

جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الأستاذ كركادن فريد

أستاذ محاضر قسم " ب "

قسم القانون الخاص

محاضرات في مادة

طرق اكتساب الملكية

(القيود الواردة على حق الملكية)

محاضرات موجهة إلى طلبة السنة الأولى ماستر

تخصص القانون الخاص

السنة الجامعية 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قائمة المختصرات

أ- باللغة العربية:

- ق م ج: القانون المدني الجزائري

- ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

- ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

- ع: العدد

- ص: الصفحة

- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

- ج: الجزء

- ط: الطبعة

ب- باللغة الفرنسية:

- **Art:** Article

- **CCF:** Code de Civil Français

- **Op.Cit:** Opus Citatum (Référence précédemment citée)

- **PUF:** Presses Universitaires Français

- **L G D J :** Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

مقدمة

يعتبر حق الملكية من بين أهم الحقوق التي يتمتع بها الشخص، إذ تخول له ممارسة كافة السلطات عليه، فالمالك بما له من سلطة أن يستعمل ويستغل الشيء الذي يملكه ويتمتع به ويشبع حاجاته منه، وله إضافة إلى ذلك أن يتصرف فيه تصرفا ماديا بإزالته أو التغيير فيه، أو التصرف فيه للغير تصرفا قانونيا سواء ناقلا للملكية بعوض أو دون عوض، أو تصرفا غير ناقلا للملكية وناقلا للحيازة أو غير ناقلا للحيازة.

نجد بالرجوع إلى القانون المدني أن المشرع تناول أحكام حق الملكية في الباب الثاني من الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الأصلية ابتداء من نص المادة 674، وتناول نطاق حق الملكية ووسائل حمايته ضمن القسم الأول من الفصل الأول المعنون حق الملكية بوجه عام، وخصص القسم الثالث من نفس الفصل لدراسة القيود التي تلحق حق الملكية، وهذا الفصل هو الذي يهمن في دراستنا هذه.

تناول المشرع الجزائري في القانون المدني العديد من القيود التي تحد من سلطة المالك إما في استعمال أو استغلال الشيء الذي يملكه، وحتى التصرف فيه، وهذا لكون أن من شأن ممارسة المالك لسلطته المطلقة على ما يملك أن يضر بالغير، وبالتالي من أجل تفادي غلو المالك في استعمال حقه وترسيخا لفكرة أن الجيران يجب أن يتحملوا قدرا معينا من الأضرار التي تصدر عن جيرانهم، عمد المشرع إلى تحقيق نوع من التوازن بين حق المالك في ممارسة سلطته على ما يملك من جهة، ومن جهة أخرى حماية للغير من الضرر الذي قد ينجر من فعل المالك.

غير تقييد سلطة المالك في استعمال واستغلال مملكه والتصرف فيه لا تعود في كل الأحوال إلى تلك الأعباء أو القيود التي يفرضها القانون، وإنما قد نجد أن أطراف العلاقة التعاقدية هم بإرادتهم الحرة من قيد هذه السلطة.

سنحاول في هذه المطبوعة دراسة مفهوم حق الملكية في الفصل الأول، على أن نخصص الفصل الثاني لدراسة القيود الواردة على حق الملكية.

الفصل الأول

مفهوم حق الملكية

تنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية، فبالنسبة للقسم الأول فيتمثل في حق الملكية، بينما القسم الثاني فيتمثل في الحقوق العينية التبعية وتسمى أيضا بالتأمينات العينية، وهي تتمثل في الرهن الرسمي، حق التخصيص، الرهن الحيازي وحق الامتياز. غير أننا بالرجوع إلى كل هذه الحقوق العينية نجد أن حق الملكية هو أوسع هذه الحقوق كلها، وذلك من خلال الأحكام التي يتضمنها هذا الحق، وهذا ما سنعمل على تبيانه أدناه وذلك من خلال التطرق إلى تعريفه وتبيان الخصائص التي يتميز والتي تجعله يختلف عن غيره من الحقوق الأخرى، وهذا في المبحث الأول، على أن نخصص المبحث الثاني لدراسة عناصر حق الملكية ونطاقه.

المبحث الأول

تعريف حق الملكية وخصائصه

حق الملكية بما أنه ينفرد عن غيره من الحقوق العينية الأخرى فإن دراسته تقتضي تعريفه (المطلب الأول)، وإبراز ما يتمتع به من خصائص لا يتمتع بها غيره من الحقوق العينية الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف حق الملكية

لا شك أنه وقبل التعمق في دراسة القيود الواردة على حق الملكية أنه من الواجب التطرق إلى تقديم تعريف لهذا النوع من الحقوق، وسنحاول هنا تبيان التعريف الذي

قدمه الفقه لهذا الحق، على أن نتطرق بعده إلى التعريف الذي قدمه المشرع الجزائري له.

الفرع الأول

التعريف الفقهي للملكية

تعرف الملكية على أنها « هي الحق العيني، الذي يخول صاحبه من السلطات، ما يمكنه من الحصول على جميع منافع الشيء، وذلك باستعماله، واستغلاله والتصرف فيه»¹.

وتعرف أيضا على أنه « ذلك الحق الذي يرد على شيء من الأشياء ويخول صاحبه الاستئثار بسلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في هذا الشيء وذلك في حدود القانون»².

يتضح لنا من خلال هاذين التعريفين أن الملكية هي حق عيني ترد على شيء معين، وأن مالك هذا الشيء سواء منقولاً أو عقاراً له أن يحتكر استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه تصرفاً مادياً أو قانونياً، ولا يتقيد في ذلك إلا بما ينص عليه القانون أو اللوائح.

الفرع الثاني

التعريف القانوني للملكية

عرف المشرع الجزائري الملكية في المادة 674 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، وذلك كما يلي « الملكية هي حق

¹ - محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص9.

² - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص459.

التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة»³.

نستنتج من هذا التعريف الذي أطلقه المشرع الجزائري على الملكية أن مالك الشيء يتمتع بسلطتي التمتع والتصرف فيما يملك سواء أكان عقارا أم منقولا، إذ له أن ينتفع به ويتصرف فيه في حدود ما ينص عليه القانون واللوائح، أي أن المشرع على الرغم من منحه تلك السلطات للمالك إلا أنه من جهة أخرى قيده بضرورة احترام ما ورد في مختلف النصوص القانونية من قيود، محاولة منه لتحقيق التوازن بين حق المالك من جهة، وعدم الإضرار بالغير من جراء ممارسة ذلك الحق من جهة أخرى.

يظهر لنا أيضا من هذا النص أن المشرع أغفل ذكر سلطة الاستعمال عند تعريفه للملكية، ولعل ذلك راجع لتأثره بما جاء به المشرع الفرنسي في القانون المدني عندما عرف الملكية، والذي اقتصر هو الآخر عند تعريفه لحق الملكية على سلطتين فقط وهما سلطتي التمتع والتصرف⁴.

نجد بالرجوع إلى القانون المتضمن التوجيه العقاري أن المشرع الجزائري عرف الملكية العقارية الخاصة في المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، على أنه «**الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها**»⁵.

³ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، ع78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

⁴ - وزارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص10. L'Art.544 CCF prévoit que «**La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu' on n' en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements**».

⁵ - القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر ج ج، ع49، الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 1990، معدل ومتمم.

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع أعطى تعريفا للملكية العقارية الخاصة في حين جاء تعريف نص المادة 674 ق م ج عاما أي أنه عرف حق الملكية بصفة عامة، ورغم ذلك فإن التعريفين يشتركان في أنهما حددا عناصر حق الملكية العقارية وهما حق التمتع والتصرف، ويشتركان أيضا في عدم إدراج المشرع لسلطة الاستعمال، ويختلفان في أن القانون المدني اشترط عدم استعمالهما بما يخالف القانون والأنظمة، في حين اشترط نص المادة 27 من قانون التوجيه العقاري ضرورة استعمال هذا الحق وفق طبيعة الشيء أو غرضه⁶.

المطلب الثاني

خصائص حق الملكية

يمكن القول أنه من خلال التعاريف التي تناولناها أعلاه أن حق الملكية يتمتع بمجموعة من الخصائص التي تجعل منه حقا متميزا عن باقي الحقوق الأخرى، وتتمثل هذه الخصائص فيما يلي:

الفرع الأول

يتميز حق الملكية بأنه حق جامع

يعتبر حق الملكية حقا مطلقا من حيث مضمونه وما يخوله من سلطات، إذ هو يجمع بين يدي المالك كل السلطات المتصور ورودها على الشيء المملوك وهي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولذلك يقال أن الملكية حق جامع أو شامل. وهذه الخاصية هي التي تجعل حق الملكية الحق الأساسي الذي تتفرع منه باقي الحقوق العينية الأصلية الأخرى، ذلك أن هذه الأخيرة إنما تخول بعض هذه السلطات

⁶ - زرارة عواطف، مرجع سابق، ص 11.

دون البعض الآخر، كحق الانتفاع الذي يخول الاستعمال والاستغلال دون التصرف، فتعتبر مجرد اقتطاع من حق الملكية أو قيد يرد على سلطاته⁷.

يترتب على كون حق الملكية حقا جامعا نتائج قانونية مهمة تتمثل فيما يلي:

- حق الملكية في الأصل يخول المالك سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، وإذا ما أريد حرمانه من بعضها يجب أن يكون ذلك بمقتضى القانون أو الاتفاق.
- يجب أن يكون حرمان المالك من بعض سلطاته على ملكه بصفة مؤقتة.
- يجب على كل شخص يدعي أن له بعض السلطات على شيء مملوك للغير أن يثبت ذلك، فيقع عبئ الإثبات عليه، أما المالك فلا يكلف بشيء لأنه يتمسك بالأصل⁸.

الفرع الثاني

يتميز حق الملكية بأنه حق مانع

للمالك أن يستأثر بجميع مزايا ملكه فيمنع الآخرين من مشاركته في التمتع بهذه المزايا ولو لم يلحقه من وراء هذه المشاركة ضرر ما، ولذا لا يتصور أن يكون لشخصين في الوقت ذاته حق ملكية كامل لكل منهما على الشيء ذاته، وإن أمكن تصور قيام ملكية شائعة بينهما، تتحدد بسهم شائع كالنصف أو الربع.

ويترتب على خاصة الاستئثار أنه إذا حاول أحد الانتفاع بالشيء كان لمالكة منعه من ذلك، مهما يكن هذا التعدي بسيطا⁹.

⁷ - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية ومصدرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص64.

⁸ - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط8، دار الثقافة، عمان، 2011، ص32.

⁹ - محمد وحيد الدين سوار، حق لملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الأول، ط2، دار الثقافة، عمان، 1997، ص37.

غير أن وصف حق الملكية بأنه جامع لا ينفي ضرورة أن يتقيد المالك في ممارسته لسلطاته بكل ما في القانون من قواعد تحد من هذه السلطات أو تحقيقا للمصلحة العامة أو الخاصة¹⁰، كحق الري أو المسيل، ... إلخ. أو يكون التقييد ناتج عن اتفاق بين المالك والغير بمقتضاه يلتزم المالك بعدم التصرف في ملكه لمدة زمنية محددة كاشتراط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في المال الموهوب إلا بعد بلوغ سن الرشد مثلا¹¹.

الفرع الثالث

يتميز حق الملكية بأنه حق دائم

لا قصد بأن الملكية حق دائم أنها دائمة بالنسبة لشخص المالك وللأبد، لأن المالك قد يتخلى عن الشيء الذي يملكه بأي تصرف ناقل للملكية كالبيع والهبة، وقد تنتقل الملكية بالوفاة إلى ورثة المالك. وإنما يقصد بدوام الملكية، أن الملكية تدوم ما دام الشيء المملوك باقيا ولا تزول الملكية إلا بزوال هذا الشيء¹². وينصرف المقصود بصفة الديمومة لحق الملكية إلى ثلاثة معاني:

أولاً: أن حق الملكية يبقى ما دام محله باقياً: يقصد بدوام الملكية أن الملكية تدوم بدوام الشيء الذي ترد عليه، ولا تنقضي إلا بهلاك هذا الشيء. فحق الملكية يختلط بالشيء الذي يرد عليه ولا ينفصل عنه، وكذلك يبقى الحق ما بقي الشيء ولا ينقضي إلا بهلاكه. على أنه إذا بقيت الملكية تدوم بدوام الشيء الذي ترد عليه فإن ذلك لا يعني بقائها على وجه الدوام ملازمة لشخص معين، فالملكية يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر مع بقائها على وجه الدوام ملازمة لشخص معين، فالملكية يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر مع بقاء الحق ذاته. فتصرف المالك في الشيء الذي يملكه

¹⁰ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص22.

¹¹ - HESS Brigitte- FALLON et ANNE- SIMON Marie, Droit civil, 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2003, p144.

¹² - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ص460-461.

وإن كان يؤدي إلى زوال حقه هو، فإنه في المقابل لا يعني انتهاء حق الملكية ذاته، فهو يبقى وإنما يكون قد انتقل إلى مالك جديد¹³.

أما الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية ليس لها صفة الدوام التي لحق الملكية، فهي تنقضي نهائياً رغم استمرار وجود الشيء¹⁴.

ثانياً: عدم قابلية سقوط حق الملكية بعدم الاستعمال: إن ترك المالك ملكه من غير استعمال، فإن ذلك لا يفضي إلى حرمانه من ملكه، مهما طال مدة عدم استعماله له وليس لأحد بالتالي أن يدعي تملكه مملوكاً لغيره، بحجة أن هذا الغير تركه من غير استعمال مدة طويلة. غير أنه إذا كان حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال، فإن الادعاء به لا يقبل إذا اقترن عدم الاستعمال بحيازة الشيء من جانب الغير تتوفر فيه شروط التقادم المكسب. فالملكية لا يمكن إذن أن يلحقها التقادم المسقط، ولكن يجوز للغير أن يكسبها بالتقادم المكسب¹⁵.

ثالثاً: عدم جواز توقيت حق الملكية: ليس من الممكن توقيت الملكية بمدة زمنية معينة تنقضي بعدها بصورة نهائية، دون أن تثبت لشخص آخر. أما باقي الحقوق العينية الأصلية الأخرى فهي قابلة للتوقيت، ذلك أن الحقوق - وهي مقتطعة من حق الملكية - لا يمكن أن تكون مؤبدة، وإلا لآل ذلك إلى تقييد الملكية تقييداً أبدياً. ولذا نرى أن حق

13 - محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص21.

« *La perpétuité de la propriété est conditionnée par la survie de la chose qui en est l'objet; peut- être est- ce une nouvelle incidence de l'incorporation du droit à la chose. Si la chose est détruite, matériellement, ou juridiquement mais hors de commerce, le droit de propriété prend nécessairement fin. Tout au plus une question de subrogation réelle pourrait se poser si la chose est remplacée.*» JOURDAIN Patrice, Droit civil, Les biens, Dalloz- Delta, Paris, 1997, p63.

14 - نيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ص24-25.

15 - محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص41. أنظر أيضاً علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص34.

« ... *Ce droit est: imprescriptible: la propriété ne s' éteint pas par le non usage: il n y a pas prescription extinctive. Ex: arrêt Étang Napoléon(Ass. Plén. 23 juin 1972): un étang avait été temporairement réuni à la mer, par l' effet de la disparition du cordon littoral, qui s' était ensuite reconstitué: les propriétaires ont été réintégrés dans leur droit de propriété.*» HESS Brigitte- FALLON et ANNE- SIMON Marie, Op.Cit, p145.

الانتفاع مؤقت، يسقط حتما بموت المنتفع أو بانتهاء أجله¹⁶، وكذا حق الارتفاق يكون للإرادة قدرة على توقيته بأجل معين¹⁷، وحينئذ ينتهي بانتهاء هذا الأجل، وبما قد ينتهي كذلك إذا صار الارتفاق غير مجد¹⁸.

وهناك من يضيف أيضا أن التوقيت يتنافى مع طبيعة حق الملكية، لأن هذا الحق يخول لصاحبه سلطة إعدام الشيء، ولهذا يكون الانتفاق على التوقيت باطلا، ويستطيع المتصرف إليه أن يعدم الشيء قبل فوات المدة المتفق عليها فيصبح المتصرف لغوا¹⁹، وعلى هذا الأساس إذا اعتبرنا أن الشخص "أ" والشخص "ب" اتفقا على أن ملكية "ب" محددة بمدة زمنية معينة، فمعنى ذلك أن هذا الأخير يحق له التصرف في خلال المدة المحددة، فإذا تصرف بإعدام الشيء أو نقل ملكيته، فإن توقيت حق الملكية يصبح غير ذي جدوى، من حيث أن "أ" لن يستطيع استرداد الشيء بعد أن تصرف فيه "ب"، إلا إذا اعتبرنا أن توقيت حق الملكية يعني الحرمان من التصرف، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد ملكية مؤقتة بل نكون بصدد حق انتفاع²⁰.

16 - تنص المادة 852 ق م ج على أنه « ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقرا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين».

Voir aussi dans ce sens; CARBONNIER Jean, Droit civil, Les biens, Tome 3, 19^{ème} éd., PUF, Paris, 2000, p143.

17 - تنص المادة 878 ق م ج على أنه « تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد، ...».

18 - محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص ص 39-40.

تنص المادة 881 ق م ج على أنه « يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الاتفاق 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».

19 - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 26.

20 - زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (كتاب مدعم بالفقه الإسلامي)، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص 21. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 461.

المبحث الثاني

عناصر حق الملكية ونطاقها

سنحاول قبل التعمق في القيود الواردة على حق الملكية التعرج على ما يتفرع من حق الملكية من عناصر تمكن المالك من تحقيق الغاية التي يصبو إليه، وستمند دراستنا أيضا إلى دراسة نطاق حق الملكية، أي أن المالك يمارس سلطاته على الشيء الذي يملكه سواء أكان منقولاً أو عقاراً) وبالنسبة لهذا الأخير يمارس سلطته عليه بالنسبة للعلو والسطح والعمق)، وعلى مختلف ثماره وملحقاته ومنتجاته.

المطلب الأول

عناصر حق الملكية

رأينا أعلاه أن من بين خصائص حق الملكية أنه حق جامع، وأن مالك الشيء له أن يباشر على الشيء الذي يملكه كل السلطات التي يخولها هذا الحق، والمتمثلة في الاستعمال، الاستغلال والتصرف.

الفرع الأول

الاستعمال

يقصد بالاستعمال سلطة المالك في استخدام ملكه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه الاستخدام وفي الحصول من وراء ذلك على الخدمات أو المنافع غير الثمار والمنتجات الممكن استخلاصها منه²¹. فاستعمال المنزل يكون بسكناه، واستعمال السيارة يكون بركوبها، واستعمال الملابس يكون بلبسها، فالاستعمال هو الانتفاع المباشر بالشيء²². إضافة إلى سلطة المالك في استغلال ملكه فإن له أن يمنع الغير

²¹ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص ص74-75.

²² - علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص35.

من استعمال ذلك الشيء دون إذن منه²³. كما أن المالك هنا يمكن له أن يمارس هذه السلطة بنفسه مباشرة أو عن طريق التنازل عنها للغير²⁴.

غير أننا يمكن أن نشير في هذا المقام أنه هناك بعض الحالات أين يختلط الاستعمال بالاستغلال، كحالة استغلال الأرض الزراعية حيث يصعب استعمال الأرض بدون الحصول على ثمارها. وقد تختلط سلطة الاستعمال بسلطة التصرف وذلك بالنسبة للأشياء التي لا تقبل الاستعمال المتكرر، وحيث يتضمن استعمالها لأول مرة استهلاكها أو التصرف فيها، كالنقود والمأكولات²⁵.

الفرع الثاني

الاستغلال

يقصد بالاستغلال حق المالك في الحصول على ثمار الشيء ومنتجاته²⁶. وسنحاول تبين المقصود بثمار الشيء ومنتجاته كما يلي:

أولاً: الثمار: هي ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون أن يترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشيء. كمحصول الأرض الزراعية، أجرة الأراضي الزراعية والمباني، وفوائد النقود. فمن خصائص الثمار إذن، **أولاً: الدورية**، ولا يشترط في هذه الدورية أن تكون في مواعيد ثابتة ومنتظمة، أو أن تكون مواعيد متقاربة. **ثانياً: عدم المساس بجوهر الشيء ذاته**، ولا يعني هذا أن الشيء يظل محتفظاً بحالته بصفة مطلقة، إذ قد يترتب على استغلاله والحصول على ثماره الانتقاص من جودته أو من قيمته بمرور الزمن، فالأرض قد تقل خصوبتها، والماشية قد تضعف بسبب نتاجها²⁷.

²³ - « Le droit d' usage, c' est le droit de se servir de la chose et de choisir l' usage qu' on entend en faire; c' est aussi le droit de ne se servir». HESS Brigitte- FALLON et ANNE- SIMON Marie, Droit civil, 10^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2010, p165.

²⁴ - BUFFELAN Yvine- LANORE et LARRIBAU Virgine- TERNEYRE, Droit civil, 17^{ème} éd., Sirey, Paris, 2011, p125.

²⁵ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص464.

²⁶ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص28.

²⁷ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص29. أنظر أيضاً حسن كبيرة، مرجع سابق، ص76.

والثمار تنقسم إلى ثلاثة أنواع تتمثل فيما يلي:

- 1- **ثمار طبيعية:** تتمثل في تلك التي تترتب عن الطبيعة دون تدخل يد الإنسان فيها، كالحشائش التي تنبت في المراعي طبيعياً، ثمار الأشجار، نتاج الماشية²⁸.
- 2- **ثمار صناعية:** وتسمى أيضاً الثمار المستحدثة، وهي تلك التي تحتاج تدخل يد الإنسان لوجودها، كجني المحاصيل الزراعية، البساتين، ... إلخ²⁹.
- 3- **ثمار مدنية:** هي ما يغله الشيء من دخل دوري منتظم يقوم الغير بالوفاء به نتيجة انتفاعه بالشيء، كإيجار المباني، الأراضي الزراعية، الفوائد³⁰، ... إلخ.

نشير في هذا المقام أن أهمية التفرقة بين هذه الأنواع المختلفة للثمار لا تظهر ما دام أن سلطة الاستغلال التي يخولها حق الملكية للمالك في يده ولم تنتقل إلى الغير، بينما تظهر أهمية التفرقة بينها في حالة تقرير حق للغير في الحصول على ثمار هذا الشيء، وذلك من حيث الوقت الذي تعتبر فيه هذه الأخيرة مقبوضة، إذ تعتبر الثمار الطبيعية والصناعية مقبوضة من يوم فصلها، بينما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوم³¹.

²⁸ - BUFFELAN Yvine- LANORE et LARRIBAU Virgine- TERNEYRE, Op.Cit, p124.

« *Les fruits naturels sont ceux que la chose produit spontanément sans travail de l' homme, comme les fruits des arbres, le fourage des praires naturelles, le croît des animaux* ». TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1998, p95.

²⁹ - « *Les fruits industriels: nécessitent le travail de l' homme : récoltes des champs, vergers, ...* ». HESS Brigitte- FALLON et ANNE- SIMON Marie, Droit civil, 10^{ème}, éd., Op.Cit, p165.

³⁰ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 29.

« *Les fruits civils consistent dans les revenus périodiques dus par les tiers auxquels le propriétaire a concédé la jouissance de la chose, tels que les loyers des biens loués, les intérêts ou arrérages des sommes prêtées* ». TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p96.

³¹ - *تنص المادة 837 ق م ج على أنه « يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية.*

وتعتبر الثمار الطبيعية أو الصناعية مقبوضة من يوم فصلها. أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوم.».

Pour plus d' informations sur la distinction entre ces fruits, Voir BERGEL Louis-Jean, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Droit civil, L G D J, Paris, 2000, pp85-86.

ثانياً: **المنتجات**: فهي على خلاف الثمار، فهي لا تتولد عن الشيء بصفة دورية منتظمة، كما أن فصلها عن الشيء يؤدي إلى المساس بجوهر الشيء ذاته³²، بل يؤدي مع مرور الوقت إلى فوائه وهلاكه³³، كاستخراج مختلف المعادن من الأرض، اقتطاع الأشجار، ... إلخ.

تجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك أهمية قانونية للفرقة بين الثمار والمنتجات بالنسبة للمالك لأن حقه يخوله الحصول على كلا النوعين³⁴، ولكن تظهر الأهمية بالنسبة لغير المالك كالمنتفع والمستأجر وغيرهما، إذ يحق لهما الحصول على الثمار دون المنتجات³⁵.

الفرع الثالث

التصرف

لمالك الشيء الحق في التصرف فيه، وللتصرف في خصوص سلطة المالك على الشيء الذي يملكه مدلول أوسع من معناه الفني الدقيق. فالتصرف بمعناه الفني هو نقل ملكية الشيء أو إنشاء حق عيني آخر عليه. ولكن التصرف فيما يتعلق بسلطة المالك على الشيء يتجاوز ذلك ليشمل نوعين من الأعمال: **الأول، العمل المادي** وهو العمل الذي ينال من مادة الشيء، باستهلاكه أو إعدامه أو التغيير فيه كهدم منزل أو قطع أشجار ... إلخ، وهذه السلطة لا تثبت لغير المالك، وبالتالي فهي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية. **والثاني، العمل القانوني** وهو ينصرف إلى التصرف القانوني في الحق، سواء كان هذا التصرف سيؤدي إلى

³² - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 466.

³³ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 76.

³⁴ - **تنص المادة 676 ق م ج على أنه «لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك».**

³⁵ - علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 36. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 30.

الانتقاص- ولو مؤقتا- من السلطات التي له على الشيء كأن يرتب عليه حق انتفاع للغير أو يرهنه³⁶.

غير أننا يمكن لنا القول أنه إذا كان للمالك سلطة التصرف المادي والقانوني على شيء معين يملكه، فإنه من جهة أخرى قد نجد بعض القيود ترد على هذه السلطة، قد تكون قانونية أو اتفاقية.

المطلب الثاني

نطاق حق الملكية

سبق ورأينا أن حق الملكية يمنح صاحبه حق استعمال واستغلال الشيء محل حق الملكية والتصرف فيه، وهو حق عيني يرد على شيء معين بالذات يكون محله بالضرورة شيئاً مادياً، بحيث يمكن تمييزه عن باقي الأشياء الأخرى، وقد يكون محل حق الملكية شيئاً منقولاً وهنا مسألة تحديده لا تثير أية صعوبة. كما قد يكون عقاراً وهنا قد تثير مسألة تحديد هذا العقار بعض الصعوبات متعلقة مثلاً بوضع الحدود، باعتبار أن وضع هذه الحدود تمكن المالك من تحديد الحيز الذي يمارس فيه سلطاته. وبذلك يكون للمالك أن يمارس سلطاته على سطح أرضه، علوها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها، إضافة إلى ملحقاتها وثمارها ومنتجاتها.

³⁶ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص31. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، مرجع سابق، صص466-467.

« *Le propriétaire peut disposer de la chose, soit par des actes matériels, en la consommant (si elle est consommable par le premier usage), en la déterminant (progressivement, quand il en tire des produits, ...), soit par des actes juridiques, en l' aliénant, ...)*». CARBONNIER Jean, Op.Cit, p129.

« *Le propriétaire a le droit de passer tous les actes juridiques destinés à restreindre, décomposer ou même anéantir son droit. En effet, il peut transférer à autrui le droit de jouissance sur son bien, soit en démembrant son droit , par exemple en conférant à un tiers un usufruit sur son bien, soit en le transmettant en totalité, par exemple en aliénant le bien)*». BUFFELAN Yvine- LANORE et LARRIBAU Virgine- TERNEYRE, Op.Cit, p126.

نشير إلى أنه هناك بعض الحالات أين تختلط سلطتي الاستعمال والتصرف، ويحدث ذلك- عادة- في استعمال الأشياء القابلة للاستهلاك بطبيعتها، كالأطعمة والملابس وغيرها، إذ أن استعمال مثل هذه الأشياء يكون باستهلاكها، بما يؤدي إلى فنائها، فيعتبر هذا الاستعمال من هذه الزاوية تصرفاً كذلك فيها. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص12.

الفرع الأول

ملكية الشيء ذاته

تنص المادة 1/675 ق م ج على أنه « مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير».

يتضح لنا من خلال هذه الفقرة أن حق الملكية ينصب أساسا على أصل الشيء المملوك، ويدخل في هذا الأصل كل ما يعد من عناصر الشيء الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير، فمالك البناء يملك جميع الأجزاء المكونة له من أسقف وأعمدة وأبواب وشبابيك، ومالك السيارة يملك جميع أجزائها، ... إلخ³⁷.

الفرع الثاني

ما فوق الأرض وما تحتها (العلو والعمق)

تنص المادة 2/675 ق م ج على أنه « وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد من التمتع بها علوا وعمقا».

نستنتج من خلال هذه الفقرة أن مالك الأرض إضافة إلى ممارسته لسلطته على سطح الأرض التي يملكها، فإن له الحق أيضا في استغلال ما يعلو هذه الأرض (أي العلو)، كإقامة منشآت، تمرير أسلاك، غرس أشجار، كما يحق له من جهة أخرى منع غيره من استخدام هذا العلو دون ترخيص منه، كتمرير الأسلاك على سبيل المثال، أو مطالبة جاره بقطع أغصان الأشجار الممتدة إلى أرضه، ... إلخ³⁸.

³⁷ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 34. أنظر أيضا علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 37.

³⁸ - أنظر محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 34. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 469-

إضافة إلى علو الأرض للمالك الحق في استغلال ما تحت هذه الأرض (أي العمق)، بحيث أن ملكية العمق تسمح للمالك أن يحفر في أرضه حتى يضع أساس البناء الذي يقيمه فوق الأرض، وأن تمتد جذور أشجاره، ومغروساته وزراعته إلى الأعماق التي تتطلبها. وله أن يقوم بحفريات في أرضه، وأن يحفر سراديب تحت الأرض كما يشاء ومن حقه أن يمنع اعتداء الغير على باطن أرضه، فإذا وجد غرس الجار على قد امتد إلى باطن أرضه كان له أن يطلب من القضاء قطع الجذور الممتدة³⁹.

غير أننا نشير في هذا المقام إلى نقطة مهمة تتمثل في أن ملكية المالك للعلو والعمق يرد عليها قيد نجده في العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من نص المادة 675 ق م ج أين استعمال المشرع عبارة *إلى الحد المفيد من التمتع بها علوا وعمقا*، أي أن المالك رغم ملكيته لعلو أرضه وعمقها إلا أن سلطته عليهما ليست مطلقة وإنما مقيدة بالحد المفيد من التمتع بهما.

بحيث ليس للمالك خارج حدود هذا النطاق أن يمنع الغير من استخدام العلو والعمق. وهذا الحكم يتفق مع المنطق ومع الوظيفة الاجتماعية التي يفترض حق الملكية أن يؤديها، إذ لم يعد حق الملكية حقا مطلقا لا تحده حدود، وعليه ليس بوسع المالك أن يعترض على تحليق الطائرات أو مد الأسلاك فوق أرضه أو مد الأنابيب تحت أرضه ما دامت لا تعوق استعماله لملكه ولا تلحق به ضررا. وتجدر الإشارة إلى أن تحديد الحد المفيد في التمتع ليس أمرا ثابتا، لذا يترك تقديره لقاضي الموضوع ليتولى تحديد ما يدخل في نطاق حق الملكية وما يخرج عنه⁴⁰.

³⁹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص575.

⁴⁰ - علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص39.

يمكن أن نضيف هنا أيضا أنه حتى وإن كان للمالك الحق في استغلال ما تحت أرضه إلا أنه على الرغم من ذلك لا يمكنه التقيب عن المعادن كالذهب أو الفضة...، أو الأثار دون الحصول على الرخصة من طرف الدولة.

Voir dans ce sens, MULLER Michèle, Droit civil, Sous direction de MASCLÉT Claude- Jean, 4^{ème} éd., Foucher, France, 2009, p84.

إن الأصل أن من يملك سطح الأرض يعتبر مالكا لما فوقها أي العلو ولما تحتها أي العمق، وهذا ما أكدته المادة 1/782 ق م ج التي تنص على أنه «كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته ويكون مملوكا له». ولكن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. فيجوز أن يقام الدليل في مواجهة صاحب سطح الأرض، على أن أجنبيا قد أقام المنشآت على نفقته، كما يجوز أن يقام الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وتملكها⁴¹، وهذا ما نصت عليه المادة 2/782 ق م ج⁴².

نجد بالرجوع إلى نص المادة 3/675 ق م ج⁴³ أنه يمكن أن تتفصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها، بمعنى أن يكون مالك السطح شخص معين ويكون مالك العلو والعمق شخص آخر أو مالكان آخرا، وذلك بموجب إما قانون أو اتفاق.

الفرع الثالث

الملحقات، الثمار والمنتجات

تنص المادة 676 ق م ج على أنه «لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك».

يتضح لنا من خلال هذا النص حق المالك لا يقتصر على العناصر الجوهرية للشيء الذي يملكه، وإنما يتعدى ذلك ليشمل كل ما يعد من ثماره ومنتجاته وملحقاته أي كل ما يتفرع عن الشيء. ولكن هذا لا يمنع من وجود نص أو اتفاق يرتب للغير

⁴¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 570-571.

⁴² - تنص المادة 2/782 ق م ج على أنه «غير أنه يجوز أن تقام البينة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته كما يجوز أن تقام البينة على أن صاحب الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها».

⁴³ - تنص المادة 3/675 ق م ج على أنه «يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها».

حق على هذه الثمار أو المنتجات⁴⁴ أو الملحقات⁴⁵ كالعقار بالتخصيص، مخازن المصانع، حقوق الارتفاق، ... إلخ). وتبدو الأهمية البالغة لامتداد الملكية إلى ملحقات الشيء عند نقل ملكية الشيء إلى الغير ببيعه مثلا أو عند ترتيب حق عيني تبعي عليه وفاء لدين من الديون كالرهن، إذ الأصل - ما لم يرد اتفاق مخالف - أن البيع والرهن يرد كل منهما على الشيء وملحقاته معا⁴⁶.

ولذلك المادة 2/107 ق م ج تنص على أنه «ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام». وتنص المادة 887 ق م ج على أنه «يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك...».

44 - أنظر ما قلناه أعلاه في شأن الثمار والمنتجات.

45 - يقصد بالملحقات هنا كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين. علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 38.

46 - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 88.

الفصل الثاني

تعداد القيود الواردة على حق الملكية

لا شك أن مالك الشيء يتمتع بكل السلطات التي يخولها له في الاستئثار بملكه، بحيث يمكنه استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وأن يمنع الغير من الاعتداء على ذلك الشيء أو الاستفادة منه دون ترخيص منه، غير أن المشرع لتقادي استعمال المالك لملكه بشكل غير مناسب بحيث يضر به مصالح الغير أو يعطلها، عمد إلى تقييد سلطات المالك على الشيء الذي يملكه، وذلك عن طريق وضع قيود على هذا الحق، سواء عن طريق الحد من التصرف في ملكه أو تقرير حق للغير على ذلك المال، وعندما نعود إلى هذه القيود نجد أن بعضها يعود إلى ما يفرضه القانون، ومنها ما يعود إلى ما يفرضه الاتفاق (أي ما تراضي عليه الأطراف).

المبحث الأول

القيود القانونية الواردة على حق الملكية

تتمثل هذه القيود في تلك التي نظمها المشرع سواء في الشريعة العامة (القانون المدني) أو في القوانين الخاصة الأخرى (كالقانون المتعلق بالمياه، ... إلخ)، وهي لا تقتصر على قيد قانوني واحد وإنما هي متعددة بتعدد الأهداف التي قررت من أجل تحقيقها، وهي تختلف أيضا حسب المحل الذي ترد عليه، وهذا ما يتضح لنا من خلال نص المادة 690 ق م ج التي تنص على أنه «يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة. وعليه أيضا مراعاة الأحكام التالية».

يتضح لنا كذلك من خلال هذا النص أن هذه القيود قد تتقرر لترعى المصلحة الخاصة لأحد الأشخاص، أو تتقرر لترعى المصلحة العامة للجماعة، وهذا ما سنحاول تناوله أدناه.

المطلب الأول

القيود القانونية الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة

تتمثل هذه القيود بوجه عام في تلك التي تترتب عن الجوار بين الملاك، وسنحاول في هذا المطلب دراسة القيود القانونية التي ترجع إلى الجوار بوجه عام أو ما يسمى بمضار الجوار غير المألوفة بين الجيران، ثم نتطرق إلى القيود القانونية التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار.

الفرع الأول

القيود القانونية التي ترجع إلى الجوار بوجه عام أو مضار الجوار غير المألوفة

تنص المادة 961 ق م ج على أنه « يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار».

وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له».

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع ألزم المالك أثناء مباشرته لسلطاته على ملكه بعدم إلحاق ضرر غير مألوف بجاره، وعلى هذا الأخير أن لا يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة (أي تلك التي جرى التعامل على التسامح فيها بين الجيران)، وسنحاول التفصيل في هذا عن طريق التطرق إلى مفهوم مضار الجوار غير المألوفة وأحكامها.

أولاً: مفهوم مضار الجوار غير المألوفة: إن أثناء ممارسة المالك لسلطاته على ملكه قد يترتب عنه ضرر لجاره ولكن جرى العمل على التسامح فيه بينهم نظراً ليسره،

ونظرا لأن صفة الجوار تفرض على المالك تحمل بعض الأضرار الناجمة عن استعمالهم لحقهم متى كانت هذه الأضرار يسيرة، ولم يكن باستطاعة الجار تفاديها.

غير أن الحالة ليست نفسها في كل الأحوال، بحيث أنه يمكن أن يتعدى الضرر الحد المألوف بينهم، وهنا يسمى بالضرر غير المألوف، ويرتب مسؤولية هذا المالك اتجاه هذا الجار⁴⁷، وهذا ما سنحاول تبيانه أدناه.

أ- تعريف مزار الجوار غير المألوفة: يمكن تعريف مزار الجوار غير المألوفة على أنها ذلك الضرر الجسيم يصيب الجار والذي لا يمكن تفاديها، نتيجة استعمال المالك لسلطاته على ملكه، وبطريقة لم يتعسف في استعمال حقه ولم يرتكب أي خطأ⁴⁸، ولم تكن لديه نية سيئة للإضرار بجاره⁴⁹، فمتى تحقق ذلك قامت مسؤولية المالك والتزم بإزالة هذه المضار التي تجاوزت الحد المألوف⁵⁰.

ب- شروط تحقق مزار الجوار غير المألوفة: يشترط لتحقيق مزار الجوار غير المألوفة ضرورة توافر مجموعة من الشروط، تتمثل فيما يلي:

1- يجب توفر صفة الجوار: لكي نكون أمام حالة مزار الجوار، يجب أن تتوفر في الشخص المطالب بتوقيف الأعمال غير المألوفة صفة الجوار، وهذه الأخيرة من أجل

⁴⁷ - Voir BIHR Philippe, Droit civil, Dalloz, Paris, 1996, p127.

⁴⁸ - TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p223.

⁴⁹ - Voir GOMEZ Valérie- BASSAC, Droit civil, Tome 1, Foucher, Vanves, 2010, p130.

⁵⁰ - يعرف مزار الجوار أيضا على أنه « ما يكون سببا لوهن البناء، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية ويمنع الحوائج الأصلية أي المنافع المقصودة من البناء ». بولقواس سارة، جبر الضرر عن مزار الجوار غير المألوفة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014، ص21.

Voir aussi BUFFELAN Yvine- LANORE et LARRIBAU Virgine- TERNEYRE, Op.Cit, p133.

ويعرف أيضا على أنه « الضرر الذي لم تجر العادة على تحمله، أو هو الفعل الذي يخلق الراحة، وهو غير عادي لأنه غير مألوف وخارج عن الإطار الطبيعي ». خادم نبيل، استقلالية نظرية مزار الجوار غير المألوفة عن نظرية التعسف في استعمال الحق (دراسة على ضوء الاجتهاد الجزائري والمصري)، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد08، العدد2-2020، ص282.

تحققها لا يشترط تلاصق العقاران بعضهما مع بعض (أي المعنى الضيق)، وإنما يؤخذ هنا بالمعنى الواسع للجوار، وهو كل شخص يصله الضرر. فالغبار المتطاير من المحجرة يضر أصحاب العقارات الملاصقة لهذه الأخيرة وتلك البعيدة عنها⁵¹. كذلك الضجيج والروائح التي تصدر عن المصانع تمتد إلى العقارات المجاورة لها ولا تقتصر فقط على العقارات الملاصقة لهذه العقارات، ... إلخ.

أما إذا كان الشخص بعيدا لا يصله الضرر كأن يكون في مدينة أو قرية أخرى فلا تتوفر فيه صفة الجار، وبالتالي لا يمكن له المطالبة بوقف تلك الأعمال⁵².

2- يجب أن يغلو المالك في استعمال حقه: تنص المادة 961 ق م ج على أنه « يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ».

لا شك أن المالك أثناء استعمال حقه قد يترتب عنه في بعض الحالات أضرار للغير، ولكن جرى التعامل على التسامح فيها ما دام لم يتعسف في استعمال حقه ولم

⁵¹ - Voir Cass. Civ. 29 novembre 1995, Bull. Civ., II, n° 98, p175. Cité par BROUILAUD Jean Pierre, Droit civil, Hachette, Paris, 2000, p26.

⁵² - كانت فكرة الجوار بمفهومها التقليدي قاصرة على الجوار المتلاصق، أو ما يسمى بالجار المباشر، بمعنى أنه حتى يمكن المطالبة بالتعويض عن المضار غير المألوفة كان يجب أن يكون هناك تلاصق مادي بين العقار التسبب بالضرر والعقار المتضرر. إلا أن الأخذ بالمفهوم التقليدي لصفة الجوار في نطاق الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة لا يتناسب وطبيعة هذه الأضرار، فالأدخنة السوداء، والروائح الكريهة والغازات السامة المنبعثة من المصانع لا تطال فقط الجيران المتلاصقين لها، بل قد تتجاوزهم إلى الجار الثاني أو الثالث أو حتى الرابع، الأمر الذي دفع بالفقه والقضاء إلى التوسع في مفهوم الجوار، بحيث لم يعد هذا المفهوم قاصرا على التصور التقليدي لفكرة الجوار التي تقتصر على الملكيات المتلاصقة، بل تتجاوز ذلك، بحيث أصبح مفهوم الجوار يشمل الأضرار التي تلحق بالسكان المقيمين في المنطقة بأكملها. فالعبرة ليست بالحيز الجغرافي، وإنما بمدى توافر أركان المسؤولية، وصفة عدم مألوفية الضرر. عبير عبد الله أحمد درباس، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة في فلسطين - دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2014، ص ص 15-16.

ويعرف أيضا الجوار على أنه « النطاق أو الحيز المكاني أو الجغرافي الذي يتجاوز فيه الأشخاص أو الأموال أيا كانت طبيعتها، وسواء كانت متلاصقة أو غير متلاصقة، والذي يتحدد بالمدى الذي يمكن أن يصل إليه أذى الأنشطة المجاورة والذي يختلف تبعا لذلك من حالة إلى أخرى بحسب هذه الأنشطة ». سليمان الهادي، دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 06، العدد 01-2015، ص 308.

يرتكب أي خطأ، فالجيران يجب أن يتحمل كل واحد منهم قدرا معيناً من الأضرار التي يفرضها الجوار وإلا غلت أيديهم عن استعمال حقوقهم⁵³، ولكن ليس على الجار أن يتحمل من الأضرار ما يجاوز هذا القدر، فالمنطق والعدل يقضيان بأن استعمال المالك لحقه يجب ألا يترتب عليه إلحاق أذى أو ضرر فاحش بحقوق غيره من المالك⁵⁴.

فمعيار تقدير غلو الجار في استعمال حقه هو الرجوع إلى مدى إصابة جاره بضرر غير مألوف أو جسيم، فمتى تحقق هذا الأخير قلنا أن المالك غلى في استعمال حقه، أما في غير ذلك فإننا نقول أن الضرر جرى التعامل على التسامح فيه⁵⁵.

نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري استعمال عبارة «ألا يتعسف» للدلالة على الغلو، ولكننا نرى أنه لو استعمل عبارة «ألا يغلو» أحسن لتفادي الخلط بين المفهومين وما يترتب عليهما من أحكام، وذلك أسوة بما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 1/807 من القانون المدني عندما نص على أنه «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار».

3- يجب أن يصاب الجار بضرر غير مألوف (جسيما): يكون الضرر غير مألوفاً متى تعدى الحد المسموح به أو المألوف لدى الجيران، لأن هؤلاء بحكم الجوار قد يتأذى بعضهم بأفعال بعض ولكن جرى العمل على التسامح فيها متى بلغت حداً

⁵³ - يمكن أن نضيف في هذا الصدد، أن المالك عندما استعمل حقه إنما يريد تحقيق مصالح جدية ومشروعة، كما أنه التزم في استعمال حقه مضمون وحدود هذا الحق، ولذلك لو سأل المالك عن أي ضرر يلحق جاره بسبب استعماله لحقه لأصبح المالك في حرج شديد، ولغلت أيدي المالك عن استعمال حقوقهم، إذ لا يأمن المالك مهما بلغ حرص كل منهم في استعماله لحقه من أن يترتب على هذا الاستعمال قدر من الضرر للجيران، ولرفع هذا الحرج يجب أن يتحمل كل منهم قدراً معيناً من الأضرار التي يفرضها الجوار ويمكن التسامح فيها وهي التي تسمى بمضار الجوار المألوفة. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 65.

« ... *La vie en commun serait impossible si chacun ne devait supporter certains inconvénients*». TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p227.

⁵⁴ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 499.

Voir aussi BROUILLAUD Jean Pierre, Op.Cit, p27.

⁵⁵ - Voir GOMEZ Valérie- BASSAC, Op.Cit, p130.

يسيرا، ولكن كلما تجاوزت ذلك الحد ووصل إلى حد الجسامة، كلما حمل هذا الجار جيرانه ما لا يطيقونه، وبالتالي أمكن لهم مطالبتة بإزالة ذلك الضرر⁵⁶.

فالضجيج الذي يصدره المالك في منزله في النهار نتيجة الأشغال يعتبر ضرر مألوف بين الجيران، وجرى التعامل على التسامح فيه، بينما لو صدر عنه ذلك الضجيج في الليل فإنه سيصيب جيرانه بضرر غير مألوف، بحيث أن الليل فيه سكونة يخلد فيه الناس للنوم.

كذلك الدخان الذي يتطاير من المصانع في منطقة صناعية يعتبر من مضار الجوار المألوفة بين الجيران.

نشير هنا أنه لبيان الفرق بين الضرر المألوف والضرر غير المألوف يتم الأخذ بعين الاعتبار معيارين هما:

- استمرارية الضرر: يجب أن تكتسب المضار صفة الديمومة والاستمرارية أي أن تكون متكررة ومنتابغة مثل حالة الضوضاء والدخان المتطاير من المخابز والروائح الكريهة بما يجعل منها أضرارا غير مألوفة يلتزم المسؤول عن إحداثها بالتعويض. أما

⁵⁶ - وهذا ما أكدته المادة 2/961 ق م ج بنصها على أنه «وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف».

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 148810 صادر بتاريخ 1997/06/25، على أنه «من المقرر قانونا أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة والخاصة. وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار ويجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف».

ولما كان من الثابت في قية الحال- أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المعني المالك مما ألزمهم بالدخول إلى متر لهم مرورا بطريق بعيد، فإن المجلس لما قضى بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون. وبالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه يتناقض الأسباب وانعدام التسبب ليس في محله». قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 148810، صادر بتاريخ 1997/06/25، مجلة قضائية، العدد الأول، 1997، صص 190-191.

« ... On doit cependant ne reconnaître le droit à réparation que si le dommage atteint un certain degré de gravité». TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p227.

الإزعاجات الظرفية والآنية فهي عادية لا يسأل المتسبب عنها باعتبارها لا تتميز بخاصية الاستمرارية⁵⁷.

غير أن هذا المعيار لا يصلح وحده للترقية بين الضرر المألوف والضرر غير المألوف، لأن هذا المعيار وفي حالات عديدة لا يصلح أن يكون أساساً لهذه التفرقة، لأن هناك العديد من الأضرار التي تحصل بشكل عارض ويكون لها تأثير أشد خطورة من بعض الأضرار المستمرة، كانبعاث الغازات السامة بشكل عارض من أحد المصانع يعتبر أشد خطورة من استمرار انبعاث الروائح الكريهة من نفس المصنع⁵⁸.

- **جسامة الضرر أو خطورته:** معنى ذلك أن الضرر يعتبر ضرراً غير مألوف متى تجاوز من حيث شدته وخطورته الأعباء التي تفرضها علاقة الجوار⁵⁹، وجسامة الضرر مسألة موضوعية وللقاضي بما له من سلطة تقدير ما إذا كان الفعل جسيم من عدمه⁶⁰.

ثانياً: تمييز حالة مضار الجوار غير المألوفة عن بعض الحالات الأخرى المشابهة له: قد تتشابه مضار الجوار غير المألوفة مع بعض الحالات كحالة تعسف المالك في استعمال حقه، أو حالة ارتكابه لخطأ، وعليه سنحاول في هذا الفرع تبيان مختلف الفروق الموجودة بين هذه الحالات كما يلي:

أ- تمييز حالة مضار الجوار غير المألوفة عن حالة التعسف في استعمال الحق: **تنص المادة 124 مكرر ق م ج على أنه «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:**

- **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،**

⁵⁷ - سليمي الهادي وشهيدة قادة، أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 07، العدد 02-2014، ص 348.

⁵⁸ - عبير عبد الله أحمد درباس، مرجع سابق، ص 22.

⁵⁹ - نفس المرجع، ص 22.

Voir aussi BROUILLAUD Jean Pierre, Op.Cit, p p27-28.

⁶⁰ - BERGEL Louis- Jean, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Op.Cit, p119.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

يتضح لنا من خلال هذا النص أن العمل يشكل تعسفا في استعمال الحق كلما اتخذ أحد هذه الصور التي ذكرها المشرع في نص المادة 124 مكرر ق م ج، ولكن المشرع لم يذكرها على سبيل الحصر وإنما ذكرها على سبيل المثال، فعلى المالك عند مباشرته لسلطاته على ملكه أن يراعي الحدود الموضوعية المرسومة لحق، فهو يستعمل حقه في هذه الحدود ولا يخرج عنها، ولكنه يعتبر متعسفا في حقه متى خرج عن هذه الحدود⁶¹. وعليه سنحاول التطرق إلى هذه الحالات كما يلي:

1- إذا كانت نية المالك هي إضرار بالجار: مفاد هذه الحالة أن المالك عندما استعمل حقه أو مارس سلطته على ملكه لم تكن له نية أو قصد آخر غير الإضرار بجاره، ولهذا نقول أن المعيار الذي يؤخذ به هنا هو معيار ذاتي قوامه توافر نية الإضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض. وإذا تمحض القصد من استعمال الحق للإضرار بالغير على هذا النحو، فلا يغير من الوصف التعسفي لهذا الاستعمال ما قد يحققه من بعد من منفعة عارضة لم يقصدها صاحب الحق أصلا⁶².

يمكن إعطاء بعض الأمثلة على هذه الحالة، كقيام المالك ببناء جدار من أجل حجب النور والهواء على جاره، أو القيام بتعليته بشكل يحقق نفس الغرض. إقامة المالك مدخنة لا نفع له منها وإنما قصد بها إيذاء الجار. فما نلاحظه أن المالك في هذه الحالة لا يكون له نفع ظاهر من استعماله لحقه، وبالتالي يمكن اعتباره قرينة على تعسفه في استعماله لحقه⁶³.

⁶¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ص 61-62.

⁶² - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 139.

« *Abus de droit avec intention de nuire: à lus forte raison, commet une faute entraînant sa responsabilité, le propriétaire qui utilise son droit de propriété, non pour son intérêt personnel, mais uniquement dans l' intention de nuire à autrui*». BUFFELAN Yvine- LANORE et LARRIBAU Virgine- TERNEYRE, Op.Cit, p135. Voir aussi GOMEZ Valérie- BASSAC, Op.Cit, p129.

⁶³ - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 690.

أما إذا كان قصد المالك من وراء استعماله لحقه لم يكن بنية الإضرار بجاره كبناء صور من أجل ستر منزله فلا يعتبر متعسفا في استعمال حقه.

2- عدم التناسب بين المنفعة التي يتحصل عليها المالك والضرر الذي يصيب الجار: أي أن المنفعة التي يريد المالك تحقيقها عند استعماله لسلطاته على ملكه ضئيلة بالمقارنة مع الضرر الذي يصيب جاره من جراء ذلك الاستعمال، أي ليس هناك تناسب بينهما. والمعيار المعتمد عليه في تقدير ذلك هو معيار موضوعي لا شخصي، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة⁶⁴.

نجد عندما نعود القانون المدني الجزائري بعض تطبيقات هذه الحالة، نذكر منها ما يلي:

- عدم جواز هدم المالك للحائط الذي يملكه دون عذر قانوني إذا كان الهدم يضر بالجار الذي يستتر به⁶⁵.

- عدم جواز تحميل مالك العقار عبئ الارتفاق إذا لم يكن صاحب حق الارتفاق ينتفع به أو أن انتفاعه محدود لا يتناسب مع ما يصيب مالك العقار من إضرار⁶⁶.

3- عدم مشروعية المنفعة التي يرغب المالك في الحصول عليها: تتحقق هذه الحالة عندما يكون المالك قد قصد من وراء استعماله لملكه هو تحقيق غرض غير مشروع،

« L' arrêt de principe clement bayard(1915): la cour de cassation a retenu la responsabilité du propriétaire d' un terrain de hangar à dirigeables qui avait construit des pylons armés de pieux pour gêner l' evolution des appariel». HESS Brigitte-FALLON et ANNE- SIMON Marie, Droit civil, 10^{ème}, éd., Op.Cit, p168.

⁶⁴ - أنظر حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 140-141. أنظر أيضا بولقواس سارة، مرجع سابق، ص 37-38.

⁶⁵ - تنص المادة 2/708 ق م ج على أنه « غير أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط».

⁶⁶ - تنص المادة 881 ق م ج على أنه « 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».

ومعيار تكييف العمل غير المشروع هنا هو معيار موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحق. وبناء على هذا المعيار، اعتبر متعسفا في استعمال حقه المالك الذي يطالب بإخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته للسكن فيه، بعد محاولته زيادة الأجرة عليه فوق ما يسمح وإخفائه في ذلك⁶⁷.

أما حالة مضار الجوار فنجد أن المالك أثناء استعماله لحق ملكيته لم ينوي إلحاق ضرر بجاره، ولم يهدف من وراء ذلك الحصول على فائدة ضئيلة مقارنة مع الضرر الذي يصيب جاره، ولم يكن أيضا يهدف من وراء ذلك العمل الحصول على فائدة غير مشروعة، ولكن الأمر الذي حدث أنه بذلك العمل قد أحدث ضررا لجاره. وبالتالي لا يمكن أن يكون مضار الجوار أحد حالات التعسف في استعمال الحق.

فالشخص الذي يفتح قاعة حفلات ويتضرر الجيران من الضجيج واكتظاظ السيارات في المكان فأكد أن صاحبها لم تكن له نية إضرار جيرانه أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، وإنما هو تحقيق أرباح، ومع ذلك فهذا الشخص يعد مسؤولا بمقتضى معيار مضار الجوار غير المألوفة⁶⁸.

يترتب عن الاختلاف بين التعسف في استعمال الحق ومضار الجوار غير المألوفة أنه بالنسبة للأول المالك يعرض عن الضرر مهما كان ضئيلا، أما بالنسبة للثاني فإن المالك لا يعرض جاره إلا إذا كان الضرر غير مألوف أي ضررا فاحشا، ولا يعرض عن الضرر المألوف أي الضرر الذي لا يمكن تجنبه بين الجيران⁶⁹.

ب- تمييز حالة مضار الجوار غير المألوفة عن حالة الخطأ في استعمال الحق:
يتخذ الخطأ في استعمال المالك لحق ملكيته صورتان، إما يكون في شكل مخالفة

⁶⁷ - أنظر حسن كبيرة، مرجع سابق، ص ص142-143. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص692.

Voir aussi BERGEL Louis- Jean, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Op.Cit, p114.

⁶⁸ - أنظر في هذا المعنى محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص76.

⁶⁹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص694. أنظر أيضا علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص49. أنظر أيضا خادام نبيل، مرجع سابق، ص ص297-298.

القوانين واللوائح، إما في شكل ارتكاب خطأ، فهاتان الصورتان تتشابهان مع مضار الجوار ولكنهما مختلفتان عنه، وهذا ما سنحاول تبيانه أدناه.

1- مخالفة القوانين واللوائح: تنص المادة 960 ق م ج على أنه « يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري العمل بها والمتعلقة بالمصلحة العامة، أو الخاصة... ».

تحتاج بعض الأنشطة من أجل ممارستها ضرورة الحصول على رخصة من طرف الدولة، وهذا راجع لحساسية تلك الأنشطة وتأثيرها على صحة أو سلامة وأمن الأشخاص أو ممتلكاتهم، وعلى الراغب في مزاوله ذلك النوع من النشاط فما عليه إلا الحصول على الرخصة، **ولكن يجب أن نشير هنا** إلى أن الحصول على هذه الأخيرة لا يمنح الحق للمرخص له أن يزاول ذلك النشاط كيفما يشاء، بل يجب عليه التقيد بما ورد فيها وأن لا يتجاوز الحدود المرسومة له في هذه الرخصة من شروط تفرضها القوانين واللوائح وإلا اعتبر مرتكباً لخطأ⁷⁰، الأمر الذي يرتب مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الغير من جراء ذلك.

فالشخص الذي يتحصل على رخصة من أجل استغلال محجرة عليه أن يتخذ كافة الاحتياطات اللازمة لتفادي إلحاق الغير بأضرار، كاحترام كمية المتفجرات التي

⁷⁰ - تنص المادة 712 ق م ج على أنه « يجب أن تنشأ المصانع، والآبار، والآلات البخارية وجميع المؤسسات المضرة بالجيران على المسافات المبينة في اللوائح والشروط التي تفرضها ».

تنص أيضا المادة 27 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، على أنه « دون الإخلال بأحكام القانون 90-29 المؤرخ في 27 جمادى الأولى عام 1411 الموافق 14 ديسمبر 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، لا يمكن السماح بتواجد نشاط تجاري لإنتاج السلع والخدمات من شأنه أن يحدث أضرارا أو مخاطر بالنسبة لصحة وراحة السكان و/أو المحيط، إلا في المناطق الصناعية أو مناطق الأنشطة المعدة لهذا الغرض والواقعة في الناطق الحضرية أو شبه الحضرية السكنية دون سواها.

غير أنه، يمكن أن تنشأ هذه الأنشطة في مواقع محددة ضمن ضواحي المناطق الحضرية أو شبه الحضرية وخارج مناطق النشاطات أو المناطق الصناعية، بناء على رخصة من صريحة تسلمها المصالح المؤهلة». قانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر ج ج، ع52، الصادر بتاريخ 18 أوت 2004، معدل ومتمم.

يجب استخدامها للحصول على الأحجار، رش المكان بالمياه لتفادي تطاير الغبار، ... إلخ. كذلك الشخص الذي يتحصل على رخصة من أجل إنشاء قاعة حفلات عليه أن يحترم ما ورد في تلك الرخصة، كالغلق مثلا على الساعة العاشرة ليلا، أو تخصيص مكان خاص لركن السيارات لتفادي عرقلتها للطريق، الضجيج ... إلخ.

إن الترخيص لا يحول دون قيام مسؤولية الجار عن المضار غير المألوفة التي تصيب الجار، بل تحميه من العقوبة الإدارية والمتمثلة في الغرامة المالية، فالهدف من الترخيص هو التحقق من توفر الشروط المتطلبة قانونا ولا شأن له بحقوق الغير، كما أن حكم القاضي بالتعويض لا شأن له بالقرار الإداري الصادر بالترخيص، وإنما هو يقضي بتعويض الجار المضرور عن الضرر الذي أصابه⁷¹.

2- ارتكاب خطأ: قد لا يرتكب المالك مخالفة للقوانين واللوائح إذا وجدت، ومع ذلك قد يرتكب خطأ تقصيريا في استعماله لملكه، وذلك بأن ينحرف في هذا الاستعمال عن سلوك الشخص المعتاد، فإذا تسبب عن هذا الانحراف أن أضرب جاره، فإنه يكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية في حدود القواعد العامة. مثل ذلك أن يهمل في تجنب جاره خطر الحريق فيشعل النار وهو في ملكه، وقد تكون حرفته التي يمارسها في المكان الذي يملكه تقتضي إشعال النار، فيبعث منها شرر إلى الجار يكون سببا في إحداث حريق عنده. وبالتالي يكون مسؤولا عن الضرر الذي أصاب ذلك الجار ويلتزم بالتعويض عنه ولو كان ضئيلا، وذلك طبقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية⁷².

وقد تكون مسؤولية المالك قائمة على الخطأ المفترض، وذلك إذا ما توافرت شروط المادة 138 ق م ج، الخاصة بمسؤولية حارس الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، أو المادة 139 من نفس القانون والخاصة بمسؤولية حارس الحيوان عما يحدثه من ضرر، أو المادة 140 من نفس

⁷¹ - سارة بولقواس، أثر الترخيص الإداري على المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 03، العدد 01-2016، ص 556-557.

⁷² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 687-688. أنظر أيضا علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 49.

القانون والمتضمنة مسؤولية حائز العقار أو المنقول عن الضرر الذي يحدثه الحريق للغير، ومسؤولية مالك البناء عن انهدام البناء كلياً أو جزئياً. أو يسأل وفقاً لنص المادة 140 مكرر من نفس القانون والمتعلقة بمسؤولية المنتج⁷³.

يتضح لنا من خلال ما تناولناه أعلاه أن مزار الجوار غير المألوفة يختلف عن حالة خطأ المالك في استعماله لحقه، بحيث أنه لو كان الغلو خطأً لما احتجنا إلى نص يقرر مسؤولية المالك عنه ولاكتفينا بالقواعد العامة، ولتحمل المالك المسؤولية عن الضرر أياً كانت درجته، ولما اقتصرنا هذه المسؤولية على الضرر الفاحش أو غير المؤلف.

فمسؤولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة إذن تعد استثناءً وعبئاً مضافاً عليه لأن تصرفه مشروع، وعليه فهو لا يسأل عن كل ضرر وإنما يسأل عن الضرر غير المؤلف. ومما يبرر فرض هذا العبئ الجديد على تصرفات المالك هو حالة الجوار التي تتطلب من المالك حرصاً وعناية أكبر في استعمال ملكه والتصرف فيه⁷⁴.

ثالثاً: ظروف التعويض عن الضرر غير المؤلف: إن غلو المالك في استعماله لحقه وإلحاق جيرانه بأضرار غير مألوفة يرتب عليه مسؤوليته عن ذلك، ويلتزم بتعويضهم عن تلك الأضرار التي لحقت بهم، ولدراسة هذه الأخيرة سنتطرق إلى تقدير هذا الضرر وكيفية التعويض عنه.

أ- تقدير الضرر غير المؤلف: إن من أجل تعويض الجار الذي أصابه ضرر غير مؤلف يستلزم تقدير هذا الأخير، وذلك عن طريق التطرق إلى الاعتبارات المختلفة التي يأخذها القاضي بعين الاعتبار في تقديره، وإلى حكم الأسبقية في التملك والاستغلال، ومدى تأثير الرخصة التي يملكها المالك في تقرير الضرر المستحق للتعويض.

⁷³ - أنظر في هذا الصدد نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 61.

⁷⁴ - علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 49. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 694.

1- تعداد الطرق المختلفة المعتمدة في تقدير الضرر غير المؤلف: تنص المادة 2/691 ق م ج على أنه «... وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له».

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع أدرج مجموعة من الاعتبارات التي يجب على القاضي مراعاتها أثناء فصله في النزاع، وهي تتمثل في العرف، طبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له.

- **العرف:** يقصد بالعرف هنا هو اعتياد الجيران التسامح فيما بينهم عن بعض الأضرار التي تصيبهم جراء بعض السلوكات الصادرة عن أحدهم، مع الشعور بالزامية التسامح فيها متى لم تتجاوز الحد المتسامح فيه (أي لم يصل الضرر إلى حد الجسامة). ولكن يجب الإشارة إلى نقطة مهمة تتمثل في أن العرف يختلف من منطقة إلى أخرى، أي ما جرى التسامح فيه أو تحمله في جهة معينة لا يعني أنه مسموح في جهة أخرى، وبالتالي يمكن أن يعتبر ضررا غير مألوف بالنسبة للجهة الأخرى الأمر الذي يرتب مسؤولية القائم بهذا العمل⁷⁵.

والمثال على ذلك الضوضاء التي تترتب في الأعياد والمناسبات الأخرى كالأعراس، حفلات عيد الميلاد، ... إلخ، أو ذلك الضوضاء التي تترتب عن خروج المالك من منزله أثناء ذهابه للعمل، ... إلخ، فهذا النوع من الضوضاء جرى العرف على التسامح فيها ولا يمكن اعتبارها أضرارا غير مألوفة.

- **طبيعة العقارات:** لطبيعة العقار اعتبار في تقدير الضرر غير المؤلف، فإذا كان العقار محلا عاما أو مقهى أو فندقا أو محلا تجاريا أو نحو ذلك، تحمل من الضوضاء والجلبة أكثر مما يتحمله المسكن الهادئ، أما ما يعتبر ضررا مألوفاً بالنسبة لهذه الأمكنة العامة يعتبر ضررا غير مؤلف بالنسبة إلى المسكن، وما يعتبر

⁷⁵ - أنظر في هذا المعنى، عبير عبد الله أحمد درباس، مرجع سابق، ص24.

Voir dans ce sens, LARROUMET Christian, Droit civil, Tome 1, 3^{ème} éd., Economica, Paris, 1998, p183.

ضررا مألوفاً بالنسبة إلى مصنع تدور فيه الآلات وتحتشد فيه العمال وتشتد الضوضاء، قد يعتبر ضرراً غير مألوف بالنسبة إلى مدرسة أو إلى مستشفى⁷⁶.

- **موقع العقار بالنسبة للعقارات الأخرى:** يلعب موقع العقار بالنسبة للعقارات الأخرى دوراً مهماً في تقدير الضرر غير المألوف، فالمنزل الذي يقع بجانب الطريق السيار يتحمل الضجيج الناتج عن السيارات ليلاً ونهاراً، ويعتبر الضرر هنا مألوفاً، بينما يعتبر ضرراً غير مألوفاً بالنسبة للمنزل الذي يقع في قرية أين لا توجد سيارات كثيرة. كذلك الساكنين في منزل ذو طبقات أو في العمارة، فيجب على صاحب السفلى بحكم موقعه من العلو أن يتحمل من العلو ما لا يتحمل العلو من السفلى، كالضجيج الذي يصدر عن الغسالة على سبيل المثال، الهزات الناتجة عن نقل بعض الأغراض الثقيلة، صوت الأقدام أثناء السير... إلخ، كذلك الذي يسكن في الأعلى يتحمل ما يصدر من الساكن تحته كالدخان أو بعض الروائح... إلخ، فهي أضرار مألوفة تنجم عن استعمال حق الملكية.

كذلك يعتبر أيضاً ضرراً مألوفاً الضجة أو الروائح الكريهة أو الهزات العنيفة التي قد تنجم عن استعمال حق الملكية بالنسبة لحي صناعي أو مكتظ بالمقاهي والمحال العامة، في حين أنها تعد أضراراً غير مألوفة في حي سكني⁷⁷.

- **الغرض الذي خصص له العقار:** لا يقتصر تقدير مضار الجوار على ما اعتاد عليه الجيران ولا على طبيعة العقار ولا على موقعه، وإنما يكون في بعض الأحيان الغرض الذي خصص له هذا العقار هو المعيار المعتمد عليه في التقدير، وعلى هذا الأساس قد يعتبر الضرر الحادث ضرراً مألوفاً في الأصل بالنسبة إلى العرف السائد في المكان أو الحي الواقع فيه، ولكن ذلك لا يمنع من اعتباره ضرراً غير مألوف، إذا

⁷⁶ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 698. أنظر أيضاً مرتضى عبد الله خيرى، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها - دراسة مقارنة، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01-2019، ص 104.

⁷⁷ - أنظر محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 79. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص 698-699. أنظر أيضاً حسن كيرة، مرجع سابق، ص 148.

كان من شأنه- بالنظر إلى التخصيص المعقول المعد له العقار المجاور في الاستغلال- منع مالكه من استعماله على النحو الذي يحقق الغرض المقصود من تخصيصه لهذا الاستغلال.

فالعقار المعد مثلا مصحاً أو مستشفى للنقاهاة أو العلاج، يتأثر استغلاله بدرجة غير عادية من الضوضاء المتصاعدة من ملك الجار، حتى ولو كانت مما يعتبر في الأصل من قبيل الأضرار المألوفة في هذا الحي وطبقاً للعرف السائد فيه، ولذلك يجب اعتبارها بالنسبة إلى هذا المصح أو المستشفى بالذات أضراراً غير مألوفة يجب إزالتها أو التعويض عن تحملها⁷⁸. والعبرة من هذا الحكم ليس مراعاة الظروف الشخصية للجار وإنما الغرض العادي الذي خصص له العقار والمتمثل في المصح أو المستشفى.

غير أنه هناك من يضيف أن المشرع قصد من وراء استعماله عبارة «**والغرض الذي خصصت له**» في نص المادة 691 ق م ج، الغرض الذي خصصت له العقارات المحيطة بعقار الجار، وليس عقار هذا الجار لوحده⁷⁹.

غير أننا نشير هنا إلى أن معيار مضار الجوار غير المألوفة، معيار مرن كل المرونة يتسع لما قد يستحدثه التقدم الصناعي والعلمي في المستقبل من أنواع جديدة من المضار التي تجاوز الحد المألوف، ويمكّن القاضي من الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة المحيطة بكل حالة، كطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر والغرض المخصصة له والعرف السائد في المكان أو الحي الواقعة فيه⁸⁰.

2- مدى تأثير الظروف الخاصة والشخصية للجار في تقدير الضرر غير المألوف:
ويلاحظ هنا أن الظروف التي يعتد بها القاضي في تقرير ما إذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف هي ظروف موضوعية، لا يعتد فيها بالظروف الخاصة والشخصية

78 - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 149. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 699.

79 - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 251. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 500.

80 - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 147. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 65. أنظر أيضاً علي

هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 47.

بالجار الذي أصابه الضرر. فإذا كان الضرر الناشئ عن استعمال المالك لملكه مألوفاً وفقاً للظروف الموضوعية ولكنه تجاوز الحد المألوف بسبب ظروف شخصية خاصة بالجار الذي أصابه الضرر، كما لو كان مريضاً أو ضعيف الأعصاب فلحقه ضرر جسيم من ضوضاء عادية لا يترتب بالنسبة للشخص العادي إلا ضرر مألوف، فلا يسأل المالك الذي تسبب في هذا الضرر⁸¹.

3- حكم الأسبقية في الاستغلال: أي أن المالك الذي يستغل ملكه في نوع معين فلا يمكن للمالك المستحدث أن يتضرر من مجاورة المالك القديم، فإذا أقام هذا الأخير مصنعا ولم يكن له جار ثم جاء هذا الجار فبنى داره بجانب هذا المصنع ولحقه ضرر غير مألوف، فلا يحق له مطالبة مالك المصنع بالتعويض عن الضرر غير المألوف لأنه يعلم مسبقاً بما في هذا الجوار من مضار، ورغم ذلك سعى إلى جوار هذا المالك وبالتالي يكون قد ارتضى بذلك ضمناً⁸². وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في نص المادة 1026 من القانون المدني التي تنص على أنه «إذا كان لأحد ملك يتصرف فيه تصرفاً مشروعاً، فأحدث غيره بجواره بناء تضرر من الوضع القديم، فليس للمحدث أن يدعي التضرر من ذلك، وعليه أن يدفع الضرر عن نفسه»⁸³.

غير أن الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه غير مقبول إذ يؤدي إلى أن يتمكن المالك الذي بدأ باستغلال ملكه على وجه خاص، كإقامة مصنع مثلاً، من فرض إرادته على

⁸¹ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 500.

ينظر في تحديد الضرر غير المألوف إلى الاعتبارات الموضوعية فقط، ومن ثم لا يعتد بالظروف الشخصية لصاحب الحق على العقار كحالته الصحية أو النفسية أو طبيعة العمل الذي يمارسه. فالعبارة إذن ليست بالاستعداد الشخصي لصاحب الحق على العقار، وإنما بحالة شخص من أوسط الناس، ليس أكثرهم تأثراً وهو ما يسمى بالشخص المعتاد، فإذا أثبت أن هذا الشخص المعتاد لا يحتمل الضرر كان غير مألوفاً أما إذا كان يتحمله كان مألوفاً. مرتضى عبد الله، مرجع سابق، ص 104.

⁸² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 700-701.

La cours de cassation française 1^{ère} Ch. Civ. 20 février 1968 fut jugé que: «*ceux qui ont construit ou acheté un immeuble près de l' aéroport, sans prendre les précautions nécessaire pour se soustraire aux inconvénient connus du voisinage, on accepté un risqué en s' exposant volontairement à subir le prejudice dont ils se plaignent*». GOMEZ Valérie- BASSAC, Op.Cit, p131.

⁸³ - أما المشرع الجزائري فلم يتطرق لهذه المسألة.

المالك المجاورين بإجبارهم على استغلال أملاكهم في نوع معين من الاستغلال يتلائم مع الاستغلال الذي اختاره لنفسه، وإلا يكون البديل تحملهم الإضرار غير المألوفة الناشئة عن هذا الاستغلال دون أن يكون لهم الحق في التعويض⁸⁴.

كذلك هناك من يضيف أن الجار المستجد قد لا يعلم بما ينطوي عليه الجوار من ضرر غير مألوف، أو قد يكون عالما به ولكن الضرر تفاقم واشتد بعد أن أتى هذا الجار المستحدث واستقر بجوار المالك القديم، فلا يجوز لهذا الأخير على أي حال أن يدعي أنه كسب لمجرد أسبقيته حقا في أن يتحمل منه جيرانه ولو استجدوا ضررا غير مألوف دون أي تعويض⁸⁵.

إلا أن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يذهب إلى أن مجرد الأسبقية في الاستغلال لا تؤثر في مسؤولية المالك، وإنما يكون لهذه الأسبقية أثرها في هذا الشأن إذا كانت أسبقية جماعية، بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبيعة الحي وتصبغه بطابع خاص، كأن يصبح الحي صناعيا، فمن يأتي بعد ذلك ويبني منزلا في هذا الحي فلا يجوز له أن يرجع بالتعويض على صاحب المصنع المجاور عن الأضرار التي تلحقه بسبب وجود المصنع⁸⁶.

4- حكم تملك المالك لرخصة إدارية: قد يحتاج الشخص في بعض الأحيان إلى استصدار رخصة معينة من أجل ممارسة نشاط معين كتلك الأنشطة المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة، ... إلخ، ولكن ينتج عن مزاوله ذلك النشاط ضرر غير مألوف لجيرانه، هنا يثار تساؤل حول مدى مسائلة مالك هذه الرخصة من عدمه، أي هل أن الحصول على الرخصة يعفي مالكاها من المسؤولية أم لا؟

هنا يجب القول أن هذا الترخيص لا يرفع مسؤولية هذا المالك عن الأضرار الفاحشة التي يلحقها بالجيران، ذلك لأن الترخيص هو مجرد تدبير وقائي، يهدف إلى

84 - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 68.

85 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 700-701. مرتضى عبد الله، مرجع سابق، ص 108.

86 - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 68. أنظر أيضا حسن كيرة، مرجع سابق، ص 150. أنظر أيضا محمد

شكري سرور، مرجع سابق، ص 252-253.

حماية المصلحة العامة فحسب، أما مصلحة الجيران فعلى المالك مراعاتها من تلقاء نفسه⁸⁷، كما يظل من حق هؤلاء الجيران أن يطالبوا بالتعويض العيني عن طريق الإزالة، ولا يعد ذلك مساساً بالقرار الإداري الصادر بالترخيص، لأن موضوع دعواهم ليس الطعن في هذا القرار، وإنما مسؤولية المالك عن مجاوزة المضار المألوفة فضلاً عن التعويض العيني⁸⁸، فالرخصة الإدارية لا تسبغ على الفعل وصف الإباحة ولا تعطي للجار محدث الضرر حق التمسك بالترخيص بقصد إعفائه من المسؤولية⁸⁹، وإنما تبيح القيام بالنشاط دون أن تكون هناك مسؤولية جزائية على صاحبه، ولا شأن لها بعلاقة الجيران بعضهم ببعض⁹⁰.

ب- الآثار المترتبة عن تحقق مضار الجوار غير المألوفة: يكون الجار المتسبب في مضار الجوار غير المألوفة لجيرانه مسؤولاً عن جبر هذه الأضرار، وسواء كانت هذه الأضرار ناتجة عن غلوه في استعمال حقه في الحالات العادية أو كانت نتيجة استغلاله لرخصة، فهو ملزم بتعويض الجيران عما أصابهم من أضرار، غير أن كيفية تقدير ذلك التعويض تعود للقاضي الفاصل في الموضوع، فقد يكون التعويض عينياً كما يمكن أن يكون نقدياً حسب كل حالة.

1- التعويض العيني: يمكن للجار المتضرر المطالبة بإزالة المضار غير المألوفة التي أصابته، ويعتبر ذلك من قبيل التعويض العيني عن الإخلال بالالتزام في الماضي وتنفيذاً عينياً للالتزام في المستقبل، وإزالة المضار في المستقبل (أي التنفيذ العيني) يمكن أن يتخذ صوراً مختلفة بحسب ما يراه القاضي ملائماً⁹¹، فقد يحكم القاضي

87 - محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص ص 82-83.

88 - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 252. أنظر أيضاً قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 90943، صادر بتاريخ 16/06/1992، مجلة قضائية، العدد الأول، 1995، ص ص 101-106.

89 - كيجل مراد والطبيي أحمد، دفع المدعى عليه في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02-2018، ص 540.

90 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص 699-700.

« فالرخصة الإدارية تعفي المالك من المسؤولية الجزائية ولا تعفيه من المسؤولية المدنية ». علي هادي

العبيدي، مرجع سابق، ص 48.

91 - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 500.

بتعديل حالة الشيء مصدر الضرر (كتوجيه فوهة المدخنة إلى اتجاه آخر، أو نقلها من مكانها إلى مكان آخر). وقد يحكم بإلزام المالك بالامتناع عن استعمال ملكه في وقت معين (وقف الآلة في الليل، ليتمكن الجار من النوم)، وقد يحكم القاضي بإزالة مصدر الضرر نهائياً (هدم مدخنة أو إغلاق مصنع)⁹².

2- التعويض النقدي: يجوز للقاضي وفقاً للقواعد العامة أن يحكم بتعويض الجار تعويضاً نقدياً كاملاً عن الضرر غير المألوف الذي لحقه من استعمال المالك لحق ملكيته متى وجد أن التنفيذ العيني فيه إرهاباً للمالك، فيعوض الجار عن الخسارة التي لحقته والكسب الذي فاتته، كما يجوز أن يحكم بالتعويض النقدي بالإضافة إلى حكمه بالتنفيذ العيني وذلك عن الضرر الذي حدث في الماضي⁹³.

ترفع دعوى التعويض عن مضار الجوار غير المألوفة أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار، وكون المطالبة بالتعويض مسألة مدنية فإن الاختصاص ينعقد للقضاء المدني على اختلاف درجاته عملاً بقواعد الاختصاص النوعي⁹⁴.

⁹² - محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص ص 80-81. أنظر أيضاً بولقواس سارة، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، مرجع سابق، ص ص 89-90. أنظر أيضاً قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 90943 السابق الذكر.

« Le trouble anormal du voisinage peut en revanche être réparé ... lorsque cela est matériellement possible, le juge peut ordonner un certain nombre de mesures, déménagements, visant à le atténuer ce trouble et à le rendre supportable, voire à le faire disparaître ». BROUILLAUD Jean Pierre, Op.Cit, p29.

غير أننا نجد من الناحية الواقعية أنه من النادر أن يأمر القاضي بالإزالة الكلية أو الغلق رغم أنه يملك ذلك حتى مع وجود الترخيص الإداري، لأن الغالب من الأحوال أن يكون الاستغلال مفيداً للمجتمع، بما يقضي الإبقاء عليه ولكن مع تعويض الجار المتضرر عما يسببه له من مضار غير مألوفة. حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 153.

⁹³ - علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 48. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 708.

⁹⁴ - سليمان الهادي، مرجع سابق، ص 309.

تنص المادة 02/39 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات

المدنية والإدارية، على أنه « ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبيئة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:

رابعاً: الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض عن الضرر غير المألوف: لم يستقر الفقه على رأي واحد في شأن تحديد الأساس الذي يقوم عليه التزام المالك بتعويض جيرانه عن الضرر غير المألوف، وندناولها كما يلي:

أ- مسؤولية المالك تقوم على أساس التزام قانوني هو التزام الجوار: مفاد هذا الرأي أن مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ترجع إلى تنظيم خاص لعلاقات الجوار. فهي مسؤولية يملئها التضامن الاجتماعي بين الجيران، فإذا كانت فكرة حسن الجوار مسألة ذات طابع أخلاقي، إلا أن القانون في بعض الحالات يرقى بها إلى مصاف الالتزامات القانونية⁹⁵.

غير أننا عندما نعود إلى مختلف القوانين لا نجد التزام يمكن تسميته بالتزام الجوار، وإنما نجد أحكام أخرى مشابهة كتلك المتعلقة بالمطبات، الحائط المشترك، ... إلخ، الأمر الذي جعل الفقه يتخلى عن هذا الرأي⁹⁶.

ب- مسؤولية المالك تقوم على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق: يرى أصحاب هذا الرأي أن أساس التزام المالك بتعويض جاره عن الضرر غير المألوف يتمثل في تعسف هذا المالك في استعمال حقه بشكل يلحق جاره بضرر غير مألوف، وبذلك يلتزم بتعويض هذا الضرر.

غير أننا عندما نعود إلى ما قلناه أعلاه عندما ميزنا بين مضار الجوار غير المألوفة والتعسف في استعمال الحق، نجد أن حالة التعسف في استعمال الحق هي غير مضار الجوار غير المألوفة، فالمالك هنا لا يهدف إلى الإضرار بجاره، ولا تحقيق مصلحة ضئيلة مقارنة بالضرر الجسيم الذي يصيب الجار، ولا تحقيق فائدة غير

2- في مواد تعويض الضرر عن جنائية، ... أو فعل تقصيري، ودعاوى الأضرار الحاصلة بفعل الإدارة، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار». قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ج ج ج، ع21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

⁹⁵ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ص71-72.

⁹⁶ - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص703-704.

مشروعة⁹⁷. كما أننا عندما نعود أيضا إلى معايير التعسف في استعمال الحق نجد أن المشرع استبعد من بينها الضرر غير المألوف، وأيضا من شأن التوسع في نظرية التعسف في استعمال الحق بما يخرجها عن المعايير المحددة يؤدي بها إلى أن تصاغ صياغة عامة غامضة تخشى نتائجها على فكرة الحق ذاتها، ثم إن المعنى الظاهر لفظ التعسف يكفي لاستبعاد نظرية المضار غير المألوفة من نطاق هذه النظرية⁹⁸.

فالشركة التي تقيم مصنعا يتضرر الجوار من وجوده لا تقصد الإضرار بجيرانها، وهي لا ترمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ومع ذلك فهي تعد مسؤولة بمقتضى معيار مضار الجوار غير المألوفة، مما يدل على أن لكل نطاقه⁹⁹. وبالتالي لا يمكن قيام التزام المالك بتعويض الجار عن مضار الجوار غير المألوفة على أساس التعسف في استعمال الحق.

ج- مسؤولية المالك تقوم على أساس نظرية تحمل التبعة: يرى أصحاب هذا الرأي أن مسؤولية المالك تقوم على أساس نظرية تحمل التبعية، فالمالك حسب هذه الرأي لم يتعسف في استعمال حقه ولم يرتكب أي خطأ، غير أن الذي حدث أنه أصاب جاره بضرر غير عادي وبالتالي يتحمل تبعة استعماله لحق ملكيته، إذ هو الذي يستفيد من هذا الاستعمال، فعليه الغرم كما عليه الغنم، وعليه فإن مسؤوليته تقوم لا على أساس الخطأ التعسف في استعماله لحقه ولا على خطئه، بل على أساس تحمل التبعة.

غير أن هذا الرأي تعرض للانتقاد رغم وجاهته وعدالته، وذلك لتعذر الأخذ به، فالمسؤولية يجب أن تقوم على الخطأ ثابتا كان أو مفترضا. أما المسؤولية التي تقوم على تحمل التبعة فلا بد فيها من نص قانوني، والنص القانوني فيما يتعلق بالمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة منعدم¹⁰⁰.

⁹⁷ - أنظر ما قلناه أعلاه عندما ميزنا بين مضار الجوار غير المألوفة والتعسف في استعمال الحق.

⁹⁸ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 71.

⁹⁹ - محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 76.

¹⁰⁰ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 705.

د- مسؤولية المالك تقوم على أساس الغلو في استعمال حق الملكية: يرى أصحاب هذا الرأي أن مسؤولية المالك هنا تقوم على أساس غلوه في استعمال حق ملكيته، بحيث أن المالك لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه، غير أن الجار أصيب بضرر غير مألوف من جراء غلو المالك في استعمال حق ملكيته الأمر الذي يثير مسؤوليته ويلزمه بالتعويض. وهذا ما يظهر لنا من نص المادة 2/691 ق م ج التي تنص على أنه « وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له».

ونفهم أيضا من هذا النص أن المالك إذا لم يغلو في استعمال حقه لم يصب جاره بضرر غير مألوف، ما يمنع هذا الأخير من استعمال حقه في الرجوع على المالك بما أصابه من ضرر مألوف، فالضرر المألوف والذي جرى التسامح فيه لا يخول للجار المضروب أن يرجع على الجار المستعمل حق ملكيته، بينما يخوله ذلك متى تعرض الجار لضرر غير مألوف أي لم يجر التسامح فيه. والمشرع هنا منح للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مضار الجوار غير المألوفة عن طريق الاعتماد على ما يمليه العرف في تلك المنطقة، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له هذه العقارات.

الفرع الثاني

القيود القانونية التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار

ينتج عن وضعية الجوار في كثير من الأحيان العديد من المشاكل بين الجيران، نظرا لتعارض مصالح كل واحد منهم، ولمعالجة هذه المشاكل عمد المشرع الجزائري كغيره من مشرعي الدول الأخرى إلى فرض العديد من القيود على ملكية هؤلاء الجيران، وهذه القيود تتعدد وتختلف حسب الغاية المراد تحقيقها، فمنها ما يرجع إلى المياه، وهناك ما يرجع إلى المرور، وهناك ما يرجع إلى التلاصق في الجوار.

أولاً: القيود القانونية التي ترجع إلى المياه: يتمثل هذا القيد في ذلك العبئ المتعلق بالمياه الذي يتحمله الجار من أجل تمكين جاره إما من الري أو حق المجرى أو حق المسيل (الصرف) أو تحمل المياه المتدفقة طبيعياً.

أ- **حق الري:** قد تكون أرض الجار في بعض الأحيان في حاجة إلى الماء من ربيها والمالك لا يملك الماء من أجل ذلك، بينما جار تتوفر لديه مسقاة كافية له وتزيد، فإنه في هذه الحالة من أجل تفادي تضرر الجار صاحب الأرض المحتاجة للمياه فإنه يتقرر لهذا الأخير الحق في الاستفادة من مسقاة جاره، وبهذا يكون هذا الحق بمثابة قيد على ملك الجار.

1- تعريف حق الري: يمكن تعريف حق الري على أنه «قيد يرد على حق المالك في الاستئثار بما يملكه من ماء في أرضه، بحيث يمنح الحق للجار في الاستفادة من المسقاة المتواجدة في أرض جاره من أجل ري أرضه»¹⁰¹.

2- شروط الاستفادة من حق الري: إن تقييد ملكية الجار بعبئ حق الري لا يستقيم ولا يكون عادلاً إلا بجعله متوقف على تحقق مجموعة من الشروط، وإلا اعتبر مساساً بحق المالك في استعمال ملكه، ويمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي:

2-1- يجب أن يكون لمالك الأرض مسقاة خاصة: يقصد بالمسقاة الخاصة هنا كل مجرى ماء معد للري، ينشئه المالك في أرضه لريها وفقاً للوائح الخاصة بذلك، الأمر الذي يمنحه وحده الحق في استعمالها، على أنه يتحمل لوحده نفقات تطهيرها وصيانتها¹⁰².

2-2- يجب أن يستوفي مالك الأرض حاجته من مسقاته الخاصة: إن تملك الشخص لمسقاة خاصة يمنح له الأولوية في استغلالها، وإذا استوفى حاجته منها ولم يبق منها شيء فإن ذلك لا يمنح الحق لجيرانه في الاستفادة من تلك المسقاة. بينما لو

¹⁰¹ - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 72.

¹⁰² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 718.

بقي بعد ذلك من الماء ما تحتاج إليه أراضي الملاك المجاورين، فلهؤلاء أن يأخذوا ما هم في حاجة إليه¹⁰³.

غير أننا نشير في هذا المقام إلى أنه إذا كانت لمالك المسقاة وسائل أخرى ممكنة للري كأن كان بإمكانه حفر بئر ارتوازية أو الحصول على حق مجرى قريب من الواد أو مسقاة عامة، لم يكلف الالتجاء إلى هذه الوسائل ما دامت عنده مسقاة خاصة تكفيه لري أرضه¹⁰⁴.

ويتضح هنا أن ملكية المياه الفائضة عن الحاجة تنزع من مالكةا، لا لمصلحة عامة بل لمصلحة خاصة، ومالك المسقاة هنا مفضل على الجيران، فهو الذي يستوفي حاجته من المياه أولاً، ويأتي الجيران بعد ذلك.¹⁰⁵

2-3- يجب أن تتوفر في الشخص المطالب بحق الري صفة الجار: يشترط في طالب حق الري أن تكون أرضه مجاورة للأرض التي تتواجد فيها المسقاة، وهنا لا يشترط أن يكون هناك إلتصاق بين هذه المسقاة وأرض الجار، فقد تكونان ملتصقتان وقد تكون المسقاة داخل أرض المالك غير ملاصقة لأرض الجار (أي لا تقع في حدود هذه الأرض)، ولا يشترط أن تعبر مياه المسقاة أرض الجار في مجرى يحصل عليه المالك حتى تصل إليه.

غير أننا قد نكون في بعض الأحيان أمام حالة تعدد الملاك المجاورون، فالبعض منهم يجاور المسقاة ذاتها والبعض الآخر يجاور الأرض التي فيها المسقاة، أو كلهم يجاورون المسقاة ذاتها، أو كلهم يجاورون الأرض التي فيها المسقاة. ففي جميع هذه الأحوال لا تكون مجاورة المسقاة ذاتها سببا لتفضيل جار على جار آخر، بل العبرة

¹⁰³ - أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ج11، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، صص 242-243.

¹⁰⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص718.

¹⁰⁵ - أنور طلبة، مرجع سابق، صص 242-243.

بالحاجة إلى المياه الفائضة. فمن كان من هؤلاء الجيران أشد حاجة من الآخرين إلى هذه المياه قدم على الآخرين، واستوفى حاجته منها قبل غيره¹⁰⁶.

2-4- يجب أن تكون أرض الجار الذي يطالب بحق الري في حاجة إلى ري: يجب أن يكون الجار في حاجة لاستعمال المسقاة لري أرضه ريا كافيا ولو كان عنده موردا آخر للمياه ولكنه لا يكفي لري أرضه بأكملها ريا كافيا كمسقاة صغيرة أو بئرا¹⁰⁷. كذلك يكون له الحق في الري حتى لو كان بإمكانه اللجوء لري أرضه عن طريق حفر بئر ارتوازية أو جلب المياه عن طريق مجرى يطلبه من جار آخر، إذ ليس هناك ما يفرض عليه اللجوء إلى طريقة دون أخرى، وما دام في حاجة إلى ري أرضه ويستطيع أن يسد هذه الحاجة بالحصول على حق الشرب كان له ذلك.

نشير هنا إلى أنه كما قد يتعدد الملاك المجاورون قد يتعدد أيضا الملاك الذين يملكون المساقى الخاصة، فإذا كان الجار محاطا بملاك متعددين كل منهم يملك مسقاة خاصة، له أن يختار من بينهم الذي يكون الحصول على حق الشرب من مسقاته أيسر من الملاك الآخرين وأقل تكلفة، وليس لمالك المسقاة المختارة أن يرفض ذلك¹⁰⁸.

2-5- يجب على المستفيد من حق الري تقديم تعويض لمالك المسقاة: إن تقرير حق الري للجار من مسقاة المالك لا يستقيم إلا بعد التزامه بتقديم تعويض لهذا الأخير عن ما صرفه من نفقات إنشائها وصيانتها، بنسبة مساحة أرضه التي تنتفع بها. أما في حالة تعدد المستفيدين من حق الري، فإنهم يشتركون في المساهمة في تلك النفقات بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع بتلك المسقاة.

غير أن الاشتراك في هذه النفقات لا يمتد إلى الاشتراك في تعويض المالك عن قيمة الجزء من الأراضي التي شقت فيه المسقاة، ولذلك تظل هذه الأخيرة مملوكة

¹⁰⁶ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص719.

¹⁰⁷ - أنور طلبية، مرجع سابق، ص244.

Voir aussi TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p217.

¹⁰⁸ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص721.

لصاحبها ملكية خالصة، ومن هنا كان المالك مقدما في استعمال المسقاة عن هؤلاء جميعا¹⁰⁹.

3- الإجراءات المتبعة للاستفادة من حق الري: إن تقرير حق الري للجار لا يمنح له الحق في الدخول إلى أرض مالك المسقاة والقيام بأشغال ربط المياه لنقلها إلى أرضه، بل يجب عليه أولا التقدم أمام مالك هذه المسقاة وإخطاره برغبته في الاستفادة من مسقاته بغرض الحصول على المياه الكافية لري أرضه، على أن يلتزم بتعويضه عن نفقات الإنشاء والصيانة التي أنفقها عليها. أي يجب على الجار أن يلجأ إلى الطرق الودية.

أما في حالة رفض مالك المسقاة لمساعي الجار الودية لتمكينه من الاستفادة من المياه الكافية لري أرضه، فإن له الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل تقرير ذلك. وللمحكمة الفاصلة في الموضوع السلطة التقديرية في إجابة هذا الجار لطلبه من عدمه، فإذا رأت المحكمة من خلال ما قدم لها من أدلة أن طلب هذا الجار مؤسس فإنها تستجيب لطلبه وتلزمه في الوقت نفسه بالمساهمة في نفقات إنشاء هذه المسقاة وصيانتها بنسبة مساحة أرضه المستفيدة من الري. أما إذا قدرت عكس ذلك فإنها ترفض طلبه¹¹⁰.

ب- حق المجرى: إضافة إلى عبئ حق الري الذي يقع على عاتق مالك الأرض، فإننا نجد عبئاً أو قيد آخر يتمثل في حق الري، وسنحاول في هذا العنصر التطرق إلى تعريف حق الري وشروط الاستفادة منه.

1- تعريف حق المجرى: يمكن تعريف حق المجرى على أنه «حق مالك الأرض البعيدة عن مورد المياه في أن تمر في أرض غيره المياه الكافية لري أرضه»¹¹¹، إذ

¹⁰⁹ - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص73. أنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص243.

¹¹⁰ - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص722 وما بعدها.

¹¹¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص74. أنظر أيضا سعيدان أسماء، القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد33، ع04-2019، ص70.

Voir aussi TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p217.

يعتبر هذا قيد على عاتق الجار الذي يتحمل عبئ تمرير المياه عبر قنوات مثلا على أرضه لفائدة جاره.

نجد بالرجوع إلى القانون المدني أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة، بل تناولها في القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه، بحيث ينص في المادة 94 منه على أنه « يستفيد كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص حائز رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية من حق مرور المياه ... »¹¹².

غير أن منح المشرع هذا الحق للجار لا يعني بتاتا ممارسته على إطلاقه أو عدم حماية الجار الآخر الذي يتحمل هذا العبئ، بل من أجل الاستفادة من هذا الحق يجب توفر مجموعة من الشروط.

2- شروط الاستفادة من حق المجرى: يمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي:

2-1- يجب أن تكون الأرض التي يتقرر لها حق المجرى بعيدة عن مورد المياه: ويقصد بالبعد انعدام الاتصال المباشر بينها وبين المورد بسبب وجود أراضي أخرى تفصل بينهما¹¹³.

2-2- يجب أن لا تكون أرض الجار الذي يطالب بحق المجرى تتوفر على ماء كاف لريها، لأنه إذا كان لديه الماء الكافي لريها لا يحق له المطالبة بحق المجرى، بينما إذا كان له مثلا بئرا ولكن لم يكن ذلك كافيا لري أرضه فإنه في هذه الحالة يحق له المطالبة بحق المجرى أيضا¹¹⁴، بحيث يمكن لنا القول أن الوسيلة الوحيدة لدى

¹¹² - القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005، متعلق بالمياه، ج ر ج ج، ع60، الصادر بتاريخ 04 سبتمبر 2005.

¹¹³ - علي هادي العبيدي، مرجع سابق، 242.

¹¹⁴ - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص74.

أرض الجار هي أنشاء مروى في أرض جاره حتى تصل إليه مياه الري عن طريقها¹¹⁵.

2-3- يجب ألا يخل حق المجرى بانتفاع صاحب الأرض إخلالا بيينا: لقد تم تقرير حق المجرى من أجل تمكين صاحب الأرض البعيدة من الانتفاع بأرضه، فإذا أدى هذا الحق إلى الإخلال الجسيم بانتفاع صاحب الأرض المثقلة به انتفت الحكمة من إقراره لأن صاحب الملك أولى بالانتفاع بملكه، ولكن مجرد حصول الضرر العادي لا يمنع من إقرار هذا الحق بشرط أن يعوض مالك الأرض عنه¹¹⁶.

2-4- يجب على الجار المستفيد من حق المجرى تقديم تعويض لصاحب الأرض الذي أنشأ المجرى في أرضه، فإذا كان القانون يجبر المالك على قبول مرور المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد الماء عبر أرضه، فهو من ناحية أخرى يقرر له الحق في الحصول على تعويض عن ذلك، ويشمل هذا الأخير على قيمة ما يقابل تعطيل الأرض التي يشغلها المجرى، وما يقابل الأضرار الدائمة أو الوقتية المترتبة عن شقه¹¹⁷، وهذا حسب نص المادة 94 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه¹¹⁸.

غير أننا نشير هنا إلى أن الجار الذي يطلب منه إقامة منشآت على أرضه قد يكون في بعض الأحيان في حاجة لاستعمال تلك المنشآت والاستفادة منها، وهنا يمنح له الحق في طلب الاستعمال المشترك لتلك المنشآت، على أن يلتزم في مقابل ذلك بالمساهمة بنصف تكاليف الإنجاز والصيانة، ولكن دون استحقاقه لأي تعويض في هذه الحالة. أما إذا لم يبد رغبته في ذلك قبل بداية الأشغال بل ترك ذلك إلى بعد

¹¹⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص733.

¹¹⁶ - علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص243.

¹¹⁷ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص101. أنظر أيضا محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص256.

¹¹⁸ - تنص المادة 94 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه على أنه «... شريطة تعويض مسبق وعادل».

الشروع في الأشغال أو الانتهاء منها، فهنا ما على هذا الجار إلا تحمل المصاريف الزائدة المترتبة على التغييرات المحتمل إدخالها على المنشأة¹¹⁹.

3- الإجراءات المتبعة للاستفادة من حق المجرى: إن ما قلناه بشأن حق الري ينطبق على حق المجرى، بحيث يجب على الجار الذي يرغب في تمرير المياه الكافية لأرضه أن يتقدم أمام مالك الأرض المجاورة لأرضه ويخطر به برغبته، بالطرق الودية وأنه سيلتزم بتعويضه عن ذلك، فإذا قبل المالك ما تقدم به جاره فإن المشكلة قد حل.

أما إذا رفض مالك الأرض طلب جاره الرامي إلى تقرير حق المجرى فما على هذا الأخير إلا اللجوء إلى القضاء. وللمحكمة الفاصلة في الموضوع السلطة التقديرية في إجابة هذا الجار لطلبه من عدمه، فإذا رأت المحكمة من خلال ما قدم لها من أدلة أن طلب هذا الجار مؤسس فإنها تستجيب لطلبه وتلزمه في الوقت نفسه بتعويض المالك عن قيمة ما يقابل تعطيل الأرض التي يشغلها المجرى، وما يقابل الأضرار الدائمة أو الوقتية المترتبة عن شقه. أما إذا قدرت المحكمة عكس ذلك فإنها ترفض طلبه¹²⁰.

ج- حق المسيل (الصرف): إضافة إلى تحمل الجار عبئ تمكين جاره من الاستفادة من المياه الكافية لري أرضه وسقيها، فإنه يتحمل عبئ آخر يتعلق بالمياه أيضا يتمثل في حق الجار في تصريف المياه الزائدة عن حاجة أرضه عن طريق أرض جاره، وهذا ما يسمى بحق المسيل أو الصرف.

1- تعريف حق المسيل (أو الصرف): يمكن تعريف حق المسيل على أنه «حق مالك الأرض الزراعية البعيدة عن المصرف العام في تصريف المياه الزائدة عن حاجة

¹¹⁹ - تنص المادة 79 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه على أنه «يحق للجار الذي يطلب منه إقامة منشآت على أرضه أن يطالب بالاستعمال المشترك لهذه المنشأة، على أن يساهم بنصف تكاليف الإنجاز والصيانة، وفي هذه الحالة لا يستحق أي تعويض.

وعندما لا يطالب باستعمال مشترك لهذه المنشأة، إلا بعد الشروع في الأشغال أو الانتهاء منها، فعلى صاحب الطلب أن يتحمل بمفره المصاريف الزائدة المترتبة على التغييرات المحتمل إدخالها على المنشأة».

¹²⁰ - أنظر ما قلناه أعلاه في موضوع الإجراءات الواجبة الاتباع من أجل الاستفادة من حق الري.

الأرض بعد ربيها، إما في مصرف خاص لغيره، وإما عن طريق أرض غيره لتصب في أقرب مصرف عمومي»¹²¹.

لم يتضمن القانون المدني هذه الحالة ولكننا بالرجوع إلى نص القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه، نجد أن المشرع نص على حق الجار في تصريف مياه الأراضي، بحيث تنص المادة 94 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتعلق بالمياه على أنه «يستفيد كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص حائز رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية من حق ... بما في ذلك صرف مياه الأراضي...»، وتتص المادة 95 من نفس القانون على أنه «يجوز لمالكي أو مستغلي الأراضي الوسيطة الخاضعة لحق الارتفاق المنصوص عليه في المادة 94 أعلاه أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة بعنوان الارتفاق المذكور قصد تصريف المياه الداخلة إلى أراضيهم أو الخارجة منها...».

وحق المسيل أو الصرف إما أن يكون بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة:

- بالنسبة للصرف المباشر: فيقصد به صرف المياه الزائدة مهما كان نوعها في مصرف الجار، أي يستعمل مصرف الجار لصرف المياه في مصرف عمومي¹²².

- بالنسبة للصرف غير المباشر: فيقصد به حق تمرير مياه الصرف عبر أرض الجار في طريقها إلى مصبها¹²³. أي هنا الجار الذي يريد تصريف مياهه ليس لديه طريقة أخرى لذلك إلا شق أرض جاره للوصول إلى المصرف العمومي.

¹²¹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص75. أنظر أيضا محمد شكري سرور، مرجع سابق، صص 256-257. Voir aussi TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p217.

¹²² - سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص70.

¹²³ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص101.

2- شروط الاستفادة من حق المسيل (أو الصرف): تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

2-1- يجب أن تتوفر في طالب حق المسيل (أو الصرف) صفة الجوار: أي يجب أن يكون طالب حق المسيل جارا للأرض التي يطلب إقامة المسيل بها¹²⁴.

2-2- يجب أن يستوفي مالك المصرف حاجته أولاً من هذا المصرف¹²⁵، بحيث أنه إذا كان هذا المصرف يكفي فقط لمالكة فإنه لا يمكن تقرير حق الصرف للجار، نظراً لعدم كفاية المصرف لصرف كل تلك المياه. بينما إذا كان من شأن ذلك المصرف تحمل استقبال مياه صرف الجار فإنه لا حرج في تقرير حق الصرف لهذا الأخير.

2-3- يجب أن يكون مصرف الجار الوسيلة الوحيدة لصرف مياه جاره، بحيث أنه إذا كانت لديه وسيلة أخرى كأن استطاع أن يصرف المياه عن طريق آخر ولو كان بعيداً، أو حصل على بالاتفاق مع جيران آخرين على حق مسيل في أراضيهم، لم يعد له بعد ذلك أن يطلب حق المسيل في أرض جاره¹²⁶.

2-4- يجب على الجار المستفيد من حق المسيل (أو الصرف) تقديم تعويض لصاحب الأرض الذي أنشأ المسيل في أرضه: إن استفادة صاحب الأرض من حق صرف مياهه الزائدة لا يستقيم إلا في مقابل التزامه بتعويض عادل، والمقصود بهذا الأخير قيمة الأضرار التي تترتب على شق هذا المصرف، وهو يشمل مقابل الحرمان من الانتفاع بالجزء من الأرض الذي يشغله المصرف، كما يشمل الأضرار الأخرى التي تصيب الأرض من جراء شق المصرف¹²⁷.

منح المشرع لمالكي الأراضي الوسيطة التي تم شق المصرف عبرها الحق في الاستفادة من الأشغال المتعلقة بالمصرف من أجل تصريف المياه الداخلة إلى أراضيها أو الخارجة منها، بشرط أن يتحمل نسبة من قيمة الأشغال التي يستفيد منها، النفقات

¹²⁴ - أنور طلبية، مرجع سابق ص 254.

¹²⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 732.

¹²⁶ - نفس المرجع، ص 734.

¹²⁷ - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 256.

المترتبة عن التغييرات التي قد تجعل ممارسة هذه الاستفادة ضرورية، إضافة إلى التزامه بنفقات صيانة المنشآت باعتبارها مشتركة بينه وبين المستفيد من حق الارتفاق¹²⁸.

3- الإجراءات المتبعة للاستفادة من حق المسيل (أو الصرف): إن ما قلناه بشأن حق الري والمجرى ينطبق على حق المسيل (أو الصرف)، بحيث يجب على الجار الذي يرغب في صرف المياه الزائدة عن حاجة أرضه بعد ريهها أن يتقدم أمام مالك الأرض المجاورة لأرضه ويخطره برغبته في صرف تلك المياه، بالطرق الودية وأنه سيلتزم بتعويضه عن ذلك (والتعويض هنا يشمل مقابل الحرمان من الانتفاع بالجزء من الأرض الذي يشغله المصرف، كما يشمل الأضرار الأخرى التي تصيب الأرض من جراء شق المصرف)، فإذا قبل المالك ما تقدم به جاره فإن المشكل قد حل.

أما إذا رفض مالك الأرض طلب جاره الرامي إلى تقرير حق المسيل (أو الصرف) فما على هذا الأخير إلا اللجوء إلى القضاء. وللمحكمة الفاصلة في الموضوع السلطة التقديرية في إجابة هذا الجار لطلبه من عدمه، فإذا رأت المحكمة من خلال ما قدم لها من أدلة أن طلب هذا الجار مؤسس فإنها تستجيب لطلبه وتلتزمه في الوقت نفسه بتعويض المالك عن ذلك. أما إذا قدرت المحكمة عكس ذلك فإنها ترفض طلبه¹²⁹.

د- المياه المتدفقة طبيعياً: نستشف هذا القيد من نص المادة 98 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه، والذي مفاده التزام مالك العقار السفلي بتحمل عبء المياه

¹²⁸ - تنص المادة 95 من القانون 12/05 من القانون المتعلق بالمياه على أنه «يجوز لمالكي أو مستغلي الأراضي الوسيطة الخاضعة لحق الارتفاق المنصوص عليه في المادة 94 أعلاه أن يستفيدوا من الأشغال المنجزة بعنوان الارتفاق المذكور قصد تصريف المياه الداخلة إلى أراضيهم أو الخارجة منها، وفي هذه الحالة يتحملون ما يأتي:

- حصة نسبية من قيمة الأشغال التي يستفيدون منها،
 - النفقات المترتبة عن التغييرات التي قد تجعل ممارسة هذه الاستفادة ضرورية،
 - حصة للمساهمة في صيانة المنشآت التي أصبحت مشتركة».
- ¹²⁹ - أنظر ما قلناه أعلاه في موضوع الإجراءات الواجبة الاتباع من أجل الاستفادة من حقي الري والمجرى.

المتدفقة طبيعياً من العقار العلوي الناتجة عن الأمطار، والثلوج والمنابع غير المجمعة¹³⁰، أي بصفة تلقائية بدون تدخل فعل فاعل¹³¹. ويعتبر هذا القيد من القيود القانونية التي ترد على كل ملكية توجد في ظروف معينة، لذلك لا يعتبر من قبيل حقوق الارتفاق، إذا أن الارتفاق يشكل عبئاً استثنائياً يتقرر بفعل الإنسان ولا يتعلق إلا بملكية معينة¹³²، ولا يحق لصاحب الأرض السفلى أن يقوم بأي عمل من شأنه إعاقة سريان تلك المياه، وإذا ما أراد بناء جدار عليه أن يترك مكاناً لتسهيل عبه تلك المياه¹³³.

ويمكن القول أنه من أجل تمييز هذا القيد عن القيود الأخرى أنه يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

- 1- يجب أن يكون العقارين متلاصقين.
- 2- يجب أن يكون هناك عقار علوي وعقار سفلي.
- 3- يجب أن تكون المياه المتدفقة إما مياه الأمطار أو الثلوج أو المنابع غير المتجمعة¹³⁴، أي ناتجة عن الطبيعة وليس من فعل الإنسان.

إذا توفرت هذه الشروط فإنه لا يحق لصاحب الأرض السفلى التمسك بعدم تحمله هذه المياه، ولا الحق في المطالبة بالتعويض، على أنه هناك حالتين تمكنان صاحب الأرض السفلى من المطالبة بالتعويض، هما:

¹³⁰ - تنص المادة 02/98 من القانون رقم 12/05 من القانون المتعلق بالمياه على أنه «ويتعين على مالك العقار السفلي أن يتلقى على أرضه المياه المتدفقة طبيعياً من العقار العلوي، ولا سيما مياه الأمطار أو الثلوج أو المنابع غير المجمعة». أنظر أيضاً قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 303690، الصادر بتاريخ 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005، ص 365-369.

Voir aussi TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p215.

¹³¹ - سارة شيبات، القيود الواردة على الملكية العقارية والمتعلقة بالموارد المائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 01-2017، ص 162.

¹³² - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 78.

¹³³ - TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p216.

¹³⁴ - أنظر نص المادة 02/98 من القانون المتعلق بالمياه.

- **الحالة الأولى:** زيادة العبئ الذي تتحمله الأرض السفلى: نشير هنا إلى أن هذه الزيادة يجب أن تكون مترتبة عن تدخل مالك الأرض العالية بعمله، بحيث يجب أن يبقى القيد في الحدود التي أوجدتها الطبيعة دون زيادة مصطنعة من جانب صاحب الأرض العالية، ولذلك ليس له تغيير المجرى الطبيعي لمسيل المياه، أو زيادة كميتها أو قوة اندفاعها، ... إلخ.

- **الحالة الثانية:** تدخل مالك الأرض العالية وقيامه باستخراج المياه في أرضه كالحفر الأمر الذي أدى بتدفق المياه إلى الأرض السفلى¹³⁵.

ثانيا: القيود القانونية التي ترجع إلى المرور: لا تقتصر القيود القانونية على تلك المتعلقة بالمياه، بل تمتد إلى قيود أخرى منها تلك المتعلقة بالمرور، بحيث أن المالك الذي لا يتوفر لديه ممر للوصول إلى أرضه من غير العدل حرمانه من ممر يمكنه من الولوج إليها، وبالتالي عمد المشرع إلى تقييد سلطات المالك على ملكه عن طريق تقرير حق المرور لفائدة الجار المحصورة أرضه عن الطريق العام، وهذا ما نصت عليه المادة 693 ق م ج التي تنص على أنه «يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك».

أ- **تعريف حق المرور:** يمكن تعريف حق المرور على أنه «حق صاحب الأرض المحصورة انحباسا كليا أو جزئيا عن الطريق العام بالمرور في أرض الغير للوصول إلى هذا الطريق. ويعد هذا الحق من القيود القانونية المفروضة على ملكية الأراضي المحاذية للطريق العام»¹³⁶.

¹³⁵ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 78-79. تنص المادة 02/99 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه على أنه «يحق لمالكي العقارات السفلى الاستفادة من تعويض في حالة حدوث ضرر ناجم عن تدفق هذه المياه».

¹³⁶ - علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 239.

ب- شروط الاستفادة من حق المرور: يشترط لتقرير حق المرور ضرورة توافر مجموعة من الشروط، تتمثل فيما يلي:

1- يجب أن يكون طالب حق المرور صاحب حق عيني على الأرض المحصورة: إن المطالبة بحق المرور لا يمكن أن يكون إلا من طرف المالك أو المنتفع أو المستغل، أو كل صاحب حق عيني، وبالتالي لا يمكن للشخص الذي يتمتع فقط بحق شخصي أن يطالب بهذا الحق كالمستأجر، وعلى هذا الأساس إذا أرادوا الاستفادة من المرور فما عليهم إلا التوجه إلى المالك من أجل ممارسة حقه في طلب المرور¹³⁷.

2- يجب أن تكون الأرض محبوسة عن الطريق العام انحباسا كليا أو جزئيا: إن واقعة الانحباس في حقيقة الأمر الشرط الأساسي لوجود حق المرور الذي يتقرر للأرض المحبوسة¹³⁸، فحالة الانحباس الكلي تتحقق عندما لا يوجد أي منفذ يوصل الأرض إلى الطريق العام. أما الانحصار الجزئي فيتحقق عندما يوجد منفذ يوصل الأرض إلى الطريق العام ولكن استعماله يتطلب نفقة باهضة أو مشقة كبيرة. وعليه لا يثبت حق المرور لمالك الأرض إذا كان الممر الذي يوصله بالطريق العام وعرا يتطلب تمهيد نفقات ليست كبيرة، أو كان استعمال هذا الممر يتطلب منه جهدا لا يصل إلى درجة المشقة الكبيرة¹³⁹. كذلك لا يمكن لمالك الأرض أن يطالب بحق

¹³⁷ - TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p211.

¹³⁸ - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص258.

¹³⁹ - علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص ص239-240.

تنص المادة 964 ق م ج على أنه «يعتبر الممر على الطريق العام غير كاف، أو غير ممكن إذا كان ذلك يكلف مشاق 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».

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 179572 صادر بتاريخ 1999/03/17، على أنه «من المقرر قانونا أنه (يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك».

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن قضية الموضوع لما خالفوا لما قضوا بأن ملكية الطاعنين غير محصورة لأن لهم ممر عرضه متر واحد، في حين أنه بالرجوع إلى الخبرة المنجزة يتبين أن أرض الطاعنين محصورة وأن الممر الوحيد الموجود بها لا يسمح لهم بإيصال مواد البناء وعليه فإن قضية المجلس برفضهم

المرور إذا مكنه جاره من المرور على سبيل الإباحة أو الاتفاق ما دام المرور الاتفاقي لم ينقض بعد وحق الإباحة لم يزل¹⁴⁰.

غير أن هناك من يقول في مسألة الإباحة أو التسامح من جانب الجار أنها لا تنفي واقعة الانحباس، بل من حق مالك الأرض - والفرض أن الجار يمكن أن يعدل عن تسامحه في أي وقت - أن يطمئن بشكل نهائي على كيفية استغلال ملكه¹⁴¹.

نشير هنا إلى نقطة مهمة تتمثل في أن نص المادة 693 ق م ج جاء مطلقاً ولم يحدد طبيعة الأرض المحصورة، هل هي زراعية أم معدة للاستغلال الصناعي، ... إلخ، بل بمجرد أن تكون محصورة عن الطريق العام يثبت لمالكها الحق في المرور، ثم هذا الأخير (أي المرور) يجب أن يتماشى مع طبيعة الأرض والتغيرات التي تطرأ عليها¹⁴²، أي الممر الذي يحصل عليه صاحب الأرض المحصورة عن الطريق العام هو الممر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف¹⁴³.

للدعوى يكونون قد حرموا المدعين من حق الارتفاق وأساؤا تطبيق القانون». المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 179572 صادر بتاريخ 1999/03/17، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص 105-107.

¹⁴⁰ - تنص المادة 2/964 ق م ج على أنه «ويعتبر الممر عكس ذلك كافياً إذا كانت الأضرار عارضة ...، أو إذا وجد الممر على وجه الإباحة ما دام لم يمنع استعماله». وتنص أيضاً المادة 2/695 ق م ج على أنه «وليس له أن يطالب بحق المرور إذا كان يتمتع إما بحق المرور على وجه الاتفاق وإما بحق المرور على وجه الإباحة ما دام المرور الاتفاقي لم ينقض بعد، وحق الإباحة لم يزل».

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 181874 صادر بتاريخ 1998/10/28، على أنه «من المقرر قانوناً أن ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا يكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور.

ولما ثبت - في قية الحال - أن المدعى عليه لم يثبت اكتسابه لحق المرور لا بعقد شرعي ولا بالميراث ولا بالتقادم حتى ولو تبين أن والد المستأنف استعمل الممر المتنازع عليه دون تحديد لمدة الاستعمال فإن ذلك لا يدعو أن يكون على سبيل التسامح ولا يصلح أن تكون وقائع يحتج بها للمطالبة باكتساب حق المرور بالتقادم.

ومتى كان كذلك استوجب النقض». المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 181874 صادر بتاريخ

1998/10/28، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص 76-80.

¹⁴¹ - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 259.

¹⁴² - أنظر حسن كيرة، مرجع سابق، ص 104-105.

¹⁴³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 760.

غير أن المشرع قيد من جهة أخرى حق مالك الأرض المحصورة في أنه لا يحق له أن يطلب الممر من المكان الذي يريده، بل يجب تقرير الممر من المكان الذي تكون فيه المسافة بين الأرض المحصورة وبين الطريق العام ملائمة وتحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين¹⁴⁴.

وعلى هذا الأساس، إذا تعدد العقارات المجاورة التي يجوز أن يكون فيها الممر على صاحب الأرض المحصورة أن يختار من بين هذه العقارات العقار الذي يكون المرور فيه أخف ضرر من المرور في العقارات المجاورة الأخرى. وقد يكون الممر الأخف ضررا هو الممر الأقصر، ولكن ليس محتما أن يكون الأمر كذلك، فقد يكون الممر الأقصر يتخلل بساتين وأشجارا فيعدل عنه إلى ممر أطول في العقار المجاور أو في عقار مجاور آخر، ومن شأنه ألا يلحق بصاحب هذا العقار مثل الضرر الذي يلحق الأرض ذات الممر الأقصر¹⁴⁵.

نشير إلى أنه يمكن تقديم طلب تغيير الممر سواء بناء على طلب مالك الأرض المحصورة، وذلك في حالة تغيير النشاط المزاوول في تلك الأرض. ليس هذا فقط بل يمكن التعديل فيه ونقله إلى عقار آخر. كما يمكن أن يتم تقديم طلب تغيير الممر من طرف مالك الأرض المرفق به، ولكن أن بشرط أن يقوم بالإصلاحات الضرورية له وأن يكون أيضا ملائما لمالك الأرض المحصورة¹⁴⁶.

144 - تنص المادة 696 ق م ج على أنه «يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين».

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 55985 صادر بتاريخ 1989/11/15، على أنه «من المقرر قانونا أنه يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بأمالك المجاورين ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن أرض الطاعن أصبحت محصورة بعد إنجاز الطريق الجديد من قبل مصالح الطرقات والجسور وأن الخبير بين أن الجهة التي تؤدي إلى الطريق لا تحدث ضررا للجار، ومن ثم فإن قضية المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم وبقضائهم من جديد برفض طلب الطاعن يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه». قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 55985،

صادر بتاريخ 1989/11/15، مجلة قضائية، العدد الأول، 1991، ص ص 27-28.

145 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 764.

146 - TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p213.

3- يجب أن لا يكون الانحباس ناشئاً عن فعل مالك الأرض: يتضح لنا من نص المادتين 01/695 و697 ق م ج¹⁴⁷ أن انحصار الأرض يجب أن لا يكون ناشئاً عن أي فعل مادي للمالك كبناء منزل على الجهة التي فيها الممر أو حفر خندق في أرضه المتصلة بالممر بشكل لا يمكن فيها الولوج إلى أرضه، ... إلخ، ولا يكون أيضاً ناشئاً عن أي عمل قانوني للمالك كبيع هذا الأخير لجزء من أرضه واستبقاءه لجزء آخر، أو بيع العقار كله أجزاء إلى مشتريين مختلفين، أو قايض جزء من أرضه بمال آخر أو كان العقار مملوكاً على الشيوع ثم يقسم بين الشركاء المشتاعين فيختص كل منهم بجزء. ويترتب على هذه التجزئة أن يصبح أحد هذه الأجزاء أو بعضها محبوساً عن الطريق العام¹⁴⁸، فحق المرور لهذا الجزء المحبوس لا يكون إلا على هذا الجزء أو الأجزاء التي شملتها تلك المعاملات، وليس له أن يطالب بحق المرور على أرض جاره¹⁴⁹.

¹⁴⁷ - تنص المادة 1/695 ق م ج على أنه «لا يجوز لمالك الأرض المحصورة أو التي لها ممر كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير إذا كان الحصر ناتجاً عن إرادته هو».

تنص المادة 697 ق م ج على أنه «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».

¹⁴⁸ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 95.

قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 303259، بتاريخ 2005/03/23 على أنه «أن المالك عند قيامه بالبناء كان لزاماً عليه أن لا يجعل بناءه في وضعية حصر وأن حالة الحصر المدعى بها من طرفه هي من فعله وكان بإمكانه تفاديها لو احترم مخطط البناء، وبالتالي لا يحق له المطالبة بحق المرور». قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 303259، الصادر بتاريخ 2005/03/23، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005، ص ص 261-265.

¹⁴⁹ - أنظر نص المادة 697 ق م ج.

« En outre, lorsque l' enclave provient de la division d' un fonds par suite d' un contrat, tel qu' une vente, échange, un partage, le propriétaire du fonds enclavé ne peut, en principe, réclamer le bénéfice de l' article 682, et doit demander le passage sur les terrains ayant fait l' objet de ces actes». TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p209.

قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 311362، بتاريخ 2005/09/14 على أنه «أن حالة الإنحصار بما أنها ناتجة عن تجزئة العقارات المشاعة بين الملاك بسبب القسمة فإن حق المرور لا يطلب إلا

وعلة هذا الحكم أن الانحباس عن الطريق العام كان نتيجة تصرف قانوني أي عمل إرادي من جانب المالك أو الملاك المشتاعين، فلا يجوز أن يحمل الملاك الآخرين قيда على حقوقهم من جراء هذا العمل الإرادي، وإنما على أطراف التصرف أنفسهم أن يتحملوا ما يترتب على تصرفهم من نتائج¹⁵⁰.

4- يجب على صاحب الأرض المحبوسة (المستفيد من حق المرور) تعويض جاره: يحق لمالك الأرض التي تقرر عليها حق المرور أن يطالب مالك الأرض المحصورة بدفع تعويض يتناسب مع الأضرار التي تصيبه نتيجة استعمال الممر¹⁵¹، وهنا إما أن يتفقا فيما بينهما على تقدير ذلك التعويض، أو أن يتولى القضاء ذلك في حالة اختلافهما¹⁵². أما كيفية تسديد هذا التعويض فقد يتم تسديده دفعة واحدة أو على أقساط متساوية¹⁵³.

غير أن حق مالك العقار المرتفق به في المطالبة بالتعويض يسقط في حالة عدم مطالبته مالك الأرض المحصورة بالتعويض خلال خمسة عشر (15) سنة، إذ يكون صاحب الأرض المحصورة قد اكتسب حق المرور بالتقادم عن طريق استعمال وحياسة

على هذه الأراضي». قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 311362، الصادر بتاريخ 2005/09/14، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005، ص ص 267-272.

150 - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 96.

151 - تنص المادة 693 ق م ج على أنه «يجوز لمالك الأرض المحصورة ... أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك».

Voir aussi TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p211.

152 - أنظر أنور طلبية، مرجع سابق، ص 265.

153 - تنص المادة 701 ق م ج على أنه «إذا استحق صاحب العقار المرتفق به تعويضا، فإنه يمكن أن يحتوي ذلك التعويض على مبلغ مالي يسدد دفعة واحدة أو على أقساط متساوية تتناسب مع الضرر الناجم من استعمال الممر».

ذلك الممر¹⁵⁴، كما تعتبر أيضا هذه الحيازة بمثابة سند ملكية للارتفاق، ويصبح هذا الممر تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله¹⁵⁵.

ج- إجراءات المطالبة بحق المرور: على صاحب الأرض المحصورة الذي يريد المطالبة بحق المرور أن يتقدم إلى جاره الذي يتم شق الممر على أرضه ويطلب منه تمكينه من المرور، بحيث يستعمل الطرق الودية لذلك، مع التزامه بتعويض جاره، فإذا ارتضيا فيما بينهما فلا يثار أي إشكال.

أما إذا ثار نزاع بينهما فما على لصاحب الأرض المحصورة إلا التوجه إلى المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها¹⁵⁶ من أجل المطالبة بحق المرور، وللمحكمة الفاصلة في النزاع السلطة التقديرية لما تملكه من أدلة في القضاء إما بأحقية صاحب الأرض المحصورة في الحصول على ممر في حدود القدر اللازم للاستعمال أو الاستغلال المعدة له الأرض المحبوسة¹⁵⁷، والأقل ضررا بالنسبة لمالك الأرض¹⁵⁸، وله في سبيل ذلك الاستعانة بخبير. وإما برفض طلبه في حالة ما إذا تبين لها من الملف أن شروط الاستفادة من الممر لم تتوفر.

غير أننا قد نكون في بعض الحالات أين لا يقدم صاحب الأرض المحصورة طلبا لجاره من أجل تمكينه من المرور، ولا يلجأ إلى القضاء، وإنما يتخذ لنفسه ممرا من أرض جاره ويباشر المرور منه بالفعل دون اعتراض من جانب الجار. فإذا ما دام هذا الوضع مدة خمسة عشر (15) سنة، استقر حق المرور على الموضع الذي يمر

¹⁵⁴ - تنص المادة 700 ق م ج على أنه «لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التعويض إذا سكت حتى حصل صاحب الأرض المحصورة بالاستعمال والحيازة على حق المرور بالتقادم لمدة خمسة عشر (15) سنة».

¹⁵⁵ - تنص المادة 699 ق م ج على أنه «أن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر (15) سنة، يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله...».

¹⁵⁶ - تنص المادة 01/40 ق م ج على أنه «في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، ... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، ...».

¹⁵⁷ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 111. أنظر أيضا علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 240. Voir aussi TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p211.

¹⁵⁸ - أنظر نص المادة 696 ق م ج. أنظر أيضا علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 240.

مالك الأرض المحبوسة¹⁵⁹، وهذا ما نصت عليه المادة 699 ق م ج¹⁶⁰. كما يسقط حق مالك العقار الذي شق الممر في أرضه، في المطالبة بالتعويض إذا سكت عن ذلك خلال تلك المدة التي اكتسب صاحب الأرض المحبوسة حق المرور بالتقادم¹⁶¹.

د- أسباب انقضاء حق المرور: يظل صاحب الأرض المحبوسة متمتعاً بحقه في المطالبة بحق المرور ما دامت أرضه محبوسة عن الطريق العام، بحيث يتضح لنا من خلال استقراء نص المادة 693 ق م ج وما بعدها على أنه من أسباب تقرير حق المرور لمالك أرض معين هو تواجد أرضه في وضعية انحصار عن الطريق العام، وبالتالي يظل مالك هذه الأرض متمتعاً بهذا الحق ما دامت هذه الوضعية موجودة. أما إذا زالت هذه الأخيرة فإنها تستتبع معها زوال حق مالك الأرض في المطالبة بحق المرور.

غير أن المشرع نص على استثناء على هذه القاعدة مفادها أنه إذا مرت خمسة عشر (15) سنة من استعمال مالك الأرض المحبوسة لذلك الممر الذي يشق أرض جاره، فإنه يكتسبه بالتقادم، وعلى أساس ذلك لا يحق لمالك الأرض الذي شق في أرضه الممر أن يعترض أو يمنع مرور مالك الأرض المحبوسة، حتى ولو زال سبب الانحصار¹⁶².

¹⁵⁹ - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 262.

¹⁶⁰ - تنص المادة 699 ق م ج على أنه «أن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر (15) سنة، يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله وإذا كان ارتفاق المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي السبب الأصلي فيه عارضا كان، أو نهائيا».

¹⁶¹ - تنص المادة 700 ق م ج على أنه «لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التعويض إذا سكت حتى حصل على صاحب الأرض المحبوسة على بالاستعمال والحيازة على حق المرور بالتقادم لمدة خمسة عشر (15) سنة».

¹⁶² - تنص المادة 699 ق م ج على أنه «أن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر (15) سنة، يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله وإذا كان ارتفاق المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي السبب الأصلي فيه عارضا كان أو نهائيا».

ومن بين أسباب زوال هذا الانحصار نذكر ما يلي:

1- زوال حق المرور بهلاك العقار: يؤدي هلاك العقار إلى زوال حق المرور، والهلاك إما أن يكون ماديا أو قانونيا¹⁶³. فيكون الهلاك ماديا كحالة انجراف كل الأرض المحصور بحيث لا يمكن بتاتا استغلالها. أما الهلاك القانوني فيتمثل في نزع ملكية تلك الأرض المحصورة للمنفعة العامة، كأن تخصص الدولة تلك الأرض لإنشاء طريق سيار على سبيل المثال¹⁶⁴.

2- زوال حق المرور باتحاد ملكية العقارين في يد شخص واحد: يتضح لنا من خلال استقراء نص المادة 878 ق م ج¹⁶⁵ أن حق المرور يزول في حالة انتقال ملكية العقار المرتفق به إلى مالك العقار المرتفق أو العكس، ومهما كان سبب انتقال الملكية سواء كان بيعا أو هبة.... إلخ. إذا يكون مالك العقارين شخص واحد يمارس عليهما سلطاته كيفما يشاء¹⁶⁶.

وقد يزول حق المرور ليس باتحاد ملكية العقارين في يد شخص واحد، وإنما بتملك مالك العقار المحصور أرض أخرى متصلة بأرضه وكانت هذه الأخيرة متصلة بالطريق العام¹⁶⁷.

3- زوال حق المرور بتجزئة الأرض المحصورة: نجد بالرجوع إلى أحكام نص المادة 876 ق م ج أن مالك العقار المرتفق به يمكنه المطالبة بزوال حق المرور في حالة

¹⁶³ - تنص المادة 878 ق م ج على أنه «تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء... وبهلاك العقار المرتفق به هلاكا تاما...».

¹⁶⁴ - وزارة عواطف، مرجع سابق، ص 134.

Voir aussi TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p214.

¹⁶⁵ - تنص المادة 878 ق م ج على أنه «تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء... أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد...».

¹⁶⁶ - Voir TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, pp 213-214.

¹⁶⁷ - وزارة عواطف، مرجع سابق، ص ص 135-136.

تجزئة العقار، عن الأجزاء التي لا تحتاج إلى حق الارتفاق وتركه فقط بالنسبة للجزء الذي يستفيد منه حقا¹⁶⁸.

ثالثا: القيود القانونية التي ترجع إلى التلاصق في الجوار: لا تقتصر القيود الواردة على حق الملكية على تلك المتعلقة بالمياه ولا على تلك المتعلقة بالمرور، وإنما تمتد لتشمل نوع آخر، يتمثل في تلك التي ترجع إلى التلاصق في الجوار، أو الناتجة عن تلاصق ملكيات الجيران، إذ هذه الوضعية من شأنها إحداث مشاكل بينهم سواء من ناحية وضع الحدود أو وضع حائط فاصل بين الملكيتين أو تلك المتعلقة بالمطبات والمناور، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل لتنظيم هذه القيود لوضع حد لهذه النزاعات التي تحدث بين الجيران، وهذا ما سنحاول تناوله أدناه.

أ- وضع الحدود: يلجأ في كثير من الأحيان مالكي الأراضي المتلاصقة إلى وضع حدود تفصل ملكيتهما، مهما كان سبب ذلك سواء من لتقاضي النزاعات التي من شأنها أن تحدث بينهما أو بعد نشوءها، بحيث تظهر معالم ملكية كل واحد منهم وتسمح له استغلال أرضه كما يشاء دون التعرض لملكية جاره الملاصقة لأرضه. 703

1- تعريف وضع الحدود: يقصد بوضع الحدود عملية تتضمن تحديد الخط الفاصل بين أرضين غير مبنيتين وإظهاره بعلامات مادية، وهذه العلامات المادية الظاهرة تبين معالم الحدود بين الملكيتين المتجاورتين ليظهر حد كل منهما على وجه التحديد، فتنقيد بذلك حرية المالك في ملكه بعد أن كان حرا في تحديد هذا الملك وديا أو إجباريا¹⁶⁹.

2- شروط وضع الحدود: يشترط لوضع الحدود بين ملكيتين ضرورة توفر مجموعة من الشروط، نلخصها فيما يلي:

¹⁶⁸ - تنص المادة 876 ق م ج على أنه «إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ما لم يزد ذلك عبء تطاليف العقار المرتفق به.

غير أنه إذا كان الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزء من هذه الأجزاء جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الارتفاق عن الأجزاء الأخرى».

¹⁶⁹ - زرارة عواطف، مرجع سابق، ص 137. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 105.

2-1- يجب أن يكون العقاران اللذان يراد وضع الحدود بينهما متلاصقين: يقصد بالتلاصق هنا التلاصق بين الملكيات الخاصة، إذ لا يعتبر العقاران ملتصقان إذا فصل بينهما طريق عام أو مجرى عام، أما إذا فصل بينهما طريق أو مجرى خاص فإن وضعية التلاصق تتحقق، وبالتالي تثار مسألة وضع الحدود¹⁷⁰.

2-2- الاشتراك في نفقات وضع الحدود: يتضح لنا من خلال نص المادة 703 ق م ج أنه يجب على مالكي العقارين المتلاصقين الاشتراك في نفقات وضع الحدود¹⁷¹، ولا يجوز لأي منهما رفض دفع حصته من تلك النفقات، فإذا حصل وأن رفض أحدهما ذلك جاز للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بتلك النفقات مع إمكانية مطالبته بالتعويض عن ما أصابه من ضرر وفاته من كسب.

3- كيفية وضع الحدود: هناك وسيلتان لتحديد الحدود، إما عن طريق الاتفاق أو عن طريق القضاء.

3-1- التحديد الاتفاقي للحدود: قد يتفق مالكي العقارين المتلاصقين على وضع الحدود الفاصلة بين ملكيهما، ولهما الاستعانة بخبير لمسح الأرض من واقع مستندات الملكية ووضع علامات على الحد الفاصل، ويحرر محضرا بهذا التحديد يوقع عليه المالكان ويكون بمثابة عقد فيحاج به المتعاقدان، ولا يجوز الطعن فيه إلا لنقص الأهلية أو لعيب من عيوب الرضاء وخاصة الغلط¹⁷².

3-2- التحديد القضائي للحدود: قد لا يتفق الجاران على تحديد معالم الحدود فيما بينهما أو يرفض أحدهما ذلك، مهما كان السبب في ذلك ككون أحد الجيران مثلا يرغب في تجنب نفقات التحديد، أو لخشيته من ظهور زيادة في ملكه يكون قد اغتصبها، .. إلخ، الأمر الذي يخول الجار الذي يريد تحديد معالم الحدود اللجوء إلى

¹⁷⁰ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 81-82. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 103.

تنص المادة 703 ق م ج على أنه « لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملكهما المتلاصقة، ... ».
Voir aussi dans ce sens, MULLER Michèle, Op.Cit, p83.

¹⁷¹ - تنص المادة 703 ق م ج على أنه « ... وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما ».

¹⁷² - أنور طلحة، مرجع سابق، ص 273.

القضاء¹⁷³ برفعه دعوى وضع الحدود، ويقوم القاضي بتعيين الحدود طبقاً لمستندات كل من المالكين، ثم يتم بعد ذلك وضع العلامات المميزة للحد الفاصل بين الأملاك المتلاصقة¹⁷⁴.

ويمكن أن نستشف هذا الأسلوب الذي منح المشرع للجار الحق في اتباعه من صياغة نص 703 ق م ج عندما استعمل عبارة «**لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة، ...**»، فالأكيد أن المشرع هنا لا يقصد بهذه العبارة لجوء الجار إلى استخدام العنف ضد جاره، بل عليه استخدام الطرق الودية في ذلك، وفي حالة تعنت هذا الجار له أن في إلزامه عن طريق اللجوء إلى القضاء.

نشير في هذا المقام إلى أن دعوى تحديد الحدود هي دعوى عينية عقارية باعتبارها تتعلق بقيد أو بحق عيني على عقار، وتثبت هذه الدعوى للمالك ولكل صاحب حق عيني على العقار كصاحب حق الانتفاع. بينما لا يجوز للمستأجر رفع هذه الدعوى ولا أن يدخل طرفاً فيها، فإن حقه هو شخصي، فليست له صفة في دعوى عينية كدعوى تعيين الحدود¹⁷⁵.

وباعتبار أن دعوى تحديد الحدود هي دعوى عينية عقارية فإنه ترفع أمام القسم العقاري لدى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار¹⁷⁶.

4- نفقات وضع الحدود: كما أشرنا إليه أعلاه فإن نفقات وضع الحدود طبقاً لنص المادة 703 ق م ج تقع مناصفة بين الجيران أي بشراكة، ويلاحظ أن هذه المادة ناصفت بين الجيران المتلاصقة عقاراتهم، ولم تراع في ذلك اختلاف مساحاتهم، وقد أرجع الفقه ذلك إلى أن المقصود هو نفقات التحديد بالمعنى الحقيقي، أي نفقات بيان الحد الفاصل ووضع علامات مادية تدل عليه فقط، لأن الجيران يتساوون في الاستفادة

173 - أنظر محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 270.

174 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 81.

175 - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 271.

176 - أنظر نص المادة 40 ق م ج.

من وضع الحدود. أما النفقات الأخرى من حيث مستندات الملكية أو مسح الأراضي فتكون على أصحابها كل بنسبة مساحة أرضه¹⁷⁷.

ب- وضع الحائط الفاصل: قد لا يثار الإشكال في مسألة تحديد الحدود بين ملكيتين، ولكن يثار حول الحائط الفاصل، وبالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع نظم أحكام الحائط الفاصل ابتداء من المادة 704 إلى المادة 708، وباستقراء هذه المواد نجد أنه تناول نوعان من الحيطان، حائط مملوك ملكية مشتركة بين الجيران، وحائط مملوك من طرف جار واحد دون الآخر، وهذا ما سنحاول دراسته أدناه.

1- الحائط الفاصل بين الجيران المملوك ملكية مشتركة: نجد بالرجوع إلى القانون المدني أن المشرع تناول أحكام الحائط الفاصل المشترك في أربعة مواد، وذلك ابتداء من المادة 704 إلى المادة 707 منه. إذ تناول فيها مسألة الانتفاع بالحائط المشترك، إثبات ملكيته، تعليته ونفقاته، وهذا ما سنحاول التفصيل فيه أدناه.

1-1- تعريف الحائط الفاصل المشترك: هو ذلك الحائط الذي يتم تشييده بين بنائين ويكون مملوكا للجارين معا فلا يستقل به أحدهما، وقد يقيمه الجاران مشاركة أو يقيمه أحدهما ثم يشاركه الآخر في نفقاته، والغرض منه هو التستر، ومن ثم لا يجوز لأحدهما فتح مطل أو منور به¹⁷⁸.

1-2- إثبات ملكية الحائط الفاصل: الأصل أن من يدعي الاشتراك في ملكية حائط يفصل بين ملكه وملك جاره أن يقيم الدليل على ما يدعيه¹⁷⁹، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل بوضعه قرينة في المادة 707 ق م ج مفادها أن «**يعد الحائط الذي يكون في وقت إنشائه فاصلا بين بنائين مشتركا حتى مفرقهما هذا ما لم يقيم الدليل على**

¹⁷⁷ - زرارة عواطف، مرجع سابق، ص140.

¹⁷⁸ - أنظر أنور طلبية، مرجع سابق، صص278-279.

«*La mitoyenneté est un droit de propriété immobilière. Elle est une sorte d' indivision s' appliquant, par exemple, à un mur commun séparant deux propriétés contiguës. Il peut s' agir d' une d' une haie, d' une barrier Quelle que soit la forme de la separation, elle sépare deux fonds appartenant à deux propriétaire distincts*». GOMEZ Valérie- BASSAC, Op.Cit, p137.

¹⁷⁹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص104.

عكس ذلك». بحيث يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع اشترط لقيام هذه القرينة ضرورة توفر شرطان، هما:

- أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين، فلا يكفي أن يكون فاصلا بين أرضين، أو أرض وبناء .

- أن يكون الحائط قد فصل بين بناءين منذ إنشائه، فإذا لم يوجد وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحدا ثم قام بعد ذلك بناء آخر ملاصق استتر بالحائط، فإن القرينة القانونية لا تقوم، ويعتبر الحائط في هذه الحالة فاصلا بين بناءين ولكنه مملوكا ملكية خالصة لصاحب البناء الأول¹⁸⁰.

غير أن هذه القرينة ليست قطعية بل أنها تعفي الجار من إقامة الدليل على أن الحائط مشترك فقط، وتلقي عبئ الإثبات على الجار الآخر، ويمكن لهذا الأخير إثبات ملكيته الخاصة لهذا الحائط بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن والبيينة، فيقيم الدليل على أنه وحده الذي أقام الحائط على نفقته دون أن يشارك فيه جاره¹⁸¹.

1-3- الالتزامات التي يفرضها الحائط الفاصل المملوك ملكية مشتركة: يترتب عن قيام الحائط المشترك مجموعة من الالتزامات نلخصها فيما يلي:

- **يجب على الجيران استعمال الحائط المشترك حسب الغرض الذي أعد له:** يتضح لنا من خلال نص المادة 704 ق م ج¹⁸²، أنه على كل شريك في الحائط المشترك أن يستعمل هذا الأخير بحسب الغرض الذي أعد له، والغرض هو ستر كل من العقارين اللذين يفصل بينهما، وعلى هذا الأساس لا يجوز للشريك مثلا أن يفتح في هذا الحائط

180 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص85.

181 - أنور طلبية، مرجع سابق، ص289. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص105.

182 - تنص المادة 01/704 ق م ج على أنه «لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له وأن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته».

مطلات أو مناور، ولكن يجوز له أن يهيء فيه مكان للمدفأة أو أنبوب مياه أو نحو ذلك من مظاهر الاستعمال التي تتفق والغرض المعد له الجدار¹⁸³.

وإذا كان للشريك أيضا أن يضع فوق الحائط المشترك عوارض ليسند عليها سقف بنائه، فإن المشرع قيده بألا يحول دون استعمال الشريك الآخر لهذا الحائط، بأن يراعي أن للشريك الآخر حق إقامة عوارض، فلا يضع العوارض إلا بمقدار نصف ما يتحملة الحائط، حتى يدع لشريكه مجالا لاستعمال حقه¹⁸⁴. على أنه يشترط هنا أن لا يكون من شأن وضع تلك العوارض على الحائط المشترك أن يحمل هذا الأخير فوق طاقته، وهذا ما يظهر من خلال العبارة التي استخدمها المشرع في نص المادة 01/704 ق م ج والتي جاء فيها «... أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته»¹⁸⁵.

إلى جانب ذلك نجد أن المشرع قيد الجار الذي يريد تعليه الحائط المشترك بضرورة أن تكون له مصلحة جدية، وعدم إلحاق ضرر بليغ بشريكه¹⁸⁶، بحيث أنه إذا لم تكن لديه مصلحة جدية في تلك التعليه أو كان الضرر الذي يصيب جاره أكبر من المصلحة التي ينتفع بها اعتبر أنه متعسف في استعمال حقه، الأمر الذي يثير مسؤوليته. ومن أمثلة الضرر البليغ الذي يجيز للراغب في التعليه أن يعيد بناء الحائط غير الصالح لتحمل التعليه، أن تكون مباني الجار مسندة إلى الحائط المشترك بحيث يترتب على هدمه (لإعادة بنائه) إنهدام هذه المباني أو حدوث خلل فيها¹⁸⁷.

ضف إلى ذلك فإن هذا الجار الذي يقوم بتعليه الحائط المشترك يتحمل لوحده نفقة تعليه وصيانة هذا الجزء المعلي، وأن يقوم بالأعمال اللازمة لجعل الحائط قادرا على حمل زيادة العبيء الناشئ عن التعليه دون أن يفقد شيئا من متانته. أما إذا كان

¹⁸³ - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 274. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 106.

¹⁸⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 995.

¹⁸⁵ - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 106.

¹⁸⁶ - تنص المادة 01/705 ق م ج على أنه «للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعليه الحائط المشترك أن

يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا، ...».

¹⁸⁷ - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 275.

هذا الحائط المشترك غير قادر على تحمل تلك التعلية، فإنه يقع على الشريك الذي يرغب في تعلية ذلك الحائط المشترك هدم هذا الأخير وإعادة بناءه على نفقته دون أن يكون له حق في المطالبة بالتعويض، ودون حرمان جاره الآخر من الاشتراك في الحائط المجدد غير الجزء المعلي¹⁸⁸.

إن أساس بقاء الحائط المجدد مملوكا (في غير الجزء المعلي) ملكية مشتركة للجارين رغم أن أحدهما هو الذي انفرد بتجديده وعلى نفقته وحده، أن مصلحة هذا الجار وحده هي التي دعت إلى هذا التجديد¹⁸⁹.

بينما يكون من حقه حرمان هذا الجار من استعمال الجزء المعلي من الحائط المشترك، باستثناء حالة مساهمة هذا الجار في نفقات التعلية عن طريق دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة¹⁹⁰.

- **يجب على الجارين الاشتراك في تحمل نفقات إصلاح وصيانة وتجديد الحائط الفاصل:** قد يكون الحائط المشترك في حالة غير صالحة للغرض الذي خصص له، بحيث يحتاج إلى عملية إصلاح أو صيانة أو تجديد، فإذا كان ذلك راجعا إلى خطأ من جانب أحد الجارين كان عليه هو القيام بذلك على نفقته. أما إذا لم تكن الحاجة إلى الإصلاح أو الصيانة أو التجديد راجعة إلى خطأ أحد الجارين كانت نفقة ذلك على الشركاء كل بنسبة حصته فيه¹⁹¹، وهذا ما نصت عليه المادة 02/704 ق م ج¹⁹².

¹⁸⁸ - تنص المادة 02/705 ق م ج على أنه «فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه في ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلي مشتركا دون أن يكون للجار الذي أحدث التعلية حق في التعويض».

Voir aussi MULLER Michèle, Op.Cit, p82.

¹⁸⁹ - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص275.

¹⁹⁰ - تنص المادة 706 ق م ج على أنه «يمكن للجار الذي لم يسهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكا في الجزء المعلي إذا هو دفع نصف ما أنفق عليه وقيمة نصف الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك إن كانت هناك زيادة».

Voir aussi MULLER Michèle, Op.Cit, p82.

¹⁹¹ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص86.

2- الحائط الفاصل بين الجيران المملوك ملكية منفردة: إن الحائط الفاصل بين ملكيتين لا يكون في كل الأحوال مملوك ملكية مشتركة، وإنما قد يكون مملوكا ملكية منفردة لأحد الجيران دون الآخر، وإذا كان في الحالة الأولى يمكن للجار إجبار جاره على وضع حدود لأملاكهما، فإنه في الحالة الثانية لا يجوز له إجباره على تحويط ملكه، ولا على التنازل عن جزء من الأرض التي يقوم عليها الحائط، إلا في حالة تحقق بعض الظروف المذكورة على سبيل الحصر في نص المادة 697 ق م ج، والتي تتمثل في حالة الأرض المحصورة الناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو أي معاملة أخرى، وهذا حسب نص المادة 01/708 ق م ج¹⁹³.

2-1- تعريف الحائط الفاصل بين الجيران المملوك ملكية منفردة: يمكن تعريفه على أنه ذلك الحائط الذي يقوم أحد الجيران بتشييده على حدود ملكيته وبنفقاته الخاصة، وذلك من أجل تحويط مسكنه وفناءه وحديقته. وبالتالي لهذا الجار أن يستغل هذا الحائط وفقا للغرض الذي خصص له ومنع غيره من ذلك.

غير أن المشرع قيد حق الجار في تهديم الحائط الفاصل الذي شيده إذا تحققت بعض الظروف، وهذا ما سنحاول تناوله أدناه.

2-2- القيود الواردة على حق الجار في تهديم الحائط الفاصل: تنص المادة 02/708 ق م ج على أنه «غير أنه ليس للمالك أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط». يتضح لنا من خلال هذه الفقرة أن المشرع رغم منحه للجار الحق في ممارسة كافة سلطاته على الحائط الذي

« Le propriétaire d' un mur mitoyen doit supporter seul les frais de reparation ou de reconstruction de ce mur lorsque la réparation ou la reconstruction est rendue nécessaire par son proper fait ou par le fait des choses qu' il a sous sa garde ». Cass. Civ, 3^e, 19 octobre 2005, BICC, 2006, n° 633. Cite par GOMEZ Valérie- BASSAC, Op.Cit, p137.

¹⁹² - تنص المادة 02/704 ق م ج على أنه « فإذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذي خصص له فإن نفقة ترميمه، وإعادة بنائه تكون على الشركاء كل بنسبة حصته فيه ».

¹⁹³ - تنص المادة 01/708 ق م ج على أنه « ليس لجار أن يجبر جاره على تحويط ملكه ولا على التنازل عن جزء من حائط أو من الأرض التي يقوم عليها الحائط إلا في الحالة المذكورة في المادة 697 ».

يملكه إلا أنه من جهة أخرى قيده في سلطة الهدم، بحيث لا يمكنه القيام بهدم ذلك الحائط إذا توفرت شروط معينة، والمتمثلة فيما يلي:

- ألا يكون لمالك الحائط عذر قوي يبرر هدم الحائط، فإذا توفرت لدى المالك مثل هذا العذر جاز له الهدم ولو ترتب على ذلك إلحاق الضرر بالجار. وتقدير العذر القوي يترك أمر تقديره لقاضي الموضوع وفق ظروف الحال، ومن خلال المقارنة بين المصلحة التي تعود على المالك من الهدم والضرر الذي يلحق بالجار، فإن رجحت المصلحة على الضرر أمكن القول بتوافر العذر القوي، وإلا لم يتوفر العذر ويمتنع بالتالي عن الهدم¹⁹⁴.

- يجب أن يكون جار مالك الحائط مستترا بهذا الحائط، إذ يكون في هذه الحالة ملك هذا الجار مسورا من جهات ثلاث، والجهة الرابعة هي التي يستتر فيها بالحائط. أما إذا كان ملك الجار غير مسور إلا من جهتين أو جهة واحدة، أو كان غير مسور أصلا، فلا يمكن أن يقال إنه مستتر بالحائط الفاصل¹⁹⁵.

- أن يكون من شأن هدم الحائط أن يضر بالجار الذي يستتر ملكه بهذا الحائط، بأن ينكشف هذا الملك من إحدى جهاته الأربعة¹⁹⁶. بينما إذا انتفى مثل هذا الضرر جاز للجار هدم الحائط إعمالا للأصل. ومثل ذلك أن يكون ملك الجار أرض فضاء خالية، حيث لا يقبل منه ادعاء الضرر من هدم الحائط الفاصل¹⁹⁷.

وظاهر مما تقدم أن منع صاحب الحائط من هدمه إذا توافرت الشروط الثلاثة سالفة الذكر، ليس إلا تطبيقا من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، إذ يكون

194 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ص83-84.

195 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص1005.

196 - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص278.

197 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص83.

صاحب الحائط قد رمى من هدمه إلى تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الجار من ضرر بسببها¹⁹⁸.

2-3- مدى إمكانية إشراك الجار في ملكية الحائط الفاصل المملوك ملكية خاصة:
نشير هنا إلى أنه ليس للجار أن يجبر صاحب الحائط الفاصل على الاشتراك فيه، حتى ولو بدفع تعويض مقابل اشتراكه. فمالك الحائط الفاصل المملوك له ملكية خالصة مطلق الحرية في قبول اشتراك الجار الآخر معه في الحائط أو عدم قبوله¹⁹⁹.

ولكنه من جهة أخرى ليس هناك ما يمنعه من قبول إشراك جاره في ملكية الحائط الفاصل كله أو بعضه، سواء بمقابل بأن يدفع له نصف قيمته أو نصف قيمة الجزء الذي يريد جعله مشتركا، مع نصف قيمة الأرض التي أقيم عليها الحائط²⁰⁰، أو يكون الاشتراك دون مقابل. ويقبول اشتراك الجار في ملكية الحائط الفاصل يمكنه من استغلاله والانتفاع به وفقا للغرض الذي خصص له.

نشير هنا إلى نقطة مهمة تتمثل في أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة الاشتراك في الحائط الفاصل المملوك ملكية منفردة، عكس ما فعله عندما تطرق إلى حالة تلبية الحائط الفاصل المشترك من طرف الجار.

ج- المطلات والمناور: قد يحتاج مالك البناء إلى فتح فتحات في بنائه تسمى بالمطلات والمناور من أجل تمكينه من النظر ودخول الضوء والهواء، إلا أنه وبحكم الجوار قد يتأذى جاره من ذلك نتيجة قرب البنائين من بعضهما البعض، الأمر الذي قد يثير بعض المشاكل بينهما، ولتفادي ذلك عمد المشرع إلى تنظيم ذلك عن طريق تخصيص ثلاث مواد في القانون المدني هي المادة 709، 710 و711.

¹⁹⁸ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص1006.

¹⁹⁹ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص109.

« *Tout propriétaire peut clore son héritage, mais, ne peut obliger le propriétaire du fonds voisin à participer aux frais* ». BIHR Philippe, Op.Cit, p126.

²⁰⁰ - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص1004-1005.

Voir aussi GOMEZ Valérie- BASSAC, Op.Cit, p137.

1- المطلات: نظم المشرع المطلات في نصي المادتين 709 و 710 ق م ج، بحيث منح لمالك البناء الحق في فتح هذا النوع من الفتحات، وقيده من جهة أخرى بضرورة احترام المسافة القانونية بينه وبين بناء جاره، وهذا ما سنحول التفصيل فيه أدناه.

1-1- تعريف المطلات: يقصد بالمطلات كل نوع من أنواع الفتحات يكون الغرض الأساسي منه التمكين من النظر والإطلال على خارج البناء المفتوحة فيه ولمرور الهواء والضوء، مثل النوافذ والأبراج والشرفات²⁰¹.

1-2- أنواع المطلات: تنقسم المطلات إلى قسمين، مطل مواجه ومطل منحرف.

- **المطل المواجه:** وتسمى أيضا المقابلة، وهي تلك الفتحات التي تمكن المالك من النظر والإطلال مباشرة إلى ملك جاره، وهو في سبيل تحقيق ذلك لا ينحني لا إلى شماله ولا إلى يمينه²⁰².

تنص المادة 01/709 ق م ج على أنه « لا يجوز للجار أن يكون له على جاره له مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي يوجد له المطل أو من الحافة الخارجية للشرفة، أو من النتوء».

يعد المطل المواجه أكثر المطلات مضايقة للجار المفتوح عليه المطل، فإذا كان هذا المطل نافذة مثلا في حائط المبنى، أخذ الخط الذي يتلاقى فيه الحائط مع الأرض المقام عليها الحائط كبدائية، وأخذ الخط الذي يفصل ما بين العقارين كنهاية، فإن كانت المسافة بين خط البداية وخط النهاية مترين أو أكثر، كان المطل المواجه مفتوحا في

²⁰¹ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص114. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص79.

« *Les vues sont des ouvertures ordinaires qui laissent passer l'air aussi bien que la lumière: elle sont soit fermées par une fenêtre susceptible d' être ouverte ou encore par une porte, soit dépourvues de toute fermeture*». TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, pp206-207.

²⁰² - TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p207.

حدود المسافة القانونية. وإن كانت هذه المسافة أقل من مترين، كان المطل المواجه مجاوزا لحدود المسافة القانونية²⁰³.

أما إذا كان المطل المواجه خارجة كشرفة فإن نقطة البداية هي حافة هذه الشرفة ونقطة النهاية دائما الخط الفاصل ما بين العقارين، ويجب ألا تقل عن مترين، فإن وجد بين العقارين حائط مشترك فالخط الفاصل هو منتصف سمك هذا الحائط²⁰⁴.

- **المطل المنحرف:** يعرف المطل المنحرف على أنه تلك الفتحات التي لا تسمح بالنظر إلى ملك الجار إلا بالاتفاف إلى اليمين أو إلى الشمال أو بالانحناء إلى الخارج، إذ يفتح في حائط يكون زاوية مع الحد الفاصل بين العقارين، بحيث يتعين على من ينظر إلى الخارج أن يلتفت أو ينحني²⁰⁵.

²⁰³ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 493.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 33909 صادر بتاريخ 1985/05/29، على أنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للجار أن يكون له على لجاره مطل مواجه على مسافة تقل عن مترين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد يستوجب رفضه. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الخبير أثبت أن الطاعن فتح مطلات مواجهة لجاره تقل عن مترين، فإن قضاة الموضوع الذين منعوا الطاعن من فتح النوافذ المطلّة على جاره طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن». قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 33909، صادر بتاريخ 1985/05/29، مجلة قضائية، العدد الرابع، 1992، ص 22-24. أنظر أيضاً قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 188803، صادر بتاريخ 1999/07/28، مجلة قضائية، العدد الأول، 2000، ص 147-150.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 54887 صادر بتاريخ 1988/10/19، على أنه من المقرر قانوناً أنه لا يجوز للجار أن يكون له مطل لجاره على مسافة تقل عن مترين، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب غير سديد. ولما كان الثابت- في قضية الحال- أن المطعون ضده احترام المسافة القانونية المنصوص عليها في المادة 709 ق.م.

فإن قضاة المجلس بقضائهم بفتح النافذتين يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن». قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 54887، صادر بتاريخ

1988/10/19، مجلة قضائية، العدد الأول، 1991، ص 11-13.

²⁰⁴ - أنور طلبية، مرجع سابق، ص 292.

²⁰⁵ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 111.

« ... Toutes autres vues sont oblique; elles ne permettent de voir chez le voisin qu' en se penchant ou en regardant de côté». TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p207.

تنص المادة 910 ق م ج على أنه « لا يجوز أن يكون لجار على جاره مطل منحرف على مسافة تقل عن ستين (60) سنتمرا من حرف المطل ...».

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أنه يجب أن تكون المسافة بين المطل المنحرف وملكية الجار ستين (60) سنتمرا، وتقاس هذه المسافة من حرف المطل (كالنافذة) إلى الخط الفاصل ما بين العقارين، فإذا كانت ستين (60) سنتمرا أو أكثر كانت المسافة قانونية، وإلا فهي غير قانونية²⁰⁶. والعبرة في هذا الفرق في المسافة بين المطل المواجه والمطل المنحرف هو أن هذا الأخير يعتبر أقل مضايقة للجار من المطل المواجه، فعمد المشرع إلى إنقاص قيد المسافة إلى ستين (60) سنتمرا²⁰⁷.

1-3- الآثار المترتبة عن مخالفة قيد المسافة في المطلات: إذا قام المالك بفتح مطل غير متقيد في فتحه بالمسافة القانونية كان للجار أن يطلب إزالة هذه المخالفة بسد المطل ولو لم يصبه ضرر من جراء فتح المطل²⁰⁸.

غير أننا نجد بالرجوع إلى نص المادة 02/709 ق م ج أن الجار الذي يفتح مطل مقابل على ملكية جاره ولا يحترم مسافة مترين، ولم يعترض هذا الأخير على ذلك التعدي، فإنه يكتسب حق ارتفاق بالمطل على أرض جاره إذا مرت عليه مدة زمنية²⁰⁹. وذلك بشرط أن يتضمن فتح هذا المطل معنى التعدي على ملك الجار بتحمله عبئا استثنائيا بالمطل عليه دون تقيد بالمسافة القانونية، وهو ما يفترض أنه ليس في فتحها أو تركها أية مظنة للعفو أو التسامح من جانب الجار²¹⁰. ويمكن أن نضيف هنا أن هذا الحكم إذا كان يطبق على المطل المواجه فإنه يطبق أيضا على المطل المنحرف.

²⁰⁶ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 780.

²⁰⁷ - أنظر رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 493.

²⁰⁸ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 91.

²⁰⁹ - تنص المادة 02/709 ق م ج على أنه « وإذا كسب أحد بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك الجار على

مسافة تقل عن مترين، ...».

غير أن المشرع الجزائري هنا لم يشير إلى مدة التقادم

²¹⁰ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 91.

يترتب عن اكتساب الجار الذي اكتسب بالتقادم الحق في مطل مواجه لملك جاره على مسافة تقل عن مترين، أنه لا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن مترين تقاس من ظهر الحائط الذي يوجد فيه المطل أو الحافة الخارجية للشرفة أو النتوء، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه هذا المطل²¹¹. ولا في مسافة ستين (60) سنتمرا بالنسبة للمطل المنحرف. وبالتالي ليس له الحق في مطالبة جاره بسد ذلك المطل، وإنما يكون لصاحبه الحق في استبقائه مفتوحا على أقل من المسافة القانونية²¹².

1-4- حكم الأرض المملوكة على الشيوع المتواجدة بين العقارين: إذا وجد بين العقار الذي تفتح فيه المطلات وبين عقار الجار أرض مملوكة على الشيوع الجبري للمالكين، كمر أو فناء أو طريق مخصص لاستعمال معين مشترك بين العقارين، فيجوز فتح المطلات على حافة الأرض المشاعة الفاصلة طالما أن عرض هذه الأرض لا يقل عن المسافة القانونية المقررة، وطالما أنه ليس في فتح المطلات على حافتها ما يتعارض مع ما هي معدة له من استعمال مشترك.

ذلك أن لكل من الملاك على الشيوع- وله حق ملكية يرد طوال الشيوع على كل الشيء الشائع- سلطة الإفادة من هذا الشيء باستعماله فيما لا يتعارض مع تخصيصه عن طريق فتح مطلات عليه مثلا، ما دام لا يحد بذلك من مما للشريك الآخر من حق مماثل في فتح مطلات مقابلة في بنائه. وبذلك يؤخذ عرض الأرض الشائعة الفاصلة بين المالكين في الاعتبار عند حساب المسافة الواجب تركها في فتح المطل²¹³.

²¹¹ - تنص المادة 02/709 ق م ج على أنه «... فلا يجوز لهذا الجار أن يبني على مسافة تقل عن مترين تقاس بالطريقة السابق بيانها أعلاه، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المطل».

²¹² - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 91.

²¹³ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 116. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 780.

1-5- الفتحات المعفية من قيد المسافة: تتمثل هذه الفتحات المعفية من قيد المسافة في تلك التي يقوم الشخص بفتحها في بناءه دون التقيد بمسافة معينة، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

- الأبواب ومداخل العقارات: لا تعتبر الأبواب ومداخل العقار مطلات، إذ هي لا تعد للإطلال منها على الجار، بل هي موجودة أصلاً للدخول إلى العقار والخروج منه.

- المطلات التي لا تكشف من العقار المجاور إلا حيطان مسدودة ما لم تتهدم هذه الحيطان، أو لا تكشف إلا السطح، أو التي لا يبصر الناظر منها إلا السماء. فالحكمة من قيد المسافة في هذه الحالات منعدمة، ومن ثم يجوز فتحها على أية مسافة كانت، بل يجوز فتحها في الحائط المقام على الخط الفاصل ما بين العقارين²¹⁴.

- المطلات المواجهة للطريق العام: نجد في بعض الأحيان أن المطل سواء أكان مواجه أو منحرف، لا يكون مقابلاً لملكية الجار، ولكن يكون مقابلاً للطريق العام، فبالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع تطرق فقط إلى حالة المطل المنحرف المواجه للطريق العام، أين خول للجار الذي له مطل منحرف على عقار مجاور عدم احترام مسافة ستين (60) سنتمراً إذا كان ذلك المطل في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام²¹⁵. ونفس الحكم يطبق بالنسبة للمطل المواجه إذا كان مواجهاً للطريق العام فإن مسافة مترين (02) لا تطبق.

وهناك من يقول أن الغاية من وراء عدم تطبيق قيد المسافة هو أن الطريق العام مخصص للمنفعة العامة بما يمكن الكافة من الاشتراك في الانتفاع به والإطلال عليه خاصة²¹⁶.

²¹⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص 781-782.

²¹⁵ - تنص المادة 710 ق م ج على أنه «... على أن هذا التحريم يبطل إذا كان هذا المطل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته مطل مواجه للطريق العام».

²¹⁶ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 116.

2- المناور: قد لا يحتاج المالك إلى الإطلال على عقار جاره، بل يحتاج إلى الهواء والنور، وبالتالي لا يلجأ إلى فتح مطلات وإنما إلى فتح مناور، وهذا ما سنحاول تناوله أدناه.

تنص المادة 711 ق م ج على أنه « لا تشترط أية مسافة لفتح المنور، التي تقام من ارتفاع مترين من أرض الغرفة التي يراد إنارتها. ولا يقصد بها إلا مرور الهواء ونفاذ النور، دون أن يمكن الاطلاع منها على العقار المجاور».

2-1- تعريف المناور: يمكن تعريف المناور من خلال نص المادة 711 ق م ج على أنها تلك الفتحات التي يقوم مالك البناء بتقبتها على ارتفاع مترين من أرض الغرفة، والتي يكون الغرض منها مرور الهواء والنور فقط دون الاطلاع عبرها إلى العقار المجاور.

يتضح لنا من خلال هذا التعريف أن المناور تختلف عن المطلات، فإذا كانت هذه الأخيرة تسمح للشخص بالإطلال على عقار جاره وتسمح أيضا بمرور الهواء والنور، وهي في الوقت نفسه مؤذية للجار وتسبب له مضايقات، فإن المناور عكس ذلك فالغرض منها ليس الإطلال بل مرور الهواء والضوء، وحتى بالنسبة للارتفاع ففي هذه الأخيرة اشترط المشرع ضرورة أن تكون مرتفعة على الأقل مترين من أرض الغرفة، وهذا ما لا يمكن الشخص من الإطلال على جاره، وبالتالي فهي لا تزعج الجار ولا تسبب له مضايقات، وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع لم يشترط لفتحها احترام مسافة معينة²¹⁷.

إن تقرير المشرع للمالك فتح مناور على ارتفاع مترين على الأقل دون تقييد بمسافة معينة بينها وبين عقار جاره، لا يكسبه حقا من حقوق الارتفاق على عقار جاره، بل يمكن لهذا الأخير البناء على حافة ملكه فيقوم بسد المنور تبعا لذلك دون أن يملك صاحب المنور الاعتراض على ذلك²¹⁸.

²¹⁷ - TERRE François et SIMLER Philippe, Op.Cit, p206.

²¹⁸ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص496.

2-2- الآثار المترتبة عن مخالفة شرط الارتفاع: يترتب عن إخلال المالك الذي لم يحترم ارتفاع مترين من أرض الغرفة عند فتحه لمنور أنه يحق لجاره الاعتراض على ذلك أو سد الجزء السفلي من المنور بما يمنع الإطلال من خلالها. غير أنه استمرت المناور مفتوحة على هذا الوضع المخالف للقانون مدة زمنية معينة، ولم توجد مظنة عفو أو تسامح من جانب الجار في شأنها، اعتبرت من قبيل المطلات واكتسب بالتقدم ارتفاق بها على ملك الجار²¹⁹.

المطلب الثاني

القيود القانونية الواردة حق الملكية للمصلحة العامة

لا تقتصر القيود القانونية على تلك التي ترد للمصلحة الخاصة للأشخاص، بل تمتد إلى قيود قانونية أخرى أعم هدفها تحقيق مصلحة عامة للأشخاص، إذ يطلق عليها القيود العامة الواردة على حق الملكية للمصلحة العامة، بحيث فرض المشرع على الشخص أثناء ممارسته لسلطاته على ملكه أن يراعي واجب الاحتياط وأن لا يؤدي بسلوكه إلى إلحاق ضرر بجيرانه.

تنص المادة 690 ق م ج على أنه « يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة... ».

تنص المادة 712 ق م ج على أنه « يجب أن ينشأ المصانع، والآبار، والآلات البخارية وجميع المؤسسات المضرة بالجيران على المسافات المبينة في اللوائح وبالشروط التي تفرضها ».

يتضح لنا من خلال هاذين النصين أن الشخص في بعض الأحيان يرغب في إقامة مشروع معين أو منشأة معينة، قد تكون مضرة بجيرانه من حيث سلامتهم أو أمنهم أو صحتهم، الأمر الذي دفع بالدولة إلى ضرورة اشتراط حصول هذا الشخص على رخصة من أجل قيامه بذلك، غير أن الدولة أثناء منحها لهذا الشخص

²¹⁹ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص 119.

تلك الرخصة فهي ملزمة من بالتحقق من مدى استيفاءه للشروط اللازمة. فالدولة هنا تعمل على حماية مصلحة عامة (مصلحة الجيران) تسمو على المصلحة الخاصة لمالك طالب الرخصة.

الفرع الأول

تعداد بعض القيود القانونية الواردة على سلطة المالك للمصلحة العامة

إن مجالات تقييد سلطات المالك للمصلحة العامة عديدة لا يمكن حصرها، فهي قد تكون محلات مخلة بالنظام العام (مقلقة للسكينة ومضرة بالصحة العامة والأمن العمومي)، وبالتالي يشترط فيمن يريد إقامة مصنع أو قاعة حفلات أو محاجر... إلخ، ضرورة حصوله على رخصة من طرف السلطات المختصة في الدولة، نظرا لما تمثله هذه الأنشطة من خطر على الجيران، وعلى هذا الأساس يتوجب على الدولة باعتبارها صاحبة السلطة، قبل منحها الرخصة لشخص ما أن تتأكد من مدى ملائمة أو عدم ملائمة مواقع هذه الأنشطة، ويجب أن يكون منوطا بالأغراض التي منحت من أجلها هذا الحق²²⁰.

يقع من جهة أخرى على مالك الرخصة أن يلتزم بما ورد فيها من شروط ولا يخرج عنها، فإذا كان محل الرخصة يتمثل في إقامة مصنع، فيجب على مالك الرخصة أن ينشئه بعيدا عن السكان حماية لهم من الدخان أو الغبار المتطاير منه نظرا لخطورته على صحتهم. وقد يكون محل الرخصة هي قاعة حفلات فيجب عليه أن لا يقلق راحة السكان بالموسيقى وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لتفادي ذلك، وأن

²²⁰ - تنص المادة 01/12 و02 من المرسوم التنفيذي رقم 207/05 المرخ في 04 جوان 2005، يحدد شروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، على أنه «تخضع طلبات رخص استغلال مؤسسات التسلية والترفيه لإجراء التحقيق العمومي المسبق».

يهدف التحقيق العمومي إلى تقدير آثار استغلال هذا النوع من المؤسسات على الجوانب المتعلقة بالسكينة العامة والأمن والآداب والنظافة والنقاوة العمومية للجوار». مرسوم تنفيذي رقم 207/05 المرخ في 04 جوان 2005، يحدد شروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، ج ر، ج ج، ع39، الصادر بتاريخ 05 جوان 2005، معدل ومتمم.

يخصص مثلا حضية للسيارات كي لا يتم إعاقة الطريق، ... إلخ. أما إذا كان محل الرخصة يتمثل في إقامة محجرة فيجب عليه أن يقيمها بعيدة عن السكان، وذلك لما تمثله من خطر على صحتهم وسلامتهم من الأمراض، ... إلخ.

لا تقتصر القيود على تلك التي ذكرناها أعلاه بل تمتد في بعض الأحيان إلى الحد من سلطة المالك على علو أرضه مثلا، فيجبره على عدم ممناعة الدولة من وضع دعائم أو أعمدة لإنشاء الأسلاك الكهربائية، أو الهاتفية، ... إلخ. ومنها ما يحد من سلطة المالك في أعماق أرضه، فيمنعه من استغلال المناجم، والتقيب عن الآثار.

وقد تصل المصلحة العامة في التعارض مع حق المالك إلى حد إلغاء هذا الحق، إذ قد يصل إلى نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة²²¹، التأميم، المصادرة²²²، أو الاستيلاء المؤقت²²³.

الفرع الثاني

جزاء إخلال المالك بالرخصة الممنوحة له

تنبغي هنا الإشارة إلى أنه يجب على مالك الرخصة أن يتبع ما ورد في الرخصة من شروط، وللإدارة التي منحت له الرخصة الحق في أي وقت أن تقرر ما تراه ضروريا من الأحكام والإجراءات الخاصة فيما يتعلق بأوضاع المحل الداخلية، والآلات المستعملة فيه، وكيفية التشغيل، والساعات التي يمكن العمل فيها، حرصا على الذين يترددون إليها أو يشتغلون فيها أو يقيمون بجوارها²²⁴. فيمكنها سحب الرخصة سواء

²²¹ - محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص ص63-64.

Voir aussi BUFFELAN Yvine- LANORE et LARRIBAU Virgine- TERNEYRE, Op.Cit, p132-133.

تنص المادة 01/677 ق م ج على أنه « لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون. غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل».

²²² - DIHR Philippe, Op.Cit, p127.

²²³ - أنظر سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص ص60 وما بعدها.

²²⁴ - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص ص645-646.

بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية حسب الحالة، كلما تبين لها أن هناك إخلال بما جاء في الرخصة من شروط²²⁵.

كذلك قد يكون الانحراف أيضا في جانب الإدارة كما لو وكان رائدها في تصرفها تحقيق غاية أخرى لا تمت لهذه الأغراض بسبب، فإن قرارها في هذا الشأن يكون مخالفا للقانون، مشوبا بإساءة استعمال السلطة وبالتالي يكون واجب الإلغاء²²⁶.

إن حياة الشخص لرخصة معينة لا تعفيه من المسؤولية في حالة ما إذا تعرض الغير لضرر من جراء نشاط صاحب الرخصة، بل يكون هو المسؤول لوحده وليس جهة الإدارة التي منحت له الترخيص. فهذا الترخيص وإن كان إجراء وقائيا يفرضه الصالح العام للحماية من أضرار مثل هذا النوع من الاستغلال، إلا أنه ليس بالقاطع أو المانع حتما لكل ضرر، ولذلك فهو لا يرفع من المسؤولية المدنية عن أصحاب هذا الاستغلال إذا نشأت عنه أضرار فاحشة غير مألوفة. فالإدارة إذن إذا كانت ترخص بالاستغلال بعد الرقابة الوقائية اللازمة، فهي ترخص لأصحابه بالمضي فيه على مسؤوليتهم الخاصة²²⁷.

²²⁵ - تنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 207/05 المرخ في 04 جوان 2005، يحدد شروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، على أنه « بغض النظر عن العقوبات المذكورة في القوانين والتنظيمات المعمول بها، يترتب على عدم مراعاة أحكام المادتين 6 و23 من هذا المرسوم، توقيف رخصة الاستغلال لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر».

وفي حالة العود، يمكن أن تسحب الرخصة من طرف الهيئة التي تسلمتها». تنص أيضا المادة 25 من نفس المرسوم على أنه « يمكن سحب رخصة الاستغلال بقرار من الوالي لأسباب تتعلق بالحفاظ على النظام العام وأمن المواطنين.

ويمكن أن تسحب أيضا في حالة:

- تغيير النشاط أو إعادة تهيئة المحلات دون علم السلطة التي سلمت الرخصة بذلك.

- ممارسة نشاطات في آن واحد، لا تمت بصلة للنشاط المرخص له».

لمزيد من المعلومات أنظر أزرو يسغي سهام، الترخيص الإداري والمحل التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر-1، 2010-2011، ص115 وما بعدها.

²²⁶ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص646.

²²⁷ - حسن كبيرة، مرجع سابق، ص151.

نقول في الأخير أن هذه النوع من القيود كثيرة نجد موطنها في القانون الإداري وليس القانون المدني، وهو ما لا يدخل في دراستنا هذه.

المبحث الثاني

القيود الاتفاقية (أو الإرادية)

سبق ورأينا أعلاه أن مالك الشيء له أن ينتفع ويستغل ملكه بشكل يسمح له تحقيق الغاية التي اكتسبها من أجلها، وأن يتصرف فيه كما يشاء، غير أن القانون كما رأينا قد يتدخل في بعض الحالات ليحد من ذلك سواء كانت الغاية من وراء ذلك تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة.

إضافة إلى ما يفرضه القانون من قيود على حق المالك، فإننا نجد بجانب ذلك نوع آخر من القيود تستمد أساسها من إرادة الأشخاص إذ يكون لها نصيب من فرض قيود على ملكيتهم تحد من سلطاتهم عليها، وهذا ما يسمى بالقيود الاتفاقية أو الإرادية، وهذا ما سنحاول دراسته أدناه.

المطلب الأول

المقصود بالقيود الاتفاقية وشروط صحتها

تلعب إرادة الأشخاص دورا كبيرا أثناء إبرام العقد فيمكن لهم بناء على ما يملكون من سلطة، إضافة إلى تقريرهم لسلطات على أموالهم، فإنه يمكن لهم تقييد تلك السلطات، إلا أنه لما كان من شأن ذلك أن يؤثر على حقوق المتصرف لهم، فإنه يجب تقييد ذلك بضرورة توفر مجموعة من الشروط. وسنحاول أدناه التطرق إلى المقصود بهذه القيود الاتفاقية وشروط صحتها.

الفرع الأول

المقصود بالقيود الاتفاقية

يقصد بها تلك الأعباء التي يفرضها الاتفاق على الشخص المتعاقد والتي تؤدي إلى الحد من سلطاته كمالك²²⁸، أو ذلك الشرط الذي يدرجه المتعاقدين (في العقود الملزمة للجانبين) في عقد معين أو يدرجه المتصرف لوحده في العقد الملزم لجانب واحد مفاده منع المتصرف إليه من ممارسة سلطته في استعمال واستغلال والتصرف في ماله لمدة زمنية معينة ولسبب مشروع²²⁹.

والغالب أن يرد شرط المنع من التصرف في عقد من عقود التبرعات، نظرا لأن تجرد الشخص عن ماله دون مقابل يجعل له سلطة على فرض هذا الشرط وحمل المتبرع له على قبوله ما دام قد ملكه الشيء المتبرع به دون عوض. ومع ذلك، فقد يتصور الشرط المانع من المتصرف واردا في عقد من عقود المعاوضات إذا وجد ما يبرر إيرادها فيه، كاشتراط البائع على المشتري امتناعه عن التصرف في الشيء المبيع، أو اشتراط البائع على المشتري امتناعه عن التصرف في الشيء المبيع إلى حين الوفاء بكامل الثمن زيادة فيما له من ضمان استيفاء باقي الثمن. أو اشتراط الموعود له بالبيع على الواعد الامتناع عن التصرف في الشيء الموعود ضمنا لبقاء هذا الشيء على ملك الواعد إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء²³⁰.

²²⁸ - سرايش زكريا، مرجع سابق، ص45.

²²⁹ - نشير في هذا المقام أن القيود الاتفاقية لا تقتصر فقط على شرط المنع من التصرف، بل تمتد أيضا إلى الاتفاق على عدم استعمال واستغلال المتصرف إليه للشيء محل التصرف.

BIHR Philippe, Op.Cit, p128.

²³⁰ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص122.

« *Clauses d'inaliénabilité: insérées, par exemple, dans un acte de donation ou un testament: un père de la famille lègue un immeuble à l' un de ses enfants en interdisant son aliénation*». HESS Brigitte- FALLON et ANNE- SIMON Marie, Droit civil, 7^{ème} éd., Op.Cit, p144.

غير أننا نقول أنه هناك من يضيف إلى جانب شرط المنع من التصرف قيدين اتفقيين يمكن للأشخاص الاتفاق عليهما، يتمثلان في الشرط الحصري (كالتأمين الحصري) والارتفاق الاتفاقي²³¹.

الفرع الثاني

شروط صحة الاتفاق المتضمن المنع من التصرف

لا شك أن ورود شرط المنع من التصرف في أي عقد من العقود من شأنه أن يتعارض مع المقاصد التي يرغب المتصرف إليه تحقيقها، **إذ تنص المادة 01/832 من القانون المدني المصري على أنه « إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع، ومقصورا على مدة معقولة»**، يتضح لنا من خلال هذه الفقرة أنه لصحة هذا الشرط يجب أن يتوفر فيه شرطين، على أن أي إخلال بأحدهما يؤدي حتما إلى عدم التقيد به.

أولا: يجب أن يكون الباعث من شرط المنع من التصرف مشروعا: يقصد بالباعث المشروع، المصلحة الجدية التي تبرر احترام رغبة مشترط المنع، وحرمان المالك من قدرته على التصرف فيما يملك. وجدية المصلحة أو مشروعيتها أمر يتوقف على ظروف كل حالة ويرجع تقديره عند الخلاف إلى القضاء الذي يفصل في الأمر على ضوء هذه الظروف، وعلى من يتمسك بشرط المنع من التصرف إثبات هذه المصلحة المشروعة والجدية التي يهدف إلى تحقيقها هذا الشرط²³². وهي إما أن تكون مقررة لصالح المتصرف، أو مصلحة المتصرف إليه أو مصلحة الغير.

²³¹ - BUFFELAN Yvine- LANORE et LARRIBAU Virgine- TERNEYRE, Op.Cit, p136.

²³² - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ص104-105.

تنص المادة 02/832 من القانون المدني المصري على أنه « ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير».

« Il faut d'abord que la close soit justifiée par un intérêt sérieux et légitime qui peut être matériel ou moral». JOURDAIN Patrice, Op.Cit, p74.

أ- **مصلحة المتصرف:** قد يكون للمتصرف مصلحة مشروعة يريد حمايتها بهذا الشرط، ومثالها أن يحتفظ البائع أو الواهب لنفسه بحق الانتفاع، فيشترط على المتصرف إليه عدم التصرف في الشيء المبيع أو الموهوب طيلة مدة حق الانتفاع بغية ألا تكون له في شأن هذا الحق إلا مع من تصرف إليه. وقد يشترط البائع على المشتري الذي لم يف بكامل الثمن بعد، ألا يتصرف في المبيع حتى يتم الوفاء كامل، وذلك تأكيداً لحقه في الامتياز وحتى لا يضطر إلى تتبع المبيع تحت يد الغير²³³.

ب- **مصلحة المتصرف إليه:** قد لا تكون للمتصرف مصلحة شخصية له من اشتراطه هذا الشرط، وإنما تكون للمتصرف إليه (أي المالك الجديد)، ومثال ذلك أن يشترط الواهب أو الموصي عدم تصرف الموهوب له أو الموصى له في الشيء الموهوب أو الموصى به حماية له من طيشه أو تبذيره²³⁴. أو قد يكون المتصرف إليه والممنوع من التصرف لم يبلغ بعد سن الرشد، إذ حماية له من حالته هذه فإن المتصرف يلجأ إلى اشتراط هذا الشرط، وقد يحدث ألا يمنع المتصرف المتصرف له من التصرف ولكنه يشترط عليه إذا تصرف أن يستبدل الشيء موضوع التصرف بشيء آخر يحدد المتصرف²³⁵.

ج- **مصلحة الغير:** قد تتعدى المصلحة المشروعة المراد حمايتها من اشتراط المنع من التصرف مصلحة المتصرف والمتصرف إليه، لتحقق مصلحة الغير أي شخص أجنبي، والمثال على ذلك أن يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في المال الموهوب ضماناً لبقاء قدرة الموهوب له على الوفاء بالتزام بالنفقة التزم به نحو شخص ثالث يحرص المشتري على ضمان حصوله على النفقة²³⁶.

²³³ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص508.

Voir aussi JOURDAIN Patrice, Op.Cit, p74.

²³⁴ - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص45.

²³⁵ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص508.

²³⁶ - محمد شكري سرور، مرجع سابق، 290. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص513.

Voir aussi JOURDAIN Patrice, Op.Cit, p74.

غير أننا نشير هنا أن زوال المصلحة الجدية والمشروعة لمشتراط شرط المنع تمنح للقاضي سلطة الترخيص للمتصرف له في التصرف في المال²³⁷.

ثانيا- يجب أن تكون مدة شرط المنع من التصرف مؤقتة (أو معقولة): لا يكفي أن يكون شرط المنع من التصرف مشروعاً، بل يجب إضافة إلى ذلك أن تكون مدة سريان هذا الشرط في مدة معقولة، بحيث لا يصح المنع إذا كان مؤبداً، أو مشروطاً لمدة غير معقولة تجاوز الحاجة التي دعت إليه. فالشرط المؤبد غير جائز لأنه يجرّد المالك من سلطته في التصرف إلى ما لا نهاية، فتزول عنه أهم سلطة من السلطات التي يخولها حق الملكية، هذا بالإضافة إلى ما يترتب على ذلك من أضرار اقتصادية نتيجة حبس المال عن التداول. ومن ناحية أخرى فإن فرض الشرط لمدة طويلة تجاوز الحاجة إلى التي دعت إليه لا تبقى له مصلحة، وهي الغاية التي يسعى المتصرف إلى تحقيقها من ورائه²³⁸.

غير أننا نجد بالرجوع إلى نص المادة 02/832 من القانون المدني المصري أن المدة المعقولة يمكن أن تستغرق حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير²³⁹. يتضح لنا من خلال هذه الفقرة أن المنع يمكن أن يكون أيضاً لحياة أحد من هؤلاء الأشخاص، وللقاضي الفاصل في الموضوع السلطة التقديرية في القضاء بمعقولة مدة المنع من التصرف أم لا حسب الظروف والملابسات الخاصة. فما يعتبر مدة معقولة للمنع من التصرف في حالة قد لا يعتبر كذلك في حالة أخرى تبعا لطبيعة المصلحة المشروعة المقصودة بالحماية خاصة. ومن شأن هذا المعيار المرن كذلك اعتبار المنع صحيحاً حتى ولو ورد الشرط به لمدة حياة شخص من الأشخاص ما دامت هذه المدة

²³⁷ - BERGEL Louis- Jean, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Op.Cit, p93.

²³⁸ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص106.

Voir aussi BUFFELAN Yvine- LANORE et LARRIBAU Virgine- TERNEYRE, Op.Cit, p136.

²³⁹ - تنص المادة 02/632 من القانون المدني المصري على أنه « والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير ».

نشير إلى نقطة مهمة هي أن المشرع الجزائري على عكس المشرع المصري لم يتناول هذه المسألة.

تعتبر معقولة بالنظر إلى طبيعة المصلحة المقصود حمايتها والظروف المحيطة بالمنع²⁴⁰.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن تحقق شروط صحة الاتفاق المتضمن المنع من التصرف وجزءا تخلفها

رأينا أعلاه أنه من أجل صحة شرط المنع من التصرف كقيد اتفاقي على سلطة المالك في التصرف في الشيء الذي يملكه أنه يجب أن يتوفر فيه شرطان هما ضرورة أن تكون الغاية المراد تحقيقها من وراء ذلك الشرط مشروعة، وأن تكون مدة سريان هذا الشرط مؤقتة، وعليه فإن تحقق أو تخلف هذان الشرطان تترتب عنه مجموعة من الآثار، هذا ما سنحاول تناوله أدناه.

الفرع الأول

الآثار المترتبة عن تحقق شروط صحة الاتفاق المتضمن المنع من التصرف

إذا استوفى شرط المنع من التصرف الشرطان السابق ذكرهما أعلاه، فإنه تترتب عنه الآثار التالية:

أولاً: حرمان المالك من التصرف: إذا توافرت الشروط اللازمة لصحة الشرط المانع، ترتب على ذلك امتناع المالك طوال مدة الشرط عن أن ينقل ملكية الشيء إلى غيره بأي نوع من أنواع التصرفات، فلا يجوز له أن يبيعه أو يهبه أو يقدمه كحصة في الشركة أو أن يقرر عليه حق انتفاع أو ارتفاق أو أن يرهنه رهناً رسمياً أو حيازياً. ولكن يجوز للمالك الممنوع أن يباشر أعمال الإدارة كتأجير الشيء حيث لا أثر للشرط

²⁴⁰ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص124.

لمزيد من المعلومات حول الاختلاف في مسألة صحة شرط المنع من التصرف عندما يكون مدى حياة الشخص، أنظر محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص293 وما بعدها.

المانع عليها. ولا يحول الشرط المانع دون نقل ملكيته بسبب آخر غير التصرف القانوني، كالميراث والتقاعد المكسب ونزع ملكية الشيء للمنفعة العامة²⁴¹.

لا يقتصر حرمان المالك من التصرف في الشيء على التصرفات القانونية فقط، بل يمتد إلى الأعمال المادية، إذ لا يجوز له أن يعدم الشيء كأن يهدم المنزل الذي يمنع الشرط التصرف فيه²⁴²، بينما إذا كانت تلك الأعمال المادية لا تؤدي إلى زوال ذلك الشيء بل تؤدي إلى تحسينه أو ترميمه، فإن ذلك جائز لا شيء عليه.

ثانياً: عدم جواز الحجز على المال الممنوع من التصرف والتنفيذ عليه: يترتب على عدم جواز التصرف في مال معين عدم جواز الحجز على هذا المال خلال المدة المحددة للمنع. فالقول بغير ذلك يؤدي إلى أن يفقد الشرط المانع فاعليته، حيث يكفي أن يتمتع المالك الممنوع عن الوفاء بديونه فيقوم الدائنون بالحجز على المال وبيعه، وبذلك يصل هذا المالك إلى التصرف في العين بطريقة غير مباشرة رغم وجود الشرط المانع، وهو ما يؤدي في ذات الوقت إلى تفويت المصلحة المشروعة المقصود حمايتها من وراء الشرط المانع من التصرف²⁴³.

نشير هنا إلى أن امتناع التنفيذ تبعاً لامتناع التصرف امتناع مطلق طوال مدة المنع من التصرف، يسري على الدائنين جميعاً سواء من نشأت حقوقهم قبل اشتراط المنع أو من نشأت حقوقهم بعده. وبالتالي فلا عبرة بتاريخ نشوء الديون التي ينفذ بمقتضاها على الشيء. أما إذا انقضت المدة المشترط منع التصرف فيها، فإنه من البديهي أن يكون لجميع الدائنين الحق في التنفيذ على الشيء الذي كان ممنوعاً

²⁴¹ - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 510.

Voir aussi BERGEL Louis- Jean, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Op.Cit, p92.

²⁴² - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 50.

²⁴³ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ص 109-110.

Voir aussi BERGEL Louis- Jean, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Op.Cit, p92

التصرف فيه بانقضاء المنع، دون تفرقة بين ما إذا كانت حقوقهم قد نشأت وقت مدة المنع أو بعدها²⁴⁴.

- مدى حلول الشيء البديل محل الشيء الأصيل في امتناع التصرف فيه والتنفيذ عليه: نكون أمام هذه الحالة عندما يكون المنع من التصرف واردا على شيء معين ثم يخرج هذا الشيء من ذمة المالك - بهلاكه أو نزع ملكيته للمنفعة العامة مثلا - ودخل فيها بدلا عنه شيئا آخر، فإن كفالة المصلحة المقصودة من وراء المنع تحتم إخضاع الشيء البديل لما كان يخضع له الشيء الأصيل من تخصيص لتحقيق هذه المصلحة عن طريق منع التصرف فيه والتنفيذ عليه. وهذا تطبيق من تطبيقات نظرية الحلول العيني.

غير أن هذا التطبيق يفترض - كما سبق البيان - أن يكون الشيء البديل صالحا لمثل هذا التخصيص، بأن يكون التصرف فيه والتنفيذ عليه محققا نفس ما كان يحققه ذلك في الشيء الأصيل من مصلحة مشروعة²⁴⁵.

الفرع الثاني

الجزاء المترتب عن الإخلال بالاتفاق المتضمن المنع من التصرف

تنص المادة 833 من القانون المدني المصري على أنه «إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا». يتضح لنا من خلال هذا النص أن الجزاء المترتب على الإخلال بشرط المنع هو البطلان، غير أن هذا النص لم يبين طبيعة هذا البطلان هل هو بطلان مطلق أم نسبي، وهذا ما أدى إلى ظهور اختلاف بين الفقهاء.

يرى البعض أن البطلان هنا يكون مطلقا نظرا لمخالفته شرط المنع، لكن نظرا لأن بعض أحكام هذا النوع من البطلان تتجاوز المصلحة التي يقصد بالشرط المانع

²⁴⁴ - حسن كيرة، مرجع سابق، ص 134-135.

²⁴⁵ - نفس المرجع، ص 135-136.

تحقيقها، من حيث سيكون بالإمكان والحال كذلك، للمحكمة أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها، في الوقت الذي لن يكون فيه بالإمكان أن يرتفع هذا البطلان بالإجازة ولو من جانب المشتري نفسه²⁴⁶.

بينما يرى جانب آخر أن التصرف هنا يكون بطلانا نسبيا بحيث يقتصر الحق في التمسك به على من تقرر البطلان لمصلحته، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها²⁴⁷. غير أننا بالرجوع إلى أحكام البطلان النسبي نجد أنها لا تستقيم كلها هي الأخرى مع الغرض من شرط المنع، ذلك أن هذا النوع من الإبطال يتقرر لمصلحة أحد طرفي العقد القابل للإبطال، حين أن شرط المنع قد يكون مقرا لمصلحة المشتري أو الغير، وكلاهما ليس طرفا في العقد المراد إبطاله²⁴⁸.

إن هذا اختلاف جعل البعض يقول أن هذا البطلان من نوع خاص، يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص، ومن ثم يتحتم قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها²⁴⁹.

246 - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 298.

247 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 111.

248 - محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 298.

249 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 111.

خاتمة

يتضح لنا من خلال دراستنا للقيود الواردة على حق الملكية أن هذا الأخير يعتبر من أهم الحقوق التي يكتسبها المالك على ملكه، وذلك لما تخوله له من سلطات عليه، فلا تقتصر تلك السلطة على استعماله لملكه والانتفاع به والتصرف فيه، بل له الحق في ملحقات هذا الشيء الذي يملكه وثماره والمنتجات التي تنتج منه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى له أن يمنع الغير من الاعتداء على المال إلا برخصة منه.

ولما كان من شأن ممارسة المالك لسلطاته على ملكه أن يلحق أضراراً بجيرانه، فإن المشرع تدخل من أجل تحقيق توازن بين حق المالك في استعمال ملكه وحق جيرانه في عدم الإضرار بهم، وذلك عن طريق فرض قيود تحد من سلطة المالك في استعمال ملكه. والمصلحة التي يرغب المشرع في تحقيقها إما تكون مصلحة عامة للمواطنين، وإما تكون مصلحة خاصة بأشخاص يتواجدون في وضعيات معينة.

تتعدد القيود القانونية التي فرضها المشرع على المالك للمصلحة الخاصة بتعدد مجالات ممارسة المالك لسلطاته، وبما أن أول من يتضرر هو جار هذا المالك، فإن هذا الأخير ملزم بالألا يغلو في استعمال حقه بشكل يلحق هذا الجار بضرر غير مألوف أي بلغ حداً من الجسام لا يمكن تحمله، ومتى تحقق ذلك كلما رتب مسؤولية المالك. باعتبار أن الجيران فيما بينهم عليهم أن يتحملوا قدراً معيناً من الأعباء ويتسامحوا فيها وإلا لما أمكن لأحد أن يمارس سلطاته على ملكه مخافة إلحاقه بجاره ضرر. وهذا ما يطلق عليه مزار الجوار غير المألوفة أو القيود القانونية التي ترجع إلى الجوار بوجه عام.

كما يترتب عن وضعية الجوار حالات خاصة أخرى قد تكون قيود متعلقة بالمياه إذ تخول الجار حق الري، حق المجرى، حق المسيل (الصرف) أو تحمله عبئ المياه المتدفقة طبيعياً. أو تقييد ملكه عن طريق تمكين الجار من المرور إلى أرضه المحصورة عن الطريق العام عبر أرض جاره. أو قد تكون هذه القيود راجعة إلى

تلاصق ملكيات الجيران سواء فيما تعلق بوضع الحدود أو وضع حائط فاصل بين ملكيتين أو تعلق الأمر بفتح المطلات والمناور.

لا تقتصر هذه القيود الواردة على الملكية على تلك التي فرضها المشرع على المالك، بل يمكن للأفراد بإرادتهم المحضة أن يعملوا على الحد من سلطة أحدهما في التصرف في ملكه لمدة زمنية معينة ولسبب مشروع.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

أ- الكتب:

1. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الجزء 11، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004.
2. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية ومصدرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
3. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
4. زرارة عواطف، التزامات الجوار في القانون المدني الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011.
5. زكريا سرايش، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (كتاب مدعم بالفقه الإسلامي)، دار بلقيس، الجزائر، 2017.
6. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
7. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط8، دار الثقافة، عمان، 2011.
8. محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
9. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر.
10. محمد وحيد الدين سوار، حق لملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الأول، ط2، دار الثقافة، عمان، 1997.

11. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني المصري واللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

ب- الأطروحات والمذكرات الجامعية:

1. أزرو يسغي سهام، الترخيص الإداري والمحل التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر-1، 2010-2011.

2. بولقواس سارة، جبر الضرر عن مضار الجوار غير المألوفة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014.

3. عبير عبد الله أحمد درباس، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة الناجمة عن تلوث البيئة في فلسطين- دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2014.

ج- المقالات:

1. خادم نبيل، استقلالية نظرية مضار الجوار غير المألوفة عن نظرية التعسف في استعمال الحق (دراسة على ضوء الاجتهاد الجزائري والمصري)، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 08، العدد 2-2020، ص ص 279-303.

2. سارة بولقواس، أثر الترخيص الإداري على المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 03، العدد 01-2016، ص ص 544-560.

3. سارة شيبات، القيود الواردة على الملكية العقارية والمتعلقة بالموارد المائية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 01-2017، ص ص 155-164.

4. سعيدان أسماء، القيود القانونية الواردة على الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 33، العدد 04-2019، ص ص 53-80.

5. سليمي الهادي وشهيدة قادة، أحكام الضرر ضمن آليات دفع المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 07، العدد 02-2014، 343-355.
6. سليمي الهادي، دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 06، العدد 01-2015، ص 305-315.
7. كيجل مراد والطبيي أحمد، دفع المدعى عليه في دعوى المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02، جوان 2018، ص 536-549.
8. مرتضى عبد الله خيرى، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها- دراسة مقارنة، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01-2019، ص 92-111.

د- النصوص القانونية:

د1- النصوص القانونية الجزائرية:

1- النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، ع78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
2. القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج ر ج ج، ع49، الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 1990، معدل ومتمم.
3. القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر ج ج، ع52، الصادر بتاريخ 18 أوت 2004، معدل ومتمم.
4. القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر ج ج، ع60، الصادرة بتاريخ 04 سبتمبر 2005، معدل ومتمم.
5. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، ع21، الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

2- النصوص التنظيمية:

- مرسوم تنفيذي رقم 207/05 المرخ في 04 جوان 2005، يحدد شروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، ج ر ج ج، ع39، الصادرة بتاريخ 05 جوان 2005، معدل ومتمم.

د2- النصوص القانونية الأجنبية:

1. القانون المدني الأردني.

2. القانون المدني المصري.

3. القانون المدني الفرنسي.

هـ- قرارات المحكمة العليا:

1. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 55985، صادر بتاريخ 15/11/1989، مجلة قضائية، العدد الأول، 1991، ص ص 27-28.

2. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 54887، صادر بتاريخ 19/10/1988، مجلة قضائية، العدد الأول، 1991، ص ص 11-13.

3. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 33909، صادر بتاريخ 29/05/1985، مجلة قضائية، العدد الرابع، 1992، ص ص 22-24.

4. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 90943، صادر بتاريخ 16/06/1992، مجلة قضائية، العدد الأول، 1995، ص ص 101-106.

5. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 148810، صادر بتاريخ 25/06/1997، مجلة قضائية، العدد الأول، 1997، ص ص 190-191.

6. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 181874، صادر بتاريخ 28/10/1998، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص ص 76-80.

7. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 179572 صادر بتاريخ 1999/03/17،
المجلة القضائية، العدد الأول، 1999، ص ص 105-107.
8. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 188803، صادر بتاريخ 1999/07/28،
مجلة قضائية، العدد الأول، 2000، ص ص 147-150.
9. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 303259، الصادر بتاريخ
2005/03/23، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005، ص ص 261-265.
10. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 303690، الصادر بتاريخ
2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005، ص ص 365-369.
11. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم 311362، الصادر بتاريخ
2005/09/14، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005، ص ص 267-272.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- 1- HESS Brigitte- FALLON et ANNE- SIMON Marie, Droit civil, 7^{ème},
éd., Dalloz, Paris, 2003.
- 2- HESS Brigitte- FALLON et ANNE- SIMON Marie, Droit civil, 10^{ème},
éd., Dalloz, Paris, 2010.
- 3- LARROUMET Christian, Droit civil, Tome 1, 3^{ème} éd., Economica,
Paris, 1998.
- 4- TERRE François et SIMLER Philippe, Droit civil, 5^{ème} éd., Dalloz,
Paris, 1998.
- 5- CARBONNIER Jean, Droit civil, Les biens, Tome 3, 19^{ème} éd., PUF,
Paris, 2000.
- 6- BERGEL Louis- Jean, BRUSCHI Marc et CIMAMONTI Sylvie, Droit
civil, L G D J, Paris, 2000.
- 7- BROUILLAUD Jean Pierre, Droit civil, Hachette, Paris, 2000.
- 8- MULLER Michèle, Droit civil, Sous direction de MASLET Claude-
Jean, 4^{ème} éd., Foucher, France, 2009.
- 9- JOURDAIN Patrice, Droit civil, Les biens, Dalloz- Delta, Paris, 1997.
- 10- BIHR Philippe, Droit civil, Dalloz, Paris, 1996.
- 11- GOMEZ Valérie - BASSAC, Droit civil, Tome 1, Foucher, Vanves,
2010.
- 12- BUFFELAN Yvine- LANORE et LARRIBAU Virgine- TERNEYRE,
Droit civil, 17^{ème} éd., Sirey, Paris, 2011.

الفهرس

01	مقدمة
02	الفصل الأول: مفهوم حق الملكية
02	المبحث الأول: تعريف حق الملكية وخصائصه
02	المطلب الأول: تعريف حق الملكية
03	الفرع الأول: التعريف الفقهي للملكية
03	الفرع الثاني: التعريف القانوني للملكية
05	المطلب الثاني: خصائص حق الملكية
05	الفرع الأول: يتميز حق الملكية بأنه حق جامع
06	الفرع الثاني: يتميز حق الملكية بأنه حق مانع
07	الفرع الثالث: يتميز حق الملكية بأنه حق دائم
07	أولاً: أن حق الملكية يبقى ما دام محله باقياً
08	ثانياً: عدم قابلية سقوط حق الملكية بعدم الاستعمال
08	ثالثاً: عدم جواز توقيت حق الملكية
10	المبحث الثاني: عناصر حق الملكية ونطاق
10	المطلب الأول: عناصر حق الملكية
10	الفرع الأول: الاستعمال
11	الفرع الثاني: الاستغلال
11	أولاً: الثمار
13	ثانياً: المنتجات
13	الفرع الثالث: التصرف
14	المطلب الثاني: نطاق حق الملكية
15	الفرع الأول: ملكية الشيء ذاته
15	الفرع الثاني: ما فوق الأرض وما تحتها (العلو والعمق)
17	الفرع الثالث: الملحقات، الثمار والمنتجات

19	الفصل الثاني: تعداد القيود الواردة على حق الملكية
19	المبحث الأول: القيود القانونية الواردة على حق الملكية
20	المطلب الأول: القيود القانونية الواردة على حق الملكية للمصلحة الخاصة
20	الفرع الأول: القيود القانونية التي ترجع إلى الجوار بوجه عام أو مضار الجوار غير المألوفة
20	أولاً: مفهوم مضار الجوار غير المألوفة
25	ثانياً: تمييز حالة مضار الجوار غير المألوفة عن بعض الحالات الأخرى المشابهة له
31	ثالثاً: ظروف التعويض عن الضرر غير المألوف
39	رابعاً: الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض عن الضرر غير المألوف
41	الفرع الثاني: القيود القانونية التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار
42	أولاً: القيود القانونية التي ترجع إلى المياه
53	ثانياً: القيود القانونية التي ترجع إلى المرور
62	ثالثاً: القيود القانونية التي ترجع إلى التلاصق في الجوار
78	المطلب الثاني: القيود القانونية الواردة على حق الملكية للمصلحة العامة
79	الفرع الأول: تعداد بعض القيود القانونية الواردة على سلطة المالك للمصلحة العامة
80	الفرع الثاني: جزاء إخلال المالك بالرخصة الممنوحة له
82	المبحث الثاني: القيود الاتفاقية (أو الإرادية)
82	المطلب الأول: المقصود بالقيود الاتفاقية وشروط صحتها
83	الفرع الأول: المقصود بالقيود الاتفاقية
84	الفرع الثاني: شروط صحة الاتفاق المتضمن المنع من التصرف
84	أولاً: يجب أن يكون الباعث من شرط المنع من التصرف مشروعاً
86	ثانياً: يجب أن تكون مدة شرط المنع من التصرف مؤقتة (أو معقولة)

87	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن تحقق شروط صحة الاتفاق المتضمن المنع من التصرف وجزاء تخلفها
87	الفرع الأول: الآثار المترتبة عن تحقق شروط صحة الاتفاق المتضمن المنع من التصرف
87	أولاً: حرمان المالك من التصرف
88	ثانياً: عدم جواز الحجز على المال الممنوع من التصرف والتنفيذ عليه
89	الفرع الثاني: الجزاء المترتب عن الإخلال بالاتفاق المتضمن المنع من التصرف
91	خاتمة
93	قائمة المراجع
98	الفهرس