

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الحياسة سبب لكسب الملكية العقارية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون القضائي

تحت إشراف الأستاذ :

زواتين خالد

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالبة :

دادون حنان

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

بوسحبة الجبلاي

الأستاذ

مشرفا مقرر

زواتين خالد

الأستاذ

مناقشا

بن عوالي علي

الأستاذ

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/07/08

إلى من هو أولى بالمؤمنين من
أنفسهم

إلى من هو أحب إلي من نفسي

إلى حبيبي وقرّة عيني رسول الله

فهو القائل :

" ما من مؤمن إلا وأنا

أولى الناس به في

الدنيا والآخرة "

إهداء

إلى منبع الحنان ومصدر القوة

.....
.....

..... إلى من

فيهم الرجاء وهم لي لي معقد
الأمل

"والدي العزيزين"

إلى من تجمعتني به صلة الرحم
والصدقة

إلى أستاذي الفاضل الدكتور

"بوسحبة الجيلالي"

الذي مدني يد العون على مدار
السنوات دراستي فلك من

أستاذي فائق التقدير و
الإحترام

إلى الأستاذ "ماني سعادة محمد
الحبيب "

الذي لم يبخل عليا وساعدني
بمجموعة من المراجع من
مكتبته القيمة وبتقديمه لي
نصائح الثمينة وبتوجيهاته
التي ساهمت في إثراء موضوعي
إلى الأستاذ : عبد الله بن حمادي
"

الذي أكن له التقدير
والإحترام و الذي لم يتوافق
في مد يد العون والمساعدة في
إنجاز عملي

إلى كل علمني حرفا

شكر و عرفان

أشكر الله عزوجل الذي ألهمني القوة والعزيمة

للقيام بهذا العمل المتواضع

أتقدم بجزيل الشكر والثناء إلى أستاذي الفاضل المشرف الدكتور

"خالد زواتين"

على تفضله وقبوله الإشراف على مذكري بتزويدي بجميع النصائح

والإرشادات التي أضاءت أمامي سبيل البحث...

وعلى كل ما قدمه لي من يد عون، وعدم بخله علي بعلمه فجزاه الله

خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة

الذين تفضلوا بقراءة هذه المذكرة ومناقشتها

فلهم مني خالص التقدير والإحترام.

دون أن أنسى جميع أساتذتي الكرام في كلية الحقوق جامعة مستغانم

الذين تلمذت على أيديهم

مقدمة

نظم المشرع الحيابة العقارية على نحو يدل على مدى أهميتها، فإعتد بالحيابة في حد ذاتها متى توافرت لها الشروط التي تطلبها، وأوجب حمايتها.

حيث قام المشرع بتقديم تعريف للملكية في نص المادة 674 من القانون المدني والتي تنص " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة.

فإن المشرع الجزائري أحاطها بقدر من الاهتمام نظرا لأهمية العملية لتنظيم الملكية العقارية، فبالرجوع إلى القانون 25/90 المؤرخ نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري عرف المشرع الجزائري الملكية العقارية الخاصة في المادة 27 منه والتي تنص " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من اجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها ."

ويستلزم تنظيم الملكية وضع الأطر القانونية لإكتساب الملكية لدرء الفوضى والحفاظ على السلم الاجتماعي واستقرار المعاملات، والمشرع الجزائري قام بتنظيم طرق اكتساب الملكية ضمن مواد القانون المدني .

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

وتتمتع الحيازة في جل التشريعات القانونية بمكانة هامة لما يترتب عليها من اثار خطيرة قد تضعها في صدارة أسباب كسب الملكية، فهي كما يقال عنوان الملكية الظاهر، ولذلك كانت أهم قرينة على الملكية أمام القضاء .

ولعل السبب في ذلك ما استقر عليه عملا والغالب واقعا ان يكون حائز الشيء هو مالكة، الأمر الذي يجعل الحائز ذو مركز ممتاز يعلو به كل من ينازعه في صفته كمالك، فيصبح على هذا المنازع أن يقيم الدليل العكسي على عدم ملكية الحائز للمال.

وليس أدل على أهمية الحيازة من انه من يجوز مالا مملوكا لغيره لمدة زمنية معينة،يصبح بعد هذه المدة مالكا للشيء المحاز، فلا يستطيع المالك الأصلي أن ينتزعه منه، كما أن الحائز الظاهر للشيء، وبرغم عدم ملكيته له يستطيع أن يقرر حقا عينيا على المال فيستطيع ان ينقل ملكية العقار مثلا حيازته إلى الغير بناء على سبب صحيح ، طالما كان التعامل مع الحائز حسن النية، أي يجعل صفة الحائز الحقيقي لهذا المال.

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

وتتجلى أهمية البحث في موضوع الحيازة كسبب لكسب الملكية العقارية وأمام كثرة المنازعات العقارية لإنعدام سندات الملكية، ولحماية الملكية العقارية وضمان استقرار المعاملات، لم نجد المشرع الجزائري أمامه إلا سن تشريعات تنظم التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء أو نقل أو تعديل ونظرا لإختلاف القوانين والتوجيهات لتنظيم مسألة العقار.

وهذا في الحالات التي ينص عليها المشرع في قانون العقوبات سواء المنصبة على العقارات أو المنقولات والتي بلغت درجة الجريمة، فكان الهدف من هذه الحماية هو تفادي إقامة الحائز للعدل بنفسه مما يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام وعدم استقرار الأوضاع والمراكز في المجتمع.

ويعود سبب اختياري لهذا الموضوع لضرورة تسليط الضوء على حماية الحيابة من ناحيتين غير متناولتين كثيرا من طرف رجال القانون، إذ الكثير منهم تناول حماية الحيابة من طرف القضاء الموضوعي الذي يفصل بصفة نهائية في أصل الحق، ويضع حد للنزاع القائم حول الحيابة وكذلك من طرف القضاء الجزائي الذي يفصل في الحالات التي يرقى فيها الاعتداء على الحيابة إلى مستوى الجريمة حسب ما ينص ويعاقب عليه قانون العقوبات، بينما أغلقوا الحديث عن دور القضاء المستعجل في حماية الحيابة بصفة إستعجالية مؤقتة رغم انه لا يفصل في أصل الحق، لكنه يساهم في الحد من تلك الاعتداءات إلى غاية فصل القضاء الموضوعي في النزاع بصفة نهائية، ولم يتطرقوا أصلا لدور النيابة العامة في هذه الحماية بالرغم من أنها ممثلة المجتمع وإنها سلطة إتهام، وأن واجبها المحافظة على النظام والأمن العامين، وكذلك قمع الجرائم والسعي لتطبيق القانون وتسليط العقاب على المعتدين.

إضافة إلى أهمية الحماية الإستعجالية للحيابة عن طريق القضاء المستعجل في قمع تلك الاعتداءات بصفة وقتية وسريعة الى غاية صدور الحكم الذي يفصل في أصل الحق ويعطي كل ذي حق حقه، دون إغفال أهمية الحماية التي تحققها النيابة العامة من خلال التحقيقات التي تقوم بها للكشف عن الحقيقة، وعن الجريمة ومن ثم تسيرها نحو القضاء الجزائي لمعاقبة الجاني وتقرير حق الضحية وحمايته ويطرح هذا الموضوع العديد من الإشكاليات التي سنحاول الإجابة عليها ومن أهمها مايلي :

ما هو مفهوم الحيابة وشروطها المكتسبة للملكية العقارية الخاصة؟

هل وضع المشرع الجزائري الوسائل القانونية الكفيلة لتكريس الحيابة العقارية ؟

ما مدى فعالية التي وفرها المشرع الجزائري في حماية الحيابة ؟
 ما هو نطاق تدخل كل من النيابة العامة والقضاء المستعجل لحماية الحيابة ؟ وما موقفها
 من ذلك ؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات سنعمد على المنهج التحليلي للإلمام بعناصر الموضوع
 المتعلقة بالحيابة والتي لها علاقة بكيفية حمايتها..سواء تلك الواردة بالقانون المدني أو
 قانون الإجراءات المدنية وقانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية إضافة إلى
 أسلوب المقارنة بين جانبيين مختلفين وهما الجانب الجزائي والمدني اللذين يتناولان
 موضوعا واحد ألا وهو الحيابة، وكيفية ونطاق حماية كل منهما لها

وبالرغم من قلة إن لم نقل انعدام المراجع، خصوصا التي تتناول نصوص القانون
 الجزائري فيما يخص حماية كل من النيابة العامة والقضاء المستعجل للحيابة، في مقابل
 كثرة المراجع التي تتناول التشريع المصري لكن لها منهج مخالف كثيرا لمنهجنا، إلا أن
 القضاء ساهم من خلال اجتهاداته في العديد من القرارات في إبراز مكانة الحماية التي
 تحضى بها الحيابة من الناحية الاستعجالية، وكذا من الناحية الجزائية .

ولتناول موضوع الحيابة قسمنا دراستنا إلى فصلين إرتائنا الخطة التالية :

الفصل الأول: الحيابة العقارية سبب لكسب الملكية قسمناه إلى مبحثين تطرقنا في المبحث
 الأول الحيابة واقعة مادية لإكتساب الملكية العقارية الخاصة والمبحث الثاني عناصر
 الحيابة العقارية وشروطها .

أما الفصل الثاني تناولنا فيه إثبات الحيابة العقارية والذي قسمناه إلى مبحثين تطرقنا في
 المبحث الأول إلى الوسائل العامة لإثبات الحيابة العقارية والمبحث الثاني: سقوط الحيابة
 وحمايتها عن طريق القضاء المستعجل والنيابة العامة.

وقد واجهتنا صعوبة قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع.

الفصل الأول

الحيارة واقعة مادية لإكتساب
الملكية العقارية الخاصة

تمهيد :

لقد خص المشرع الجزائري الحياسة العقارية بإعتبارها وسيلة فعالة للتطهير العقاري الشامل .

وقد نظمها على نحو يدل على مدى أهميتها متى توافرت الشروط والعناصر القانونية وواجب حمايتها، ولو إدعى الغير بملكيته للعين محل الحياسة، وجعل منها قرينة على ملكية الحائز للعين التي في حيازته، وان كانت قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس إلا أن الحائز يستفيد منها إذ لا يتحمل عبء إثبات ملكيته التي تشهد القرينة بها وإنما يلقي بعبء الإثبات على الخصم الذي يدعي ملكيته للعين محل الحياسة.

كما أن بالتقادم المكسب أو مرور الزمن هو مؤدي الحياسة الهادئة والمستمرة وجوهر مقتضياتها الأساسية كونها تؤدي إلي كسب الملكية بالتقادم المكسب وهو بالفعل ما كرسه القانون المدني .

حتى يتسنى لنا الوقوف على أهمية الحياسة والتقادم في كسب يجب التطرق إلى مفهومها وشروطها ..

وكيفية اكتسابها وزوالها في التقادم المكسب وأحكامه..

المبحث الأول: مفهوم الحياسة العقارية

إن دراسة الحياسة كنظرية عامة من حيث مفهومها، وشروطها وعناصرها أمر ضروري لتوضيح مفهوم الحياسة القانونية الجديرة بالحماية للملكية التامة وهو ما سنتناوله في من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول: تعريف الحياسة وتميزها عن غيرها من المفاهيم

يعد تعريف الحياسة مسألة في غاية الأهمية إذ أن التعريف سيمكننا من تحديد أهم العناصر التي تقوم عليها الحياسة .

الفرع الأول : تعريف الحياسة

أولاً: " المدلول اللغوي "

الحوز : يعني الجمع وضم الشيء وتعني الامتلاك فمن حاز الشيء يعني ضمه وملكه¹ وأضاف إن منظور إلى معنى الملك قبضة والاستبداد به فقال : " حاز يحوز: إذ قبضه وملكه واستبد به²، وهي الجمع كالحيازة والاحتياز وجاء في لسان العرب الحوز والجمع وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال أو غيره ذلك فقد حاز حوزاً أو إحتازه أي ضمه إلى نفسه.

يتبين لنا من خلال هذين التعريفين أن الحياسة للغة ما هي في حقيقة الأمر إلا ضم الشخص شيئاً لنفسه مادامت الحياسة لا تتحقق إلا بالسيطرة على الشيء .

ثانياً : الحياسة اصطلاحاً " التعريف القانوني "

لم يتطرق المشرع الجزائري لا في القانون المدني، ولا في التشريعات الخاصة لتعريف الحياسة، ولكنه اقتصر على النص عليها في المواد 808 إلى 843 من القانون المدني وبالتفصيل نص عليها في المواد من 413 إلى 419 من قانون الإجراءات المدنية.

¹ - محمد بن يعقوب الشيرازي أبادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، القاهرة الطبعة 08 ، سنة 2005 ، ص 36

² - ابن منظور لسان العرب ، دار المعارف القاهرة ، الجزء الأول ، سنة 1990 ، ، ص 123-124.

ويجمع الفقه على إنها وضع مادي،¹ به يسيطر الشخص فعليا على العقار وبذلك ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا، وإنما هي واقعة مادية تحدث أثارا قانونية من جملتها، أنها سبب من أسباب كسب الملكية العقارية فقد عرفها الفقهاء " كولان وكابيتان بأنها " سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء تظهره بمظهر صاحب الحق.²

وعرفها الدكتور علي سليمان بأنها " سلطة فعلية يمارسها شخص على شيء يستأثر به ، ويقوم عليه بأفعال مادية تظهره بمظهر صاحب الحق ملكية، أو حق عيني آخر على هذا الشيء³ فالحياسة واقعة مادية تنشأ عن طريق سيطرة الشخص على شيء أو حق بصفته مالكا لهذا الشيء أو صاحب الحق عليه⁴، وبالتالي هل كل شخص يوجد العقار تحت سيطرته المادية حائزا أم لا ؟

وعلى غرار المشرع الجزائري، لا يضع المشرع المصري في القانون المدني تعريفا للحياسة تاركا المجال للفقه، رغم أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد جاء في المادة 1338 والمادة 1339 منه " الحياسة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه ويستعمل فعلا حقا من الحقوق " .

حيث يستفاد من هذا التعريف أن الحياسة هي وضع اليد ينتج عن السيطرة الفعلية على حق من طرف شخص، سواء كان صاحب الحق أو لم يكن، ويكون ذلك عن طريق ممارسة أعمال مادية يستلزم منها مدلول الحق المراد، إلا إن هذا التعريف لم يعتمد وتم حذفه بسبب ما وجه إليه من اعتراض بأنه ناقص ولا يشير إلى نية التملك، إذ تناول الحياسة المادية فقط⁵.

¹ - marcel plamioi taite élémentaire,de,droit civil tome 07 ed 1915 ,page 699.

² - زوردة عمر ، محاضرة ألقاها على الطلبة القضاة الدفعة الرابعة عشر بالمدرسة الوطنية للقضاء الجزائر ، 2004-2005 ، ص 55.

³ -عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 09 أسباب كسب الملكية 1968 ، ص 797.

⁴ -colinet capitant : traite de droit civil francais toume2.1959 par juliotla maramdière p 372.

⁵ -محمود عبد العزيز المرحوم حاج سعيد ، منشورات البغدادي ، الطبعة الأولى ، 2011 ، ص 14 .

غير أن بعض التشريعات العربية أوردت في صلبها تعريفات للحيازة مثل ما جاء به المشرع العراقي، بأنها وضع مادي يسيطر به الشخص بنفسه أو بالوساطة سيطرة فعلية على شيء يحوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق، وهو تقريبا نفس نص المادة 1339 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الذي يحض بالمصادقة وإستبعاد ، فوقع في نفس الإشكال إذ أن هذا التعريف يبرر الجانب المادي فقط من الحيازة .

أما المشرع الكويتي فقط عرفها بنص المادة 905 أنها " سيطرة شخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي ظاهرا بمظهر المالك، أو صاحب حق¹ عيني آخر بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق ورغم أن هذا التعريف يبدو أوضح، إلا أنه كان على المشرع الكويتي استبدال عبارة " بأن يباشر بعبارة ويباشر حتى يكون التعريف مستجمعا شرائط الصياغة التشريعية يباشرها الشخص على الشيء المادي على أساس انه هو المالك لهذا الشيء بحرزه احرازا ماديا ويباشر سلطات المالك عليه، فتكون الحيازة بذلك هي استعمال لحق الملكية على شيء مادي، وبذلك فقد كان الرومان يطبقون الحيازة بأكمل صورها وتطور القانون الروماني من حيازة حق الملكية الى حيازة حق الانتفاع والارتفاق وسمي بشبه الحيازة (Casijuris-caispossessio).

في الفقه الفرنسي تنص المادة 2228 " أن الحيازة هي وضع اليد على شيء أو على حق وإستعماله بحيث نمسكها أما نحن مباشرة و إما أن يمسه غير بإسمنا و بالنيابة عنا.

Art 2228 " la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par

¹ - د. بيان يوسف رحيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ، الطبعة الأولى سنة 2010 ، ص 111.

nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou que l'exerce en motre nom " .

يرى "بوتيه" ان هذه المادة تطبق على الذين لديهم قصد الحيازة لحسابهم ويمسكون بالشيء بصفته مالكين او الذين يتصوفون بإرادة كأنهم أصحاب الحق أمام- سالي " فيرى أن المادة 2228 ليس فيها عنصر القصد ولم تفصل بمسألة العناصر المكونة للحيازة وان مجال النقاش مازال مفتوحا والقضية قضية تأويل.

أما " دومات فيشرح من الأفكار نفسها التي قال بها بوتيه ويذهب إلى أن المنتفع أو المستأجر و المزارع لديهم نوع من الحيازة ولكن الحيازة الحقيقية ليست إلا حيازة المسيطر المالك الذي يجوز بواسطتهم لان حق الحيازة لا ينفصل عن حق الملكية¹.

وهذه المادة قضت على التميز الذي كان سائدا من قبل في التقنين الفرنسي في تعريفه للحيازة حيث كان يفرق بين الحيازة كسلطة مادية وبين شبه الحيازة المحضة لا تنطبق إلا على الأشياء المادية وشبه الحيازة التي ترد على حق الانتفاع والارتفاق، فأدخلت في نطاق الحيازة حيازة الشيء المادي حيازة الحقوق العينية الأخرى².

الفرع الثاني: تمييز الحيازة عن غيرها من المفاهيم

لم يستقر رأي الفقهاء على تعريف محدد للحيازة نظرا للإتجاهات المختلفة التي يعتقها كل فقيه وهذا ما نجم عنه تداخل مفهوم الحيازة مع غيرها من المفاهيم كالملكية والإستلاء ووضع اليد على الشيء . ولهذا من الأفضل إجراء مقارنة بين الحيازة والملكية

¹ - قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسب من أسباب الملكية في التشريع المصري المقارن منشأة المعارف ، مصر ، 2003 ، ص 12 .

مع الحقوق العينية و الأصلية المتفرعة عن الملكية)

² - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية و الأصلية المتفرعة عن الملكية) دار النهضة العربية ، مصر الجزء التاسع 1968 ، ص 786 787 .

والإستلاء ووضع اليد التي تشترك معها في بعض الميزات لتفادي الخلط بينها وبين الحيازة ، وتتناول ذلك فيما يلي¹ :

أولاً: الحيازة والملكية

بالرجوع إلى نص المادة 823 من ق م ج نجد أن المشرع الجزائري قد جعل الحيازة ذات صلة وثيقة بالملكية، والملكية عرفها القانون المدني الجزائري في نص المادة 674 ق م ج : "هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل إستعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة"².

أما الحيازة فقد سبق وأن عرفناها بأنها: « واقعة مادية نشأة عن سيطرة شخص على شيء أو حق بصفته مالكا لهذا الشيء أو صاحب الحق عليه».. ويتضح بالمقارنة بين التعريفين أهم أوجه الخلاف بينهما .

1- من حيث طبيعة الواقعة:

- الحيازة عبارة عن واقعة مادية ترتب آثار قانونية قد تؤدي إلى إكتساب حق بمعنى إكتساب الملكية ذاتها³.

أما الملكية هي عبارة عن واقعة قانونية أي ذلك الحق الذي يكتسبه الشخص في حدود ما نص عليه القانون والذي يمكنه من إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه.

¹ - امحمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية (أسباب كسب الملكية)، الجزء الثاني، مكتبة دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى، 1999، ص218

² - قادري نادية، النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العقاري، جامعة العقيد الحاج لخضر، 2009، ص 20.

³ - عبد الرحيم سمية، حماية الحيازة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العقاري، جامعة مولود معمري كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، ص 39.

2- من حيث الحماية:

- تحمي الحيازة بثلاث دعاوى (دعوى منع التعرض، دعوى إسترداد الحيازة، دعوى وقف الأعمال الجديدة).

-أما الملكية تحمى بدعاوى الملكية (دعوى الإستحقاق، دعوى منع التعرض للملكية، دعوى وقف أعمال جديدة في الملكية).

3- من حيث طرق الإثبات:

-يجوز إثبات الحيازة بكافة طرق الإثبات من بينة وشهادة الشهود وغيرها من الإجراءات التي تسمح للمحكمة من إستخلاص توافر الحيازة.

- أما الملكية فيتطلب إثباتها وجود سند رسمي مشهر.

ثانيا: الحيازة والإستلاء

لقد عرفت المادة 773 من ق م ج الإستلاء على أنه : "تغير ملك من أملاك الدولة الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم ". والإستلاء في الفقه هو: "وضع اليد على عقار لا مالك له بغرض إلحاقه بأملاك الدولة الخاصة ويشترك الإستلاء والحيازة كونهما وسيلتين من وسائل كسب الملكية ويكمن وجه الخلاف بينهما في¹:"

01- من حيث طبيعة الملكية:

- الملكية الناشئة عن الحيازة هي ملكية منقولة عن ملكية قديمة في حين الملكية الناشئة عن الإستلاء هي ملكية جديدة .

2-من حيث صاحب الحق:

-الحيازة لا تقع إلا في مواجهة مالك الشيء أو صاحب حق عيني عليه والذي يظهر عليه بمظهر المالك.

¹- قادري نادية، المرجع السابق، ص 20.

-الإستلاء لا يواجه مالك الشيء المراد تملكه لأن العقار محل الإستيلاء لا مالك له.

3- من حيث المدة الزمنية:

-الحيازة الحقيقية تتطلب لتحقيق أثرها مرور مدة من الزمن على وضع اليد.

بينما لا يتطلب الإستلاء مرور مدة من الزمن بل مجرد وضع اليد على الشيء يكسب واطع اليد ملكيته.

ثالثاً: الحيازة ووضع اليد

إن مفهوم وضع اليد أوسع نطاقاً من مفهوم الحيازة فهو يعني: الإستلاء على الشيء مطلقاً سواء كان هذا الإستلاء بنية التملك أو لا، سواء كان بحق أم لم يكن وسواء كان بإذن المالك أو القانون أولاً. وتكمن أوجه الخلاف بينهما¹:

1- من حيث النطاق:

-الحيازة لا يمكن تصورهما إلا مع وجود نية التملك. -أما وضع اليد فإنه يكون ناشئاً عن ملك مقروناً بإدعاء الملك وقد يكون ناشئاً عن تصرف قانوني كالعقد أو مادي كالسرقة.

2- من حيث الأركان:

للحيازة ركنين مادي ومعنوي بينما وضع اليد له ركن مادي الذي يمثل المظهر الخارجي المادي للحيازة.

3- من حيث المجال:

-وضع اليد يشمل اليد الموضوعية على الشيء بسبب عقد من العقود كعقد البيع (يد البائع على المبيع قبل تسليمه) ، فلا يمكن أن نسمي البائع هنا حائزاً لأن ملكية الشيء المحاز قد إنتهت بمجرد إنعقاد البيع.

من خلال كل ما سبق نخلص أن الحيازة هي سلطة فعلية يمارسها شخص على شيء يستأثر به ويقوم عليه بأفعال مادية تظهره بمظهر صاحب حق ملكية أو حق عيني

¹ - عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص 33.

آخر على هذا الشيء ، ومن هذا التعريف يمكن القول أن الحياسة تقوم على عنصران هما:

أ- عنصر مادي:

ونعني بذلك سيطرت الشخص سيطرة مادية على الشيء ابتداء أي لم تنتقل اليه هذه السيطرة من غيره وبالطبع يستوي أن يكون الشيء مملوكا لشخص آخر أو غير مملوك عقارا كان أو منقولاً¹.

ويعتبر الركن المادي للحياسة بأنه: مجموعة من الأعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق على الحق موضوع الحياسة ولا تكفي التصرفات القانونية كالبيع والإيجار الى تحقيق العنصر المادي وذلك لكون هذه التصرفات قد تصدر من شخص لا يتمتع بالحياسة ويشترط في الأعمال المادية أن تكون مطابقة للمألوف في استعمال الأشياء وذلك من حيث التكرار الكثرة والأهمية السكن في منزل يستدعي التردد عليه والإقامة فيه كذلك نفس الشيء بالنسبة الى الأرض الزراعية تقتضي مراعاة طبيعة الأرض وما قد يطرأ على عملية الزراعة

. وبناء على ما سبق يكون الركن المادي رابطة فعلية تربط الحائز بالشيء المحوز ويشترط أن تكون هذه الرابطة قاطعة الدلالة على أن للحائز سلطة فعلية على الشيء المحوز .

ويتطلب لقيامه الشروط التالية:

1- وجوب حياسة متعدية لا تنطوي على عمل مباح يشترط في الأعمال المادية الخاصة بالحياسة أن تتضمن تعديا على حقوق الغير ومن ذلك فان الحياسة لا تتحقق عند القيام بالأعمال المباحة التي لا يترتب عليها المساس بحقوق الغير.

¹ - بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة، الجزائر ، 2004، ص 96 ،

2. هدوء الحياسة يقصد به عدم استعانة الحائز بوسائل الإكراه للحصول على حياسة الشيء ويدخل في ذلك أعمال العنف المادية.

3-علانية الحياسة: يجب أن تكون الحياسة علانية ويعني ذلك قيام الحائز بالأعمال المادية المتضمنة تعديا على حقوق الغير بصورة علنية وظاهرة من شأنها تمكين صاحب الحق من العلم بما يوجه له من تعد على حقه.

ب- عنصر المعنوي توفر النية لدى الحائز في اكتساب الحق العيني الذي يتوافق مع طبيعة الأعمال المادية التي يباشرها على الشيء محل الحياسة ويقضي ذلك من أن تكون حيازته لحساب نفسه باعتباره صاحب الحق¹.

وأهمية هذا العنصر تظهر في إمكانية التمييز بين الحائز القانوني والحائز العرضي، فهذا الأخير يمارس سلطته المادية على الشيء دون قصده بتملك الشيء، أو يدعي أنه صاحب حق عليه كالمستأجرة².

كما قد تفتقد الحياسة ركنها المعنوي بالنسبة للحائز الذي لم يثبت أنها تمت لحسابه ويتمثل ذلك في الحالات التالية:

-حياسة التابع أو النائب:

لا تلبث الحياسة للتابع ولا للنائب لعدم مباشر لحسابه وعلى العكس فان الحياسة تنقرر في هذه الحالة للمتبوع أو الأصيل الذي بوشرت هذه الحياسة لحسابه طالما أنه قد

¹ - بناي دهبية وسلغوم سهيلة، إكتساب الملكية بالحياسة في ضوء التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق الرحمان ميرة ، 2012، ص 13.

² - بن عبيدة عبد الحفيظ ، المرجع السابق، ص79.

توافر لديه اكتساب الحق العيني. وهذا ما أقر المشرع الجزائري في المادة 809 من ق م ج: لا يجوز لغير المميز أن يكسب الحياسة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية».

- الحياسة المتسامح فيها من جانب صاحب الحق:

إذا كانت الأعمال المادية التي يباشرها الحائز على الشيء يستند فيها إلى تسامح صاحب الحق، فتكون الحياسة لحساب هذا الأخير وينتفي بالتالي العنصر المعنوي بالنسبة للحائز المتسامح في تعديه ، وتطبيقا لذلك فقد يسكت الملك عن الاعتراض تسامحا على انتفاع أبيه بأرضه.

- الغموض أو اللبس في قيام العنصر المعنوي للحياسة:

يشترط أن تكون الأعمال الصادرة من جانب الحائز واضحة الدالة على ثبوت نيته المتجهة الى اكتساب الحق العيني على الشيء محل الحياسة وعلى ذلك لا يعتد بالحياسة التي تثار الشك والغموض من حيث مباشر لحساب الحائز أو لحساب صاحب الحق.

- الحائز العرضي لحساب الغير:

الحائز العرض هو واضع اليد على الشيء بناء على عقد صادر صاحبه حيث يلزم بمقتضاه في مواجهته بالمحافظة على شيء ورده بعد انتهاء مدة العقد وهو ذلك يحوز الشيء لحساب المالك وبالرجوع إلى أحكام المادة 822 من ق م ج¹ نجد أن المشرع إفترض وجود الركن المعنوي للحياسة بمجرد توافر الركن المادي لها .

المطلب الثاني : اكتساب الحياسة العقارية وإنتقالها

تكتسب الحياسة إذا اجتمع للحائز ركنها المادي والمعنوي معا والتي قد يكون اكتسابها إما يحبس النية أو بسوئها

¹- المادة 822 ق م ج إذا تنازع أشخاص متعددون في حياسة حق وأد إعتبر بصفة مؤقتة أن الحائز هو من كانت له الحياسة المادية إلا إذا إكتسب هذه الحياسة عن طريق التدليس

الفرع الأول : كيفية إكتساب الحياسة العقارية

أولا : كسب الحياسة بحسن النية

لقد عرفت المادة 824 من القانون المدني حسن النية في الحياسة بقولها " يفرض حسن النية لمن يجوز حقا وهو يجعل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم ."

نستج من النص ان الحائز لحق الملكية أو لحق عيني اخر يعتقد أن حيازته لم يكن فيها اعتداء على حق الغير يعتبر حسن النية¹ ويقصد بحسن النية في القانون جهل الحائز له يتعدى بحيازته على حق الغير ويعتقد هو في نفسه انه تلقى الحق من صاحبه .

وموقف المشرع الجزائري من مسألة حسن النية، أنه يأخذ بمعيار شخصي ذاتي ينظر إلى مدى ما يقوم في نفس الحائز من اعتقاد فيما يتعلق بالشخص الذي يتعامل معه² وقد ربط المشرع هذا المعيار بمعيار آخر موضوعي، يتمثل في جعل الحائز سيء النية إذا أنتج جهله لإعتداء على حق الغير ناتج عن خطأ جسيم³.

حددت المادة 825 من القانون المدني الجزائري التي تزول فيه صفة حسن النية مما يعني أن يصبح سيء النية بنصها على : " لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته اعتداء على حق الغير ويزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى ويعد سيء النية من إغتصب حيازة الغير بالإكراه.

¹ -فتحي حسن مصطفى ، الملية بوضع اليد في ضوء الفقه و أحكام النقص ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1989 ، ص 55 .

² -ضيف أحمد ، إكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب في ضوء مستجدات القانون الجزائري ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2015-2016 ، ص 175.

³ - عدلي أمير خالد إكتساب الملكية العقارية بالحياسة سنة 1999 دار المطبوعات الجامعية أمام كلية الحقوق إسكندرية ، 2013 ، ص 36.

وأقرت المادة 826 من القانون المدني أن الصفة التي بدأت بها الحياسة تظل قائمة مثل ما بدأت وقت كسبها إلا إذا ثبت عكس ذلك .

1- مفهوم حسن النية

حسن النية هو غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأنه تلقى الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق، ومثال ذلك الحائز لحق الملكية هو حائز النية إذا إعتقد انه مالك كما يحوزه سواء هو صاحب هذا الحق أو لم يكن¹.

الحائز لحق غير الملكية كحق الارتفاق مثلاً يكون حسن النية بإعتقاده ان صاحب الحق الذي يحوزه سواء كان هو صاحب هذا أو لم يكن، فإذا اشترى الشخص أحد العقارات المكونة لمجموعة التركة من احد الورثة قبل القسمة فيعتبر سيئ النية لأنه كان من الواجب عليه افتراض أن العقار قد لا يقع في نصيب الوارث المتصرف².

وقد وضع المشرع الجزائري في المادتين 824 / 1 و المادة 815 من القانون المدني معيارين في تحديد حسن النية، معيار شخصي ومعيار موضوعي، فالمعيار الشخصي يعتبر حسن النية إذا كان يعتقد دون أي شك انه يتعامل مع مالك العقار أو صاحب الحق العيني على العقار .

أما المعيار الموضوعي فتضمنته المادة 1/824 و المادة 825 / 2 القانون المدني الجزائري والتي يعتبران سيئ النية إذا جهل لإعتدائه على حق الغير ناشئاً، عن خطأ الجسيم وهو مالا يرتكبه شخص قليل العناية أو مهمل .

وتجدر الإشارة إلى علم أن الحائز بعيوب السند لا ينفي حسن النية لديه بل هناك عيب واحد يجب أن يجهله الحائز وهو السند صادر عن غير المالك أما العيوب الأخرى

¹- فتحي حسن مصطفى ، المرجع السابق ، ص 57 .

²- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (تحديد أسباب كسب الملكية) منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان 1998 ، ص 124 .

التي تشوب السند الصحيح والت صرف الإبطال لنقص أو لعيب الرضا القابل للفسخ أو المعلق على شرط فاسخ فهذه العيوب لا تمنح من أن يكون الحائز حسن النية.

2- وقت اكتساب الحائز الحسن النية

تنص المادة 828 من القانون المدني على وقت توافر حسن النية والذي يشترط توافرها وقت تلقي الحق فيكفي توافر حسن النية وقت تلقي الحق ولا يهم إن يصبح الحائز سيء النية فيما بعد وينتقل الحق في القانون الجزائري بالشهر، فيكون توافر حسن النية عند الشهر.

3- إثبات حسن النية :

أما فيما يخص مسألة حسن النية في الحياسة فهذه الأخيرة مفترضة على الدوام ولا يقع على الحائز عبء الإثبات نيته ما لم يوجد نص قانوني يجيز ذلك وعبء الإثبات ينتقل على الخصم الذي يدعي سوء نية الحائز ويكون ذلك بكل طرق الإثبات لان الأمر يتعلق بإثبات الوقائع وقاضي الموضوع هو من يقدر الأدلة¹.

ثانيا : كسب الحياسة بسوء النية

نتعرض لتعريف مفهوم سوء النية ومن ثم إلى كيفية إثبات سوء النية .

1- مفهوم سوء النية

يعتبر الحائز سيء النية إذا حاز وهو يعلم انه بحيازته يعتدي على حق الغير، كالحيازة عن طريق الغضب أو السرقة، فالسارق والغاصب كلاهما يعلمان أنهما يحوزان شيئاً ليس لهما، فيه حق وانه يعتدي على حق الغير فمن إغتصب ارض جاره بإدخال جزء منها في أرضه دون وجه حق هو حائز سيئ النية لإعتدائه على حق جاره².

¹ - المادة 825 ، ق.م.ج ،: يزول حسن النية من وقت إعلان الحائز بعيوب حيازة بعرضية إفتتاح الدعوى وبدعوى و بعد سيء النية من إغتصب حيازته الغير بالإكراه ."

² - حميدي باشا محررات شهر الحيازة ، طبعة 2002 ، دار هومة و النشر و التوزيع الجزائر ، ص 15.

ويعد الحائز سيء النية في حالتين¹ :

الحالة الأولى: إذا ثبت أن الحائز كان يعلم و هو يحوز الحق الذي يستعمله، إن حيازته لهذا الحق هي اعتداء على حق الغير .

الحالة الثانية : إذا ثبت أن الحائز كان يجب عليه أن يعلم بأن حيازته هي اعتداء على حق الغير ومع ذلك حاز الشيء فجعله في هذه الحالة ناشئ عن خطأ جسيم وهذا ما يرتكبه الشخص المهمل قليل العناية ومثاله : من حاز على جزء من أرض مجاورة لأرضه كان من السهل عليه أن يعلم أن هذا الجزء من الأرض ملك لجاره وليس ملكا له ،ففي هذه الحالة يكون الحائز سيئ النية لأنه اعتدى على حق جاره عن طريق جهله .

2- إثبات سوء النية

أما فيما يخص مسألة إثبات سوء نية الحائز، فمن يدعي أن الحائز سيء النية في حيازته يقع عليه عبء الإثبات ويستعمل في ذلك كافة طرق الإثبات منها القرائن القانونية كأن يعلم الحائز إن المورث الذي نقل إليه الحيازة قد اثبت سوء نيته، فيفترض قانونا إن الوارث هو أيضا مثل مورثه سيئ النية يعلم بأن العين غير مملوكة لمورثه² .

3- اكتساب سيئ النية للملكية

إذا كان الحائز سيء النية فإنه لا يمتلك بالتقادم المكسب لا العقار ولا المنقول إلا بمقتضى التقادم الطويل وهو خمسة عشرة سنة، وهذا ما هو منصوص عليه في المادة 827 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " من حاز منقولا أو عقارا أو حق عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاص به ، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له لمدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع "

¹- د . بيان يوسف رحيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، مرجع السابق ، ص 80-79.

²- العيد ظاهر ، التقادم المكسب في العقار في القانون المدني ، رسالة ماجيستر كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2005 ، ص 52.

الفرع الثاني : كيفية إنتقال الحياسة العقارية

إنتقال الحياسة كما تكتسب الحياسة إبتداء فإنها أيضا تكتسب إنتقالا من حائز إلى آخر فهي مثلها مثل بقية الحقوق والتي تتحقق بالإستخلاف وتنقل من شخص إلى آخر، ويقصد بإنتقال الحياسة من حائز إلى آخر سيرورة الحياسة متصلة غير متقطعة فلا تنفصل الحياسة السابقة عن الحياسة اللاحقة.¹

وإنتقال الحياسة يكون إما للخلف العام أو الخلف الخاص وهذا ما سنوضحه كالتالي:

نتعرض فيه

أولا: إنتقال الحياسة إلى الخلف العام

إلى المقصود بإنتقال الحياسة إلى الخلف العام وكيفية إنتقال الحياسة إلى الخلف العام بصفاتهما وعيوبها:

1- المقصود بإنتقال الحياسة إلى الخلف العام

هو من يخلف السلف سواء في ذمته كاملة كالوارث أو في جزء منها كالموصي له، وقد نصت المادة 814 ق م ج على ما يلي: تنتقل الحياسة إلى الخلف العام بجميع صفاتها، غير أنه إذا كان السلف سيء النية واثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن نيته".

نستخلص من هذه المادة أن الحياسة تنتقل إلى الخلف العام بحكم القانون فبعد وفاة الحائز أي السلف تنتقل الحياسة إلى خلفه، ولما كانت الملكية تنتقل إلى الخلف العام بالوفاة فإن الحياسة تتبعها في هذا الانتقال.²

¹ - محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 1993، ص 79.

² - المرجع نفسه، ص 80.

2- إنتقال الحياسة إلى الخلف العام بصفاتهما وعيوبها

والحياسة في هذا الصدد تنتقل إلى الخلف العام بجميع صفاتها، سواء كانت عرضية، أو أصلية، أو مشوبة بعيب من العيوب، أو غير مشوبة، أو كانت بحسن أو سوء النية، وهذا ما أقره القضاء في العديد من القرارات ومنه إذا كانت حياسة المورث عرضية فتنقل بهذه الصفة إلى الوارث، فيصبح حائزا عرضيا يحوز لحساب غيره¹.

وأیضا إذا كانت حیاسة السلف معیبة بخفاء، أو كانت مشوبة بإكراه أو غموض أو لبس، فإنها تظل كذلك عند انتقالها إلى الخلف، فلا تكون سليمة إلا إذا أصبحت يده ظاهرة أو انقطع الإكراه أو زال اللبس، هذا مع مراعاة أن حیاسة الخلف لن تعد قانونية إلا من تاریخ زوال العيب الذي شاب الحياسة.

وإذا كان السلف حسن النية في حیاسته، فتنقل إلى خلفه مقترنة بحسن النية، ونفس الأمر بالنسبة لسوء النية، فهذا الوصف الأخير ينتقل إلى الخلف العام إلى حين إثبات حسن النية. والاستثناء من القاعدة السابقة يظهر من خلال المادة 814 من ق م ج والتي جاء فيها ما يلي: "غير أنه إذا كان السلف سيء النية واثبت الخلف أنه كان في حیاسته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته."

ويعتبر جواز تمسك الخلف العام بحسن نيته مظهر لنوع من استقلال حیاسته عن حیاسة سلفه، إذ يستطيع أن يثبت الخلف حسن نيته، أو أنه لا يعلم بأن حیاسة سلفه كانت بسوء نية، أو منطوية على اعتداء على حق الغير.

ولما كانت حیاسة الخلف العام إستمرار الحياسة السلف، فإن الأصل أن مدة حیاسة المورث تضاف إلى مدة حیاسة الوارث، فلو كانت مدة حیاسة المورث أقل من سنة

¹ - محمدي فريدة، الحياسة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 36.

وانتقلت إلى الوارث، فيكفي أن تستكمل حيازته مدة سنة حتى تستطيع أن تحمي حيازته بدعاوي الحياسة.

ثانيا : إنتقال الحياسة إلى الخلف الخاص

نتطرق الى المقصود بإنتقال الحياسة إلى الخلف الخاص وأهم صور التسليم كما يلي:

1- المقصود بإنتقال الحياسة إلى الخلف الخاص

الحائز الذي قامت بينه وبين الحائز السابق علاقة قانونية أدت إلى انتقال الحياسة مثل علاقة البائع بالمشتري، فالحياسة في مثل هذه الحالة تنتقل بالعقد أو بالاتفاق، ولكن بشرط أن تتوافر لدى الخلف الخاص قدرة السيطرة على الشيء، وهذا ما جاء في المادة 811 من ق م ج التي تنص على أنه " :تنتقل الحياسة من الحائز إلى غيره إذا انفقا على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحياسة أن يسيطر على الحق ولو دون تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق" . يستخلص من خلال هذا النص أن انتقال الحياسة للخلف الخاص يكون بناء على اتفاق بينه وبين سلفه فيشترط لهذا الانتقال أن يتوفر لدى الخلف السيطرة على العين موضوع الحياسة أي أن يكون في استطاعته مباشرة الأعمال المادية التي تكون العنصر المادي للحائز دون أي عائق.¹

2- صور تسليم الحياسة للخلف الخاص

وإذا كان الأصل أن تتحقق هذه السيطرة المادية على الحق بتسلم العين ماديا إلا أنه يجوز أن تتحقق السيطرة دون حدوث تسليم مادي، فالنص هنا يجيز أن تنتقل الحياسة

¹ - محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 80.

دون إشتراط التسليم الفعلي، مما يفهم أنه يجوز أن تنتقل الحياسة عن طريق التسليم الحكمي أو التسليم الرمزي وهما صورتان للتسليم الغير الفعلي للشيء.

أ- انتقال الحياسة العقارية بالتسليم الحكمي:

تنص المادة 812 ق م ج على ما يلي "يجوز نقل الحياسة دون تسليم مادي ، إذا استمر الحائز واضعا يده لحساب من يخلفه في الحياسة أو استمر الخلف واضعا يده ولكن لحساب نفسه".

إذ يجوز التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع لدى المشتري قبل البيع لسبب من الأسباب، فتنقل حيازته بالتسليم الحكمي إلى المشتري.

والتسليم الحكمي يتحقق في أمرين:

-بيع الحائز العقار الذي في ملكه ثم يتفق مع المشتري على أن يظل العقار المباع في حيازته بصفته مستأجر أو مستعيرا، وتعتبر حيازته عرضية لأنه يحوز لحساب المالك الجديد ويعبر عن هذا الانتقال بالانتقال المعنوي.

- في هذه الحالة يستمر الخلف حائز لحساب نفسه ومثالها :أن يكون الشيء في حيازة الحائز بصفة عرضية كالمستأجر فيقوم هذا الأخير بشراء العين من المؤجر فيستمر واضعا يده عليها بصفته مالكا له حيازة أصلية بعد أن كان مستأجرا ذو حيازة عرضية.

ب- انتقال الحياسة العقارية بالتسليم الرمزي:

هو الذي يتم عن طريق تسليم الخلف ما يرمز إلى الشيء محل الحياسة ويمكنه من السيطرة على حيازته ماديا، ويتم هذا التسليم بحسب طبيعة الشيء المراد نقل حيازته.. التسليم الرمزي لا يماثل التسليم الفعلي في قوته بل هو أدنى منه وإذا تعارض التسليم الفعلي مع التسليم الرمزي كان الأول هو المعبر.

ج-ضم مدة حياسة السلف إلي مدة حياسة الخلف الخاص :

تعتبر حياسة الخلف الخاص حياسة جديدة مستقلة عن حياسة السلف، وتتميز بصفاتها الخاصة التي تختلف عن الصفات التي كانت عليها، لكن بالرجوع إلى المادة 814 من ق م ج نجدها تنص على ما يلي : "يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حياسة سلفه ليبلغ التقادم" . نفهم من هذا النص أنه يمكن للخلف الخاص الانتفاع بمزايا حياسة سلفه، فيستطيع ضم مدة حياسة سلفه إلى مدة حيازته لكسب الملكية بالتقادم ولاستكمال المدة المطلوبة في رفع دعوى الحياسة .

وعلى العموم فإنه يشترط ليتمكن الحائز من ضم مدة حياسة سلفه إلى حيازته ما يلي¹:

- أن تكون حياسة السلف صالحة لكسب الملكية بالتقادم، فإذا كانت حياسة السلف عرضية أو معيبة وحياسة الخلف قانونية فلا يمكن ضم مدة حياسة سلفه لمدة حيازته.
- يجب أن تكون حياسة الخلف منصبة على ذات الحق الذي حازه السلف من قبله أو على حق أدنى منه، لذلك لا يستطيع الخلف الخاص ضم مدة حيازته إذا كان هذا الأخير حائز قبله للعين كصاحب حق انتفاع و ليس كصاحب حق ملكية ولكن العكس جائز.
- إذا كان الخلف الخاص يتمسك بالتقادم القصير ولا يستطيع ضم حياسة سلفه إلى حيازته إلا إذا كانت حياسة السلف مستندة إلى سند صحيح مع توفر حسن النية.

¹- فريدة محمدي ، المرجع السابق ، ص 87 .

المبحث الثاني : عناصر الحياسة العقارية وشروطها

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

المطلب الأول : عناصر الحياسة العقارية

الفرع الأول : تحديد السيطرة المادية على العقار (العنصر المادي)

1- مفهوم العنصر المادي

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا محدد للركن المادي إلا انه قد أكد على وجود بالفظ السيطرة المادية أو الفعلية، الذي هو عبارة عن مجموع الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز أو صاحب الحق على الحق موضوع الحياسة سواء كان هذا الحق ملكية، أو حق عينيا آخر أو يقتضيه مضمون الحق موضوع الحياسة¹.

وقد كانت هناك محاولات فقهية لذلك، حيث عرفه بعض الفقهاء منهم " فليب بير" هو مجموعة الأعمال التي يباشرها صاحب الحق على الشيء كإحرازه بالإستنثار به ماديا وإستعماله والانتفاع به طبقا لما يسمح به طبيعة الشيء وعرفه البعض بأنه وضع اليد على الشيء أو على الحق عن طريق السيطرة الفعلية عليه وإستعماله والتصرف فيه².

حياسة العقار تحتاج إلى مظهر مادي يدل عليها كأن يستعمل الحائز العقار الذي يحوزه فيقوم بأعمال مادية كزراعة الأرض وسكن الدار والبناء والهدم والتأجير للغير أو يمنع غيره من استعمال العقار الذي يحوزه، وكلمة من "حاز شيئا" بالحديث النبوي تدل على السيطرة المادية وتمثل العنصر المادي للحياسة، بالإضافة إلى ما جاء بأقوال فقهاء المذاهب حيث وردت أقوال فقهاء المذهب الحنفي³ تفيد السيطرة المادية ويتمثل ذلك في

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (تحديد أسباب كسب منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998 ، ص 124

² - محمدي فريدة (زواوي) الحياسة و التقادم المكسب ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون ، 2000 ، ص 13.

³ - عبد المنعم فرج الصدة الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية بيروت ، ص 52.

قولهم يزرع الأرض ويحصد الزرع ويقطع الشجر، ويبني الدار ويسكنها ويهدمها ويبيع الشيء الذي يحوزه ويرهنه أو يهبه ويمنع الآخرين من التصرف فيه دون تعرض له من احد لأن اليد على العقار لا تثبت بالكون فيه، وإنما تثبت بالتصرف السيطرة على العقار بواسطة خدمة، وذلك لأن من لا يستطيع أن يحوز بنفسه يستطيع أن يحوز بواسطة غيره هذه هي الحيازة بالنيابة في القانون المدني.

وقد ورد في شرح كتاب النيل وشفاء العليل¹، (ويبنى على ما عمر له خليفته أو عبده أو أجيره أو القائم عليه)

ومجمل ذلك إن الحيازة عنصر مادي في القانون المدني وهو السيطرة المادية على العقار المحوز والتصرف فيه كما يفعل المالك في ملكه ودون منازع والأعمال المادية التي يتكون منها العنصر المادي تختلف باختلاف الشيء الذي ترد عليه والحق الذي يقصد حيازته².

فلا يشترط أن يكون الشيء محل الحيازة دائماً تحت يد الحائز، فالأمر يختلف تبعاً لمضمون الحق موضوع الحيازة، فإذا كانت مباشرة السلطات التي تخوله تقتضي وضع الشيء تحت يد صاحب الحق وجب أن يكون الشيء تحت يد الحائز حتى يتوافر العنصر المادي أما في حالة ما يكون الحق ارتفاق به بعبء لفائدة العقار المرتفق تحديد من يباشر حق الارتفاق المعبرة عن حق الارتفاق³.

2- شروط الأعمال المكونة العنصر المادي:

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

¹- د. محمودي عبد العزيز المرحوم حاج علي إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 28.

² - marcel plamioi taite égémentaire, de, droit civil tome I les biens 07 ed 1915.

³- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية و الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت سنة 2002 ، ص 302.

أن تكون من الكثرة والأهمية بحيث لا تدع مجالاً للشك عند الغير بأن القائم بهذه الأعمال هو صاحب الحق على الشيء المحاز
التصرفات القانونية كالبيع الرهن، الإيجار والهبة لا تكفي وحدها لقيام العنصر المادي لأنه قد يقوم بها شخص لا تتوفر عنده الحياسة والمطلوب في الحياسة السلطة الفعلية لا القانونية على العقار.

الفرع الثاني : نية الحائز في اكتساب الحق (العنصر المعنوي)

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

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

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

وتقدير تحقق السيطرة المادية بالقيام بهذه الأعمال من عدمه مسألة موضوعية، تخضع لتقدير قاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع الدعوى وقد يتحقق العنصر المادي ابتداءً دون أن ينتقل إلى الحائز من غيره إلى الحائز

¹ - د. قدرى عبد الفتاح الشطاوي ، الحياسة كسب من أسباب الملكية في التشريع المصري و المقارن ، مرجع سابق ، ص 28.

كما قد يباشر الشخص هذه السيطرة بنفسه، وهو الأصل وقد يباشرها بواسطة شخص آخر، وهو ما يسمى بالسيطرة المادية بالوساطة كما يجوز السيطرة المادية على الشيوع وهو ما سنتاوله في مايلي:

أولا : تحديد نية الحائز في اكتساب الحق

إن السيطرة المادية عن طريق الحائز ابتداء نية اكتساب الحق تمثل العنصر المعنوي وهي نية تملك العقار في القانون المدني وتسمى السيطرة الفعلية ويفترض هنا سيطرة الحائز على العقار بدءا منه أي لم تنقل له هذه الحياسة من احد، سواء كان العقار مملوكا للحائز او لغيره أو لا مالك له

فتتحقق سيطرته بداية بأن يسيطر على العقار سيطرة مادية ويباشر عليه من الأعمال يباشر المالك على ملكيته لذا لا بد من وجود عمل مادي ايجابي يستحوذ به الحائز على الشيء اذ لان مجرد التمكن من الاستحواذ والاحراز دون الاستحواذ الفعلي لا يكفي لقيام السيطرة المادية وبالتالي عدم قيام الحياسة¹.

ثانيا : انتفاء نية الحائز في إكتساب الحق

السيطرة المادية المباشرة إنتقالا :

قد لا يباشر الشخص الحياسة المادية بنفسه ابتداء، بل تنتقل آلية من شخص آخر كان في الأصل هو الحائز المادي للعقار، ثم تخلى عن هذه الأخيرة أو نقلها له، وبهذا تنتقل الحياسة من حائز سابق إلى حائز حالي، فهنا يسيطر هذا الأخير على العقار بنفسه ولكنه استمد هذه السيطرة من الغير ، فانقل إليه محل الحياسة كالحيازة المنتقلة بالإرث أو الوصية او الشراء كبيع شخص لعقار أو منقول كان في حيازته لشخص آخر تم تسليم

¹ – CODE.CIVIL DALLOZ

المبيع إليه ففي هذه الحالة كانت السيطرة المادية على الشيء المبيع في يد البائع سواء كان مالكا أو غير مالك ثم نقلها غالى المشتري بتسليمه المبيع¹.

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

(2) - السيطرة بواسطة الغير

الأصل في الحياسة أن يمارس الحائز الأعمال المادية بنفسه وإن يستعمل الحق الخاضع لسيطرته، سواء كان حق ملكية أو أي حق عيني آخر، بنفسه استعمالا فعليا، لكن قد تحول الظروف دون ذلك فيحدث أن يباشرها شخص آخر يكون وسيطا يتصل به اتصل التابع بالمتبوع ويأتمر بأوامره في القيام بهذه الأعمال، وهو ما أشارت إليه المادة 810² من القانون المدني الجزائري

"تصبح الحياسة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها بإسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الإتمام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحياسة..".
ونستنتج من ذلك أنه تصح الحياسة بالوساطة متى كان الغير يحوز لحساب الحائز بالنيابة عنه".

المطلب الثاني : شروط الحياسة ومجالها

يقصد بشروط الحياسة الشروط التي يجب توافرها حتى تنتج الحياسة اثارها القانونية وتصبح حمايتها مستحقة قانونا، وتتمثل هذه الشروط في وجوب أن تكون الحياسة هادئة وظاهرة وواضحة، والسبب في اشتراط هذه الشروط ان القانون يحمي ويرتب عليها، اثارها لأنها توحى في الظاهر بأن الحائز صاحب حق وهي لا تكون كذلك إلا

¹ - حميدي باشا نقل الملكية العقارية، في ضوء آخر تعديلات و أحدث الأحكام ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر ، سنة 2020 ، ص 80

² - رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية و الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت سنة 2002 ، ص

خلت من العيوب الثلاثة، هي الإكراه والخفاء والغموض وعليه فإن شروط صحة الحياسة هي كالآتي :

الفرع الأول : شروط الحياسة العقارية

أولا : الشروط العامة

1- شرط الهدوء أو عيب الإكراه

مفهوم عيب الإكراه: تعرض متواصل للإكراه والتهديد يضطر بموجبه الحائز إلى مقاومته بإستمرار للمحافظة على حيازته، ومنه تعتبر الحياسة هادئة إذا اكتسبت من دون أو إكراه ماديا كان أو أدبيا فإذا حصل صاحبها بالقوة أو بالتهديد وبقي محتفظا بهذه الصفة عدت الحياسة معيبة بعيب الإكراه، سواء استخدم ضد صاحب الحق أو ضد حائز سابق غير مالك لإنتراع شخصيا أو احد أعوانه والإكراه الذي يعتد به الذي يصدر من الحائز عند بدء الحياسة فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئا، فالتعدي على حيازته يعد ذلك ودفع الحائز هذا الأخير عن حيازته ليس من شأنهما أن يجعلا الحياسة مشوبة بعيب الإكراه، إلا أن الفقه الفرنسي وضع قاعدة عامة في هذا الصدد مفادها إن الحياسة لا بد أن تستمر هادئة، ولكن يشوبها عيب الإكراه متى استعمل الحائز القوة لكسبها أو للمحافظة عليها¹ وتجدر الإشارة إلى إن الشخص الذي انتزعت منه الحياسة بالإكراه بإمكانه أن يستردها خلال سنة من وقت انتزاعها بالقوة بدعوى استرداد الحياسة فإذا لم يستردها خلال سنة أنتجت الحياسة أثارها ومنها جواز التملك بالتقادم بأثر رجعي من وقت استاء منتزع الحياسة على العين وسيرورة حيازته هادئة وبإنقطاع العيب تصبح الحياسة هادئة منتجة لأثارها وتقدير ما إذا كانت الحياسة التي اقترنت بالإكراه عند كسبها ظلت محتفظة بهذا العيب أم مزال عنها

¹ - بنادي ذهبية و شلغوم سهيلة ، إكتساب الملكية بالحياسة في ضوء التشريع الجزائري ، مذكرة ماجيستر ، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمن ميرة 2012 ، ص 13.

مسألة موضوعية تخضع لتقرير قاضي الموضوع في ضوء ظروف وملابسات الدعوى¹.

2- شروط العلانية:

يجب أن تكون الحياسة ظاهرة أو علنية، فالظهور أو المجاهرة معناه ان يجاهر الحائز للشيء الثابت عليه بأنه مالكة دون غيره من الناس ويتمسك بذلك إذا منازعه في حيازته احد، فالحائز يمارس الأعمال المادية على العين التي يجوزها علانية بمرأى ومسمع من الناس كافة فإذا لم يتحقق ذلك كانت الحياسة معيبة بعيب الخفاء².

وهذا و هذا العيب يعد نسبيا حيث يمكن أن تكون الحياسة علنية بالنسبة للناس . وإلا أنها تكون خفية بالنسبة لصاحب الحق، لذا يجوز له وحده أن يحتج بهذا العيب ويزول العيب وتصبح الحياسة صحيحة بمجرد ظهورها وإعلانها بطريقة تمكن صاحب الحق من العلم بها.

وهو ما تقضي به المادة 808 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن الحياسة ان حصلت خفية فلا يكون لها اثر اتجاه من أخفيت عنه إلا من الوقت الذي زال فيه . هذا العيب وبالتالي الحياسة قد تكون علنية بالنسبة للناس كافة ماعدا صاحب الحق فإنها خافية بالنسبة له، ولذلك يكون له وحده أن يحتج بعيب الخفاء دون غيره ،وبالعكس، يستطيع صاحب الحق أن يحتج بعيب ولا يشترط أن يعلم المالك بالحياسة علم اليقين، بل يكفي أن تكون من الظهور بحيث يستطيع المالك ان يعلم بها، ولا يجب

¹ - محمد حسين منصور ، الحقوق العينية و الأصلية و الحقوق المتفرعة منها دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007 ، ص 27.

² - حميدي باشا ، القضاء العقاري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع 34 حي الأبيار بوزريعة الجزائر ، طبعة 2004 .

على الحائز ان يستعمل الشيء دون انقطاع وانما يكفي ان يستعمله كما يستعمله المالك عادة وعلى فترات متقاربة¹.

وإخفاء العقار امر ليس باليسير، اذا يصعب ان يخفي الحائز منزلا يسكنه او يؤجره او يخفي حيازته لأرض زراعية وهو يقوم بزراعتها أو بإيجارها ومع ذلك يمكن أن نتصور شخصا يوسع من كهف في اسفل منزلة تحت أرض جاره دون أن يشعر بذلك ودون أن يترك صاحب الكهف علامة ظاهرة، ففي هذه الحالة تكون حيازة صاحب الكهف للسرداب حيازة خفية، لا يحتج به على الجار لا عن طريق رفع دعوى الحيازة ولا عن طريق التمسك بالتقادم المكسب².

3- الاستمرارية

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

والواجب أن لا ينقطع الحائز عن استعمال الشيء عدا المدة التي ينقطع فيها المالك عادة عن استعمال ملكه، فالحائز الذي يحوز حق الملكية إنما يتصرف في الشيء كمالك، فيجب أن يظهر مظهر المالك في استعماله لهذا الشيء، أما إذا كان يجوز حقا اخر غير حق

¹ - د. قدرى عبد الفتاح الشطاوي ، الحيازة كسب من أسباب الملكية في التشريع المصري و المقارن ، مرجع سابق ، ص 74.

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

الملكية كحق الانتفاع أو الارتفاق أو حق المستأجر فالواجب ان لا ينقطع عن استعمال الحق يحوزه كما لو كان فعلا صعب هذا الحق .

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

وتجدر الإشارة الى ان عيب عدم الاستمرار هو عيب مطلق ، اذا انه يحق لكل ذي مصلحة ان يتمسك به، لأن الحياسة في ذاتها تكون غير مستمرة بالنسبة الى الناس كافة بخلاف العيوب الاخرى للحياسة اليه العيب وحده، وهو ما يستفاد من نص المادة 808 من القانون المدني الجزائري ،ومسألة تقدير ما اذا كانت الحياسة مستمرة أو منقطعة تعد من وسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع¹.

4- الوضوح (عدم الغموض أو اللبس)

يجب أن تكون الحياسة واضحة لا ليس فيها غموض، وإلا لكانت معيبة وما يلاحظ أن عيب اللبس أو الغموض انما يصيب الركن المعنوي للحياسة او عنصر القصد فيها على خلاف العيوب الأخرى التي تصيب الركن المادي فلا يعرف ما اذا كان الحائز يجوز لحساب نفسه او لحساب غيره، وأغلب هذه الحالات تثور في مسائل الملكية الشائعة، ومثال ذلك أن يضع أحد الشركاء يده على العقار للشائع كله فلا يعرف اذا كانت نيته قد اتجهت الى الاستئثار بملكية العقار الشائع كله او انه يدير العقار كله لحساب الشركاء

¹ - عبد المنعم فرج الصدة الحقوق العينية الأصلية ،مرجع سابق ، ص 553.

الباقيين وعيب الغموض أو اللبس هو عيب نسبي فلا يكون له إلا قبل من النسب عليه أمر¹.

الحياسة من حيث الركن المعنوي وهو ما تنص عليه المادة 808 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها انه " اذا كان في الحياسة إلتباس فلا يكون لها اثر تجاه من إلتبس عليه امرها الا من الوقت الذي يزول فيه هذا العيب. "

وتأسيسا على ذلك فإنه وبالنسبة للمثال السابق فإن الحياسة الغامضة عند الشريك على الشيوع لا يكون لها اثر إلا قبل الشركاء الاخرين في الشيوع إذ لا يحتج عليهم بهذه الحياسة الغامضة ولكن يحتج بها على غيرهم وتظل هذه الحياسة غامضة إلى أن ينتفي اللبس فيها ،والذي لا يكون إلا بالمعارضة والمنكرة لحقوق الآخرين فإن لم ينكر ذلك تبقى على الشيوع.

ثانيا: شروط الخاصة

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

1- عدم خضوع الأرض المحاز للمسح العام للأراضي

لقد بييت احكام المادة الاولى من المرسوم 352/83² كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الان للإجراء المحدث بموجب الامر 74 /75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري. "

العقارات مستساغة قانونيا في هذا الصنف الخاص من الحياسة العقارية الاي تتصب على العقارات التي لم تخضع لإجراءات مسح الأراضي العام المستحدث

¹ ميسون زهوين ، إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحياسة ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية 2006-2007 ، ص 17 .

² -المرسوم 83-352 المؤرخ في 21/05/1983 المتضمن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المادة

بموجب الأمر رقم 74-75 وعملية المسح هي الخطوة الأساسية لنظام وثائقه لدى المحافظ العقاري من أجل تحديد حقوق الملكية و الحقوق العينية الأخرى وشهرها في السجل العقاري ، فيمنع قانونا مباشرة أي إجراء لإكتساب الحق أو الإدعاء بالملكية في إطار النظام القانوني للحياسة العقارية على الأراضي الممسوحة¹.

2- عدم وجود سند ملكية للأراضي محل الادعاء بالحياسة

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

3- أن تكون الأرض المحازة من نوع الملك

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني ، المادة 813.

² رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية و الأصلية أسباب كسب الملكية ، ص 304.

وهو ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم 83-352 " كل شخص يجوز في تراب البلدية عقارا من نوع الملك " ونصت المادة 39 من القانون 90-25 يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 813 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-75 المتضمن القانون المدني .

وكذا المادة 2 من المرسوم 91-254 بقولها " لا تقبل العروض إلا إذا كانت الحياسة... وكان الأمر متعلق بأراضي الملك " و أراضي الملك يقصد بها الأملاك العقارية الخاصة، والتي يسري عليها حق التمتع والتصرف والاستغلال وبالرجوع الى القانون المدني فإن الملكية الخاصة نظمتها أحكام المواد 674 وما يليها وهي إما أن تكون تامة تستجمع السلطات الثلاث حق في استعمال الشيء أو استغلاله والتصرف أو مجزئة بتنازل مالكا عن حقه في استعمال الشيء أو إستغلاله لصاحب حق الانتفاع¹.

4- عدم قابلية الأملاك الوطنية والوقفية والعرشية لواقعة الحياسة :

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

أما أراضي العرش فقد اتضح مصيرها بعد تعديل المادة 85 من القانون 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري سنة 1995 طبقا لأحكام المادة 18 بقولها " تبقى ملكا للدولة أراضي العرش " .

¹ -محمدي فريدة (زواوي) التقادم المكسب المرجع سابق ، ص 34 .

د. محمد حسين قاسم ، موجز الحقوق العينية والأصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2005 ، ص 50.

وقد يعاد النظر في هذا الصنف من العقار في إطار العقار المخصص للسكن الريفى للمستفدين من الإعلانات المالية المباشرة لهذا النوع من البرامج وذلك بموجب التعليمات الحكومة رقم 121 المؤرخة في 2008/08/03.

أما الأراضى الوقفية أو أراضى الحبس كانت ملكية تامة رصدت أساسا لمؤسسة خيرية أو لمصلحة عامة، فلقد كرسست قرارات المحكمة العليا هذا الحظر والمنع عن قابلية الحياسة والسيطرة المادية والتقادم المكسب على هذا الصنف من العقار، بقولها "حيث انه لا يجوز التمسك بالتقادم في إستغلال الأراضى المحبوسة لإنعدام نية التملك " وكذلك القضاء بإبطال عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب.

الفرع الثانى: مجال الحياسة

تعتبر الحياسة المظهر الخارجى لوجود حق عينى، فهى ترد على الأموال، كما ترد أيضا على الحقوق.

أولا : محل الحياسة من حيث الأموال :

محل الحياسة من حيث الأموال تنقسم إلى قسمين: هناك أموال قابلة للحياسة وأموال لا تقبل أن تكون محلا للحياسة.

1- الأموال القابلة للحياسة: يشترط فيها أن يكون الشيء محل الحياسة قابلا لأن يرد عليه حق عينى، ويكون مما يجوز كسبه بالتقادم، وعلى هذا فحياسة الأموال العقارية التى يجوز التعامل فيها جائزة سواء كان الحائز مغتصبا أو كان صاحب حق عينى على الشيء¹.

فالحياسة ترد على العقارات بجميع أنواعها، سواء كانت عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص، وكما نجدها ترد على الحصاة المفترزة، وكذا على الحصاة الشائعة.

¹ - محمدي زواوي فريدة، الحياسة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص8.

فالحياسة في حالة الشيوخ هي حياسة يشترك فيها أكثر من شخص، وكل منهم يحوز الحق شائعاً مع سائر الشركاء، ويكون لكل منهم القيام بالأعمال اللازمة بشرط أن لا يعرقل ذلك بقية شركائه في القيام بمثل تلك الأعمال.

2- الأموال غير قابلة للحياسة: الأموال غير القابلة للحياسة فهي عديدة، وذلك يرجع إلى خروجها من دائرة التعامل سواء بحكم طبيعتها أو بحكم القانون. فالأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها، هي التي لا يستطيع أن يستأثر بها أحد مثل الهواء، الماء واستعمالها يكون مباح لكافة الناس.

أما الأشياء التي تخرج عن دائرة التعامل بحكم القانون، فهي أشياء لا يجوز حيازتها وهي: الأموال العامة للدولة، الأموال الخاصة التابعة للدولة والأموال الوقفية.

أ- الأموال العامة للدولة: الأموال العامة هي مجموع العقارات مهما اختلفت طبيعتها القانونية، التي تشكل الحافظة العقارية الوطنية، وتكون تحت تسيير وتصرف الدولة بما أنها تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، حيث لا يمكن التنازل عنها، أو التصرف فيها بأي تصرف قانوني، أو توقيع الحجز عليها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، والعقارات العامة تشمل الطرق، الشوارع، السكك الحديدية، الأنهار والشواطئ..

والتي لا تنتقل ملكيتها للخواص بالحياسة ما دامت مخصصة للمنفعة العامة، ولكن يمكن للحائز أن يحصل على ترخيص في استعمال ذلك المال، وبهذا تحميه دعوى الحياسة ضد الغير وليس ضد الإدارة المرخصة .

وكما لا يجوز حيازة المال العام، فهي غير قابلة للتملك وفي هذا الصدد نصت المادة 689 من ق م ج على أنه "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم".

وكذا نجد أحكام المادة 4 من قانون 90-30 المتضمن الأملاك الوطنية والتي تنص: " الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف والتقادم ولا الحجز وتخضع إدارة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة والتصرف فيها وفقا لهذا القانون وأحكام التشريع المعمول به.¹

نستنتج من هذه المادة أن الأموال العامة التابعة للدولة غير قابلة للتصرف والحجز والتقادم.

ب - الأملاك الخاصة التابعة للدولة: وفقا لأحكام المادة 17 من القانون 90-30 التي تنص على: " تشمل الأملاك الوطنية الخاصة، التابعة للدولة، الولاية والبلدية ما يلي:

العقارات والمنقولات المختلفة الأنواع المضافة في الأملاك الوطنية العمومية، الحقوق والقيم المنقولة اقتنتها، أو حققتها الدولة، أو الجماعات المحلية في إطار القانون، الأملاك والحقوق الناتجة عن تجزئة حق الملكية التي تؤول إلى الدولة، الولاية والبلدية والتي استولت عليها وشغلت دون حق ومن غير سند، واستردادها بالطرق القانونية". نستخلص من المادة أن الأملاك العقارية الخاصة تشمل عقارات مختلفة وقد تكون أملاك في ذمة الدولة، الولاية أو البلدية، وتسيير هذه الأملاك من طرف الدولة بواسطة هيئاتها المتخصصة، والتي تقوم بجرد مختلف هذه الأملاك وإحصائها، وتنظيم كفيات التنازل عنها.

لا يجوز حيازة الأموال الخاصة بالدولة أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم وهي أموال غير مخصصة للنفع العام، إذ تعتبر ملكية مدنية كملكية الأفراد ويكون التصرف فيها كتصرف الأفراد في أموالهم الخاصة، وأسباب كسبها هي نفس أسباب كسب الملكية الخاصة للأفراد.

¹ - قانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر ، عدد 52 ، سنة 1990.

وعليه فإن الحق في التصرف ليس معناه أبداً تخويل الحق في الخضوع إلى الحياسة وترتيب جميع آثارها.

وهذا ما جاء متماشياً مع أحكام الاجتهاد القضائي لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة، وكذا نجد أراضي العرش أصبحت ضمن أملاك الدولة الخاصة لذا لا يجوز حيازتها.

ج - الأملاك الوقفية: هي أملاك محبوسة عن التمليك من أصحابها من أجل صرف منفعتها في وجه البر كالمساجد و المستشفيات و كافة العقارات المخصصة للعبادة والتعليم.

ولا تكسب الأملاك الوقفية بالتقادم المكسب، أو المسقط، ولا بالتنازل عنها مهما كانت صفة المتنازل له.

إن الأساس القانوني لتنظيم الأملاك الوقفية يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وتستند إدارة واستغلال الأملاك الوقفية إلى مديريات الشؤون الدينية على المستوى الولائي، كونها هي المخولة قانوناً بإبرام عقود إيجارها مع الغير بغرض استثمارها، والقاعدة العامة في إيجار الأملاك الوقفية هو المزداد العلني، حتى يعطي الحق لجميع الأفراد، وعملية المزايمة تكون تحت إشراف مدير الشؤون الدينية والأوقاف .

ثانياً- محل الحياسة العقارية من حيث الحقوق

هناك حقوق يمكن أن ترد عليها الحياسة وحقوق أخرى لا تصلح أن تكون محلاً للحياسة، فالحقوق التي يجوز حيازتها هي الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والحقوق العينية التبعية، لأن هذه الحقوق تمنح لصاحبها حق استعمال والاستغلال وحق التصرف، أو أي حق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية على شيء مادي معين، مع القصد إلى استعمال هذا الحق كما في حقوق الانتفاع والاستعمال، وهذا ما يعرف بحياسة الحقوق.

أما الحقوق التي لا تخضع للحياسة أي لا يجوز حيازتها هي الحقوق الشخصية والحقوق المعنوية، فالحق الشخصي يترتب في ذمة المدين به وهذه الذمة شيء معنوي لا يمكن حيازته، فمثلا المستأجر والمستعر ليس لأي واحد منهما حق عيني في العين المؤجرة أو الشيء المعار، بل لديهما حق شخصي، وهذا الأخير لا يجوز أن يكون محلا للحياسة.

وكذا نجد الحق المعنوي الذي لا يمكن أن يكون محلا للحياسة، لأن هذه الأخيرة لا ترد إلا على الأشياء المادية التي تكون محلا للحقوق العينية، فلا يصح أن ترد على الحقوق المعنوية والتي هي أشياء غير مادية كحق الفنان في مبدكراته والمؤلف في مؤلفاته العلمية .

الفصل الثاني

إثبات الحيابة العقارية

تمهيد

نتج عن الإصلاحات الإقتصادية التي تبنتها الدولة الجزائرية مشاريع إستثمارية ضخمة يتطلب تمويلها القرض العقاري والذي يشترط تسوية الوضعية القانونية للعقارات محل الإستثمارات الأمر الذي فرض على الدولة الجزائرية السبل المناسبة لتنظيم الوعاء العقاري إذا قام المشرع الجزائري بسن القانون الأمر رقم 74/75¹ الذي يضمن إعداد ومسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري، وذلك بهدف تسوية الوضعية القانونية للعقارات وذلك بإعداد مخططات المسح العقاري العام كانت قد إعتمدت على آليات سابقة تتمثل في تطبيق الوسائل العامة ، وذلك عن طريق تطبيق القواعد المقررة في القانون المدني المتعلقة بالتقادم المكسب أو عن طريق تسوية العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 المتضمنة معاملات عقارية أو حقوق عينية عقارية سواء بتدخل القضاء أو بتحرير عقد موثق يقبل الإيداع².

وسنتناول بالدراسة في هذا المبحث الحكم القضائي المكرس للتقادم و بعدها نقوم بمعالجة شهر حكم تثبيت التقادم المكسب في المطلب الثاني .

¹ - أمر رقم 74/75 في 12 نوفمبر سنة 1975 ، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل التجاري ، ج.ر.ج. عدد 92 الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975 .

² - محمودي عبد العزيز ، اليات تطهير الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، منشورات بغددي الجزائر ، 2009 ، ص 95-96.

المبحث الأول : الوسائل العامة فثبات الحيابة العقارية

يخول القانون لصاحب الحق العقاري المعتدي عليه اللجوء إلى الجهات القضائية المدنية لوقف أشكال الاعتداء والحكم بالتعويض إذا إقتضى الأمر ذلك والى جانب هذه الحماية المدنية للحقوق العقارية اقر المشرع الجزائي منح حماية الملكية العقارية الى القضاء الجزائي، والهدف من الحماية الجزائية هو ردع كل إعتداء أو إتلاف أو تخريب وذلك بالنص على عقوبات لكل مخالف اذا يعتبر التجريم إحدى أهم الوسائل التي تشكل حماية فعالة للأمالك العقارية الخاصة نظرا لإرتباط الافعال بالعقوبات وهو ما يؤدي إلى الردع العام والخاص

ومن خلال دراسة النصوص القانونية بحماية الملكية العقارية نجد أن المشرع الجزائي نص على جريمة التعدي على الملكية العقارية في المادة 386 من قانون العقوبات، وإشترط لقيامها مجموعة من العناصر التي تشكل الاركان القانونية لجريمة التعدي على الملكية العقارية، كما أن القضاء في ظل ممارساته كرس مبادئ هامة تتعلق بهذه الجريمة.

المطلب الأول :إثبات الحيابة عن طريق الحكم القضائي المكرس للتقادم المكسب .

لايترتب التقادم المكسب للملكية عند الحيابة المستوفية للمدة المقررة قانونا تلقائيا ، بل يجب على الحائز التمسك بالتقادم المكسب أمام القضاء وإستصدار حكم قضائي يكرس التقادم المكسب وبالتالي سندرس في هذا المطلب شروط تثبيت التقادم المكسب عن طريق حكم قضائي في الفرع الأول ثم التطرق للطرق الإجرائية للتمسك بالتقادم المكسب في الفرع الثاني ، وأخيرا نتناول شهر الحكم القضائي المثبت للتقادم المكسب في المطلب الثاني نعالج في الفرع الأول شهر حكم تثبيت التقادم المكسب وفق النظام الشهر الشخصي أما في الفرع الثاني شهر الحكم التقادم المكسب وفق لنظام الشهر العيني .

الفرع الأول : شروط تثبيت التقادم المكسب عن طريق الحكم القضائي

تنص المادة 321 فقرة 1 من القانون المدني " لا يجوز للمحكمة أن تقتضي تلقائيا بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على الطلب المدين أو دائن ، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به¹.

يستنتج من المادة السابقة أنه ولكي تقضي المحكمة بالتقادم المكسب يجب على الحائز التمسك بالتقادم المكسب أولا ويتمسك به كل من له مصلحة في ذلك (ثانيا) .

أولا : التمسك بالتقادم المكسب

التمسك بالتقادم المكسب ليس من النظام العام وبالتالي فالقاضي لا يثيره من تلقاء نفسه وإنما يجب على الحائز أو صاحب المصلحة التمسك به أمام القضاء بأن يطالب بإعمال التقادم المكسب للملكية² ، ويجب على المحكمة أن تحكم بالتقادم المكسب إذا توافرت شروطه ، إذا ليس للمحكمة سلطة تقديرية في ذلك³.

كما يمكن للحائز التمسك بالتقادم على المستوى الدرجة الثانية ، فبخلاف 2/321 للحائز التمسك بالتقادم المكسب في أية حالة كانت عليها الدعوى⁴. كما قضت المحكمة العليا في القرار الصادر منها رقم 205549 بتاريخ 2001/02/28 بجواز التمسك بالتقادم المكسب أمام المجلس القضائي والذي جاء في حيثياته " فإن قضاة إعتبروا تمسك الطاعن في مرحلة الإستئناف بالتقادم المكسب إستنادا إلى المادة 827 من القانون المدني في رده للدعوى الطرد المرفوعة ضده طلبا جديدا مستدلينا في ذلك أحكام المادة 107 من القانون الإجراءات المدنية والحال أن الدفع بالتقادم المكسب في مواجهة دعوى الملكية إنما هو دفاع في الدعوى الأصلية طبقا لما جاء في الشرط الأول من ذات المادة يمكن إثارته

¹ - أمر رقم 58/75 في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ج.ر.ج.ج ، عدد 78 بتاريخ 30 سبتمبر 1975

² - رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2002 ، ص 415.

³ - محمد حسين قاسم موجز الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، ب.ت ، ص 381.

⁴ - تنص المادة 341 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "لانتقل الطلبات الجديدة في الإستئناف ماعدا الدفع بالمقاصة وطلبات إستبعاد الإدعاءات المقابلة أو الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير أو حدوث أو إكتشاف واقفة".

أمام في أي مرحلة كانت عليها ومن هنا كان قضاة الموضوع التصدي لهذا الدفع والتقارير على ضوء العناصر المتوفرة لديهم في الدعوى¹.

ويعود إشتراط القانون على ذي المصلحة بالتمسك بالتقادم المكسب لأسباب منها أن كسب الحق ليس من النظام العام ، فبالرغم من كون التقادم مبني على إعتبرات المصلحة وإستقرار المعاملات إلا أنه يتصل صلة وثيقة بالحائز ، فإذا أراد أن يتمسك بالتقادم كان له ذلك وإذا أراد النزول عنه يمكن له ذلك كما أن التمسك بالتقادم المكسب مرتبط بضمير الحائز ، فإذا يتأكد من وجود حق له تمسك بالتقادم²، أما إذا كان يدرك بأن لا حق به، فقد منح له القانون إمكانية النزول عن التمسك بالتقادم كما أن التقادم يثير وقائع كثير وتصبح من مهمة القاضي في إستخلاصها مما هو موجود في المستندات والوثائق، إذا يجب على الخصوم إثارة التقادم المكسب ومناقشته لكي يظهر وجه الحق فيه³.

ثانيا : أصحاب المصلحة في التمسك بالتقادم المكسب .

طبقا للمادة 321 فقرة 1 من القانون المدني يحق لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم المكسب وبالتالي يجوز لدائن الحائز التمسك بالتقادم نيابة عن الحائز عن طريق الدعوى الغير المباشرة وتكمن مصلحة الدائن في التمسك بالتقادم المكسب⁴ في حالة ما إذا كان المدين معسرا ، مما يمكن الدائن التنفيذ على مال المدين ، كما أن المدين لا يمكن له الدفع بأن الدعوى غير المباشرة لا يجوز إستعمالها لمباشرة حق متصل بشخص المدين⁵.

الفرع الثاني : طرق التمسك بالتقادم المكسب .

إذا إستوفت الحيابة مدة التقادم المكسب يصبح الحائز مالك أو صاحب حق عيني حتى وإن لم يتمسك بذلك أمام القضاء وللحائز أن يدافع عن حقه سواء عن طريق الدعوى أو عن عن طريق الدفع ، ففي حالة إغتصاب حقه من طرف الغير بإمكانه رفع دعوى

¹ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المرجع السابق .

² - المحكمة العليا الغرفة العقارية قرار رقم 205549 مؤرخ 2001/02/28 المجلة القضائية العدد 02 ، 2001 ص 263.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 09 ، المجلد الثاني ، ط 03 ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، 2000 ، ص 1060-1061-1062.

⁴ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المرجع السابق .

⁵ - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 417.

الإستحقاق و التمسك بالملكية المكتسبة بالتقادم (أولاً) ، أما إذا رفع عليه المالك الحقيقي دعوى الإستحقاق يمكن للحائز الدفع بالتقادم المكسب (ثانياً).

أولاً : التمسك بالتقادم المكسب عن طريق الدعوى القضائية .

بموجب القواعد العامة للإجراءات المدنية بحق لحائز العقار أو الحق العيني العقاري أن يرفع دعوى قضائية للحصول على حقه أو حمايته من إعتداء تطبيقاً لنص المادة 03 من ق.إ.م.إ. و التي تنص : " يجوز لكل شخص دعي حقه رفع الدعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته¹، ويجب على الحائز الذي يدعي بتملك العقار أو الحق العيني العقاري أو يعين بدقة وإن يبين حدوده ومساحته ونوع السند الصحيح في حالة تمسكه بالتقادم القصير المنصوص عليه في المادة 828 من القانون²، كما يجب على الحائز أن يحدد الطبيعة القانونية للعقار من حيث النوع القانوني ذلك لتجنب رفض إشهار الحكم أو القرار النهائي المثبت للملكية الخاصة عن طريق التقادم.

ويتوجب على القاضي تفحص الملف التقني الذي يدعم به الحائز العريضة الإفتتاحية لدعواه وذلك للتأكد من إحتواء الملف للوثائق التالية :

- وجود مخطط بياني للملكية معد من طرف خبير
- وجود شهادة طبية من البلدية تثبت أن العقار لايدخل ضمن الأملاك البلدية أو إحتيطاتها العقارية .
- وجود شهادة من إدارة أملاك الدولة تثبت الطبيعة القانونية للعقار ، وذلك بأن يكون العقار لا يدخل ضمن أملاك الدولة .
- وجود شهادة من المحافظة العقارية تحدد الوضعية القانونية للعقار إذا كان محل عقد الملكية مشهر في السابق .

¹- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و، ج.ر.ج.ج. ، عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008.

²- تنص المادة 828 من القانون المدني " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشرة 10 سنوات .

ثانيا : التمسك بالتقادم المكسب عن طريق الدفع

يعني عن وجوب التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى القضائية أن يكون التقادم دفع مقابل في الدعوى الأصلية التي رفعها ضده المالك وجب على الحائز إبداء هذا الدفع التمسك به ¹.

ويجوز الدفع بالتقادم المكسب في أية مرحلة كانت عليها الدعوى لكن لا يقبل هذا الدفع أمام محكمة النقض لكون الدفع بالتقادم المكسب لا يتعلق بالنظام العام ². و العلة من جواز الدفع بالتقادم المكسب في أي مرحلة كانت عليها الدعوى لكونه دفع موضوعي طبقا للفقرة الثانية من المادة 321 من القانون المدني والتي تنص " يجوز التمسك بالتقادم في أية حالة من الحالات الدعوى ولو أما محكمة الإستئنافية " ³. كما أن القانون يسمح لكل ذي مصلحة التمسك بالتقادم المكسب وبالتالي يمكن لكل من الحائز وورثته ودائنيه التمسك بالتقادم المكسب طبقا لنص المادة 321 من القانون المدني ⁴.

المطلب الثاني : شهر حكم تثبيت التقادم المكسب

لا تنتقل الملكية أو الحق العيني أو العقاري أمن إستصدر حكم أو قرار قضائي يقضي بتثبيت التقادم المكسب لمصلحة إلا بعد إتمام إجراءات الشهر العقاري ، وهو ما يستفاد من نص 793 من القانون المدني و التي تنص : " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في الحق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الإشهار ⁵.

¹ - قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسب من أسباب الملكية في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 387-388.

² - محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية الأصلية، ج 2، أسباب كسب الملكية ، ط02 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ، 1996 ص 306.

³ - أمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم المرجع السابق

⁴ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم نفس المرجع .

⁵ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم نفس المرجع .

الفرع الأول : شهر حكم تثبيت التقادم المكسب وفقا لنظام الشهر الشخصي

في ظل نظام الشهر الشخصي يتم شهر التصرفات الواقعة على العقار إستنادا إلى أسماء المتصرفين في العقار وبالتالي فالحكم أو القرار القضائي المثبت للتقادم المكسب بشهر طبقا لنص المادة 90 من الرسوم التنفيذية رقم 63-76 المؤرخ في 1975/03/25 ، " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط و السلطات الإدارية أن يعلموا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار و المحررة من قبلهمأو بمسعدتهم وذلك ضمن الأجل المحددة في المادة 99 و بكيفية مستقلة عن إرادة الاطراف " ¹.

وبشهر حكم القضائي عن طريق القيد في البطاقات العقارية دون ذكر مرجع الملكية لكون الحكم القضائي بمثابة إجراء لول للعقار موضوع الحكم المثبت للتقادم المكسب وبالتالي إعفائه من قاعدة الشهر السابق ².

و في هذا السياق تنص المادة 114 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 ظ: خلافا لأحكام المادة 66 من هذا المرسوم وعند عدم وجود مخطط لمسح الاراضي ، فإن كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يسبب فيه بالنسبة لكل عقار ريفي مشار إليه في المادة السابقة ما يلي :

- نوع العقار

- موقعه

- محتوياته

وفضل عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي و المحافظة العقارية وفي حالة عدم وجود ذلك أسماء الملاك المجاورين " ³.

الفرع الثاني : شهر حكم تثبيت التقادم المكسب وفقا لنظام الشهر العيني .

في ظل هذا النظام يشهر العقار وفقا للبيانات المتعلقة به عكس نظام الشهر الشخصي الذي يتم وفقا للأسماء المالكين و بالنظر إلى القوة الثبوتية التي تميز نظام الشهر العيني يطرح

¹ مرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 بتأسيس السجل العقاري ج.ج.ج ، عدد 30 بتاريخ 13 أفريل 1976.

² حمدي باشا عمر و ليلي زروقي ، المنازعات العقارية دار هوميه، الجزائر ، 2015 ، ص 248 .

³ مرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 بتأسيس السجل العقاري .

الإشكال شهر الأحكام القضائية المثبتة للتقادم المكسب لعقارات حررت بشأنها سندات ملكية مشهورة في السجل العقاري ، كما أن المشرع الجزائري لم يحظر صراحة تملك العقارات التي خضعت لعملية المسح .

و المادة 39 من قانون التوجيه العقاري و الأمر رقم 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري أنه لايمكن أعمال التقادم المكسب على العقارات الممسوحة¹.

¹-محمد على أمين ، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، 1993 ، ص

المبحث الثاني: سقوط الحيابة العقارية وحمايتها

المطلب الأول : زوال الحيابة العقارية .

تكتسب الحيابة بتوافر العنصرين المادي والمعنوي وهما عنصران متلازمان يؤدي فقدانهما أو فقدان أحدهما إلى زوال الحيابة فإذا زالت السيطرة الفعلية للحائز على الحق زالت حيازته كما تزول بزوال عنصرها المعنوي .

الفرع الأول: زوال الحيابة بفقدان ركنيها .

تزول الحيابة بداهة إذا فقد الحائز عنصرها المادي والمعنوي معا فقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد إستعمال الحق لحساب نفسه ويتحقق ذلك في الحالات التالية :

أولا : بالإرادة المنفردة للحائز :

يتخلى الحائز عن حيازته للشيء بإرادته المنفردة إذ يتخلى عن سيطرته المادية على الشيء وكذا عن قصد إستعماله لحساب نفسه ، أي تزول عن العنصرين المادي والمعنوي فإذا كان الشيء عقارا ، زالت الحيابة والملكية معا متى كان قصد الحائز من التخلي عن الحيابة هو التخلي عن الملكية¹ دون ان ينقل الحيابة إلى غيره من الناس سواء ككان الشيء المحاز عقارا أو منقولا و تعرف هذه الحالة بالترك او ما التخلي النهائي و للتخلي عن الحيابة المنقول أثر فوري ، فلا يستطيع أن يسترد حيازته مدام قد تخلى عنها ماديا قصد بذلك تركا نهائيا وهنا تزول الحيابة و الملكية معا حيث يأخذ المنقول حكم المال المباح الذي لا مالك له ، وبالتالي يحاز مرة أرى ويتملك بالإستيلاء ، أما في العقار بإختياره إذا فقد السيطرة المادية على العقار والقصد لمباشرتها لحساب النفس ، ولكنه في هذه الحالة تزول الحيابة ولا تزول الملكية .

ثانيا :فقد الحيابة بالتصرف القانوني :

يتحقق زوال الحيابة بالتصرف القانوني من قبل الحائز في الشيء المحاز سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها من أنواع التصرف .

¹ – Emerentine Gaudin et .jean Radouat , Emcyclopédie , DALLOZ , prescription CIVILE 1974 page 123.

وهذا يحدث الزوال بإرادتين متطابقتين لكل من الحائز وخلفه الخاص ، حيث يفقد الحائز الحيابة بفقدان السيطرة المادية على الشيء ونية إستعمال الحق لحساب النفس ويقوم بتسليم الشيء محل الحيابة لخلفه الخاص الذي يبدأ حيازة جديدة مستقلة عن الحيابة الأولى بمجرد تسلّم المحاز وبدء السيطرة عليه¹.

ثالثا : فقد الحيابة رغما عن الحائز

فقد يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء محل الحيابة رغما عنه وذلك في حالة القوة القاهرة و الظروف الطارئة ومثال ذلك ، أن يؤدي زلزال إلى تحطيم وتهديم عقار محل الحيابة وبقدان السيطرة المادية على محل الحيابة يفقد الحائز العنصر المعنوي تبعا لذلك².

الفرع الثاني : زوال الحيابة بفقدان ركنها المادي وحده

يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء المحاز إذا إغتصب منه بفعل الغير كالسرقة كالسرقة أو ضاع منه كأن يفلت الشيء من يدي الحائز كأن يكون حيوانا و يهرب أو منقولا و يضيع .

ويفقد الحائز العنصر المادي حين يصبح غير متن من السيطرة المادية على الشيء لا بنفسه ولا بواسطة غيره إذا نحن نعلم انه تجوز الحيابة بواسطة الغير فالعنصر المادي في هذه الحالة لم يفقد ، فعندما يعهد الحائز بالعين إلى غيره كالمستأجر مثلا فإن هذا الأخير يجوز حيازة عرضية فقط و يبقى الحائز يجوز حيازة قانونية بواسطة غيره³.

ويفقدان العنصر المادي تزول الحياة ولكن إذا كان بإستطاعته الحائز السيطرة على المحاز من جديد ، كأن يكون المانع الذي حال دون مانعا وقتيا فيجوز أن تستمر الحيابة بواسطة العنصر المعنوي وحده إلى حين إسترجاع الحائز قدرته على السيطرة على الشيء .

أولا: فقد الحائز لحيابة المنقول .

¹ - عبد الرحيم سمية ، الحماية في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستر ، فرع القانون العقاري ، جامعة ملود معمري ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، ص 27.

² - محمد على أمين، مرجع سابق ، ص 80.

³ - عبد الرزاق اجمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 902.

تزول حيازة المنقول بمجرد فقد الحائز السيطرة الفعلية عليه سواء بنفسه أو بواسطة غيره وذلك حتى لو إستبقى العنصر المعنوي لديه غير أنه لا يفقد الشخص حيازة المنقول بمجرد سرقة أو ضياع الشيء المحاز إذ يجيز القانون للحائز إسترداد المنقول المسروق أو الضائع خلال ثلاث سنوات .

ثانيا : فقد الحائز لحيازة العقار

يبقى الحائز رغم فقدته للعنصر المادي حائزا للعقار وذلك بإحتفاظه بالعنصر المعنوي وحده ويشترط لهذا أن يبقى العقار تحت تصرف الحائز و أن تحول دون ممارسة السيطرة المادية عليه ظروف طبيعية كالفيزانات مثلا أو تكون طبيعة العقاري لا تتطرف اعمالا مادية مستمرة عليه .

وذلك شريطة ألا يستولي الغير على هذا العقار¹ إذا يصبح الحائز الجديد بعد مرور سنة حائزا قانونيا للعقار ويستطيع بالتالي حماية حيازته بجميع دعاوى الحيازة ، فطبقا للمادة 816 ق. مدني يحتفظ الحائز السابق بالعقار بشرط أن يسترده خلال السنة التالية لفقده و إلا فقد حيازته على العقار بعد مرور سنة من حيازة الغير له حيازة قانونية خالية من العيوب كما قد تفقد الحيازة إلا إذا فقد الحائز عنصر القصد في أن يجوز الشيء لحساب نفسه فيعقد بذلك العنصر المعنوي للحيازة مع إستبقائه للسيطرة المادية على الشيء ، إذا كان يستبقيه نيابة عن إنتقل إليه الشيء فيتحول ذلك الحائز الأصلي إلى حائز عرضي أو على سبيل الرخصة أو التنازل .

ومثاله : إقرار الحائز بحق المالك و تحوله إلى مستعير².

وقد نصت المادة 814 من القانون المدني مايلي : تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها ، غير أنه إذا كان السلف سيء النية جز له أن يتمسك بحسن نية...."³.
لقد أصبغ القانون على حيازة بحد ذاتها حماية خاصة، سواء كان الحائز حسن النية أو سيئها فالحيازة هي السلطة فعلية يباشرها الحائز على شيء ما وهذه السلطة الفعلية قد

¹ - المادة 863 ، ق مدني ج.

² - محمد على أمسن ، المرجع السابق ، ص 87.

³ -emerntine gaudin et jeanradout , encyclopédie dalloz , prescription civile 1974 , page 123.

تكون مسندة إلى حق يعترف به القانون للحائز حين يكون الحائز مالك للشيء أو صاحب حق عيني آخره

كما إعتبرت حماية الحيابة في ذاتها ويصرف النظر عن الحق الذي قد تستند إليه هي الأسلوب الطبيعي الذي تتحقق من خلاله ضمانات سير العدالة وإستقرار المراكز القانونية عن طريق دعاوي خاصة وهي دعاوي الحيابة الثلاث .

فالقانون يحمي الحيابة كما يحم الملكية وترجع مبررات الحماية إلى :

- إقرار النظام والأمن في المجتمع لأنه لايجوز للغير التعدي على هذه الحيابة كما لا يسمح له بالقيام بإنتراع الحيابة بالقوة¹.

القانون يحمي الحيابة لما لها من فائدة في تحقيق مصلحة الحائز و يظهر في أنها :

- قرينة على الحق المادة 831² من ق.مدني ج.

- الحيابة وسيلة لكسب الحق³

المطلب الثاني : حماية الحيابة عن طريق النيابة العامة وعن طريق القضاء المستعجل

نظرا لخطورة الإعتداء على الحيابة ، ولأن الواقع العملي يشهد تزايد متتابعاً في منازعات الحيابة سواء تلك المتعلقة بالعقار أو بالمنقول ، والذي يبلغ درجة الجريمة في بعض الأحيان ، وحتى لا يقيم الحائز العدل بنفسه مما يؤدي إلى الإخلال بالنظام العام وزعزعة الأمن وعدم الإستقرار في المجتمع، فقد حاول المشرع تكريس حماية فعالة للحيابة من مختلف النواحي ومن بينها الناحية الجزائية التي تمر أولاً عبر النيابة العامة بوصفها النائبة عن المجتمع في الحفاظ على أمنه وسلامته وهذا وفقاً للحدود التي رسمها لها المشرع في قانون العقوبات والتي كرسها الإجتهد القضائي في العديد من قراراته ، فمتى قامت الدلائل الكافية على جدية الإتهام في الجرائم المتعلقة بالحيابة المستهدفة بالحماية الجزائية وجب على النيابة العامة التدخل لوقف الإعتداء، و حماية تلك الحيابة لحين فصل القضاء الجزائي فيها وتقرير العقاب للمعتدي.

¹- سيف النصر ، سليمان محمد ، مرجع القاضي و المتقاضي في الحيابة ، دار محمود للنشر و التوزيع ، القاهرة ، مصر ، 1995، ص 08.

²- مادة 831 من ق. مدني ج " الحائز للحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك " .

³- بوبشير محند أمقران ، شرح قانون الإجراءات المدنية ، ج 01 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2006 ، ص 53.

و الحيابة المستهدفة بالحماية الجزائية هي الحيابة الفعلية بقطع النظر عن الملكية أو الحيابة الشرعية أو الأحقية في وضع اليد والحكمة في ذلك ترجع كما سبق الذكر إلى رغبة المشرع في منع الإخلال بالنظام العام من الأشخاص الذين يدعون بحق لهم ويحاولون الحصول عليه بأنفسهم ،وعلى ذلك فإن الحيابة المقصودة بالحماية الجزائية سواء عن طريق النيابة العامة أو القضاء الجزائي ليست هي الحيابة بمفهومها في القانون المدني والتي يحميها بدعاوى الحيابة الثلاث وإنما هي الحيابة الفعلية بغض النظر عن مدة الحيابة سواء طال أو قصرت أو عن أحقية المتهم في أن يكون هو الحائر ، فالحائر الفعلي سواء كان مالكا للعقار أو غير مالك ، له الحق في أن تحمي حيازته حتى تنتزع منه بالطريق القانوني ، المهم أن تكون الحيابة مستمرة وغير منقطعة. وبذلك فالصورة المثلى لحماية الحيابة المتعلقة بالعقار هي جريمة التعدي على الملكية العقارية المنصوص والمعاقب عليها في المادة 386 من قانون العقوبات ، إضافة إلى إمكانية إعتبار جريمة إقتحام حرمة المنزل (المادة 295 من نفس القانون) من صور الحماية الجزائية لحيابة العقار رغم أنها تتدرج ضمن حماية الحريات الفردية ولم تبرز ضمن حماية العقار وهاتين الصورتين كشف عنهما الإجتهد القضائي في العديد من قراراته على أساس أن القانون لم ينص ولم يشر إلى عنصر الحيابة.

أما فيما يخص حماية الحيابة المتعلقة بالمنقول فتبرز من خلال العديد من المواد الواردة في قانون العقوبات كجريمة الإختلاس (م 119 ، 120)، جريمة السرقة (م 350، 361) ، جرائم تبديد الأشياء المحجوزة والموضوعة تحت الحراسة (م364)، إضافة إلى بعض المخالفات كتلك الواردة في المواد 444 و 450 و 464 ، وإزاء هذا التعدي على الحيابة بصورتها أي حيابة العقار و حيابة المنقول فإن النيابة العامة عند تدخلها لغرض حماية هذه الحيابة، فإنها وبمجرد عرض الشكوى أو تلقي محاضر الضبطية القضائية وبعد سماع أقوال أطراف النزاع وإجراء التحقيقات اللازمة، فإذا ما رأت أن جميع الأركان تشكل جريمة وفقا لقانون العقوبات فإنها ملزمة بأخذ موقف في هذه الحالة وذلك بتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجزائي، وتنفيذ الأحكام الصادرة عنه ، أي أن موقفها يتمثل في المتابعة. أما إذا رأت عدم قيام الإستدلالات الكافية على قيام الجريمة أو لوجود قيود تحول بينها وبين تحريك الدعوى

العمومية ومباشرتها فإنها تقوم بحفظ الأوراق بقرار قابل للإلغاء والتراجع عنه في حالة ظهور مستجدات تكشف عن حقيقة الجريمة المرتكبة أو حقيقة الفاعل .

الفرع الأول : حماية الحيابة عن طريق النيابة العامة

أولا : حالات تدخل النيابة العامة لحماية الحيابة

عند سماعنا لعبارة تدخل النيابة العامة لحماية الحيابة، يتبادر الى أذهاننا تدخلها في المنازعات المدنية المتعلقة بالحيابة أي في دعاوى منع التعرض، وإسترداد الحيابة ووقف الأعمال الجديدة، غير أننا نعلم أن السلطة الأساسية للنيابة العامة هي مباشرة الدعوى العمومية، وبذلك يخرج من نطاق إختصاصها الدعوى المدنية.

غير أن التدخل الذي نقصده في هذا الموضوع هو الحماية الجزائية للحيابة، أي الحالات التي يكتفي فيها المشرع بحيابة الشخص للعقار أو المنقول محل الإعتداء والتي نص عليها في قانون العقوبات، فكان تدخلها هذا من أجل رعاية المصلحة العامة وتطبيق القانون تطبيقا سليما لتحقيق السير الحسن للعدالة وقد ساهم القضاء كثيرا في كشف بعض الحالات التي تتدخل فيها النيابة العامة لحماية الحيابة، والتي لم يوردها المشرع صراحة في المواد الواردة في قانون العقوبات ومثال ذلك جنحة إقتحام حرمة المنزل و جنحة التعدي على الملكية العقارية، ففي هاتين الحالتين تتدخل النيابة العامة للتصدي للإعتداء الذي يقع على حيابة العقار.

وإذا كان قاضي الموضوع الذي ينظر في دعاوى الحيابة المدنية أو القاضي الإستعجالي لا يتدخل في حماية حيابة المنقول عن طريق الدعوى الثلاث السالفة الذكر لأن الحيابة في المنقول تختلط بالملكية، فإن مجال تدخل النيابة العامة لحماية حيابة المنقول عكس ذلك، إذ يبرز ذلك في العديد من صور الجرائم التي تعرض عليها كالسرقة، إتلاف أو تبيد الأشياء المحجوزة، خيانة الأمانة، بالإضافة الى بعض المخالفات والواردة على سبيل المثال في المواد 444، 450، 464 من قانون العقوبات.

عكس الشارع المصرى فقد وسع من نطاق تدخل النيابة العامة لحماية الحيابة إلى أقصى حد، إذ نجده قد نص في المادة 44 مكرر من قانون العقوبات على إسناد الإختصاص بإصدار قرارات من النيابة العامة لحماية الحيابة متى طرحت عليها منازعة من منازعات الحيابة، سواء كانت مدنية أو جزائية وهذا لإعطاء حل عاجل وقتي حتى لا تظهر بعدها

المنازعة المدنية و لا تتحول الى جريمة لتصل الى القضاء وزوال خطر الإعتداء على الحيازة وإستقرار المراكز المادية للأطرف ، على أن تتعلق هذه الحيازة بحق عيني على عقار دون المنقول الذي تحميه قاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " ، و يعرض التظلم ضد قرار النيابة العامة على القضاء المستعجل الذي يفصل إما برفضه أو تأييده أو تعديله.

فالنيابة العامة في القانون المصري تتدخل في عدة جرائم متعلقة بالحيازة تتمثل في:

-*جريمة دخول عقار أو البقاء فيه بقصد منع الحيازة بالقوة أو بقصد ارتكاب جريمة فيه (المادة 369 من قانون العقوبات).

-*جريمة دخول بيت مسكون بقصد منع الحيازة بالقوة أو ارتكاب جريمة فيه (المادة 370 من قانون العقوبات).

-*جريمة وجود شخص في مكان مسكون مختفيا عن الأعين (المادة 371 من قانون العقوبات).

-*جريمة دخول أرض زراعية أو فضاء أو مبان والإمتناع عن الخروج بعد التكليف لذلك (المادة 373 من قانون العقوبات)..

إضافة الى جرائم التعدي على أملاك الدولة والمنازعات المتعلقة بمسكن الحضانة.

ثانيا : سلطة النيابة العامة عند حماية الحيازة

تعتبر النيابة العامة الهيئة الإجرائية المنوطة بها الدعوى العمومية في تحريكها ورفعها ومباشرتها أمام القضاء نيابة عن المجتمع ، فهي هيئة قضائية تمتزج أعمالها بين الأعمال القضائية والأعمال الإدارية .

و سلطة النيابة العامة إزاء الجرائم المتعلقة بالحيازة كجنحة السرقة ، جنحة خيانة الأمانة ، جنحة التعدي على الملكية العقارية ، جنحة إقتحام حرمة المنزل إضافة إلى مخالفات أخرى نص عليها القانون لا تختلف عن سلطتها في جميع الجرائم الأخرى ، إذ أن وظيفتها الأساسية هي تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها ، بما في ذلك مباشرة التحقيق الإبتدائي والإحالة إلى القضاء وتمثيل الإتهام أمامه ، وكذلك تنفيذ الأحكام الصادرة ، متى وقعت الجريمة وقامت الإستدلالات على ارتكابها بصرف النظر عن مدى خطورتها ، والظروف التي أحاطت بها ، دون أن تملك حق التنازل عن الإتهام

لأنها ممثلة للمجتمع مالم تكن مقيدة في ذلك بقيود تحريك الدعوى العمومية المتمثلة في الشكوى والطلب والإذن .

أما إذا رأت أنه لا محل للسير في الدعوى العمومية ، أو توافرت الأسباب التالية :
عدم وجود أركان الجريمة - إنقضاء الدعوى العمومية - وجود سبب من أسباب موانع العقاب أو إمتناع المسؤولية - ضرورة توافر قيد تحريك الدعوى العمومية - عدم معرفة الفاعل - عدم صحة الجريمة المنسوبة للمتهم - عدم توافر الأدلة الكافية للإدانة ، فإنها- النيابة العامة - في هذه الحالة تكون ملزمة بعدم تحريك الدعوى العمومية فتصدر قرارا بحفظ الأوراق ، على أساس أنها سلطة إتهام وأن هذا القرار هو إجراء إداري يدخل ضمن الأعمال الإدارية التي تقوم بها.

وسنتناول فيمايلي سلطة النيابة العامة وهي بصدد حماية الحيابة في كلا الحالتين : حالة قيام الإعتداء و إرتقاءهالى مستوى الجريمة التي نص وعاقب عليها قانون العقوبات ، وحالة ما إذا رأت أنه لا محل للسير في الدعوى العمومية .

1- تحريك الدعوى العمومية: تكون النيابة العامة ملزمة بتحريك الدعوى العمومية متى علمت بالجريمة و قدرت كفاية الإستدلالات لإدانة المتهم بصرف النظر عن مدى خطورتها والظروف التي أحاطت بها ، كما تلتزم بمباشرتها أمام القضاء دون أن تملك حق التنازل عن الإتهام ، بينما تستطيع تقديم طلبات تكون لصالحه كالبراءة أو وقف التنفيذ ... إلخ . كما يجوز لها الإمتناع عن الطعن في الحكم أو القرار الصادر في الدعوى إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك أما إذا طعنت فيه فإنها لا تستطيع من بعد أن تتخلى عن الدعوى، فهذه الحالة تجسد مبدأ شرعية المتابعة ، و قد أخذ بها المشرع الجزائري عند إستعمال الدعوى أمام القضاء من طرف النيابة ، وفي المقابل هناك مبدأ آخر يتمثل في مبدأ ملاءمة المتابعة الذي أخذ به المشرع عندما تكون النيابة العامة بصدد تحريك الدعوى

العمومية¹ ، إذ تقرر المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية أن وكيل الجمهورية يتلقى الشكاوى والبلاغات ، بما فيها بطبيعة الحال محاضر جمع الإستدلالات ، ويقرر ما يتخذ بشأنها سواءا بحفظها أو بتحريك الدعوى العمومية .

وتخفيفا من نتائج مبدأ الملائمة خول القانون للمجني عليه سلطة التنظيم إلى النائب العام الذي يملك تكليف وكيل الجمهورية بالعدول عن أمر الحفظ وتحريك الدعوى العمومية ، كما أجازت المادة 30 من نفس القانون لوزير العدل أن يكلف النائب العام بإجراء متابعات أو إخطار الجهة القضائية المختصة بما يراه ملائما من طلبات كتابية .

و بذلك فإن تحريك الدعوى العمومية هو البدء في أول إجراء من إجراءاتها² ، إذ يقتصر على إقامة الدعوى العمومية أمام قضاء التحقيق بتقديم طلب من النيابة العامة إليه³ .

ويعتبر رفع الدعوى العمومية بدوره أول إجراء من إجراءات إقامتها أمام القضاء الجزائي ، وهو يعد أيضا تحريكا لها ، إلا أن مضمونه يضيق عن مفهوم التحريك لأنه يقتصر على القيام بأول إجراء في الدعوى العمومية أمام جهة الحكم ، وهو لا يكون إلا أمام محكمة الجرح والمخالفات ، أي رفع الدعوى مباشرة أمامها دون المرور بالتحقيق و ذلك في حالة الجرح التي لا يجب فيها التحقيق ، والمخالفات التي لا يرى وكيل الجمهورية داع للتحقيق فيها⁴ .

فيقوم وكيل الجمهورية عموما بتكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة طبقا لأحكام المادتين 333 و 394 قانون الإجراءات الجزائية .

2- طرق تحريك الدعوى العمومية : عند تقدير النيابة العامة كفاية الإستدلالات لإدانة المتهم ، فإنها تلجأ الى تحريك الدعوى العمومية بطرحها مباشرة على محكمة الجرح والمخالفات حسب نوع الجريمة، وذلك بطريق التكليف بالحضور أو ما يطلق عليه الإدعاء المباشر ، فبواسطته تدخل الدعوى في حوزة المحكمة .

1 - أحمد شوقي الشلقاني ، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، الجزء الثاني ، طبعة 1999 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص198.

2 - بن وارث . م ، مذكرات في القانون الجزائري الجزائري ، القسم الخاص ، طبعة 2003 دار هومة ، الجزائر ، ص

3 - نسخة من الطلب الإفتتاحي (مرفق 11) .

4 - المادة 2/66 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

أما إذا كانت الوقائع موضوع الإستدلالات لا زالت بحاجة إلى أدلة تحدد مدى ثبوتها كإتخاذ بعض إجراءات التحقيق كالخبرة ، أو التفتيش ، أو ضرورة القبض على المتهم لمواجهته بالشبهات القائمة ضده ، أو ضرورة معرفة سوابقه ودراسة شخصيته فإنها تطلب إجراء التحقيق و بذلك تتحرك الدعوى العمومية أمام قاضي التحقيق¹ .

فالنيابة العامة اذن لها حق الخيار بين الطريقتين مالم يكن ثمة ظروف خاصة تحول دون رفع الدعوى أمام المحكمة كأن يكون الفاعل مجهولا ، أو وجود نصوص قانونية توجب إجراء التحقيق ، وهذا الإختيار يكون غير قابل للعدول عنه .

أ / - الأحكام الخاصة بالتكليف بالحضور: أhalat المادة 439 من قانون الإجراءات الجزائية على أحكام قانون الإجراءات المدنية بشأن التكليف بالحضور والتبليغات مالم توجد نصوص مخالفة في القوانين واللوائح .

وطبقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 440 من قانون الإجراءات الجزائية فإن التكليف بالحضور يتعين أن يشتمل على البيانات التالية :

— إسم المدعي وصفته ، وفي هذه الحالة فإن المدعي هو وكيل الجمهورية أو ممثل النيابة العامة ، والمحكمة التي يعمل بدائرتها .

— إسم المتهم والمسؤول عن الحقوق المدنية عند اللزوم ، صفته ، محل إقامته .

— إسم القائم بالتبليغ ، توقيعه ، وهو ما يسمح بالتأكد من إختصاصه بإجراء التكليف بالحضور .

— المحكمة التي رفع أمامها النزاع ، ومكان وزمان تاريخ الجلسة .

— الواقعة التي قامت عليها الدعوى مع الإشارة إلى النص القانوني الذي يعاقب عليها، وتكليف المتهم بالحضور للجلسة ، وهو ما يمكنه من إعداد دفاعه .

— تاريخ تسليم التكليف بالحضور بإعتباره ورقة رسمية ، ويسمح بالتأكد من مراعاة ميعاد التبليغ وتاريخ إنقطاع تقادم الدعوى العمومية .

* وميعاد التكليف بالحضور هو عشرة أيام على الأقل من تاريخ تسلمه الى اليوم المعين للحضور ، وإذا لم يكن للشخص المبلغ بالحضور موطن أو محل إقامة بالجزائر فتكون

¹ - المادة 2/66 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

المهلة المذكورة شهرا واحدا إذا كان يقيم بتونس أو المغرب، وشهرين إذا كان يقيم في بلاد أخرى¹

ويتعين على القائم بالتبليغات بناء على طلب النيابة العامة² أن يسلم التكليف بالحضور إلى الشخص المطلوب تبليغه ، فإذا إستحال ذلك سلم التكليف في موطنه أو محل إقامته لأحد أقاربه³ ، ويسلم التكليف بالحضور في ظرف مغلق لا يحمل غير إسم ولقب ومسكن الخصم وتاريخ التبليغ متبوعا بإمضاء الموظف الذي قام به ، وخاتم الجهة القضائية ، والغرض من ذلك ضمان سرية التكليف بالحضور وعدم تعريض الخصم للإساءة ، وإذا إستحال تسليم التكليف بالحضور إما لعدم مقابلة الخصم أو من يقيم في موطنه أو محل إقامته وإما بسبب رفضه إستلام التكليف بالحضور ، أو رفض الأشخاص المؤهلين لإستلام هذا التكليف عنه فيذكر ذلك في التكليف ، ويرسله عندئذ إلى الخصم ضمن ظرف موسى عليه مع علم الوصول أو الى السلطة الإدارية المختصة بتوصيله إلى الخصم المذكور .

ويعد التكليف صحيحا إذا حصل خلال عشرة أيام من إعادة وصل البريد أو السلطة الإدارية⁴ ، أما إذا لم يكن للمتهم موطن أو محل إقامة معروف ، فيعلق بلوحة إعلانات المحكمة المرفوع أمامها الدعوى العمومية وتسلم نسخة ثانية منه إلى النيابة العامة التي تؤشر على الأصل بالإستلام⁵ ، وللنايابة العامة أن تحتفظ بملف الدعوى حتى يتم تبليغ التكليف بالحضور .

ويجوز للنيابة العامة إستبدال التكليف بالحضور بإخطار يسلم بالكيفية الخاصة بهذا الأخير ، وتلجأ النيابة العامة إلى هذا الإخطار في جرائم المخالفات و الجرح، ويتضمن هذا الإخطار البيانات اللازمة لتحقيق الغرض منه كمكان وزمان وتاريخ الجلسة ، وقد إستلزم القانون أن يذكر به الواقعة محل المتابعة ونص القانون الذي يعاقب

1 - المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

2 - المادة 441 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

3 - المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري

4 - المادة 24 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

5 - المادة 22 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

عليها، ولا يغني هذا الإخطار عن التكليف بالحضور إلا إذا تبعه حضور الشخص الموجه إليه الإخطار (المتهم) بإرادته¹.

ولكن لا يلزم أن يقبل المتهم المحاكمة بغير تكليف سابق بالحضور ما دام قد حضر فعلا ، إلا إذا كان محبوسا مؤقتا، كما لا يجوز أن يوجه إليه الإتهام في الجلسة .
وبتبلغ المتهم بورقة التكليف بالحضور²، يتم تحريك الدعوى العمومية برفعها إلى المحكمة وإنعقاد إختصاصها بالفصل فيها ، وبذلك تخرج من حوزة النيابة العامة لتدخل في ولاية المحكمة ، فلا تملك النيابة العامة من بعد أن تطلب من قاضي التحقيق إجراء التحقيق بشأنها .

وفي حالة مخالفة أحكام التكليف بالحضور ورغم أن المشرع لم ينص على الأثر المترتب على ذلك، إلا أنه بالرجوع إلى نظرية البطلان الذاتي المنصوص عليها في المادة 159 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تقرر البطلان جزاء مخالفة الأحكام الجوهرية إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع أو حقوق خصم في الدعوى، فإنه إذا لم يراع في التكليف بالحضور ميعاد العشرة أيام ولم يحضر المتهم بالجلسة فيتعين على القاضي إرجاء نظر الدعوى إلى جلسة تالية دون أن يحكم فيها غيابيا، فهذه المدة هي ضمانات للدفاع كي يتمكن من تجهيز دفاعه ، فإذا حضر المتهم رغم الإخلال بميعاد التكليف بالحضور وطلب التأجيل الى جلسة أخرى وجب على المحكمة إجابته إلى طلبه حماية لحق الدفاع، فإذا لم يطلب ذلك كان على المحكمة أن تمضي في نظر الدعوى، إذ أن الإخلال بالميعاد لم يترتب عليه المساس بحق المتهم في الدفاع عن نفسه .
ب / الأحكام الخاصة بطلب إفتتاح التحقيق : لم ينص القانون على بيانات هذا الطلب، إلا أنه لا بد أن يفي بالغرض ، فيجب أن مكتوبا و مؤرخا و متضمنا إسم وصفة المصدر ، وبمقتضاه يطلب وكيل الجمهورية من قاضي التحقيق إجراء التحقيق ضد شخص معين أو مجهول بشأن الجريمة .

وبذلك فطلب إجراء التحقيق يترتب عليه تحريك الدعوى العمومية أمام قاضي التحقيق وخروجها من حوزة النيابة العامة.

¹ المادة 334 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري . -

² - نسخة من الإستدعاء المباشر (مرفق 12) .

ثالثا :مباشرة الدعوى وإستعمالها :

تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية المتعلقة بحماية الحيابة ، بإتخاذ جميع إجراءات الدعوى إبتداءا بأول إجراء فيها إلى حين إستصدار حكم نهائي فيها¹ ، بما في ذلك رفعها إلى القاضي الجزائي ، تقديم الطلبات أمام قاضي التحقيق ، الطعن في أوامره ، تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة ، المرافعة في الدعوى ، إبداء الطلبات والدفع ، تقديم الطعون في الأحكام الصادرة فيها ومتابعتها أمام الجهات المختصة لحين الفصل فيها بحكم نهائي غير قابل للطعن بأي طريق من الطرق المقررة قانونا .

وبعبارة أخرى فإن إستعمال النيابة العامة الدعوى العمومية لحماية الحيابة الجزائية يشمل جميع الإجراءات التي يتطلبها سيرها منذ تحريكها إلى غاية الفصل فيها بحكم نهائي غير قابل للطعن فيه بأي وجه من أوجه الطعن² .

ويختلف تحريك الدعوى العمومية عن مباشرتها وإستعمالها من حيث أن المباشرة والإستعمال لا تقيد بشأنها النيابة العامة عكس ما هو مقرر في تحريك الدعوى العمومية ، أين تنقيد بوجود حصولها على شكوى أو إذن أو طلب في جرائم معينة قبل أي مبادرة بتحريكها .

وعليه فإن الدعوى العمومية هي النتيجة الحتمية للجريمة المتعلقة بالحيابة الهدف منها هو توقيع العقاب على المعتدي ، وقد أنابت الهيئة الإجتماعية عنها أعضاء النيابة العامة بصفتها سلطة إتهام³ في مباشرتها مما يترتب على ذلك النتائج التالية :

1 -/ لا تملك النيابة العامة حق الصلح لا قبل مباشرة المحاكمة ولا بعدها ، ولا يجوز للنيابة العامة التصالح مع الجاني على عدم محاكمته .

2 -/ لا تملك النيابة العامة حق التنازل عن الدعوى العمومية⁴ .

*- تقيد حق النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية : لم يطلق القانون العنان للنيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها ، فقد قيد سلطتها في تحريك الدعوى

1 - بن وارث م ، المرجع السابق صفحة 26 .

2 - المادة 29 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري .

3 - محمد نجيب حسين ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط 2 . 1988 ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص 105 .

4 - طاهري حسين ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية ، ط 2 ، دار المحمدية العامة ، الجزائر ص 06 .

العمومية في بعض الحالات، إلى حين رفع القيد عنها و ذلك بتقديم الشكوى أو الطلب أو الإذن

وهذه القيود لا تتعلق إلا بحق النيابة العامة في المبادرة بإتخاذ الإجراء الأول وهو تحريك الدعوى العمومية التي أقامتها بمجرد رفع القيد هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فهي قيود يترك أمر تقديرها للمجني عليه أو الجهة التي خولها القانون الحق في رفع القيد بتقديم شكوى أو طلب أو إذن ، وتتخصر هذه الصلاحية فقط في عدم إعطاء الضوء الأخضر للنيابة العامة لإطلاق يدها في الإجراءات ، ولا يتعداه بعد ذلك عند رفع القيد بتقديم الشكوى أو الطلب أو الإذن في المشاركة في إجراءات مباشرة الدعوى¹ وتتمثل هذه القيود التي تغل يد النيابة العامة في حماية الحيابة فيمايلي :

أ / الشكوى : تعتبر الشكوى إجراء يباشره المجني عليه أو وكيل خاص عنه ، يطلب فيه من القضاء تحريك الدعوى العمومية في جرائم معينة يحددها القانون على سبيل الحصر لإثبات مدى قيام المسؤولية الجنائية في حق المشكو في حقه ، ويرجع أساس تقرير هذا القيد على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية للمصلحة المحمية قانونا والمراد تحقيقها من عدم السير في الإجراءات ، حيث يعلق المشرع هذه الحرية في السير في الإجراءات بوجود حصول النيابة العامة على شكوى من المجني عليه ، وهذا مراعاة للمصلحة العامة لأنها أقل إضرارا بها مما لو أثير أمرها أمام القضاء ، و بذلك فإن العلة من القيد هو الحرص على سمعة الأسرة وإستبقاءا للصلوات الودية بين أفرادها إلخ .

ولا تشترط الشكوى أي شكل معين، المهم أن تعبر عن الرغبة في المتابعة عن الجريمة المشمولة بالقيد .

فالنيابة العامة وهي بصدد حماية الحيابة الجزائية تكون مقيدة بالشكوى في تحريكها للدعوى العمومية في حالات محددة تتمثل في جريمة السرقة إذا ما تمت بين الأقارب والأصهار حتى الدرجة الرابعة، وهو ما نصت عليه المادة 369 من قانون العقوبات بقولها >> لا يجوز إتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين

¹ - عبد الله أوهابيه ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، التحري والتحقيق طبعة 2004 ، دار هومة

الأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور والتنازل عن الشكوى يظهر حدا لهذه الإجراءات <>.

وبذلك فهي مقيدة في حماية المال المسروق من حيابة صاحبه الحائز له المنتقل لحيابة السارق ، وذلك بسبب العلاقة بين المتهم والضحية والمتمثلة في القرابة . كما أنها مقيدة في جريمة خيانة الأمانة إذا كانت العلاقة كذلك علاقة قرابة ، وكل ذلك هدفه كما قلنا الحفاظ على كيان الأسرة وسمعتها .

ب / **الطلب:** وهو البلاغ المكتوب المقدم من موظف يمثل هيئة معينة كوزير الدفاع ممثلاً لهيئة الدفاع الوطني للنياابة العامة¹ ، والهدف منه هو محاكمة الجاني وعقابه بصورة واضحة أو مستفادة من عبارات الطلب، فتكون النياابة العامة مقيدة في تحريك الدعوى العمومية بذلك الطلب إذا كانت الجريمة متعلقة بالحيابة كالسرقة مثلاً أو خيانة الأمانة المرتكبة من أحد أعضاء تلك الهيئة .

ج / **الإذن:** و هو الرخصة المكتوبة ، الصادرة من هيئة محددة قانوناً تتضمن الموافقة أو الأمر بإتخاذ إجراءات المتابعة في مواجهة شخص ينتمي إليها ويتمتع بحصانة قانونية بوجه عام ، ويقتصر هذا القيد المفروض على النياابة العامة على بعض الجرائم التي تقع من أشخاص يشغلون مناصب ومراكز خاصة أو يتمتعون بصفة نيابية أو برلمانية² ، مما يضيف عليهم حصانة دستورية وقانونية ، فهي حصانة إجرائية قصد إحاطتهم بضمانات³ تضمن لهم أداء مهمتهم بغير خشية من إتهام ظالم .

ثالثاً : إضافة إلى ماسبق ذكره فإنه من الوظائف الأساسية للنياابة العامة أيضاً هو توليها تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعوى العمومية ، ولا يجوز لها التنازل عن تنفيذها ، أو أن تعفي المحكوم عليه من تنفيذه ، فالحكم قد صدر لمصلحة المجتمع ، وليس لمصلحة خاصة للنياابة العامة⁴.

رابعاً : موقف النياابة العامة من حماية الحيابة

1 - عبد الله أوهابية ، المرجع السابق ، ص 112 .

2 - المادة 1/109 من دستور 1996 نصت على مايلي : > الحصانة النيابية معترف بها للنواب ولأعضاء مجلس الأمة مدة نيابتهم ومهمتهم البرلمانية <

3 - مولاي ملياني بغدادي ، المرجع السابق ، ص 28 .

4 - إدوار غالي الذهبي ، المرجع السابق، ص 52 .

- إختصاص النيابة العامة بإصدار أمر بحفظ الأوراق :

عندما تعرض الأوراق على النيابة العامة سواء عن طريق شكوى تقدم مباشرة أمام وكيل الجمهورية أو بعد إجراء التحقيقات سواء بنفسه أو يأمر بذلك رجال الضبطية القضائية و يجد أنها لا تتطوي على جريمة ، يكون ملزما بإصدار أمر بالحفظ أيا كان مدى النزاع على الحيازة فيها ، فالحيازة المدنية بمجرد قرار الحفظ تصبح في حاجة إلى قيام ذوي الشأن باللجوء للقضاء المدني لحمايتها وهو الطريق القانوني في كل الأحوال .
والأمر بحفظ الأوراق هو قرار تصدره النيابة العامة بوصفها سلطة إتهام بعدم تحريك الدعوى العمومية سواء أمام قاضي التحقيق أو أمام قاضي الحكم إذا ما رأت أنها محل للسير فيها ، ويفترض لصدور هذا الأمر أن الدعوى العمومية لم يسبق تحريكها بعد أمام القضاء .

وتنص المادة 1/36 من قانون الإجراءات الجزائية على قيام وكيل الجمهورية بتلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات ويقرر ما يتخذ بشأنها ، وبناء على أن مأموري الضبط القضائي يقومون بجميع إجراءات الضبط القضائي ، فيتعين عليهم أن يحرروا محاضر بأعمالهم هذه وأن يبادروا بغير تمهل إلى إخطار وكيل الجمهورية وموافاته مباشرة بأصول ونسخ المحاضر التي يحررونها بمجرد إنجاز أعمالهم ، وكذا بجميع المستندات والوثائق المتعلقة بها وكذلك الأشياء¹ ، ليقرر ما يراه صالحا بشأنها وبحسب ما يراه مطابقا للقواعد القانونية ، فإذا وجد من خلال الدعوى وملابساتها أنها غير مقبولة أمام قضاء الحكم جاز له أن يتصرف فيها بالحفظ ولا يحيلها للجهات القضائية المختصة .

والأمر بالحفظ ، وإن كان المشرع لم ينص صراحة على شروطه ، فإنه ليس سلطة تقديرية مخولة لرجال النيابة العامة ولكن له أسبابه القانونية والموضوعية² .
فالأسباب القانونية تتحقق في حالة ما إذا تبينت النيابة العامة تخلف أحد عناصر الجريمة حتى و لو ثبتت الواقعة وصح إسنادها إلى شخص معين ، كتخلف القصد الجنائي أو وجد سبب إباحة بمجرد الفعل من صفته غير المشروعة ، أو ثبتت الجريمة

1 - المادة 18 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري .

2 - مولاي ملياني بغدادي ، المرجع السابق ، ص 112 .

قبل المتهم ، ولكن توافر لديه عذر مانع منه العقاب ، أو كانت الدعوى العمومية قد إنقضت لأي سبب من الأسباب ، أو لعدم تقديم الشكوى ، أو الطلب ، أو الإذن في الأحوال التي يحددها القانون .

أما الأسباب الموضوعية فتتحقق في حالة ما إذا تبين أن الجريمة المسندة إلى شخص ما لم تقع وإن إتهامه بها غير صحيح ، أو أن الجريمة رغم وقوعها لا يمكن نسبتها إلى شخص معين ففاعلها مجهول ، أو أن الجريمة المنسوبة لشخص ما لم تتوافر الدلائل لإتهامه بها .

و تجدر الإشارة إلى أنه يجوز للنيابة العامة رغم ثبوت الواقعة وتوافر أركان الجريمة أن تقرر حفظ الأوراق إذا إقتضت إعتبرات الصالح العام عدم تحريك الدعوى العمومية قبل المتهم¹ .

ويقتضينا الحديث عن إستلزام حفظ الأوراق من طرف النيابة العامة في هذه المسألة عرض أمثلة عملية لحالات المنازعات التي تثور بصدد الحيابة وتستلزم حفظ الأوراق ، و التي تتمثل فيما يلي :

1- المنازعات المتعلقة بالحيابة التي لا تستجمع كل أركان الجريمة :

مثال (1) : ففي جريمة إقتحام حرمة منزل (مادة 295 من قانون العقوبات) ، إذا تخلف ركن الدخول أو الإقتحام ، أو ركن ثبوت الحيابة لشخص آخر وجب على النيابة العامة حفظ الأوراق ما لم يثبت توافر أركان جريمة أخرى .

مثال (2) : في جريمة التعدي على الملكية العقارية (مادة 386 من قانون العقوبات) ، إذا تخلف ركن إنتزاع العقار أو ركن ثبوت الحيابة لشخص آخر ، أو ركن إقتران الإنتزاع بالخلسة أو التندليس² أو إنعدام الحكم القاضي بالإخلاء الذي إستوفى جميع إجراءات

¹ - محمود سمير عبد الفتاح ، النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة ، طبعة 1991 ، الدار الجامعية ، بيروت ص 225

² - حسب المادة 386 من ق ع فإن جريمة التعدي على الملكية العقارية تقتضي توافر ركنين وهما نزع عقار مملوك للغير ، وارتكاب الفعل خلسة أو بطريق التندليس .

التبليغ والتنفيذ أو عدم عودة المحكوم عليه لشغل الأماكن من جديد بعد طرده منه¹ فعلى النيابة العامة حفظ الأوراق كذلك .

مثال (3) : في جريمة السرقة (مادة 350 من قانون العقوبات) ، إذا تخلف ركن إختلاس المنقول أو تبديده دون رضا الحائز أو ثبوت الحيابة لشخص آخر أو ركن القصد الجنائي المتمثل في إنصراف إرادة الجاني إلى ذلك أو عدم معرفة الفاعل... إلخ ، فإن النيابة العامة ما عليها إلا حفظ الملف إزاء هذه الحالات .

مثال (4) : في جريمة خيانة الأمانة (مادة 376 من قانون العقوبات) ، فإن غياب فعل الإختلاس أو محل الجريمة المتمثل في منقول ذا قيمة مالية أو غياب فعل التسليم حسب طبيعة العقود الواردة في المادة المذكورة تجعل النيابة العامة ملزمة بحفظ الأوراق .

2/ - المنازعات المتعلقة بالحيابة المدنية :

وهي المنازعات التي يمكن إسباغ حماية قاضي الموضوع عليها ، أي تلك التي ترفع بشأنها الدعوى الموضوعية لحماية الحيابة ، و التي تحميها دعوى منع التعرض ، دعوى وقف الأعمال الجديدة و دعوى إسترداد الحيابة ، وكذلك المنازعات التي ترفع بشأنها دعاوى الحيابة المستعجلة عند توافر شرطي الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق و المتمثلة في دعوى وقف الأعمال الجديدة ، ودعوى إسترداد الحيابة ، ومن أمثلة المنازعات المتعلقة بالحيابة المدنية مايلي :

مثال (1) : بالنسبة للمنازعات التي تثور بمناسبة دعوى وقف الأعمال الجديدة ، كشروع جار في بناء حائط في ملكه يترتب عليه لو تم سد النور عن المظل الموجود في عقار الجار ، أو قيام شخص بالشروع في حرث أرض جاره أوريبها لنفسه دون سند من الحائز ودون رضاه .

مثال (2) : بالنسبة للمنازعات المتعلقة بدعوى إسترداد الحيابة : كحالة الدائن المرتهن رهنا حيازيا والذي تسلب حيازته ، وحالة المستعير أو الحارس الذي تسلب حيازته .

¹ - ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/17 تحت رقم 52971 لقيام جريمة الاعتداء على الملكية العقارية إضافة إلى ركني نزع عقار مملوك للغير ، وارتكاب الفعل خلسة أو بطريق التدليس صدور حكم يقضي بالإخلاء ، ويستوفي جميع إجراءات التبليغ والتنفيذ إضافة إلى عودة المحكوم عليه لشغل العقار من جديد بعد طرده .

مثال (3) : بالنسبة للمنازعات المتعلقة بدعوى منع التعرض كقيام شخص بسكن منزل آخر ، أو زراعة حقله أو البناء في أرضه ، أو تسويرها أو شق مسقى فيها أو قطع أشجار منها ، أو سد نافذة في بناء الجار ، وكل تلك تعرضات مادية ، وقد يكون التعرض قانونيا كإنداز المتعرض الحائز بعدم البناء في الأرض ، و هي حالات لا تختص النيابة العامة بإسباغ الحماية الجنائية عليها ما لم تتوافر أركان جريمة التعدي على الملكية العقارية .

خامسا : الطبيعة القانونية للأمر بالحفظ :

إن الأمر الصادر من النيابة العامة بحفظ الأوراق كما سبق الذكر هو قرار أو إجراء إداري صدر عنها بوصفها السلطة الإدارية التي تهيمن على جمع الإستدلالات ، ويترتب على ذلك مايلي :

1/ لا يقيد الأمر بالحفظ النيابة العامة ، فيستطيع وكيل الجمهورية أو النائب العام أن يعدل عنه ويحرك الدعوى العمومية في أي وقت طالما أنها لم تنقض ، وتحسبا لذلك فإن الأوراق تحفظ و لا تعدم .

فإذا ظهرت عناصر جديدة من شأنها إكمال أركان الجريمة أو إسنادها إلى شخص معين ، جاز للنيابة العامة أن تستخرج الأوراق من الحفظ و تحرك الدعوى العمومية ، بل ويجوز لها ذلك ولو لم تظهر مثل هذه العناصر .

2/ لا يسبب الأمر بالحفظ لأنه ليس قرارا قضائيا ، ولذلك فليس له حجية أمام القضاء الجزائي أو المدني ، ولا يجوز الطعن فيه أمام القضاء ، وإنما يجوز التظلم منه لمن أصدره أو للنائب العام أو لوزير العدل ، فيتم العدول عنه بناء على أمر أي منهم ، ويظل باب التظلم مفتوحا حتى إنقضاء الدعوى العمومية .

وفي هذه النقطة بالذات نشير إلى أنه على المستوى العملي فإن مقررات حفظ أوراق القضية تكون مسببة ، وهذا لتمكن الجهة التي تنظر في تظلم الأطراف من مراجعة هذا الأمر ومراقبته ، وفيما إذا كان الملف يستلزم الحفظ أم لا .

3/ الأمر بالحفظ إجراء من إجراءات الإستدلالات يصدر من السلطة المشرفة عليها ، فلا يقطع التقادم في القانون الجزائري ، بينما يرى البعض أنه إجراء من الإجراءات التي تملكها النيابة العامة بوصفها سلطة إتهام ولذلك فهو يقطع التقادم¹.

4/ الحكمة من حفظ القضايا المدنية : إن غل يد النيابة العامة عن إصدار أوامر لحماية الحيابة في المنازعات المدنية البحتة التي لا تلابسها إحدى الجرائم المعاقب عليها في قانون العقوبات يبرره ما يلي :

أ / إعمال فكرة الشرعية : يرى بعض رجال القضاء أن سبب منع النيابة العامة من حماية الحيابة التي لا تحمل وصف الجريمة هو الرغبة في إعمال فكرة الشرعية ، فتلك المنازعات هي منازعات مدنية بحتة من حق القاضي المدني وحده أن ينظر المشكلات المدنية المتعلقة بها، فإذا سمحنا للنيابة العامة بالتدخل في هذه القضايا فإنها بذلك تكون قد إعتدت على إختصاص القاضي المدني .

وعليه فإن دور النيابة العامة سلبي في هذا المجال ، لكن هذه السلبية تنطوي على ناحية إيجابية وهي دفع الخصوم إلى القضاء المدني لتحديد مراكزهم القانونية على نحو سريع وفعال ، بدلا من تدخل النيابة العامة وإصدار قرارات ربما تقضي إلى تعقيد هذه المراكز القانونية ، كونها قرارات لا تستند إلى نص قانوني يخولها سلطة إتخاذ القرار .

ب / الرغبة في تحقيق التفرغ الكامل للنيابة العامة في المجال الجنائي :

إن وظيفة النيابة العامة الأساسية هي ممارسة العمل الجنائي من تحقيق و تصرف و مرافعة و طعن في الأحكام ، و بذلك إستحوذ العمل الإداري على إهتمام النيابة العامة على حساب العمل القضائي الأصيل المنوط بها فإنحرفت مع تيار إصدار القرارات الإدارية التي لا علاقة لها بالعمل القضائي ، فكان لزاما غل يدها عن بحث المنازعات المدنية البحتة التي تثور بصدد الحيابة حتى تتفرغ للعمل الجنائي على نحو كامل².

¹ - أحمد شوقي الشلقاني ، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري الجزء الثاني، طبعة 1999 ، دون المطبوعات الجامعية ، الجزائر ص 197

² - محمد شتا أبو سعد ، منازعات الحيابة ، الطبعة الثانية ، 1988 ، منشأة العارف ، الاسكندرية ، ص 119 .

ج/ الرغبة في إعادة المتنازعين إلى مجال الضمانات :

ذلك أنه حين تصدر النيابة العامة أمرا في منازعات الحيابة فإنه يكون دون حضور محامي ودون ضمانات كتلك التي رسمها القانون في حالات التقاضي ، أما عندما يرفع دعواه أمام القضاء المدني فإنه سيتمتع بالحماية القضائية و بذلك يستفيد من الضمانات المنصوص عليها قانونا .

سادسا : الجرائم المتعلقة بحيابة العقار

لم ينص المشرع الجزائري في قانون العقوبات صراحة على حيازة العقار ، لكن الإجتهد القضائي أقر بحالات تتدخل فيها النيابة العامة كحالة الإعتداء على حيازة شخص لعقار ما ، وإستقرار الأوضاع بعدم إشتراطه الملكية في جريمته الإعتداء على الملكية العقارية وإقتحام حرمة المنزل ، وإكتفى بمجرد حيازة الضحية للعقار لتمتد الحماية لتقوم الجريمتين كاملتي الأركان كمايلي :

1- **التعدي على الملكية العقارية** :أورد المشرع الجزائري جريمة التعدي على الملكية العقارية بالقسم الخامس من الفصل الثالث المتعلق بالجرائم ضد الأموال ، في مادة وحيدة إتسمت عباراتها بالسطحية و عمومية الألفاظ ، فإستعملت ألفاظ عادة ما تتناسب و طبيعة المنقول مثل "خلسة" ، " إنتزاع عقارا..." ، في حين أن العقار بطبيعته غير قابل للإختلاس ، بل يكون محل خصومة ذات طابع مدني ترمي أساسا الى إسترجاع الحيابة .

ومن ثمة فإنه أصبح من الضروري ضبط المصطلحات و توسيع رقعة الجرائم المرتكبة ضد الأموال إلى العقارات منها الأراضي الزراعية والمباني ، وذلك قصد الحد من المساس بالنظام العام من خلال التعديات المتكررة دون القيام بالإجراءات القانونية اللازمة .

أما الإجتهد القضائي فإنه يرمي الى المحافظة على الأمن العام والحد من الإستيلاء على العقار خلسة أو بالعنف أو بطريقة التديس تحت ذريعة عقد الملكية أو سند آخرو لو منازع فيه ، لما للحيابة في حد ذاتها من أهمية بمكان - كون الحيابة في حد ذاتها تخلق حقا مكتسبا لصالح حائز العقار تجاه الآخرين طالما وأن القضاء لم يبيت في دعوى من يدعي حق الملكية دون أن يكون هو الحائز الحقيقي له - .

وعليه فإن تجريم التعدي على الملكية العقارية ما هو في الحقيقة إلا تجريم لأعمال العنف¹ ، التي تهدف الى إنتزاع الحيابة الهادئة لعقار رغم أن المادة 386 من قانون العقوبات وردت تحت عنوان لا يعكس تماما إقرار حماية الحيابة ، وإنما أقرت حماية خاصة بالملكية فقط .

2-أركان جريمة الإعتداء على الملكية العقارية : نصت المادة 386 من قانون العقوبات على أنه : " يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات ، وبغرامة من 2000 دج الى 20.000 دج ، كل من إنتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطريق التدليس . وإذا كان إنتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديد بالعنف أو بطريقة التسلق أو الكسر من عدة أشخاص أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة فتكون العقوبة الحبس من سنتين الى 10 سنوات وبغرامة من 10.000 دج الى 30.000 دج "

الركن المادي : ويقوم على العناصر التالية :

*- العنصر الأول : إنتزاع عقار مملوك للغير

ويتحقق هذا العنصر بـ:

- أن يقوم الجاني بإنتزاع العقار : أي دخول العقار بغير وجه قانوني على أن يكون ذلك بالعنف و دون رضا المالك فتنتقل حيابة العقار المعتدى عليه الى من قام بفعل الإنتزاع ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 5734 المؤرخ في 1988/11/08 الذي جاء فيه >> أن الخلسة أو طرق التدليس في جريمة إنتزاع عقار مملوك للغير تتحقق بتوافر عنصرين : - دخول العقار دون علم صاحبه ورضاه . - ألا يكون للداخل الحق في ذلك .

ومن ثمة فإن القضاة الذين أدانوا المتهم على أساس أنه إقتحم المسكن دون علم أو إرادة صاحبه و لا مستأجره وشغله مع عائلته دون وجه شرعي لم يخالفوا القانون² .

¹ - فاتح محمد التيجاني - رئيس غرفة الجنج والمخالفات بالمحكمة العليا ، الإجتهد القضائي لغرفة الجنج والمخالفات ج 1 ، عدد خاص ، قسم الوثائق 2002 ، ص 55 .

² - قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 57534 صادر في 1988/11/08 ، المجلة القضائية لسنة 1993 ، عدد 2 ، صفحة 192 . (مرفق 02)

و يشترط أن يكون محل التعدي واقعا على عقار¹ ، ويستوي أن يكون العقار أرضا معدة للزراعة أو البناء أو كان مبني ... إلخ .

- أن يكون العقار مملوكا للغير: ويكون ذلك بمقتضى السندات العقارية المثبتة للملكية العقارية ، ومن بينها شهادة الحيابة².

وقد أشار القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 75919 المؤرخ في 1991/11/05 الى أن المادة 386 من قانون العقوبات تقتضي أن يكون العقار مملوكا للغير ، ومن ثمة فإن قضاة الموضوع الذين أدانوا الطاعنين

في قضية الحال بجنحة التعدي على الملكية العقارية دون أن يكون الشاكي مالكا حقيقيا ، يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون³.

*- العنصر الثاني : إقتران الإنتزاع بالخلسة أو التديس .

لم يعرف قانون العقوبات الجزائري الخلسة و التديس بالرغم من أنهما يمثلان العناصر الخاصة المكونة لجريمة التعدي على الملكية العقارية حسب المادة 386 من قانون العقوبات ، مما جعل الإجتهد القضائي يتولى ذلك فعرف الخلسة في القرار المذكور أعلاه على أنها " القيام بفعل الإنتزاع خفية أي بعيدا عن أنظار المالك ودون علمه ، أي سلب الحيابة من المالك فجأة دون علمه أو موافقته "

أما التديس في فهو " إعادة شغل العقار بعد إخلائه عنوة عن المالك "⁴. و هو ما جاء في القرار رقم 279 الصادر بتاريخ 1986/05/13 .

و قد إستقر القضاء على أن الجلسة و التديس هما أركان جريمة التعدي على الملكية العقارية و هو ما أكده القرار الصادر بتاريخ 1989/01/17 تحت رقم 52971 إذ جاء

¹ - بن وارث محمد ، مذكرات في القانون الجزائري الجزائري القسم الخاص ، طبعة 2004 ، درا هومة ، الجزائر، ص 241

² - المادة 39 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري .

³ - قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 75919 صادر بتاريخ 1991/11/05 ، مجلة قضائية لسنة 1993 عدد 01 صفحة 214 (مرفق 03)

⁴ - يوسف دلاندة ، قانون العقوبات مدعم بالإجتهد القضائي ، دار الشهاب، ص 196 .

فيه أنه >> من المقرر قانوناً أن جريمة الإعتداء على ملكية الغير لا تقوم إلا إذا توافرت الأركان التالية : نزع عقار مملوك للغير ، وإرتكاب الفعل خلسة أو بطريق التدليس <<¹ وعلى عكس هذين القرارين الذين عرفا الجلسة والتدليس ، نجد أن غرفة الجناح والمخالفات للمحكمة العليا في العديد من القرارات الأخرى أضافت عناصر أخرى غير واردة في المادة 386 من قانون العقوبات و جعلتها شرطاً أساسياً لقيام هذه الجريمة .

فقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 1989/01/17 تحت رقم 52971 المذكور أعلاه أن :

" حيث أنه كان يتعين على مجلس قضاء المدينة ، وقبل تطبيق المادة 386 من قانون العقوبات بيان كيفية نزع العقار المملوك للغير خلسة وبطريق التدليس ، وهذا خاصة وأن المادة 386 من ق ق ع تهدف أساساً إلى معاقبة أولئك الذين يعتدون على عقار مملوك للغير أو يرفضون إخلائه بعد الحكم عليهم بحكم مدني مبلغ تبليغاً قانونياً من طرف العونالمكلف بالتنفيذ ، وموضوع موضع التنفيذ بمقتضى محضر الدخول إلى الأمكنة".

و كذلك القرار الصادر بتاريخ 1986/05/13 تحت رقم 279 الذي جاء فيه أنه :

" حيث أن التدليس ، العنصر المنصوص عليه في المادة 386 من ق ق ع ، يعني إعادة شغل ملكية الغير بعد إخلائها ، وهذا بعد أن تتم معاينة ذلك بواسطة محضر الخروج المحرر من طرف العون المكلف بالتنفيذ"² وبذلك نلاحظ أن عنصراً الجلسة والتدليس اللذان تقوم عليهما جنحة التعدي على الملكية العقارية وفقاً للمادة 386 من ق ق ع يتطلبان مايلي :

- صدور حكم مدين يقضي بالإخلاء .
 - إتمام إجراءات التبليغ والتنفيذ .
 - عودة المحكوم عليه لشغل الأماكن من جديد بعد طرده منها .
- وسنبين هذه العناصر الثلاثة فيما يلي :

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 52971 مؤرخ في 1989/01/17 ، المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 3 ص 23 (مرفق 04) .

² - يوسف دلاندة ، المرجع السابق ، ص 196 .

*- ضرورة إستصدار حكم يقضي بالإخلاء :يشترط القضاء لقيام جنحة التعدي على الملكية العقارية ضرورة إستصدار حكم من القاضي العقاري يقضي بطرد المعتدي من العقار محل المطالبة القضائية وصيرورته نهائيا أي أن يصبح قابلا للتنفيذ الجبري .
فقد جاء في القرار رقم 75 (غير منشور) الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15/02/1983¹ أن : " حيث أن المادة 386 من ق ع التي أشار إليها القرار ، وطبقها على الطاعن تعاقب كل من حكم عليه بحكم نهائي بإخلاء عقار ملك الغير ، وإمتنع عن مغادرته بإرادته رغم صدور أحكام نهائية وتنفيذها عليه من طرف المنفذ الشرعي << .

*- إتمام إجراءات التبليغ والتنفيذ : لا يكفي إستصدار حكم من القاضي العقاري بالطرد وصيرورته نهائيا ، بل يجب تبليغ وتنفيذ هذا الحكم ولتحقيق ذلك يجب :
أ - أن يباشر التبليغ والتنفيذ عون مؤهل :يتولى المحضر القضائي تبليغ المحررات والإعلانات القضائية والإشعارات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات ، إذا لم ينص القانون على خلاف ذلك² .

ب - أن يتم التبليغ بصورة صحيحة : أي أن يتم تسليم نسخة من السند المراد تبليغه إلى الخصم³ المراد تبليغه ، ويؤشر في آخر المحضر (مخاطبا إياه شخصيا) ، أو إلى أحد أقاربه أو تابعيه أو البوابين أو أي شخص يقيم بالمنزل نفسه ويذكر (مخاطبا فلان) وعند إنقضاء مهلة 20 يوما⁴ تبدأ مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري إستنادا الى الصيغة التنفيذية⁵.

ج - أن يباشر التنفيذ بالوسائل الودية أولا :إن التنفيذ الجبري لا يتم إلا إذا باءت المحاولات الودية بالفشل ، فبعد إنقضاء مهلة 20 يوما يقوم المحضر بمحاولة الطرد ، أما

¹ - حسن بوسقيعة ، قانون العقوبات مدعم بالإجتهد القضائي، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر 2001 صفحة 145.+ نسخة من قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 23/06/1999 تحت رقم 188475 (مرفق 05) .

² - المادة 05 من القانون رقم 03/91 المؤرخ في 08/01/1991 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي .

³ - قرار رقم 63786 صادر بتاريخ 23/09/1990 ، المجلة القضائية لسنة 1991 عدد 3 صفحة 110 .

+ القرار رقم 54914 صادر بتاريخ 14/05/1989 ، المجلة القضائية لسنة 1994 عدد 1 صفحة 134 - 137 .

⁴ - المادتين 330 و 332 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

⁵ - المادة 320 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

في حالة رفض الإخلاء فيحرر محضر عدم جدوى محاولة الطرد ، ويلتمس من وكيل الجمهورية تمكينه من القوة العمومية لإجراء طرده بالقوة¹.

ويمكن للمحضر القضائي القيام بمحاولة طرد ثانية إذا ما إلتمس إجابة المنفذ عليه إخلاء الأماكن ، وفي هذه الحالة عليه إشعار الوالي المختص محليا تحت إشراف وكيل الجمهورية بأنه سوف يقوم بتنفيذ حكم الإخلاء كما يلتمس من هذا الأخير تسخير القوة العمومية ، ويتم التنفيذ في اليوم المحدد ، وبحضور المحضر والمحكوم لصالحه فيحرر محضر التنزيل بعد الطرد إذا تعلق الأمر بقطعة أرض فلاحية أو معدة للبناء .

كما يحرر محضر الطرد مع تسليم المفاتيح بعد التأكد من إخلاء العين ، وفي حالة غياب المحكوم عليه فتطبق أحكام المادة 342 من قانون الإجراءات المدنية، ويحرر محضر فتح باب المسكن وحصر الأشياء مع تسليم المفاتيح . هذا ولا يكفي لإقامة الدليل على قيام الجنحة الإشارة في القرار الى محضر التنفيذ ، بل يجب إرفاقه بالملف خاصة وأن المتهم لم يستمع إليه من طرف المنفذ أو رجال الدرك قبل المتابعة ، وهو مانصت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1986/01/21 تحت رقم 36742².

* - عودة المحكوم عليه لشغل الأماكن من جديد بعد طرده منها : إن إجتهد المحكمة العليا إشتراط الرجوع الى إحتلال الأماكن من جديد بعد صدور الحكم بالإخلاء وكذا تبليغه وتنفيذه ، وبعد ذلك يقوم المحكوم عليه من جديد شغل الأماكن التي طرد منها³ ، وهو ما يؤكد القرار رقم 448 المؤرخ في 1990/05/15 الذي جاء فيه أن : (يرتكب الجنحة من حكم عليهم بالتخلي عن الأرض ونفذت عليهم الأحكام والقرارات وطردها من قبل المنفذ من العقار ، فعادوا إليه في الحال وإحتلوا الأرض وتصرفوا في محاصيلها)، وكذلك القرار رقم 42266 الصادر بتاريخ 1984/12/02 الذي جاء فيه أنه >> تتحقق في حالة العثور على المتهم في الأماكن بعد ما ثبت أنه صدر ضده حكم بالطرد ونفذ عليه وحرر محضر يتضمن أنه طرد من الأماكن ، وأن هذه الأماكن خرجت من يده

¹ - المادة 324 فقرة 2 و3 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري + المنشور الوزاري رقم 03 المؤرخ في 1972/03/01 المتضمن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية مع جميع التحفظات .

² - المجلة القضائية لسنة 1989 عدد 4 صفحة 310 ، نسخة من القرار رقم 36742 مؤرخ في 1986/01/21 ، (مرفق 06) .

³ - نسخة من قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 1999/06/23 تحت رقم 188493 (مرفق 07) .

وأصبحت ملكا للغير¹ كما جاء في القرار رقم 70 المؤرخ في 1988/02/02 (غير منشور) أن حرث المتهمين للقطع الترابية قبل تنفيذ القرار لا يعتبر فعلا يدان من أجله المتهمان ، ذلك أن القطعة الترابية المذكورة لم تخرج من حوزتهما ما دام الطرد لم ينفذ، ولا تعتبر ملكا للطرف المدني المحكوم له إلا ابتداءً من تحرير محضر الطرد على يد عون التنفيذ ، وكذلك القرار رقم 448 الصادر في 1990/05/15 (غير منشور) الذي جاء

فيه أنه : (يرتكب الجنحة من حكم عليهم بالتخلي عن الأرض ونفذت عليهم الأحكام والقرارات وطردها من قبل المنفذ من العقار فعادوا إليه في الحال وإحتلوا الأرض وتصرفوا فيها وفي محاصيلها).²

وعموما لو تفحصنا جميع هذه القرارات الصادرة من المحكمة العليا في هذه المسألة للاحظنا أنها لم تستقر بشكل واضح حول مفهوم كل من الخلسة والتدليس ، كما يعاب عليها أيضا أن تفسيرها للتدليس مبالغ فيه لأن ذلك لا يمنح الحماية اللازمة التي جاءت من أجلها المادة 386 من قانون العقوبات، بإعتبار أنه من إحتل عقار بدون وجه حق لأول مرة فلا يعد مرتكبا لجريمة الإعتداء على الملكية العقارية ، وبذلك فهي تعطي الأولوية والحماية للمعتدي على حساب الملكية العقارية .

لكن من جهة أخرى نجد أن تفسيرها هذا له ما يبرره من الناحية الواقعية ، لأن حماية الملكية العقارية في الجزائر يصطدم بالواقع الذي ورثته الحقبة الإستعمارية ، إذ أن السندات التي يحوزها الأفراد تثير مشاكل عديدة ، فنجدها تفتقد إلى مواصفات العقود الناقلة للملكية ، وبذلك رأى الإجتهد القضائي للمحكمة العليا صرف الأطراف للتقاضي أمام المحاكم المدنية لتثبيت حقهم في الملكية وإستصدار حكم بالإخلاء على أساس أن القاضي المدني هو المؤهل قانونا لمراقبة هذه السندات ومدى حجيتها في الإثبات³.

وجدير بالذكر أن من يقرأ نص المادة 386 من قانون العقوبات وكذا القرارات المذكورة سابقا أعلاه يلاحظ أن الحماية تنصب على الملكية العقارية ، فيقول أنه لا مجال

¹ - نسخة من القرار الصادر بتاريخ 1997/11/15 تحت رقم 152633 (مرفق 08).

² - حسن بوسقيعة ، المرجع السابق ص 146 .

³ - حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة ، الجزائر ، ص 93 .

للنيابة العامة في هذه الحالة في حماية الحيابة الأمر الذي جعل جريمة التعدي على الملكية العقارية تثير الكثير من النقاش على الصعيد التطبيقي حول ما إذا كانت الحماية الجزائية تمتد حتى الى حماية الحائز بمفهوم القانون المدني أو قانون التوجيه العقاري ، وكذلك المنتفع في إطار القانون رقم 87 / 19 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية ، أم أنها تقتصر على حماية المالك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية فقط .

فكما سبق الذكر أن نص المادة 386 من ق ع تنص على عبارة (إنتزاع الملكية) ، وبذلك نستبعد واقعة التعدي الجرمي على الحيابة، لكن لو رجعنا الى النص الفرنسي فنجد انه ينص على عبارة (déposséder) التي تعني منع الحيابة ، وبذلك تنور الإشكالية على الصعيد العملي حول محل الحماية المنصوص عليها في المادة ، فهل تنصب على الملكية أم الحيابة ؟

هناك إتجاه يرى أن صياغة المادة المذكورة أعلاه لا تنبأ بوجود جريمة تسمى جنحة التعدي على الحيابة العقارية ، بل يقتصر مجالها فقط على المالك الحقيقي ، على أساس ما تقضي به المادة الأولى من نفس القانون والتي مفادها أنه (لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بدون نص) ، إضافة الى إستبعاد القياس في مادة قانون العقوبات ، وأن نصوصه يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً¹ ، وقد أخذت غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا بهذا الإتجاه من خلال قرارها الصادر بتاريخ 1991/11/05 تحت رقم 75919² الذي جاء فيه (أن المادة 386 من قانون العقوبات تقتضي أن يكون العقار مملوكاً للغير ومن ثمة فإن قضاة الموضوع الذي أدانوا الطاعنين في قضية الحال بجنحة التعدي على الملكية العقارية دون أن يكون الشاكي مالكا حقيقيا للعقار يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون) .

أما الإتجاه الثاني فيذهب إلى أن ملكية الغير المحمية وفقا لتلك المادة تمتد أيضا إلى الحيابة الظاهرة المشروعة غير المتنازع عليها و التي فصل فيها القانون المدني ، و

¹ - بن رقية بن يوسف ، شهادة الحيابة ، محاضرة أقيمت على قضاة التكوين المتخصص في القانون العقاري ، الدفعة الأولى ، السنة الأكاديمية

2000 - 2001

² - المجلة القضائية لسنة 1993 ، عدد 01 ، ص 214

في هذا الإتجاه أيضا سارت المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومنها القرار رقم 70 المؤرخ في 1988/02/02 الذي جاء فيه أنه : (يستفاد من صريح المادة 386 من ق ع المحرر باللغة الفرنسية أن اللجنة تتحقق بإنتراع حيازة الغير لعقار خلصة أو بطريق الغش و بناء على ذلك فلا جريمة و لا عقاب إذا لم يثبت الإعتداء على الحيازة).

كما جاء في القرارين غير المنشورين : الأول يحمل رقم 117996 مؤرخ في 1995/05/21 ، و الثاني يحمل رقم 112646 مؤرخ في 1999/10/09 (أن المشرع لا يقصد بعبارة " المملوك للغير " الملكية الحقيقية للعقار فحسب و إنما يقصد بها أيضا الملكية الفعلية ، و لذا ينبغي أن تؤخذ هذه العبارة بمفهومها الواسع الذي لا يقتصر على الملكية حسب تعريفها في القانون المدني ، بل يتعداها ليشمل أيضا الحيازة القانونية)¹.

اما فيما يخص الحماية الجزائية للحيازة في إطار القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة ، فقد خول القانون للمنتجين الفلاحين المستفيدين من مستثمرات فلاحية فردية أو جماعية في إطار هذا القانون تقديم شكاوى جزائية ضد الأشخاص الذين إعتدوا على حقوقهم في المستثمرة ، لكن من الناحية العملية نجد أن وكلاء الجمهورية يقومون بحفظ هذه الشكاوى على أساس أن ملكية الرقبة تعود للدولة وليس للمستفيد الذي لا يملك سوى حق إنتفاع دائم لا يخوله الإستفادة من أحكام المادة 386 من قانون العقوبات ، وأن مديرية أملاك الدولة هي التي يجب عليها رفع الشكوى .

الركن المعنوي : لقيام جريمة الإعتداء على الملكية العقارية فقد إشتراط المشرع ضرورة توافر القصد الجنائي العام ، أي أنه يجب توافر عنصري العلم و الإدراك بأن الفعل المقدم عليه مجرم قانونا ، فنتوجه إرادته رغم ذلك لإتيانه .

ثانيا : إقتحام حرمة المنزل :

¹ - احسن بوسقيعة ، قانون العقوبات مدعم بالإجتهاد القضائي ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2001 ، ص

متى قامت جريمة إقتحام حرمة منزل التي نص المشرع عليها في القسم الرابع من قانون العقوبات والذي تضمن الإعتداء الواقع على الحريات الفردية، وحرمة المنازل والخطف ضمن الفصل الأول (الجنائيات والجنح ضد الأشخاص) من الباب الثاني (الجنائيات والجنح ضد الأفراد) ،باشرت النيابة العامة إجراءات تحريك الدعوى العمومية ، طبقا لأحكام المادة 295 من قانون العقوبات.

فبالرغم من أن هذه المادة لم ترد ضمن القسم الذي يحمي الأملاك العقارية إلا أن المشرع قصد من نص التجريم حماية الحريات الفردية من خلال معاقبة الإعتداء على الحرمة الموجودة بالمنزل¹ .

غير أننا سنتناولها ضمن الجرائم الواقعة على العقار لإرتباط حرمة المنزل بالعقار وهو المنزل على أساس أن المشرع الجزائري إكتفى بحيابة المنزل دون إشتراط الملكية ، فمتى حاز الشخص ذلك العقار- المنزل- و بمجرد الإعتداء على الحرمة، فإن النيابة العامة لا تباشر إجراءات المتابعة إلا إذا كانت هناك علاقة بين الضحية والمنزل-حيابة - المنزل ، إضافة إلى أن هذه الجريمة لا تقوم إلا إذا توافر عنصر الدخول للمنزل.

وقد نصت المادة 295 من قانون العقوبات على ما يلي : " كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يفتحم منزل مواطن، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 1000 إلى 10.000 دج .

وإذا إرتكبت الجنحة بالتهديد أو بالعنف تكون العقوبة بالحبس من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر ، وبغرامة من 5000 الى 20.000 دج " .
وعليه فإن الركن المادي للجريمة يقتضي توافر عنصرين أساسيين- كما سيأتي بيانه- وهما:

1 - الدخول إلى المنزل .

2 - إستعمال إحدى الوسائل الآتية : المفاجأة ، الخدعة أو العنف أو التهديد .

غير أن المشرع لا يشترط أن يكون المنزل مسكونا ، إذ يكفي أن يكون العقار معدا للسكن ويحوزه المجني عليه باي طريق من طرق الحيابة المشروعة² .

¹ - احسن بوسقيعة ، المرجع السابق ص 102 .

² - قرار المحكمة العليا رقم 78566 مؤرخ في 1991/01/26 (مرفق 10) .

وعليه فإنه ينبغي لقيام جنحة إقتحام حرمة المنزل توافر الأركان الواجبة في كل جريمة :
* - من ركن شرعي وهو نص المادة 295 من قانون العقوبات .

* - ركن معنوي: مادام لم يشترط المشرع قصدا جنائيا خاصا، فإنه يكفي لقيام الجريمة توافر عنصري، العلم بأن الفعل المقدم عليه مجرم قانونا ، مع توجه إرادته لإتيانه طبقا للقصد العام .

* - الركن المادي :و الذي يقوم على العناصر التالية:

- العنصر الاول : دخول المنزل .

و يقصد بالدخول الولوج أيا كانت طريقته ، فإذا لم يدخل الشخص المنزل و إكتفى بكسر السور المحيط به مثلا ، فإن عمله لا يشكل الركن المادي المنصوص عليه في المادة 295 من قانون العقوبات ، حتى و إن إقترن هذا العمل بالقوة ، فقد يشكل ذلك شروعا و لكن المشرع لم يعاقب على الشروع في إقتحام حرمة المنزل ، و هو ما قضت به غرفة الجنح و المخالفات بالمحكمة العليا في قرارها رقم 59456 المؤرخ في 1990/01/23 الذي جاء فيه أنه: (لا يعاقب القانون على المحاولة في جنحة إنتهاك حرمة منزل ، و من

ثم فإن قضاة المجلس الذين قضوا بعدم قيام الجنحة في حق المتهم الذي دق على باب سكن الضحية الخارجي بقوة دون الدخول اليه لم يخطئوا في تطبيق القانون)¹ ، وما دام الشخص قد دخل العقار فإن ذلك يكفي لوجود الركن المادي ، يستوي في هذا أن يكون الدخول من الباب أو من النافذة أو بطريق التسلق أو الكسر أو إستعمال مفاتيح مصطنعة

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/11/10 تحت رقم 1013 (غير منشور) أنه (يرتكب الجنحة بكل عناصرها المتهم الذي تسلق إلى الخيمة ليلا وقصد فراش البنات التي مسكت بيده وأكثرت من الصراخ حتى قدم إليها أهلها وقبضوا عليه).
-العنصر الثاني : إستعمال إحدى الوسائل التالية : المفاجأة ، الخدعة ، التهديد ، العنف :

¹ - قرار رقم 59456 مؤرخ في 1990/01/23 ، المجلة القضائية لسنة 1991 ، عدد 2 ، ص 238 .

لكي يتحقق الدخول على النحو المتقدم فإنه يقتضي أن يكون دخولا غير مشروع ، و الذي يتم رغم إرادة الحائز أو يقع على وجه غير قانوني ، ولو لم ينص القانون على ذلك صراحة ولكنه يستفاد من مغزى الحماية ، كما يكون الدخول غير مشروع حتى لو لم يعارض فيه حائز المنزل إذا كان مقترنا بقصد سيء ، بحيث لو علمه الحائز لما أجازاه ، وهو ما جسده قرار المحكمة العليا الصادر تحت رقم 409 بتاريخ 1986/06/24 (غير منشور) إذ جاء فيه : (أن دخول المدعي في الطعن الى مسكن الشاكية بدون رضاها ، وبعدها أخبرها بكونه مرسلا من قبل أمها ، يشكل الفعل المادي لجنحة إنتهاك حرمة منزل بعنصريه وهما الدخول الى المنزل ، والعنف الناجم عن كون المتهم دخل المنزل رغما عن الشاكية وعن إحتجاجها)¹ ، كما جاء في القرار رقم 9988 المؤرخ في 1975/3/18 أنه " يفهم من إنتهاك حرمة المسكن إقتحامه بصفة غير شرعية ، أي الدخول إليه بالعنف أو التهديد أو الغش "² والملاحظ أن المشرع لم يشترط وقوع الجريمة على كل الملك ، وبذلك فإن الركن المادي يتحقق في هذه الجريمة بمجرد دخول جزء منه ما دامت قد توافرت حقيقة الدخول ، فوصل المشرع بذلك الى أبعد مدى في حماية الحيابة جزائيا متى توافرت باقي الأركان³.

مفهوم المنزل : نصت المادة 355 من قانون العقوبات على أنه : (يعد منزلا مسكونا كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك و لو منتقل متى كان معدا للسكن ، وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان إستعمالها حتى ولو كانت محاطة بسيياج خاص داخل السياج أو السور العمومي) .

وبذلك فإن مفهوم المنزل يتحدد بمعناه الواسع الذي يشمل كل لواحقه التي ليست في متناول العامة كالسطح والفناء والحديقة ... إلخ ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1982/02/02 تحت رقم 64 (غير منشور) ، إذ جاء فيه أنه :

¹ - احسن بوسقيعة ، المرجع السابق ص 104

² - جيلالي بغدادي ، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، الديوان الوطني للاشغال التربوية، 2002 ، ص 90.

³ - محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 40 .

(يتعين تحديد مفهوم المنزل الذي أشارت إليه المادة 295 من قانون العقوبات بمعناه الواسع ، وهو كل لواحقه التي ليست في متناول العامة كالسطح أو الفناء والحديقة إلى غير ذلك ، وبما أن العارض إترف بأنه دخل حديقة الضحية بغير إذنها فيعتبر تصرفه خلصة وتطبق عليه بحق المادة 295 سالفه الذكر) .
هذا ولا يشترط أن يكون المنزل مسكونا ، بل يكفي أن يكون معدا للسكن سواء كان قد شغل فعلا أو أعد لذلك الغرض وتحوزه المجني عليها¹ .

ويقصد بالشخص الذي يعتدي على هذه الحيابة ، كل شخص لا يكون صاحب الحيابة الفعلية للعقار حتى ولو كان مالكا له ، وعلة ذلك أن من يكون مالكا للمنزل ويظن أن الحائز لاحق له في الحيابة ، لا يجوز له أن يقيم العدل لنفسه ، بل عليه أن يلجأ إلى القضاء الذي يحقق له حماية تلك الأوضاع الظاهرة ، وبذلك فالحيابة تحمي في حد ذاتها سواء كان الحائز مالكا أو غير مالك .

الفرع الثاني : حماية الحيابة عن طريق القضاء المستعجل

تعتبر الحيابة كما رأينا سابقا أنها حالة واقعية أو فعلية قد لا تستند إلى أي حق للحائز ، و مع ذلك فالمشرع كفل لها الحماية اللازمة سواء من الناحية الجزائية أو من الناحية المدنية ، و هذا لإعتبارين إثنين : أولهما يتعلق بالمصلحة الخاصة للحائز على أساس أن الحيابة قرينة على الحق ، كون الحائز غالبا ما يكون نفسه صاحب الحق ، وهي بالتالي ممارسة فعلية للحق ، فحرمانه من الحيابة يعني حرمانه من مزايا حقه² و هي وسيلة من وسائل إكتساب الملكية حتى في الحالات التي لا يستند فيها الحائز إلى حق .

أما الإعتبار الثاني فيتعلق بالمصلحة العامة ، لأن حماية الحيابة هي حماية للأمن و النظام العام في المجتمع فيعد إغتصاب الحقوق غير شرعي و لو تم ذلك من صاحبها لأن ذلك يعتبر من قبيل قضاء الإنسان لنفسه و الذي يترتب عنه الفوضى .

و إذا كان لهذه الحماية أن تكون دائمة للحق فتؤكدده و تزيل الشك عنه و تنفيه بحكم يصدر يحوز حجية الشيء المقضي فيه ، و بفوات ميعاد الطعن يصبح حقيقة مؤكدة على وجه

¹ - قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 78566 صادر بتاريخ 1991/01/26 .

² - بوبشير محند أمقران ، المرجع السابق، ص 91

اليقين ، فلها أيضا أن تكون مؤقتة للحق غرضها الأساسي هو إضفاء حماية سريعة للحق أو المركز القانوني تتوقف عند حد الأوضاع الظاهرة دون بحث الموضوع و إصدار حكم على ضوء الظاهر دون تأخير تضيع معه الفائدة المرجوة من هذه الحماية¹ .

و من هنا حرص المشرع على مساعدة الحائز في الحصول على حكم يواجه به التعدي على حيازته و ذلك بإجراءات سريعة مبسطة فأوكل مهمة الحماية المؤقتة للحيازة للقضاء المستعجل على أساس أنه الجهة التي تنتظر في القضايا المستعجلة و التي لا تحتل أي بطة خشية تلفها أو ضياع معالم وقائعها و فوات الفرصة المبنية عليها²، فهو يهدف إلى درء الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه ، و هو ما نصت عليه المادة 183 من قانون الإجراءات المدنية بقولها : " في جميع أحوال الإستعجال أو عندما يقتضي البت في تدبير الحراسة القضائية أو أي تدبير تحفظي لا تسري عليه نصوص خاصة ، فإن الطلب يرفع بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى..."

و قد أخضع المشرع تدخل القضاء الإستعجالي في حماية الحيازة للقواعد العامة التي تدخل ضمن إختصاصه الذي ينعقد بمجرد إيداع الحائز لعريضته الإفتتاحية لدى قلم كتاب المحكمة بالقسم الإستعجالي ، و ينتهي بمجرد إصدار الأمر الفاصل في النزاع ، و هذه الحماية لا تستند إلا لدعوى الحيازة العقارية الإستعجالية على أساس أن العقار وحده محل الحماية القضائية المدنية ، لأن قاعدة الحيازة في المنقول تعتبر سند الملكية ، و هو ما نصت عليه المادة 835 من القانون المدني بقولها: " من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته..."، فهذه القاعدة اذن تجعل دعوى الحيازة في المنقول تختلط بدعوى الحق³ .

أولا: نطاق إختصاص القضاء المستعجل في حماية الحيازة

¹ - سنية احمد يوسف ، حماية الحيازة بين النيابة العامة و القضاء المستعجل ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2001 ، الإسكندرية ، ص 39.

² - مقال لرئيس مجلس قضاء سيدي بلعباس ، القضاء الاستعجالي ، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي ، 1995 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص 29.

³ - الغوثي بن ملحمة ، القضاء المستعجل و تطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2000، ص 53.

تخضع الحيابة من حيث حمايتها إلى ثلاث دعاوى قضائية تتمثل في : دعوى وقف الأعمال الجديدة ، دعوى إسترداد الحيابة ، دعوى منع التعرض ، و قد وردت جميع هذه الدعاوى في المواد من 817 إلى 821 من القانون المدني ، و المواد من 413 إلى 419 من قانون الإجراءات المدنية .

فهي تخضع لنصوص القانون المدني فيما يتعلق شروط قبولها و ما يترتب على رفعها من آثار كطلب قضائي ، و تخضع لقانون الإجراءات المدنية فيما يخص إجراءات التقاضي . و رغم أن هذه الدعاوى الثلاث هي دعاوى ذات طابع موضوعي ، تدخل في إختصاص محكمة الموضوع التي لها أن تبحث في صفة واضع اليد و عناصر الحيابة و شروطها¹ ، مما يتطلب إثباتها بجميع طرق الإثبات المختلفة ، و لذا فهي تخرج عن إختصاص القضاء المستعجل² لما ينطوي عليه الفصل فيها من مساس بأصل الحق .

إلا أنه لما كان الحق في حماية الحيابة من الحقوق التي تتعرض للإعتداء و يتهدها الخطر ، فإنه يجوز لمن يدعي مثل هذا الحق الإلتجاء إلى القضاء المستعجل إذا توافر الإستعجال لتتقرر له الحماية السريعة و المؤقتة ريثما يفصل فيها قاضي الموضوع . و قد دأب القضاء على إختصاص القضاء المستعجل بالفصل في المنازعات المتعلقة بالحيابة التي تحتاج إلى حماية وقتية عاجلة حتى يرد عن الحيابة الظاهرة غير المتنازع عليها نزاعا جديا ما يقع عليها من عدوان ظاهر إلى أن يفصل في موضوع الحيابة ذاتها من محكمة الموضوع المختصة .

و قد ذهبت المحكمة العليا إلى عدم إختصاصه بالفصل في دعوى منع التعرض على أساس أن الحكم فيها يمس حتما الحق موضوع النزاع ، إذ يجب للفصل فيها التحقق من توافر شروط وضع اليد التي تخول المدعي رفع الدعوى و حقوق المتعرض على العقار موضوع النزاع بحيث لا يبقى بعد الفصل فيها نزاع بين الطرفين³ ، و هو ما أكدته في

¹ - قرار رقم 236757 المؤرخ في 2002/09/25 و الذي جاء فيه أن دعوى الحيابة تخضع لإختصاص قاضي الموضوع و ليس لإختصاص قاضي الإستعجال، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني ، طبعة 2004 صفحة 278.

² - الأستاذ زودة عمر ، محاضرة ملقاءة على طلبة الدفعة 14 بالمعهد الوطني للقضاء 2005 .

³ - أنور طلبة ، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية، الجزء الأول، طبعة 2001 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ص 562.

قرارها رقم 226217 المؤرخ في 2000/01/26 إذ جاء فيه : " أن دعوى منع التعرض هي إحدى الدعاوى الثلاث المقررة قانونا لحماية الحيازة العقارية ، و هي دعوى موضوعية لا تدخل بحكم طبيعتها في إختصاص قاضي الإستعجال ¹ ."

و بذلك يفهم من هذا القرار أن القضاء المستعجل يختص فقط بدعوى إسترداد الحيازة و دعوى وقف الأعمال الجديدة ، و هو ما سنوضحه فيما يلي :

1- إختصاص القضاء المستعجل بنظر دعاوى الحيازة المستعجلة

أ- دعوى إسترداد الحيازة :

وردت أحكام دعوى إسترداد الحيازة في المادة 817 من القانون المدني ، إذ جاء فيها أنه : " يجوز لحائز العقار إذا فقد حيازته أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه ، فإذا كان فقد الحيازة خفية بدأ سريان السنة من وقت إنكشاف ذلك . ويجوز أيضا أن يسترد الحيازة من كان حائزا بالنيابة من غيره ."

كما ورد النص عليها كذلك في المادة 414 من قانون الإجراءات المدنية إذ جاء فيها أنه : " يجوز رفع دعوى إسترداد الحيازة لعقار أو حق عيني عقاري ممن أغتصبت منه الحيازة بالتعدي أو الإكراه وكان له وقت حصول التعدي أو الإكراه ، الحيازة المادية أو وضع اليد الهادئ العلني ."

من خلال هذين النصين نستنتج أن دعوى إسترداد الحيازة شرعت لحماية الحائز من أعمال الغصب ، وليسترد حيازته ممن سلبها أو نزعها منه ، والهدف منها هو رد الإعتداء غير المشروع والسلب والنزع بالقوة ، ولذا يعتبر هذا الإعتداء من أشد صور التعرض للحيازة وأكثرها خطرا على النظام العام، لأن الإعتداء فيها يصل إلى أقصى درجاته حيث يسلب المغتصب حيازة الحائز ويصبح هو الحائز للعقار لذلك فقد قررها المشرع بشرط أكثر تيسيرا من شروط دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة .

فإذا رفعت الدعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة بطلب إسترداد حيازة عقار لسلبها من حائزها بالقوة ، فالدعوى في هذه الحالة تعتبر دعوى مستعجلة لأنها تقوم قانونا على

¹ - الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني ، قسم الوثائق 2004 ص ص 304-308.

إعتداء غير مشروع بدون النظر إلى وضع اليد ذاته¹ ، إذ لا يترتب على الفصل فيه المساس بأصل الحق² . لأن القاضي الإستعجالي لا يتعرض فيها لأصل النزاع ، فهو لا يبحث نية التملك عند وضع اليد ، ولا شرط الحيابة القانوني ، إذ يكفي لإختصاصه للفصل في هذا الطلب أن يكون لرافعها حيابة هادئة ظاهرة وأن تكون قد سلبت منه بالقوة أو الإكراه ، فلا يشترط أن يكون مالكا ، بل يصح رفعها حتى ممن ينوب عن غيره في الحيابة³ .

وتتمثل شروط دعوى إسترداد الحيابة فيما يلي :

- أن يكون المدعي واضعا يده على العين وضع يد مادي وقت وقوع الغصب⁴ :

أي أن تكون له حيابة مادية وقت التعدي على العقار الذي سلب منه بالقوة وبصرف النظر عما إذا كانت هذه الحيابة معيبة أم لا ، فيكفي أن يثبت المدعي العنصر المادي وقت التعدي وأنه سلبت منه بالقوة ، وأن يكون ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن بإعتبار الحيابة واقعة مادية⁵.

كما للمدعي أن يرفع دعوى إسترداد الحيابة على كل شخص إنتقلت إليه الحيابة ولو كان حسن النية وذلك بإعتبارها دعوى عينية⁶ ، ومن ثم فليس للمدعي أن يرفعها إذا ثبت أن حيازته المادية لم تكن قائمة على العين وقت أن حازها المدعي عليه ، ويجب أن يكون سلب الحيابة قد إنصب على حيابة مادية أيضا لا على حيابة معنوية .

وقد أثير جدل حول ما إذا كان من اللازم لرفع دعوى إسترداد الحيابة أن تكون حيابة المدعي متوافرة أيضا على عنصرها المعنوي أي نية التملك ، أم يمكن رفعها من الحائز المادي ولو لم تكن له نية التملك أي ولو كانت حيازته عرضية كالدائن المرتهن الحيازي ، والمستعير والحارس ، لكن الراجح هو جواز ذلك على أساس أن القانون يمنع الشخص

¹ - وزارة العدل ، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي ، مديرية الشؤون المدنية 1995 ص 102

² - مصطفى مجدي هرجة ، الحيابة داخل وخارج دائرة التجريم ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1991 ، ص326.

³ - المادة 2/817 من القانون المدني الجزائري .

⁴ - محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، ص 128 .

⁵ - زودة عمر على الطلبة القضاة ، الدفعة الرابعة عشر ، بالمعهد الوطني للقضاء 2005 .

⁶ - المادة 819 من القانون المدني الجزائري

من أن يقتضي حقه بنفسه، فإذا إنتزعت الحيابة من الحائز بالقوة حتى لو وقع ذلك من المالك الذي أجازها على سبيل التسامح فيكون بذلك قد إقتص لنفسه بما لا يجيزه القانون ، وإذا رفعت دعوى إسترداد الحيابة أمام القضاء المستعجل وثار نزاع بين الطرفين حول توافر هذا الشرط أو عدم توافره ، فإن القاضي الإستعجالي يفحص هذه المنازعة من ظاهر المستندات لا ليقتضي فيها موضوعا بل للتوصل إلى البت في الإجراء الوقتي المطلوب منه ، فإن تبين له أن إعتراض المدعى عليه في هذا الشأن يقوم على سند من الجد فإنه يقضي بعدم إختصاصه بنظر الدعوى ، أما إذا تبين له تناقض إدعاءات الطرفين فيقتضي الأمر في هذه الحالة اللجوء إلى إجراءات التحقيق وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 415 من قانون الإجراءات المدنية إذ جاء فيها : " إذا أنكرت الحيابة أو أنكر التعرض لها فإن التحقيق الذي يؤمر به في هذا الخصوص لا يجوز أن تمس أصل الحق وهو ما جسده قرار المحكمة العليا في الملف رقم 201544 الصادر بتاريخ 2000/11/22 إذ نص على أن من المبادئ القانونية للحيابة أنها واقعة مادية يتم إثباتها بجميع الطرق القانونية¹ .

-سلب الحيابة : يتعين لرفع دعوى إسترداد الحيابة أن تكون حيابة المدعي قد سلبت منه بفعل المدعى عليه² ، أما إذا كان المدعي مستمرا في حيابة العين وكل ما حدث له هو تعكير في الحيابة لا يفقده إياها فليس له رفع هذه الدعوى ، وبالتالي فهي مقترنة بزوال حيابة المدعي المادية للعقار سواء تم ذلك بالقوة أو بدون قوة .

وقد سهل المشرع الأمر على من سلبت حيابته بالقوة فأجاز له رفع الدعوى ولو لم تكن حيابته قد إستمرت سنة كاملة قبل سلبها ، وتتوافر القوة كلما وقع سلب الحيابة بإجراء يتم رغم إرادة الحائز ولا حيلة له في دفعه .

وقد يقع سلب الحيابة أيضا بالإستيلاء خلسة على العقار أو بالخداع والحيلة دون إتخاذ إجراءات قضائية أي أن العمل الذي قام به المدعي عليه عمل عدواني لا سند له في القانون ، وأنه من شأنه أن يمس بالأمن العام ، ويقع سلب الحيابة أيضا بصرف النظر

¹ - الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء 2 ، 2004 قسم الوثائق صفحة 283 ، نسخة من القرار رقم 201544

المؤرخ في 2000/11/22 (مرفق 15)

² - محمد علي راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب ، قضاء الامور المستعجلة ، ط6 ، ج1 ص605 .

عما إذا كان المعتدي حسن النية كأن يعتقد أن العقار الذي إنتزعت حيازته من الحائز هو عقار مملوك له ورغم ذلك فهو يعتبر مخطئاً عندما لجأ إلى أخذ حقه بيده من الإلتجاء إلى القضاء. ومن ثم إذا رفعت دعوى إسترداد الحيازة أمام القضاء المستعجل وثار نزاع بين الطرفين حول توافر هذا الشرط فإن القاضي الإستعجالي يفحص هذه المنازعة من ظاهر المستندات ، وإذا إستبان له جدية ما يذهب إليه المدعي عليه فإنه يقضي بعدم إختصاصه بنظر الدعوى.

- أن تستمر الحيازة مدة سنة على الأقل في بعض الحالات : تختلف المدة بإختلاف حالات سلب الحيازة فإذا وقع السلب بالقوة إستطاع المدعي طلب إسترداد الحيازة ولو كانت حيازته المادية لم تستمر على العقار مدة سنة سابقة على سلبها ، وإذا وقع سلب الحيازة بغير قوة فليس للمدعي طلب إسترداد الحيازة إلا إذا كان حائزاً لمدة سنة على الأقل وقت فقدها و كانت حيازته أحق بالتفضيل من حيازة خصمه ، والحيازة الأحق بالتفضيل هي تلك التي تقوم على سند قانوني فإذا إنعدمت لديهم السندات أو تعادلت فإن الحيازة الأحق هي الأسبق في التاريخ¹ ،

- أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية لفقد الحيازة : في هذه الحالة فإن يقع على المدعي إثبات أنه رفع دعواه في مدة السنة، وإذا كانت المدة هي مدة سقوط الدعوى الموضوعية، فإن فواتها في مجال الدعوى المستعجلة يفقد الدعوى صفة الإستعجال الملازم لإختصاصه القضاء الإستعجالي ويصبح الفصل فيها مساساً بأصل الحق ، وعليه يتعين على القاضي الإستعجالي أن يقضي بعدم إختصاصه النوعي .

- الإستعجال : يعتبر عنصر الإستعجال شرطاً لإختصاص القضاء المستعجل بنظر هذه الدعوى ، فمتى توافرت شروط دعوى إسترداد الحيازة ، وكان الإعتداء يستدعي إتخاذ إجراء وقتي بشأنه ، وكان يخشى على مصالح الحائز من فوات الوقت فله أن يلجأ القاضي الإستعجالي ليرد إليه حيازته كإجراء وقتي لحين اللجوء إلى محكمة الموضوع .

- أن تكون الأعمال المعترض عليها داخلة في ولاية جهة القضاء العادي : يختص القضاء الإستعجالي بنظر الشق المستعجل فقط من الأعمال التي تدخل في ولاية القضاء

¹ - المادة 818 من القانون المدني الجزائري .

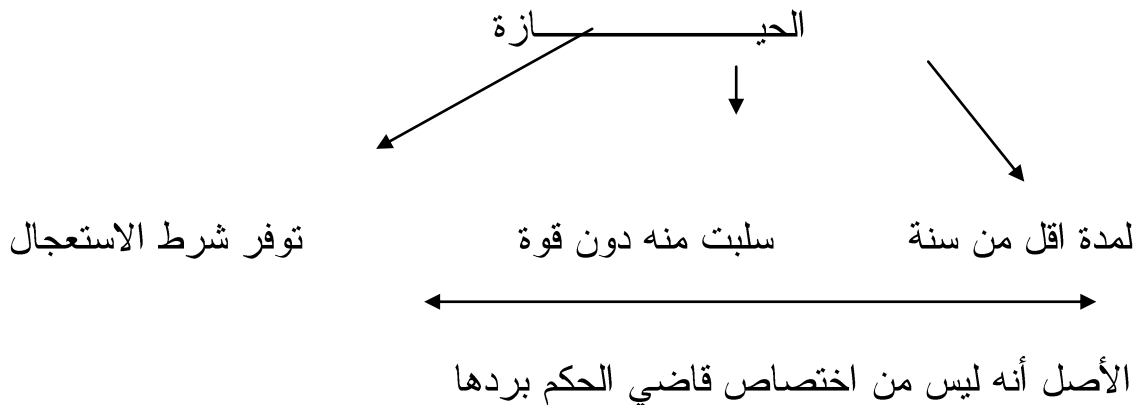
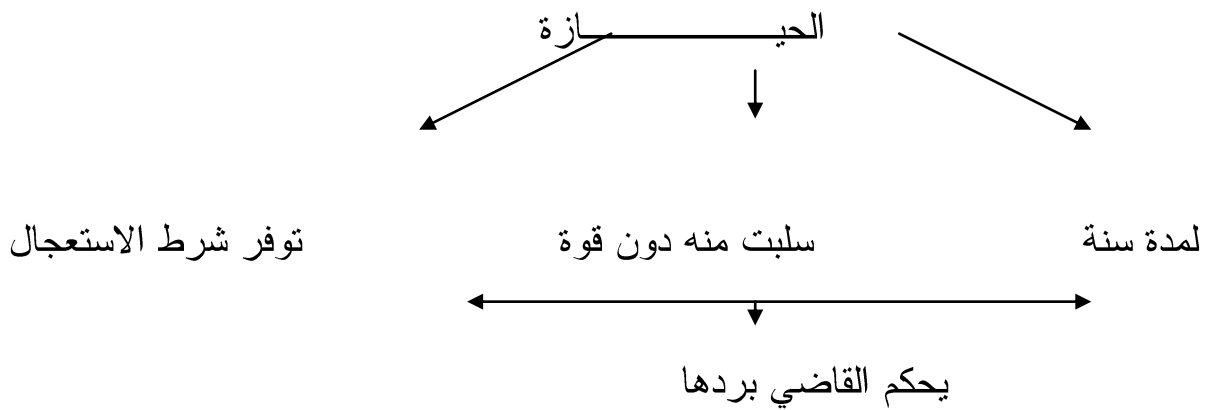
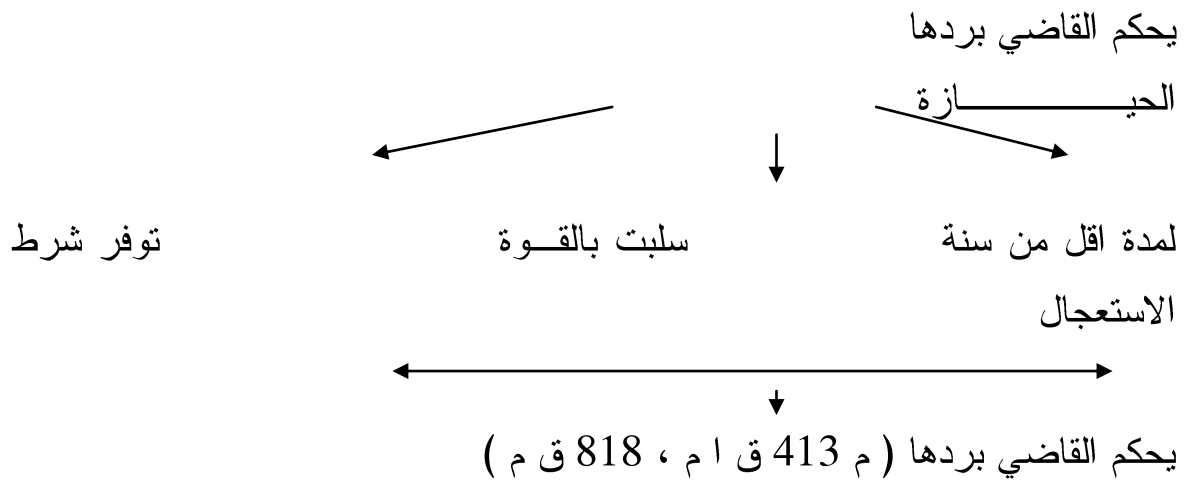
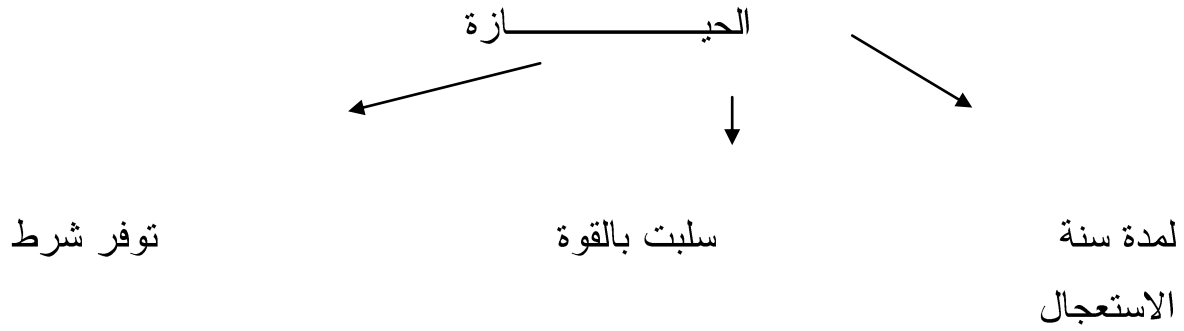
العادي ، أما إذا كان إنتزاع الحيابة يتصل بعمل من أعمال السيادة أو أعمال الإدارة فإنه يخرج عن إختصاصه ، وعموما فإن إختصاص القاضي الإستعجالي يقوم في حالة طلب إسترداد الحيابة على الإعتبارين الآتيين :

أولا : إن مهمة القاضي الإستعجالي مقصورة فقط على إعادة الحالة إلى أصلها ، وهو إجراء وقتي يراد منه المحافظة على الأوضاع المادية المستقرة . نسخة من قرار قضائي(مرفق)

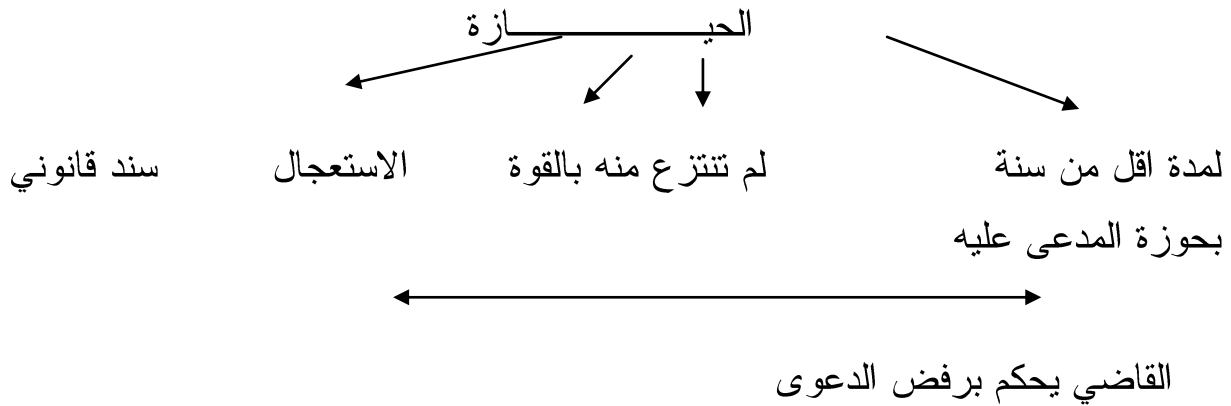
ثانيا : سلب الحيابة من يد صاحبها قهرا، أمر يستوجب تدخل القضاء الإستعجالي لحماية الحائز ورد عدوان الغاصب ويتحدد حكم القاضي الإستعجالي في هذه الدعوى على الشيء محل الحيابة الذي يكون دائما عقارا ، فقد يكون أرضا فلاحية أو مسكنا أو ممرا ، على أنه يتعين على المدعي أن يعين موضوع الدعوى تعيينا كافيا نافيا للجهالة ، بأن يبين موقع العقار ومساحته وحدوده ورقمه ويسعى إلى إعادة السيطرة المادية على الشيء محل الحيابة.

ويختلف حكم القاضي حول ما إذا دامت حيابة المدعي سنة أو أنها لم تدم سنة كاملة ، فإذا دامت لمدة سنة فيحكم بردها إذا إنتزعت منه بالقوة أو الغصب ، وكذلك إذا لم تدم سنة كاملة وإنتزعت منه بالقوة وهو ما قضت به المادتين 413 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 818 من القانون المدني، أما إذا كانت حيابة المدعي لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة فتطبق قواعد المفاضلة المنصوص عليها في المادة 818 من القانون المدني، وتقضي قواعد المفاضلة بأنه إذا وجد سند قانوني عند كل من الخصمين فضلت الحيابة الأسبق في التاريخ ، أما إذا قامت إحدى الحيازتين على السند القانوني دون الأخرى فضلت الحيابة القائمة على السند القانوني ، أما إذا كانت حيابة المدعي لم تدم سنة كاملة ولم تنتزع منه بالقوة ولكن المدعى عليه يستند على حيابة أحق بالترفضيل ، ففي هذه الحالة يحكم برفض الدعوى .

الحكم في دعوى استرداد الحيابة :



وإستثناء له الحكم برد الحيابة اذا كانت حيابة المدعي أحق بالترفضيل من حيابة خصمه أي أن حيابة خصمه تقوم على سند قانوني أو الحيابة الأسبق في التاريخ (م 818 ق م)



ب- دعوى وقف الأعمال الجديدة: نصت المادة 821 من القانون المدني على ما يلي: " يجوز لمن حاز عقارا وإستمر حائزا له مدة سنة كاملة ، وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيابته أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال بشرط أن لا تكون قد تمت ، ولم ينقض عام واحد على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر .

وللقاضي أن يمنع إستمرار الأعمال أو أن يأذن في إستمرارها ، وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة صدور الحكم بالوقف ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقت إذا تبين بحكم نهائي أن الإعتراض على إستمرار الأعمال كان على غير أساس ، وتكون في حالة الحكم بإستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها للتعويض عن الضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي في مصلحته " .

وبذلك فقد أمعن المشرع في حماية الحيابة حيث لم يكتف بحمايتها من السلب ،ومن التعرض الذي تم، وإنما نظم فضلا عن ذلك وقايتها من التعرض قبل حصوله متى تهيأت الأسباب لإحتمال وقوعه ،على أن تقوم على أسباب معقولة تدعو إلى الإعتقاد على أن هذه الأعمال لو تمت مستقبلا لأصبحت تعرضا على حيابة المدعي .

فدعوى الوقف هي دعوى الحيابة الوقائية التي ترمي إلى منع الإعتداء على الحيابة قبل وقوعه، إذ يرفعها الحائز لعقار أو لحق عيني على من شرع في عمل لو تم لأصبح تعرضا بالفعل للحائز في حيازته، شرط أن تقع هذه الأعمال في عقار المدعى عليه، لأنها لو وقعت في عقار المدعي لأصبحت تعرضا في الحيابة ، وبذلك فإن التعرض الذي تقوم عليه دعوى وقف الأعمال الجديدة هو تعرض احتمالي وأن الأمر بوقف هذه الأشغال هو مجرد تدبير مؤقت لحماية الحق من الخطر الناجم عن مواصلة عملية البناء في إنتظار الفصل النهائي في موضوع الدعوى وهذا طبقا للمادة 186 من قانون الإجراءات المدنية.

ولقبول هذه الدعوى أمام القضاء المستعجل فينبغي توافر الشروط التالية :

- أن يكون المدعي حائزا لعقار أو لحق عيني عقاري حيازة تمكنه من إكتساب ملكية ذلك العقار أو الحق العيني : و يستلزم ذلك قيام الحيابة على عنصرها المادي والمعنوي، أي وضع اليد الفعلي على الشيء ومباشرة سائر الأفعال التي تجعله يظهر أما الغير بمظهر صاحب الحق محل الحيابة وكذلك نية التملك التي يجب أن تكون واضحة، هادئة، مستمرة¹ وغير قائمة على عمل من الأعمال المباحة التي يأتيها الشخص بحسبانها رخصة من المباحات، ومثال ذلك فتح مطل على المسافة القانونية ، أو تلك التي تكون على سبيل التسامح² أي التي يتساهل فيها الشخص المعتدل ولا يعترض عليها إلى أن تتوافر شروط الحيابة لدى المعتدي ، إضافة إلى كل ذلك فيجب أن تنصب الحيابة على عقار أو حق عيني عقاري يمكن إكتسابه بالتقادم إذ لا يمكن قبول الدعوى إذا رفعت ضد الحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة بالنسبة للعقارات المملوكة لها سواء كانت تلك العقارات من الأملاك العامة أو من الأملاك الخاصة ، لأنها لا تكتسب بالتقادم .

ونجد أنه في جميع هذه الأحوال فإن القضاء المستعجل لا يختص بنظر دعوى وقف الأعمال الجديدة إذا قام الدليل الجدي أمامه على أن حيازة المدعي معيبة ، أو مشوبة بشبهة الإنتفاع بطريق التسامح أو من قبيل الإباحة ، أو منصبة على حق لا يجوز إكتسابه بالتقادم ، أو قام الدليل الجدي أمامه على أن الحيابة تفتقر إلى أحد عنصرها المادي أو المعنوي .

¹ - المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

² - المادة 808 من القانون المدني الجزائري .

- أن تستمر الحيابة المراد حمايتها مدة سنة على الأقل : على القضاء المستعجل المختص بنظر دعوى وقف الأعمال الجديدة أن يتأكد من قيام الدليل الجدي أمامه على أن حيابة المدعي قد إستمرت على هذا الوضع مدة سنة على الأقل سابقة على العمل الجديد المراد إيقافه وللحائز في سبيل إحتساب هذه السنة أن يضيف إلى مدة وضع يده مدة وضع سلفه ، كما أن الحيابة قد تكون بمعرفة الحائز نفسه بشخصه أو بمن ينوب عنه أما في حالة ما إذا تبين بأن الحيابة لم يمض عليها سنة قبل الشروع في العمل الجديد فإنه يقضي بعدم إختصاصه بنظر الدعوى .

- شروع المدعى عليه في عمل من شأنه لو تم أن يصبح تعرضا لحيابة المدعي : إن هذه الدعوى لا يقصد بها منع تعرض حاصل بالفعل ، وإنما الهدف منها توقي حصوله مستقبلا لأن سبيل وقوع التعرض الفعلي هو دعوى منع التعرض وليس دعوى وقف الأعمال الجديدة التي يكون محلها أعمالا لا تعتبر تعرضا في الحال، وإنما هو تعرض في المآل من شأنه أن يعكر أو يمس الحق الذي يحوزه المدعي، ولهذا فقاضي الأمور المستعجلة عند عرض النزاع عليه ينبغي عليه قبل البت في الدعوى أن يتعرف من ظاهر المستندات حقيقة الأمر فيها من خلال معرفة الحق الذي يحوزه المدعي ، ومداه ونطاقه وما يخوله من سلطات طبقا للقانون وذلك بمعرفة ما إذا كانت الأعمال المتظلم منها من شأنها عند تمامها أن تمس هذا الحق محل الحيابة أم لا فإن إتضح أنها تمسه قضى بوقفها، أما إن إتضح أنها عند تمامها لن تمس حقا يحوزه قضى بعدم الإختصاص .

- ألا يكون العمل الجديد قد تم أو أن يكون قد إنقضى على الإبتداء فيه عام: إذا ثبت أن العمل المتضرر منه قد تم فعلا وإنقلب تعرضا فليس للمتضرر رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة بل عليه رفع دعوى منع التعرض .

وقد يكون الفعل تعرضا في جزء منه وشروعا في تعرض بالنسبة لجزء آخر، فيجوز رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة بالنسبة للشق الذي مازال في مرحلة الشروع ويترتب على ذلك أن الأعمال التي ترفع بصددها دعوى وقف الأعمال الجديدة إنما يفترض إرتكابها في عقار آخر خلاف عقار المدعي¹ .

¹ - احمد هندي ، اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، 2002 دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، ص 384

كما يتعين أيضا ألا يكون قد إنقضى عام على الشروع في الأعمال والملاحظ أن مضي مثل هذه المدة من شأنه في صدد الدعاوى المستعجلة أن يفقدها غالبا صفة الإستعجال ويخرجها بالتالي عن إختصاص القضاء المستعجل بل إن القاضي الإستعجالي ولو كان التأخير في رفع الدعوى لمدة تقل عن سنة و تبين له أن ذلك التأخير قد أثر على طبيعة الإستعجال وأفقدتها إياه فإنه يقضي بعدم إختصاصه .

و- ألا يطلب من القاضي المستعجل إزالة ما تم من أعمال: إن القضاء المستعجل يختص بوقف الأعمال الجديدة وليس بإزالة ما تم من أعمال لأن ذلك ينطوي على مساس بأصل الحق، وعليه فإذا طلب المدعي مثلا وقف الأعمال الجديدة وإزالة ما تم منها ، فإن القاضي الإستعجالي يقضي بإجابة الشق الأول متى تكاملت عناصره وبعدم إختصاصه بنظر الشق الثاني .

أما إذا طلب المدعي إزالة الأعمال التي يقيمها المدعى عليه وتبين للقاضي أن عناصر دعوى وقف الأعمال الجديدة المستعجلة متكاملة من خلال ظروف الدعوى فإنه يختص بما له من سلطة ويقضي بوقف العمل الجديد.

- الإستعجال : إن عنصر الإستعجال شرط في دعوى وقف الأعمال الجديدة وهو شرط كذلك لإختصاص القضاء المستعجل، فإذا ما تبين لقاضي الأمور المستعجلة إفتقار الدعوى لهذا العنصر فيتعين عليه الحكم بعدم إختصاصه بنظرها.

- أن تكون الأعمال المعترض عليها داخلة في ولاية جهة القضاء العادي: يحكم القاضي الإستعجالي بعدم الإختصاص النوعي في حالة ما إذا كانت الأعمال مطلوب وقفها تدخل ضمن أعمال السيادة أو أعمال الإدارة .

وبناء على ما تقدم، يمكن القول أن دعوى وقف الأعمال الجديدة وإن كانت دعوى حيابة ، إلا أنها ونظرا لطبيعتها الوقتية فإنها أقرب الدعاوى إلى إختصاص القضاء المستعجل على أساس أن شرط الإستعجال الذي هو محور إختصاصه يكون متوافرا في فروض كثيرة ترفع فيها هذه الدعوى، لأن دعوى الوقف ترفع بمجرد البدء في أعمال قبل

أن تتم ، أي أننا بصدد شروع في تعرض أو تعدي على الحيابة ، فيفرض المنطق رفعها بسرعة لتوقي وقوع هذا التعرض بدلا من إنتظار وقوعه .
ويمكن للمحكمة بموجب المادة 2/821 من القانون المدني أن تحكم بكفالة ، مع إستمرار الأعمال أو وقفها سواء للمدعي أو للمدعى عليه ، فإذا كانت قد قضت لمصلحة المدعي بوقف العمل الجديد وألزمته بالكفالة فإن هذا الحكم لا ينفذ إلا بعد إيداع الكفالة ، وتبقى هذه الكفالة مودعة حتى يفصل نهائيا في النزاع حول الحق ، فإن حكم في هذا النزاع لمصلحته إسترد ما أودعه ، وإن حكم ضده كان للطرف الآخر أن يرجع على هذه الكفالة للحصول على تعويض الضرر الذي أصابه من جراء وقف العمل الجديد بغير حق ، أما إذا كان الحكم لمصلحة المدعى عليه بالإستمرار في العمل الجديد وألزمته بدفع كفالة فإنها تبقى أيضا مودعة حتى يفصل نهائيا في النزاع حول الحق، فإذا حكم فيه لمصلحته فإنه يستردها.

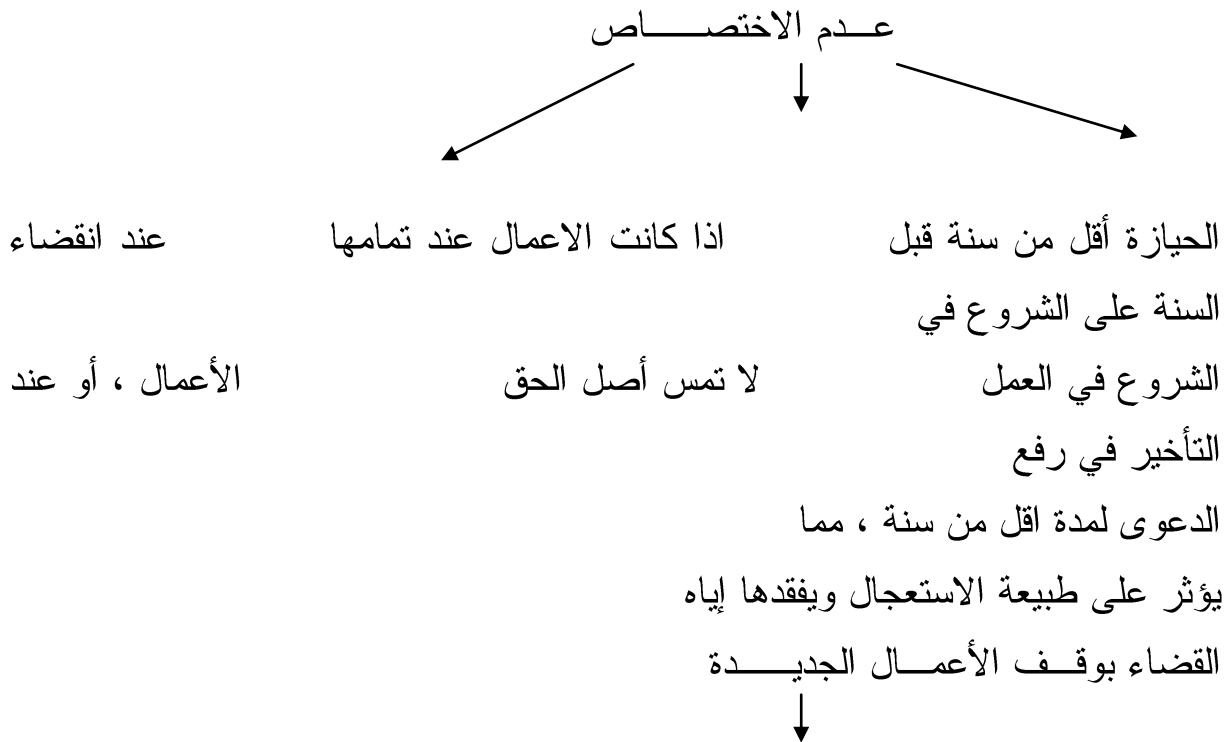
أما إذا حكم ضده كان للطرف الآخر أن يرجع على هذه الكفالة للحصول على تعويض الضرر الذي أصابه من جراء الإستمرار في العمل الجديد بغير حق .
ومعنى ذلك أن للمحكمة سلطة الأمر بالكفالة¹ مع إستمرار الأعمال أو مع وقفها ، وأن الذي يدفع الكفالة دائما هو المحكوم له في دعوى وقف الأعمال الجديدة سواء كان الحائز (في حالة الحكم بالوقف) أو المدعى عليه (في حالة الحكم بالإستمرار في الأعمال)، وبهذا فإن أفراد المشرع للحكم الصادر في دعوى وقف الأعمال الجديدة بالكفالة دون الحكم الصادر في باقي دعاوى الحيابة يتماشى وكون هذه الدعوى هي دعوى حيابة وقتية سواء طرحت أمام القاضي الإستعجالي أو القاضي الموضوعي ، و بتقديم الكفالة يصبح الحكم الصادر في دعوى الوقف قابلا للتنفيذ الجبري فور صدوره ، وفي كل الأحوال فإن هذا الحكم لا حجية له أمام قاضي الموضوع² كما سنبينه لاحقا ، وبذلك فموضوع هذه الدعوى يكون دائما إلزاما بوقف الأعمال الجديدة يمكن تنفيذه بواسطة الغرامة التهديدية لإجبار المدعى عليه عن الإمتناع عن العمل.

¹ - الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي ، مديرية الشؤون المدنية 1995 ، ص 104

² - احمد هندي ، المرجع السابق ، ص 387 .

ونشير إلى أنه في دعوى إسترداد الحيابة ودعوى منع التعرض فلا يجوز تنفيذ الحكم الصادر فيهما بواسطة الغرامة التهديدية لأنه يعتبر حكما ملزما يمكن تنفيذه جبرا على المدعى عليه وذلك عن طريق القوة العمومية ، كما أنه لا يتوقف على تدخل المدين شخصا ، ويتم تنفيذه بإزالة البناء أو الحائط بواسطة المحكوم عليه فإذا إمتنع جاز له أن يطلب من القاضي بالإذن له بالقيام بالإزالة بنفسه لكن على نفقة المدين .

الحكم في دعوى وقف الاعمال الجديدة



إذا كانت الأعمال عند تمامها من شأنها المساس بأصل الحق محل الحيابة¹

2- موقف الإجتهد القضائي فيما يخص مسائل الحيابة:

لقد وقف الإجتهد القضائي كثيرا عند مسائل الحيابة مما يعكس الأهمية الكبيرة لها ، ويبين حجم القضايا المتعلقة بها، الأمر الذي أتاح له المساهمة في وضع المبادئ القانونية من جهة وتأكيد شروطها من جهة ثانية وسنعرض فيما يلي بعض قرارات المحكمة العليا .

¹ - حمدي باشا عمر ، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الاجراءات المدنية ، دار هومة الجزائر، ص 48 .

- 1) فيما يخص إثبات الحيابة : قرار رقم 201544 صادر بتاريخ 2000/11/22 .
المبدأ : الحيابة واقعة مادية يتم إثباتها بجميع الطرق القانونية .
الدفع المثار : " ... كلا الطرفين يدعي الحيابة للأرض محل النزاع .
- حيث أن الطاعن يدعي أنه حائز لها وأن المدعى عليهما إعتديا على حيازته مؤخرًا .
- حيث أن المطعون ضدتهما أنكرا التعدي على حيازة الطاعن
- حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإنه لا يوجد ما يدل على إنتقال الحيابة منذ مدة تزيد عن السنة للمطعون ضدتهما ولا توجد أية إشارة إلى أن المطعون ضدتهما أثبتا حيازتهما للأرض .
- حيث أن الحيابة واقعة مادية تثبت بكل الطرق القانونية، وكان على قضاة المجلس أمام إدعاءات الطاعن وإنكار المطعون ضدتهما القيام واللجوء إلى أي إجراء من الإجراءات التي يخولها لهم القانون للتأكد من موضوع الدعوى والتحري أكثر خاصة وأنهم أكدوا بأن الأرض تحت حيازة المطعون ضدتهما دون تبيان مصدر ذلك¹ .
التعليق: لقد صرح قضاة الموضوع بإنتقال حيازة القطعة الأرضية المتنازع عليها إلى المدعى عليهم في الطعن دون أن يثبت هؤلاء الحيابة المزعومة ، وقد إستقرت المحكمة العليا على أنه وعندما يبدي كل طرف في نزاع إدعاءات بخصوص حيازة العقار المتنازع عليه فإنه يتعين على قضاة الموضوع اللجوء إلى إجراءات التحقيق طبقا للمادة 415 من قانون الإجراءات المدنية لإثبات خصائص الحيابة المتمسك بها.
2- فيما يخص دعوى إسترداد الحيابة² :
المبدأ : من المقرر قانونا أنه لا تقبل دعوى الحيابة ودعوى إستردادها إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض .
ومن المقرر أيضا أنه لا تقبل دعوى الحيابة ممن سلك طريق دعوى الملكية³ .

¹ - حمدي باشا القضاء العقاري ، طبعة 2002 ، دار هومة ، الجزائر صفحة 131 .

² - قرار رقم 57979 مؤرخ في 1989/12/27 ، المجلة القضائية لسنة 1993 عدد 3 صفحة 28 .

³ - تعليق السيدة : فائزة بوتارن ، رئيسة قسم الغرفة العقارية ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء 2 ، 2004 ، قسم الوثائق صفحة 288 .

- قرار رقم 205945 مؤرخ في 2001/01/31¹.

المبدأ: لا يمكن الإستجابة لدعوى إسترداد الحيازة قبل التأكد من الحيازة القانونية لرافع الدعوى .

الدفع المثار (حيث أنه ... تبين أن المطعون ضده أقام دعوى إسترداد الحيازة لقطعة أرضية يزعم أنه يحوزها بصفة دائمة وعلنية منذ 1954 إلى غاية أن إستولى عليها الطاعن بالقوة وقام بحرثها وتسييجها حسب قوله .

- وحيث أنه للفصل في طلب إسترداد الحيازة كان ينبغي التأكد من حيازة المدعي للقطعة الأرضية موضوع النزاع حيازة قانونية وفقا للمادة 413 من قانون الإجراءات المدنية والتأكد من أن المدعى عليه جرد المدعي من حيازته للقطعة بدون وجه حق وعندئذ فقط الفصل بقبول طلب إسترداد الحيازة أو رفضه حسب الحالة .

التعليق: على القاضي عند عرض النزاع حول إسترداد الحيازة التأكد من الحيازة الفعلية للمدعي ومدى توافر شروطها المنصوص عليها في المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية والمتمثلة في أن الدعوى ترفع خلال سنة من التعرض لأن المشرع إستثنى هذه الدعوى بالذات من الشروط العامة الواجب توافرها في باقي دعاوى الحيازة والمتمثلة في أن تكون هادنة علنية ، مستمرة لايشوبها إنقطاع وغير مؤقتة وغير خفية وإستمرت لمدة سنة على الأقل .

كما ينبغي عليه التأكد من جرد وسلب المدعى عليه الحيازة من المدعي بدون وجه حق .

3- فيما يخص دعوى منع التعرض ومدى إختصاص القضاء المستعجل بنظرها:

قرار رقم 226217 مؤرخ في 2000/01/26 .

المبدأ : دعوى منع التعرض هي إحدى الدعاوى الثلاث المقررة قانونا لحماية الحيازة العقارية وهي دعوى موضوعية لا تدخل بحكم طبيعتها في إختصاص قاضي الإستعجال .
الدفع المثار : حيث أنه من المقرر قانونا أن المقصود بالإستعجال هو الضرر المحدق بالحق والمطلوب رفعه بإجراء وقتي لا تسعف فيه إجراءات التقاضي العادية مع عدم المساس بأصل الحق

¹ - نسخة من القرار رقم 205945 المؤرخ في 2001/01/31 (مرفق 17) .

- حيث أنه ... الفصل في دعوى منع التعرض يستوجب البحث عن صفة واضع اليد ، وعناصر الحيابة وشروطها ومدة وضع اليد وهذه جميعها مسائل تحقيق موضوعية لايتسع لها نطاق قضاء الإستعجال ، علاوة على أنه في تحديد من له الحيابة القانونية مساس حتما بأصل الحق موضوع النزاع بإعتبار الحيابة قرنية على الملكية .

التعليق: بمفهوم المخالفة من المبدأ الذي إستقرت عليه المحكمة العليا يستشف أن دعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى إسترداد الحيابة تدخلان بحكم طبيعتهما في إختصاص قاضي الإستعجال لأن الفصل فيهما لا يمس أصل الحق وإنما يكون مجرد إجراء مؤقت للحماية بينما دعوى منع التعرض فطبيعتها موضوعية وبذلك فهي لا تدخل في إختصاص القضاء المستعجل لأن الفصل فيها يمس بأصل الحق .

4- فيما يخص دعوى وقف الأعمال الجديدة¹:

المبدأ : متى كان من المقرر قانونا أن الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق².

- قرار رقم 88796 مؤرخ في 18/2/1991 .

المبدأ : يجب تبرير عنصر الخطر الذي هو أساس إقامة دعوى الإستعجال³ .

- قرار صادر بتاريخ 03/06/1987 .

المبدأ : يجب تبرير عنصر الإستعجال في الدعوى⁴ .

- قرار رقم 53918 مؤرخ في 22/6/1988 .

المبدأ : لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة أن يفصل بشكل قطعي في صفات الخصوم أو أن يفصل في صحة أو عدم صحة العقود التي تقدم بها الطرفين ، إذا طعن فيها بالإنكار أو التزوير أو البطلان أو الصورية⁵ .

- قرار رقم 151591 مؤرخ في 11/06/1997 .

¹ - قرار رقم 33252 مؤرخ في 06/03/1985 ، المجلة القضائية 1989 عدد 04 ص 34 .

² - حمدي باشا عمر ، مبادئ الاجتهاد القضائي ، دار هومة ، الجزائر 2001 ص 48 .

³ - حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، دار هومة ، الجزائر 2002 ص 132 . نسخة من القرار 33252 المؤرخ في 06/03/1985 (مرفق 18) .

⁴ - الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي المرجع السابق ، ص 101 .

⁵ - نشرة القضاة العدد 56 ، طبع الديوان الوطني للاشغال التربوية 1999 ص 102

المبدأ : إن وقف الأشغال من طرف الجهة الإستعجالية لا تمس بأصل الحق ، فهو مجرد تدبير مؤقت لحماية الحق من الخطر الناجم عن مواصلة البناء في إنتظار الفصل النهائي في موضوع الدعوى¹.

من المقرر أن لكل حق دعوى تحميه ، و قد يجد صاحب الحق أن يسلك سبيلا ميسرا يحقق به الغاية من حماية حقه وذلك برفع دعوى الحيازة بدلا من أن يسلك السبيل الذي يتطلب إجراءات معقدة وإثباتا قد يكون صعبا ، ويتحقق ذلك برفعه لدعوى الحيازة بدلا من دعوى الملكية بشرط ألا يجمع بينهما ، إذ يترتب على هذا الجمع سقوط حقه في دعوى الحيازة .

تنص المادة 418 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على مايلي: (لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية) .

وعليه فقاعدة عدم الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة ، وردت شاملة وعامة ، فلا يمكن حصرها على القضاء الموضوعي أو على القضاء المستعجل ، وبذلك فهي تطبق على المستويين ، وتسري حتى على القضاء المستعجل رغم أنه قضاء مؤقت ولا يمس بأصل الحق وأن أحكامه لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه ، لكن هناك آراء مختلفة حول مسألة الجمع بين دعوى الملكية أمام القضاء الموضوعي ودعوى الحيازة أمام القضاء المستعجل ، فذهب رأي إلى أن رفع دعوى الحق مانع من رفع إحدى دعاوي الحيازة سواء كان ذلك أمام قاضي الحيازة أو أمام قضاء الإستعجال بالنسبة لتلك الدعاوى التي تدخل في إختصاصه ، مع ملاحظة أن دعوى الحيازة التي يمنع رفعها في تلك الصور هي التي يكون سببها ناشئا قبل رفع دعوى الحق، أما تلك التي ينشأ سببها بعد رفع دعوى الحق فلا شك في جواز رفعها سواء أمام قاضي الحيازة أو القاضي الإستعجالي عند توافر شروط إختصاصه ، وعلى ذلك فإذا شرع شخص في بناء حائط يحتمل أن يصبح مع الوقت تعرضا لمطل المدعي فرفع هذا الأخير دعوى أمام القضاء الموضوعي يطلب فيها تقرير حق إرتفاق بالمطل المكتسب بالتقادم مثلا ، فإنه يمتنع عليه بعد ذلك أن يرفع دعوى وقف هذا البناء لأنه قد إختار الطريق الصعب (طريق دعوى

¹ - محمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب ، المرجع السابق ، صفحة 276

الملكية) فيفترض أنه قد تنازل عن الطريق السهل (طريق دعوى وقف الأعمال الجديدة المستعجلة) .

بينما ذهب إتجاه آخر إلى أنه لا محل لإعمال القاعدة المقررة في المادة 418 من قانون الإجراءات المدنية ، والتي تقضي بعدم جواز الجمع بين دعوى الحيابة ودعوى الحق في شأن الدعاوى المستعجلة التي ترفع برد الحيابة أو وقف الأعمال الجديدة التي ترفع أمام القاضي المستعجل مع توافر موجب إختصاصه التي ترفع أمام محكمة الموضوع ، أما دعوى إسترداد الحيابة أو وقف الأعمال الجديدة التي ترفع أمام القاضي المستعجل مع توافر موجب إختصاصه فلا تعتبر دعوى وضع يد - أي دعوى الحيابة - بالمعنى القانوني، فهي مجرد طلب بإجراء تحفظي مستعجل يقصد منه رد عدوان، يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ، أو دفع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى إستفحاله إذا ما فات عليه الوقت ، فتسري عليه كافة الأحكام المتعلقة بالدعاوى بما فيها القاعدة التي تقضي بأن رفع دعوى الحق أمام قاضي الموضوع لا يسلب إختصاص القاضي الإستعجالي بالفصل في الطلب الوقتي المتفرع من أصل النزاع سواء كان رفع دعوى الموضوع سابقا على رفع الدعوى المستعجلة أم لاحقا لها ، فإذا رفعت دعوى تثبيت ملكية أمام محكمة الموضوع فإن ذلك لا يمنع القاضي المستعجل من نظر دعوى رد الحيابة أو وقف الأعمال الجديدة أثناء قيام دعوى الملكية أمام محكمة الموضوع مع توافر السبب القانوني الذي يبرر إختصاصه .

و الرأي الأخير هو الذي يتسق مع نطاق إختصاص القضاء المستعجل من كونه يفصل بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق¹ في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت .

كما و أن حكمه في ذلك حكم وقتي لا يقيد قضاء الموضوع فيما إنتهى إليه ، و من ثم فالمدعي الذي أقام دعواه الموضوعية بطلب تقرير حق إرتفاق له بالمطل المكتسب بالتقادم يجوز له في نفس الوقت أن يقيم دعوى مستعجلة بطلب وقف بناء الحائط الذي لو تم لأصبح تعرضا له في المطل ، و يقضي له بذلك إذا ما توافرت شروط إختصاص

¹ - المادة 186 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

القضاء المستعجل و القول بأنه يمتنع عليه ذلك لإختياره الطريق الصعب و هو دعوى الحق لا يتفق مع طبيعة القضاء المستعجل الذي يقصد به رد العدوان البادي من ظاهر المستندات .

و حكم قاضي الأمور المستعجلة في المثال السابق لا يفصل في أصل الحق و إنما هو حكم مؤقت بوقف البناء عند توافر شروط الدعوى و ذلك حتى يفصل في أصل النزاع أمام محكمة الموضوع الذي لا يتقيد أمامه بحجية الحكم الوقتي و عموماً فما دامت المادة 418 من قانون الإجراءات المدنية لم تحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة فإنها تبقى شاملة بالنسبة للقضاء المستعجل و كذا لقضاء الموضوع و هذا لأن الهدف منها لا يبرز من خلال علاقة الدعويين (دعوى الحق و دعوى الحيابة) ببعضهما البعض أو علاقة الجهتين القضائيتين (القضاء المستعجل و قضاء الموضوع) و إنما تطرح نطاق حماية الحيابة بذاتها مستقلة عن الملكية ، و إذا كانت هذه القاعدة ملزمة للطرفين أي للمدعي و المدعى عليه فإنها من باب أولى ملزمة للقاضي و هو ما قضت به المادة 416 من قانون الإجراءات المدنية إذ جاء فيها ما يلي: " لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيابة أن تفصل في الملكية"¹.

و بذلك يكون القاضي قد حمى الحيابة بذاتها مجردة عن الحق لأن الأصل في الحائز هو المالك و القانون يفصل بين حماية الحيابة و حماية الملكية فلا يجب الخلط بينهما . و تجدر الإشارة إلى أن الدفع بعدم الجمع بين دعوى الحق و دعوى الحيابة هو من النظام العام ، و للقاضي إثارته من تلقاء نفسه.

قواعد حماية القضاء المستعجل للحيابة :

نصت المادة 1/183 من قانون الإجراءات المدنية على ما يلي : (في جميع أحوال الإستعجال أو عندما يقتضي البت في تدبير الحراسة القضائية أو أي تدبير تحفظي لا تسري عليه نصوص خاصة ، فإن الطلب يرفع بعريضة الى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى) .

وعليه يكون اللجوء إلى القاضي الإستعجالي في جميع أحوال الإستعجال ، كما أن سلطاته تقتصر مبدئياً على البت في تدابير من صفتها أن تكون مؤقتة ، على أن تكون قائمة على

¹ - مصطفى مجدي هرجة ، المرجع السابق ، صفحة 301.

شروط أساسية ، وقد رأينا سابقا بأن كل من دعوى إسترداد الحيابة ودعوى وقف الأعمال الجديدة على عكس دعوى منع التعرض يمكن أن يدخل ضمن الدعاوى المستعجلة التي تكون من إختصاص القضاء المستعجل إذا ما توفرت فيهما الشروط القانونية التي تخول للمدعي - الحائز - حق اللجوء الى القضاء لطلب حماية حيازته ، بإعتباره حق من الحقوق العامة للصيقة بالشخصية ، وهي من الحريات العامة التي يكفلها الدستور للناس كافة .

أما الحق في الدعوى سواء كانت دعوى إسترداد الحيابة أو دعوى وقف الأعمال الجديدة ، فهي تنقرر للشخص الذي ينفرد به ويدعيه ويطلب من القاضي الحماية بسبب الإعتداء عليه ومن ثم تنشأ له مكنة قانونية على سبيل الإستثناء والإنفرد دون الناس . وبذلك فإن الحائز بمباشرته الحق في الدعوى فهو يمارس في نفس الوقت جدية الإلتجاء الى القضاء وبذلك يجمع بين الحقين .

لكن السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الشأن ، هل أن الحيابة تخضع لنفس القواعد والشروط العامة التي يجب أن تتوافر لإختصاص القضاء المستعجل ، أم أنها تنفرد بقواعد خاصة ومستقلة ؟

لاشك أن إختصاص القضاء المستعجل بنظر دعاوى الحيابة يتطلب، بالإضافة للقواعد والشروط الخاصة بكل دعوى ، توافر شرطي الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق ، وهما شرطان يتعلقان بالنظام العام .

فعنصر الإستعجال حسب المادة 1/183 من قانون الإجراءات المدنية هو العنصر الذي يحدد الجهة القضائية المختصة ومدى إختصاصها وكذا الاجراءات المتبعة أمامها كما أنه يعتبر فكرة قانونية¹ نص عليها المشرع في القانون المدني (م183) وقانون الاجراءات المدنية (م 2/40 ، 53 ، 67) .

إجراءات رفع دعوى الحيابة المستعجلة ومراحل سيرها :

1- إجراءات رفع دعوى الحيابة المستعجلة :

¹ - الغوثي بن ملحة ، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري طبعة 1 ، الديوان الوطني للاشغال التربوية 2000 ص 15 .

إن طلب حماية الحيابة في القضاء المستعجل سواء كان ذلك بطلب إسترداد الحيابة أو بطلب وقف الأعمال الجديدة يرفع بعريضة مؤرخة وموقعة من المدعي أو وكيله تقدم إلى رئيس الجهة القضائية من الدرجة الأولى ، المختصة بالنظر في موضوع الدعوى ، وهو ما نصت عليه المادة 1/183 من قانون الإجراءات المدنية ، ويكون ذلك بعد سداد الرسوم المستحقة عليها ، وقيدها بجدول المحكمة وهو سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة، ثم تسليم الأصل مع عدد مطابق لعدد الخصوم من الصور للمحضرين لإعلانها بعد أن يثبت عليهم تاريخ الجلسة التي تنظر فيها الدعوى، مع ضرورة ذكر كافة البيانات المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والمتمثلة في :

- إسم مقدم العريضة ولقبه ومهنته وموطنه .
- تاريخ تسليم التكليف بالحضور ورقم الموظف القائم بالتبليغ وتوقيعه .
- إسم المرسل إليه ومحل إقامته وذكر الشخص الذي تركت له نسخة التكليف بالحضور .
- ذكر المحكمة المختصة بالطلب واليوم والساعة المحددين للمثول أمامها .
- ملخص الموضوع ومستندات الطلب .

ويسري على الإستدعاء والتكليف بالحضور وتبليغه للخصم القواعد والأحكام التي تطبق في رفع الدعوى أمام قاضي الموضوع والمنصوص عليها في المواد 22 ، 23 ، 24 و 26 من قانون الإجراءات المدنية ، وهو مانصت عليه المادة 185 من نفس القانون بقولها : (يكلف الخصم بالحضور حسب الأوضاع المقررة في المواد 22 ، 23 ، 24 و 26 ومع ذلك فإن المهل المنصوص عليها في المادتين 24 و 26 يمكن تقصيرها وفقا للظروف) .

هذا ويجوز تقديم الدعوى المستعجلة في غير الأيام التي تتعد فيها الجلسات الخاصة بالقضايا المستعجلة ويحدد القاضي فورا تاريخ الجلسة ويمكنه أن يأمر بإستدعاء الأطراف أمامه في الحال والساعة وهو ما نصت عليه المادة 184 : (يجوز تقديم الدعوى المستعجلة، إذ إقتضت أحوال الإستعجال القصوى إلى القاضي لمكلف بنظر القضايا المستعجلة بمقر الجهة القضائية وقبل قيد الدعوى بسجل كتابة الضبط .

ويحدد القاضي فورا تاريخ الجلسة ويمكنه في حالة لإستعجال أن يأمر بدعوة الأطراف في الحال والساعة .

ويجوز له الحكم في الدعوى حتى في أيام العطل) .

هذا وإن دعوى الحيابة المستعجلة مثلها مثل باقي الدعاوى التي يختص بها القضاء المستعجل إذ لا بد من أن تكون للمدعي - الحائز - الشروط التي نصت عليها المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية بقولها: (لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك .

— ويقرر القاضي من تلقاء نفسه إنعدام الصفة أو الأهلية ، كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازما) .

فهذه المادة تحدد شروط قبول الدعوى أمام القضاء ، غير أنه يجب إستبعاد أهلية التقاضي منذ البداية لأنها تعد شرطا من شروط صحة إجراءات الخصومة ، فالحق في الدعوى يثبت لكل شخص بمجرد وقوع إعتداء على حقه بصرف النظر عما إذا كان يتمتع بأهلية التقاضي أم لا ، وتبعاً لذلك فمن أجل قبول الدعوى لا بد من توافر المسائل التالية : المصلحة ، الصفة ، إستيفاء القيد قبل رفع الدعوى¹ .

فالمصلحة هي مناط الدعوى والفائدة العملية أو الواقعية التي تعود على الخصم من الحكم له بما يطلبه ، بمعنى أنه يتعين أن تكون له منفعة قانونية يجنيها من وراء رفع هذه الدعوى سواءا كانت هذه المنفعة مادية أم أدبية ، كبيرة أم تافهة، على أن تكون المصلحة قائمة وحالة أي أن حقه قد إعتدي عليه بالفعل أو حصلت منازعة بشأنه فيتحقق الضرر المبرر للإلتجاء إلى القضاء.

ولكن المشرع أجاز إستثناء من هذا الأصل قبول الدعوى عندما تكون المصلحة محتملة ، وهذه الإجازة منوطة بأن يكون الغرض من الدعوى الإحتياط لدفع ضرر محقق أو حماية حق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .

¹ - زودة عمر ، محاضرة القيت على الطلبة القاضية ، الدفعة الرابعة عشر بالمعهد الوطني للقضاء 2005 الجزائر ،

وتعتبر دعوى وقف الأعمال الجديدة هي الصورة المثلى والوحيدة في دعاوى الحيابة التي تقوم على المصلحة المحتملة، فهذه الدعوى ترفع في وقت لا يكون العمل الذي إرتكبه الخصم قد بلغ بعد حد التعرض ولكن ذلك سيتحقق مستقبلا.

هذا وأن الدعوى التي ترفع إلى القضاء المستعجل غير المتوافرة على شرط المصلحة تكون غير مقبولة ولا يكفي لقبول دعوى الحيابة المستعجلة أن يكون لرافعها مصلحة قانونية حالة أو محتملة ، بل يتعين أيضا أن تكون شخصية مباشرة بمعنى أن يكون المدعي الحائز هو نفسه صاحب الحق المراد حمايته بدعوى الحيابة المستعجلة أو من يقوم مقامه قانونا ، والمصلحة الشخصية المباشرة هي الصفة في رفع الدعوى وهذه الصفة يتعين أن تتوفر في المدعي الحائز وإلا كانت دعواه من غير صفة فتكون غير مقبولة، ويبحث قاضي الأمور المستعجلة شرط الصفة كذلك من ظاهر الأوراق دون أن يبحث في أصل الموضوع .

وتجدر الإشارة كذلك أن من شروط قبول دعاوى الحيابة أمام القضاء المستعجل هو عدم سبق الفصل فيها في نفس السبب وبين ذات الخصوم ، فالحكم المستعجل وإن كان حكما وقتيا ، ولاحجية له أمام محكمة الموضوع إلا أن حجيته تبقى أمام القضاء المستعجل نفسه ، فلا يجوز إثارة نفس النزاع موضوعا وسببا وخصوما أمامه مرة ثانية طالما أنه لم يحدث تغيير في المركز القانوني أو الواقعي للخصوم بعد صدور الحكم الأول.

2- مراحل السير في دعوى الحيابة المستعجلة :

تتعلق مراحل السير في دعوى الحيابة المستعجلة محل الحماية بإجراءات المرافعة أثناء نظر الدعوى وفي العوارض التي تعترضها والملاحظ أن كل هذه الإجراءات تعتبر من القواعد العامة التي تدخل في إختصاص القاضي الإستعجالي ، فإذا كانت دعاوى الحيابة المستعجلة المتمثلة في دعوى إسترداد الحيابة ودعوى وقف الأعمال الجديدة دعاوى خاصة ومتميزة من حيث طبيعتها وموضوعها إلا أن إجراءاتها واحدة أمام القضاء المستعجل ، وسنتناول مراحل سير هذه الدعاوى فيما يلي :

أ- في الجلسة و نظامها :

إن سير دعوى الحيابة المستعجلة يتميز بالبساطة و السرعة ، و لذا فإن الإجراءات لا تتطلب أن تكون كلها بصفة كتابية ، بل قد تكون المرافعة بصفة شفوية¹.

أ / إنعقاد الجلسة : الأصل أن تنظر دعاوى الحيابة المستعجلة في جلسة علنية تعقد بالمحكمة و يساعد القاضي فيها أمين الضبط .

ولا يشترط أن يحضر الخصوم شخصيا أمام القاضي الإستعجالي ، بل يكفي حضور من يمثلهم قانونا ، إلا أنه يجوز للقاضي أن يأمر بحضور الطرفين شخصيا لمناقشتهم ، و هذا طبقا لحكم المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية إذا إقتضت ظروف الدعوى ذلك.

أما إذا طلب الطرفان أو أحدهما التأجيل لأسباب معقولة ، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يؤجل الجلسة لأجل قصير مع تكليف الخصوم بأيداع مستنداتهم في ميعاد يحدده.

وإذا توفي أحد الخصوم أثناء الدعوى و كان الفصل في الإجراء المستعجل لا يحتمل التأخير ، جاز للقاضي قبول تدخل من يدعي أنه وارث للخصم المتوفى .

ب/ المرافعة: يتعين على المدعي الحائز في دعوى إسترداد الحيابة أو دعوى وقف الأعمال الجديدة أن يودع مستنداته المثبتة لحيابته أو للإعتداء على حيابته ، و على المدعى عليه أي المعتدي على الحيابة أن يقدم مذكرة للجواب و ما لديه من وثائق في جلسة المرافعة.

و يجدر التذكير هنا إلى أن الحيابة ما هي إلا واقعة مادية، و بذلك فهي تثبت بشتى الوسائل القانونية من ذلك البينة و القرائن ، و أهم وثيقة أو مستند يثبت الحيابة هي شهادة الحيابة ، إذ نصت المادة 39 من قانون التوجيه العقاري على إمكانية تسليم سند حيازي يسمى شهادة الحيابة من طرف رئيس البلدية المختص إقليميا لكل حائز بمفهوم المادة 823 من القانون المدني²، على تمنح هذه الشهادة فقط في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها و لم يتم فيها المسح .

و قد أضافت المادة 02 من المرسوم التنفيذي المطبق للمادة 39 من قانون التوجيه العقاري 254/91 المؤرخ في 27 جويلية 1991، أن طلب شهادة الحيابة يكون ممن يمارس

¹ - الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 92 .

² - المادة 823 من القانون المدني الجزائري على مايلي " الحائز لحق يفرض انه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك"

الحيابة طبقا لأحكام المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية ، فشهادة الحيابة حسب المادة 43 من قانون التوجيه العقاري لا تغير الوضعية القانونية للعقار أي أنه لا يترتب عليها الإعراف بالملكية ، و تضيف المادة 47 منه على أن الوضعية القانونية للعقارات المعنية بشهادة الحيابة تصفى في إطار المسح، لكن الغريب أن التعليلة العامة المؤرخة في 6 جويلية 1994 المتعلقة بالمسح ، تنص على أن الحائز الحاصل على شهادة الحيابة لا يتم التحقيق في حيازته ، و يعتبر حائزا حسن النية بسند و يكفي المحقق بذكر هوية الحائز و سند حيازته في التحقيق، و يمكنه إكتساب العقار بالتقادم إذا علمنا أن المرسوم التطبيقي يكفي بسنة لمنح شهادة الحيابة.

و بذلك فإن شهادة الحيابة تمنح للحائز حق الإستعمال و الإستغلال أي التمتع إضافة إلى بعض التصرفات التي لا يعترف بها إلا للمالك ما عدا التصرفات الناقلة للملكية أو للحقوق العينية ، و بذلك فهي تمكنه من اللجوء إلى القضاء لحماية حيازته.

ب- في عوارض الدعوى المستعجلة :

يمكن أن تعترض دعوى الحيابة المستعجلة في سيرها عوارض، و هذا فيما يخص الدفع و عوارض أخرى:

الدفع: يجوز أن تدفع دعوى إسترداد الحيابة أو دعوى وقف الأعمال الجديدة بدفع مختلفة، منها الدفع بعدم الإختصاص النوعي الذي يعتبر متعلقا بالنظام العام، و الذي يجوز إيدأؤه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، و يحق للقاضي الإستعجالي أن يقضي به من تلقاء نفسه، كما قد يقوم هذا الدفع على إنعدام عنصر الإستعجال أو تخلف ركن عدم المساس بأصل الحق.

كما يكون الدفع بعدم الإختصاص المحلي الذي يتعين إيدأؤه قبل التعرض إلى الموضوع ، وهو دفع لا يتعلق بالنظام العام ، و عليه يتعين على الخصم التمسك به ، كما يمكن كذلك الدفع بإنعدام الصفة أو المصلحة أو الأهلية أو عدم قبول العريضة شكلا....إلخ.

العوارض الأخرى : وهي تلك الطلبات العارضة التي يجوز للمدعى عليه أن يقدمها ، و كذلك تدخل الغير، سواء كان إختياريا أو جبريا بشرط أن يتصل بإختصاص القاضي الإستعجالي.

3- سلطة القاضي من حيث الفصل في دعوى الحيابة المستعجلة:

إن سلطة القاضي من حيث فصله في دعوى إسترداد الحيابة أو وقف الأعمال الجديدة تنصب على تمسكه بإختصاصه أو عدم إختصاصه نوعيا، و كذلك مع الدفع التي يثيرها الأطراف في النزاع، إضافة إلى إجراءات الإثبات التي يسعى من خلالها إلى البت في النزاع المعروض عليه.

أ / تقرير القاضي الإستعجالي لإختصاصه النوعي:

إن الإختصاص النوعي هو قيد لإختصاص القاضي الإستعجالي ، فهو ملزم بإصدار الحكم بعدم الإختصاص النوعي من تلقاء نفسه متى إنتفى عنصر الإستعجال أو الخطر أو كان الفصل مما يمس بأصل الحق .

أما إذا تضمنت العريضة عدة طلبات منها ما هو موضوعي و منها ما هو وقتي و يدخل ضمن إختصاصه و جب عليه التمسك بالإجراء الوقتي و أن يقضي بعدم إختصاصه في الطلب الموضوعي.

هذا و لا يجوز للقاضي الإستعجالي أن يأمر بإحالة الدعوى المستعجلة إلى محكمة الموضوع للفصل فيها بحكم واحد مع الموضوع و هذا لعدم وجود إرتباط بين الدعوى المستعجلة و الدعوى الموضوعية.

ب/ الدفع التي يبديها الأطراف : إن الدفع التي تثار أمام القاضي الإستعجالي كالدفع بعدم الإختصاص النوعي أو المحلي أو عدم قبول الدعوى لإنعدام شروطها كلها من إختصاص القاضي، و يجب عليه الفصل فيها.

ج/ إجراءات الإثبات : لا يجوز للقاضي الإستعجالي أن يأمر بإحالة الدعوى الى التحقيق أو ندب خبير أو الإنتقال للمعاينة للبحث عن واقعة متنازع عليها تمهيدا للفصل فيها من دون أن يترتب على ذلك مساس بأصل الحق.

كما لا يجوز له توجيه اليمين للمدعي الحائز أو للمدعى عليه المعتدي على الحيابة سواء كانت يمينا حاسمة أو متممة لأن ذلك فيه مساس بالموضوع ، لكن المشرع أجاز للقاضي أن يندب خبيرا للتحقق من توافر وجه الخطر في الطلب المعروض عليه ، كما أجاز له السماع إلى الشهود أو الأمر بحضور الأطراف شخصيا أمامه.

ثالثا : طبيعة الحكم و حجيته.

يعتبر إختصاص قاضي الأمور المستعجلة قضائي ، فهو يصدر أوامر بعد طرح النزاع أمامه بالأوضاع القانونية و الأحكام التي يصدرها و إن كانت وقتية لا تمس أصل الحق إلا أنها قضائية بالمعنى القانوني، إذ يجب تسببها مثل باقي الأحكام و تجري عليها قواعد المداولة و غير ذلك ، و هي ملزمة للخصوم و مقيدة للقاضي فلا يجوز العدول عنها أو تعديلها جزئيا أو كليا إلا إذا حصل تغيير في وقائع الدعوى المادية أو في مركز الخصوم القانوني ، و يمكن الطعن فيها بالإستئناف و بالنقض عند توافر شروط الطعن.

1- طبيعة الأحكام المستعجلة:

نص المشرع في المادة 188 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: " تكون الأوامر الصادرة في المواد المستعجلة معجلة النفاذ بكفالة أو بدونها و هي غير قابلة للمعارضة و لا للإعتراض على النفاذ المعجل.

و في حالة الضرورة القصوى يجوز للرئيس حتى قبل قيد الأمر أن يأمر بالتنفيذ بموجب المسودة الأصلية للأمر."

و عليه فإن قاضي الأمور المستعجلة يفصل بصفة مؤقتة في طلبات قائمة بطبيعتها على ظروف متغيرة دون أن يستند في حكمه على أسباب تتعلق بأصل الحق، أو أن ينظر في المستندات المقدمة من الخصوم ليتحقق على ضوءها من صاحب الحق أو المركز المطلوب حمايته¹.

على أنه ليس هناك ما يمنعه من أن يبحث ظاهر مستندات الطرفين لتقدير جدية النزاع الذي أثاره الخصوم حول أصل الحق على أن يكون ذلك بهدف حسم النزاع بين الخصمين في أصل الحق ، فإذا إتضح له من خلال ذلك البحث أن المنازعة جدية فيتعين عليه الحكم بعدم الإختصاص ، ولذلك فعلى القاضي أن يبني حكمه على توافر شروط القضاء المستعجل و لا يجوز له أن يبنيه على أساس ثبوت الحق أو نفيه.

2- حجية الحكم المستعجل.

طالما أن قاضي الأمور المستعجلة يفصل بصفة مؤقتة في طلبات قائمة على ظروف متغيرة دون أن يستند في حكمه على أسباب تتعلق بأصل الحق و دون أن يفصل في هذا

¹ - أحمد هندي، المرجع السابق ، ص 179.

الحق ، فمن الطبيعي إلا يكون لأحكامه حجية الشيء المقضي به¹ فهي أحكام وقتية بطبيعتها لأنه من الممكن تعديلها تبعاً لتغير الظروف .

لذلك إذا أغفلت محكمة الموضوع الرد على الدفاع المؤسس على صدور حكم مستعجل فإن ذلك لا يعيب حكمها لأن الحكم المستعجل حكم وقتي لا يؤثر في أصل الحق و لا حجية له أمام محكمة الموضوع².

لكن من جهة أخرى نجد أن الأمر المستعجل يحوز الحجية بالمعنى الفني الدقيق ، ذلك أنه يمنح حماية قضائية و إن كانت مؤقتة إلى حين الحصول على الحماية النهائية، فحجيته تكون أمام نفس الجهة التي أصدرته .

و بذلك فإن الأوامر الاستعجالية تشبه بالإسعافات الطبية الأولى، بينما يشبه الحكم الموضوعي بالعملية الطبية النهائية

و تشير في هذا الخصوص إلى أن الأوامر الإستعجالية غير قابلة للمعارضة ، و من ثم فإن الأمر الغيابي يعتبر في القضاء الإستعجالي بمثابة الأمر الحضورى. و قد قضت المادة 190 من قانون الإجراءات المدنية بأنه (يرفع الإستئناف في الأحوال التي يجيزها خلال 15 يوماً من تاريخ تبليغ الأمر) ، فهذه المدة إذن تتماشى مع الصفة الإستعجالية للدعوى المستعجلة عموماً و لدعاوى الحيابة المستعجلة خصوصاً³.

أما الطعن بالنقض فإنه جائز في كل القرارات الإستعجالية طبقاً للفقرة الأولى من المادة 231 من قانون الإجراءات المدنية ذلك أن القرار الإستعجالي يعتبر نهائياً و في هذه الحالة يكون قابلاً للطعن فيه بالنقض.

وعموماً فإن القضاء الإستعجالي بإجاباته الخاصة و البسيطة يعمل على حفظ الحقوق لأصحابها و بالتالي يحمي حيابة الحائز من خلال وقف الأشغال الجديدة التي تهدد حيابته أو بإسترداد الحيابة التي إغتصبت منه بالقوة و في مدة تعادل الخطر الدايم لتلك الحيابة.

¹ - وزارة العدل، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي، مديرية الشؤون المدنية ، 1995 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ص 71

² - الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي ، المرجع السابق، ص 57.

³ - مقال لرئيس محكمة وهران حول دعوى القضاء المستعجل ، الندوة الوطنية للقضاء الاستعجالي ، المرجع السابق ، ص 5

خاتمة

إن المكانة التي منحها المشرع للحياسة لكي تكون سببا من أسباب كسب الملكية بالرغم من أنها مجرد واقعة مادية يسيطر فيها الشخص سيطرة فعلية على الشيء محل الحياسة فيظهر فيه بمظهر صاحب الحق ، جعلها تحظى بالحماية لأن ذلك سيساهم في حماية الملكية ، وكذا في الحفاظ على المن والنظام العام في المجتمع ومن ثم فقد أولى المشرع لها الحماية الكافية لمنع الإعتداء عليها ، فأجاز للحائز في حال التعرض لها أو سلبها بالقوة اللجوء للقضاء وطلب الحماية سواء كان ذلك امام القسم المدني أو القسم الجزائي .

وقد إقتصرت دراستنا في هذا الموضوع على الحماية التي تمنحها كل من النيابة العامة والقضاء المستعجل للحياسة كصورتين من الصور الحماية الجزائية بالنسبة للنيابة العامة والحماية المدنية بالنسبة للقضاء المستعجل.

فخلصنا إلى أن تدخل النيابة العامة لحماية الحياسة تكون في الحالات أو الجرائم التي يعاقب عليها قانون العقوبات سواء كانت تلك الحماية منصبة على حياسة المنقولات .

أما تدخل القضاء المستعجل فيكون في الحالات التي نص عليها القانون الإجراءات المدنية و التي فيها المنازعات على العقار دون المنقول متى توافرت شروط إختصاصه ، و المتمثلة في عنصري الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق وسواء كانت تلك المنازعة جزائية أو مدنية ، فأن القضاء هو المختص بالتصدي لها وإن النيابة العامة دورها هو الكشف عن الجريمة وإبراز أركانها ومن ثم إحالتها على القضاء الجزائي للفصل فيها .

وبالرغم من أهمية الحيابة ومكانتها في الواقع و القانون إلا أنه يؤخذ على المشرع ما يلي :

- 1- عدم تعريفه للحيابة
- 2- النص على الحيابة فقط في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية دون النص عليها في قانون العقوبات بالنسبة للجرائم المتعلقة بها .
- 3- الحماية المدنية للحيابة تنصيب فقط على العقارات بينما تنصب الحماية الجزائية على العقارات و المنقولات .
- 4- عدم توضيح المشرع لأحكام المادة 386 من قانون العقوبات الامر الذي جعل القضاء يجتهد في ذلك ليصل إلى قرارات متناقضة إذا أن هناك قرارات تشترط الملكية ولا تعتد بالحيابة ، وهناك قرارات أخرى تكتفي بمجرد الحيابة لتطبيق أحكام المادة المذكورة أعلاه .إضافة إلى إستقرار القضاء على ضرورة وجود حكم مدني نهائي يقضي بالإخلاء حتى تتمكن النيابة العامة والقضاء الجزائي من التدخل لحماية الحيابة وبذلك أصبحت حماية الحائر كشخص أهم من حماية الحيابة كنظام قانوني .
- 5- جعل قاعدة عدم الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيابة شاملة و عامة ، تسري حتى أمام القضاء المستعجل ، بينما الحكم الإستعجالي هو حكم وقي لايجوز الأمر المقضي فيه ولا يمس أصل الحق ولا يؤثر بتاتا في الدعوى الموضوعية .
- 6- تغليب المشرع للحماية المدنية على حساب الحماية الجزائية بإشترط القضاء لضرورة إستصدار حكم مدني نهائي بالإخلاء وربما تكون العلة من ذلك هو أن الحماية المدنية لحيابة العقار هي الأسلوب الطبيعي التي تتحقق من خلاله ضمانات تحقيق العدالة بل أن هذه الحماية عي الأصل لتأكيد الإستقرار الكافي للمراكز القانونية ، سواء تم ذلك عن طريق القضاء الموضوعي أو القضاء المستعجل وعموما نخلص إلى أن

الحكمة من حماية الحيابة تقوم على أساس فكرة حفظ الأمن والنظام العام لأن النظام الإجماعي يتطلب عدم المساس بالحالات الواقعية .

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

أولا : المراجع باللغة العربية

الكتب :

- أحمد شوقي الشلقاني ، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ، الجزء الثاني ، طبعة 1999 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر
- أحمد شوقي الشلقاني ، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري الجزء الثاني، طبعة 1999 ، دون المطبوعات الجامعية ، الجزائر
- ابن منظور لسان العرب ، دار المعارف القاهرة ، الجزء الأول ، سنة 1990 ،
- احمد هندي ، اصول قانون المرافعات المدنية والتجارية ، 2002 دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، ص 384 .
- العيد ظاهر ، التقادم المكسب في العقار في القانون المدني ، رسالة ماجستير كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2005
- الغوثي بن ملحمة ، القضاء المستعجل و تطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2000
- الغوثي بن ملحمة ، القضاء المستعجل وتطبيقاته في النظام القضائي الجزائري طبعة 1 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2000
- أنور طلبة ، موسوعة المرافعات المدنية و التجارية ، الجزء الأول، طبعة 2001 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية،
- بن رقية بن يوسف ، شهادة الحيازة ، محاضرة أقيمت على قضاة التكوين المتخصص في القانون العقاري ، الدفعة الأولى ، السنة الأكاديمية 2000 – 2001
- بوبشير محند أمقران ، شرح قانون الإجراءات المدنية ، ج 01 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2006 ،

- جيلالي بغدادي ، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ،
الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002
- حسن بوسقيعة ، قانون العقوبات مدعم بالإجتهاد القضائي، الديوان الوطني للأشغال
التربوية ، الجزائر 2001
- حمدي باشا القضاء العقاري ، طبعة 2002 ، دار هومة ، الجزائر
- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، دار هومة ، الجزائر 2002
- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة ، الجزائر
- حمدي باشا عمر و ليلي زروقي ، المنازعات العقارية دار هومه، الجزائر ، 2015
- حميدي باشا ، القضاء العقاري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع 34 حي
الأبيار بوزريعة الجزائر ، طبعة 2004 .
- حميدي باشا نقل الملكية العقارية ، في ضوء آخر تعديلات و أحدث الأحكام ، دار هومة
للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر ، سنة 2020
- حميدي باشا محررات شهر الحيازة ، طبعة 2002 ، دار هومة و النشر و التوزيع
الجزائر
- د. بيان يوسف رحيب ، دور الحيازة في الرهن الحيازي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع
، عمان الأردن ، الطبعة الأولى سنة 2010
- ¹- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية و الأصلية منشورات الحلبي
الحقوقية بيروت سنة 2002
- سنية احمد يوسف ، حماية الحيازة بين النيابة العامة و القضاء المستعجل ، دار الجامعة
الجديدة للنشر ، 2001 ، الإسكندرية
- سيف النصر ، سليمان محمد ، مرجع القاضي و المتقاضي في الحيازة ، دار محمود
للنشر و التوزيع ، القاهرة ، مصر ، 1995

- طاهري حسين ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية ، ط 2 ، دار المحمدية العامة ، الجزائر
- قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسب من أسباب الملكية في التشريع المصري المقارن منشأة المعارف ، مصر ، 2003
- رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2002
- رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية و الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت سنة 2002
- ضيف أحمد ، إكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب في ضوء مستجدات القانون الجزائري ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2015-2016 .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 09 ، المجلد الثاني ، ط 03 ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، 2000
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 09 أسباب كسب الملكية 1968
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية والأصلية المتفرعة عن الملكية) دار النهضة العربية ، مصر الجزء التاسع 1968
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (تحديد أسباب كسب الملكية) منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان 1998
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (تحديد أسباب كسب منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998
- عبد الله أوهابيبية ، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، التحري والتحقيق طبعة 2004 ، دار هومة الجزائر

- عبد المنعم فرج الصدة الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية بيروت
- عدلي أمير خالد إكتساب الملكية العقارية بالحيازة سنة 1999 دار المطبوعات الجامعية
أمام كلية الحقوق إسكندرية 2013
- محمد حسين قاسم موجز الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول ، منشورات الحلبي
الحقوقية لبنان ، ب.ت
- محمد شتا أبو سعد ، منازعات الحيازة ، الطبعة الثانية ، 1988 ، منشأة العارف ،
الإسكندرية
- محمد علي راتب ، محمد نصر الدين كامل ، محمد فاروق راتب ، قضاء الامور
المستعجلة ، ط6 ، ج1
- محمد نجيب حسين ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط 2. 1988 ، دار النهضة
العربية القاهرة ،
- محمد وحيد الدين سوار شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية الأصلية، ج 2،
أسباب كسب الملكية ، ط02 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ، 1996
- محمدي فريدة (زواوي) الحيازة والتقدم المكسب ديوان المطبوعات الجامعية بن
عكنون ، 2000
- محمود سمير عبد الفتاح ، النيابة العامة وسلطاتها في إنهاء الدعوى الجنائية بدون
محاكمة ، طبعة 1991 ، الدار الجامعية ، بيروت
- مصطفى مجدي هرجة ، الحيازة داخل وخارج دائرة التجريم ، دار المطبوعات
الجامعية الإسكندرية ، 1991 ،
- فتحي حسن مصطفى ، الملية بوضع اليد في ضوء الفقه و أحكام النقض ، منشأة
المعرف الإسكندرية ، 1989
- قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، الحيازة كسب من أسباب الملكية في التشريع المصري
والمقارن ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 2003

- محمد بن يعقوب الشيرازي أبادي ، القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة ، القاهرة الطبعة 08 ، سنة 2005
- محمد على أمين ، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، 1993
- محمود عبد العزيز المرحوم حاج سعيد ، منشورات البغدادي ، الطبعة الأولى ، 2011 ،
- محمودي عبد العزيز ، اليات تطهير الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، منشورات بغددي الجزائر ، 2009
- محمد حسين قاسم ، موجز الحقوق العينية والأصلية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2005
- المقالات و الحاضرات :**
- 1- الاستاذ زوردة عمر ، محاضرة ألقاها على الطلبة ، القضاة الدفعة الرابعة عشر ، المدرسة الوطنية للقضاء ، الجزائر 2004-2005.
- 2- أ.زوردة عمر ، قاعدة عدم الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 04 .
- 3- أ.زوردة عمر ، ، دور النيابة العامة في الدعوى المدنية ، المجلة القضائية لسنة 1992 عدد 04 .
- 4- مقال لرئيس قضاء يدي بلعباس ، القضاء الإستعجالي الندوة الوطنية للقضاء الإستعجالي مديرية الشؤون المدنية ، 1995 الديوان الوطني للأشغال التربوية .
- 5- تعليق السيدة ، فائزة بوتارن رئيسة القسم بالغرفة العقارية على القرار رقم 201544 الصادر بتاريخ 2000/11/22 الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، 2004 .

القانون التجاري

القوانين

- 1- قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري ج.ر.ج. ج ، عدد 49 الصادر بتاريخ 1990/11/18
- 2- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية
- 3- قانون رقم 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعينة الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ، ج.ر.ج.ج. ، عدد 15 ، الصادر بتاريخ 27/02/2007.
- 4- القانون 10/91 المؤرخ في 27/07/1991 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم بالقانون 07/07 المؤرخ في 22/05/2001 ، ج.ر.ج.ج.، العدد 83، المؤرخة في 15/12/2002.
- 5- قانون رقم 86/03 المؤرخ في 4 فبراير 1986 والذي يعدل ويتمم القانون رقم 81/01 المؤرخ في 07/02/1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو العرفي أو التجاري التابعة للدولة ج.ر.ج.ج.، العدد 85 المؤرخة في 05/02/1986.

الأوامر

- 1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975 ، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، عدد 78 بتاريخ 30/09/1975 معدل ومتمم بالقانون 05-10 بتاريخ 20 جوان 2005 ، ج.ر.ج.ج. ، عدد 44 بتاريخ 26 جوان 2005.
- 2- الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، ج.ر.ج.ج. ، عدد 92 بتاريخ 18/11/1975.

3- الأمر 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم المؤرخ ج.ر.ج.ج عدد 37 ، الصادرة بتاريخ 1976.

4- الأمر رقم 31/96 المؤرخ في 1996/12/30 المتضمن القانون المالية سنة 1997 .

المراسيم

1- المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية ج.ر.ج.ج عدد 21 الصادر بتاريخ 24 ماي 1983 .

2- المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 27 جويلية 1991 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها ، المؤرخ في 1991/07/17 ، ج.ر.ج.ج. العدد 36 المؤرخ في 31/07/1991.

3- المرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 19 ماي 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية ، ج.ر.ج.ج. ، عدد 26 الصادرة بتاريخ 2008/05/19.

المجلات القضائية

-المجلة القضائية 1989 عدد 3.

-المجلة القضائية 1989 عدد 4.

-المجلة القضائية 1990 عدد 4.

-المجلة القضائية 1991 عدد 3.

-المجلة القضائية 1992 عدد 1.

-المجلة القضائية 1992 عدد 2.

-المجلة القضائية 1993 عدد 1.

-المجلة القضائية 1993 عدد 2.

-المجلة القضائية 1994 عدد 1.

-نشرة القضاة عدد 56 لسنة 1999

الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، المحكمة العليا ، الجزء الثاني ، 2004 .

مجموعة الأحكام ، المجلس الأعلى الجزء الاول

الإجتهد القضائي ، الجرح و المخالفات ، الجزء الأول عدد خاص ، 2002.

دليل الباحث الإجتهدات القضائية ، المحكمة العليا قسم الوثائق 2000.

المراجع باللغة الفرنسية :

1- marcel plamioi taite égémentaire,de,droit civil tome1les biens 07 ed 1915

2-marcel plamioi taite élémentaire,de,droit civil tome 07 ed 1915 ,

3-colinet capitant : traite de droit civil francais toume2. par juliotta maramdière1959

4- CODE.CIVIL DALLOZ.

5- Emerentine Gaudin et .jean Radouat , Emcyclopedie , DALLOZ , prescription CIVILE 1974 page 123.

الفهرس

إهداء

شكر

01.....	المقدمة
06.....	الفصل الأول : الحيابة العقارية سبب لكسب الملكية
07.....	المبحث الأول: مفهوم الحيابة العقارية
07.....	المطلب الأول: تعريف الحيابة وتميزها عن غيرها من المفاهيم
07.....	الفرع الأول: تعريف الحيابة
10.....	الفرع الثاني : تمييز الحيابة عن غيرها من المفاهيم
16.....	المطلب الثاني : اكتساب الحيابة العقارية وإنتقالها
17.....	الفرع الأول : كيفية إكتساب الحيابة العقارية
21.....	الفرع الثاني : كيفية إنتقال الحيابة العقارية
26.....	المبحث الثاني : عناصر الحيابة العقارية وشروطها
26.....	المطلب الأول : عناصر الحيابة العقارية
26.....	الفرع الأول : تحديد السيطرة المادية على العقار (العنصر المادي)
28.....	الفرع الثاني : نية الحائز في اكتساب الحق (العنصر المعنوي)
30.....	المطلب الثاني : شروط الحيابة ومجالها
31.....	الفرع الأول : شروط الحيابة العقارية
37.....	الفرع الثاني: مجال الحيابة
43.....	الفصل الثاني : إثبات الحيابة العقارية
.....	المبحث الأول : الوسائل العامة لإثبات الحيابة العقارية
44.....
44.....	المطلب الأول : إثبات الحيابة عن طريق الحكم القضائي المكرس للتقادم المكسب

45.....	الفرع الأول : شروط تثبيت التقادم المكسب عن طريق الحكم القضائي
46.....	الفرع الثاني : طرق التمسك بالتقادم المكسب
48.....	المطلب الثاني : شهر حكم تثبيت التقادم المكسب
49.....	الفرع الأول : شهر حكم تثبيت التقادم المكسب وفق لنظام الشهر الشخصي
49.....	الفرع الثاني : شهر حكم التقادم المكسب وفق لنظام الشهر العيني
51.....	المبحث الثاني : سقوط الحيابة و حمايتها
51.....	المطلب الأول : زوال الحيابة
51.....	الفرع الأول : زوال الحيابة بفقدان ركنها
52.....	الفرع الثاني : زوال الحيابة بفقدان ركنها المادي وحده
	المطلب الثاني : حماية الحيابة عن طريق النيابة العامة وعن طريق القضاء
54.....	المستعجل
56.....	الفرع الأول : حماية الحيابة عن طريق النيابة العامة
82.....	الفرع الثاني : حماية الحيابة عن طريق القضاء المستعجل
113.....	الخاتمة
116.....	قائمة المصادر والمراجع

ملخص مذكرة الماستر

نختم هذه الدراسة بمجموعة من التوصيات التي نراها ناجعة لتسوية الوضعية القانونية للعقارات الغير الممسوحة والتي نلخصها فيما يلي:

رغم الترسنة القانونية التي وضعها المشرع الجزائري بهدف تسوية الوضعية القانونية للحائزين إلا انها تحمل تناقضات وإشكالات عملية وهو ما يفسره العدد الكبير من القضايا المطروحة في ساحة القضاء، فالتشريع العقاري الجزائري يعرف ما يسمى بتشعب القوانين، وبالتالي على المشرع الجزائري وضع منظومة قانونية مدروسة وواضحة المعالم لتنظيم الإطار القانوني للوعاء العقاري والقضاء على ما يسمى بمشكل العقار .

كما يجب الاسراع في عملية المسح العقاري وذلك للمراعات اعتبارات نظام الشهر العيني الذي تبناه المشرع الجزائري وبالتالي تطهير الوعاء العقاري لتسهيل الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للعقار .

الكلمات المفتاحية:

- | | |
|---------------------|-----------------------|
| 1/ الملكية العقارية | 2/ التقادم المكسب |
| 3/ القضاء الجزائي | 4 / القضاء الإستعجالي |

Abstract of The master thesis

We conclude this study with a set of recommendations that we consider effective to settle the legal status of unsanctioned real estate, which we summarize as follows:

Despite the legal arsenal developed by the Algerian legislator with the aim of settling the legal status of the holders, it bears contradictions and practical problems, which is explained by the large number of issues raised in the judicial arena.

The legal framework for the real estate container and the elimination of the so-called real estate problem.

The real estate survey process must also be expedited in order to take into account the considerations of the month-in-kind system adopted by the Algerian legislator and thus purify the real estate container to facilitate the social and economic function of the property.

key words:

1/ Real Estate Ownership 2/ Gained Obsolescence
3 / criminal justice 4 / urgent justice