

- وزارة التعليم العالي والبحث العلمي -

جامعة الحاج لخضر - باتنة -

كلية الحقوق

قسم العلوم القانونية

عدم التعسف في استعمال حق الملكية

العقارية الخاصة

في النظام القانوني الجزائري

رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري

إشراف الأستاذ الدكتور

بامرش سليمان

من إعداد الطالبة

نهرامرة عواطف

لجنة المناقشة

- | | | | | |
|---|------------------|----------------------|-------------------|--------------|
| 1 | طاشور عبد الحفيظ | أستاذ التعليم العالي | جامعة - قسنطينة - | رئيسا |
| 2 | بامرش سليمان | أستاذ محاضر | جامعة - باتنة - | مشرفا ومقررا |
| 3 | رحاب شادية | أستاذة محاضرة | جامعة - باتنة - | عضوا |
| 4 | فريشي علي | أستاذ محاضر | جامعة - باتنة - | عضوا |

السنة الجامعية 2008/2007

إهداء

إلى من كانا سبب نجاحي وسعادتي...

أمي ثم أمي ثم أمي، مثلي الأعلى، حفظها الله

أبي الغالي، قدوتي وسندي...

أطال الله عمره ورعاه

إلى ابنتي الغالية، نكرى إيناس

إلى أخواتي وأخي

إهداء خاص للعزيزة مريم جبارة

شكر وتقدير

أحمد الله عز وجل، حمداً كثيراً على نعمة العلم، وأسأله توفيقى لتحقيق الغاية من هذا البحث
المناضع.

ولأن العرفان بالجميل أقل واجب، فإنني أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل
الدكتور **بارثن سليمان**، على توجيهاته الصادقة من أجل إنفاذ هذا البحث.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور **طاشور عبد الحفيظ** على
قبوله المشاركة في لجنة مناقشة هذا البحث مما يزيد قيمة وتشريفه.

كما أتقدم بخزير الشكر للدكتور **قريشي علي** على قبوله الانضمام للجنة مناقشة هذا
البحث.

أشكر كذلك الدكتورة **رحاب شادية** على تفضلها بالمشاركة في لجنة مناقشة هذا
البحث.

أتقدم بشكري الخالص للسيد **رحماني عبد الرحيم** على صبره وتحمله من أجل
إخراج هذا العمل في أجل صورة ممكنة.

أخيراً أدعو الله تعالى أن يمنح الجميع الصحة والعافية وأن يوفقنا جميعاً لتقديم المزيد من
الإجازات في مجال العلم، وقد صدق تعالى حيث قال:

﴿ وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً . . ﴾

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

﴿ مَنْ كَانَ يَوْمَ الْآخِرِ فَلَا يُوْذِ جَارُهُ ﴾



مُقَدِّمَةٌ

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا، إذ يمنح صاحبه سلطة على الشيء تمكنه وحده من استعماله واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون. وقد حظيت الملكية العقارية الخاصة باهتمام كبير في الوثائق المتعاقبة لحقوق الإنسان والدساتير الحديثة، بالنص على حق الملكية الخاصة وتأكيد ضرورة احترام هذا الحق، وقد نص الدستور الجزائري لعام 1996 في المادة 52 منه على أن: "الملكية الخاصة مضمونة"، وهذا يعني تقريرا دستوريا لحق الملكية الخاصة وأكبر اعتراف بها وأفضل ضمان لحمايتها من الانتهاكات.

وتأكيدا لذلك فقد نص المشرع الجزائري في المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أن: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

ولقد مر نظام الملكية العقارية الخاصة بعدة تطورات بدءا من العصور القديمة إلى عصرنا الحالي، إذ طرأت على هذا النظام تحولات عديدة خاصة ما تعلق منها بخصائص حق الملكية ونطاقه وكذا مداه.

ولقد اختلف الفقهاء حيال أصل الملكية في المجتمعات البدائية و تباينت آراؤهم بحسب نوع الملكية الذي كان سائدا آنذاك و ذلك الذي ينبغي أن يسود حاضرا ومستقبلا، ونتيجة لذلك ظهر مذهبان مختلفان :

المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي : نادى أنصاره بالمطالبة بالملكية الجماعية وذهبوا إلى القول أن الملكية كانت في الأصل مشتركة وأن المجتمعات البدائية لم تعرف أية صورة للملكية الفردية، وهذا لأن أفراد هذه المجتمعات كانوا يمتلكون وسائل الإنتاج بصورة مشاعة ويستخدمونها لمصلحة الجماعة. هذا الاستعمال لحق الملكية في نظر أنصار هذا الرأي هو الاستخدام الأمثل لحق الملكية، إذ يقوم على تضامن الأفراد للقضاء على كل أنواع الاستغلال تحقيقا للمصلحة العامة وتغليبها لها على المصلحة الفردية.

إلا أن هذا لا يعني أن المجتمعات البدائية لم تعرف الملكية الفردية كملكية الوسائل الضرورية للحياة كالمأكل والملبس والأسلحة وغيرها، ولذلك ظهر مذهب ثاني لتحديد نوع الملكية العقارية السائدة آنذاك.

المذهب الفردي : ذهب أصحاب المذهب الفردي إلى القول أن الملكية في المجتمعات البدائية كانت فردية، فالفرد هو أساس المجتمع وتسخير خدماته تعني حماية المجتمع، وقالوا أن حق الملكية وحرية التملك وكافة حقوق الإنسان وحررياتهم مرتبطة بآدمية الإنسان لصيقة به، وجدت بوجوده، فهذه الحقوق مظهر وجود الإنسان وأساسه، وهي حقوق مطلقة لا تقبل التقييد ولا التحديد، إذ يولد الإنسان وله حقوق طبيعية سابقة في وجودها على القانون، والقانون لم يوجد إلا لحماية هذه الحقوق وضمان تمتع الأفراد بها دون تعارض بينهم، وليس للقانون - حسبهم - أن يتدخل في شؤون الأفراد فليس القانون هو أساس الحق بل الحق هو أساس القانون.

هكذا كانت نظرة المذهب الفردي لحق الملكية وقد عرفت بالنظرة الشخصية للحقوق، التي جعلت حق الملكية حقا مطلقا.

إلا أنه و بعد منتصف القرن التاسع عشر، تصدى الفقهاء لهذه الصفة بالنقد، ورأوا بأنها لا تتلاءم مع الوضعية الاجتماعية باعتبار أن الملكية بدأت جماعية يشترك فيها أفراد القبيلة ولا يستأثر بها أحد، ولما استقرت الجماعات في الأرض وتطورت الحضارة من حضارة بدوية تقوم على رعي المواشي إلى حضارة زراعية تقوم على زراعة الأرض تطورت الملكية مع تطور الحضارة وأصبحت ملكية عائلية.

واستقرت الآراء في الأخير إلى أن الملكية حق فردي مع بقاء بعض آثار الملكية العائلية كالميراث والنصاب. وهكذا أخذت خاصية الإطلاق تنكمش وتضمحل أمام المذاهب التي كانت تركز مصلحة الجماعة وتغلبها على المصلحة الفردية، فأصبح ينظر إلى الملكية بأنها حق فردي ذو وظيفة اجتماعية، ينبغي أن تحقق مصلحة الفرد والمجتمع معا.

فالمالك يضطلع برسالة اجتماعية يلتزم بأدائها، ويدخل تحت حماية القانون ما دام يحسن أداءها، ويخرج عن هذه الحماية إذا قصر أو أهمل، لأن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، لا يمكن أن يعيش بمعزل عن أفراد المجتمع، ولكي يحيا حياة اجتماعية لا بد من تنازله عن

بعض حقوقه تحقيقا للتضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع، وهكذا فرضت هذه الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية على المالك واجب حفظ حقوق الغير وإشباع حاجات الجماعة عند استعمال ملكه بما يشبع حاجاته الخاصة في التملك، وترتب على ذلك وجوب وضع حدود أو قيود قانونية على سلطات المالك، هذه القيود لا تغير من طبيعة الملكية، بل تضيق من نطاقها بالقدر الذي يتماشى مع مصالح الأفراد و الجماعة.

وقد سائر المشرع الجزائري التشريعات الحديثة التي أقرت الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، إذ اشترط من خلال نصوص القانون المدني في استعمال حق الملكية عدم تعارضها مع القوانين والأنظمة، وقررت هذه القيود إما خدمة للمصلحة العامة من منطلق تغليب مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية، وإما خدمة للمصالح الخاصة للأفراد حتى لا يتعسف المالك في استعمال ملكه فيضر بغيره ضررا غير مألوف، وقد كان تحديد و ضبط هذا النوع من القيود أمرا لازما لتنظيم علاقات الجوار بالقدر الذي يحفظ حقوق جميع المتجاورين، فإلى أي مدى ضيق القانون من خلال وضعه لهذه القيود من نطاق حق الملكية و من سلطات المالك؟

وهل يمكن أن يترتب على إحاطة حق الملكية الخاصة بجملة من القيود إمكانية تجريد هذا الحق من خصائصه والتي جعلت منه أوسع الحقوق العينية الأصلية على الإطلاق؟ هذا ما سأحاول الوصول إليه من خلال هذا البحث الذي كان الدافع إلى اختياره الأهمية العملية لهذا الموضوع في معالجة المشاكل اليومية الناجمة عن تعسف المالك في استعمال حقه مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بجاره، وما يترتب على ذلك من خلافات ومشاجرات يومية تنتهي غالبا باللجوء للقضاء.

ورغم تنظيم المشرع الجزائري لهذا الحق إذ وضع له قيودا تحد من سلطة المالك، عندما يصطدم حقه بحقوق الآخرين، وذلك في نصوص القانون المدني و بصورة واضحة و مفصلة لغرض المحافظة على علاقات الجوار، إلا أن هذا الموضوع لم يحض باهتمام الفقه الجزائري، الأمر الذي ولد لدي الرغبة في دراسة هذا الموضوع الذي رغم أهميته لم أجد له شراحا كثيرين في الفقه الجزائري رغم تقرير القانون له.

وقد اتبعت في دراسة هذا الموضوع المنهج الاستنباطي (التحليلي) كمنهج أساسي بغية دراسة وتحليل المبادئ العامة لقيود الجوار انطلاقا من الكليات إلى الجزئيات والفروع الخاصة بها. حيث سأتناول بالدراسة قيود الجوار العامة ثم القيود الواردة على حق الملكية لتحقيق المصلحة الخاصة، وباعتبار أنه لا يمكن دراسة أي موضوع دون معرفة تاريخه، لذلك سأتابع في هذا البحث المنهج التاريخي لأجل دراسة التطور التاريخي لنظام الملكية العقارية الخاصة في الجزائر وذلك وفق الخطة التالية :

فصل تمهيدي : أخصصه لدراسة مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة ونطاقها.

الفصل الأول : سأتناول فيه قيود الجوار العامة.

الفصل الثاني : سأتناول فيه قيود الجوار الخاصة.

ثم الخاتمة التي أبين فيها ما توصلت إليها الدراسة من استنتاجات واقتراحات.

الفصل التمهيدي

مفهوم حق الملكية العقارية

الخاصة ونطاقها

الفصل التمهيدي

مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة ونطاقها

يعتبر حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا بل هو جماع هذه الحقوق العينية و منه تتفرع جميعا، فمن له حق ملكية على الشيء ترتب عنه حق استعمال و استغلال هذا الشيء وكذا التصرف فيه وبذلك تتجمع جميع السلطات التي يرتبها القانون على هذا الشيء في يد صاحبه.

وسوف أتعرض في هذا الفصل إلى مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة في مبحث أول ثم التطور التاريخي لنظام الملكية العقارية في الجزائر في مبحث ثان، وأخصص المبحث الثالث لنطاق حق الملكية العقارية الخاصة.

المبحث الأول

مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة

سأتناول في هذا المبحث تعريف حق الملكية العقارية الخاصة في مطلب أول ثم خصائص هذا الحق في مطلب ثان، وأخصص المطلب الثالث لعناصر حق الملكية العقارية الخاصة.

المطلب الأول

تعريف حق الملكية العقارية الخاصة

إن دراسة مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة تقتضي التعرض للتعريف القانوني والفقهي لهذا الحق وذلك كما يلي :

الفرع الأول

التعريف القانوني

تنص المادة 674 من القانون المدني الجزائري بأن : (الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة)

إذا تمعنا في نص المادة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا لحق الملكية و إنما اكتفى ببيان مدى السلطات التي يمنحها هذا الحق لصاحبه، كما بين حدود استعمال هذه السلطات إذ اشترط ضرورة استعماله في حدود القوانين و الأنظمة. ومنه فلا يمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أعطى تعريفا لحق الملكية، ولا يعتبر هذا تقصيرا من المشرع ذلك أن التعريف من اختصاص الفقه وليس التشريع.

والملاحظ أن المشرع الجزائري بما قضى به في المادة 674 من القانون المدني لم يجعل حق الملكية حقا مطلقا بل نص على أن هذا الحق مقيد بما يفرضه القانون من قيود.

وبذلك يكون المشرع الجزائري كغيره من المشرعين قد سائر الاتجاهات الحديثة في نظرتة لحق الملكية، إذ لم يجعله حقا مطلقا مثلما كان عليه في السابق، حيث نص صراحة بأن حق الملكية مقيد بما يفرضه القانون من قيود وحدود ويجب على المالك ألا يستعمل هذا الحق إلا في حدود ما يسمح به القانون و الأنظمة.

كما سائر المشرع الجزائري أيضا ما جاء به التقنين المدني الفرنسي الذي عرف حق الملكية في نص المادة 544 منه و قيدها هو الآخر بقيد عدم استعمالها بما يخالف القوانين والأنظمة⁽¹⁾

والملاحظ من نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري إغفاله لسلطة استعمال حق الملكية، وهذا تأثرا كذلك بالنص الفرنسي (المادة 544) والذي اقتصر هو الآخر عند تعريفه لحق الملكية على سلطتين فقط وهما سلطتي التمتع والتصرف. أما القانون رقم 25/90⁽²⁾ المتعلق بالتوجيه العقاري فقد عرف في المادة 27 منه حق الملكية العقارية الخاصة كما يلي :
(الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها).

و يتمن نص المادة أعلاه، نلاحظ أن المشرع أعطى تعريفا للملكية العقارية الخاصة و هي محل دراستنا من خلال هذا البحث. في حين جاء تعريف نص المادة 674 من القانون المدني عاما أي أنه عرف حق الملكية بصفة عامة.

ورغم ذلك فإن التعريفين يشتركان في أنهما حددا عناصر حق الملكية العقارية و هما حق التمتع و التصرف، ويختلفان في أن القانون المدني اشترط عدم استعمالهما بما يخالف القانون و الأنظمة، في حين اشترط نص المادة 27 من قانون التوجيه العقاري ضرورة استعمال هذا الحق وفق طبيعة الشيء أو غرضه. كما لم يقيد نص المادة 27 استعمال هذا الحق مثلما فعل المشرع في المادة 674 من القانون المدني، إلا أن هذا لا يعني بأن الملكية العقارية الخاصة لا ترد عليها قيود كما سنوضح ذلك من خلال هذه الدراسة.

(1) Alex Weill, Précis Dalloz Tome 2 – Droit Civil – Les biens, 2^{ème} éd, Paris, 1974, P : 32

(2) القانون رقم 25/90 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري.

الفرع الثاني

تعريف الفقهاء

لقد تعددت التعاريف بشأن حق الملكية، إلا أنها كلها تشترك في اعتبار حق الملكية حقاً بمقتضاه يوضع الشيء تحت إرادة و تصرف شخص يكون له دون غيره حق الانتفاع و حق التصرف و ذلك في إطار ما يسمح به القانون. و فيما يلي بعض تعاريف فقهاء القانون لحق الملكية بصفة عامة :

1- الملكية هي (ذلك الحق الذي يرد على شيء من الأشياء و يخول لصاحبه الاستئثار بسلطة الاستعمال و الاستغلال و التصرف في هذا الشيء و ذلك في حدود القانون)⁽¹⁾. إذا تمعنا في هذا التعريف نجده لا يختلف كثيراً عن التعاريف القانونية السابقة الإشارة إليها، بل يمكن القول أنه مستخلص منها، إذ يوضح محل حق الملكية المتمثلة في شيء من الأشياء و يخول القانون لصاحبه سلطة استعمال هذا الحق و استغلاله و كذا التصرف فيه و ذلك في حدود ما يسمح به القانون.

2- هناك من عرف حق الملكية بأنه (حق استئثار المالك باستعمال الشيء الذي ترد عليه و التصرف فيه في حدود القانون)⁽²⁾

يتضح من هذا التعريف أن حق الملكية يخول صاحبه عناصر ثلاث و هي حق الاستعمال و حق الاستغلال و حق التصرف و ذلك في حدود ما يسمح به القانون.

3- وهناك من عرف حق الملكية كما يلي : (حق الملكية هو أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً، لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة على الشيء، أما غيره من الحقوق فلا يخول صاحبه إلا بعض هذه السلطات)⁽³⁾

و الملاحظ على هذه التعاريف أنها كلها جاءت على ضوء ما جاءت به التعاريف القانونية فكلها تشترك في كونها تعرف حق الملكية بأنه ذلك الحق الذي يخول صاحبه السلطات

(1) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م،

ص : 22

(2) محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب الملكية)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة،

2007م، ص : 15

(3) عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، بدون

سنة نشر، ص : 16

الثلاث وهي سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال وسلطة التصرف وذلك في حدود ما يسمح به القانون.

وقد انتقدت مجمل التعاريف الواردة على حق الملكية من حيث كونها أتت على وصف الملكية أحيانا، واكتفت في أحيان أخرى بتبيان خصائصها دون الوقوف على حقيقتها⁽¹⁾ ومهما يكن من قول، فإن فكرة الملكية في معناها البسيط المستمد من الواقع الذي عاشه الإنسان منذ بدء الخليقة هي اختصاص الشخص بشيء من الأشياء اختصاصا يكفل له السيطرة على منافعه وكيانه، والملكية على هذا النحو تفترض شخصا معيناً يسند إليه الاختصاص بالشيء المملوك، طبيعياً كان هذا الشخص أم معنوياً، عاماً أو خاصاً⁽²⁾.

هذا و ستقتصر دراستنا على الملكية العقارية الخاصة باعتبارها الخاضعة لقيود بحكم وظيفتها الاجتماعية. و تعد الملكية العقارية الخاصة في النظام الجزائري أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني والاقتصادي، وقد خصص المشرع الجزائري أحكام الباب الثالث من القانون المدني لموضوع الحقوق العينية الأصلية، و تناول الملكية العقارية الخاصة في القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري في المادة 27 منه كما سبق و أن وضحنا.

وبعد التطرق لتعريف حق الملكية بوجه عام و الملكية العقارية الخاصة بوجه خاص من الناحية القانونية و الفقهية، نحاول في المطلب الثاني تحديد خصائص هذا الحق.

المطلب الثاني

خصائص حق الملكية العقارية الخاصة

يجمع الفقه على أن للملكية خصائص تميزها عن غيرها من الحقوق الأخرى، فهي حق جامع مانع و حق دائم، وقد حاول البعض الآخر من الفقه أن يجعل من الصفة المطلقة لحق الملكية خاصية أخرى لها، إلا أن الفقه الحديث عارض التسليم بصفة الإطلاق

(1) زهدي يكن، شرح مفصل لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية الغير منقولة، ج1، ط3، بدون بلد وبدون تاريخ، ص: 209.

(2) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة، ص: 28.

كخاصية لحق الملكية، إذ أصبح من المسلم به أن الملكية حق مقيد، إذ يجب على المالك أن يلتزم حدود القانون و أن يقوم بما للملكية من وظيفة اجتماعية⁽¹⁾ و سأتناول في هذا المطلب الخصائص التي استقر عليها الفقه في الوقت الحاضر، وذلك كالتالي :

الفرع الأول

الملكية حق عيني

لقد ورد ذكر الحقوق العينية الأصلية و التبعية في القانون المدني الجزائري على سبيل الحصر⁽²⁾، وتعد الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا⁽³⁾. و الحق العيني هو استثنا مباشر يتقرر للشخص على شيء معين أو بصفة عامة على قيمة مالية معينة، يمكنه من القيام بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشيء، و ذلك تحقيقا لمصلحة يقررها القانون⁽⁴⁾.

كما يعرف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة يقررها القانون لصاحب الحق على شيء معين سواء كان منقولاً أو عقاراً، كحق الملكية، وعناصر الحق العيني ثلاثة هي :

- 1- الشخص صاحب الحق
- 2- الشيء موضوع الحق : و يجب أن يكون شيئاً مادياً معيناً بذاته و لا يكفي أن يكون محددًا بنوعه أو بصفته أو مقداره
- 3- السلطة مضمون الحق و هي في حق الملكية سلطة تامة، للمالك بموجبها أن يستعمل الشيء موضوع الحق و أن يستغله و أن يتصرف فيه في حدود القانون، و تقل هذه السلطة و تتفاوت في الحقوق العينية الأخرى، و يسمى حق الملكية بالنسبة للحقوق المتفرعة عنه بالحق الأصلي و تسمى الحقوق المتفرعة عنه حقوقاً فرعية.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 528

(2) وهي حق الملكية، حق الانتفاع، حق الاستعمال وحق السكن وحق الارتفاق.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 479

(4) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص: 491

والسلطة التي يقررها الحق العيني يجب أن يقرها القانون، فهي ليست مجرد سلطة واقعية⁽¹⁾، فالسارق له سلطة واقعية على الشيء المسروق و لكنه ليس مالكا له ولا صاحب حق عيني عليه، فسلطته الواقعية لا يعترف بها القانون. وما دامت الملكية حقا عينيا، فينبغي التفريق بين الحق العيني و الحق الشخصي.

فالحق الشخصي هو سلطة مباشرة لشخص على آخر، أما الحق العيني فهو سلطة شخص على شيء لشخص آخر⁽²⁾

فمعيار التفرقة بين الحقين حسب غالبية الفقه هو في محل كل من الحقين :

فمحل الحق الشخصي هو عمل، في حين أن محل الحق العيني هو شيء، و سلطة صاحب الحق العيني ترد على هذا الشيء مباشرة. ويذهب جانب كبير من الفقه إلى أن الشيء هذا يجب أن يكون ماديا، ولما كانت الملكية حقا عينيا أصليا فهي تعطي لصاحبها كل السلطات على الشيء بخلاف الحقوق العينية الأخرى فهي أقل نطاقا.

الفرع الثاني

الملكية حق جامع مانع

يقصد بكون الملكية حقا جامعا أنه يخول صاحبه كل السلطات الممكنة على الشيء و هي سلطات الاستعمال و الاستغلال و التصرف. و من هذه الناحية يختلف حق الملكية عن الحقوق العينية الأخرى، حيث لا تخول هذه الحقوق لأصحابها سوى بعض هذه السلطات فقط. كما أنه حق مانع لغير المالك من مشاركته لتلك المزايا و المنافع التي يمكن استخلاصها من الشيء. و على ذلك لا يمكن أن نتصور أن يكون لشخصين حق ملكية تامة على شيء واحد وإن كان من الجائز تصور قيام ملكية شائعة لشخصين أو أكثر على ذات الشيء فيتحدد نصيب كل منهم بحصة حسابية.

(1) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام (الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص: 21.

(2) عبد المنعم البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسبها، الطبعة الثانية، مكتبة سيد عيد الله وهبة، القاهرة، 1968م، ص: 52.

هذه الخاصية لحق الملكية تخول لمالك الحق أن يمنع غيره من مشاركته في التمتع بسلطات ملكه دون رضاه، و يترتب على ذلك أنه إذا حاول أحد الانتفاع بالشيء، كان للملكه منعه من ذلك مهما يكن هذا التعدي بسيطاً⁽¹⁾

إلا أن هناك حالات استثنائية تفرض فيها هذه المشاركة بمقتضى القانون خروجاً عن الأصل كالحق في المرور الثابت على أرض الغير.

و الواقع أن خاصية الاستثناء المانع لا تتعلق فقط بحق الملكية و إنما هي خاصية تتوافر كذلك في الحقوق العينية الأخرى، فلصاحب حق الانتفاع مثلاً سلطتي الاستعمال و الاستغلال فإن هذا الحق مانع و استثنائي حيث لا يجوز مشاركة الغير له في التمتع بتلك السلطات دون رضاه⁽²⁾

لكن وصف حق الملكية بأنه جامع مانع لا ينفي ضرورة أن يتقيد المالك في ممارسته لسلطاته بكل ما في القانون من قواعد تحد من هذه السلطات تحقيقاً للمصلحة العامة أو المصالح الخاصة لغيره من الأفراد.

إلا أن كون الملكية حقاً جامعاً مانعاً يرد عليه استثناءات كثيرة من شأنها تقييد هذه الخاصية، إذ هناك قيود قانونية كثيرة تحد من سلطات المالك على الشيء بل و تبيح تدخل الغير في ملكه، من ذلك جواز نزع الملكية جبراً عن صاحبها للمنفعة العامة، مع دفع تعويض عادل للمالك، هذا ما نصت عليه المادة 677 من القانون المدني.

و كذلك ما يقرره القانون على الجيران من حقوق الشرب و المرور و ما يفرض على الجار في فتح مظل على جاره كما سيأتي شرحه لاحقاً.

(1) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005،

ص: 37

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص: 28

الفرع الثالث

حق الملكية حق دائم

هذه الخاصية ليست خاصة جوهرية لحق الملكية⁽¹⁾، إذ لا يقصد بأن الملكية حق دائم إنما دائمة بالنسبة لشخص المالك وللأبد، لأن المالك قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة، كما قد تنتقل الملكية بالوفاة إلى ورثة المالك، إنما يقصد بدوام الملكية أن تدوم ما دام الشيء المملوك باقيا و لا تزول إلا بزواله. إذن، فالقول أن حق الملكية حق دائم المقصود منه موضوع الحق لا المالك لأن المالك قد يتغير ويبقى الشيء المملوك دائما ولا يزول إلا بانقضائه أو تلفه.

و يتضمن دوام حق الملكية معنيين:

1- الملكية بطبيعتها غير مؤقتة :

ليس من الممكن توقيت الملكية بمدة معينة، تنقضي بعدها بصورة نهائية دون أن تثبت لشخص آخر على عكس باقي الحقوق العينية الأصلية فهي قابلة للتوقيت، ذلك أن هذه الحقوق - وهي مقتطعة من حق الملكية- لا يمكن أن تكون مؤبدة، فحق الانتفاع حق مؤقت، يسقط بانتهاء أجله أو بموت المنتفع و كذا حق الارتفاق يكون للإرادة قدرة على توقيته بأجل معين و حينئذ ينتهي بانتهاء هذا الأجل.

و حق الملكية على هذا النحو يترتب عليه عدم جواز اقتران الملكية بأجل فاسخ أو واقف فاقتران الملكية يمثل هذا الأجل يتنافى مع طبيعة الملكية و عناصرها.

2- حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال :

المعنى الآخر لدوام حق الملكية ينظر فيه إلى استعمال الحق بمعنى أن وجود حق الملكية مستقل عن استعماله و بالتالي لا يمكن أن يسقط الحق بعدم الاستعمال.

وقد قيل في هذا أن الحقوق العينية الأصلية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية تقتطع من سلطات المالك، ولذلك يجب أن تزول عن أصحابها بعدم الاستعمال حتى تعود للمالك

(1) محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، حق الملكية في ذاته، ص: 42

سلطاته كاملة على الشيء فلا تبقى هذه السلطات موزعة بين عدة أشخاص، أما حق الملكية فلا يمرر لسقوطه بعدم الاستعمال لأن لا أحد سيستفيد من هذا السقوط⁽¹⁾. و يرى بعض الفقهاء أنه بالرغم من أن قاعدة عدم سقوط الملكية بالتقادم تعد من القواعد المقررة في القانون الوضعي، خاصة إذا ما روعي ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية حديثاً، فإن هذه القاعدة لا تقوم على أساس من جوهر الملكية إنما هي بقية من بقايا صفة الإطلاق التي كانت تتميز بها الملكية قديماً، وقد غدت هذه الخاصية الآن محل إعادة نظر إعمالاً لقاعدة أن الحق شرع ليكون حافظاً على عمل منتج، فهو ليس غاية في ذاته وإنما هو وسيلة عمل و أمن، فإذا لم يباشر المالك سلطاته على الشيء الذي يملكه فإن ذلك لا يؤدي بمجرد إلى فقدان حقه مهما طال الأمد على عدم مباشرته لهذه السلطات، ولا يستطيع أحد أن يتخذ من قعود المالك عن مزاوله حقه سبباً لزوال هذا الحق عنه باستثناء ما أورده قانون التوجيه العقاري في ملكية الأراضي الخصبة جداً و الخصبة و الشبه خصبة، إذ رتب على عدم استغلالها موسمين فلاحيين متعاقبين حرمان مالكيها من الملكية مع التعويض⁽²⁾.

الفرع الرابع

الملكية حق غير مطلق

كانت خاصية الإطلاق من أهم خصائص حق الملكية في الماضي، فقد كانت حقا مطلقاً من حيث المضمون و من حيث الاستعمال، فكان للمالك كل السلطات المتصورة على الشيء كاملة غير منقوصة، كما أن المالك حر في مباشرة هذه السلطات على النحو الذي يروق له و وفقاً لتقديره دون قيد.

هذه النظرة لحق الملكية تعكس سيادة المذهب الفردي السائد آنذاك، و قد ظهرت هذه النزعة الفردية بشكل واضح في التقنين المدني الفرنسي عند وضعه سنة 1804، فنصت المادة 544 منه على أن: "الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء و التصرف فيه بطريقة

مطلقة". De la manière la plus absolue.

(1) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص: 25.
(2) انظر المواد من 48 إلى 52 من القانون رقم 25/90، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري.

وقد أخذت خاصية الإطلاق تنكمش تدريجياً أمام المذاهب الاجتماعية التي أسهمت في انتشار النظم الاشتراكية التي تراعي مصلحة الجماعة قبل كل شيء، و في ظل هذه المذاهب كثرت القيود التي تحد من حرية المالك لمصلحة الجماعة و لمصلحة غيره من الأفراد و أصبح لا ينظر إلى الملكية على أنها ميزة للفرد فحسب بل كذلك باعتبار أن لها وظيفة اجتماعية. وقد سلك المشرع الجزائري نفس المسلك و ذلك من خلال نص المادة 674 من القانون المدني التي سبقت الإشارة إليها.

المطلب الثالث

عناصر حق الملكية العقارية الخاصة

تستخلص عناصر حق الملكية العقارية الخاصة من تعريفها، وتتمثل في السلطات الثلاث التي يمنحها القانون لصاحب هذا الحق و هي سلطة الاستعمال و سلطة الاستغلال و سلطة التصرف، وهذا ما استقر عليه الفقه قديماً في العهد الروماني⁽¹⁾، كما أن القوانين الوضعية على اختلافها تقرر و تخول للمالك كل السلطات التي تجعله ينتفع بما يملكه. فالملكية التامة هي التي تتوافر فيها هذه العناصر الثلاث و ما عداها فهي ملكية ناقصة ومؤقتة⁽²⁾.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 674 من القانون المدني على عنصرين في عبارة "حق التمتع"، وقد أعاد نفس الفكرة في المادة 27 من قانون التوجيه العقاري، عندما عرف الملكية العقارية الخاصة وهذين العنصرين هما حق الاستغلال وحق الاستعمال اللذين يشكلان حق الانتفاع.

وعلى هذا، نتعرض في فروع ثلاثة إلى سلطات المالك في الملكية العقارية الخاصة، أتناول في الفرع الأول سلطة الاستعمال وفي الفرع الثاني سلطة الاستغلال وفي الفرع الثالث سلطة التصرف المقررة للمالك.

(1) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية (الأموال، الحقوق - حق الملكية بوجه عام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005م، ص: 255.
(2) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 83.

الفرع الأول

سلطة الاستعمال المقررة للمالك

يقصد بالاستعمال L'usage، استخدام الشيء فيما أعد له و بما يتلاءم مع طبيعته للحصول على منفعه فيما عدا الثمار، مع الإبقاء على جوهر الشيء نفسه، فالاستعمال لا يكون بالحصول على ثمار الشيء بل يدخل ذلك في سلطة الاستغلال. وبذلك يكون استعمال الأرض بزراعتها، والمثل بسكنه، وتعتبر من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ و الصيانة التي يقوم بها المالك، كأن يرمم منزله أو يصلح أرضه. واستعمال الشيء قد يصل إلى حد إتلافه إذا أراد المالك ذلك، فله أن يقوم بهدم المباني⁽¹⁾، فهو حر في ملكه يستعمله كما يشاء شرط احترامه للقيود المفروضة من القانون، إذ لا يجوز للمالك استعمال ملكه استعمالاً يحقق ضرراً غير مألوف لجاره، فهو ملزم بعدم التعسف في استعمال حقه كما يلزم بتعويض الأضرار التي يلحقها بجاره و هو ما سيأتي ذكره بالتحليل و المناقشة في موضعه.

كما أن المالك حر في عدم استعمال ملكه، إذ ليس ملزماً بممارسة سلطة الاستعمال، إلا أن حريته في عدم استعماله غير مطلقة فالمشرع يتدخل أحياناً ليفرض على الملاك استعمال حقوقهم العقارية.

وقد يختلط حق الاستعمال بحق الاستغلال، كالمالك الذي يستعمل أرضه للزراعة، فإن الاستعمال هنا يتضمن في الوقت ذاته استغلال الأرض للحصول على الثمار.

والفرق بين الاستعمال و الاستغلال يكمن فيما يلي :

- الاستعمال هو القيام بأي عمل على الشيء سواء تم بقصد الحصول على مقابل ما يمكن أن يؤديه أو بصرف النظر عن الحصول على أي خدمة، مع أن هناك من يرى أنه لا يتصور اليوم وجود حق استعمال مستقل عن حق الحصول على الثمار⁽²⁾. أي أن

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 497.

(2) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص: 257.

الاستعمال هو قيام المالك بشخصه بإتيان أي عمل على ملكه ولو حصل على ثمار الشيء، فإذا استعمله بواسطة غيره لقاء أجر كان ذلك استغلالاً. فمعيار التفرقة بين الاستعمال و الاستغلال لا يقوم على أساس القيام بعمل معين، بل يقوم على أساس من يقوم بهذا العمل. والاستعمال قد يكون مباشراً من طرف المالك، فيستعمله شخصياً، فإذا كان متزلاً مثلاً يسكنه، وقد يصل الاستعمال إلى أبعد حد، فيستهلك الشيء، فإذا كان طعاماً يأكله أو حديقة يأكل من ثمارها. كما قد يستعمل المالك ملكه بطريق غير مباشر بأن يرخص للغير استعمال هذا الحق بمقابل أو دون مقابل. إذ الأصل في استعمال حق الملكية بالنسبة للمالك أن كل استعمال مباح إلا ما يجرمه القانون، أما غير المالك (المنتفع أو المستأجر) فالأصل أن كل استعمال محرم إلا ما أباحه القانون⁽¹⁾

الفرع الثاني

سلطة الاستغلال المقررة للمالك

يجوز حق الملكية صاحبه إلى جانب استعمال الشيء استغلاله. و سلطة الاستغلال LA JOUISSANCE، تعني القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار ومنتجات الشيء محل الملكية و استعمالها أو التصرف فيها حسب إرادة المالك. و المقصود بالثمار ما يتولد عن الشيء بصفة دورية من فوائد و منافع، تكون ربحاً أو دخلاً منتظماً دون الانتقاص من مادة الشيء، بخلاف الحاصلات التي تتولد عن الشيء دون تحديد دوري، وهي تنقص من مادة الشيء بل أن بعضها يفنى بطول الزمن. وعلى هذا الأساس، كانت المزروعات من قبيل الثمار لأنها تزرع و تحصد وتتولد في أوقات دورية دون انتقاص في جوهر الأرض، كذلك المبالغ النقدية التي تستوفي شهرياً أو سنوياً بدل الإيجارات تعد من قبيل الثمار لا الحاصلات⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 498.

(2) زهدي يكن، المرجع السابق، ص: 288.

والاستغلال قد يكون استغلالا مباشرا، مثل ذلك أن يزرع المالك أرضه ويجني ثمارها، كما قد يكون الاستغلال غير مباشر عن طريق إعطاء الشيء لآخر عن طريق أعمال الإدارة (الإيجار مثلا) فيقبض المالك ثمار الشيء المدنية في شكل أجره، وبعبارة أخرى يكون الاستغلال الغير مباشر عن طريق جعل الغير يجني ثمار الشيء و يدفع مقابل الثمار للمالك. ويمتد الاستغلال إلى جميع ما يمتد إليه نطاق الملكية فيشمل الثمار و المنتجات ويشمل العلو والعمق، فالمالك له ثمار الأرض سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية⁽¹⁾.

ويحمي القانون المالك في حالة حرمانه من ممارسة حقه أو سلطته في استغلال عقاره، كما في حالة اغتصابه منه مثلا، وهذه سلطة من حق المالك لا يجد منها إلا القانون أو الاتفاق، والتفرقة بين الثمار و المنتجات لا أهمية لها بالنسبة إلى المالك فيما يتعلق بمدى حقه، فله أن يحصل على الثمار و المنتجات جميعا، وأهمية التمييز تظهر حينما يكون لشخص غير المالك الحق في الحصول على ثمار الشيء كأن يكون صاحب حق انتفاع، فالمنتجات تبقى من حق المالك و الثمار للمنتفع، أما إذا كان الشيء في يد الحائز حسن النية، فالحائز يكسب ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية، و المنتجات تبقى من حق المالك حسب المادة 837 من القانون المدني الجزائري، و التي جاء فيها: (يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار مادام حسن النية، و تعتبر الثمار الطبيعية أو الصناعية مقبوضة من يوم فصلها أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوما فيوما)

والأصل أن للمالك الحق في الامتناع عن استغلال ملكه بترك متزله خاليا دون تأجيره أو عدم البناء على أرضه أو عدم استغلال محله التجاري أو تبوير أرضه الزراعية، و يجد من سلطته في ذلك ما يضعه المشرع من قيود⁽²⁾، فقد يفرض القانون قيودا في شأن حدود الاستغلال المقرر للمالك، كوضع شروط معينة لإقامة صيدلية أو عيادة طبية.

كما اعتبر المشرع في نص المادة 48 من قانون التوجيه العقاري عدم استثمار الأرض الفلاحية تعسفا في استعمال الحق نظرا لأهميتها الاقتصادية و الاجتماعية وبذلك يعد الاستثمار الفعلي و المباشر أو غير المباشر واجبا على كل مالك أو حائز لحقوق عقارية.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 499 و 500.

(2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرقة عنه، منشأة المعارف، الإسكندرية،

2004م، ص: 09

الفرع الثالث

سلطة التصرف المقررة للمالك

تعد سلطة التصرف من أهم عناصر الملكية، وهي السلطة التي تميز هذا الحق عن غيره من الحقوق العينية. ويقصد بالتصرف استخدام الشيء استخداما يستنفذ السلطة المقررة عليه كلها أو بعضها.

إن تعريف التصرف على هذا النحو يوضح الفرق بينه وبين التصرف كرخصة مقررة لصاحب كل حق. فرخصة التصرف الملازمة لكافة الحقوق كحق الانتفاع إنما ترد على هذه الحقوق دون أن تمتد إلى الشيء المقررة عليه، بينما التصرف في الملكية يمتد فيشمل التصرف في الشيء ذاته⁽¹⁾

ويشمل حق التصرف جميع أعمال التصرف سواء أكان ماديا بتغيير شكل الشيء أو استهلاكه أو إتلافه، أو قانونيا بالتنازل عن الحقوق العائدة له بوصفه مالكا، كبيع الشيء كله أو بعضه أو هبته أو تحميله حقوقا عينية⁽²⁾

وبذلك يمكن أن نستخلص أن التصرف La Disposition نوعان:

1- تصرف مادي: ويعني القيام بأي عمل مادي يؤدي إلى القضاء على مادة الشيء ذاته كلياً أو جزئياً، أو تحويله إلى شيء آخر، أو تغيير صورته كهدم البناء كله أو جزء منه.

2- تصرف قانوني: وهو اتجاه إرادة مالك الشيء إلى إحداث أثر قانوني إما بالقيام بعمل من أعمال التصرف كإنشاء حق عيني عليه كبيع أو رهنه، أو القيام بعمل من أعمال إدارته كالإيجار أو القيام بعمل من أعمال حمايته كرفع دعوى مثلاً.

ولا شك أن المالك يملك كلا النوعين في حدود القانون، فحق التصرف هو عمل إرادي من طرف المالك يقع على الشيء بنقل ملكيته للآخرين بعوض أو بدون عوض أو يقيد من حق ملكيته فيحملها بحق للآخرين كحق الرهن مثلاً.

(1) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 89.

(2) زهدي يكن، المرجع السابق، ص: 232.

وسلطة التصرف القانوني لا تنحصر في المالك، بل تثبت لكل صاحب حق عيني، فيجوز لصاحب الانتفاع أن يتصرف في حدود الحق المقرر له⁽¹⁾. غير أن سلطة المالك أوسع مدى مما لغيره من التمتع بحق التصرف، لأنه يستطيع التصرف بالمنفعة و الرقبة معا، و تضيق هذه السلطة بالنسبة لمن ثبت له حق عيني، فصاحب حق الانتفاع سلطته تتوقف عند التصرف في منافع الشيء دون رقبته، والتصرف القانوني ينصب على الحق ذاته بخلاف التصرف المادي الذي يرد على الشيء ذاته، ونفرق في هذا المجال بين أعمال التصرف و أعمال الإدارة.

فالأولى، يقصد بها نقل الملكية أو إنشاء حق عيني، أما الثانية، فيراد بها استغلال الشيء كالإيجار.

وتتجلى أهمية التمييز بين العمليين بوضوح في الأهلية الواجب توافرها في الشخص الذي يقوم بالعمل، فأعمال التصرف تستلزم بوجه عام الأهلية الكاملة كما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري، بينما يتساهل المشرع في تحديد أهلية أعمال الإدارة و هي دائما ما دون سن الرشد.

وتجدر الإشارة إلى أن استعمال الشيء يختلف عن التصرف فيه، لأن هذا الأخير يؤدي إلى استهلاك الشيء كلياً أو جزئياً، أما عند تحديد معنى الاستعمال، لا بد من الإبقاء على جوهر الشيء نفسه، و على ضوء هذه التفرقة قد يختلط الاستعمال بالتصرف كما في الأشياء التي تستهلك بمجرد أول استعمال لها، فلا يمكن استعمال الشيء دون التصرف فيه، و ينتج عن ذلك أن هذه الأشياء لا تكون محلاً للحقوق التي تخول صاحبها الاستعمال دون التصرف⁽²⁾. والتصرف في عنصر من عناصر الملكية يختلف عن التصرف في الملكية، فالتصرف في الملكية معناه نقلها من المالك إلى غيره، فلا تعود له إلا بسبب جديد من أسباب كسب الملكية، أما التصرف في عنصر من عناصر الملكية فإنه في الغالب يستبقي المالك ملكه، ويسترد هذا العنصر المتصرف فيه بدون سبب جديد بل بمجرد انقضاء حق الغير من العنصر، فيسترد العنصر الذي نقله إلى الدائن المرتهن بوفاء الدين و يسترد حق الانتفاع أو الاستعمال بموت هؤلاء، أو بانقضاء أجل حقوقهم، فيستطيع المنتفع أن

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 10.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 502.

يتصرف في حقه باستثناء صاحب الاستعمال، و صاحب حق السكنى، لا يستطيعان التصرف في حقيهما، وهذا ما نصت عليه المادة 856 من القانون المدني الجزائري. وإذا كان المالك حرا في التصرف في ملكه، فإن القانون يفرض قيودا على التصرف وقيودا على عدم التصرف و سأعرض لها في حينها. مما سبق نخلص إلى أن هذه السلطات الثلاث المقررة للمالك، هي متفرعة عن حق الملكية العقارية الخاصة وبها يحقق المالك منفعته بما يملك ، كما تعتبر حقا للمالك و ليست واجبا، إلا إذا قيد القانون المالك في استعمال و استغلال و التصرف في ملكه، وفي حدود القانون يستطيع المالك ألا يستعمل ملكه و ألا يستغله و ألا يتصرف فيه.

المبحث الثاني

التطور التاريخي لنظام الملكية العقارية في الجزائر

يعكس تطور نظام الملكية العقارية الخاصة تطور الحضارة الإنسانية عبر مختلف العصور، وقد كانت الملكية في أول مفهومها مجرد واقعة مادية تتجلى في سيطرة واستيلاء الإنسان على كل ما تقع عليه يده، وكان اختصاص الفرد بالشيء يتوقف على حيازته له، أما ما لم يقع تحت حيازته فهو مال مشترك يقبل استيلاء كل حائز⁽¹⁾ ورغم التباين الواضح بين بني البشر من عصر لآخر، إلا أنهم كانوا ولا زالوا يجتمعون رغم اختلافهم في غريزة التملك التي يتصف بها كل إنسان، ما يدفعه إلى الاستئثار بحاجاته ورغباته، إضافة إلى كون الفرد جزءاً لا يتجزأ من الجماعة لارتباطه بها من أجل تلبية حاجاته المعيشية. وتقتضي دراسة موضوع الملكية العقارية معرفة نشأة و تطور هذا الحق عبر العصور المختلفة. غير أنني سأقتصر على تطور الملكية العقارية في الجزائر باعتبار أن موضوع البحث يتعلق بالنظام القانوني الجزائري.

وقد عرفت الجزائر حضارات متعاقبة من خلال حقبات بارزة في تاريخها، ولمعرفة تطور نظام الملكية في الجزائر، ينبغي إلقاء نظرة شاملة حول هذه المراحل و ذلك كما يلي :

المطلب الأول

نظام الملكية العقارية في العهد العثماني

(1518م – 1830م)

لقد حافظ نظام الملكية على الوضع الذي كان عليه في القرن السادس عشر ميلادي، ولم يرق الحكام الأتراك بسن تشريعات خاصة، ولم يستحدثوا إصلاحات فيما يخص الملكيات الزراعية، بل عملوا على الاحتفاظ بالأوضاع السائدة و كان اهتمامهم ينصب على ما تدره الأرض من إنتاج و ما توفره من جبايات⁽²⁾

(1) منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر : 1988 ص: 09
 (2) ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص: 28

فقد عرفت الجزائر ازدهارا ملحوظا في الزراعة، تحت حكم باي البايات 1518-1588 وأثناء عهد الباشوات 1588-1659 بعد فترة طويلة من الانهيار الاقتصادي. فكثرت الإنتاج واستقرت الملكيات مع توطن القبائل بالسهول الداخلية التي تحولت في أغلبها إلى أراضي مشاعة، وإلى ملكيات خاصة بالمناطق الجبلية، أما بالمدن فقد ظل السكان مرتبطين بالأرض في الوقت الذي انتشرت فيه الأوقاف خارج المدن، واستحوذت الدولة على مساحات مهمة من الأراضي بعد طرد القبائل المناوئة لها.

ثم عرفت الجزائر حكم الأغوات 1659-1671 الذين انتزعوا الحكم من الباشوات، وقد تضررت الزراعة في هذه الفترة إذ تحولت الأراضي الزراعية إلى ملكيات للبايلك أو مزارع مشاعة بين أفراد القبائل الحليفة.

ومع مطلع القرن الثامن عشر، استقر الحكم بظهور دايات أقوياء وأكفاء و استقرت أوضاع الملكيات المشاعة وتحول قسم من الملكيات الخاصة بالمدن إلى أوقاف أهلية يعود ربحها بعد انقراض محبسيها على المؤسسات الدينية و المشاريع الخيرية⁽¹⁾ إلا أن الأمر لم يدم طويلا، إذ ساءت الأوضاع إثر موت عثمان باشا و انتهج الحكام بعده سياسة جديدة تقوم على تصدير المحاصيل الزراعية إلى الخارج في الوقت الذي كانت فيه البلاد معرضة للمجاعة، وكان الملاك يستحوذون على أربعة أخماس الإنتاج، ما أدى إلى فقد الرغبة في العمل لدى الفلاح الجزائري. وقد قسمت الأراضي آنذاك إلى الأقسام التالية :

1- أراضي الملك :

هي الأراضي التي كان أصحابها يستغلونها مباشرة أو بالأحرى الأراضي التي كان لهم الحق في التصرف فيها كما يشاءون، وذلك إما بيعها أو هبتها أو تركها للورثة، أو استغلالها حسب أحكام الشريعة الإسلامية و الأعراف الشائعة. توجد أغلب أراضي الملك في شمال البلاد داخل المدن الكبرى أو على حواشيتها، وكذا في المناطق الجبلية كمنطقة القبائل⁽²⁾.

(1) نفس المرجع السابق، ص: 34.

(2) سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري (دراسة وصفية وتحليلية)، دار هومة، الجزائر، 2004، ص: 10.

2- أراضي البايلك :

البايلك هو الدولة وبالتالي فإن أراضي البايلك هي الأراضي التي كانت تابعة للدولة العثمانية⁽¹⁾، وهي الأملاك التي يطلق عليها في عصرنا الحاضر "أملاك الدولة"، وقد كانت خاضعة لسلطة الباي وتشمل أخصب الأراضي وتتواجد قرب أهم المناطق الحضرية وعلى حافة أهم طرق المواصلات.

كان استغلال الأراضي يتم بأسلوب مباشر من طرف الحكام و ذلك عن طريق استخدام العمال المستأجرين (الخماس) أو تسخير القبائل الخاضعة للدولة (الرعية) للقيام بأعمال تطوعية أثناء الحرث والحصاد(التويزة)، كما كانت تستغل بأسلوب غير مباشر إذا تعذر استغلالها مباشرة، وذلك بمنح حق الانتفاع بها بصفة مؤقتة لكبار الموظفين وذوي النفوذ مقابل تقديم خدمات أو اكتساب تأييدهم، وفي بعض الأحيان كانت تسلم للقبائل والعشائر المتعاملة مع موظفي البايلك لتستغلها لفائدته مقابل خدمات ومهام إدارية.

3- أراضي العرش :

هي الأراضي الداخلية المتواجدة على حافة الأراضي الشبه صحراوية، وقد خضعت للاستغلال من طرف القبائل والعائلات المشكلة للأعراش وفقا للأعراف المتوارثة منذ قرون، على أن يتم استغلالها جماعيا و بصفة مشتركة فهي غير قابلة لا للقسمة ولا للبيع ولا الإرث⁽²⁾، إذ كان استغلالها لغرض إشباع حاجيات الجماعة و لكل أسرة نصيب منها حسب حاجياتها.

والملاحظ أن هذه الأراضي كانت خاضعة لأوضاع خاصة من حيث كونها ملكية جماعية مشتركة بين جميع عائلات أو بيوت القبيلة أو العرش.

4- أراضي الوقف(أراضي الحبوس):

هي الأراضي التي حبست للإنفاق على الأعمال الخيرية، وتصنف حسب طريقة استغلالها وكيفية الانتفاع بها إلى وقف خيرى(حبس عام)، ووقف أهلي(حبس خاص)⁽³⁾، ويعود مردود الوقف الخيري (الحبس العام) للمصلحة العامة التي حبست من أجلها عملا

(1) فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، رسالة للحصول على دكتوراه الدولة في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1994، ص: 53.

(2) نفس المرجع السابق، ص: 11.

(3) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، 2004، ص: 17.

بأحكام المذهب المالكي السائد بالجزائر ويجبس إما لجهة خيرية أو مؤسسات دينية. ويؤول مردود الوقف الأهلي (الحبس الخاص) إلى أفراد عائلة صاحب العقار المحبس أو أعقابه، بحيث يحتفظ المحبس بحق الانتفاع بها ولا تصرف للغرض الذي حبست من أجله أساسا إلا بعد انقراض العقب و انقطاع نسل صاحب الأرض المحبسة. وقد اكتسبت الأوقاف أهمية خاصة بالجزائر ووضعها مميذا في أواخر العهد العثماني إذ أصبحت تستحوذ على ما يزيد عن نصف الأراضي المستغلة زراعيًا⁽¹⁾

المطلب الثاني

نظام الملكية العقارية في العهد الاستعماري

تميزت هذه المرحلة بالاستيلاء على أراضي الجزائريين بشتى الطرق والوسائل المادية والقانونية، فقد لجأت السلطات الفرنسية منذ احتلالها للجزائر لعدة تشريعات متناقضة وضعت حسب الظروف والأزمنة وكلها توحى عن عزمها على توفير أراضي صالحة للمستعمرين، ومن أهم هذه القوانين القانون الصادر في 1863/04/21 لسيناتوس كونصول المستوحى من الإمبراطور نابوليون الثالث والخاص بتقسيم أراضي العرش بين سكان القبائل لتصبح ملكا للأفراد، وبذلك ضمان تحويلها للمعمرين الأوربيين بتنازلات فردية أو عن طريق إلزام المالك ببيع عقاره بواسطة الضغط والتهديد والتفجير والتحايل، الأمر الذي تصعب ممارسته في حالة الملكية الجماعية⁽²⁾

وبعد استكمال عملية الاستيلاء على أغلبية الأراضي الخصبة، قامت الإدارة الاستعمارية بتقسيم الأراضي و تصنيفها إلى ثلاثة أنواع⁽³⁾ :

1- أراضي الملك :

وتعرف كذلك بالحوز، يوجد أغلبها في الشمال، وتمنح لفرد أو مجموعة من الأفراد في إطار الشيوخ. وكانت تحرر بشأن هذه الأراضي محررات من طرف القاضي

(1) ناصر الدين سعيدوني، المرجع السابق، ص: 17

(2) عبد الحفيظ بن عبدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص: 20

(3) حمدي باشا عمر، معلومات عامة حول العقار في الجزائر، قسم المنازعات بمديرية أملاك الدولة، باتنة، 2004، ص: 28

الشرعي أو أحد حفظة القرآن الكريم بحضور شاهدين وكانت التصرفات الواردة عليها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية.

2- أراضي العرش :

بمجيء المستعمر الفرنسي أصبحت أراضي العرش رعوية وفلاحية.

رعوية : ملك للجميع، أدمجها المستعمر في أراضي الدومين بعقود إدارية والبعض الآخر في أراضي البلدية ومنها ما بقي رعويا.

فلاحية(زراعية) : تمنح من الإدارة الفرنسية إلى عائلة معينة و بقيت في الشيوخ دون تسجيلها في السجل أو شهرها بل منحت بعقد إداري فقط.

3- الأراضي الفرنسية :

تم الاستيلاء على هذه الأراضي بمختلف الوسائل التي استعملها المحتل من أجل الحصول على أكبر قدر ممكن من الأراضي الخصبة⁽¹⁾، وكان القانون المدني الفرنسي هو المطبق على كل المعاملات التي تقع عليها.

فقد ظهرت في هذه المرحلة قوانين فرنسية دخيلة على المجتمع الجزائري، كانت تحمل في طياتها خلفيات تهدف أساسا إلى سد الطريق أمام المواطنين الجزائريين حتى لا يتمكنوا من إبرام عقود لدى الإدارة الفرنسية الحاكمة، وبالتالي حماية حقوق الأشخاص الذين لم يستجيبوا لنداء الثورة التحريرية وراحوا يرمون عقودهم وفق القوانين الفرنسية.

المطلب الثالث

نظام الملكية العقارية بعد الاستقلال

عرفت الجزائر منذ الاستقلال عدة محاولات من أجل إرساء سياسة عقارية تكون بديلا عن تلك الموروثة عن الحقبة الاستعمارية، وقد ورثت الجزائر حالة فوضى في نظام الملكية العقارية توزعت بين أراضي عقارية خاصة غير ثابتة بسند وأخرى ثابتة ملكيتها و

(1) نفس المرجع السابق، ص : 30.

تابعة للأوروبيين ومنها ما هي ثابتة ملكيتها و تابعة للجزائريين إضافة إلى ملكيات جماعية وملكيات عمومية وخاصة تابعة للدولة.

وبهجرة المعمرين، وجدت الحكومة الجزائرية نفسها أمام فراغ مؤسسي يهدد كيان الدولة فأصدرت السلطة المؤقتة الأمر رقم 20/62 بتاريخ 24/08/1962 وكان أول نص قانوني لسلسلة من النصوص التي جاءت بعده تطبيقاً لبرنامج الإصلاح الزراعي كهدف أساسي للثورة التحريرية⁽¹⁾، ثم تلتها عدة مراسيم لغرض إرساء سياسة عقارية جديدة، إلى غاية صدور الدستور الجزائري سنة 1976 فتبنى نظام الاشتراكية الذي يقوم على الملكية الجماعية إذ حدد في المادة 14 منه أنواع الأملاك العمومية التي تملكها الدولة بصفة لا رجعة فيها كالأراضي الرعوية و الزراعية والغابات وما في باطن الأرض، وكذلك كل المؤسسات العمومية كالبنوك ومؤسسات التأمين والنقل والمصانع و المنشآت الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها، كما أقر هذا الدستور في المادة 16 منه الملكية الخاصة ذات الاستغلال الشخصي أو العائلي و الملكية الخاصة في الميدان الاقتصادي التي يجب أن تساهم في تنمية البلاد.

والملاحظ أن دستور 1976 نص على الملكية العامة بصورة مطلقة، كما نص أيضاً على الملكية الخاصة لكنه وضع لها قيوداً منها عدم تجاوز استغلال هذه الملكية للاستغلال الشخصي أو العائلي كما بنى الملكية الخاصة في الميدان الاقتصادي على شرط مساهمتها في التنمية الاقتصادية للبلاد، وأن تكون ذات منفعة اجتماعية⁽²⁾ وبذلك يكون دستور 1976 قد وضع شروطاً مشددة على الملكية الخاصة، لكنه منع نزع هذه الملكية إلا في إطار القانون و أقر بدفع تعويض عادل و منصف لمن انتزعت منه ملكيته للمصلحة العامة⁽³⁾، ثم تم تعديل هذا الدستور بالمرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فبراير 1989 ووافق عليه باستفتاء 23 فبراير 1989 والذي عرف الملكية العامة بأنها ملك للمجموعة الوطنية. وقضى في المادة 18 منه بأن الملكية العامة التي هي ملك للمجموعة الوطنية تتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية، والملاحظ أنه وعلى خلاف دستور 1976 فقد أشار دستور 1989 إلى الأملاك الخاصة التابعة للدولة.

(1) سماعين شامة، المرجع السابق، ص: 17

(2) انظر المادة 16 من الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976م، المتضمن دستور 1976.

(3) انظر المادة 17 من دستور 1976م، المرجع السابق.

ويعد ذلك نتيجة طبيعية لاتجاه الجزائر آنذاك نحو سياسة استقلالية المؤسسات في إطار التراجع عن النظام الاشتراكي، والاتجاه نحو سياسة الانفتاح الاقتصادي التي تركز الملكية الخاصة، كما قضى هذا الدستور بأن تحدد الأملاك الوطنية بواسطة القانون. وتنفيذا لذلك جاء القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية والذي بين المقصود بالأملاك الوطنية في المادة الثانية منه حيث جاء فيه (إن الأملاك الوطنية تشتمل على مجموع الأملاك و الحقوق المنقولة و العقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة).

من نص المادة يتضح أن المشرع فرق عند تحديده للأملاك الوطنية بين الملكية الوطنية العمومية والملكية الوطنية الخاصة. وباستطلاع المادة الثالثة من نفس القانون يتضح الفرق بين نوعي الأملاك الوطنية إذ قضت المادة الثالثة بأن الأملاك الوطنية العمومية لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها. أما الأملاك الوطنية الأخرى الغير مصنفة ضمن الأملاك العمومية والتي تؤدي وظيفة امتلاكية و مالية فتمثل الأملاك الوطنية الخاصة، هذا و قد كانت وضعية الملكية العقارية قبل دستور 1989 كما يلي :

1- العقار الفلاحي :

تم تأمين الأراضي في إطار الثورة الزراعية بموجب الأمر 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971، والتي تم دمجها بطرق متسارعة وغير موضوعية وغير شرعية أحيانا لعدم دفع تعويض عادل ومنصف، مما أدى إلى شعور المواطن بالحرمان إضافة إلى تأمين أراضي مواطنين لا تعنيهم الثورة الزراعية⁽¹⁾.

لقد كان لصدور دستور 1989 وقانون 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية الفضل في إخراج الأراضي الفلاحية التابعة للقطاع العام من الدومين العام إلى الدومين الخاص. إضافة إلى صدور قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري و الذي سمح للملاك الأصليين استرجاع أراضيهم المؤتممة في إطار الثورة الزراعية.

(1) سماعين شامة، المرجع السابق، ص : 02

2- العقار الحضري :

اتسمت الوضعية العقارية للأراضي العمرانية بعدة خصائص أهمها انغلاق السوق العقارية بسبب كثرة النصوص و تقييدها لحرية المعاملات، وقد كان أهم نص قانوني الأمر رقم 26/74 الصادر في 20 فيفري 1974، والمتضمن إنشاء الاحتياطات العقارية لصالح البلديات والذي جعل من البلديات المحتكر الوحيد للمعاملات العقارية داخل محيطها العمراني، و قد ظهرت فكرة إنشاء الاحتياطات العقارية بعد الاستقلال وسرعان ما أحدثت بموجب الأمر المذكور أعلاه⁽¹⁾.

والملاحظ أنه و رغم التغييرات التي عرفها تاريخ الجزائر، فإن المشرع الجزائري بعد الاستقلال سائر الاتجاه الحديث في رفضه للفكرة التقليدية لحق الملكية باعتباره حقا مطلقا، كما جاءت به المادة 544 من القانون المدني الفرنسي، التي عرفت حق الملكية كما يلي : "الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء وفي التصرف فيه على نحو مطلق بشرط ألا يستعمل الشيء على وجه يجرمه القانون أو اللوائح"⁽²⁾.

يستخلص من نص المادة أعلاه وجود رابطتين قانونيتين، الأولى تقوم بين المالك والشيء المملوك بمقتضى سلطة الانتفاع أو كما جاء في نص المادة باللغة الفرنسية La jouissance أي التمتع والرابطة الثانية تنشأ بين المالك وغيره من الأشخاص عن طريق سلطة التصرف⁽³⁾، وقد بقت المادة 544 سارية المفعول لمدة بعد الاستقلال حتى صدور التشريع المدني الذي نبذ الاتجاه الفردي، وكان متأثرا في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية وبالأفكار الاشتراكية كاتجاه بني عليه النظام الاقتصادي.

⁽¹⁾Chaabane BenAkezouh, Le droit des réserves foncières, office des publications universitaires, Ben Aknoun, Alger, 1990, P: 11

⁽²⁾Alex Weill, Ibid.op.cit., P 20

⁽³⁾Adda Bakkouche, L'évolution du droit de la propriété dans l'ordre international (étude de l'expression juridique du développement inégale) ; office des publications universitaires, Ben Aknoun, Alger, 1992, P 12

المبحث الثالث^١

نطاق حق الملكية العقارية الخاصة

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة حق الملكية الخاصة، فهناك من اعتبر حق الملكية حقا مطلقا و مقدسا وهناك من نبذ هذه الصفة المطلقة لحق الملكية و نادى بإقرار وظيفتها الاجتماعية و القول بأن الملكية حق غير مطلق ينبغي تقييده. و مما لا شك فيه، أن الملكية حق ذاتي كسائر الحقوق، بل هي أكثر الحقوق عناصرها وأشملها خصائصها. فللمالك أن يستعمل الشيء في شؤونه الخاصة و يستعمله على الوجه الذي يقدر أنه نافع له، و له أن يستغل الشيء إرضاء لمصالحه الشخصية و وفاء لحاجاته الذاتية، و له أن يتصرف في الشيء بجميع أنواع التصرفات فله أن ينقل ملكيته إلى غيره بمقابل أو غير مقابل، و أن يرتب حقوقا متنوعة على الشيء و له أن يغير من معالم الشيء و يزيد عليه أو ينتقص منه، بل له أن يستهلكه و يتلفه و هذا كله سعيًا وراء مصالحه الشخصية⁽¹⁾.

غير أن المالك مقيد في كل ذلك بمراعاة مصلحة غيره، إذ ينبغي عليه ممارسة حقه بالقدر الذي لا يضر بمصلحة الآخرين.

و سأعرض من خلال هذا المبحث إلى النطاق المادي لحق الملكية في مطلب أول، ثم الوظيفة الاجتماعية لهذا الحق في مطلب ثان، ثم أعرض إلى تقييد حق الملكية العقارية الخاصة لمصلحة الغير في مطلب ثالث. و كل هذا محاولة لإلقاء نظرة شاملة على هذا الحق الواسع النطاق تمهيدا لهذه الدراسة و التي يدور موضوعها حول قيود الجوار الواردة على حق الملكية الخاصة.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج8، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 551.

المطلب الأول

النطاق المادي لحق الملكية

يملك مالك الشيء كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه، فإذا كان الشيء أرضا شملت الملكية سطح الأرض و ما فوقها و ما تحتها⁽¹⁾. كما يملك أيضا كل ما يلحق هذا الشيء و ما يتفرع عنه من ثمار و منتجات⁽²⁾.

الفرع الأول

ملكية الشيء ذاته

إن المالك يملك الشيء في حد ذاته و جميع عناصره الجوهرية، و يتم تحديد العنصر الجوهرية عن غيره فيما إذا كان نزع هذا العنصر يؤدي إلى تلف أو فساد الشيء، و ندرس ملكية الشيء ذاته في نقطتين، في الأولى نتحدث عن ملكية علو العقار و في الثانية نتطرق إلى ملكية سطح و عمق العقار.

1- ملكية علو العقار:

قد يبدو تعبير ملكية العلو تعبيراً غير دقيق من الناحية القانونية، إذ يظهر أن العلو ليس سوى الهواء و الذي ليس مملوكاً لأحد لاستحالة وضع حدود له. و معنى ملكية العلو يتمثل في استعمال الفراغ الذي يعلو أرض المالك استعمالاً معقولاً، و قد يكون هذا الاستعمال عن طريق البناء أو الزرع، كما تمكنه من النور و الهواء⁽³⁾، و قد حددت المادة 675 من القانون المدني الجزائري ملكية العلو بما فوق الأرض أو تحتها إلى غاية الحد المفيد في التمتع بها.

غير أن هذا الحق لا يعطي للمالك السلطات المطلقة إذ لا يجوز له منع استعمال العلو فوق أرضه من أجل المصلحة العامة أو الخاصة كمنع الطائرات من التحليق فوق أرضه و كذلك

(1) انظر المادة 675 من القانون المدني الجزائري.

(2) انظر المادة 676 من القانون المدني الجزائري.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 572.

ما يتعلق بتطور العلوم و الصناعات متى كانت لا تضر به و بملكه، و معارضته لذلك يعد تعسفا منه في استعمال حقه.

2- ملكية سطح و عمق العقار:

إن ملكية الأرض لا تقتصر على سطحها، بل تشمل كذلك ما تحتها من طبقات، فللمالك أن يستخدم هذا العمق، كأن يستخرج الأحجار والرمال والأتربة من جوف الأرض و يحفر الآبار فيه و يمد الأنابيب، وله أن يمنع غيره من استخدام هذا العمق، كأن يطالب مثلا بقطع جذور أشجار الجار التي امتدت في باطن أرضه⁽¹⁾، و تنقيد سلطة المالك في العمق في الحدود التي تحقق له الانتفاع بأرضه⁽²⁾، و يجب أن يكون انتفاعه فعليا، كأن يستخرج الأحجار و الرمال من جوف أرضه، أو يحفر الآبار فيها و يمد الأنابيب.

ويراعى أن ملكية سطح العقار يجوز أن تكون منفصلة عن ملكية ما فوقها و ما تحتها بمقتضى القانون، أو الاتفاق و لا يعتبر هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام، و ما حق المثل و حق المرور إلا أمثلة مختلفة من ملكية ما فوق السطح، إلا أن ملكية العلو أو السفلى لا تقيم قرينة على ملكية السطح و من ادعى ملكية السطح عليه إثبات ذلك⁽³⁾.

فملكية العمق تسمح للمالك بأن يحفر في أرضه حتى يضع أساس البناء الذي يقيمه فوق الأرض، و له أن يغرّس أشجارا و مزروعات تمتد جذورها إلى العمق الذي تتطلبه، و من حقه أن يقوم بحفريات و له أن يمنع اعتداء الغير على باطن أرضه، فيستطيع المالك تملك العمق لأن الاستفادة الفعلية بباطن الأرض هي المعيار في مد حق ملكية سطح الأرض إلى الباطن. و مما لا شك فيه، أن الحاجة اليوم إلى باطن الأرض قد أصبحت ضرورية جدا مع التطور الهائل في مجال العلم، فهي أبعد بكثير من حفر بئر أو غرس أشجار.

و لهذه الأسباب لا يكون للمالك حق معارضة ما تقوم به الدولة من أعمال تحت سطح أرضه على مسافة من العمق، كوضع أنابيب المياه في باطن أرضه⁽⁴⁾، و إن فعل يعد متعسفا في استعمال حقه. إلا إذا أثبت وقوع ضرر بسبب هذه الأعمال.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 34.

(2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 21.

(3) انظر قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1994/02/07، المجلة القضائية عدد 02، ص: 158.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 354.

غير أن أكبر قيد يرد على ملكية العمق، هو قانون الحفريات، وحماية الآثار التاريخية الذي يجعل ما يتم العثور عليه في باطن الأرض من آثار ملكا للدولة و ليس للمالك، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الأمر المتعلق بالحفريات و حماية الأماكن⁽¹⁾ في المادة 16 منه على أنه : "إذا تم العثور على آثار أو أشياء تكون لها علاقة بالفن.... فيجب على من عثر على هذه البقايا القديمة أو الأشياء و على صاحب العقار الذي تم فيه العثور أن يصرحاً بذلك حالاً إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يخبر بهذا العثور مدير الدائرة الأثرية و عامل العمالة الذين يعلمان الوزير المكلف بالفنون..."

و استثنى المشرع أيضاً مواد المناجم و المحاجر من نطاق الملكية الخاصة، نظراً لضرورتها الخاصة للاقتصاد الوطني و هذا بموجب القانون رقم 06/84 المؤرخ في 07 يناير 1984 و المتعلق بالأنشطة المنجمية.

و تبقى مسألة تحديد الحد المفيد في التمتع متروكة لتقدير القاضي، إذ هو المؤهل لأن يحدد مدى العلو و العمق الذي يدخل في نطاق الملكية⁽²⁾ أو ما لا يعد من نطاقها.

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 782 من القانون المدني الجزائري على أن :
"كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض أقامه على نفقته و يكون مملوكاً له"

و من خلال هذه المادة يكون المشرع الجزائري قد أعطى للمالك ملكية ما تشمله الأرض من بناء أو غراس و يفترض أنهما من عمل المالك نفسه إلا إذا أثبت شخص أنه أقامها على نفقته أو أن المالك تنازل عن هذه المنشآت لشخص أجنبي.

الفرع الثاني

ملكية ما يتفرع عن الشيء المملوك

تشمل ملكية الشيء كذلك ثماره و منتجاته و ملحقاته التي أعدت بصفة دائمة لاستعماله حسب ما تقضي به طبيعة الأشياء. و قد نص المشرع الجزائري على ملكية ما

(1) الأمر رقم 281/67 المؤرخ في 1967/12/20، المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية والطبيعية.
(2) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص: 93.

يتفرع عن الشيء المملوك في المادة 676 من القانون المدني بقوله: "مالك الشيء حق في كل ثماره ومنتجاته و ملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك" و ندرس ذلك أولاً بالتعرض للملكية ثمار الشيء ثم للملكية منتجات و ملحقات الشيء.

أ- ملكية ثمار الشيء

تتميز ثمار الشيء بأنها غلة دورية متجددة، أي أنها تتجدد بدون انقطاع في فترات متعاقبة منتظمة و هي تتفرع عن الشيء دون انتقاص منه. و تنقسم الثمار إلى ثلاثة أنواع :

الثمار الطبيعية : ينتجها الشيء بالطبيعة دون تدخل الإنسان فيها كالأعشاب التي تنبت على الأرض.

الثمار الصناعية : ينتجها الشيء بمجهود الإنسان كمحصول الأراضي الزراعية.

الثمار المدنية : تتمثل في الدخل المالي⁽¹⁾ الذي يستحقه المالك لقاء تحويل الغير حقوقاً تتعلق بالشيء، كالأجرة المستحقة للمالك مقابل تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. و تتميز الثمار بخاصيتين :

- أ- أنها غلة دورية متجددة أي أنها تتجدد في أوقات متعاقبة منتظمة دون انقطاع.
 - ب- أنها مع تفرعها عن الشيء لا تمس أصله و لا تنتقص منه، بل يبقى الأصل على حاله دون نقصان⁽²⁾
- و الأصل أن الثمار ملك لصاحب الشيء، إلا إذا نص القانون على غير ذلك.

ب- ملكية منتجات و ملحقات الشيء

يتبين من نص المادة 676 من القانون المدني السابق ذكرها أن الملكية لا تقتصر على الشيء ذاته بل تمتد إلى ما يلحق به و ما يتفرع عنه، فتمتد إلى المنتجات و الملحقات. و المنتجات هي كل ما يخرج من الشيء من ثمرات غير متجددة، كما هو الأمر في المناجم و المحاجر، و تتميز المنتجات بعكس ما تتميز به الثمار أي أنها :

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 21.
(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 588.

أ- غير دورية و لا متجددة بل تخرج من الشيء في أوقات متقطعة و غير منتظمة.
 ب- تمس أصل الشيء و تنتقص منه، فالمعادن و الأحجار تنتهي بعد وقت طويل أو قصير إلى أن تنفذ، ومن ثم كانت المعادن والأحجار منتجات لا ثمار.
 وللمالك كذلك الحق في ملحقات الشيء التي هي توابع لازمة لاستعمال الشيء، ولا تتولد عنه كالثمار و المنتجات.
 وتطبيقا لذلك، يدخل في ملحقات الأرض الزراعية حق الارتفاق و المواشي والآلات الزراعية...⁽¹⁾، و من يملك شيئا يملك ملحقاته.
 ما نخلص إليه، هو أن الملكية العقارية الخاصة تشمل ملكية السطح و العلو و العمق إلى الحد الذي يفيد التمتع بها، و تشمل ملكية ما ينتج عن الشيء و ما يتفرع عنه و ما يلحق به سواء كان العقار أرضا أو بناء.

المطلب الثاني

الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية

لقد عرف حق الملكية بصفة عامة تحت تأثير الفكر الاجتماعي تقييد سلطات المالك و ذلك للأسباب التالية :

الفرع الأول

حق الملكية ليس حقا مطلقا

إن حق الملكية ليس حقا مطلقا لا حد له، بل هو وظيفة اجتماعية يطلب من المالك أن يقوم بها، و يحميه القانون ما دام يفعل، أما إذا خرج عن هذه الحدود، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته⁽²⁾
 و يترتب على ذلك نتيجتان:

- 1- إذا تعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تقدم.
- 2- إذا تعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم، بعد أن يعرض المالك تعويضا عادلا.

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 19.
 (2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 588.

و قد انتشرت مظاهر الوظيفة الاجتماعية لهذا الحق بانتشار المذاهب الاشتراكية بدخول القرن التاسع عشر.

الفرع الثاني

مبدأ التضامن الاجتماعي

يقضي مبدأ التضامن الاجتماعي بوجوب التعاون في المجتمع، و الملكية من أهم الدعائم التي يقوم عليها هذا التعاون، فالمالك يجب أن يعتبر نفسه، كما هو الواقع عضوا في المجتمع الذي يعيش فيه، يأخذ منه و يعطيه. وإذا كان قد كسب ملكه بعمله كما سبق القول، فهو مدين أيضا للمجتمع بما كسب، فليس عمله وحده هو الذي أكسبه الملك، بل إن المجتمع ساهم مساهمة ملحوظة في جهود المالك حتى يحصل على ما أصبح ملكا له. ومساهمة المجتمع في جهود المالك هي على نفس مستوى مساهمة الأسرة أو لعلها تزيد، فإذا كانت مساهمة الأسرة هي أحد مبررات الميراث، فلا شك في أن مساهمة المجتمع تبرر هي الأخرى أن تكون للملكية وظيفة اجتماعية.

والمذهب الاجتماعي يقوم على أساس أن الفرد كائن اجتماعي لا يعيش إلا في مجتمع، و أن هذا المجتمع لا بد أن يقوم بين أفرادة تضامن اجتماعي تنظمه قواعد القانون، وهذا التضامن الاجتماعي هو أساس القانون الذي يحرص بمختلف قواعده على منع كل ما يؤدي إلى الإخلال بهذا التضامن، وعلى إيجاد كل ما يصونه ويدعمه، فهو المصلحة الحقيقية للجماعة.

ومن هنا يتضح لنا أن الحق في نظر هذا المذهب ليس إلا وظيفة اجتماعية منحها الجماعة لأفرادها، لأن فيه مصلحة الجماعة، فعلى الأفراد أن يستعملوها على وجه يحقق الصالح العام.

وعلى ذلك، فحق الملكية في نظر هذا المذهب، ووظيفة اجتماعية منحها المجتمع لصاحبها ليساهم بها في تحقيق التضامن الاجتماعي الذي هو الأساس لمنح كل الحقوق لأنه المصلحة الحقيقية للجماعة.

المطلب الثالث

تقييد حق الملكية العقارية الخاصة من أجل مصلحة الغير

لقد تعددت القيود الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة تلبية لمتطلبات التزعة الاجتماعية التي أدت إلى إعادة النظر في مفهوم الحقوق والحريات و منها حق الملكية الذي تأثر بهذه التزعة تأثراً تبدو مظاهره في القيود التي فرضت على سلطات المالك مع انتشار المذاهب الاشتراكية. وبتعدد القيود تنوعت بين قيود مقررّة للمصلحة العامة وقيود مقررّة للمصلحة الخاصة، و قد أقرّ المشرع الجزائري ذلك من خلال نص المادة 690 من القانون المدني و التي جاء فيها : "يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل و المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة.....".

إن أساس تقييد حق الملكية من أجل المصلحة العامة هو كون المصلحة العامة تعلق على أي مصلحة أخرى، كذلك كونها تشمل مصالح عدة أفراد يشكلون جماعة و الأرجح تغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد مقابل تعويض هذا الفرد تعويضاً عادلاً.

وتخرج قيود الملكية المقررّة للمصلحة العامة عن نطاق هذه الدراسة، إذ يركز هذا البحث على القيود المقررّة للمصلحة الخاصة و التي ترجع بصفة عامة إلى الجوار بين المالك انطلاقاً من قيد عام ارتأيت جعله عنواناً لدراستي ومضمونه ألا يتعسف المالك في استعمال ملكه بحيث يضر بجاره ضرراً غير مألوف.

ويعد تقييد حق الملكية من أجل المصلحة الخاصة أبلغ مظاهر مبدأ التضامن الاجتماعي، فالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تقضي بأنه تجب الموازنة بين مصلحة المالك ومصلحة غيره حتى تؤدي الملكية وظيفتها الاجتماعية على أحسن وجه.

وأهم ما يطلب من المالك هو الامتناع عن الإضرار بالجوار سواء بأداء أعمال سلبية يمتنع بها عن الإضرار بغيره، أو حتى بأعمال إيجابية لصالح الجار وهي أبلغ صورة تبرز الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية.

خلاصة

يعتبر حق الملكية العقارية من أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا ، وهو حق عيني يرد على شيء معين بذاته وتتميز الملكية بكونها حقا جامعا لسلطات ثلاث في يد المالك هي سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال وسلطة التصرف، كما يتميز حق الملكية بأنه حق مانع للغير من مشاركة صاحب هذا الحق في التمتع، كما أنه حق غير مطلق إذ ترد عليه قيود تحد من سلطات المالك بحسب ما تقضي به القوانين و الأنظمة حماية للمصلحة العامة أو الخاصة. ولقد مر نظام الملكية العقارية في الجزائر بعدة مراحل ابتداء من العهد العثماني 1518 إلى غاية الاحتلال الفرنسي 1830 وقد استعمل الاستعمار الفرنسي خلال هذه الفترة شتى الوسائل للاستيلاء على الأراضي الجزائرية. وبعد الاستقلال سعت الدولة الجزائرية إلى إصدار قوانين لتنظيم حق الملكية و التي من خلالها سايرت سائر الاتجاهات الحديثة في رفضها للفكرة التقليدية للملكية باعتبارها حقا مطلقا، نظرا لكون المالك مقيدا في استعمال ملكه بعدم الإضرار بأموال غيره.

الفصل الأول

قيود الجوار العامة

الفصل الأول

قيود الجوار العامة

لقد نظم المشرع الجزائري علاقات الجوار بين الملاك و أأزم المالك في استعمال حقه بعدم التعسف إلى حد يضر بملك جاره ضررا غير مألوف⁽¹⁾، وبذلك يكون المشرع قد وضع قيودا على حق الملكية التي اختلف الفقهاء حول تقسيماتها، فمنهم من قسمها إلى قيود ترد على حرية التملك وأخرى ترد على سلطات المالك و قسموها بدورها إلى قيود إرادية و قيود قانونية، وقد أجمعوا على أن القيود القانونية هي تلك القيود التي ترمي إلى رعاية مصالح الجيران أو من يتصل استعمال الحق بهم من الأشخاص، وهي ترجع بوجه عام إلى الجوار بين الملاك.

وقد أقر المشرع الجزائري مسؤولية الجار عن الإخلال بالتزامات الجوار، و رتب عنها تعويضا في مقابل الضرر الذي يلحقه المالك بجاره، و تتحقق مسؤولية المالك بتسببه في أضرار غير مألوفة لا يمكن تحملها.

ومن أهم القيود المقررة على سلطات المالك مراعاة للجوار قيد عدم التعسف في استعمال الحق، هذا ما أتناوله في المبحث الأول من هذا الفصل ، ثم التزامات الجوار كقيد أيضا على حق الملكية الخاصة، و أخصص المبحث الثالث لمسؤولية المالك عن مضار الجوار الغير مألوفة.

(1) انظر المادة 691 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الأول

التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة

إن استعمال الحقوق لا بد أن يكون سبيلا إلى تحقيق المصالح وجلبها وإلى دفع المفساد وتجنبها⁽¹⁾، ولم تكن هناك قيود فيما مضى على استعمال الشخص لحقه، بل كان له مطلق الحرية في هذا الاستعمال وقد ساد ذلك في ظل انتشار التزعة الفردية التي كانت تنظر إلى مصلحة الفرد وترى أن مصلحة الجماعة تتحقق إذا ما كفل للأفراد تحقيق مصالحهم الفردية، وقد أدى هذا إلى عدم إخضاع الفرد في استعماله لحقه لرقابة ما، فلا يجوز منعه من استعمال حقه كما لا تجوز مساءلته عما يترتب عن هذا الاستعمال من ضرر بالغير.

وإذا كان هذا المذهب قد انتقد لما أدى إليه من نتائج ظالمة فإن الأمر قد انتهى إلى التخفيف من إطلاقه ذلك أن الفرد إذا كان يهدف من وراء استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة خاصة به، فإنه لا يجوز أن يتعارض مع مصلحة الغير والقانون إذا كان يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه فإنه يحميه طالما أنه كان يسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال، فإذا تجاوز هذا النطاق واستعمل حقه استعمالا غير مشروع تخلت عنه الحماية القانونية. فعند التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة يضحى بهذه الأخيرة، فلا تستحق الحماية القانونية لأن الشخص حينئذ يكون متعسفا في استعماله لحقه.

وفكرة التعسف في استعمال الحق فكرة قديمة لها أصولها التاريخية التي تبلورت ورسخت بشكل واضح في القرن العشرين بفعل النظرة الحديثة إلى الحقوق التي قيدتها وجعلت الحق والواجب متلازمين، وفرضت على كل حق واجبا⁽²⁾

ولم تقتصر قاعدة التعسف في استعمال الحق على حق الملكية وإنما شملت كل الحقوق والمباحات⁽³⁾.

(1) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977، ص: 121.

(2) منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص: 221.

(3) عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988م، ص: 496.

ولما كان حق الملكية أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقاً، فإن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق يبدو أوضح و أوسع في مجاله، غير أنه لا بد من فهم هذه القاعدة بوجه عام لتكوين فكرة عامة عنها، و من ثم يسهل تطبيقها على حقوق الملكية الخاصة. وقد أورد المشرع هذا المصطلح في بعض نصوصه، إذ نص في المادة 01/691 من القانون المدني على أنه : "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"

لذا قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، أتعرض في الأول إلى مفهوم قاعدة التعسف في استعمال الحق، ثم في المطلب الثاني صور التعسف في استعمال الحق، وأخيراً سيكون المطلب الثالث محاولة لتطبيق هذه النظرية على الملكية العقارية الخاصة التي يدور حولها هذا البحث.

المطلب الأول

مفهوم التعسف في استعمال الحق

لقد تطورت سياسة المشرع التشريعية، فلم يعد متردداً في استعمال مصطلح "التعسف"، ولم يعد متحفظاً من سعة الاصطلاح وإيمامه، بعد أن ارتبطت فكرة التعسف بطبيعة الحق و غايته، و قيدت استعمالاته المختلفة بتحقيق مصلحة جادة و مشروعة لصاحبه. معيار موضوعي يقوم على الموازنة و الترجيح و مرده قواعد العدالة⁽¹⁾ ورغم تعدد الآراء حول هذا المصطلح من حيث طبيعته و مدى صحته و دقته، و من حيث ارتباطه بالخطأ أو استقلاله عنه، و هو ما سيناقش في حينه، إلا أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار هذه النظرية التي لم تعرف في القوانين الوضعية إلا في أوائل القرن العشرين الميلادي و على نحو ضيق و مبهم⁽²⁾

(1) شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق وطبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، ط01، دار الشروق، القاهرة، 2008،

ص: 25
(2) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص: 45

وأحاول في هذا المطلب تبيان ماهية التعسف و طبيعته و سببته من خلال ذلك الفرق بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة حدود الحق.

الفرع الأول

تعريف التعسف في استعمال الحق

التعسف في اللغة هو أخذ الشيء على غير طريقته و مثله الاعتساف، وعسفه عسفاً أخذته بقوة، وعسف في الأمر : فعله من غير روية و لا تدبر⁽¹⁾.

واصطلاحاً اختار البعض تعبير المضارة في استعمال الحق و هو التعبير المختار لدى فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة، وأخذ هذا التعبير من القرآن الكريم عند تنفيذ الوصية إذا لم يكن فيها مضارة، تطبيقاً لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴾⁽²⁾

وفي لغة القانون يعرف بأنه انحراف بالحق عن غايته⁽³⁾ أو استعمال الحق على وجه غير مشروع⁽⁴⁾

و بموجب هذه النظرية يلتزم الشخص بالحدود الموضوعية المرسومة لحقه، فهو يستعمل حقه في هذه الحدود، لا يخرج عنها، ولكنه يتعسف في هذا الاستعمال، فيكون هذا خطأ منه يستوجب مسؤوليته⁽⁵⁾

ويطلق القانون الفرنسي عبارة *Abus de droit* على نظرية التعسف في استعمال الحق والحقيقة أن الترجمة الحرفية لكلمة *Abus* تعني إساءة. كما يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية عبارة المضارة في استعمال الحق.

ومهما يكن من اختلاف، فإن مضمون هذه النظرية أنه إذا قام صاحب الحق بالانحراف عن غاية هذا الحق، فإنه يعد متعسفاً مسؤولاً عن فعله⁽⁶⁾.

(1) لسان العرب لمختار الصحاح، ج 04، ص : 2943.

(2) الآية 12 من سورة النساء.

(3) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص : 349.

(4) عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص : 496.

(5) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص : 55.

(6) شوقي السيد، المرجع السابق، ص : 96.

الفرع الثاني

طبيعة التعسف في استعمال الحق

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة التعسف في استعمال الحق، بعد الإقرار بوجودها، غير أن منهم من انتقد بشدة هذا التعبير لكونه غير دقيق و غير صحيح بحسبهم، واختلفوا في ذلك بين من يرى أن التعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة عن الخطأ، ومنهم من ينادي بعدم استقلالهما.

ومن خلال ذلك منهم من اعتبر التعسف تجاوزا للحق أو عملا دون حق، ومنهم من قال بأن التعسف و الخطأ سواء، و منهم من قال بأن التعسف خطأ من نوع خاص، وهناك من أخرج التعسف عن نطاق المسؤولية التقصيرية وربطها بمبادئ الأخلاق أو المبادئ الاجتماعية للحقوق.

وسأوضح فيما يلي الخلاف الدائر حول تحديد طبيعة التعسف ثم موقف المشرع الجزائري من ذلك.

1- الخلاف الدائر حول تحديد طبيعة التعسف

لقد تزعم الفقيه الفرنسي بلانيول Planiol الاتجاه القائل بأن التعسف في استعمال الحق *Abus de droit* لا يعدو أن يكون تجاوزا للحق *Dépassement de droit* وهو بهذا المعنى عمل غير مشروع *Acte illicite* يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية، وللفقيه بلانيول قول ذائع الصيت في هذا الخصوص، إذ قال: "إن الحق ينتهي من حيث يبدأ التعسف" *"Le droit cesse ou l'abus commence"* (1)

فقيام التعسف هنا يتحقق عند مجاوزة الحق و من قول الأستاذ بلانيول يستخلص رأيه المتمثل في كون التعسف و الحق لفظان متناقضان و هو يقر بأن الحقوق ليست كلها مطلقة، و أن استعمال الحق ينبغي أن يبنى على أسباب مشروعة.

(1) المرجع السابق، ص: 100

فقد تأثر بلانيول بالمنطق الشكلي للمسؤولية التقصيرية الذي يجعلها قاصرة على الخروج عن الحق.

ومن الفقهاء من رأى أن التعسف و الخطأ سواء، فالشخص ملزم بالعمل بعناية و بطريقة يتحاشى بها الأضرار التي قد تصيب الغير، و ذلك بحذر و حرص، و تجد هذه الفكرة معناها بغض النظر عن كون العمل المكون للخطأ قد جرى بمناسبة استعمال الحق أم لا، فيعد مرتكباً خطأً تقصيرياً من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير و يعد مرتكباً خطأً شبه تقصيري من يستعمل حقه دون قصد الإضرار بالغير و لكن بإهمال و عدم تبصر و يقظة⁽¹⁾ و الخطأ التقصيري كما هو معروف، هو انحراف في السلوك، لا يأتيه الرجل العادي إذا وجد في الظروف الخارجية التي أحاطت بمن أحدث الضرر، فالسلوك المألوف هو الذي اعتاده الناس في حياتهم.

ثم جاء رأي مناف للرأي السابق يقول بأن التعسف متميز عن الخطأ في صورته العادية، و لكن دائماً في نطاق المسؤولية التقصيرية، فالخطأ هنا مرتبط بغاية الحق الاجتماعية، و لذلك ينبغي استعمال الحقوق بما يتفق مع هذه الغاية، و بما يتفق مع المبدأ العام في الحقوق سواء كان مردها الأخلاق أو المبادئ الاجتماعية.

ولاشك أن فكرة التعسف قد أخذت من الشريعة الإسلامية منهجاً و هي في هذا المجال أشد اتساعاً من فكرة الخطأ.

فالتعسف في استعمال الحق يختلف عن الخروج عن حدود الحق ذلك أن الخروج عن حدود الحق أو تجاوز هذه الحدود يدخل الشخص في نطاق ممنوع عليه، و يعتبر هذا التجاوز محض تعد على الغير⁽²⁾، مثل ذلك حالة تعدي الشخص حدوده والدخول في ملك جاره فالمالك هنا تجاوز حدوده فإذا استغل ملك الجار كان مخطئاً في ذلك و التزم بالتعويض. أما في حالة التعسف في استعمال الحق، فإن الشخص لا يتجاوز حدود حقه بل إنه يستعمله في النطاق المحدد له، و مع ذلك فإن القانون لا يقر هذا الاستعمال إذا تعسف صاحب الحق.

(1) المرجع السابق، ص: 105

(2) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص: 847

2- تحديد طبيعة التعسف في التشريع الجزائري

إن للشريعة الإسلامية أهميتها من الناحية العملية، لذلك كانت من أهم المصادر التي استقى منها القانون المدني أحكامه، لذا اعتبرها مصدرا من مصادره في المرتبة الثانية بعد التشريع⁽¹⁾، ويجد التعسف في استعمال الحق مصدره الحقيقي في أحكام الشريعة الإسلامية وتعرف بقاعدة المضارة في استعمال الحق⁽²⁾.

هذا لأن الفقه الإسلامي نظر إلى الحق نظرة اجتماعية، فقيد التصرف في الحق كسبا وانتفاعا بالنسبة إلى صاحبه، و بالنسبة إلى الغير، فردا كان أم جماعة، بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشارع، والمحافظة على الغير⁽³⁾.

ومن أهم النظريات الحديثة التي كانت معروفة لدى فقهاء المسلمين اعتبار الحق وظيفة اجتماعية و تطبيق هذه النظرية بصدد إساءة استعمال الحق. وأمام إقرار الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، كان على المشرع الجزائري وعلى غرار غيره وضع قيود على استعمال هذا الحق، هذه القيود تنبع من مبدأ عام هو عدم التعسف في استعمال الحق.

و قد وضع المشرع الجزائري نصا يقرر نظرية التعسف في استعمال الحق، و بين صور هذا التعسف في المادة 124 مكرر من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للقانون المدني.

و قد غير المشرع الجزائري موضع هذه المادة، إذ أعاد إدراجها تحت قسم المسؤولية عن الأفعال الشخصية، بدلا مما كانت عليه قبل هذا التعديل، حيث أدرجت المادة سابقا تحت الفصل الثاني الخاص بالأشخاص الطبيعية في المادة 41 التي ألغيت بموجب نفس القانون.

كما أورد المشرع القاعدة نفسها في القسم الثالث الوارد تحت الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية، تحت الباب الأول المتعلق بحق الملكية بعنوان القيود التي تلحق حق الملكية في المادة 691 التي نصت على أنه : "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار".

(1) انظر المادة الأولى من القانون المدني الجزائري.

(2) عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 498.

(3) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص: 34.

المطلب الثاني

صور التعسف في استعمال الحق

يتحقق التعسف في استعمال الحق في صور ثلاث، إذا تحقق أحدها اعتبر الشخص مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي تصيب الغير من جراء تعسفه، ويخضع تقدير التعويض للقواعد العامة⁽¹⁾

وقد نصت المادة 124 مكرر من القانون المدني على هذه الصور كما يلي:

"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

و من هذه المادة يتضح أن المشرع وضع صوراً أو حالات ثلاث للتعسف في استعمال الحق و قد اعتبرها أغلب الفقهاء معايير للتعسف و فيما يلي شرح لكل صورة من هذه الصور على حدى.

الفرع الأول

قصد الإضرار بالغير

هذه أول صورة من صور التعسف، وهي أكثرها وضوحاً، فلو أن المالك وهو يستعمل حق الملكية، كان الدافع له إلى ذلك هو إحداث ضرر للجار، بدون أن يصيب منفعة من ذلك، كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفاً يستوجب مسؤوليته⁽²⁾ ويظل متعسفاً حتى ولو ترتب على هذا الاستعمال بعض الفوائد له، فالمنفعة هنا تعد قرينة على قصد الإضرار⁽³⁾. هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف و أكثرها شيوعاً في الشرائع

(1) عبد الهادي فوزي العوضي، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص: 323

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 689.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 56.

الحديثة، لأنه كثيرا ما يسخر المالك حقه لمجرد تحقيق مآرب شخصية للإضرار بجاره⁽¹⁾. الأمر الجوهرى فى هذا المعيار هو توافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه⁽²⁾.

فإذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأساسى الذى دفع الشخص لاستعمال الحق، كمن يبني حائطا عاليا فى ملكه لكي يحجب النور و الهواء عن جاره، تحقق تعسفه. وإذا وقع الضرر وتبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة فى الاستعمال، أمكن اعتبار انتفاء المصلحة أو تفاهتها قرينة على توافر قصد الإضرار⁽³⁾. فمعيار التعسف فى هذه الحالة شخصى ذاتى، يقتضى الكشف عن نية صاحب الحق عند استعماله، ولما كانت النية أمرا نفسيا داخليا، فلا يمكن الكشف عنها إلا بالاستعانة ببعض المظاهر الخارجية، وعلى ذلك، فقصد الإضرار يمكن الاستدلال عليه من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهتها⁽⁴⁾. ولا بد من إثبات أن صاحب الحق قد استعمل حقه بقصد الإضرار بالغير وهذا القصد يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات⁽⁵⁾، وقد يستدل على قصد الإضرار بالغير من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهة المصلحة التى يحققها.

(1) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية فى ذاته، المرجع السابق، ص: 68.

(2) محمد كامل مرسى باشا، المرجع السابق، ص: 346.

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 56.

(4) عبد الهادي فوزى العوضى، المرجع السابق، ص: 321.

(5) توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص: 849.

الفرع الثاني

عدم التناسب بين الفائدة و الضرر

هذه الصورة الثانية من صور التعسف، لا يتبين فيها قصد الاضرار بالغير و لكن يثبت أن المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية حيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها⁽¹⁾

هذا المعيار موضوعي بحت⁽²⁾ فهو يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق، وإنما يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير.

وقد طبق المشرع هذا المعيار في حالات عديدة، نذكر منها ما نص عليه في المادة 02/708، على أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.

كذلك ما قضت به المادة 881 من القانون المدني بقولها :

"يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به". ويمكن أن يعد من تطبيقات هذا المعيار الحالة التي يتيسر المالك فيها وسائل متعددة لاستعمال حقه، فيختار منها أكثرها إضراراً بالغير، دون نفع كبير يعود عليه من جراء هذا الاختيار⁽³⁾.

إن هذا المعيار باعتباره معياراً موضوعياً يتسم بالمرونة و الليونة، من شأنه أن يسهل كثيراً من مهمة القضاة، و يحقق عدالة كبيرة، إذ لا يعتمد على ضابط محدد أو معيار نفسي، وفضلاً عن ذلك، فإنه في ذات الوقت يتيح للقضاة حرية كبيرة في تقدير تفاهة المصلحة أو جدتها، وهو تقدير يتمتع فيه القضاء بسلطة تقديرية واسعة في رقابة الحقوق واستعمالها

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج08، حق الملكية، المرجع السابق، ص : 690.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص : 57.

(3) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، المرجع السابق، ص : 72.

في ضوء تحقيق غايتها، إذ تؤدي الرقابة هنا إلى التوفيق و التناسق بين المصالح المتعارضة، وتضع الحق في مكانه الصحيح و تؤكد بقاءه لتحقيق به المصالح الفردية و الاجتماعية على السواء⁽¹⁾

الفرع الثالث

عدم مشروعية المصلحة المتبغاة

من الاستعمال

قد يتخذ الحق ذريعة لتحقيق مصالح غير مشروعة احتيالا على قواعد القانون و تخلصا من أحكامه تحت ستار الحق⁽²⁾

غير أن الحق لا يجوز استعماله في غير المصلحة التي شرع من أجلها، و المصلحة المقصودة هنا هي تلك التي رسمها القانون و قررها الحق. إذ يعتبر الفعل تعسفيا إذا استعمل لمصلحة تافهة و غير جدية أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة تهدف إلى الإضرار بالجار⁽³⁾.

كما تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب. وإذا كان المعيار في هذه الحالة ماديا في ظاهره، إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الأساسية لنفي المشروعية عن المصلحة⁽⁴⁾، ويتحقق ذلك في عدة صور كتخصيص المالك منزله لمقابلات مخالفة للآداب أو لتعاطي المخدرات.

وهكذا، يبدو واضحا أن المصلحة قيد على استعمال الحق، لأنها تمثل غاية له، وعلى صاحب الحق عند استعمال سلطاته المقررة أن يحقق من هذا الاستعمال مصلحة أو منفعة، ولم يكن ذلك تافها، وإنما كانت المصلحة بحاجة إلى ضوابط إذ أن قيامها وحده غير كاف بذاته بل يجب أن تتسم المصلحة بالجدية أي عدم تافهتها و هذه الجدية نتيجة موازنة بين المصلحة و الضرر، فإذا كانت المصلحة تافهة فإن من يسعى إلى تحقيقها يعد متعسفا في استعمال حقه. فالتعسف يقع إذا انعدمت المصلحة أو أصابها عيب ما في إحدى

(1) شوقي السيد، المرجع السابق، ص: 217.

(2) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص: 39.

(3) Alex Weill, Ibid. Op.cit., P: 121

(4) محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ج 01، ص: 346.

ضوابطها، لأن المالك إذا كان مستهترا فإنه لا يبالي بما يصيب جاره من ضرر بليغ لقاء منفعة تافهة لنفسه، و من ثم يتوافر الخطأ في جانبه.

المطلب الثالث

تطبيق نظرية التعسف على حق الملكية العقارية الخاصة

لقد كان مجال نظرية التعسف في استعمال الحق قاصرا في أول الأمر على حق الملكية⁽¹⁾، وذلك حين يستعمل الشخص ملكه بقصد الإضرار بالغير، ثم أخذ هذا المجال يتسع تدريجيا بعد ذلك، غير أن أهم تطبيقات هذه النظرية تتعلق بحق الملكية، كما يتسع مجال تطبيقها في استعمال حق الملكية لكونه أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقا. فإذا تعسف المالك في استعمال حق ملكيته فإنه يكون مسؤولا عن تعويض الأضرار التي تصيب جيرانه نتيجة ذلك. فالمالك الذي يغرس أشجارا في أرضه بقصد حجب النور عن جاره، يكون مسئلا لاستعمال حقه و يسأل عن الأضرار التي تلحق جاره نتيجة ذلك. فمصلحة الجار أولى بالرعاية من المصلحة التي يتوخاها صاحب الحق من استعماله لحقه. وقد طبق القانون المدني الجزائري نظرية التعسف على حق الملكية العقارية الخاصة في المادة 01/691 حيث جاء فيها :

" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار "

وهكذا قيد المشرع المالك بقيد عام مضمونه عدم التعسف في استعمال ملكيته إلى حد الإضرار بملكية جاره و من خالف ذلك يعد مسؤولا، و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 200420 الصادر بتاريخ 2001/09/27 حيث جاء في مضمون القرار في مناقشة إحدى أوجه الطعن ما يلي :

"الوجه الثاني مأخوذ من خرق القانون بدعوى أن النزاع لا يتعلق بمحدود الملكية، بل ينحصر في تعسف المطعون ضدهم في استعمال حقهم إلى حد أنهم سببوا أضرارا بملكية

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 55

جارهم الطاعن و أن مزاعم المطعون ضدهم بأن والدتهم لا تزال على قيد الحياة و أن الأملاك لا تزال شائعة لا تؤثر على طبيعة النزاع ما دام أن الأمر يتعلق بمضار الجوار الغير مألوفة كما هو ثابت و مبين من خلال تقرير الخبرة التي اعتمدها المحكمة الابتدائية، و من هنا كان على قضاة الاستئناف وفقا للمادة 691 من القانون المدني أن يتأكدوا مما إذا كانت المضار تجاوزت الحد المألوف بدلا من القول أن العقار الموجود عليه المرر موضوع النزاع لا زال في حالة الشيوخ، و بقضائهم كما فعلوا فقد خالفوا القانون⁽¹⁾، و تتحقق مسؤولية المالك طبقا للقواعد العامة إذا تجاوز الحدود الموضوعية لحقه أو تعسف في استعمال هذا الحق، شأنه في ذلك شأن غيره من الأشخاص⁽²⁾.

وقد قيل كذلك في شرح مسؤولية المالك عن تعسفه في استعمال حقه أن التعسف يقوم إذا لم يخرج المالك عن الحدود التي رسمها القانون له لممارسة حقه إلا أنه ومع ذلك وقع منه خطأ بسبب استعماله للملكة بطريقة تعسفية ألحقت ضررا بجاره.⁽³⁾

فالمالك يستعمل ملكه على النحو الذي يريد لكي يحصل على جميع المزايا الممكنة من الشيء، وعلى الملاك المجاورين أن يتحملوا ما ينجم عن هذا الاستعمال من مضايقات أو أضرار مادام أنهما من قبيل الأضرار العادية المألوفة، أما إذا تهادى المالك في استعمال ملكه لدرجة إضراره بجاره ضررا غير مألوف، فهو يسأل عن ذلك الضرر و هذا ما سنراه في المبحث الموالي.

(1) الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء 01، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، 2004، ص: 288.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 59.

(3) Alex Weill, Ibid. Op.cit., P: 125.

المبحث الثاني

التزامات الجوار كقيد على حق الملكية

العقارية الخاصة

إن القيود القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة، هي تلك القيود التي ترمي إلى رعاية مصالح الجيران أو من يتصل استعمال الحق بهم من الأشخاص، وأغلب هذه القيود يرد على الملكية العقارية وترجع بوجه عام إلى الجوار ما بين الملاك. وقد كرست مسؤولية المالك تجاه جيرانه منذ القدم، ليس فقط بسبب الأضرار التي يلحقها بهم دون أن تكون له مصلحة بل و تقوم مسؤوليته كذلك عن المضار الغير مألوفة التي قد يلحقها بجيرانه حتى و لو كان ذلك يحقق له مصلحة⁽¹⁾.

و قد نص القانون المدني الجزائري في المادة 691 على أنه :

" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.

و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين، و الغرض الذي خصصت له "

و بمقتضى ذلك يسأل المالك عن الأضرار التي أصابت جاره، ثم أضافت الفقرة الثانية أن المالك مقيد في التصرف بملكه بما يمنع الأضرار الغير مألوفة، فالضرر المألوف لا بد من تحمله و التسامح فيه و إلا لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة، و ليس ثمة شك في أن الإضرار بالجار إضرارا فاحشا يخل بالتوازن بين المصالح الفردية و الإخلال بالمصلحة العامة، لحساب الصالح الفردي⁽²⁾

إن مسؤولية المالك هنا تعد مسؤولية خاصة دفعت إليها ضرورة وجود تنظيم خاص يفض التعارض بين حقوق الملاك المتجاورين في استعمالهم لحقوق ملكياتهم على نحو

(1) Marcel Planiol et Georges Ripert, Traité pratique de droit civil français, Librairie générale de droit et de jurisperdence, Paris, 1930, P : 795.

(2) شوقي السيد، المرجع السابق، ص: 317.

ما يرغبون، كما يراعى أن الفكرة الواجب أن يقوم عليها هذا التنظيم هو وجوب أن يتحمل كل جار ضررا عاديا مألوفا من المضايقات التي لا مفر من التسامح فيها بين الملاك المتجاورين. لكن ليس على الجار أن يتحمل من الأضرار ما يجاوز هذا القدر، فالمنطق و العدل يقتضيان أن استعمال المالك لحقه يجب ألا يترتب عليه أذى أو ضررا فاحشا لحقوق غيره من الملاك⁽¹⁾.

وتجد قاعدة عدم الإضرار بالجار مصدرها في الشريعة الاسلامية انطلاقا من قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر و لا ضرار"⁽²⁾ وغيرها من الأحاديث الكثيرة التي حرمت الإضرار بالجار و قيدت المالك باستعمال ملكه بالقدر الذي لا يضر بالآخرين. ومن خلال هذا المبحث، أحاول تحديد مضار الجوار الغير مألوفة و مفهومها ثم تمييزها عن قاعدة عدم التعسف في استعمال الحق وشروط توافر مضار الجوار الغير مألوفة و ذلك من خلال المطالب التالية.

المطلب الأول

ماهية الجوار

لقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 691 على وجوب التزام المالك في استعمال حقه بعدم التعسف إلى حد يضر بملك الجار ضررا غير مألوف. وللجوار في اللغة عدة معان لا تخرج عن معنى الالتصاق و القرب و منها المجاورة في السكن. وقد أخذ هذا المبدأ عن الشريعة الإسلامية التي حرصت على إكرام الجار و الإحسان إليه و دفع الأذى عنه، لتعيش الأمة الإسلامية على أساس من المودة و التآلف بعيدة عن التباغض و الشحناء⁽³⁾. ويتضح ذلك في الآية 04 من سورة الرعد، بعد بسم الله الرحمن الرحيم: **وَفِي الْأَرْضِ قِطْعٌ مُّتَجَاوِرَاتٌ وَجَنَّاتٌ مِّنْ أَعْنَابٍ وَزُرْعٌ وَنَخِيلٌ**

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص: 52.

(2) عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 509.

(3) المرجع السابق، ص: 555.

صِنَوَانٌ وَغَيْرُ صِنَوَانٍ يُسْقَى بِمَاءٍ وَاحِدٍ وَنُفْضِلُ بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ فِي الْأَكْلِ^ع
 إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴿٥٠﴾ وقد قيل في شرح هذه الآية عن قوله
 تعالى: "و في الأرض قطع متجاورات" أي أرض يجاور بعضها بعضا، منها ما تنبت ما
 ينفع الناس و منها ما لا تنبت شيئا وكلها متجاورة⁽¹⁾

كما ورد في السنة النبوية الشريفة ما يدل على النهي عن إيذاء الجار حيث جاء في صحيح
 البخاري عما رواه ابن عمر و عائشة عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: " ما زال
 جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه"

كما روى أبو هريرة أن رسول الله قال: "من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يؤذ جاره"
 ولا نجد للجوار تعريفا في القانون المدني و يمكن القول أن الجوار يتجسد في تلاصق
 عقارين أو أكثر. و قد ثار في الفقه تساؤل عن مدى التلاصق الذي يتحقق به الجوار،
 فذهب بعض الفقهاء⁽²⁾ إلى ضرورة امتداد التلاصق بين العقارين امتدادا كافيا للقول
 بوجود الجوار بين العقارين، مع ترك تقدير كفاية هذا التلاصق في تحقيق معنى الجوار في
 كل حالة على حدى إلى القاضي.

وذهب البعض الآخر من الفقهاء - و هو الرأي الراجح - إلى أن مجرد اتصال عقارين في
 أقل قدر، كاف لتحقيق معنى الجوار.

وبناء على ذلك، فإن حالة الجوار توجد إذا تحقق التلاصق بين العقارين بأي امتداد مهما
 صغر، فلا يشترط أن يمتد التلاصق لمسافة معينة. ولا شك أن الجوار واقعة طبيعية من
 ناحية وواقعة اجتماعية من ناحية أخرى لا يخل منها مكان، والمقصود بالأولى أن الجوار
 واقعة تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان أي دخل في حدوثها، أما الثانية فمعناها
 أن الإنسان لا يستطيع الاستغناء عن غيره فهو حتما يحتاج إلى من يجتمع معه، وبعبارة
 أخرى الجوار أمر لازم للإنسان في الحياة، لا يستطيع الفرار منه، فمن الحقائق المسلم بها أن
 الإنسان كائن اجتماعي لا يعيش إلا في جماعة وأنه مدني بطبعه مدفوع بغريزته إلى أن

(1) تفسير بن كثير، ج 02، ص: 500.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 09، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت،
 1967، ص: 568.

يختلط بغيره من بني جنسه ليتبادل معهم المنفعة حيث لا يستطيع إشباع كل حاجاته بمفرده ولذلك نشأت بينه وبين غيره من أفراد الجماعة علاقات.

وعلى ذلك يبدو الفرد مغزولا في النسيج الاجتماعي⁽¹⁾، ومن ثم فإن الفرد المنعزل الذي لا جار له وليس جارا لأحد هو ضرب من ضروب الخيال والوهم الذي لا وجود له في الواقع الملموس.

ومهما يكن الجوار، رأسيا أم جانبيا، وسواء كان الجار مالكا للعقار أو مستأجرا له، فإن طبيعة علاقات الجوار تقتضي فرض الواجبات أو تقرير الحقوق على نحو متبادل بين الجيران، تحقيقا لمبدأ التكافل الاجتماعي الذي يتطلب تقييد الحقوق و عدم إطلاقها⁽²⁾. وهكذا كانت ولا زالت التزامات الجوار التي قررها المشرع على غرار غيره قيودا قانونيا مقررا على حق الملكية العقارية الخاصة للفرد، يلتزم بموجبها باستعمال ملكه على نحو لا يلحق ضررا فاحشا بجاره.

المطلب الثاني

مفهوم مضار الجوار الغير مألوفة

لقد نصت المادة 691 من القانون المدني على مضار الجوار الغير مألوفة كقيد من القيود التي ترد على حق الملكية العقارية الخاصة، والغاية من هذا القيد هي حماية الجيران من الضرر الذي يلحقهم من استعمال المالك لحقه، والملاحظ أن هناك قواعد أخرى في القانون المدني تهدف إلى هذه الغاية، كقواعد المسؤولية عن الأفعال الشخصية و التي تلزم الشخص بتعويض الغير عن كل خطأ يرتكبه بخطئه (المادة 124 قانون مدني و المادة 124 مكرر و التي تمنع التعسف في استعمال الحق).

والملاحظ أن المواد التي أوردها المشرع لتنظيم علاقات الجوار و بيان القيود التي ترد عليها، تضمنت القيود و جزاء مخالفتها دون تبيان معنى الجوار. ومن استطلاع المواد المذكورة يمكن القول أن الجوار في القانون المدني هو التلاصق بين عقارين مختلفين لمالكين مختلفين،

(1) عبد الرحمن علي حمزة، مضار الجوار غي المألوفة والمسؤولية عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص: 55.

(2) منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص: 172.

مهما كانت المسافة التي يتحقق فيها، فإذا لم يتحقق التلاصق فلا يكون هناك جوار بينهما، و بالرغم من أن القانون لم يعرف الضرر، بل نص على أنواع الضرر المختلفة من ضرر مادي و معنوي...⁽¹⁾ إلا أن الفقه يتفق مع اعتباره كل مساس بمصلحة مشروعة للشخص⁽²⁾. كما عرف بأنه ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له⁽³⁾، فالضرر قوام المسؤولية فإذا لم يتوافر الضرر فلا مسؤولية وإن أمكن قيامها مع تخلف الخطأ⁽⁴⁾.

والضرر ضرران : مادي ومعنوي.

فالضرر المادي قد يصيب الجار في جسمه كأن يصاب الجار المضروب بمرض معين نتيجة استنشاقه غازات ضارة أو أدخنة سامة، وقد يبلغ الضرر حدا بعيدا قد يصل إلى الموت، كما قد يصيب الضرر الجار في عقاره أو محتوياته كتصدع جدران منزله أو تلوثه. كما قد يمتد الضرر المادي إلى حرمان الجار من الانتفاع بملكه ويعد هذا الضرر البارز بين أنواع الأضرار في بيئة الجوار. هذا عن الضرر المادي، أما الضرر المعنوي فيصيب الشخص في غير ماله كالكرامة والشعور والراحة النفسية. وفي نوعي الضرر يشترط أن يكون الضرر محققا أي غير احتمالي وأن يكون نتيجة مباشرة للخطأ أو الفعل.

وقد أوجب المشرع على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، إذ لا يسأل المالك عن أي ضرر و إنما يجب أن يتجاوز الضرر الحد المألوف، ذلك أنه لو سئل المالك عن أي ضرر يلحقه بجاره بسبب استعمال حقه في الملكية لأصبح المالك في حرج شديد، حيث لا يأمن الملاك مهما بلغ حرصهم في استعمالهم لحقوقهم من أن يترتب على هذا الاستعمال قدر من الضرر للجيران، ولهذا يجب أن يتحمل كل منهم قدرا من الأضرار التي يفرضها الجوار، ويمكن التسامح فيها و تلك هي مضار الجوار المألوفة أو تلك

⁽¹⁾Philippe Le Tournerau et Loic Cadiet, Droit de la responsabilité, Dalloz Action, édition Beta, Paris, 1997, P : 174.

⁽²⁾ محمد حسنين، المرجع السابق، ص: 160.

⁽³⁾ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 127.

⁽⁴⁾ عبد الرحمن علي حمزة، المرجع السابق، ص: 94.

المضار التي لا يمكن تجنبها، أما إذا تجاوزت تلك الحدود انقلبت إلى مضار غير مالوفة أي مضار تجاوز الحد المألوف⁽¹⁾

و قد قيل في الضرر الفاحش أنه⁽²⁾: "ما يكون سببا للهدم، و ما يوهن البناء سبب له، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية و يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء كلية" و لا يعتبر من الضرر الفاحش منع أشعة الشمس أو سد منافذ الهواء على المساكن بل يعد من قبيل الضرر الفاحش أن يحفر الجار بجوار جدار جاره بئرًا توهن بناء الجار و أن يحدث بناء في ملكه ما يمنع الضوء عن جاره.

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في القرار رقم 90943 الصادر بتاريخ 1992/06/16 أنه :

" (من المقرر قانونًا أنه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.....)

ولما كان ثابتًا في قضية الحال أن قضاة الاستئناف حصروا النزاع في تحديد الضرر و مصدره، و قضوا بإلزام الطاعن بتحويل مدخل البناية بعيدًا عن مسكن المطعون ضده بسبب الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، مؤسسين قرارهم على المعاينة المنجز محضرا عنها، فإنهم بذلك قد أحسنوا تطبيق القانون، مما يستوجب رفض الطعن الحالي"⁽³⁾.

ومختصر القول أن الفرق بين الأضرار العادية المألوفة الناشئة عن علاقة الجوار، و بين الأضرار غير العادية يكمن في أن الأضرار العادية هي التي يمكن للجار أن يتحملها، أما الأضرار الغير عادية و هي التي تقوم مسؤولية المالك عنها⁽⁴⁾، هي تلك الأضرار التي لا يمكن بأي حال من الأحوال تحملها من الجار لإلحاقها ضررًا فاحشًا به.

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص: 52

(2) الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون بلد نشر، 1977م، ص: 120.

(3) المجلة القضائية، العدد الأول، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الجزائر، 1995، ص: 101

(4) زهدي يكن، المرجع السابق، ص: 261.

المطلب الثالث

تمييز مضار الجوار الغير مألوفة عن التعسف في استعمال الحق

من الحقائق المسلم بها أن الإنسان أناني بطبعه، ولذلك فهو يسعى إلى تحقيق مصالحه على حساب غيره، و لذلك جاء القانون لينظم مصالح الأفراد داخل المجتمع. و وضع قيودا يمنع بها التعسف في استعمال الحق إذا ترتب عنها مضار غير مألوفة للجار. وفكرة المسؤولية عن مضار الجوار الغير مألوفة ليست بالفكرة الحديثة، إذ ذهب الفقه القديم إلى أن مقتضيات العدالة توجب حماية الجار من الضرر الفاحش الذي يحدق به جراء استعمال جاره لحقه وأن قواعد المسؤولية التقصيرية تبدو قاصرة عن توفير الحماية الفعالة للجار المضروب⁽¹⁾.

ولا شك أن فكرة مضار الجوار وإن كانت فكرة قديمة لم تتخذ أهمية خاصة إلا في العصر الحديث نظرا لبروزها الواضح بفعل عوامل مختلفة تضافرت في هذا السبيل، فتغير الأوضاع الاقتصادية والعمرائية في الوقت الحاضر وازدياد المصانع وكثرة الضوضاء وانتشار التلوث وغير ذلك مما يؤدي الجار ويقلق راحته أدى إلى انتشار هذه الأضرار، كما زاد من أهميتها انكماش المذاهب الفردية وازدياد روح التضامن الاجتماعي بين الأفراد في الجماعة. هذه المضار أشار إليها المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 691 من القانون المدني حيث أزم المالك ألا يستعمل حقه إلا في الحدود التي لا يترتب عنها ضرر لملك جاره. وإذا كان الجوار أمرا لازما في حياة الإنسان و لا يمكنه تجنبه فقد يتولد عن هذا الجوار أضرار لا يمكن أيضا تجنبها أو تحاشيها. لذلك قضى المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة أعلاه بعدم مسؤولية المالك عما ألحقه ملكه بملك جاره من مضار متى كانت مألوفة. و للجار أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و الغرض المخصص منها.

(1) عبد الرحمن علي حمزة، المرجع السابق، ص: 152

بيد أن الدكتور عبد الرزاق السنهوري يعتبر مزار الجوار الغير مألوفة خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ يقول :

"فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفا في استعمال الحق بل هو خروج عن حدود الحق.."، فالخروج عن الحد المؤلف الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجاً عن حدود الحق و ليس تعسفا في استعماله⁽¹⁾.

و هكذا، كيف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الضرر الفاحش أو مزار الجوار الغير مألوفة بأنها مجاوزة للحق و ليست تعسفا.

فمراعاة الحدود الموضوعية لحق الملكية و عدم التعسف في استعماله لا يعفيان المالك من المسؤولية إذا ترتب على استعماله ضرر فاحش للجار، و هذا قيد يفرضه التضامن الاجتماعي بين الملاك المتجاورين⁽²⁾

و يفرض مبدأ التضامن الاجتماعي في مقابل ذلك عدم مساءلة الجار المالك عن مزار الجوار المألوفة و هو ما جاء في الفقرة 02 من المادة 691 من القانون المدني، لأن الجوار ضرورة اجتماعية تقضي بالتعاون و التضامن بين الجيران، و لا غنى لكل جار من أن يتصف بالسماحة و رحابة الصدر، فيتحمل ضرر جاره الطبيعي المؤلف، فكما أن التضامن يتطلب من الجار عدم القيام بعمل يتسبب في ضرر فاحش، فإنه ينبغي على الجيران تحمل الضرر اليسير و المؤلف و المضايقات العادية الناشئة عن الجوار⁽³⁾

ويرجع في تمييز الضرر العادي عن الضرر الغير مؤلف إلى العرف و طبيعة العقار و الغرض المخصص له . و رغم الارتباط الوثيق بين مزار الجوار الغير مألوفة كقيد على حرية المالك في التصرف في ملكه، و بين القيد العام المتمثل في عدم التعسف في استعمال حق الملكية، و الارتباط واضح من خلال نص المادة 01/691، حيث جعلت هذه الأضرار نتيجة عن تعسف المالك في استعمال حقه.

غير أنه ينبغي التمييز بين المعنيين، إذ يحمل كل منهما فكرة مختلفة و مستقلة عن الأخرى.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء

التراث العربي، بيروت، لبنان، 1967، ص: 894.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 59.

(3) منذر عبد الحسين الفضل، المرجع السابق، ص: 217.

ففي حالة التعسف في استعمال حق الملكية، يكون هناك إما قصد المالك لإضرار الجار أو رجحان مصلحة الجار رجحانا كبيرا أو قصد المالك تحقيق مصلحة غير مشروعة كما سبق شرحه، و لذلك يعرض المالك عن الضرر مهما كان ضئيلا⁽¹⁾ بينما في حالة مضار الجوار الغير مألوفة، قد لا يكون هناك أي خطأ من جانب المالك و قد لا يكون قاصدا التعسف في استعمال حق ملكيته إذا لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، لا خروجا عن حدود حق الملكية و لا تعسفا في استعمالها، بل استعمال المالك لحق ملكيته أضر بجاره و لذلك في هذه الحالة لا يعرض المالك جاره عن الضرر إلا إذا كان غير مألوف أي ضررا فاحشا، و لا يعرض عن الضرر المألوف أي الضرر الذي لا يمكن تجنبه بين الجيران كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 691 قانون مدني.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري ربط المعنيين من خلال نص المادة 691 حيث منع الإضرار بالجوار عن طريق التعسف في استعمال الحق.

المطلب الرابع

شروط تحقق مضار الجوار الغير مألوفة

يتضح من نص المادة 691 أن الجار لا يسأل عما يحدثه لجاره من أضرار إلا إذا كانت من الأضرار المألوفة التي لا يمكن تجنبها، أو يمكن تجنبها و لكن بالتضييق على الناس في استعمال حقوقهم، مما يشل أيديهم عن استعمالهم لحقوقهم، لذا جرى العمل بين الجيران على تحمل قدر من هذه المضايقات و الأضرار و التسامح بشأنها، بحيث يمكن وصف هذا القدر بالمضار المألوفة، فلا يكون للجار أن يرجع على جاره طالبا إزالة هذه المضار أو التعويض عنها.

أما ما توجهه نفس المادة على الجار، هو ألا يتعسف في استعمال ملكه إلى حد يضر بملك جاره ضررا يتجاوز الحد المألوف، و قد فضل المشرع الجزائري استعمال لفظ التعسف تعبيرا منه عن إساءة استعمال حق الملكية إلى حد الإضرار بالغير، على عكس المشرع المصري مثلا و الذي استبدل كلمة التعسف التي اعتمدها سابقا بلفظ الغلو في استعمال

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 694.

الحق و ذلك راجع إلى اعتبار مضار الجوار خارجة عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾، إذ تعد مضار الجوار خروجاً عن حدود الحق و ليس تعسفاً فيه. و حسب المشرع الجزائري تتحقق مسؤولية المالك عن الأضرار التي يسببها لجاره بتحقيق شرطين أولهما تعسف المالك في استعمال حقه و ثانيهما الضرر الذي يصيب الجار. و يتحقق التعسف في معنى نص المادة 691 قانون مدني بالعمل الضار بالجوار ضراً غير مألوف و هو المعيار الذي يتحدد به التعسف إذ لا يسأل عن الضرر المألوف، بل يسأل عن العمل الذي يصيب به جاره بضرر غير مألوف.

و يفهم من النص أنه إذا وقع تعسف من المالك دون أن تترتب عليه سوى المضار المألوفة للجوار، لم يكن للجار حق الرجوع على المالك لطلب التعويض.

وبهذا المفهوم، يمكن القول أن المالك إذا تعسف في استعمال ملكيته ولكنه لم يسبب ضرراً مألوفاً لجاره، فهو غير مسؤول عن فعله، أو بعبارة أخرى يمكن للمالك أن يتعسف في استعمال ملكه شرط ألا يلحق ضرراً بجاره

وهذا المعنى يتنافى مع المدلول الواسع لنظرية التعسف في استعمال الحق، إذ نجد أن المشرع و كأنه يرخص للمالك التعسف في استعمال الحق على أن يتوقف في حد عدم الإضرار بجاره ضرراً غير مألوف.

وهذا راجع في رأبي إلى سوء توظيف كلمة التعسف في استعمال الحق و التي تنطوي على نظرية كاملة أوسع نطاقاً من المقصود بهذه الفقرة بالذات من النص.

إذ يلاحظ أن المشرع المصري استعمل كلمة الغلو في استعمال الحق - كما سبق القول - حيث أن المشرع المصري تحاشى اصطلاح "التعسف" لسعته وإبهامه بسبب ما يحيط هذا المصطلح من غموض وخلوه من الدقة، إذ أنه من الصعب التزام الموضوعية والحياد في تحديد الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي لكل حق، الأمر الذي قد يؤدي إلى تأثر القاضي وهو بصدد هذا التحديد بعقيدته السياسية أو مذهبه الاقتصادي ومن ثم يؤدي إلى تحكم القاضي واتباع آرائه الشخصية واختلاف تكييف حالات التعسف بحسب اختلاف اقتناع القاضي⁽²⁾. كما أنه جاء في القانون اللبناني في المادة 1197 من مجلة

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 694.

(2) عبد الرحمن علي حمزة، المرجع السابق، ص: 374.

الأحكام العدلية أنه: "لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً، إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً"⁽¹⁾

كما جاء في نص المادة 1021 من القانون المدني الأردني أن: "للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء، ما لم يكن تصرفه مضراً بغيره ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة"⁽²⁾.

والملاحظ أن هذه التعابير أكثر دقة من تعبير المشرع الجزائري، لذلك ينبغي أن يعيد النظر في صياغة هذه المادة. والضرر الغير مألوف أو الضرر الفاحش كما يطلق عليه هو في حقيقته ثمرة أو نتيجة لفعل مشروع في الأصل، هو التصرف الفعلي في حق الملكية، وسلطة التصرف ثابتة للمالك بمقتضى هذا الحق، فهي مشروعة لذاتها و لكنها تصبح غير مشروعة بالنظر إلى نتيجتها الغير مألوفة⁽³⁾

كما أنه ينبغي في الجار المتضرر أن يكون مستندا في انتفاعه بالعين التي تخصه إلى سبب قانوني كحق ملكية، أو حق انتفاع أو حق إيجار أو حتى مجرد حيازة قانونية، وعلى ذلك فمن اغتصب عينا بدون أن تتوافر لديه شروط الحيازة القانونية، فليس له أن يدعي إصابته بأضرار غير مألوفة⁽⁴⁾

وخلاصة القول أن للمالك أن يتصرف في حدود ملكه و ضمن السلطات التي يخولها إياه حق الملكية، فإذا ترتب على تصرفه هذا ضرر غير مألوف لجاره، بالنظر إلى العلاقة السببية بين فعله أو تصرفه وبين الضرر الناشئ، قامت مسؤوليته عن ذلك و ألزم بالتعويض .

وفيما يلي أتطرق إلى مسؤولية المالك عن الأضرار الغير مألوفة.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 58.

(2) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، المرجع السابق، ص: 74.

(3) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص: 337.

(4) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 27.

المبحث الثالث^١

مسؤولية المالك عن مزار الجوار الغير مألوفة

يترتب عن تسبب المالك في إحداث أضرار غير مألوفة لجاره، إذا تعسف في استعمال حقه حسب نص المادة 691 قانون مدني، مسؤولية هذا المالك عما أصاب جاره من أضرار.

ويقصد بالمسؤولية عموماً، أن يتحمل الشخص عمله عندما يخرج عن قواعد سلوك معينة، وعند مخالفة قواعد قانونية تضعها السلطة التشريعية أو التنظيمية في دولة ما، و يترتب على مخالفتها مسؤولية قانونية⁽¹⁾.

و في إطار المسؤولية المدنية نفرق بين المسؤولية المدنية العقدية و مضمونها الإخلال بالتزام ناشئ عن عقد، والمسؤولية المدنية التقصيرية التي تنشأ عن إتيان عمل يضر به الغير خارج نطاق أي عقد بين المسؤول و المضرور.

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية في المواد من 124 إلى 140 من القانون المدني، وتقوم المسؤولية التقصيرية على أركان ثلاثة هي الضرر والخطأ و علاقة السببية بينهما.

ولا تتحقق المسؤولية إلا بتحقق مزار الجوار التي سبق شرحها، إذ يجب أن يكون الضرر الذي لحق بالجوار قد تجاوز أعباء الجوار المألوفة وبعبارة أخرى يجب أن يتم هذا الضرر بقدر من الجساماة والخطورة بحيث يتجاوز من حيث شدته واستمراريته ما يسود في الحي من أعباء حتى تضافى عليه صفة الأضرار الغير مألوفة، ومن ثم فإذا لم يتجاوز هذا الضرر حد الضرر المألوف، فإن الجوار المضرور يلتزم بتحملة دون تعويض.

والواقع أن فرض شرط الضرر الغير مألوف في نطاق العلاقات الجوارية، هو أمر تفرضه الموازنة بين حق المالك في استعمال ملكه وبين حق جيرانه في عدم الإضرار بهم جراء هذا الاستعمال، إذ ليس من المقبول منع المالك من كل استعمال يترتب عليه ضرر بجاره لا

(1) دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام) دار العلوم، عنابة، 2004، ص: 76.

يمكن تجنبه، وليس من المقبول أيضا تحمل الجار كل الأضرار الناجمة عن هذا الاستعمال، فالعدالة تقتضي التمييز بين ما هو مألوف وما هو غير مألوف بين الجيران وبالتالي تحميل المالك مسؤولية الأضرار غير المألوفة وحدها.

وتقوم مسؤولية المالك أساسا على تعسفه في استعمال ملكه إلى حد الإضرار بغيره ضررا غير مألوف.

ويعد معيار تقدير الضرر من حيث كونه مألوفًا أو غير مألوف معيارا مرنا⁽¹⁾، ويستند القاضي في تقدير الضرر إلى عدة اعتبارات يقدر من خلالها مقدار الضرر و مقدار التعويض اللازم لدرء ذلك الضرر و كذا كيفية دفع ذلك التعويض، و هو ما سيتم التعرض إليه في هذا المبحث المقسم إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

تقدير الأضرار الغير مألوفة

إن تحديد ما إذا كان الضرر مألوفًا أو غير مألوف مسألة موضوعية يترك التقدير فيها لقاضي الموضوع⁽²⁾، حيث ينظر القاضي في ظروف الحالة و بذلك تتيح مرونة هذا المعيار في مواجهة كافة الظروف و مسايرة التطور و ما يستحدثه التقدم الصناعي من صور جديدة للمضار، فالضرر غير المألوف كما سبق الذكر هو الذي يزيد عن الحد المعهود في ما يتحملة الجيران عادة بعضهم من بعض بحكم الجوار، فإذا زاد الضرر عن هذا الحد كان ضررا غير مألوف ووجب التعويض عنه. ونظرا لكون المسؤولية المدنية عن الأضرار في بيئة الجوار تأخذ طابعا خاصا في هذا الصدد فإن هناك ظروفًا معينة قد تؤثر بشكل أو بآخر في تقدير الضرر غير المألوف أو الفاحش أي في قيام المسؤولية من عدمها.

وفي بيان الظروف التي يعتد بها القاضي في تحديد الضرر الغير مألوف، قضى المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 691 على أنه يراعى في تقدير الضرر العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين، و الغرض الذي خصصت له.

(1) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 207.

(2) المرجع السابق، ص: 207.

فالحكم على الضرر من كونه مألوفاً أم غير مألوف مسألة تتوقف على الظروف الخاصة بكل حالة، بمعنى أن ضرراً معيناً قد يكون مألوفاً في ظروف معينة و لكنه يعتبر غير مألوف في ظروف أخرى، فالمضايقات التي تنتج من دخان المصانع قد تكون ضرراً مألوفاً في حي مخصص للمصانع و لكنه لا يعد كذلك في حي سكني.

والملاحظ أن المشرع اعتد بظروف موضوعية تتعلق بالعقار نفسه أو باستعماله في الصور المعتادة، لا الظروف الشخصية للجار، و هذه الاعتبارات أوردها المشرع على سبيل المثال لا الحصر، حتى يساعد القاضي في التعرف على طبيعة المضار و تحديدها و بالتالي يجوز للقاضي أن يراعي أي اعتبارات أخرى لم يذكرها النص⁽¹⁾

فإذا كان الضرر هو الضوضاء الناشئة عن تشغيل مصنع و كان المضرور شخصاً مريضاً أو ضعيف الأعصاب يلحقه ضرر جسيم من جراء ذلك، فلا مسؤولية على المالك إذا كانت هذه الضوضاء لا يترتب عنها إلا ضرراً مألوفاً بالنسبة لشخص عادي⁽²⁾، و أتعرض فيما يلي إلى الاعتبارات التي اعتمدها المشرع الجزائري في تقدير الضرر الغير مألوف.

الفرع الأول

العرف

يلعب العرف دوراً هاماً في تحديد الأضرار، فكما سبق الذكر فإن معيار الضرر غير المألوف معيار مرن، لذا كان من الطبيعي أن يستعين المشرع بالعرف مع غيره من الظروف لبيان كيفية إعمال هذا المعيار المرن. إذ يمكن تحديد الضرر وتقديره بالنظر إلى عرف الجهة التي توجد فيها العقارات المتجاورة، فهناك أعراف عامة التطبيق في أي مجتمع، كما أن كل حي سكني له أعراف تعود عليها سكانه.

كأن يخرج المالك من منزله في وقت مبكر أو يرجع في وقت متأخر فيحدث حركة محسوسة بسيارته، أو الضجة في مناسبات الأفراح و الحفلات، كلها مضار مألوفة لا يمكن

(1) وائل محمد شحاتة الخطيب، القيود الواردة على حق الملكية على ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية،

البيضاء، 2003، ص: 16.

(2) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 208.

تجنبها، كما لا يمكن للجيران أن يرجعوا بشيء على المالك بل عليهم تحملها، أما إذا استمر ضجيج الحفلات لمدة لا يقرأها العرف، يمكن للمتضرر طلب إيقاف للإزعاج⁽¹⁾ كما يعتبر أيضا من العرف ظروف المكان، فما يعتبر ضررا مألوفاً في الريف قد يعتبر ضررا غير مألوف في المدن⁽²⁾، ومن هنا كان للعرف دورا جوهريا في تحديد مفهوم الأضرار فما يعد مألوفاً في مكان ما لا يعد كذلك في مكان آخر، وما يعد مألوفاً في زمان ما لا يعد كذلك في غيره، فالجوار يقتضي أن تقوم العلاقة بين الجيران على أساس التسامح في بعض الأضرار التي تعد نتيجة طبيعية لحالة الجوار. وفي هذا الصدد جرت العادة على تحمل الجيران ما لا يتحملونه في الأوقات الأخرى فمثلا في الأعياد والمواسم والأفراح، حيث يكثر الصخب وتشتد الحركة فإن ذلك يعد مألوفاً لا يمكن تجنبه وعلى الجيران أن يتحملوه دون الرجوع على جيرانهم، أما لو زادت هذه المضار عن الحد المألوف كما لو استمرت الأفراح لعدة ليالي متصلة قامت مسؤولية الجار تجاه جاره.

الفرع الثاني

طبيعة العقارات

لطبيعة العقار اعتبار في تقدير الضرر الغير مألوف، فإذا كان العقار محلا عاما أو فندقا تحمل من الضوضاء أكثر مما يتحملة مسكن هادئ. كما أن ما يعد ضررا غير مألوف في العقارات المخصصة للسكن أو المستشفى أو المدرسة قد لا يعد كذلك بالنسبة لصاحب المقهى أو المصنع، وتجدر الإشارة إلى أن العبرة في تحديد طبيعة العقار مرتبطة بطبيعة الحي الذي يتواجد فيه أي الطابع العام له والذي تحدده قواعد التهئية وال عمران، إذ تحدد سلفا طبيعة الحي حيث يتم تصنيفه إلى حي صناعي أو تجاري أو سكني ومن ثم يمكن الاحتجاج بذلك على الغير إيجابا أو سلبا، وعلى ذلك ينبغي على القاضي وهو بصدد تقدير الضرر النظر إلى الصبغة العامة التي يتحلى بها الحي أو المنطقة.

(1) محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، المرجع السابق، ص: 78.
(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 698.

الفرع الثالث

موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر

إن تلاصق العقارات يقضي تحمل الجيران بعض الأصوات التي تستلزمها ظروف الاستعمال الطبيعي للعين، كخطوات السير أو تشغيل آلات الطهي أو روائح الأطعمة...، أما إذا وصل الأمر إلى صدور ضجيج في أوقات الليل المتأخرة مما يزعج الجار في نومه، فإن ذلك يعتبر ضرراً غير مألوف، خاصة إذا كان مصدر هذه الأصوات لا يتعلق بأغراض السكن، كتشغيل آلات موسيقية أثناء الليل⁽¹⁾.

كما يختلف الأمر بين صاحب العلو والسفل، إذ يجب على صاحب السفل أن يتحمل من العلو ما لا يتحمل العلو من السفل، بهذا قضى موقع السفل من العلو⁽²⁾.
 وجددير بالذكر أن الأضرار الغير مألوفة، إذا كانت تنشأ بدهاءة نتيجة التلاصق بين عقارين، إلا أن هذه الأضرار قد تتوافر رغم التباعد النسبي بين عقار الجار المتضرر والعقار مصدر الضرر، فقد يتضرر الجار المقيم بعيداً عن مصنع من الأدخنة المتصاعدة منه والمنقولة بفعل الرياح كما يتضرر الجار المقيم قريباً من المصنع.
 وخلاصة القول أنه يتعين الأخذ في الاعتبار موقع عقار الجار المتضرر بغض النظر عن مكان ونوعية الأنشطة الضارة.

الفرع الرابع

الغرض الذي خصص له العقار

إن العقار الذي خصص للسكن الهادئ غير العقار الذي خصص لأغراض تجارية، كالمحل و المصنع حيث تقتضي دوام الحركة و الضجعة. ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق، أي أنه لا يمنع الترخيص الصادر من جهة

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 28.
 (2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 698.

الإدارة من أن يكون الضرر الناتج عن هذا الاستعمال ضررا غير مألوف و بالتالي تقع مسؤولية المالك قبل الجار الذي حدث له الضرر⁽¹⁾.

فالرخصة تبيح إدارة المحل دون أن تكون مسؤولية جنائية على صاحبه، ولكنها لا شأن لها بعلاقة الجيران ببعضهم البعض، فإذا وقع ضرر غير مألوف من محل مرخص له إداريا، لم يمنع هذا الترخيص الجار من الرجوع على مالك المحل⁽²⁾، ويطرح هذا الأمر التساؤل التالي ما هو جدوى فرض نظام الترخيص الإداري لممارسة نشاط طالما أن مسؤولية المرخص له تتقرر في حالة حصوله على رخصة أم لا؟ والواقع أنه لا بد من فرض رقابة القانون على جميع الأنشطة، لأن فتح مجال ممارسة نشاطات بدون ترخيص قد تؤدي إلى تجاوزات نظرا لعدم رقابة القانون، كما أن صاحب المنشأة الذي لم يحصل على رخصة عند إلحاقه ضررا غير مألوف بجاره يصبح معرضا للمسؤولية الجنائية إلى جانب المسؤولية المدنية المترتبة عن إضراره بجيرانه.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للالتزام بالتعويض

عن الضرر الغير مألوف

إن تحقق الضرر غير المألوف كاف في حد ذاته لتعويض الضرر، إلا أنه لا يصلح وحده كأساس لمساءلة محدث الضرر وإلزامه بالتعويض عنه وأفضل مصدر وسند لذلك هو نص المادة 02/691 التي جاء فيها أنه يجوز للجار أن يطلب إزالة المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، ويتضح من ذلك أنه يقع على عاتق المالك التزام بعدم التعسف في استعمال الحق إلى حد يترتب عليه ضرر غير مألوف للجار، التزم بامتناع عن عمل، إذا أخل به كان للجار أن يطلب إزالة الضرر سواء بإزالته عينا إذا كان ممكنا و يجوز للقاضي أن يحكم به، أو التعويض النقدي⁽³⁾.

(1) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص: 19.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 700.

(3) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص: 21.

و أساس التزام المالك بعدم الإضرار بجيرانه ضررا غير مألوف هو نص تشريعي يعطي للجار المتضرر الحق في طلب إزالة المزار الغير مألوفة، حيث رتب المشرع بموجب المادة 691 في ذمة المالك التزاما قانونيا هو عدم التعسف في استعمال حق الملكية و هو قيد على هذا الحق، و رتب بعد ذلك النتيجة المنطقية على ما فرضه من التزام قانوني أو قيد على حق الملكية، بنصه على حق الجار المضروب في المطالبة بإزالة هذه المزار، و معنى ذلك تقريره لوجوب تعويض المالك لجاره لإخلاله بالالتزام القانوني المفروض عليه.

ولكن هذه المخالفة القانونية ليست "خطأ" بالمعنى المعروف و الذي هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، فالمالك لم ينحرف عن هذا السلوك، و لكنه يتحمل تبعه نشاطه ما دام يقوم باستعمال استثنائي للملكه أو بعبارة أخرى يخرج المالك عن حدود حق ملكيته فتكون مسؤوليته قائمة تجاه الجار المتضرر، و في هذا الشأن قضت المحكمة العليا في القرار رقم 345069 الصادر بتاريخ 2006/04/12 و إعمالا بمبدأ عام مضمونه أن المسؤولية في مزار الجوار تقوم إذا تجاوزت الحد المألوف على أساس الضرر و ليس على أساس إثبات الخطأ. بمفهوم المادة 124 من القانون المدني، و قد جاء في القرار :

"في الرد على وجهي الطعن المجتمعين :

حيث أن الطاعن أعاب على قضاة الموضوع مخالفة تطبيق المادة 124 من القانون المدني على أساس أنهم لم يعاينوا الخطأ بسبب الضرر اللاحق بالمطعون ضده، لكن حيث أن الأمر يتعلق بمزار الجوار المحددة بالمادة 691 من القانون المدني المتمثل في المزار التي تجاوز الحد المألوف في علاقة الجوار و لا مجال لإثبات أي خطأ. بمفهوم المادة 124 من القانون المدني ما دام أنه يقع على القضاة تقدير ثبوت تجاوز هذه المضايقات للدرجة العادية المقبولة في علاقة الجوار، و حتى و لو كان الطاعن قد أنجز بناءه بصفة مشروعة، ملتزما بقواعد التعمير فإنه لا يعفى من مسؤولية تعويض هذه المزار، و في دعوى الحال فإن قضاة الموضوع، بما لديهم من سلطة تقدير للوقائع، و التي يستقلون بها، قد توصلوا إلى أن المزار اللاحقة بالمطعون ضده تتجاوز الحد العادي....، و بذلك إن القرار المطعون فيه جاء مسببا و متمشيا مع القانون، و هذا الطعن غير مؤسس يتعين رفضه"⁽¹⁾

(1) مجلة المحكمة العليا، العدد 02، قسم الوثائق، الأبيار، الجزائر 2006، ص: 387.

المطلب الثالث

كيفية التعويض عن الضرر غير المألوف

لما كان التعويض هو جزاء المسؤولية ولما كانت الغاية من التعويض هي إصلاح الضرر، فإن قاضي الموضوع هو الذي يقدر كيف يكون هذا الإصلاح بحسب ملاسبات كل حالة ليكون ما يقضي به متكافئا مع ما ثبت له من ضرر. وقد عرف الفقه الإسلامي التعويض من خلال فكرة الضمان⁽¹⁾ وهما فكرتان بمعنى واحد : هو الالتزام بالتعويض عن الضرر الذي يقع على الغير حيث يكون الهدف هو رفع الضرر وجبر التلف وإزالة الفساد. وتعد إزالة المضار تعويضا عينيا عن الإخلال بالالتزام في الماضي، وتنفيذا عينيا للالتزام في المستقبل⁽²⁾. وإزالة المضار في المستقبل أي التنفيذ العيني يمكن أن يأخذ صورا مختلفة حسب ما يراه القاضي ملائما لكل حالة.

فقد يحكم القاضي بإزالة مصدر الضرر نهائيا، كغلق المصنع مصدر الإزعاج الغير مألوف، و قد جاء في ذلك قرار المحكمة العليا رقم 90943 المؤرخ في 16/06/1992 أنه: "من المقرر قانونا أنه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار... و لما كان ثابتا - من قضية الحال - أن قضاة الاستئناف حصروا النزاع في تحديد الضرر و مصدره، و قضاة الطاعن بتحويل مدخل البناية بعيدا عن مسكن المطعون ضده، بسبب الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، مؤسسين قرارهم على المعاينة، المنجز محضرا عنها، فإنهم بذلك قد أحسنوا تطبيق القانون مما يتوجب رفض الطعن الحالي"⁽³⁾. و قد يحكم بتعديل في وضع الشيء مصدر الضرر كنقل آلة من مكان إلى آخر. كما قد يحكم بإلزام المالك بالامتناع عن العمل في وقت معين أو بإلزامه باتخاذ الاحتياطات التي تكفل منع الضرر⁽⁴⁾.

(1) عبد الرحمن علي حمزة، المرجع السابق، ص: 437.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص: 53.

(3) المجلة القضائية، العدد 01، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، الأبيار، الجزائر العاصمة، 1995، ص: 101.

(4) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 69.

ولكن إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للجوار المسؤول عن الأضرار غير المألوفة، فإن للقاضي عدم الاستجابة لطلب المتضرر إزالة المخالفة و الاكتفاء بالحكم عليه بالتعويض⁽¹⁾. إن الجزء العام في المسؤولية المدنية كما هو معروف، هو إلزام المسؤول بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر، وهذا التعويض قد يكون مبلغاً من المال و قد يكون تعويضاً غير مالي، كأن يحكم القاضي بأداء أمر معين للمضرور، أو بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر.

إذ تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". كما نصت المادة 132 "يعين القاضي طريقة التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً"

الفرع الأول

التعويض العيني

إذا تعذر التنفيذ العيني و يعني الوفاء بالالتزام عيناً، يحكم القاضي بالتعويض. فإذا كان التعويض العيني ممكناً، جاز للقاضي أن يحكم به، وإذا كان الضرر ناجماً مثلاً عن إقامة المالك لحائط، جاز الحكم بهدم هذا الحائط، و يجوز كذلك الحكم باتخاذ تدابير معينة أو القيام بأعمال معينة من شأنها أن تمنع الضرر في المستقبل، مع الحكم بتعويض نقدي عن الضرر الذي حدث في الماضي⁽²⁾، إذ يتخذ التنفيذ العيني صوراً شتى بحسب ظروف كل حالة و طبقاً لما يراه القاضي مناسباً فقد يحكم بمنع الاستعمال جزئياً أو مجرد منع الضرر مع بقاء الاستعمال في صورة غير ضارة، وقد يقتضي منع ضرر الجيران منع الاستعمال الضار منعا باتاً إذا تبين للقاضي أن الضرر لا يمكن إزالته إلا بوقف النشاط تماماً كغلق مصنع تماماً، ولكن قد يتبين أن مجرد تعديل طريقة الاستعمال من حيث مكانه أو زمانه يكفي لرفع الضرر عن الجار، كتحديد زمان تشغيل المصنع مثلاً في الصباح فقط ومنعه في الصباح الباكر أو الليل أو أيام الراحة...

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 32.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 709.

الفرع الثاني

التعويض النقدي

الأصل في التعويض أن يكون مبلغا من المال، لأن كل ضرر سواء كان ماديا أو معنويا يمكن تقويمه نقدا. ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني، و لا يرى القاضي فيها سبيلا إلى تعويض عيني، فإنه يحكم بتعويض نقدي، وبعبارة أخرى إذا تعذرت إزالة الأضرار الفاحشة فإن السبيل إلى جبر الضرر هو اللجوء إلى التعويض النقدي.

وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالتعويض الذي يراه مناسبا و ذلك من خلال نص المادة 130 من القانون المدني : "من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر، محققا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا." كما أجازت المادة 02/132 من القانون المدني في حال تقدير التعويض بالنقد على أنه يصح للقاضي أن يحكم بدفع التعويض مقسطا على شكل إيراد.

ويتضح مما سبق أنه يتعين على المدين أن ينفذ التزامه عينا، وهنا يفترض بطبيعة الحال أن يكون ذلك التنفيذ ممكنا، فإذا تعذر فلا مفر من اللجوء إلى التعويض النقدي.

خلاصة

حفاظا على علاقات الجوار نظم المشرع هذه العلاقات و ذلك بوضع قيود بموجبها يمنع المالك من استعمال حقه بالحد الذي يضر بجاره، و يطلق على هذه القيود التزامات الجوار و التي مفادها ألا يستعمل المالك ملكه إلى الحد الذي يرتب ضررا غير مألوف لجاره، و تقوم مسؤولية المالك عن الضرر الذي يلحقه بجاره إذا كان ضررا غير مألوف و بذلك يعتبر متعسفا في استعمال حقه ويلزم بتعويض جاره عن الأضرار غير المألوفة التي تسبب فيها جراء تعسفه في استعمال ملكه، و التعويض قد يكون عينيا أو نقديا.

الفصل الثاني

قيود الجوار الخاصة

الفصل الثاني

قيود الجوار الخاصة

بعد التعرض إلى القيود العامة لعلاقات الجوار و مسؤولية المالك عن أضرار الجوار الغير مألوفة التي يلحقها بجاره، و مضمون مبدأ التعسف في استعمال حق الملكية، و ربطه بالمضار الغير مألوفة، ينبغي معرفة قيود الجوار الخاصة، التي نص عليها القانون و التي تحد من سلطة المالك لفائدة جيرانه.

و قد ذكر المشرع الجزائري هذه القيود في المواد من 692 إلى 711 من القانون المدني، وهذا ما سأعرض له من خلال هذا الفصل و ذلك في ثلاثة مباحث، أخصص المبحث الأول للقيود الخاصة بموارد المياه و المبحث الثاني لقيود المرور في حالة العقار المحصور، ثم أخيرا أتناول باقي القيود و التي ترجع إلى التلاصق في الجوار في مبحث ثالث.

المبحث الأول

القيود الخاصة بموارد المياه

تعد الجزائر بلدا غنيا بثرواته و مناخه و تربته الصالحة للزراعة، لذا أعطى المشرع الجزائري لنظام المياه أهمية خاصة لما لها من دور و أهمية بالغة في الزراعة و بالتالي في الاقتصاد الوطني ، بل و في الحياة بصفة عامة، مصداقا لقوله تعالى: "و جعلنا من الماء كل شيء حيا"⁽¹⁾

و يحتل استعمال المياه أهمية خاصة بالنسبة للإنسان، للماشية، للملاحة و استعمال القوة الكهربائية حيث أن شروط الحياة و التنمية الاقتصادية في منطقة ما تتوقف على نظام المياه السائد فيها، وهكذا اعتبرت موارد المياه ثروة قومية⁽²⁾.

وقد جاء تنظيم المشرع لهذه الثروة الوطنية في مقدمة القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة، و هذا ما سأحاول التعرض له من خلال المطالب التالية : المطلب الأول أخصه للأساس القانوني لهذه القيود و المطلب الثاني لحق الشرب كقيد من القيود الخاصة و المطلب الثالث لحق المجرى و المطلب الرابع لحق الصرف و المسيل.

المطلب الأول

الأساس القانوني للقيود الخاصة بموارد المياه

تستمد قيود الجوار الخاصة بالمياه التي فرضها المشرع الجزائري للحد من سلطة المالك لفائدة جيرانه من نصوص القانون المدني الجزائري وبالذات نص المادة 692، وكذلك القانون رقم 17/83 المؤرخ في 16 يوليو 1983 المتعلق بالمياه. و تقضي المادة 692 من القانون المدني بأن :

(1) الآية 30 من سورة الأنبياء.

(2) Alex Weill, Ibid. Op.CIT, P: 68.

"الأرض ملك لمن يخدمها"

و تعتبر جميع موارد المياه ملكا للجماعة الوطنية
تحدد إجراءات تطبيق هذه المادة بالنصوص الخاصة بالثورة الزراعية و النصوص المتعلقة
بالبحث و التوزيع و استعمال و استغلال المياه"

وتنفذا لذلك استحدثت المشرع الجزائري قانونا خاصا بتنظيم المياه، و هو القانون
رقم 83- 17 المؤرخ في 16 يوليو 1983، و المتضمن لقانون المياه، و هذا دليل على تقدير
أهمية هذه الثروة إلى درجة تخصيص قانون لها، يهدف إلى تنفيذ سياسة وطنية للمياه، ترمي
إلى تلبية حاجيات السكان و الاقتصاد الوطني و حماية المياه من الاستغلال المفرط و
التلوث و هو ما جاء في نص المادة الأولى من هذا القانون .

إلا أن الغريب في الأمر، أن المشرع و لحد كتابة هذه السطور، لا يزال يحيل تنظيم
مسألة قانونية هامة، إلى قانون الثورة الزراعية الذي ولى و لم يعد له وجود، إضافة إلى
عيوب هذه السياسة التي انتهجها المشرع في مرحلة خاصة إلا أن تطبيقها جلب عدة
مشاكل كان لها الأثر العكسي للأهداف المرجوة منه.

الفرع الأول

مضمون قيد المياه

رغم أن قانون الثورة الزراعية لم يعد العمل به جاريا. غير أن ذلك لا يمنع من
الرجوع إلى بعض أحكامه إضافة إلى قانون المياه لدراسة هذا القيد خاصة من ناحية
تصنيف المياه و تقييد حرية مستعملها بالقدر الذي يحفظ هذه الثروة و يضمن الاستفادة
الجميع منها بقدر متساو.

وتتعلق هذه القيود بالزراعة، فقد راعى المشرع تجاوز الأراضي الزراعية وحاجتها
إلى مياه الري و التخلص من المياه الزائدة عن حاجة الري، وذلك عن طريق أرض الجار،
وقد سماها المشرع موارد المياه في نص المادة 692 من القانون المدني، ليرد تحديد أنواع المياه
وكذا أنواع الحقوق المتعلقة بالاستفادة من هذه المياه والتي ترد عليها قيود تحد من سلطة

المالك في استعمال هذه المياه بما يلاءم حقوق الغير، وكل الأحكام المتعلقة بها في القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983 والمتعلق بالمياه.

وقد نص هذا القانون على حقوق و واجبات مستعملي المياه في الباب الثاني منه، إذ جاء في نص المادة 08 : "إن استعمال المياه بمفهوم هذا القانون يهدف إلى تلبية حاجيات السكان من المياه الصالحة للشرب، و الصحة العمومية و التطهير، كما يهدف إلى تلبية حاجيات الفلاحة و الصناعة من المياه و كذا كل الاحتياجات الأخرى المرتبطة عموما بالنشاط البشري"

الفرع الثاني

تحديد الإطار العام لاستعمال المياه

لقد حددت المادة 08 من القانون 83-17 الإطار العام لاستعمال هذه الثروة، و بينت تساوي الأشخاص في الاستفادة منها، إلا أنه ورد في نصوص هذا القانون ما يقيد هذا الاستعمال كما في نص المادة 15 و التي جاء فيها: "لا يحق لمستعملي المياه أن يستغلوها إلا في حدود الغاية المخصصة لها" مما يدل على تقييد القانون لهذا الحق.

كما ورد في المادة 16 وجوب مراعاة مستعملي المياه لحقوق مستعملي المياه الآخرين و في ذلك تقييد صريح لمستعمل هذا الحق لمصلحة الغير.

ثم نظم هذا القانون في الباب الثالث، ما سماه بالارتفاقات الخاصة بالمياه، وكان الفصل الأول خاصا بالارتفاقات المقررة للمصلحة العامة، وتخرج عن نطاق هذه الدراسة، وما يهمنا فيها هو ارتفاقات المصلحة الخاصة كما جاء في الفصل الثاني في المواد من 40 إلى 49.

الفرع الثالث

قيود المياه في ظل قانون الثورة الزراعية

من استطلاع الأمر 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971، المتضمن الثورة الزراعية، يتبين في الجزء الخاص بمضمون الثورة الزراعية أن هدف هذه السياسة هو القيام بتوزيع عادل وفعال لوسائل الإنتاج الزراعي وتعد موارد المياه إحداها. كما نص ميثاق الثورة الزراعية و دائماً في مضمونها على أنها تضمنت قانوناً أساسياً لموارد مياه الري وتنظيم استعمالها تبعاً لاحتياجات المنتجين ومستلزمات الاستثمار. كما جاء تحت عنوان الأوضاع الجديدة للتنمية الزراعية في استثمار كل الموارد الزراعية العبارة التالية :

- توجد موارد ماء، تجعلها الثورة الزراعية ثروة وطنية تبقى ملكاً للجماعة الوطنية وينبغي على المستغلين من الآن فصاعداً استخدامها لاحتياجات مزارعهم وعلى مستوى ذلك فحسب⁽¹⁾

و يتضح مما سبق أن موارد المياه كرسست في هذا الميثاق لخدمة الثورة الزراعية أو بعبارة أخرى ركزت على تقييد استعمال هذه الثروة للمصلحة العامة.

المطلب الثاني

حق الشرب أو السقي

إن حق الشرب أو السقي هو أهم صورة من صور استعمال واستغلال موارد المياه وهو ضروري للأرض الزراعية.

(1) الأمر 71-73 المؤرخ في 08/11/1971، يتضمن الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية، ع 97، الصادرة في 30/11/1971، ص: 10

الفرع الأول

مفهوم حق الشرب أو السقي

باستطلاع المواد المذكورة من القانون الخاص بالمياه، لم أجد نصا يعرف أو ينص صراحة على هذا الحق الذي يشكل قييدا في آن واحد، على خلاف حق الصرف وحق المجرى.

والمشرع معذور في ذلك لأن التعريف لا يدخل في نطاق وظيفته بل هذا من شأن الفقه الذي يعد من أساس مهامه، وبالرجوع للفقه نجد أنه عرف حق الشرب أو السقي بأنه الحق في نصيب من الماء لسقي الزرع⁽¹⁾ ويعرف كذلك بأنه حق الشخص في أن يروي أرضه من مسقاة خاصة مملوكة لشخص آخر⁽²⁾

وقد استعمل المشرع كلمة الشرب في الباب الرابع من قانون المياه و الخاص بالمجالات الملائمة لاستعمال المياه، حيث نص على أن المياه الصالحة للشرب تعني مياه الاستهلاك المخصصة للشرب و الاستعمال المنزلي و لصنع المشروبات الغازية و المياه المعدنية و كذا المياه المخصصة لتحضير السلع الغذائية⁽³⁾

و هذا المعنى يختلف عن المعنى المقصود من قيد الشرب و الذي يعني حق الملاك المجاورين في الحصول على المياه التي تحتاجها أراضيهم للري من المسقاة التي تخص صاحبها، بعد أن يكون مالك المسقاة قد استوفى حاجته منها⁽⁴⁾

وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 53572 الصادر بتاريخ 1988/05/11 أنه :

" من المقرر قانونا أن جميع موارد المياه تعتبر ملكا للجماعة الوطنية، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه.

(1) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص : 24.

(2) عيد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص : 72.

(3) انظر المادة 50 من القانون رقم 83-17 المؤرخ في 16 يوليو 1983، والمتضمن قانون المياه.

(4) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص : 49.

لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما حكموا على الطاعن بالسماح للمطعون ضده بسقي أرضه و بستانه من مجرى المياه المتنازع فيه، يكونون قد طبقوا القانون التطبيق الصحيح، و متى كان كذلك، استوجب رفض الطعن" (1)

الفرع الثاني

شروط قيام حق الشرب أو السقي

إن إعطاء الجار حق الشرب على هذا النحو فيه تغليب مصلحة راجحة على مصلحة مرجوحة، فمالك المسقاة مصلحة في أن يحتفظ بحق ملكيته كاملا دون شريك له في مسقاته، حتى لو فاضت فيها مياه يرى أن يستأثر بها ولا يعطيها لجاره، ولكن هذه المصلحة مصلحة ضعيفة مرجوحة، تنطوي على أنانية لا مبرر لها، و يتغلب على هذه المصلحة المرجوحة مصلحة راجحة للجار في أن يحصل على حق الشرب من المياه الفائضة في المسقاة و هو في حاجة إليها، في حين أن المالك قد استوفى حاجته (2) و من هذا القول، يمكن استخلاص ثلاثة شروط لقيام حق الجار في الشرب أو السقي وهي:

أولاً- أن يكون للمالك مسقاة خاصة :

المسقاة الخاصة هي مجرى ماء معد للري، ينشئه المالك في أرضه لريها (3) و يجد القانون من سلطة المالك المطلقة في الاستئثار بمسقاته بإعطاء الملاك المجاورين حق الشرب عليها لتمكينهم من أراضيهم. و هناك من وصف هذا القيد بالقيد الخطير على حق المالك في الاستئثار باستعمال مسقاته الخاصة (4)

فبمقتضى ذلك، يعتبر انتفاع أرض بمسقاة خاصة أو مصرف خاص مملوك للغير قرينة على أن لتلك الأرض حق الانتفاع بهذه المسقاة أو بهذا المصرف.

(1) أحمد لعور ونبيل صقر، القانون المدني نسا و تطبيقا، طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 07-05، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،

ص : 272.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج08، حق الملكية، المرجع السابق، ص : 715 و 716

(3) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص : 27.

(4) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص : 73.

وللجار أن يستوفي حاجته من مياه مسقاة جاره المالك، فيروي أرضه منها ريا كافيا، حتى لو كانت لديه وسائل أخرى فهو غير مجبر للجوء إليها ما دامت عنده مسقاة خاصة تكفيه لري أرضه.

ثانيا- أن يكون المالك قد استوفي حاجته من المسقاة

لما كان المالك هو الذي أنشأ المسقاة الخاصة على نفقته، أو كسبها بسبب آخر من أسباب كسب الملكية و هو الذي يقوم بتطهيرها و صيانتها، فإن له الأولوية في ري أرضه منها، إذ هي ملكه، و المالك أحق بما ملك⁽¹⁾

فلمالك المسقاة أن يستوفي حاجته كاملة منها، فيروي أرضه منها ريا كافيا حتى إذا كانت له وسائل أخرى ممكنة للري كثر مثلا، فهو غير مجبر باللجوء لهذه الوسائل ما دامت عنده مسقاة خاصة تكفيه لري أرضه.

فإذا روى أرضه ريا كافيا من هذه المسقاة و فاضت المياه بعد ذلك، فحينئذ يكون لجاره الحصول على حق الشرب من هذه المياه الفائضة.

ثالثا- أن يكون الجار في حاجة إلى سقي أرضه

يجب أن يكون طالب حق الشرب أو السقي من المياه الفائضة في المسقاة جارا للمالك صاحب المسقاة. وقد يتعدد الملاك المجاورون، بعض يجاور المسقاة ذاتها و بعض يجاور الأرض التي فيها المسقاة، أو كلهم يجاورون المسقاة ذاتها أو كلهم يجاورون الأرض التي فيها المسقاة.

ففي جميع الأحوال، لا تكون مجاورة المسقاة ذاتها سببا لتفضيل جار على جار آخر، بل العبرة بالحاجة إلى المياه الفائضة⁽²⁾

فمن كان من هؤلاء الجيران أشد حاجة من الآخرين إلى هذه المياه، قدم على الآخرين واستوفي حاجته منها قبل غيره، إذ يكفي الجوار للأرض التي أنشئت فيها المسقاة ولا ضرورة لأن تكون المسقاة نفسها ملاصقة لأرض الجار، ففي الحالتين يحتاج الجار إلى

(1) المرجع السابق، ص: 718.

(2) نفس المرجع السابق الذكر، ص: 720.

ري أرضه و واجب التضامن الاجتماعي يقتضي في الحالتين أن يكون للجوار الحصول على حق الشرب⁽¹⁾.

المطلب الثالث

حق المجرى

يعتبر حق المجرى من الحقوق التي نص عليها القانون و اعتبرها من القيود التي تحد من سلطة المالك في استعمال حقه حتى لا يضر بجاره

الفرع الأول

مفهوم حق المجرى

يقصد بحق المجرى، حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر بأرض غيره المياه الكافية لري أرضه المنفصلة عن هذا المورد⁽²⁾ فقد تكون الأرض بعيدة عن مورد المياه فلا تمر بها أو بجوارها مسقاة، فلا مفر من أن يتقرر لصاحبها حق المجرى أي الحق في أن تمر المياه عبر أرض جاره إلى أرضه. و قد نصت المادة 40 من القانون 83-17 المتضمن قانون المياه على أنه : "يستفيد كل شخص طبيعي، أو كل شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص يكون حائرا لامتياز من حق مرور المياه مهما كانت طبيعتها عبر قناة باطنية في العقارات الوسيطة. و يتم هذا المرور في الظروف الأكثر عقلانية و الأقل إضرارا شريطة دفع تعويض مناسب."

بمقتضى هذه المادة، يستفيد جوار مالك الأرض من حق مرور المياه عبر أرض المالك، عن طريق قنوات باطنية توضع تحت أرض المالك.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص: 92.
(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 75.

كما يحق لمالك الأرض الزراعية المجاورة لمجرى الماء أن يسند الإنشاءات الفنية اللازمة لإقامة مأخذ الماء إلى الأرض الواقعة مقابل أرضه على ضفة المجرى و ذلك مقابل تعويض⁽¹⁾

هذا التعويض المقرر لمالك الأرض التي تمر منها المياه يشمل مقابل حرمانه من الانتفاع من الجزء من الأرض الذي يشمل المجرى، كما يشمل الأضرار الأخرى التي تلحقه بسبب شق المجرى في أرضه و هذا ما جاءت به المادة 42 من قانون المياه، التي نصت على أنه: "يجوز لكل مالك أو مستعمل يريد أن يستهلك المياه السطحية التي يحق له التصرف فيها أن يقيم المنشآت اللازمة لأخذ المياه، على ملكية المخاذي له المقابل، شريطة دفع تعويض مناسب و مسبق.

تستثنى من هذا الارتفاق البنايات و الفناء والأحواش التابعة للمساكن" و يلاحظ هنا مدى احترام المشرع للحياة الخاصة للأشخاص، باستثناء تقرير ارتفاعات المياه على المنازل المخصصة للسكن.

الفرع الثاني

شروط تقرير حق المجرى

على عكس حق الشرب، يتقرر حق المجرى حين لا تكون للجوار وسيلة أخرى لوصول مياه الري عن طريقها، فإذا كانت لديه وسيلة أخرى للري، كأن يستطيع ري أرضه ريا كافية عن طريق بئر أو مروى آخر، حصل عليها بالاتفاق مع جيرانه الآخرين، فليس ثمة حاجة إلى حق مجرى في أرض الجار، إذ هو في غنى عنه بالوسائل الأخرى، بشرط أن تكون هذه الوسائل كافية لري أرضه ريا كافية⁽²⁾.

معنى ذلك أنه لا يلزم لثبوت حق المجرى أن تكون الأرض البعيدة عن مورد المياه محرومة حرمانا تاما من وسائل الري، بل يكفي أن تكون مواردها غير كافية ليثبت لصاحبها حق إجراء ما يكفي لسقيها.

(1) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، أسباب كسب الملكية، مكتبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص: 461.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 733.

كما قررت المادة 43 من نفس القانون حق صاحب الأرض المرتفق بها في الاستفادة من الانشاءات المقامة في أرضه حتى يروي بها أرضه، إذ جاء في نص المادة أنه: "يجق للمحاذى الذي يطلب منه إقامة المنشآت على عقاره أن يطالب بدوره بالاستعمال المشترك لهذه المنشآت، على أن يساهم بنصف تكاليف الإنجاز و الصيانة و في هذه الحالة، لا يستحق أي تعويض.

و عندما لا يطالب بالاستعمال المشترك للمنشآت إلا بعد الشروع في الأشغال أو الانتهاء منها، على صاحب الطلب أن يتحمل بمفرده المصاريف الزائدة المترتبة عن التغييرات التي من المحتمل إدخالها إلى المنشآت"

و بموجب هذه المادة يستفيد صاحب الأرض المقام عليها المنشآت شرط مساهمته بنصف تكاليف الصيانة و الإنجاز و لا يستفيد من التعويض، نظرا لاستفادته من المنشآت. كما يتحمل كامل المصاريف الزائدة و التي نتجت عن التعديلات المدخلة على المنشآت حتى يستفيد منها، إذا طلب الاستفادة بعد انطلاق الأشغال أو الانتهاء منها. على أن حق المجرى قد يكون ملكا لصاحب الأرض التي اخترقها، و قد يكون ملكا لصاحب الأرض التي تسقى منه، كما قد يكون ملكا مشتركا بينهما أو بينهما و بين الآخرين⁽¹⁾

إلا أن الحالة الأولى هي التي يظهر فيه بوضوح تقييد ملكية شخص لفائدة شخص آخر. و ينبغي لمالك العقار المستفيد الحفاظ على المجرى و في الحالة الأولى، ينبغي على مالك العقار المستفيد أن يحفظ المجرى بحالة جيدة بحيث لا ينشأ عنه ضرر للأراضي التي يمر فيها، و على مالك العقار الذي فيه المجرى أن يسهل له الوصول لإجراء أعمال التعمير والإصلاح⁽²⁾

(1) عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 614.

(2) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، ج 01، مرجع سابق، ص: 378.

المطلب الرابع

حق الصرف أو المسيل

حق الصرف أو المسيل هو الحق الذي بموجبه يحق لمالك الأرض البعيدة عن المصرف العام أن يستعمل المصرف الخاص المملوك لجاره بعد أن يستوفي الجار حاجته⁽¹⁾.

الفرع الأول

مفهوم حق الصرف أو المسيل

حق المسيل، هو حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير، سواء أكان ذلك الماء مسيلاً من البيوت أم ماء أمطار، أم ماء غير صالح لري الأراضي الزراعية⁽²⁾، فحق المسيل أو الصرف، هو حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في تصريف المياه الزائدة عن حاجة أرضه بعد ربيها، إما من مصرف لغيره و إما من خلال أرض غيره لتصب في أقرب مصرف عمومي.

و قد نصت المادة 41 من قانون المياه على أنه : "يجوز للملكي أو مستعملي العقارات الوسيطة الخاضعة لحق الارتفاق المبين في المادة 40 أعلاه، أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة برسم الارتفاق المذكور، قصد تصريف المياه الداخلية في عقاراتهم أو الخارجة منها وفي هذه الحالة يتحملون دفع :

1- دفع نسبة من قيمة الأشغال التي يستفيدون منها

2- النفقات المترتبة عن التغييرات التي قد تجعلها ممارسة الحق ضرورية

3- دفع نصيب للمساهمة في صيانة المنشآت التي أصبحت مشتركة."

يتضح من ذلك أن حق المسيل هو المقابل لحق الجرى، إذ يهدف الثاني إلى استمداد المياه الصالحة لري الأرض، ويسخر الأول لاستبعاد المياه عن الأرض⁽³⁾

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص: 44.

(2) الإمام أبو زهرة، المرجع، السابق، ص: 100.

(3) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص: 462.

الفرع الثاني

صور حق الصرف أو المسيل

يمكن أن يتخذ حق المسيل أو الصرف في ملك الغير صورتين، صورة الصرف في مصرف مجاور مملوك للغير و هو صرف مباشر، وصورة مرور مياه الصرف في أرض الغير إلى المصرف العام وهو صرف غير مباشر

1- الصرف المباشر

يتم فيه الصرف مباشرة باستعمال مصرف الأرض المجاورة، فمن ينشئ مصرفا خاصا يعتبر مالكا له، و يصرف مياه الري الزائدة عنه قبل غيره من الملاك المجاورين⁽¹⁾.

2- الصرف الغير مباشر

يعني إسالة مياه الصرف من أرض بعيدة عبر أرض الجار لتصب في المصرف العمومي، و في هذه الحالة يكون المقصود فيها إسالة المياه إلى مصرف عمومي و على المالك أن يسمح بمرور هذه المياه.

وقد حمل المشرع مالكي و مستعملي العقارات الوسيطة نفقات التغييرات الضرورية لممارسة الحق، كما حملهم المساهمة في صيانة المنشآت، فإذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها فإن لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر. فالعبارة إذن بالقيام بأعمال الصيانة هو أن يكون الشخص منتفعا بالمصرف، فتكون نفقات هذه الإصلاحات مشتركة بينهم⁽²⁾

كما قرر المشرع نصا آخر ينظم صورة أخرى للمسيل أو الصرف و هذا في المادة 44 من قانون المياه وفيها :

"يتعين على مالك العقار السفلي أن يتلقى على عقاره المياه المنصبة بصفة طبيعية من العقار العلوي و لا سيما مياه الأمطار و الثلوج و الينابيع غير المجمعة"

(1) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص: 38.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 80.

كما نصت المادة 45 من نفس القانون على أنه : "يتعين على كل مالك وضع سقفوف بناياته حتى تتدفق مياه الأمطار على أرضه أو على الطريق العمومي و لا يجوز له أن يجعلها تتدفق على أرض جاره"

و من خلال المادتين، نظم المشرع حق مسيل مياه الأمطار و الثلوج و الينابيع غير المجمعة ويبدو أن المشرع حدد هذه النوع من المياه لكونها مياهها طبيعية لا دخل ليد الإنسان في إسالتها، ويكون مسيلها من الأراضي العالية إلى الأراضي السفلية.

فقد أوجب المشرع بموجب المادة 44، على صاحب الأرض المنخفضة أن يتحمل ارتفاع إسالة المياه الطبيعية على عقاره من العقار العلوي، و الملاحظ أن المشرع لم يقرر على صاحب العقار العلوي أي تعويض على ذلك، و الأرجح أن يكون ذلك بسبب عدم تدخل إرادته في سيل هذه المياه

و في مقابل ذلك، ألزم المالك بوضع سقفوف بناياته لتتدفق المياه على أرضه أو على الطريق العمومي، ومنعه من جعلها تسيل على عقار جاره.

و يلاحظ هنا، أن حق إسالة المياه من العقارات العلوية على العقارات السفلية أورده المشرع مطلقا و لم يحصره في الأراضي الزراعية

كما خول قانون المياه توصيل المياه المتزلية المستعملة و مياه التصريف، و مياه تطهير الأراضي الفلاحية إلى منشآت جمع المياه حسب نفس الشروط و مع التحفظات المتعلقة بتوصيل المياه المنصوص عليها في المادة أعلاه و هو ما ورد في نص المادة 46 من قانون المياه.

و قد جعل القانون من خلال المادة 47 حقا للملكي العقارات السفلى في التعويض في حالة حدوث ضرر ناجم عن هذه المياه، إذ يجب أن يعرض المالك عن حق المسيل، فإذا أصاب أرض المالك ضررا من المصرف، فللمالك أن يطلب تعويضا عما أصابه من الضرر. هذا الالتزام يكفل عدم الإضرار بالأرض المحملة بحق المسيل⁽¹⁾.

(1) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 234.

المبحث الثاني

قيود المرور في حالة العقار المحصور

لقد راعى المشرع أن الأراضي المحصورة، التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام، لا تتحقق فيها الظروف المناسبة لحسن استغلالها، فقرر بموجب المادة 693 من القانون المدني، لمالكها أو أي صاحب حق عيني آخر عليها المرور على أرض جارها، لتقوده إلى الطريق العام، تكريسا لروح التعاون و التضامن اللازمين لحسن الجوار.

و قد نظم المشرع هذا القيد في المواد من 693 إلى 702 من القانون المدني، فأعطاه بذلك مساحة من الاهتمام أوسع من غيره من القيود الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة و هي أكثرها إثارة للمنازعات القضائية المطروحة في هذا الشأن.

و قد قرر المشرع حق المرور لتمكين الأرض من الطريق العام، و هناك أمر أساسي لا بد من قيامه لقيام حق المرور، و هو أن تكون هناك أرض محصورة عن الطريق العام .

فحق المرور من الطريق العام ثابت لكل شخص، ومقرر لكل عقار متصل به بإطلاق، وللכל أن يمر من هذا الطريق بدون قيد أو شرط، ذلك لأن الطريق العام قد خصص لمنفعة الكافة، و ليس لأحد حق فيه أكثر من الآخرين، و على ذلك، لا يمنع من ارتفاع المرور أحد ما دام يرتفق في الدائرة التي خصص لها الطريق⁽¹⁾

كما يجوز لصاحب العقار المنتفع بحق المرور أن يقيم إنشاءات لازمة لاستعمال هذا الحق⁽²⁾، إلا أن المشرع و إن يقرر لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام، حق المرور في أرض جارها إلى الطريق العام، يضع لذلك شروطا، نوضحها في المطلب الأول من هذا المبحث، و نوضح أحكام تنظيم حق المرور في المطلب الثاني ثم أخيرا أحكام انقضاء حق المرور في المطلب الثالث

(1) الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص: 102

(2) بدوي رضا، عقاري (اجتهادات ونصوص)، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1988، ص: 421.

المطلب الأول

شروط حق المرور

سبق أن رأينا أنه إذا كانت الأرض محصورة عن الطريق العام كلياً، مما يحول دون المرور إلى الطريق العام، فإن منع الجار من المرور فيه تعطيل لاستغلال هذه الأرض، و لذا أقر المشرع الحق في المرور عبر أرض المالك للوصول إلى الطريق العام، حتى لا يتعسف المالك فيمنع جاره من هذا الحق.

و في المقابل و حتى لا يتعسف الجار بدوره في استعمال هذا الارتفاق بالقدر اللازم و على الوجه المألوف، وضع المشرع ضوابطاً وشروطاً لممارسة حق المرور، إذ نص صراحة على هذه الشروط، من حيث وجوب تحقق الحصر و ضرورة المرور بحيث لا يمكن المرور إلى الطريق العام إلا من خلال هذا الممر، على ألا يكون الحصر مفتعلاً من صاحب الأرض المحصورة، كما اشترط القانون ألا يكون هناك حق مرور اتفاقي أو مرور على سبيل الإباحة، كذلك إلزامية ملاءمة حق المرور للملاك الآخرين و هذا ما سيتم شرحه فيما يلي:

الفرع الأول

وجود أرض محصورة ليس لها ممر إلی

الطريق العام أو ممرها غير كافي

بالرجوع إلى نص المادة 693 من القانون المدني يتضح أن الشرط الأساسي لقيام حق المرور هو وجود أرض محصورة عن الطريق العام، بحيث يكون وجود الحق رهيناً على حالة الحصر، فإذا توافر الحصر وجد حق المرور، وإذا لم يوجد حصر فلا حق في المرور، ونص المادة كالتالي :

"يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام، أو كان لها ممر ولكنه غير كافي للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك"

وتعرف الأرض المحصورة بأنها الأرض المحاطة من جميع الجهات بأراضي الجيران دون أن يوجد منفذ للوصول منها إلى الطريق العام.⁽¹⁾

ويتحقق الحصر حسب المادة 693 المشار إليها أعلاه في حالتين :

الأولى، ألا يصل بين الأرض و بين الطريق العام أي ممر، أي لا يوجد منفذ لهذه الأرض إلى الطريق، حيث تكون محاطة من جميع جهاتها بأرض مملوكة للغير أو بمجاري مياه خاصة، إذ يضطر مالك الأرض إلى المرور بأراضي جيرانه إذا أراد الوصول إلى الطريق العام المخصص للمنفعة العامة و الذي يحق لكل فرد أن يسلكه دون قيد و هذا هو الحصر الكلي أو المطلق.

الثانية، أن يصل بين الأرض و الطريق العام ممر، و لكن هذا الممر يكون غير كاف، وقد نصت المادة 694 من القانون المدني على أنه :

" يعتبر الممر على الطريق العام غير كاف، أو غير ممكن إذا كان ذلك يكلف مشاقا كبيرة لا يمكن تسويتها ببذل أعمال باهضة لا تتناسب مع قيمة العقار.

ويعتبر الممر عكس ذلك كافيا، إذا كانت الأضرار عارضة يمكن إزالتها بنفقات قليلة، أو إذا وجد الممر على وجه الإباحة ما دام لم يمنع استعماله"

فالممر يكون غير كاف- في نظر القانون- إذا كان المرور به يكلف المالك نفقة باهضة ومشقة كبيرة، وهذا هو الحصر الجزئي.

فإذا كانت الأرض قد شيد فوقها مصنع مثلا، و كان الممر إلى الطريق العام لا يتسع إلا لمرور الراجلين، فلا تستطيع السيارات و الشاحنات أن تمر فيه و كان المصنع في حاجة إلى ذلك لنقل منتجاته، فإن الممر يعتبر غير كاف في هذه الحالة، و يعتبر أيضا غير كاف لو أمكن المرور فيه و لكن بمشقة كبيرة، و حتى لو أمكن توسيعه و لكن بنفقات باهضة، أما إذا كان الممر يكفي لمرور العربات دون مشقة كبيرة أو نفقة باهضة، فإن الأرض لا تعتبر محصورة عن الطريق العام⁽²⁾.

(1) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص: 57.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 757.

الفرع الثاني

أن يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار و استغلاله

إن ضرورات استغلال العقار المنحصر هي التي تسوغ إقرار حق المرور القانوني، وهي التي تحدد في الوقت ذاته، مدى هذا الارتفاق⁽¹⁾

فالقانون يخول الحق في المرور لتيسير استعمال العقار المحبوس واستغلاله، ومن هنا فإنه يخضع في وجوده و في مداه لحاجات هذا الاستعمال و الاستغلال.

ويؤخذ الاستعمال و الاستغلال هنا بالمعنى الشامل، فيستوي في هذا الشأن أن تكون الأرض المحصورة للاستغلال الزراعي أو الصناعي أو التجاري أو أن تكون أرضا للبناء.

فالعبارة في استعمال الممر و استغلاله بهذا المعنى في أن تكون في تقدير لزوم و ضرورة الممر ومدى كفايته بطبيعة و أهمية الاستعمال و الاستغلال الذي أعد له العقار⁽²⁾

فإذا كانت الأرض المحبوسة زراعية، فإن الممر الذي يلزم لها هو الذي يكفي لاستعمالها و استغلالها زراعيًا على الوجه المألوف، على سبيل المثال، و ما دام الممر يتقرر طبقا لطبيعة استعمال و استغلال العقار المحصور، فإن تغيير هذا الاستعمال أو الاستغلال قد يؤدي إلى تضيق أو توسيع الممر و بذلك حق المرور، أو حتى انقضائه تبعا لاستغلال الأرض، و ذلك كله مادام المالك يستغل أرضه في وجوه الاستغلال المألوفة للأرض، لأن المصلحة العامة تقتضي أن تكون للمالك الحرية في استغلال أرضه⁽³⁾

(1) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص: 404

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 96

(3) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص: 68

الفرع الثالث

ألا يكون الحصر ناتجا عن إرادة المالك

يشترط القانون لقيام حق المرور على الطريق العام في الأرض المحصورة ألا يعود سبب الحصر لإرادة المالك و هذا ما قضى به المشرع الجزائري في نص المادة 01/695 بقوله "لا يجوز لمالك الأرض المحصورة أو التي لها ممر كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير إذا كان الحصر ناتجا عن إرادته هو" و يعتبر حق المرور القانوني قيذا خطيرا على ملك الجار، و لذلك فهو لم يتقرر إلا لضرورته⁽¹⁾

و من هذا يشترط لقيام ذلك الحق ألا يكون الحصر راجعا إلى فعل مالك الأرض المحصورة، فإذا تسبب المالك بفعله في تحقق انحصار أرضه عن الطريق العام، فلا يتقرر له حق المرور القانوني على ملك جاره، إذ الأولى على صاحب الأرض المحافظة على السبل المتاحة له للوصول للطريق العام، بدلا من ضياعها بفعله، و مطالبة غيره من جيرانه بتحمل قيد المرور في أراضيهم⁽²⁾

و يعتبر الحصر ناتجا عن فعل المالك، إذا نشأ عن عمل من جانبه، سواء كان هذا العمل ماديا أو تصرفا قانونيا، و سواء كان إيجابيا أم سلبيا⁽³⁾ و في هذا الشأن، قضت المحكمة العليا في الملف رقم 33524 بتاريخ 1985/03/06⁽⁴⁾ بما يلي :

" من المقرر قانونا، أنه لا يجوز لمالك الأرض المحصورة أو التي لها ممر كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان هذا الحصر ناتجا عن إرادته هو، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد حرقا للقانون.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 97

(2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 35، 36

(3) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 97

(4) أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص: 273 و 274

و لما كان ثابتاً أن الطاعن أكد أنه حفر الخندق المتنازع من أجله دون معارضة المطعون ضده قبل بنائه المرآب، وبعد بنائه المسكن و أن عدم توفر هذا الأخير على فتحة تؤدي إلى البناء المذكور، تكون بالتالي من فعل إرادته، و بما أن قضاة المجلس لم يتطرقوا لهذه النقطة في عناصر الدعوى لاستخراج طابع الحصر المحتج به، و تطبيق النص القانوني المناسب، اكتفوا بالقضاء بحق الاشتراك في المرور، فإنهم بقضائهم هذا قد حرقوا القانون و متى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه."

الفرع الرابع

ألا يكون هناك حق مرور اتفاقي أو

على سبيل الإباحة

لقد نصت على ذلك المادة 02/695 إذ جاء فيها :

" و ليس له أن يطالب أيضا بحق المرور إذا كان يتمتع إما بحق المرور على وجه الاتفاق و إما بحق المرور على وجه الإباحة ما دام المرور الاتفاقي لم ينقض بعد، وحق الإباحة لم ينزل"

هذا الشرط، هو حالة ينتفي فيها الحصر الذي يخول حق المرور، فإنه لا تجوز المطالبة بحق المرور إذا كان لمالك الأرض المحبوسة حق ارتفاق بالمرور على أرض غيره يوصله إلى الطريق العام، و نزل عن هذا الحق.

هذا الارتفاق قد يكسبه الشخص بتصرف قانوني (عقد أو وصية) أو بالميراث أو التقادم، فإن أرض الجار في هذه الحالة لا تكون محبوسة عن الطريق العام، إذ أن لها منفذ إلى هذا الطريق كسبه الجار بإحدى طرق اكتساب حقوق الارتفاق⁽¹⁾

و قد يتسامح الجيران فيجيزوا لمالك الأرض المحبوسة أن يمر بأراضيهم للوصول إلى أرضه دون أن يعترفوا له بحق ارتفاق على أراضيهم، فإن مروره يعد على سبيل التسامح، و ما دام

(1) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص: 62.

الجار المتسامح لم يعدل عن تسامحه، فلا وجه لطلب حق مرور آخر حسب المادة 695 من القانون المدني.

الملاحظ أن حالة إباحة المرور من جار آخر لا تجعل المالك في وضع مؤكد و مستقر، إذ يمكن للجار المتسامح أن يعدل عن تسامحه في أي وقت شاء و له مطلق الحرية في ذلك. و حرمان مالك الأرض المحصورة من طلب حق مرور آخر، في هذه الحالة ينبغي أن يكون محل إعادة نظر لأن الإباحة لا تخلق وضعاً مستقراً لمالك العقار المحصور.

الفرع الخامس

ملاءمة حق المرور للملاك الآخرين

إن مالك الأرض المحصورة ليس له مطلق الحرية في اختيار الجار الذي يطلب حق المرور في أرضه، بل يجب أن يكون المرور في العقار الذي يختاره أخف ضرراً، و تقدير ذلك مسألة موضوعية يفصل فيها القاضي وفقاً لظروف كل حالة، كما يمكنه الاستعانة بالخبرة لتحديد أي الممرات ملاءمة من حيث عدم إلحاقه ضرراً بالجيران الآخرين⁽¹⁾ و هذا ما جاء في نص المادة 696 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : "يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار و الطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين" و بموجب ذلك، يجب اختيار الممر بالأرض التي يكون المرور فيها أخف ضرراً، فيختار الممر مثلاً في أرض فضاء بدلاً من أرض زراعية.

و قد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 55985 الصادر بتاريخ 1989/11/15 أنه : "من المقرر قانوناً أنه يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار و الطريق العام ملائمة و التي تحقق أقل ضرراً بأمالك المجاورين، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

لما كان الثابت في قضية الحال، أن أرض الطاعن أصبحت محصورة بعد إنجاز الطريق الجديد من قبل مصالح الطرقات و الجسور و أن الخبير بين أن الجهة التي تؤدي إلى الطريق لا تحدث

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 764.

ضررا للجار، ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم و بقضائهم من جديد برفض طلب الطاعن، يكونوا قد خالفوا القانون، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁽¹⁾

المطلب الثاني

أحكام حق المرور

إذا ما توافرت الشروط التي سبق شرحها، و بمقتضى القانون يكون للجار مالك الأرض المحصورة حق المرور من أرض جاره بالقدر اللازم لاستغلال أرضه و استعمالها على الوجه المألوف، و هذا في مقابل تعويض مناسب للأضرار التي يمكن حدوثها جراء ذلك. إلا أن هذا الحق مقيد بنص القانون و له أحكام خاصة في حالات معينة، فإذا نشأ الانحصار عن تجزئة عقار، فلا يمكن طلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات كما أن المشرع أخضع اكتساب هذا الارتفاق إلى نظام التقادم الذي له أثر في حيازة الممر. هذه الأحكام، أحاول شرحها فيما يلي، حيث أتعرض أولا إلى مقابل المرور وهو التعويض، ثم إلى حق المرور في حالة تجزئة العقار. ثم أثر التقادم في تعيين ارتفاق حق المرور و أخيرا انقضاء حق المرور.

الفرع الأول

مقابل حق المرور (التعويض)

تقرر المادة 693 أن يكون حق المرور في أرض الجار لمصلحة الأرض المحصورة في نظير تعويض مناسب للأضرار التي قد تنجم من جراء استعمال هذا الحق. و على هذا، فإن ملكية الممر تبقى لصاحب الأرض المتصلة بالطريق العام⁽²⁾

(1) القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007، مدعم بالاجتهاد القضائي طبعة 2007-2008 منشورات بيرتي، الجزائر، 2007
(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 469.

و التعويض بالمعنى المذكور يجب أن يقابل كل الأضرار التي تلحق مالك الأرض التي يتقرر عليها المرور، فالعبرة بالضرر و ليس بالمنفعة، فإذا لم يوجد ضرر فلا تعويض، و كل ضرر بهذا المعنى يترتب عنه تعويض منفرد، في ذلك قضت المحكمة العليا في الملف رقم 50516 الصادر بتاريخ 15/03/1989⁽¹⁾ بما يلي:

"من المقرر قانوناً، أنه يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر غير كاف للمرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل دفع تعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون. ولما كان ثابتاً في قضية الحال، أن قضاة المجلس لم يتحققوا من وجود ممر آخر للمدعي في الطعن يصله بمنزله و أمروا بغلق الممر بحجة أن المدعي لا يجوز على سند شرعي فيكونوا بقضائهم كما فعلوا قد أساؤوا تطبيق القانون و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"

و قد نصت المادة 701 من القانون المدني الجزائري على إمكانية دفع التعويض دفعة واحدة أو على أقساط متساوية تتناسب مع الضرر الناجم عن استعمال الممر. و يسقط حق مالك العقار المرتفق به في المطالبة بالتعويض إذا سكت مدة 15 سنة حسب المادة 700 من القانون المدني الجزائري و هي المدة الكافية لحصول صاحب الأرض المحصورة بالحيازة على حق المرور بالتقدم، وهذا حسب نص المادة 699 من القانون المدني و التي جاء فيها:

"إن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر سنة يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق و يصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله..."

هذا و إذا اكتسب حق المرور بواسطة الحيازة لصالح العقار المحصور فإن هذا الحق لا يزول إذا توقف الحصر الذي كان السبب الأصلي في تقريره⁽²⁾.

(1) أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص: 169

(2) انظر الفقرة الثانية من المادة 699 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني

حق المرور في حالة تجزئة العقار بتصريف قانوني

تناولت المادة 697 هذه الحالة حيث نصت على ما يلي:

"إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار، بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة، أو من أي معاملة أخرى، فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات" فقد يبيع المالك جزءا من عقاره و يحتفظ لنفسه بالجزء الآخر المتصل بالطريق العام أو بالأرض المحصورة، أو يبيع الجزأين لشخصين مختلفين، ويستوي في ذلك مع المبادلة، كما أن الحصر قد ينشأ نتيجة القسمة إذا كانت الأرض مملوكة لعدة شركاء ثم أفرزوا بالاتفاق نصيب كل منهم و وقع نصيب أحدهم في الجزء الذي تتصل فيه الأرض بالطريق، ففي هذه الحالة و حسب المادة 697 لا يستطيع مالك الجزء المحصور عن الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض أخرى غير الأرض التي تمت تجزئتها، بل لا يكون له حق المرور إلا على جزء الأرض التي أدت تجزئتها إلى هذا الحصر.

فحصر الأرض تحقق بفعل إرادي من صاحب الأرض و لذلك لا مجال لتحميل الأراضي المجاورة بحق المرور نتيجة هذا الحصر الناشئ عن تجزئة العقار بتصريف قانوني⁽¹⁾ و في هذا الشأن قررت المحكمة العليا في الملف رقم 229229 الصادر بتاريخ 2002/05/22 ما يلي :

"حيث أن موضوع النزاع هو التعدي على ملك المدعي(ط أ) من طرف السيد (ح ص) المطعون ضده، لذلك طلب المدعي في الطعن إنهاء حالة الاعتداء على ملكيته بعدم استعمال أرضه مع التعويض عن الضرر اللاحق به، لكن القضاة تجاهلوا أصل النزاع و فصلوا في القضية على أساس الارتفاق.

وحيث أنه طبقا للمادة 697 من القانون المدني تنص صراحة بأنه إذا كانت الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو من أي معاملة أخرى، فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات، وحيث أن قضاة المجلس

(1) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص: 40

بقضائهم هذا قد أشابوا قرارهم بعبء انعدام الأساس القانوني و عرضوه للنقض و عليه يتعين نقض القرار⁽¹⁾

فمن المسلم به أن لا أحد يملك بمجرد الإرادة تقييد سلطات ملكية الغير بخلق حالة من الانحباس تبرر المطالبة بحق المرور القانوني على أرضه، فعلى من خلق الانحباس وحده تقع مسؤولية تحمل نتائجه دون أن يملك تحميلها للآخرين⁽²⁾

الفرع الثالث

أثر التقادم في تعيين ارتفاع المرور

إذا لم يتعين الممر، لا بالاتفاق و لا بحكم القاضي، و باشر مالك الأرض المحصورة المرور فعلا في أرض مجاورة، كان لمالك هذه الأرض أن يعترض بأن يطلب تقرير المرور في أرض أخرى يكون المرور فيها أخف ضررا.

أما إذا لم يعترض مالك الأرض المجاورة و ظل مالك الأرض المحصورة يباشر المرور فعلا مدة 15 سنة، استقر حقه في المرور في الموضع الذي يمر فيه، و هذا ما قضت به المادة 699 إذ جاء فيها: "إن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر سنة، يعد بمثابة سند ملكية للاتفاق و يصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله، و إذا كان ارتفاع المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور، فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه عارضا كان أو نهائيا"

و قد أخذت المحكمة العليا بذلك في قرارها رقم 226568 الصادر بتاريخ 20/03/2002 والذي جاء فيه : "من المقرر قانونا أن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة 15 سنة يعد سند ملكية للاتفاق و يصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله.

ولما كان ثابتا في قضية الحال عدم وجود حالة الحصر التي يشترطها القانون للملكية المطعون ضده حتى يستفيد من التقادم المكسب لارتفاع المرور و مع ذلك كرس قضاة الموضوع للمطعون ضده حق الارتفاق بحجة أن الممر موجود منذ القدم و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽³⁾، على أن اكتساب الحق في ممارسة المرور في مكان معين

(1) الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج 02، قسم الوثائق، الأبيار، الجزائر، 2004، ص: 424، 425.

(2) حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، ط 04، بدون بلد، 1995، ص: 107.

(3) القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص: 171.

وبطريقة معينة بالتقادم المكسب لا يكسب الحق في المرور ذاته بالتقادم بحيث إذا زال الانحباس على النحو المتقدم انقضى هذا الحق في ذاته⁽¹⁾، كما أن سقوط حق الجار في الاعتراض بعد مضي هذه المدة ليس من شأنه أن يغير من طبيعة حق مالك الأرض المحبوسة في المرور⁽²⁾، إذ يظل هذا الحق هو حق المرور القانوني الذي تقرره النصوص السالفة الذكر.

وفي الأخير، أشير إلى ما جاءت به المادة 702 من القانون المدني و هو ترتب دعوى الحيازة عن ارتفاع المرور في حالة العقار المحصور، حتى لو كان غير متواصل.

كما أقرت نفس المادة دعوى الحيازة حتى لو لم يتم لصاحب العقار المحصور التقادم من حيث القاعدة و كيفية الارتفاع.

وهو تعارض مع أهم الشروط الواجب توافرها لقيام حيازة قانونية صحيحة، و قد يعود السبب إلى أن حيازة الممر لا تخرج عن نطاق استعماله كمر و لا يمكن بأي حال من الأحوال اكتسابه لغرض آخر غير الارتفاع.

الفرع الرابع

انقضاء حق المرور

لدراسة انقضاء حق المرور يجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني الخاصة بحق الارتفاع كحق مترتب على حق الملكية، باعتبار حق المرور أحد الارتفاعات و يخضع بذلك لما تخضع له سائر الارتفاعات خاصة من ناحية نشوئها و انقضائها لكون المواد المتعلقة بارتفاع المرور لم يرد فيها بشأن انقضائه نص، إذ جاء في المادة 878 ما يلي:

"تنتهي حقوق الارتفاع بانقضاء الأجل المحدد و بهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً، أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، و يعود حق الارتفاع إذا زال اجتماع العقارين"

(1) مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص: 227.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 101.

ففي حالة ارتفاع المرور، نتصور انتهاء هذا الارتفاع لسبب منطقي هو زوال حصر الأرض وبالتالي تزول الغاية التي نشأ من أجلها حق المرور، وهذا الرأي سلم به جميع الفقهاء، إذ أجمعوا على أن حق المرور يزول بزوال الحصر، وقد يحدث زوال الحصر إما بإنشاء طريق عام بجوار الأرض أو بتملك صاحب الأرض المحصورة أرضاً أخرى متصلة بأرضه و كانت هذه الأخيرة متصلة بالطريق العام.

ويمكن هنا تطبيق ما جاء في المادة 878 في حالة اجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك العقارين.

فإذا اشترى مالك الأرض المحصورة العقار الذي به الممر، تنتقل إليه ملكية العقار مثقلة بارتفاع المرور الذي سبق له الاستفادة منه.

وفي قول المشرع في نص المادة 695 (... ما دام المرور الاتفاقي لم ينقض بعد....) أكبر دليل على أن حق المرور حق مؤقت و ليس دائماً.

إلا أن المادة 699 قررت أن ارتفاع المرور إذا تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور، فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه عارضا أو نهائيا.

وخلاصة القول أنه بزوال الضرورة التي أدت إلى إنشاء حق المرور، يزول هذا الحق لزوال الانحصار وبالتالي انقضاء الحاجة إلى الارتفاع، إلا إذا تمت حيازة الممر لمدة خمسة عشر سنة إذ يكتسب هذا الحق بواسطة الحيازة التي تصبح بمثابة سند للملكية حق الارتفاع.

المبحث الثالث^١

القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار

يثير التلاصق في الجوار نزاعات عديدة بين الجيران، و لفض هذه النزاعات فرض المشرع قيودا على الملكية تختلف باختلاف ظروف التلاصق بين الملكيات المتجاورة، فهي إما قيود تتعلق بوضع الحدود الفاصلة بين هذه الملكيات، أو قيود تتعلق بالحيطان الفاصلة بينها أو قيود تتعلق بالمسافات التي يجب أن تراعى فيما بينها. و سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب أخصص المطلب الأول لوضع الحدود، وأخصص المطلب الثاني للحائط الفاصل المشترك أما المطلب الثالث فأخصصه للمطلات و المناور.

المطلب الأول^٢

وضع الحدود للأمالك المتلاصقة

تنص المادة 703 من القانون المدني على أنه :

"لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، و تكون نفقات التحديد مشتركة بينهما"

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري قيد استعمال حق الملكية لمصلحة الجار الملاصق إذ ألزم كل مالك بوضع حدود فاصلة ما بين أملاكهما المتلاصقة على أن يشتركا معا في تكاليف و نفقات هذا التحديد

ووضع الحدود le bornage عملية تتضمن تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين وإظهاره بعلامات مادية⁽¹⁾، هذه العلامات المادية الظاهرة تبين معالم الحدود بين الملكيتين المتجاورتين ليظهر حد كل منهما على وجه التحديد، فتتقيد بذلك حرية المالك في ملكه بعد أن كان حرا في تحديد هذا الملك أو في عدم تحديده، ذلك ما لم يتفق المالكان وديا على وضع الحدود التي تتم إما وديا أو إجباريا، وتعيين الشيء المملوك تقتضيه طبيعة حق

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق ص: 110

الملكية باعتباره حقا عينيا يرد على شيء معين بذاته، أي محددًا على نحو يميزه عن غيره من الأشياء.

إذ أن اتصال حدود عقار بحدود غيره قد يؤدي إلى صعوبة التعرف على الحد الفاصل بين كل منهما، الأمر الذي قد يثير منازعات بين الملاك المتجاورين عند مباشرة كل منهم لحقه، لذا أتاح القانون للملاك المتجاورين تجنب ذلك بالاتفاق بينهم على وضع حدود فاصلة وظاهرة بين ملكياتهم بالتراضي.

الفرع الأول

تحديد الحدود بالتراضي

قد يتم الاتفاق وديا بين المالكين على وضع الحد بين ملكيتيهما المتلاصقة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء. إذ يتم الاتفاق حول مساحة الأرض التي يملكها كل واحد منهما لكنهما لا يعلمان الحدود المادية الفاصلة بين أرضيهما، فيقومان بوضع حد فاصل بينهما، إما بالاتفاق فيما بينهما و عند الضرورة يلجآن إلى تعيين خبير يتم الاتفاق عليه. إذ يقوم هذا الأخير بدوره بمسح أرض كل واحد منهما بناء على الوثائق التي يقدمها كل واحد منهما، و يضع علامات مادية تظهر ملكية كل واحد منهما.

ويجرر بذلك محضرا تحدد فيه ملكية كل واحد منهما و كذا الحد الفاصل بينهما ثم يوقعان على هذا المحضر الذي يصبح ملزما للطرفين بمجرد التوقيع. باعتبار التوقيع هو تعبير عن الإرادة التي هي أساس الالتزام أو المسؤولية. ويعتبر هذا المحضر بمثابة عقد بين الطرفين يمكن الرجوع إليه عند الاقتضاء و لا يمكن الطعن فيه إلا فيما يمكن الطعن فيه في كل عقد كعيوب الإرادة مثلا⁽¹⁾

(1) نفس المرجع السابق، ص: 110

الفرع الثاني

تحديد الحد الفاصل جبرا

الأصل أن يتم تحديد الحد الفاصل بين المالكيتين المتلاصقتين بالاتفاق وديا بين المالكين كما مر بنا.

أما إذا طلب أحد الملاك وضع الحدود بينه و بين جاره، ورفض هذا الجار طلبه، فإن وضع الحدود يتم جبرا عنه، وذلك استنادا إلى نص المادة 703 من القانون المدني الجزائري السابق الإشارة إليه.

ولا شك أن جبر المالك لا يتم إلا عن طريق القضاء، لأن القانون فقط من يملك سلطة الإجبار، إذ يرفع المالك دعوى رسم الحدود بين المالكيتين المتجاورتين، و بموجب هذه الدعوى يتم تعيين خبير من قبل القاضي المختص. وإذا أثبتت الخبرة وجود ملكيتين متلاصقتين يتم رسم الحدود بينهما جبرا. ولا يحق للمالك المدعى عليه الاعتراض على ذلك إلا إذا قدم دليلا يثبت عكس ذلك

إن حق وضع الحدود يثبت بقوة القانون بناء على حالة واقعية هي تلاصق المالكين المتجاورين. وقد كرست المحكمة العليا ضرورة وجود علاقة الجوار من أجل رفع دعوى رسم معالم الحدود و يتضح ذلك من خلال القرار رقم 29234 المؤرخ في 1983/10/26⁽¹⁾ والذي جاء فيه : "من المقرر قانونا بالمادة 703 من القانون المدني، أن دعوى وضع معالم الحدود يجب أن تكون بين ملكيتين متجاورتين

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الدعوى التي أقامها الطاعنون أمام محكمة الواد هي دعوى وضع معالم الحدود بين المالكيتين المتجاورتين فإن قضاة الاستئناف الذين أسسوا قرارهم على ما تضمنه تقرير الخبرة من نتائج مقنعة جعلتهم يتأكدون من عدم وجود الجوار بين ملكية الطرفين و يقررون بناء على ذلك رفض طلب الطاعنين وضع معالم الحدود بين المالكيتين إذ لا يعقل أن توضع معالم حدود للملكيتين غير متجاورتين، قد طبقوا

(1) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2002، ص: 295.

صحيح القانون"، هذا و يختلف تعيين الحدود عن تحويط الملك أو تسويره ويتضح ذلك من قراءة المادة 708 حيث جاء فيها :

"ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه "

وباستقراء هذه المادة يتضح أنه لا تقيد من حرية المالك في ملكه و منه فليس لجاره إجباره على تحويط ملكه. بينما يكون من حق الجار إلزام جاره بوضع حد فاصل بين ملكه وملك جاره متى كانت الملكيتان متلاصقتان.

وتقع نفقات وضع الحدود طبقاً لنص المادة 703 من القانون المدني بشراكة أي مناصفة بين الجارين

ويلاحظ أن هذه المادة ناصفت بين الجيران المتلاصقة عقاراتهم، و لم تراع في ذلك اختلاف مساحاتهم، و قد أرجع الفقه ذلك إلى أن المقصود هو نفقات التحديد بمعناه الحقيقي، أي نفقات بيان الحد الفاصل و وضع علامات مادية تدل عليه فقط، لأن الجيران يتساوون في الاستفادة من وضع الحدود⁽¹⁾. أما النفقات الأخرى، من بحث مستندات الملكية أو مسح الأراضي فتكون على أصحابها كل بنسبة مساحة أرضه⁽²⁾.

المطلب الثاني

الحائط الفاصل بين ملكين متلاصقين

تتضمن الأحكام المتعلقة بالحائط الفاصل بين ملكين، المواد من 704 إلى 707 من القانون المدني، وهو صورة من صور الشيوع في الملكية الخاصة بالجدران، وتنظم نصوص هذه المواد ملكية الحائط المشترك وسلطات المالك أو الملاك عليه في الاستعمال و التصرف. والحائط الفاصل هو الذي يفصل بين بناءين، فإذا فصل هذا الحائط بين أرضين أو بين أرض و بناء، لما كان فاصلاً بالمعنى المقصود الذي تنطبق عليه الأحكام الواردة في القانون المدني في المواد السابقة الذكر، والحائط الفاصل إما أن يكون مملوكاً لواحد من الجيران الذين يفصل بين أملاكهم و إما أن يكون مملوكاً على الشيوع لعدد من الجيران. و لكل حالة أحكامها

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 113.
(2) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص: 44.

الخاصة، وتتاولها في الفرع الأول و الثاني على التوالي، ليكون الفرع الثالث خاصا بحق تعليية الحائط المشترك الذي قررته المادة 705 من القانون المدني.

الفرع الأول

الحائط الفاصل المملوك لواحد من الجيران

تنص المادة 01/708 من القانون المدني على أنه :

"ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه و لا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697 " و التي مفادها إجبار المالك في حالة كون الأرض المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو أي معاملة أخرى. حيث يحق للجار إجبار جاره على تمكينه من حق المرور على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات.

و قد استمر المشرع في تقييد حرية المالك في ملكيته لصالح جاره، إذ منعه بموجب المادة 02/708 من هدم حائطه الملاصق لجاره مختارا دون عذر قانوني متى كان هذا يضر بجاره الذي يستتر ملكه بالحائط المراد تهديمه

و بالنظر إلى الفقرة الثانية من المادة 708، نجد أنها تأتي بقيد على سلطة مالك الحائط الفاصل في هدمه فتقضي بأنه ليس له أن يهدمه مختارا دون عذر قوي، إذا كان هذا يسبب ضررا لجار يستتر ملكه بهذا الحائط و يتبين من ذلك الشروط التي بموجبها يتمتع مالك الحائط الفاصل أن يهدمه مختارا و هي:

1- أن يكون هناك جار يستتر ملكه بهذا الحائط ، و هو قيد قانوني قوي، إذ أن منع هدم حائط مملوك ملكية خاصة هو قيد هام على حق الملكية⁽¹⁾

2- أن يسبب هدم الحائط الفاصل ضررا للجار، فإذا كان ملك الجار المحوط فضاء فلا يتحقق شرط الضرر.

3- ألا يوجد عذر قوي للهدم، بمعنى ألا تكون المصالح التي يرمي المالك إلى تحقيقها قليلة الأهمية و في هذا الأمر تطبيق لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

(1) نفس المرجع السابق الذكر، ص: 53

حيث أن استعمال الهدم لا ينبغي أن يكون لمصالح قليلة الأهمية مقارنة بما يصيب الجار من ضرر.

الفرع الثاني

الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران

نظم المشرع الجزائري حقوق و التزامات مالكي الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران في المواد من 704 إلى 707 من القانون المدني، ذلك أن الاشتراك في الملكية يقتضي بذاته، قيودا على ملكية كل شريك، رعاية لسلطات كل الشركاء في الملك، سواء سلطة الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف، وتنص المادة 704 من القانون المدني على حقوق الشركاء في استعمال الحائط الفاصل، فتقضي في فقرتها الأولى بأن :

"المالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له و أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته"

وتنص الفقرة الثانية على أنه: "إذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له، فإن نفقة ترميمه و إعادة بنائه تكون على الشركاء كل حسب حصته فيه"

فاستعمال الشريك للحائط المشترك يجب ألا يتعارض مع الغرض الذي أعد له الحائط، و ألا يحول دون استعمال الشريك الآخر له و ألا يكون من شأنه تحميل الحائط فوق طاقته، فإذا جاوز القدر الواجب مراعاته في استعمال الحائط كان للشريك الآخر أن يطلب إزالة ما قام به أو تعديله، وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 338735 الصادر بتاريخ 2006/03/15 بما يلي :

"إن النزاع المطروح يتعلق بالجدار الفاصل بين ملكيتي الطرفين و الذي اعتبره القضاء مشتركا، و لذا فإن المادتين 704 و 705 من القانون المدني تحددان كيفية استعمال الحائط المشترك من طرف الملاك مثل تعليته أو إسناد السقف عليه دون إلحاق أي ضرر بشريكه إلا أنه لا يجوز للمالك القيام بفتوحات في الحائط المشترك أو الانتقاص من علوه أو من سمكه أو القيام بأي عمل يمس بمتانته و بالتالي لا يمكن للطاعنين التمسك بالمادة 827 من

القانون المدني والأولوية في إنجاز الفتوحات مادام أنها غير مشروعة، ومخالفة للمادتين المذكورتين أعلاه و عليه فإن الوجهين غير مبررين و الطعن بالنقض جاء غير مؤسس ويتعين رفضه⁽¹⁾

ودوام استعمال الحائط الفاصل لدوام الحاجة إليه يقتضي صيانته و ترميمه كما جاء في الفقرة الثانية حسب حصص الشركاء، إذ يقع هذا الالتزام على كافة الشركاء شرط أن تكون أعمال الترميم ضرورية لاستمرار الانتفاع بالحائط، والالتزام الشريك بدفع نصيبه في نفقات الإصلاح التزم عيني و من ثم فهو يستطيع التخلص منه إذا هو تخلى عن حصته في الحائط، ليخضع هذا الحائط لأحكام الحائط الفاصل المملوك لجار واحد، و إذا كان التلف بخطئه لا يكون له التخلص من المسؤولية بالتخلي⁽²⁾

الفرع الثالث

تعليق الحائط المملوك ملكية مشتركة

تنص المادة 01/705 من القانون المدني على أنه :

"للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعليق الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضررا بليغا، و عليه أن يتحمل وحده نفقة التعليق و صيانة الجزء المعلى و أن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبء الناشئ عن التعليق دون أن يفقد شيئا من متانته"

يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع يعطي الشريك في الحائط الفاصل الحق في تعليقه ولكنه يقيد استعمال هذا الحق بتوافر أربعة شروط :

- 1- أن تكون للشريك مصلحة جدية في التعليق كبناء طابق آخر فوق طبقات بنائه مثلا.
- 2- ألا تلحق التعليق ضررا بليغا بالشريك الآخر، كأن تلحق انهيارا بجزء كبير منه، فعلى الشريك بناء حائط آخر⁽³⁾

(1) مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 2006، ص: 434.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 120.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج08، حق الملكية، المرجع السابق، ص: 699.

- 3- تحمل الشريك وحده نفقات التعلية و صيانة الجزء المعلى، و قد أقرت الفقرة 02 من المادة 705 أنه إذا اقتضى الأمر أن يزيد الشريك من سمك الحائط فيجب أن يقع ما زاد من السمك في الحائط في ناحيته هو، فإذا كان الحائط المحدد في غير الجزء المعلى يكون للشريك الذي قام بالتعلية أن يطلب التعويض
- 4- أن يقوم الشريك بعمل ما يلزم حتى لا يؤثر البناء الناشئ من التعلية على متانة الحائط، و لا شك أن الأمر هنا يستعان فيه برأي أهل الخبرة
- كما أقرت المادة 706 حق الجار الذي لم يسهم في نفقات التعلية في أن يصبح شريكا في الجزء المعلى، شريطة أن يدفع نصف نفقات التعلية و قيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إذا كانت هناك زيادة، وقد اعتبرت المادة 707 الحائط الذي يفصل بين بناءين من وقت إنشائه، حائطا مشتركا حتى مفرق العقارين.

المطلب الثالث

القيود الخاصة بالمطلات و المناور

تنظم قيود الملكية المتعلقة بالمطلات و المناور، المواد 709، 710 و 711 من القانون المدني، و هي قيود تتعلق بملكية المباني و تفرض مسافات معينة يجب مراعاتها على الخصوص في فتح المطلات على أملاك الجيران، أما المناور ففتحتها لا يضع له القانون قيودا و لكن هذه القيود ترد على استعمالها.

إذ يحتاج البناء إلى فتحات فيه تسمح بمرور الهواء و نفاذ الضوء، بما يحقق الاستفادة منه، أيا كان نوع الاستغلال الخاص به، و مع ذلك فإن إقامة هذه الفتحات قد تسبب مضايقات للجار إذا أدت إلى الإطلال على عقاره، على عكس الفتحات الأخرى التي لا تسمح بهذا الإطلال⁽¹⁾، و من هنا فإن المشرع قد ميز بين المطلات و المناور و يتضح ذلك من خلال استعراض أحكام المطلات و المناور في فرعين كما يلي :

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 45.

الفرع الأول

قيود المثل

تقضي المادة 01/709 من القانون المدني بأنه :

"لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مثل مواجه على مسافة تقل عن مترين و تقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مثل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو النتوء" و يعرف المثل بأنه الفتحة التي يمكن النظر و الإطلال من خلالها في خط مستقيم على ملك الجار دون حاجة إلى الالتفاف يمينا و يسارا"⁽¹⁾ و تختلف المطلات عن المناور من حيث كونها تسمح بالإطلال على العقار المجاور لأن ارتفاع قاعدتها في حدود قامة الإنسان المعتادة⁽²⁾ يفهم من كل ذلك أن المقصود بالمطلات هو فتحات المباني التي يمكن النظر منها إلى الخارج في الوضع العادي للإنسان، أي في حالة وقوفه أو جلوسه، كالنوافذ و الشرفات و الأبواب.

و يتطلب القانون لفتح مثل سواء أكان مواجهها أو منحرفا ترك مسافة معينة بين المثل و حدود ملك الجار، و لكن هذه المسافة تختلف في المثل المواجه عن المثل المنحرف، كما تختلف طريقة قياسها، فالمادة 01/709 تنص على أنه:

"لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مثل مواجه على مسافة تقل عن مترين و تقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له مثل أو من الحافة الخارجية للشرفة أو النتوء" أما المثل المنحرف فتحدد المسافة الواجب تركها للفتحة المادة 710 من القانون المدني، حيث تنص على أنه: "لا يجوز أن يكون لجار على جاره مثل منحرف على مسافة تقل عن ستين سنتيمترا من حرف المثل، على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المثل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مثل مواجه للطريق العام."

(1) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص: 76.

(2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 46.

فالمسافة الواجب تركها في حال المطل المواجه، هي مترين من ظهر الحائط الذي به المطل إلى حدود ملك الجار، وقد قررت المحكمة العليا في الملف رقم 33909 بتاريخ 1985/05/29 ما يلي :

"من المقرر قانونا أنه لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد يستوجب رفضه، و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الخبير أثبت أن الطاعن فتح مطلات مواجهة لجاره تقل عن مترين، فإن قضاة الموضوع الذين منعوا الطاعن من فتح النوافذ المطلة على جاره طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك، استوجب رفض الطعن"⁽¹⁾

أما في حال المطل المنحرف فإن المسافة الواجب تركها هي ستين سنتيمترا و تقاس من جانب المطل، أي حافته التي تقع من ناحية الجار إلى حدود ملك هذا الجار.

و هذه المسافات واجبة لفتح المطلات، إذا كانت على أملاك خاصة مجاورة، أما إذا كان فتح المطل على الطريق العام، فلا تلزم له أي مسافة بل أن المطل المنحرف على ملك الجار يعفى من قيد المسافة إذا كان مطلا مواجهها على الطريق العام.

والعلة في إطالة المسافة بالنسبة للمطل المواجه و تقصيرها بالنسبة للمطل المنحرف، أن الأول أكثر مضايقة للجار من الثاني⁽²⁾ إذ أن النظر على ملك الجار من المطل المواجه أسهل في النظر من المطل المنحرف

فإذا خالف المالك قيد فتح المطلات الذي وضعه المشرع، وفتح مطلا على حدود ملكه أو ترك مسافة دون المسافة القانونية، فإنه يكون بذلك قد قام بعمل تعدى به على حقوق جاره يبيح له طلب الإزالة (سد المطل)، و لا يكون الجار مطالباً بأن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من فتح المطل المخالف لقيد المسافة، لأن مجرد فتح هذا المطل ينطوي على تعدد على حقوق الجار في ملكه⁽³⁾

و قد تعرض المشرع في نص المادة 02/709 إلى حالة كسب حق مطل مواجه لملك الجار بالتقادم على مسافة تقل عن مترين، دون أن يشير إلى المدة القانونية اللازمة لكسبه، على أن

(1) المجلة القضائية العدد الرابع، الجزائر، 1992، ص: 22

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص: 48.

(3) وائل محمد شحاتة الخطيب، المرجع السابق، ص: 79.

من يكسبه بالتقادم فإنه لا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن مترين تقاس بالطريقة السابقة ذكرها و ذلك على طول البناء الذي فتح فيه المظل. ويتضح من ذلك أنه إذا سكت الجار على المظل المفتوح دون المسافة القانونية مع مضي المدة اللازمة قانونا، فإن صاحب المظل يكتسب قبل جاره حق ارتفاع المظل بمضي المدة لأن حق المظل المخالف لقيود المسافة يعتبر من قبيل الارتفاقات التي يجوز اكتسابها بالتقادم.

الفرع الثاني

قيود المناور

تنص المادة 711 من القانون المدني الجزائري على أنه:

"لا تشترك أية مسافة لفتح المناور التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، و لا يقصد بها مرور الهواء و نفاذ النور، دون أن يمكن الاطلاع منها على العقار المجاور"

ومن هذا النص يتضح أن المشرع قد عرف المناور بأنها فتحات في الحائط تسمح بمرور الهواء و نفاذ النور و لا تمكن من الإطلال على الجار. كما أن المشرع قد نص على قيد وحيد يراعى في الفتحة، وهو أن تفتح على ارتفاع معين لا يجب أن يقل عنه.

و قد ابتدأ المشرع النص بعبارة لا تشترك أية مسافة ويصعب فهم مقصود المشرع من عبارة اشتراك أية مسافة إلا أن المعنى يتضح عند الرجوع إلى نص المادة باللغة الفرنسية حيث جاء فيها :

"Aucune distance n'est requise pour l'ouverture de simples jours établis à deux mètres au-dessus du sol"

أي أن المشرع قصد توظيف كلمة "لا تشترط أية مسافة" وهي الكلمة التي تجعل المعنى أوضح مما جاءت عليه. وبهذا المعنى، فإن المشرع لا يستلزم ترك مسافة بين المناور وبين حدود ملك الجار، فيستطيع المالك أن يفتح منورا في الحائط الذي يبنيه على حدود ملكه مع جاره، ولكن يجب أن تتوافر في المنور المواصفات التي نصت عليها المادة 710 من

القانون المدني، حتى يكون جائزا بلا مسافة، فيجب ألا تكون قاعدته السفلى على ارتفاع يقل على مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها، وهو الارتفاع الذي قدر المشرع أنه يفيد المالك و لا يؤذي الجار.

و لأن المناور بهذا المعنى لا تؤذي الجار، فإن المشرع لم يفرض في شأنها أية مسافة فالمالك إذ يفتح منورا في حائط على حدود ملكه، فهو يزاول حقه في الملكية⁽¹⁾ وعلى ذلك فللمالك أن يفتح ما يشاء من المناور، و لا يحق للجار أن يطلب سد المناور، ولكنه يستطيع أن يبني على حافة ملكه و لو أدى ذلك إلى سد المناور دون مسؤولية عليه من مجرد البناء، و يراعى أخيرا أنه إذا أساء مالك المنور استخدام منوره بالتسلق عليه و الإطلال منه على جاره، أو إلقاء مخلفات من منزله على جاره بواسطة هذا المنور، فإنه يعد متعسفا في استعمال حقه، فيجوز للجار أن يطلب سد هذا المنور تطبيقا للقواعد العامة في استعمال الحقوق⁽²⁾.

و بهذا أكون قد استعرضت القيود التي تحكم الجوار التي تضمنتها نصوص القانون المدني الجزائري.

(1) عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص: 132.

(2) رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص: 51.

خلاصة

لقد أورد المشرع الجزائري قيود الجوار الخاصة التي تحد من سلطة المالك لفائدة جيرانه و ذلك في المواد من 692 إلى 711 من القانون المدني و هي القيود الواردة على موارد المياه، و قيد المرور في حالة العقار المحصور ثم أخيرا القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار و وضع لهذه القيود ضوابط و شروط، و الملاحظ أن أكثر هذه القيود إثارة للتراعات هي قيد المر في حالة العقار المحصور.



خاتمة

إن الجوار أمر لازم للفرد ولا يمكنه الفرار منه، ذلك أن الإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع العيش بمفرده و هو مدني بطبعه لذلك لا يمكنه الاستغناء عن غيره لإشباع حاجاته،فهو مدفوع بغرائزه إلى أن يختلط بغيره من بني جنسه ليتبادل معهم المصالح والمنافع.

ومن الحقائق المسلم بها أن الإنسان أناني بطبعه و هو يسعى إلى تحقيق مصالحه على حساب غيره ولهذا جاء القانون لينظم هذه المصالح بين الأفراد و وضع قيودا أهمها قيد عدم التعسف في استعمال الحق بوجه عام و الذي مفاده ألا يستعمل الإنسان حقه إلا في الحدود التي لا تضر بجاره

وقد كان موضوع بحثي يدور حول قيد عدم التعسف في استعمال الحق كقيد وارد على حق الملكية العقارية الخاصة في النظام القانوني الجزائري، ونظرا لأهمية الجوار وما ينجم عن الإخلال به من مشاكل و نزاعات متكررة بين الجيران تنتهي في غالب الأحيان باللجوء إلى القضاء. ومهما كان القاضي عادلا إلا أنه بعيد عن واقع النزاع ويحكم استنادا إلى ما قدم إليه من وثائق و مستندات، وهو بذلك قد يصيب في حكمه فينصف الجار المتضرر و يمكنه من حقه،و قد يخطئ و جل من لا يخطئ و ذلك لأسباب عدة إما لصعوبة إثبات الضرر أو صعوبة تقديره خاصة ما تعلق بالضرر المعنوي.

وبعد دراسة كل الجوانب المتعلقة بقيد عدم التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة تراءت لي النتائج و الاقتراحات التي سأوردها فيما يلي :

أولاً : النتائج

1- يعكس نظام تطور الملكية العقارية الخاصة تطور الحضارة الإنسانية عبر مختلف العصور وقد كانت الملكية في أول مفهومها مجرد واقعة مادية تتجلى في سيطرة و استيلاء الإنسان على كل ما تقع عليه يده، وكان اختصاص الفرد بالشيء يتوقف على حيازته له، ولا زالت الحيازة لحد اليوم تعد سببا من أسباب كسب الملكية.

2- لقد مر نظام الملكية العقارية في الجزائر بعدة مراحل ابتداء من العهد العثماني ثم الاحتلال الفرنسي للجزائر سنة 1830 إلى غاية استقلال الجزائر سنة 1962 حيث استعمل الاستعمار الفرنسي شتى الطرق والوسائل المادية و القانونية للاستيلاء على ملكية الأراضي التابعة للجزائريين، وبعد استكمال عملية الاستيلاء قامت الإدارة الاستعمارية بتقسيم الأراضي وتصنيفها إلى ثلاثة أصناف :

أ- أراضي الملك : وتمنح للأفراد في إطار الشيوخ

ب- أراضي العرش : تشمل الأراضي الزراعية و الرعوية و قد أدمجها المستعمر فيما يعرف آنذاك بأراضي الدومين بعقود إدارية

ج- الأراضي الفرنسية : وتشمل الأراضي الخصبية التي تم الاستيلاء عليها من قبل الفرنسيين و هي تخضع لأحكام القانون المدني الفرنسي

3- بذلت الجزائر جهودا كبيرة من أجل إرساء سياسة عقارية تكون بديلا عن تلك الموروثة عن الحقبة الاستعمارية إذ أصدرت الحكومة المؤقتة الأمر رقم 20/62 المؤرخ في 1962/08/24 وكان أول نص قانوني لسلسلة من النصوص التي جاءت بعده تطبيقا لبرنامج الإصلاح الزراعي الذي كان هدف الثورة التحريرية.

ثم جاء دستور 1976 الصادر بالأمر رقم 97/76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 الذي تبني نظام الاشتراكية الذي يقوم على الملكية الجماعية مع السماح بالملكية الخاصة لكن في حدود ضيقة.

ثم تم تعديل هذا الدستور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فبراير 1989 الموافق عليه باستفتاء 23 فبراير 1989 الذي حدد بدقة الملكية العامة و أقر بالملكية الخاصة و أمر بحمايتها و عدم نزعها إلا للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل، ثم تلاه القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية الذي بين ما هي الأملاك الوطنية و أشار إلى الملكية العقارية الخاصة.

من خلال ذلك لاحظنا أن المشرع الجزائري سائر الاتجاه الحديث في رفضه للفكرة التقليدية لحق الملكية باعتباره حقا مطلقا.

4- يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية الأصلية على الإطلاق ويخول لصاحبه سلطات ثلاث هي حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف في حدود ما تسمح به القوانين والأنظمة.

5- إن المشرع الجزائري عند تعريفه لحق الملكية في نص المادة 674 من القانون المدني اكتفى بذكر سلطتين فقط، وهما سلطة التمتع وسلطة التصرف وأهمل سلطة الاستعمال، وذلك تأثرا بنص المادة 544 من التقنين المدني الفرنسي.

6- إن لحق الملكية وظيفة اجتماعية الأمر الذي جعل المشرع يقيد هذا الحق تحقيقا لمبدأ التضامن الاجتماعي و حدد قيودا على المالك يجب أن يلتزم بها وذلك إما للمصلحة العامة أو الخاصة. وكان موضوع دراستنا يتعلق بالقيود المتعلقة أو الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة للمصلحة الخاصة.

7- تعريف القانون المدني لحق الملكية كان عاما، بينما عرف قانون التوجيه العقاري حق الملكية العقارية الخاصة في المادة 27 منه، غير أن نص المادة 27 من قانون التوجيه العقاري لم يقيد استعمال حق الملكية كما فعل نص القانون المدني، بل اكتفى باشتراط استعمال الحق وفق طبيعة الشيء أو غرضه.

8- إن نطاق استعمال حق الملكية العقارية الخاصة يجب ألا يتعدى الحد المؤلف الذي لا يترتب عليه ضرر غير مؤلوف بالجار.

9- إن فكرة مضار الجوار وإن كانت فكرة قديمة، لم تتخذ أهمية خاصة إلا في العصر الحديث نظرا للتطور الهائل في المجال الاقتصادي وخاصة الصناعي، ونظرا لانكماش المذاهب الفردية وازدياد روح التضامن الاجتماعي بين الأفراد في الجماعة، مما أدى إلى تكريس حق الجار في عدم الإضرار بملكه من طرف جاره حتى ولو كان بصدد استعمال ملكه.

10- إن أهم صورة من صور التعسف في استعمال الحق هو صورة استعمال حق الملكية العقارية الخاصة الذي يشترط لتوفيرها أن يترتب على استعمال هذا الحق إلحاق ضرر غير مؤلوف بالجار. و بمفهوم المخالفة، إذا استعمل المالك حقه و ترتب عن استعماله هذا ضرر مؤلوف فلا يعد ذلك تعسفا في استعمال الحق، وفي هذا تعارض مع لفظ التعسف في استعمال الحق الذي يعد نظرية واسعة المدلول ويعود ذلك إلى سوء توظيف كلمة التعسف في هذه المسألة.

11- إن نظرية التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة تتطلب شروطا لتطبيقها تتمثل في التزامات الجوار التي حددها المشرع الجزائري في المواد من 690 إلى 712.

وبعد دراسة التزامات الجوار يتبين الفرق بين مضار الجوار المألوفة التي لا تنطبق معها نظرية التعسف في استعمال الحق و مضار الجوار غير المألوفة التي إذا ما تحقق استعمال المالك لها يعد متعسفا في استعمال حقه إلى الحد الذي أضر بجاره.

12- لغرض الربط بين مضار الجوار وعدم التعسف في استعمال الحق غير المشرع الجزائري موضع المادة 41 من القانون المدني المتعلقة بحالات التعسف في استعمال الحق من الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالأشخاص الطبيعية إلى الفصل الثالث من نفس الباب المتعلق بالفعل المستحق للتعويض، وهو الموضع الصحيح لها.

ثانيا : الاقتراحات

01- أناشد المشرع الجزائري بتصحيح عبارة "لا تشترك" التي ابتدأ بها نص المادة 711 من القانون المدني واستبدالها بـ "لا تشترط"، وبذلك يعطي النص المدلول الحقيقي له.

02- أناشد المشرع بإعادة صياغة نص المادة التي توحى من خلال قراءتها إقراره بأن المشرع منع التعسف في استعمال الحق فقط، إذا ألحق المالك بالجوار ضرا غير مألوف. وكأن المشرع يرخص التعسف في استعمال الحق متى لم يلحق بالجوار ضرا غير مألوف.

وفي الأخير أتمنى أن أكون قد أجبت عن الإشكالية المطروحة من خلال هذا البحث والمتمثلة في مدى تضييق المشرع من حرية المالك في استعمال حق ملكيته استعمالا لا يتعارض مع ما تفرضه القوانين والأنظمة من قيود.

ومن خلال هذا البحث توصلت إلى أن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين لم يساير الفكرة التقليدية التي تجعل من حق الملكية حقا مطلقا، وهذا أمر تفرضه الوظيفة الاجتماعية التي يؤديها حق الملكية باعتبار الجوار أمر مفروض على الفرد ولا يمكنه الفرار

منه، لذلك يجب التدخل من قبل المشرع من أجل تنظيم علاقات الجوار التي تلزم الجار ألا يستعمل حقه إلى الحد الذي يضر بجاره.

وقد صدق الفقيه الفرنسي بلانيول "Planiol" حين قال :

"الحق ينتهي من حيث يبدأ التعسف"

تمجيداً لله

يوم الإثنين 30 جوان 2008 م

الموافق لـ : 26 جمادى الثاني 1429 هـ



قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

- 1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية (حق الملكية و الحقوق العينية المتفرعة عنه)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 2- أحمد لعور و نبيل صقر، القانون المدني نصا و تطبيقا، طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 07-05، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
- 3- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر: 1999.
- 4- الإمام أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر: 1977.
- 5- السيد عبد الوهاب عرفة، الشامل في حق الملكية و الحقوق العينية الأصلية و التبعية، دار الفكر و القانون، المنصورة، 2008.
- 6- بدوي حنا، عقاري (اجتهادات و نصوص)، الجزء الأول، منشورات الحلب الحقوقية، بيروت 1998.
- 7- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق)، الدار الجامعية، بيروت: 1988.
- 8- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري فر ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر: 2002.
- 9- حمدي باشا عمر، معلومات عامة حول العقار في الجزائر، قسم المنازعات بمديرية أملاك الدولة، باتنة: 2004.
- 10- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و الأحكام/دار هومة، الجزائر: 2004.
- 11- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة: 2004.
- 12- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها و مصادرها)، دار الجامعة الجديدة، مصر: 2004.

- 13-** زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية و الحقوق العينية الغير منقولة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، بدون بلد، بدون سنة نشر
- 14-** سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري (دراسة وصفية و تحليلية)، دار هومة، الجزائر: 2004
- 15-** شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، طبيعته و معياره في الفقه و التشريع و القضاء، دار الشروق، القاهرة: 2007
- 16-** عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر: 2004
- 17-** عبد الرحمن علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة و المسؤولية عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة: 2006.
- 18-** عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، (نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام) دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1967.
- 19-** عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال)، دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1967
- 20-** عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية" حق الانتفاع وحق الارتفاق") دار إحياء التراث العربي، بيروت: 1967.
- 21-** عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1988
- 22-** عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، الملكية و الحقوق المتفرعة عنها و أسباب كسبها، الطبعة الثانية، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة: 1968
- 23-** عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، بدون سنة نشر.
- 24-** عبد الهادي فوزي العوضي، النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، القاهرة: 2006
- 25-** فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1977
- 26-** فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت: 1977

- 27-** محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام (الأشخاص و الأموال و الإثبات في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر: 1985
- 28-** محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية و الحقوق المتفرعة عنها، أسباب كسب الملكية)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة: 2007
- 29-** محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني: أسباب كسب الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان: 2001
- 30-** محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان: 1997
- 31-** محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، الأموال، الحقوق، حق الملكية بوجه عام، منشأة المعارف، الإسكندرية: 2005
- 32-** محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الثاني، أنواع الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية: 2005
- 33-** مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر
- 34-** منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر: 1988
- 35-** ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر: 1986
- 36-** نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها و مصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية: 2001
- 37-** وائل محمد شحاته الخطيب، القيود الواردة على حق الملكية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، المينا: 2003.
- 38-** القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون و تعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007، مدعم بالاجتهاد القضائي طبعة 2007-2008 منشورات بيريقي، الجزائر، 2007.
- 39-** لسان العرب لمختار الصحاح، ج 04
- 40-** تفسير بن كثير

النصوص التشريعية

- 1- دستور 1963، مؤرخ في 28 أوت 1963.
- 2- دستور 1976، مؤرخ في 22 نوفمبر 1976.
- 3- دستور 1989، مؤرخ في 21 فيفري 1989.
- 4- دستور 1996، مؤرخ في 28 نوفمبر 1996.
- 5- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن للقانون المدني
- 6- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري.
- 7- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية.
- 8- القانون رقم 17/83 المؤرخ في 16 يوليو 1983، المتضمن قانون المياه.
- 9- القانون رقم 06/84 المؤرخ في 07 جانفي 1984، المتضمن الأنشطة المنجمية.
- 10- الأمر رقم 73/71 مؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتضمن ميثاق الثورة الزراعية.
- 11- الأمر رقم 281/67 المؤرخ في 20 ديسمبر 1967، المتعلق بالحفريات وحماية الأماكن والآثار التاريخية والطبيعية.

الرسائل والمجلات القضائية

1. فاضلي إدريس، نظام الملكية ومدى وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري (رسالة للحصول على دكتوراه الدولة في القانون)، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 1994
2. الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، 2004
3. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، قسم الوثائق، الجزائر: 2006
4. مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، قسم الوثائق، الجزائر: 2006
5. المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر: 1992
6. المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر: 2000
7. المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر: 1993
8. المجلة القضائية، العدد الأول، قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا، الجزائر: 1995

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

- 1- Alex Weill .Précis Dalloz. Tome 2,Droit civil. Les Biens,deuxième édition,Paris:1974
- 2- Adda Bekkouche, L'évolution du droit de la propriété dans l'ordre international (étude de l'expression juridique du développement inégal);office des publications universitaires, Ben Aknoun, Alger;1992
- 3- Chabane Benakezouh.Le droit des réserves foncières, Office des publications universitaires, Ben Aknoun, Alger:1990
- 4- Marcel Planiol et Georges Ripert,Traité pratique de droit civil francais, tome 6, Obligations ;Librairie Générale de droit et de jurisprudence,Paris:1930
- 5- Philipe Le Tourneau et Loic Cadiet,Droit de la responsabilité, Dalloz Action,Edition Delta,Paris:1997

فهرس

<u>01</u>	مقدمة
<u>05</u>	<u>الفصل التمهيدي</u> : مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة ونطاقها
<u>06</u>	<u>المبحث الأول</u> : مفهوم حق الملكية العقارية الخاصة
<u>06</u>	<u>المطلب الأول</u> : تعريف حق الملكية العقارية الخاصة
<u>06</u>	الفرع الأول : التعريف القانوني
<u>08</u>	الفرع الثاني : تعريف الفقهاء
<u>09</u>	<u>المطلب الثاني</u> : خصائص حق الملكية العقارية الخاصة
<u>10</u>	الفرع الأول : الملكية حق عيني
<u>11</u>	الفرع الثاني : الملكية حق جامع مانع
<u>13</u>	الفرع الثالث : حق الملكية حق دائم
<u>14</u>	الفرع الرابع : الملكية حق غير مطلق
<u>15</u>	<u>المطلب الثالث</u> : عناصر حق الملكية العقارية الخاصة
<u>16</u>	الفرع الأول : سلطة الاستعمال المقررة للمالك
<u>17</u>	الفرع الثاني : سلطة الاستغلال المقررة للمالك
<u>19</u>	الفرع الثالث : سلطة التصرف المقررة للمالك
<u>22</u>	<u>المبحث الثاني</u> : التطور التاريخي لنظام الملكية العقارية في الجزائر
<u>22</u>	<u>المطلب الأول</u> : نظام الملكية العقارية في العهد العثماني
<u>25</u>	<u>المطلب الثاني</u> : نظام الملكية العقارية في العهد الاستعماري
<u>26</u>	<u>المطلب الثالث</u> : نظام الملكية العقارية بعد الاستقلال
<u>30</u>	<u>المبحث الثالث</u> : نطاق حق الملكية العقارية الخاصة
<u>31</u>	<u>المطلب الأول</u> : النطاق المادي لحق الملكية
<u>31</u>	الفرع الأول : ملكية الشيء ذاته
<u>33</u>	الفرع الثاني : ملكية ما يتفرع عن الشيء المملوك

<u>35</u>	المطلب الثاني : الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية
<u>35</u>	الفرع الأول : حق الملكية ليس حقا مطلقا
<u>36</u>	الفرع الثاني : مبدأ التضامن الاجتماعي
<u>37</u>	المطلب الثالث : تقييد حق الملكية العقارية الخاصة من أجل مصلحة الغير
<u>38</u>	<u><u>خلاصة</u></u>
<u>39</u>	<u><u>الفصل الأول</u></u> : قيود الجوار العامة
<u>40</u>	<u>المبحث الأول</u> : التعسف في استعمال حق الملكية الخاصة
<u>41</u>	المطلب الأول : مفهوم التعسف في استعمال الحق
<u>42</u>	الفرع الأول : تعريف التعسف في استعمال الحق
<u>43</u>	الفرع الثاني : طبيعة التعسف في استعمال الحق
<u>46</u>	المطلب الثاني : صور التعسف في استعمال الحق
<u>46</u>	الفرع الأول : قصد الإضرار بالغير
<u>48</u>	الفرع الثاني : عدم التناسب بين الفائدة و الضرر
<u>49</u>	الفرع الثالث : عدم مشروعية المصلحة المبتغاة من الاستعمال
<u>50</u>	المطلب الثالث : تطبيق نظرية التعسف على حق الملكية العقارية الخاصة
<u>51</u>	<u>المبحث الثاني</u> : التزامات الجوار كقيد على حق الملكية العقارية الخاصة
<u>53</u>	المطلب الأول : ماهية الجوار
<u>55</u>	المطلب الثاني : مفهوم مضار الجوار الغير مألوفة
<u>58</u>	المطلب الثالث : تمييز مضار الجوار الغير مألوفة عن التعسف في استعمال الحق
<u>60</u>	المطلب الرابع : شروط تحقق مضار الجوار الغير مألوفة.
<u>63</u>	<u>المبحث الثالث</u> : مسؤولية المالك عن مضار الجوار الغير مألوفة
<u>64</u>	المطلب الأول : تقدير الأضرار الغير مألوفة
<u>65</u>	الفرع الأول : العرف
<u>66</u>	الفرع الثاني : طبيعة العقارات
<u>67</u>	الفرع الثالث : موقع كل عقار بالنسبة إلى العقار الآخر

<u>67</u>	الفرع الرابع : الغرض الذي خصص له العقار
<u>68</u>	المطلب الثاني : الأساس القانوني للالتزام بالتعويض عن الضرر الغير مألوف
<u>70</u>	المطلب الثالث : كيفية التعويض عن الضرر الغير مألوف.
<u>71</u>	الفرع الأول : التعويض العيني
<u>72</u>	الفرع الثاني : التعويض النقدي
<u>73</u>	<u>خلاصة</u>
<u>74</u>	<u>الفصل الثاني</u> : قيود الجوار الخاصة
<u>75</u>	<u>المبحث الأول</u> : القيود الخاصة بموارد المياه
<u>75</u>	المطلب الأول : الأساس القانوني للقيود الخاصة بموارد المياه
<u>76</u>	الفرع الأول : مضمون قيد المياه
<u>77</u>	الفرع الثاني : تحديد الإطار العام لاستعمال المياه
<u>78</u>	الفرع الثالث : قيد المياه في ظل قانون الثورة الزراعية
<u>78</u>	المطلب الثاني : حق الشرب أو السقي
<u>79</u>	الفرع الأول : مفهوم حق الشرب أو السقي
<u>80</u>	الفرع الثاني : شروط قيام حق الشرب أو السقي
<u>82</u>	المطلب الثالث : حق المجرى
<u>82</u>	الفرع الأول : مفهوم حق المجرى
<u>83</u>	الفرع الثاني : شروط تقرير حق المجرى
<u>85</u>	المطلب الرابع : حق الصرف أو المسيل
<u>85</u>	الفرع الأول : مفهوم حق الصرف أو المسيل
<u>86</u>	الفرع الثاني : صور حق الصرف أو المسيل
<u>88</u>	<u>المبحث الثاني</u> : قيد المرور في حالة العقار المحصور
<u>89</u>	المطلب الأول : شروط حق المرور
<u>89</u>	الفرع الأول : وجود أرض محصورة ليس لها ممر إلى الطريق العام، أو ممرها غير كافي
<u>91</u>	الفرع الثاني : أن يكون الممر ضروريا لاستعمال العقار واستغلاله

<u>92</u>	الفرع الثالث : ألا يكون الحصر ناتجا عن إرادة المالك
<u>93</u>	الفرع الرابع : ألا يكون هناك حق مرور اتفاقي أو على سبيل الإباحة
<u>94</u>	الفرع الخامس: ملاءمة حق المرور للملاك الآخرين
<u>95</u>	المطلب الثاني : أحكام حق المرور
<u>95</u>	الفرع الأول : مقابل حق المرور(التعويض)
<u>97</u>	الفرع الثاني : حق المرور في حالة تجزئة العقار بتصرف قانوني
<u>98</u>	الفرع الثالث : أثر التقادم في تعيين ارتفاع حق المرور
<u>99</u>	الفرع الرابع : انقضاء حق المرور
<u>101</u>	المبحث الثالث : القيود التي ترجع إلى التلاصق في الجوار
<u>101</u>	المطلب الأول : وضع الحدود للأملاك المتلاصقة
<u>102</u>	الفرع الأول : تحديد الحدود بالتراضي
<u>103</u>	الفرع الثاني : تحديد الحد الفاصل جبرا
<u>104</u>	المطلب الثاني : الحائط الفاصل بين ملكين متلاصقين
<u>105</u>	الفرع الأول : الحائط الفاصل المملوك لواحد من الجيران
<u>106</u>	الفرع الثاني : الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة بين الجيران
<u>107</u>	الفرع الثالث : تعلية الحائط المملوك ملكية مشتركة
<u>108</u>	المطلب الثالث : القيود الخاصة بالمطالات و المناور
<u>109</u>	الفرع الأول : قيد المطل
<u>111</u>	الفرع الثاني : قيد المناور
<u>113</u>	<u>خلاصة</u>
<u>114</u>	خاتمة
<u>120</u>	ملحق
<u>121</u>	قائمة المراجع
<u>126</u>	الفهرس