

جامعة سعد دحلب البليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: القانون العقاري

دور عقد الشهرة في استقرار المعاملات العقارية

من طرف

بن بو عيشة شهيناز

أمام اللجنة المشكلة من

رئيسا	أستاذ محاضر, جامعة البليدة	بن يوسف بن رقية
مشرفا و مقررا	أستاذ محاضر, جامعة البليدة	رشيد بن شويخ
عضوا مناقشا	أستاذ مكلف بالدروس, جامعة البليدة	خالد رامول
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر, جامعة الجزائر	مسعود محمودي

السنة الجامعية 2006

الشعر

الإهداء

إلي من ضحيا بالكثير في سبيل تعليمي والدي العزيزين.
إلي من علنتي أحرف الهجاء الأولي أمي.
إلي من شجعني علي التقدم إلي الأمام
و ألهمني الشجاعة في مراسلة دربي أمي أعز ما أملك.
إلي خير ما أوهبني الله أخواتي و إخواني
إلي أمل الحياة
خديجة ، زهيدة،نسرين، عبد الرحمان، إسلام و منير.
إلي كل هؤلاء أهدي هذه المذكرة.

الشكر

أتقدم بالشكر الجزيل ، إلى كل من قدم لي يد العون في انجاز هذا العمل و أخص بالذكر الأستاذ المشرف الدكتور بن شويخ الرشيد الذي تفضل علي بنصائحه وتوجيهاته طوال فترة انجاز هذا العمل .

والى كل من ساعدوني لإتمام هذا البحث وأخص بالذكر الأستاذ ناشف فريد، والى كل القضاة وأخص بالذكر القاضي علي عيشور، والقاضي حمدي باشا عمر والقاضية زروقي ليلي، الأستاذ زودة عمر. الذين بذلوا كل ما في وسعهم لانجاز هذا عمل.

وفي الأخير إلى كل أسرة كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب من أساتذة وإداريين.

الفهرس

	الإهداء
	الشكر
	الفهرس
07	مقدمة
10	1. الشروط الواجب توافرها لإعداد قداالشهرة
10	1.1 مفهوم عقد الشهرة
10	1.1.1 تعريف عقد الشهرة
12	2.1.1 طبيعة عقد الشهرة
12	1.2.1.1 عقد الشهرة عقد رسمي
12	2.2.1.1 عقد الشهرة لا يعد سببا من أسباب كسب الملكية
13	3.1.1 تمييز عقد الشهرة عن ما يشابهه من العقود الأخرى
13	1.3.1.1 الفرق بين عقد الشهرة و العقد العرفي
14	2.3.1.1 الفرق بين عقد الشهرة و شهادة لحيازة
17	1.2.3.1.1 الإجراء الفردي
18	2.2.3.1.1 الإجراء الجماعي
18	3.3.1.1 الفرق بين عقد الشهرة وشهادة الملكية
20	4.3.1.1 الفرق بين عقد الشهرة و الشهادة التوثيقية
21	4.1.1 إلزامية عقد الشهرة
22	5.1.1 حجبية عقد الشهرة
23	1.5.1.1 حجبية العقد الرسمي
24	2.5.1.1 حجبية عقد الشهرة في الإثبات
25	2.1 شروط عقد الشهرة
25	1.2.1 عناصر الحيازة
25	1.1.2.1 تعريف الحيازة
27	2.1.2.1 نطاق الحيازة
27	1.2.1.2.1 مجال الحيازة من حيث الأشياء
28	2.2.1.2.1 مجال الحيازة من حيث الحقوق
28	3.1.2.1 عناصر الحيازة
28	1.3.1.2.1 العنصر المادي
29	2.3.1.2.1 العنصر المعنوي
31	2.2.1 شروط الحيازة
32	2.2.2.1 أن تكون الحيازة هادئة (عيب الإكراه)
33	2.2.2.1 أن تكون الحيازة ظاهرة (عيب الخفاء)
34	3.2.2.1 أن تكون الحيازة واضحة (عيب الغموض أو اللبس)
34	4.2.2.1 أن تكون الحيازة مستمرة (عيب عدم الإستمرار)
34	5.2.2.1 الحيازة بحسن النية و بسوء نية
35	1.5.2.2.1 الحيازة بحسن النية

36	2.5.2.2.1. الحيابة بسوء النية
37	3.5.2.2.1. أهمية التفرقة بينهما
37	3.2.1. أهمية التقادم المكسب
37	1.3.2.1. تعريف التقادم
38	2.3.2.1. مكانة التقادم المكسب
39	1.2.3.2.1. أهمية التقادم المكسب في القوانين المختلفة
40	2.2.3.2.1. مكانة التقادم في القانون الجزائري
41	3.3.2.1. مجال أعمال التقادم المكسب
41	1.3.3.2.1. الحقوق الجائز إكتسابها بالتقادم
48	4.2.1. الشروط العامة لأعمال التقادم المكسب
48	1.4.2.1. الحيابة
49	2.4.2.1. إستمرار الحيابة مدة معينة
50	1.2.4.2.1. الشروط الخاصة بالتقادم المكسب بنوعيه
59	2.2.4.2.1. الشروط الخاصة بالتقادم لقصير
66	5.2.1. آثار التقادم المكسب
66	1.5.2.1. وجوب التمسك بالتقادم المكسب
67	2.5.2.1. كسب الملكية أو الحق العيني محل الحيابة
68	3.5.2.1. الأثر الرجعي لتقادم المكسب
70	2. مراحل توثيق و إجراءات شهر عقد الشهرة و المنازعات التي يثيرها
70	1.2. مرحلة توثيق عقد الشهرة من قبل الموثق
70	1.1.2. إختصاص الموثق في إعداد و تحرير عقد الشهرة
71	1.1.1.2. تعريف الموثق
71	2.1.1.2. إختصاص الموثق
72	2.1.2. الملف الواجب تقديمه للموثق
73	1.2.1.2. فيما يخص الشهادات المكتوبة
75	2.2.1.2. مخطط الملكية الذي يعده أشخاص معتمدون
75	1.2.2.1.2. الخبير العقاري
77	3.2.1.2. التصريح الشرفي
77	4.2.1.2. عند الإقتضاء السندات أو الشهادات الجبائية
77	3.1.2. إجراءات التحري و التحقيق التي يقوم بها الموثق
78	1.3.1.2. إشعار رئيس المجلس الشعبي البلدي
79	2.3.1.2. إشعار نائب مدير الشؤون العقارية
80	3.3.1.2. إشهار طلب إعداد عقد الشهرة
80	4.3.1.2. الأجل المحددة للرد أو الإعتراض
81	4.1.2. تحرير عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية و تسجيله
82	1.4.1.2. تحريره
82	2.4.1.2. تسجيله لدي مصلحة الضرائب
84	2.2. مرحلة شهر عقد الشهرة بالمحافظة العقارية

85.....	1.2.2 شهر اكتساب الملكية بالتقادم في ظل نظام الشهر الشخصي
85.....	1.1.2.2 . ماهية نظام الشهر الشخصي
85.....	1.1.1.2.2 تعريف نظام الشهر الشخصي
86.....	2.1.1.2.2 . تقدير نظام الشهر الشخصي
87.....	2.2.2 . شهر اكتساب الملكية بالتقادم في ظل نظام الشهر العيني
87.....	1.2.2.2 . ماهية نظام الشهر العيني
88.....	1.1.2.2.2 . تعريف نظام الشهر العيني
88.....	2.1.2.2.2 . تقديره
89.....	2.2.2.2 وضع الحيازة المكسبة في ظل النظام الشهر العيني
90.....	3.2.2 موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي والعيني
92.....	1.3.2.2 نظام الشهر العقاري في الجزائر قبل 1975
92.....	2.3.2.2 نظام الحفظ العقاري في الجزائر بعد 1975
94.....	4.2.2 شهر عقد الشهرة بالمحافظة العقارية
94.....	1.4.2.2 إلزامية شهر عقد الشهرة بالمحافظة العقارية
95.....	2.4.2.2 مهام المحافظة العقارية
96.....	3.4.2.2 الشروط الواجب توافرها في المحررات الخاضعة للإشهار العقاري
97.....	4.4.2.2 مراحل إجراء الشهر
99.....	3.2 المنازعات التي يثيرها عقد الشهرة أثناء تحريره و بعد شهره في المحافظة
99.....	1.3.2 الإشكالات التي تثيرها عقد الشهرة أثناء تحريره
102.....	1.1.3.2 كيفية حساب مدة التقادم
102.....	2.1.3.2 الحالات التي يتزامن فيها إعداد عقد الشهرة
	مع صدور قرار فتح عملية المسح
104.....	3.1.3.2 مدى إلزامية إرفاق عقد الشهرة بجميع الوثائق
	في الملف المرسل للمحافظة العقارية
105.....	4.1.3.2 مدى إخضاع العقار المملوك بسند رسمي مشهر للتقادم
105.....	2.3.2 النزاعات التي يثيرها عقد الشهرة بعد شهره في المحافظة العقارية
107.....	3.3.2 الاختصاص القضائي في عقد الشهرة
109.....	1.3.3.2 دعوى إبطال عقد الشهرة
110.....	2.3.3.2 الاختصاص القضائي في المنازعات التي يثيرها عقد الشهرة
114.....	خاتمة

مقدمة

إن موضوع الملكية العقارية في الجزائر يكتسي أهمية بالغة جدا، و يلعب دورا أساسيا في مختلف قطاعات التنمية. إذ كلما استقرت التنظيمات والقواعد المنظمة للملكية العقارية استقرت معها الأوضاع السائدة في المجتمع و تمت السيطرة على التناقضات التي تهدد النسيج الاجتماعي و الاقتصادي و العقائدي لأفراد الأمة.

وكلما تم تسيير آليات حركية السوق العقاري بالقواعد الموضوعية والإجراءات الشكلية وتجنب التعقيدات و العوائق يتم تحفيز رؤوس الأموال المدخرة سواء في الداخل أو الخارج للدخول في نشاط دوارة الاقتصاد وبالتالي تسريع وتيرة التنمية وتحقيق أكبر قدرة في تمكين العقار من أداء وظيفة الاجتماعية.

و إن العقارات في الجزائر عرفت تقلبات و تغيرات كثيرة سواء أثناء الاحتلال الفرنسي أو بعد الاستقلال مما تسبب في نوع من الاضطراب و عدم استقرار الملكية العقارية و ما ترتب عن ذلك من منازعات عديدة أثرت على الاستغلال الأمثل للعقارات.

الأمر الذي دفع بالمشروع أن يصدر عدة تشريعات في هذا المجال منها المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية لتشجيع و حث الحائزين الذين يحوزون عقارات لم تشملها بعد عملية المسح الحصول بفضل إجراءات بسيطة و في آجال مقبولة على سندات ملكية عن طريق إعداد عقد الشهرة.

و سوف ينصب بحثنا هذا على دور عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية في استقرار المعاملات العقارية و ذلك نظرا لاعتباره نظام قانوني قائم بذاته يهدف إلى تطهير الوضعية العقارية للأموال التي لم تتم فيها بعد عملية مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري خاصة و أن ما يقارب ثلثي الملكية العقارية الخاصة في بلادنا ليست لها سندات ملكية مكتوبة.

كما أن هذه العقود من شأنها أن تجعل الملاك أكثر اطمئنانا وأمنا وتمكن أصحابها من استغلال عقاراتهم والتصرف فيها كيفما يشاءون وحسب ما يقتضيه التطور الاقتصادي. كما تمكن السلطات

العمومية من تنظيم الملكية و مراقبة التصرفات والمعاملات المتعلقة بها وفرض الضرائب والرسوم العقارية المناسبة.

وعليه فان موضوع عقد الشهرة في التشريع الجزائري له أهمية بالغة و ما زاد من أهميته جملة من الاعتبارات لعل من أهمها, راجع إلى طبيعة المشكلة العقارية في التشريع الجزائري بالإضافة إلى تعقد المعاملات العقارية من جهة أخرى خاصة و أن الجزائر دخلت نظام اقتصاد السوق و الذي يتطلب الاستثمار و دعم نظام القروض.

كما أنه لو نظرنا نظرة خاطفة إلى جداول المحاكم تتجلى لنا كثرة المنازعات المتعلقة بالعقار بصفة خاصة. هذا ما جعل هذا الموضوع يشغل بال القضاة و المحامين و الموثقين و كل من يعمل بهذا المجال القانوني. و من هنا ظهرت الحاجة إلى بحث مثل هذا الموضوع لحدائته من جهة و محدودية الثقافة القانونية في هذا المجال للعديد من المواطنين و حتى المختصين في هذا الميدان .

إن الغرض من اختيار لهذا الموضوع الهام هو التعرف على الشهرة في استقرار المعاملات العقارية الغرض منه هو تعريف عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية و تبيان طبيعته القانونية و هذا من خلال تميزه عن العقود المتشابهة معه.

بالإضافة إلى ضبط الإجراءات و الشروط الواجب توافرها لإعداد وصولا إلى شهره بالمحافظة العقارية و في الأخير طرح المنازعات التي يثيرها هذا العقد. و التي من خلالها يتبين لنا دور عقد الشهرة في استقرار المعاملات العقارية . و هذا كله من خلال المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 .

و الأهم من كل هذا و ذلك هو محاولة الإجابة على التساؤلات الأساسية التي يتطلبها مثل هذا الموضوع المتمثلة أساسا في هل أن المشرع الجزائري بتبنيه لهذا النوع من العقود توصل إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية؟

علما أن المشرع الجزائري يستمر بالأخذ بنظام الشهر الشخصي الذي يفتح المجال لكسب الملكية بالتقادم المكسب و من جهة أخرى تبنى نظام الشهر العيني و الذي يحظر تملك العقارات بالتقادم المكسب.

و من هنا نسأل أيضا هل على المشرع الجزائري أن يستبعد من أحكام القانون المدني التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية أم عليه الإبقاء على التقادم خاصة وأن عملية المسح لم تشمل كل أراضي الجمهورية مع إجراء بعض التعديلات في النصوص القانونية ؟

كل هذه التساؤلات سوف نعالجها في هذا البحث الذي خصصنا له فصلين :

نتناول في الفصل الأول الشروط الموضوعية اللازمة لإجراء عقد الشهرة. و سوف نتطرق فيه إلى تعريف عقد الشهرة والفرق بينه وبين العقود المتشابهة له و إلزامية وحجيته. لنصل بعد ذلك إلى شروطه والمتمثلة في الحيابة و التقادم المكسب.

كما سوف نتطرق في الفصل الثاني إلى إجراءات التوثيق وكيفية شهر عقد الشهرة بالمحافظة العقارية والمشاكل التي يثيرها . وذلك من خلال تعرضنا لمرحلة إعداد وتحرير عقد الشهرة من قبل الموثق الذي يعد المختص بذلك . ثم إلى الملف الواجب تقديمه للموثق. وكيفية تحريره وتسجيله لدى مصلحة الضرائب ثم نتعرض إلى مرحلة شهرة بالمحافظة العقارية و هذا بالتعرض النظامي الشهر العقاري والى مهام المحافظ العقاري و الشروط الواجب توافرها في المحررات الخاضعة للإشهار العقاري وكذلك مراحل إجراءات الشهرة. ثم نتعرض للإشكالات التي يثيرها هذا العقد أثناء إعداده وبعد شهرة بالمحافظة العقارية.

في الأخير نتطرق لتحديد الجهة القضائية المختصة بالنزع في حالة وقوعه.

الفصل 1

الشروط الواجب توافرها لإعداد عقد الشهرة

إن المشرع الجزائري حدد مجموعة من الشروط و الإجراءات لإعداد عقد الشهرة, و هذا من خلال المرسوم 352/83 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية. و الذي جاء تطبيقا لأحكام المواد 827 من القانون المدني الجزائري و ما يليها. و هذا بهدف تطهير الوضعية العقارية . و سنتعرض من خلال هذا الفصل الأول إلى الشروط الواجب توافرها لإجراء عقد الشهرة .

1.1. مفهوم عقد الشهر

إن المشرع من خلال المرسوم رقم 352/83 الصادر في سنة 1983 الذي يسن إجراء التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، لم يتعرض إلى تعريف عقد الشهرة ولهذا سنحاول إعطائه تعريفا وتبيان طبيعته وتفرقته عن العقود المشابهة له.

1.1.1. تعريف عقد الشهرة

تطهيرا للوضعية العقارية للأموال التي لم يتم بها عملية المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، تبنى المشرع الجزائري هذا النوع من العقود الذي يستند أساسا على المواد 827 وما يليها من القانون المدني الجزائري الخاصة بالحيازة والتقادم المكسب والتي على ضوءها يتمكن الملاك والحائزين الذين ليست لهم سندات تمليك أو ضاعت منهم من الاتصال بأي موثق متى توافرت الشروط اللازمة لتحرير عقد الشهرة.

إلا أننا نعيب على المشرع الجزائري في أنه سمى هذا المحرر بعقد الشهرة في المرسوم السالف الذكر.

لأنه بالرجوع إلى النص الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي استعمل **Acte denoterieté**، وكلمة **Acte** تعني « التعرف » باللغة العربية وهو اتجاه الإرادة المحضة إلى إحداث آثار ونتائج

قانونية معينة بفعل هذه الحركة وحدها دون الحاجة إلى اقتران بفعل مادي، ولم يستعمل كلمة **Contrat** و التي تعني «العقد» وهو توافق إرادتين أو أكثر على منح أو عمل أو عدم عمل أي شيء.»

ولذا نجد أن كلمة **(Acte)** «تصرف» تتماشى مع مدلول المرسوم **352/83** والذي يتجسد فيه إرادة شخص واحد وهو الحائز الذي يريد شهر حيازته.

إلا أن الأساتذة الموثقين يرون أن استعمال مصطلح عقد الشهرة هو صحيح، ويرون أن العقود التوثيقية والتي نعني بها: «العقود التي يتولى تحريرها ضابط عمومي ويحدد القانون صيغتها الرسمية والعقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصبغة، وهذا طبقا للمادة 5 قانون 1988/06/12، الذي أنشأت بموجبه مكاتب التوثيق يمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني»،

والتي تشكل أحد أهم مظاهر العقود الرسمية وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 324 قانون مدني جزائري، العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة كما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال، القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، إلا أنه يعاب عليه أنه غير كلمة الورقة الرسمية، وحل محلها كلمة العقد الرسمية، والذي هو اتفاق بين المتعاقدين والورقة هي المحرر الذي يحرره الموثق وبالتالي فلأصوب لوترك مصطلح الورقة والعقود التوثيقية تصنف إلى قسمين :

تصريحه : يعمل فيها الموثق على استقبال التصريح ويحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان التصريح غير مخالف للقانون، مثل طلب إعداد فريضة، شهادة توثيقة، عقد الشهرة.

تعاقدية : يعمل فيها الموثق على تجسيد توافق إرادتين متبادلتين أي إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر كالبيع، ، والتصرفات الناقلة للملكية العقارية منها ما يصدر من جانب واحد كالوقف والوصية، يصدر عن إرادتين ولا يتم تكوينه إلا باتفاقيتها كعقد البيع والهبة....

ومن هنا نستنتج أن عقد الشهرة هو عقد توثيق ويدخل ضمن صنف العقود التصريحية ويعد وسيلة من وسائل إثبات الملكية العقارية وهو في ذلك لا يختلف عن العقود الرسمية المثبتة للملكية العقارية الأخرى، والعقود الاحتفالية.

ومن خلال المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد الشهرة بل استلزم شرطين هامين لإجراء هذا العقد وهما الحيابة القانونية والتقدم المكسب، وعلى ضوء ذلك يمكن تعريف عقد الشهرة بأنه:

محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطة واختصاصه، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقدم المكسب بناءً على تصريح طالب العقد.

2.1.1.1. طبيعة عقد الشهرة

تبين لنا من خلال ما سبق أن عقد الشهرة يعد عقداً توثيقياً يقوم به ضابط عمومي، فهل يعتبر بذلك عقداً رسمياً؟ وهل أنه يعد سبباً لكسب الملكية؟

1.2.1.1 عقد الشهرة عقد رسمي

إن عقد الشهرة كونه عقداً توثيقياً فإنه يعد أحد أهم مظاهر العقود الرسمية وأكثرها عدداً واستعمالاً خاصة في ظل نظام اقتصاد السوق، فبالرجوع إلى تعريف العقد الرسمي من خلال نص المادة 324 بعد التعديل المشار إليه هو:

"عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة... "وما دام الموثق يعد ضابط عمومي كما جاء به نص المادة 5 فقرة 1 من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12:

«عد الموثق ضابطاً عمومياً يتولى تحرير العقود...» فإن العقد التوثيقي عقد رسمي وبذلك نجد أن عقد الشهرة ورقة رسمية لها نفس القوة للعقود التي يقوم لها الموثق كما أن لها نفس الحجّة وهذا ما أكدته المادة 324 مكرر 5: «يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني».

2.2.1.1. عقد الشهرة لا يعد سبباً من أسباب كسب الملكية

فإن عقد الشهرة لا يعد سبباً من أسباب كسب الملكية على أساس أن المشرع الجزائري حدد في القانون المدني الجزائري أسباب كسب الملكية كالاتي:

- الاستيلاء، والتركة، المادتين 773-774.
- الوصية، المواد 775-777.
- الالتصاق بالعقار، المواد 778-791.
- عقد الملكية، المادتين 792-893.

• الشفعة، المواد 794-807.

• الحيازة، المواد 808-843.

وهذه الأسباب المحددة قانونا بصفتها الواقعة القانونية المشبه للحق فهي لا تخرج عن اثنان كونها تصرفات وبالتالي إما أن تكون بإرادة منفردة أو أن تتم بإرادتين كالعقد، وإما كونها واقعة مادية. إذن من خلال ما سبق نجد أن عقد الشهرة لا يعد سببا من الأسباب المذكورة، ولا يعد كذلك بالمرسوم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية والذي ما هو إلا تجسيدها لمواد القانون المدني 827 وما يليها الخاصة بالتقادم المكسب والحيازة وبالتالي نجد أن سبب الملكية في عقد الشهرة هو الحيازة ومن ثم فهو لا يعد سبب من أسباب كسب الملكية.

3.1.1.1. تمييز عقد الشهرة عن ما يشابهه من العقود الأخرى

يتبين لنا من خلال الحياة العملية أنه هناك خلط واقع بين عقد الشهرة وبعض العقود المشابهة له وهذا ما دفع بنا لدفع هذا اللبس من خلال إجراء مقارنات بسيطة بينه وبين هذه العقود المختلفة نذكر ، العقد العرفي، شهادة الحيازة، شهادة الملكية والشهادة التوثيقية :

1.3.1.1. الفرق بين عقد الشهرة والعقد العرفي

بالرجوع لنص المادة 327 قانون مدني جزائري، نجد أن العقود العرفية هي تلك المحرران التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من إجراء إثبات تصرف قانوني ويتم توقيعها من قبل الأطراف وحدهم والشهود إن وجدوا دون تدخل من طرف موظف عمومي أو ضابط عمومي مختص.

في حين نجد أن عقد الشهرة وبالرجوع للمرسوم رقم 352-83 مؤرخ في 21 مايو سنة 1983 بين إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، في ماديته الأولى و الثانية يؤكد على أن عقد الشهرة لا يصدر إلا من موظف أو ضابط عمومي وهو الموثق بحيث أن المعني يتجه مباشرة إلى الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص اقليميا لإعداد عقد الشهرة.

كما بالرجوع لأحكام المادتين الأولى و الثانية من المرسوم رقم 41/77 المؤرخ في 19 فبراير 1977، المتعاقد بالتصديق على التوقيعات، فنجد أن التصديق على التوقيعات الأفراد من قبل رئيس المجلس الشعبي أو نائبه أو الموظف لا يضيف الطابع الرسمي على العقد العرفي وإنما تثبت هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى العقد، ضف إلى أن التصديق يعطي السند العرفي المصادق عليه تاريخا ثابت استنادا من تاريخ التصديق على التوقيع وذلك وفقا لأحكام المادة 328 قانون المدني.

أما عقد الشهرة فنصت المادة 1/5 من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 على ما يلي «يعد الموثق ضابط عمومي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صبغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصبغة»، ومن خلال هذا النص نستخلص أن الموثق يتمتع بالضبطية العمومية وهو بذلك شاهد ممتاز كما أنه يضيف الصبغة الرسمية على العقود.

أما من حيث الحجية في الإثبات فإن كل من العقدين هو حجة على الكافة إلا أنه يستوجب علينا توضيح ذلك.

فالعقد العرفي ووفقا لنص المادة 327 القانون المدني يكفي إنكار الخط أو التوقيع من طرف المدين لتسقط حجيته، ضف إلى أنه يجوز دحض كل ما ورد في السند العرفي بإثبات عكس ما جاء فيه، كما أنه ووفقا لنص المادة 328 قانون المدني فإن تاريخ السند العرفي حجة على موقعيه ولا يكون حجة على الغير إلا منذ أن يكتسب تاريخا ثابتا بإحدى الطرق المقررة قانونا.

في حين أن عقد الشهرة له حجية العقد الرسمي وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل من خلال بحثنا. كما أن السند العرفي ليست له أية قوة تنفيذية، إلا إذا حصل الدائن بالالتزام على حكم قابل للتنفيذ فينفذ حينئذ الحكم وليس العقد العرفي.

ومن هنا نخلص أن العقد العرفي له ما يميزه عن عقد الشهرة والذي يعد كما سبق ذكره من العقود التوثيقية (التصرحية) وبالتالي فهو يتميز بأنه عقدا رسميا ومن هنا نجد أن عقد الشهرة يختلف عن العقد العرفي بما يختلف به العقد الرسمي عن العقد العرفي.

2.3.1.1. الفرق بين عقد الشهرة وشهادة الحيازة

تدخل المشرع الجزائري في سنة 1983 بالمرسوم 352/83 المؤرخ 21/05/1983 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية لحث المواطنين الذين

يحوزون أراضي لم يتم مسحها بمقتضى الأمر 74/75 المؤرخ 1974/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، بالحصول على سندات ملكية عن طريق إعداد «عقود شهرة» ثم تدخل بموجب قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 الذي سمح للمواطنين الذين يحوزون بالمناطق التي لم تشملها عملية المسح أن يتحصلوا على سند حيازي يسمى «شهادة الحيازة» .

ومن هنا نجد أن كل من عقد الشهرة وشهادة الحيازة تنصبان حول « الحيازة في العقار إلا أنهما تختلفان في نقاط وتجمعان في أخرى وهذا ما بيناه من خلال هذه التفرقة :

فبالنسبة لشهادة الحيازة فهي وسيلة للملكية لإثبات الحيازة كواقعة مادية في حين أن عقد الشهرة يرد على الحيازة كسبب للملكية والذي من خلاله يصبح القائم بالإجراء مالك.

كما أن عقد الشهرة وشهادة الحيازة تعد من العقود التصريحية بحيث يقتصر دور محرر العقد على استقبال تصريحات الحائز، ثم تحرير السند وفقا للإجراءات القانونية المتبعة، علما أن كل من السنتين يعدهما ضابط عمومي والاختصاص الإقليمي لهذين المحررين هو من النظام العام، إلا أن الاختلاف هو من حيث أن محرر عقد الشهرة هو الموثق وهو ما أكدته المادة الأولى من المرسوم السابق الذكر «أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد الشهرة يتضمن الاعتراف بالملكية» .

وأما عن شهادة الحيازة فيسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي بحيث تنص المادة 40 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري على الآتي : «يسلم شهادة الحيازة رئيس المجلس الشعبي البلدي بناء على طلب الحائز أو الحائزين طبقا لكيفيات تحدد عن طريق التنظيم».

إنه على طالب شهادة الحيازة أن يكون واضعا يده على العقار لمدة سنة على الأقل، في حين عقد الشهرة يستوجب على الحائز أن يكون حائزا للعقار مدة 15 سنة كاملة.

إن شهادة الحيازة على غرار عقد الشهرة تمنح في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها.

إن كل من عقد الشهرة وشهادة الحيازة يتطلبان إعداد نفس الملف كما يخضعان لتحقيق والتحري التي تقوم به نفس المصالح الإدارية (مديرية أملاك الدولة – البلدية) وكما أنهما تخضعان لعملية التسجيل

و الشهر العقاري والتي لا تحصنهما ضد الطعن القضائي حتى بعد فوات مواعيد الاعتراض المنصوص عنها قانونا على غرار السندات المشهرة الأخرى.

كما أن شهادة الحيابة تختلف عن عقد الشهرة من حيث الآثار القانونية⁽¹⁾، فعقد الشهرة باعتباره سند لإثبات الملكية على غرار شهادة الحيابة التي تعد كدليل لإثبات الحيابة وبذلك تعد سند مؤقت ووسيلة للتملك في المستقبل فإنه يمكن صاحبه من التصرف في العقار، في حين أن شهادة الحيابة تعد شهادة اسمية لا يجوز التنازل عنها ولا تنتقل إلى الورثة بقوة القانون في حالة وفاة الحائز ولكن يجوز للورثة أو الشركاء الآخرين في الحيابة خلال سنة ابتداء من تاريخ الوفاة، طلب تسليم شهادة الحيابة باسمهم ويحلون بذلك محل المتوفى في حيابة العقار.

أما بالنسبة لعقد الشهرة فالمادة 15 فقرة 2 من الأمر 74/75 تنص على «غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية» وبالتالي فإنه لا يطلب من الورثة إعداد عقد الشهرة جديد باسمهم لأن الملكية تنتقل بمجرد الوفاة.

أما من حيث النشر فنجد أن عقد الشهرة وشهادة الحيابة ينشران في الجرائد الوطنية أو الجهوية إلا أنهما يختلفان من حيث أن النشر بالنسبة لعقد الشهرة إلزامي أما بالنسبة لشهادة الحيابة يمكن الاستغناء عنه إذا كان أقل من 20.000 ساكن حسب إحصاء عام للسكان والإسكان.

وتتم عملية النشر بقصد إثارة الاعتراضات المحتملة في الأجال المحددة لها، فبالنسبة لعقد الشهرة فإنه وفقا للمرسوم 352/83 يقوم الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق بنشر عقد الشهرة عن طريق اللصق في مقر البلدية مدة أربعة أشهر والنشر يكون في الصحافة الوطنية والجهوية قصد إثارة الاعتراضات المحتملة وذلك على نفقة الأطراف المعنية وهذا ما جاء في نص المادة 4 من المرسوم.

وفي حين شهادة الحيابة النشر فيها يكون وفقا لما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المتعلق بكيفيات إعداد شهادات الحيابة، بحيث ينشر مستخلص من العريضة عن طريق إعلان يلصق بمقر البلدية وأماكنها العمومية لمدة شهرين وذلك على نفقة صاحب العريضة.

أما من حيث المدة فشهادة الحيابة وعقد الشهرة يختلفان سواء لإعداد عقد الشهرة أو تسليم شهادة الحيابة. فعقد الشهرة طبقا لنص المادة 07 من المرسوم يعده الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق بمجرد

نهاية مهلة أربعة أشهر في حالة عدم الاعتراض سواء من السلطات العمومية أو من الخواص باسم المعني أو المعنيين.

في حين شهادة الحيازة فبمجرد انتهاء مهلة شهرين من تاريخ إيداع الطلب في حالة عدم الاعتراض سواء كان من الخواص والسلطات العمومية فيلزم رئيس المجلس الشعبي البلدي في حالة ما لم يقدم أي اعتراض بإعداد محضر خلال ثمانية أيام التي تعقب تاريخ انقضاء هذه الآجال. كما أن المشرع الجزائري نص على أنه يستوجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يفتح سجلا خاصا بشهادات الحيازة يرقمه ويوقع عليه رئيس المحكمة المختصة إقليميا وبالمقابل لا يوجد أي نص يلزم الموثق بهذا الإجراء.

أن شهادة الحيازة تحرر وفقا للنموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 27 يوليو 1991 الذي يحدد كليات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها أما عقد الشهرة فيعود لاجتهاد الموثق وفقا للإجراءات القانونية المنصوص عنها في المرسوم.

إن عقد الشهرة يمكن أن يتمسك به كل فرد بصفة شخصية وهذا ما جاءت به المادة 1 من المرسوم 352/83 في حين شهادة الحيازة التي يمكن تسلمها بصفة فردية أو بصفة جماعية وهذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم 254/91 الذي يحرر كليات إعداد شهادة الحيازة وتسلمها.

والتي نفهم منها أن شهادة الحيازة على عكس عقد الشهرة يمكن إجراءها بصفة فردية أو بصفة جماعية والفرق بين الإجراءين هو أن الإجراء الجماعي هو أداة التهيئة العقارية والتي معناها أن كل العمليات التي من شأنها تحسين ظروف استغلال الأراضي وهذا بالاقتصاد فيها ومحاربة المضاربة بالنسبة للعقار الحضري والزيادة في الطاقة الإنتاجية للمستثمرات الفلاحية بالنسبة للعقار الفلاحي وتعرف أيضا بعملية الضم الفلاحي، أما الإجراء الفردي فهو وسيلة للتملك في المستقبل.

1.1.2.3.1.1. الإجراء الفردي

يقوم المترشح للحيازة بتقديم عريضة كتابية، تتضمن بيانات حول طبيعة العقار محل الحيازة، قوامه، مساحته، وضعيته، هوية الحائز أو الحائزين وتعد شهادة الحيازة بصفة فردية لصالح حائز واحد أو بصفة جماعية لصالح مجموعة من الحائزين على الشيوع وهنا يشار في الشهادة إلى الشخص الحائز عليها باسم مجموع المستفيدين من ضمن مجموع الحائزين على الشيوع، كما أنه إذا كان العقار مثقلا بحقوق وأعباء على المترشح تبيانها.

والعريضة ترفق بوثائق تتمثل في:

- تصريح شرفي يعد وفق النموذج الملحق بالمرسوم 91-254 يحتوي تعين العقار.
 - هوية صاحب العريضة أو أصحابها.
 - توقيع مصادق عليه من صاحب أو أصحاب العريضة.
 - شاهدين اثنين يثبت فيه الموقعون أنهم يمارسون الحيازة بحسن نية وبنون مدة الحيازة وهوية أصحاب الحق عند الاقتضاء في حالة انتقال الحيازة.
 - شهادات الحالة المدنية لأصحاب العريضة.
 - مخطط يبين حدود القطعة المعينة ووضعيتها.
- وعند اللزوم أية وثيقة أو سند يريد أصحاب العريضة الإدلاء بهما وفي الأخير عندما يودع طالب شهادة الحيازة الملف يقدم له وصلا بذلك.

2.2.3.1.1. الإجراءات الجماعية

يتم هذا الإجراء في إطار برنامج التحديث الريفي والحضري ذات المنفعة العامة أو برنامج إعادة التجميع العقاري حيث يصدر الوالي القرار المتضمن الشروع في الإجراء الجماعي ويحدد المجال الترابي المعني بالإجراء ثم يودع هذا القرار لدى البلدية المعينة أو البلديات المعينة بالإجراء، ثم يعلن عن إيداع هذا القرار بالملصقات في مقر البلدية المعينة وأماكنها العمومية لمدة شهرين بالإضافة إلى نشر ذلك بإحدى الجرائد الوطنية أو الجهوية بمعدل أربع نشرات أن يتقدم بطلبه لاستخراج شهادة الحيازة.

3.3.1.1 الفرق بين عقد الشهرة وشهادة الملكية

- إن شهادة الملكية وعقد الشهرة تعد سند من السندات الرسمية، إلا أنهما تختلفان من حيث:
- إن عقد الشهرة ينصب على أراضي الملكية الخاصة. في حين أن شهادة الملكية تقتصر فقط على حق الملكية الخاصة الزراعية فقط.
- يجب على طالب عقد الشهرة ألا تكون ملكيته ثابتة بسند رسمي كما يجب على طالب شهادة الملكية ألا يكون بحوزته وثيقة تثبت ملكيته حتى ولو أنه هو صاحب الأرض دون منازع.
- ووفقا للمرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 5 جانفي 1973 فإنه متى توافرت الشروط في طالب شهادة الملكية والإجراءات تسلم له الشهادة من مصلحة أملاك الدولة المختصة محليا بناء على قرار الوالي.

و بعدما تقوم لجنة إحصاء أراضي البلدية بالتحقيقات من أجل إثبات ملكية الحائز للأراضي الزراعية، فهي تقوم بتحرير محضر مؤقت بعد الانتهاء من التحقيق تحدد فيه ما توصلت إليه ثم يتم تعليق هذا الأخير في مقر المجلس الشعبي البلدي لمدة 15 يوم.

وهذا لتمكين من يهمله الأمر بأن يسجل في ذيل المحضر جميع مطالبه المتعلقة بالحقوق العقارية وبعد انقضاء هذه المهلة تبدأ مهلة أخرى وهي مدة 8 أيام الموالية، بحيث تفتح بها اللجنة تحقيقاً آخر لنفس الغرض ثم بعدها تودع المحضر النهائي لدى المجلس الشعبي البلدي الموسع وهذا الأخير يوجه هذا المحضر إلى الوالي من أجل التصديق في أجل 30 يوم من تاريخ نشر القرار وذلك بممارسة حق الطعن في القرار أمام اللجنة الولائية للطعن وفقاً لنص المادة 68 من الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 1973/11/08 وإذا رفع طعن في القرار فلا تحرر شهادة الملكية إلا بعد أن تفصل لجنة لطعن في النزاع المعروض عليها، بموجب قرار قابل هو الآخر للطعن أمام اللجنة الوطنية في أجل 30 يوم.

ومن هنا تسلم للمعني شهادة الملكية المحررة طبقاً للنموذج الملحق بالمرسوم 73-32 التي تحدد فيها فرع وموقع ومساحة وحدد الأرض أو القطع الأرضية وفي حالة الشيوخ تذكر في شهادة الملكية أسماء الورثة أو الشركاء، ويذكر فيها جميع الأعباء والارتفاقات المثقل بها العقار التي تكون ظهرت أثناء التحقيقات.

كما أن هذه الشهادة تسجل مجاناً وتستعمل بعد إتمام إجراءات التسجيل لتكوين البطاقات العقارية وتصبح سند إثبات رسمي إلى حين إتمام عملية مسح الأراضي العام فتستبدل بالدفتري العقاري وهذه الشهادة تبقى سارية إلى حين تسليم وتعميم الدفتري العقاري.

ويتبين لنا من خلال ما سبق أن عقد الشهرة يختلف من شهادة الملكية من حيث:

عقد الشهرة يحرره موثق وهذا وفقاً لنص المادة 1 من المرسوم 253/83 وهذا وفقاً لاجتهاداته وليس طبقاً لنموذج الملحق مثلما هو الحال بالنسبة لشهادة الملكية.

كما أن عقد الشهرة يختلف من حيث الإجراءات عن شهادة الملكية في كون أن طالب عقد الشهرة يتوجه إلى موثق مختص إقليمياً ويفيده بجميع المعلومات اللازمة، ويقدم له ملف ثم يقوم الموثق من التأكد من صحته ثم يتصل بمختلف الإدارات للقيام بالتحريات والتحقيقات (رأي رئيس المجلس

الشعبي البلدي، رأي مديرية أملاك الدولة)، ثم يقوم بنشر الطلب وهذا بإلصاقه في مقر البلدية لمدة 4 أشهر.

ونجد أن عقد الشهرة مختلف أيضا من حيث تلقي الاعتراضات فالموثق هو الذي يتلقى هذه الأخيرة من قبل مصالح أملاك الدولة أو البلدية أو المواطنين وهو من يقوم بتوجيههم للجهة القضائية المختصة إعمالا لنص المادة 08 من المرسوم 352/83.

كما أن عقد الشهرة يتم تسجيله وفقا للأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 وذلك في أجل لا يتجاوز شهر تحت طائلة غرامة تأخيرية.

في حين أن التسجيل في شهادة الملكية هو مجاني، كما أنه يستوجب شهر عقد الشهرة وفقا لنص المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 المعدل بموجب قانوني المالية 1999 وإلا فلا يمكن له أن يدعي بالملكية على أساس التقادم المكسب.

4.3.1.1. الفرق بين عقد الشهرة والشهادة التوثيقية

إن الشهادة التوثيقية تعد من العقود التصريحية وهي في ذلك تشبه عقد الشهرة وبالتالي تعد محررا رسميا يقوم به الموثق يفيد انتقال الملكية إلا أنها تختلف من حيث أن :

الشهادة التوثيقية هي الوسيلة أو الأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية، وهذا ما يؤكد نص المادة 39 من المرسوم رقم 63/73 والمادة 1/91 منه أما من حيث الحجية فأن عقد الشهرة له الحجية الكاملة في حين أن الشهادة التوثيقية تم استبعادها من طرف مجلس الدولة كسند مثبت للملكية العقارية، بحجة أنها :

أنها تعتمد على تصريحات الأطراف فقط رغم أنه اعترف بها بأنها تعد من العقود الرسمية. كما أنه يفهم من قراره أن الشهادة التوثيقية وعلى الرغم من شهرها في المحافظة العقارية فإنها لا تخضع لمراقبة المحافظ العقاري.

ونحن نرى أنه بالرجوع إلى مبدأ الشرعية فإن المحافظ العقاري لا يقوم بشهر أي وثيقة في مجموعة البطاقات العقارية إلا بعد أن يقوم بفحص سلامة الوثيقة من حيث الشكل والموضوع ويكون ذلك تحت طائلة رفض إشهارها، فإن قرار مجلس الدولة غير صحيح.

إن الشهادة التوثيقية على خلاف عقد الشهرة الذي سنه المشرع بهدف تطهير الوضعية العقارية فإن الغرض المتوخى منها، أنها أداة فنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية وهو تطبيقاً لمبدأ الأثر الإضافي للشهر ووسيلة للحفاظ على سلسلة انتقال الملكية العقارية وتجديد المعلومات خاصة وأن المشرع الجزائري اعتمد على نظام الشهر العيني الذي يتطلب ذلك؛ بحيث لا يتصور أن يتوفي شخص مالك في سنة كذا وتبقى الملكية مشهورة باسمه لسنين عدة.

4.1.1. إلزامية عقد الشهرة

إن المشرع الجزائري سن المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 الذي يسمح بموجبه للحائز أن يتقدم للموثق المختص إقليمياً من أجل تحرير عقد الشهرة وهذا بعد أن تتوافر لديه شروط الحيابة وأسباب التقادم المكسب ومن هنا نتساءل : هل أن إجراء عقد الشهرة هو إلزامي بالنسبة للحائز لإثبات ملكيته ؟ وبعبارة أخرى هل بمجرد توافر الشروط يصبح الحائز مالكا أم يجب عليه إعداد عقد الشهرة لإثبات ملكيته أو عليه اللجوء للمطالبة القضائية في ذلك ؟.

إن المشرع الجزائري من خلال سنه لمحركات شهر الحيابة والمتمثلة في شهادة الحيابة، وعقد الشهرة لتطهير الوضعية العقارية في بلادنا للأمالك التي لم تتم فيها عملية المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري خاصة وأن تلي الملكية العقارية الخاصة ليست لها سندات ملكية مكتوبة.

أنه من خلال نص المادة 1 من المرسوم، 352/83 يتبين لنا أن عقد الشهرة هو إجراء اختياري بالنسبة للحائز إذ متى توافرت فيه الشروط اللازمة يمكنه أن يتقدم للموثق المختص إقليمياً من أجل تحرير عقد الشهرة، وهذا ما جسده عبارة «... يمكنه أن يطلب من الموثق...» , وهذه العبارة تفيد كما نرى الاختيار هذا من جهة، أما بالنسبة لموقف القضاء، فنجد أن الآراء مختلفة، فالغرفة العقارية للمحكمة العليا تؤكد عن إمكانية إجراء عقد الشهرة للحائز متى توافرت الشروط اللازمة لذلك وهذا من خلال قرارها رقم 180876 بتاريخ 1998/09/30 في الحل القانوني:

« من المقرر قانوناً أنه من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له صار له ذلك ملكا إن استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع ومن الثابت في قضية الحال أن قضاء المجلس جعلوا التقادم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة والقانون لا يشترط ذلك فهم بذلك أساءوا تطبيق القانون » .

إلا أن موقف مجلس الدولة جاء مخالفا لما سبق ذكره بحيث أنه يعتبر أن التقادم المكسب مرهون بإجراء عقد الشهرة وهنا يعني أن إجراء عقد الشهرة إلزامي للحائز وهذا ما أكدته القرار الصادر بـ 12 جوان 2000 تحت رقم 592202 والذي ينص على :

« إن هذا الحكم لا يكرس التقادم المكسب للمستأنفة على القطعتين الأرضيتين لأن دعوى معاينة التقادم المكسب تخضع لأحكام خاصة منصوص عليها بالمرسوم رقم 352/89 المؤرخ في 21 مايو 1983 والتي يتم استئنافها في قضية الحال»

نحن نرى أن إجراء عقد الشهرة هو إجراء اختياري للحائز، بحيث أن القانون منح الحائز الذي يمتلك عقار بالتقادم المكسب في حالة عدم وجود نزاع عليه، الحق في طلب إعداد عقد الشهرة بصفة اختيارية.

كما أنه بالموازاة منحه الحق في اللجوء للقضاء بالحصول على حكم ثبوت الملكية العقارية في حالة حدوث نزاع على العقار الخاضع للتقادم المكسب.

كما يستوجب على الحائز شهر الحكم بالمحافظة العقارية، وإلا فإنه في حالة عدم شهره فإنه لا ينقل حق الملكية المفصول فيها، لأنه يعد بمثابة عقود رسمية خاضعة للتسجيل والشهر العقاري، فينبغي على الجهات القضائية التي تفصل في النزاع أن تراعي الإجراءات والشروط الخاصة بالدعاوي العقارية من حيث الموضوع والشكل.

5.1.1. حجية عقد الشهرة

إن السندات الرسمية هي التي تصدر عن موظف عمومي أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة وهي متعددة وتتمثل في:

السندات الرسمية العامة، السندات القضائية والسندات المدنية وهذه الأخيرة تعد لإثبات الوقائع والتصرفات القانونية المدنية، كالعقود التوثيقية.

وبما أن عقد الشهرة يعد من العقود التوثيقية (التصريحية) وهو بذلك يشكل مظهر من مظاهر السند الرسمي.

ولذلك يستوجب علينا قبل الخوض في حجية عقد الشهرة أن نتعرض إلى حجية السندات الرسمية المعدة من قبل الموثق.

1.5.1.1 حجية العقد الرسمي

فبالرجوع إلى نص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني والتي تنص على: «يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني» .

ومن هنا نستنتج أن السند الرسمي يعد صحيح كلما كان مظهر يوحي بذلك، وهذه الصحة تقوم على أساسين قرينتين هما :

الأولى : قرينة سلامة السند المادية.

الثانية: صدور السند ممن وقعه، وبالتالي لا يطلب ممن يتمسك بسند رسمي إثبات صحته وإنما يطلب ذلك ممن يدعي بخلاف ذلك.

ويعد السند الرسمي حجة على الأطراف وورثتهم وخلفهم إلى أن يثبت تزويره وهذا ما جاء في نص المادتين 324 مكرر 1/6 و 324 مكرر 7.

كما أنه يجب الإشارة إلى أن البيانات الواردة في السند الرسمي ليست بنفس الأهمية فهناك بيانات يكون فيها السند الرسمي له حجته حتى يطعن في صحتها مساس بأمانته ومصادقية الضابط العمومي محرر السند.

في حين هناك بيانات تكون لها الحجية حتى يثبت العكس وهي التي لا يكون للطعن في سلامتها أي مساس بأمانة وصدق الضابط العمومي.

وإن السند الرسمي يعد حجة بالنسبة للغير وهذا ما أكدته نص المادة 324 مكرر 5 وهذا لأن النص جاء بصيغته المطلقة حول حجية العقد الرسمي ولم يقتصر ها على الأطراف أو الخلف العام أو الخاص.

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) المؤرخ في 1969/06/17، فيسرى على الغير ما يسري على الأطراف فيما يتعلق بحجية لسند الرسمي.

ومن هنا نرى أن السند الرسمي له الحجية على الناس كافة أما بالنسبة لحجية عقد الشهرة فنتساءل هل أن عقد الشهرة بما أنه يعد عقد توثيقا (تصريحا) يقوم بتحريره الموثق وهو ضابط عموميا له نفس حجية العقد الرسمي؟

2.5.1.1. حجية عقد الشهرة في الإثبات

إن عقد الشهرة يقوم بتحريره الموثق باعتباره ضابطا عموميا فهو بذلك يعد عقد رسميا تثبت له الحجية الكاملة في الإثبات، وهذا ما أكده القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمجلس قضاء البويرة بتاريخ 29 جويلية 1996 (تحت رقم 96/404).

« وحيث أنه بالنظر إلى عقد الشهرة المحتج به من طرف المستأنف عليه والمقدم بالملف المؤرخ في 25 يناير 1992 يتبين منه أنه احترمت فيه كل الإجراءات القانونية وأشهر بمصلحة الشهر العقاري خلافا لمزاعم المستأنف وبالتالي فهو عقد رسمي لا يلغي إلا بالطعن بالتزوير فيه، الشيء الذي لم يفعله المستأنف وبالتالي يتعين تأييد الحكم المستأنف. »

إلا أن هناك رأي مغاير، يرى أن عقد الشهرة هو مجرد إثبات واقعة مادية وهي الحيازة فإن الحجية ليست كاملة فهي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس وهذا بجميع وسائل الإثبات.

هذا ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 190541 المؤرخ في 29/03/2000 «إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض دعوى الطاعن لأن عقد الشهرة حجيته محدودة في تصريحات الشهود التي يمكن إثبات عكسها باعتباره عقدا تقريريا.»

ونحن نرى أن عقد الشهرة له الحجة الكاملة في الإثبات و المطلقة إذ أنه عقد محرر من قبل ضابط عمومي و هو الموثق و بالتالي يضفي عليه الصبغة الرسمية وهذا ما جاء به نص المادة 1/5 من قانون التوثيق.

كما أن الموثق يقوم بإعداد هذا العقد بعد أن يقوم بعملية التحقيق والتحري عن شروط وعناصر الحيازة ومدة التقادم وهذا وفقا لنصوص القانون المدني.

و من ثم فإن عقد الشهرة يعد عقدا رسميا لا يطعن فيه إلا بالتزوير. لأنه لو اعتبرناه غير ذلك فإننا نحيد عن الهدف الذي توخاه المشرع من استحداثه لهذا العقد و المتمثل في إعطاء سندات تمليك للحائزين الذين ليست لهم سندات ملكية تثبت ملكيتهم للعقار, و بالتالي يكون قد طهر الوضعية العقارية.

و ذلك وفقا لأحكام المرسوم 352/83 حيث يجب أن تتوافر لديهم شروط الاستفادة من عقود الشهرة و المتمثلة في الحيازة و التقادم المكسب.

1.2. شروط عقد الشهرة

من خلال المرسوم 352/83 في مادته الأولى نستخلص أن لعقد الشهرة شرطان أساسيان يعدان الركيزة الأساسية التي يقوم عليها وهما: في مادته الأولى نستخلص أن لعقد الشهرة شرطان أساسيان يعدان الركيزة الأساسية التي يقوم عليها وهما:
الحياسة والتقدم المكسب ولذا نستعرض في هذا المبحث إلى الحياسة، عناصرها وشروطها ثم إلى التقدم المكسب وأهميته ومجال تطبيقه وشروط إعماله وفي الأخير إلى آثاره.

1.2.1. عناصر الحياسة

قبل أن نخوض في عناصر و شروط الحياسة يجب علينا أن نعرفها أولا ولذا نستعرض إلى تعريفها من الناحية القانونية والفقهية، ثم إلى نطاقها.

1.1.2.1. تعريف الحياسة

إن كل من المشرع المصري والسوري والجزائري لم يعرف الحياسة، فالمشرع الجزائري استعرض أركانها وأحكامها في كل من قانون الإجراءات المدنية في الباب الأول من الكتاب السابع من المواد 413 إلى 419 والقانون المدني في الفصل الثاني من الباب الأول في الكتاب الثالث من المادة 808 إلى 843 تحت عنوان طرق اكتساب الملكية.

إلا أن الملاحظ في كلا القانونين مفهوم الحياسة يختلف عن الآخر، فبالرجوع إلى نصوص القانون المدني فنجدها هي سيطرة الشخص على الشيء أو الحق العيني مالك له أو أنه صاحب حق عليه أما وفقا لقانون الإجراءات المدنية فمفهومها يختلف باختلاف الدعوى التي تحميها والغرض منها والغالب في دعاوي الحياسة أن لها غرضان :

فأما الأول حماية الأوضاع الظاهرة والثاني حماية الأمن ومنع الاعتداء بالقوة على حياسة الغير.

وعلى خلاف المشرع الجزائري قام المشرع الكويتي والعراقي بتعريف الحياسة وقد عرفها المشرع الفرنسي في مادته 2228 من تقنينه المدني على أنها «الحياسة هي إحراز شيء أو استعمال حق نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بوساطة شخص آخر يحوزه أو يستعمله بالنيابة عنا.»

وهناك من التشريعات كالتشريع الليبي الذي أجاز الحيازة إلا في المنقول، وهذا ما أكدته المادة 01 من القانون رقم 38 سنة 1977 بنصها:

« لا يجوز استناد إلى وضع اليد أو الحيازة المكتسبة أيا كان تاريخها لبدئها ومهما كانت مدتها تملك عقار أو كسب حق عيني عليه أو تسجيله أو الإدعاء به أمام أي جهة وتلغي كافة التسجيلات التي تمت اعتبارا من 07 أكتوبر 1951 الملكية عقارات اكتسبت بالاستناد إلى الوضع اليد أو الحيازة » .

أما من الناحية الفقهية: فقد قام العديد من الفقهاء بتعريفها ولكن جل هذه الأخيرة ينصب على فكرة وهي أن الحيازة واقعة مادية ومن بين أهم التعريفات نذكره.

الحيازة هي « وضع مادي فيه يسيطر الشخص سيطرة فعلية على حق من الحقوق سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أم لم يكن » .

هذه السيطرة الفعلية تنأتى عن طريق قيام الشخص بأعمال مادية تتفق مع مضمون الحق الذي يسيطر عليه.

وقد عرفها الأستاذ السنهوري بأنها: « وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على عقد سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن » .

والحيازة إذن ليست بحق عيني أو حق شخصي بل هي ليست حقا أصلا ومن خلال ما سبق نجد أن الحيازة : هي وضع مادي يسيطر فيه الشخص عن طريق قيامه بأعمال مادية تتفق ومضمون الحق أو الشيء الذي يسيطر عليه وسواء كان هو صاحب الحق فعلا أم لم يكن.

والحيازة بذلك ليست حقا أصليا بل واقعة مادية ترتب بعض الحقوق للحائز وأثار قانونية هامة وخطيرة فهي تؤدي إلى كسب الملكية وغيرها من الحقوق العينية أو الثمار التي ينتجها الشيء إذا ما توافرت الشروط، وكما أنها تعد قرينة بسيطة تدل على الملكية وكما أوردها المشرع حماية إذا وردت على العقار بدعاوي الحيازة.

الحيازة المقصودة في نص المادة الأولى من المرسوم السابق الذكر هي الحيازة العقارية والتي يراد بها وضع اليد على العقار والسيطرة عليه سيطرة فعلية ومادية، بحيث يقوم الحائز بمباشرة أعمال مادية مما يقوم به المالك على النحو الذي يتماشى وطبيعة الحق، ونخرج بذلك حيازة المنقول وهذا ما

يؤكد النص : (كل شخص يحوز.... عقارا من نوع الملك....) وبالتالي لإجراء عقد الشهرة يجب على الحائز أن يكون حائزا لعقار، ولكن هذه الحيازة يستوجب أن تكون صحيحة وقانونية.

2.1.2.1. نطاق الحيازة

إن مجال الحيازة يتحدد بحددين أساسيين :

الحد الأول: أن يكون الشيء محل الحيازة مما يجوز التعامل فيه ومما يجوز كسب ملكية بالتقادم.

الحد الثاني: فهو أن تكون الحيازة على الحقوق العينية.

1.2.1.2.1. مجال الحيازة من حيث الأشياء

الحيازة حتى تكون صحيحة يجب أن يكون الشيء محل الحيازة مما يجوز التعامل فيه فالأموال العامة لا تصلح حيازتها لأنها لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم وهذا ما جاء في نص المادة 689 قانون مدني جزائري « لا يجوز في التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم» .

كما أكدته نصوص قانونية مثل المادة 25 من القانون رقم 25/90 الصادر في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري «تتكون الأملاك العمومية من الأملاك الوطنية التي لا تتحمل الملك الخواص إياها بسبب طبيعتها أو الغرض المسطر لها، أما الأملاك الوطنية الأخرى فتكون الأملاك الخاصة»، والمادة 1/4 والمادة 3/66 من القانون رقم 30/90 الصادر في 1990/11/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية على عدم قابلية الأملاك الوطنية للتصرف أو التقادم أو الحجز .

أما فيما يخص الأموال الخاصة التي يمكن تملكها ملكية خاصة ولا تكون قابلة لتملك بالتقادم فهي لا تصلح أن تكون محلا للحيازة مثال: أموال الأوقاف الخيرية لأنها لا يجوز تملكها أو كسب حق عيني آخر عليها بالتقادم.

والحيازة لا ترد إلا على الأشياء المادية لأنها هي التي يمكن التسلط عليها تسلطا ماديا سواء كانت عقارات أو منقولات.

2.2.1.2.1. مجال الحيابة من حيث الحقوق

إن الحيابة تقتصر على الحقوق العينية الأصلية والتبعية دون الحقوق الشخصية فالمستأجر ليس له حق عيني على العين المؤجرة وبالتالي فحيابته مادية محضة والحيابة الصحيحة هي للمؤجر يباشرها باسمه ونيابة عنه المستأجر.

ويستوي في الشيء الذي يباشر الحائز سلطته عليه أن يكون عقارا أو منقولا شائعا أو مفرزا، فإذا حاز شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع فإن الحيابة تثبت لكل منهم وتكون منتجة لأثارها القانونية. وكما تقتصر الحيابة على الأشياء المادية التي هي محلا للحقوق العينية ومن ثم لا ترد الحيابة على الحقوق المعنوية، كحق المؤلف وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية.

وكما يرى الأستاذ السنهاوري : أن الحيابة لا تتصور بالنسبة للمجموع من المال Université كالشركة والمتجر Fonds de Commerce، فهذا المجموع لا يصح في جملته أن يكون محلا للحيابة ولكن ليس هناك ما يمنع أن ترد على عنصر مستقل.

3.1.2.1. عناصر الحيابة

للحيابة عنصران : عنصر مادي وهو عبارة عن الأعمال المادية التي يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيابة Corpus. وعنصر معنوي وهو عبارة عن نية الحائز بالظهور بمظهر المالك للشيء أو صاحب حق عيني آخر عليه Animus. فإذا اجتمع العنصران كانت الحيابة قانونية وإذا تخلف العنصر المعنوي نكون بصدد حيابة عرضية.

1.3.1.2.1. لعنصر المادي (Elément matériel) Corpus

هي السيطرة المادية على الشيء محل الحيابة، بحيث تكون للحائز سلطة مباشرة الأعمال المادية التي يباشرها صاحب الحق ويشترط فيها أن تكون من الكثرة والأهمية بحيث تكفي للقول أن هذا الحائز يظهر بمظهره. فإذا كان الشيء دارا مثلا سكنها أو استحوذ عليها، أما الارتفاق فإذا كان ارتفاقا بالمرود قام فعلا بالمرود.

أما فيما يخص الأعمال القانونية كالبيع والتأجير فهي ترد على الحق ولا تقتضي أن يكون لمن صدر عنه التصرف سلطة فعلية على الشيء لأنها قد تصدر من شخص لا تتوافر له الحيابة.

والحائز يباشر هذه الأعمال المادية بنفسه و بواسطة شخص آخر، الذي يكون تابعا له ومتصلا به اتصال التابع بالمتبوع ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة، كما أن حيازة الوسيط تنصب على العنصر المادي دون المعنوي، وهذا ما جاء في نص المادة 1/810 القانون المدني الجزائري
« تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة » وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/04/26 (ملف رقم 196053).

أما إذا كان الشخص غير كامل الأهلية فإن مباشرة الأعمال المادية بالوساطة تتم عن طريق نائبه القانوني، وهذا ما جاء بنص المادة 809 من القانون المدني الجزائري.
كالقاصر المميز والمحجور عليه لفسه، إذ يباشرها باسمه الولي أو الوصي أو القيم، وهذا لأن الحيازة تعد واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا.

كما يمكن أن تكون السيطرة المادية بالاستخلاف، أي أنها تنقل السيطرة المادية إلى الحائز من شخص آخر كانت له السيطرة المادية على الشيء وهناك يشترط الاستحواذ الفعلي على الشيء بل يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ.

فإذا كان البيع دار فيكفي لنقل السيطرة المادية للمشتري تسليمه المفاتيح ومستندات الملكية ووضعها تحت تصرفه بحيث يتمكن من تسليمها دون حاجة إلى أن يتسلمها بالفعل.
وإذا كنا بصدد منقول فتنتقل لسيطرة المادية فيه بتسليم المشتري المفاتيح والرخص فيتمكن بذلك من الاستحواذ عليه بالفعل وهذا ما جاء في نص المادة 811 و 812 قانون المدني الجزائري.

2.3.1.2.1. العنصر المعنوي (القصد)

هو نية الحائز في استعمال الحق لحساب نفسه ANIMUS REMBI HABENDI وهو على خلاف العنصر المادي لا يجوز مباشرته بالوساطة، وحتى تكون الحيازة كاملة قانونية، حقيقية يجب أن تشمل الحيازة على ركنيها المادي والمعنوي.
وفي شأن دراسة العنصر المعنوي نتعرض لنقاط التالية :

- النظرية الشخصية

ويتحقق عنصر القصد في هذه النظرية بأن يقوم الحائز بالأعمال المادية للحيازة بقصد استعمال الحق لحساب نفسه.

فإذا كنا بصدد حق الملكية فيجب أن يتوافر في الحائز قصد استعمال هذا الحق لحسابه ANIMUS DOMINI، فيستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه كما يفعل المالك الحقيقي للشيء وإذا كان الحق حق انتفاع أو ارتفاق فعلي الحائز أن يستعمل هذا الحق كما يفعل صاحب حق الانتفاع والارتفاق.

ولقد كان من أشد أنصار هذه النظرية الفقيه سافيني Saviny الذي يرى أن الإرادة الشخصية للحائز تعد هي العنصر الأساسي للحيازة الحقيقية.

• النظرية المادية :

وجاء بها الفقيه الألماني «إهرنج» معارضا بها النظرية الشخصية، ويرى بأن الركن المادي في الحيازة يتضمن بالضرورة الركن المعنوي، بمعنى أنه كل من يسيطر على شيء سيطرة مادية عن طريق أعمال إرادية قصديه يكون حائزا له، سواء كان يحوز الشيء لحساب نفسه أو لحساب الغير، فالمستأجر أو المستعير يعتبر حائزا، لأنه يسيطر على الشيء سيطرة مادية وينتفع به. وبذلك يجوز حماية الحائز لحساب غيره بدعاوي الحيازة وهو مالا تقول به النظرية الشخصية.

• موقف المشرع الجزائري من النظريتين:

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع حذى حذو المشرع المصري، حيث أخذ من حيث المبدأ بالنظرية الشخصية، إلا أنه تأثر بالنظرية المادية ، لأنه لم يمنح الحماية القانونية للحائز العرضي وما أورده بخصوص حماية المستأجر في المادة 487 قانون مدني جزائري بجميع دعاوي الحيازة في حالة التعرض الغير المادي الصادر منه ما هو إلا استثناء عن القاعدة العامة. وبناء على ما سبق فإن الحيازة لا تقوم إلا بركنيها مجتمعين وإذا انعدم ركن منها لا يحميها القانون، حيث تصبح حيازة عرضية ولا تكتسب الحماية القانونية إلا إذا نص القانون بذلك.

حيث أن الحيازة لا تقوم على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات وهذا ما جاء في نص المادة 808 من القانون المدني الجزائري: « لا تقوم الحيازة على عمل في يأتيه الغير على أنه مجرد رخصة » .

ومعناه أن يقوم الشخص بعمل في حدود الحق المقرر له بحيث لا يتضمن معنى التعدي. ومثال ذلك من يفتح منورا في عفار له ويدوم أكثر من خمسة عشر سنة فإنه مع ذلك لا يحق له أن يمنع الجار

من البناء على حدود ملكه على أساس أنه كسبه ارتفاقا بالتقادم لأن فتح المنور يعد رخصة فهو لا يتضمن أي تعد على ملك الجار.

أما أعمال التسامح يقصد بها الأعمال المادية التي يقوم بها الشخص تتضمن في ذاتها تعديا على حق الغير لكن هذا الغير يتسامح معه لأنه لا يأخذها على سبيل التعدي. بعبارة أخرى وهو أن صاحب الحق يرخص له إما صراحة أو ضمنا في أن يقوم بها ولكن هذا الترخيص غير ملزم ويجوز لصاحب الملك الرجوع فيه.

ومثاله أن يترك الجار مواشي جاره ترعي في أرضه على سبيل التسامح فلا يكسب صاحب المواشي حق ارتفاق ويجوز منعه في أي وقت من رعي مواشيه. وعبئ إثبات التسامح يقع على من يتمسك به وللقاضي أن يدقق ويلتمس العلامات المادية التي تتم عن نية التسامح. ويلاحظ أن أعمال التسامح ورخص المباحات ستتقلب إلى حيازة صحيحة إذا قام الشخص بعمل مادي يعارض به حق المالك ويشعره بأنه يحوز حقا.

2.2.1 شروط الحيازة

يفترض حتى تكون الحيازة قانونية أن تكون هادئة وظاهرة وواضحة ومستمرة وعلى من يدعي عكس ذلك عبء إثبات أنها حيازة معيبة بعيب الإكراه أو الخفاء أو الغموض واللبس. وهذا ما نصت عليه المادة 2/808 من القانون المدني الجزائري بنصها: «إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس فلا يكون لها أثر اتجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التباس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.»

وما أكدته المادة 01 من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 الذي ينص إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية بـ: «حيازة مستمرة غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلانية وليست مشوبة بلبس» .

ومن خلال النصيين السابقين يتبين لنا أن القانون المدني حدد عيوب الحيازة السابقة الذكر أما المادة الأولى من المرسوم السابق الذكر حددت لنا شروطها وأوصافها.

وبما أن أوصاف الحيازة وعيوبها وجهتان لعملة واحدة فإننا سنتعرض لها كما يلي:

1.2.2.1 أن تكون الحيابة هادئة (عيب الإكراه)

يشترط في صحة الحيابة أن تكون هادئة أي غير مشوبة بعيب الإكراه ويثبت هذا الأخير بإحدى الأمرين :

أحدهما الوسائل المادية المتمثلة في العنف والقوة أو الوسائل المعنوية المتمثلة في التهديد التي يلجأ إليها الحائز للحصول على حيازته والثاني أن يبقى الحائز محتفظا بها دون أن ينقطع عن استعمال القوة والتهديد. كما يستوي أن يباشر الحائز بنفسه استخدام وسائل الإكراه أو يباشرها منه تابعوه أو أعوانه. وكذلك يستوي أن يباشرها ضد صاحب الحق الأصلي أو ضد حائز سابق غير صاحب الحق.

والإكراه يختلف عن الغش في كون أن الإكراه يتضمن وسائل التهديد والعنف أما الغش فيتضمن الوسائل الاحتيالية.

كما أننا نجد أن الإكراه يختلف أيضا عن التعرض القانوني لأن الإكراه يصدر عن الحائز, بينما التعرض يكون عبارة عن أعمال صادرة من الغير كتوجيه إنذار للحائز أو يقوم برفع دعوى عليه أو حصول تعرف قانوني على العين محل الحيابة.

هذا ويجب أن يصدر الإكراه عن الحائز في بدء الحيابة أما إذا ما بدأت الحيابة هادئة ثم اضطر الحائز استعمال القوة بعد ما يحاول انتزاعها منه, فهنا نكون بصدد حيابة هادئة غير معيبة لأن الحائز هنا في موضع الدفاع.

كما أن هذا العيب يعد نسبيا وهذا لأنه لا يمكن لغير من وقع عليه الإكراه أن يتمسك به وتكون الحيابة معيبة بالنسبة للذي وقع عليه الإكراه وهادئة بالنسبة للغير.

وأنه عيب مؤقت أي أن الحيابة تصبح هادئة من الوقت الذي يمتنع فيه الحائز عن استعمال الإكراه ضد من اغتصب منه الحيابة وتصبح الحيابة منتجة لأثارها من وقت توقف الحائز عن استعمال أعمال العنف.

2.2.2.1. أن تكون الحيابة ظاهرة (عيب الخفاء)

يجب أن تكون الحيابة ظاهرة فكما سبق ذكره, أن الحائز يجب أن يظهر بمظهر صاحب الحق لذلك يجب أن يمارس الحائز أعمال السيطرة المادية على مرأى من الناس أو على الأقل من المالك.

ويتحقق عيب الخفاء في حيازة المنقولات عادة لأنه من السهل إخفاؤها عن الأبصار, في حين أن العقارات فهي نادرة التصور كأن يقوم جار بالمرور خلسة وخفية ليلا في أرض جاره, فهذا المرور لا يؤدي إلى اكتساب ارتفاع المرور مهما طالّت المدة, ما دام أن المرور كان يمارس خفية على الجار.

كما لا يستطيع حماية هذا الحق بدعاوي الحيازة وذلك حتى يزول الخفاء وتصبح هذه الحيازة ظاهرة. ومن حاز الشيء علنا وبقي المالك جاهلا لتلك الحيازة بسبب تغيبه فلا يجوز له أن يدعي أن الحيازة معيبة بعيب الخفاء، وكذلك إذا ما ثبت إمكان علمه أو عمله بها .

كما أن إخفاء الحيازة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق لإثبات، فيثبت خفاء المنقولات بإثبات الوسيلة التي تم بها إخفاء الحيازات مثاله نقل تحفة فنية في المنزل توضع عادة في صالة إلى مخزن. ويثبت خفاء حيازة العقار كذلك بإثبات الوسيلة التي تم بها إخفاؤها كان يقوم الجار بزراعة أكثر من مساحة أرضه مستوليا بطريقة غير ملحوظة وبالتدرج على جزء من أرض جاره.

وإن عيب الخفاء هو كغيره من عيوب الحيازة عيب نسبي بحيث أنه لا يحتج به إلا على من كانت له مصلحة في العلم بالحيازة.

وهو عيب مؤقت بحيث إذا زال عيب الخفاء أصبحت الحيازة صالحة لإنتاج أثارها فتقرر لها الحماية القانونية وتؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم.

3.2.2.1. أن تكون الحيازة واضحة (عيب الغموض أو اللبس)

يجب أن تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها أو غموض وإلا كانت معيبة, وإن هذا العيب يصيب الركن المعنوي للحيازة على خلاف العيوب الأخرى, التي تنصب على الركن المادي فلا يعرف إذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أو يحوز لحساب غيره.

حيث أن الحائز يقوم بالأعمال المادية والتي تدل صراحة وبصفة قطعية على أن نيته تتعرف إلى الظهور بمظهر صاحب الحق في الشيء الواقع عليه الحيازة.

ومن الأمثلة التي أوردها المؤلفون: حالة الشريك المشاع حول إذا مات و كان يحوز لنفسه أو أنه يدير العقار لحساب الشركاء جميعا فتكون بذلك حيازة غامضة.

وإن عيب الغموض عيب نسبي فلا يكون له أثر إلا من قبل من إلتبس عليه أمر الحيازة.

عيب مؤقت, لأنه يزول الغموض فيه من الوقت الذي تصبح فيه الحيازة واضحة ويرفع فيه الشك الذي كان يدور حول قصد الحائز, ومن هنا تصبح الحيازة منتجة لأثارها من يوم زوال الغموض منها.

4.2.2.1. أن تكون الحيازة مستمرة (عيب عدم الاستمرار)

الحيازة المستمرة وهي أن يقوم الحائز بأعمال السيطرة المادية على الشيء بصفة منتظمة في فترات متقاربة بحسب ما يتفق وطبيعة الشيء. فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة بحيث لا يتركها المالك الحريص على ملكه تكون بصدد حيازة مشوبة بعيب عدم الاستمرار.

كما أن الحيازة لا تزول إذا إنقطع الحائز عن الانتفاع بالعقار المعد لزراعة بسبب سوء الأحوال الجوية. وإن عيب عدم الاستمرار هو عيب مطلق بحيث يكون له أثر قبل الناس كافة وأن لكل ذي مصلحة الحق في أن يتمسك به.

وأنه عيب مؤقت بحيث تزول بمجرد تحول إلى الحيازة من معيبة إلى حيازة مستمرة، فنجدها تنتج أثارها القانونية ومن ثمة تكون محمية بدعاوي الحيازة وتصلح كسبب للتملك بالتقادم.

وإن الحيازة مستمرة تعتبر من مسائل الواقع التي يتشغل بها قاضي الموضوع في تقديرها دون خضوعها الرقابة المحكمة العليا.

ويتضح مما سبق ذكره أن كل من عيب الإكراه والخفاء يعييان الركن المادي للحيازة, في حين أن اللبس يعيب الركن المعنوي. وكل هذه العيوب جميعها تشترك في خاصيتين: أنها عيوب مؤقتة بحيث تصبح منتجة لأثارها من وقت زوال العيب, وأنها عيوب نسبية لا يجوز الاحتجاج بها إلا من قبل من استعملت ضده.

5.2.2.1. الحيازة بحسن نية وبسوء نية

1.5.2.2.1. الحيازة بحسن نية

إن الحائز يكون حسن النية إذا لم يعلم أنه بحيازته يعتدي على حق الغير ولم يكن في استطاعته أن يعلم ذلك. فإذا ما ورث شخص عينا فإنه يكون حائز لحق الملكية بحسن النية, مادام يعتقد أن المورث هو المالك سواء كان مالكا حق أو غير مالك.

وحسن النية يمكن معرفته بمعياريين الأول ذاتي أو شخصي, والمتمثل في جهل الحائز أنه يتعدي على حق الغير, وإذا صادف وأن شك الحائز في أنه يحوز مال غيره أو أنه على حق الغير. فإن هذا الشك يهدم هذا المعيار الذاتي.

أما المعيار الثاني فهو موضوعي وهو أن الأصل أن الحائز، حسن النية مادام يجهل أنه تعدي على حق الغير, فإذا كان في استطاعته أن يتحرى الأمر لكنه لم يفعل, وأقدم على الشراء دون مبالاة, فإنه يكون بذلك مرتكب لخطأ جسيم.

وهذا ما أكدته نص المادة 824 من القانون المدني الجزائري « يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدي على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم. وإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله» .

ويقترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس، أي أن الحائز سيء النية المادة 3/824 قانون مدني جزائري، لأن العلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن القانونية، مثلا وجود قرينة قانونية على علم الحائز الوارث بسوء نية مورثه, فيقترض قانونا أن الوارث هو كذلك سيء النية, ويستطيع الوارث إثبات عكس ذلك أي أنه حسن النية, يعني أنه كان يعتقد أن الحق كان ملكا لمورثه.

2.5.2.2.1. الحيازة بسوء النية

يكون الحائز سيء النية إذا ثبت أنه يعلم أنه بحيازته يعتدي على حق الغير، كأن يقوم الجار بأخذ جزءا من أرض جاره و يضمه لأرضه, فيكون حائزا سيء النية, إذا كان يعلم أن هذا الجزء هو مملوك لجاره.

أو يكون الحائز سيء النية أيضا إذا اثبت أن الحائز كان ينبغي عليه أن يعلم أن حيازته اعتداد على حق الغير فيكون بجهله مرتكبا خطأ جسيم، كمن يحوز شيء تسلمه من شخص معروف أنه سارق فهنا يكون حائز سيء النية.

3.5.2.2.1. أهمية التفرقة بينهما

إن الحيازة باعتبارها سببا لكسب الملكية يجب أن نميز بين ما إذا كانت بسوء أو حسن النية، فإذا كانت الحيازة بسوء النية تكون سببا لكسب ملكية العقار والمنقول على السواء بالتقادم الطويل أي بانقضاء مدة 15 سنة.

أما إذا كانت الحيازة بحسن النية فتكون سببا لكسب ملكية العقار بالتقادم القصير أي 10 سنوات إذا كان لديه سبب صحيح و لكسب ملكية المنقول بمجرد حيازته. و لكسب ملكية الثمار بمجرد حيازتها أي قبضها.

ونستخلص مما سبق ذكره، أنه إذا توافرت الحيازة على ركنها المادي والمعنوي واشتملت على جميع الشروط الخاصة بها، فإنها تكون بذلك حيازة قانونية وبالتالي ترتب آثارها ومن أهمها الحماية المقررة لها قانونا فنجد أن المشرع الجزائري شمل الحيازة بثلاث دعاوي وهي :

• دعوى منع التعرض:

المنصوص عنها في المادة 820 من القانون المدني، بحيث يفترض فيها حصول تعرض للحائز على حيازته دون أن يبلغ حد سلبها منه، وبالتالي تتولى بهذه الدعوى إزالة آثاره أو تعني حق المتعرض في العمل الذي قام به.

• دعوى استرداد الحيازة:

بموجب هذه الدعوى يتم استرداد الحيازة، ففي هذه الحالة يكون الاعتداء قد بلغ حد سلب الحيازة (المادة 817) من قانون مدني.

• دعوى وقف الأعمال الجديدة :

المنصوص عنها في المادة 821 من قانون المدني، فهي تفترض وجود تهديد بحصول ببعض الأعمال ويراد بها توقي الاعتداء قبل وقوعه.

كما أن للحيازة القانونية أثر آخر وهو يتمثل من حيث الإثبات، إذا أن الحائز يصبح في مركز المدعى عليه في دعوى الملكية أو الحق العيني، لأن من يحوز الحق يقترض فيه أنه صاحبه، فإذا

قام نزاع على الملكية أو حق عيني آخر, فإن الحائز يصبح في مركز المدعى عليه وبالتالي فعبي الإثبات يقع على من يدعي خلاف ذلك.

بالإضافة إلى أن الحيازة كطريق لإثبات الملكية تقوم على قرينتين:
الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية حتى يثبت العكس. و الحيازة القانونية قرينة على الملكية حتى يثبت العكس.

أما الأثر الثالث فمن حيث كسب الحق العيني حيث أن الحيازة المستمرة لمدة 15 سنة تؤدي إلى كسب الحق العيني على العقار والمنقول على السواء, وهذا إذا ما اقترنت بالسبب الصحيح وحسن النية, فإنها تؤدي إلى كسب الملكية في المنقول فور قيامها وتؤدي إلى كسب ملكية العقار بمرور خمس سنوات أي التقادم القصير.

3.2.1. أهمية التقادم المكسب

سنتعرض إلى تعريف التقادم ثم نتطرق إلى مكانة التقادم المكسب في القوانين المختلفة و في القانون الجزائري.

1.3.2.1. تعريف التقادم

إن المشرع الجزائري اعتبر التقادم سببا من أسباب الملكية والحقوق العينية الأخرى وقد تعرض له في القسم السادس الخاص بالحيازة في الفصل المخصص لأسباب الملكية (المواد 827-834) من القانون المدني الجزائري.

وقد عرف التقادم المشرع الفرنسي والمصري على أنه طريقة لكسب الملكية أو الحق العيني الذي ترد عليه الحيازة، أي أنه سبب من أسباب كسب الملكية قائم على حيازة قانونية ممتدة لفترة من الزمن يحددها القانون.

في حين أن المشرع الجزائري لم يعرف التقادم المكسب ولكن تعرض إلى نوعيه في المواد السابقة الذكر، وهما التقادم الطويل والقصير.

فأما التقادم الطويل فلا يشترط فيه سوى الحيازة القانونية المستمرة لمدة 15 سنة وهذا ما أكدته نص المادة 827 قانون المدني الجزائري.

أما التقادم القصير فهو تقادم يقع على ملكية العفارات والحقوق العينية الأخرى فقط دون المنقولات, ولا يشترط فيه إلا الحيازة القانونية المستمرة لمدة 10 سنوات, مع توافر السبب الصحيح وحسن النية لدى الحائز المادة (228 قانون مدني جزائري).

ومن ثما فإن التقادم هو وسيلة يكسب بمقتضاها الحائز ملكية الشيء أو حق عيني آخر, إذا استمرت حيازته القانونية لمدة معينة يقررها القانون ويقوم الحائز بتمسك بكسب هذا الحق.

2.3.2.1. مكانة التقادم المكسب

إن التقادم يؤدي أحيانا إلى أن يمتلك الشخص مال غيره بدون حق, وقد يكون سيء النية أو غاصب, وهذا ما دفع ببعض الفقهاء إلى القول بأن هذا المبدأ يتنافى مع ظاهرة العدالة.

إلا أن هناك مجموعة من الاعتبارات العملية القوية التي دفعت بالتشريعات المختلفة للأخذ بهذا المبدأ رغم ما سبق ذكره, وهذه الاعتبارات تتمثل في الآتي :

الصالح الاجتماعي إذ للحفاظ على استقرار المعاملات العقارية والابتعاد عن الفوضى التي من شأنها أن تهدد النظام والأمن الاجتماعي تقتضى إقرار الحالات المادية والواقعية التي استقرت بعد مرور مدة زمنية وتعامل الناس على أساسها. إذ لا يتصور بأن تسمح القوانين للأفراد المطالبة بحقوقها بعد مرور آلاف السنين.

وإن لتقادم دور مهم في إثبات الملكية والحقوق العينية الأخرى, فالحائز لا يكون ملزما بإثبات ملكيته ممن سبقه, بل يكفي حيازته للعين مدة معينة, وبشروط يفرضها القانون لكسب الملكية.

ولقد ذهب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري إلى القول " بأنه أعطى لصاحب الحق مدة زمنية للمطالبة بحقه فإذا لم يضم بذلك يفضل الحائز عليه الذي يستغل العين حتى ولو كان سيء النية أو مغتصبا".

ومن خلال ما سبق ذكره نجد أن لتقدم أهمية كبيرة في المحافظة على استقرار المراكز القانونية رغم أنه في بعض الأحيان يقوم بالتضحية ببعض المصالح الخاصة وهذا لضرورات اجتماعية للحفاظ على الصالح العام واستقرار المعاملات والمحافظة على الأمن والاستقرار الاجتماع.

1.2.3.2.1. أهمية التقدم المكسب في القوانين المختلفة

سنعرض إلى مكانة التقدم في القوانين المختلفة, وهذا من خلال تطرقنا إلى الدول التي أخذت بنظام الشهر الشخصي والتي أخذت بنظام الشهر العيني ومكانة التقدم فيها. ثم نتعرض إلى مكانة التقدم في القانون الجزائري.

إن مكانة التقدم المكسب في مختلف القوانين تظهر من خلال نظام الشهر المتبع في الدولة، فالشهر العقاري يختص بالعمليات القانونية الواردة على العقارات وبهدف إلى إعلام الغير على الوضعيات القانونية لها.

ولشهر نظامين أساسيين هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني. ومن هنا نتساءل عن مكانة التقدم المكسب في الدول التي أخذت بنظام الشهر الشخصي ؟

• مكانة التقدم المكسب في الدول التي أخذت بنظام الشهر الشخصي :

إن النظام الشهر الشخصي يعتمد على شهر التصرفات الواردة على العقارات وفق الأسماء الشخصية للمتصرفين ومن هنا كان النظام شخصيا.

ومن خصائصه أن الشهر فيه طريق للعلاية فقط, لأسباب انتقال الملكية أو العقود العينية فهو لا بد أن يستند إلى عقد صحيح لا تشوبه شائبه. وقد اعتمده العديد من الدول اللاتينية (فرنسا، إسبانيا، البرتغال، بلجيكا، اليونان، دول أمريكا). وهذه الأخيرة توسع نطاق اكتساب ملكية العقار بالحيازة والتقدم المكسب واستناد إلى ذلك يمكن تملك العقارات بتوافر الحيازة القانونية والتقدم المكسب.

• مكانة التقدم المكسب في القوانين التي أخذت بنظام الشهر العيني:

إن النظام الشهر العيني يعتمد على وجود السجل العقاري المخصص أساسا للعقار وليس إلى الشخص المتصرف, وتكمن مهمته في نقل حق الملكية لا مجرد الإعلان عن التصرف. كما أنه إذا وجد عيب في التصرف فإن الشهر يطهره وبالتالي فإن هذا النظام منسئ للحقوق.

وإن من أهم آثار هذا النظام هي مبدأ عدم سريان التقادم على الحقوق المسجلة في السجل العيني وهذا ما لا يظهر من خلال نصوص القوانين العربية والمقارنة.

فنلاحظ أن قانون الجمهورية التونسية في المادة 7/305-2 من القانون 5 لسنة 1965 ينص على أنه « لا يسري التقادم في مواجهة المالك المقيد بالسجل دون استثناء ما » ، وفيما يخص المملكة العربية المغربية، فقد أكدت نفس الأمر في المادة 63 من ظهير 9 رمضان سنة 1221 الموافق 1912/09/12. فيما يخص القانونين اللبناني والسوري، فنجد أن نص المادة 08 من القرار رقم 188 الصادر في 1926/03/15 تؤكد ذلك أيضا.

وهناك من الدول العربية من ألغت الحيازة والتقدم المكسب كسب من أسباب كسب الملكية، كالقانون الليبي رقم 38 سنة 1977. وهناك من الدول من اعتمدت هذا النظام مؤخرا كالمملكة العربية السعودية فقد شرعت فيه في أواخر 2002 بشهر أفريل بدلا عن النظام الشخصي .

وهناك من القوانين المقارنة من اعتمدت لنظام السجل العيني كالقانون الأسترالي والسويسري، إلا أن القانون الألماني نجده في المادة 900 منه، تبني هذا النظام مع احتفاظه بنظام التقدم، وذلك في حالة ما إذا كان الشخص الذي سجل حقه في السجل العيني ليس هو صاحب الحق.

ومن خلال ما سبق ذكره فنجد أن الدول التي أخذت بنظام الشهر العيني لا تأخذ بمبدأ التقدم المكسب لأنه يتعارض مع مبدأ قوة الثبوت المطلقة، والذي يعني أن كل ما هو مقيد في السجل العيني حقيقة لإجدال فيها.

كما أنه يتعارض مع ما يرتبه نظام السجل العيني على القيد من أثر منشئ، أي أن القيد هو المصدر الوحيد للحق العيني.

ذلك لأن التقدم المكسب يمكن أن يجعل بيانات السجل العيني غير مطابقة للحقيقة وبالتالي يهدر الثقة العامة الواجب توافرها للسجل العيني.

2.2.3.2.1 . مكانة التقدم في القانون الجزائري

اعتمد المشرع الجزائري نظام الشهر الشخصي والذي تكمن وظيفته في العلانية فقط وليست له قوة ثبوتية في مواجهة الكافة.

وقد تناول أيضا التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية في نصوص القانون المدني (المواد 827-828)، وهو ما يتماشى وروح نظام الشهر الشخصي، حيث توسع نطاق اكتساب ملكية العقار بالحيازة والتقادم المكسب في ظل هذا النظام.

إلى أن صدر الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمراسيم، والذي من خلاله المشرع الجزائري شرع في الأخذ بنظام الشهر العيني والذي لا يقبل فيه اكتساب الحقوق بالتقادم باعتبار أن القيد هو الذي ينشئ الحقوق ويظهرها.

ولكن ما هو ملاحظ في الواقع أن نظام الشهر العيني لم يشمل كافة الأراضي الجزائرية، لأن المسح يحتاج إلى إمكانيات بشرية ومادية تجعل الدول غير قادرة على تطبيقه بالسرعة والفعالية المطلوبة.

ولذا وبعد فترة زمنية معينة أصدر المشرع الجزائري المرسوم 352/83 الذي نحن بصدد دراسته، وأكد على إمكانية كسب الملكية بالتقادم المكسب كما سبق شرحه.

وبذلك نجد أن المشرع أعاد لفتح المجال لكسب الملكية العقارية إذا ما توافرت الحيازة القانونية والتقادم المكسب بعدما ضيق النطاق عندما اعتمد نظام الشهر العيني إلا أنه من خلال تحليلنا لنص المادة 15 من المرسوم 74/75 السابق الذكر والمادة 01 من المرسوم 352/83 المتعلق بإعداد عقد الشهرة وقانون الشهريتين لنا:

أن تطبيق أحكام المواد 827 من القانون المدني وما يليها لاكتساب الملكية بالتقادم غير ممكن في المناطق التي تم فيها قيد الحقوق بعد المسح ولكنه تبقى إمكانية كسب العقار بالتقادم المكسب قبل عملية المسح أو عند القيد الأول بشرط أن يفرغ هذا التصرف في تصرف قانوني كعقد الشهرة المحرر من قبل الموثق أو حكم يثبت اكتساب الملكية بالتقادم، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، نجد أن المشرع ترك بعض الثغرات التي تقلل من القوة الثبوتية للقيد، ولذا يتعين عينية إعادة النظر في أحكام القيد وأحكام القانون المدني لجعل الحقوق المكتسبة بالقيد غير قابلة لاكتسابها بالتقادم في المناطق الممسوحة.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع أحسن عندما أبقى على التقادم المكسب ولم يبلغ خصوصه في القانون المدني الجزائري. بل أنه قام بإضافة مراسيم وقوانين تؤكد على إمكانية اكتساب الملكية بالتقادم المكسب كالمرسوم الخاص بإثبات إجراء التقادم المكسب والمتضمن إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية (الذي نحن بصدد دراسته). ضف إلى القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري وخاصة المواد 30 و 39، والمرسوم التنفيذي رقم 254/91 الذي يحدد كيفيات إعداد شهادة الحيازة.

فلو قام بإلغاء التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية، لعمت الفوضى والبلبلة ولأدى ذلك إلى المساس بالأمن ووحدة المجتمع الجزائري لأنه بذلك يلغي حا حالة واقعية موجودة بكثرة في بلادنا.

3.3.2.1. مجال أعمال التقادم المكسب

نتعرض في ما يلي إلى الحقوق الجائز اكتسابها بالتقادم وللأشخاص المستفيدون من التقادم المكسب وبذلك نكون قد حددنا مجال أعمال التقادم المكسب.

1.3.3.2.1. الحقوق الجائز اكتسابها بالتقادم

من خلال نص المادة 827 و 828 من القانون المدني الجزائري نلاحظ أن هناك ارتباطا بين التقادم المكسب والحيازة.

فالحقوق التي يجوز كسبها بالتقادم يصلح أن تكون محلا للحيازة, ويستبعد بذلك الحقوق الشخصية وحقوق الملكية الفكرية, فلا يجوز كسبها بالتقادم مهما طال الزمن.

أما الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية يجوز كسبها بالتقادم كحق الملكية وحق الانتفاع، حق السكنى وغيرها.

ويشترط في الحقوق العينية الجائز اكتسابها بالتقادم الآتي :

- أن يكون قابلا للتعامل فيه :

إن الحق العيني المراد كسبه بالتقادم يجب أن لا يكون غير قابل للتعامل فيه إما لطبيعته كالهواء ومياه البحر، وإما لعدم مشروعيته ومخالفته للقانون أو لنظام العام أو الآداب العامة.

وإما أن يكون الحق العيني غير قابل التعامل فيه للغرض الذي خصص له, مثل الأملاك العامة لأنها مخصصة للمنفعة العامة.

فبالرجوع لنص المادة 689 قانون مدني جزائري يتبين لنا أنه لا يجوز التصرف في أموال الدولة العامة والخاصة ولا حجزها وتملكها بالتقادم.

وقد حددت المادة 23 من قانون التوجيه العقاري الأملاك العقارية إلى ثلاث أصناف :

- الأملاك الوطنية.
- الأملاك الخاصة.
- الأملاك الوقفية.

والمادة 24 من قانون التوجيه العقاري 25/90 حددت الأملاك الوطنية بنصها:

« تدخل الأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية التي تملكها الدولة وجماعاتها المحلية في

عداد الأملاك الوطنية، تتكون الأملاك الوطنية من:

- الأملاك العمومية والخاصة للدولة.
- الأملاك العمومية والخاصة للولاية.
- الأملاك العمومية والخاصة للبلدية.»

وتتقسم الأملاك الوطنية إلى قسمين :

الأملاك الوطنية الخاصة :

تشمل كل الأملاك الوطنية الأخرى الغير مصنفة ضمن الأملاك الوطنية العمومية.

وقد كرست المادة 773 من القانون المدني الجزائري والمواد 38 إلى 58 من القانون 30/90 طرق

تكوين الأملاك الوطنية الخاصة، مبدأ تملك الدولة للأملاك التي لا صاحب لها والتركات التي لا وراث

لها والحطام التي تركها مالکها أو التي يجعل صاحبها.

والكنوز التي تم اكتشافها أو العثور عليها في أحد توابع الأملاك الوطنية.

أما فيما يخص أموال الدومين الخاص فلا يجوز تملكها بالتقادم، وهذا ما يستشف من نص المادة

689 التي تشمل أموال الدولة العامة والخاصة

الأملاك الوطنية العامة :

وتشمل جميع الأملاك العقارية والمنقولة المخصصة لاستعمال الجمهور إما مباشرة كشواطئ البحر وإما عن طريق مرفق عمومي كسكك الحديد، المطارات كما أن هذه الأملاك الوطنية لا يملكها الخواص بسبب طبيعتها أو الغرض المسطر لها، وهذا ما أكدته نص المادة 25 من قانون التوجيه العقاري.

ولذا فإن الغرض الأساسي من عدم جواز التصرف أو كسب المال العام بالتقادم المكسب هو حماية هذا المال لتعلقه بالنفع العام.

وفي الأخير يلاحظ أن المشرع الجزائري، لم يخصص نص في القانون المدني يقضي بعدم كسب الحقوق المسجلة في السجل العقاري بالتقادم، وخاصة وأن التقادم يتعارض ومبدأ القوة المطلقة لسجل العقاري، وعلى هذا النحو إذا كان عقار مسجل باسم شخص وقام شخص بحيازة هذا العقار فإن الحائز هذا مهما طال مدة الحيازة لا يمكن أن يملك هذا العقار بالتقادم.

وقد أكد القرار رقم 41452 الصادر بتاريخ 1985/12/07، عدم خضوع الأراضي التابعة للدومين العام للتقادم المكسب.

• أن يكون قابلاً للحيازة:

يجوز كسب الحق العيني بالتقادم إذا كان قابلاً للحيازة ولذلك لا ترد الحيازة على ما يصطلح عليه بالمجموع من المال Universalité كالشركة والمتجر Fonds de Commerce. فهي لا تخضع للحيازة.

إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 829 مدني جزائري والتي تنص على ما يلي: « لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة ثلاثاً وثلاثين عاماً » ، يتبين لنا أنه خطأ وهذا لأن حق الإرث لا يتصور أن يرد عليه التقادم المكسب.

كأن يصبح مالك حق الإرث شخص غير وارث بمرور الزمن حتى وإن كان بالإمكان أن يقسط بالتقادم المسقط. أما الأموال الموروثة فهي على خلاف ذلك، فيجوز كسبها بالتقادم الطويل أو القصير إذا كان الحائز حسن النية ولديه سند صحيح.

الأملاك الوقفية :

لقد تعرض الفقهاء في الشريعة الإسلامية إلى المقصود بالوقف وهذا من خلال التعريفات العديدة والمختلفة، ولكن أهم هذه التعريفات، هو أن الوقف هو منع التعرف في رقة العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينيها وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري عرف الوقف في نص المادة 213 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري على أنه: « حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق.»

كما أنه صنف الأملاك الوقفية ضمن الأصناف القانونية للأملاك العقارية وهذا ما جاء في نص المادة 23 من قانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن لتوجيه العقاري.

وجاء في نص المادة 31 من نفس القانون أن « الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكا بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة، سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور » .

ولقد نص أيضا في المادة 04 من قانون الأوقاف 10/91 المذكور، والذي عدل بموجب القانون رقم 07/2001 المؤرخ في 02-05-2001، على أن الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه البر والخير.

وإن أول تقسيم للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري يرجع إلى المادة الأولى من المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17 ديسمبر 1964. وبالرجوع للمادة السادسة لفقرة الأولى من القانون رقم 10/91 السابق الذكر، يتضح أن هناك نوعان من الوقف وقف عام ووقف خاص.

الوقف العام :

وهو حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه كوقف أرض لحساب مستشفى.

ولقد صنفت المادة الثامنة من قانون الأوقاف 10/91 المذكور سابقا الأملاك الوقفية العامة.

أما الوقف الخاص :

فهو « مال يحسبه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم. » ويعتبر الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم، ولقد أضيفت إلى هذه الأنواع صور أخرى، عدتها المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 381-98 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، وهي كالآتي :

- لأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيين أو معنويون باسمهم الشخص لفائدة الوقف الأملاك التي وقفت بعدها اشترت بأموال جماعة من المحسنين.
- الأملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة.
- الأملاك التي خصصت للمشاريع الدينية.

كما أنه نظرا للوظيفة الأهمية التي تلعبها الأملاك الوقفية على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي حتى الثقافي والتعديدي، فإن المشرع أقر حماية لها جسدها من خلال المادة 52 من دستور 1996. وكما أنه أقر لها حماية مدنية وحماية جزائية.

الحماية المدنية وتتمثل في أن الأملاك الوقفية لا تقبل كسبها بالتقادم، وهذا لأن ذلك يتعارض وحبس المال في أوجه البر والإحسان.

وقد أكدت المحكمة العليا في القرار رقم 157310 المؤرخ في 16 جويلية 1997 على صحة الحكم الصادر عن محكمة بوسعادة، القاضي بإبطال عقد الشهرة المنصب على عقار محبس لفائدة زاوية الهامل ببوسعادة، ناقضة بدون إحالة القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة الذي قام بالفاء هذا الحكم وقضى من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

أما فيما يخص الحماية الجزائية للأملاك الوقفية فلقد تشدد المشرع الجزائري في ذلك إلى درجة عقوبة السجن المؤبد والغرامة المالية وهذا من خلال المواد التالية المادة 36 من قانون الأوقاف والمادة 386-387-388 من قانون العقوبات الجزائري.

والملاحظ أن هذه النصوص تجرم واقعة الاعتداء على العقار بغض النظر عن صنفه، ومن ثمة فيكفي لقيام الجريمة بكافة أركانها أن يتم الاعتداء على عقار.

وفي الأخير نجد أن الأملاك الوقفية لا يجوز كسبها بالتقادم باعتبار أن التقادم مكسب للملكية. وإن كان من الناحية العملية العديد من الأملاك الوقفية خاصة الأراضي الوقفية الجرداء والمحررة في عقود عرفية غير مشهورة اكتسبت عن طريق التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة، طبقاً للمرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 مايو لسنة 1983، الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، والذي هو محل دراستنا.

• أن يكون في منطقة غير ممسوحة :

تنص المادة 1 من المرسوم 253/83 المتعلق بعقد الشهرة «كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم يخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975...» .

ومن ثم فإن التقادم يسري إلا على الأراضي غير الممسوحة أما الأراضي ممسوحة بموجب الأمر السابق الذكر، والذي تم تحديده بإجراءه بموجب المرسوم التنفيذية 62/76 المعدل والمتمم والمؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي فلا يسري عليها التقادم.

والجدير بالملاحظة، أن عملية مسح الأراضي رغم أهميتها في إنجاح السياسة العقارية المنتهجة منذ 1971، إلا أنه لا تزال مساحات شاسعة من الأراضي لم تمسحها بعد عمليات المسح، وسبب ذلك هو أن عملية المسح مكلفة للغاية وتتطلب نفقات باهظة، كما أنه إلى جانب ذلك هناك نقص في الإطارات، بحيث أنه لا توفر القدر الكافي من المتخصصين في عملية المسح بالإضافة إلى عدم تزويد الفرق العاملة في الميدان بالمخططات الجوية اللازمة من طرف المصالح الجهوية لمسح الأراضي.

وكما أنه تم إنشاء وكالة وطنية لمسح الأراضي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 89-234 الصادر في 19 ديسمبر 1989، المتضمن إنشاء وكالة وطنية لمسح الأراضي، والتي حددت مهامها في نص المادة 03 منه وهي:

هو الأمر الذي استدعى إلى إعادة دفع عملية المسح، فتم الإعلان عن مشروع توثيق عقاري عام والذي نعني به وضع مخططات طبوغرافية جزئية وبطاقية للملكيات العقارية وكذا أسماء مالكيها من أجل تسجيل كل مالك دفتر عقاري يكون بمثابة سند ملكيته للعقار. إنجاز العمليات التقنية الخاصة بإعداد مسح الأراضي العام في مجموع التراب الوطني بصفة رسمية.

أما بصفة استثنائية فيمكن لوزير المالية أن يكلف الوكالة الوطنية لمسح الأراضي القيام لحساب الدولة بعملية جرد عام للعقارات التابعة لأملاك الدولة سواء كانت خاصة أو عمومية. كما أن مشروع التوثيق العقاري العام شمل أيضا مصالح المحافظات العقارية، بحيث أنها ملزمة بإنشاء السجل العقاري ومطابقته مع مضمون وثائق مسح الأراضي.

إذ يقوم المحافظ العقاري بمجرد تسلمه وثائق مسح الأراضي بعملية ترقيم للعقارات الممسوحة إما ترقيما نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز أصحابها سندات أو عقود مثبتة لحق ملكيتهم.

وإما ترقيما مؤقتا وهنا يجب التمييز بين حالتين، الأولى أن يتم ترقيم العقار الذي ليس لحائزه سند يثبت ملكيته ترقيما مؤقتا لمدة أربعة أشهر، وهذا ما أكده المرسوم رقم 69/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في المادة 13 منه.

وإما يكون ترقيم العقار مؤقتا لمدة سنتين وهذا في حالة عدم وجود أي سند يثبت الملكية أو الحيازة وفقا لقواعد التقادم المكسب، وبانتهاء المدة السابقة ولم يسجل أية اعتراضات أو احتجاج يصبح الترخيم المؤقت نهائيا.

• الأشخاص الذين يستطيعون الاستفادة من التقادم المكسب

يحق لكل شخص الاستفادة من التقادم ليمتلك ما يحوزه بمضي المدة، ولا يشترط في الحائز أهلية معينة لكي تقع حيازته صحيحة لأننا بصدد واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا. كما يجوز لشخص المعنوي أن يستفيد من التقادم بواسطة من يمثله. أما بالنسبة لغير المميز فحيازته تكون بواسطة من يمثله قانونا.

4.2.1. الشروط العامة لإعمال التقادم المكسب

يشترط في التقادم المكسب شرطين أساسيين وهما:

الحيازة و استمرار الحياة لمدة زمنية طويلة.

1.4.2.1. الحيازة

كقاعدة عامة يشترط لاكتساب الحق بالتقادم الطويل أو القصير، أن تكون الحيازة قانونية غير عرضية، أي أن تكون مستوفية لركنيها المادي والمتمثل في مباشرة الحائز للأعمال المادية للحيازة لحساب نفسه، والمعنوي والمتمثل في أن يكون للحائز نية الظهور وبمظهر صاحب الحق الذي يحوزه.

إذ أن الحائز العرضي لا يكتسب الحق بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة الحيازة من عرضية إلى حيازة أصلية بطريق من الطرق التي نص عليها المشرع في المادة 831 قانون مدني جزائري وهي:
تغير صفة الحيازة العرضية بفعل الغير، كأن يشتري المستأجر العين المؤجرة من شخص يعتقد أنه المالك الحقيقي للعين فلا يكسب ملكية العين مباشرة، ولكن يصبح حائزا حسن النية وفي استطاعته كسب العين بالتقادم القصير.

أو تغير الحيازة العرضية بفعل يصدر من الحائز، ومثاله أن يوجه الحائز العرضي إعلانا إلى المالك يبلغه فيه ادعائه انه المالك أو صاحب الحق عيني على الشيء أو أنه أصبح يحوز لحساب نفسه. وإن تغير السند القانوني لا ينتج أثره إلا من تاريخ حدوث الفعل المعارض وبالتالي الفترة التي كانت فيها الحيازة عرضية لا تدخل في حساب التقادم ولا في المدة المتطلبة في رفع الدعوى.

كما يجب أن يكون الحق الذي ترد عليه الحيازة من الحقوق الجائز اكتسابها بالتقادم (كما سبق تبيانه فيما سبق).

وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون الحيازة خالية من العيوب، وبالتالي بمفهوم المخالفة تكون مستوفية على شروطها وهي أن تكون هادئة وواضحة، مستمرة.

وإن الأصل هو أن تكون الحيازة غير مشوبة بعيب حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، كما أن شروط الحيازة تعد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق، وهي مسائل واقع لا تخضع لرقابة محكمة النقض والقاضي الموضوع السلطة التقديرية في ذلك.

2.4.2.1 استمرار الحيازة مدة معينة

تؤدي الحيازة المستمرة إلى كسب الحق العيني إذا استمرت مدة زمنية معينة يحددها المشرع، بغرض أن يتيح للمالك الحقيقي الوقت اللازم من أجل الاعتراض على هذه الحيازة واسترداد الشيء من الحائز. وإن للتقادم المكسب نوعان هما :

التقادم الطويل ويتحقق كسب الحق فيه إذا استمرت الحيازة القانونية مدة 15 سنة، وهذه المدة تعد أقصى مدة. وأنها تراعى في حق الحائز السيئ النية سواء وردت على عقار أو منقول المادة 827 من القانون المدني الجزائري.

كما أن المشرع الجزائري أقر في المادة 828 من القانون المدني الجزائري نوع آخر من التقادم, وهو التقادم القصير الذي لا يرد إلا على العقارات دون المنقولات. وقد راعى المشرع أن وجود السبب الصحيح وتوافر حسن النية يسمحان للحائز في تقصير المدة لكسب الحق لـ 10 سنوات.

ولا يجوز الاتفاق على تقدير هذه المدة المحددة قانونا لا بالزيادة ولا بالنقصان, وذلك ما جاء بنص 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 القانون » .

1.2.4.2.1 الشروط العامة للتقادم المكسب بنوعية

• كيفية حساب التقادم

بالرجوع إلى نص المادة 314 من القانون المدني التي تنص على:

« تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول وتكتمل المدة بانقضاء آخر يوم منها »

ومن هذا النص يتبين أن سريان التقادم لا يحسب بالساعات بل يبدأ حساب التقادم من اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيازة إذا كان الحق العيني نافذا:

أما إذا كان معلقا على شرط واقف أو أجل فلا يبدأ سريان التقادم ضد صاحبه إلا من وقت نفاذ الحق المادة 2/315 قانون مدني جزائري.

ويدخل في حساب مدة التقادم كل الأيام سواء أيام المواسم أو العطلات أو الأعياد سواء كانت رسمية أو دينية.

وعلى المالك أن يرفع دعواه خلال هذه المدة وإلا عد مهملًا, وبالتالي يتحمل تبعه إهماله وهو أن يسري التقادم ضده.

وإذا تعذر على المالك المطالبة بحقه, إذا حدث وأن كان اليوم الأخير يوم عطلة فهنا يقف سريان التقادم وتمتد المدة إلى اليوم الذي يليه, وبالتالي يتمكن المالك من أن يرفع دعوى الاستحقاق أو أي دعوى أخرى.

- مدة التقادم في القانون الجزائري :

وقد حدد المشرع من خلال نص المادة 827 قانون المدني الجزائري مدة التقادم المكسب, وهي نفسها مدة التقادم المسقط بخمس عشر سنة. (إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع).

- افتراض عدم انقطاع مدة الحيازة:

تنص المادة 830 مدني جزائري على ما يلي: « إذ اثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة في الحال فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة بين الزمنين ما لم يقد دليل على خلاف ذلك».

يكفي الحائز أن يثبت أنه حائز في الوقت الحالي وأنه حاز في وقت سابق معين، حتى تقوم قرينة قانونية في حق الحائز يمكن للمدعي إثبات عكسها بأن حيازته منقطعة وغير مستمرة.

- ضم الحيازات :

أن الحيازة قد تنتقل من السلف إلى الخلف، وأن الخلف يستطيع أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في الحدود التي بينها المادة 814 قانون مدني جزائري والتي تنص على: « تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها غير أنه إذا كانت السلف سيء النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته ويجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ليبلغ التقادم » .

ومن هنا يستطيع الخلف العام أو الخاص ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته لاستكمال مدة التقادم، فتعد حيازة الخلف العام استمرار لحيازة سلفه ويجوز له ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته.

أما الخلف الخاص فيبدأ حيازة جديدة، إلا أنه إذا كانت حيازته من نفس طبيعة حيازة سلفه جاز له ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته لاستكمال مدة التقادم المكسب.

أما إذا كانت حيازة سلفه تختلف عن حيازته فيجوز له 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 سلفه سيء النية.

- وقف و انقطاع التقادم:

إن الفرق بين أسباب الانقطاع والوقف, هو أن أسباب الانقطاع تقضي على المدة السابقة للانقطاع, فتصبح وكأن الحائز لم يكن حائزا أبدا, وبالتالي إذا أراد كسب الحيازة بالتقادم على المكسب أن يعيد الكرة مرة ثانية.

أما أسباب التوقف فإن المدة التي أمضت قبل سبب الوقف تضاف إلى المدة اللاحقة بعد زوال السبب دون حساب مدة الوقف. إذن فهناك أسباب تهدم مضيه وأسباب معطلة تقف به عن المضي و لقد جاء في نص المادة 1/316 مدني جزائري «لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الأصل والنائب».

- وقف التقادم:

ويقصد بالوقف هو أن يتعطل سريان التقادم لسبب معين متى هذا السبب زال يعود سريان التقادم. كما أن المدة التي يقف فيها التقادم أثناءها لا تحتسب في مدة التقادم ومن ثم تحسب المدة السابقة بالإضافة إلى المدة اللاحقة لزوال سبب الوقف. وكما أن وقف التقادم ليست له مدة معينة فقد يتم في بداية التقادم أو أثناء سيره أو في نهايته.

ويهدف المشرع من خلال وقف التقادم إلى حماية بعض الأشخاص الذين تعذر عليهم رفع الدعوى في مدة زمنية معينة لأسباب معينة. حيث تنص المادة 316 من القانون المدني:

«لا يسرى التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعيا يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الأصل والنائب.

ولا يسرى التقادم الذي تنتضي مدته عن خمس سنوات في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبات جنائية إذا لم يكن لهم نائب قانوني.

ولا يسرى التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة ولو كان لهم نائب قانوني طيلة مدة عدم أهليتهم.»

ومن خلال هذا النص يتبين لنا أسباب وقف التقادم وهي مقسمة إلى قسمين :

- الأسباب العامة:

لقد ذكر المشرع في نص المادة 1/316 قانون مدني جزائري, عبارة مانع والموانع هي قد تكون مادية كالحرب والزلازل.... وهذه الأخير تؤدي إلى عدم تمكن صاحب الحق من المطالبة به.

وقد يكون المانع أدبيا أو قانونيا يتمثل في علاقة زوجية أو علاقة الابن بأبيه, وبالتالي يحول دون مطالبة صاحب الحق بحقه كأن تكون علاقة زوجية بين الحائز والمالك.

أما بالنسبة للمانع القانوني, كما لو أصبح الحائز مالكا للعقار في فترة من الزمن بموجب عقد ثم نزول ملكيته بسبب فسخ أو إبطال هذا العقد ففي هذه الحالة يقف سريان التقادم في هذه فترة قيام العقد. كما قد يكون المانع إتفاقيا كما لو اتفق الحائز والمالك على وقف التقادم في الفترة التي تستغرقها إجراءات التحكيم لحل نزاعهما.

• الأسباب الخاصة:

وهي التي تتعلق بحالة صاحب الحق من حيث الأهلية وما يلحق بها من الأوضاع. فقد يكون صاحب الحق ممن لا تتوفر فيه الأهلية أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جنائية وهذا ما نص عليه المشرع في نص المادة 2/316 قانون مدني جزائري.

ومن هذا نميز بين حالتين:

الأولى منها إذا كان لمن لا تتوفر فيه الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية نائب يمثله فهنا سريان التقادم لا يقف ضده لأن الأصل أن النائب يحل محل الأصيل فيتعين عليه أن يقوم بتولي أمر المطالبة عنه وإلا كان مسئولا.

أما الحالة الثانية فهي أن لا يكون له ممثل قانوني عكس الحالة الأولى ومن هنا يترتب عنه أن التقادم يقف سريانه ضده لوجود مانع قانوني يحول دون المطالبة بالحق.

• آثار وقف التقادم:

يترتب عن وقف التقادم عدم احتساب المدة التي تم فيها هذا الوقف وبالتالي تحسب المدة السابقة عن كما أن أسباب وقف التقادم نسبية إذ لا يستطيع أن يتمسك بها إلا من قام وقف التقادم لمصلحته الوقف واللاحقة له، سواء حدث سبب الوقف في بداية أو أثناء أو في نهاية التقادم.

أن هناك استثناء وهو في حالة ما إذا كان الحق الذي ترد عليه الحيازة لا يقبل التجزئة كحق الارتفاق فهنا يقف التقادم في حق جميع الشركاء.

- انقطاع مدة التقادم:

ونعني به هو محو المدة السابقة على تحقيق سبب من أسباب الانقطاع نهائيا المذكورة قانونا، وهذا ما يؤدي إلى بدأ تقادم جديد من وقت زوال الأثر المترتب على هذا السبب

- أنواع الانقطاع :

والانقطاع نوعان في القانون الجزائري، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 834 قانون مدني جزائري على الانقطاع الطبيعي. و نص في المادة 317 من قانون المدني على الانقطاع المدني. وسنتناول ذلك من خلال النقاط التالية:

- الانقطاع الطبيعي:

تنص المادة 834 قانون مدني جزائري على ما يلي:

«ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها أو لو بفعل الغير».

ويتضح من خلال هذه المادة أن الانقطاع الطبيعي يكون لأحد السببين إما يتخلى الحائز عن الحيازة باختياره وإما أن يتخلى عنها بدون اختياره.

تخلي الحائز اختياريا:

فإذا تخلى الحائز عن الحيازة باختياره فيترتب عن ذلك زوال حيازته وانقطاع التقادم نهائيا، كأن يقوم الحائز بتخلي عن العقار الذي بحوزته فلا يقوم لا بزرقه ولا استغلاله إذا كان مباني. لا إذا لم يقصد التخلي عن الحيازة فهنا لا يقطع التقادم لأنه لم يتخلى عن الركن المعنوي للحيازة. كما أنه إذا تخلى عن الركن المادي للحيازة فلا يؤدي ذلك إلى قطع التقادم كأن يتخلى الحائز عن حيازته عن طريق الإيجار للغير. فالمستأجر ينوب عن الحائز في الحيازة المادية دون المعنوية.

تخلي الحائز قهرا:

كما ينقطع تقادم الحيازة إذا فقد الحائز حيازته دون اختياره وهنا يجب أن نفرق بين أمرين:

فإذا كنا بصدد عقار فلا ينقطع التقادم نهائيا إلا إذا فقد الحائز سيطرته الفعلية على العقار بسبب

سيطرة غيره على العقار ذاته.

ما أن المشرع أعطى للحائز حق استرداد الحيازة أو رفع الدعوى خلال سنة ليسترد حيازته على العقار، فإذا لم يفعل فإن التقادم ينقطع نهائيا، وبالتالي إذا استعاد حيازته بعد ذلك على العقار ذاته نكون بصدد حيازة جديدة مستقلة على التي قبلها.

وإذا كنا بصدد منقول، فإن الحائز لا يفقد حيازته إذا فقد السيطرة المادية بسبب الضياع أو السرقة لأنها تعد موانع مؤقتة لا تؤدي إلى زوال الحيازة. وإذا استرد الحائز المنقول من السارق أو أخذه ممن عثر عليه أو على الأقل رفع دعوى استرداد المنقول خلال سنة فلا ينقطع التقادم.

• الانقطاع المدني:

تنص المادة 317 قانون مدني جزائري على:

«ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالتنبيه أو بالحجز وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفرسة المدين أو في توزيع أو بأي عمل يقوم به الدائن أثناء مرافعة لإثبات حقه».

نستخلص من خلال هذا النص ما يلي:

إن الانقطاع المدني إما يكون صادر عن المالك وذلك بالمطالبة القضائية وبالتنبيه وإما الطرق الأخرى فهي خاصة بالتقادم المسقط. وإما يكون صادر عن الحائز فيكون عن طريق إقرار الحائز بالحق. وسنتناول ذلك من خلال ما يلي:

• الانقطاع المدني الصادر عن المالك :

• انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية:

ينقطع التقادم بالمطالبة لقضائية أي مطالبة الحائز بالحق سواء أكان ذلك بدعوى أصلية أو بدعوى عارضة أثناء النظر في دعوى أصلية أو عن طريق التدخل أو اختصام الغير. ولا يكفي لقطع التقادم المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة باتخاذ إجراء وحتى لا يمس بأصل الحق.

و لكن إذا ما رفع دعوى بأصل الحق أمام قاضي الأمور المستعجلة، فإن ذلك يقطع التقادم وهذا لأن رفع الدعوى أمام محكمة غير متخصصة يقطع التقادم وهذا الاعتبار اقتضتها العلاقة والمتمثلة في أن الفصل في الدعاوي يطول عادة وليس من العدل أن يسري التقادم أثناء سير الدعوى وقبل الفصل فيها كما أن صاحب الحق يكون قد اظهر إرادته بما فيه الكفاية للمطالبة بحقه.

وليقطع التقادم بالمطالبة القضائية يجب أن تنتهي الدعوى بحكم لصالح المدعى أما إذا صدر الحكم لصالح الحائز فلا ينقطع التقادم ويستمر الحائز في ذات التقادم، كما إذا سقطت الدعوى أو رفض

الفصل فيها سواء ليست شكلي أو موضوعي, فإن ذلك يؤدي إلى سريان التقادم وبالتالي لا ينقطع التقادم.

• انقطاع التقادم بالتنبيه:

إذا كان بيد صاحب الحق سند تنفيذي والمتمثل إما في سند رسمي أو حكم كان, يكون بيد صاحب الحق حكم ضد الحائز برد العقار, فإنه لا يرفع دعوى على الحائز, وإنما يبادر بالتنفيذ ويباشر إجراءاته في مواجهة الحائز, وقد أوجب المشرع في المادة 330 قانون إجراءات مدنية, أن يقوم القائم بالتنفيذ تبلغ المحكوم عليه بالحكم المطلوب تنفيذه, ويكلفه بالسداد في مهلة عشرين يوم ومن بين مشتملات السند التنفيذي التنبيه.

وبعد هذا التنبيه قاطعا لتقادم المكسب كأن يحصل المالك على حكم ضد الحائز بالاستحقاق فيقوم المالك بإعلان الحكم تمهيدا للتنفيذ الجبري, ويتضمن الإعلان بالتنبيه على الحائز بتسليم العقار فهذا التنبيه يعد قاطعا للتقادم الجديد.

• انقطاع التقادم بفعل الحائز:

تنص المادة 318 قانون مدني جزائري على:

«ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرار صريحا أو ضمنيا ويعتبر إقرار ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيا زيا تأمينا لوفاء الدين»

وقد نصت المادة 341 قانون مدني جزائري على أن :

«الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.»

وإن الإقرار هو " اعتراف شخص لآخر في مجلس القضاء بواقعة تكسبه حقا مع قصد المقر أن يلزم نفسه بهذا الإقرار وهو حجة على المقر لا تتعداه إلى غيره."

والإقرار تصرف قانوني لا يخضع لشكل خاص، وبذلك أولا هذا الإقرار لاكتملت مدة التقادم ولأدى ذلك إلى تملك الحائز للعين. ومن ثما فالإقرار عبارة عن نوع من التصرف في العين.

ينقطع التقادم المكسب إذا أقر الحائز أن العين هي ملك لصاحبها، إقرار صريحا ويعتبر الإقرار على هذا النحو كأنه تنازلا عن مدة الحيابة الماضية لصاحب الحق. ولا يعد نزولا عن الحق لأن الحائز لا يملكه لعدم إمام مدة التقادم.

ويعتبر الإقرار ضمنيا مثلا عندما يطلب الحائز من المالك بعد مدة من الحيابة أن يحرر له عقد إيجار للاستغلال فبمجرد تحرير العقد وتوقيعه التقادم.

• أثار انقطاع التقادم:

ينصرف أثر انقطاع التقادم إلى الحقوق والأشخاص بالنسبة للحقوق, تنص المادة 1/319 قانون مدني جزائري.

«إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع وتكون مدته هي مدة التقادم الأول»
ومن خلال هذا النص يتضمن ما يلي:

- يترتب على انقطاع التقادم أيا كان سببه سقوط المدة السابقة على سبب الانقطاع ويبدأ تقادم جديد.
- فإذا كان سبب الانقطاع هو زوال الحيابة فإنه من تاريخ استرداد الحائز الحيابة لشيء يبدأ سريان التقادم.

أما إذا كان السبب هو المطالبة القضائية يكون بصدد ثلاث احتمالات:

ففي حالة الاستجابة للطلبات المالك بحكم نهائي، فيبدأ ميعاد جديد من يوم صدور الحكم. إلا إذا رجع الحائز إلى عين المكان بعد التنفيذ عليه فإنه يسري تقادم طويل المدة، يبدأ منذ بداية الحيابة الجديدة.

وفي حالة ما إذا فصلت المحكمة بعدم الاختصاص المحلي أو النوعي, فإنه يسري تقادم جديد من يوم صدور الحكم النهائي. أما إذا صرح القضاء برفض دعوى استحقاق بحكم صار نهائي فإن التقادم ينقطع نسبيا أي بالنسبة للمدعى الذي رفضت دعواه فقط, يبقى التقادم ساريا بدون انقطاع منذ البداية في حق كل شخص آخر كالتشريك في الملكية أو الشريك في الشيع , كما أنه يسرى تقادم جديد بالنسبة لهذا المدعى الذي رفضت دعواه.

أما إذا كان السبب هو الإقرار فيبدأ سريان التقادم الجديد من وقت صدور هذا الإقرار، ولكن لقد أثير إشكال حول ما إذا كان الحائز بعد إقراره يبدأ تقادماً جديداً يكون مدته نفس مدة التقادم السابق؟ أي هل الحائز إذا كان قبل إقرار حسن النية يسرى في مواجهته نفس التقادم السابق أم أنه يعتبر سيء النية وبالتالي يسرى قبله التقادم الطويل؟

لقد اختلف الشراح في ذلك، فهناك من يرى إن الحائز إذا أقر بحق الغير ثم حاز من جديد تكون حيازته بسوء النية وبالتالي يسرى قبله التقادم الطويل.

كما أنه إذا أقر الحائز بأنه حائز عرضي، كأن يقترن إقراره بالتزام الحائز برد الشيء إلى صاحب الحق فإن هذا الالتزام يجعل الحيازة عرضية وليس من شأن هذه الحيازة أن تؤدي إلى تقادم جديد ولكن هناك رأي آخر يرى أن التقادم الجديد هو نفس التقادم السابق ومعناه أنه إذا كان الحائز حسن النية فيسرى عليه التقادم القصير ولو أقر بحق المالك. لأن العبرة بحسن النية عند تلقي الحق وليس العبرة بما يطرأ فيما بعد من سوء نية.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة السابقة إذ أنه اشترط حسن النية عند تلقي الحق فقط. أما إذا أقر الحائز بأنه حائز عرض ففي هذه الحالة لا يمكن أن يسرى في مواجهته لا التقادم الطويل ولا القصير إلا إذا غير سنده.

أما بالنسبة لأثر انقطاع التقادم بالنسبة للأشخاص، فنجد أن هناك فرق بين الانقطاع المدني والانقطاع الطبيعي.

فالانقطاع الطبيعي يكون مطلقاً بالنسبة للأشخاص فيجوز لكل ذي مصلحة التمسك بقطع التقادم ويستفيد منه كل من ترتب له حق عيني على العقار، فإذا قام أحد المالكين على الشيوع بانتزاع حيازة الحائز الذي هو شخص آخر غيرهم، فهنا التقادم ينقطع ليس بالنسبة للمالك على الشيوع فقط بل يكون بالنسبة للملاك الآخرين على الشيوع. كما أن سبب الانقطاع راجع لواقعة مادية فيتمسك به كل من له حق على الشيء.

أما الانقطاع المدني فهو عمل قانوني يصدر من صاحب الحق أو من الحائز وله أثر نسبي، لا ينصرف أثره إلا لمن صدر منه هذا العمل القانوني القاطع للتقادم.

فأثر انقطاع التقادم بالإقرار نسبي بالنسبة للأشخاص، إذ أن إقرار الحائز صراحة أو ضمناً بحق المالك حجة قاصرة على المقر وحده ولا يأخذه به غيره، كما أن أثر انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية له أثر نسبي بالنسبة للأشخاص، فلا يستفيد منه الأمن قام بالإجراءات ولا يتضرر منه إلا من وجهت إليه .

ففي حالة تعدد الحائزين للعقار، يقتصر أثر رفع دعوى الاستحقاق على الحائز الذي رفعت ضده ودون أن يتعدى أثر الانقطاع إلى غيره من الحائزين على الشيوع فلا يستفيد منه إذن إلا من حصلت منه الإجراءات ولا يحتج به إلا على من وجهت إليه.

ولكن يرد على نسبة الانقطاع استثناءان هما:

كأن يقوم مالك الرقبة بقطع تقادم الحائز فهنا يستفيد منه صاحب حق الانقطاع. كما أن قطع صاحب حق الانقطاع لتقادم الحائز يستفيد منه مالك الرقبة.

ومن خلال ما سبق، فإن الاستثناء يتمثل في أن يكون الحق الوارد عليه الحيابة يتضمن حق آخر أو يتضمنه حق آخر للمالك.

كما بالنسبة إلى الحقوق الغير القابلة للتجزئة كحق الارتفاق فهي شكل الاستثناء الثاني، إذ أنه إذا كان العقار المر تفق مملوكاً لأشخاص على الشيوع فإن قطع التقادم الموجه ضد أحدهم يضر الآخرين.

2.2.4.2.1. الشروط الخاصة بالتقادم القصير

إن التقادم المكسب القصير إلى جانب أنه يحمي استقرار التعامل وهو في ذلك يشترك مع التقادم المكسب الطويل، فإنه يحمي أيضاً الحائز حسن النية الذي تستند حيازته إلى سبب صحيح فيتملك الحائز العقار بمرور عشر سنوات بدل خمسة عشرة سنة بالإضافة إلى الشروط المتطلبة في التقادم المكسب الطويل.

إن المشرع الجزائري نص في المادة 828 قانون مدني على:

«إذا وقعت الحيابة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات.»

ومن ثمة فإن التقادم القصير يقتصر على عقار معين بالذات أو حق عيني عقاري كحق الانتفاع بالعقار.

كما أنه تناول أحكام التقادم القصيرة والتي تسرى عليها أحكام التقادم الطويل مع الإشارة إلى ثلاثة شروط مميزة ينفرد التقادم المكسب القصير عن التقادم المكسب الطويل فيها، وهي مدة التقادم ووجود سند صحيح واقتران الحيازة بحسن النية، أما فيما يخص الحيازة فقد تعرضنا لها سابقا بالشرح المفصل.

أما بالنسبة للمدة فقد حددها المشرع الجزائري بعشر سنوات وذلك لحكمة وهي حماية الحائز الذي يجهل أنه يعتدي على عقاره غيره بحسن نية إذ أنه يعتقد أنه تلقى العقار من مالكة الحقيقي.

• حسن النية

إن المادة 828 من القانون المدني يشترط في الحائز إلى جانب السند الصحيح أن يتوفر على حسن النية.

ومن ثمة فلا يتبقى لنا إلا تبيان الشروط الباقية وهي السبب الصحيح وحسن النية. والمقصود بحسن النية هو غلط يقع فيه الحائز بدفعه إلى الاعتقاد بأنه تلقى الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق.

وقد عرف المشرع الجزائري حسن النية من خلال نص المادة 1/824 بما يلي:
«يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم».

إذن يقصد بحسن النية أن الحائز بجهل أنه يعتدي على حق الغير، ويعتقد أن من تصرف إليه هو المالك أو صاحب الحق العيني موضوع التصرف.

ويجب أن يكون حسن النية كاملا دون شك ويستوي أن يكون الغلط في الواقع، كأن يتعامل مع حائز للعقار ويعتقد أنه المالك. أو في القانون كأن يتعامل مع شخص الموهوب له ويعتقد الحائز أن الهبة صحيحة ثم يتبين بعد الشراء منه أنها باطلة لعدم تقدم كتابتها في ورقة رسمية.

ومن ثم لم يعد الحائز حسن النية، إذا كان قد علم عند شرائه العقار أن ملكية البائع متنازع فيها وقد رفعت دعوى أمام القضاء بهذا الشأن، كما أنه لا يعتبر الحائز حسن النية إذا اشترى العقار بثمن بخس واشترط البائع عليه عدم الضمان أو يتعامل مع مالك سند عقد هبة باطل أو مع مالك سنده عقد صدر له من قاصر.

وقد وضع المشرع الجزائري في المادتين 1/824 و 315 مدني معيارين في تحديد حسن النية، معيار شخصي والمتمثل في أن الحائز يعتبر حسن النية، إذا كان يعتقد دون أي شك أنه يتعامل مع مالك العقار أو صاحب الحق العيني على العقار.

أما المعيار الموضوعي فتضمنه المادة 1/824 مدني جزائري التي تعتبر الحائز سيء النية إذا كان جهله لا اعتدائه على حق الغير ناشئا عن خطأ جسيم .

وقد وضع المشرع الجزائري في المادتين 1/824 و 315 مدني معيارين في تحديد حسن النية، معيار شخصي والمتمثل في أن الحائز يعتبر حسن النية إذا كان يعتقد دون أي شك أنه يتعامل مع مالك العقار أو صاحب الحق العيني على العقار.

أما المعيار الموضوعي فتضمنته المادة 1/824 مدني جزائري، التي تعتبر الحائز سيء النية إذا كان جلّه لا اعتدائه على حق الغير ناشئا عن خطأ جسيم.

فقد حرص المشرع على النص بأن الحائز يعتبر سيء النية دائما إذا كان قد اغتصب الحيازة بإكراه من غيره. فلو أن الحائز اشترى عقار من شخص يعتقد بأنه المالك وهذا العقار كان في حوزة شخص ثالث رفض تسليم العقار للمشتري، فقام الآخر باغتصاب الحيازة منه، فهنا يعد الحائز سيء النية ولا يستطيع أن يتمسك بالتقادم القصير في مواجهة المالك.

وكما وضع المشرع الجزائري معيار موضوعيا آخر من خلال هذه المادة 2/825 التي تقضي "... ويعد سيء النية من اغتصب حيازة الغير بالإكراه".

وإن الأخذ بالمعيار الموضوعي يؤدي إلى تقادي النتائج غير المقبولة التي يمكن أن يؤدي إليها الاعتماد على المعيار الشخصي وحده، والذي يعمل على ترجيح مصلحة حائز مهمل على مصلحة المالك الحقيقي.

إن العيوب التي تشوب السند الصحيح، كالتصرف القابل للإبطال لنقص الأهلية أو العيب في الرضا أو القابل للفسخ أو المعلق على شرط فاسخ. لا تمنع من أن يكون المتصرف له حسن النية. لكن هناك عيب واحد يجب للحائز أن يجهله وهو أن السند صادر من غير المالك.

- وقت توافر حسن النية:

تنص المادة 2/828 مدني جزائري على أنه "و لا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق".

يجب توافر حسن النية وقت تلقي الحق، فلا يشترط حسن النية عند بدء الحيازة بل يكفي توافره عند تلقي الملكية بالسبب الصحيح. فإذا اشترى شخص عقارا من غير مالكه، فيكفي أن يكون حسن النية وقت البيع حتى ولو كان سيء النية وقت التسليم، فالعبرة بحسن النية وقت تلقي الحق حتى لو أصبح الشخص سيء النية بعد ذلك كما ينتقل الحق في القانون الجزائري بالتسجيل فيجب توافر حسن النية عند التسجيل.

- إثبات حسن النية:

تنص المادة 3/824 مدني جزائري على ما يلي: " و يفترض حسن النية دائما حتى يقوم

الدليل على العكس"

و إن حسن النية مفترض دائما لدى الحائز ولا يحتاج إلى إثبات ومن يدعي عكس ذلك عليه إثباته بكافة الطرق الإثبات، لأن حسن النية عبارة عن واقعة مادية بحتة تخضع لتقدير القضاة.

وتطبيقا لهذا يوجد اجتهاد المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 72055 في (عقد هبة محرر في الشكل الرسمي وهب بموجبه عمين لابنة أخيها قطعة أرض، وبعد مضي 13 سنة تراجعها عن الهبة، لأن قطعة الأرض هذه ليست ملكهما، وتمسكت الموهوب لها بالتقادم المكسب القصير فقالت المحكمة العليا أن المدعية في الطعن حازت العقار واستغلته مدة 13 سنة بناء على سند رسمي وصحيح "مستثمر" وقد حازته بحسن نية ولم ترتكب أي خطأ أو غش عندما سلموها العقار محل النزاع - وقت تلقي العقار- وبناء على الصفات الثابتة سالفة الذكر فغن المدعية في الطعن يكون قد اكتسبت هذا العقار بالتقادم المكسب القصير).

وإن القضاة برفضهم لدعواهم الرامية إلى اكتساب العقار بالتقادم يعد خرقا للقانون في مادته

828 من القانون المدني.

كما يستطيع مدعى سوء نية الحائز إثباتها بإحدى الطرق الثلاث:

إما أن يثبت أن الحائز كان يعلم وقت تلقي الحق أن من تصرف إليه غير مالك، أو أن يثبت أن جهل الحائز لعدم ملكية من تصرف إليه كان ناشئا عن خطأ جسيم أو أن يثبت أن الحائز قد اغتصب بالحيازة.

كما أنه وفقا لنص المادة 826 مدني جزائري التي تنص على: "تبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت كسبها ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك".

ومن ثمة فإذا كانت الحيازة قد بدأت قبل بدء سريان التقادم القصير سوء نية. كأن يقوم شخص بحيازة عقار وهو يعلم أنه ليس مملوكا له ثم يشتريه بعد ذلك ويسجل البيع فهنا تبقى حيازته بسوء نية وعليه أن يثبت أنه أصبح حسن النية وقت التسجيل.

• السبب الصحيح:

تنص المادة 3/828 قانون مدني جزائري والموافقة المادة 3/969 مدني مصري على ما يلي:
«السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند».

وانتقد البعض هذا التعريف على أنه لا يتسم بالوضوح, وأنه لا يمكن لتأصيل كثير من القواعد المستقرة في الفقه والقضاء وبالتالي هو أقرب إلى تجهيل السبب الصحيح منه إلى تعريفه.

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه:

"بأنه تصرف قانوني يصدر عن غير المالك على اعتبار أنه المالك ويكون من شأنه نقل الملكية لو كان صادر من المالك".

وبالتالي تتفق التعاريف بأن السبب الصحيح هو تصرف قانوني وناقل للملكية ولا يعيبه إلا كونه قد صدر من غير المالك.

• شروط السبب الصحيح:

لقد عالجت التشريعات هذا العيب بما يتطلبه من حسن نية الحائز وإذا كان معلقا على شرط فاسخ فهو يعد نافذا منذ البداية ويكون سبب صحيحا, طالما لم يتحقق الشرط أما إذا تحقق الشرط فإن العقد يفسخ, ويعتبر التصرف كأن لم يكن ولا يجوز التمسك بالتقادم المبني على أساسه. أن يكون للسند وجود قانوني:

إذا كان السند الذي تلقى به الحائز الحيازة باطلا بطلانا مطلقا فليس له وجود قانوني, ومن ثمة لا يصلح سببا صحيحا فالسند الباطل, يعتبر في حكم العدم سواء أكان البطلان من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع.

أما التصرفات القابلة للإبطال فهي تصرفات صحيحة ومبنية لأثارها إلى أن يتمسك صاحب المصلحة بالإبطال فتصح أن تكون سند صحيحا. يكسب الملكية بالتقادم القصير قبل الحكم بإبطالها.

كما أنه إذا كان التصرف القانوني معلقا على شرط واقف فإنه لا يعتبر سببا صحيحا ولا تسرى مدة التقادم إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط, وإذا كان معلقا على شرط فاسخ فهو يعد نافذا منذ البداية, ويكون سبب صحيحا طالما لم يتحقق الشرط أما إذا تحقق الشرط فإن العقد يفسخ, ويعتبر التصرف كان لم يكن ولا يجوز التمسك بالتقادم المبني على أساسه.

أما السند الظني Putatif ou Imaginaire وهو السند الذي يقوم على التوهم وجود له في الواقع فهو لا يقوم إلا في ذهن الحائز مثل ذلك الموطن قد رجع عن الوصية قبل وفاته, فهنا توفر حسن النية لدى الحائز لكن حيازته تسند إلى سند ظني وبالتالي لا يكتسب الملكية بالتقادم القصير, لأنه لا يعد سببا صحيحا.

• أن يكون التصرف مسجلا:

تنص المادة 15 من الأمر 74-75 المنظم للشهر العقاري للجزائر والمؤرخ في 1975/11/12 على ما يلي: « كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية » .

أما المادة 16 من نفس الأمر فتقضي: « إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها صفي مجموعة البطاقات العقارية » .

ويتضح لنا من هذين النصين, أن انتقال الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى, لا يتم إلا بعد اتخاذ إجراءات التسجيل المنصوص عليها في القانون ويستوي في ذلك انتقال الملكية بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير, كما أنه ذكر آثار الشهر العقاري وهما نفاذ الحق محل الشهر في مواجهة الغير, ونفاذ التصرفات القانونية ما بين الأطراف من جهة أخرى. وهذا في نص المادة 793 مدني :

« لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار. »

وهذا على خلاف لما عليه الحال في القانون المدني الفرنسي الذي يجعل انتقال الملكية سواء بالنسبة للمنقول أو العقار يتم بمجرد انعقاد العقد بين المتعاقدين أما بالنسبة للغير فإنه يجب اتخاذ إجراءات التسجيل بالنسبة للعقارات والحقوق العينية

أن يكون تصرف قانوني صادر من غير صاحب الحق (المالك):

ومعناه أن يصدر التصرف من غير مالك للحق أو من مالك زالت ملكيته بأثر رجعي وهذا هو العيب الذي على السند الصحيح، والذي من أجله فرضت حماية للحائز وهي بإرساء نظام التقادم القصير المكسب، لأنه لو صدر من مالك لكان تصرفا صحيحا لا يحتاج إلى إثبات الحيازة ولا التقادم.

كما لا يمكن للحائز التمسك بالتقادم القصير، إذا قام سبب يؤدي إلى إبطال العقد أو فسخه. إلا أن القضاء الفرنسي اعتبر في حالة استثنائية السند الصحيح مكسبا للملكية بالتقادم رغم أنه صادر من المالك نفسه.

وذلك في حالة ما إذا باع شخص إلى شخصين لعقار نفسه، فقام بالتسجيل عقد البيع أحدهما والآخر لم يسجل عقده، فهنا تكون الملكية لمن بادر بتسجيل عقده، لكنه في الحال التي يكون عنها الشخص الذي لم يشهر عقده قد حاز العقار لمدة عشر سنوات.

فهنا محكمة النقض الفرنسية قضت بأنه في هذه الحالة، يجوز التمسك بالتقادم القصير قبل المشتري الذي قام بتسجيل عقده، وهذا الاستثناء قرره المادة 1/30 من مرسوم 1955/01/04، إذ لا يحمي الحائز الذي سجل العقد ضد الحائز الذي يتمسك بالتقادم.

إثبات السند الصحيح:

يقع عبء إثبات السبب الصحيح على عاتق الحائز، لأنه لا يقترض وهو يخضع في إثباته للقواعد العامة للإثبات.

5.2.1 آثار التقادم المكسب

لا يترتب على التقادم المكسب كسب الملكية بأثر رجعي أو الحق العيني محل الحيازة إلا إذا تمسك به الحائز أو من له مصلحة في ذلك.
إلا أن المشرع أعطى الحرية للحائز في أن لا يتمسك بالتقادم ويتنازل بذلك عنه بعد اكتمال مدته.
ومن هنا سنتعرض لنقاط التالية:

15.2.1. وجوب التمسك بالتقادم المكسب

تنص المادة 1/321: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به".
وبناء على نص المادة فإن المحكمة لا تقضي من تلقاء نفسها بكسب الحق متى اكتملت مدة التقادم بل لا بد أن يتمسك به ذو المصلحة.
كما التمسك بالتقادم مسألة تخص الحائز لأنها تتعلق بضميره, إذ قد يسمح له ضميره بتملك شيء مملوك لغيره والعكس.

وإذا رد الحائز الشيء إلى مالكة قبل أن يتمسك بالتقادم بعد ذلك وفاء بالتزام مدني فلا يستطيع الحائز أن يسترد الشيء على أساس أنه كسبه بالتقادم, ولو كان الرد ناتج عن غلط وقع فيه الحائز كان اعتقد وقت الرد أن مدة التقادم لم تكتمل بعد.

والتمسك بالتقادم يأخذ صورة دفع يدفع به الحائز دعوى الاستحقاق المرفوعة من قبل المالك ولا يشترط فيه شكل خاص فيصح أن يكون صريحا أو ضمنيا.

كما يجوز إبدائه في أي حالة كانت عليها الدعوى قبل قفل باب المرافعة ويجوز التمسك به أمام محكمة أول درجة أو المجلس القضائي غير أنه لا يجوز التمسك بالتقادم الأول مرة أمام المحكمة العليا.

وإذا تمسك الحائز بالتقادم الطويل وتبين للمحكمة أن شروطه غير متوفرة، فليس لها أن تبحث فيها إذا كانت شروط متوفرة طالما لم يتمسك بها الحائز والعكس. لكن إذا أحالت المحكمة العليا الدعوى إلى المجلس القضائي لتتظر في الدعوى بتشكيلة جديدة، جاز للحائز على أن يتمسك أمام المحكمة المحال إليها الدعوى بالتقادم لأول مرة.

وكما أن المادة 322 تنص من القانون المدني على ما يلي:

«لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه, كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون. وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم».

النزول يعد تصرفا قانونيا من جانب واحد, بحيث أنه لا يحتاج إلى قبول من صاحب الحق (المالك الحقيقي). والنزول بذلك لا يكون ناقل للملكية لأنه مجرد ترك الحق لصاحبه وبالتالي يشترط فيه أهلية التبرع بل تكفي أهلية التصرف ولا يحاج إلى شهرة أو تسجيله.

والنزول قد يتخذ عن التقادم إحدى الصور التالية:

النزول مقدما عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه.

لا يجوز النزول مقدما عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه, لأنه يصعب من الناحية العملية تصور مثل هذا النزول كما أن هذا النزول يمس وجود التقادم مسألة تتعلق بالنظام العام.

وهذا النزول جائز لا يخالف النظام العام فهو يتعلق بمصلحة الحائز لأن بمجرد اكتمال مدة التقادم لديه له الحق في الخيار بين أن يتمسك به أو أن يتنازل عنه.

وإن هذا النزول إما أن يكون بالتعبير الصريح عن الإدارة باللفظ أو الكتابة أو ضمنا فيستتبعه القاضي من الدلائل. كما أنه لا يحتاج إلى شكل خاص.

2.5.2.1. كسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة

«من حاز منقولا أو عقارا وحقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حياة له مدة خمسة عشر سنة دون انقطاع».

إن الحائز يكسب الملكية أو الحق العيني محل الحيازة بالتقادم, فمتى اكتملت مدة التقادم لديه استطاع أن يعتبر نفسه مالكا أو صاحبا للحق العيني, ويتصرف على هذا الأساس حتى ولو لم يتمسك بالتقادم أمام القضاء.

كما أن للحائز أن يدافع عن حقه المكتسب هذا بطريقة الدفع, فإذا رفع المالك دعوى الاستحقاق جاز للحائز أن يدفع هذه الدعوى بالتمسك بالتقادم. وإما عن طريق رفع الدعوى وهو إذا اعتدى الغير على حيازة الحائز بالغصب فيجوز له رفع دعوى الاستحقاق.

حيث أنه يتمسك بأنه تملك الشيء بالتقادم.

إن ما يكسبه الحائز من حق يتحدد بحدود الحيابة التي قام عليها التقادم. فمن حاز الشيء كله أو جزء منه وظهر عليه بمظهر المالك يكتسب حق ملكية هذا الشيء بكامله أو للجزء الذي حازه دون الأجزاء الأخرى. فمن حاز حق الانتفاع أو حق ارتفاق يكتسب هذا الحق دون حق الملكية.

وكما أن كسب الحق بالتقادم يتضمن كسب توابعه أيضا، فإذا أحاز الحائز أرضا لها أشجار اكتسب هذه الأرض بالتقادم والأشجار التي عليها.

أما فيما يخص التقادم القصير يتحدد مدى الحق الذي يكتسبه الحائز بالسند الصحيح.

إذن إن التقادم المكتسب الطويل أو القصير يعد سبب من أسباب كسب ملكية العقار، فبمرور المدة القانونية اللازمة تنتقل ملكية العقار من المالك الأرض إلى الحائز.

3.5.2.1 الأثر الرجعي للتقادم المكسب

إذا كسب الحائز الملكية أو الحق العيني بالتقادم، فإنها تنتقل إليه بأثر رجعي أي من وقت بدء الحيابة لا من وقت التمسك بالتقادم أو من وقت اكتمال مدته. ويترتب على الأثر الرجعي للتقادم المكسب ما يلي :

- تملك الحائز للثمار منذ بدء الحيابة إذ يمتلك الحائز الثمار باعتبار أنه مالك العقار منذ بدء سريان التقادم العقار ملكة وقت إنتاج هذه الثمار، فهو بذلك يستحقها.

- عدم سريان الحقوق العينية التي رتبها المالك الأصلي على العقار خلال مدة التقادم في مواجهة الحائز لكن الحقوق التي رتبها المالك قبل بدء سريان التقادم سري في مواجهة الحائز.

كما يترتب على الأثر الرجعي للتقادم نفاذ الحقوق العينية التي رتبها الحائز على العقار خلال مدة التقادم، لأنه بمجرد اكتمال مدة التقادم يكتسب الحائز العقار بأثر رجعي ومن ثما يصبح وقت ترتيب الحق العيني عليه مالكا للعقار وبالتالي هذه الحقوق تكون نافذة في مواجهة.

وقد تبين لنا من خلال ما سبق أنه لإعداد عقد الشهرة يستوجب توافر شرطين هامين هما:

الحيابة و مدة التقادم المكسب المحددة قانونا.

فتمتى توافر هذان الشرطان لدى الحائز تمكن من اللجوء إلى الموثق المختص إقليميا لإعداد عقد الشهرة طبقا لإحكام المرسوم 352/83.

وهذا ما سنراه بالتفصيل في الفصل الثاني من خلال تعرضنا لتحرير و إجراءات شهر عقد الشهرة , و من ثما المنازعات التي يثيرها هذا العقد و التي من خلالها يمكننا استخلاص دوره في استقرار المعاملات العقارية .

الفصل 2

مراحل توثيق و إجراءات شهر عقد الشهرة

و المنازعات التي يثيرها

بعدها تطرقنا إلى الشروط الموضوعية لإجراء عقد الشهرة, إذ متى توافرت لدى الحائز حسن النية حيازة قانونية و استمرت مدة 15 سنة كمدة للتقادم الطويل و10سنوات كمدة لتقادم القصير في القانون الجزائري تبدأ من يوم بدأ الحيازة.

فالمشرع الجزائري مكنه من الحصول على سند تملك و هذا طبقا لأحكام المرسوم 352/83 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية, و الذي جاء تطبيقا لأحكام المواد 827 من القانون المدني و ما يليها , و هذا بهدف تطهير و استقرار الوضعية العقارية , إذ أن المشرع خول للموثق إثبات الحيازة بعقد رسمي .

و هذا ما سنتطرق له فيما يلي:

1.2.1. مرحلة توثيق عقد الشهرة من قبل الموثق

سنتعرض إلى المراحل والإجراءات التي يقوم بها الموثق لإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية , وهذا على ضوء المرسوم رقم 352/83 المتعلق بإعداد عقد الشهرة وبالاعتراف على الملكية , وكذا المرسوم الوزاري المشترك الذي جاء تطبيقا له رقم 4513.

ومن هنا سنتطرق إلى ما يلي:

1.1.2. اختصاص الموثق في إعداد و تحرير عقد الشهرة

لقد أضاف القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12 يوليو 1998 على الموثق صفة لضابط العمومي و خول له جزء من صلاحيات السلطة العمومية وهي تحرير العقود الرسمية و من بين هذه العقود عقد الشهرة, هذا سنتطرق في هذا المطلب الأول إلى تعريف الموثق واختصاصه.

1.1.1.2 تعريف الموثق

هو ضابط عمومي يتولى تحرير العقود وذلك طبقا للأشكال القانونية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطائها لصبغة الرسمية، كما يتولى استلام أصول العقود والوثائق للإيداع التي حدد لها القانون هذه الصبغة أو التي يود حائزها ضمان حفظها.

وبالرجوع إلى نص المادة 3 من نفس القانون نجد أن للموثق مكتب عمومي للتوثيق يتولى تسييره لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته ويمكن أن يشترك أكثر من موثق في تسيير هذا المكتب.

إلا أنه للالتحاق بهذه المهنة يتوجب على العضو المترشح أن يكون من حملة الليسانس، وأن تتوفر فيه مجموعة من الشروط المحددة في نفس المادة 4 من هذا القانون، وشروط أخرى نصت عليها التنظيمات الخاصة لهذا القانون الشروط المحددة بنص المادة 4 هي :

- الجنسية الجزائرية.
- بلوغ سن 25 سنة على الأقل.
- الشهادة الجامعية أو المؤهلات القانونية أو شهادة الليسانس في الحقوق أو مايعادلها.
- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.

كما انه من التنظيمات اللاحقة لهذا القانون أنه تجرى للمترشحين لهذه المهنة اختبارات كتابية وشفوية ويخضع المترشحين إلى التربص ثم يرسمون من طرف لجنة الترسيم بعد سنة من إجراء التربص.

2.1.1.2 اختصاص الموثق

بالرجوع إلى نص المادة 324 قانون مدني، نجد أنه لا يكفي أن يكون السند صادرا من موظف أو ضابط عمومي ليكون رسميا، بل يجب أن يكون لهذا الموظف أو الضابط العمومي الأهلية في تحرير العقود التي تدخل في اختصاصه، وأن يكون قد تصرف في حدود سلطته أي أن تكون له الولاية في إصدارها، ولذا يجب على الموثق وهو ضابط عموميا مختص في تحرير الأوراق الرسمية عليه أن يكون مختصا نوعيا ومحليا.

وبما أن عقد الشهرة يعد من السندات الرسمية، فلا بد على الموثق الذي يقوم بإعداده أن يكون مختصا نوعيا ومحليا وهذا ما سنتطرق له:

• الاختصاص النوعي:

بالرجوع إلى نص المادتين (1) و (2) من المرسوم 253/83، فإن الموثق هو الشخص الوحيد المؤهل قانوناً لإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

• الاختصاص الإقليمي:

نستشف من خلال نص المادة 2 من القانون التوثيق الجديد، أن اختصاص مكتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطن. وأن الاختصاص المحلي في إعداد عقد الشهرة هو من النظام العام بالنسبة لمكاتب التوثيقة وعليه فإنه على طالب إعداد عقد الشهرة أن يتوجه إلى الموثق المختص إقليمياً، وهذا وفقاً لنص المادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 .

وهذا راجع لطبيعة الإجراءات التي يتطلبها إعداد هذا العقد من اتصالات بالسلطة العمومية المتواجدة بها العقار، ضف إلى اعتراضات المواطنين المتواجدين بمكان وقوع العقار.

وهنا نجد أن: الاختصاص المحلي لعقد الشهرة هو بمكتب التوثيق الكائن بدائرة اختصاص العقار محل طلب عقد الشهرة.

2.1.2 الملف الواجب تقديمه للموثق

من خلال المرسوم 352/83 المتعلق بإجراء عقد الشهرة في مادته الثانية والمنشور الوزاري المشترك رقم 4513 سنة 1984 الذي جاء تطبيقاً وتفسيراً له.

فإنه على الشخص المعني أن يتوجه إلى الموثق فيقوم بتقديم المعلومات اللازمة عن طبيعة الملكية وموقعها ومشمولاتها ومساحتها، وكذلك الرسوم والتكاليف المترتبة عليها فأعداد عقد الشهرة.

كما يجب عليه فضلاً عن ذلك أن يقدم للموثق ملف من ثلاث نسخ يتضمن الوثائق التالية:

- الأوراق الثبوتية للحالة المدنية الخاصة بالمعني والمتمثلة في شهادة الميلاد.
- مخطط الملكية يعده مختصون، وهذا لا يثبت الملكية أو الحيازة، فما هو إلا عملية قياس وتحديد للقطعة محل عقد الشهرة.
- الشهادات المكتوبة، بأن المعني يحوز العقار للمدة المطلوبة قانوناً.
- تصريح بالشرف أن المدعي أو المدعين يمارسون على العقار حيازة تطابق أحكام المواد 827 وما يليها من القانون المدني.

• عند الاقتضاء السندات أو الشهادات الجبائية التي يمكن للمدعي أو المدعين أن يدلوا بها.

ثم يقوم الموثق الذي يأخذ صفة القاضي العدل في قبول ملف المعني أو المعنيين أو رفضه وإذا كان بالرفض فيجب عليه أن يبرره.

1.2.1.2 فيما يخص الشهادات المكتوبة

وهي عبارة عن نماذج مطبوعة متضمنة تصريحات لشهود الإثباتية للحائز فيما يخص أنه يجوز العقار المدة المطلوبة قانونا.

والموثق هنا يلعب دور القاضي بحيث يمكنه قبول الملف أو رفضه متبعا في ذلك نفس إجراءات التحقيق المدنية، كالتأكد من هوية الشهود وموطنهم الذي من الأفضل أن يكون مجاور للعقار المراد اكتسابه بالتقادم، وهذا لأنهم يكونون عادة أدرى بالحيازة من غيرهم. إذ لا يعقل أن يكون العقار يقع بولاية تبسة والشهود من ولاية تمنراست.

ونحن نرى أن هذه الشهادات غير مجدية، لأن حتى ولو لم يتضمنها الملف المقدم للموثق فإن ذلك لا يؤدي إلى رفضه لأن القانون لم يرتب أي أثر عن ذلك أي عن تخلف هذه الشهادة. كما أنه من الناحية العملية الموثقون يحررون عقود الشهرة بالرغم من عدم تقديم هذه الشهادات. ومن ثمة فإنها لا تعد عنصرا جوهريا في عقد الشهرة.

ولذا كان من الأجدر أن ينص القانون على إفادات الشهود كوسيلة للإثبات و خاصة وان الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة الوسائل، ومن هذه الوسائل، شهادة الشهود التي تعد وسيلة للإثبات لها القوة المطلقة بالنسبة للوقائع المادية.

وقد عرفتها المادة 333 قانون مدني على أنها "التصريح الذي يدلي به الشخص أمام القضاء بواقعه صدرت من غيره وترتب عليها حق لهذا الغير" والشهادة لها معنيان:

معنى عام وهو الدليل أيا كان أما معناها الخاص وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة وهو المطلوب. ونجد المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية إلى غاية المادة 73 ينظم شهادة الشهود وهذه الأخيرة , تكون إما بصفة مباشرة بحيث يشهد الشاهد على ما رآه أو سمعه بذاته أو أن تكون بصفة غير مباشرة , وتسمى بشهادة السماع ويشهد فيها الشاهد بما سمعه رواية عن غيره.

وأما النوع الثالث ويعرف بالتسامح والتي تنصب فيه الشهادة على واقعة يراد إثباتها بالذات اعتمادا على ما هو شائع بين الناس عنها وهي مقبولة كإثبات وهو المطلوب فيما يخص إعداد عقود الشهرة. والشهادة هنا تكون شفوية أمام القاضي.

وبما أن الموثق يعد قاضيا فيما يخص عقد الشهرة فعليه إتباع الترتيبات المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية فيما يخص شهادة الشهود فعلية , أن يحضر الشهود في اليوم المعين من قبله بناء على استدعائهم أو عليه أن ينتقل بنفسه لإجراء التحقيق مع الجيران في مكان العقار المراد اكتساب ملكيته (المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية).

كما يجب على الشاهد أن يؤدي الشهادة أمام الموثق إلا أنه قبل ذلك يجب عليه أن يذكر اسمه، لقبه، سنه وموطنه والذي يجب أن يكون قريب من العقار المراد إعداد عقد الشهرة بشأنه أي يكون من الجيران (المادة 1/65 من قانون الإجراءات المدنية).

كما يجب عليه أن يؤدي اليمين بأن يقول الحق ولا يقول إلا الحق , أما بالنسبة للقصر فتطبق المادة 66 إجراءات مدنية بشأنهم.

كما يؤدي الشاهد شهادته منفردا وشفهيا بدون حضور باقي الشهود الذين لم تسمح بشهادتهم بحضور الخصوم أو غيابهم (المادة 65 إجراءات المدنية) أما بالنسبة للأبكم والأصم نطبق نص المادة (71 قانون الإجراءات المدنية).

وعلى الشاهد أن يجيب على أسئلة الموثق التي تدور حول الحيابة، شروطها وعناصرها المحددة بنصوص المواد 827 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

وفي الأخير تدون شهادة الشاهد في محضر وتتلئ عليه أقواله ويوقع عليها وإذا امتنع أو كان لا يحسن ذلك أو تعذر عنه ذلك ينوه عن ذلك في المحضر المادة 2/72 قانون الإجراءات المدنية.

وبالرجوع إلى المرسوم 352/83 فإننا نجد أنه لا يحدد عدد الشهود لإثبات الملكية بالحيابة والتقدم المكسب, ولكن من خلال النص المادة 2 من المرسوم نجد عبارة «... الشهادات المكتوبة» ومعناه أنهم شهود يزيدون عن اثنان كأدنى حد على غرار "الشهود في الحالات الأخرى مثلا كعقد الزواج..»

2.2.2.1.2 مخطط الملكية الذي يعده أشخاص معتمدون

إن الملف المقدم للموثق يجب أن يتضمن مخطط الملكية الذي يعده أشخاص معتمدون لاسيما الخبراء العقاريين والمهندسين المعماريين، الخبراء في القياس، مكاتب الدراسات. ويتم تكليفهم إما بموجب حكم قضائي أو بناء على طلب من السلطات العمومية أو أحد الخواص. و لإجراء عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية فعلى الحائز أن يتقدم بطلبه والمتمثل في رسم مخطط الملكية من طرف الخبير العقاري هذا من أجل أن يثبت ملكيته.

ومن هنا يجدر بنا التساؤل عن من هو الخبير العقاري وما هي مهامه؟

1.2.2.1.2. الخبير العقاري

إن مصطلح الخبير العقاري "Géomètre" متكون من كلمتين لاتينيتين **Géo** ومعناها الأرض و**Métron** ومعناها القياس. والخبير العقاري هو التقني الذي يهتم بقياس العقارات سواء كانت مبنية أولاً، يحدد معايير تلك القياسات.

لقد شهدت مهنة الخبير العقاري فراغ قانوني الأمر الذي اثر سلبا عليها برمتها فلم تكن هناك شروط محددة لممارستها، مما أدى بالخبراء الممارسين للمهنة من تشكيل جمعية خبراء العقاريين الجزائريين **AGA** والتي طالبت بإصدار قانون ينظم المهنة ويحدد شروط ممارستها وهذا ما دفع المشرع إلي التكفل بموجب أمر 8/95 المؤرخ في 1995/1/2 المتعلق بمهنة الخبير العقاري.

وعلى ضوء هذا الأمر سنتعرض إلى مهنة الخبير العقاري ومهامه:

• تنظيم المهنة وممارستها:

لقد حدد المرسوم 8/95 شروط قانونية يجب أن تتوفر في المترشح لممارسة مهنة الخبير

العقاري وهي:

- أن يكون المترشح جزائري الجنسية مع مراعاة الاتفاقيات الدولية.
- أن يكون متمتع بكافة حقوقه الوطنية السياسية منها والمدنية.
- ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة مخلة بالشرف.
- أن يقوم بالتسجيل في جدول هيئة المهندسين الخبراء العقاريين.

كما أضاف شروط تتعلق بالمؤهلات العملية وهنا يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: وهي إذا سبق للمترشح ممارسة المهنة قبل صدور القانون 8/95 المذكور سابقا فهنا تسوى وضعيته إذا ما توفرت فيه إحدى هذه الشروط وهي:

إذا كان المعني قد مارس كمهندس متدرب لمدة 3 سنوات وتم قبوله في امتحان نهاية التدريب أو كان قد مارس كمهندس مسح الأراضي أو مهندس في الطبوغرافيا لمدة خمس سنوات على الأقل في إحدى الإدارات التابعة للدولة أو الجماعات المحلية أو حتى المؤسسات العمومية.

الحالة الثانية: وتطبق على المترشحين الذين لم يمارسوا المهنة قبل 1995. وقد اشترط في هذه الحالة أن يكون المترشح حائز على شهادة مهندس دولة في مسح الأراضي أو مهندس دولة في الطبوغرافيا أو شهادة مهندس تطبيقي مسلمة له قبل إحدى المؤسسات التعليمية العالي المعتمدة أو بشهادة تعادلها.

كما أنه على المترشح المقبول أداء اليمين القانونية، وإن الأمر السابق الذكر أنشأ مجلس أعلى للمهنة يعمل على احترام أخلاقيات المهنة من قبل المحترفين.

أما فيما يخص التسجيل والشطب فقد نظمها قرار صادر عن وزير العدل المؤرخ في 8/ جوان/ 1966. الذي يحدد كيفية التسجيل والشطب للمهندسين الخبراء العقاريين من قائمة الخبراء.

- مهام المهندس الخبير العقاري: يتم تكليف المهندس الخبير العقاري إما بموجب حكم قضائي من قبل السلطات العمومية أو من قبل أشخاص القانون الخاص من أجل القيام بـ:
 - وضع المخططات الطبوغرافية والوثائق التقنية الملخصة بالعقود الرسمية الناقلة للملكية العقارية.
 - وضع الرسوم الطبوغرافية لسطح الأملاك العقارية وتحديد معالم حدودها.
 - القيام بالتحريات العقارية المرتبطة بعمليات نزع الملكية للمنفعة العامة وتحديد مخطط جزئي بذلك.
 - القيام بجميع الدراسات والرسوم الطبوغرافية المتعلقة بأشغال الهيئة العقارية من تجزئة الأراضي، تقسيمها وضمها.
 - تقييم الأملاك العقارية بتحديد قيمتها التجارية والاجارية .

ومن خلال ما سبق على طالب عقد الشهرة أن يطلب من المهندس الخبير العقاري مخطط ملكيته مع تقرير يبين من خلاله حدود العقار ومساحته بالتدقيق مع تحديد موقع العقار وطبيعته إذا كان

يدخل ضمن العقارات المبنية أو أرض فضاء ومع تبيان إذا كان هذا العقار ممسوح أو لم تشمله عملية المسح بعد.

3.2.1.2 التصريح الشرفي

بالرجوع إلى نص المادة 2 من المرسوم 83-352 المتعلق بإعداد عقد الشهرة فنجد أنه على طالب إعداد عقد الشهرة أن يقدم من خلال ملفه تصريحا شرفيا* وهذا بأنه يمارس الحيازة على العقار وفقا لأحكام المواد 827 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

كما أن عقد الشهرة يعد تصرفا قانونيا وعليه فإن على طالب إعداد عقد الشهرة أن يكون شخصا كاملا الأهلية وفقا لنص المادة 40 و 42 من القانون المدني.

كما أن المشرع استبعد كل من المعتوه والمجنون، السفیه واعتبرها تصرفا غير نافذة. كما أنه نص المادة 101، 107 من قانون الأسرة الجزائري.

يؤكد على أن الشخص المحجور عليه ليس أهلا لإبرام جميع التصرفات القانونية. وقد ذهبت إلى ذلك فيما يخص أحد التصرفات القانونية ألا وهو إعداد عقد الشهرة، المحكمة العليا غرفة لأحوال الشخصية في إجراء قرارها رقم 181889 المؤرخ في 1998/03/17 حيث قضت بما يلي:

"من المقرر قانونا أن التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا. ومتى تبين - في قضية الحال. أن قضاة المجلس لما قضوا بإبطال عقد الشهرة على اعتبار أن الواهب كان محجورا عليه ولا يجوز له إبرام التصرفات القانونية فإن القضاة كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا سليما".

4.2.1.2 عند الاقتضاء السندات أو الشهادات الجبائية

من خلال نص المادة 2 من المرسوم 83-352 المتعلق بإعداد عقد الشهرة نجد أن: السندات أو الشهادات الجبائية ليست بمكون جوهري في عقد الشهرة فإن لم توجد فهي ليست ملزمة وإن وجدت فلا بأس بذلك.

وهذا ما يستشف من نص المادة بنصها:

(عند الاقتضاء، السندات أو الشهادات الجبائية التي يمكن المدعي أو المدعين أن يدلوا بها). وهذا دليل عدم الضرورة وأنها ليست إجبارية فله أن يقدمها أو لا يقدمها ومن بينها شهادات سجل الضريبة العقارية.

ومن بين السندات أيضا العقود العرفية والتي يقوم بتقديمها المدعين ثابتة التاريخ قبل 1 جانفي 1971 فهنا الموثق لا يجري عقد الشهرة بل يطلب الحائز من الموثق أن يحرر له عقد إيداع شهرة بالمحافظة العقارية وأما بالنسبة للعقود العرفية الغير الثابتة التاريخ فهي تعتبر مجرد دليل وليس للموثق إلا أن يستأنس بها وهذا ما أكدته نص المادة 328 من القانون المدني الجزائري .

3.1.2. إجراءات التحري والتحقيق التي يقوم بها الموثق

إن الموثق بعد أن يقوم بالتحقق من الملف المقدم له من قبل الحائز طالب عقد الشهرة عليه أن يتصل بمختلف الإدارات المعنية التي لها دخل في التحقيق والمحددة وفقا للمرسوم 352/83 وهو رأي:

- مصلحة أملاك الدولة.
- رئيس المجلس الشعبي البلدي.

ثم عليه بالنشر لإثارة الاعتراضات المحتملة من الأشخاص المعنية.

1.3.1.2. إشعار رئيس المجلس الشعبي البلدي

بالرجوع إلى نص المادة 03 من المرسوم 352/83 نستخلص أن الموثق عليه أن يقوم بإخطار رئيس البلدية بطلب عقد الشهرة المقدمة له ويلتمس منه فيه تحديد وضعية العقار القانونية ليتبين إذا ما كان العقار يدخل ضمن الاحتياطات العقارية البلدية لأنه لا يجوز إعداد عقود شهرة لعقارات تابعة للبلدية وا هذا ما أكده قرار مجلس الدولة رقم 193 900 المؤرخ في 200/04/24 .

(حيث أن القطعة الأرضية التي يلتمس المستأنفون الاعتراف بملكيته عن طريق التقادم كانت محل إدماج في الاحتياطات العقارية البلدية وبالتالي فإن هذه القطعة الأرضية هي ملك للبلدية التي لا يمكن للمستأنفين اكتسابها) .

ويضع هذا الالتماس بنسخة من الملف وعلى رئيس البلدية أن يتصل بمصالح الولاية المختصة بتزويده بالمعلومات ومن هنا يبلغ رأيه فيما يخص وضعية العقار وذلك في أجل 4 أشهر ابتداء من تاريخ تلقيه الالتماس إلى الموثق عملا بنص المادة 06 من المرسوم كما ذهب إلى القرار رقم 71.952 مؤرخ في 24 سبتمبر 1990.

(من المقرر قانونا بالمادتين 7 و6 من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 مارس 1983 لرئيس البلدية مهلة 4 أشهر للرد عن الإشعار الموجه له من قبل الموثق ويعتبر عدم القيام بذلك موافقة على تحرير عقد الملكية بصفة رسمية.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أ رئيس البلدية الذي تم إخطاره من قبل الموثق في 19 جانفي 1986 لم يرد على ذلك إلا في 27 جانفي 1987 أي بعد مرور سنة كاملة فإن قضاة الاستئناف بتأييدهم حكم المحكمة القاضي برفض دعوى المدعى على أساس ما جاء به رئيس البلدية في جوابه الكتابي يكونوا قد خالفوا أحكام المادتين المذكورتين أعلاه، الأمر الذي يجعل قرارهم معرض للنقض).

2.3.1.2. إشعار نائب مدير الشؤون العقارية

يتقدم الموثق بالتماس مكتوب لنائب مدير الشؤون العقارية وأمالك الدولة بالولاية مرفق بنسخة من الملف الذي تشكل من ثلاث نسخ من اجل تحديد وضعية العقار محل طلب عقد الشهرة وبذلك القيام بالتحريات الواجبة لتأكيد من هذا العقار أنه لم يدمج ضمن الاحتياطات العقارية أو أنه تابعا لأمالك الدولة.

وعلى نائب مدير الشؤون العقارية وأمالك الدولة في الولاية بمجرد تلقيه الملف أن يقوم بإجراء تحقيق عن طريق مفتشيه أملاك الدولة الواقعة بدائرة اختصاص مواطن العقار المراد إعداد عقد الشهرة عليه. والتي بدورها تكلف أحد الأعوان المكلفين بالتحقيق وجوبا بتحريات في مصالح أملاك الدولة ليكتشف إمكانية أن يكون العقار من أملاك الدولة .

ثم يقوم بالاتصال بمصالح الحفظ العقاري ومكتب مسح الأراضي (مسح الأراضي) ومصالحة السكن في الولاية والمجلس الشعبي البلدي لتزويده بالمعلومات التي تدله على الطبيعة القانونية للعقار.

وفي حالة الضرورة يمكنه إجراء تحقيق مع الملاك المجاورين والشهود وبعدها يرفق الملف بتقرير مفصل ويبعثه إلى نائب مدير أملاك الدولة والشؤون العقارية وعلى هذا الأخير أن يبلغ الموثق برأيه وملاحظاته فيما يتعلق بوضعية العقار القانونية في أجل أربعة أشهر من تاريخ تبليغه بالالتماس.

وكما يلاحظ أن المشرع حدد أجل بالنسبة لكل من رئيس المجلس البلدي ونائب مدير الشؤون العقارية وأمالك الدولة بالولاية بإبداء رأيهما وملاحظتهما فيما يخص العقار.

ولكن في حالة عدم قيامها بذلك أو تخلف أحدهما، يطرح الإشكال هل يحرر العقد أو يبقى الطلب منتظرا الرد؟.

نجد أن سكوت رئيس البلدية ونائب الشؤون العقارية وأملاك الدولة وعدم اعتراضهما صراحة على تحرير العقد بعد إقرار بعدم تبعية العقار موضوع الطلب وأملاك الدولة العامة والخاصة وهذا ما أكدته نص المادة 07 من المرسوم.

3.3.1.2 . إشهار طلب إعداد عقد الشهرة

يقوم الموثق بنشر طلب عقد الشهرة في الصحافة الوطنية الجهوية وهذا بهدف إعلام العامة بهذا الإجراء وإثبات الاعتراضات المحتملة، كما أن المصاريف الخاصة بهذا الإجراء تتكون على نفقة المعني.

وفقا لنص المادة 4 من المرسوم فنجد أن الموثق ملزم بإعلان طلب إعداد عقد الشهرة عن طريق اللصق في مقر البلدية التابع لدائرة اختصاصها العقار مدة أربعة أشهر كاملة.

وهذا الإعلان يتضمن جميع المعلومات اللازمة حول العقار محل طلب عقد الشهرة والمتمثلة

في:

- عنوان مكتب التوثيق واسم الموثق .
- هوية وعنوان طالب عقد الشهرة.
- بيان حول العقار طبيعته مساحته وحدوده إلخ.

الإشارة إلى أن كل شخص يدعي حقوق عينية على هذا العقار وله اعتراضات بشأن الاعتراف بالملكية العقارية أن يقدم اعتراضاته كتابيا إلى الموثق في أجل أربعة أشهر من تاريخ نشر الإعلان، ويكون هذا الطلب المتضمن للمعلومات الضرورية وبصفة مختصرة موجه في مراسلة نموذجية للوكالة الوطنية للنشر والإشهار.

4.3.1.2 . الأجال المحددة للرد أو الاعتراض

تقدم الاعتراضات إلى الموثق بشأن العقار محل طلب عقدا لشهرة في الجل القانوني سواء كان هذا من الأشخاص يمثلون السلطات العمومية أو الخواص.

وبالرجوع إلى المرسوم 352/83 المتعلق بعقد الشهرة في المواد 4-5-6 نجد أن الآجل للرد أو الاعتراض محددة سواء بالنسبة لرئيس المجلس الشعبي البلدي أو بالنسبة لنائب مدير الشؤون العقارية وأملاك الدولة أو من المواطنين وهي محددة بـ 4 أشهر.

فالمشرع ألزم رئيس البلدية ونائب مدير أملاك الدولة بأن يبلغا رأيهما وملاحظتهما بخصوص العقار للموثق في أجل 4 أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

أما بالنسبة للمواطنين فحدد الميعاد بـ 4 أشهر من يوم النشر في الجرائد الوطنية أو الجهوية.

وعلى الموثق أن يحترم الآجال المحدد قانوناً، ثم يقوم بتحرير عقد الشهرة وفي حالة الاعتراض من قبل السلطات العمومية أو المواطنين بشأن العقار محل طلب عقد الشهرة أمام الموثق فعليه هنا أن يحيل الأطراف المعنية إلى الجهة القضائية المختصة لحسم النزاع.

وفي حالة عدم الاعتراض في الآجل المحدد على الموثق هنا أن يشرع الموثق بتحرير عقد الشهرة وإشهاره وتسليمه للمعني.

والسؤال المطروح يتمثل في ما هو الحل في حالة الاعتراض على عقد الشهرة خارج الأربعة أشهر المنصوص عليها بالمرسوم 352/83؟

إنه في هذه الحالة يعد عقد الشهرة نافذاً وهذا ما أكده القرار الصادر عن الغرفة العقارية بمجلس قضاء باتنة بتاريخ 2000/02/16 تحت رقم ج 99/1679 (حيث أن عقد الشهرة قد تم بطريقة قانونية ومضت مدة 4 أشهر دون معارضة فأصبح بعد ذلك نافذاً).

حيث أن بعد انقضاء مدة 4 سنوات 94-98 فإن طلب المستأنف إلغاء عقد الشهرة غير محله وبالتالي يتعين على المجلس إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس).

كما ذهب في نفس السياق قرار المحكمة العليا رقم 952. 71 المؤرخ في 1990/09/24.

4.1.2. تحرير عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية وتسجيله

إن المادة 07 من المرسوم 352/83 تقضي أنه بانتهاء الآجل المنصوص عنها في المادتين 5 و6 من المرسوم ولم يقدم أي اعتراض سواء من السلطات العمومية أو الخواص يكون الموثق ملزماً بإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية باسم المعني دون تأجيل.

سوف نتطرق إلى الإجابة عن هذا التساؤل: كيف يتم تحرير عقد الشهرة.

1.4.1.2 تحرير

يعد الموثق عقد الشهرة بإتباعه إجراءات لا تخضع لها العقود التوثيقية الأخرى وهذا لأنه يعتبر من العقود القائمة على جانب واحد أو طرف واحد وهو الحائز.

فالموثق بعد أن يتأكد من صحة المعلومات والوثائق المقدمة إليه ومن عدم وجود اعتراض ومن حضور الطالب الحائز أو الطالبين والشاهدين يقوم حينئذ بتحرير العقد فيدون كل من:

- اسم الموثق المسؤول الذي قام بتحرير العقد ومقر إقامته.
- الهوية الكاملة لطالب الحائز على الطالبين والشاهدين.
- تبيان أن هذا العقد مر بجميع المراحل المنصوص عليها في المرسوم.
- ذكر المحل والسنة والشهر واليوم الذي حرر فيه العقد.
- تقوم بتعيين العقار تعيينا دقيقا من حيث الموقع والساحة والحدود.
- الإشارة إلى أن هذه القطعة لم تخضع لإجراءات المسح العقاري.
- انقضاء التقادم المكسب حسب كل حالة من الحالات.
- إثبات عدم وجود أي اعتراض ضد طلب عقد الشهرة لا من الخواص أو السلطات العمومية أو ردود اعتراض تم الفصل فيه بموجب حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه يقضي بمواصلة إجراءات إعداد عقد الشهرة.
- ويحرر العقد في نسختين يحتفظ بالأصل الذي يوقع عليه الموثق والمعني والشاهدين ويسلم النسخة الثانية للمعني بعد إتمام إجراءات التسجيل والإشهار في المحافظة العقارية.

2.4.1.2 تسجيله لدى مصلحة الضرائب

بعد أن يقوم الموثق بتحرير العقد وتوقيعه يسجل العقد بمصلحة الطابع التسجيل لاستقاء الرسوم التي أوجبها القانون والتي يدفعها المعني .

وهذا طبقا للأمر 105/76 من قانون التسجيل المؤرخ في 1976/12/09 والمتمثلة في دفع فقات

التسجيل.

الطابع الجبائي بمبلغ 300 دج حاليا ورسوم الشهر العقاري وكذلك حقوق التوثيق وتجدر الإشارة إلى أن قانون المالية 1999 تضمن عدة أحكام جديدة فيما يخص الإشهار العقاري والتسجيل ويمكن تلخيصه في:

أولاً: تم خفض النسب من 2% و 1% المطبقة في مجال رسم الإشهار العقاري على التوالي إلى 1% و 0.50%.

ثانياً: إضافة شهر واحد لكل واحد من الأجال الملزم بها محرري العقود لتقديم الوثائق لإجراء الشهر العقاري وهذه التعديلات تخص العقود المعدة بعد 31 ديسمبر 1998 مهما كان تاريخ الإيداع لدى المحافظة العقارية

أما بالنسبة للأجال فنجد أن الموثق عليه أن يسجل عقد الشهرة في الأجل شهر ابتداء من تاريخ تحرير لعقد الشهرة وهذا ما جاء في نص المادة 1/58 من الأمر 105/76.

كما المادة 1/75 من نفس الأمر تنص على أنه «لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم».

كما يتضح من المواد 85 إلى 74 من الأمر 105/76 أن آجال التسجيل في العقد التوثيقي والموثق الذي يخالف تسجيل العقد في آجاله يخضع لعقوبة التأخير ولا تنصرف العقوبة إلى نزع الرسمية عن العقد، ذلك أن الجباية تشمل العقود الرسمية والعرفية المدونة والغير المدونة وهذا وفقاً لنص المادة 1/12 من قانون التسجيل.

كما أنه لا يمكن استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق والعقود التي تم إبطالها أو نسخها فيما بعد وهذا ما أكدته نص المادة 1/190 من قانون التسجيل.

كما يتضح من المواد 85 إلى 74 من الأمر 105/76 أن آجال التسجيل في العقد التوثيقي والموثق الذي يخالف تسجيل العقد في آجاله يخضع لعقوبة التأخير. ولا تنصرف العقوبة إلى نزع الرسمية عن العقد ذلك أن الجباية تشمل العقود الرسمية والعرفية المدونة والغير المدونة وهذا وفقاً لنص المادة 1/12 من قانون التسجيل.

كما أنه لا يمكن استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق والعقود التي تم إبطالها أو نسخها فيما بعد وهذا ما أكدته نص المادة 1/190 من قانون التسجيل.

لقد تبين لنا من خلال مما سبق أن المشرع الجزائري خول للموثق و الذي يعد ضابطاً عمومياً إعداد عقد الشهرة.

وبالتالي على الحائز الذي لا يمتلك سند تملك يثبت ملكيته أن يتوجه وفقا للمرسوم 352/83 إلى الموثق المختص نوعيا وإقليميا لإعداد عقد الشهرة له. و لكن يجب أن يقوم هذا المعني بإعداد ملف حددتها المادة 02 من المرسوم 352/83.

و الموثق له صلاحية قبول أو رفض الملف لأنه يأخذ صفة القاضي العدل, و هذا بعد أن يتحقق منه و هذا بالاتصال بمختلف الإدارات المعنية التي لها دخل في التحقيق والمحددة وفقا للمرسوم.

ثم عليه نشر طلب إعداد عقد الشهرة في الصحافة وفي الأخير يقوم بإعداد و تحرير العقد بحضور شاهدين و المعني.

و هذا بعد تبين أن هذا العقد مر بجميع الإجراءات و.ثم على المعني أن يقدم للموثق مبلغ الرسوم التي أوجبها القانون وعليه أن يسجله بدوره في الأجل القانونية تحت طائلة العقوبة التأخرية .
ثم على الموثق أن يقوم بشهر عقد الشهرة وفق الإجراءات المحددة قانونا , وهذا ما سنتعرض إليه في ما يلي :

2.2 . مرحلة شهر عقد الشهرة بالمحافظة العقارية

يقصد بالشهر العقاري عامة هو شهر حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى اللصيقة بالعقارات ويتم ذلك إما بالتسجيل التصرف أو قيده أو التأشير به في سجل خاص.

وتظهر أهمية الشهر في الحياة العملية من خلال أنه يعد طريق للعينية في شهر التصرفات الواردة على العقارات والحقوق العقارية الأخرى. كما أنه يعطي الحجة المطلقة في مواجهة كافة الناس وحتى بين الطرفين المتعاقدين. بالإضافة إلى أنه يحقق الاستقرار في الملكية العقارية ويدعم الائتمان العقاري.

وعليه عملت جل التشريعات إلى فرض الشهر وتعميمه سواء لإنشاء الحقوق أو الاحتجاج بها في مواجهة الغير بالإضافة إلى اشتراط الرسمية كركن في العقود ضف إلى أن المشرع فرض على كل من يدعى انه مالك لأي حق عيني مصدره واقعة مادية كالتقادم المكسب أو الحيازة وهي سبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري الإشهار.

1.2.2 شهر اكتساب الملكية بالتقادم في ظل نظام الشهر الشخصي

ومن خلال هذا المطلب سنتعرض في فرعه الأول إلى ماهية نظام الشهر الشخصي والذي سنتناول فيه مفهوم نظام الشهر الشخصي وتقديره. ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى وضع الحيابة المكتسبة في ظل نظام الشهر الشخصي.

1.1.2.2 . ماهية نظام الشهر الشخصي

لقد ظهر نظام الشهر الشخصي كأول نظام شهر في مختلف دول العالم والخاصة لدول اللاتينية منه ايطاليا ، اسبانيا ، البرتغال وبلجيكا وفرنسا ... في 23 / 03 / 1955. ففي فرنسا ينتقل الحق العيني العقاري بين المتعاقدين بمجرد العقد دون حاجة إلى تسجيل ولكن لا يحتج به على الغير إلا بعد التسجيل.

أما في القانون المصري فقد اخذ بنظام الشهر الشخصي في القانون رقم 1964/114 المتعلق بتنظيم الشهر العقاري من خلال نص المادة 22 منه " ويتم الشهر إذا اشتملت طلبات الشهر على البيانات الخاصة بالتكليف.

إذا كان موضوع المحرر يقتضي تغيرا في دفاتره والمتعلقة بأصل حق الملكية أو الحق العيني محل التصرف واسم المالك السابق أو أصحاب الحق العيني وطريقة انتقال الملكية أو الحق العيني ورقم وتاريخ الشهر لعقد التمليك إن كان قد شهر والأوراق المؤيدة لها وانتهت بعد التحقيق من صحتها إلى إجراء شهر المحرر فإنها تكون قد أدت واجبها".

1.1.1.2.2 تعريف نظام الشهر الشخصي

إن نظام الشهر الشخصي يعتمد على شهر التصرفات الواردة على العقارات وفق الأسماء الشخصية للمتصرفين لا بحسب العقارات وليست له حجة كاملة في ذاته فهو لا يصح العقود الباطلة ولا يكمل الناقصة. ويتم الشهر عموما بإحدى الطريقتين إما عن طريق التسجيل Transcription أو عن طريق القيد inscription .

فالتسجيل: هو إثبات صرفي لجميع البيانات المحررة المتعلقة بالعقار في سجل مخصوص.
أما القيد: هو إثبات البيانات الجوهرية التي يتضمنها المحرر في السجل المعد لذلك.
والتسجيل يكون إلا في الحقوق العينية الأصلية.

كما أن القيد يكون إلا في الحقوق العينية التبعية

وفي ظل نظام الشهر الشخصي إذا أردنا معرفة الوضعية القانونية لعقار ما ينبغي الرجوع إلى أسماء المتصرفين في السجل، حيث أن السجل يمسك حسب الترتيب إلا بجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية.

وكما أن هذا النظام تتخذ فيه أسماء الأشخاص كأساس للشهر، ومن ثم فإن الشهر في هذا النظام لا يفحص التصرف المراد تسجيله إن كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو قابلاً للفسخ، كما أنه لا يصح التصرفات القانونية إذا كانت باطلة بطلاناً مطلقاً، كما أنه لا يحول حقاً قابلاً للفسخ أو باطلاً إلى حق جديد ومن ثم فإن هذا النظام يتميز بأنه ليست له قوة ثبوتية مطلقة.

2.1.1.2.2 . تقدير نظام الشهر الشخصي

تبين لنا من خلال ما سبق أن لهذا النظام عيوب ومزايا إلا أن عيوبه تعد أكثر بكثير من مزاياه، ومن هنا سنتعرض إلى عيوبه ثم إلى مزاياه:

- عيوبه: تتمثل عيوب نظام الشهر الشخصي في النقاط التالية:
 - عدم تحقيق الغرض الذي نشأ من أجله الشهر العقاري: حيث يعتبر وسيلة إعلام فقط، كما أن التسجيل لا يضيف شيئاً في الحق ولا في التصرف وعليه ينتقل الحق بكل عيوبه أي أن ليس له أثر مطهر للعيوب ومن ثم يكفي الحكم ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو نسبياً حتى يزول هذا الملك.
 - إن هذا النظام ليست له قوة الثبوتية ويترتب على ذلك أن يتعرض مالك العقار لخطر ضياع ملكه بالتقادم. حيث أن في ظل هذا النظام يتسع من إدعاءات الغير بتملك العقار بالتقادم حيث أن في ظل هذا النظام يتسع نطاق اكتساب ملكية العقار بالتقادم.
 - إن هذا النظام يطرح إشكال وهو صعوبة معرفة مالك العقار الحقيقي، إذ أنه أرادنا معرفة مالك العقار يجب الرجوع إلى نوعين من السجلات فإذا رجعنا إلى السجل الذي رتبنا فيه التصرفات الواردة على العقارات حسب الترتيب الزمني فإن هنا يستحيل الأمر إذ لا توجد أي علامة تدل على اسم المتصرف أو المتصرف إليه.

كما إذا رجعنا إلى السجل الذي ترتبت فيه التصرفات حسب الترتيب الأبجدي فهنا نجد أن العملية طويلة وشاقة ضف إلى مشكل تشابه الأسماء. وهذا ما ينقص من مصداقية النتيجة المتحصل عليها حول وضعية العقار.

- خطر تعارض سندات الملكية لعقار واحد: ومعناه أن الموظف المكلف بالتسجيل العقود والتصرفات الواردة على العقار لا يتحقق من صحة أو عدم صحة التصرفات وبالتالي هذه التصرفات تكون محل الطعن فيها مما يترتب عنه زعزعة الثقة بين الناس وعدم استقرار المعاملات العقارية.

وفي الأخير إن "نظام الشهر الشخصي لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصح عقدا باطلا".

• مزاياه: إن نظام الشهر الشخصي دور الإشهار فيه هو إعلام الغير وجعل العقود المشهورة حجة على الكافة. وتبقى العقود قائمة صحيحة بين الأطراف حتى ولو لم يتم شهرها بعد كما أن نظام الشهر الشخصي لعب دورا هاما في تحصيل الضرائب . كما أنه سد فراغ قانوني كبير قبل ظهور نظام الشهر العيني حيث أنه تفادى وقوع الفوضى.

إن الدول التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي تجيز شهر التقادم المكسب الذي يعد واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا، وهذا على أساس أن التقادم المكسب يسمح باكتساب ملكية العقار بالتقادم دون شهر، ومن هنا يظل العقار مسجلا باسم شخص معين في حين أن ملكيته انتقلت بالتقادم المكسب لشخص آخر لا يظهر اسمه في السجل المعد للإشهار العقاري.

والذي من شأنه أن يحول دون تصرف المالكين في عقاراتهم المكتسبة بالتقادم المكسب والذي هو وسيلة من الوسائل التي تؤدي إلى كسب الملكية أو الحقوق العينية فهو اثر ناتج عن الحيازة المستوفية بعنصرها المادي والمعنوي ومتوفرة على شروطها القانونية فإذا دامت المدة المحددة قانونا يصبح الحائز مالكا.

2.2.2 . شهر اكتساب الملكية بالتقادم في ظل نظام الشهر العيني

ومن خلال هذا المطلب سنتعرض في فرعه الأول إلى ماهية نظام الشهر العيني والذي سنتناول فيه مفهوم نظام الشهر العيني وتقديره ثم نتعرض في الفرع الثاني منه إلى وضع الحيازة المكتسبة في ظل نظام الشهر العيني.

1.2.2.2. ماهية نظام الشهر العيني

لقد ظهر نظام الشهر العيني في البلدان الأنجلوسكسونية وفي استراليا ظهر على يد روبير توراسس سنة 1861 حيث استوحى تقنياته من نظام تسجيل السفينة. ثم انتقل هذا النظام إلي إنجلترا و ألمانيا و سويسرا و جميع بلدان العالم حاليا .

1.1.2.2.2. تعريف نظام الشهر العيني

إن الشهر في ظل هذا النظام هو "مجموع إجراءات وقواعد قانونية وتقنية هدفها إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية الواردة على العقارات سواء كانت كاشفة، منشئة، ناقلة، معدلة أو منهيّة لحق عيني عقاري أصلي أو تبعي بعض النظر عن نوع التصرف عقدا كان أو حكما أو قرار إداريا وسواء كان مصدر الحق تصرف قانوني أو واقعة مادية.

كما انه يمتد حتى بالنسبة لبعض الالتزامات الشخصية كالانجازات الطويلة الأمد والمخالصات والحوالات وبعض الدعاوي والإجراءات كالحجز التي تهدد المراكز القانونية لأصحاب الحقوق المشهورة.

كما أن عملية الشهر في ظل هذا النظام لا تتم على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات بل على أساس العقارات المتصرف فيها وبالتالي فهو تامين قانوني لكل المعاملات العقارية. ومن هنا فان هذا النظام لا يحتاج البحث في الفهارس والسجلات وفي عدد المالكين السابقين والحاليين وتشابه الأسماء والخاصة بالأملاك.

إذ يكفي الرجوع إلى البطاقات العقارية حتى نتعرف على المالك وهذا ما أكدته المادة 1/15 من الأمر 74 /75 السابق الذكر. والتي تقتضي بأن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من يوم إشهارة في مجموعة البطاقات العقارية.

كما أن النظام الشهر العيني أربعة مبادئ تميزه وهي كالآتي.

- مبدأ التخصص: وهو أن يخصص لكل عقار مكان خاص في السجل العقاري يدون فيه كل التصرفات المتعلقة بهذا العقار وحده.

• مبدأ الشرعية: أو ما يسمى بمبدأ المراقبة المسبقة، ومعناه هو وجوب التحقيق والمراجعة الدقيقة السابقة على إجراء القيد في السجل العيني، ومعناه انه لا يتم القيد إلا بعد التأكد التام من أن الحق مطابق للحقيقة وعنوان لها بحيث يصبح قيد الحق العيني في السجل العيني دليلاً أكيد على شرعية هذا الحق.

• مبدأ قوة الثبوت المطلق: وهناك من يسميه بمبدأ الشهر ومعناه أن قيد التصرفات يعد قرينة قاطعة على ملكية الحق العيني أو العقار صنف إلى انه يظهر التصرفات من العيوب مهما كان مصدرها وتصبح غير قابلة لطعن لا بدعوى البطلان ولا بدعوى الاسترداد أو الاستحقاق وكما تصبح هذه التصرفات موجودة بالنسبة للكافة ويحتج بها في مواجهة الجميع .

• مبدأ القيد المطلق: ومعناه أن القيد هو مصدر كل الحقوق العينية العقارية وهو الذي ينشئ هذه الحقوق ويعدلها ويزيلها فكل حق مقيد هو موجود بالنسبة لأطراف التصرف وبالنسبة للغير وكل حق غير مقيد هو غير موجود.

• مبدأ عدم اكتساب الحقوق المقيدة بالتقادم: إن التقادم في ظل نظام الشهر الشخصي يعد وسيلة من وسائل كسب الملكية العقارية إلا انه في ظل النظام الشهر العيني يعد محضورا وهذا حماية للثقة ودعم الاستقرار الملكية العقارية.

2.1.2.2.2. تقديره

سنتناول مزايا وعيوب نظام الشهر العيني من خلال هذه النقاط:

• مزاياه: إن نظام الشهر العيني يكفل الحماية للمتعاقدين حيث أن القيد يعد المصدر الوحيد للحقوق العينية، وإن كل حق مقيد يتمتع بحصانة ضد كل الدعاوي مهما كان نوعها، ومن ثم ضمان استقرار الملكية والحقوق العينية.

كما أن نظام الشهر العيني يقوم على أساس مبدأ التخصيص وبالتالي كل من يريد التعرف على وضعية العقار القانونية ما عليه إلا الرجوع إلى السجل العيني والبطاقات العقارية لهذا العقار.

كما أن نظام الشهر العيني لا يعتبر التقادم سبب من أسباب كسب الملكية وبالتالي يجنب صاحب الحق خطر التقادم.

كما أن هذا النظام يمنع تعارض سندات الملكية إذا أنها تستخرج من مصدر واحد وهو الصحيفة 12:50:19 المخصصة للعقار في السجل العيني بالإضافة لتيسير الإحاطة بالرصيد العقاري وسهولة تحديد الوعاء الجبائي بطريقة سليمة وعادلة.

• عيوبه:

رغم المزايا المتعددة لهذا النظام إلا أن هناك من الفقهاء من انتقدوا هذا النظام على أساس مايلي إن أساس هذا النظام هو عملية المسح الشامل للأراضي, وهي تعد عملية مكلفة للغاية حيث تحتاج إلى أموال ورجال متخصصين في هذا المجال.

ولقد انتقد أيضا على أساس أن هذا النظام يضحى بالمالك الحقيقي لأن انتقال الحقوق العينية. فيه يكون عن طريق القيد وحده والذي يجعل من هذا النظام وسيلة لاغتصاب حقوق الملاك الحقيقيين.

وهذا ما دفع أنصار النظام إلى إنشاء صندوق لضمان وتأمين الملاك الحقيقيين، فيخصم مبلغ التعويض من رسوم الشهر ذاتها فكان في هذه المرسوم جزءا هو بمثابة تأمين للمنتفعين بالسجل العقاري.

بالإضافة إلى أنه انتقد بأنه يعمل على تفتيت الملكية إذ أن هذا النظام يتطلب تخصيص صحيفة أو أكثر لكل وحدة عقارية وهذا الأمر يكون صعبا إذا كنا بصدد بلد تفتت فيها الملكية إلى أجزاء كثيرة جدا مما يترتب عليه عجز هذا النظام عن تلبية متطلبات تخصيص صحيفة لكل واحد عقارية.

2.2.2.2. وضع الحيازة المكسبة في ظل النظام الشهر العيني

إن نظام الشهر العيني يضيق مجال تطبيق نظام اكتساب تملك العقار بالتقادم حيث يسوده مبدأ حظر تملك العقار بالتقادم كقاعدة عامة لأن الاعتداد بالتقادم كطريق لكسب الملكية والحقوق العينية بتعارض مع قوة الثبوت المطلقة، والتي تعني أن كل ما هو مفيد في السجل العقاري يعد عنوانا للحقيقة وله حجة على الكافة، ومن ثم فلا تجوز لأي شخص أن يدعي حقوقا عينية ليست مقيدة فيه مهما طالت مدة حيازته لها.

باستثناء اكتساب الحق عن طريق الميراث والذي ينتقل إلى الوارث بمجرد وفاة المورث دون تعليق على حصول القيد، وهذا ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية حيث يدخل المال المورث في ذمة الوارث بأثر موت المورث.

والقيد هو سند للملكية ومن ثم لا يجوز لأي شخص أن يدعي حقوقا عينية ليست مقيدة في السجل العقاري.

ولقد انقسم الرأي حول اعتبار التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية في ظل نظام الشهر العيني إلى قسمين:

الرأي الأول: يرى هذا الرأي أن التشريعات التي أخذت بنظام الشهر العيني تحظر تملك العقار بالتقادم كقاعدة عامة، على أساس أن هذا النظام يقوم على مبدأ قوة الثبوتية المطلقة أي أن كل من قيد حقه بتمتع بحصانة ضد كل الدعاوي مهما كان نوعها، أي انه يكون في مأمن تام ولا يفاجئ بادعاء أي مغتصب يزعم تملك العقار بالتقادم.

• أما الرأي الثاني: يجيز أصحاب هذا الرأي تملك العقار بالتقادم المكسب؟، على أساس أن في ظل نظام الشهر العيني لا يوجد ما يوجب حظر تملك العقار بالتقادم، واستعاده كسبب من أسباب كسب الملكية. إذ أن التعارض الوارد بين القوة المطلقة للقيد وبين الاعتراف بالتقادم المكسب سببا لاكتساب الملكية يمكن إزالته، إذا قيدت الحقوق الناشئة عن الحيابة والتقادم المكسب، فهنا على الحائز متى توفرت لديه الشروط القانونية للحيابة ومدة التقادم المكسب جاز له أن يطلب من إدارة السجل العيني أن تقيد حقه، وعلى الإدارة أن تقيد القرار في السجل ومن تاريخ القيد يصبح الحائز مالكا للعقار.

ولقد أجازت بعض التشريعات اكتساب الملكية على سبيل الاستثناء، ومنها التشريع الألماني، الذي يجيز ذلك في حالة إذا ما تمكن الغير من قيد العقار باسمه في السجل العيني دون أن يكون مالكا له، جاز له أن يكتسب الملكية بالتقادم إذا استمرت حيابته مدة ثلاثين سنة وظل العقار مقيدا باسمه في السجل طوال هذه المدة دون اعتراض من ذوي المصلحة.

كما انه جاز اكتساب الملكية بالتقادم في حالة إذا لم يكن العقار مقيدا في السجل العيني، وتمكن شخص من الغير وضع يده عليه مدة ثلاثين سنة بنية التملك، جاز له عند انقضاء المدة أن يطلب قيد العقار باسمه في السجل العيني بوصفه مالكا له.

أما التشريع السويسري، فقد أجاز له ذلك في حالة ما إذا قيد شخص العقار باسمه في السجل باعتباره مالكا له بدون سند قانوني وكان حائزا حيابة قانونية لمدة عشر سنوات جاز له كسب الملكية العقار.

لإضافة إلى التشريع الليبي والسويسري والألماني الذي نص على عدم جواز اكتساب الملكية بالتقادم متى تم القيد في السجل، كما يجوز كسب الملكية بالتقادم ضد المالك الحقيقي إذا كان هذا المالك متوفيا أو غائبا واستمرت حيابة الحائز مدة ثلاثين سنة.

ثم تلي المشرع هذا المرسوم بالعديد من المراسيم والتنظيمات والقوانين التي ابقى المشرع الجزائري عليها، بموجب المادة 01 من الأمر رقم 62 / 157 المؤرخ في 1962/12/31 فيما عدا التي تمس بالسيادة الوطنية في الجزائر إلى غاية الاستقلال. كما اصدر العديد من الأوامر والمراسيم التي تسير الأملاك الشاغرة التي تركها المستعمر.

وكما انه اصدر الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني المعدل والمتمم الذي حدد مفهوم الملكية وشروط التعامل فيها فالمادة 674 قانون مدني جزائري عرفت حق الملكية في العقارات والحقوق العينية الأخرى.

ومن خلال ما سبق نجد أن المشرع الجزائري اخذ بنظام الشهر الشخصي خلال هذه الفترة بمزاياه وعيوبه إلى أن أصدر الأمر رقم 74 / 75 المؤرخ في 1975/11/12 السابق الذكر والذي من خلاله اعتمد نظاما مغايرا لنظام الشهر الشخصي.

3.2.2. موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي والعيني

انتهج المشرع الجزائري نظام الشهر الشخصي في انتظار تعميم عملية المسح، ولذا سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى المراحل التشريعية فيما يتعلق بالشهر الشخصي والعيني في الجزائر نظر لأهميتها ورغبة في تبسيطها فمن خلال الفرع الأول نتعرض إلى نظام الشهر العقاري في الجزائر قبل 1975.

أما من خلال الفرع الثاني سنتعرض إلى نظام الشهر العقاري في الجزائر بعد 1975.

1.3.2.2. نظام الشهر العقاري في الجزائر قبل 1975

تميزت هذه الفترة بتطبيق نظام الشهر الشخصي وهذا لان عملية المسح لم تتم بعد والمشرع الفرنسي في هذه الحقبة الاستعمارية قام بإصدار العديد من النصوص والتنظيمات التي تحكم عملية الحفظ العقاري. ففي الفترة ما بين 23 مارس 1855 إلى غاية 30 أكتوبر 1935، كان الإشهار يتم عن طريق إبداع العقود الرسمية والعرفية لدى مكتب الرهون.

أما في الفترة ما بين الفاتح نوفمبر 1935 حتى 28 فيفري 1961 كان الإشهار يتطلب أن تودع العقود سواء العرفية أو الرسمية لدى الموثق.

ثم اصدر مرسوم 1939/02/7 المتعلق بتنظيم شهر خاص بتبادل العقارات بالقبائل الكبرى (تيزي وزو و بجاية) إذا كان يتولى عملية الشهر القضاة الموثقين في الدائرتين وهذا بغرض ضبط الشهر العقاري بشكل واضح وتسجيل هوية الأطراف طبقا لوثائق الحالة المدنية مع تحديد العقار تحديدا كامل بشكل مطابق لأصل الملكية.

أما الفترة ما بين أول مارس إلى 1975 لقد شهدت عدة مراسيم أهمها المرسوم رقم 59-1190 المؤرخ في 1959/10/21 والذي حددت مهلة تطبيقه ابتداء من الفاتح مارس 1961 والخاص بإصلاح الشهر العقاري في الولايات الجزائرية وولايتي الواحات والساورة فيما يخص العقارات والحقوق العقارية التي تخضع للقانون المدني.

فعلى المستوى التقني أوجد فهرس عقاري دقيق وشامل يعكس البيانات المتعلقة بالعقارات والأطراف.

أما على مستوى القانوني اخضع المشرع بعض العقود العملية الشهر بشكل إلزامي من بينها الانجازات التي تفوق مدتها 12 سنة وكذا الجداول الوصفية للتقسيم وباقي الشهادات التوثيقية المنضمة نقل أو إنشاء حقوق عقارية عن طريق الوفاة.

و يتبين لنا مما سبق أن المشرع الجزائري أخذ بنظامين لشهر مختلفين , بحيث إن نظام الشهر الشخصي يفتح المجال أمام كسب الملكية بالتقادم المكسب , في حين نظام الشهر العيني يحظر ذلك , وفي ظل هذا التناقض أوجدت مشكلة وهي إمكانية كسب ملكية العقارات المشهورة سنداتها بالتقادم المكسب .

ولذا نحن نرى أن على المشرع أن يقوم بالنص صراحة على حظر اكتساب العقارات المشهورة سنداتها بالتقادم, أو السماح بذلك ولكن بشرط أن يطيل في مدة التقادم. كما أن المشرع اخضع عقد الشهرة للشهر بصفة إلزامية, وهذا الأجراء يحدث الفعالية القانونية للعقد.

و نحن نرى أن المشرع لم يحدد بنص صريح الجهة القضائية المختصة في قانون الإجراءات المدنية. ولذا على المشرع أن يتدارك هذا النقص وهذا بمنح صلاحية الفصل في المنازعات المتعلقة بهذا العقد للقاضي العقاري وهذا لأنه يعد على الصعيد العملي مختصا.

2.3.2.2 نظام الحفظ العقاري في الجزائر بعد 1975

إن المشرع الجزائري تبنى نظاما جديدا للحفظ العقاري يعرف بنظام الشهر العيني وهذا بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 تضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري والذي وضع حيز التطبيق بمقتضى المرسومين 62/76 و 63/76 المؤرخين في 25 مارس 1976 وقد أسندت هذه النصوص مسك السجل العقاري إلى مصلحة إدارية يشرف عليها محافظ عقاري تابع الإدارة المالية.

ويكون مسك السجل العقاري على مستوى كل بلدية على شكل مجموعة بطاقات عقارية، ويسلم لكل مالك تفتح له بطاقة عقارية دفتر عقاري تبين فيه جميع البيانات الموجودة على البطاقة العقارية لعقاره بحيث تبين فيها جميع الحقوق والتصرفات الواردة على عقاره والدفتر العقاري يعد بمثابة سند ملكية

كما أن المشرع يطبق نظام الشهر الشخصي إلى جانب تطبيقه لنظام الشهر العيني في انتظار الانتهاء من عملية المسح لكل أراضي الجمهورية وهذا ما نستخلصه من المواد 02، 04، 15 من الأمر رقم 74 /75 المذكور أعلاه.

حيث تنص المادة 02 على ما يلي:

" إن مسح الأراضي العام يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساسا ماديا للسجل العقاري "

أما المادة 04 فتتنص على ما يلي:

"يتم على مجموع التراب الوطني، تحديد الملكيات قصد إعداد مخطط منظم، وتأسيس مسح الأراضي "

كما نصت المادة 15 منه على ما يلي:

"كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية "

4.2.2 شهر عقد الشهرة بالمحافظة العقارية

إن الحقوق في ظل نظام الشهر العيني لا تنشأ ولا تتغير ولا تزول إلا عن طريق الشهر وحده الأمر الذي يجعل من الشهر المصدر الوحيد لكل الحقوق العينية الأصلية أو التبعية.

فلقد نصت المادة 793 من القانون المدني " إن الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل إلا فيما بين المتعاقدين ولا في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري ".

ويفهم من هذا النص إن القيد هو شرط لنقل الملكية في العقارات والحقوق العينية الأخرى بصفة عامة.

ولقد نصت المادة 15 من الأمر 74 /75 المذكور سابقا أن:

«إن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية».

ويفهم من هذا النص أن المشرع لا يتعرف بغير القيد للدعاء بالملكية في الحقوق العينية فإذا تم إشهار هذه الحقوق فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد ما عدا الحقوق الميراثية التي تنتقل الملكية فيها بالقيد ولكن بأثر رجعي يمتد إلى تاريخ الوفاة.

ولقد نصت المادة 16 من نفس الأمر على أن:

«إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها اثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية».

ويفهم من هذا النص انه بعض النظر عن نوع التعرف وعن صفة المتعرف أو الجهة التي أصدرته سواء كان كاشفاً أو منشأً للحق فانه لا وجود له إلا بقيد بمصلحة الشهر.

ونستخلص من خلال المواد السابقة الذكر أن المشرع الجزائري أضفى على عملية الإشهار في المحافظة العقارية الطابع الإلزامي فهو الذي يحدث الفعالية القانونية للعقد ولكل التصرفات المتعلقة بالعقار.

1.4.2.2. إلزامية شهر عقد الشهرة بالمحافظة العقارية

لقد ألزم المشرع الجزائري في قانون الشهر العقاري على الموثقين وموظفين وكتاب الضبط، كل في حدود اختصاصه إشهار العقود والقرارات والأحكام الواجبة الشهر، ضمن الآجال المنصوص عليها بالمادة 90 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 /03/ 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

واستنادا إلى أحكام المادة 14 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

فان الشهر عقد الشهرة أمام المحافظة العقارية المتخصصة يعد إلزاميا باعتباره من العقود المعلنة للملكية العقارية.

وبالرجوع إلى نص المادة 1/15 من المار رقم 74/75، نفهم انه لا يمكن لصاحب عقد الشهرة أن يدعي الملكية على أساس التقادم المسبب ما لم يتم شهر عقده بمصلحة الشهر العقاري.

2.4.2.2. مهام المحافظة العقارية

قبل أن نتطرق إلى مهام المحافظة العقارية يجب علينا تعريفها أولا.

• تعريف المحافظة العقارية: إن المشرع الجزائري عرف المحافظة العقارية من خلال نص المادة 2 من المرسوم رقم 65/91 المؤرخ في 02/03/1991. المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأمالك الدولة والحفظ العقاري على أنها:

«عبارة عن مصلحة عمومية موضوعة تحت وصاية وزراء المالية ويشرف عليها محافظ عقاري تتبع مديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية ينسق أعمالها مفتشون جهويون لأمالك الدولة والحفظ العقاري».

• مهام المحافظة العقارية: أما فيما يخص مهام المحافظة العقارية فالملاحظ فيها إن المشرع لم يحصرها بل ركز على مهام معينة في بعض النصوص القانونية، فمن خلال نص المادتين 10 و 13 من المرسوم 75/74 السالف الذكر والمادة 03 من المرسوم 63/76 والمادة 16 من المرسوم 65/61 نستخلص بعض المهام التي تضطلع لها المحافظة العقارية وهي:

- القيام بشهر التصرفات التي ترد على العقارات.
- حفظ الوثائق العقارية وترتيبها مع قيدها في مجموعة البطاقات العقارية.
- تسليم الدفاتر العقارية في المناطق الممسوحة.
- إعلام الغير بمختلف المعاملات التي تم شهرها على مستوى الولاية.
- إعداد وضبط السجل العقاري الذي يعكس الهوية الحقيقية للعقار وتصبح له قوة ثبوتية مطلقة.
- حماية الملكية العقارية.

وفي الأخير تجدر بنا الإشارة إلى أن دور المحافظة العقارية هو شهر التصرفات والأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية أو تضمنت حقوقا شخصية كالإيجارات لمدة 12 سنة كما جاء في نص المادة 17 من الأمر 74/75 السابق الذكر.

بالإضافة إلى أن عملية الشهر امتدت لتشمل الدعاوي القضائية إذ كان موضوعها يتعلق بفسخ، إبطال، إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها في المحافظة العقارية وهذا ما جاء في نص المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

3.4.2.2. الشروط الواجب توافرها في المحررات الخاضعة للإشهار العقاري

لقد اشترط المشرع الجزائري في كل المحررات الخاضعة للإشهار العقاري قاعدة الرسمية ، بحيث تكون كل العقود والوثائق الناقلة للملكية العقار والحقوق العينية الأخرى مفرغة في شكل رسمي من طرف ضابط عمومي وموظف مختص اثبت له القانون هذه الصفة، وهذا ما أكده نص المادة 1/79 من القانون التجاري والمادة 324 من القانون المدني.

كما أن المشرع الجزائري قيد عملية الحفظ العقاري بقاعدة ثانية لا تقل أهمية عن الأولى تعرف بقاعدة الشهر المسبق – الأثر النسبي- من خلال نص المادة 88 من المرسوم 63/76 السابق الذكر.

بحيث لا يمكن القيام شهر محرر يتضمن تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه ومن ثما فان هذا المبدأ يعد ضمانه لتسلسل في انتقال الحقوق العقارية ويعطي نوعا من التماسك والاستمرارية التي تسمح بمتابعة تطور المعاملات العقارية ومصدرها بالإضافة إلى انه يحمي صاحب الحق الجديد.

وان المشرع لتسوية بعض الحالات والمشاكل التي نتجت عن المرحلة الانتقالية من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني ، وبعض الاستثناءات على مبدأ الشهر المسبق فقد أور بعض الاستثناءات منصوص عليها بموجب المرسوم رقم 63-76 المتقاعد بتأسيس السجل العقاري وهي:

- فيما يتعلق بالإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري.
- فيما يتعلق بالعقود التي اكتسبت تاريخ ثابت قبل 1971/01/10 و هذا بموجب المرسوم رقم

123/93 المؤرخ في 19/05/1993 .

كما أن المشرع يطبق نظام الشهر الشخصي إلى جانب تطبيقه لنظام الشهر العيني في انتظار الانتهاء من عملية المسح لكل أراضي الجمهورية وهذا ما نستخلصه من المواد 02، 04، 15 من الأمر رقم 74 /75 المذكور أعلاه.

- إشهار عقود الملكية للأراضي المتنازل عنها في إطار عملية استصلاح الأراضي: فطبقاً لنص المادة 01 من القانون رقم 18/83 المؤرخ في 18/08/1983 المتعلق بحياسة الملكية العقارية الفلاحية، والذي اقره بعد ذلك المرسوم رقم 724/83 المؤرخ في 10/12/1983 يتم منح عقود الاستفادة للأفراد لتمكينهم من قطع أراضي قصد استصلاحها وتحويلها إلى أراضي فلاحية.

كما أن المشرع يطبق نظام الشهر الشخصي إلى جانب تطبيقه لنظام الشهر العيني في انتظار الانتهاء من عملية المسح لكل أراضي الجمهورية وهذا ما نستخلصه من المواد 02، 04، 15 من الأمر رقم 74 /75 المذكور أعلاه.

كما أن شهر هذه العقود يعد بمثابة إجراء أولي لا يتطلب توافر قاعدة الشهر المسبق وهذا يعد بمثابة الاستثناء الذي اقره المشرع على هذه القاعدة.

• شهر شهادات الحيازة:

إذ نجد أن كل شخص يمارس حيازة قانونية على العقار وفقاً لنص المادة 823 من القانون المدني الجزائري يحصل على شهادة الحيازة التي تخضع لعملية التسجيل والإشهار في المحافظة العقارية.

وقد نص على هذه الشهادة في المادتين 39-40 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري وقد بين كيفية إعدادها وتسليمها وإجراءات الحصول عليها من خلال المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 27/07/1991.

إجراء شهر عقود الشهرة المتعلقة بالتقادم المكسب، وضع لمعالجة الحالات التي يكون فيها الأشخاص الحائزين على يحوزونه بدون سند وفقاً للقواعد العامة التي اقرها القانون المدني الجزائري المادتين 827-828 وما يليها.

وفي هذا الإطار أصدرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا القرار رقم 146 المؤرخ في 1998/03/09 الذي أكدت بواسطته على أن العقار الذي يكون موضوع طلب إعداد عقد الشهرة لا يكون بأي شكل من الأشكال محال لسند رسمي مشهرا بالمحافظة العقارية.

كما نجد أن عقد الشهرة يعد في حد ذاته أول إجراء بالنسبة للعقار وهذا ما أدى إلى استثنائه.

4.4.2.2. مراحل إجراء الشهر

يجب على الموثق التأكد من جميع العناصر التي يتضمنها عقد الشهرة الخاضع للحفظ العقاري وهذا بان يقوم بتجديد الشرط الشخصي للأطراف وتحديد العقار تحديدا نافيا للجهالة.

فلقد نصت المادة 65 من المرسوم 63-76:

«إن العقود والقرارات والجدول فيما يخص الأشخاص الطبيعيين يجب أن تتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتجديد الشرط الشخصي للأطراف».

ويفهم من نص المادة أن المشرع أطلق على الهوية الكاملة للأشخاص الطبيعيين بالشرط الشخصي للأطراف فعلى الموثق التأكد من اسم لقب مواطن تاريخ مكان الولادة والمهنة وغيرها من العناصر الخاصة بالحائز المعني بعقد الشهرة.

وعليه أن يقوم بالتصديق على صحة البيانات المتعلقة بالأهلية المدنية للأطراف في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء.

وهذا ما نصت عليه المادة 64 من نفس المرسوم السابق الذكر:

«كل جدول أو مستخرج أو صورة أو نسخة مودعة في محافظة عقارية قصد تنفيذ إجراءاته يجب أن يحمل تأشيرته موقعه من محرر العقد وهو الموثق».

كما انه على الموثق أن يقوم بالتأكد من العقار تأكدا دقيقا من حيث نوع العقار موقعه محتوياته ومعالمه ومساحته وغيرها من المعلومات اللازمة.

ومن ثم وبعد التأكد من توافر هذين الشرطين على الموثق أو أحد لمساعدتين التابعين له الموكل بموجب وثيقة رسمية - تخوله القيام بإيداع العقود ويقوم باستظهارها عند القيام بهذه العملية- بإيداع صورتين أو نسختين من عقد الشهرة لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا،

حيث ترجع له واحدة من هاتين الصورتين بعد أن يقوم بالتأشير عليها المحافظ العقاري وبمهرها بختم الإشهار.

وهذا ما أكدته نص المادة 2/92 من المرسوم 63/76 السابق الذكر.
"وترجع واحدة من هذه الصورة أو النسخ المودع بعد ما يؤثر عليها المحافظ العقاري مثبتا بذلك انقضاء الإجراء".

أما فيما يخص الصورة الثانية التي يجب أن تحمل تأشيرة التصديق على الهوية يحتفظ بها في المحافظة العقارية وترتب ضمن الوثائق في الأرشيف وهذا ما أدته نفس المادة 2/62 بنصها:
«...والأخرى التي يجب أن تحمل تأشيرة التصديق على الهوية وعند الاقتضاء على الشرط الشخصين للأطراف يحتفظ بها في المحافظة العقارية وترتب ضمن الوثائق».
وقد خول المشرع المحافظ العقاري صلاحية المراقبة والتدقيق في المعلومات والبيانات التي تتضمنها هذه الوثائق محل الإشهار.

• آجال الإيداع:

يجب على الموثق أن يقوم بإيداع عقد الشهرة خلال مدة شهرين من تاريخ تحريره. وهذا ما نصت عليه المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 المعدلة لنص المادة 4/99 من المرسوم 63/76 السابق الذكر:

«بالنسبة للعقود الأخرى والوثائق إيداعها لا بد أن يكون خلال مدة شهرين من تاريخ تحريرها».
ويعاقب الموثق على عدم مراعاة هذه الآجال بغرامة مالية قدرها 1000 دج باعتباره هو محرر العقد وهذا ما أكدته نص المادة 31 السابقة الذكر.

• التأشير على سجل الإيداع:

إن التشريع الجزائري ألزم المحافظ العقاري بأن سجل الإيداع، يقيد فيه يوما بيوم وذلك حسب الترتيب العددي لتسليمات العقود والقرارات القضائية، قصد تنفيذ الإجراء وذلك لأجل التسليم للمودع منذ الاستلام يشار فيه إلى مراجع الإيداع وتاريخه ومرتبته بما يضمن عملية الإيداع.

• القيام بإجراء الشهر العقاري للعقد:

نصت المادة 27 من الأمر 75 – 74 السالف الذكر على ما يلي:

«إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في المحافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوق ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة».

وبذلك فإن عقود الشهرة التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية و التي تنصب على عقارات في بلدية لم يتم مسحها بعد تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة. كما يجب أن يؤشر على البطاقة العقارية بكيفية واضحة و مقروءة بالحبر الأسود الذي يمحي وتكتب ألقاب الأطراف بأحرف كبيرة والأسماء بأحرف صغيرة. كما انه يمنع الكشط والحشر لأنه يؤثر على الوجه الخارجي للبطاقة العقارية, يجب أن يظهر في كل تأشيرته تاريخ الإشهار ومراجعته. وبعد إتمام الشهر والتأشير يسلم المحافظ العقاري الحائز دفترا عقاريا تنسخ فيه جميع البيانات الموجودة في البطاقة العقارية وبالتالي بعد هذا الحائز مالكا للعقار في مواجهة الكافة.

• حالة رفض الإيداع:

حول المشروع للمحافظ العقاري إمكانية رفض الإيداع بعد فحصه الوثائق المودعة، فإذا ما لاحظ عيبا أو نقصا أو كان المحرر غير مستوفيا للشروط الواجب توافرها في رفض إيداعه. ويجب على المحافظ العقاري تبليغ قرار الرفض إلى الموثق أو المعني بالأمر مباشرة, بموجب رسالة مكتوبة موصى عليها مع إشعار بالوصول توجه إلى الموثق أو المعني بالأمر وهذا في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإيداع حتى يتمكن كل منهما من الطعن في قرار المحافظ العقاري في خلال مدة شهرين من تاريخ الإشهار بالاستلام وهذا ما أكدته النصوص القانونية 100، 106، 107 من المرسوم 63-76 السالف الذكر.

• حالة رفض الإجراء:

إن المحافظ العقاري الحق في رفض إيداع المحرر إذا توافرت لديه مجموعة من الأسباب المحددة في المادة 100 من المرسوم 63/76 السالف الذكر والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- عندما يكون التصديق على هوية الأطراف وعلى الشرط الشخصي مخالفة للشروط التي سبق ذكرها.
- عند عدم تقديم أي وثيقة تكون واجبة التسليم للمحافظ العقاري لقبول الإيداع.

- عندما تكون نسخ المحرر أو العقد غير صحيحة من حيث الشكل.
- عندما تكون الوثائق المودعة غير متوافقة وغير متطابقة.
- عندما يكون تحديد العقار وتعيينه غير كاف أو غير دقيق.
- عندما يكون العقد مراد شهره غير مشروع ومخالف للنظام العام وبمجرد القيام بشهر عقد الشهرة لمتضمن الاعتراف بالملكية في المحافظة العقارية يصبح الحائز مالكا للعقار بموجب عقد مشهر وبالتالي يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير.

3.2. المنازعات التي يثيرها عقد الشهرة أثناء تحريره و بعد شهره في المحافظة

لقد أثار عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية جملة من الإشكالات أثناء تحريره و بعد شهره في المحافظة العقارية.

ولذا سنتعرض من خلال مطالب هذا المبحث إلى:

- الإشكالات التي يثيرها عقد الشهرة أثناء تحريره .
- الإشكالات التي يثيرها عقد الشهرة بعد شهره بالمحافظة العقارية .
- الاختصاص القضائي للطعن في عقد الشهرة .

1.3.2 الإشكالات التي تثيرها عقد الشهرة أثناء تحريره

سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى المشاكل التي يواجهها الموثق أثناء تحريره لعقد الشهرة , فالموثق يواجه مجموعة من المشاكل في كيفية إثبات الحيابة وكيفية حساب مدة التقادم ووجوب تأشير مصلحة مسح الأراضي على المخطط الذي يعده المهندس الخبير العقاري ووجوب إرفاق الملف بجميع الوثائق وطلبها من طرف المحافظين العقاريين وهذا ما سنتعرض إليه من خلال ما يلي :

1.1.3.2. كيفية حساب مدة التقادم

يبدأ حساب مدة التقادم اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيابة ويحسب المدة كاملة بالنسبة للتقادم بنوعيه.

والحقيقة أن حساب مدة التقادم لا يثير أي مشكلة في ظل نفس القانون وإنما المشكل يطرح في حالة صدور قانون جديد يتناول أحكام القانون القديم بالتعديل فيعدل من مدة التقادم بإطالتها أو بتقصيرها. وقد يصدر القانون الجديد بعد بدء مدة التقادم وقبل اكتمالها فما هو الحل في هذه الحالات لأننا بذلك سنكون أمام مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان.

فلقد نصت المادة 1/07 من القانون المدني الجزائري على:
«تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالاً».

ويفهم من ذلك أنه في حالة صدور قانون جديد يطبقه مباشرة أو حالاً وهذا تطبيقاً للمبدأ الأثر المباشر.

ولقد نصت نفس المادة في فقرتها الثانية على:

«غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببداية التقادم، ووقفه، وانقطاعه، فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.
وكذلك الحال فيما يخص آجال المرافعة».

ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع قد أخذ بمبدأ عدم رجعية القانون الجديد فيما يخص بداية التقادم ووقفه وانقطاعه وأما فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة فقد أخضعت هذه المسائل لحكم النصوص القديمة التي أنشأت في ظلها هذه المسائل.

أما بالنسبة للتقادم الذي لم تكتمل مدته وأدركه القانون الجديد هنا يخض لأحكام هذا القانون الجديد.

كما يجب التفرقة بين فرضيتين فيما إذا كان القانون الجديد يعدل مدة التقادم إما بإطالة المدة وبالتالي يتعين الأخذ بالمدة المعينة في القانون الجديد مع إدخال المدة السابقة، وإما بتقصير المدة وهنا يتعين الأخذ بالمدة المعينة في القانون الجديد مع عدم إدخال المدة السابقة التي انقضت في ظل قانون القديم.

إلا أنه يرد استثناء وهي أن يكون الباقي في المدة التي قررها القانون القديم أقصر من المدة المقررة في القانون الجديد فهنا يستمر القانون القديم في السريان واستكمال المدة الباقية على أساسه.
كما أنه أثير تنازع بالنسبة للتقادم المكسب الوارد على العقار، وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية والمتمثل فيما يلي:

لقد نصت المادة 02 من القانون المدني تنص على:

«لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي».

والمادة 2262 من القانون المدني الفرنسي تنص على أن مدة التقادم هي ثلاثون سنة.

وتنص المادة 827 في ظل القانون المدني الجديد بموجب المرسوم 58/75 المؤرخ في

1975/09/26 على أن مدة التقادم وهي خمسة عشر سنة.

وتنص المادة 1002 من القانون المدني الجزائري :

«لا تطبق مدة التقادم المحددة في هذا القانون إلا على الوقائع التي ترد بعد نشر هذا الأمر».

كما أن المنشور الوزاري المشترك الصادر من الوزارات الثلاث وزارة العدل وزارة المالية ووزارة الداخلية والمجموعات المحلية ينص بأن آجال التقادم المكسب لا تطبق إلا على الوقائع التي حدثت بعد صدور هذا القانون.

ويفهم من هذه النصوص والمنشور الوزاري التالي:

أن الوقائع التي حدثت قبل صدور القانون المدني الجديد تطبق عليها المدة التي حددها القانون القديم وهي 30 سنة.

ومدة التقادم هذه إذا بدأت قبل صدور القانون المدني الجديد يضاف لها المدة التي تسري بعد صدور القانون لاكتمال 30 سنة.

وعلى سبيل المثال أن مالك الحائز للملك في 1960 يستوفي المدة القانونية للحيازة سنة 1990 بينما الذي بدأ الحيازة سنة 1970 يستوفي المدة في 1990 بعد صدور القانون المدني الجديد.

وقد أكد ذلك كل من المنشور الوزاري المشترك بتاريخ 1988/06/21 على أنه:

«ينفي الإلحاح على الاحترام الصارم للمدد المحددة في المرسوم رقم 352/83 وعلى السرعة التي ينبغي أن تعالج بها الملفات من قبل مجموع المصالح المعنية والاحترام الدقيق للإجراءات التي جاء بها المرسوم من أجل إرساء القرارات المتخذة على أسس متينة وموضوعية».

كذلك وفقا لنص المادة 322 من القانون المدني الجزائري لا يجوز التنازل على المدة المقررة في القانون المدني الجديد لأن ذلك يعد من النظام العام.

كما أنه إذا كان القانون الجديد يمنع كسب العقار بالتقادم فلا يجوز للحائز التمسك به إذا كانت مدة التقادم لم تكتمل في ظل القانون القديم والعكس فإذا أجاز ذلك فنجد أن المدة الكاملة تبدأ منذ سريان القانون الجديد.

2.1.3.2. الحالات التي يتزامن فيها إعداد عقد الشهرة مع صدور قرار فتح عملية المسح

في حالة شروع الموثق في إجراءات عقد الشهرة المتعلقة بعقار كائن في بلدية ما والتي تصدر بشأنها قرار من الوالي يتضمن إعلان فتح عمليات مسح الأراضي وفقا لنص المادة 02 من المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلقة بإعداد مسح الأراضي العام والتي تنص على:

«إن عمليات مسح الأراضي في كل بلدية تكون موضوع قرار من الوالي يبين فيه على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر هذا القرار وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وفي مجموعة القرارات الإدارية للولاية وكذلك في الجرائد اليومية الوطنية ويبلغ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني»..

فعلى الموثق أن يواصل الإجراءات التي باشرها، ذلك إن قرار الوالي لا يسري إلا على الحالات المستقبلية في هذا الموضوع. وعليه فبعد إصدار القرار بالبداية في عملية المسح فإن العقارات الواردة ضمنه لا تخضع لإجراءات عقد الشهرة.

3.1.3.2. مدى إلزامية إرفاق عقد الشهرة بجميع الوثائق في الملف المرسل للمحافظة

العقارية

يعتبر إلزام الموثقين من قبل المحافظين العقاريين بإرفاق عقد الشهرة بالوثيقتين المتضمنتين لكل من رأي مصالح أملاك الدولة ورأي البلدية وأيضا نسخة من وثيقة اعتماد المهندس العقاري الذي أعد المخطط، فإجراء غير مؤسس.

لأنه يكفي في نص عقد الشهرة الإشارة للمراجع المفيدة لرد مصالح أملاك الدولة والبلدية. كما أن وثيقة اعتماد المهندس الخبير العقاري غير مطلوبة كذلك، إلا في حالة إعداد وثائق القياس للمناطق المسوحة فقط. وإن مصلحة مسح الأراضي هي المختصة بالتأكد من اعتماد المهندسين العقاريين أثناء إيداع وثائق القياس.

4.1.3.2. مدى إخضاع العقار المملوك بسند رسمي مشهر للتقادم

لقد طرح عقد الشهرة إشكالية مهمة جدا على الصعيد التطبيقي وقد أصدرت المحكمة العليا بشأنها العديد من القرارات وهي تتمثل في:
هل يجوز تحرير عقد الشهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهورة أي هل يمكن كسب الملكية بالتقادم على عقار له سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية؟
لقد انقسم الرأي إلى اتجاهين فيما يخص هذه الإشكالية:

- الاتجاه الأول: يرى أنه لا يمكن تحرير عقد الشهرة متضمن الاعتراف بالملكية على عقارات لها سندات ملكية مشهورة.

وهذا لأن اكتساب الملكية بالتقادم يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر، ولأن الملكية ثابتة بالشهر الحيازة قرنية على الملكية.

وهذا ما أكدته الغرف الإدارية للمحكمة العليا في القرار رقم 947-129 المؤرخ في 1998/03/09 "غير المنشور":

(لكن حيث، وكما جاء به المستأنف عليه، فإن الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم 253/83، يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي مشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة في 1998/06/03. وحيث أن طبيعة الأرض كانت ملكا بدون سند، وقد تنازلت الدولة آنذاك أي في سنة 1998 لفائدة الشاغلين لها. وعليه فإن رفض إشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية كان مؤسسا، لأن المرسوم 83-352 السابق الذكر، يرمي إلى مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وعليه فإن القرار المستأنف قد أصاب فيما قضى به).

• الاتجاه الثاني: يرى أنه لا مانع أن ترد عقود الشهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهورة. لأن التقادم المكسب له دلالة قاطعة في ثبوت الملكية.

فتمتد أثبت الحائز أنه حاز العقار لمدة 15 سنة متوالية دون انقطاع وأن حيازته استوفت جميع الشروط، فيصبح هذا الحائز مالكا لهذا العقار بالتقادم.

ولقد أصدرت الغرفة المدنية للمحكمة العليا عدة قرارات أقرت بموجبها مبدأ التقادم المكسب دون أن تميز بين العقار المملوك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية أو الذي ليس له مالك. ونرى أن الرأي الثاني هو الرأي الراجح على أساس الأسس التالية:

- إن المرسوم 352/83 جاء تطبيقا لأحكام المادة 827 قانون مدني جزائري حيث أن المادة 02 منه توجب على طالب عقد الشهرة، أن يقدم تصريح شرفي للموثق على أنه يمارس الحيازة طبقا لنص المادة 827، والتي لا تفرق بين العقارات المشهورة سندات والعقارات الغير مشهورة وإن المستقر عليه في مثل هذه الوضعيات هو "لا تخصيص بدون مخصص".
- كما انه لا يوجد نص خاص في القانون الجزائري يستثني العقارات المشهورة سندات من مبدأ التقادم المكسب فلا مجال هنا للخروج عن القاعدة العامة الواردة في نص المادة 827 قانون المدني جزائري.
- وبالإضافة إلى ذلك إن المشرع لم يفرد نصوصا خاصة تجعل التقادم المكسب سبب من أسباب كسب الملكية على العقارات المشهورة سندات.

- وأن المرسوم 352/83 ليس له وظيفة تقريرية تتمثل في إشهار الحيازة القانونية التي أصبحت سبب من أسباب كسب الملكية وتمكين الحائز من الحصول على سند رسمي بملكية.

- إن الحكمة من الأخذ بالتقادم المكسب في جل التشريعات هو مجازاة المالك المهمل لعقاره مدة معينة دون أن يسعى إلى استرداده وبالتالي فلا أهمية للتفريق بين العقارات سواء كانت مشهورة سنداتها أم لم تشهر.

- كما انه وجود لنص في المرسوم 352/83 المتضمن سن إجراءات التقادم وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ينص على أنه في حالة ظهور المالك الحقيقي أن يرفع دعوى تثبت الملكية للمطالبة بإلغاء عقد الشهرة واسترداد العقار الذي تحصل عليه الحائز بموجب عقد الشهرة كما جاء في نص المادة 45 من قانون التوجيه العقاري فيما يخص شهادة الحيازة.

ولقد صدرت عن مجلس القضاء "باتنة" العديد من القرارات تقرر التقادم المكسب ولم تستثني الحقوق المشهورة عقودها. نذكر منها القرار الصادر في 16/02/2000 رقم ج 99/1679, (حيث أن المستأنف ثبت في حيازته الفيلا منذ مدة تفوق 152 سنة وبالتالي فإن حيازته تمت وفقا للقانون).

وكما أنه وبصدد هذا الاتجاه نتناول خلاصة التعليق على القرار عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 09/03/1998 رقم 129947 حيث جاء فيها، أن مبدأ الذي جاء به هذا القرار هو استثناء العقار المشهر بالمحافظة العقارية والذي له مالك بسند رسمي من آثار الحيازة هو استثناء من القاعدة العامة.

لا يستند إلى نص خاص ولهذا لا يمكن للقضاء أن يخرج عن القاعدة العامة ما لم يوجد استثناء ينص عليه القانون صراحة مما يشكل ذلك مخالفة لأحكام المادة 827 قانون مدني .

2.3.2. النزاعات التي يثيرها عقد الشهرة بعد شهره في المحافظة العقارية

لقد رأينا الإشكالات التي يثيرها عقد الشهرة أثناء إعداده ومن خلال هذا المطلب سنتعرض إلى المعارضات التي يثيرها هذا العقد بعد شهره في المحافظة العقارية.

فلقد نصت المادة 08 من المرسوم 352/83 على ما يلي:

«في حالة الاعتراض على صفة المالك المدعي أو المدعين يحيل الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق الأطراف المعنية على القضاء».

ويفهم من نص المادة أن الاعتراضات المقدمة من قبل المواطنين أو مديرية أملاك الدولة أو البلدية أثناء إعداد الموثق لعقد الشهرة. ضمن الأجل القانونية المحددة في المادة 04 من المرسوم السابق الذكر لا تثير أي إشكال بحيث ما على الموثق إلا توجيه الأطراف إلى الجهة القضائية لحل النزاع.

أما الاعتراضات التي تقدمها مديرية أملاك الدولة أو رئيس البلدية خارج الأجل القانونية بعد شهر العقد في المحافظة العقارية تثير الإشكالات.

• عدم رد الإدارة خلال الأجل القانونية يعد مكسب للملكية : حيث أن عدم رد الإدارة خلال الأجل المقررة قانونا يعتبر موافقة على تحرير عقد الملكية بصفة رسمية وهذا أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24 سبتمبر 1990 تحت رقم 71/952

(حيث عملا بأحكام المادتين 06 و 07 من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 لرئيس البلدية مهلة أربعة أشهر للرد عن الإشعار الموجه له من قبل الموثق. ويعتبر عدم القيام بذلك موافقة على تحرير عقد الملكية بصفة رسمية.

حيث أن رئيس البلدية الذي تم إخطاره من قبل الموثق في 19 جانفي 1986 لم يرد على ذلك في 27 جانفي 1987 أي بعد مرور سنة كاملة.

حيث أن قضاة الاستئناف بتأييدهم حكم القاضي برفض دعوى على أساس ما جاء به رئيس البلدية في جوابه الكتابي السابق الذكر يكونون قد خالفوا أحكام المادتين المذكورتين أعلاه، الأمر الذي يجعل قرارهم معرضا للنقص (...)

ولقد ذهب البعض إلى أنه إذا لم تعترض الإدارة في الأجل القانونية وثبت أن العقار موضوع عقد الشهرة يدخل ضمن أملاك البلدية أو احتياطاتها العقارية أو ملك لدولة فإن صاحب العقد يمتلك هذا العقار على أساس أن عدم الاعتراض يعد بمثابة استثناء على قاعدة عدم جواز تملك الأموال العامة بالتقادم المكسب.

كما أنه عدم الرد يعد موافقة ضمنية للموثق على تحرير عقد الشهرة ومن ثم فإن العقار رغم طبيعته العامة يعد ملكا لصاحب الطلب.

• عدم رد الإدارة خلال الأجل القانوني لا يعد مكسب للملكية:

إلا أن البعض رد على هذا الرأي بأنه يحق للإدارة المطالبة باسترداد العقار الذي يدخل ضمن الأملاك الوطنية ولو تمت عملية الشهر باعتبار أن هذه الأملاك محمية بقيود وهي عدم جواز تملكها بالتقادم المكسب وعدم جواز التصرف وعدم الحجز عليها وهذا عملاً بنص المادة 04 من القانون رقم 30/90 المتضمن الأملاك. وقد أكد هذا الرأي قرار المحكمة العليا في القرار 190541 المؤرخ في 2000/03/29:

(إن عدم الاعتراض على إجراءات عقد الشهرة أمام الموثق لا يمنع البلدية من التدخل في النزاع والمطالبة بإبطال عقد الشهرة، كما أن تقدير قيمة ووزن الأدلة من المسائل الموضوعية التي يعود تقديرها إلى قضاة الموضوع لذا فعقد الشهرة حجته محدودة في تصريحات الشهود التي يمكن إثبات عكسها باعتباره عقداً تقريرياً).

و أن الأجل القانوني للاعتراض المحدد في المادة السابقة الذكر يعد مهلة انتظار وليس ميعاد سقوط.

وبالتالي فإن الطعن في عقد الشهرة دون الاعتراض على تحريره خلال الأجل القانوني لا يترتب عليه عدم قبول الدعوى كما هو سائد عند البعض. وهذا ما أكدته القرار الصادر عن الغرفة العقارية لمجلس قضاء باتنة في 2000/02/16 تحت رقم 99/1679:

(حيث أن عقد الشهرة قد تم بطريقة قانونية ومضت عليه مدة 4 أشهر دون تسجيل معارضة فأصبح بعد ذلك نافذاً).

حيث أنه وبعد انقضاء مدة أربعة سنوات (1994-1998) فإن طلب المستأنف وبالتالي يتعين على المجلس إلغاء عقد الشهرة في غير محله.

وبالتالي يتعين على المجلس إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

ونحن نرى أن عقد الشهرة إذا كان منصبا على عقار داخل ضمن الدومين الخاص أو العام فإنه لا يجوز الدفع فيه بالتقادم المكسب لعدم قابليته اكتساب هذا العقار من حيث طبيعته وهذا ما أكدته القرار رقم 1452 الصادر بتاريخ 1985/12/7.

3.3.2. الاختصاص القضائي في عقد الشهرة

إن الطعن في عقد الشهرة من قبل أشخاص القانون الخاص لا يثير إشكال في تحديد الجهة القضائية المختصة، بحيث أن الموثق يحيل الأطراف إلى الجهة المختصة بالنظر في النزاع.

في حين أن الطعن القضائي الذي يقدم من قبل السلطات الإدارية بالغاء أو بإبطاله بعد إعداده و شهره في المحافظة العقارية, يثير العديد من المنازعات على الصعيد العملي في تحديد الجهة القضائية.ولذا نستعرض ما يلي :

- شهر دعوى إبطال عقد الشهرة
- اختصاص القضاء العادي في الطعن الوارد من قبل المواطنين.
- اختصاص القضاء الإداري في الطعن الوارد من قبل أشخاص القانون العام.

1.3.3.2. دعوى إبطال عقد الشهرة

قبل أن نتعرض لشهر دعوى إبطال عقد الشهرة يجب أن نتعرض إلى أسباب إبطال عقد الشهرة

• أسباب إبطال عقد الشهرة :

يتضح من المرسوم 352 /83 و المنشور الوزاري المشترك رقم 04513 المطبق له, أن عقد الشهرة يتطلب جملة من الشروط سبق تبيانها في الفصل الأول, و عملا بالمادتين 1 و2 من المرسوم أعلاه, فإن الموثق هو الشخص الوحيد المؤهل قانونا لإعداد هذا العقد المتضمن الملكية, و بالتالي فهو يلتزم بإجراءات قبل إعداد و تحرير العقد و بعده (سبق ذكرها), و طالما أن عقد الشهرة ينبغي أن يستوفي كل هذه الشروط, فإن تخلف أي شرط يؤدي إلى المطالبة بإبطاله من طرف المعني أي صاحب المصلحة أمام الجهة القضائية المختصة .

و هنا تبدأ سلطة القاضي في الإبطال تتضح, إذ يمكنه إرجاع و ربط هذه الشروط من عدمها, لا سيما و أن عقد الشهرة يعتمد أساسا على أحكام المادتين 827 و 828 قانون مدني جزائري, و عليه يبقى الحائز على حالته و عند تعرضه لمخاصمة قضائية, يتولى القاضي إصدار حكم أو إجراء قبل الفصل في الموضوع طبقا للمادة 61 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية. و اعتماده المادة 48 منه, للوصول إلى القناعة الكاملة بتوافر شروط الحيابة.

وقد لاحظنا على المستوى العملي من خلال القضايا المطروحة على القسم العقاري المنصبة حول المطالبة بإبطال عقد الشهرة و التي يستعمل القاضي سلطته الكاملة في التحقيق للوصول إلى حقيقة الحيابة. و غالبا ما يلغي أو يبطل القاضي عقد الشهرة بسبب عدم توافر الشروط الموضوعية لعقد

الشهرة أو لسبب في العقار محل الحيازة أو سبب عدم احترام الموثق لإجراءات إعداد وتحضير عقد الشهرة.

• شهر دعوى إبطال عقد الشهرة :

إن عملية الشهر العقاري في بلادنا لم تقتصر على التصرفات القانونية المنصبة على العقارات بل تعتمد إلى الدعاوي القضائية . وهذا ما أكدته نص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

بحيث أن الدعاوي القضائية العقارية الرامية إلى الطعن في عقد الشهرة يجب أن تشهر لكي تكون مقبولة,و يتم إثبات هذا الإشهار أمام القضاء بإحدى الويلتين. إما بموجب شهادة تسلّم من قبل المحافظ العقاري المتواجد بدائرة الاختصاص للعقار المتنازع عليه.أو بالتأشير في أسفل العريضة على قيام الإشهار.

و هذا ما أكدته قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 186/606 المؤرخ في 24 مارس 1999 « غير منشور »

(....حيث و لما كانت الدعوى الراهنة ترمي إلى إبطال عقد الشهرة الذي أعده الطاعن بتاريخ 14 أفريل 1992 أمام الموثق في إطار المرسوم رقم 352/83 كما يتضح من الإجراءات المتبعة في الدعوى وهو السند لذي تم إشهاره أمام المحافظة العقارية , كما يتبين من تأشير المحافظ العقاري عليه فان قضاة المجلس بعدم مراعاتهم لأحكام المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 أعلاه و المحتج به أمامهم يكونون قد خالفوا القانون مما يعرض قرارهم للنقض).

2.3.3.2. الاختصاص القضائي في المنازعات التي يثيرها عقد الشهرة

سنعرض من خلال تحديد الجهة القضائية المختصة في حالة ما كان الطعن واردمن قبل المواطنين ,وإلى الجهة المختصة في حالة ما إذا كان الطعن وارد من قبل أشخاص القانون العام .

• اختصاص القضاء العادي في الطعن الوارد من قبل المواطنين:

في حالة ورود طعن من قبل المواطنين فان ذلك لا يطرح أي شكل في تحديد الجهة القضائية المختصة لأن ولاية النظر في النزاع تعود للقاضي المكلف بالقسم العقاري بالمحكمة الكائن بدائرة اختصاصها العقار موضوع طلب عقد الشهرة.

• اختصاص القضاء الإداري في الطعن الوارد من قبل أشخاص القانون العام :
في حالة ورود طعن قضائي من قبل الإدارة فان كل من المحاكم العادية و الجهات القضائية الإدارية
تفضل في هذا النزاع و لكل منهما مبرراتها.

فبالرجوع لنص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية نجد أنها تؤكد على أن القضاء الإداري
يكون مختصا في جميع القضايا التي تكون الإدارة طرفا فيها و هذا ما أكده القرار الصادر عن الغرفة
الإدارية بالمحكمة العليا رقم 143633 المؤرخ بتاريخ 11/11/1999 . غير منشور « حيث أنه
يستخلص من الملف أنه أثناء شهر الاعتراف بالملكية من قبل الموثق فان إدارة أملاك الدولة معارضة
بسبب أن القطعة الأرضية المتنازع عليها ملك للدولة, حيث أنه نتيجة لذلك يتيقن أن الغرفة الإدارية لدى
مجلس قضاء أدرار قدرت الوقائع تقديرا سليما...».

إلا أن هناك اتجاه ثاني, يرى أنه طالما أننا بصدد عقد توثيقي و لسنا بصدد عقد إداري فان
الاختصاص يؤول للقضاء العادي و بالتالي فان طعن أشخاص القانون العام في عقد الشهرة بعد شهره
يكون الاختصاص للقضاء العادي.

كما يعتبر الرفض الذي يتم من طرف المحافظ العقاري قرار إداري حسب قانون الشهر العقاري
حيث يذكر فيه أسباب الرفض, النص القانوني الذي يبرر الرفض وعدم تجزئة الرفض, تاريخ قرار
الرفض.

فإذا وجد رفض مخالف لهذه النقاط السابقة الذكر, فان على الموثق أن يتابع المحافظ العقاري
إداريا وقضائيا أماما المحاكم الإدارية, و هذا طبقا لنص المادة 24 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد
مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري بنصها, " تكون قرارات المحافظ قابلة للطعن أمام
الجهات القضائية المختصة إقليميا " .

و كما يمكن للمحافظ العقاري أن يكون في مركز المدعي, في حالة أنه أخطأ في شهر محرر ما,
فهنا هو مطالب برفض الإجراء النهائي لكل وثيقة مشهورة بخطأ من طرفه, لكن إذا اكتشف الخطأ بعد
مرور زمن طويل و أصبحت الحقوق مكتسبة, هنا ما عليه سوى رفع دعوى إلغاء ما أشهره من طرفه.

و نحن نرى أنه على المشرع الجزائري, إضافة مادة في قانون الإجراءات المدنية, تقضي بإخضاع جميع المنازعات المتعلقة بعقد الشهرة , إلى القضاء العادي المكلف بالقسم العقاري حتى ولو كانت الإدارة طرفا في النزاع , كون أن القضايا المطروحة من قبل الإدارة حاليا لإلغاء عقد الشهرة , فإن القاضي العادي مؤهل لنظر فيها .

كما يمكن لقسم الجرح النظر في جنحة التصريح الكاذب انطلاقا من الطعن في شهادة الشهود و التشكيك في صدق و صحة تصريحاتهم و عدم توفر صاحب العقد على شروط الحيابة وفقا للقانون المدني.

و في هذه الحالة القانون الجزائري لا يفصل في هذه القضايا و إنما على الضحية تقديم القرار المدني النهائي الذي يقضي بإبطال عقد الشهرة, بمعنى يرجى الفصل فيها إلى غاية الفصل في الدعوى العقارية التي يكون موضوعها إبطال عقد الشهرة, فهي تعد بذلك مسألة أولية تؤدي إلى وقف الفصل في الجزائي إلى غاية الفصل في المدني.

خاتمة

ختاما لهذا البحث يتضح لنا جليا أن استحداث المشرع الجزائري لعقد الشهرة هو أمرا ضروريا لا مفر منه من أجل تطهير الوضعية العقارية و استقرارها , وهذا بتمكين الحائز حسن النية , من الحصول على سند تمليك , وهذا طبقا للأحكام المرسوم 352/83 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية. و الذي جاء تطبيقا لمواد القانون المدني 827 وما يليها, الخاصة بأحكام الحيازة و التقادم المكسب.

إلا انه من خلال دراستنا لهذا المرسوم تبين لنا أن هذا العقد لم يحظ بعناية رجال الفقه عموما والفقه الجزائري خاصة, رغم ما يثيره من إشكالات على الصعيد العملي (المحاكم).

مع العلم أن جل اللقاءات التي تتم بين المديرية العامة للأموال الوطنية و الغرفة الجهوية لموثقين , تثار بمناسبة إشكالات تتعلق بعقود الشهرة . وهذا لأنه يعد من ضمن المواضيع الأكثر تعقيدا و صعوبة .

إن المرسوم محل الدراسة سلفا يحدد إجراءات توثيق عقد الشهرة وإعداده و شهره بالمحافظة العقارية فمتى توافرت لدى الحائز حيازة قانونية واستمرت حيازته مدة التقادم المحددة قانونا , تمكن من اللجوء إلى الموثق الذي يعد ضابطا عموميا وبمثابة قاضي عدل لإجراء عقدا لشهرة له .

والمشرع الجزائري من خلال سنه للنصوص القانونية التي تحكم عقد الشهرة ,ومن خلال تحديده للإجراءات الواجبة اللاتباع وقع في تناقضات ونقائص و خلط هذا ما سنوضحه فيما يلي :

لقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 02 من المرسوم السابق الذكر على أن:
للحائز اللجوء إلى الموثق المختص نوعيا وإقليميا لإجراء العقد, بعد أن يكون قد أعد الملف الواجب التقديم و المتكون من الوثائق التالية :

الأوراق الثبوتية للحالة المدنية الخاصة بالمعني أو المعنيين .

- لشهادات المكتوبة.
 - مخطط الملكية يعده أشخاص معتمدون .
 - تصريح بالشرف أن الدعي أو المدعين يمارس أو يمارسون على العقار حيازة تطابق أحكام المواد من 827 و مايليها في القانون المدني .
 - عند الاقتضاء ,السندات أو الشهادات الجبائية التي يمكن المدعي أو المدعين أن يدلوا بها .
 - إلا أننا نرى أن هناك بعض الوثائق غير مجدية, كالشهادات المكتوبة و الشهادات الجبائية لان المرسوم لم يرتب أي اثر على عدم وجودها.
 - كما انه فيما يخص إخضاع المخطط المرفق بعقد الشهرة لتأشيرة مصالح مسح الأراضي وكذا ذكر رقم المخططات الطبوغرافية القديمة ضمن العقد فهذا إجراء غير مؤسس.
- لان المفروض إن إجراء التقادم المكسب يسري على الأراضي من نوع ملك أي الملكية الخاصة بدون سند, و بالتالي فان الأراضي لم تكن محل مخططات إلا في حالات نادرة جدا.
- أما بشأن إلزام الموثقين من قبل بعض المحافظين العقارين بإرفاق عقد الشهرة, بالوثيقتين المتضمنتين رأبي مصالح أملاك الدولة و البلدية, وأيضا نسخة من وثيقة اعتماد المهندس العقاري الذي اعد المخطط, فهذا يعتبر إجراء غير مؤسس.
 - فمن المفروض انه يكفي الإشارة في نص عقد الشهرة للمراجع المفيدة لرد مصالح أملاك الدولة و البلدية.
 - كما أن المشرع خول للموثق باعتباره قاضي عدل التحقق من الملف المقدم له, ثم رفضه أو قبوله , وبعد ذلك عليه نشر طلب إعداد عقد الشهرة في الصحافة.
 - و الملاحظ أن هناك تجاوزات من قبل بعض الموثقين الذين يقومون بنشر الإعلانات في جرائد لا تقرأ إلا من قبل البعض ,كالجرائد الرياضية أو الترفيهية .
 - كما أن المشرع ألزم الموثق بشهر عقد الشهرة بالمحافظة العقارية, إلا أن الملاحظ وجود تناقض في النصوص القانونية وهذا راجع إلى :
 - أن المشرع الجزائري اخذ بنظامين لشهر متناقضين بحيث أنه أخذ بنظام الشهر الشخصي الذي يوسع النطاق لاكتساب الملكية عن طريق الحيازة وأحكام التقادم المكسب.

ثم أخذ بنظام الشهر العيني بموجب المرسوم 74/75 السابق الذكر. والذي يحظر اكتساب الملكية بالتقادم المكسب ويعتمد على القيد وحده لوجود التصرفات. إلا أنه ومع عدم إتمام عملية المسح بكامل التراب الوطني استمر في الأخذ بنظام الشهر الشخصي ممن خلال المرسوم 352/83 المتعلق بإعداد عقد الشهرة.

و نتيجة لذلك وجدت العديد من المنازعات فيما يخص اكتساب الملكية بالتقادم على العقارات المشهورة. سببها عدم الدقة في المسائل القانونية، إذ على المشرع تفادي هذا النقص وعليه التدخل مرة أخرى بالتعديل .

- عدم استقرار المشرع على الجهة القضائية المختصة للنظر في المنازعات المتعلقة بعقود الشهرة .

واستنادا إلى ما سبق ذكره ,وبالإجابة على الإشكاليات المطروحة نخلص إلى مايلي :

إن عقد الشهرة يتسم بطابع التعقيد والصعوبة وذلك ناتج عن التناقضات الموجودة في النصوص القانونية ,ومع ذلك لا يمكن إنكار ما جاء به المشرع الجزائري في المرسوم 352/83 المتعلق بإعداد عقد الشهرة من إجراءات مبسطة تمكن الحائزين لعقارات لم تشملها عملية المسح بعد, من الحصول على سندات تملك تمكنهم من التصرف في العقار بالبيع والإيجار وغيرها من التصرفات القانونية .

والاستفادة من الحقوق المخولة للمالك, كالحق في الحصول على رخصة البناء المنصوص عنها في القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01, فالمادة 50 منه تنص على أن :
"حق البناء مرتبط بملكية الأرض".

وبالتالي بإمكان الحائز الذي استفاد من عقد الشهرة أن يطلب هذه الرخصة وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 1991/05/28 الذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير و رخصة البناء و شهادة المطابقة ورخصة الهدم .

ونتيجة لذلك يصبح لكل عقار صاحب معروف سواء كحائز أو كمالك على مستوى مجموعة البطاقات العقارية والموجودة بمصلحة الحفظ العقاري وهذا ما يعمل على استقرار في المعاملات العقارية.

وبالتالي إن عقود الشهرة ساهمت ولو بصفة غير مباشرة في تكوين السجل العقاري ومجموعة البطاقات العقارية المزمع إنجازها في إطار عملية المسح العقاري العام المنصوص عليه بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

ومن ثم يتبين لنا أن عقد الشهرة يبقى في الوقت الراهن من أهم السندات إثبات الملكية بغض النظر عن ما يثيره من مشاكل ونزاعات. وبالرغم من أن البعض ذهب إلى القول بأن هذا المرسوم 352/83 لا أساس لوجوده لأن نتائجه السلبية قد طغت على الايجابية وفتح الباب للغش وسلب أموال الغير باتباع الإجراءات بأحكام قضائية حتى إن بعض الولايات اتخذت قرارات بتجميد استخراج عقد الشهرة.

ولذا ولنتمكن من تفادي مجمل المشاكل بإجراء تعديلات تشريعية خاصة فيما يتعلق:

بالنسبة لحجية عقد الشهرة :

انه عقد رسمي كغيره من العقود التي يقوم بتحريرها الموثق و بالتالي لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير. ومن ثم تكن له الحجية الكاملة في الإثبات و الاستدلال به, فهو ليس عقد تقريري.

أن على المشرع أن ينص صراحة على عدم اكتساب الملكية بالتقادم على عقارات لها سندات مشهورة, لأنه بعدم وجود هذا النص نكون بصدد إهدار للحقوق وبالتالي عدم الاستقرار في المعاملات العقارية.

أو إضافة تعديل وهو تشديد في الأخذ بنظام التقادم المكسب بالنسبة للعقارات المشهورة سنداتها وهذا بإطالة مدة التقادم المكسب لتصل إلى الجيل الواحد أي مدة 33 سنة لأن المدة المفروضة هي 15 سنة وهي مدة غير كافية لحفظ الحقوق, بحيث متى بقي العقار مدة 33 سنة في يد الحائز واثبت هذا الأخير غياب أو وفاة صاحب الحق المشهر منذ بداية الحيازة, و قبول هذا النوع من التقادم يعتبر حفاظا على الوظيفة الاقتصادية للعقار .

فيمكن الأخذ بهذا الحل استثناءا لكي لا تبقى العقارات من دون استغلال وتضمن حقوق الأشخاص

المقيدة في السجل العقاري لان مدة حساب الحيازة لا تكون إلا من تاريخ غياب

أو وفاة أصحاب الحقوق المشهورة. كما يشترط عدم تقييد الورثة لحقهم في خلال مدة التقادم وان أي اعتراض أو مجرد إنذار يقطع مدة التقادم .

ومن هنا نجد انه عند الأخذ بنظام التقادم المكسب والأخذ بنظام الشهر العيني معا مع إضافة التعديلات فلا وجود للمنازعات بحيث أن النصوص تكون حاسمة ومن ثم فإن القاضي تسهل عليه مهمة الفصل في النزاعات.

- على المشرع إضافة مادة إلى قانون الإجراءات المدنية, تقضي بإخضاع جميع المنازعات المتعلقة بعقد الشهرة إلى القاضي العادي المكلف بالقسم العقاري حتى ولو كانت الإدارة طرفا في النزاع, كون إن القضايا المطروحة من قبل الإدارة حاليا (البلدية, مديرية أملاك الدولة) لإلغاء عقد الشهرة فان القاضي العادي مؤهل لنظر فيها .

-على المشرع أن يحدد جريدة وطنية, يلزم الموثقين بنشر عقود الشهرة فيها, متفاديا كل التجاوزات .

- وينبغي على المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الرؤى في المسائل القانونية المختلف فيها فيما يخص الجانب التطبيقي لعقد الشهرة. وهذا بتقويم أعمال المحاكم وتوحيد الاجتهاد القضائي.

- وحتى تتمكن من تقييم نتائج المرسوم 352/83, ومعرفة إذا كان فعلا قد ساهم في تطهير الوضعية العقارية أم زادها تازما, يجب تكليف مديرية البحث و التشريع بوزارة العدل بجمع آخر الإحصائيات المتعلقة بالمنازعات المتعلقة بهذه العقود, وإعطاء أرقام القضايا المفصول فيها بالصحة والإلغاء.

- كما نحبذ أن تعقد لقاءات تجمع بين كل من القضاة والموثقين والمحامين ومديري الحفظ العقاري و أملاك الدولة لطرح المشاكل المتعلقة بعقد الشهرة.

وهدفنا من تقديم هذه الاقتراحات هو الوصول إلى سد القليل من الفراغات والنقائص,

في هذا الموضوع والذي يعد من أهم المواضيع التي تشغل بال رجال القانون.

قائمة المراجع :

- (1) الأستاذ حمدي باشا عمر , محررات شهر الحيازة, دار هومة, طبعة 2000
- (2) الأستاذ حمدي باشا عمر, نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري, دار العلوم للنشر و التوزيع, سنة 2000,
- (3) الأستاذ حمدي باشا عمر, عقود التبرعات , الهيئة – الوصية – الوقف , دار هومة , طبع في 2004 , صفحة 99
- (4) الأستاذ حمدي باشا عمر, حماية الملكية العقارية الخاصة, دار هومة الجزائر 2000
- (5) الأستاذ خالد رامول , الإطار القانوني و التنظيمي لأمالك الوقف في الجزائر, دار هومة, طبعة 2004
- (6) الأستاذ سماعيل شامة , "النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري" , دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع, الجزائر 2002 .
- (7) الأستاذ عبد الحفيظ بن عبيدة , "إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري" , دار هومة 2004
- (8) الدكتور عبد التواب معوض ، " الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا " ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1996.
- (9) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، " أحكام الشهر العقاري" , توزيع الفكر العربي 1972
- (10) الدكتور عزت عبد القادر، "المرجع العملي في الشهر العقاري والتوثيق" ، توزيع دار الفكر العربي، الطبعة الثانية مزيدة 1992 دار البيضاء للطباعة والنشر 1992.
- (11) الدكتور عدلي أمير خالد، "تملك العقارات بوضع اليد في القانون ا لمدني المصري و قوانين البلاد العربية" منشأة المعارف , الإسكندرية بدون سنة نشر.
- (12) الدكتور عدلي أمير خالد، " الحماية المدنية و الجنائية لوضع اليد على العقار" , منشأة المعارف , الإسكندرية
- (13) الأستاذة ليلي زروقي , الأستاذ حمدي باشا عمر , "المنازعات العقارية" دار هومة 2000.
- (14) الدكتور محمد كامل مرسي , " شهر التصرفات العقارية ,(التسجيل و القيد) , قانون التسجيل الصادر في 1923/06/26 " , دار المنشورات القانونية , الطبعة لثالثة ببيروت لبنان , سنة 1939
- (15) الدكتور الغوثي بن ملحة , قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري , الطبعة الأولى , طبع بالديوان الوطني للأشغال التربوية 2001
- (16) الدكتور إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، الإسكندرية، طبعة 1978
- (17) الدكتور أحمد أبو الوفا، أصول المرفعات ا و المدنية و التجارية , الدار الجامعية الطبعة الرابعة 1989 , الصفحة 135 .

- (18) الدكتور أمين بركات سعود, التشريع العقاري علما و عملا , الجزء الأول , طبعة منقحة و مزيدة بأبحاث جديدة , 1994
- (19) الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الجزء التاسع), المجلد الثاني, منشورات الحلبي الحقوقية بيروت, لبنان 1998
- (20) الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, العقود التي تقع في الملكية, المجلد الأول, البيع و المقايضة , مصر الطبعة 1973 .
- (21) الأستاذ بوبشير محند أمقران , قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى نظرية الخصومة , الإجراءات الاستثنائية , ديوان المطبوعات الجامعية , الساحة المركزية بن كنون الجزائر الطبعة 2001
- (22) الدكتور توفيق حسين فرج , الحقوق العينية الأصلية , الدار الجامعية بيروت , بدون سنة نشر
- (23) الدكتور توفيق عبد الناصر العطار , أحكام حق الملكية, دار الفكر العربي طبعة 1991 .
- (24) الدكتور توفيق عبد الناصر العطار, إثبات الملكية بالحيازة و الوصية, توزيع , دار الفكر العربي 1978 .
- (25) الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي, مدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون), ديوان المطبوعات الجامعية, الطبعة الرابعة سنة 1993
- (26) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان, أحكام الشهر العقاري, الدار الجامعية, بيروت بدون سنة النشر.
- (27) الدكتور حسين كيرة , الموجز في أحكام القانون المدني, , الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها, الطبعة الرابعة منشأة المعارف الإسكندرية لسنة 1995.
- (28) الدكتور خليل أحمد حسن قدارة , "الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري", الجزء الرابع , عقد البيع , ديوان المطبوعات الجامعية 1994 .
- (29) الدكتور رمضان أبو السعود, "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية, أحكامها و مصادرها", دار المطبوعات الجامعية, الإسكندرية, 2001
- (30) الدكتور زهدي يكن, "الملكية و الحقوق العينية الأصلية, علما و عملا", الطبعة الثانية, منشورات المكتبة العصرية, صيدا - بيروت
- (31) . الدكتور سليمان مرقس , " الوافي في شرح القانون المدني" , الجزء الأول, "المدخل للعلوم القانونية و شرح الباب التمهيدي للتقنين المدني" , الطبعة السادسة أسهم في تنقيحها و في تزويدها بأحدث الآراء و الأحكام , الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي , توزيع دار الكتاب الحديث, الطبعة 1987 ,
- (32) الدكتور عبد الحميد الشواربي , "الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية", توزيع دار المعارف بالإسكندرية

- (33) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة, "الحقوق العينية الأصلية", دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري, دار النهضة العربية, بيروت, بدون سنة
- (34) الدكتور علي علي سليمان, "النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام", ديوان المطبوعات الجامعية, سنة 1988.
- (35) الدكتور علي عوض حسن, "الدفع بالسقوط و التقادم في المواد المدنية و الجنائية", دار الفكر الجامعي, الإسكندرية 1998.
- (36) الأستاذ عمار بلغيث, "الوجيز في الإجراءات المدنية", دار العلوم للنشر و التوزيع, الطبعة 2000.
- (37) المهندس عمار علوي, الملكية و النظام العقاري في الجزائر, العقار, دار هومة طبعة 2004.
- (38) الدكتور فتحي حسن مصطفى, "الملكية و الحقوق العينية الأصلية"
- (39) الدكتورة فريدة محمدي, "الحيازة و التقادم المكسب", الطبعة الأولى الجزائر, ديوان المطبوعات الجامعية 2000.
- (40) الدكتور محمد المنجي "الحيازة, الطبعة الثانية, الإسكندرية" منشأة المعارف, سنة 1985.
- (41) الدكتور محمد أحمد عابدين, "التقادم المكسب و المسقط في القانون", دار الفكر الجامعي الإسكندرية سنة 1995.
- (42) الأستاذ محمود العنابي, "قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا", الطبعة 1973
- (43) الدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين, "الحقوق العينية (الأصلية و التبعية) أصول القانون المدني" بدون سنة.
- (44) الدكتور محمد علي الأمين, "التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني", منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت 1993.
- (45) الدكتور محمد زهدور, "الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات", طبعة 1991.
- (46) الدكتور محمد وحيد الدين سوار, "الحقوق العينية الأصلية", مطابع ألف باء_ الأديب _ دمشق, الجزء الأول, 1968, 1969.
- (47) الدكتور محمد كامل مرسي, "شرح القانون المدني المصري", الحقوق العينية الأصلية لأسباب كسبها (التقادم و الحيازة) الجزء الرابع, الطبعة الثانية 1952
- (48) الدكتور محمد حسين منصور, "الحقوق العينية الأصلية", الدار الجامعية, بيروت سنة 2000
- (49) الدكتور محمد حسنين, "عقد البيع في القانون المدني الجزائري", ديوان المطبوعات الجامعية 1988.
- (50) الدكتور مصطفى محمد جمال, "نظام الملكية توزيع دار الكتاب الحديث", بدون سنة
- (51) الشيخ محمد مصطفى شلبي, "أحكام الوصايا و الأوقاف", الطبعة الرابعة, دار الجامعة للطباعة و النشر ببيروت 1982
- (52) الدكتور محمد لبيب شنب, "موجز في الحقوق العينية الأصلية", الطبعة 1974.
- (53) الدكتور نبيل إبراهيم سعد, "الحقوق العينية الأصلية, أحكامها و مصادرها", دار المعرفة الجامعية 1999
- (54) الدكتور نصر الدين سيعدوني, "دراسات في الملكية العقارية", الطبعة الأولى, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر
- (55) الدكتور وهبة الزحلي, "الفقه الإسلامي و أدلته", الجزء الثامن, الطبعة الثالثة, دار الفكر دمشق, 1989

56) الدكتور يحيى بكوش، "أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي , دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة", المؤسسة الوطنية للكتاب, الطبعة الثانية, الجزائر 1992.

قائمة المراجع :

- 1) الأستاذ حمدي باشا عمر , محررات شهر الحيازة, دار هومة, طبعة2000
- 2) الأستاذ حمدي باشا عمر, نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري, دار العلوم للنشر و التوزيع, سنة2000,
- 3) الأستاذ حمدي باشا عمر, عقود التبرعات , الهبة – الوصية – الوقف , دار هومة , طبع في 2004 , صفحة99
- 4) الأستاذ حمدي باشا عمر, حماية الملكية العقارية الخاصة, دار هومة الجزائر 2000
- 5) الأستاذ خالد رامول , الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر, دار هومة, طبعة2004
- 6) الأستاذ سماعيل شامة , "النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري" , دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع, الجزائر 2002 .
- 7) الأستاذ عبد الحفيظ بن عبيدة , "إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري" , دار هومة 2004
- 8) الدكتور عبد التواب معوض ، " الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا "، منشأة المعارف بالإسكندرية 1996.
- 9) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، " أحكام الشهر العقاري" , توزيع الفكر العربي 1972
- 10) الدكتور عزت عبد القادر، "المرجع العملي في الشهر العقاري والتوثيق"، توزيع دار الفكر العربي، الطبعة الثانية مزيدة 1992 دار البيضاء للطباعة والنشر1992.
- 11) الدكتور عدلي أمير خالد، "تملك العقارات بوضع اليد في القانون ا لمصري و قوانين البلاد العربية" منشأة المعارف , الإسكندرية بدون سنة نشر.
- 12) الدكتور عدلي أمير خالد، " الحماية المدنية و الجنائية لوضع اليد على العقار" , منشأة المعارف , الإسكندرية
- 13) الأستاذة ليلي زروقي , الأستاذ حمدي باشا عمر , "المنازعات العقارية" دار هومة 2000.
- 14) الدكتور محمد كامل مرسي , " شهر التصرفات العقارية ,(التسجيل و القيد) , قانون التسجيل الصادر في 1923/06/26 " , دار المنشورات القانونية , الطبعة لثالثة ببيروت لبنان , سنة 1939
- 15) الدكتور الغوثي بن ملحمة , قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري , الطبعة الأولى , طبع بالديوان الوطني للأشغال التربوية 2001
- 16) الدكتور إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، الإسكندرية، طبعة 1978
- 17) الدكتور أحمد أبو الوفا، أصول المرفعات ا و المدنية و التجارية , الدار الجامعية الطبعة الرابعة 1989 , الصفحة 135 .

- 18) الدكتور أمين بركات سعود, التشريع العقاري علما و عملا , الجزء الأول , طبعة منقحة و مزيدة بأبحاث جديدة , 1994
- 19) الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الجزء التاسع) , المجلد الثاني , منشورات الحلبي الحقوقية بيروت , لبنان 1998
- 20) الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني, العقود التي تقع في الملكية, المجلد الأول, البيع و المقايضة , مصر الطبعة 1973 .
- 21) الأستاذ بوبشير محند أمقران , قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى نظرية الخصومة , الإجراءات الاستثنائية , ديوان المطبوعات الجامعية , الساحة المركزية بن كنون الجزائر الطبعة 2001
- 22) الدكتور توفيق حسين فرج , الحقوق العينية الأصلية , الدار الجامعية بيروت , بدون سنة نشر
- 23) الدكتور توفيق عبد الناصر العطار , أحكام حق الملكية, دار الفكر العربي طبعة 1991 .
- 24) الدكتور توفيق عبد الناصر العطار, إثبات الملكية بالحيازة و الوصية, توزيع , دار الفكر العربي 1978 .
- 25) الدكتور حبيب إبراهيم الخليفي, مدخل إلى العلوم القانونية (النظرية العامة للقانون), ديوان المطبوعات الجامعية, الطبعة الرابعة سنة 1993
- 26) القاضي حسين عبد اللطيف حمدان, أحكام الشهر العقاري, الدار الجامعية, بيروت بدون سنة النشر.
- 27) الدكتور حسين كيرة , الموجز في أحكام القانون المدني, , الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها , الطبعة الرابعة منشأة المعارف الإسكندرية لسنة 1995.
- 28) الدكتور خليل أحمد حسن قعادة , "الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري", الجزء الرابع , عقد البيع , ديوان المطبوعات الجامعية 1994 .
- 29) الدكتور رمضان أبو السعود, "الوجيز في الحقوق العينية الأصلية, أحكامها و مصادرها", دار المطبوعات الجامعية, الإسكندرية, 2001
- 30) الدكتور زهدي يكن, "الملكية و الحقوق العينية الأصلية, علما و عملا", الطبعة الثانية, منشورات المكتبة العصرية, صيدا - بيروت
- 31) . الدكتور سليمان مرقس, " الوافي في شرح القانون المدني" , الجزء الأول, "المدخل للعلوم القانونية و شرح الباب التمهيدي للتقنين المدني" , الطبعة السادسة أسهم في تنقيحها و في تزويدها بأحدث الآراء و الأحكام , الدكتور حبيب إبراهيم الخليفي , توزيع دار الكتاب الحديث, الطبعة 1987, الدكتور عبد الحميد الشواربي , "الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية" , توزيع دار المعارف بالإسكندرية

- (32) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة, "الحقوق العينية الأصلية", دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري, دار النهضة العربية, بيروت, بدون سنة
- (33) الدكتور علي علي سليمان, "النظرية العامة للالتزام, مصادر الالتزام", ديوان المطبوعات الجامعية, سنة 1988.
- (34) الدكتور علي عوض حسن, "الدفع بالسقوط و التقادم في المواد المدنية و الجنائية", دار الفكر الجامعي, الإسكندرية 1998.
- (35) الأستاذ عمار بلغيث, "الوجيز في الإجراءات المدنية", دار العلوم للنشر و التوزيع, الطبعة 2000.
- (36) المهندس عمار علوي, الملكية و النظام العقاري في الجزائر, العقار, دار هومة طبعة 2004.
- (37) الدكتور فتحي حسن مصطفى, "الملكية و الحقوق العينية الأصلية"
- (38) الدكتورة فريدة محمدي, "الحيازة و التقادم المكسب", الطبعة الأولى الجزائر, ديوان المطبوعات الجامعية 2000.
- (39) الدكتور محمد المنجي "الحيازة, الطبعة الثانية, الإسكندرية" منشأة المعارف, سنة 1985.
- (40) الدكتور محمد أحمد عابدين, "التقادم المكسب و المسقط في القانون", دار الفكر الجامعي الإسكندرية سنة 1995.
- (41) الأستاذ محمود العنابي, "قانون التسجيل العقاري التونسي علما وعملا", الطبعة 1973
- (42) الدكتور محي الدين إسماعيل علم الدين, "الحقوق العينية (الأصلية و التبعية) أصول القانون المدني" بدون سنة.
- (43) الدكتور محمد علي الأمين, "التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني", منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت 1993.
- (44) الدكتور محمد زهدور, "الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات", طبعة 1991.
- (45) الدكتور محمد وحيد الدين سوار, "الحقوق العينية الأصلية", مطابع ألف باء_ الأديب _ دمشق, الجزء الأول, 1968, 1969.
- (46) الدكتور محمد كامل مرسي, "شرح القانون المدني المصري", الحقوق العينية الأصلية لأسباب كسبها (التقادم و الحيازة) الجزء الرابع, الطبعة الثانية 1952
- (47) الدكتور محمد حسين منصور, "الحقوق العينية الأصلية", الدار الجامعية, بيروت سنة 2000
- (48) الدكتور محمد حسنين, "عقد البيع في القانون المدني الجزائري", ديوان المطبوعات الجامعية 1988.
- (49) الدكتور مصطفى محمد جمال, "نظام الملكية توزيع دار الكتاب الحديث", بدون سنة
- (50) الشيخ محمد مصطفى شلبي, "أحكام الوصايا و الأوقاف", الطبعة الرابعة, دار الجامعة للطباعة و النشر ببيروت 1982
- (51) الدكتور محمد لبيب شنب, "موجز في الحقوق العينية الأصلية", الطبعة 1974.
- (52) الدكتور نبيل إبراهيم سعد, "الحقوق العينية الأصلية, أحكامها و مصادرها", دار المعرفة الجامعية 1999
- (53) الدكتور نصر الدين سيعدوني, "دراسات في الملكية العقارية", الطبعة الأولى, المؤسسة الوطنية للكتاب, الجزائر
- (54) الدكتور وهبة الزحلي, "الفقه الإسلامي و أدلته", الجزء الثامن, الطبعة الثالثة, دار الفكر دمشق, 1989
- (55) الدكتور يحيى بكوش, "أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي, دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة", المؤسسة الوطنية للكتاب, الطبعة الثانية, الجزائر 1992.

الملاحق

نموذج لشهادة الحيازة نشر في المرسوم التنفيذي رقم 254 /92
مؤرخ في عام 15 محرم عام 1412 الموافق 27 يوليو 1991

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية
بلدية

شهادة الحيازة

(تطبيقا للقانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1991 المتضمن التوجيه العقاري).
رقم..... من سجل العقود لسنة :

إن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية :

- بمقتضى الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26
سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني , المعدل والمتمم .

- بمقتضى الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12
نوفمبر سنة 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل
العقاري .

- بمقتضى القانون رقم 25/90 المؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق
18 نوفمبر 1990, المتضمن قانون الأملاك الوطنية .

- بمقتضى المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 08 شعبان عام 1403 الموافق 21
مايو سنة 1983 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب , و إعداد عقد الشهرة
المتضمن الاعتراف بالملكية .

- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 15 محرم عام 1412
الموافق 27 يوليو سنة 1991 الذي يحدد كفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها
المحدثة بموجب المادة 39 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في سنة 1990
والمتضمن التوجيه العقاري .

- وبمقتضى محضر إثبات غياب الاعتراض على شهادة الحيازة , المحرر من
طرفنا نحن بتاريخ :

-و بمقتضى مخطط العقار المرفق بنسخة من هذه الشهادة .

يقرر ما يلي

المادة الأولى: يعترف بصفة الحيازة للشخص (أو الأشخاص) المذكور (أو المذكورين) في العمود الأول من الجدول اللاحق، للعقار المذكور في العمود الثاني من الجدول نفسه حسب النسب المذكورة في العمود الثالث .

المادة الثانية: لا تعدل شهادة الحيازة هذه الصفة القانونية للعقار.

حرر ب.....في.....

مكتب

سجل بتاريخ

الصفحة رقم

مفتش التسجيل

لمحافظة العقارية

نشر بتاريخ

الرقم

المحافظ العقاري

النسب	تعيين العقار	تعيين الأشخاص

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية
بلدية
شهادة الحيازة

(تطبيق القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990, المتضمن التوجيه العقاري).

من من سجل العقود لسنة:

ان رئيس لبلدية:

- بمقتضى للقانون رقم 08-90 المؤرخ في 07 أفريل 1990 المتعلق بالبلدية.
- بمقتضى الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني, المعدل والمتمم .
- بمقتضى الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975, والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .
- بمقتضى القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990, المتضمن التوجيه العقاري .
- بمقتضى القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990, المتضمن قانون الأملاك الوطنية .

- بمقتضى المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 مايو سنة 1983 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب, و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية .
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 27 يوليو سنة 1991 الذي يحدد كفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها المحدثه بموجب المادة 39 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 والمتضمن التوجيه العقاري .
- وبمقتضى محضر إثبات غياب الاعتراض على شهادة الحيازة, المحرر من طرفنا نحن:

-و بمقتضى مخطط العقار المرفق بنسخة من هذه الشهادة .

يقرر ما يلي

المادة الأولى: يعترف بصفة الحيابة للشخص (أو الأشخاص) المذكور (أو المذكورين) أدناه.....

المادة الثانية: لا تعدل شهادة الحيابة هذه الصفة القانونية للعقار .

تعيين الأشخاص

الاسم :
اللقب:.....
تاريخ و مكان الميلاد :
العنوان:
حسب شهادة الميلاد رقم: بتاريخ:
عن : حسب بطاقة التعريف الوطنية رقم :
الصادر بتاريخ : عن :
مهنته:..... الجنسية:.....

تعيين العقار

عقار يتمثل في.....
واقف بالمكان المسمى
بلدية دائرة ولاية.....
مساحة الإجمالية.....
حدودها كالتالي :
شمالا:.....
جنوبا:.....
شرقا:.....
غربا:.....
مساحة الإجمالية:.....

توقيع المعنى بالأمر:

السيد :
الإمضاء غير مقرأ
حرر ب في.....
رئيس

التسجيل و الطابع

مكتب سجل بتاريخ.....
الجزء..... الصفحة.....
الرقم.....

مفتش التسجيل و الطابع

شهادة المقارنة

يشهد السيد
الموقع أسفله بالمصادقة و المقارنة التامة لهذه النسخة

المصادقة على الشروط الشخصية

يشهد السيد

الموقع أسفله بالمصادقة على الشروط الشخصية لمشتري و لذي يتمتع بكامل الأهلية المدنية التي لا يشوبها عيب خصوصا إجراءات الحجز أو نقص الأهلية المنصوص عليها في المادة 65 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 .

المصادقة على هوية الأطراف

يشهد السيد

الموقع أسفله أن هوية المشتري المبينة أعلاه قي هذه الشهادة قدتم إثباتها بدقة وفقا للوثائق المعدة لذلك مشطوبة على أنها ملغاة:

.....سطور كاملة

.....بيض

.....كلمات

.....الأرقام

حرب في

رئيس

{الشهـادات}

الشاهد الأول:

أنا الممضي أسفله:

اللقب الاسم.....
ابن و ابن.....
تاريخ و مكان الميلاد :

العنوان:

الحامل رقم: الصادرة بتاريخ:

عن : المهنة.....

الساكن:.....

أشهد بشرفي و بعد الحلف بأن المعلومات الواردة في التصريح صحيحة

أنا الممضي أسفله:

اللقب الاسم.....
ابن و ابن.....
تاريخ و مكان الميلاد :

العنوان:

الحامل رقم: الصادرة بتاريخ:

عن : المهنة.....

الساكن:.....

أشهد بشرفي و بعد الحلف بأن المعلومات الواردة في التصريح صحيحة

المصادقة على التوقيع

إمضاء الشاهد الأول:

إمضاء الشاهد الثاني:

-
- 01 أشطب العبارة غير الملائمة
 - 02 في حالة التصريح الجماعي من طرف مالكي العقار نستعمل القائمة الإضافية للطالبيين
 - 03 هوية الشخص أو الأشخاص المعنيين
 - 04 أذكر بيان درجة القرابة
 - 05 تاريخ الحصول شفويا أو أي بيانات هامة و مفيدة للعقد العرفي
 - 06 أراضي فلاحية أراضي جرداء و صفا لبيانات و كيفية استعمال سكن خزن.....

ولاية
دائرة
بلدية

{تصريح شرفي بعد الحلف}

(تطبيق القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990, المتضمن التوجيه

العقاري).

أنا الممضي أسفله:

اللقب الاسم
ابن و ابن
تاريخ و مكان الميلاد :
العنوان :
الحامل رقم : الصادرة بتاريخ :
عن : المهنة
الساكن :

أصرح أو نصرح (1) بشرفي أبشرفنا (1) و بعد الحلف بأني أو بأننا
(1) أمارس أو نمارس (1) حيازة من حسن نية على العقار المذكور أسفله منذ :

إضافة إلى ذلك أو نشهد (1) بأن العقار السالف الذكر كان قبل هذا أو في الفترة المذكورة
سابقا موضوع حيازة من طرف (1)

و قد خلفت أو خلفنا (1) أشخاص موقعين أسفله .

عن طريق الإرث (1)

عن طريق اقتناء الشفوي أو بواسطة عقد عرفي بتاريخ :

قوام العقار :

طبيعته وقوامه (1) :

مساحته :

حدود وأسماء مجاورين إن وجدوا :

.....

.....

المكان المسمى (الحي , الشارع) :

البلدية

.....

.....

الإمضاء

المصادقة على التوقيع

+نموذج لشهادة الحيابة
مستخرج من المحافظة العقارية لولاية معسكر

ولاية معسكر
دائرة تيزي
بلدية فروحة

السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية فروحة .

-نظرا للقانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري .
-نظرا للقانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون أملاك الدولة .
نظرا للمرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 23/05/1983 المتضمن إجراءات الاعتراف
بالملكية عن طريق الحيابة و التقادم المكسب .
نظرا للأمر رقم 58/75 في 26/09/75 المتضمن القانون المدني .
نظرا للأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن المسح العام .
نظرا لمحضر عدم وجود أية معارضة بشأن اعداد شهادة الحيابة هذه و المعدة من قبلنا
بتاريخ 02/10/2000 .

يقرر

المادة الأولى : يشهد للسيدالمولود
ب.....يوم.....ساكن

بحيابه العقار التالي تعينه :

شمالا

جنوبا

شرقا و غربا

الإمضاء

رئيس المجلس الشعبي البلدي

المادة الثانية :إن شهادة الحيابة هذه و بعد تسجيلها و إشهار نسخة منها لدى المحافظة
العقارية بمعسكر تعطي الحق لصاحبها بتقديم العقار موضوعها كضمان لتسديد أي قرض
لدى المؤسسات المالية كان لأجال متوسطة أو طويلة .

فروحة في 24/10/2000

رئيس المجلس الشعبي البلدي

معا الإمضاءات

سجل بمعسكر يوم

بحقوققبضت طبقا لوصل ذا أرومة رقم :

يتبع إمضاء السيد المفتش التسجيل (ب.بوغرارة)

نسخة طبق الأصل

يشهد السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية فروحة
أن هذه النسخة و المحررة في دور واحد هي مطابقة للأصل و كذا للنسخة التي ستوضع
عليها تأشيرة الشهر العقاري .
و يشهد بأن الحالة المدنية لأطراف العقد هي مطابقة للوثائق التي قدمت لنا و أنهم من جنسية
جزائرية وليسوا في حالة حجر أو إفلاس أو تسوية قضائية .

رئيس المجلس الشعبي البلدي

مصلحة العمليات

العقارية

شهادة الحيازة

من السيد رئيس المجلس الشعبي لبلدية
حاسي مسعود

الموضوع: تحقيق حول الوضعية القانونية للعقارات .

إرسالكم المؤرخ في 1998/10/11

ردا إلى إرسالكم المشار إليه في المرجع أعلاه ,و الذي تطلبون من خلاله الوضعية
القانونية لثلاثة قطع أرضية و المحتل من طرف السادة

.....

.....

.....

يشرفني أن أحيطكم علما أن هذه العقارات تابعة للدولة .

المدير

الجزائر في
الباعث وزارة المالية (المديرية العامة للأموال الوطنية)
المبعوث إليه: السيد مدير الحفظ العقاري لولاية.....
رقم النص :

.....
.....
.....
.....
.....
.....

إمضاء: المدير العام للأموال الوطنية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة المالية
مديرية الحفظ العقاري
لولاية وهران

رقم :.....
المدير

إلى
السيد المحافظ العقاري
لدائرة

الموضوع :شهر عقودا دارية محرر من طرف بلدية.....
المرجع :إرسالية رقم.....بتاريخ.....

تنفيذا للتعليمات الواردة في الرسالة المذكورة أعلاه المبعوثة من طرف السيد

.....لأمالك الدولة و الحفظ العقاري لوهران .

يشرفني أن أطلب منكم رفض شهر كل العقود الإدارية المحررة من طرف بلدية

.....

والتي لا تتوافر لدينا الشروط المنصوص عليها في المرسوم 63/76 مؤرخ في 5 مارس

1976

المتضمن تأسيس السجل العقاري ,و أكد قانون التوجيه العقاري ...90/25 المؤرخ ب

. 1990/11/18

زيادة على ذلك تأكدوا من وجود قرار التجزئة و قرار الوالي المرخصة

لبيع

هذه القطع من طرف ملاك الدولة إلى البلدية .

المدير

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الجزائرية

وزارة المالية
مديرية الحفظ العقاري
لولاية وهران

وهران في

المدير

إلى السيد

المصلحة

السيد رئيس مصلحة

عمليات

الشهر العقاري

الموضوع : منازعات

المرجع : برقية من المدير العام لأملاك الوطنية

من خلال البرقية الصادرة من الإدارة المركزية و المتعلقة

.....

.....

....

أطلب منكم وفي أقرب الآجال إجراء تحقيق دقيق و شامل حول :

(1) - شهادة الحيازة /

- الطبيعة القانونية لهذه العقارات موضوع هذه الشهادات

- إن كانت ملك للدولة أم للخواص

- إن كانت لها سندات ملكية مشهرة من قبل.

(2) - بالنسبة للقطعة الأرضية البالغ مساحتها

- تحققوا من تطبيق أحكام المادة 19 من الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 8

نوفمبر 1971 المتضمن الثورة الزراعية

زيادة على ذلك حددوا مسؤولية المحافظ العقاري إن كانت قائمة أم لا .

استعجال مؤكد

المدير

From cadastre oran

Phone no /

aug

From. cadastre Oran

Phone /

Aug

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية وهران

دائرة أرزيو

رقم

أرزيو في

رئيس دائرة أرزيو

إلى

السيد مدير المحافظة العقارية

لولاية وهران

الموضوع : فيما يخص شهادة الحيازة

المسلمة على مستوى بلدية أرزيو.

المرجع : رسالة السيد الوالي رقم المؤرخة في

تنفيذا لتعليمات السيد وزير الداخلية والجماعات المحلية و البيئية ,موضوع

إرسال السيد الوالي رقمالمؤرخ في،يشرفني أن أطلب

منكم موافاتي

في أقرب وقت ممكن بحالة لكل شهادات الحيازة التي تم تسليمها في بلدية

أرزيو

يجب أن تشير هذه الحالة إلى اسم ولقب المستفيد ,العنوان ,المساحة ,المكان

,السنة وكذلك اسم السلطة المحلية الممضية .

رئيس الدائرة

.....

نسخة للإعلام

السيد الوالي -الديوان

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة المالية
مديرية الحفظ العقاري
لولاية

مدير الحفظ

لولاية

إلى
السيد رئيس دائرة

العقاري

.....

أرزيو

الموضوع : فيما يخص شهادات ذات الحيازة على مستوى بلدية أرزيو .
المرجع : إرسالكم رقم المؤرخ في

ردا على إرسالكم المشار إليه أعلاه ,يشرفني أن أبعث إليكم طيه
هذه الرسالة قائمة المستفيدين بشهادات الحيازة على مستوى بلدية أرزيو مرفوقة
بنسخ إجراءات الشهر العقاري.

المدير

نسخة للإعلام
-السيد الوالي -الديوان

