

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة أحمد دراية أدرار

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم العلوم الإسلامية



جامعة أحمد دراية أدرار-الجزائر  
Université Ahmed DRAIA, Adrar-Algérie

عنوان المذكرة

## نظام التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

د. حمدون الشيخ

إعداد الطالبتين:

لعصب أم هاني

بوبة حياة

لجنة المناقشة		
رئيسا	أستاذ محاضر "أ"	د. بكر اوي عبد الله
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر "ب"	د. حمدون الشيخ
مناقشا	أستاذ محاضر "ب"	د. الطيبي عبد المجيد

السنة الجامعية: 1441هـ-1442هـ / 2020م-2021م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
République algérienne populaire et démocratique  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique

UNIVERSITE AHMED DRAYA - ADRAR  
BIBLIOTHÈQUE CENTRALE  
Service de recherche bibliographique  
N°.....B.C/S.R.B//U.A/2021



جامعة احمد دراية - ادرار  
المكتبة المركزية  
مصاحبة البحث البيولوجرافي  
الرقم.....م.م/ب.ب/ج.أ/2021

## شهادة الترخيص بالإيداع

انا الأستاذة(ة): ..... حمدون الشيخ

المشرف مذكرة الماستر.

الموسومة بـ : ..... نظام التقادم المكسب للعقارات في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....

من إنجاز الطالب(ة): ..... لعصب أم هاني

و الطالب(ة): ..... بوبزة حياة

كلية : ..... كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

القسم : ..... العلوم الإسلامية

التخصص: ..... الشريعة القانون

تاريخ تقييم / مناقشة: ..... 26 جوان 2021

أشهد ان الطلبة قد قاموا بالتعدلات والتصحيحات المطلوبة من طرف لجنة التقييم / المناقشة، وان المطابقة بين النسخة الورقية والإلكترونية استوفت جميع شروطها.  
ويامكانهم إيداع النسخ الورقية (02) والأليكترونية (PDF).

- امضاء المشرف:

ادرار في : ..... 1.4 جوان 2021

مساعد رئيس القسم:

د. حمدون الشيخ  
مساعد رئيس القسم مكلف بالتدريس  
والتعليق في التسرج



حمدون

ملاحظة: لا تقبل أي شهادة بدون التوقيع والمصادقة.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## إهداء

اهدي إليكم ثمرة جهدي التي سطرها قلبي قبل قلمي إلى رمز الحب والحنان وبلسم الشفاء "أمي  
الحبيبة "

إلى روح " أبي الغالي " الطاهرة الذي كان نبع العطاء ورمز وجودي

إلى " زوجي العزيز " الذي كان سند في مشواري الدراسي

إلى الذين تربيت في كنفهم إخوتي كل واحد باسمه "محمد" "بوجمعة" "عبدالقادر" "صلاح" "عبد  
الرزاق" "يونس" "رفيق"، وإلى "زوجاتهم" و "أبنائهم" كل باسمه

إلى كل أفراد عائلة "لعصب" صغيرا وكبيرا

والى عائلة زوجي

إلى كل الأصدقاء والزملاء وإلى كل من ساهم معنا في انجاز هذا العمل "بويزة حياة"

إلى كل من مد لنا يد العون والمساعدة والدعاء ولو بالكلمة الطيبة

## أم هاني

## إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ الإسراء: 23.

إلى الوالدين الكريمين:

إلى من أوصى بها الحبيب المصطفى حين قال: أمك ثم أمك ثم أمك  
عزيزتي غاليتي "زهرة" أطال الله في عمرك للخير لكي تري حصاد جهدك  
وفلاح تربيتك وبلاغ مقصودك

إلى أبي العزيز الغالي "رابح" أطال الله وبارك لنا في عمرك للخير

إليكما اهدي وبكل فرح تخرجي ونجاحي

إليأخوتي كل باسمه وأخواتي

إلى العائلات الكرام:

عائلة: "بويرة" عائلة: "بوراس" عائلة: "ضبوي"

إلى كل عزيز وغالي إلى من لم تسعهم اسطري ووسعهم رحاب صدري بكل محبة وفخر

إلى من شاركتني العمل وسارت معي على نفس الدرب "لعصب أم هاني"

إليكم أحبتي أصدقائي وصديقاتي

إلى رسل العلم عامة إلى الأستاذ "حمدون الشيخ" خاصة

## حياة

# شكر وعرفة

الحمد لله جل في علاه، أن بلغنا إتمام هذا العمل وبلوغ هذا المستوى العلمي، وله الشكر أولا وآخرا  
وعملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " من لم يشكر الناس لم يشكر الله".

فتتقدم بالشكر إلى "جامعة احمد دراية أدرار"، والأسرة الجامعية من أساتذة وإداريين، ونخص بالشكر  
أساتذة قسم العلوم الإسلامية، متمنين لهم التوفيق والسداد.

عظيم الشكر وجزيل الامتنان لفضيلة الأستاذ الدكتور "حمدون الشيخ" الذي تفضل علينا مشكورا  
بالإشراف على هذه المذكرة، وإلى الأساتذة المشرفين على مناقشتها، نسال الله أن يجعلها في ميزان  
حسناتهم ونورا يستضاء به في العتمة

والشكر أيضا إلى مشايخنا وأئمتنا وكل المعلمين والأساتذة الذين كان لهم شرف السبق في تكويننا، وإلى  
كل من مد لنا يد العون من قريب أو بعيد لإتمام هذا العمل فسدد الله خطاهم وبارك في أعمارهم  
ووفقهم لكل خير

شكرا من القلب أقولها وإلى الله وصولها

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

# مقدمة

## مقدمة:

الحمد لله واهب لكل نعمة، والموفق إلى كل خير، والملمم لكل صواب، والهادي إلى كل رشاد والصلاة على نبي الرحمة سيدنا محمد وعلآله وصحبه أجمعين وعلى من سار على نهجه ومضى على هديه إلى يوم الدين.

## أولاً: التعريف بالموضوع:

منذ بداية تواجد الإنسان وتوارثه على ظهر المعمورة، عرف بجبلته وحبه للتملك، والامتلاك محاولاً إشباع حاجاته وغريزته، وتعدى حبه للأشياء حبه للأرض وامتلاكها حيث أنها تحتل وبصفة خاصة العقارات بمختلف أنواعها في نفسه مكانة خاصة، لما تملكه من قيمة بنوعيتها المادية والمعنوية، فكانت من أسمى الأهداف التي يسعى إلى كسبها وتحقيقها، باعتبار الأرض من أهم الأموال وأقدسها، لتعدد فوائدها وعوائدها، حيث تمثل لديه رمز السكينة والاستقرار والسلطة، ومصدرًا من مصادر القوة والنفوذ.

كل هذه الدوافع باختلافها الذاتية والموضوعية، دفعت به لتنظيم حق الملكية كامتلاك العقارات، وتعرض لهذا الموضوع فقهاء وشراح القانون المدني الجزائري واصفين إياه بالسلطة المباشرة لشخص الطبيعي على شيء بالذات، تمنحه ميزة الاستئثار والاستعمال والاستغلال والتصرف، وقد سبقت الشريعة الإسلامية إلى تنظيم حق الملكية.

بالإضافة إلى أنه يمكن كسبه بأسباب متعددة تعود أغلبها إلى الواقعة القانونية أو التصرف القانوني، إلا أنه قد ترد في بعض الحالات أسباب إن لم نقل عنها أنها تنقل هذا الحق من صاحبه إلى شخص آخر قلنا عنها أنها تدل عليه، وهو ما يعرف بالحيازة والتقادم المكسب للملكية لدى فقهاء القانون والشريعة الإسلامية بعد مرور أو مضي مدة من الزمن طالت أم قصرت.

## ثانياً: إشكالية الموضوع:

تتلخص إشكالية البحث في السؤال التالي: ما هو نظام التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري؟ وما هي طرق اكتسابه؟ وللإجابة على هذا الإشكال، كان لابد علينا الإجابة على التساؤلات المتفرعة تحته منها: على أي أساس اعتبر التقادم مكسب للملكية؟ وماهي دواعي اعتبار الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون من نظام التقادم سبب لكسب ملكية الغير؟ وماهي الآثار المترتبة عن ذلك؟ إلى غير ذلك من التساؤلات.

ثالثا: أهمية الموضوع: تكمن أهمية اختيارنا لهذا الموضوع في:

- مدى اعتناء الشريعة الإسلامية بموضوع حق الملكية وكذلك القانون المدني.
- التعرف على حكم ذلك في الشريعة الإسلامية وعلى أي أساس اعتبره القانون حلا جدير بالاهتمام.
- حق الملكية وخاصة ملكية العقار ومدى أهميته في الحياة لضمان الاستقرار.
- اعتباره مصلحة من المصالح العامة حيث يرفع تعطيل خدمة المجتمع.
- كثرة المشاكل والمنازعات التي يتخللها موضوع الملكية.

رابعا: أسباب الاختيار:

من الأسباب ودوافع اختيارنا لموضوع نظام التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري:

- اتصال الموضوع بالحياة اليومية وتصرفات الناس فيما بينهم داخل المجتمعات وما يتعلق به منازعات.
  - محاولة إيجاد أجوبة على بعض التساؤلات والالتباسات حول الموضوع.
  - محاولة منا للإسهام في إثراء الموضوع بإضافة دراسة تدعم الدراسات السابقة في الموضوع
- خامسا: المصادر والدراسات السابقة:

نظام التقادم المكسب من المواضيع التي عالجها الفقه الإسلامي كما نظمها القانون الجزائري. ومن المراجع التي عالجت تعرضت لنظام التقادم المكسب:

- المدخل الفقهي العام، تأليف مصطفى أحمد الزرقا.
- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني شرح رسالة بن أبي زيد القيرواني.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجزء التاسع من تأليف الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري.

أما عن الدراسات الحديثة فقد تعددت الدراسات التي تناولت هذا الموضوع من مختلف جوانبه منها:

- أطروحة دكتوراه في القانون العقاري من جامعة باتنة 1 بعنوان: "مجال الأخذ بأحكام الحياة والتقادم المكسب في ظل مبادئ نظام الشهر العيني في التشريعات الجزائرية" من إعداد نادية قادي 2018-2019.

- مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون من جامعة الجزائر بعنوان: " التملك عن طريق التقادم المكسب بين الشريعة والقانون المدني الجزائري " 2008-2009
- منها مذكرة ماستر في القانون الخاص من جامعة بجاية بعنوان: " طرق اكتساب الملكية في التشريع الجزائري (الحيازة والتقادم المكسب)" من إعداد سهام ماحي - مريم زيتوني 2017-2018.

#### سادسا: الصعوبات:

- غلق المكتبات بسبب جائحة كورونا.
- ضعف تفق الانترنت.
- البعد عن مكان الدراسة والبحث بسبب الحجر المنزلي.

#### سابعا: المنهج المتبع:

اتبعنا المنهج التحليلي الوصفي لتحديد معنى التقادم المكسب والحيازة، ورأي كل من الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، بتبيان الآثار المترتبة عنه والضوابط التي يجب اتباعها لاكتساب الملكية بالتقادم والحيازة مع التحليل، والاستعانة ببعض النصوص القانونية والأحاديث النبوية.

وفيما يخص الإحالة في الهوامش كنا نذكر عنوان الكتاب ثم مؤلف الكتاب، ثم المترجم إن وجد ثم بلد النشر، دار النشر، ط...، السنة، ج...، ص...،

ثامنا: عرض الخطة: أما خطتنا فكانت كالتالي:

#### مقدمة:

- الفصل الأول: الملكية العقارية وطرق اكتسابها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري،
- المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الأول: مفهوم الملكية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الثاني: مفهوم العقار في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المبحث الثاني: طرق اكتساب الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري. (الحيازة).
- المطلب الأول: تعريف الحيازة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الثاني: أركان الحيازة وشروط صحتها.

- الفصل الثاني: التقادم المكسب طبيعته ومجاله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المبحث الأول: أساس التقادم المكسب ومدلوله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الأول: أساس التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الثاني: مدلول التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المبحث الثاني: أنواع التقادم والتمييز بينه وبين التقادم المسقط في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الأول: أنواع التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الثاني: الفرق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المبحث الثالث: طبيعة التقادم ومجاله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الأول: طبيعته في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الثاني: مجاله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- الفصل الثالث: شروط التقادم وأثاره في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المبحث الأول: شروط التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الأول: شروطه في الشريعة الإسلامية.
- المطلب الثاني: شروطه في القانون.
- المبحث الثاني: الآثار المترتبة على التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.
- المطلب الأول: الآثار في الشريعة.
- المطلب الثاني: الآثار في القانون.
- الخاتمة:

## الفصل الأول

الملكية العقارية وطرق اكتسابها

في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفصل الأول: الملكية العقارية وطرق اكتسابها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المبحث الأول: الملكية والعقار في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول: تعريف الملكية في الشريعة والقانون الجزائري.

الفرع الأول: الملكية في اللغة.

الملكية، "من الملك أو التملك، يقال بيدي ملكية هذه الأرض، مفردها ملك، ملك الشيء حازه وانفرد بالتصرف فيه، فهو مالك جمع ملك وملاك"<sup>1</sup>.  
وقد تكون ملكية خاصة وهي ما يملكه الفرد، أو ملكية عامة ما تملكه الدولة.

الفرع الثاني: الملكية في القانون.

الملكية عند فقهاء الشريعة كما ورد في المدخل الفقهي العام، لمصطفى احمد الزرقا، الملكية هي الملكية أو الملك: "وهي اختصاص حاجز شرعا يسوغ صاحبه التصرف فيه إلا لمانع"<sup>2</sup> والمقصود بالحاجز عدم انتفاع وتصرف غير المالك دون إذن المالك، والمانع ما يمنع المالك في ذاته من التصرف كنقص الأهلية عند الصغير فيتصرف وليه في ملكه، وحق الغير، فيمنع من التصرف في المال المشترك والمرهون، إلا إن المانع يعارض الملك هنا ولا ينافيه.  
من خلال هذا التعريف تبين لنا انه اشتمل على جميع أنواع الملكية من أعيان ومنافع أو ديون.

الفرع الثالث: الملكية في الشريعة.

إن نصوص القرآن الكريم تدل دلالة قطعية بأن الله سبحانه وتعالى مالك السماوات والأرض، يقول تعالى: «لله ملك السموات والأرض وما فيهن»<sup>3</sup> بمعنى أنه لا شريك له في الملك حيث قال سبحانه تعالى: «ولم يكن له شريك في الملك»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، جمهورية مصر العربية، مكتبة الشروق الدولية، (1425هـ/2004م) ط 4، ص 886.

<sup>2</sup> المدخل الفقهي العام، مصطفى احمد الزرقا، دمشق، دار القلم، ط 1، (1418هـ/1998م) ج 1، ص 334.

<sup>3</sup> سورة المائدة، الآية 120

<sup>4</sup> سورة الإسراء، الآية 111

عرف فقهاء المالكية الملكية بأنها: "حيازة الشيء، متى كان الحائز قادراً وحده على التصرف فيه والانتفاع به، عند عدم المانع الشرعي". وعليه نستنتج أن كل من القيم على المجنون والسفيه، أو الوصي على القاصر، لا يمكن أن نسميه مالكا للمال الذي يتصرف فيه لأنه ليس مالكا أصليا له، ولا يمكن لأي من هؤلاء التصرف في هذا المال أو الانتفاع به.<sup>5</sup>

وعرفها عبيد الله بن مسعود أحد فقهاء الحنفية بأنها: "اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه، وحاجزا عن تصرف الغير"  
وعند الحنابلة عرفه شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله: "الملك هو القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة"

أما عند فقهاء الشافعية فعرفه تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي بأنه: "حكم شرعي يقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعيوض عنه من حيث هو كذلك".<sup>6</sup>

### المطلب الثاني: تعريف العقار في الشريعة والقانون.

#### الفرع الأول: العقار في اللغة.

عقار: بوزن عطار والعقار بالفتح مخفف الأرض والضياع والنخل ويقال في البيت عقار حسن أي متاع وأداة<sup>7</sup>، العقار "كل ملك ثابت له أصل كالأرض فهو عقار".<sup>8</sup>  
ويخرج عن دائرة هذا التعريف كل ملك منقول وليس بثابت كالسيارة وأثاث المنزل.

#### الفرع الثاني: العقار في القانون.

عرف المشرع الجزائري الملكية بأنها: "كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول"<sup>9</sup>، وعليه يتضح لنا أن العقار شيء ثابت

<sup>5</sup> الملكية في الإسلام، عيس عبده، احمد إسماعيل يحيى، القاهرة، دار المعارف، بدون ط، بدون ج، بدون س، ص 133

<sup>6</sup> قيود الملكية الخاصة، عبد الله ابن عبد العزيز المصلح، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1408هـ/1988م، بدون ج، ص 29-30

<sup>7</sup> مختار الصحيح، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، بيروت، ط 5، (1420هـ/1999م)، ج 1، ص 214.

<sup>8</sup> الكليات، أيوب موسى الحسيني القريني الكوفي أبو البقات، عدنان درويش، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج 1، ص 599.

<sup>9</sup> المادة 683 من الأمر: 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

## الفصل الأول: الملكية العقارية وطرق اكتسابها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري. 9

بالأصل، أي لا ينقل من مكان لآخر دون تعرضه للتلف ومنه الفرق بين العقار والمنقول، هو أن هذا الأخير يمكن نقله دون تلف أما العقار فيستحيل نقله دون تلف.

### الفرع الثالث: العقار في الشريعة.

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن كل أرض عقار، واختلفوا فيما عدا الأرض كالبنيان والمغروسات وغيرهم، هل هي عقار أم لا؟ فالرأي الأول يقول بأنه لا يدخل تحت مسمى العقار الدار والغرس ومثلهما ويسمونه عقار بالتبع للأرض وهو مذهب الحنفية والحنابلة. والرأي الثاني وهو مذهب المالكية والشافعية، فيطلقون على البناء والشجر عقار مثلهم مثل الأرض.<sup>10</sup>

المبحث الثاني: طرق اكتساب الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (الحياسة).

المطلب الأول: مفهوم الحياسة في الشريعة والقانون.

### الفرع الأول: الحياسة لغة.

الحياسة: "من الحوز، الحوز وهو الجمع، وكل من ضم إلى نفسه شيئاً فقد حازه حوزاً وحياسة، واحتازه أي ضمه إلى ملكه فيقال فلان حاز المال وحاز العقار".<sup>11</sup>

### الفرع الثاني: الحياسة في القانون.

الحياسة: "هي سيطرة فعلية على شيء أو حق، فتجوز حياسة الحقوق العينية الأصلية، كحق الانتفاع وحق الارتفاق، وحقوق الرهن المختلفة، كما تجوز حياسة الحقوق الشخصية".<sup>12</sup> ويستثنى من هذا التعريف الحقوق العينية التبعية، فلا حياسة عليها.

<sup>10</sup> نوازل العقار، دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة، احمد بن عبد العزيز العميرة، الرياض، دار الميمان للنشر والتوزيع، بدون ط، 1432هـ، ص 37-38.

<sup>11</sup> الصحاح للجوهري، أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ت398هـ، القاهرة، دار الحديث، (1430هـ/2009م)، ص 293.

<sup>12</sup> الوسيط في شرح القانون المدني، (أسباب كسب الملكية)، عبد الرزاق احمد السنهوري، بيروت لبنان، دار احياء التراث العربي، بدون ط، بدون س، ج 9، ص 784.

### الفرع الثالث: الحيابة في الشريعة.

عرفها الأستاذ السنهوري، "بأنها وضع مادي ينجم عن أن شخصا يسيطر سيطرة فعلية على حق سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن"<sup>13</sup>.

وعرفها المحامي حسين علي بان للحيابة معنيان في الشرع فالأول بمعنى "وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه" وهذا المعنى هو الشائع عند عامة الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية.

وعرفت كذلك "بأنها وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه والتصرف فيه بواحد من أمور السكنى أو الإسكان، غرس أو زرع، بيع أو هدم أو بناء"<sup>14</sup>.

وعليه فإن الحيابة عند الفقهاء رغم اختلاف تعريفاتهم، تحمل في مضمونها معنى مشترك، هو وضع اليد أو سيطرة على حق، والتصرف فيه بشرط توفر المدة القانونية.<sup>15</sup>

المطلب الثاني: أركان الحيابة وشروطها وعيوبها.

### الفرع الأول: أركان الحيابة.

#### الركن المادي:

هو سيطرة فعلية أو مادية على الشيء، ويجب لتوفر هذه السيطرة أن يكون للحائز سلطة، تخوله القيام بأعمال وتصرفات تظهره بمظهر صاحب الحق أو الشيء محل الحيابة، كأن يزرع أرضا أو يسكن بيتا إلى غير ذلك من طرق الانتفاع.<sup>16</sup> أي يشترط في الحائز إثبات الركن المادي بإثبات الحيابة الفعلية، ولا يكون ذلك إلا بالأنشطة والأعمال والتصرفات المادية التي يقوم بها الحائز بنفسه على المحوز، كحيابة المنزل لا تثبت إلا باستغلاله، كأن يسكنه أو يعيد ترميمه، وكالأرض بأن يزرعها ويستمتع من خيراتها.

<sup>13</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 784.

<sup>14</sup> الحيابة والتقادم في الفقه الإسلامي المقارن بالقانون الوضعي، محمد عبد الجواد محمد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1977 ص 70

<sup>15</sup> الحيابة ومدتها بين الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية، بحث لنيل شهادة الإجازة في القانون الخاص، نور الدين كامل، 1433-1434هـ/2013-2014م ص 11

<sup>16</sup> الحقوق العينية الأصلية، حسن علي الذنون، شركة الرابطة للطبع والنشر المحددة ببغداد، بدون ط، 1954، ص 184

## الفصل الأول: الملكية العقارية وطرق اكتسابها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري. 11

ويتم إثبات الحيابة الفعلية بكافة طرق الإثبات كالبيينة والقرائن والطرق التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

### الركن المعنوي:

ويراد به أن تتوافر في الحائز نية التملك، واستغلال الشيء المحوز كمالك أو كصاحب حق، من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية، كحق الانتفاع أو الارتفاق أو السكنى، أي أن يباشر هذه الأعمال المادية خالصة لحسابه، فيعتبر العنصر المعنوي بمثابة الضابط الذي يميز به بين نوعي الحيابة هل هي حقيقية أم حيابة عرضية حيث يباشر الحائز في هذه الأخيرة السيطرة المادية لحساب غيره، وهذا العنصر مفترض لأنه يتفق مع ظاهر الحال لا غير، وفي هذه الحالة يجب على من يدعي عكس ذلك أن يقيم دليلا على ما يدعيه إثبات الحيابة العرضية وان واضع اليد إنما حاز الشيء بإذن مالكة ولحسابه.

ونظرا لضرورة الركن المعنوي، فانه يشترط في الحائز أن يكون أهلا، فنية التملك لا تصدر من عديمي الأهلية أو فاقديةها، مثل الصبي قبل سن التمييز أو المجنون، ولو أن ذلك لا يمنع من ينوب عنهم بكسب الحيابة عنهم، أما فيما يخص الصبي المميز وناقص الأهلية فهم يملكون الحيابة باعتبارها واقعة أو وضع مادي كما تقدم ذكره.<sup>17</sup>

يفهم مما سبق ذكره أن نية التملك، أو الركن المعنوي شرط في الحائز الذي ينوي امتلاك الحق محل الحيابة لنفسه؛ لا أن يباشر السيطرة المادية لحساب غيره وهو لا نية له للتملك، أي انفصال الركن المعنوي عن الركن المادي لذا الحائز، وهذا يتنافى وشروط الحيابة.

### الفرع الثاني: شروط الحيابة وعيوبها.

بالرغم من توافر الركن المادي والمعنوي في الحيابة، وباعتبارها شرطان أساسيان فيها إلا أنهما غير كافيان لإنشائها ولترتيب آثارها، فيشترط لصلاحيه الحيابة لكسب الحق بالتقادم، أن تكون خالية من العيوب مستوفية للشروط التالية:

#### 1. شرط الهدوء وغيب الإكراه: الهدوء هو أن لا يلجأ الحائز للعنف والقوة لكسب

الحيابة، أما الإكراه هو أن يستعمل الحائز لكسب الحيابة العنف أو الضغط، مما يجعله لا يظهر بمظهر صاحب الحق.

<sup>17</sup> حسن على الذنون، المرجع السابق، ص 185-186.

2. شرط الوضوح وعيب الغموض (الخفاء): بمعنى أن تكون واضحة ولا يشوب حيازة الحائز للعقار لبس، وتكون غامضة إذا اشتبه فيها عنصر القصد، حيث لا يتضح للغير هل الحائز يحوز لحساب نفسه أو لحساب الغير.
3. شرط الظهور العلني وعيب الخفاء: نقصد بالظهور هنا مجاهرة الحائز بأن الشيء الثابت في حيازته هو ملك له دون غيره من الناس، ويتمسك به إذا ما نازعه فيه منازع، أما الخفاء فيصيب الركن المادي للحيازة، حيث تمارس الأعمال المادية للحيازة بطريقة لا تشعر معها أن مباشرها له الحق في حيازة غيره ولا يظهر بصفة المالك.
4. شرط الاستمرار وعيب الانقطاع: والقصد باستمرار الحيازة توالي أعمال السيطرة المادية من قبل الحائز على العقار المحاز وفي فترات متقاربة ومنتظمة، ويقصد بالانقطاع عدم قيام الحائز خلال مدة معينة تختلف باختلاف الظروف بحيازة العقار أو استعمال الحق محل الحيازة.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في ضوء مستجدات القانون الجزائري، ضيف احمد، تلمسان الجزائر، جامعة ابي بكر بلقايد، 2015-2016، ص 151-152.

## الفصل الثاني

### التقادم المكسب طبيعته

و مجاله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفصل الثاني: التقادم المكسب طبيعته ومجاله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المبحث الأول: أساس التقادم المكسب ومدلوله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول: أساس التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفرع الأول: أساس التقادم المكسب في القانون الجزائري.

من الأسباب التي جعلتنا نتحدث عن الأساس القانوني القائم عليه التقادم المكسب؛ هو ما تردد عنه من سلبيات؛ حيث يبدو لنا أن التقادم وسيلة الاغتصاب الحقوق باسم القانون باعتبار انه في بعض الحالات يجرد المالك من الملكية بلا مقابل، وبدون رضاه، أي انه يبدو لنا في الوهلة الأولى منافيا للعدالة والأخلاق فهو يجعل الغاصب للملكية بعد حيازته لها مدة معينة مالكا له، وذلك انه يخلق حقا أو يسقط دنيا.<sup>19</sup>

إذا يقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصده: "لدى الاطلاع على تعريف التقادم، أول ما يتبادر إلى الذهن أن التقادم هو نوع من الغصب، فهو يؤدي إلى تدعيم المراكز الواقعية غير المشروعة"، مع العلم أن مضي المدة منطقيا لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخلق حقا أو يسقطه.

ولكن هذه النظرة السطحية لنظام التقادم المكسب لم يأخذ بها لان التقادم المكسب في حقيقته هو سلاح ذو حدين، فإذا قلنا بأنه في بعض حالاته يؤدي إلى إقامة الظلم ببعض ذوي الحقوق أو المالكين، فانه في اغلب حالاته يخدم ملكية صاحب الحق وبالتالي يعمل على استقرار المراكز القانونية الصحيحة.<sup>20</sup>

هذا ما دفع بجل التشريعات المدنية العالمية لتعترف به بل وتضع له أحكاما، وشروطا جعلت منه نظاما قانونيا لا غنى عنه، كونه يقوم على عدة اعتبارات ومبررات اجتماعية وقانونية، واقتصادية وعملية عادلة لا يمكن إنكارها.

إضافة إلى ما سبق ذكره يتضح لنا جليا أن التقادم المكسب له دور كبير في مجال إثبات حق الملكية والحقوق العينية الأخرى، الأمر الذي يجعل منه ضرورة عملية لا غنى عنها، فهو لا يقوم في جميع الأحوال بتأييد الغصب إنما كثيرا ما يساعد المالك على حماية حقه عن طريق تسيير إثباته، وإثبات

<sup>19</sup> التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة معدة لنيل شهادة ما ستر في الحقوق تخصص قانون عقاري، كاس يسيرة منال، جامعة زيان عاشور الجلفة، (2015/2014)، ص 29-30.

<sup>20</sup> الحيابة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري في ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، احمد خالدي، دار هومة، الجزائر، 2014، نقلا عن نادية قادري، ص 66.

الملكية من الأمور الشاقة جدا، حيث يستلزم لإقامة الدليل على السند القانوني للملكية من الأمور الذي آت إلى المالك، وان يكون هذا السند صادر من المالك الحقيقي، كما يتطلب الاحتفاظ بهذه الأدلة إلى ما لا نهاية وهكذا فالأمر يعد ضربا من التكاليف بما لا يطاق إن لم يكن مستحيلا، لهذا السبب كان ولا بد من اعتماده مع ضرورة مراعاة المدة المحددة في القانون للتملك.<sup>21</sup>

### الفرع الثاني: أساس التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية.

لقد ساد القول بأن الفقه الإسلامي لا يعرف اكتساب ملكية العقارات أو سقوطها بما يعرف بتقادم الزمان بحيث يؤدي هذا الأخير حتما إلى إقرار الغصب أحيانا والغصب منافي للأخلاق والدين حيث يستند فقهاء الشريعة من المالكية والحنفية في ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم"<sup>22</sup>. ولكن إذا أهمل المالك العقارات التي يملكها وجاء الغير ووضع اليد عليها ولت في حيازته الزمن الطويل يتصرف فيها تصرف المالك في ملكه بحضور هذا الأخير ومشاهدته ودون معارضة منه فلواضع اليد في هذه الحالة حق حيازة العقار لرفع حرج على المجتمع أو لتحقيق منفعة عامة حيث استدل فقهاء المذهب المالكيين حيازة العقار المهمل بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من حاز شيء عشر سنين فهو له"<sup>23</sup>.

فالشريعة الإسلامية عندما أقرت الملكية الفردية كان ذلك لمصلحة المالك، وحتى تكون ركيزة أساسية من ركائز النظام الاجتماعي وتحقق مصالحه، فمن وظائف الملكية في الإسلام أن يمتلك الشخص الأرض ليس فقط خدمة لنفسه وإنما لفائدة مجتمعه أيضا.<sup>24</sup>

<sup>21</sup>نادية قادري، المرجع السابق، ص 67

<sup>22</sup>موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، رقم 328، ت ميكلوش موراني، ج 67، ص 136.

<sup>23</sup>المراسيل، باب ما جاء في القضاء رقم 394، أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي،

ت شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1408هـ، ص

<sup>24</sup>التملك عن طريق التقادم المكسب وأثره بين الشريعة والقانون المدنيالجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في

العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، برادي احمد، جامعة الجزائر، (2009/2008 // 1430/1429)، ص 66، 67

## المطلب الثاني: مدلول التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

### الفرع الأول: مدلوله في اللغة:

التقادم لغة: كما جاء في معجم لسان العرب من القدم نقيض الحدوث، قدم يقدم وقدامه، وتقادم وهو قديم، والجمع قدماء وقدامى، وشيء قدام كقدم والقدم والقدامة أي السابقة في الأمر يقال لفلان قدم صدق أي أثرة حسنة.<sup>25</sup>

فالتقادم إذ مشتق من مصطلح تقادم الذي يرتبط بقدم وبالقدم والقدم في مدلولها التخاطبي يقول الأستاذ محمد علي الأمين يتجاوز في الذهن الفترات الزمنية القصيرة على أن مصطلح التقادم في القانون يتقلب مدلوله بين الأجل القصير والمتوسط والطويل مما يجعل مصطلح مرور الزمن الذي جاءت به الشريعة الإسلامية أكثر دقة.<sup>26</sup>

### الفرع الثاني: مدلوله في الشريعة الإسلامية.

التقادم ويسمى مرور الزمن وهو انقضاء زمن معين على حق في ذمة إنساناً أو على عين لغيره دون أن يطالب صاحبهما بهما وهو قادر على المطالبة.<sup>27</sup>

ويقصد بوضع اليد على الدار أن يسكن فيها أو يحدث أبنية فيها وفي العرصة حفر بئر أو نهر أو قناة أو غرس أشجاراً أو زرع مزروعات وفي الغابة قطع الأشجار منها وبيعها والانتفاع منها وفي المرعى قلع الحشائش وحفظها أو بيعها، ورعي الحيوانات فيها أو ما أشبه ذلك من التصرفات. أما وجود مفتاح باب الدار في يد أحد فلا يكون بمجرد وجوده في يده ذا يد.<sup>28</sup>

### الفرع الثالث: مدلوله في القانون الجزائري.

التقادم عند الفقهاء وشرح القانون هو مضي مدة محددة بطريق الاجتهاد تمنع سماع الدعوى المتأخرة أو تنفيذ الحكم الصادر على المدعى عليه.

<sup>25</sup> لسان العرب، الجزء التاسع، باب التاء، ص 3552

<sup>26</sup> طرق اكتساب الملكية في التشريع الجزائري (الحيازة والتقادم المكسب)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص، ماحي سهام، زيتوني مريم، جامعة 08 ماي 1945، (2016/2015)، ص 34.

<sup>27</sup> المدخل الفقهي العام، مصطفى احمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ/1998م، ج1، ص335

<sup>28</sup> در الحكام شرح مجلة الأحكام، حيدر علي، ج14، ص460، نقلا عن برادي احمد، ص76. 77

أما المشرع الجزائري فحذا حذو الكثير من التشريعات حيث لم يقدم تعريفاً للتقادم واكتفى باعتباره أثراً للحيازة المكتسبة للملكية العقارية وتناوله كسبب من أسباب كسب الملكية في القسم الخاص بالحيازة في الفصل الثاني المخصص لطرق اكتساب الملكية.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون العقاري، سليمان

مصطفى، يوسف، جلول، ص (39. 40)

المبحث الثاني: أنواع التقادم المكسب والتمييز بينه وبين التقادم المسقط في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول: أنواع التقادم المكسب.

تكتسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأخرى بالتقادم كقاعدة عامة وعلى هذا الأساس نجد اختلاف في أنواعه من قصير إلى طويل.

الفرع الأول: التقادم المكسب الطويل.

نصت المادة 827 من القانون المدني الجزائري والمتضمنة: "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة 15 سنة بدون انقطاع".<sup>30</sup> أي أن الحقوق العينية وحدها وعلى رأسها حق الملكية في العقار أو المنقول على السواء وهي التي يمكن تملكها بالتقادم، دون الحقوق الشخصية فهي لا تسري عليها هذه القاعدة حتى ولو كانت قابلة للحيازة مثل حق المستأجر مثلا. وليس كل حق عيني قابلا للتملك بالتقادم بل يجب أن يكون هذا الحق قابلا للتعامل فيه حتى يمكن كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون الحق قابلا للحيازة.

المقصود من ذلك أن يكون مما يجوز التعامل فيه لطبيعته كالهواء والرمال... الخ. وكذلك أن يكون الحق مما يجوز التعامل فيه للغرض المخصص له، بالتالي تستبعد أموال الدولة وأموال الوقف وحتى الإرث.<sup>31</sup> وكذلك أن يكون هذا الحق جائزا للتعامل وان لا يخالف النظام العام والآداب العامة. وهذا لا يصلح أن يكون محلا للملكية الفردية وهذه العقارات لا تقبل التملك بالحيازة مهما طال زمان وضع اليد عليها.

ولقد حدد المشرع الجزائري الأموال القابلة للتعامل فيها في نص المادة 689 من القانون المدني الجزائري والتي تضمنت النص التالي، "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها

<sup>30</sup> المادة: 827 من الامر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل

والمتمم.

<sup>31</sup> طرق اكتساب الملكية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الشامل، بوكعية

عزيزة، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، (2017/2018) ص 69-71

بالتقادم...."<sup>32</sup>، أو تملكها بالتقادم غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار إليها في المادة 688، تحدد شروط إدارتها، وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها.

### الفرع الثاني: التقادم المكسب القصير.

لقد حدد المشرع الجزائري مدة التقادم القصير بعشر سنوات 10 كما استوجب أن تقتصر بالسبب الصحيح وحسن النية ومدة عشر سنوات 10 لا تبدأ باجتماع السبب الصحيح مع الحياة، وإلا فمدة التقادم لا تسري، إذ لا بد من اجتماعهما معا ليبدأ سريان ذلك التقادم، ونشير إلى أنه بينما يقوم التقادم الطويل على شرطين فقط، فإنه يستلزم في التقادم القصير أربعة شروط وهي: مدة الحياة عشر 10 سنوات، واقتصار التقادم القصير على العقار دون المنقول وحسن النية، والسبب الصحيح، وهذا ما جاءت به المادة 828 من القانون المدني الجزائري وخلافا للمشرع الجزائري فان التشريعات العربية حددت مدة التقادم المكسب القصير بخمسة سنوات 5 وهو ما يسمى بالتقادم الخماسي، وكما حدده القانون المدني الأردني بسبعة سنوات 7، وفي تعليق تقصير لمدة في التقادم العشري، إن المشرع أراد أن يقرر ميزة للحائز الذي يجهل اعتدائه على ملك غيره، حيث يتلقى العقار من غير مالكة الحقيقي، معتقدا بحسن نية انه تلقاه من مالكة الحقيقي، وهكذا يكون المشرع قد راع فكرة التوثيق بين أمرين هما حسن نية الحائز من جهة، ومنح المالك الوقت الكافي للعلم بالاعتداء الواقع على ملكه أو حقه، والدفاع عنهما من جهة أخرى.

والتقادم المكسب القصير لا يشترك في قواعده مع التقادم المكسب الطويل، إلا فيما استثني بنص خاص، حيث ينفرد بقواعد خاصة به، وكل ذلك يسري عليه قواعد التقادم المكسب الطويل فيما يتعلق بالأمور الثلاث الجوهرية التالية وهي: كيفية تحقق التقادم، أعمال التقادم، الآثار المترتبة على التقادم.<sup>33</sup>

### المطلب الثاني: الفرق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط.

نتطرق قبل الشروع في ذكر الفروق بين النوعين إلى تعريف التقادم المسقط، فمما توصلنا إليه من خلال التعاريف السابقة للتقادم المكسب، وما سبق ذكره هو أن الحق وان قدم لا يسقط، لا

<sup>32</sup> المادة 689 من الامر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل

والمتمم.

<sup>33</sup> بوكعية عزيزة، المرجع السابق، ص 70-71

بمرو الزمن ولا بغيره من الأسباب، فالشريعة الإسلامية لم تورد لنا تعريفا مفصلا للتقادم المسقط، بدليل قوله صلى الله عليه وسلم. " لا يبطل حق امرئ مسلم وان قدم"، وبان الأصل في الحقوق بقائها في ذمة ذويها.

أما تعريفه في القانون فقد اكتفى القانون المدني الجزائري بذكره في المادة 308، "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة 15 سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية"، وتم ذكر تلك الاستثناءات من المادة 308 إلى 322.<sup>34</sup> إن الفروق ما بين التقادم المكسب والتقادم المسقط فروق واضحة، فالتقادم المسقط يقضي الحقوق الشخصية والحقوق العينية (ما عدا حق الملكية) على سواء، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة، أما التقادم المكسب وتقترن به الحيازة، فيكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية فقط، بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة.

والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع، فإذا رفع صاحب الحق الذي سقط حقه بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم المسقط، أما التقادم المكسب فيتمسك به عن طريق الدفع وعن طريق الدعوى معا، فللحائز أن يدفع دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من المالك بالتقادم المكسب، كما أن له إذا انتزعت منه الحيازة أن يرفع دعوى الاستحقاق على الحائز الجديد ويتمسك قبله بالتقادم المكسب.<sup>35</sup>

كما أن التقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية، إذ الحائز حسن النية يملك الحق في مدة أقصر من المدة التي يملك فيها الحائز سيء النية، أما في التقادم المسقط فلا اعتبار لحسن النية، والمدة التي يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعا لطبيعة هذا الحق، لاتبعاً لثبوت حسن النية أو انتفائه.<sup>36</sup>

وعليه نستخلص أنهما يختلفان من حيث أساس كل نوع تقادم عن الآخر، ومن حيث مجالهما التطبيقي، ويختلفان كذلك من حيث الآثار المترتبة، والوقف والانقطاع، فمن حيث الوقف،

<sup>34</sup> المادة 308 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>35</sup> الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، (بيروت لبنان، دار إحياء التراث العربي، بدون ط، بدون س) ج9، ص 986-987

<sup>36</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 987

فالتقادم المكسب أيا كانت مدته يوقف متى وجد سبب لوقفه، على خلاف التقادم المسقط فإذا لم تتجاوز مدته خمس سنوات (5) فلا يقبل وقفه حتى مع وجود سبب يوجب وقفه، أما الانقطاع فالتقادم المكسب ينقطع بتفقد الحيازة، أي الانقطاع الطبيعي، بخلاف التقادم المسقط الذي لا يعرف هذا النوع من الانقطاع.<sup>37</sup>

**المبحث الثالث: طبيعة التقادم المكسب ومجاله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.**

**المطلب الأول: طبيعة التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.**

**الفرع الأول: طبيعة التقادم المكسب في القانون الجزائري.**

يقوم التقادم على اعتبارات علمية بالغة الأهمية، لأنه في حالة عدم وجود سجل عيني في بلد ما فان القيد فيه يدل دلالة مطلقة على الملكية والحقوق العينية الأخرى، وعليه يصبح التقادم المكسب ضرورة لا غنى عنها لإثبات تلك الحقوق، لأنها إذا اعتمدنا في إثبات الملكية على أنها تنتقل من مالك لآخر ووجب علينا إثبات أن من تلقى الملكية تلقاها من مالك، وان هذا الأخير كان قد تلقاها من مالك قبله وهذا بدوره هو الآخر تلقاها من مالك عن مالك عن مالك، إلى مالا نهاية له وهذا الدليل إن لم نقل باستحالة تقديمه فانه يتعذر علينا ذلك، لأنهم شاق للغاية، وعليه لا بد من الرجوع إلى مدة زمنية تثبت للحائز حيازته للعين دون انقطاع فيكون بذلك قد أقام وقدم دليلا على ملكيته للعين بحيازتها كل هذه المدة، وهو ما يعرف بالتقادم المكسب وهو أهم الأدلة العلمية الدالة على الملكية والحقوق العينية الأخرى واحد العوامل التي يستقر بها ويؤمن التعامل، فيؤمن حائز العين في تعامله مع شخص يستطيع إثبات انه المالك بشرط أن يكون الحائز قد حاز العين المدة المحددة للتملك للتقادم المكسب وهي 15 عشرة سنة.

كما انه ذا مهمة اجتماعية كبيرة إذ يصبح الوضع الفعلي مطابقا للوضع القانوني فيصير الحائز كل هذه المدة مالكا وان لم يكن كذلك من قبل، هنا تصبح الحيازة من وضع يد فعلي إلى الملكية وهو وضع قانوني مشروع، فتستقر الأوضاع الفعلية بانقلابها إلى قانونية، ويطمأن الناس في تعاملهم مع الحائز لعلمهم أن الحيازة إذا استمرت مدة معينة صارت ملكية. وان ثبت على الحائز انه اغتصب العين وبقي حائزا لها حتى تملكها بالتقادم فهذا قلما يقع في ضرر مقارنة بالفائدة التي تعود

<sup>37</sup> التقادم المسقط في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، بويحمد علجية، بورنان رزيقة، جامعة

على المجتمع كما سبق وبيننا، ولا يمكن إرجاع المحوز للساكت عنه كل هذه المدة لأنه يعتبر مهملاً بترك ملكه في يد غيره دون رعاية أو استغلال لحائز نشط استغله استغلال المالك.<sup>38</sup>

### الفرع الثاني: طبيعة التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية.

يمكن الوقوف على طبيعة التقادم في الفقه الإسلامي، بتحديد علاقته بموضوع الحق ودعواه، سواء كان حيازة (التقادم المكسب) أو تقادم الديون (تقادم مسقط).  
صرح الحنفية برأيهم حول طبيعة الحيازة، بعدم سقوط الحق بمضي المدة، وهذا يعني أنها لا تنقل الحق، وإنما تصير قرينة عليه فحسب.

كما يرى المالكية على قول ابن رشد في شرحه لمسألة: "يسلف في المتاع والحيوان المضمون"، من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: مجرد الحيازة لا ينقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز باتفاق، ولكنه يدل على الملك كإرخاء الستر، ومعرفة العفاص والوكاء، وما أشبه ذلك من الأشياء، فيكون القول بها قول الحائز مع يمينه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من حاز شيء عشر سنين فهو له"، لان المعنى عند أهل العلم في قوله عليه الصلاة والسلام هو له أي أن الحكم يوجبه له بدعواه، فإذا حاز الرجل ما لغيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة وهي عشرة أعوام (10)، دون هدم ولا بنين أو مع الهدم والبنين على ما نذكره من الخلاف في ذلك وبعد هذا، وادعاه ملكا لنفسه بابتياح أو هبة أو صدقة وجب أن يكون القول في ذلك مع يمينه.<sup>39</sup>

المطلب الثاني: مجال التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

### الفرع الأول: مجال التقادم المكسب في القانون.

تنص المادة (827) من القانون المدني الجزائري، على ما يلي: "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة 15 بدون انقطاع".<sup>40</sup> يتبين من هذا النص ارتباط التقادم المكسب بالحيازة فالحقوق التي يجوز اكتسابها بالتقادم هي تلك التي يمكن أن تكون محلا للحيازة وبالتالي الحقوق العينية وحدها هي التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب أما الحقوق الشخصية فلا يجوز تملكها

<sup>38</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 988-989

<sup>39</sup> أحكام التقادم في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، محمد احمد حسن إبراهيم، (1425هـ/2004م) ص 23-24

<sup>40</sup> المادة 827 من الامر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل

بالتقادم المكسب ولكنها تنقضي بالتقادم المسقط ولا يمكن كسبها بالتقادم حتى ولو كانت قابلة للحيازة كحق المستأجر.

وأول الحقوق التي يمكن تملكها بالتقادم المكسب هو حق الملكية وعلى ذلك يكون قابلاً للتملك بالتقادم العقار ويدخل في ذلك الأرض زراعية كانت أو أرضاً فضاء وكل ما تنبت الأرض من ثمار ومحصول وزرع وكل يغرس فيها من أشجار ونخيل وكل ما يقام على الأرض من مباني ومنشآت... الخ.

وكذلك يكسب بالتقادم كل حق عيني آخر بشرط أن يكون قابلاً للتعامل فيه وقابلاً للحيازة.<sup>41</sup>

### الفرع الثاني: مجال التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية.

من خلال تطلعنا على النصوص والأمثلة التي وردة في المدونة وغيرها نستنتج أن التقادم المكسب ينشأ الحيازة علماً بالأنواعها دوراً كانت أو عبيداً أو نقوداً وحتى دواب، وغير ذلك والأشياء المادية التي يمكن امتلاكها، حيث يشمل حيازة العقار والمنقول كما ورد في النصوص السالفة الذكر، فيستعملها ويستغلها ويتصرف فيها إما بالسكن أو الهدم والبنيان وغير ذلك من طرق الانتفاع فيما يخص العقارات.

أما بالنسبة للأراضي فيستغلها إما بزرعها أو غرسها أو قطع أشجارها وغيرها... وهكذا بالنسبة لكل مجاز تجوز حيازته والانتفاع به.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني، مذكرة معدة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كاس يسيرة منال، جامعة

زيان عاشور الجلفة (2014/2015) ص 41

<sup>42</sup> التملك عن طريق التقادم المكسب واثره بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في

العلوم الإسلامية، برادي احمد، جامعة الجزائر، (1429-1430هـ/2008-2009م) ص 89-95

## الفصل الثالث

شروط التقادم المكسب و آثاره

في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

الفصل الثالث: شروط التقادم المكسب وأثاره في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المبحث الأول: شروط التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول: شروط التقادم في الشريعة الإسلامية.

لقد وضع الفقهاء شروطاً للحيازة باكتمالها تصح الحيازة وما ينجم عنها من أثر فإذا تأخرت هذه الشروط أو بعضها لا تنفع الحائز حيازته ولا يترتب عليها أثرها مهما طال الزمان.

- **تصرف الحائز:** يشترط الفقهاء أن يكون التصرف في الشيء كتصرف المالك في ملكه. والحيازة تكون بثلاثة أشياء أضعفها السكنى والازدراع ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال وبعدها التفويت بالبيع والهبة والصدقة، وبالتالي فحائز العقار يشترط لصحة حيازته أن يقوم بهذه التصرفات أو بعضها كونها تظهر بمظهر المالك لهذا العقار

- **ادعاء الحائز للملكية:** يشترط فقهاء المالكية ادعاء الحائز ملكية الشيء المحاز لان مجرد الحيازة لا تنفع عندهم ولو طال زمانهم، واختلف الفقهاء فيما إذا كان الحائز يكلف بيان سبب الملكية أم يكتفي بمجرد الدعوى على أن المعتمد في المذهب قال ابن زمانين وهو أن الحائز لا يطالب ببيان سبب الملك بل يكفي ادعائه الملك خلافاً إلى بعض الفقهاء الذين يروونه لانه لا بد من اشتراط بيان سبب الملك فيما حاول البعض الجمع بين الرأيين بقولهم أن لم يثبت أصل الملك للمدعي لم يطالب الحائز ببيان سبب الملك وان ثبت أصل الملك للمدعي طلب الحائز بالبيان.

- **حضور المحوز عليه:** يشترط الفقهاء لصحة الحيازة أن يكون المحوز عليه حاضراً يرى الحائز يحوز ماله، ومع ذلك سكت عن المطالبة بحقه دون عذر شرعي، فان حقه يسقط في المطالبة إذا انقضت مدة الحيازة<sup>1</sup>

- **علم المحوز عليه بملكه للمال المحاز وعلمه لحيازة الحائز له:** من شروط الفقهاء لصحة الحيازة علم المحوز عليه وهذا الشرط مرتبط بحضور المدعي عليه أما إذا كان المحوز عليه غير عالم فهو على حقه مهما قدم الزمان ولا حيازة عليه مهما طال مدة الحيازة.

كما قال صاحب الرسالة: ومن حاز دار عن حاضراً عشرين تنسب إليه، وصاحبها حاضر عالم، أي عالم بأنه ملكه وعالم بحيازة هذا وتتصرفه تصرف المالك ويدعوى الحائز للملكية

<sup>1</sup>برادي احمد، المرجع السابق، ص 127-142

للموضع المحاز. بالإضافة إلى الشروط السابقة سكوت المحوز عليه بلامانع - تحليف الحائز باليمين-استمرار الحيازة.<sup>1</sup>

**المطلب الثاني: شروط التقادم في القانون الجزائري.**

**الفرع الأول: الشرطان العامان للتقادم المكسب في القانون الجزائري.**

**الشرط الأول: الحيازة**

التقادم المكسب الطويل والقصير أساسهما الحيازة التي تشمل السلطة الفعلية أم الواقعية التي يباشرها الحائز على الشيء. فيجب أن تكون حيازة قانونية أي حقيقية تتوفر فيها العناصر المادي والمعنوي الذي تقوم على أساسهما الحيازة فالحائز بهذه الصفة يباشر سلطته على الشيء ليحاسب نفسه بنية الظهور بمظاهر صاحب الحق الذي يجوز ويفترض في الحيازة أن تكون خالية من العيوب التي تعيقها وهي الإكراه والخفاء واللبس، وان كانت موجودة فهي غير صالحة لان تترتب عليها آثارها قبل من وقع عليه الإكراه وأخفيت عنه أو التبس عليه أمرها في الوقت الذي نزول فيه هذه العيوب وهذا ما قضت به المادة 808/من القانون المدني الجزائري.<sup>2</sup>

**الشرط الثاني: المدة.**

المدة شرط في التقادم المكسب لكي تستمر الحيازة من غير انتهاء المدة التي يقرها القانون فيفصلها يمكن للمالك أن يكون له وقت كافي للاعتراض على حيازة الغير وإرجاع الحق منه. أيالتقادم له وقت يقدره المشرع لأنه يكفي لتفصيل الحائز عليه بمعنى أن المشرع وضع وقت محدد للتقادم، وهذه المدة تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها، لا عن طريق إطالتها ولا عن طريق تقصيرها كما تنص المادة 1/388 مدني على انه "لا يجوز النزول عن التقادم قلا ثبوت الحق فيه كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون"<sup>3</sup> أي انه لا يمكن التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق ولا يمكن الاتفاق بين الحائز والمالك.

<sup>1</sup> برادي احمد، المرجع السابق، ص 142

<sup>2</sup> برادي احمد، المرجع السابق، ص 98

<sup>3</sup> المادة 388 من الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

فالقاعدة أن مدة التقادم المكسب خمس عشر سنة لأنها المدة المطلوبة في التقادم الطويل، أما التقادم القصير يشترط فيه أن تكون الحيابة مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سند صحيح في القانون الجزائري.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالتقادم القصير.

إن القاعدة العامة في اكتساب الملكية وبعض الحقوق العينة الأخرى بالتقادم يجب أن تتوفر فيها الحيابة والمدة وشروطهما، فتنوعت المدة بشكل عام واختلفت باختلاف أنواع التقادم، حيث أن مدة التقادم القصير هي عشر سنوات 10 يشترط فيها أن تقترن بالسند الصحيح مرفوقا بحسن النية، وفي حال انه سبق احدهما الآخر، فان مدة التقادم القصير لا تسري ولا بد أن يجتمعهما وتنص المادة 828 على أن أحكام التقادم القصير بنصها "إذا وقعت الحيابة على عقار أو على حق عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فان مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحب للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند."<sup>2</sup>

والواضح أنهما تبين لنا من هذا النص أن المشرع الجزائري اشترط حسن النية والسند الصحيح بالإضافة إلى شرطي التقادم الطويل وهما الحيابة والمدة وبالتالي فان التقادم القصير يستوجب أربعة شروط وهي: المدة الحيابة حسن النية السند الصحيح

حسن النية: المراد بحسن النية هنا هو أن يعتقد واضع اليد انه يوجد حق لدى صاحب الحق أو المالك إذ يظن أن عقد الملكية الذي معه يمنحه ملكية العقار أو ملكية الحقوق العينية التي هو بصدد تملكها أي يقصد بها وقوع الحائز في غلط يدفعه إلى الاعتقاد بأنه يتلقى ملكية العقار أو الحق العيني من المالك أي صاحب الحق.

<sup>1</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1015

<sup>2</sup> ضيف احمد، المرجع السابق، ص 213-214.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

المطلب الأول: آثار التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: أثر الحيابة في تقادم الزمان في منع سماع الدعوى.

يرى الإمام مالك ابن انس وأصحابه أنه في حال اكتملت شروط الحيابة فإنها تقطع حجة المدعي، وتمنع من سماع الدعوى، جاء في المدونة: ((قلت) رأيت إن شهدوا على دار أنها في يد رجل منذ عشرين سنة يجوزها ويكرها ويهدم ويبنى، وأقام آخر البينة أن الدار داره.... (قال): قال مالك بن أنس: "إذا كان حاضرا يراه يبنى ويهدم فلا حجة له".<sup>1</sup>

رأيا للإمام مالك من خلال هذا النص أن يمنع مدعي الملكية من إثبات ملكية الشيء المحاز ولن تقبل حجته بعد ثبوت شروط الحيابة.

وجاء في مختصر خليل ما يخص الحيابة الكاملة الشروط بكونها تمنع سماع دعوى المدعي وبينته فيقول: "وان حاز أجنبي غير شريك وتصرف، ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين، لم تسمع، ولا بينته، إلا بإسكان ونحوه، كشريك أجنبي حاز فيها إن هدم وبني، وفي الشريك القريب معهما، قولان، لا بين أب وابنته، إلا بكهبة، إلا أن يطول معهما ما تملك البنات، وينقطع العلم، وإنما تفترق الدار من غيرها في الأجنبي، ففي الدابة وأمة الخدمة، السنن، ويزاد في عبد وعرض".<sup>2</sup> أي لا تسمع دعواه ويكون الحائز هنا صاحب حق.

الفرع الثاني: أثر الحيابة في تقادم الزمان في كسب ملكية العقار

اختلف فقهاء المالكية في الحيابة وتقادم الزمان هل هي دالة على الملك أم ناقلة له؟، إلا أنهم يرون أنها مكسبة ملكية العقار بيد أنهم يختلفون في أداء اليمين فقط.

فمن خلال ما ورد في رسالة بن ابي زيد القيرواني: يشرح فيها قول الشيخ خليل: "وان حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه"، والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "من حاز شيئاً عشر سنين فهو

<sup>1</sup> المدونة الكبرى، للإمام مالك، ج 9، ص 71،

<sup>2</sup> مختصر العلامة خليل، الشيخ خليل ابن اسحاق المالكي، صححه الشيخ احمد نصر، ط الأخيرة، 1401هـ-1981م، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص 272-273.

له"، فالحياسة تنقل الملك هنا كما قال العلامة برهام وتبعه جماعة، ولذلك قال العلامة الاجهوري: "الحياسة تكون في معلوم الأصل ومجهوله".

أما عن قول ابن رشد من سماع ابن القاسم في كتاب الاستحقاق: "الحياسة لا تنقل الملك من المحاز عنه للحائز اتفاقا لكنها تدل على الملك، كإرخاء الستر ومعرفة العفاص والوكاء"، فيكون القول قول جائر مع يمينه.<sup>1</sup> وهو أيضا ما ذهب إليه العدوي في (حاشيته) بقوله: "وهذه الحياسة دالة على نقل الملك، لا ناقلة له على الراجح".<sup>2</sup>

ويقول أحمد غنيم: لعل ما قاله ابن رشد طريقة وإلا فكلام المشبه يشبه ظاهره لما قال العلامة برهام: من أن الحياسة تنقل الملك، لان قوله صاحبها ظاهر في انه مالكها، ولعل وجه نقلها أن حضور صاحبها وعلمه بأنه ملكه مع مشاهدته لتصرفه فيها مع دعواه الملكية والتصرف لغير الإصلاح يدل على إعراضه عنها وتسليمها للحائز، وانه ملك الشيء المحاز لذلك الحائز.<sup>3</sup>

وعليه نستنتج أن الحياسة عند الملكية وباتفاق إذا ما استوفت جميع شروطها وتقادم عليها الزمان، فإنها حتما تنقل الملك إلى ذمة الحائز ويصبح صاحب حق، فيكسب الملكية عن طريق التقادم المكسب، كما لا يفوتنا أن نستثني ما لا يمكن حيازته من العقار، ولو طال مدة حيازته، كحق الله فلا يفوت بالحياسة، وطريق المسلمين أو جزء منها، أو وقفا أو مسجدا فلا يملكها الحائز.<sup>4</sup>

### المطلب الثاني: الآثار في القانون الجزائري.

التقادم المكسب للملكية يترتب بأثر رجعي ولا يترتب أثره إلا إذا تمسك به الحائز أو من له مصلحة في ذلك، ولا يمكن التنازل عنه مقدما إلا بعد اكتمال شروطه ومدته.

<sup>1</sup> الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني، احمد غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي ت 1126هـ، صححه الشيخ عبد الوارث محمد علي، بيروت - لبنان، منشورات علي بيضون دار الكتب العالمية، ط 1، 1418هـ/1997م، ج 2، ص 401.

<sup>2</sup> حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة بن أبي زيد القيرواني، العدوي، ج 2، ص 485، نقلا عن برادي احمد، ص 164.

<sup>3</sup> احمد غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، المرجع نفسه، ص 401.

<sup>4</sup> احمد غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، المرجع السابق، ص 401-402.

### الفرع الأول: التقادم المكسب سبب في كسب الملكية.

للتقادم المكسب الطويل أو القصير أثر على كسب الحائز ملكية الشيء أو الحق العيني ويستدل على ذلك ما جاء في نص المادة 827 من القانون المدني الجزائري: " من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكة أو خاصاً به صاراً له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع"،<sup>1</sup> أي أن مرور وقت طويل يؤدي إلى كسب الحائز ملكية العقار أو الحق العيني كما في المادة 828 من القانون المدني الجزائري: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو منقول على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشرة سنوات"،<sup>2</sup> التقادم المكسب يعد سبباً لكسب الملكية إذا كان الحائز غير مالك للعين وحازها مدة التقادم الطويل أو القصير وتمسك بالتقادم فإن ملكية العين تنتقل من الشخص الذي يملكها وقت بدأ الحيازة إلى الحائز ويصبح هذا الأخير هو المالك استناداً إلى التقادم المكسب

### الفرع الثاني: التقادم المكسب يكسب الملكية بأثر رجعي.

في حال كسب الحائز الملكية أو الحق العيني، بالتقادم فإن ذلك يعقبه أثر رجعي، والذي يرجع إلى وقت نشوء الحيازة، وبناء على ذلك فإن الحائز هنا لا يمكنه أن يحاسب المالك الأصلي على الثمار التي حصلها وقت وضع اليد، وينطبق هذا الأثر على التقادم بنوعيه، الطويل والقصير، بحيث في التقادم الطويل يرجع الأثر بجعله يقوم مقام السند، أما في القصير فهو يعمل على تطهير وتدعيم السند من أي عيب يمكن أن يلحق به لكونه صادر من غير مالك.

كما لا يعتبر بأي حق عيني سبق وأنشأه المالك وقت سريان المدة، بل تعتبر فقط الحقوق العينية التي قررها واضع اليد على الشيء.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المادة 827 من الامر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> المادة 82 من الامر 858-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> الملكية والحقوق العينية، محمد كامل مرسي بك، المطبعة الرحمانية بمصر، 1408هـ-1923م، بدون ط، ص 414.

#### الفرع الثالث: وجوب التمسك بالتقادم.

تنص المادة 321 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائني أو أي شخص له مصلحة في ذلك ولو لم يتمسك المدين به".<sup>1</sup>

وعليه يفهم من خلال مضمون نص المادة أنه يجوز للمحكمة أن تحكم بالتقادم، إلا في حال تم التمسك به، كما أنه لا تترتب آثاره بقوة القانون حتى مع توفر الشروط فقط، بل يجب على الحائز أن يتمسك به حتى ينتج أثره، ويترتب على ضرورة التمسك بالتقادم أنه إذا اكتملت مدة التقادم ورد الحائز ما حازه إلى مالكة قبل أن يتمسك بالتقادم، يعتبر هنا الحائز قد أوفى بالتزام مدني، ولا يستطيع الحائز استرداد ما أعاده بدعوى انه سبق وكسبه بالتقادم ولو كان قدره غلطا معتقدا أن مدة التقادم لم تنقضي بعد، فالأصل في التقادم هو أن يتمسك الحائز بالتقادم لأنه هو من يكسب الحق الذي ترد عليه الحيازة، بناء على التمسك بالحائز هو الوحيد الذي يعلم مادا كان الحق الذي يجوزه حالاً أم حراماً عليه، فبتمسك في حال كان حلال حتى يتوفر عن نفسه عبء إثبات سند الملكية وبأنه صاحب الحق، أما في حال كان ما يجوزه حراماً عليه قد يأبى عليه ضميره أن يتمسك بالتقادم.<sup>2</sup>

وفي حال حصل التمسك بالتقادم، وجب على المحكمة أن تحكم به عندما تتوافر شروطه، من دون أن يكون لها سلطة تقديرية في هذا الصدد.

وينتج على وجوب التمسك بالتقادم، أنه إذا تم التمسك المكسب الطويل فلا يمكن للحائز ان يتمسك بالتقادم القصير خاصة إذا تبين للمحكمة أن شروط التقادم لم تكتمل، والعكس صحيح

<sup>1</sup> المادة 321 من الأمر. 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل

والمتمم

<sup>2</sup> ماحي سهام، زيتوني مريم، المرجع السابق، ص 80-81.

فعندما يتمسك الحائز بالتقادم المكسب القصير، فلا يمنعه هذا من التمسك بالتقادم المكسب الطويل، ويرجع هذا إلى اختلاف شروط التملك لدى كل نوع.<sup>1</sup>

#### الفرع الرابع: عدم جواز النزول عن التقادم.

تنص المادة 322 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز التنازل عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في المدة تختلف عن المدة التي عينها القانون"،<sup>2</sup> يستخلص من نص المادة أن للحائز الحق في التنازل بعد أن يكون بإمكانه التمسك بملكية الحق الذي يحوزه، ويشترط التنازل عن التقادم أن يكون الحائز قد أتم المدة القانونية المطلوبة غير أنه بإمكان الحائز التنازل عما انقضى من مدة التقادم، بشرط أن لا يتم الاتفاق عن النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه.<sup>3</sup>

#### الفرع الخامس: التقادم المكسب كأساس لعقد الشهرة وشهادة الحياة.

عقد الشهرة: نظمته المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 الذي يبين إجراء إثبات التقادم المكسب للملكية وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية حيث جاء لتطهير الملكية العقارية وجاء بعد تبني الجزائر لنظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 والذي تعرض لصعوبات في أعمالها إذ جعل المشرع يبين هذا المرسوم والذي من خلاله تم تشجيع المواطنين الذين يجوزون عقارات شملتها عملية المسح بان يحصلوا على سندات تثبت ملكيتهم وهو جديد في التشريع الجزائري إذ انه كان في الفترة الممتدة قبل صدوره لا يمكن إن يعتد بالتقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية إلا عن طريق التمسك به إمام القضاء وبصدور هذا المرسوم أصبح يمكن إن يتمسك بالتقادم المكسب بطريقتين إما عن طريق المطالبة القضائية وإما عن طريق إعداد عقد الشهرة والذي حل محله إثبات التقادم المكسب عن طريق التحقيق العقاري.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ضيف احمد، المرجع السابق، ص 239-240.

<sup>2</sup> المادة 322 من الامر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1066

<sup>4</sup> كاس يسيرة منال، المرجع السابق، ص 62.

إلا انه قد تم الغاء هذا المرسوم بالمرسوم التنفيذي رقم 147/08، المؤرخ في 2008/05/19، والذي يتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية.<sup>1</sup>

وللتمسك بالتقادم عن طريق التحقيق العقاري يشترط توفر الشروط الأربعة لإعداد هوهي:

1. توفر شروط وعناصر الحيازة لاكتساب العقار فتكون الحيازة علنية مستمرة وغير منقطعة وان تكون حيازة هادئة وواضحة فلا يكون العقار محل نزاع وبدون لبس أو غموض.
2. عدم توفر عقود رسمية تثبت ملكية العقار.
3. ألا يقع العقار في منطقة شملتها عملية المسح العام للأراضي.<sup>2</sup>
4. ألا يكون العقار موضوع الطلب من الأموال العامة.
5. أن يجر من قبل الموثق.<sup>3</sup>

#### شهادة الحيازة:

إن الضرورة الملحة لتفعيل وتسريع عملية تطهير الملكية العقارية الخاصة نظرا لقلت الأراضي التي لها عقود ملكية موثقة وتأخر عملية المسح العام للأراضي التي لا تزال آجال استكمالها بعيدة جعل المشرع الجزائري يتدخل مرة ثانية بعد اعتماده لعقد الشهرة معتمدا قواعد الحيازة العقارية مختلفة عن تلك القواعد المألوفة في القانون المدني فستحدث شهادة الحيازة بموجب المادة 39 من القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري وأعقبها إصدار المرسوم 254/91 المؤرخ في 1991/07/24 المتضمن تحديد كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها.

حيث قصد المشرع من استحداثها تطهير الملكية والمساهمة في تكوين السجل العقاري للقضاء على الاستغلال العشوائي والغير المشروع للأراضي.<sup>4</sup>

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن شهادة الحيازة قد تكون هي أيضاً أساسا للتملك إذا استكمل الحائز المدة القانونية التي تمكنه من التملك عن طريق التقادم المكسب إذ يستطيع التوجه إلمديرية الحفظ العقاري من أجل إعداد سند ملكية في إطار التحقيق العقاري الذي وشهادة الحيازة

<sup>1</sup> الجريدة الرسمية، عدد 26 المؤرخة في 2008/05/25، ص 3

<sup>2</sup> قيود الملكية العقارية الخاصة، خوادجية سميحة حنان، ص 52-53.

<sup>3</sup> خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص 53.

<sup>4</sup> ضيف احمد، المرجع السابق، ص 382.

## الفصل الثالث: شروط التقادم المكسب وأثاره في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري. 34

---

مدة شهر ولكن وفق النظام الشهر الشخصي على أساس أن العقار محل إعداد شهادة الحيازة واقع في منطقة غير ممسوحة.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> كاس يسيرة منال، المرجع السابق، ص 64-65.

الخاتمة

## الخاتمة:

مما خلصنا إليه في انجاز بحثنا، إن للملكية العقارية نظام قانوني وشرعي، لما لها من أهمية بالغة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي كما إن أحكامها تبنى على العقار، باعتباره عنصرا أساسيا للملكية كونه الوحيد الذي يحدد مجالها ويفرق بين أنواعها من خاصة وعامة،

كما إن للملكية حق استثناى باستعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه، لأن حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية، حيث تعددت طرق اكتسابها بتعدد الوقائع والتصرفات القانونية، على رأسها الحيازة والتقادم المكسب أو ما يعرف بمرور الزمن أو مضي المدة القانونية، لارتباطه بالمجتمع والحياة اليومية وان كان في بدايته يظهر لنا بمظهر الغاصب، أو السالب للملكية صاحب الحق، إلا انه يعتبر الحل الأمثل والأنسب لخدمة المصلحة العامة، بدفعه حرج تعطيل بعض الخدمات، كإهمال صاحب الأرض أرضه الصالحة للزراعة وجاء الحائز واستغلها فهو هنا يخدم صاحب الحق بحماية حقه.

وعليه يتضح لنا جليا بأن التقادم ما هو إلا وسيلة لاستقرار المراكز القانونية الصحيحة، وذلك ما جعل كل التشريعات المدنية العالمية تعترف به وتنظمه إذ جعلت له أحكاما وشروطا، لما له من عوائد على المجتمع، منها دوره في إثبات حق الملكية والحقوق العينية الأخرى فهو يساعد المالك على حماية حقه لأن إثبات الحق من الأمور الشاقة جدا إن لم تكن مستحيلة أحيانا، لذلك كان لابد من اعتماده مع مراعاة المدة التي حددها القانون للتملك وهي مضي 15 سنة.

إلا انه ساد القول في الفقه الإسلامي بعدم الاعتراف به أي انه لا يمكن اكتساب حقه أو إسقاطه بتقادم الزمن مستدلين على ذلك بالحديث الذي أوردناه ضمن صلب الموضوع، لان ذلك في نظرهم مما يؤدي إلى إقرار الغصب، والغصب في كل حالاته يتنافى مع الأخلاق والدين، ولكن في حال إهمال المالك عقاره وتمت حيازته والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه المدة المحددة بحضوره وسكوته، فإنهم يسلمون بحق صاحب الحيازة في حيازته للعقار المهمل لأن الشريعة الإسلامية جاءت لرفع الحرج وتأييد المصلحة العامة.

أما عند الوقوف حول طبيعته بنوعها القانونية والشرعية فنجد في كل منهما رأينا لأول يقول: بان الحيازة والتقادم المكسب ما هو إلا قرينة شرعية دالة على الملك أي ببقاء العقار في ذمة صاحبه، ويقول الرأي الثاني: بأنها ناقلة للملك تماما.

أما أنواعه وجدنا بأنه للتقادم المكسب نوعين في القانون بينما لا تكاد تبين في الشريعة الإسلامية، فالفقهاء لم يتطرقوا للتقادم المكسب إلا من جهة واحدة وتكمن في نوع واحد ووحيد. بالإضافة إلى أساس التقادم المكسب نلاحظ إن هناك اتفاق بين الشريعة الإسلامية والقانون، إلا بعض الفروق التي بينه وبين التقادم المسقط.

أما بالنسبة لشروطه وآثاره نستخلص أن شروطه التي أبرزها الفقهاء والقانونيين والتي ذكرت في الجانب القانوني بصفة إجمالية إلا إن فقهاء الشريعة الإسلامية تحدثوا عنها مفصلة، أما القانون الجزائري أدرجها في حسن النية والسند الصحيح، فالتقادم المكسب تترتب عليه آثار في الشريعة الإسلامية تتفق مع القانون في كسب ملكية العقار بالتقادم المكسب.

وفي الأخير نوصي زملائنا من طلاب العلم والباحثين، إلى مواصلة البحث لإتمام ما اغفلناه في هذا الموضوع، لأنه ذو مجال واسع فيما يتعلق بالمجتمع المدني والعلاقات الإنسانية، خاصة من الجانب الشرعي، الذي يكاد ينعدم تطرقه إلى بعض النقاط الأساسية في الموضوع، فينبغي علينا أن نسعى لإبراز هذه الأحكام وإخراجها في ثوبها الجديد لما يوافق واقعنا الحالي، لما نجتمع من معلومات في مفاهيمها مع مراعاة صلاحيتها لكل زمان ومكان، والمرونة التي تتماشى بها في كل مجالاتها، وعلينا أن نجد ونجتهد في فهم تعاليم ديننا الحنيف فهما صحيحا كما فهمه المجتهدين ي السلف السابق.

"الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات"

# الفهارس

## فهرس المصادر والمراجع:

## كتب الحديث الشريف:

- موطأ بن وهب، عبد الله بن سالم، بدون ط، ج67، بدون س
- المراسيل، أبي داود سليمان، ط1، 1408هـ

## الكتب الفقهية:

- المدوني الكبرى، الإمام مالك ابن انس، بدون ط، بدون س
- مختصر العلامة الخليل، الشيخ خليل ابن إسحاق المالكي، ط الأخيرة، بدون ج، 1401هـ/1981م
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، احمد غنيم، ط1، 1418هـ/1997م
- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة بن أبي زيد القيرواني، العدوي، بدون ط، بدون س

## الكتب الفقهية القانونية:

- الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، عبد الرزاق احمد السنهوري، بدون ط، بدون س
- المدخل الفقهي العام، مصطفى احمد الزرقا، ط1، ج1، 1418هـ/1998م
- الملكية والحقوق العينية، محمد كامل مرسي بك، بدون ط، 1408هـ/1923م
- الحقوق العينية الأصلية، حسن على الذنون، بدون ط، بدون ج، 1954م
- الحياة بين الشريعة والقانون المدني الجزائري في ضوء اجتهاد المحكمة العليل ومجلس القضاء، احمد خالدي، دار هومة، 2014م
- الملكية في الإسلام، عيسى عبده، احمد اسماعيل يحيى، دار المعارف، القاهرة، بدون ط، بدون ج، بدون س.

## المعاجم :

- المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 1425هـ/2004م
- مختار الصحيح، زين الدين أبو عبد الله، ط5، ج1، 1420هـ/199م
- الكليات، أيوب موسى الحسيني، بدون ط، ج1، بدون س

- الصحاح الجوهري، أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، بدون ط، بدون ج،  
1430هـ/2009م
- لسان العرب، بدون ط، بدون س،

## الرسائل والمذكرات:

- إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، جميلة زايدي،  
2012/2011م
- الحياة ومدتها في الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية، نور الدين كامل، 1433-  
1434هـ/2012-2013م
- إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع والقضاء الجزائري، نتوري سعاد، وارث وسام،  
2014/2013م
- إثبات الملكية العقارية بالتقادم في ضوء مستجدات القانون الجزائري، ضيف احمد،  
2016/2015م
- التقادم المكسب في ظل نظام الشهر العيني، كاس يسيرة منال، 2015/2014م
- طرق اكتساب الملكية في التشريع الجزائري، بوكعية عزيزة، 2018/2017م
- التملك عن طريق التقادم المكتب وأثره بين الشريعة والقانون المدني الجزائري، برادي احمد،  
1429-1430هـ/2008-2009م
- طرق اكتساب الملكية في التشريع الجزائري (الحيازة والتقادم المكسب)، ماحي سهام، زيتوني  
مریم، 2016/2015م
- الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، سليمان مصطفى، يوسف جلول،  
بدون س
- أحكام التقادم في الفقه الإسلامي، محمد احمد حسن إبراهيم، 1425هـ/2004م
- مفهوم التقادم المكتب للملكية العقارية في القانون الجزائري، عبد الرزاق بوضياف، بدون س
- قيود الملكية العقارية الخاصة، خوادجية سميحة حنان، 2008/2007م
- التقادم المسقط في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، بو محمد  
علجية، بورنان رزيقة، س 2016،

- 
- الحيازة والملكية في القانون المدني المصري دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، حسين علي محمد سعيد.

## فهرس المحتويات:

أ	مقدمة:.....
7	الفصل الأول: الملكية العقارية وطرق اكتسابها في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....
7	المبحث الأول: الملكية والعقار في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....
7	المطلب الأول: تعريف الملكية في الشريعة والقانون الجزائري.....
8	المطلب الثاني: تعريف العقار في الشريعة والقانون.....
9	المبحث الثاني: طرق اكتساب الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري (الحيازة).....
9	المطلب الأول: مفهوم الحيازة في الشريعة والقانون.....
10	المطلب الثاني: أركان الحيازة وشروطها وعيوبها.....
13	الفصل الثاني: التقادم المكسب طبيعته ومجاله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....
13	المبحث الأول: أساس التقادم المكسب ومدلوله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....
13	المطلب الأول: أساس التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....
15	المطلب الثاني: مدلول التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....
	المبحث الثاني: أنواع التقادم المكسب والتمييز بينه وبين التقادم المسقط في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....
17	.....
17	المطلب الأول: أنواع التقادم المكسب.....
18	المطلب الثاني: الفرق بين التقادم المكسب والتقادم المسقط.....
20	المبحث الثالث: طبيعة التقادم المكسب ومجاله في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....
20	المطلب الأول: طبيعة التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....
21	المطلب الثاني: مجال التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.....

---

25	الفصل الثالث: شروط التقادم المكسب وأثاره في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري .....
25	المبحث الأول: شروط التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري .....
25	المطلب الأول: شروط التقادم في الشريعة الإسلامية .....
26	المطلب الثاني: شروط التقادم في القانون الجزائري .....
28	المبحث الثاني: الآثار المترتبة على التقادم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري .....
28	المطلب الأول: آثار التقادم المكسب في الشريعة الإسلامية .....
29	المطلب الثاني: الآثار في القانون الجزائري .....
36	الخاتمة: .....
42	فهرس المحتويات: .....

## المخلص:

الملكية العقارية نظام قانوني وشرعي لما لها أهمية بالغة على المستوى الإقتصادي والإجتماعي كما أن أحكامها تبنى على العقار باعتباره عنصرا أساسيا للملكية، كما أن حق الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية حيث تعددت طرق اكتسابها بتعدد الوقائع والتصرفات القانونية على رأسها الحيازة والتقادم، وعليه فالتقادم ما هو إلا وسيلة لإستقرار المراكز القانونية الصحيحة وذلك ما جعل كل التشريعات المدنية العالمية تعترف به وتنظمه إذا جعلت له أحكام وشروط ابرزها الفقهاء والقانونيين التي ذكرت في الجانب القانوني بصفة إجمالية إلا أن فقهاء الشريعة تحدثوا عنها مفصلة، كما نجد أن التقادم المكسب تترتب عليه آثار في الشريعة الإسلامية تتفق مع القانون في كسب ملكية العقار بالتقادم المكسب .

## الكلمات المفتاحية:

التقادم المكسب، الحيازة، وضع اليد، التقادم الطويل، التقادم القصير، الملكية العقارية.

## Abstract:

Real estate ownership is a legal and legitimate system because of its great importance on the economic and social level, and its provisions are based on real estate as an essential element of ownership, and the right of ownership is one of the most important original rights in kind, as there are many ways to acquire it with multiple facts and legal actions, especially possession and limitation, and accordingly, the statute of limitations is nothing but A means of stabilizing the correct legal centers, and this is what made all international civil legislations recognize and regulate it if they make provisions and conditions for it, the most prominent of which are jurists and jurists that were mentioned in the legal aspect as a whole, but the Shari'a jurists talked about it in detail, and we also find that the gainful statute of limitations has effects in Islamic law that are consistent with With the law in gaining ownership of the property with the statute of limitations gain.

## key words:

Gained statute of limitations, possession, possession, long statute of limitations, short statute of limitations, real estate ownership.