون المدني

1- أحمد برادي، التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص 90

2- د. محمودي عبد العزيز، المرحوم حاج على سعيد ، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كالية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، مرجع سابق، ص 48

وكذا المادة 2 من المرسوم 91-254 بقولها « لا تقبل العروض إلا إذا كانت الحيابة
وكان الأمر متعلق بأراضي الملك.»

وأراضي الملك يقصد بها الأملاك العقارية الخاصة، والتي يسري عليها حق التمتع والتصرف والاستغلال وبالرجوع إلى القانون المدني فإن الملكية الخاصة نظمتها أحكام المواد 674 وما يليها وهي أما أن تكون تامة تستجمع السلطات الثلاث حق الاستغلال والاستعمال والتصرف أو مجزئة يتنازل مالكها عن حقه في استعمال الشيء أو استغلاله لصاحب حق الانتفاع¹.

رابعا :عدم قابلية الأملاك الوطنية والوقفية والعرفية لواقعة الحيابة

لقد وضع المشرع الجزائري حدا للخلاف الحاصل بالتمييز بين الأملاك الوطنية العمومية غير القابلة للتصرف ولا للتقادم ولا المحجز طبقا للمادة 04 من قانون 30-90 وذلك بموجب أحكام المادة 02 من القانون رقم 07-02 فتعرض لضبط مصطلح الأملاك العقارية الوطنية لعدم قابليتها لواقعة الحيابة.

أما أراضي العرش فقد اتضح مصيرها بعد تعديل المادة 85 من القانون 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري سنة 1995 طبقا لأحكام المادة 18 بقولها « تبقى ملكا للدولة أراضي العرش» وقد يعاد النظر في هذا الصنف من العقار في إطار العقار المخصص للسكن الريفي للمستفيدين من الإعانات المالية المباشرة لهذا النوع من البرامج وذلك بموجب التعليم الحكومية رقم 121 المؤرخة في 2008/08/03

أما الأراضي الوقفية أو أراضي الحبس كانت ملكية تامة رصدت أساسا لمؤسسة خيرية أو لمصلحة عامة، فلقد كرست قرارات المحكمة العليا هذا الحظر والمنع عن قابلية الحيابة والسيطرة المادية والتقادم المكسب على هذا الصنف من العقار، بقولها ((حيث انه لا يجوز التمسك بالتقادم في استغلال الأراضي المحبوسة لانعدام نية التملك)) وكذلك القضاء بإبطال عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب².

1- د. محمودي عبد العزيز، المرحوم حاج على سعيد، نفس المرجع، ص 49-50

2- ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، مذكرة ماجستير في الحقوق، مرجع سابق، ص 49

المطلب الثاني : إنتقال الحيابة وزوالها.

إن قيام الحيابة صحيحة يمكنها أن تنتقل إلى أي شخص سواء خلفا أو من الغير فالحائز خلفا عاما كان أو خاصا قد ينتفع بحيابة سلفه لكسب الحيابة بالتقادم المكسب ورفع دعاوى الحيابة .

كما أن الحيابة ليست أبدية، بل تزول بزوال الركنين المادي والمعنوي معا أو بزوال أحد الركنين دون الآخر، كما يكون زوالها بإرادة الحائز نفسه أو رغما عنه، وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

الفرع الأول : إنتقال الحيابة

إن إنتقال الحيابة من حائز إلى آخر معناه أن تكون الحيابة متصلة بدون انقطاع بين السابقة و اللاحقة، ولا تعتبر هذه الأخيرة حيابة مبتدأه، ويترتب على هذا الاتصال جواز ضم مدة الحيابة السابقة إلى مدة الحيابة اللاحقة فيؤدي إلى استمرار الحيابة¹، وبالنتيجة لا يعد انتقالا للحيابة في الحالات التالية:

أ - حيابة المنقول ابتداء إذا لم يكن له مالك، وذلك لأنه لم يكن في حيابة أحد قبل الاستيلاء عليه.

ج- حيابة غير الوارث لعين من أعيان التركة، سواء كان الحائز سيء النية أو حسن النية، تعتبر أيضا حيابة مبتدئة لا تتصل بحيابة المورث ولا تعتبر استمرارا لها.

ب- إغتصاب الحيابة من الحائز، لأن المغتصب أو منتزع الحيابة بالإكراه يتدئ حيابة جديدة لا تتصل بالحيابة القديمة تضم مدتها إلى مدة حيابة المورث. ونشير إلى أنه لا يشترط في الحيابة أن تكون قانونية لكي تنتقل وتؤول من السلف إلى الخلف، فقد تكون حيابة السلف عرضية وتنتقل إلى الخلف محتفظة بهذه الصفة، أو ينتقل معها العنصر المادي وحده ويضيف إليها الخلف العنصر المعنوي².

ويتم إنتقال الحيابة أما بالميراث طبقا لنص المادة 814 من القانون المدني، أو عن طريق العقد

1- د. محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2005 ص 345

2- د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق، ص 335

طبقا للمواد 811 و812 و 813 من نفس القانون.

البند الأول : إنتقال الحيابة إلى الخلف العام

الخلف العام هو الوارث أو الموصى له بجزء من مجموع التركة، وقد نصت المادة 814 من القانون المدني على مايلي : « تنتقل الحيابة إلى الخلف العام بجميع صفاتها، غير أنه إذا كان السلف سيء النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته... » ، وبذلك تنتقل الحيابة إلى الخلف العام وتكون امتدادا لحيابة السلف، وتتم حيابة الخلف دون حاجة إلى تسليم مادي. وتنتقل الحيابة إلى الخلف العام بصفاتها، كأن تكون حيابة عرضية أو أصلية أو أن تكون مشوبة بعيب من العيوب.

البند الثاني: انتقال الحيابة إلى الخلف الخاص

الخلف الخاص هو من تلقى عن غيره حقا معيناً بالذات ، ويشترط لإنتقال الحيابة إليه شرطان:

- 1- وجود إتفاق بين السلف الحائز و الخلف الخاص .
- 2- أن تتوفر لدى الخلف السيطرة على الشيء، أي أنه باستطاعته مباشرة الأعمال المادية دون عائق¹

ويجب أن يكون الإتفاق على نقل الحيابة مقترنا أو متبوعا بتسليم الشيء المحاز، وقد يكون هذا التسليم فعليا أو حكيميا أو رمزيا

1- التسليم الفعلي : تنص المادة 811 من القانون المدني على أنه « تنتقل الحيابة من

الحائز إلى غيره إذا إتفقا على ذلك وكان في إستطاعة من انتقلت إليه الحيابة أن

يسيطر على الحق ولو دون تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق »

ويتعلق هذا التسليم الفعلي بالتسليم المنصوص عليه في عقد البيع والذي جاء في المادة 367 من القانون المدني كما يلي : « . يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا مادام البائع

1- د. محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص346

قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع»¹

ومن خلال هذا النص يتضح لنا ضرورة توافر ثلاثة شروط للتسليم الفعلي وهي:

- وضع المبيع تحت تصرف المشتري حيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به .
- إخطار البائع المشتري بذلك .

- يكون التسليم بما يتفق وطبيعة الشيء

2- أما التسليم الحكمي، فقد نصت المادة 812 من القانون المدني الجزائري على أنه « :

يجوز نقل الحيابة دون تسليم مادي إذا إستمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحيابة أو إستمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه». وعليه فإن هذا التسليم يتم في صورتين: الأولى أن يكون الشيء المحاز في حيابة المشتري قبل البيع، والثانية أن يبقى الشيء المحاز في حيابة المالك ليس بصفته مالكا وإنما بتحويله إلى مستأجر أو مستعير للشيء المحاز .

3- والتسليم الرمزي حسب المادة 813 من القانون المدني هو « تسليم السندات

المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.

غير أنه إذا تسلّم شخص السندات وتسلم آخر البضائع ذاتها وكان كلاهما حسن النية فإن الأفضلية تكون لمن تسلّم البضائع». وبذلك فإن هذا التسليم يتحقق بتسلم الحائز للأداة التي يستطيع بواسطتها السيطرة على الشيء، وفي حالة تعارضه مع التسليم الفعلي، فالعبرة بهذا التسليم الأخير. وتبدأ حيابة الخلف الخاص على عكس حيابة الخلف العام جديدة مستقلة تماما عن حيابة السلف، فتكون معيبة بعيوب خاصة بها تختلف عن العيوب التي كانت تشوب حيابة السلف²

1- الأمر 75-58 السابق ، المادة 367

2- د.محمودي عبد العزيز، المرحوم حاج على سعيد ، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، مرجع سابق، ص75

وبذلك تختلف حيازة الخلف الخاص عن حيازة السلف، فقد تكون حيازة الخلف الخاص قانونية بينما كانت حيازة السلف حيازة عرضية.

ويمكن للخلف الخاص الإنتفاع بمزايا حيازة سلفه، فينتفع بدعاوى الحيازة التي كانت مقررة له وله ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته لكسب الملكية بالتقادم شرط أن تكون حيازة السلف صالحة لكسب الملكية بالتقادم، وأيضا أن تكون حيازة الخلف الخاص منصبة على ذات الحق الذي حازه السلف من قبله أو على حق أدنى منه، وأخيرا أن تكون حيازة السلف صالحة لترتيب نفس الأثر الذي يريد الخلف الخاص التمسك به.¹

الفرع الثاني : زوال الحيازة

تقوم الحيازة على ركنيها المادي والمعنوي، وتزول بزوال أحدهما أو كليهما، وقد تطرق المشرع إلى زوال الحيازة في المادتين 815 و816 من القانون المدني.

البند الأول: زوال الحيازة بفقدان العنصرين المادي والمعنوي معا:

نصت المادة 815 من القانون المدني على ما يلي: « تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أي، إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى»، وعليه تزول الحيازة بفقدان الحائز للسيطرة الفعلية على الشيء ولنية التصرف في الشيء المحاز كمالك في ثلاثة حالات وهي

1- بالإرادة المنفردة للحائز، كالتخلي عن الشيء، ويكون ذلك بترك الشيء المحاز قصد التخلي عنه نهائيا.

2- بالإرادتين المتطابقتين للحائز وخلفه الخاص، كبيع الحائز للعين المحازة.

3- فقد الحائز للسيطرة على الشيء رغما عنه، وذلك في حالة القوة القاهرة.

البند الثاني: زوال الحيازة بفقد عنصرها المادي فقط .

يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء المحاز إذا إغتصب منه بفعل الغير أو ضاع منه، وفي حالة عدم تمكنه من السيطرة المادية على الشيء لا بنفسه ولا بواسطة غيره فإنه يفقد العنصر المادي وبذلك تزول الحيازة، على أنه يمكن في هذه الحالة أن تستمر هذه الحيازة إذا

1- د-محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية والحقوق المنفرعة عنها ، مرجع سابق، ص 557

كان المانع وقتيا، ويكون ذلك بواسطة العنصر المعنوي وحده إلى حين إسترجاع السيطرة المادية مجددا¹ ، وهو ما نصت عليه المادة 816 من القانون المدني بقولها :

« لا تزول الحيابة إذا حال مانع وقتي دون مباشرة الحائز للسيطرة الفعلية على الحق، غير أن الحيابة تزول إذا إستمر المانع سنة كاملة وكان ناشئا عن حيابة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه، وتحسب السنة من الوقت الذي بدأت فيه الحيابة الجديدة إذا بدأت علنا أو من يوم علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية.»²

وفي هذه النقطة بالذات يجب أن نميز بين زوال حيابة المنقول وبين زوال حيابة العقار، فالنسبة للمنقول فإنه تزول حيازته بمجرد فقد الحائز السيطرة الفعلية، عليه سواء بنفسه أو بواسطة الغير حتى ولو استبقى العنصر المعنوي لديه على أن لا تمر ثلاث سنوات على سرقة الشيء المحاز أو ضياعه، فقد نصت المادة 836 من القانون المدني على ما يلي : « يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا فقده أو سرق منه أن يسترده ممن يكون حائزا له بحسن النية وذلك في اجل ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة.»³

أما بالنسبة للعقار، فيبقى الحائز رغم فقده للعنصر المادي حائزا للعقار وذلك باحتفاظه بالعنصر المعنوي وحده، على أن يبقى العقار تحت تصرف الحائز وأن تحول دون ممارسة السيطرة المادية عليه ظروف طبيعية، أو أن طبيعة العقار لا تتطلب أعمالا مادية مستمرة عليه شرط ألا يستولى الغير على العقار، و بمرور السنة يصبح الحائز الجديد حائزا قانونيا للعقار⁴ وله حمايته بجميع دعاوى الحيابة

البند الثالث : زوال الحيابة بفقد العنصر المعنوي وحده:

إن فقد العنصر المعنوي يؤدي إلى فقد الحيابة رغم بقاء عنصرها المادي وهو السيطرة الفعلية، ويتحقق ذلك إذا كان قد فقد الحائز عنصر القصد في أن يحوز الشيء لحساب نفسه

1- د.عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق، ص552-553

2- الأمر 75-58 السابق ، المادة 816

3- الامر 75-58 السابق ، المادة 836

4- د.عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، مرجع السابق، ص553

مع إستبقائه السيطرة المادية على الشيء¹ ومثال ذلك البائع الذي يحتفظ بالمبيع يسلمه في وقت لاحق إلى المشتري وليست له نية التصرف فيه كمالك فيصبح حائزا عرضيا لأن الحيابة القانونية إنتقلت إلى المشتري، ويستثنى من هذه الحالة الشخص غير المميز الذي يفقد العنصر المعنوي ومع ذلك يبقى محتفظا بالحيابة، ويكون حائزا قانونيا إذا كان له من ينوب عنه كالولي أو الوصي.

المبحث الثاني: نظام التقادم للملكية العقارية بالحيابة

إن التقادم المكسب هو مؤدى الحيابة الهادئة والمستمرة وجوهر مقتضياتها الأساسية وأهم آثارها، كونها تؤدي إلى كسب الملكية والحقوق العينية التي يمكن ان تكون محلا للحيابة، وهو ما كرسه المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون المدني حيث تناول التقادم تحت عنوان آثار الحيابة.

وحتى يمكن لنا الوقوف عند حدود أهمية التقادم كضرورة اجتماعية أمنية يجب التطرق إلى تعريف التقادم، شروط التقادم، وأسباب وقف وانقطاع التقادم وذلك في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف التقادم المكسب للملكية العقارية وأنواعه

سنتناول هذا المطلب في فرعين نخصص الأول لتعريف التقادم المكسب والثاني لأنواع

التقادم المكسب

الفرع الأول : تعريف التقادم المكسب

إن كلمة التقادم في مدلولها اللغوي مشتقة من تقادم، والقدم نقيض الحدوث، قدم يقدم وقدامة وتقادما فهو قديم.²

أما اصطلاحا فالمشرع الجزائري حذا حذو الكثير من التشريعات حيث لم يقدم تعريفا للتقادم واكتفى باعتباره أثرا للحيابة المكسبة للملكية العقارية وتناوله كسبب من السباب كسب الملكية في القسم الخاص بالحيابة في الفصل الثاني المخصص لطرق اكتساب الملكية.³

1- د-محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية والحقوق المتفرعة عنها، مرجع السابق، ص 562

2- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، الجزء الأول، سنة 1900، ص 165

3- المواد 827 الى 834 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري.

وهو ما يتوافق مع المشرع المصري، حيث تكلم عنه في القسم الخاص بالحيابة في الفصل المخصص لأسباب كسب الملكية المواد 968 إلى 975 من القانون المدني المصري¹.
غير ان المشرع الفرنسي قدم تعريفا للتقادم بموجب أحكام المادة 2219 من القانون المدني الفرنسي بقوله « التقادم وسيلة تملك أو تحرر بواسطة مرحلة زمنية معينة وفق شروط محددة

في القانون "

ولقد حاول بعض الفقهاء تعريف التقادم المكسب، حيث عرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدى " بأنه وسيلة يكتسب بها الحائز ملكية شيء أو حقا عينيا آخر عليه بمقتضى حيابة تظل مدة زمنية معينة "

عرفه الدكتور ادواد عيد " ان التقادم المكسب هو وسيلة اقرها القانون لكسب الحائز ملكية العقار او حقا عينيا آخر عليه بمقتضى حيابة معينة² "
عرفه الدكتور عبدالرزاق السنهوري " إن التقادم هو الدليل على ملكية عينا ما اذا اثبت شخص ما انه حازها مدة معينة من الزمن دون انقطاع³ "
عرفته الدكتورة أمحمدي فريدة زاواوي " بأنه طريقة لكسب الملكية أو الحق العيني الذي ترد عليه الحيابة⁴ .

ومن ذلك فالتقادم إما تقادم مكسب وإما تقادم مسقط وما يهمننا في دراستنا هو التقادم المكسب للملكية العقارية ، والذي يبدو من خلال التعاريف السابقة ، وكأنه ينافي العدالة والأخلاق ، ويؤدي الى تدعيم المراكز غير المشروعة حيث يجعل الغاصب مالكا بعد حيازته للشيء مدة معينة من الزمن ويحرم الشخص من حقه دون مسوغ مشروع .
وهو ما يقوله الدكتور محمد عبد اللطيف " قد يبدو لأول وهلة ، التقادم وسيلة اغتصاب

1- د رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق ، ص354

2- د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية في القانون الجزائري، مرجع سابق ص 57.

3- د عبدالرزاق السنهوري، مرجع السابق، ص 988.

4- د محمدي فريدة (زاواوي)، الحيابة والتقادم المكسب، مرجع سابق، ص 81.

حقوق باسم القانون فهو في بعض الحالات مجرد المالك من ملكيته دون رضاه ودون مقابل أو يؤدي إلى سقوط الالتزام على المدين رغم عدم الوفاء به¹ .
ومع ذلك ؛ فإن معظم الشرائع تعترف بنظام التقادم المكسب لأن هذا النظام تفرضه ضرورات عملية ، وتسند اعتبارات قوية تجعله من أزم النظم القانونية لاستقرار النظام الاجتماعي؛ لذا يقول الأستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري إن التقادم المكسب يقوم على اعتبارات عملية مهمة في ظل نظام الشهر الشخصي، وعدم وجود سجل عيني يكون القيد هو الدليل المطلق على الملكية، حيث لا بد من الوقوف عند حد زمني إذا اثبت الشخص أنه حاز في خلاله العين دون انقطاع فانه يكون قدم الدليل على ملكيته للعين بجيازتها طوال هذه المدة² .

وللتقادم المكسب في القانون الجزائري مبرراته كثيرة وأهمية اجتماعية كبيرة نظرا للأسباب التاريخية والمرتبطة أساسا بالاستعمار الفرنسي حيث تبين ان أكثر من ثلثي عقارات الملكية الخاصة بعد الاستقلال ليست لها سندات ملكية بالإضافة، الى ان معظم الملاك الشرعيين وجدوا أنفسهم في وضعية صعبة ، واستحال عليهم تبرير ملكيتهم بموجب سندات وعقود قانونية، وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى وضع جملة من القوانين في إطار تنظيم السياسة العقارية التشريعية من أجل عملية التطهير أو التصفية العقارية³

الفرع الثاني : أنواع التقادم المكسب للملكية العقارية

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجد ان المشرع الجزائري قسم التقادم المكسب للملكية العقارية إلى تقادم مكسب طويل والتقادم المكسب القصير، مع الإشارة إلى ان المشرع الجزائري أضاف نوعا آخر للتقادم وهو تقادم الحقوق الميراثية والذي نص عليه في المادة 829 من القانون المدني الجزائري «لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيابة ثلاثة وثلاثين سنة "

1- د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، المرجع السابق، ص57.

2- د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع السابق ، ص 988

3- د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، آليات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود ...، مرجع السابق، ص58

فالمشرع الجزائري أضفى على هذا النوع خاصية تميزه وهي أن تدوم الحيابة وتستمر لمدة 33 سنة كاملة، لكن هذا التأويل للمشرع غير مستساغ في قوله أن حق الإرث يكسب بالتقدم ، لأنه يخالف القواعد الأساسية في الحيابة ، لذا كان من الأحرى وجوب القول بأن حق الإرث لا يكسب بالتقدم وإنما يسقط بالتقدم المسقط¹؛ لأنه لا يمكن بطبيعة الحال تصور شخص غير وارث يصبح مالكا بحق الإرث بمرور الزمن ، أما الأموال المورثة فهي على خلاف حق الإرث يجوز كسبها بالتقدم حسب نوع التقدم الذي يرد عليها، التقدم الطويل أو التقدم القصير².

البند الأول : التقدم المكسب الطويل

تنص المادة 827 من القانون المدني "كل من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا أو خاصا به صار ذلك ملكا له إذا استمرت حيابته له 15 سنة بدون انقطاع"³ ، وهو ما يوافق نص المادة 968 من القانون المدني المصري «من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون هذا الحق خاصا به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء أو الحق العيني إذا استمرت حيابته دون انقطاع 15 سنة " ؛ يتبين من النصين ارتباط التقدم المكسب بالحيابة ، فالحقوق التي يجوز إكسابها بالحيابة هي تلك التي يمكن أن تكون محلا للحيابة⁴.

ويتبين من نص المادتين كذلك أن التقدم المكسب الطويل يرد على حيابة الحقوق العينية الأصلية وحدها ، وعلى رأسها حق الملكية وذلك وقعت الحيابة على عقارا أو منقول، إذ أن الحقوق الشخصية لا يشملها التقدم المكسب حتى ولو كانت قابلة للحيابة وذلك كحق المستأجر⁵.

¹ - د محمدي فريدة (زاوي)، الحيابة والتقدم المكسب، مرجع السابق، ص 90

² - ثابتي وليد، التقدم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2009/2008 صفحة 23

³ - المادة 827 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري

⁴ - د رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق، ص 362

⁵ - ثابتي وليد، المرجع السابق، الصفحة 21

البند الثاني : التقادم المكسب القصير

جاء ضمن أحكام المادة 828 من القانون المدني الجزائري « إذا وقعت الحيابة على عقار أو حق عيني عقاري ، وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون 10 سنوات»¹ لكنه وخلافا للمشرع الجزائري فإن المشرع الفرنسي حدد مدة التقادم المكسب القصير ب05 سنوات ، ويتوافق المشرعين في أنه يجب أن تتوفر فيه حسن النية والحيابة المستندة إلى سند صحيح².

المطلب الثاني : نطاق التقادم المكسب للملكية العقارية وطبيعته القانونية

نتناول هذا المطلب في فرعين الأول نطاق التقادم المكسب أي الحقوق والأشياء الجائز كسبها بالتقادم والأشخاص الذين يستفيدون من التقادم المكسب وفي الفرع الثاني ندرس الطبيعة القانونية للتقادم المكسب .

الفرع الأول : نطاق التقادم المكسب

من خلال نص المادتين 827، 828 من القانون المدني الجزائري يستخلص انه يجوز ان يكتسب بالتقادم معظم الحقوق العينية الأصلية وأخصها العقار وأيضا الحق العيني التبعي، فيكتسب به حق الملكية وحق الانتفاع وحق الاستعمال والحق في السكنى والارتفاقات الظاهرة طبقا لإحكام المادة 668 من القانون المدني الجزائري³.

ومن ذلك أحكام المواد 682 من القانون المدني الجزائري التي تنص على الأشياء الخارجة من دائرة التعامل فيها لطبيعتها ، كالهواء والشمس وماء البحر، كما يمكن أن يكون الخروج عن دائرة التعامل مرده لاعتبارات متعلقة بالنظام العام والآداب العامة، حيث تنص المادة 96 من القانون المدني الجزائري على « إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة

1- المادة 828 من القانون المدني الجزائري

2- احمد برادي، التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 79

3- د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، آليات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود...، مرجع السابق

كان العقد باطلا»، كما منعت أحكام المادة 689 من القانون المدني الجزائري التملك بالتقادم على أموال الدولة¹. وهو ما نصت عليه كذلك المادة 4 من قانون الأملاك الوطنية ، حيث نصت على أنه « لا يمكن بأي حال من الأحوال وضع اليد على المال العام مهما طال مدة حيازته»².

أما فيما يخص الأملاك الوطنية الخاصة فإنه لم يرد نص في قانون الأملاك الوطنية يحظر تملكها بالتقادم المكسب ، ألا إن الخطر يشملها كذلك حيث أن المادة 4 منه نصت على أن «إدارة الأملاك الوطنية الخاصة والتصرف فيها يخضع لإحكام هذا القانون ولإحكام النصوص التشريعية المعمول بها»³.

كما يمكن ان نستشف ان المال الموقوف لا يمكن ان يكتسب بالتقادم وذلك من المادة 23 من قانون الأوقاف والتي تنص على « ان المال الموقوف يمنع التصرف بشتى أنواع التصرف» ، إذ يبقى فقط حق الانتفاع للمالك الواقف، فالملقصود من كلمة غير قابل للتصرف هو عدم قابليتها للتقادم من باب أولى، وكذلك بالنسبة للمادة 24 من نفس القانون المذكور أعلاه التي تحظر استبدال المال الموقوف بمال آخر⁴.

أما بالنسبة للحقوق المشهورة، فبعد تبني المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني، فعلى غرار كل من التشريعات ان كسب ملكية الحقوق المشهورة بالتقادم امر لا يستساغ ويمكن ان يستنتج ذلك من المرسوم التنفيذي رقم 83 - 235 المؤرخ في 04/05/1983 والذي الغي بموجب القانون 07 - 02 المؤرخ في فيفري 2007 إذ تنص المادة الأولى منه « كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر 74 / 75 ، عقار من نوع الملك، حيازة مستمرة، غير منقطعة ولا متنازع فيها وعلانية وليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني،

1- المواد 96 ، 682 ، 689 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري

2- المادة 04 من القانون 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية

3- ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 28

4- المادة 23 ، 24 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف

يمكنه ان يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية»¹

فبمفهوم المخالفة لا يمكن التذرع بالحيابة المكسبة من اجل تملك العقار بالتقدم وإعداد عقد الشهرة².

ويلاحظ أنه لا يوجد نص خاص في القانون المدني الجزائري يقضي بعدم كسب الحقوق المشهورة في السجل العقاري بالتقدم وهذا نقص في القانون يجب استدراكه لكي يتمشى مع الأمر 74-75، ويستحسن إضافة مادة تقضي بمنع إكساب الحقوق العينية المشهورة في السجل العقاري بالتقدم³.

أما بالنسبة للأشخاص الذين بمقدورهم الاستفادة من التقدم المكسب فكل شخص طبيعي أو معنوي بواسطة ممثليه القانونيين، ولا يشترط في واضع اليد أهلية معينة لأن الأهلية شرط لمباشرة التصرفات القانونية دون سواها ووضع اليد ليس تصرفا قانونيا⁴.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتقدم المكسب

لقد اختلفت الآراء وتباينت حول الطبيعة القانونية للتقدم المكسب للملكية العقارية بين رأي يرى إنه قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحائز وبين رأي يرى بأنه سبب من أسباب كسب الملكية.

البند الأول : التقدم قرينة قانونية قاطعة على الملكية

وهو ما يرححه الدكتور رمضان أبو السعود، وسبب ذلك أن المشرع قدر أن حيابة الشيء مدة زمنية معينة ترجع في أغلب الأحيان إلى أن الحائز هو المالك أي أن الحيابة طوال هذه المدة قامت في تقديره قرينة على الملكية، حيث لا يمكن أن يتساوى مرور الزمن في التملك مع الميراث والعقد وغيره من أسباب كسب الملكية، ويضيف بأنه في التقدم نكون أمام حالتين الأولى أن يكون الشخص حائزا غاصبا لملك غيره واسمرت حيابته مدة 15 سنة، والثانية أن

1- القانون 02/07 المؤرخ في فيفيري 2007

2- ثابتي ولد، المرجع السابق ، ص 31

3- د محمدي فريدة (زواوي)، الحيابة والتقدم المكسب، مرجع السابق ، ص 88

4- د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، آليات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود ...، مرجع السابق، ص 61

نكون بصدد حائز ليس بغاصب ولكنه عاجز عن إثبات ملكيته ومضت على حيازته 15 سنة، ففي الأولى تقوم القرينة القاطعة لاعتباره هو المالك ، وذلك تحقيقاً لمبدأ استقرار الأوضاع الظاهرة والصالح العام ، وفي الثانية أن دور القرينة إعفاءه من الإثبات المشار إليه ، ضف إلى ذلك أن التشريعات التي تأخذ بنظام السجل العيني تستبعد نظام لتقدم المكسب وهو ما يؤكد أنه في الحالات الأخرى التي يأخذ فيها بنظام التقدم ، فأنا نكون في حقيقة الأمر بصدد قرينة قانونية قاطعة ولسنا بصدد سبب أصيل مباشر للملك¹.

ويأخذ على هذا الرأي أن القول إن هناك قرينة قانونية قاطعة فيها لبس إذ أن القرينة قاعدة إثبات فهي دليل من الأدلة، والدليل لا بد أن يقبل إثبات العكس ؛ فإذا امتنع هذا الإثبات أصبحنا بصدد قاعدة موضوعية حقيقة².

ويأخذ عليه أن القول بأن التقدم المكسب هو قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحائز ينطوي على الخلط بين القاعدة الموضوعية والقرينة القانونية ، كون ان القاعدة تقوم على فكرة القرينة، فهناك قواعد موضوعية يستوحىها المشرع من فكرة القرينة ومنها يقرر حكماً موضوعياً وتكون القرينة متوارية وراء الحكم وبالنسبة للتقدم يمكن استنتاج هذا الترابط، حيث من المحتمل أن المشرع قد استعان لتقرير هذه القاعدة الموضوعية انطلاقاً من قرينة إن الحائز الذي حاز الشيء مدة طويلة تفوق 15 سنة يفترض فيه أنه مالك لهذا الشيء³.

البند الثاني : التقدم المكسب سبباً مباشراً لكسب الملكية أو الحق العيني

وهو ما يذهب له غالبية الفقهاء في مصر حيث يعتبرون التقدم سبباً مباشراً لكسب الملكية أو الحق العيني وهو ليس مجرد قرينة قانونية، فالحائز المتمسك بالتقدم يستفيد من قاعدة موضوعية تكسبه الحق وليس من قاعدة إثبات تعفيه من إثبات حقه⁴.

فحيابة الحق العيني لمدة طويلة يعد بذاته سبباً من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، وهو ما اخذ به المشرع الجزائري، حيث اعتبر التقدم المكسب سبباً لكسب الملكية

1- د رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق، ص 321

2- احمد برادي، التملك عن طريق التقدم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 85

3- ثابتي وليد، التقدم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير، مرجع سابق،

4- د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، آليات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود...، مرجع السابق، ص 59

والحقوق العينية ، ونظمه في الفصل الثاني من الكتاب الثالث تحت عنوان طرق اكتساب الملكية بموجب المواد 827 إلى 836 من القانون المدني وذلك ضمن القسم السادس من هذا الفصل والخاص بالحيابة.

ولقد اعترض على هذا الرأي من قبل مؤيدي فكرة القرينة القانونية و قالوا نحن لسنا بصدد قاعدة موضوعية وإلا كان معنى ذلك أن يتساوى مرور الزمن مع الميراث والعقد وغيره من أسباب كسب الملكية¹.

المطلب الثالث : شروط التقادم المكسب

بالرجوع إلى النصوص الخاصة بالتقادم في القانون المدني نجد أنها ميزت ضمن أحكامها بين الشروط المشتركة لنوعي التقادم، من ضرورة وجوب توافر شرطي الحيابة واستمرار الحيابة مدة زمنية معينة ومحددة قانوناً سنتناولها في الفرع الأول وشروط خاصة بالتقادم القصير، وهما السند الصحيح وحسن النية وسنتناولها في الفرع الثاني .

الفرع الأول : الشروط المشتركة لأنواع التقادم المكسب

تطلب المشرع في التقادم المكسب بنوعيه شرطان ، هما الحيابة واستمرار الحيابة مدة زمنية معينة محددة قانوناً.

البند الأول : الحيابة

يشترط لاكتساب الحق بالتقادم أيًا كانت مدته أن توجد حيابة قانونية صحيحة مستوفية لعنصرها المادي والمعنوي وان توجد سيطرة مادية فعلية وان يظهر بمظهر المالك صاحب الحق، ويكسب الحائز بالتقادم ما حازه، فإذا حاز الشخص حق الانتفاع يكسب بالتقادم حق الانتفاع فقط أي ذات الحق الذي انصبت عليه حيازته فلا يمكنه كسب حق الملكية مثلاً². ولا يمكن أن نتصور قيام حيابة على عمل من أعمال التسامح أو الرخصة أو بشكل عرضي، ماعدا تلك الحالة التي تتغير فيها الحيابة العرضية إلى حيابة قانونية³، كما يجب أن

1- د رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع السابق، ص360

2- د محمدي فريدة (زواوي)، الحيابة والتقادم المكسب، مرجع السابق، ص 89

3- د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، آليات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود...، مرجع السابق، ص 93

يكون الحق الذي ترد عليه الحيابة من الحقوق الجائز اكتسابها بالتقادم ويجب أن تكون هذه الحيابة خالية من العيوب التي يمكن أن تشوبها على النحو السابق بيانه، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب، والأصل هو افتراض أن الحيابة غير مشوبة بعيب من العيوب السابقة حتى يقوم الدليل على العكس¹.

البند ثاني : استمرار الحيابة مدة معينة

إن الحيابة المؤهلة لكسب الحق بالتقادم يجب أن تستمر فترة من الزمن يقدرها المشرع حتى يتيح للمالك الحقيقي الوقت الكافي للاعتراض على هذه الحيابة واسترداد العقار من الجائز، والقاعدة أن مدة التقادم المكسب هي 15 سنة واستثناء تكون 10 سنوات بشرط توافر حسن النية والاستناد لسبب صحيح مدته 10 سنوات، وأن المدة في التقادم من النظام العام². والمدة المطلوبة في التقادم بنوعيه من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقصان، فقد نصت المادة 322 من القانون المدني الجزائري « لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون³ »

وتبدأ مدة التقادم في اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيابة وتحسب مدته بالأيام لا بالساعات ويدخل في حساب المدة ما يعرض أثناءها من المواسم والأعياد والعطل⁴. مع أن الحق العيني الملق على شرط واقف لا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من وقت تحقق والشرط، أما الحق العيني المقترن بأجل لا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من وقت حلول الأجل، ذلك لأن الحق العين وإن كان موجودا من وقت صدور التصرف بأثر رجعي فإنه لا يكون نافذا إلا من وقت تحقق الشرط والعبارة في سريان التقادم بنفاذ الحق لا بوجوده، أما فيما يخص الحقوق العينية الاحتمالية فمن البديهي أنه لا يجوز كسبها بالتقادم لأنها لا توجد بعد⁵.

1- د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية ...، مرجع سابق، ص 62.

2- المرجع نفسه، ص 62.

3- الامر 75-58 السابق المادة 322.

4- ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، صفحة 55

5- د محمدي فريدة زواوي، الحيابة والتقادم المكسب، مرجع السابق ص 91، 92

وقد أقام المشرع قرينة لصالح الحائز لينخفف عنه عبء الإثبات وعلى مدعي العكس أن يثبت ذلك، وذلك من خلال نص المادة 830 من القانون المدني « إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابقا معين وكانت قائمة في الحال فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزميين ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك¹ »

وبالنسبة لضم مدد الحيازات، فيستطيع الخلف العام أو الخلف الخاص ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته لاستكمال مدة التقادم وتعد حيازة الخلف العام استمرارا لحيازة سلفه، فيجوز له ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته، أما الخلف الخاص فيبدأ حيازة جديدة، فإذا كانت حيازته من نفس طبيعة حيازة سلفه جاز له ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته لاستكمال المدة المطلوبة في التقادم ولكن إذا كانت حيازة سلفه مختلفة عن حيازته فيستطيع ضم مدة حيازة سلفه فيما يتعلق بالتقادم الطويل، ولكن إذا كان الخلف الخاص يتمسك بالتقادم القصير فليس له الحق في ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته إذا كان سيء النية².

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالتقادم القصير

من خلال أحكام المادة 828 من القانون المدني أن المشرع استوجب حضور شرطين خاصين للتقادم المكسب القصير وهما السند الصحيح وحسن النية، مع الإشارة إلى أن المشرع استثنى حقوق الارتفاق الظاهرة، فهي تكسب بالتقادم المكسب الطويل فقط، إلا أن حائز حق الملكية التي يقع عليها ارتفاق يستطيع كسب الملكية والارتفاق معا بالتقادم القصير إذا ما توافرت شروطه³.

وفيما يلي شرط السند الصحيح وشرط حسن النية

البند الأول : السند الصحيح

طبق لأحكام المادة 828 من القانون المدني الجزائري « هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالك للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند »

1- المادة 830 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري

2- د محمدي فريدة (زواوي)، الحيازة والتقادم المكسب، مرجع السابق، ص 93

3- احمد برادي، التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 106

وقد انتقد بعض الفقهاء هذا التعريف على أساس انه لم يبين أن السند الصحيح من شأنه نقل الحق لو صدر من صاحبه، لذا فهم يرون انه تعريف غير دقيق وأنه أقرب إلى تجهيل السند الصحيح منه إلى تعريفه¹.

وعرفه البعض بأنه تصرف قانوني من غير المالك ويكون من شأنه نقل الملكية لو كان صادرا من المالك².

وعرفه آخرون بأنه كل تصرف من شأنه أن يؤدي الى نقل الحق وذلك إذا لم تشبه شائبة البطلان المطلق من حيث الشكل أو الأساس الأثر الذي كان بإمكانه أن يحدث فيما لو كان قد صدر من المالك الحقيقي لهذا الحق³.

من خلال هاته التعاريف، تتبين الشروط القانونية للسند الصحيح التي يتطلبها القانون وهي :

1- أن يكون السند الصحيح تصرفا قانونيا صادرا إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا . بمقتضى ها الشرط يكون الحائز مشتريا أو موصى له، غير انه لا يعتبر سندا صحيحا الوقائع القانونية مثل الميراث، فلا يمكن الاستناد إلى الإرث كسبب صحيح يمتلك بمقتضاه الملكية بالتقادم القصير، لأن حيازة الوارث تعتبر دائما استمرار لحيازة المورث، وليست حيازة جديدة ولكن للحائز الوارث أن يكتسب الملكية بالتقادم القصير إذا كانت حيازة المورث مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سند صحيح بغض النظر عن حيازته هو⁴.

2- يجب أن يكون السند ناقلا للملكية. يشترط في التصرف حتى يعد سببا صحيحا أن يكون من التصرفات الناقلة للملكية أو الحق الواردة عليه الحيازة إلى الحائز مثل البيع، المقايضة الهبة والوصية بعين معينة، الوفاء بمقابل وإعطاء العقار كمعدل للقسمة، وكذلك بالنسبة للحقوق العينية الأخرى العقد المنشئ لحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق الرهن الحيازي

¹ - احمد برادي، التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 119

² - د رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية ، مرجع السابق، ص 397

³ - د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية ...، مرجع سابق، ص 75

⁴ - ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 82

ويعد من هذا القبيل كذلك الأحكام الناقله للحقوق، كحكم رسو المزاب عند نزع ملكية مدين بناء على طلب دائنيه¹.

وعلى هذا لا تعتبر التصرفات التالية أسباب صحيحة :

- التصرف الكاشف عن الحق أو المقرر له، كالتقسمة والصلح والأحكام.

- العقود التي تنشأ التزامات شخصية كعقد الإيجار، الوديعه و العارية لأنها ليست بطبيعتها

ناقلة للملكية الى الذي يحتج به.

- التصرف الباطل بطلانا مطلق .

- التصرفات القابلة للإبطال، فهي تصرفات صحيحة ومنتجة لآثارها قبل الحكم بإبطالها .

- التصرف القانوني الملحق على شرط فاسخ إذا لم يتحقق الشرط الفاسخ بعد فوات 10

سنوات مدة التقادم القصير .

- التصرف القانوني المعلق على شرط واقف ، فلا يصح سندا إلا من وقت تحقق الشرط .

- السند الظني ، وهو السند الذي لا وجود له إلا في مخيلة الحائز².

3 - أن يكون السند الصحيح مشهرا. لانه في القانون الجزائري العقود غير المشهورة لا

تنقل الملكية طبقا للمادة 793 من القانون المدني وتطبيقا للمادة 15 من الأمر 74/75 التي

اعتبرت انه لا وجود للحقوق العينية العقارية الا من تاريخ شهرها³.

4- يجب أن يكون السند الصحيح من غير المالك إذ يهدف التقادم القصير إلى تغطية

العيب الناجم عن عدم ملكية التصرف⁴.

البند الثاني : حسن النية

تقضي المادة 1/824 من القانون المدني الجزائري بأن « يفرض حسن النية لمن يحوز حقا

وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم »

ويعرفه الدكتور رمضان ابو السعود هو أن الحائز يجهل أنه يتعدى على حق للغير وبعبارة

¹ - د رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مرجع السابق، ص 400

² - د محمدي فريدة (زواوي)، الحيابة والتقادم المكسب، مرجع سابق، ص 108 ، 109

³ - ميسون زهوين، الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير، مرجع السابق، ص 60

⁴ - د محمودي عبدالعزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 97

أخرى يجب أن يعتقد أن من تصرف إليه في العقار هو مالكه أو صاحب الحق المتصرف فيه.

ويخلص من ذلك أن الحائز يكون حسن النية عندما يجهل بالعيب الذي شاب السبب الصحيح¹.

وقد وضع المشرع الجزائري في المادتي 1/824 و 815 من القانون المدني الجزائري معيارين في تحديد حسن النية.

معيار شخصي يعتبر الحائز حسن النية إذا كان يعتقد دون أي شك أنه يتعامل مع مالك العقار أو صاحب الحق العيني على العقار.

أما المعيار الموضوعي فضمته المادة 1/824 التي تعتبر الحائز سيئ النية إذا جهله لاعتدائه على حق الغير ناشئا عن خطأ ، والخطأ الجسيم هو ما يرتكبه شخص قليل العناية أو شخص مهمل².

ونصت المادة 825 من القانون المدني على حالة أخرى في المعيار الموضوعي بقولها « ويعد سيئ النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه »

والأخذ بالمعيار الموضوعي يؤدي إلى تفادي النتائج غير المنطقية التي يدي إليها الأخذ بالمعيار الشخصي وحده، إذ قد يؤدي إلى ترجيح مصلحة الحائز الغاصب على مصلحة المالك الحقيقي³.

وتجدر الإشارة إلى انه يجب أن يتوافر حسن النية لدى الحائز في الوقت الذي كان يتلقى فيه الملكية مع الذي يعتقد أنه المالك الحقيقي، أي يجب توافر حسن النية وقت تحرير العقد الرسمي وشهره بالمحافظة العقارية.

والأصل أن حسن النية مفترض في الحائز إلى ان يقوم الدليل على العكس، وعلى المالك الحقيقي أن يثبت سوء نية الحائز أثناء تلقي الملكية بجميع طرق الإثبات لأن حسن النية واقعة

¹ - د رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مرجع السابق، ص 409

² - د محمدي فريدة (زواوي)، الحيازة والتقادم المكسب، مرجع سابق، ص 112

³ - د محمودي عبد العزيز/المرحوم حاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية ...، مرجع سابق، ص 73

مادية وتخضع لتقدير القضاء¹.

المطلب الرابع : وقف وانقطاع التقادم المكسب

فضلا عن وجوب توافر شرطي الحيابة واستمرارها مدة معينة فرض المشرع على الحائز الذي يضع يده على العقار المدة المطلوبة قانونا أن تستمر دون وقف (الفرع الأول) ولا انقطاع (الفرع الثاني)، وقد أحدات في ذلك المادة 832 من القانون المدني الجزائري إلى أحكام التقادم المسقط وما ورد في المواد 833، 834 من القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: وقف التقادم المكسب

يقصد بوقف التقادم عدم حساب المدة التي يتحقق فيها سببا للوقف، فإذا زال هذا السبب عاد التقادم يسري كما كان، أي أنه يعني إسقاط المدة التي وقف سريان التقادم خلالها من حساب مدة التقادم².

وهذه الأسباب قد تكون أسباب عامة وقد تكون أسباب خاصة

البند الأول : الأسباب العامة لوقف التقادم المكسب

إن المشرع لم يحددها على وجه الحصر، لأنه طبق قاعدة وقف التقادم كلما وجد عند صاحب الحق مانع³.

وعليه يصنف ضمن الأسباب العامة الموانع التالية:

- المانع المادي يرجع الى ظرف مادي اضطراري غير إرادي ، كقيام الحرب، إعلان حالة الطوارئ، انقطاع المواصلات.

- المانع الأدبي ومثاله أن يجوز الزوج عقارا مملوكا لزوجته حيازة قانونية صحيحة خالية من العيوب وامتنعت الزوجة عن المطالبة بحقها تفاديا للخصومة مع الزوج، واعتبرت المحكمة العليا أن من نتيجة المانع الأدبي في علاقة القرابة بين الحائز والمالك يجعل الحيابة مشوبة بعيب اللبس فلا ترتب آثارها⁴.

¹ - ميسون زهوين، الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 61

² - د رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 377

³ - د محمد حسن قاسم ، موجز الحقوق العينية الاصلية ، ص 364

⁴ - ميسون زهوين، الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 65

-المانع ألتفاقي كما لو اتفق الحائز والمالك على أن يقف التقادم خلال الفترة التي يستغرقها التحكيم المتفق عليه¹.

-المانع القانوني كحالة اتحاد الذمة.

البند الثاني: الأسباب الخاصة لوقف التقادم المكسب

ويكون في حق من لا تتوفر فيه الأهلية ، أو في حالة الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية وذلك إذا لم يكن لهؤلاء نائب يمثلهم .

وتعد أسبا وقف التقادم نسبية فلا ينتفع بها إلا الشخص الذي وقف التقادم لمصلحته بإستثناء حالة ما اذا كان الحق الذي ترد عليه الحيابة غير قابل للتجزئة كحق الارتفاق، إذ يقف التقادم بصفة مطلقة في حق جميع الشركاء².

الفرع الثاني: انقطاع التقادم المكسب

إذا كان وقف التقادم يؤدي الى عدم احتساب مدة الوقف مع احتساب ما قبلها وما بعدها من مدة، فإن انقطاع التقادم على العكس يؤدي إلى إسقاط المدة السابقة على تحقق الانقطاع وتبدأ مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على هذا السبب³.

وهو على نوعين انقطاع طبيعي جاء في المادة 834 من القانون المدني، وانقطاع مدني جاء في أحكام المواد 317 إلى 319 من القانون المدني الجزائري.

البند الاول: الانقطاع الطبيعي للتقادم المكسب

نصت المادة 834 من القانون المدني « ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها ولو بفعل الغير ، غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيابة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد⁴ »

ويرجع هذا الانقطاع إلى زوال الحيابة من الحائز خلال مدة التقادم فإذا زالت الحيابة قبل التقادم فإنه ينقطع ، وبالتالي لا يعتد بالمدة التي سبقت انقطاعه، ويكون زوال الحيابة أما

¹ - د رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، مرجع سابق، ص 380

² - د محمدي فريدة (زواوي)، الحيابة والتقادم المكسب، مرجع سابق، ص 96

³ - د محمد حسن قاسم ، موجز الحقوق العينية الاصلية ، ص 365

⁴ - الأمر 75-58 ، المادة 834

بفقد عنصريها المادي والمعنوي أو بفقد احدهما¹.

لكن إذا أسترء الحائز حيازته خلال مدة سنة أو رفع دعوى استردادها في الميعاد ، فإن التقارم المكسب لا ينقطع طبقا للمادة 834 من القانون المدني.

البند الثاني: الانقطاع المدني

ويتحقق إما بتصرف يصدر من المالك أو من الحائز

1 - الانقطاع المدني بتصرف من المالك وقد نص عليه المشرع في الما317 من القانون

المدني ، وما يهمننا منها تلك التي تتم بالمطالبة القضائية أو عن طريق التنبيه

- الانقطاع بالمطالبة القضائية وذلك راجع لاعتبارات تقتضيها العدالة حيث أن الدعوى

قد يطول الفصل فيها وليس من العدل أن يسري التقارم أثناء سريان الدعوى، ويكون ذلك بمطالبة صاحب الحق بحقه، ويستوي أن تكون هذه المطالبة بدعوى أصلية أو بطلب عارض أثناء نظر الدعوى أو عن طريق اختصام الغير أو التدخل²، وينقطع بالمطالبة القضائية برفع دعوى عن موضوع الحق ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة³.

لكن لكي ينقطع التقارم يجب أن تنتهي الدعوى بحكم لصالح المدعي ، إما إذا سقطت

الدعوى أو رفض الفصل فيها فلا يسقط التقارم⁴.

- انقطاع التقارم بالتنبيه وذلك إذا كان بيد المالك سند تنفيذي سواء كان سندا رسميا أو

حكما قضائيا فيستطيع أن ينبه الحائز بموجب هذه الورقة تنبيهها رسميا، فينقطع التقارم بموجبه⁵.

2- الانقطاع المدني بتصرف الحائز وقد نصت عليه المادة 341 من القانون المدني

الجزائري، والذي يتم بإقرار الحائز بحق المالك والمقصود بالإقرار في هذا المقام كل تصرف قانوني يرمي إلى النزول عن الحق ، بل نزولا عن ما انقضى من مدة فقط، وقد يكون ذلك صريحا أو

¹ - ميسون زهوين، الحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجيستير، مرجع سابق، ص 67

² - د محمدي فريدة (زواوي)، الحيابة والتقارم المكسب، مرجع سابق، ص 98

³ - د محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 367

⁴ - د رمضان ابو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص 386

⁵ - ميسون زهوين، الحيابة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجيستير، مرجع سابق، ص 69

ضمناً، كما أن الإقرار الصريح قد يكون مكتوباً أو غير مكتوب، أما الإقرار الضمني فيستخلص من أي عمل يصدر عن الحائز يفيد معنى الإقرار¹.

وترتب على انقطاع التقادم أن تسقط مدة التقادم التي سبقت الانقطاع، فتلغى الحيابة السابقة ويبدأ سريان تقادم جديد بعد زوال سبب الانقطاع في حال عودة الحائز إلى العين من جديد، فإن كان سبب الانقطاع هو زوال الحيابة فيبدأ سريان تقادم جديد من الوقت الذي يعود فيه الشيء ثانية إلى حيابة الحائز، وإن كان سبب الانقطاع راجع إلى المطالبة القضائية فيفضل التقادم منقطعاً طالما بقيت الدعوى قائمة².

¹ - د رمضان ابو السعود ، المرجع السابق، ص 390

² - د محمدي فريدة (زواوي)، الحيابة والتقادم المكسب، مرجع السابق، ص 102

خلاصة الفصل

نخلص من خلال دراستنا للفصل الأول أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمفهوم الحيابة بل اكتفى بتحديد أحكامها وآثارها وترك ذلك للفقهاء، يقول بعض الفقهاء أن الحيابة هي عنوان الملكية الظاهرة فهي تدل في أغلب الأحيان على ظاهر ينبغي احترامه، إذ يظهر الحائز بمظهر صاحب الحق على الشيء المحاز وذلك لضرورة استقرار الأمن في المجتمع، لذا فقد عرفها البعض على أنها سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء تظهره بمظهر صاحب الحق، وقد تطلب المشرع لصحة الحيابة ولتنتج آثارها أركاناً وشروط معينة وخلوها من العيوب، إلا أن هذا لا يكفي حتى تكون الحيابة سبب من أسباب كسب الملكية بل لابد من اقتراها بمدة زمنية معينة محددة قانوناً يصطلح عليها بالتقادم المكسب لذا فالبعض يعتبره الوجه الثاني للحيابة في كسب الملكية العقارية فهو مؤدى الحيابة الهادئة والمستمرة وجوهر مقتضياتها الأساسية وأهم آثارها، وكما فعل المشرع في الحيابة فقد اكتفى بالتطرق لإحكامه وشروطه دون تقديم تعريفاً لذلك، وقد عرفه البعض بأنه طريقة لكسب الملكية أو الحق العيني الذي ترد عليه الحيابة ، وهو نوعان التقادم المكسب الطويل بـ 15 سنة والتقادم المكسب القصير بـ 10 سنوات، وهو يختلف عن الأول في توافر السند الصحيح وحسن النية وذلك وفقاً للشروط المحددة قانوناً.

الفصل الثاني:

إعمال الحيازة وإثباتها في ظل نظام

الشهر العيني

تمهيد

إن الحيازة المقترنة بالتقادم المكسب وسيلة مباشرة لكسب الملكية العقارية الخاصة، وأداة لتسليم سندات الملكية للملاك الحائزين الظاهرين وذلك بإتباع الإجراءات العامة للدعاوي القضائية، حيث أنه في كثير من الأحيان يجبر القاضي على تعيين خبير للإطلاع على وثائق الأطراف وتعيين العقار تعيينا دقيقا، الشيء الذي يصطدم بطول إجراءات التقاضي ويرهن المتقاضين ولا يساعد على تسليم سريع وفعال لسندات الملكية، ونظرا لهشاشة التنظيم العقاري وضرورة التصدي للنتائج الهزيلة لعمليات مسح الأراضي دفع المشرع إلى التفكير في آليات أكثر سرعة وفعالية تضمن تسليم الملاك والحائزين عقود وسندات تثبت ملكيتهم غير طريق القضاء . وقد كانت البوادر الأولى لذلك بسن المشرع للمرسوم 83-352 المؤرخ في 1983/05/21 المتضمن استحداث إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ، غير أنه لم يكن كافيا لضمان عملية التطهير، وقام المشرع بتفعيل قواعد الحيازة العقارية المعلن عنها بالمادة 30 من القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري، وبادر بإصدار المرسوم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 المتضمن تحديد كفاءات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها، غير أن هذه الآلية ووجهت بعزوف الأشخاص الحائزين عنها، لأنها لم تضمن كل خصائص الملكية وخضوعها للتصفية المستقبلية بإجراءات المسح العام للأراضي، ولتفادي ما يشوب الإجراءات السابق ذكرها، بادر المشرع إلى إصدار القانون 07-02 المؤرخ بتاريخ 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

وما يهمنا من ذلك في بحثنا هذا هو الارتباط العملي والإجرائي للحيازة كواقعة بتلك الآليات والتي ينتج عنها كسب الملكية العقارية (المبحث الأول) ، وبما أن المشرع الجزائري قد تبنى نظام الشهر العيني صراحة بديلا لنظام الشهر الشخصي كنظام عصري للحفاظ العقاري سندس مدى توافق الحيازة كسبب لكسب الملكية العقارية الخاصة وذلك ضمن الآليات السابقة القضائية وغير القضائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول : توافق اكتساب الملكية العقارية الخاصة بالحيازة مع مبادئ الشهر العيني

من مبادئ الشهر العيني كما سوف نرى حظر التملك بالتقادم لكن المشرع الجزائري ابقى على هذه الوسيلة للتملك رغم اعتماد نظام الشهر العيني فكيف وافق بين الاثنين هذا ما سنبينه موضحين أنظمة الشهر العقاري وتعامل المشرع معها في المطالب التالية.

المطلب الأول: نظام الشهر العقاري قبل اعتماد نظام الشهر العيني

اعتمد التشريع العقاري الجزائري عقب الاستقلال نظام الشهر الشخصي الذي يعتمد على التسجيل بحسب أسماء الأشخاص المالكين للعقار أو الحق العيني دون حاجة إلى العقار محل التصرف، ورغم سهولة إجراءات هذا النظام إلا أن مساوئه كانت عديدة، والذي وبمرور الزمن اتضح أنه لم يسمح بتحسين الوضعية السيئة للملكية العقارية، وبالتحديد مسألة غموض وانعدام سندات الملكية العقارية الخاصة، وسوف نتعرف على هذا النظام وعيوبه في الفرعين التاليين

الفرع الأول : تعريف وخصائص نظام الشهر الشخصي

البند الأول : تعريفه

يمكن تعريف نظام الشهر الشخصي من عبارة (شخصي)، التي تفيد بأن الشخص هو محل الاعتبار في شهر التصرفات العقارية الواردة على أسماء الأشخاص القائمين بها، أي يتخذ اسم الشخص محورا أساسيا لتصنيف كل التصرفات التي يبرمها هذا الشخص، و يتم ذلك بوضع سجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية، كما يتم وضع سجل آخر على الترتيب الزمني لتقديم التصرفات إلى المكلف بالتسجيل أو الشهر¹.

البند الثاني : خصائصه

أولاً- تتخذ أسماء الأشخاص أساسا للشهر

ثانياً- بدون قوة ثبوتية، أي التصرف الذي يسجل لا يفحص من العيوب سواء كان باطلا أو

¹ -مدحت محمد الحسيني، إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، الإسكندرية، 1992، ص09

قابلا للإبطال أو قابلا للفسخ، على أن يبقى لكل ذي مصلحة في أن يعترض على هذا التصرف ثم تسجيله بالإبطال أو الفسخ فيظل بذلك المتصرف إليه مهددا بهذا الخطر كما سوف نرى فيما بعد مع العلم أن هذه الخاصية الثانية التي يتصف بها نظام الشهر الشخصي تتمثل في قاعدتين :

أ- القاعدة الأولى :

هي أن الشخص الذي يتصرف في الحق العيني الأصلي أو التبعية، لا يستطيع أن ينقله إلى غيره إذا كان لا يملكه، و عليه فقد يتصرف الشخص في العقار مثلا بالبيع إلى شخص آخر، إلا أن هذا الأخير قد يتلقى هذا العقار من غير مالكة أي: قد يظهر فيما بعد شخص ثالث يكون هو المالك الحقيقي للعقار، و يكون لديه سند صحيح أو يدعى الملكية للعقار بالتقادم و يطالب باسترداد العقار من غير أن يكون التسجيل طبقا لنظام الشهر الشخصي أثر يحول دون هذا الاسترداد وبذلك يكون المتصرف إليه وكأنه تلقى العقار من غير مالكة، و يصبح المتصرف أي: البائع غير قادر على نقل حق لا يملكه و نطبق عليه قاعدة فاقد الشيء لا يعطيه، اللهم إذا كان المشتري أي المتصرف قد تملك العقار بالتقادم، حيث أنه الوسيلة الوحيدة التي تحمي المتصرف فيه من الاسترداد¹

ب- القاعدة الثانية

و تتمثل هذه القاعدة التي تعتمد عليها الخاصية الثانية من خصائص نظام الشهر الشخصي، في أن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقوق أكثر مما يملك هو، ومفاده أن تسجيل التصرف الناقل للملكية حق عيني كالبيع مثلا ينقل الحق موضوع التصرف كما هو بكل العيوب العالقة به دون أن يكون للتسجيل أثر مطهر لهذه العيوب، و بالتالي ينتقل الحق بدون تغيير فإذا كان التصرف قابلا للإبطال انتقل كذلك و إذا كان قابلا للفسخ كان الأمر كذلك بعد التسجيل. وإذا كان الحق موضوع التصرف مثقلا بحق عيني آخر كحق الارتفاق مثلا ينتقل مثقلا بهذا الحق، أي تنقل الملكية مثقلة بحق الارتفاق و على هذا الأساس سمي نظام الشهر الشخصي بنظام تسجيل التصرفات كما هي دون إعاقة اهتمام لصحة التصرف أو عدم

¹ - لياس بروك ، نظام الشهر العيني في الجزائر ،مذكرة ماجستير ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،سنة 2006، ص 7.

صحته¹.

الفرع الثاني : سلبات نظام الشهر الشخصي

لم يخل هذا النظام من عيوب حالت دون تطبيقه، ومن أهمها :

1- لا يتمتع بالقوة الثبوتية، وليس له الحجية المطلقة، ولا يعطي الضمانات الكافية لصاحب الحق لثبوت التصرف له بصفة نهائية، أين يجعله عرضة للمنازعات القضائية، ويهدده بزوال الحق الذي اكتسبه .

2- صعوبة التعرف على المالك الحقيقي للعقار، وعن هويته الكاملة وذلك بالبحث عنها في مختلف السجلات، بالإضافة إلى خطر ضياع الملكية بالتقادم أو الميراث، ويؤدي حتما لحدوث تغيير في أسماء المالكين.

3- وفي ظل هذا النظام يكثر بيع ملك الغير، حيث يمكن للمالك غير الحقيقي التصرف في العقار، فيسجل التصرف باسمه، وعندما يتصرف المالك الحقيقي يسجل التصرف باسمه كذلك، فنكون أمام تصرفين متفرقين تحت اسمين مختلفين². بالإضافة إلى أنه في هذا النظام لا يُتحرى من صحة التصرفات المبرمة بل تستمر كما هي، ذلك أن شهر التصرف الناقل للملكية لا يضيف شيئاً للحق الذي ينتقل بالعيوب العالقة فيه، ومن ثم فلا يكون للشهر أثر مطهر وهنا يظهر الدور السلبي للموظف المكلف بالشهر، والذي لا يملك صلاحية تفحص العيوب اللاحقة بالتصرف³.

ونظرا لهذه المساوئ والعيوب والتي أثبتت فشل هذا النظام لنقل الملكية العقارية والتصرفات الواردة عليها، بسبب عدم تحديد العقارات تحديدا دقيقا ومحددا، ظهر نظام جديد للشهر العقاري، من شأنه تنظيم الملكية العقارية والحقوق العينية الواردة عليها، وفقا لتقنيات مستحدثة، أهمها مسح الأراضي العام وإعداد البطاقات العقارية، والتي تمسكها كل المحافظات العقارية، وهذا ما يكرسه نظام الشهر العقاري العيني.

¹ - لياس بروك ، نظام الشهر العيني في الجزائر ،مذكرة ماجستير، مرجع سابق ص8

² -جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية الجزائر ، سنة2006 ،ص19.18.

³ -ثابتي وليد،التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير،جامعة باتنة، 2008/2009 ، ص106

المطلب الثاني: نظام الشهر العيني

لتبيان دور هذا النظام في اكتساب الملكية العقارية يتطلب منا التطرق إلى تعريفه وخصائصه وتقييمه في الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريفه

يعد هذا النظام من أحدث الأنظمة ظهورا وانتشارا، والتي تسعى إليه مختلف دول العالم، وتجدر الإشارة أن أول ظهور له كان في استراليا على يد مبتكره "سير روبرت تورانس"، والذي قدم برنامجا متعلقا بتنظيم الملكية العقارية، وتبنته معظم الدول بعد ذلك.

ويعرف أيضا بنظام السجل العيني، حيث لا يكون الشهر فيه على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات بل على أساس العقارات ذاتها، بمعنى أن السجل الذي يتم فيه الشهر لا يمسك بحسب أسماء الأشخاص، بل بحسب أرقام العقارات، حيث تخصص لكل عقار تقريبا صفحة كاملة تدون فيه كل التصرفات الواجبة الشهر الواردة على العقار مع كل البيانات المتعلقة به كالمساحة، الحدود، الرقم، ...، أين يسمح بمراقبتها وإجراء تحريات للتحقق من مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية للمحرر المراد إخضاعه لعملية الشهر، ومن أسماء من وقع منهم التصرف، وأهليتهم، فالملكية العقارية لا توجد بالنسبة للمتعاقدين إلا منذ قيدها في السجل فكل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير ولا تقيد فيه إلا الحقوق المشروعة¹.

الفرع الثاني: خصائص نظام الشهر العيني

يتميز نظام الشهر العيني بجملة من الخصائص، كل خاصية تمثل مبدأ يقوم عليه هذا النظام، و تتمثل هذه المبادئ في:

البند الأول : مبدأ التخصيص

و مفاده أن نظام الشهر العيني يتخذ العقار أو الوحدة العقارية أساسا لشهر التصرفات الواردة على هذا الأخير، سواء كان هذا التصرف القانوني منشئا أو معدلا أو ناقلا.... لحق الملكية²، فتخصص لكل وحدة عقارية بطاقة عقارية عينية، تقيد فيها جميع المعاملات الواردة

¹ - أ- ريم مراحي، دور المسح في اثبات الملكية في التشريع الجزائري، منشورات البغدادي، الرويبة الجزائر، سنة 2009، ص 85

² - ليلى زروقي، حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 45.

على هذا العقار، كما تشير إليه المادة 38 من المرسوم 63-76 السالف الذكر، بنصها على مايلي « : كل إشهار للعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء إرتفاقات أو حقوقا مشتركة، يجب أن يكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار¹. »

و من مجموع هذه البطاقات العقارية يتكون ما يسمى بالسجل العيني أو السجل العقاري وهذا ما نصت عليه المادة 1/12 من الامر 74/75 السالف الذكر، بقولها « إن السجل العقاري المحدد بموجب المادة 3 أعلاه، يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية² ... »

فتعتبر بذلك البطاقة العقارية بمثابة عقد ميلاد العقار من الناحية القانونية، أما السجل العقاري، فيعتبر بمثابة سجل الحالة المدنية للعقارات المسووحة، وهكذا فإن مبدأ التخصيص، يجعل نظام الشهر العيني يستند إلى العنصر الثابت في التصرفات وهو العقار، عكس نظام الشهر الشخصي الذي يعتمد في عملية الشهر على عنصر متغير و هو الشخص، ذلك أن أسماء الأشخاص تتشابه بينما العقارات لا تتشابه أسماءها وأرقامها، إذ صار ينظر إلى ملكية العقار على أنها تشخيص ذاتي له، دون أدنى اعتبار للشخص المتصرف فيه.

البند الثاني: مبدأ الشرعية

ومقتضاه وجوب التحقق و الرقابة والمراجعة الدقيقة السابقة لعملية الشهر، فلا يشهر أي حق عيني إلا بعد تنقيته من كل شائبة، بحيث يكون مطابقا للحقيقة وعنوانا لها طالما أن هذا الحق العيني يتحصن بمجرد قيده في السجل العقاري.

و تحقيقا لمبدأ الشرعية، فإن المحافظ العقاري في ظل نظام الشهر العيني، يعد المحور الأساسي، إذ أنه يلعب دورا إيجابيا و متميزا، فقد أوكل له المشرع الجزائري مهمة مراقبة مدى استفتاء السندات المراد شهرها على مستواه للشروط الشكلية و الموضوعية³، كما ورد في نص المادة 105 من المرسوم 76/ 63 المؤرخ في 25 مارس 1976 و المتعلق بتأسيس السجل العقاري « يحقق المحافظ بمجرد إطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة

¹ -مرسوم 76/63، السابق الذكر ، المادة 38

² -مرسوم 74/75 ، سابق ذكره ، المادة 12.

³ -مجيد مخلوفي ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري،الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، الجزء الاول ، سنة 2002، ص25.

المودعة بأن موضوع سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح.»

و يفهم من ذلك أن دور المحافظ العقاري يقتصر على مراقبة وإثبات ما إذا كان هناك نقص في البيانات التي يجب أن يحتوي عليها السند المراد شهره، أو أن محتوى التصرف مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويقرر رفض إجراء عملية الشهر دون أن يتعدى ذلك المساس بأصل السند أو تعديله.

البند الثالث مبدأ القوة الثبوتية

وهو ما يعرف بالثقة التامة في السجل العيني، ويقصد بذلك أن التصرفات التي تشهر في ظل نظام الشهر العيني هي قرينة قاطعة على الملكية بالنسبة للعقار أو للحق العيني موضوع الشهر، إذ يصبح التصرف المشهر مطهرا من العيوب مهما كان مصدرها، و بالتالي تكون الحقوق المقيدة حقيقة مؤكدة و نهائية و لا يجوز الطعن فيها لا بدعوى البطلان و لا بدعوى الاستحقاق أو الاسترداد، و هذا ما يطمئن المتعاملين ويشجع القروض المرتبطة بالرهن¹.

و تجدر الإشارة إلى أن الثقة التامة في السجل العقاري لها مظهران، مظهر إيجابي يتمثل في أنه يحتج على الغير بأي حق عيني عقاري مشهر، و مظهر آخر سلبي و هو أنه لا يحتج على الغير بأي حق عيني عقاري غير مشهر.

البند الرابع: مبدأ القيد المطلق

ومعناه أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية، سواء كانت أصلية أو تبعية، فهو الذي ينشئها، يعدلها، ينقلها أو يزيلها، إذ لا يمكن الاحتجاج بها سواء بين أطراف التصرف أو في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري، كذلك الحال بالنسبة للأحكام و القرارات القضائية المثبتة لحقوق عينية عقارية، فإن عدم شهرها ينجم عنه عدم إمكانية الاحتجاج بها على الغير.

و نجد أن مبدأ القيد المطلق وثيق الصلة بمبدأ القوة الثبوتية، فإذا كان نظام الشهر العيني بهذا المبدأ الأخير يوجد الثقة التامة لدى المتصرفين في العقارات فإن هذه الثقة لا يمكن أن تولد

¹ - ليلي زروقي ، حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص46

إلا بوجود مبدأ القيد المطلق، الذي يعتبر مصدر لهذه القوة الثبوتية¹.

البند الخامس مبدأ حضر التقادم

من المعلوم أن التقادم يعد سبب من أسباب اكتساب الملكية، الذي يقوم على واقعة الحيابة ونقصد بالتقادم في هذا المقام- التقادم المكسب- سيطرة شخص سيطرة مادية على حق مدة من الزمن، سواء كان حقا عينيا الملكية - إنتفاع - إرتفاق، أو شخصا، و السيطرة المادية على الحق تكون مباشرة أعمال مادية مما يقوم به عادة المالك على النحو الذي تقتضيه طبيعة هذا الحق².

و الحيابة بالمعنى القانوني تتضمن عنصرين، عنصر مادي يتمثل في مباشرة الأعمال المادية التي يخولها حق من حقوق الملكية التامة أو الناقصة على الشيء، و عنصر معنوي: يتمثل في نية من يباشر هذه الأعمال لاكتساب الحق، و بذلك تكتسب الحيابة بتوافر هذين العنصرين و تفقد بفقدتهما.

و إذا كانت الحيابة قرينة على الملكية، فإن هذه الأخيرة في ظل نظام الشهر العيني ثابتة بالقيد (الشهر)، ذلك أن معظم التشريعات العالمية التي تأخذ بالنظام العيني، تعتبر أن العقارات التي شملتها عملية مسح الأراضي غير قابلة للاكتساب بالتقادم المكسب، على أساس أن المسح العام للأراضي يحدد الوضع المادي و القانوني لصاحب العقار، و بناء على وثائق المسح يتم تأسيس السجل العقاري³، الذي تقيده فيه كل التصرفات العقارية، فتكتسب بذلك الحجية المطلقة في مواجهة الكافة و يصبح صاحب العقار في مأمن تام عن أي تعدي صادر عن الغير، إلا أن المشرع الجزائري و بالرغم من تبنيه لنظام الشهر العيني كأساس لعملية الحفظ العقاري، لا يزال يعتد بالتقادم كسبب من أسباب اكتساب الملكية في المناطق التي لم تشملها عملية المسح، و لم يؤسس فيها بعد السجل العقاري⁴.

1 - ليلي زروقي ، حمدي باشا عمر، مرجع سابق ،ص44

2 - ثابتي وليد،التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير ،مرجع سابق ، ص111

3 - ميسون زهوين،إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، مذكرة ماجستير ،مرجع سابق ، ص 129

4 - ميسون زهوين،إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، مذكرة ماجستير ،مرجع سابق ، ص 131

الفرع الثالث: تقييم نظام الشهر العيني.

تعدد مزايا نظام الشهر العيني لكن هذا لا يجعله يخلو من السلبيات أيضا كما سنوضحه من خلال استعراض مزايا وعيوب هذا النظام.

البند الأول: مزايا نظام الشهر العقاري العيني

لقد غطى هذا النظام الكثير من النقائص التي خلفها سابقه ومن بينها:

أولاً: توفير الحماية القانونية للمتعاقدين: تتمتع كل التصرفات المقيدة في ظل هذا النظام بحماية قانونية وحصانة تامة، بحيث يحقق الطمأنينة في نفوس المتعاقدين الذين ليس لهما التحقق من صحة التصرف و باعتبار أن ملكية العقار ثابتة ومستقرة، كون العقار مطهر من كل حق عيني، ومن كل غش أو تدليس .

ثانياً: سهولة التعرف على الوضعية القانونية للعقار: بمجرد الإطلاع على البطاقة العقارية يتوضح موقع العقار، مساحته، حدوده، رقمه، اسم مالكة بصفة صحيحة ودقيقة، كما أن البيانات الواردة في السجل العقاري تعتبر حجة على ما تضمنته، ولا يمكن أن يعترضها أي غموض أو شك، مما يتجنب المساوئ الناجمة عن تشابه الأسماء.

ثالثاً : إسناد العقار لصاحبه الحقيقي: من شأن هذا النظام تطهير العقار، والحقوق العينية العقارية من كل الشوائب التي قد تلحق به، وكذا إعطاءه مركزاً قانونياً من شأنه إسناد العقار لصاحبه الحقيقي، وذلك بعد الإتمام من عملية مسح الأراضي العام، كما أنه لا يخشى ضياع العقار الممسوح باعتبار أنه يعد له دفتر عقاري، وبطاقة عقارية، تعتبر بمثابة بطاقة تعريف له¹.

البند الثاني : عيوب نظام الشهر العقاري العيني

لم يسلم هذا النظام من انتقادات بعض الفقهاء، رغم الفوائد والإنجازات الكبيرة التي تترتب عن تطبيقه، ومن أهم هذه العيوب هو التكاليف الباهظة التي تتطلبها إجراء عملية مسح الأراضي والمدة الزمنية الطويلة التي تستدعيها، نظراً للإجراءات الأولية الواجب اتخاذها من أجل الحقوق العينية العقارية، والتي تستدعي توفير أشخاص تقنيين متخصصين في الميدان

1- د. حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص16

من جهة، ونظرا للمساحات العقارية الكبرى التي تتطلبها عملية المسح وكل هذه النفقات الباهظة تقع على عاتق الخزينة العامة¹.

إلا انه يبقى على الدولة تسخير كل الإمكانيات المادية والبشرية والتقنية من أجل تعميم تطبيق هذا النظام عبر كل القطر الوطني، خاصة وأنا نعلم مدى أهميته وأهمية ما يدره على الخزينة العامة من عائدات².

المطلب الثالث :مدى توافق اكتساب الملكية بالحيابة مع مبادئ الشهر العيني

لمعرفة مدى توافق اكتساب الملكية بالحيابة مع نظام الشهر العيني سنستعرض موقف الفقه والتشريع والقضاء من التملك بالحيابة وكيف عالجه المشرع الجزائري
الفرع الأول:موقف الفقه من توافق الحيابة مع نظام الشهر العيني

اختلفت آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض لفكرة تملك العقارات بالحيابة في ظل نظام الشهر العيني، فهناك من اتجه إلى حظر هذا النوع من التملك واتجاه ثاني إلى إمكانية ذلك.

البند الأول : رأي حظر التملك بالحيابة

إن من المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني، مبدأ القوة الثبوتية للشهر ومبدأ حظر تملك الحقوق المشهورة بالتقادم المكسب، وحسب المعارضين لفكرة التملك بالحيابة أن مبدأ القوة الثبوتية للشهر، معناه نشوء قرينة قاطعة للملكية لا تقبل إثبات العكس، وبالتالي لا يوجد هناك مالك آخر، غير ذلك المقيّد في السجل العقاري، ولا يمكن للغير وضع اليد على العقار المشهر قصد تملكه وفقا لنظام الشهر العيني، كون الزمن لا يسري على الحقوق المسجلة في السجل العيني. كما أن الأخذ بالحيابة لكسب الملكية يؤدي إلى اكتساب الحق بطريق يخفى عن الغير أو يصعب التحقق منه.

أما المبرر الأهم هو تهديد سلطة السجل العيني وتجعله غير ذي قيمة وزعزعة قوة الائتمان العقاري³.

1 - فردي كريمة ،الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير،جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2008.2007، ص38

2 - بوزيتون عبدالغني،المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، القانون العقاري،جامعة قسنطينة،2009
2010/ص15

3 - ثابتي وليد،التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير ،مرجع سابق ، ص135

البند الثاني : رأي إمكانية التملك بالحيابة في ظل نظام الشهر العيني

ذهب هذا الاتجاه إلى نسيبة الأخذ بالأثر التطهيري للشهر، وانه لا مجال لإلغاء أحكام التقادم المكسب الذي كان ساريا في ظل نظام الشهر الشخصي، بل ذهب رأي إلى القول انه ليس من طبيعة السجل العيني ما يوجب حظر التقادم المكسب، حيث حسب رأيهم أن القوة المطلقة للقيد في السجل العيني تتطلب قيد الحقوق العينية الواردة عن العقار، وغير ذلك فالحق لا ينشأ ولا ينتقل ولا يتغير ولا يزول، ويستندون إلى عدة أسانيد منها :

1- أن عدم الأخذ بالتقادم المكسب من شأنه أن يؤدي إلى ظهور حالات يكون فيها الواقع مخالفا لما هو وارد في السجل العيني كحالة غياب أو اختفاء المالك، حيث من الطبيعي أن تنتقل الملكية من المالك الحقيقي الغائب إلى الحائز وإذا توفى المالك الذي قيد حقه تنتقل إلى ورثته، وبالتالي فعلى هؤلاء تقييد ملكيتهم باسمهم وإلا ستكون قابلة للكسب بالتقادم¹.

2- إن التعارض بين القوة المطلقة للقيد وبين الاعتراف بالتقادم المكسب يمكن إزالته إذا قيدت الحقوق الناشئة عن الحيابة بشرط ألا تؤدي هذه الأخيرة إلى إكساب صاحبها ملكية العقار بمجرد انقضاء المدة المحددة قانونا، بل على الحائز أن يطلب من إدارة السجل العيني تقييد حقه بعد التحقق من توافر الشروط القانونية للحيابة واستمرارها المدة المحددة قانونا وصدور قرار من الإدارة يؤكد ذلك وقيده في السجل العيني.²

3- بعض الدول التي تأخذ بنظام الشهر العيني مثل ألمانيا لاتعتد بمبدأ القوة الثبوتية للشهر، حيث يسري التقادم ضد المالك المقيد اذا غاب او توفى شرط ان تستمر الحيابة 30 سنة مع استصدار امر من القضاء، المادة 927 من القانون المدني الألماني.³

4- إن التملك بالتقادم المكسب يعتبر كجزء فرضه القانون على المالك المهمل الذي يتخلى عن ملكه مدة طويلة من الزمن ولا يستعمله فجعل مرتبة الحائز أفضل من صاحب الملك المهمل.

1 - محمد سعد خليفة، الاثر المترتب على الحاكم بعد دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 74

2 - ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 133

3 - محمد فريدة زواوي، مقال التقادم المكسب ونظام الشهر العيني، مجلة الاجتهاد القضائي للعقارية، الجزء الاول، قسم الوثائق، سنة 2004، ص 123.

وهذا الرأي عند تقييمه نجده يستند إلى اعتبارات موضوعية تهدف إلى استقرار المعاملات ومراجعة مبدأ القوة الثبوتية حتى لا يجد المشرع نفسه مجبر على تغليب الوضع الظاهر الذي يظهر به الحائز المغتصب.

الفرع الثاني : موقف التشريع و القضاء

البند الأول :موقف التشريع

سنستعرض موقف بعض التشريعات ثم موقف المشرع الجزائري

أولاً- موقف بعض التشريعات العربية

معظم القوانين العربية تتضمن نصوص قانونية تنص صراحة على مبدأ حظر أعمال التقادم المكسب على الحقوق المشهورة، فنجد المشرع المصري قد تناول حظر التقادم المكسب من خلال المادة 13 من قانون السجل العيني " لا تثبت الحقوق على أساس وضع اليد إلا إذا لم يكن في المحررة المشهورة ما يناقضها".

وفي القانون العراقي اذ تنص المادة 11/8 من القانون المدني العراقي على أن " من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة الطابو، باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً غير مسجل على العقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمسة عشر سنة لا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك، أو دعوى الحق العيني من احد ليس بذئ عذر شرعي"¹

وفي القانون الأردني نجد المادة 05 من القانون 05 لسنة 1958 على « لا يسري مرور

الزمن أو التقادم على أموال غير منقولة تحت التسوية فيها»

كما أن قانون الشهر العقاري التونسي في الفصل 307 منه " ليس لأحد أن يتمسك بالحوز، مهما طال مدته ويختص حاكم الناحية بالحكم بكف الشغب الحاصل في الانتفاع بعقار مسجل " وتبعه في ذلك المشرع اللبناني والمغربي والسوري في حظر أعمال التقادم المكسب على حقوق مشهورة.²

ثانياً- موقف المشرع الجزائري

1 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع السابق ، ص 194

2 - مجيد مخلوفي ، مرجع سابق ، ص 50

بالنسبة للقانون الجزائري فإنه وبموجب الأمر 75-58¹ السابق الذكر، وخصوصا المواد 821-827-829 تنص على أن التقادم المكسب يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية الأخرى، لكن دون أن تبين أن الحق محل وضع اليد مشهر أم لا. ثم تلاه مباشرة القانون 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والذي تبني نظام الشهر العيني وتلاه المرسوم التنفيذي 76-62 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بأعداد مسح الأراضي والمرسوم 76-63 المؤرخ 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث لا نجد في نصوص الأمر أو المرسومين ما ينص على حظر التملك بالتقادم المكسب لحقوق عينية مشهرة. وبقي الوضع كذلك إلى سنة 1983 حيث صدر المرسوم التنفيذي 83-352 المؤرخ في 27/05/1983 الذي نص على إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة للاعتراف بالملكية أين حاول المشرع تدارك التناقض الذي وقع فيه من خلال نصوص القانون المدني التي تجعل التقادم المكسب وارد على أي عقار سواء كان ممسوحا أو لا ونصوص الأمر 75-74 الذي تبني نظام الشهر العيني التي تعطي الحقوق المشهرة قوة ثبوتية مطلقة.² إلا أن المرسوم 83-352 لم يحل المسألة لأمرين :

أولهما: الاستثناء والتخصيص الذي جاء به المشرع والذي حصر مجال إعمال التقادم المكسب على الأراضي الغير الممسوحة جاء بموجب مرسوم تنفيذي في حين لم يرد هذا الاستثناء في النصوص العامة من احكام القانون المدني والقانون 75-74

ثانيهما: إن المرسوم 83-352 استثنى العقارات الممسوحة من مجال أعمال التقادم المكسب والتي تكون خاضعة لنظام الشهر العيني، لكن هناك غموض بخصوص العقارات التي لم تشملها بعد عملية المسح إلا أن له سندات مشهرة في ظل نظام الشهر الشخصي هل تكون محل لإعمال التقادم المكسب.

لذلك يقتضي الأمر التفرقة بين العقار الممسوح وفقا للأمر 75-74 وبين مخططات المسح

1 - الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري .

2 - ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير، مرجع سابق ، ص 139

القديمة، والتي لا تعني الشهر العيني، فالعقار الذي له سند مشهر مسبقا في نظام الشهر الشخصي لا يستبعد من مجال التملك بالتقادم.

إذن فالمشرع الجزائري يقر بإمكانية اكتساب الملكية العقارية بالتقادم وذلك بالنسبة للمناطق التي لم يطبق بشأنها الأمر 75-74 والمرسومان التنفيذيان المطبقان له ذلك لعدم وجود نص بهما يمنع ذلك.

وبعد صدور الأمر 07-02 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، لم يأت بجديد ولم يحسم الجدل القائم ولم يحل المشاكل العالقة التي خلفها المرسوم 83-352. حيث نقل فقط اختصاص عقد الشهرة من الموثق إلى المحافظ العقاري.¹

البند الثاني : موقف القضاء

أولا: الاتجاه الأول

يرى هذا الاتجاه أنه عند القيد النهائي تصبح الحقوق مكرسة في السجل العقاري ويسلم إثره الدفتر العقاري، الذي يعتبر السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية، يدون فيه كل ما يرد على العقار من أعباء وقيود² وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها تحت رقم 197920 المؤرخ في 28/06/2000 المجلة القضائية 2000 عدد 01 جاء فيه "أن قضاة المجلس أخطئوا عندما توصلوا في حكمهم أنه لا يوجد دليل لإثبات الملكية العقارية رغم استظهار الدفتر العقاري ".....اعتبرت المحكمة العليا بذلك أن هذا الدفتر هو الدليل الوحيد والقاطع في شأن إثبات الملكية العقارية يحتج به على الكافة بما في ذلك الحائز كون أن القيد له قوة ثبوتية مطلقة ومن ثم فإنه لا يمكن الحصول على عقد شهرة أو شهادة الحيازة في مناطق مسها المسح العام للأراضي، وتحصل أصحابها على دفاتر عقارية، و لا مجال لتطبيق أحكام المادة 827 من القانون المدني في هذه المناطق، وهو ما أقرته المادة 39 من القانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري التي نصت على أنه يمكن للحائز المتوفر فيه الشروط أن يحصل على سند حيازي يسمى شهادة حيازة وذلك في المناطق التي لم يتم فيها المسح العام وإعداد سجل

1 - ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 141.140

2 - حمدي باشا اعمر، نقل الملكية العقارية، مرجع السابق، ص 40.

العقاري، فاعتمادا على مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر فإنه لا يمكن اكتساب الملكية بالتقادم في المناطق المسوغة أو تم فيها قيد الحقوق بعد المسح ولكن ذلك ممكن قبل أو عند القيد الأول شرط أن يفرغ في تصرف قانوني كعقد شهرة أو حكم يثبت اكتساب الملكية بالتقادم أو شهادة الحيابة¹ .

ثانيا- الاتجاه الثاني

فإنه يرى جواز التقادم المكسب متى كانت الحيابة قانونية ومتوفرة على شروطها ومقتزنة بالمدة المطلوبة، كما يرى أن المشرع لم يحسم في هذه المسألة ولم يفرق بين المناطق المسوغة أو الغير المسوغة، سواء كان لأصحابها عقود مشهرة أو لهم سند رسمي فقط أو عرفي، وبالتالي فإنه يجوز الإعمال بالتقادم المكسب لعدة مبررات :

- أن الهدف من الحيابة هو حماية الأوضاع الظاهرة، فالحيابة هي كمجازاة عن إهمال المالك لخدمة العقار وظهور الحائز باستغلاله كمالك حقيقي

- اكتساب الحائز ملكية العقار محل الحيابة بغض النظر ما إذا كان الحائز مالكا أم لا، فالحيابة متى استغرقت المدة المقررة قانونا رتبت آثارها بصرف النظر إذا كان العقار محرر بشأنه سند رسمي أو عرفي مشهر أو غير مشهر .

- باعتبار التقادم المكسب هو طريق استثنائي لكسب الملكية، فإنه لا مانع أن ترد عقود شهرة على سندات لها عقود مشهرة معتمدين في ذلك على المادة 824 و ما يليها من القانون المدني لم تستثنى العقار المملوك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية، والاستثناء الوحيد الذي أورده المشرع بنفس القانون هو العقارات التي تملكها الدولة وذلك بموجب المادة 689 من القانون المدني² .

- كما أن المادة 02 من المرسوم 83-352 المتعلق بإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية اشترطت لإعداد هذا العقد ممارسة الحيابة طبقا لأحكام المادة 827 من القانون المدني ولم تبدي أي تحفظ في تطبيق هذه المادة، ولم تفرق بين العقارات المسوغة وغير

1- حمدي باشا اعمر، المرجع السابق، ص41.

2- حمدي باشا اعمر، نقل الملكية العقارية، مرجع السابق، ص42.

الممسوحة، ومن ثم فلا يمكن الإعمال بقاعدة الخاص يقيد العام، كون أن المرسوم أدنى درجة من القانون .

- زيادة على ذلك فإن المرسوم 83-352 السابق وظيفته التقريرية تتمثل في إشهار الحيازة، وليس للمحافظ العقاري أن يرفض إشهار هذا المحرر مادام تتوفر فيه الشروط المقررة قانونا وكان سليما من الناحية المادية، مبررا ذلك بوجود سند رسمي مشهر.

- إن أغلب الدول التي أخذت بنظام الشهر العيني ومنعت التقادم المكسب أفردت نصوص خاصة لذلك وفي هذا المجال، فالقانون المدني الألماني في المادتين 900 و 927 في الباب الخاص بالأموال وضع إستثناء يتمثل في قيد غير مالك للعقار وحازة لمدة 30 سنة دون ظهور اعتراض فإنه يصبح مالك بالحيازة أو العقار غير المسجل، لكن المشرع الجزائري لم يضع نصا يستثني به العقارات المشهرة سنداتها من مبدأ التقادم المكسب ومن ثم فلا مجال للخروج عن القاعدة العامة الواردة في المادة 827 من قانون المدني الجزائري وهو ما كرسته المحكمة العليا في غرفتها المدنية في القرار رقم 23782 المؤرخ في 14/04/1982 مجلة القضائية 1990 والقرار الصادر في 10/01/1993 تحت رقم 104967 مجلة القضائية الصادرة 1994¹

في رأينا أنه أمام غياب نصوص قانونية تحظر التقادم المكسب من جهة ونظرا لأهمية القيد في نظام الشهر العيني لما له من قوة تبوئية تستدعي إزاحة كل ما من شأنه التشكيك فيها، ومن جهة أخرى فإننا نرى أن كلا الموقفين سليمين من حيث الأسباب المعتمدة وأن المسألة الحال تستدعي بالضرورة تدخل المشرع في ذلك، إما بالإبقاء على التقادم أو حضره صراحة ضمن أحكام القانون المدني.

1 -المجلة القضائية ، العدد الاول ، 1999 ، ص43

المبحث الثاني : إعمال الحيابة وأثارها في ظل نظام الشهر العيني

لم يكتفي المشرع الجزائري في مجال أحكام الحيابة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة بوضع أحكام تتسم بالشمولية أو الاقتصار على ما نصت عليه أحكام القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بل أرسى أدوات واستحدث قواعد إجرائية برزت في خصوصية التشريع الجزائري وذلك خاصة في ضوء تبني المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني وطول إجراءات المسح العقاري وما ينتج عن ذلك، لذلك ستكون دراستنا في هذا الفصل لقواعد إعمال الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة ، سواء القضائية في المطلب الأول أو غير القضائية في المطلب الثاني.

المطلب الأول : إعمال الحيابة لكسب الملكية العقارية الخاصة عن طريق القضاء

يترتب عن الحيابة إذا اقترنت بالمدة القانونية للتقادم المكسب أن يكسب الحائز الملكية أو الحق العيني الذي حازه طوال مدة التقادم، ويكون باستطاعته الحائز أن يدافع عن حقه المكتسب بهذه الحيابة أمام القضاء ، إما عن طريق دعوى أو في صورة دفع يدفع بها الحائز دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه، تنتهي بصدور حكم قضائي نهائي يمثل سند ملكية الحائز فيما بعد، لذلك فالدعوى المقصودة هنا هي الدعوى التي مآلها إثبات الملكية للحائز وليست الدعوى التي تثبت الحيابة كواقعة مادية أو تحمي الحيابة، مما يتعين علينا دراسة كل وسيلة إجرائية على حدا وذلك كما يلي.

الفرع الأول : عن طريق الدعوى القضائية

القواعد العامة للإجراءات المدنية تخول لحائز العقار أو الحق العيني العقاري والذي أستكمل شروط الحيابة والمدد المنصوص عليها بالمادة 827 من القانون المدني الجزائري، مباشرة إجراءات رفع الدعوى القضائية لإثبات ملكية العقار بالتقادم المكسب ، وذلك بواسطة عريضة افتتاحية لدعوى الاستحقاق أمام الجهة القضائية المختصة الواقع في دائرة اختصاصها الإقليمي العقار المتنازع عليه، ويسري على هذه الدعوى ما يسري على بقية الدعوى القضائية من شروط شكلية وموضوعية طبقا للمواد من 12 إلى 24 والمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ويجب في عريضة الدعوى تعيين العقار بدقة وبيان حدوده ومساحته ونوع السند الصحيح في حال التمسك بالمادة 828 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالحيابة المكسبة للملكية عن طريق التقادم المكسب، حتى يتم تفادي رفض عملية الإشهار أثناء تقديم الحكم أو القرار النهائي المثبت للملكية الخاصة.¹

كما أنه يجب على القاضي الذي يطرح أمامه النزاع أن يعاين الملف التقني الذي يلزم المدعي بإحضاره والمتمثل في :

-مخطط الملكية معد من طرف خبير معتمد

-شهادة من البلدية تثبت أن العقار لا يدخل ضمن أملاك البلدية واحتياطاتها العقارية

-شهادة من إدارة أملاك الدولة تثبت الطبيعة القانونية للعقار والتي لا بد أن تكون من نوع ملك وليست تابعة للدومين العام أو الخاص.

-شهادة من المحافظة العقارية تثبت أن العقار محل النزاع ليس له أصل مشهر كأن يكون لديه عقد شهرة مثلا.

ويستحسن أن ينتقل القاضي إلى عين المكان للاستماع إلى أفادت الملاك المجاورين لأنهم أدري وأوثق من الشهود الذين قد يجلبهم المدعي.²

مع أنه يجب التأكد على أنه إذا نجح المدعي في استصدار حكم لصالحه يثبت الملكية عن طريق الحيابة المقترنة بالتقادم المكسب، فيجب عليه شهره في مجموع البطاقات العقارية حتى تنتقل إليه الملكية طبقا للقواعد المتعلقة بنقل الملكية.³

وقد لوحظ في الحياة العملية رفض الدعوى التي ترفع من قبل المتقاضين الذين يطالبون بتثبيت ملكيتهم على أساس الحيابة المقترنة بالتقادم المكسب بحجة أن التقادم مرهون بإجراء عقد الشهرة، وهو رأي غير سليم وليس له أي أساس أو سند قانوني، والمحكمة العليا أكدت في القرار رقم 180876 المؤرخ في 1198/09/30 والذي جاء فيه " حيث أن قضاة

1 - د. محمودي عبد العزيز ، آليات تطهير الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، مرجع سابق ، ص 114.

2 - تاجي وليد ، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 128

3 - د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية ... مرجع سابق، ص 95

الاستئناف يجعلهم التقادم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة، والحال أن القانون لا يشترط ذلك فهم أساءوا تطبيق القانون فأفقدوا قرارهم الأساس القانوني¹

الفرع الثاني : عن طريق الدفع

الدفع هو الأداة الثانية من أدوات استعمال الحق في الدعوى، وهو الإجراء الذي يجيب به الخصم على طلب خصمه بقصد تفادي الحكم له في الموضوع فهو يوجه إلى أصل الحق المدعى به، فلحائز أن يتمسك بالتقادم المكسب في شكل دفع ضد المدعي في الخصومة القائمة، وهو ليس إنكارا فحسب أو موقفا سلبيا من جانب المدعى عليه، وإنما يتضمن إدعاء كالطلب تفصل فيه المحكمة.²

ولا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه أو أي شخص له مصلحة في ذلك ولو لم يتمسك المدين به ، والتمسك بالتقادم دفع موضوعي يجوز ابداءه في أي حالة من حالات الدعوى حتى إقفال باب المرافعة، كما يجوز التمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة أو أمام المجلس القضائي.³

غير أنه لا يمكن الدفع به لأول مرة أمام المحكمة العليا، لأن المحكمة العليا لا تستطيع أن تنظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع، ولأن هذا الدفع ليس من النظام العام، لكن إذا استطاع الحائز أن، يحصل من المحكمة العليا على حكم بنقض الحكم المطعون فيه، وأحالت المحكمة العليا الدعوى على دائرة أخرى من دوائر الاستئناف فإنه يجوز للحائز أن يدفع بالتقادم لأول مرة وذلك إلى وقت إقفال باب المرافعة أمام محكمة الإحالة.⁴

الفرع الثالث : آثار كسب الحائز للملكية العقارية عن طريق القضاء

إن الأحكام النهائية التي يصدرها القضاء بعد تمسك الحائز أو مكن له مصلحة في ذلك بعد احترام قاعدة الشهر بالمحافظة العقارية المختصة طبقا للمواد 793 من القانون المدني الجزائري والمواد 15 و 16 من الأمر 75-74 تكون بمثابة السند الرسمي المثبت للملكية

1 - ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 129

2 - ميسون زهوين، إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 101

3 - المادة 321 من الامر 75 / 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

4 - أحمد برادي التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره ...، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 157

العقارية ، يجعل صاحبه في صفة المالك وله أن يتصرف بالحق الذي كسبه بكافة أنواع التصرف المسموح بها قانونا كما يجوز له استعمال حق الشفعة عند الاقتضاء.¹

ويلاحظ أن الحائر يكسب الحق بالحالة التي كان عليها وقت بدء التقادم، فإذا كان المالك الأصلي قد رتب عليه حقا عينيا قبل بدء سريان مدة التقادم، فيبقى هذا الحق قائما إلا إذا سقط بسبب مستقل أو كان الحائر قد كسبه كذلك بالتقادم المكسب ضد صاحبه.²

كما أنه يترتب على كسب الحائر للملكية أن تنتقل إليه لا من الوقت الذي اكتملت فيه مدة التقادم أو من وقت التمسك بالتقادم فحسب، بل تنتقل إليه بأثر رجعي من الوقت الذي بدأت فيه الحيابة، وهذا الكم تمليه طبيعة نظام التقادم والهدف الذي يرمي الى تحقيقه من حماية واحترام الأوضاع المستقرة.³

ويترتب على هذا الأثر الرجعي النتائج التالية :

1- تملك الحائر للثمار منذ بدء الحيابة

حيث من المفروض أن الحائر لا يستحق من الثمار إلا ما قبضه وهو حسن النية ولكن نظرا للأثر الرجعي فإن الحائر يعتبر مالكا للثمار منذ بدء الحيابة حتى ولو كان سيئ النية.

2- عدم سريان الحقوق العينية التي رتبها المالك الأصلي على العقار خلال مدة التقادم في مواجهة الحائر.

3- نفاذ الحقوق العينية التي رتبها الحائر على العقار خلال مدة التقادم.⁴

المطلب الثاني : الآليات غير القضائية لإثبات الحيابة المكسبة للملكية العقارية

إن للحيابة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية أهمية كبيرة ضمن أحكام القانون المدني الذي حدد أحكامها وقواعدها، غير أن الحيابة مازالت تلعب دورا مهما في الكثير من الإجراءات المؤدية لكسب الملكية العقارية، فيبرز دور الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية

1 - د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية ... مرجع سابق، ص 95

2 - د محمدي فريدة زواوي، الحيابة والتقادم المكسب، مرجع سابق، ص 116

3 - د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، المرجع السابق، ص 155

4 - د محمودي عبدالعزيز/المرحوم حاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية ... مرجع سابق، ص

العقارية عن طريق الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد الانتهاء من عملية مسح الأراضي المقرر بموجب الأمر 75-74 (الفرع الأول) وقد تكون الحيابة كأساس لكسب الملكية عن طريق عقد الشهرة وشهادة الحيابة (الفرع الثاني) وأخيرا تلعب الحيابة دورا مهما في كسب الملكية العقارية ضمن أحكام الأمر 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن قانون التوجيه العقاري (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : الحيابة كأساس لكسب الملكية العقارية عند الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد عملية المسح

بعد تحديد العقارات تحديدا دقيقا ومعرفة ملكها بناء على العمليات التقنية للمسح العام للأراضي الخاصة بكل قسم أو مجموعة أقسام البلديات المعنية ، يتم إفراغ ذلك في مجموعة من الوثائق المسجلة التي تودع في البلدية لمدة معينة لتصبح بعد انتهائها جاهزة للانتقال ولإياداعها على مستوى قسم الإيداع وعمليات المحاسبة بالمحافظة العقارية وهو ما نصت عليه المادة 08 من المرسوم 76-63.¹

وهو إجراء قانوني أولي لازم من أجل إنشاء السجل العقاري يهدف في أوسع نطاقه إلى المطابقة بين الجانب الطبيعي والجانب القانوني، بما للمحافظ العقاري من سلطة تمكنه من فحص الوثائق المساحية من الناحية القانونية من أجل تحديد الحقوق العقارية والحقوق العينية الأخرى لشهرها في السجل العقاري،² وهو ملزم بتكريس نتائج المسح بمجرد تسلمه الوثائق الناجمة عن العمليات الميدانية حيث يشرع في التقييم العقاري منذ استلامه وثائق مسح الأراضي.

هذا وأن التقييم العقاري يتم على أساس المعلومات المدرجة في البطاقة العقارية نموذج T10 والتي تحتوي كل المعلومات الضرورية للعقار المعني، فقد يكون العقار بسند كما قد يكون العقار بدون سند لكنه محل حيابة من طرف المالك المفترض ومقترنة بمدة التقادم المكسب، وقد يكون العقار بدون سند ولا يوجد ما يفيد بوجود حقوق عينية لصالح المالك

1- المادة 08 من المرسوم 63/76 المعدلة بموجب المرسوم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19

2- بوزيتون عبد الغني، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2010/2009

الظاهر، وقد تكون هناك عقارات لم تكن محل مطالبة من أي شخص، وبناء على هذه الحالات تتم عملية التقييم والتي إما أن تكون نهائية أو مؤقتة.¹

فالتقييم النهائي يجعل صاحبه يحصل على الدفتر العقاري مباشرة ويكون التقييم نهائيا في حالة ما إذا كان قد تمخض عنه التقييم المؤقت وانتهت المدة الممنوحة للأشخاص الذين لهم مصلحة ويرون أن حقوقهم قد ضاعت بفعل هذه العمليات، أو في حالة ما إذا كان السند ثابتا لا يترك مجالاً للشك طبقاً للتشريع المعمول به.²

بعد التقييم النهائي يأتي التقييم المؤقت وهو ما يهمنا حيث تظهر الحيابة كأساس لكسب الملكية العقارية، والتقييم المؤقت ينقسم إلى حالتين :

1. التقييم المؤقت لأربعة أشهر

نصت عليه المادة 13 من المرسوم 63/76، حيث يعتبر التقييم المؤقت لمدة أربعة أشهر بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكها الظاهرين سندات ملكية مقبولة قانوناً، والذين يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق المسح حيابة هادئة مستمرة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقاً للقانون المعمول به في هذا المجال ، و يصبح التقييم المؤقت لمدة أربعة أشهر تقيماً نهائياً عند انقضاء هذه المهلة ما لم يحصل بشأنه أي اعتراض، حيث يبدأ سريان المهلة السابقة من تاريخ التقييم.³

وبعدها يسلم للحائز الدفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد المثبت للملكية العقارية بعد المسح، والحائز في إطار عملية المسح لا يتحمل مشقة الإثبات كما يتحملها في المطالبة القضائية، وعليه فإن التحقيق الذي تقوم به لجنة المسح والتقييم المؤقت الذي يمنحه المحافظ العقاري يعتبر وسيلة أخرى لاكتساب الملكية العقارية بالحيابة المقترنة بالتقادم المكسب، وذلك يدخل ضمن مساعي المشرع الجزائري في تطهير الوضعيات العالقة.⁴

1 - بوزيتون عبد الغني ، المرجع السابق ص 123،124

2 - بوزيتون عبد الغني ، المرجع السابق ، ص126

3 - المادة 13 من المرسوم 63/76

4 - ميسون زهوين، إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، مذكرة ماجستير ، مرجع سابق ، ص 158

وهو ما ذهب له الأستاذة محمدي فريدة زاوي بقولها يجوز إذن أن يكون التقادم المكسب أساس الإجراءات الأولية لشهر حق الملكية واكتسابها¹.

2. الترقيم المؤقت لمدة سنتين

يبدأ سريانها من تاريخ محضر التسليم، ويكون عند عدم تمكن الملاك الظاهرين من تقديم سندات كافية، أو كانت السندات المقدمة لا تثبت فعلا أنها تتعلق بالحدود، أو معالم الملكية المطالب بها، مع عدم تمكن الملاك الظاهرين من إثبات مدة التقادم المكسب².

وبعد انقضاء مدة العامين يصبح الترقيم نهائيا إلا إذا ظهرت وقائع قانونية جديدة تقطع الشك باليقين حول طبيعة العقار وملكيته

وعليه فإن إثبات الحيابة في إطار عملية المسح طريق سهل لاكتساب الملكية العقارية، ففي هذا القيد مثلا قد يضع يده على عقار قبل عملية المسح بأيام ويسجل في هذا الترقيم ثم ينتظر سنتين فيصبح مالكا إذا لم ينازعه أحد³.

الفرع الثاني : إعمال الحيابة في عقد الشهرة وشهادة الحيابة

سنتطرق لهذا المطلب في نقطتين الأولى عقد الشهرة والثانية شهادة الحيابة.

البند الأول : عقد الشهرة

إن التأخر الكبير الذي عرفته عملية المسح العقاري، والذي يعتبر أساس نظام الشهر العيني، وذلك يرجع لأسباب عديدة ، جعلت المشرع الجزائري يتدخل في سنة 1983 بالمرسوم 83-352 المؤرخ في 21/05/1983 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، لتشجيع وحث المواطنين الذين يحوزون أراضي لم تشملها عملية المسح الحصول بفضل إجراءات بسيطة وفي آجال مقبولة على سندات ملكية عن طريق إعداد عقد الشهرة، وبالرجوع لنصوص المرسوم 83-352 خاصة المادة الأولى والتي تنص «كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراءات المحدثة بالأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المذكور أعلاه، عقارا من نوع الملك، حيابة

1 - د محمدي فريدة (زاوي)، الحيابة والتقادم المكسب، مرجع سابق ، ص 122

2 - المادة 14 من المرسوم 63/76

3 - ميسون زهوين، المرجع السابق ، ص 159

مستمرة غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلائية وليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام الامر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية» نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد الشهرة واكتفى بتحديد شروط الاستفادة منه ومراحل وإجراءات إعداده وترك التعريف للفقهاء.

وقد عرفه الأستاذ حمي باشا عمر " عقد الشهرة محرر رسمي يعد من قبل الموثق طبقا للإشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد¹ "

ويأخذ على هذا التعريف انعدام بيان طبيعته وماهية عقد الشهرة، مما دفع البعض إلى تعريفه على أنه " عقد توثيقي يدخل ضمن صنف العقود التصريحية ويعد وسيلة من وسائل إثبات الملكية العقارية² ".

لذلك فعقد الشهرة يحرره الموثق بناء على طلب الحائز ووفق إجراءات محددة قانونا، إذا توافرت شروط معينة تتمثل فيما يلي:

- أن لا يكون العقار واقعا في بلدية خضعت لإجراءات الأمر 74-75
- أن لا تكون ملكية طالب عقد الشهرة ثابتة بسند رسمي
- أن يكون العقار موضوع عقد الشهرة من نوع الملك الخاص
- أن تتوفر الحيازة وفقا للأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني وذلك مع توافر المدة المنصوص عليها في المادة 827 من القانون المدني³.

وقد ألزم المشرع الموثقين والموظفين وكتاب الضبط كل في حدود اختصاصه بالسعي إلى تسجيل وشهر الأحكام والقرارات الواجبة الشهر ضمن الآجال المنصوص عليها قانونا، ونتيجة لذلك ألزم المرسوم 83-352 بموجب المادة 9 منه الموثق بضرورة السعي إلى تسجيل نسخة

1 - حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة طبعة 2002 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ، ص 17

2 - د. محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مرجع السابق ، ص 157

3 - ميسون زهوين، إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، مذكرة ماجستير ، مرجع سابق ، ص 113

من عقد الشهرة بمفتشية الضرائب، وأن يودع نسختين منه بالمحافظة العقارية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار المعني بإعداد عقد الشهرة¹.

وأخير الجدير بالذكر هو أن المشرع نظم أسبا كسب الملكية في القانون المدني ولم يشر إلى عقد الشهرة، لذا فهو لا يعتبر سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، ويعود سبب كسب الملكية المترتب عنه لواقعة الحيازة الصحيحة المؤدية إلى أثرها المتمثل في التقادم المكسب الطويل، ولكن المشرع اشترط لإثبات هذه الملكية والاعتراف بها إعداد عقد الشهرة²، كما أن العمل بعقد الشهرة قد الغي بموجب صدور القانون 07-02 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري.

1- شهادة الحيازة

إن الضرورة الملحة لتفعيل وتسريع عملية تطهير الملكية العقارية الخاصة في المرحلة الانتقالية السابقة لاستكمال إجراءات المسح العام للأراضي والتي لا تزال آجاله بعيدة، دفعت المشرع إلى اعتماد قواعد الحيازة العقارية بإصداره للمرسوم 91-254 المؤرخ في 1991/07/27 المتضمن تحديد كفاءات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها المحدثه بموجب المادة 39 من القانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري.

حيث جاء نص المادة 39 المذكورة أعلاه كما يلي " يمكن لكل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها ملكية مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلنية أن يحصل على سند حيازي يسمى شهادة الحيازة، وهي تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي³ "

من خلال هاته المادة وأحكام المرسوم 91-254 نلاحظ أن المشرع لم يقدم تعريفا لشهادة

الحيازة تاركا ذلك للفقهاء القانونيين واكتفى بتحديد كفاءات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها

1 - المادة 09 من المرسوم 352/83

2 - د امحمدي فريدة (زواوي)، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق ، ص 123

3 - المادة 39 من القانون 90/25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري

وشروطها.

وقد عرفه البعض على أنها " سند حيازي اسمي يعد من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطاته واختصاصه يتضمن شهر الحيازة بناء على طلب التصريح من الحائز، وتخضع لشكليات التسجيل والشهر العقاري "

وعرفت على أنها " سند حيازي إداري يبرر الحيازة الصحيحة لأراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر لها عقود ولم تشملها عملية المسح العام لأراضي الملكية الخاصة بعد، تسلم من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا طبقا للأشكال التي يحددها القانون " وعرفها آخرون على أنها " سند حيازي إداري يسلمه رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا بناء على طلب لحائز العقار أو الحائزين الذين لا ينبغي أن تقل مدة حيازتهم عن سنة واحدة¹ "

من خلال ما سبق فإن شروط منح شهادة الحيازة تتمثل فيما يلي :

- يجب ان تكون الحيازة قانونية صحيحة ، وخالية من العيوب التي تشوب الحيازة.
- أن تستمر الحيازة مدة سنة كاملة .
- يجب أن تكون الأرض من نوع الملك الخاص ، وتقع في منطقة غير ممسوحة ولم تحرر عقودها².

ورغم أن شهادة الحيازة سند حيازي غير قابل للتصرف فيه وتسليمه لا يغير من الوضعية القانونية للعقار إلا إنها ترتب لصاحبها جملة من الآثار أهمها

- إمكانية الحصول على رخصة البناء أو التجزئة في العقار موضوع شهادة الحيازة، وهذا يخالف نص المادة 50 من قانون التوجيه العقاري والتي تربط حق البناء بملكية الأرض.
- إمكانية توقيع رهن عقاري صحيح من الدرجة الأولى لفائدة هيئات القرض لضمان القروض الممنوحة له حسب نص المادة 44 من القانون 90-25

- وأكثر ما يهمننا في هذا الصدد هو الأثر الذي ترتبه شهادة الحيازة ، والمتمثل في إمكانية تمسك الحائز بالملكية على أساس التقادم المكسب، حيث أن المادة 14 من المرسوم 91-

1 - د. محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 203

2 - حمدي باشا عمر، محركات شهر الحيازة، مرجع سابق، ص 121

254 أجازت لصاحب شهادة الحيابة إثارة مدة التقادم المكسب أثناء تصفية الوضعية القانونية للعقارات المعنية بشهادة الحيابة في إطار عملية المسح العقاري، ويسلم له بمناسبة ذلك الدفتر العقاري، خلافا لرأي د محمدي فريدة التي ذهبت إلى انه يمكن له طلب عقد الشهرة، لأنه بعد عملية المسح يتم تكريس صاحب شهادة الحيابة كمالك يسلم له دفتر عقاري يغنيه عن طلب إعداد عقد الشهرة¹.

وهذا يخالف أحكام المادة 831 من القانون المدني الجزائري " ليس لأحد أن يكتسب بالتقادم على خلاف سنده على أنه لا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه"، لذا كان على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار المبدأ الوارد في المادة المذكورة أعلاه، حتى يكون هناك تناسق وتكامل بين النصوص².

الفرع الثالث : إعمال الحيابة لكسب الملكية العقارية جراء التحقيق العقاري

رغم الجهود التي باشرتھا السلطات العمومية لتسيير وإنجاح عملية المسح العام للأراضي، فإنھا لم تتقدم كثيرا بسبب حالة اللا أمن وعدم الاستقرار السياسي والمؤسسي.

ولقد شكات النقائص والتناقضات العلمية لعقد الشهرة للمرحلة 1983 – 2006 ومحدودية العمل بشهادة الحيابة أحد الأسس الهامة التي اعتمدها المشرع في صياغة وإعداد القانون 07-02 المؤرخ ف 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري ، يطبق بالتوازي مع سير عملية المسح العام للأراضي، ويسمح اختياريا وفي آجال قصيرة للأشخاص من معاينة حقوق الملكية العقارية الخاصة ، تحت سلطة ومراقبة مدير الحفظ العقاري الولائي المختص إقليميا.

ويتبين من خلال المواد 2، 3، 4 من القانون 07-02 شروط الاستفادة من هذا الإجراء وهي إما شروط خاصة بالعقار أو شروط خاصة بالحيابة

البند الأول : شروط خاصة بالعقار

- أن يكون العقار المعني واقع في بلدية غير ممسوحة

- أن يكون العقار بلا سند أصلا أو له سند ملكية محرر قبل 1961/03/01

1 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 158

2 - ميسون زهوين، إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 129

- أن يكون العقار تابع للأملاك العقارية الخاصة حيث لا تطبق أحكام هذا القانون على الأملاك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش و الأملاك الوقفية¹.

البند الثاني : الشروط الخاصة بالحيابة:

- ضرورة مراعاة قواعد الحيابة القانونية الصحيحة للاعتراف بالملكية
- ضرورة استكمال مدة الحيابة المؤدية لاكتساب الحقوق العينية العقارية وذلك لمدة 10 سنوات عند توافر حسن النية و 15 سنة في حالة التقادم الطويل².
- ويجب على العون المحقق التحقق من حيابة المالك الظاهر وعناصر الحيابة، بحيث له أن يستعين أثناء التحري بجميع الشهادات المكتوبة والجبائية والوثائق الأخرى التي يمكن أن تدعم إدعاءات الحائز بشأن الحيابة الصحيحة³.
- وكما أن هذه المعاينة المادية والقانونية للملكية العقارية والحقوق العينية المرتبطة بها لن تتم إلا وفقا لإجراءات فردية أو جماعية حددها القانون وتمثل في :
- تقديم طلب فتح تحقيق عقاري الى مدير الفظ العقاري المختص إقليميا وقد يكون هذا الطلب إما من شخص لا يجوز سند الملكية أو من شخص له سند ملكية محرر قبل أول مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية القانونية الحالية، ويجب أن يرفق الطلب وجوبا بالملف التقني والذي حدده المرسوم 147/08 المؤرخ في 2008/05/19 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية⁴.
- علما أن هذا التحقيق قد يكون بصفة فردية في أي وقت كما قد يكون بصفة جماعية في إطار انجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية ريفية أو حضرية⁵.
- تقدير الاعتراضات الناجمة عن المعاينة: حيث يتولى مهمة القيام بإجراءات التحقيق عقاري

1 - المادة 2 و 3 من القانون 02/07

2 - المادة 14 من القانون 02/07

3 -د. محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مرجع السابق ، ص 262

4 -المادة 4 من المرسوم 147/08 المؤرخ في 2008/05/19 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية

5 -المادة 6 من القانون 02/07

شخص يعينه مسؤول الحفظ العقاري المختص إقليميا ويسمى المحقق العقاري¹. وبعد الانتهاء من عملية التحقيق يقوم المحقق العقاري بتحرير محضر بذلك تدون فيه نتائج التحقيق الذي توصل إليه، حينها يمكن للغير تقديم اعتراضاته واحتياجاته بخصوص محضر التحقيق والتي تدون في سجل خاص مفتوح لهذا الغرض².

- إعداد وتسليم سند الملكية

وفي الأخير إذا نتج عن تحليل التصريحات والأقوال والشهادات وكذا الوثائق المقدمة والتحريات التي قام بها المحقق العقاري، أن صاحب الطلب يمارس حيازة من شأنها ان تسمح بالحصول على حق الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا لأحكام القانون المدني فإنه يعترف له بأحقته على العقار محل التحقيق ويسلم للمعني سند الملكية .

من خلال ما سبق فإن معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، إجراء جاء به المشرع الجزائري كوسيلة أخرى تحل محل عقد الشهرة والذي توقف العمل به منذ صدور هذا القانون، حيث يسلم سند ملكية يكون نتاجا لعملية التحقيق العقاري ويشهر وفقا لنظام الشهر الشخصي، إلى غاية إتمام إجراءات المسح المنصوص عليها بموجب الأمر 74/75 وبعد ذلك يرقم العقار ترقيما نهائيا يسلم على إثره الدفتر العقاري³.

وبالتالي تعتبر هذه الإجراءات التي جاء بها المشرع الجزائري بموجب هذا القانون مجالا آخر لإعمال الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية إذا اقتزنت بالمدة المعينة قانونا⁴.

1 - المادة 9 من القانون 02/07

2 - المادة 11 من القانون 02/07

3 - المادة 12 من المرسوم 63/76

4 - ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة ماجستير، مرجع سابق، ص 131

خلاصة الفصل

نخلص من هذا الفصل بأن هناك نظامان من أنظمة الشهر العقاري، يختلف بحسب نظام كل دولة وساستها العقارية، فهناك نظام شهر التصرفات باسم المالك وهو نظام الشهر الشخصي، ونظام يبني على شهر التصرفات اعتمادا على العقار وهو نظام الشهر العيني.

ومن خلال النصوص القانونية خاصة الأمر 74/75 والمرسوم التنفيذي 62/76 والمرسوم 63/76 فإن المشرع الجزائري قد تبنى صراحة نظام الشهر العيني، لكن وكمرحلة انتقالية وفي انتظار إتمام عملية المسح العقاري المعتبر أساس نظام الشهر العيني والتي مازالت تعرف تأخرا وبطء كبيرين ، فقد تبنى إلى جانبه نظام الشهر الشخصي.

لذلك فإن المشرع الجزائري مازال يأخذ بالحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية رغم تعارض ذلك مع نظام الشهر العيني، حيث أن الحيازة تعتبر السبب الأكثر انتشارا لكسب الملكية العقارية في ظل الوضعية المورثة على الاستعمار، ويظهر ذلك عن طريق المطالبة القضائية برفع دعوى من قبل الحائز أو الدفع بالحيازة ومن خلال إعداد عقد الشهرة الذي يعتمد على الحيازة المقتزنة بمدة معينة (ملغى)، أو من خلال بروز الحيازة عمليا في إجراءات عملية المسح العقاري حيث يذهب الدكتور محمودي عبدالعزيز إلى اعتبارها مدد للتقادم من نوع خاص أو من خلال بروز الحيازة أثناء إجراء التحقيق العقاري.

إلا أن مصير الحيازة في التشريع الجزائري كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية يبقى مجهولا بعد إتمام عملية المسح العقاري.

الخاتمة

الخاتمة

-خلاصة البحث:

إن الحيازة هي سيطرة مادية فعلية على شيء يظهر فيها الحائز بمظهر المالك، ويمارس هذه السيطرة بنفسه أو بواسطة شخص آخر.

تقوم الحيازة على ركنين أساسيين وهما الركن المادي والركن المعنوي فالمادي هو الممارسة المادية الفعلية على الشيء المحاز والمعنوي هو نية التملك للشيء.

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الشخصية، حيث اشترط إلى جانب السيطرة المادية الجانب المعنوي وهو نية التملك.

وعند تخلف الركن المعنوي تصبح الحيازة عرضية وهي حيازة غير قانونية وقد تصبح قانونية أما بفعل الغير الناقل للملكية أو بفعل يصدر من الحائز العرضي نفسه يعارض به حق المالك.

لا تصح الحيازة إلا بشروط فسامها بعض الفقهاء إلى شروط عامة متعلقة بالحيازة عامة وشروط خاصة متعلقة بالحيازة العقارية فالعامة هي الهدوء والعلانية والاستمرار والوضوح، والخاصة بالعقار تتمثل في عدم وجود سند ملكية للعقار محل الحيازة فضلا عن عدم خضوعها لعملية المسح العام للأراضي وإن يكون من العقارات القابلة للتملك.

تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بالوصية أو الإرث وإلى الخلف الخاص بالاتفاق أو التسليم الفعلي أو الحكمي وتزول بفقدان أحد عناصرها المادي أو المعنوي أو كليهما.

وحتى تكون الحيازة العقارية سبب لكسب الملكية العقارية الخاصة لا بد من توافر عنصر الزمن أو ما يسمى بمرور الزمن أو التقادم المكسب وقد أخذ المشرع الجزائري بالتقادم الطويل وهو مرور 15 سنة على حيازة صحيحة بتوافر شروطها وعناصرها والقصير بمرور 10 سنوات بشروط الحيازة السابقة مع وجود سند صحيح وهو الذي يقدم من غير المالك.

اتبع المشرع نظام الشهر العيني في شهر المعاملات العقارية ورغم ذلك ابقى على تقادم الحيازة كوسيلة لكسب الملكية رغم أن الشهر العيني يتنافى والتملك بالتقادم.

لذلك فالمشرع الجزائري حدد مجال أعمال التملك بالحيازة في الأراضي التي لم تصلها عملية المسح وجعل لكسب الملكية عن طريق الحيازة ميكانيزمات قانونية تمثلت في عقد الشهرة الذي الغي وحل محله التحقيق العقاري وعقد الشهرة.

ويجمل القانون الجزائري الحيازة بدعاوي ثلاث وهي دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة.

-الاستنتاجات .

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية:

- 1- الحيازة تحتل مكانة هامة إن لم نقل أهم أسباب كسب الملكية العقارية لأنها تمثل الجانب المادي الذي يمكن من ممارسة حق الملكية بصفة فعلية.
- 2- للحيازة آثار هامة اجتماعية وأمنية حيث تحقق الاستقرار في مجال المعاملات العقارية فضلا عن أنها وبتقرير المراكز القانونية واحترام الأوضاع القانونية الظاهرة تحقق الأمن بالحد من النزاعات العقارية.
- 3- لا تكون الحيازة وحدها سببا لكسب الملكية العقارية إلا إذا اقترنت بمرور الزمن او التقادم المكسب سواء كان الطويل او القصير.
- 4- شهادة الحيازة قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها
- 5- عقد الشهرة وشهادة الحيازة جاءت كضرورة الملحة لتفعيل وتسريع عملية تطهير الملكية العقارية الخاصة في المرحلة الانتقالية السابقة لاستكمال إجراءات المسح العام للأراضي.
- 6- اتبع المشرع الجزائري في شهر المعاملات العقارية منذ الاستقلال نظامين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني وهذا الأخير تم اللجوء إليه بعد النتائج الكارثية للنظام الأول والفوضى العقارية والنهب الذي طال الوعاء العقاري.
- 7- الرأي السديد بخصوص التملك بالحيازة في مواجهة عقد مشهر هو رأي المحكمة العليا في قرارها رقم 197920 لأنه يحافظ على مصداقية وقوة ثبوت الشهر العقاري.
- 8- لازالت عمليات المسح تواجه صعوبات في التقدم رغم مرور مدة من الزمن على بدء العملية واغلبها عوائق إدارية وتنظيمية.

-التوصيات

- 1- الإسراع في إتمام عملية المسح العام للأراضي ووضع كل الإمكانيات المادية والبشرية مع تأطير هذه الأخيرة ، للحد من نهب الوعاء العقاري باسم الحيازة والفوضى العقارية لان تنمية الدول تأتي باستقرار المجال العقاري .

- 2- إعادة النظر في مواد القانون المدني الخاصة بجواز التملك بالتقادم المكسب للملكية وخصوصا العقارية لان ذلك يضر بالقوة الثبوتية المطلقة لنظام الشهر العيني ومصادقته.
- 3- وضع دعوي الحيازة ضمن اختصاصات قاضي الاستعجال لما تتطلبه من اتخاذ إجراءات استعجاليه ملحة.
- 4- محاولة العمل على تكييف الأحكام والاجتهادات القضائية من المحكمة العليا ومجلس الدولة بما لا يسمح بالإضرار بقوة الشهر العقاري.
- 5- وضع إدارة الحفظ العقاري تحت إشراف وزارة العدل لزيادة الحرص والحزم و الصرامة في المحافظة على الوعاء العقاري.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع

النصوص القانونية:

- 1- قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري
الجريدة الرسمية عدد 49 في 18/11/1990
- 2- قانون رقم 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية الجريدة
الرسمية ، عدد 52 في 02/12/1990
- 3- قانون رقم 07-02 المؤرخ في 27/02/2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية
العقارية وتسليم سندات عن طريق تحقيق عقاري ، الجريدة الرسمية عدد 15 في
2007/02/18
- 4- قانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن الإجراءات المدنية والإدارية
الجريدة الرسمية، عدد 21 في 30/04/2008
- 5- الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 /09/ 1975 ، المتضمن القانون المدني ، المعدل
والمتمم
- 6- الأمر رقم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري ، جريدة
رسمية عدد 30 في 27/04/1976
- 7- مرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21/05/1983 المتضمن سن إجراء لإثبات التقادم
المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، جريدة رسمية عدد 21 في
1983/05/24

8- مرسوم تنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 1991/07/27 يحدد كفيات إعداد شهادة
الحياسة وتسليمها ، الجريدة الرسمية عدد 36 في 1991/07/31

المراجع:

- 9-1- د محمدي فريدة (زواوي) ، الحياسة والتقاعد المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية
الجزائر ، سنة 2000
- 2- د.محمودي عبد العزيز/المرحوم حاج على سعيد ، إجراءات تفعيل الحياسة العقارية كالية
لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، منشورات البغدادى ، الطبعة الاولى ، سنة
2011
- 3- حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحياسة طبعة 2002 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع
الجزائر
- 4- د قدرى عبد الفتاح الشهاوى ، الحياسة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية في
التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 2003
- 5- محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع
الجزائري، منشورات بغدادى، الجزائر، طبعة ثانية، 2010
- 6- د.بيان يوسف رجب ، دور الحياسة في الرهن الحيازي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان
الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 2010
- 7- مدحت محمد الحسيني ، اجراءات الشهر العقاري ، دار المطبوعات الجامعية كلية الحقوق
، الاسكندرية ، مصر، بدون رقم طبعة ، 1992 ، ص09

- 8- د. حسين عبد اللطيف حمدان ، أحكام الشهر العقاري ،الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت لبنان ،دون سنة طبع
- 9- أ.جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية الجزائرية بدون رقم طبعة ،سنة2006
- 10- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (اسباب كسب الملكية ، مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، الجزء التاسع 1968،
- 11- د.رمضان ابو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ،منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، سنة 2002
- 12 - د محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية والحقوق المتفرعة عنها ،أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر، سنة 2007
- 13- د.عبد المنعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ،دار النهضة العربية ،بيروت لبنان ، بدون سنة نشر، بدون رقم طبعة
- 14- د.محمد حسين قاسم ،موجز الحقوق العينية الأصلية ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ، سنة2005
- 15- أ .ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري،دار هومة الجزائر، سنة 2010
- 16- أ ريم مراحي، دور المسح في اثبات الملكية في التشريع الجزائري،منشورات البغدادية،الروبية الجزائر، سنة2009

- 17- مجيد مخلوفي ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري،الديوان الوطني للأشغال التربوية
الجزائر ، الجزء الاول ،سنة2002
- 18- محمد سعد خليفة ،الأثر المترتب على الحاكم بعد دستورية المادة37 من قانون السجل
العيني ،دار النهضة العربية، مصر، 2004
- 19- ثابتي وليد، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة لنيل شهادة
الماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة،2008/2009 صفحة23
- 20- احمد برادي، التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون المدني
الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2008/2009
- 21- ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، مذكرة لنيل شهادة
الماجستير، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2006/2007
- 22- لياس بروك ، نظام الشهر العيني في الجزائر ،مذكرة ماجستير ،جامعة قاصدي مرباح
ورقلة ،سنة 2006
- 23- فردي كريمة ،الشهر العقاري في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ،جامعة الاخوة
منتوري ، قسنطينة ،الجزائر ،2008.2007
- 24- بوزيتون عبد الغني، دور المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية ، مذكرة ماجستير
،القانون العقاري ، جامعة قسنطينة، 2009/2010

المجلات:

- 1-المجلة القضائية ، العدد الاول ، 1999

2- محمد فريدة زواوي ،مقال التقادم المكسب ونظام الشهر العيني ،مجلة الاجتهاد القضائي
للغرفة العقارية ،الجزء الاول ، قسم الوثائق ، سنة 2000

القواميس :

1-محمد بن يعقوب الشيرازي الفيروز آبادي ،القاموس المحيط ،مؤسسة الرسالة ،القاهر

الطبعة 8، سنة 2005

2-ابن منظور ، لسان العرب، دار المعارف ، القاهرة مصر،الجزء الاول ،سنة 1900

الفهرس

الفهرس

مقدمة

الفصل الأول : الحيازة العقارية وتقدمها المكسب لاكتساب الملكية العقارية الخاصة

02.....	تمهيد.....
03.....	المبحث الأول: الحيازة كواقعة مادية لاكتساب الملكية.....
03	المطلب الأول : تعريف الحيازة.....
03	الفرع الأول : الحيازة لغة.....
02.....	الفرع الثاني : الحيازة اصطلاحا.....
03	البند الأول : في الاصطلاح القانوني.....
05.....	البند الثاني : في الإصطلاح الشرعي.....
06.....	المطلب الثاني : عناصر الحيازة وشروطها.....
06.....	الفرع الأول : عناصر الحيازة.....
06.....	البند الأول : العنصر المادي.....
12.....	البند الثاني : العنصر المعنوي.....
17.....	الفرع الثاني : شروط الحيازة.....
17.....	البند الأول : الشروط العامة.....
21.....	البند الثاني : الشروط الخاصة.....
24.....	المطلب الثاني : إنتقال الحيازة وزوالها.....

- 24..... الفرع الأول : إنتقال الحيازة:
- 25..... البند الأول : إنتقال الحيازة إلى الخلف العام.
- 25..... البند الثاني : إنتقال الحيازة إلى الخلف الخاص.
- 27..... الفرع الثاني : زوال الحيازة
- 27..... البند الأول : زوال الحيازة بفقد عنصرها معها.
- 27..... البند الثاني : زوال الحيازة بفقد عنصرها المادي فقط.
- 28..... البند الثالث : زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوي وحده.
- 30..... المبحث الثاني: نظام التقادم المكسب للملكية العقارية بالحيازة.**
- 30..... **المطلب الأول: تعريف التقادم المكسب للملكية العقارية وأنواعه.**
- 30..... الفرع الأول : تعريف التقادم المكسب
- 32..... الفرع الثاني : أنواع التقادم المكسب للملكية العقارية
- 33..... البند الأول : التقادم المكسب الطويل.
- 33..... البند الثاني : التقادم المكسب القصير.
- 34..... **المطلب الثاني : نطاق التقادم المكسب للملكية العقارية وطبيعته القانونية.**
- 34..... الفرع الأول : نطاق التقادم المكسب
- 36..... الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للتقادم المكسب.
- 36..... البند الأول : التقادم قرينة قاطعة على الملكية

- 37.....البند الثاني : التقادم المكسب سببا مباشرا لكسب الملكية أو الحق العيني.....
- 38.....المطلب الثالث : شروط التقادم المكسب.....
- 38.....الفرع الأول : الشروط المشتركة لأنواع التقادم المكسب.....
- 38.....البند الأول : الحيابة.....
- 38.....البند الثاني : إستمرار الحيابة مدة معينة.....
- 40.....الفرع الثاني : الشروط الخاصة بالتقادم القصير.....
- 40.....البند الأول : السند الصحيح.....
- 42.....البند الثاني : حسن النية.....
- 43.....المطلب الرابع : وقف وانقطاع التقادم المكسب.....
- 44.....الفرع الأول : وقف التقادم المكسب.....
- 44.....البند الأول : الأسباب العامة لوقف التقادم المكسب.....
- 44.....البند الثاني : الأسباب الخاصة لوقف التقادم المكسب.....
- 45.....الفرع الثاني : إنقطاع التقادم المكسب.....
- 45.....البند الأول : الإنقطاع الطبيعي للتقادم المكسب.....
- 45.....البند الثاني : الإنقطاع المدني للتقادم المكسب.....
- 47.....خاتمة الفصل :

الفصل الثاني: إعمال الحيابة وإثباتها في ظل نظام الشهر العيني

تمهيد.....	49
المبحث الأول : توافق اكتساب الملكية العقارية الخاصة بالحيابة مع مبادئ الشهر العيني.....	51
المطلب الأول: نظام الشهر العقاري قبل اعتماد نظام الشهر العيني.....	50
الفرع الأول : تعريف وخصائص نظام الشهر الشخصي.....	50
البند الأول : تعريفه.....	50
البند الثاني : خصائصه.....	50
الفرع الثاني : سلبات نظام الشهر الشخصي.....	52
المطلب الثاني: نظام الشهر العيني.....	53
الفرع الأول: تعريف نظام الشهر العيني.....	53
الفرع الثاني : خصائصه نظام الشهر العيني.....	53
البند الأول : مبدأ التخصيص.....	53
البند الثاني : مبدأ الشرعية.....	54
البند الثالث : مبدأ القوة الثبوتية.....	55
البند الرابع : مبدأ القيد المطلق.....	55
البند الخامس : مبدأ حظر التقادم.....	56
الفرع الثالث: تقييم نظام الشهر العيني.....	57
البند الأول : مزاياه.....	57
البند الثاني : عيوبه.....	57
المطلب الثالث :مدى توافق اكتساب الملكية بالحيابة مع مبادئ الشهر العيني.....	58

- 58.....الفرع الأول : موقف الفقه من توافق الحيابة مع نظام الشهر العيني.
- 58.....البند الأول : حظر التملك بالحيابة في ظل نظام الشهر العيني.
- 59.....البند الثاني : إمكانية التملك بالحيابة في ظل نظام الشهر العيني .
- 60.....الفرع الثاني : موقف التشريع و القضاء.....
- 60.....البند الأول : موقف التشريع
- 62.....البند الثاني : موقف القضاء.....
- 65.....المبحث الثاني :إعمال الحيابة وأثارها في ظل نظام الشهر العيني.....
- 65.....المطلب الأول : إعمال الحيابة لكسب الملكية العقارية الخاصة عن طريق القضاء.....
- 65.....الفرع الأول : عن طريق الدعوى القضائية.....
- 67.....الفرع الثاني : عن طريق الدفع
- 67.....الفرع الثالث : آثار كسب الحائر للملكية العقارية عن طريق القضاء.....
- 68.....المطلب الثاني : الآليات غير القضائية لإعمال الحيابة المكسبة للملكية العقارية.....
- الفرع الأول : الحيابة كأساس لكسب الملكية العقارية عند الإجراءات الأولية لشهر الحقوق العينية بعد
69.....عملية المسح.....
- 71.....الفرع الثاني : إعمال الحيابة لكسب الملكية العقارية في عقد الشهرة وشهادة الحيابة.....
- 71.....البند الاول:عقد الشهرة.....
- 73.....البند الثاني :شهادة الحيابة.....
- 75.....الفرع الثالث :إعمال الحيابة لكسب الملكية العقارية جراء قانون التحقيق العقاري.....

75.....	البند الاول:شروط خاصة بالعقار.....
76.....	البند الثاني:الشروط الخاصة بالحيازة.....
78.....	خلاصة الفصل.....
80.....	الخاتمة
84.....	قائمة المصادر والمراجع
90.....	الفهرس